

الباب التمهيدي

وقد تضمن هذا الباب فصلين :

- الفصل الأول : حقيقة النكاح .
- الفصل الثاني : أهمية الزواج .

obeikandi.com

الفصل الأول

حقيقة النكاح

وهو يشتمل على ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : تعريف النكاح من حيث اللغة والاصطلاح .
- المبحث الثاني : أركان النكاح وشروطه .
- المبحث الثالث : نظرية الفساد والبطلان .

obeikandi.com

المبحث الأول

تعريف النكاح

النكاح في اللغة :

لقد تعددت أقوال أهل اللغة في تعريف النكاح .

ف قيل : هو الوطء والعقد له . وبذلك فإن النكاح يتكون من كلا الجزأين اللذين يتم كل منهما الآخر^(١).

وقيل : بل النكاح هو الوطء . وذلك يستفاد من قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرَكَةً وَلَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ (النور: ٣) . والمعنى عندهم هو : أن الزاني لا يطأ إلا زانية ، وأن الزانية لا يطؤها إلا زان .

وقال الأزهري في ذلك : إن أصل النكاح في كلام العرب الوطء . وقيل للزوج نكاح لأنه سبب للوطء المباح^(٢).

وثمة قول آخر للجوهري : وهو أن النكاح بمعنى الوطء وقد يكون العقد . وقيل : إن النكاح هو البضع وذلك في نوع الإنسان خاصة^(٣).

وقد جاء في المصباح المنير أن النكاح يطلق على الوطء وعلى العقد دون الوطء . فيطلق النكاح بذلك على كل من الوطء والعقد على انفراد .

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي : ٢٦٣/١ ط ٢ .

(٢) لسان العرب لابن منظور : ٦٢٥/٢ .

(٣) المصدر السابق : ٦٢٥/٢ ، ٦٢٦ .

وجاء أيضاً أن النكاح هو الضم ، من تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض . أو هو الاختلاط من نكح المطر الأرض إذا اختلط بترابها .

وعلى هذا فإن النكاح يكون مجازاً في العقد والوطء جميعاً لكونه مأخوذاً من غيره . فلا يكون حقيقة لا فيهما ولا في أحدهما . واستدل على ذلك بأنه لا يفهم كل من العقد والوطء إلا بقريئة^(١) .

النكاح في الشرع :

تباينت كلمة الفقهاء في التعريف الاصطلاحي للنكاح . ويترتب على هذا التباين اختلاف في الرأي بالنسبة لبعض الأحكام التي نعرض لها فيما بعد . ونورد هنا أقوال المذاهب في تعريف النكاح الشرعي .

الحنفية :

جاء في حاشية ابن عابدين أن النكاح هو : عقد يفيد ملك المتعة قصداً . بمعنى أنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع نكاحها مانع شرعي^(٢) .

وأقوال العلماء في المذهب الحنفي متقاربة في تعريف النكاح وهي بالتالي تعطي نفس الدلالة والمفهوم الشامل . فقد ورد مثلاً أنه : عقد يرد على تلك المتعة قصداً^(٣) .

على أن الحنفية يميلون إلى المعنى اللغوي للنكاح . فقد اعتبروه حقيقة في الوطء مجازاً في العقد . ومنه قول الفرزدق :

(١) المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي المقرئ : ٧٦٥/٢ ، ٧٦٦ .

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٣/٣ - ٥ ط ٢ .

(٣) شرح الكنز للعيني : ١١٥/١ وكشف الحقائق شرح كنز الدقائق ومعه شرح الوقاية لصدر الشريعة : ١٦١/١ .

إذا سقى الله قوما صوب غادية فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا
 التاركين على ظهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا^(١)
 وقالوا أيضاً إن حقيقة معنى النكاح هو الضم . ومنه يقال : أنكحج الظئر
 ولدها أي ألزمه . وقال الشاعر :
 إن القبور تنكح الأيسامى والنسوة والأرامل اليتامى
 والمعنى أن القبور تضم الأيسامى مثلما تضم النسوة والأرامل اليتامى إلى
 أنفسهن . فيقع بذلك الضم . وفي الوطء ينضم أحد الواطئين إلى صاحبه فسمي
 ذلك نكاحاً^(٢).

وقد استعير النكاح للعقد من قبيل المجاز وذلك لأحد سببين :
 أولهما : أن العقد سبب شرعي يتوصل به إلى الوطء . وذلك تسمية لشيء
 باسم غيره لتوثيق الصلة بين الشيء وغيره . وذلك كالغائط وهو اسم للمكان
 المظمتن من الأرض ، وقد سمي به ما يخرج من الإنسان مجازاً . لأن الغائط
 كان يقصد لقضاء الحاجة .
 وهنا النكاح هو اسم للوطء حقيقة . وقد سمي العقد باسمه مجازاً لأن العقد
 يتوصل به إلى الوطء وهو سبب شرعي للوطء المباح^(٣).
 ثانيهما : أن في العقد معنى الضم فإن المتعاقدين ينضم أحدهما إلى الآخر
 ليكونا كشخص واحد^(٤).
 لذلك كله فإن اسم النكاح قد ثبت حقيقة للوطء ، مجازاً للعقد .

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٩٤/٢ ط ١ ، ومجمع الأنهر في شرح
 ملتقى الأبحر للشيخ عبد الرحمن شيخ زاده : ٣١٥/١ ، ٣١٦ .
 (٢) المبسوط للسرخسي : ١٩٢/٣ .
 (٣) المصدر السابق : ١٩٢/٣ ، وأحكام القرآن للجصاص : ١١٢/٢ ، ١١٣ .
 (٤) المبسوط للسرخسي : ١٩٢/٣ .

الشافعية :

عرف علماء المذهب الشافعي النكاح بأنه : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته^(١).

وقالوا إن العرب تستعمل النكاح بمعنى العقد والوطء جميعاً ، لكن يتعين كل من العقد والوطء بحسب القول الذي يعرض . فإذا قالوا : نكح فلان فلانة أرادوا أنه تزوجها وعقد عليها . وإذا قالوا نكح فلان زوجته أو امرأته أرادوا المجامعة .

وعلى العموم فإن للشافعية في تعريف النكاح ثلاثة أوجه أصحها أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء .

الثاني : أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد . وذلك الذي ذهب إليه أبو حنيفة رضي الله عنه وهو الأقرب للغة . بينما يعول الشافعية في تعريفهم للنكاح على الشرع ليكون أقرب إليه منه إلى اللغة كما هو واضح .

الثالث : أن النكاح حقيقة في العقد والوطء بالاشتراك كالعين : فهي اسم مشترك بين أكثر من معنى^(٢).

الحنبلية :

ذهبوا إلى أن النكاح هو : عقد التزويج . وقالوا إنه عند إطلاق لفظ النكاح ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل .

وقال القاضي من الحنابلة : الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٢٢).

(١) مغني المحتاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج : ١٢٣/٣ ، وشرح الزيد غاية البيان للشيخ شمس الدين الرملي ص ٢٧٤ ، وشرح الشيخ محمد ابن القاسم الغزي المسمى فتح القريب المجيب على التقريب للإمام أبي شجاع ص ١١٥ .

(٢) مغني المحتاج للشيخ الشربيني الخطيب على متن المنهاج : ١٢٣/٣ .

وذهب بعضهم إلى أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد كالقول المعتمد عند الشافعية وذلك كقول العرب :

أنكحنا الغرى فسنرى . بمعنى أضربنا فحل حمر الوحش أمه فسنرى ما يتولد منهما . ويضرب ذلك مثلاً يجتمعون عليه ثم يتفرقون كما قيل .

وعلى أية حال فإن المعتمد لدى الحنابلة أن النكاح هو عقد التزويج . لأنه الأشهر في الكتاب والسنة والعرف ، حتى أنه قيل : أليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطاء إلا قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٠) .

وكذلك لأنه يصح نفي النكاح عن الوطاء فيقال : هذا سفاح وليس بنكاح^(١) . هذا وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما ولدني من سفاح أهل الجاهلية شيء ما ولدني إلا نكاح كنكاح الإسلام »^(٢) .

وعنه ﷺ أنه قال : « خرجت من نكاح غير سفاح »^(٣) .

المالكية :

والنكاح عند المالكية هو : عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية وغير أمة كتابية^(٤) .

يتبين من هذا التعريف أنه يشترط لصحة النكاح أن يكون العقد على غير محرم وألا تكون المرأة محل العقد مجوسية أو أمة كتابية .

وثمة قولان في محل الحقيقة إن كان هو العقد أو الوطاء . وفي هذا يقول ابن عبد السلام رحمه الله : اختلف أهل العلم هل النكاح حقيقة في كل واحد من العقد والوطاء أو في أحدهما . وقال : الأقرب أن النكاح من حيث اللغة

(١) المغني لابن قدامة : ٤٤٥/٦ .

(٢) أخرجه البيهقي بإسناده عن ابن عباس : ١٩٠/٧ .

(٣) أخرجه البيهقي بإسناده عن جعفر بن محمد عن أبيه : ١٩٠/٧ .

(٤) الشرح الصغير للرددير : ٣٧٤/١ وهو بشرح بلغة السالك .

حقيقة في الوطء مجاز في العقد . أما الشرع فهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء .

ويترتب على هذا الخلاف فائدة وهي أن من زنا بامرأة فهل تحرم على ابنه وأبيه باعتبار أن النكاح حقيقة في الوطء ، أم لا تحرم باعتبار أنه مجاز في الوطء ؟^(١).

ذلك ما ذهب إليه المالكية في التعريف الشرعي للنكاح .

ومن جهة أخرى فقد جاء في تعريفه للشوكاني قوله : النكاح في الشرع هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء ، وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، لقوله تعالى : ﴿ فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ (النساء: ٢٥) ومعلوم أن الوطء لا يجوز بالإذن^(٢).

* * *

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوي : ٣٧٤/١ ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك لأبي بكر الكشناوي : ٦٧/٢ .

(٢) نيل الأوطار : ١١٥/٥ الطبعة الأخيرة .

المبحث الثاني

أركان النكاح وشروطه

الركن في اللغة هو : الجانب الأقوى في الشيء^(١).
وفي الاصطلاح : ما تتوقف عليه حقيقة الشيء ويكون داخلاً في ماهيته وجزءاً منه^(٢). وذلك كالركوع في الصلاة فإنه جزء منها ويتوقف عليه وجودها الشرعي .
أما الشرط :

فهو في اللغة : الشرط بالسكون ، والشرط بالتحريك ، والشريطة بمعنى العلامة . والجمع شروط وشرائط . وأشراط الساعة علاماتها^(٣).
وفي الاصطلاح : قال الإمام الشاطبي في الموافقات معرّفًا الشرط بأنه : ما كان وصفًا مكملًا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه كما تقول : إن الحول أو إمكان النماء مكمل لمقتضى الملك أو لحكمة الغنى . والإحصان مكمل لوصف الزنا في اقتضائه للرجم^(٤).
وجاء في الإحكام للإمام سيف الدين الأمدي قوله :
إن الشرط ما كان عدمه مخلًا بحكمة السبب فهو شرط السبب كالقدرة على التسليم في البيع . وما كان عدمه مشتملاً على حكمة مقتضاها نقيض حكم

(١) تهذيب الصحاح للزنجاني : ٨٤٠/٢ ، والقاموس المحيط للفيروزبادي : ٢٣١/٤ ط ٢ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢٢٠/٢ . وكشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن إدريس : ١٧/٣ ، ١٨ ، والفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزري : ١٢/٤ وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان الطبعة الثانية . والمدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا : ٣٢١/١ .

(٣) تهذيب الصحاح للزنجاني : ٤٥٦/٢ ، والمصباح المنير : ٣٦٥/١ .

(٤) الموافقات للشاطبي : ١٧٨/١ .

السبب مع بقاء حكمة السبب فهو شرط الحكم كعدم الطهارة في الصلاة مع الإتيان بمسمى الصلاة^(١).

وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه «علم أصول الفقه» :

الشرط : هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم . فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط مثل الزوجية شرط لإيقاع الطلاق والوضوء شرط لصحة الصلاة^(٢).

وفي الجملة يمكن القول أن الشرط هو :

ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته .

وبعبارة أخرى فهو : الذي لا وجود للمشروط عند عدمه إلا أنه لا يلزم أن يوجد المشروط عند وجوده . وذلك كالوضوء بالنسبة للصلاة في وجودها وصحتها تتوقف عليه . لكنه يبقى جزءاً خارجاً عن ماهيتها^(٣).

ومثل ذلك أيضاً حضور الشاهدين في عقد النكاح . فإن الشهادة تعتبر عنصراً رئيسياً هاماً في الزواج حتى لا يكون له وجود مع انتفاء هذا العنصر الرئيسي الهام . إلا أن الشهادة ليست جزءاً داخلياً في ماهية الزواج بل هي خارجة عنه .

وبعد هذا العرض السريع يمكن بيان الفرق بين الركن والشرط .

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي : ١٢١/١ .

(٢) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف : ص ١١٨ ، ١١٩ الطبعة العاشرة .

(٣) المستصفى للغزالي : ٣٩/٢ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاء الدين عبد العزيز البخاري ١٧٣/٤ ، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ المحلاوي ص ٢٥٦ ، والوسيط في أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ص ٩٤ ، ٩٥ ، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، الطبعة الثانية وأصول الفقه للأستاذ علي الوه ص ٦٨ ، والمدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا : ٣٢٦/١ الطبعة الثامنة .

وهو أن الركن جزء داخل في ماهية الشيء وفي حقيقته . بينما الشرط لا يكون داخلاً في حقيقته وماهيته بل هو خارج عنه وليس جزءاً منه .
ومع هذا الفرق فإنهما يتفقان في أن انتفاء أحدهما يستلزم انعدام الشيء الذي جعل كل منهما ركناً فيه أو شرطاً له . أي أن الشيء يتوقف عليهما فلا وجود له مع انعدام أحدهما .

وفي العقود فقد فرق الحنفية بين العقد الذي انعدم ركنه وبين الذي انعدم شرطه ورتبوا على ذلك أحكاماً ومقتضيات سوف نعرض لها في موضعها إن شاء الله .

أركان النكاح مجملة :

نعرض هنا لأقوال المذاهب الفقهية في أركان النكاح من غير تفصيل أو إسهاب . وسوف نعرض لتفصيل هذه الأركان في موضعه قريباً إن شاء الله .

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن ركن النكاح ينحصر في الإيجاب والقبول . وهذان هما الأساس للذان لا يقوم النكاح بغيرهما باعتبارهما الركن الذي يعول عليه في ابتناء العقد . ويكون كل من الإيجاب والقبول بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ من كتابة وإشارة^(١).

مذهب الحنبلية :

يوافق علماء المذهب الحنبلي الأحناف في اعتبار ركن النكاح متمثلاً في الإيجاب والقبول . وذلك اعتماداً على تأصيلهم أن أركان النكاح منفصلة عن شروطه بناء على أن الركن من حيث معناه في اللغة والاصطلاح يختلف عن الشرط كما بينا .

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٣١ ، ٢٣٢ وتبيين الحقائق للزيلعي : ٩٧/٢ .

لذلك فقد ذهبوا إلى أن للنكاح ركنين هما : الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج . والقبول بلفظ : قبلت أو رضيت هذا النكاح ، أو قبلت أو رضيت فقط^(١).

على أن بعض علماء الحنابلة يضيفون عنصراً آخر لأركان النكاح وهما الزوجان فتكون أركان النكاح ثلاثة : الزوجان وكل من الإيجاب والقبول كما يتبين في بعض تفصيلات كتب المذهب^(٢).

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن أركان النكاح خمسة هي : الصيغة ، والزوج ، والزوجة ، والشاهدان والولي .

وبعبارة أخرى فإنها : الصيغة والمنكوحة والشهادة ، والعاقدان وهما الموجب والقابل^(٣).

مذهب المالكية :

المشهور في المذهب المالكي أن أركان النكاح ثلاثة :

الأول : ولي يحصل منه العقد .

الثاني : محل ، أي زوج وزوجة .

الثالث : صيغة . وهي الإيجاب والقبول .

أما الصداق فإن فيه رأيين : الأول : أنه ركن في النكاح ويفسد بعدمه أو فساد .

(١) منتهى الإرادات - تقي الدين التنوحي الشهير بابن النجار : ١٥٧/٢ ، ومنار السبيل في شرح الدليل على مذهب أحمد بن حنبل للشيخ إبراهيم بن ضويان : ١٤٦/٢ ط ١ وكتاب النكاح والقضايا المتعلقة به للشيخ أحمد الحصري : ص ٧١ ، ٧٢ .

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن إدريس : ٢٠/٣ .

(٣) مغني المحتاج شرح الشيخ الشرييني على متن المنهاج : ١٣٩/٣ ، وتكملة المجموع الثانية شرح المذهب : ٣٦٦/١٥ ، وروضة الطالبين للإمام النووي : ٤٣/٧ - ٤٥ .

والثاني : أنه ليس ركناً وأنه لا يتوقف عليه العقد بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع . غير أنهم جعلوه شرطاً في صحة العقد كالشهود . لذلك قالوا إن من شروط صحة النكاح أن يكون بصداق . وإذا لم يذكر الصداق عند العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو تقرر مهر المثل بالدخول^(١).

أما الشهادة فهي عندهم شرط في صحة الدخول لا في صحة العقد . فهي عند العقد أمر مندوب غير لازم . وفي هذا يقول الشيخ خليل بن إسحق في المختصر : ينتدب للمتزوج إلهاد عدلين غير الولي بعقده^(٢).

يتحصل من هذا الغرض أن الركن المتفق عليه عند الفقهاء جميعاً هو الإيجاب والقبول أو الصيغة . فإنه لا وجود للعقد بدون هذا الركن الأساسي الخطير لذلك فقد شدد الفقهاء أبلغ تشديد في ضرورة العناية بهذين اللفظين وأسبغوا عليهما مزيداً من الاهتمام والدقة والحرص باعتبارهما السبيل التي يلج منها المتعاقدان نحو لقاء شرعي مصون ونحو حياة ممتدة مشتركة فلا مجال للتساهل في أهم مقومات النكاح وهي الصيغة التي تعتبر الركيزة الأولى التي يقوم على أساسها عقد النكاح . وهو عقد ليس كغيره من العقود لعظيم أهميته وبالغ خطورته لما يترتب عليه من آثار ومقتضيات هي ألصق ما تكون بحياة الفرد والجماعة وبمصير الأسرة والمجتمع كله .

مذهب الشيعة الإمامية :

ذهب هؤلاء إلى أن الركن في عقد النكاح يتألف من الإيجاب والقبول فقط على أن يكونا بلفظ الماضي . فلا يصح أن يكونا بلفظ المستقبل مثل : أتزوجك^(٣).

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوي : ٣٧٥/١ ، وحاشية ابن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ومع الشرح تقارير للشيخ محمد عيش : ٢٣٨/٢ ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك لأبي بكر الكشناوي : ٦٩/٢ .

(٢) مختصر خليل للشيخ خليل بن إسحق : ص ١٢١ ، وبلغة السالك للشيخ الصاوي : ٣٧٥/١ .

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبجي العاملي : ١٠٨/٥ ، ١٠٩ .

تفصيل أركان النكاح :

اتفق العلماء جميعاً على أن الإيجاب والقبول يعتبران ركناً رئيسياً هاماً في النكاح لكنهم اختلفوا في ركنيه ما عدا الإيجاب والقبول .

وقد ذكرنا أن الحنفية وبعض الحنابلة قد اقتصروا على الإيجاب والقبول في ركنيه عقد النكاح .

وبناء على ذلك فإنه باستثناء الإيجاب والقبول يمكن حصر الأجزاء التي هي موضع خلاف الفقهاء من حيث ركنيتها في العقد في كل من : الولي والشاهدان والصدّاق والزوج والزوجة^(١).

ثم نأخذ الآن في بيان هذه الأجزاء سواء منها ما اتفق عليه وما اختلف فيه .
أما بالنسبة للإيجاب والقبول . فقد بينا أن هذا الركن أهم ما في النكاح من أركان لأنه في ظاهره يحمل تعبيراً وافياً عن رضا المتعاقدين اللذين اتجهت إرادتهما لعقد النكاح . والعقد إنما يتم بعد تلاقي إرادتين عازمتين من غير إكراه وبعد اختيار يقوم على الرضا البين . ولا يدل على ذلك كله غير العبارة التي تتجلى في إيجاب وقبول صادريين من متعاقدين .

لذلك فقد لزم أن نبين الإيجاب والقبول من حيث الصفة التي يكونان عليها لينشأ العقد صحيحاً . ومن حيث الصيغة التي تكونان منها وما ورد في ذلك من أقوال الفقهاء .

صفة الإيجاب والقبول :

فيما يتعلق بصفة الإيجاب والقبول لينعقد النكاح صحيحاً فثمة شروط ثلاثة نبينها كالتالي :

(١) سنضرب صفحاً عن الكلام في كل من الزوجين باعتبارهما الشخصين المنوطين أصلاً بالزوجية . وهما المحل الذي ينبثق منه النكاح . ولا يتصور عقلاً أن يقع نكاح بغير الزوج والزوجة كليهما .

أولاً : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . وهو أن يكون المجلس الذي صدر فيه الإيجاب هو نفسه الذي صدر فيه القبول من القابل . ومن أجل أن يتم ذلك وجب أن يكون العاقدان حاضرين في مجلس واحد .

ويشترط لصحة الصيغة أن يبقى الموجب مصراً على إيجابه حتى يوجد القبول من القابل وهو الطرف الآخر . فلو أن الولي أوجب ثم رجع عن إيجابه أو جن أو أغمي عليه أو ارتد فقد امتنع القبول .

ثانياً : سماع كل من العاقلين كلام العاقد الآخر وفهمه لما يقول . وإذا لم يفهم ما يقول لكنه يعلم أنه يريد الزواج صح العقد . وإذا لم يعلم ما يريد به عبارته لم يصح العقد .

ثالثاً : توافق الإيجاب والقبول توافقاً تاماً . فإن أية مخالفة في القبول للإيجاب سواء كانت المخالفة كاملة - في كل الإيجاب - أو مخالفة جزئية ، أي في بعض الإيجاب لم يصح العقد . فلو قال : أنكحتك ابنتي فاطمة . فقال الآخر : قبلت الزواج من بنتك زينب لم يصح . أو قال الولي : أنكحتك ابنتي زينب بمهر قدره كذا فقال الآخر : قبلت النكاح لا المهر . لم يصح أيضاً لمخالفة القبول للإيجاب كلياً في المثال الأول ، ولمخالفته جزئياً في الثاني^(١) .

صيغة الإيجاب والقبول :

أما الصيغة التي يتكون منها الإيجاب والقبول . فقد اتفق الحنفية على أنه مثلما يكون ذلك بالإنكاح والتزويج فإنه كذلك يكون بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك .

وقد استدلوا على ذلك بأن رسول الله ﷺ قد انعقد نكاحه بلفظ الهبة وفي هذا قال الله عز وجل: ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ ﴾ (الأحزاب: ٥٠) .

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين : ١٠/٣ ، وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الأياني : ١٦/١ ، ١٧ .

فلئن كان ذلك مشروعاً في حق النبي ﷺ فإنه كذلك مشروع في حق أمته .
وذلك هو الأصل حتى يقوم الدليل على أن ذلك خاص به ﷺ .
وقالوا في قوله تعالى من نفس الآية : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ،
أن المراد منه : أي خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر . فالخلوص يرجع
إلى الأجر .

وقالوا أيضاً : إن كلا من النكاح والتزويج صريح ، أما ما عدهما من ألفاظ
الهبة والتملك والصدقة فهي من باب الكناية فينعقد بها النكاح^(١) .
ولا ينعقد النكاح بلفظ الإحلال والإباحة والإعارة لأن هذه الألفاظ لا توجب
ملك العين أصلاً^(٢) .

على أن أثبت لفظين يتم بهما العقد ما وضعاً للماضي أو وضع أحدهما
للماضي والآخر للمستقبل . ذلك لأن الماضي ينبئ عن الثبوت وهو أكد في
التحقق . وما ينبئ عن الثبوت والتأكيد أحق من غيره مما يحتمل غير التحقق
واليقين . ثم إن المعنى يكون موجوداً أيضاً فيما لو كان أحدهما ماضياً والآخر
مستقبلاً كأن يقول : زوجني فيقول زوجتك فكأن قوله . زوجني يكون توكيلاً
وإنابة . وقوله : زوجتك يكون امتثالاً لأمره فينعقد به النكاح . والواحد يتولى
طرفي العقد في النكاح^(٣) .

أما المالكية فقالوا إن الصيغة من الولي تكون بنحو : أنكحتك أو زوجتك
أو وهبتك . فهذه الألفاظ ثلاثة يصح بها تركيب الصيغة عند العقد . لكنهم قالوا :
لا بد في اللفظ الأخير (وهبتك) أن يقرن بذكر الصداق المعين كأن يقول :
وهبتك بنتي فلانة على أن يكون صداقها كذا . وإذا لم يعين الصداق فلا ينعقد
النكاح ، وذلك على المشهور في المذهب المالكي . وقيل : ينعقد .

(١) حاشية ابن عابدين : ٩/٣ ، ١٠ ، وشرح الأحكام الشرعية لمحمد زيد الأياني :
١٢/١ ط ٤ .

(٢) حاشية محمد أبي السعود على شرح الكنز لمحمد منلا مسكين : ٧/٢ ، ٨ .

(٣) تبين الحقائق للزيلعي : ٩٦/٢ .

وبذلك فإنه لا ينعقد النكاح بغير هذه الألفاظ الثلاثة : أنكحتك ، أو زوجتك ، أو وهبتك . فلا ينعقد النكاح بلفظ البيع أو التملك أو غير ذلك من الألفاظ الأخرى سواء سمي الصداق أو لم يسم^(١) .

أما الشافعية والحنابلة فقد اقتصروا على لفظي : الإنكاح والتزويج من أجل صحة الصيغة وتمام العقد ، فلا يصح العقد عندهم بأي لفظ آخر سواء أفاد الهبة أو التملك أو البيع ونحو ذلك .

فإنه بالنظر لخطورة الصيغة ودقة الإيجاب والقبول فيها وجب أن يأتيا مشتقين من لفظ الإنكاح والتزويج لأنهما اللفظان الوارد بهما القرآن الكريم . فقال تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٣) ، وقال تعالى أيضاً : ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا ﴾ (الأحزاب: ٣٧) .

ولا يصح العقد عندهم بلفظ الإحلال والإباحة لخبر مسلم أن الرسول ﷺ قال : « فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله »^(٢) قالوا : كلمة الله هي التزويج أو الإنكاح فإن الله تعالى لم يذكر في القرآن سواهما فوجب الاقتصار عليهما تعبدًا واحتياطًا . وذلك لأن النكاح يميل إلى العبادات لكونه مندوبًا ، والعبادات تؤخذ من الشرع . وقد جاء الشرع بلفظي الإنكاح والتزويج^(٣) .

الإضافة والتعليق في النكاح :

اتفقت كلمة أهل العلم على عدم صحة النكاح إن كان مضافًا إلى مستقبل فالصيغة في النكاح لا تحتل غير التنجيز ليقع النكاح صحيحًا . وذلك من

(١) أسهل المدارك : ٦٩/٢ ط ٢ ، ومختصر خليل : ص ١٢٢ .

(٢) مسلم : ٨٨٦/٢ بإسناده عن جابر بن عبد الله .

(٣) منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد للشيخ إبراهيم بن ضويان ١٤٦/٢ ط ١ ، ومغني المحتاج للشيخ الشريني الخطيب على متن المنهاج ١٣٩/٣ ، ١٤١ ، وتكملة المجموع الثانية شرح المذهب ٣٦٦/١٥ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ١٥٦/٢ .

شرائط الإيجاب والقبول في إنشاء العقد على الوجه الصحيح . ولذلك فإن الإضافة لا يحتملها العقد الصحيح وهي بالتالي تؤثر فيه . حتى قالوا إن الإضافة في عقد النكاح تحتمل الوصية التي توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت^(١).

واتفقوا كذلك على عدم صحته إن كان معلقاً على شرط غير موجود عند العقد . فالنكاح لدقته وخطورته يستوجب أن تكون صيغته منجزة فهو بذلك لا يقبل التعليق على شرط مستقبل كالبيع .

على أن التعليق المتفق على عدم صحة عقد النكاح به هو الذي علق فيه كلاء الإيجاب والقبول أو أحدهما بإحدى أدوات الشرط كأن يقول شخص لآخر : إذا طلعت الشمس فقد أنكحتك بنتي . أو قال : إن رافقتني في السفر فقد أنكحتك بنتي . وقال الآخر : قبلت فإنه لا يجوز . وذلك لأن الشرط الذي علقت عليه الصيغة عند العقد غير واقع بالفعل^(٢).

ولو علق النكاح على المشيئة بأن قال : زوجتك إن شاء الله لم يصح سواء قصد التعليق أو أطلق . أما إن قصد التبرك أو قصد أن كل شيء إنما يجري بمشيئة الله وتقديره وإرادته سبحانه فقد صح العقد^(٣).

أما إن كان الشرط الذي علقت عليه الصيغة في النكاح واقعاً بالفعل عند العقد فإن العقد يكون صحيحاً لأن التعليق يعتبر صورياً ولا يعدو أن يكون

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين: ١٠/٣ ، وحاشية أبي السعود المسماة بفتح الله المعين على شرح الكنز للشيخ محمد منلا مسكن : ٨/٢ والفقه المقارن للأحوال الشخصية لبدران أبو العينين بدران : ٤٩/١ .

(٢) منار السبيل في شرح الدليل على مذهب أحمد للشيخ إبراهيم بن ضويان : ١٧٥/٢ ط ١ ومغني المحتاج شرح الشيخ الشريني الخطيب على متن المنهاج ١٤١/٣ والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية تأليف محمد محيي الدين عبد الحميد ص ٣٠ .

(٣) مغني المحتاج : ١٤١/٣ .

هنا منجزاً . وذلك كأن يقول الزوج : إن كنت بكراً فقد تزوجتك فتقول : قبلت . وكانت بكراً بالفعل فإن العقد يكون صحيحاً .

وكذلك لو وقع الشرط الذي علق النكاح عليه في مجلس العقد قبل أن يتفرق المتعاقدان كأن يقول : تزوجت على مهر كذا فتقول له : قبلت الزواج إن رضي أبي أو أخي ويكون أبوها أو أخوها في مجلس العقد فيقول . قبلت فإن العقد عندئذ يكون صحيحاً لأنه لا يحتمل غير التنجيز والتحقيق^(١) .

أما الشافعية فإن لهم في هذه المسألة تحفظاً . فالمذهب عندهم بطلان النكاح في هذه الصورة مع أن الشرط واقع بالفعل . وذلك لوجود صورة التعليق وبه تفسد الصيغة . وذلك كأن يبشر شخص بولد فقال لآخر : إن كانت أنثى فقد أنكحتك إياها فقبل وكانت أنثى بالفعل . أو قال : إن كانت بنتي قد مات زوجها واعتدت فقد زوجها وكانت قد أذنت لأبيها بتزويجها وكان زوجها قد مات بالفعل واعتدت منه^(٢) .

وقال البغوي : لو بشر بنت فقال : إن صدق المخبر فقد زوجتها صح ولا يكون ذلك تعليقاً بل هو تحقيق^(٣) .

ومع هذا العرض فإننا نرجح القول بصحة النكاح في هذه الصورة لكون الشرط متحققاً وحاصلاً بالفعل . وهذا النوع من التعليق لا يعدو أن يكون صورياً فلسنا نرى أن مجرد الصورية الخالية من المضمون مؤثرة في صيغة النكاح .

الزواج بالتعاطي :

لا ينعقد الزواج بغير الإيجاب والقبول وهما اللفظان اللذان تتركب منهما الصيغة ويعتبر العلماء جميعاً أن الصيغة في النكاح هي الركن الرئيسي الأول

(١) شرح الزيد غاية البيان - شمس الدين الرملي ص ٢٧٨ والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية تأليف محمد محيي الدين عبد الحميد ص ٣٠ ، ٣١ .

(٢) مغني المحتاج : ١٤١/٣ .

(٣) روضة الطالبين للإمام النووي : ٤٠/٧ .

الذي لا وجود للعقد بغيره . والعلماء متفقون أيضاً على أن الصيغة إنما تتم باللفظ ، ولا مندوحة لصحة النكاح وتمام انعقاده من أن تجري الصيغة باللفظ البين الواضح إلا في الحالة المتعذرة المستثناة التي لا يستطيع معها الشخص أن ينطق متلفظاً كما هي الحالة في الأخرس .

وقد يتصور البعض أنه يجوز انعقاد النكاح ما دام الرضا متحصلاً لدى المتعاقدين أو أنه ينعقد بفعل تظهر معه دلالة الرضا ولو لم تجر أية ألفاظ .

وفي ذلك لا بد من القول أنه لا بد لانعقاد النكاح من تمام الإيجاب والقبول كلفظين يسريان على ألسنة المتعاقدين . فلو أن امرأة قالت لرجل وبحضرة شاهدين : زوجتك نفسي بكذا فسلمها الرجل المهر في المجلس دون أن يتلفظ بلفظ القبول لم ينعقد النكاح لانعدام أحد الشقين في الصيغة وهو القبول . وهذه صورة للزواج بالتعاطي . وهو أمر يرد جوازه في المعاملات كالبيع على ما ذهب إليه بعض الفقهاء أما النكاح فهو عقد خطير ينبغي أن يسان على أوجه الظن والاحتمال . بل لا بد لصحة انعقاده بما يدفع أي وجه للظن وينفي كل مظاهر الاحتمال بصيغة حاسمة مباشرة وهي الإيجاب من أحد المتعاقدين والقبول من الآخر . وبذلك كله نخلص إلى حقيقة فقهية هامة وهي أنه لا يصح انعقاد النكاح بالتعاطي بل بركنه الرئيسي الأول وهو الإيجاب والقبول^(١).

الصيغة بالإشارة والكتابة :

الأصل في الصيغة أن تكون باللفظ . لكن الإنسان قد تعثره حالة من العجز عن الكلام لا يستطيع معها أن يتلفظ بالإيجاب والقبول كالأخرس ومعقول اللسان فلا سبيل له من أجل العيش وسلامة التصرف إلا اعتماد إشارته

(١) حاشية محمد أبي السعود المسماة بفتح الله المعين على شرح الكنز للشيخ محمد منلا مسكين : ٥/٢ ، وكتاب أحكام الزواج والطلاق في الإسلام لبدران أبو العينين بدران : ص ٦١ ط ٣ .

المفهومة إلا أن يكون كاتباً . فإن كان كاتباً صح نكاحه عن طريق الإدلاء
بإيجابه أو قبوله كتابة .

لذلك فقد صح العقد من الأخرس الذي فهمت إشارته لأن النكاح لا يستفاد
منه إلا من جهة الإشارة كييعه وطلاقه ولعانه . والمهم هنا أن تكون الإشارة
واضحة مفهومة حتى لو كانت غير مفهومة لم يصح قد النكاح . ذلك أنه لا بد
لكل من الشخصين المتعاقدين أن يفهم كلام الآخر ، فضلاً عن الشهود الذين
يشترط فيهم أن يفهموا ما يصدر عن كل من العاقلين .

لذلك فقد اتفق العلماء على نكاح العاجز عن العبارة بالإشارة لأنها تقوم
مقامها عند عدم الاستطاعة على أن تكون الإشارة مفهومة^(١) .

ولئن كان الفقهاء قد اتفقوا على انعقاد نكاح الأخرس بإشارته إلا أن ثمة
تفاوتاً في مدى الفرصة التي يستطيع العاجز عن النطق أن يقوم من خلالها
بتلبية حاجاته وإنفاذ تصرفاته .

فقد ذهب الحنفية إلى أن النكاح مثلما ينعقد بالعبارة فإنه ينعقد بالإشارة
من الأخرس والمعقول اللسان إذا كانت إشارته معلومة . وينعقد كذلك
بالكتابة لأن الكتابة كالخطاب . وبذلك فإن الإشارة والكتابة سيان في التعبير
عن الإرادة^(٢) .

أما الشافعية فإن الأخرس عندهم ينعقد نكاحه بإشارته التي لا يختص
بفهمها الفطن ، وكذا ينعقد بكتابته . وانعقاده بكتابته محمول على ما إذا لم

(١) المغني لابن قدامة : ٥٣٤/٦ والفتاوى الكبرى لابن تيمية : ٥٣٠/٤ ، ومنار السبيل في
شرح الدليل للشيخ ابن ضويان : ١٤٧/٢ ، ومنتهى الإرادات للتتوخي : ١٥٧/٢
والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين :
١٧/١ ط ٢ وأسهل المدارك في شرح إرشاد السالك لأبي بكر الكشناوي : ٦٩/٢ ط ٢ .
(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ٢٣١/٢ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية للشيخ
محمد أمين الشهير بابن عابدين : ١٧/١ الطبعة الأولى .

تكن له إشارة مفهومة وتعذر التوكيل منه وإلى مثل ذلك ذهب الشيعة الإمامية^(١).

أما الحنبلية فقالوا : يصح النكاح من الآخرس بالإشارة المفهومة التي يفهمها المتعاقد معه ويفهمها الشهود . لأن النكاح معنى لا يستفاد إلا من جهته فصح نكاحه بإشارته . ويصح منه أيضاً بالكتابة لأنها أولى من الإشارة لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق .

وقالوا أيضاً : لا يصح النكاح من قادر على النطق بإشارة ولا كتابة للاستغناء عنها مثلما لا يصح من آخرس لا تفهم إشارته كسائر تصرفاته القومية وذلك لانعدام الصيغة^(٢).

أما المالكية فقالوا أيضاً بجواز الإشارة للعاجز من العاقلين غير أنهم أجازوا ذلك للضرورة . فقالوا : لا تكفي الإشارة ولا الكتابة في عقد النكاح إلا لضرورة خرس .

ولا تتصور فرقاً جوهرياً بين مذهبهم في هذه المسألة وما قال به جمهور الشافعية والحنبلية^(٣).

الصيغة بغير العربية :

لا خلاف في أن ينعقد النكاح بخير لغة وأكرمها وهي العربية لأنها لغة القرآن وهي اللسان الذي بعث به خير من أقلت الأرض وأكرم من أظلت السماء وهو رسول الله إلى البشرية كافة عليه صلوات الله وسلامه .

(١) تكملة المجموع الثانية : ٢٠٧/٦ ، ٢٠٨ والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبعي العاملي : ١١٢/٥ .

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن إدريس : ٢١/٣ ، والمغني لابن قدامة : ٥٣٤/٦ .

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : ٣٨٠/١ ، الطبعة الأخيرة ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك لأبي بكر الكشناوي : ٦٩/٢ ط ٢ .

وإن كانت العربية هي أفضل ما ينطق به الإنسان موجباً أو قابلاً لكي ينعقد النكاح ، فهل لغير العربية أن تكون مادة لصيغة النكاح أم لا ؟
للفقهاء في هذه المسألة تفصيل نبينه في التالي :

المذهب الحنفي :

ذهب الحنفية على أنه لا يشترط في صيغة النكاح الاختصاص بالعربية وبذلك يجوز العقد بغير العربية حتى ولو كان العاقدان يحسنان العربية لأنهما قد أتيا بلفظهما الخاص فانعقد به النكاح .

وقالوا : إن الإيجاب والقبول قد عرف عنهما أنهما اللفظان الصالحان لإفادة عقد النكاح . فسيان أن يكونا أو أحدهما بالعربية أو بالعجمية إن كان في ذلك ما ينطوي على المعنى المقصود^(١) .

المذهب الشافعي :

اختلف علماء الشافعية في عقد النكاح بالعجمية . فقال الشيخ أبو حامد : إن كان المتعاقدان يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجهاً واحداً . أما إن كان المتعاقدان لا يحسنان العربية فإن فيه وجهين : والمعتمد في المذهب أنه يصح .

وقال القاضي أبو الطيب : إن كان العاقدان لا يحسنان العربية فإن العقد يصح بالعجمية وجهاً واحداً . أما إن كانا يحسنانها فإن ثمة وجهين وقيل : ثلاثة وجوه .

الأول : عدم صحة النكاح بالعجمية لقول النبي ﷺ : «استحللتم فروجهن بكلمة الله»^(٢) وكلمة الله إنما تكون بالعربية .

الثاني : إن كان العاقدان يحسنان العربية فإن العقد لا يصح بغيرها . وإن كانا لا يحسنانها صح العقد بغيرها كما هو في تكبيرة الإحرام .

(١) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام : ١٩٠/٣ .

(٢) أخرجه مسلم بإسناده عن جابر بن عبد الله : ٨٨٦/٢ .

الثالث : يصح العقد بغير العربية في أية حال ، سواء كان العاقدان أو أحدهما يحسنها أو لا يحسنها . ذلك لأن غير العربية يتضمن ما تتضمنه العربية وهو المقصود .

أما إن كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن غيرها ، والآخر عكسه ، يحسن غير العربية ولا يحسن العربية وقلنا يصح العقد بالعجمية صح النكاح بينهما شريطة أن يفهم القابل أن المولى أوجب له النكاح لأنه إذا لم يفهم لا يصح أن يقبل^(١) .

ولو عقد القاضي النكاح بالصيغة العربية لعجمي لا يعرف معناها بل يعرف أنها قد وضعت للنكاح فقد صح^(٢) .

وخلاصة مذهب الشافعية في العقد بالعجمية أن في انعقاد النكاح بمعنى اللفظين بغير العربية من العاقلين أو أحدهما أوجها ، أصحها انعقاد النكاح سواء أحسن أحدهما أو كلاهما العربية أو لم يحسنها ، وأنه إذا لم يحسن العاقدان العربية أو أحدهما انعقد النكاح بالاتفاق على أنه يجب أن يفهم كل منهما كلام الآخر ، حتى أنه إذا لم يفهم وأخبره ثقة عن معنى لفظ الآخر ففي صحة العقد وجهان . ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما^(٣) .

المذهب الحنبلي :

يصح عند الحنبلية الإيجاب والقبول بأي لسان من عاجز عنهما بالعربية لأن ذلك في لغته الخاصة يعتبر نظير الإنكاح والتزويج والله سبحانه يقول : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (البقرة: ٢٨٦) .

وقالوا : لا يلزم العاجز عن النطق بالإيجاب والقبول بالعربية تعلم العربية من أجل هذا الركن لأن النكاح عقد معارضة والمقصود فيه المعنى دون اللفظ .

(١) تكملة المجموع الثانية : ٣٦٨/١٥ .

(٢) إعانة الطالبين لأبي بكر المشهور بالبكري على حل ألفاظ فتح المعين لزين الدين المليباري : ٢٧٦/٣ .

(٣) روضة الطالبين للإمام النووي : ٣٦/٧ .

وقالوا أيضاً : إن من لا يحسن الإيجاب والقبول بالعربية وهو قادر على تعلم العربية لم يلزمه تعلمها بالعربية لأن النكاح غير واجب أصلاً فلا يجب تعلم أركانه بالعربية .

هذا ولم ينقل عن الإمام أحمد أنه خص الانعقاد بلفظ إنكاح أو تزويج^(١) .
أما إن كان العاقد قادراً على لفظ النكاح بالعربية فلا يصح العقد بغيرها وهذا أحد الأوجه عند الشافعية .

وقد استدل الحنابلة على قولهم هذا بأنه عدول عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح .

ومن جهة أخرى ، إن كان أحد العاقلين يحسن العربية دون العاقد الآخر لزم أن يأتي الذي يحسن العربية بما يأتي به من إيجاب أو قبول ، أما الآخر فإنه يأتي بلسانه .

وإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر لزم أن يفهم أن اللفظ الذي نطق به صاحبه الآخر هو لفظ الإنكاح وأن يخبره بذلك شخص ثقة يعرف اللسانين جميعاً^(٢) .

الصيغة المصحفة :

التصحيف هو تغيير اللفظ ليتغير المعنى المقصود من الأصل مثل قوله (تجوزت) بدلاً من (تزوجت) . فإن الحكم في ذلك هو عدم انعقاد النكاح لصدوره عن تحريف وتصحيف في ركنه الأساسي الأول وهو الإيجاب والقبول ذلك أنه لم تكن الكلمة (تجوزت) حقيقة ولا مجازاً بل هي غلط يقام له اعتبار في نظر الشرع .

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن إدريس : ١٩/٣ ، ٢٠ ، ومنار السبيل في شرح الدليل للشيخ ابن ضويان : ١٤٧/٢ ط١ ، والمغني لابن قدامة : ٥٣٤/٦ .
(٢) المغني لابن قدامة : ٥٣٤/٦ .

ولا يخفى وضوح الفرق بين اللفظ الأعجمي والمصحف . فإن اللفظ
بالعجمية يصدر عن شخص جاد قاصد للنكاح . أما التصحيف فإنه يعبر عن
تحريف كبير فليس هو بالحقيقة ولا المجاز .

وقد أفتى أبو السعود رحمه الله أنه لو اتفق قوم على النطق بهذه العبارة
المصحفة المحرفة وصدرت عن قصد صحيح فإن ذلك يكون وضعاً جديداً
فيصح به النكاح^(١).

ويمكن القول أن التصحيف في عبارة الزواج هو من قبيل اللحن الذي
درجت عليه الأعراف التي تنكبت عن سلامة اللسان . وذلك ما نلمسه في
أجيالنا وأزمنتنا هذه التي شاع فيها التصحيف واللحن عندما ثقلت على الألسن
لغة القرآن العريقة ، لغة الضاد .

ولئن كان اللحن والتحريف في العربية فاشياً على كل لسان فإن من مرونة
التشريع وسموه وشموله ومراعاته للأعراف المتغيرة المتبدلة أن يجيز عقد
النكاح بهذا اللفظ المحرف من غير أن يضر ذلك أو يؤثر في صحة العقد .
وذلك ما آراه في هذه المسألة والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) إعانة الطالبين لأبي بكر المشهور بالبكري على حل ألفاظ فتح المعين لزين الدين
الملياري : ٢٧٦/٣ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين : ٢٠-١٨/٣ .

الولي

ذلك ركن من أركان النكاح كما اتفق عليه الجمهور . وهو ركن جدير بالتركيز والاهتمام وشيء من التفصيل لما يترتب عليه من بالغ التأثير في صيانة الزواج من أسباب التخلخل والضعف وحوطه من عوامل التفكك والانحيار .

فالولي من شأنه أن يحسب لموكلته في الزواج كل حساب وأن يحيطها بكثيف من الرعاية والعناية والصون كيلا تقع ضحية التعجل والانسياق العاطفي الجاهل .

والولي بما أنيط به من كبير المسؤولية وما يخالطه من أمشاج العطف والمحبة والإشفاق لجدير كل الجدارة بحسن التبصر الواعي عند تقديم الخاطب وهو ينبغي نشدان ابنته أو موكلته . إنه جدير بالثبوت والروية والتقدير ليسوق ابنته إلى هانئ المثنوى وكريم الملاذ إلى حيث الزوجية الرضية الفضلى .

بعد هذا نبين آراء الفقهاء في ركنية الولي مع سوق الأدلة لكل من المتحالفين لنميل بالتالي إلى ما هو أصوب حيث الترجيح .

وقد أمكن استخلاص أربعة أقوال للعلماء في هذه المسألة ، نجملها فيما يلي :

القول الأول :

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المسلمين . فقد ذهبوا إلى ركنية الولي في عقد النكاح وأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها حتى ولا توكل غير وليها في تزويجها . وإن فعلت شيئاً من ذلك فلا يصح النكاح . وبذلك فلا مناص لصحة النكاح من أن يكون ثمة ولي يقوم بتزويج المرأة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، صغيرة أو كبيرة .

وقد روي هذا القول عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة وذهب إليه أيضاً سعيد بن المسيب والحسن البصري وعمر ابن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وإسحق .
وقد ذهب إلى ذلك أيضاً جمهور المالكية والشافعية والحنبلية^(١).

القول الثاني :

وهو لأبي حنيفة رحمه الله . فقد ذهب إلى أن المرأة إذا عقدت نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز على أن تكون بالغة . وهو قول زفر والشعبي والزهري وشبيه بهذا القول ما ذهب إليه الشيعة الإمامية فقد قالوا : لا يشترط الولي في نكاح الرشيدة في النكاح الدائم إلا أنه أفضل على الأشهر^(٢).

القول الثالث :

وهو رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية بأن اشتراطها سنة لا فرض وبهذا تنتفي ركنية الولي حتى يصح النكاح بغير ولي . وذلك أن ابن القاسم قد روى عن مالك أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها أي أن الإمام مالكا كان يعتبر الولي في الرقعة دون الوضعية .

وقد روي عنه أيضاً أنه كان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكأن ذلك عند مالك من شروط التمام لا من شروط الصحة^(٣).

(١) المغني لابن قدامة : ٤٤٩/٦ ، والأم للشافعي : ١٣/٥ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : ٨/٢ ، وسبل السلام للصنعاني : ١١٧/٣ ، وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف : ص ١٧٦ ، ونيل الأوطار للشوكاني : ١٣٥/٦ ، ١٣٦ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف : ص ١٧٦ ، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للجيعي : ١١٢/٥ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : ٨/٢ .

القول الرابع :

وهو للظاهرية . فقد فرق داود في الولاية بين البكر والثيب . فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب . ذلك أن البكر لا يزوجه إلا وليها ، وتولي الثيب أمرها من تشاء من المسلمين ليزوجهها بغير ما اعتراض من الولي في ذلك^(١) .

(١) المحلى لابن حزم : ٤٥٥/٩ ، ٤٥٧ .

الأدلة

استدل الجمهور وهم أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فإن أظهر ما يحتج به عندهم لاشتراط الولاية قوله تعالى : ﴿ فَلَمَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾ (البقرة: ٢٣٢) فقالوا : إن هذا خطاب للأولياء وإنهم لم يكونوا لينهوا عن العضل بغير أن يكون لهم حق في الولاية .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ (البقرة: ٢٢١).

أما السنة : فقد استدلوا بعدة أحاديث أشهرها قوله ﷺ : « لا نكاح بغير ولي »^(١).

وأخرج الدارقطني في سننه بإسناده عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »^(٢).

وأخرج الدارقطني أيضاً بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها »^(٣).

وعلى هذا قالوا : يتبين من هذه الأحاديث أنه لا يصح النكاح بغير ولي . والأصل في النفي هو نفي الصحة لا نفي الكمال .

لذلك اتفق الجمهور على اشتراط الولي وأن المرأة لا تزوج نفسها .

(١) رواه الترمذي : ١٢/٥ ، شرح ابن العربي وذلك بإسناده عن أبي بردة عن أبيه .

(٢) أخرجه الدارقطني وبذيله التعليق المغني على الدارقطني للشيخ أبي الطيب آبادي : ٢٢١/٣ ، والترمذي شرح ابن العربي : ١٢/٥ .

(٣) الدارقطني : ٢٢٩/٣ ، وابن ماجه : ٦٠٦/١ .

وقد حكى عن ابن المنذر أنه ما عرف من أحد من الصحابة خلاف هذا القول^(١).

فاشترط الولاية في الزواج فرض إلا أن يستثنى من ذلك النبي ﷺ ، إذ لا يشترط أن يكون ثمة ولي لمن يروم من نساء^(٢). وهو ﷺ أجدر أن لا يتولى على زواجه أحد ، وهو في كرامته وشرفه وقدره الأسمى قمين بأن لا يزوجه أحد فهو خير البشرية وسيدها في العاجلة والآجلة . وهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم . عليه وآله وصحبه صلوات من الله وسلام .

أما بالنسبة للصحابة فقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : لا تزوج امرأة جاريتها ولكن لتأمر وليها فليزوجها^(٣).

وقال عمر أيضاً : لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان^(٤).

وعن علي قال : لا نكاح إلا بإذن ولي فمن نكح أو أنكح بغير إذن ولي فنكاحه باطل^(٥).

وقال الشعبي رضي الله عنه : ما كان أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي بن أبي طالب كان يضرب فيه^(٦).

لذلك كله فإن النكاح بغير ولي يعتبر باطلاً لافتقاده ركناً من أركانه وهو الولي وبسبب النهي الذي يقتضي الفساد وهو مرادف للبطلان عند جمهور العلماء كما سنبين إن شاء الله .

(١) سبل السلام : ١١٧/٣ ، ١١٨ .

(٢) منتهى الإرادات : ١٦٠/٢ .

(٣) كشف الغمة عن جميع الأمة للشعراني : ٥٩/٢ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه . وبذيله التعليق المغني على الدارقطني للشيخ

أبي الطيب أبيادي : ٢٢٩/٣ .

(٦) كشف الغمة عن جميع الأمة للشعراني : ٥٩/٢ .

وكذلك اتفق الجمهور على أن المرأة ليس لها ولاية إلا نكاح لغيرها فضلاً عن أن يكون ذلك لنفسها وأنها لا عبارة لها في النكاح إيجاباً ولا قبولاً فلا تزوج نفسها ولا غيرها بولاية ولا وكالة ، وإذا وقع النكاح من هذا القبيل فهو باطل .

أدلة القول الثاني :

وهو مذهب أبي حنيفة ومن معه . فقد استدلوا بالكتاب والسنة على عدم اشتراط الولاية في الزواج .

أما الكتاب فهو قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: ٢٣٤) .

وهذا النص يعتبر دليلاً على صحة إنكاحها بنفسها . وقالوا : لقد أضيف الفعل إليهن في أكثر من آية : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾ (البقرة: ٢٣٢) ، وقوله : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٠) .

والاستدلال بهاتين الآيتين من وجهين :

الأول : أنه سبحانه أضاف النكاح إليها فيقتضي ذلك أن يكون النكاح منها . فيدل ذلك على جواز النكاح بعبارة النساء من غير شرط الولي .

الثاني : أنه نهى الأولياء أن يمنعوها من إنكاحهن أنفسهن من أزواجهن ذلك في الآية الأولى . وفي الثانية جعل نكاح المبتوتة من ثان غاية الحرمة بالنسبة للأول ، وذلك يقتضي انتهاء الحرمة عند إنكاحها نفسها^(١) .

أما السنة : فقد احتجوا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها »^(٢) .

(١) بدائع الصنائع : ٢/٢٤٧ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ومعه حاشية الشلبي : ١١٧/٢ .

(٢) رواه مسلم : ١٤١/٤ .

ويقول عليه السلام : « الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها »^(١). وقالوا أيضاً : إن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها باعتبار النكاح نافعا لها في الدين والدنيا ولحاجتها للنكاح في الحال والمآل ، وهي بطبيعتها تعجز عن أن تحرز هذه المصالح بنفسها ، وطبيعة الذكورة في الرجل تجعله قادراً على القيام بهذه المهام . وإذا ما بلغت المرأة عن عقل زال عجزها وأصبحت قادرة بنفسها على التصرف في أمرها وشؤونها حتى تثبت لها الولاية بعد زوال ولاية غيرها عليها . وذلك لأن الولاية لغير المرأة عليها إنما تثبت للضرورة فتزول هذه الولاية بزوال الضرورة^(٢).

وكان أبو حنيفة يقول : ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وأبى وليها أن يزوجهها ولا يسعه إلا ذلك . فكيف يكون ذلك جائزاً من الحاكم والولي ولا يجوز منها وهي قد وضعت نفسها في الكفاءة ؟ وقد بلغنا عن علي أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى علي فأجاز علي النكاح^(٣).

الرد على أبي حنيفة :

وقد رد الشافعية على أبي حنيفة لاستدلاله بقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾ فقال (الشافعي) : إن هذه الآية هي أصرح آية في اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى . وذكر سبب نزول هذه الآية في معقل ابن يسار فقد زوج أخته فطلقها زوجها طلبة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها وأراد استرجاعها فحلف معقل أن لا يزوجها منه فنزلت هذه الآية^(٤).

(١) رواه البيهقي : ١١٥/٧ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٤٧/٢ ، ٣٤٨ .

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف : ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٤) سبل السلام للصنعاني ١١٨/٣ .

مناقشة بعض أدلة الجمهور :

في قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾ يمكن القول أنه ليس في هذه الآية أكثر من نهي قرابة المرأة عن أن يمنعوها من النكاح . ونهيهم عن العضل لا يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة انعقاد النكاح .

وقد يفهم من هذه الآية ما هو على العكس وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلون من النساء فهن بذلك حرائر في إنكاحهن أنفسهن .

وكذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ (البقرة: ٢٢١) فإن ما يفهم من هذا الخطاب هو أنه موجه للأولياء أو لأولي الأمر ، وليس فيه ما يدل على أنه في الأولياء أظهر منه في أولي الأمر .

وقد يقال إن هذا الخطاب عام ، وهو لعمومه يشمل ذوي الأمر والأولياء جميعاً . والرد على ذلك أن هذا إنما هو خطاب بالمنع فيستوي فيه الأولياء وغير الأولياء .

وإذا كان الولي مأموراً بالمنع شرعاً فإن ذلك لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن.

وإذا قيل : إن ذلك خطاب للأولياء فهو يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح ، فإن ذلك يستلزم أن يكون الخطاب مجملاً لا يجوز العمل به لأنه غير متضمن ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم . والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة.

ومن جهة أخرى فقد كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عن النبي ﷺ أنه كان يعقد لهم الأنكحة ولا يعين لذلك من يعقدها .

وعلى العموم فإن المقصود من الآية هو تحريم نكاح المشركين والمشركات وليس هو الولاية أو حكمها^(١).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : ٩/٢ ، ١٠ .

وجه القول الثالث :

وهو رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية بأن اشتراطها سنة لا فرض .
فقد قيل إنه لم تأت آية ولا سنة ظاهرة تكون الولاية بموجبها شرطاً في
النكاح حتى أن الآيات والسنن التي احتج بها المشترطون للولاية كلها محتملة .
ومن جهة أخرى فإن الآيات والسنن التي احتج بها المسقطون للولاية هي
كذلك محتملة . حتى قالوا إن الأحاديث الواردة في هذا المجال مختلف في
صحتها إلا حديث ابن عباس .

لذلك فإن هذه الأدلة سواء منها الموجب للولاية والمسقط لها - لا تنهض
حجة لأي من الفريقين وهي بعد ذلك يستفاد منها النذب لا الفرضية^(١) .
على أننا قد بينا ركنية الولاية في المذهب المالكي وأنهم متفقون في هذه
المسألة مع الجمهور باعتبار الولي أحد أركان عقد النكاح^(٢) .

احتجاج الظاهرية :

استدل أهل الظاهر على اشتراط الولي في البكر ، وعدم اشتراطه في الثيب
بالخبر الثابت عن رسول الله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر
في نفسها وإذنها صماتها »^(٣) .
وفي لفظ آخر لأبي داود أيضاً « والثيب أحق بنفسها من وليها والبكر
يستأمرها أبوها »^(٤) .

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : ٩/٢ .

(٢) متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ومعه الشرح المسمى تقريب المعاني : ص ١٧٦ ،
ومختصر خليل : ص ١٢٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : ٢/٢٢٠ ،
وحاشية الصاوي على الدردير المسماة بلغة السالك : ٣٧٥/١ .

(٣) (٤،٣) رواه أبو داود في سننه : ٤٨٤/١ .

ويستدل من هذين الحديثين أنه لا ينفذ الولي على الثيب أمره بالتزويج بغير إذنهما ، وأنها لا تنكح إلا من شاءت . فإن أرادت النكاح لم يجز لها ذلك إلا بإذن وليها فإن أبى الولي قام السلطان بإنكاحها شاء الولي أو أبى^(١) . وقد رد الإمام ابن حزم القول عن مالك باعتبار الولاية في المرأة الرفيعة دون الوضعية فقال : إن ذلك ظاهر الفساد لأنه فرق بين الدنية وغير الدنية فإن الدناءة إنما تكون في معصية الله تعالى .

ورد ابن حزم أيضاً أن يكون الفقر دناءة فقد كان في الأنبياء عليهم الصلاة والسلام الفقير الذي أهلكه الفقر وهم مع ذلك أهل الشرف والرفعة . وقد كان قارون وفرعون وهامان أهل طول وثراء وهم أنفسهم أهل الدناءة والانحطاط فليست هذه التفرقة قائمة على دليل من الشرع سليم^(٢) .

على أن ثمة خلافاً في المدى يعتبر قوله في صحة العقد . ويمكن القول أنه في الشرع على ضربين :

الأول : يعتبر رضا المتناكحين نفسيهما . وهما الزوج من جهة ، ثم الزوجة من جهة أخرى إما مع الولي وإما بغيره على القول الذي لا يشترط الولي في رضا المرأة متى تملك أمر نفسها .

الثاني : يعتبر رضا الأولياء فقط دون الزوجين .

وقد اتفق العلماء على أن الرجال البالغين الذين يملكون أمر أنفسهم لا بد من رضاهم في النكاح ليكون صحيحاً . أما النساء فإن كن ثيبات بالغات فقط اتفقوا على اعتبار رضاهن .

أما الصغيرة فقد اختلفوا في شأنها من حيث البكارة والثبوبة .

فبالنسبة للبكر البالغ قال الإمام مالك : للأب وحده أن يجبرها على الزواج^(٣) .

(١) المحلى لابن حزم : ٤٥٥/٩ ، ٤٥٧ .

(٢) المصدر السابق : ٤٤٥/٩ ، ٤٥٦ .

(٣) بداية المجتهد : ٦ ، ٥/٢ .

وقال الشافعي : للأب والجد إجبارها على الزواج حتى وإن أظهرت الكراهية لقول النبي ﷺ : «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها» . وفي هذا تفريق بينهما . فلو قلنا إن استئذان البكر واجب لما كان بينهما فرق وقال الشافعي أيضاً : لأبي البكر أن يزوج الصغيرة والكبيرة بغير أمرها وأحب إلى أن كانت بالغاً أن يستأمرها^(١) .

وذهب أبو حنيفة إلى اعتبار رضاها إن كانت بالغاً . وهو قول الثوري والأوزاعي وأبي ثور ووافقهم مالك في البكر المعنية على أحد القولين عنه^(٢) . أما الثيب غير البالغ فقد قال أبو حنيفة ومالك : إن المعتبر هو الأب في إجبارها على النكاح . وقال المتأخرون من المالكية : إن في ذلك ثلاثة أقوال : الأول : إن الأب يجبرها على النكاح ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب .

الثاني : يجبرها الأب وإن بلغت وهو قول سحنون .

الثالث : لا يجبرها الأب وإن لم تبلغ وهو قول أبي تمام^(٣) .

وقال الشافعي : لا يجبرها الأب لأنه يرجى لها أن تبلغ وتأذن^(٤) .

ثم اختلف الفقهاء في تزويج الصغير والصغيرة . فهل يزوجهما غير الأب ؟ بالنسبة للصغيرة : قال الشافعي : يزوجهما الجد أبو الأب والأب فقط^(٥) .

وقال مالك : لا يزوجهما إلا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد .

(١) الأم : ١٩/٥ ، وتكملة المجموع الثانية : ٣٢٥/١٥ .

(٢) المبسوط : ٢/٥ ، وبداية المجتهد : ٥/٢ ، ٦ .

(٣) المبسوط : ٣/٥ ط ٢ ، وبداية المجتهد : ٦/٢ .

(٤) تكملة المجموع الثانية : ٣٢٨/١٥ .

(٥) المرجع السابق : ٣٢٤/١٥ .

وذلك لأن ما للأب في هذا غير موجود لغيره إما من قبل أن الشرع خصه بذلك وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره^(١).
وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب أو قريب ذلك لأن الأولياء جميعاً يراعون المصلحة لوليتهم ويشملونها بالنظر والرعاية فوجب أن يلحقوا بالأب في الإجمار^(٢).

(١) بداية المجتهد : ٧/٢ .

(٢) شرح فتح القدير : ٢٧٦/٣ ، ٢٧٧ .

وسياتي مزيد من التفصيل لهذه المسألة في مانع الإكراه إن شاء الله تعالى .

الترجيح

لا يسعنا في ضوء ما أسلفنا من أدلة وحجج إلا أن نرجح رأي الجمهور بفرضية الولاية في النكاح وأنه ليس للمرأة أن تنكح نفسها بنفسها فضلاً عن إنكاحها غيرها . وفي تصورنا المستيقن أن مذهب الجمهور هو الصواب لسببين :

الأول : كثرة الأدلة المتعددة المتضافرة التي يقوى بعضها بعضاً والتي تركز في حزم قاطع على عدم صحة النكاح بغير ولي ، وأنه نكاح يخالطه البطلان ذلك الذي يقوم على غير الولاية والتي تنفرد فيه المرأة بتزويج نفسها بنفسها وليس أدل على ذلك مما ثبت في الحديث الصحيح فيما روي عن أبي بردة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي »^(١).

وما روي عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »^(٢).

ومن أمثلة هذين كثير . بالإضافة إلى ما ورد عن كبار الصحابة الأبرار كعمر وعلي وابن عمر وغيرهم مما يتضمن نفي صحة النكاح بغير ولي وأنه لا بد للولي أن يقوم بإنكاح المرأة القريبة .

وفي مقابل ذلك فإن أدلة المخالفين لا تقوى على التماسك أمام ما اعتمده الجمهور من أدلة . ذلك أن أدلة المخالفين النافين لفرضية الولاية لا تنهض حجة وافية كافية يستبين معها المقصود . فهي أدلة يخالطها الإجمال والاحتمال بما يشي بأنها لا تصلح للاستدلال في موضع الخلاف .

(١) أخرجه الدارقطني : ٢١٩/٣ ، والترمذي : ١٢/٥ بنفس الإسناد .

(٢) أخرجه الدارقطني وبإسناد له آخر عن عائشة و ابن عمر مثل ذلك : ٢٢٧/٣ .

الثاني : إن طبيعة المرأة وما جبلت عليه من ضعف في الإرادة والرأي معاً وبحكم أنوثتها التي أورثتها مزيداً هائلاً من العواطف الغلابية والتي كثيراً ما تسوقها إلى حيث الخطل والزلل والهوى في غمرة النسيان الغامر ، والعاطفة الجارفة بغير تبصر عميق أو تفكير نافذ ثاقب .

في ضوء ذلك كله يحرص الإسلام على أن لا تزوج المرأة نفسها أو غيرها حفاظاً على مصلحتها وحماية لشأنها كله أن تنال منه العوادي فتؤذيها أبلغ إيذاء في حالها وفي مالها ، وكلا تقع ضحية الاستغفال والاستعجال فتهم أخيراً على وجهها ضائعة مقهورة في حومة الفسقة العتاة من الرجال .

أجل .. يوجب الإسلام أن يقوم الولي بإنكاح المرأة لأنه أقوى على الالتزام بهذه المسؤولية الهامة وأقدر على التحري والبحث والمعرفة لكي يحيط بالمسألة من أطرافها فلا يفوته أمر الخاطب للبت فيعرفه حق المعرفة ويتثبت تماماً من مبلغ صلوحه زوجاً كريماً مؤتمناً .

كل ذلك ينقل إلينا القناعة بسلامة مذهب جمهور العلماء في هذه المسألة .

الشاهدان

من الحقائق الرئيسية الهامة أن يتفق علماء المسلمين على ركنية الشهادة في عقد الزواج وأنه لا صحة للزواج بدون هذا العنصر الركين .

ومن الحقائق المسلمة كذلك أن يكون الزواج من أخطر العقود التي تدور بين الناس إن لم يكن أخطر هذه العقود جميعاً لما يحتله الزواج من عظيم المكانة في حياة الأفراد والمجتمعات على مر الأيام . إنه يحتل أعظم مكانة وأهمها لتأثيره البالغ في كيان الفرد والأسرة وفي مستقبل النسل والذري والجيال ثم في كيان الأمة كلها ، والزواج وهو يؤلف بين اثنين متحابين متعاضدين وبين أفراد في أسرة متعاطفة متألّفة إنما يسكب في الحياة دفعات تترّأ من النسمات الواعية الذاكرة المؤمنة ، ومن ألوان العمل المتكامل النشط ، ومن معاني الأمن والسكينة والاستقرار . كل أولئك إنما يتمخض عن أخطر ظاهرة من الظواهر التي اهتدى إليها الإنسان بفطرته وهو الزواج .

ولئن كانت العقود الأخرى جميعاً قد ندب الشارع أن تنعقد مقرونة بشهادة فإن من المؤكد أن يكون الإشهاد وجهة مفروضة لا يتم الزواج صحيحاً إلا بها . ومن جهة أخرى فإن الشارع أكد أن لا تشيع في صف المسلمين فاحشة أو أي مظهر من مظاهر الفاحشة ، حتى أن الإسلام قد ندد في شدة بإطلاق أقوال السوء التي تمس الناس في أعراضهم وكراماتهم واعتباراتهم ولعل من أفظع المؤذيات التي تصيب الأسر والأشخاص والبيوت وتأتي على الأعراض والقيم أن تشيع بين المسلمين قالة السوء وجوارح العبارات الفاسدة الرخيصة التي تشن حملات من الكلام الكريه بالجهر تارة ، وبالهمس تارة أخرى .

لذلك كله فإن الشهادة في النكاح تبدد الوسوس التي تراود بعض الناس ممن يتذوقون اللفظ الفاسد الفاجر وممن يتعشقون القدح في أقدار الناس

وكرامتهم . إن الشهادة تعمل على إيصال السبيل في وجه الشكوك والوساوس والريب ، وتمحو من واقع الناس كل بواعث الظن الآثم .
وهي بذلك إحدى الأركان الأساسية في النكاح كما سنبين .
وبعد هذا التقديم يمكن أن نجمل آراء الفقهاء في مسألة الإشهاد في ثلاثة أقوال . نبينها فيما يلي مسوقة بالدليل .

القول الأول :

اعتبر أصحاب هذا القول أن الشهادة شرط في صحة الزواج . وأنه يقع باطلاً بغير شهادة اثنين . وقد ذهب إلى ذلك جمهور العلماء من المسلمين فقد روى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي وهو مذهب الشافعية والحنابلة وأصحاب الرأي .

وفي ذلك يقول الشافعي رحمه الله في الأم : « ولا نكاح للأب في ثيب ولا لولي غير الأب في بكر ولا ثيب غير مغلوقة على عقلها حتى يجمع النكاح أربعاً :

أن ترضى المرأة المزوجة وهي بالغ - والبلوغ أن تحيض أو تستكمل خمس عشرة سنة - ويرضى الزوج البالغ ، وينكح المرأة ولي لا أولى منه أو السلطان ، ويشهد على عقد النكاح شاهدان عدلان . فإن نقص النكاح واحداً من هذا كان فاسداً .

وبذلك فإن شهادة اثنين تعتبر ركناً في النكاح لا يقوم النكاح بغيرهما^(١) .

(١) الأم للشافعي : ١٩/٥ ، ونهاية المحتاج لشمس الدين الرملي : ٢١٣/٦ ، والمغني لابن قدامة : ٤٥١/٦ ، وبدائع الصنائع : ٢٥٢/٢ ، وحاشية أبي السعود المسماة بفتح الله المعين على شرح الكنز للشيخ محمد منلا مسكين ٩/٢ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٩٨/٢ ، وحاشية الباجوري على ابن القاسم الغزي : ١٠١/٢ ، وروضة الطالبين للنووي : ٤٥/٧ .

وقد استدل هؤلاء على فرضية الإشهاد في النكاح بجملة أحاديث نوردها فيما يلي :

فقد أخرج الدارقطني بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »^(١).

وكذلك أخرج الدارقطني بإسناده عن كل من ابن مسعود وابن عمر مثله^(٢). وأخرج البيهقي عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »^(٣).

وأخرج كذلك عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وخاطب وشاهدي عدل »^(٤).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة »^(٥).

وأخرج الدارقطني بإسناده عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدين »^(٦).

ثم إن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فكانت الشهادة شرطاً وذلك كيلا يجحد أبوه فيضيع نسبه . أما نكاح النبي ﷺ بغير ولي ولا شهود فإنه لا يحتاج به لأنه من خصائصه ﷺ في النكاح^(٧).

القول الثاني :

وهو مرجوح لا يعول عليه إذ ينفي شرطية الإشهاد في عقد النكاح وأنه يصح بغير شهادة . ذهب إلى هذا الرأي أبو ثور ، وهو رواية عن أحمد مثله

(١) الدارقطني وبذيله التعليق المغني على الدارقطني للشيخ أبي الطيب أبادي : ٢٢٧/٣ .

(٢) الدارقطني : ٢٢٥/٣ .

(٣) البيهقي : ١٢٥/٧ ، وأخرجه غيره أيضاً من أهل السنن .

(٤) البيهقي : ١٢٥/٧ . (٦) الدارقطني : ٢٢٥/٣ .

(٧) المغني لابن قدامة : ٤٥١/٦ .

وقيل إن الحسن بن علي قد تزوج بغير شهادة ثم أعلن النكاح . وفعل مثله ابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر . وهو مروي كذلك عن ابن المنذر وابن أبي ليلى وعثمان البستي فقد قالوا : يجوز النكاح بغير شهود إذا أعلنوا وهو قول أهل المدينة .

وعلى العموم فقد ذهب هؤلاء إلى أن الشهادة ليست شرطاً في النكاح . فهي ليست شرط صحة ولا شرط تمام^(١) .

ووجه قول هؤلاء في عدم شرطية الشهادة في النكاح بأن النبي ﷺ قد أعتق صفية بنت حبي بن أخطب فتزوجها بغير شهود^(٢) .

وقال ابن المنذر : إنه لم يثبت في الشاهدين في النكاح خبر^(٣) .

وقد اعتمد ابن أبي ليلى وعثمان البتي في مذهبهما هذا على قول أهل المدينة إذا ما أعلن النكاح^(٤) .

وبمثل ذلك قال الشيعة الإمامية إذ نفوا اشتراط الشاهدين في النكاح الدائم وإن كان الإشهاد أفضل^(٥) .

ونستطيع القول أن هذا الرأي ضعيف ولا نميل إلى اعتباره والتعويل عليه لأنه يتضمن اتجاهاً متطرفاً وخطيراً يتعلق بأهم عقد في العقود . وهو بالتالي يؤثر في حاضر الحياة الزوجية وفي مآلها لما ينطوي عليه من عواقب وخيمة تأتي على الولد في نسبه ليضيع في غمرة النكران والجحود ، وتأتي على الميراث ليحرم منه المستحق .

(١) بداية المجتهد : ١٦/٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي : ٩٨/٢ ، والمغني لابن قدامة :

٤٥١/٦ ، والفقهاء المقارن للأحوال الشخصية لبدان أبو العينين بدران : ٦١/١ .

(٢) السيرة النبوية لابن هشام : ٢٩٦/٤ ، وسبل السلام للصنعاني : ١٤٧/٢ ، ١٤٨ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤٥١/٦ .

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٩٨/٢ .

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للجبجي العاملي : ١١٢/٥ ط ١ .

أما استدلالهم بزواج النبي ﷺ من صفة فهو ليس حجة كما أسلفنا باعتبار أن ذلك من خصوصياته ﷺ في النكاح . فهي خاصة لا يبتني عليها مثلها لأحد من الناس .

وليس لهذا الفريق من العلماء من الأدلة الواضحة ما يجعلنا نطمئن لهذا الرأي فهو بذلك رأي مرجوح لا نستطيع أن نعول عليه سنداً شرعياً في نفي فرضية الشهادة .

القول الثالث :

وهو عدم فرضية الشهادة عند العقد بناء على أن المعول عليه في النكاح هو الإعلان . وليست الشهادة دليلاً على الإعلان . فإذا ما ظهر النكاح وشاع كان صحيحاً ولو لم يكن عليه شهود . وذلك هو المعتمد في المذهب المالكي .

فقد أجاز الإمام مالك العقد بدون شهادة ثم يشهدان قبل الدخول^(١) .

لذلك فإن الشهادة عنده لا تتضمن إعلان النكاح ، فإذا أوصى الشاهدان بالكتمان فلا يكون النكاح معلناً . ولذلك لو بقي الزواج مكتوماً بين الخاطب والولي والشاهدين فإن ذلك يعني أن النكاح لم يزل مكتوماً غير معلن^(٢) .

وعلى العموم فإن الإشهاد ليس شرطاً في صحة العقد عند المالكية بل هو واجب مستقل بقصد سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار .

وقالوا إن إثبات الشهادة عند العقد هو أمر مندوب زائد على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الاثنان وهما المندوب والواجب . وذلك باعتبار أن الشهادة في الزواج واجب مستقل لا يشترط كونها عند العقد ، وباعتبار أنها عند العقد أيضاً أمر مندوب . فإذا ما حصلت عند العقد فقد تحصل الواجب والمندوب وبهذا إذا لم يتم الإشهاد عند العقد توجب أن يكون عند البناء .

(١) شرح موطأ مالك للزرقاني : ٣٤/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ١٦/٢ .

فإن كان المهم في هذه المسألة هو الإظهار والإعلان فإن النكاح يصح إن فشا بوليمة أو ضرب دف أو دخان وكان على العقد أو على الدخول شاهد واحد غير الولي كما قال ابن عرفة الدسوقي^(١).

وجه قول المالكية :

استند المالكية في قولهم هذا إلى أن الشهادة ليست حكماً شرعياً يلزم وجوده عند عقد النكاح . إنما جعلت الشهادة سداً لذريعة الاختلاف أو الإنكار فهي بذلك ليست شرطاً من شروط الصحة بل هي من شروط التمام يقصد منها التوثق وعدم التهرب من المسؤولية والالتزام اللذين يترتبان على النكاح ، أو كيلا يلتقي اثنان في خلوة مشبوهة قد يتخللها سوء والفاحشة ثم يدعيان سبق عقد الزواج بغير شهود مما يؤدي لرفع الحد^(٢).

وفي ضوء هذا الرأي للمالكية وتوجيهه نود أن نقرر أن هذا القول لا يستند إلى دليل شرعي واضح وإنما يستند إلى التعليل العقلي المجرد . على أننا لا ننكر جانب المصلحة التي يراعيها المذهب كثيراً . لكن هذا لا يقوى على معارضة الأدلة الكاثرة المتضافرة التي اعتمدها الجمهور في وجوب الإشهاد عند العقد .

وعلى هذا فإن الترجيح يقع اختيار الجمهور لما يعززه من الأدلة القوية البينة التي لا تحتمل التأويل . ولما هو أنفع وأحوط للزواج وآثاره من نسب وتوريث وغيرها .

والدليل على وجوب الإشهاد من اثنين ظاهر وواضح لا يحتمل التأويل ، ومن ذلك ما أخرجه الدارقطني بإسناده عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »^(٣).

(١) حاشية ابن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . ومعه تقاريرات للشيخ عlish : ٢١٧/٢ .

(٢) المصدر السابق : ٢١٦/٢ . وبداية المجتهد : ١٦/٢ .

(٣) الدارقطني : ٢٢٧/٣ ، وأخرج أيضاً بإسناد آخر عن ابن مسعود وابن عمر مثل ذلك .

وما أخرجه البيهقي بإسناده عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »^(١).

شروط الشاهدين :

هناك عدة شروط بعضها قد اتفق الفقهاء على وجودها والبعض الآخر قد اختلفوا فيها . وهذه الشروط هي : الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعدالة ، والذكورة والحرية .

أما الإسلام فقد ذهب أحمد والشافعي إلى اشتراطه في كل من الشاهدين فلا ينعقد النكاح إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو كان الزوج وحده مسلماً^(٢) ، واستدلوا على ذلك بالحديث : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا كانت المرأة ذمية صح العقد بشهادة ذميين أما إن كانت مسلمة فلا تصح الشهادة إلا من مسلمين^(٣).

وأما العقل : فقد اتفقوا على وجوب أن يكون الشاهدان عاقلين . فلا تصح الشهادة من المجنون ولا سائر من لا شهادة له لأن وجوده مثل عدمه^(٤).

وأما البلوغ : فقد اتفقوا أيضاً على اشتراطه في كل من الشاهدين لكي يكون النكاح صحيحاً .. فإنه لا يعتد بشهادة الصبيين لكونهما من غير أهل الشهادة . وقالوا : يمكن احتمال أن ينعقد النكاح بشهادة مراهقين عاقلين^(٥).

وأما العدالة : فهي موضع خلاف وتفرع نثبتهما في إيجاز : فالعدالة هي في اللغة الاستقامة^(٦).

(١) البيهقي : ١٢٥/٧ .

(٢) الأم للشافعي : ١٩/٥ ، والمغني لابن قدامة : ٤٥١/٦ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢٥٣/٢ .

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : ٩٥/٣ ، والمغني : ٤٥٣/٦ ، وحاشية الباجوري على العزي : ١٠٢/٢ ، ١٠٣ .

(٥) المصادر السابقة ، ونهاية المحتاج للرملي : ٢١٤/٦ ، ٢١٦ .

(٦) القاموس المحيط : ١٣/٤ ط ٢ .

وبالنسبة لعدالة الشاهدين في النكاح فقد انقسم الفقهاء فريقين :
الأول : ذهب أحمد في إحدى روايتين عنه والشافعي إلى وجوب العدالة في
الشاهد . وبناء على هذا القول فإن النكاح لا ينعقد بشهادة الفاسقين بدليل
الخبر « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين^(١).
الثاني : الرواية الأخرى عن أحمد وهو قول أبي حنيفة بعدم اشتراط العدالة
في الشاهدين وأن النكاح ينعقد بشهادة الفاسقين^(٢).

أما بالنسبة لاعتبار حقيقة العدالة أو الاكتفاء بظاهرها لينعقد النكاح فقد
أورد صاحب المغنى الحنبلي تفصيلاً لذلك فقال : على كلتا الروايتين عن
أحمد لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد النكاح بشهادة مستوري الحال لأن
النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة
فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال ويكون الشاهد مستور الحال لم يظهر
فسقه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط :
العدالة ظاهراً وهو أن لا يكون ظاهر الفسق . فيتبين من ذلك أن العدالة تشترط
في الظاهر فينعقد النكاح بالمستور من الشاهدين . وقد ذهب إلى ذلك الحنبلي
والشافعية^(٣).

أما الذكورة : فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يصح أن يكون الشاهدان كلاهما
أنثيين في النكاح .

واختلفوا فيما إذا كان مع الذكر أنثيان . فقد ذهب الشافعية والحنبلية إلى
اشتراط كون الشاهدين من الذكور فلا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين .
وهو قول النخعي والأوزاعي .

(١) روضة الطالبين للنووي : ٤/٤٥ ، وحاشية الباجوري على الغزي : ١٠٢/٢ ، ١٠٣ ،
والأم للشافعي : ١٩/٥ ، والبذائع : ٢/٢٥٥ ، والمغني : ٤٥١/٦ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي : ٩٩/٢ ، والمغني : ٤٥١/٦ .

(٣) المغني : ٤٥١/٦ ، وشرح الزبد غاية البيان للرملي : ص ٢٧٨ ، وروضة الطالبين :
٤٧/٧ .

وبذلك يشترط في الشاهدين الذكورة ولا يجوز أن يكون أحدهما
أو كلاهما أنثيين^(١).

واستدلوا على ذلك بقول الزهري : أن السنة قد مضت عن رسول الله ﷺ أنه
لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق . ولأن عقد
النكاح ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال
فلا يثبت بشهادة النساء كالحدود^(٢).

وثمة قول ثان في هذه المسألة وهو أن الذكورة غير مشترطة في الشهادة .
فيصح العقد بشهادة رجل وامرأتين . ذهب إلى ذلك الحنفية ، وهو رواية عن
أحمد . فقد روى عنه أنه قال : إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ، وإن كان معهن
رجل فهو أهون . وروى عن الشعبي أيضاً مثل ذلك لأن النكاح عقد
معاوضة^(٣).

واختلفوا في انعقاد النكاح بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما
فإن في ذلك وجهين :

الأول : ينعقد النكاح للحديث : «إلا بولي وشاهدي عدل» وهما من
العدول ولأنهما ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فينعقد بهما نكاحه . ذهب إلى
ذلك فريق من الحنابلة . وإليه ذهب الشافعي إن تصادق الزوجان ، وإن
تجاحدا لم يجز النكاح .

الثاني : لا ينعقد بشهادتهما لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، ولا الابن
لوالده . ذهب إلى ذلك فريق من الحنابلة^(٤).

(١) شرح الزيد غاية البيان للشيخ محمد بن أحمد الرملي : ص ٢٧٨ ، وحاشية الباجوري
على الغزي : ١٠٢/٢ ، ١٠٣ ، والأم : ١٩/٥ ، ونهاية المحتاج : ٢١٣/٦ ، والمغني :
٤٥٢/٦ .

(٢) المغني : ٤٥٢/٦ .

(٣) المغني : ٤٥٢/٦ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٩٩/٢ .

(٤) الأم : ١٩/٥ ، ونهاية المحتاج : ٢١٤/٦ ، والمغني : ٤٥٣/٦ .

أما شهادة الضريرين :

فقد ذهب الحنابلة إلى انعقاده بشهادة ضريرين . واحتجوا لذلك بأن شهادة الأعمى تكون على قول فتصح من الأعمى . وقالوا : إنما ينعقد النكاح بشهادتهما إذا تيقن الصوت وعلم أنه صوت المتعاقدين دون شك فيهما وإلا فلا يجوز .

أما الشافعية فلهم في ذلك وجهان :

أحدهما : جواز شهادة الضريرين لأنهما أهل للشهادة .

ثانيهما : لا تصح شهادتهما لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمشاهدة^(١).

كيفية الإشهاد :

هل يشترط حضور الشاهدين معاً عند العقد أو لا يشترط بحيث يجوز أن يشهد أحدهما بعد الآخر ؟

قال أكثر أهل العلم أنه لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند العقد^(٢) ولو سمع الشاهدان متعاقبين وذلك بأن سمع أحدهما ثم أعيد العقد فسمع الآخر ، فإن أعيد العقد في نفس المجلس فإن العقد لا ينعقد عند عامة العلماء خلافاً لأبي يوسف . أما إن أعيد العقد في مجلس آخر فإنه لا ينعقد إجماعاً^(٣).

(١) المغني : ٤٥٣/٦ ، ونهاية المحتاج : ٢١٤/٦ ، وروضة الطالبين للنووي : ٤٥/٧ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني : ٤٤/٦ ، وروضة الطالبين للنووي : ٤٥/٧ .
(٣) حاشية محمد أبي السعود المسماة بفتح الله المعين على شرح الكنز للشيخ محمد منلا مسكين : ٩/٢ .

نكاح السر

صورة هذا النكاح أن يشهد شاهدان على النكاح ثم يوصيان بكتمانه^(١).
وقال الإمام مالك : نكاح السر ما أوصى بكتمه^(٢).

وقال الشيخ الخرشي : هو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم أو قاض وإلا فلا يضر . وأن إيصاء الولي فقط أو الزوجة فقط أو هما والشهود دون الزوج فلا يضر أيضاً . وكذا لو اتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصاء الشهود فلا يضر أيضاً^(٣).

وعرفه ابن عرفة بأنه : ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملء الجامع^(٤).

وقد اختلف الفقهاء في كون هذا النكاح سراً أو ليس بسر :
فقد ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى أنه نكاح سر . وسنبين تفصيل ذلك فيما هو آت إن شاء الله تعالى .

وذهب عامة العلماء إلى أن هذا النكاح ليس بسر وهو يعتبر صحيحاً .
وسبب الاختلاف في هذه المسألة بين المالكية والجمهور هو اختلافهم في كون الشهادة حكماً شرعياً أو أنها يقصد منها سد ذريعة الجحود والاختلاف والذين قالوا إن الشهادة حكم شرعي اعتبروها من شروط الصحة . أما الذين قالوا إنها للتوثيق فقد اعتبروها من شروط التمام^(٥).

(١) بداية المجتهد : ١٥/٢ ، وأسهل المدارك للكشناوي : ٨٨/٢ .

(٢) شرح موطأ الإمام مالك للزرقاني : ٣٤/٤ .

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل . وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي : ٣٢/٣ .

(٤) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي على تحفة الحكام : ٢٧١/١ .

(٥) بداية المجتهد : ١٥/٢ .

أما الجمهور فقد قالوا إن الشهادة من شروط الصحة في النكاح ولا يقوم النكاح صحيحاً إلا بها على أتم وجه وأكمل صورة .

وبذلك فقد اعتبر جمهور الفقهاء الشهادة شرطاً من شروط جواز النكاح .

والآن سوف نعرض لأقوال الجمهور في هذه المسألة بشيء من التفصيل .

الحنفية :

نقل الإمام محمد عن أبي حنيفة قوله : إن نكاح السر جائز إذا شهد عليه العدول وإن استكتموا ذلك .

وتساءل الإمام محمد ، كيف يبطل هذا النكاح وقد شهدت عليه العدول ؟
وضرب على ذلك الأمثلة فقال : رأيتم رجلاً زوج ابنته وهي ثيب برضاها وأمرها بالبينة العدول رجلاً كفوّاً صالحاً إلا أنهم يرضون من الصداق جميعاً على أمر استحيوا لا يعلم به الناس فسألهم أن يكتموا ذلك أيبطل ذلك النكاح^(١) .

وقال : رأيتم رجلاً مستخفياً من سلطان زوج ابنته بالبينة العدول واستكتم ذلك من خوف السلطان أيبطل هذا النكاح ؟ أو يزوج الرجل نفسه وهو مستخف من السلطان أو من دين عليه فسألهم أن يكتموا لمكان خوفه أيبطل هذا النكاح^(٢) ؟

أدلة الحنفية :

استدلوا لذلك بما أخرجه البيهقي في سننه بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة »^(٣) .

قالوا : فإذا لم تكن الشهادة شرطاً لم تكن المزوجة زانية بغيرها .

(١) المعنى أنهم يرضون باليسير من المهر يستحبون أن يقف عليه الناس لقلته وهوانه .

(٢) كتاب الحجّة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني : ٢٢٢/٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

(٣) البيهقي : ١٢٥/٧ .

وقالوا أيضاً : إن الحاجة ماسة لدفع تهمة الزنا عنها ولا سبيل لدفع هذه التهمة إلا بالشهادة يؤديها الشاهدان ، فإن الشهادة تعني إظهار النكاح واشتهاره مما تندفع به أسباب التهمة والارتباب .

ومن شأن الشهادة كذلك أن تندفع بها نوايا الجحود والإنكار ، وذان يندفعان بظهور النكاح واشتهاره عن طريق الإشهاد الذي يؤول إلى كثرة المطلعين على النكاح بالتسامع من العاقلين وغيرهما^(١) .

الشافعي :

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا وقع النكاح ثم أمر الزوجان والشاهدان بكتمان النكاح فإن النكاح يكون جائزاً وأكره لهما السر لئلا يرتاب بهما^(٢) .

وبذلك فإن الشافعية يوافقون الأحناف في جواز هذا النكاح ، وأنه وإن كان سرّاً قد كتم شأنه عن الناس فهو في نظر الشرع صحيح .

لكن الشافعي رضي الله عنه قد كره هذه الصورة من النكاح لكونها تبعث على الشك والريبة .

واستدل الشافعية لمذهبهم بما قاله ابن عمر رضي الله عنهما : تزوج رجل امرأة سرّاً فكان يختلف إليها فرآه جار له فقذفه بها باستعداءه إلى عمر رضي الله عنه فقال له عمر : بينتك على تزويجها . فقال : يا أمير المؤمنين كان أمر دون ما أشهدت عليه أهلها . فدرأ الحد عن قاذفه وقال : حصنوا فروج النساء وأعلنوا هذا النكاح^(٣) .

(١) بدائع الصنائع : ٢/٢٥٢ ، والمبسوط للسرخي : ٣١ ، ٣٠/٥ .

(٢) الأم للشافعي : ١٩/٥ .

(٣) شرح صحيح الترمذي لأبن العربي : ٤/٣٠٩ ، وكشف الغمة عن جميع الأمة للشعراني : ٦١/٢ ، الطبعة الأخيرة .

والمقصود بعبارته لأمر المؤمنين : أن أمراً قد منعني من الإشهاد من غير أهلها فأثرت السر في ذلك .

الحنبلية :

ذهبوا إلى كراهة هذا النكاح وإن كان صحيحاً . وذلك الذي ذهب الشافعية إليه . لكن الحنابلة قالوا : إذا عقد النكاح بولي وشاهدين فأسروا العقد أو تواصلوا بكتمانه فإن ذلك نكاح سر . وقد أسموه على هذه الصورة نكاح سر وقالوا بكراهته لما كرهه عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي ونافع مولى ابن عمر .

وقال أبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة : إن هذا النكاح باطل لأن أحمد قال إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه .

وقد استدل علماء المذهب الحنبلي لصحة هذا النكاح بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي »^(١).

ويفهم من هذا انعقاد النكاح على هذه الصورة وإن لم يوجد الإظهار . وقال الحنابلة : إن عقد النكاح هو عقد معاوضة كالبيع فلا يشترط إظهاره والإخبار عنه بل يستحب ذلك استحباباً بدليل أمر النبي ﷺ بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك واجباً . فقد أخرج النسائي عن محمد بن حاطب قال : قال رسول الله ﷺ : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح »^(٢).

وقال عليه الصلاة والسلام : « أعلنوا النكاح »^(٣) . وكان النبي ﷺ يحب أن يضرب على النكاح بالدف وليس ذلك بواجب بل هو مستحب للإعلان والإظهار . وقد روى عن أحمد قوله : يستحب ضرب الدف ، فقليل له : ما الصوت ؟ قال : « يتكلم ويتحدث ويظهر » .

(١) أخرجه الترمذي عن أبي موسى : ١٢/٥ . والدارقطني عن أبي بردة عن أبيه : ٢١٩/٣ .
(٢) النسائي : ١٢٧/٦ ، وابن ماجه : ٦١١/١ ، بنفس الإسناد .
(٣) رواه الحاكم في المستدرک بإسناده عن عبد الله بن الزبير ومعه تلخيص المستدرک للذهبي : ١٨٣/٢ .

أما قول أحمد : لا . فقالوا : إنه نهى كراهة لتصريحه باستحباب ضرب الدف ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقد النكاح وليس ذلك بشرط^(١).

المالكية :

نقد خالف الإمام مالك الجمهور في هذه المسألة وقال : لا يجوز نكاح السر وهو أن يشهد شاهدان على نكاح ويوصيا بالكتمان فإن ذلك سر وينسخ . وسبب ذلك أن الشهادة عند الإمام مالك لا تتضمن الإعلان إذا ما أوصى الشاهدان بالكتمان . وأن ما تقع فيه الشهادة مكتومة ينطلق عليه اسم السر خلافاً لما ذهب إليه الجمهور من أن الشهادة - وإن كانت مكتومة - تكفي في أن يكون النكاح صحيحاً ، وأن النكاح معها لا يكون سراً^(٢).

وقال ابن عرفة : نكاح السر باطل . وهو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملء الجامع .

لذلك فإنه لو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد فإنه صحيح ويؤمرون بإفشائه^(٣).

أدلة المالكية :

استند المالكية في أقوالهم هذه إلى اشتراط إعلان النكاح عند عقده ليكون ظاهراً مشهوراً فلا يخالطه شيء من خفية أو إسرار .

والشهادة عند المالكية لا تعبر عن إظهار النكاح وإشهاره بل إن الشهادة هي مجرد سبب للتوثيق وسد لذريعة النسيان أو النكران .

(١) المغني لابن قدامة : ٥٣٧/٦ ، ٥٣٨ .

(٢) بداية المجتهد : ١٥/٢ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية العدوي : ٣٢/٣ ، الطبعة الأولى ، وشرح موطأ مالك للزرقاني : ٣٤/٤ .

(٣) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي على تحفة الحكام : ٢٧١/١ ، الطبعة الثانية ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك لأبي بكر الكشناوي : ٨٨/٢ .

واستدلوا لاشتراط الإعلان بما أخرجه الترمذي بإسناده عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف »^(١).

وبما أخرجه الحاكم في المستدرک عن عبد الله بن الزبير عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال : « أعلنوا النكاح »^(٢).

وبما روى عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعباً فقال : « ما هذا ؟ » فقالوا : نكح فلان يا رسول الله فقال : كمل دينه . هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح سر حتى يسمع دف أو يرى دخان^(٣).

وقال عمر في هذا النكاح : « هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت »^(٤). وعن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى أيوب بن شرحبيل أن مر من قبلك فليظهروا عند النكاح الدفاف فإنها تفرق بين النكاح والسفاح^(٥). وعن أبي بكر الصديق قال : « لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به ويشهد عليه ».

وعن ابن سهاب أنه قال في رجل نكح سراً وأشهد رجلين فقال : إن مسها فرق بينهما واعتدت حتى تنقضي عدتها وعوقب الشاهدان بما كتما من ذلك وللمرأة مهرها ثم إن له أن ينكحها حين تنقضي عدتها نكحها علانية . وإن لم يكن مسها ورق بينهما ولا صداق لها ونرى أن ينكلهما الإمام بعقوبة والشاهدين بعقوبة فإنه لا يصلح نكاح السر^(٦).

(١) الترمذي : ٣٠٨/٤ .

(٢) المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري ومعه تلخيص المستدرک للذهبي ، ١٨٣/٢ .

(٣) أخرجه البيهقي : ٢٩٠/٧ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ عن أبي الزبير : ص ١٧٩ .

(٥) المدونة الكبرى : ١٦٤/٢ .

فقد استدل المالكية من ذلك كله على أن إشهار النكاح أو إظهاره شرط في صحته وأن الشهادة لا تعتبر دليلاً على الإظهار والإعلان إذا ما أخفيت وأوصى بكتمانها وإسرارها .

وقد أفاض بعض علماء المذهب في تبيان هذا النوع من النكاح وتفصيل حدوده ليستبين السر من غيره ، وليستبين حكمه ووصفه الشرعي إذا ما وقع . فقال ابن عرفة : لا بد أن يكون الموصي بالكتم هو الزوج سواء انضم له غيره كالزوجة أو وليها أم لم ينضم .

أما لو وقع الإيضاء أو الأمر بعد العقد فلا يضر لأن العقد وقع بوجه صحيح . فإن لم يدخل ولم يطل فإن في هاتين الحالتين (عدم الدخول وعدم الإطالة) يفسخ العقد بطلاق لأنه عقد مختلف فيه . فإن الشافعي وأبا حنيفة يريان جوازه وبه قال جماعة من أصحاب مالك .

وعلى ذلك فإنه لا يفسخ إن طال أمره بعد الدخول . وتقدر فيه الإطالة بالعرف وليس بولادة الأولاد^(١) .

وقد يحصل الاتفاق بين الزوجين والولي على كتم النكاح دون أن يوصوا البينة بالكتمان فهو كذلك نكاح سر .

وكذلك لو تواصلوا بالكتم عن جماعة معينة أو عن رجل أو امرأة حتى ولو كان ذلك مدة أيام معينة كثلاثة أو أكثر فإنه نكاح سر لا يصح . وقالوا : يتوجب أن يعاقب الزوجان المتواطئان على الكتم . وكذلك يعاقب الشهود إلا إذا جهل أحدهم أمر التواطؤ^(٢) .

(١) المدونة ١٦٤/٢ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ على المعنوي : ٣٢/٣ ، الطبعة الأولى .

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوي : ٣٩١/١ ، ٣٩٢ ، الطبعة الأخيرة والمدونة : ١٦٤/٢ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي : ٣٢/٣ ، الطبعة الأولى .

ولو كثر الشهود على النكاح وأوصوا بكتمانه ما عدا اثنين فإنه يفهم أن ذلك ليس نكاح سر . وذلك لا يكون نكاح سر إذا أوصى شاهد واحد بكتمه .
ويبدو أن ذلك كله يعتبر انطلاقاً من الأصل الذي يستند إليه المالكية وهو اشتراط الإظهار والإشهار لكي يكون النكاح معلماً ظاهراً . ذلك أن توصي الشهود الكثيرين على الكتم لا يضر لأن كثرتهم تتضمن الإظهار وفيها البيان على شهرة النكاح . وكذلك كتمان شاهد واحد أمر النكاح لا يضر ، لأن الآخر فيه الكفاية لنشر العقد والتكلم عنه ليعلن ويشيع^(١) .

الظاهرية :

ذهب أصحاب المذهب الظاهري إلى ما ذهب إليه الجمهور وهو أن هذا النكاح صحيح . فقالوا : لا يتم النكاح إلا بشهادة اثنين عدلين فأكثر . فإن استكتم الشاهدان لم يضر ذلك شيئاً .
وقد ردوا قول المالكية ببطلان نكاح السر . فقال ابن حزم: هذا خطأ لوجهين .

أحدهما : أنه لم يصح قط نهى عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان .
الثاني : أنه ليس سرّاً ما علمه خمسة وهم : الناكح والمنكح والمنكحة والشاهدان .

وقال الشاعر :

ألا كل سر جاوز الاثنين شاع

وقال غيره :

السر يكتمه الاثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر^(٢) .

(١) قد استثنى الشيخ الخرشي في شرحه على مختصر خليل بعض الحالات فأجاز فيها كتمان النكاح كأن يكون ثمة خوف من ظالم أو قاض: ٣٢/٣ ، وبهامشه حاشية العدوي .

(٢) المحلى لابن حزم: ٤٦٥/٩ ، ٤٦٦ .

مناقشة قول المالكية :

لا نستطيع التثبت من صحة رأي المالكية في هذه المسألة . ولا نرى في استنادهم وتأصيلهم وما اعتمدوه من أدلة إلا أنها محتملة وهي غير ظاهرة الدلالة في هذا الصدد . وليس في الأمر بالإعلان والإظهار إلا النذب والاستحباب . فكيف نفهم من ذلك أنه للوجوب ؟ ذلك من جهة .

ومن جهة أخرى فإن المفهوم من الشرع والذي لا يحتمل الحوار أو الشك أن النكاح ينعقد صحيحاً على الذي هو أتم وأوفى إذا ما توفرت فيه أركانه ومنها الشاهدان وفي الشاهدين علامة الإظهار والشيوع . وذلك أمر مستبان قطعاً من الشرع فلا يبقى بعده مجال للتقول والاحتمال بغير استناد واضح صحيح .

وقد قال الحنفية رداً على الإمام مالك ومن ذهب مذهبه : إن نكاح السر هو ما لم يحضره شاهدان . فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر .

فالسرا إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سراً . وقال الشاعر في ذلك :

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي^(١)

وقالوا إن في إحضار الشاهدين إعلاناً للنكاح . وذلك الذي يفهم من قول النبي ﷺ : « أعلنوا النكاح »^(٢) .

أما حديث عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف »^(٣) ، فقالوا : إنه يفيد النذب والاستحباب فقد ندب إلى زيادة إعلان الزواج وإشهاره .

(١) بدائع الصنائع : ٢٥٢/٢ ، ٢٥٣ ، والمبسوط : ٣٠/٥ ، ٣١ ، وكتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد الشيباني : ٢٢٦/٣ .

(٢) رواه الحاكم بإسناده عن عبد الله بن الزبير عن أبيه في المستدرک على الصحيحين ومعه تلخيص المستدرک للذهبي : ١٨٣/٢ .

(٣) رواه الترمذي : ٣٠٨/٤ .

واستدلوا كذلك بحديث عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين »^(١).

وقالوا : لما كان الشرط في النكاح هو الإظهار ليكون صحيحاً فإنه يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعاً . ويتحقق ذلك بشهادة شاهدين . فإذا ما شهد شاهدان فإنه لا يبقى ثمة كتم أو أسرار . ولذلك قال عمر رضي الله عنه : « لا أوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد إلا رجمته » وذلك يعني أن شهادة الواحد غير نافية للإظهار وإنما شهادة الاثنين كافية وتؤدي المقصود على الوجه الشرعي المطلوب^(٢).

أما الإمام ابن حزم فقد أجاد في رده القوي على المبطلين لنكاح السر الذي يستكتم فيه الشاهدان فقال : إنه لم يصح قط نهى عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان . وأنه لم يعد سراً ذلك النكاح الذي يعلمه خمسة من الناس وهم : الناكح والمنكح والمنكحة والشاهدان^(٣).

وفي ضوء هذه الجملة من الأقوال والآراء والردود ، وفي ضوء الأدلة المعتمدة لدى كل فريق لا يسعنا إلا أن نرجع مذهب الجمهور القائلين بصحة هذا النكاح على هذه الصورة . وأن هذا النكاح ليس بسر وإنما هو نكاح ظاهر معلن باطلاع ولي وخاطب وشاهدين كما شرع الإسلام وحدد .

(١) أخرجه الدارقطني بإسناده عن عائشة : ٢٢٤/٣ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٥٢/٢ ، ٢٥٣ ، والمبسوط للسرخسي : ٣٠/٥ ، ٣١ .

(٣) المحلى لابن حزم : ٤٦٥/٩ ، ٤٦٦ .

الصدّاق

الصدّاق في اللغة : مهر المرأة . وهو بفتح الصاد وكسرهما . وكذا الصدقة وهي مفرد لصدقات^(١) كما في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء: ٤).

وقيل : سمي صدّاق المرأة بذلك لقوته ولأنه حق يلزم . لأن حروف الصاد والذال والقاف أصل يدل على قوة الشيء قولاً وغيره . ومن ذلك الصدق^(٢) . أما الصدّاق في الشرع فيمكن تعريفه بأنه : اسم للمال الذي يلتزم بدفعه الرجل للمرأة تعبيراً عن صادق رغبته في الاقتران بها في حياة زوجية أو في مقابل الوطء بشبهة أو نكاح فاسد^(٣) .

هل الصدّاق ركن في النكاح ؟

اتفقت جماهير أهل العلم من المسلمين على عدم ركنية الصدّاق في النكاح وأن النكاح لا يفسد بفساد الصدّاق أو انعدامه ، باستثناء بعض التحفظ للحنفية نبينه في موضعه .

وقد خالف في ذلك المالكية الذين اعتبروا الصدّاق ركناً في الزواج وأنه لا صحة له بدون الصدّاق الصحيح .

(١) مختار الصحاح للرازي : ص ٣٨٢ ، الطبعة الثالثة .

(٢) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن زكريا : ٣/٣٩٣ الطبعة الثانية .

(٣) حاشية القليوبي على شرح المحلى على المنهاج : ٣/٢٧٥ ، وحاشية ابن عابدين : ٣/١٠٠ ، ١٠١ ، والفقهاء على المذاهب الأربعة : ٤/٩٤ ، وشرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي : ١/٢٠٤ ، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب : ٢/٢٦٣ ، وتحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لأبي يحيى الأنصاري ومعه حاشية الشرقاوي : ٢/٢٦٣ .

والآن نستعرض المذاهب الفقهية لبيان آراء العلماء في مسألة الصداق فنقول:
ذهب الحنفية إلى أن المهر شرط في جواز النكاح حتى لا يجوز النكاح بدونه . وقالوا : لو تزوج الرجل امرأة بغير مهر أو شرط أن لا مهر لها وقبلت فإن النكاح ينعقد مع وجوب مهر المثل .

واحتجوا لذلك بقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٤) فقد أحل الله النكاح بشرط المال . وبذلك فإن النكاح لا يكون مشروعاً بغير بذل المال وهو المهر فلو انتفى المهر عند العقد باشتراط متفق عليه فإن ذلك يكون شرطاً فاسداً ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة . فيصح بذلك النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل^(١) .

أما الشافعية والحنبلية فقد نفوا اشتراط المهر لصحة النكاح . فإن النكاح يكون صحيحاً بدونه . إلا أن الزوج يلزمه بذل المهر المتفق عليه أو مهر المثل إن لم يكن ثمة مهر قد اتفق عليه . وقالوا : إن النكاح لا يفسد بفساد الصداق لأن فساد المهر لا يتعلق بذات النكاح وحقيقته .

وبذلك فلو حصل العقد ثم أعقبه الدخول دون أن يذكر مهر عند العقد فإن النكاح يكون صحيحاً . ويلتزم الزوج بأداء مهر المثل لعدم الاتفاق على المسمى^(٢) .

قال صاحب المغنى في هذا الصدد : « ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق »^(٣) .

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي : ١٩٩/٢ ، ٢٠٠ ، الطبعة الأولى واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف : ص ١٦٩ ، الطبعة الأولى .

(٢) الميزان للشعراني : ١٠٠/٢ ، وأسنى المطالب شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري ومعه حاشية الشيخ أحمد الرملي : ٢٠٤/٣ ، وفتح الجواد بشرح الإرشاد لابن حجر الهيتمي على متن الإرشاد لابن المقرئ : ٨٥/٢ ، وكشاف القناع عن متن الإقناع لابن إدريس : ٧٩/٣ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٦٨٠/٦ .

ويفهم من ذلك أن تسمية الصداق عند العقد أمر مستحب لكنه لم يلج دائرة
الفرضية والإيجاب فلا يبطل النكاح بانتفائه أو فسادة .

فلو اتفقوا على عدم المهر عند العقد وقبلت المرأة بذلك فإنها حينئذ تكون
متبرعة ولها ذلك لأنها تملك التصرف في حقها ومالها والمهر يعتبر من هذا
القبيل .

وفي هذا يقول الإمام النووي في المنهاج بشرح الشيخ المحلى : تسن تسمية
المهر في العقد لأنه ﷺ لم يخل نكاحاً منه ، ويجوز إخلائه منه إجماعاً .
وعلى هذا فإن تسميته مجرد أمر مسنون وليس من قبيل الركنية في شيء .
ولو تزوجها على خمر أو خنزير أو مال مغصوب فقد صح النكاح . وذلك
لأن المهر يعتبر عوضاً . فلو كان العوض صحيحاً كان النكاح كذلك صحيحاً .
أما إن كان العوض فاسداً فإنه يكون كما لو كان مجهولاً ، والعقد لا يبطل
بجهالة العوض فإنه بناء على ذلك لا يفسد بتحريمه (العوض) . ذلك لأن فساد
العوض - وهو هنا المهر - لا يزيد على عدمه . ولو انعدم فإن النكاح يظل
صحيحاً . ومثله إذا كان العوض فاسداً فإن النكاح لا يفسد ولها مهر المثل^(١) .

أما الشيعة الإمامية فإن الذي يفهم من أقوالهم في هذا الموضوع أن المهر
ليس شرطاً في صحة الزواج . ومعلوم أنهم اعتبروا الإيجاب والقبول هما
الركن الأساسي الوحيد الذي ينعقد به النكاح شرعاً^(٢) .

مذهب المالكية :

نحى المالكية منحى مخالفاً للفقهاء في مسألة الصداق . فقد اتفقوا على أن
الصداق شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه .

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة : ٢٧٥/٣ ، وكشاف القناع لابن إدريس : ٧٩/٣ .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبعي العاملي : ١٠٨/٥ ،
الطبعة الأولى .

واستدلوا لذلك بقوله سبحانه : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ (النساء: ٤)
وبقوله تعالى أيضاً : ﴿ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾
(النساء: ٢٥) .

وبذلك لو شرط إسقاط الصداق فإن النكاح لا يجوز ، حتى إذا وقع النكاح
مع الاتفاق على إسقاط المهر عند العقد فإن النكاح يفسد قبل الدخول وليس
للمرأة بعد ذلك شيء^(١) .

وقالوا أيضاً : إن العقد يفسد بفساد الصداق . وذلك كأن يكون الصداق
لا يمكن امتلاكه شرعاً كالخمر والخنزير .

وكذلك لا يجوز النكاح على مهر يجر إلى غرر كأن يكون على بعير شارد
أو سمك في الماء غير محرز . وذلك يقتضي فساد النكاح بحيث يلزم فسخه
قبل الدخول دون أن تستحق الزوجة مهراً . أما إن حصل دخول فإنه يثبت لها
صداق المثل^(٢) .

ومثله الجهل بقدر الصداق يفسد العقد أيضاً . فلو زوج رجل ابنته لخدمته
بخدمته له دون أن يحدد مدة الخدمة بزمان معلوم ثم مات الأب قبل الدخول
فالنكاح فاسد ويلزم فسخه . ولو وقع دخول استقر الزواج مع وجوب مهر
المثل للزوجة^(٣) .

ولقد أوضحنا في أركان النكاح أن علماء المذهب المالكي قد اعتبروا
الصداق في الزواج ذا شأن رئيسي بارز فجعلوه ركناً من أركانه فلا ينعقد الزواج
بانعدامه^(٤) .

(١) بداية المجتهد : ١٦/٢ ، والثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة القيرواني : ص
٤٤٣ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ومعه تقاريرات للشيخ عlish : ٢٣٨/٢ ، والثمر
الداني شرح رسالة القيرواني : ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ .

(٣) فتح العلي المالكي للشيخ عlish : ص ٤١٨ ط ١ .
أما أجرة الخادم هنا فأرى أن يؤتي من الأجر ما يقدره أهل المهنة بحسب العرف .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٢٠/٢ ، ومتن الرسالة للقيرواني ومعه تقريب
المعاني : ص ١٧٦ ، ومختصر خليل : ص ١٢٢ .

ومع هذا الاعتبار فقد نفى بعض العلماء في المذهب المالكي ركنية الصداق^(١).

وبعد هذا العرض المفصل لكلمة المذاهب في التقييم الشرعي للصداق ، نستطيع أن نتصور صحة المنحى الذي انتحاه الجمهور في هذا الموضوع فقد نفى الجمهور أن يكون المهر أحد أركان العقد بحيث يبطل بانعدامه أو فساده . ومع ذلك أيضاً لا نستطيع أن نرجع الرأي الذي احتواه مذهب الحنفية في اعتبار المهر شرطاً من شروط الصحة في النكاح بحيث يختل العقد لانعدام المهر أو فساده .

وذاك من المقتضيات الفقهية المترتبة على نظرية الأحناف في الفساد والبطالان والتي بموجبها لا يفسد العقد بفساد الشرط أو انعدامه . ذلك أنه ليس ثمة أدلة من الشرع تبين معها شرطية المهر لصحة النكاح .

على أن الأصوب في هذا الموضوع أن لا يكون المهر ركناً من أركان عقد النكاح ولا شرطاً تتوقف عليه صحته فلا يجوز بدونه . الأصوب المرجح أن يكون انعدام المهر غير مؤثر في الزواج مع هذه الحالة صحيحاً . ولكن يتوجب أن توفى الزوجة المهر كيلا تتضرر أو يهضم حقها . فإذا ما أوتيت حقها في المهر لم يبق مجال لإفساد النكاح لا قبل البناء ولا بعده .

(١) فقد ذهب الدردير والصاوي من المالكية إلى أن أركان العقد ثلاثة : الولي والمحل (الزوج والزوجة) والصيغة وهي الإيجاب والقبول . أما الصداق فقالا : إنه لا يتوقف عليه العقد بدليل صحة نكاح المفوضة بالإجماع . وقالوا : إن كان لا بد منه (الصداق) فيكون شرطاً في صحته . وذلك أن صحة النكاح تستلزم أن يتم بصداق ، حتى أنه إذا لم يذكر عند العقد فلا بد من ذكره حال الدخول . وإذا وقع الدخول دون ذكر الصداق : فقد تقرر صداق المثل .

انظر في ذلك : بلغة السالك للصاوي : ٣٧٤/١ ، ٣٧٥ .

ومن المعلوم أن العقد لا يفسد بانحباس المهر عن المرأة . والحكم عندئذ إنما يكون بامتناع الزوجة دون الذهاب إلى بيت الزوجية حتى تستوفى حقها كاملاً .

أما القول بفساد العقد عند انعدام الصداق أو فساد فإنه أمر لا يستند إلى أدلة من الشرع قاطعة بينة .

بعد ذلك وعلى هذا الأساس تقرر رأي الشافعية والحنبلية فهو أقرب لحقيقة النصوص الشرعية في هذا المجال وأبعد عن الزلل والمغالاة .

شروط النكاح

بعد هذا البيان المفصل لأركان النكاح نعرض في إيجاز سريع للشروط التي تتعلق بالنكاح بما يتناسب وهذا الباب .

وشروط النكاح تتنوع إلى أربعة أنواع كالتالي :

شروط الانعقاد :

وهي ثلاثة :

أولاً : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . وذلك بأن يكون الإيجاب والقبول قد صدرا في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس فإن النكاح لا ينعقد وذلك كأن يكونا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر من المجلس قبل القبول أو شغل بعمل يقتضي اختلاف المجلس أو انقطاعه باختلاف الحديث المتعلق بال عقد .

ثانياً : اتفاق الإيجاب والقبول أو عدم مخالفة القبول للإيجاب سواء كانت هذه المخالفة في الإيجاب كله أو بعضه . فلو قال الولي للخاطب : زوجتك بنتي فاطمة على مهر قدره مائتا جنيه . فقال الخاطب : قبلت الزواج من بنتك زينب على ما ذكرت من مهر فإن النكاح بذلك لا ينعقد بمخالفة القبول للإيجاب مخالفة كلية .

ولو قال الخاطب : قبلت الزواج من بنتك زينب على مهر قدره مائة جنيه فإن النكاح لا ينعقد أيضاً لمخالفة القبول للإيجاب مخالفة جزئية .

ويلحق بذلك أن لا يوجد من الموجب قبل القبول ما يبطل الإيجاب وذلك بأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الآخر فإن القبول بعد ذلك لا قيمة له .

ثالثاً : أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهمه . فإن كان لا يفهم ما يقوله دون أن يعلم ما يقصد من كلامه فلا يصح النكاح . أما إن كان لا يفهم قوله وهو يعلم ما يقصده صح العقد^(١).

شروط الصحة :

يشترط في الزواج لكي يكون صحيحاً ثلاثة شروط :

أولاً : أن تكون الزوجة محلاً قابلاً للزواج فلا تكون محرمة على الخاطب سواء كان التحريم مؤبداً أو مؤقتاً .

ثانياً : الإشهاد على العقد .

ثالثاً : أن تكون الصيغة مفيدة للتأييد بشكل قاطع احتياطياً وتحرزاً من شبهة التوقيت المفسد للنكاح^(٢).

شروط النفاذ :

أن يكون كل واحد من العاقدين ذا أهلية . وذلك يقتضي أن يكون عاقلاً بالغاً حراً وأن لا يكون فضولياً . وفي هذا لا بد أن يكون كل من العاقدين ذا صفة تجعل من حقه أن يباشر العقد .

أما الفضولي فإنه ليس له أن يباشر العقد لا بوكالة ولا بولاية ، ولو قام بإجراء العقد فإن عقده يظل موقوفاً على الإجازة^(٣).

(١) البدائع : ٢٣٢/٢ ، وشرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي : ١٠١-٩٩/١ ، والأحوال الشخصية لمحمد زكريا البرديسي ص ٢٦ ، وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الأياني : ١٦/١ ، الطبعة الرابعة .

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي : ١٠٢/١ ، وفقه السنة لسيد سابق : ٥٦/٢ .

(٣) البدائع : ٢٣٣/٢ ، والأحوال الشخصية لمحمد محيي الدين عبد الحميد ص ٢٥-٢٧ ، وأحكام الزواج والطلاق لبدران أبو العينين : ص ٨٨ .

شروط اللزوم :

إذا استوفى عقد الزواج أركانه وشروطه فهو لازم لا يصح نقضه . فإن لزوم العقد يضيفي عليه صلابة وتماسكاً وقوة ارتباط ، حتى لا يجوز لأحد الزوجين ولا لغيرهما أن ينقض عقد الزواج . وبلزوم العقد لا سبيل إلى الفكك من ارتباطه وتوثقه إلا بالطلاق أو الوفاة . وذلك لأن لزوم العقد أمر يقتضيه دوام العشرة الزوجية بما تنطوي عليه من مصالح ترتبط بحياة الزوجين واستقرارهما وسلامة التربية للأولاد . وهذه أمور لا يمكن تحقيقها إلا بكون الزواج لازماً^(١).

* * *

(١) فقه السنة لسيد سابق : ٦٠/٢ وشرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي ١٦٣/١ .

obeikandi.com

المبحث الثالث

نظرية البطلان والفساد

العقود قسمان : فهي إما أن تكون صحيحة أو غير صحيحة .
والعقد الصحيح هو الذي يكون مستوفياً أركانه وشروطه بمقتضى الشرع بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية . أو هو الذي يكون سليماً من الخلل في أي من أركانه وأوصافه .
ويمكن القول في تعبير جامع بأنه ما كان مشروطاً بأصله ووصفه . فإن كان كذلك فهو عقد صحيح تترتب عليه آثاره ومقتضياته .
ويكون العقد صحيحاً أيضاً إذا توفر فيه شيان :
أحدهما : أهلية العاقد لإجراء العقد بأن يكون بالغاً عاقلاً مميزاً . فلا يصح إن كان العاقد صغيراً غير مميز أو به جنة .
الثاني : قابلية محل العقد للحكم بأن يكون مشروعاً . حتى لو ورد من الشارع نهي عنه فإن ذلك يجعله معيباً مما يلزم أن يكون العقد غير صحيح . وبذلك فإن اشتراط كون محل العقد قابلاً للحكم يعتبر أصلاً رئيسياً في كون العقد صحيحاً لأن الصحة وعدمها إنما تنبع من الشرع من حيث إقرارها وإلغاؤها .
أما العقد غير الصحيح : فهو الذي لا يكون مستوفياً أركانه وشروطه . ولئن اتفق الفقهاء جميعاً على حقيقة العقد الصحيح فإنهم اختلفوا في غير الصحيح من حيث أقسامه .
وثمة اختلاف في التقسيم بين جمهور الفقهاء من جهة والحنفية من جهة أخرى .

وقد ترتب على ذلك أحكام ومقتضيات متخالفة نبينها في موضعها من هذا المبحث إن شاء الله .

فقد قال الجمهور : العقد غير صحيح لا يكون إلا قسمًا واحدًا لا مجال فيه للفرق بين بطلان وفساد سواء كان الخلل قد وقع على الركن في العقد وهو أصله أو على الشرط وهو وصفه .

أما الحنفية فقد قالوا إن العقد غير الصحيح يقع في قسمين هما الباطل والفساد . فإن وقع خلل في ركن العقد فإن مصير العقد البطلان حتى لا يترتب عليه أي أثر وكأنه بذلك غير موجود . وإن وقع الخلل على العقد في شرطه أو وصفه فإن مصيره الفساد .

وقد فرق الحنفية تفريقًا واضحًا بين العقد الباطل والفساد . وذلك من حيث الوجود وترتب الأثر . فقالوا إن بطلان العقد يجعله في حكم المعدوم كما لو كان غير موجود أصلاً فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار باستثناء بعض الآثار التي تنشأ عن الزواج الباطل مما لا مناص من اعتبارها .

أما فساد العقد فإنه يجعله منعقدًا لكن اعتراه بعض النقائص والعيوب التي أتت عليه في وصف من أوصافه أصله أو ركنه . وبذلك تترتب عليه بعض الآثار وإن كان معيبًا .

والمثل على ذلك عقد البيع فإن ركنه أو الأصل فيه هو الإيجاب والقبول حتى لو اختل هذا الأصل بأن وقع على غير الكيفية الصحيحة بطل العقد من أساسه وجاء منعدم الأثر .

أما معلومية الثمن فهي إحدى الأوصاف المشروطة لصحة العقد على التمام فلو كان الثمن مجهولاً فقد اختل البيع في وصف من أوصافه غير الأساسية . وذلك يؤدي إلى كون العقد في مرتبة وسط فلا هو بالصحيح ولا هو بالباطل . وتلك هي منزلة الفساد والعقد بذلك يكون فاسدًا .

وعلى العموم فإن الجمهور قد قسموا العقد قسمة ثنائية فهو إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً . والباطل إنما يتمثل في غير الصحيح . ويستوي في غير الصحة عندهم أن يكون العقد باطلاً أو فاسداً فهما سواء لا فرق بينهما لا في الحكم ولا في المقتضى والأثر .

ولذلك فإن العقد عندهم إما أن يكون صحيحاً تترتب عليه آثاره الشرعية ، وإما أن يكون باطلاً لا يترتب عليه أي من هذه الآثار .

أما الحنفية فقالوا : إن القسمة ثلاثية . فالعقد بذلك أقسام ثلاثة الصحيح والباطل والفساد . ذلك أن غير الصحيح إما أن يكون باطلاً لوجود خلل في صلب العقد يجعل وجوده وعدمه سواء وهو الذي - كما قالوا - ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه .

وإما أن يكون فاسداً وهو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة أو أصابه خلل في شرط من شروطه ولا في أركانه وهو الذي يعرفونه بأنه : ما شرع بأصله لا بوصفه^(١) .

وفي الجملة فإن الفساد مرادف للباطل عند الجمهور وحكمها عندهم واحد . وقالوا إن الخلاف بين البطلان والفساد لفظي ، وإن مخالفة الشرع بالنهاي عنه لأصله كما تسمى بطلاً تسمى فساداً . وإن مخالفة الشرع بالنهاي عنه لوصفه كما تسمى فساداً تسمى بطلاً .

(١) شرح البدخشي على المنهاج : ٥٨/١ ، وحاشية الشرقاوي : ٢٣٣/٢ ، وشرح الأسنوي على المنهاج : ٥٨/١ ، ٥٩ ، والإحكام في أصول الإحكام للآمدي : ١٠١/١ ، وأصول الفقه للشيخ أبي زهرة : ص ٦٢ ، ٦٣ ، والمدخل الفقهي العام للزرقا : ٦٨٣/١ ، وأصول الفقه الإسلامي لشاكر الحنبلي : ص ٩٤ ط ١ ، وأصول الفقه للشيخ الخضري : ص ٧٣ ط ٦ ، وسلم الوصول لعلم الأصول لعمر عبد الله : ص ٧٠ ط ٢ ، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان : ص ٢٥٧ ط ٢ ، والوسيط في أصول الفقه للدكتور وهبه الزحيلي : ص ١٠١-١٠٣ ، ومحاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني : ص ١٩١ .

أما عند الحنفية فإن الفاسد غير مرادف للباطل بل هو قسم ثالث مخالف للصحيح والباطل وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه وذلك كبيع شيء من الأموال الربوية بجنسه بتفاضل . لأن الخلل قد أصاب العقد في جزء خارج عنه لا في صلبه وصميمه^(١).

ضابط البطلان والفساد :

بعد هذا العرض الشامل المقتضب لنظرية الفساد والبطلان فإنه ينبغي أن نبين أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل كما قال الحنفية ، لا يسري على العقود كافة بغير استثناء . بل إن هذا التقسيم يسري على طائفة من العقود .

وبالتحديد فإن العقود المالية التي يترتب عليها التزامات مالية متقابلة أو العقود التي تنقل الملكية . وذلك يشمل عقود البيع والإجارة والرهن والمزارعة والمساقاة والشركة والحوالة والقسمة وغيرها مما يشبهها .

وبذلك فإن هذا التقسيم الثنائي للعقد غير الصحيح لا ينطبق على العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية ولا العقود المالية التي لا يترتب عليها التزامات متقابلة ولا تنتقل الملكية مثل الإعارة والإيداع .

وهو كذلك لا يشمل العبادات والتصرفات المنفردة مثل الطلاق والوقف والكفالة.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية حول هذا التقسيم للعقد غير الصحيح .

لكن الجمهور جعلوا التقسيم الثنائي إنما يقع على العقد في أساسه ومن حيث البدء فاعتبروا العقد قسمين : صحيح ، وغير صحيح ، وهو الذي يستوي

(١) حاشية النفاتح على شرح الورقات للجاوي وبهامشه شرح الورقات لجلال الدين المحلي : ص ٢٢ ، وحاشية الشرقاوي : ٢٣٣/٢ ، والأحكام للآمدي : ١٠١/١ ، وأصول التشريع الإسلامي لعلي حسب الله : ص ٣٨٧ ط ٤ .

فيه الباطل والفساد . ذلك لأنهم قالوا : إن العقد الصحيح هو الذي استوفى أركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية على أثر انعقاده . أما غير الصحيح فهو الذي لا يكون مثل ذلك^(١).

ولئن كان الحنفية قد خالفوا الجمهور في ابتكار صنف الفساد في العقود المالية التي يترتب عليها التزامات مالية بين الطرفين المتعاقدين ، وأن الجمهور لا يفرقون بين فاسد العقد وباطله باعتباره عقداً غير صحيح ، لئن كان ذلك كله حاصلًا فإن ثمة اتفاقاً بين الحنفية والجمهور في انعدام الفرق بين البطلان والفساد في العبادات . فإن الفقهاء جميعاً متفقون على استواء الفساد والبطلان في العبادات ذلك أن العبادة الباطلة هي فاسدة وأن الفاسدة هي باطلة . والسبب في ذلك هو مخالفة هذه العبارة لأمر الشارع : ولا فرق بين أن تكون هذه ناشئة عن انهدام ركن العبادة أو فوات شرط من شروطها . والعبادات إذا تمت مستوفية أركانها وشرائطها كانت صحيحة مجزئة بحيث تبرأ ذمة المسلم إذا أداها . بيد أن ذمته تبقى مشغولة بحق من حقوق الله في الصلاة إذا جاءت غير مستوفية شيئاً من أركانها أو شروطها^(٢).

أما الزواج فقد اضطربت فيه كلمة الفقهاء في المذهب الحنفي . فقد قيل إن الزواج ملحق بالعبادات بحيث لا يبقى مجال للتفرقة بين باطله وفاسده باعتبار أن باطله هو فاسده وأن فاسده هو باطله . وذلك لأن الشارع لم يعتبر أي وجود

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا : ٦٨٧/١ ، ٦٨٨ ، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية لمحمد مصطفى شلبي : ص ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، والأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة : ص ١٤١ ، وشرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود لمحمد فخر شقفة : ٧٩/١ .

(٢) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة : ص ٦٢ ، ٦٣ ، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان : ص ٢٥٧ ط ٢ ، وسلم الوصول لعلم الأصول لعمر عبد الله : ص ٦٨ ط ٢ ، والمدخل الفقهي العام للزرقا : ٦٨٧/١ ، ٦٨٨ .

للزواج إذا ما اختل فيه ركنه أو شرطه وأن بطلانه وفساده يستويان من حيث الحكم والمال^(١).

على أن بعض الفقهاء يدرجون فاسد النكاح في عداد العقود التي اختل فيها وصف من أوصافها . وذلك شأنهم في تقسيم العقود من حيث نوع الخلل والنقص الذي لحق العقد . فجعلوا النكاح غير الصحيح نوعين باطلاً وفاسداً . فإن حصل الخلل مثلاً في صفة العقد أو شرط من شرائط صحة الإيجاب والقبول ، أو في أهلية أحد المتعاقدين مما ينتقص العقد في صلبه أو أصله فقد لزم بطلان عقد الزواج . وإن حصل الخلل في شرط من شروط الصحة المفترضة في الشهادة والمحلية للمرأة فإن في ذلك انتقاصاً للعقد في أحد أوصافه غير الأساسية فيلزم معه فساد عقد الزواج .

والأصل في العقد إن كان باطلاً أن لا يعتبر كما لو كان غير موجود فلا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح . وذلك الذي ينطبق على الزواج الذي يكون نصيبه البطلان .

أما الزواج الذي يكون نصيبه الفساد فإنه قد تترتب عليه بعض الآثار فإن كان ذلك قبل الدخول فإنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من حيث ترتب الأثر وإنما يتوجب إلغاء العقد في الحال .

أما إن وقع دخول فقد توجب على القاضي أن يفرق بين المتعاقدين في هذا النكاح الفاسد . وعلى الزوجة أن تعتد بعد ذلك وهو يثبت فيه النسب لثلاً يضيع الولد . وتثبت به أيضاً حرمة المصاهرة فلا يحل للرجل أن يتزوج بإحدى أصول الزوجة أو فروعها .

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لعبد العزيز عامر : ص ٧٥ ط ١ ، وسلم الوصول لعلم الأصول لعمر عبد الله : ص ٧٠ ط ٢ ، وعقد الزواج وآثاره - محاضرات لأبي زهرة : ص ٨٩ والأحوال الشخصية لأبي زهرة : ص ١٤١ ، ١٤٢ ، وأصول التشريع الإسلامي لعلي حسب الله : ص ٣٨٨ ط ٤ .

ويجب كذلك المهر ، فإن لم يكن ثمة مهر مسمى فقد وجب مهر المثل .
وذلك لأن الدخول بالمرأة يلزم به أحد أمرين وهما : العقر (بالفتح) أو العقر
(بالضم)^(١).

السبب في نشأة فساد العقد :

تبين مما مضى أن نشوء هذه النظرية حنفي . ذلك أن الحنفية هم الذين
ميزوا بين بطلان العقد وفساده وأنهم قد خالفوا جمهور العلماء الذين اعتبروا
هذين اللفظين مترادفين .

على أن السبب في مخالفة الحنفية للجمهور في هذه المسألة هو اختلافهم
في مقتضى النهي الذي ورد به الشرع . فإن ورد من الشارع نهى عن أمر متعلق
بالعبادات أو المعاملات فهل يقتضي ذلك فساد المنهي عنه أو لا يقتضيه ؟
نريد أن نبين أولاً معنى النهي في الاصطلاح لنعرض فيما بعد لأقوال
الفقهاء في هذه المسألة ، فنقول :

النهي هو القول الإنشائي الذي يقتضي الكف عن فعل على جهة الاستعلاء
وبذلك يكون قد خرج كل من الأمر لكونه طلب فعل وليس طلب كف ،
والالتماس إذ لا ينطوي على استعلاء كما هو في النهي^(٢) .
وأوضح صيغة للنهي هي (لا تفعل) ونظائرها .

(١) أحكام الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١١٠ - ١١٢ ، والأحوال
الشخصية في التشريع الإسلامي للدكتور أحمد غننور : ص ٧٨ ، ٧٩ ، وشرح
أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود لمحمد فهد شقفة : ٣١٤ -
٣١٦ ، والفقه المقارن للأحوال الشخصية : ١٧٦/١ - ١٧٨ ، وشرح قانون الأحوال
الشخصية للدكتور السباعي : ١٩٢/١ ، ١٩٣ ، الطبعة الخامسة .

(٢) والعقر بالفتح - يعني الحد - أما العقر بالضم فيعني المهر .
(٢) حصول المأمول من علم الأصول لمحمد صديق حسن خان بهادر : ص ٨٩ ، وإرشاد
الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى : ص ٩٦ ، ومسلم الثبوت للبهاري
ويليه مختصر ابن الحاجب والمنهاج لليضاوي : ٣٢٨/١ ، وحاشية الشيخ حسن
القطار على شرح المحلى على جمع الجوامع : ٤٩٦/١ - ٤٩٨ ، وتقرير الشيخ عبد
الرحمن : ص ٤٩٦/١ ، ٤٩٩ ، وأصول الفقه لأبي زهرة :
ص ٢٢٢/٢ .

أما المعنى الحقيقي للنهي فثمة خلاف فيه . فقد ذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم أما ما عداه فيأتي مجازاً وذلك مثل قوله ﷺ : « لا تصلوا في مبارك الإبل »^(١) . وكما في قوله سبحانه وتعالى : ﴿ رَنَّا لَا تُرْعَ قُلُوبَنَا ﴾ (آل عمران: ٨) فإنه يفيد الدعاء . وقوله تعالى أيضاً : ﴿ لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠١) فإنه يفيد الإرشاد . وقوله تعالى : ﴿ لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ ﴾ (التحریم: ٧) فإنه للتأيسس^(٢) .

أما بالنسبة لأثر النهي في المنهي عنه فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب يتفاوت فيها الاعتدال والمغالاة من مذهب إلى آخر وهي كما يلي :

المذهب الأول :

وهو للجمهور . فقد قالوا إن النهي من الشارع يقتضي الفساد المرادف للبطلان وذلك في العبادات . وهم متفقون على ذلك دون مخالف . وقد وافقهم الحنفية في هذا القول كما بينا آنفاً . وبذلك إن ورد النهي من الشارع على أمر يتعلق بإحدى العبادات فإن ذلك يقتضي فساد أو بطلانه واعتباره كأن لم يكن موجوداً . وذلك لأن العبادات قائمة على النية والقصد اللذين يحفظان المرء لطاعة الله وكسب الأجر منه والمثوبة . فإذا ورد النهي عن هذا الفعل لم يبق مجال لطلب الجزاء والرضوان من الله . وذلك يقتضي فساد العبادة المنهي عنها .

أما بالنسبة للنهي الوارد في المعاملات فثمة قولان :

أحدهما : وهو قول الأكثرين من العلماء . فقد ذهبوا إلى أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه شرعاً ويستوي في ذلك أن يكون المنهي عنه من العبادات أو المعاملات . وقالوا : إن صحة العقود إنما تكون مستمدة من الشرع الذي

(١) مسند أحمد : ١٥٠/٤ .

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٩٦ ، وحصول المأمول من علم الأصول لمحمد صديق خان : ص ٩٠ ، وحاشية الشيخ حسن العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع : ٤٩٦/١ ، وشرح المحلى على جمع الجوامع ومعه حاشية البناني : ٣٩٨/١ ، وحاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع : ٣٩٨/١ - ٤٠٠ .

يكسبها الصحة أو البطلان . وبطلانها أو فسادها يعرف من الشرع عن طريق النهي . فإذا ورد النهي عن إحدى المعاملات لزم أن يؤول ذلك إلى بطلان أو فساد المنهى عنه وإلا وقعت أحكام الشرع متناقضة . إذ لا يعقل أن يرد الشرع بالنهي عن شيء ثم يبقى هذا الشيء المنهى عنه صحيحاً .

ثانيهما : أن النهي إنما يقتضي الفساد في العبادات فقط دون المعاملات وقد ذهب إلى ذلك أبو الحسين البصري والغزالي والرازي .

وذهب جماعة من الشافعية والحنفية والمعتزلة إلى أن النهي لا يقتضي الفساد لا لغة ولا شرعاً إلا في العبادات^(١) .

وقد غالى الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه في هذا المجال فقال : إن مطلق النهي يفيد الفساد مطلقاً لأن ذلك هو مقتضى النهي وبذلك فقد أبطل أحمد الصلاة بالثوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوب .

وتلك أمثلة يتضح معها القول المغالي الذي ذهب إليه أحمد باعتبار أن العقود جميعها إنما تكون صحيحة تبعاً لاعتبار الشرع لها . ولا يقتضي النهي غير إبطال التصرف أو العقد للذين جاء الشرع ناهياً عنهما^(٢) .

(١) المستصفى للغزالي ومعه فواتح الرحموت : ٢٥/٢ ، والمنخول للغزالي : ص ١٢٦ ، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ومعه المستصفى : ٣٩٦/١ ، ومسلم الثبوت للبهاري ومعه مختصر ابن الحاجب والمنهاج للبيضاوي : ٣٣٠/١ ، ٣٣١ ، وإرشاد الفحول للشوكاني : ص ٩٦ ، وحاشية العطار على جمع الجوامع ومعه شرح المحلى على جمع الجوامع : ٤٩٩/١ ، ٥٠٠ ، وتقرير الشيخ الشربيني على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار : ٤٩٦/١ ، ٤٩٩ .

(٢) الفروق للقرافي ومعه حاشية ابن الشاط وبهامشهما تهذيب الفروق للشيخ محمد علي : ٨٢/٢ ، ٨٣ ، الطبعة الأولى ، وحاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع : ٤٠١/١ ، الطبعة الأولى ، وحاشية سراج الدين قاسم بن عبد الله الأنصاري : ٨٢/٢ - ٨٤ ، والمدخل إلى علم أصول الفقه للدكتور معروف الدواليبي : ص ١٧١ ، الطبعة الرابعة ، وشرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة : ٢٣٢/٢ .

المذهب الثاني :

وهو للحنفية : فقد وافقوا الجمهور على أن النهي في العبادات يقتضي فسادها أو بطلانها مطلقاً . وذلك لأن العبادة إنما شرعت للطاعة والثواب . وورود النهي من الشرع عنها يلزم منه الإثم والعقاب إذا ما تعثر المرء بمعصية نهى الشارع عنها . ومعلوم أن الثواب والعقاب لا يجتمعان لما في ذلك من التناقض . فلزم من ذلك بطلان العبادة لأي خلل كان سواء كان ذلك لنقص في الركن أو في الشرط .

أما المعاملات : فقد فرقوا - كما بينا في حينه - بين حالتين من النهي .
الأولى : النهي إن كان عن العقد لذاته وحقيقته فإن ذلك يعني أن ثمة خللاً قد وقع على ركن من أركان العقد مما يستلزم بطلانه تماماً . والحنفية في هذا يشاركون الجمهور الذين قالوا ببطلان العقد أو فساد له لدى حدوث خلل أتى على العقد في أصله أو وصفه . وذلك كبيع الملاقيح^(١) وبيع المال غير المتقوم ، والزواج الذي اختل فيه الإيجاب والقبول .

الثانية : النهي إن كان عن أمر خارج عن العقد أو عن وصف مقارن له غير لازم بما يعني أن خللاً قد وقع على العقد في وصف من أوصافه مع استيفاء أركانه كاملة غير معيبة ، فإن ذلك يلزم منه فساد العقد لا بطلانه . وهي منزلة متوسطة يحتلها العقد بين الصحة والبطلان تستوجب ترتب بعض الآثار . وذلك كأن يكون الثمن في البيع مجهولاً ، أو يكون الزواج بشاهد واحد^(٢) .

(١) الملاقيح بمعنى الأجنة في البطون .

(٢) أصول السرخسي : ٨٢/١ ، وإرشاد الفحول للشوكاني : ص ١٠٥ ، وشرح العبادي على شرح المحلى على الورقات للجويني : ص ١٠٨ ، ١٠٩ ، وحصول المأمول من علم الأصول لمحمد صديق حسن خان : ص ٩١ ، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول البزدوي : ٢٥٨/١ ، ٢٥٩ ، وأصول الفقه لأبي زهرة : ص ٦٢ ، ٦٣ ، ١٧٤ ، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير : ١٨٥/٢ ، ١٨٦ ، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان : ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، الطبعة الثانية ، وأصول الفقه لمحمد رضا المظفر : ٣٥١/٢ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، محاضرات في الملكية ونظرية العقد للدكتور الصابوني : ص ١٩١ .

بطلان الزواج وفساده :

بيننا في ما سبق أن العقد الباطل هو الذي لحقه عيب كبير أتى على ركن من أركانه أو أصابه في حقيقته وجوهره حتى أحاله إلى بطلان لا يترتب عليه أي أثر . وذلك ما اتفق عليه العلماء جميعاً سواء في ذلك الحنفية أو الجمهور . لكن العقد الفاسد هو الذي افتقد شرطاً من شروط صحته أو لحق به نقص أتى على وصف من أوصافه الخارجة عن حقيقته وجوهره . وذلك مفهوم حنفي يجعل هذا النوع من العقود يتسم بالفساد لا بالبطلان .

وبعبارة أوجز فإن الباطل عند الحنفية هو ما كان غير مشروع بأصله ووصفه . والفاسد ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه .

وذلك مما يتفق الجمهور على خلافه إذ ذهبوا إلى أن لا فرق بين هذين النوعين من العقود التي جاءت منتقصة في أصلها أو وصفها فإنها آيلة إلى انعدام الصحة التي يستوي فيها البطلان والفساد .

أما بالنسبة للزواج فإن تطبيق هذه النظرية عليه يضيق مداه ويضطرب اعتباره لما يتخلل النظرية في هذا المجال من خلل في الانضباط واضطراب في الشمول الجامع . ذلك أن جمهرة كبيرة من فقهاء المذهب الحنفي المنشئ لنظرية البطلان والفساد بصورة عامة - قد نفوا أية فروق بين بطلان النكاح وفساده باعتبار أن الزواج غير الصحيح يستوي فيه البطلان والفساد . وذلك لما ذهب إليه الجمهور . وثمة فريق آخر من الحنفية قد اعتبروا الزواج غير الصحيح مندرجاً في مفهوم هذه النظرية ليكون منه الزواج الباطل والآخر الفاسد بحسب ما يتخلل كلا منهما من خلل .

والذي يتبدى من خلال استعراض الأقوال في المذهب الحنفي أن الخروج على هذه النظرية لدى بعض علماء المذهب منشؤه أمران :

الأول : أن النكاح لا يندرج في عداد العقود المالية التي تنشئ التزامات بين اثنين متعاقدين وإنما هو ارتباط شرعي بين رجل وامرأة بقصد إنجاب النسل والاقتران سوياً في حياة كريمة مشتركة .

وقد حدد الفقهاء الحنفية ضوابط تتميز بها العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية من غيرها . حتى كان الزواج خارجاً عن نطاق نظرية البطلان والفساد باعتباره عقدًا غير مالي .

الثاني : أن الزواج في تصور كثير من العلماء لون من ألوان العبادة . والمسلم عندما يتزوج يكتب الله له المثوبة والأجر ، لما في الزواج من كف النفس عن التداني من المفاسد والقاذورات . والزواج إن كان عبادة فإنه لا يحتمل غير عدم الصحة التي يترادف فيها الباطل والفساد .

وعلى هذا الأساس فإن بعض العلماء من الحنفية لا يفرقون بين بطلان النكاح وفساده ، أو يرفضون فكرة الفساد المخالف للبطلان . وقد تجلّى ذلك في اتجاه الكمال بن الهمام وغيره في هذه المسألة^(١) .

ولذلك فإنه يمكن القول في هذا المجال بأن نظرية الفساد والبطلان لا تستقيم على أصول محددة أو ضوابط دقيقة شاملة يستبين معها الفرق بين الزواج الباطل والفساد .

وفي ذلك رأي بعض الفقهاء أنفسهم في إعنات عسير من تحديد الضوابط التي تحدد البطلان والفساد بما يحتويه كل منهما من الفروع والتفصيلات ، فضلاً عن الخطورة التي تترتب على تطبيق هذه النظرية في هذا المجال كأن يعتبر الزواج بإحدى المحارم زواجاً فاسداً لا باطلاً .

(١) شرح فتح القدير : ٢٤٣/٣ .

الترجيح

بعد هذا الاستعراض الشامل لنظرية البطلان والفساد وبعد التعرض لأقوال العلماء في شطري الزواج غير الصحيح في ضوء هذه النظرية نريد أن نقرر ترجيح ما ذهب إليه الجمهور في التقسيم الثنائي للعقود ، وأن غير الصحيح من العقود إنما يتسم بالبطلان الذي يرادف الفساد . ومن ثم فإن الزواج بذلك لا يتجاوز أحد الأمرين وهما الصحيح وغير الصحيح . وأن الزواج غير الصحيح يستوي فيه البطلان والفساد من غير تفريق يترتب عليه تفاوت كبير في الآثار .

وفي تصورنا أن مذهب الجمهور أصوب للاعتبارات التالية :
أولاً : فقد استند الجمهور لأدلة مختلفة متضافرة تؤول إلى نتيجة واحدة واضحة بعيدة عن الاحتمال وهي أن العقد سيكون مصيره البطلان وانعدام الاعتبار إذا ما غشيه خلل في الشرط أو الركن أو جاء معيياً في الأصل أو الوصف . ومن جملة ذلك الإشهاد والولاية في النكاح ، فإن افتقار أحدهما يؤدي إلى عدم الانعقاد . وذلك ينكشف من الأحاديث الظاهرة المستفيضة في هذا الصدد كقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »^(١) .

وفي ذلك نستطيع أن نختار ما ذهب إليه الجمهور وهو فساد ما نهى عنه الشارع واعتباره غير موجود لما وضحناه سابقاً من أدلة ومن تبيان لوجهة نظرهم في هذه المسألة .

وقد جاء في الحديث الشريف : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٢) .

(١) أخرجه الدارقطني من طريق ابن مسعود : ٢٢٥/٣ ، وأخرج مثله كثيرون من أئمة الحديث .

(٢) أخرجه البخاري : ١٠٧/٩ ، ومسلم بإسناده عن عائشة : ١٣٤٤/٣ .

ثانيًا : أن مذهب الحنفية - وفي الزواج على الخصوص - لا يخلو من بعض التردد والاضطراب بما يخالفه من ضعف التحديد والضبط مما يترتب عليه اختلال الأساس الجامع الذي تنضبط به الفروع والتطبيقات .

وفي هذا فإن مذهب الجمهور أبعد عن الاضطراب والتلجج وأظهر بما يحتويه من دقة واستبانة وشمول .

ثالثًا : أن الزواج لهو أقرب ما يكون للعبادة التي يتقرب بها العبد إلى الله ليكسب المثوبة والأجر إن لم يكن عبادة حقًا . ولئن كان الزواج كذلك فإنه لا يحتمل الانطواء في خلال التقسيم الثنائي غير الصحيح ، وإنما يحتمل إحدى اثنتين فقط وهما : الصحة والبطلان .

ذلك أن العبادة لا تحتمل غير هذا التقسيم ولا يسري عليها إلا أن تكون صحيحة أو باطلة .

رابعًا : أن الأخذ بمذهب الحنفية في الزواج في ضوء نظرية الفساد والبطلان أمر سوف يتمخض عن مقتضيات شديدة الخطورة مثل الزواج بالمحارم . فإن ذلك في مفهوم الحنفية فاسد وليس باطلاً .

وهو بعد الدخول تترتب عليه آثار كما لو كان صحيحًا . وذلك أمر يدعو للحرج الشديد . ومذهب الجمهور في هذا أكثر تحرزاً وأسلم من الوقوع في المحظورات والشبهات .

وبعد ذلك كله فإن قول الجمهور هو المختار في هذه المسألة لكونه أبعد عن الخطل وأسلم من المغالاة والتطرف . ولأن مذهب الحنفية ينهض أساساً على نوعية الإخلال الذي يصيب العقد في أصله أو وصفه . وذلك مبدأ يتسم بالضعف وانتفاء المحاذرة والاحتياط .

وفي هذا الصدد يقول ابن الشاط في حاشيته المسماة « إدرار الشروق على أنماء الفروق » .

ليس الأمر في هذا الصدد كما ذهب إليه أبو حنيفة فإن الوصف إذا نهى عنه سرى النهي إلى الموصوف لأن الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف فيؤول الأمر إلى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف فتكون الماهية على ضربين : عار عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهي عليه ، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه^(١).

وعلى هذا الأساس فإننا ماضون في هذه الرسالة على اعتبار الأنكحة الفاسدة مرادفة للباطلة بغير فرق استناداً إلى ما ذهب إليه جمهور العلماء وركونا إلى ما اعتمدوه من أدلة وحجج والله سبحانه المستجار .

* * *

(١) انظر الفروق للقرافي : ٩٧/٢ ، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية للشيخ محمد علي : ٩٧/٢ .

obeikandi.com