

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله الذي لا تحسن الأشياء إلا أن يكون هو أولها، ولا تستقيم الأمور إلا أن تكون إليه وجهتها، ولا تصلح النيات إلا أن يكون إليه مقصدها، سبحانه أحاط بالمعلومات علما وحواهما. وألهم النفوس فجورها وتقواها، فأفلح من زكاها وخاب من دساها، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على خير البرية وأتقاها سيدنا محمد المبعوث بالحنفية السمحاء كالشمس في ضحاها، وعلى آله وصحابته الحائزين من درجات العلم والفضل دروة سناها، وعلى من سار على ذات السبيل كالقمر إذا تلاها، إلى يوم تدعى فيه كل أمة بإمامها.

وبعد:

فإن أجل الطاعات وأحظى القربات وأجمل ما أنفقت فيه نفائس الأوقات، وتنافس عليه المتسابقون إلى الخيرات أعظم التركات كما أوضحت الآيات البيئات الاشتغال بالعلم النافع، لاسيما علم الشريعة، شريعة الإسلام التي هي يسر ورحمة في ذاتها، شاملة ومتجددة في أحكامها، مستوعبة لقضايا الحياة بمختلف أنماطها خاصة علم الفقه الذي تشتد حاجة الإنسان إليه وتتوقف استقامة حياته عليه.

وقد خلف أسلافنا في مجال الفقه ثروة خصبة للبحث العلمي خاصة الفقه المالكي الذي واكب حياة الناس فضبطها وأجاب عن مستجدات نوازله انطلاقا من هدى الكتاب والسنة من خلال فهمهما فهما عميقا، يحقق رعاية المصالح ويصون المجتمع من الانسياق إلى التسيب العلمي ويحاصر كل خلاف يمزق وحدة الأمة، لكن يراعى الخلاف المؤسس على نظر صحيح.

ذلكم الفقه الذي شكل بناء متكاملا قادرا على الإحاطة بكل القضايا ومواجهة المعضلات ومواكبة المستجدات في مختلف جوانب الحياة، لوفرة أصوله، ومرونة فروعه.

وأهم فرع في هذا الفقه جسد عطاءه المتميز ومرونته المستوعبة وخاصيته الشمولية التي اكتسبها من شمولية الشريعة نفسها جانبه التطبيقي الذي اصطلح عليه بفقه النوازل.

فقد اكتسى أهمية بالغة في بيان حكم الشرع المرتبط بحياة الناس بكل تجلياتها.

فهو الأداة لتنزيل الأحكام على الوقائع، والمحك المبرز لواقعية الشريعة في مراعاتها لمصالح الناس وعوائدهم، وانسجامها مع الفطرة ومعايشتها للطبيعة الإنسانية في كل زمان ومكان.

ولما كانت الحياة متغيرة من البسيط إلى المعقد، ومن البداوة إلى الحضارة، ومن الطبيعة البسيطة إلى المدنية المركبة تركيباً متنوعاً، فإن مهمة الفقه ووظيفة الفقيه تتمثل في مواكبة حياة الناس بتيسير العسير وضبط كل تصرف من المكلف بما يحقق عبوديته لله، ويراعى مصالحه الدنيوية والأخروية، أيقن فقهاؤنا - رحمهم الله - أن الواجب يلزمهم ألا يقفوا موقف المتفرج من تحولات الحياة لأنه خيانة لأمانة التبليغ عن الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم -، وإنما عليهم بدل الوسع واستفراغ الجهد لإيجاد الحلول المناسبة لكل نازلة تنزل بالأمّة.

فكان الفقه حاضراً فاعلاً في تاريخ الأمّة يحل مشاكلها ويساهم في رقيها ويضمن أمنها واستقرارها، مما يمكن معه القول إن الفقه الإسلامي هو أعظم إنتاج فكري إنساني على وجه الإطلاق.

كيف لا؟ وهو الذي ضبط حياة الناس وأطر كل جوانبها قروناً مديدة من الزمان.

ولما كان نظام الفتوى هو المجال الذي يصون تدين الأمّة ويحمي ثوابتها ومقدساتها وبواسطته استقام شأنها وشمخت حضارتها واتزنت ثقافتها وقويت ذاتها وترسخت هويتها.

فقد زحرت منطقة الغرب الإسلامي بعلماء نوازلين عظماء خدموا الفقه المالكي وأغنوه باستنباطاتهم العلمية وإنتاجاتهم الفكرية المتمسمة بالجدية والواقعية والتطور المبرز للعبقرية في تفاعلها مع الواقع والبيئات المختلفة المراعية للآثار العادات في الأحكام.

الأمر الذي جسد قاعدة: لكل خاص خصوصيته ولو في ذات التعيين بامتياز عملي.

لكن لما نظرت إلى ما خلفه فقهاء الغرب الإسلامي من تراث علمي في فقه النوازل خاصة الأسرية منها وجدته بحراً لا ساحل له بغنى مادته وجزارة إنتاجه وإحاطته بكل ما

يعرض للإنسان في مجال حياته حتى إن المتعامل معه يخيل إليه أنه يغرف من بحر وينحت في جبل من صخر.

لكن أهمية التراث الفقهي النوازلي تجتذب الناظر إليها اجتداباً، فحاولت بعد أخذ ورد طويل – إذ من أخصب احتار خاصة وأن اختيار موضوع لأطروحة جامعية يشكل عقبة كؤوداً في وجه الطالب المبتدئ ذي الخلة في هذا الباب مثلي – أن أختار منه جانب الأسرة لما يحظى به من أهمية وخطورة في حياة الناس، فإذا استطاعت النوازل الفقهية في هذا المجال توفير حماية تحفظ الكرامة وتحقق المساواة فتوفيرها لذلك فيما عداه هو من باب أولى.

هذا ويشغل البحث على إشكالية يطرحها ويروج لها جماعة من الباحثين المعاصرين – سامحهم الله وأرشدنا وإياهم للمهيع الطيب من القول والعمل – مفادها أن الفقه الإسلامي عموماً والمالكي على وجه الخصوص فقه ذكوري قهر المرأة وتغلب على حقوقها وأن ذلك يظهر جلياً من خلال كتب النوازل المالكية الغرب إسلامية على وجه الخصوص، وأن هذا الفقه عار عن الدليل في كثير من جوانبه وبعيد عن روح النص في نوازله.

لكن من المسلم استدلالاً ألا عاقل يقبل دعوى لتحريم الماء العذب الزلال لعله أن أناساً شربوا منه فشرقوا فماتوا.

لذلك جعلت البحث في فترة زمنية من التاريخ الإسلامي في منطقة عرفت تفككا وتمزقا سياسياً منقطع النظير، وتوالت عليها فتن كقطع الليل المظلم. (منطقة الغرب الإسلامي).

فإذا كان الفقه منحازاً لفئة من الناس يسوغ ظلمها ومتعالياً على أخرى لا يعترف بحقوقها فلا أدل أن يكون في هذه الظروف العصبية.

أما إذا كان هذا الفقه تبعاً لشريعة الإسلام متميزاً بالمرونة والثبات في أصوله والقدرة على استيعاب كل نازل بالحل الشرعي الذي ينير غياهب الظلم ويبدد غيوم الجهل، ونوازل فقهاء شواهد حية تنطق بلسانه وتعرب عن مكنون برهانه فلا يسع المغرض

والحال هذه إلا أن يسلم بصلاحيته، أو ينخرط في سلك أهله وينسج على منواله أو ينخسئ مدحورا أمام تفوقه، أليس الاعتراف بالحق فضيلة؟

فهل كان هذا الفقه كما ادعي عليه؟ أم هو على النقيض من ذلك؟ ذلك ما تحاول فصول البحث الإجابة عنه بحول الله.

وجريا على عادة البحاث والكتاب أن من اللازم قبل الخوض في الإشارة إلى الفصول والأبواب بيان ما دعا إلى البحث من أسباب، إذ لا بد لإنجاح أي بحث من بيان الأسباب الداعية إليه واعتماد عتيق المصادر لذلك المبحوث فيه، ووجود هدف يراد تحقيقه والوصول إليه، وإلا كان عبارة عن سرقة أو تسويد للورق.

وقد دفعني لاختيار الموضوع وحبيني في خوض غماره وإن لم أكن أهلا للنسج على منواله أسباب يمكن إجمالها في الآتي:

- كون هذه الحقبة الزمنية في حدود معرفتي المبتدئة وما اطلعت عليه لم أجد بحثا في فقه النوازل خصها بالجمع والدراسة كما فعل بفترات أخرى (كالمائة الثامنة). ولما عرضت الفكرة على أستاذي المشرف - حفظه الله - استحسناها وشجعني على خوض غمارها وساهم مشكورا بشكل فعال في إخراجها إلى حيز الوجود بإرشاداته النيرة وتوجيهاته القيمة فجزاه الله بالحسنى وزيادة.

هذه الفترة من تاريخ الأمة تميزت بتفكك سياسي يعسر على العقل تصوره وفتن يشيب لها الولدان.

فإذا كان للفقه قدرة على مواكبة حياة الناس وضبطها في هذه الظروف فهو على الإطلاع بذات المهمة فيما سواها أقدر.

- محبتي للموضوع إذ أكسبتني مخامرة الكتاب الفقهي عموما والنوازلي على وجه الخصوص أني كلما دقت حلاوة تحصيل جزء ضئيل من عطائه طار الأفق بيني وبينه بعيدا وكأني في الثرى أرقب الثريا، لكن كفى بحب البحث لذة وبالاستنارة بتراث الأسلاف سعادة.

- ولما كانت جمالية الفقه أنه ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأي والشرع إذ يأخذ من صفو العقل والشرع على سواء السيل فلا هو تصرف بمحض العقول فلا يتلقاه الشرع بالقبول ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد.¹

فإن أهمية البحث يمكن حصرها في الآتي :

- جمع بعض المتفرق في مصادر مختلفة في مكان واحد تقريبا لبناء تصور مكتمل المعالم عن المسألة المبحوث فيها.

- ما يشكله جمع المرتبط بموضوع واحد من الوقوف على الجهود الجبارة التي بذلها فقهاؤنا - رحمهم الله - لإيجاد الحلول لأعوص المشكلات ولاسيما إذا علمنا أن كثيرا من هذه النوازل كان في ظروف عصيبة ومحن أصعب.

- المتأمل في هذه النوازل يجدها متضمنة لقضايا مشابهة للقضايا المعاصرة لكن بحلول أفضل واستيعاب أشمل.

- هذا ولا يزال التراث الفقهي عموما والنوازلي على وجه الخصوص أرضية خصبة للبحث العلمي وما خرج منه للوجود إلا غيض من فيض مما يجعل مجال بحثه بحرا لا تكدره الدلاء لكنه محفوف بمجموعة من الصعوبات منها ضخامة المادة والحيرة في الاختيار من صدف مكنوناته.

وهو أمر شكل لي إكراها زمنيا وعلميا حقيقيا فكلما حاولت أن أضع في الاختيار للنوازل المدروسة قيودا وجدت المادة العلمية أخصب مما توقعت الامر الذي اضطرني لإدخال تعديل على العنوان أكثر من مرة ليستقر في صورته الحالية (نماذج من النوازل الفقهية في قضايا الأسرة لمالكية الغرب الاسلامي خلال المائة الخامسة للهجرة) بعدما وضعت من المادة العلمية المجموعة أكثر من نصفها.

لكني واجهت في التعرف على المادة وجمعها صعوبات متعددة إذ بعضها يذكر ولا يعرف مكانه وبعضها محجوب، والمخطوط توجد عقبات في الوصول إليه، وبعض المطبوع من أمهات الكتب في الباب لا يوجد في المكتبات ولا المعارض بدعوى أنها كتب

¹ مستل بمعناه من مقدمة المستصفي للإمام الغزالي، ص 4 بتحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي ط دار الكتب العلمية ط 1، 1993/1413م.

عتيقة لا تلقى رواجاً ولا يرغب أحد فيها، إضافة إلى الإبهام في بعض الأسماء والتشابه في بعضها، وأحياناً تنقل الفتوى عن الفقيه بلقبه فيشترك في اللقب أكثر من عالم في فترات مختلفة مما يجعل تمييز العالم المصدر للفتوى أمراً صعباً وشاقاً أحياناً.

وقد سلكت في جمع المادة المسلك الآتي :

ما يتعلق بالنوازل فرغم كون البحث محصوراً في القرن الخامس زمنياً فقد مددت زمن النقل إلى حدود الربع الأول من القرن السادس (520) إذ جل من توفوا في هذه الفترة عاشوا أوج عطائهم في القرن الخامس وساهموا في إنتاجه العلمي وكذلك الربع الأخير من القرن الرابع فقد كانت لأهله إسهامات واسعة في تكوين أهل المائة الخامسة.

أما تأصيل المادة فاقتصر في علمي مصادر المذهب المتمثلة في الدواوين والمختصرات ومكملاتها والمطولات وشروحها في حدود المائة السادسة، بينما في الدراسة استعنت بنقل كل ما تيسر لي مما أحلت عليه في مكانه.

كما نهجت في تقديم المادة تخصيص فرع لكل مسألة أقدم بالمفهوم ثم أورد النوازل المختارة في كم لا يقل عن ثلاثة ولا يزيد على خمسة إلا شاهداً أو متابعة استطردها أو لا أجد بدا منها.

ثم أقدم تأصيلاً للمسألة بعد التعليق عليها بما تيسر لأختم بدراسة في إطار من نص الوحي - كتاباً وسنة - وقواعد الاستدلال.

أما التبويب فجعلت تقسيمه ثنائياً وفق ما هو مبين في فهرسته.

ولما كان فقه الأسرة واسعة أبوابه ومنتشعبة مسائله ونوازل الفقهاء فيه بحر لا ساحل له لتتنوع المحتوى وتوسع المجال توسعاً لا يكاد يبلغه العمر ويكل دونه النظر، اكتفيت على غرار قول العرب حسبك من القلادة ما أحاط بالعنق.

بمخبرين اثنين غلب على ظني رجحانهما على غيرهما، لتوسع الخلاف في مسائلهما إذ خلاف التنوع مما يثري الفقه ويظهر جماليته وهما كالآتي :

الأول : في موجب صحة العقد، والثاني : في موجب عدم استمراره.

فهل تتجسد من خلال المادة العلمية المقدمة في هذين المحورين قدرة الفقه المالكي ونوازلها، على ضبط الحياة ومواكبة مستجداتها؟.

فذلك المقصود والمراد، وعلى الله كمال الاعتماد.

لكن قبل ذلك أود التمهيد بإعطاء لمحة تعريفية عن موضوع الدراسة حتى يكتمل التصور عن المقصود، فكيف ذلك؟

فصل تمهيدي: نبذة تعريفية عن موضوع الدراسة

الباحث في حقبة زمنية ما، ولا سيما التراث العلمي لا يجد بدا من معرفة ظروف وملابسة أحداث العصر الذي يبحث فيه خاصة الحياة السياسية والعلمية، إذ الإنسان اجتماعي بطبعه يتفاعل مع ما يسود مجتمعه فيتأثر ويؤثر.

وقديما قيل لا تخلو حقبة زمنية من أحداث سياسية وصراعات فكرية تعد مرآة عاكسة لصورة العصر ومميزاته.

ومنطقة الغرب الإسلامي التي تميزت بسيادة وحدة العقيدة السنية في صفوف علمائها¹، والفقهاء المالكي في تأطير حياتها خصوصا الحقبة الزمانية موضوع الدراسة (المائة الخامسة للهجرة)، فما هي أهم ملامح الحياة السياسية والعلمية في هذه الفترة؟ وماذا يقصد بفقهاء النوازل؟ وكيف تعامل فقهاء المالكية مع هذا النوع من الفقه؟

ذاك ما يمكن مقارنته من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ملامح تاريخية عن الحياة السياسية والعلمية

اختيار السياسة والعلم لتقريب ملامح عصر الدراسة مسوغه أن الناس تبع لصنفين منهم هم العلماء والأمراء، كما في الأثر "صنفان من الأمة إذا صلحا صلح الناس الأمراء والعلماء"²، لكني لا أفيض في البحث ولا أوفي الحالة حقها كما هو شأن البحث التاريخي وذلك لاعتبارين اثنين:

أحدهما: الحديث عن هذا الشأن له مجاله واختصاصه، ويعد أرضا عديت بحثا.

الثاني: أفراد مثل هذه العناصر بالدراسة قد يخرج الموضوع عن الغرض المرسوم له سلفا.

لذلك أسرد جملة من الأحداث على سبيل الوصف واختصار القول ناقلا فكرة مختصرة عن الموضوع اكتفاء من القلادة بما أحاط بالعنق، على وجه الإشارة المختصرة فأرجوا ألا تكون مخلة ولا مملة.

¹ كان شيخنا محمد ابن قاسم التاويل -رحمه الله- يقول ما عرف التاريخ عالما انتمى إلى لمذهب مالك يرمي برأي سوء في معتقده.
² اختلف في هذا الأثر اختلافا واسعا، بين محسن ومضعف إلى درجة الوضع، فهو عند الحافظ ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله: تحت باب ذم العالم على مداخلته السلطان الظالم قال حدثنا أحمد ابن محمد بن هشام قال حدثنا علي بن عمر بن محمد بن إسماعيل بن سلامة العطار قال حدثنا أحمد بن عبد الحكم القزاز قال حدثنا محمد بن زياد عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: صنفان من أمتي إذا صلحا صلح الناس: الأمراء والفقهاء.
لكن فيه محمد ابن زياد البشكوري، قال فيه الإمام أحمد وضاع وأجزأه على ميمون بن مهران، وهو غير محمد بن زياد بن مروان البشكوري البخاري صاحب فضل وسنة بل هو البشكوري الطحان الكوفي المعروف بالميموني: انظر تهذيب الكامل في أسماء الرجال للحافظ المزني ت 742، 222/25 بتحقيق بشار عواد معروف ط دار الرسالة، ط1، 1980/1400هـ.
لكن المعنى صحيح ففي سماع أشهب قال مالك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعلموا أنه لا يزال الناس مستقيمين ما استقامت لهم أئمتهم وهداتهم، جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر 226/1، بتحقيق أبي الأشبال الزهري ط دار ابن الجوزي السعودية ط1، 1994/1414.

المطلب الأول: لمحة عن الحالة السياسية بالغرب الإسلامي خلال المائة الخامسة للهجرة

أول إشكال يعترض الباحث في هذا الصدد هو ما المراد بمنطقة الغرب الإسلامي جغرافيا؟

إذ طرأت على المنطقة على مر التاريخ تغيرات من المد والجزر والتوسع والانكماش، فثمة من المؤرخين من يرى أن المقصود بالمنطقة، شمال إفريقيا مع الأندلس فهي على العموم تمتد من طرابلس شرقا إلى المحيط الأطلسي غربا ومن الصحراء جنوبا إلى الأندلس شمالا.

فقد ذكر المراكشي: أن المنطقة تمتد من الإسكندرية إلى سلا، ومن الأندلس إلى البحر المحيط بجميع جهاتها¹.

وفي معجم البلدان: المغرب بالفتح ضد المشرق وهي بلاد واسعة ووعناء شاسعة قال بعضهم حدها من مدينة مليانة وهي آخر حدود إفريقيا إلى آخر بلاد السوس التي وراء البحر المحيط وتدخل فيه جزيرة الأندلس وإن كانت إلى الشمال أقرب ماهي².

وعموما فالغرب الإسلامي يقصد به الشمال الإفريقي إلى بلاد السوس إضافة إلى جزيرة الأندلس.

فإذا رجعنا إلى الحياة السياسية في مستهل القرن الخامس للهجرة نجد العالم الإسلامي عاش فتنا تشيب لها الولدان وتضطرب لها الأبدان وتبكي لها العين بدل الدمع دما. ويتفطر لها القلب كمدا إذ بدا وكأنه عقد جوهر انفرط من الوسط أو صخرة تفتت بعد طول عنت، لما ساده من تمزق سياسي باعته الأساس الصراع على السلطة والنفوذ.

ففي الأندلس ذلك الفردوس المفقود، الذي أخرجه المسلمون الفاتحون من الظلمات إلى النور وشهد حضارة وتماسكا سياسيا قطع دابر الفتنة في الداخل وزرع كيان الأعداء في الخارج حتى أعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، وجعل جل مناحي الحياة مزدهرة خاصة في عهد الخلفاء الأقوياء كالناصر والحكم المستنصر.

¹ البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب لابي عبد الله بن عذاري المراكشي ت 695، 5/1 دار الثقافة ط 1983/3.

² معجم البلدان لشهاب الدين بن عبد الله الرومي الموي ت 626، 161/5 صادر 1995م.

لكن لا راد لقضاء الله في ملكه وسنته في التداول لا تحابي أحدا من خلقه، خلف من بعد الأقوياء خلف أضاعوا الصلاة وارتموا في أحضان الشهوات وقطعوا أرحامهم وصار بأسهم بينهم وأصبحوا لقيمات تحت رحمة أعدائهم¹ فطلعت بوادر الفتنة الكبرى والمحنة العظمى مطلع الثلاثاء السادس والعشرين من جمادى الأخير متم القرن الرابع [26 جمادى الثانية 399] بخلع هشام ابن الحكم فظهرت أربع فرق متصارعة على السلطة.

إحداها: القبائل العربية المبعدة عن السيادة منذ عهد الداخل.

الثانية: القبائل البربرية الساعية للاحتفاظ بما وصلت إليه.

الثالثة: الفتيان الصقالبة الطامحين إلى استعادة السيادة والبقاء في السلطة.

الرابعة: بنو أمية المحاولين الإبقاء على حكم مهدد بالسقوط².

فكانت أول حنظلة جنيت من هذا الصراع المحموم أن انقسم البلد الموحد والكيان المتحد المستعصي على الغزاة إلى دويلات يعادي بعضها بعضا ويحارب بعضها بعضا³، حتى بلغ التفكك السياسي أوجا لم يكن متوقعا، وأضحت كل دعوة للم الشمل لا تجد أذانا مصغية ولا قلوبا واعية.

وأما عن الحروب بين الإخوان واستباحة الأرواح والأموال وانتهاك الحرمات فلا تعجب بل صدق الجائز والمستحيل عقلا، وكل واحد من ملوك الطوائف لا يسئل للدب عن نفسه سيفا ولا يرفع عن رعيته ضيما ولا حيفا سوى مظاهر الفسوق والعصيان والاعتكاف على المغاني والعيدان والتفنن في اختيار الألقاب التي لا تجدي نفعا ولا تمسح دمعاء، وما أحسن ما قال الحسن ابن رشيق القيرواني (ت463) في وصف ملوك الطوائف حيث قال:

مما زهدني في أرض أندلس أسماء معتضد فيها ومعتمد
ألقاب مملكة في غير موضعها كألهر يحكى انتفاخا صولة الأسد.

¹ المعجب في تلخيص أخبار المغرب من لدن فتح الأندلس إلى آخر عصر الموحدين لعبد الواحد بن علي المراكشي ص 78 بتصريف تحقيق د. صلاح الدين الهرابي ط المكتبة العصرية ط1، 2006/1426.

² نفسه ص 88.

³ فقد قسم الأندلس إلى 26 دويلة أحدى عشر للعرب و عشرة للبربر وخمسة للصقالبة انظر البيان المغرب.

وهكذا أعقبت فتنة الأندلس التي طلت مطلع القرن الخامس ودامت زهاء عقدين من الزمن¹، عصرا لم يكن أحسن منها حالا على المستوى السياسي ودام ثلثي القرن حتى من الله بجمع الأندلس مع المغرب على عهد المرابطين إنه عصر ملوك الطوائف².

أما المغرب فمئذ سقط الحكم الإدريسي مستهل القرن الرابع وهو ممزق تتخطفه الإمارات المختلفة لقبائل متناقضة متطاحنة على السلطة.

كما أن القيروان وبلاد إفريقية عموما وإن شهدت استقرارا سياسيا على عهد الصنهاجيين دام حوالي قرن من الزمان فإن الفتنة أطلت برأسها من جديد عندما جيش الفاطميون من مصر القبائل الموالية لهم لغزو وتخريب عمرانها فسفكت الدماء وانتهكت الحرمات.

وعموما فقد ظلت منطقة الغرب الإسلامي بمختلف ربوعها تعيش تمزقا وتطاحنا حتى كان الأخ يستعين بعوده للظفر بأخيه حتى من الله بوحدة المغرب والأندلس على يد المرابطين منتصف الربع الأخير من القرن الخامس لكن لم يخل العصر من جهود فقهاء أهل السنة المالكية في التوحيد والجهاد ضد الفرق الضالة بمن فيهم الحكام يقول حسن محمود: صمدت المالكية للخارجية فأنت عليها وصارعت المعتزلة وانتصرت على العبيديين وحفظت على المجتمع وحدته وعقيدته وسلمته للأجيال التالية سليما معافى³.

إلا أن هذا لا يمنع من وصف الحقبة الزمنية بأنها عصر تفكك سياسي في هذه البقعة من الأرض بامتياز. فهل كانت الحياة العلمية على ذات الشاكلة في هذا العصر؟

ذلك ما يمكن الوقوف على أنموذج له في العنصر الموالي.

المطلب الثاني: الحركة العلمية بالغرب الإسلامي خلال المائة الخامسة للهجرة

المتأمل في الحياة العلمية في منطقة الغرب الإسلامي خلال هذه الحقبة الزمنية يجدها على النقيض من الحياة السياسية، فقد عرفت ازدهارا في العطاء العلمي والتأليف في

¹ قد بلغ عدد الخلفاء في عصر الفتنة أربع عشرة خليفة.

² محنة العرب في الأندلس للدكتور أسعد حومد ص 73 ط المؤسسة العربية للدراسات والنشر بتصرف.

³ قيام دولة المرابطين صفحة مشرقة من تاريخ المغرب في العصور الوسطى ص 98 لحسن أحمد محمود ط دار الفكر العربي.

مختلف ميادين المعرفة وتبارى الناس في الإبداع والتأليف لا سيما سلطان العلوم، الفقه بمختلف أضربه.

وهكذا انطبق المثل مصائب قوم عند قوم فوائد، فسرعان ما انفضت الحياة العلمية غبار ركود الفتنة وانعكس التفكك السياسي بشكل إيجابي على الإبداع العلمي إذ صار كل متغلب على قطر يسعى لتثبيت ملكه عليه بكل وسيلة توفرت لديه. فلجأ ملوك الطوائف إلى تشجيع العلوم المختلفة وتنافسوا في ضم العلماء إلى حاشيتهم وجعل بعضهم قصره منتدى للمناظرة العلمية والمساجلات الشعرية مما جعل جملة من العلماء يتنافسون في التأليف ويتبحرون في العلوم المختلفة حتى تقضى حوائجهم أو يكرم جانبهم عند ذوي السلطان.

كما أن البعض جعل الانشغال بالعلم والتفرغ إليه والانقطاع به عن الدنيا مخرجا من الفتنة التي عمت البلاد وأهلكت الحرث والنسل. فأنجب القرن أجود القرائح العلمية في مختلف ميادين المعرفة، وفتق مواهب تحنت يمين الزمان إن أقسم على الإتيان بمثلها كابن عبد البر والباجي وابن سهل وابن رشيق والقائمة يعسر عدها فكيف باستقصاء عطاء أهلها؟ وأما القيروان ومناطقها فقد عرفت نهضة علمية مبكرة عن المغرب الأقصى وأنت المدرسة المالكية بها أكلها قبل غيرها إذ تأسست على يد تلاميذ مالك المباشرين كعلي ابن زياد وأمثاله.

أما انطلاقا من منتصف القرن الرابع فقد كانت في أوج عطائها فرغم ما توالى على أهلها من الفتن والمحن، حتى إن عياضا -رحمه الله- قلما ترجم لعالم من أعلامها إلا ويذكر محنته قبل وفاته.

لكنه ذكر عند ترجمة أبي محمد بن أبي زيد القيرواني أن الجلة من القرويين والأندلسيين وأهل المغرب اتفقوا عليه¹، مما يؤكد أن الاضطرابات السياسية لم تنل من الحياة العلمية ولا سيما المدرسة القيروانية.

كما ذكر محقق كتاب الذب عن مذهب مالك لأبي محمد نفسه ما يربو على ستين من تلاميذه من مختلف ربوع الغرب الإسلامي كلهم من أعيان المائة الخامسة¹.

¹ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للفاضل عياض 142/2 ضبط وتصحيح محمد سالم هاشم ط دار الكتب العلمية ط2، 1433هـ/2012م.

لكن المغرب الأقصى فرغم ما عرفه من نشاط للحركة العلمية وازدهار ثقافي خاصة مدينة سبتة وفاس فقد كان أقل بكثير مما عرفه الأندلس وإفريقية في هذه الحقبة ولعل ذلك راجع والله أعلم لعدة عوامل منها:

- 1- استقرار العرب الفاتحين وضمنهم العلماء الأوائل بإفريقية والأندلس.
 - 2- اهتمام ولاة الأندلس بالعلم والعلماء اهتماما انقطع نظيره خاصة الناصر وابنه الحكم المستنصر، وقد دام حكمهما ستا وستين سنة تقريبا [66] حتى إن خزانة الحكم كانت فهرستها أربعا وأربعين مجلدا كل مجلد خمسين ورقة ليس فيها إلا إسم الكتاب، فيما ذكر جملة من الباحثين.
 - 3- عدم الاستقرار والفتن المتوالية على المغرب قبل عصر المرابطين جعلت العلماء يرحلون أو يحجب عطاؤهم العلمي ولا يعرف.
- وهكذا فرغم دخول الإسلام للمغرب قبل الأندلس، لا يعرف عالم واحد من أهل المغرب الأقصى تتلمذ على يد مالك، وإن كان أشهر راو للموطأ من أصل مغربي -يحيى بن يحيى الليثي المصمودي- فمدارك القاضي عياض الذي خصصه لتراجم أصحاب مالك -رحمهم الله- لم يذكر ضمنه مغربيا، إلا في الطبقة الرابعة. فهل لم تعرف هذه البقعة فقيها مالكا قبل هذا التاريخ؟ أم أن أخبار المالكية قبل هذه الحقبة ضاعت كما ضاعت جملة من المؤلفات التي تذكر ولا تعرف.

علاوة على هذا فالعلاقة بين السلطة السياسية وفقهاء المالكية في هذه الحقبة لم تكن مما يبعث على الاطمئنان، فقد هاجر أبو عمران الفاسي موطنه إلى القيروان واستقر بها. ومهما يكن فإن البلد في هذه الحقبة لم يخل من أعلام بارزين ذاع صيتهم شرقا وغربا، لكن ليس على شاکلة الإقليمين السابقين كما.

لكنه عرف على عهد المرابطين ولا سيما عصر الوحدة بين المغرب والأندلس ازدهارا علميا واكتملت له شخصيته العلمية المتميزة.

¹ الذب عن مذهب مالك في غير شيء من أصوله وبعض مسائل من فروعه وكشف ما ليس به بعض أهل الخلاف وجهله من محاج الأسلاف لابن أبي زييد القيرواني 87/1 وما بعدها بتصريف، تحقيق الدكتور محمد العلمي ط1، 2011/1432 ط الرابطة المحمدية للعلماء.

إلا أن المتأمل في كتب التراجم التي ترجمت لأعلام المغرب الأقصى يستخلص منها الملاحظ الآتية:

1- دراس ابن اسماعيل - رحمه الله- ليس أول من أدخل فقه مالك إلى المغرب فقد وجد أعلام مالكيون قبله.

2- الفقه المالكي وصل إلى المغرب الأقصى عبر القيروان أكثر من الأندلس.

3- النفوذ الأندلسي على شمال المغرب كان له دور فعال في ازهار الفقه المالكي بالمنطقة فقد كانت توجه الفتوى من طنجة إلى فاس، وأمثلة ذلك في المعيار.

لكن العصر المرابطي كان عصر فقه مالك بامتياز حيث كسدت تجارة الشعر ونفق سوق الفقه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الحياة بمختلف تجلياتها في هذه الحقبة بمنطقة الغرب الإسلامي كان مدارها على الفقه المالكي الذي لم يبع أهل البلاد عنه بديلا منذ عرفوه لمميزاته الخاصة التي لا توجد في غيره (ليس هذا مجال ذكرها)، ولا أدل على ذلك من كون المدونة على ضخامتها كانت من المحفوظات المسلمة عند المغاربة والأندلسيين¹، كما أن العصر كان زما للتأليف بامتياز خاصة في علم الفقه ونوازلها، حتى بلغت المؤلفات حد التراكم ما بين مختصرات ومطولات بل إن بعضها يعد موسوعة علمية بامتياز²، وكان المغاربة والأندلسيون أول مستعمل للنظم التعليمي في الفقه لحفظه وتقريبه للمبتدئين كما أن التأليف في علم الشروط والوثائق والنوازل كان أول الأمر من بنات أفكار المغاربة كابن العطار.

وهكذا من كل ما تقدم بسطه نصل إلى نتيجة مفادها أن المائة الخامسة للهجرة وإن كانت حقبة تمزق وتفكك سياسي في جل مناحي العالم الإسلامي عموما وجانبه الغربي على وجه الخصوص إلا ما عرف من استقرار على عهد المرابطين.

¹ ومن الطريف في الباب أن الموحدين لما أحرقوا المدونة وجاء المرينيون كتب فقهاء فاس المدونة من حفظ أبي الحسن بن عشرين ثم أرسلوا للأندلس من يأتيهم بنسخ منها فما وجدوا فرقا إلا في فاء أو واو.

² من هذه المؤلفات ما يتجاوز حجمه ستة ألف ورقة من المتن فحسب كتبصرة أبي حسن اللخمي وغيرها كثير.

فإنها كانت من الناحية العلمية خاصة رقعة الغرب الإسلامي عصرا ذهبيا بامتياز إذ عرفت إنتاجا علميا ضخما وكان للفقهاء إسهام واسع في استقرار المجتمع خاصة النوازليين منهم.

هذا عن السياسة والعلم، فماذا عن النوازل وطبيعتها عند فقهاء المالكية؟
ذلك ما يمكن مقارنته بحول الله من خلال المبحث الموالي إن شاء الله.

المبحث الثاني: فقه التنزيل وطبيعته عند المالكية

منزلة الفقه من النص الشرعي بمثابة الرأس من الجسد فبواسطته يعرف الحلال والحرام وتستنبت الأحكام، والنوازل الفقهية وليدة ظروف وحاجات المجتمع ومناهج الفقهاء فيها تعكس حقيقة سعة الدين ومرونته وشموله لنواحي الحياة وصلاحيته لقيادة البشرية للتي هي أقوم تحت قيادة الشرع الحكيم.

كما يقدم فقه النوازل صورة متضحة المعالم أن الفقه المالكي لم يكن يقبل التحجر والجمود ولا فقهاؤه ممن يرضى الانحسار والركود إلا في النادر وقليل ما هم.

وأنها وليد شرعي لمنطقة الغرب الإسلامي كما وكيفا، مالكية روحا ومنهجيا. فما المقصود بالنازلة الفقهية؟ وما طبيعتها عند مالكية الغرب الإسلامي؟

ذاك ما أحاول التعرف عليه من خلال المطلبيين الآتيين.

المطلب الأول: مفهوم النازلة الفقهية وخصائصها

الاهتمام بالمسميات وضبط المصطلحات غاية نبيلة دعا إليها الدين الحنيف قال تعالى: "وعلم آدم الأسماء كلها"¹. وقال صلى الله عليه وسلم: "لا يقول أحدكم للعنب الكرم إنما الكرم الرجل المسلم"²، فهي ضرورة إيمانية قبل أن تكون حاجة علمية، والحكم على الشيء فرع تصوره، كما يقول المناطقة³. وبما أن الموضوع يتمحور حول النوازل الفقهية في فترة معينة لم أجد بدا من تعريف المصطلح وبيان أهميته وخصائصه كالآتي:

النوازل لغة جمع نازلة، وهي المصيبة الشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس كالوباء -نسأل الله العافية- وتجمع على نوازل ونازلات⁴. وقيل النوازل من النزول بمعنى الحلول ومنه قوله تعالى: "وقل ربي أنزلني منزلا مباركا..."⁵، قال ابن فارس: النون والزاي واللام كلمة صحيحة تدل على هبوط الشيء ووقوعه، والنازلة الشديدة من شدائد الدهر لذلك شرع القنوت في النوازل⁶، ومنه قول الشاعر:

ورب نازلة يضيق بها الفتى ذرعا وعند الله منها المخرج.

وقد روعي في تسمية النازلة معنى الشدة التي يعانيتها الفقيه في استخراج الحكم، أو المصيبة لأنها خطب عظيم.

¹ جزء من الآية 30 من سورة البقرة.

² صحيح مسلم: كتاب الألفاظ من الأداب وغيرها باب كراهية تسمية العنب كرما، رقم 2247.

³ قال صاحب السلم:

إدراك مفرد تصورا علم ودرك نسبة بتصديق وسم

وقدم الاول عند الوضع لأنه مقدم بالطبوع

البيتان: 19 و20 من متن السلم المنورق للأخضري، ضمن المجموع الكامل للمتون.

⁴ مختار الصحاح لمحمد ابن أبي بكر الرازي مادة نزل ط دار الكتب العربية بدون تاريخ.

⁵ الآية 29 من سورة المؤمنون.

⁶ معجم مقاييس اللغة لابن الحسين أحمد بن فارس باب النون والزاي وما يثالثهما 417/5 تحقيق عبد السلام محمد هارون ط دار الفكر 1979.

وأما اصطلاحاً فالنوازل بشكل عام: هي الوقائع المستجدة التي تستدعي حكماً شرعياً من ذوي الاختصاص.

فالوقائع احترازاً مما لم يقع كالفقه الافتراضي، والمستجدة احترازاً مما عرف حكمه، أو لكونه منصوصاً عليه، أما قيد الاختصاص فاحترازاً من فتوى غير الفقيه، وقد شكى ابن رشد تدمره من التجرؤ على الفتيا بغير علم من بعض الناس في عصره¹.

هذا وللنازلة ألفاظ متشابهة تطلق عليها كالأسئلة والمسائل والأجوبة والفتاوى وهذا اللفظ الأخير هو الأكثر استعمالاً، فما المراد بالفتوى؟

يرجع استعمال كلمة فتوى في اللغة إلى معنى القوة والبيان وهي في اللغة أعم منها في الاصطلاح، جاء في القاموس المحيط: الفتيا والفتوى وتفتح ما أفتى به الفقيه وأفتاه في الأمر أبانه له²، والفتوى من الواو لا من الياء وواوه أصلية لا منقلبة والاسم من الجميع الفتوى.

قال الحافظ ابن حجر: لفظ الفتيا أصله السؤال ثم سمي الجواب به، والسؤال استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى معرفة، والتفتاتي التخاصم³.

وقد ورد لفظ الفتوى في الذكر الحكيم في أحد عشر موضعاً كلها أفعال منها قوله تعالى: "ويستفتونك في النساء..."⁴، قال القرطبي يفتيكم يبين لكم حكم ما سألتكم عنه⁵.

أما الفتوى اصطلاحاً فعرفت بعدة تعاريف منها الآتي:

ورد في موافقات الإمام الشاطبي أن الفتوى: هي إعلام المستفتي الحكم الشرعي في خصوص نازلته نقلاً أو استنباطاً على وجه الإلزام الشرعي⁶.

¹ فتاوي بن رشد 1321/2 بتحقيق الدكتور المختار ابن الطاهر التليلي ط دار الغرب الإسلامي ط3/2011.

² القاموس المحيط لابن الطاهر مجد الدين الفيروزابادي ص 1320 باب الواو والياء فصل الفاء، حقق بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ط مؤسسة الرسالة ط8، 2005/1426م.

³ النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ت606 حرف الفاء باب الاء مع التاء مادة فتا 411/5، تحقيق ظاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي طبعة المكتبة العلمية ط 1979.

⁴ الآية 127 من سورة النساء.

⁵ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 383/5، بتخريج عماد زكي البارودي ط المكتبة التوفيقية ط 10/2012.

⁶ موافقات في أصول الشريعة لابي إسحاق الشاطبي ص 868 شرح وتخريج عبد الله دراز ط دار الكتب العلمية ط2، 2009.

وميز الونشريسي —رحمه الله- بين علم الفتوى وفقهها فقال: فقه الفتوى هو العلم بالأحكام الكلية، وعلمها هو العلم بتلك الأحكام مع تنزيلها على النوازل¹. وعموماً يمكن حد الفتوى كالتالي: هي الإخبار بالحكم الشرعي بواسطة من له معرفة بدليله الكلي.

وفي هذا الصدد يرد الإشكال التالي ما الفرق بين النوازل والفتوى والأجوبة والمسائل؟ الأصل أن هذه مسميات لشيء واحد بالذات هو ملازمة النظر في الأدلة الشرعية والاجتهاد في معرفتها وإيجاد الحلول العملية للمستجدات التي تستلزم أحكاماً شرعية، لكنه مختلف من حيث الاعتبارات، فمن حيث طلب الحكم الشرعي هي فتوى ومن حيث حدوثها هي نازلة ومن حيث كونها تتطلب حكماً شرعياً يسأل عنه أهل الاختصاص هي مسألة ومن جهة أن حكمها يعرف بجواب أهل الفقه هي أجوبة فالذات واحدة وإن تعددت الاعتبارات والمضمون واحد وإن تنوع شكله.

لكن الدكتور عمر الجبدي ذكر أن بين لفظ الفتوى والنازلة فرقا، فلفظ النازلة يختص بالحدوث والوقوع فهو أخص من الفتوى التي تشمل ما وقع وما لم يقع².

وعليه فبين الفتوى والنازلة عموم وخصوص من حيث الوقوع أما من حيث المكان فإن غلب على المشرق لفظ الفتوى فإن الغرب الإسلامي وإن استعمل فيه المصطلحان معا فقد كانت الغلبة للنوازل، ربما لبعد أهله عن الفقه الافتراضي، ومما يؤكد ذلك فإننا نجد الناقل للنازلة والمجيب عنها يذكر أحيانا تاريخ الوقوع واسم المسائل ومكان الحدوث وقد وردت جملة على هذه الشاكلة في ثنايا البحث³، كما يميز بين الفتوى والنازلة من حيث الموضوع فالفتوى تشمل كل أبواب الدين من عقائد وغيرها، أما النازلة فتتناول فعل المكلف ليس إلا، وبناء على هذا الاختصاص فإن النازلة الفقهية هي: ما ينزل بالناس من قضايا تحتاج لنظر فقهي لإيجاد وصفها الشرعي.

¹ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي 78/10 تخريج جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي ط دار الغرب الإسلامي.

² محاضرات في تاريخ المذهب المالكي بالغرب الإسلامي للدكتور عمر الجبدي ص 95.

³ نوازل ابن سهل أنموذج في الباب.

تحليل التعريف:

ما ينزل بالناس: هو باعتبار الغالب لا الاطراد، إذ غالباً ما يكون موضوع النازلة في خصوصيته غير منصوص عليه ولو نص على مماثل له، إذ القاعدة: لكل خاص خصوصيته.

قضايا: جمع قضية: وهي الحادث الذي يتوقف تعامل المكلف معه على معرفة حكمه الشرعي قبل الإقدام عليه أو الخروج منه.

نظر فقهي: احترازاً من النظر غير الفقهي فنظر النوازل من اختصاص الفقيه دون غيره، وصفها: احترازاً من الحكم مراعاة لمن لا يعد الإباحة الأصلية حكماً شرعياً.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن النوازل الفقهية تكتسي أهمية عظمى في البحث العلمي فهي برهان على خلود شريعة الإسلام وريادتها وصلاحيتها لقيادة الإنسانية في كل زمان ومكان، واللسان المعرب عما امتاز به الفقه الإسلامي عموماً والمالكي على وجه الخصوص من عطاء متواصل.

كما أنها تقدم ترجمة حقيقية للوقائع التاريخية وتتيح الاطلاع على ظروف الناس بما يعكس صورة واقعية عن الحياة بمختلف تجلياتها مما يؤكد فائدتها لكل ذي تخصص علمي. وإذا اتضح مفهوم النازلة وأهميتها، فماذا عن خصائصها؟

يمكن التحدث عن خصائص النوازل الفقهية من جانبين عام وخاص.

فالأول هو ما يميز النازلة الفقهية بشكل عام.

فإذا كان الفقه هو الإطار النظري الذي يحكم أفعال المكلفين وينظم تصرفاتهم فالنوازل هي ذلك الميدان الخصب الذي يجمع بين أحكام الفقه ومستجدات حياة الناس في تفاعل متكامل يجد لكل معضلة حكماً شرعياً، فإن من أهم خصائصها الآتي:

أولاً: مواكبة الحياة والاستجابة لحاجيات الأمة في مختلف الظروف والأحوال بما يوجد الحل الشرعي لكل معضلة نازلة بإلحاقها بما ثبت حكمه نصاً أو استنباطاً.

ثانيا: تعد وعاء فقهيها جامعا لقضايا المجتمع المتعلقة بفعل المكلف، ومرآة تعكس درجة النضج الفقهي عند المجتهدين في ربط الواقع بأصول الشرع.

ثالثا: أنها بحق تراث فقهي زاخر بالعطاء يحمل في طياته مختلف الفوائد العلمية المتعلقة بأصول الأحكام وطرق تنزيلها على واقع الناس.

رابعا: أنها تؤكد خدمة الفقه لمصالح المكلفين بما يرفع الحرج عنهم كما أنها تعطي الصورة الحقيقية عن الحالة الاجتماعية والثقافية والفكرية وأحيانا السياسية للمجتمع.

خامسا: هي متغيرة حسب الزمان والمكان والأشخاص أحيانا لكن مع وحدة المصدر والأصل المنطلق منه، مما يؤكد أن الفقه هو المصباح الأوضح للحياة في كل زمان مكان مهما كان رقي وتطور الإنسان.

سادسا: الاطلاع عليها يمنح للقاضي والمجتهد المنهج الأمثل لبناء الفروع على أصولها، فهي ثروة لا غنى عنها لبناء تصور اجتهادي متكامل في القضايا المستجدة لكل مجتمع.

وأما الثاني فهو ما يميز النوازل الفقهية بالغرب الإسلامي خصوصا خلال المائة الخامسة فإذا كان من المسلم أن الكائن ابن بيئته التي نشأ فيها، فنوازل الغرب الإسلامي من هذا القبيل، فهي وإن شاركت غيرها من النوازل في بعض خصائصها، وانبثقت عن الفقه المالكي واتسمت بسماته وجسدت أصوله واقعا عمليا إبداعا لا تقليدا حتى قيل فقه النوازل وليد شرعي متميز لمنطقة الغرب الإسلامي كما وكيفما وإن كان مالكيها روحا ومنهجها فإنها تميزت بخصائص منها:

أولا: الواقعية فأغلبها أجوبة لمسائل وقعت فأحيانا يذكر تاريخ وقوعها، ولهذا أهميته فقد تحيط بالنازلة ظروف لا يمكن عزل الحكم عنها، كما أن المسائل الافتراضية قد تخرج صاحبها عما هو في حاجة إليه. والأصل أن الخوض لا يصح إلا فيما تحته عمل.

ثانيا: التنزيل المحكم لمصادر الفقه على أرض الواقع مع إعمال العرف والعمل في مواكبة الحياة بمختلف تجلياتها، وإشراك أهل الخبرة والاختصاص في استصدار الحكم الشرعي كأرباب المهن والصناعات.

ثالثاً: غزارة الإنتاج في الأجوبة النوازلية لفقهاء هذه الحقبة استنباطاً وتنزيلاً، إلى حدود الترف العقلي.

مما يمكن معه القول إن القرن الخامس شكل عصراً ذهبياً لفقهاء النوازل بامتياز مما جعل مؤلفات القرن مرجعاً خصباً لجل المؤلفات اللاحقة في هذا الشأن.

رابعاً: اعتماد البعد المقاصدي وتوظيفه في الاستنباط والتخريج تحقيقاً لمصلحة المكلف فيما لا يناقض نصاً شرعياً ولا أصلاً مرعياً.

خامساً: البعد الاجتهادي التجديدي ونقد الأقوال والاختيار منها والانفراد برأي خاص أحياناً لكن من غير خروج عن أصول المذهب في استنباط الأحكام.

سادساً: أغلب الفقهاء النوازلين قضاة أو من أهل الشورى مما جعل مناهج التأليف متعددة من فقيه لآخر مما يجعل الواقف على هذا التراث لا يجد بداً من وصف أهل المائة الخامسة. بالجودة في الإبداع وبعد النظر في التأسيس والقدرة العالية على التطوير والتجديد.

سابعاً: حضور الفقهاء بقوة في مؤسسة القضاء والتزامها باختياراتهم، كما يلاحظ الواقف على تراث هذه الحقبة في مجال النوازل الأمانة في النقل مع التمتع بعفة اللسان وحسن التخلص مع امتزاج الفقه بخصوصية الواقع وخصوصية الحياة.

هذه نبذة عن خصائص النوازل الفقهية عموماً ولدى فقهاء الغرب الإسلامي على وجه الخصوص ، فماذا عن طبيعة تعامل الفقهاء في هذا المضمار؟

ذلك ما يمكن التعرف عليه من خلال المطلوب الآتي:

المطلب الثاني: طبيعة تعامل فقهاء المالكية مع النوازل الفقهية

طبيعة تعامل المالكية مع النوازل الفقهية ينظر إليها من جوانب متعددة أهمها الجانبان الآتيان: جانب القول الذي بنيت عليه النازلة، وجانب الكيفية التي صاغ بها الفقيه جوابه عن النازلة فكيف ذلك؟

أولاً: جانب القول الذي بنيت عليه النازلة

التأمل في روايات المذهب وأقواله يجد الخلاف سماتها البارزة لأن مذهباً متجدداً مبنياً على وفرة الأصول وتنوعها مراعيًا لمصالح الناس وفق مقاصدها وآخذاً بالأعراف غير المخالفة للنص عند اطرادها طبيعي أن يتعدد فيه الخلاف، إذ طلب الحق يدفع المجتهد لتغيير اجتهاده في المسألة الواحدة إما لعدوله عن دليل أخذ به إلى ما هو أقوى منه أو لظروف أحاطت بالنازلة أعطتها خصوصية خاصة.

ومما كان يردد شيخنا أحمد الغازي الحسيني –رحمه الله- إذا كان من أصل المذهب مراعاة الخلاف فمراعاة خلافه من باب أولى، وقد ألف الحافظ ابن عبد البر –رحمه الله- كتاباً في الباب سماه اختلاف أقوال مالك وأصحابه¹.

لكن جواب النازلة واحد فالمستفتى ينتظر حكم الله في نازلته ولا تعلق له غالباً بالدليل لأن ذلك من اختصاص المجتهد. فنص المجتهد في حقه كنص الشارع في حق المجتهد².

فما الذي يكون الفقيه النوازلي مجتهد المذهب ملزماً ببناء فتواه عليه عند الاختلاف وإلا كانت عرضة للنقض³؟

ذكر النابغة محمد ابن عبد الرحمن السلاوي أن ما تكون به الفتوى في المذهب محصور في أربعة أمور فقال:

بيان ما اعتمد من أقوال⁴ وكتب في سائر الأحوال
فما به الفتوى تجوز المتفق عليه فالراجح سوقه نفق

¹ هو للأسف مما ضاع أو حجب من الثقافة الإسلامية ولا يوجد اليوم منه مطبوعاً إلا كتاب الرضوء وبعض من كتاب الصلاة بتحقيق الأستاذ محمد حميد لحمير وميكولوش موراني –مستشرق ألماني- في مائة وثلاثين عشر ورقة (112) أوله باب في الماء وآخره من تكلم ساهياً هل يبني؟ ط دار الغرب الإسلامي ط2، 2008.

² وقد قال في حق المجتهد: إنه لا اجتهاد مع ورود النص.

³ كثيراً ما كان القضاة يردون الفتوى المخالفة لهذا الترتيب ثم المؤلفين الناقلين للفتوى عندما تتعارض ويبينون التي عليها العمل لقوة ما بنيت عليه، انظر على سبيل المثال قول أبي المطرف: والقول بفسخه نص الرواية وعليه أدركه الناس والعمل. كتاب الأحكام لابن المطرف الشعبي ص 393.

⁴ يقصد بالروايات أقوال مالك المرورية عنه من طرف أصحابه وهم من لازمه من الطبقة الأولى وأخذ عنه مباشرة كابن القاسم. أما الأقوال فهي ما نقل عن أصحابه ومن بعدهم وما هو جارٍ على قواعده المعتمدة، قال الشيخ محمد حسن الخديم:

وبالروايات عن أقوال النجم في الغالب والذ قال

أصحابه ومن على المنوال بعد جرى دعوته بالأقوال.

إسهام الطالب الخادم شرح منظومة العلامة محمد الحسن الخديم في معرفة مصطلحات المذهب المالكي ص 64: لعبد الكريم قبول ط دار الرشاد الحديث ط1، 2011/1432.

فبعده المشهور فالمساوي إن عدم الترجيح في التساوي.¹

وقد رتب المتأخرون ما نقل عن المتقدمين على خمسة مراتب هي كالآتي:

الرتبة الأولى: المتفق عليه: وهو اسم مفعول من اتفق زيد تاء الافتعال وهمزة الوصل من وفق ومعناه الاجتماع على أمر واحد. أما في اصطلاح المالكية فهو ما اتفق عليه علماء المذهب وأحياناً يعبر عنه بالمذهب. وإن اعتبر البعض أن الرتبة الأولى للمشهور.

لكن استثنى البعض من الاتفاق في المذهب والاجماع إجماعات ابن عبد البر واتفاقات ابن رشد الحفيد، إلا أن أستاذنا أحمد الغازي الحسيني رحمه الله كان يذكر أن اتفاق ابن رشد لا يحكي به المذهب وإنما ذلك اصطلاح يخصه، يحكي اتفاق من ذكر خلافهم من قبل وهو كذلك فلهذا ذر الرجل².

وعليه فمتى كان في النازلة المسؤول عنها قول متفق عليه فهو مقدم على غيره.

الرتبة الثانية: الراجح: وهو لغة اسم فاعل من رجح ومن معانيه القوة والثقل فرجح إذا قوى³، أما اصطلاحاً ففيل هو ما قوى دليله، وقيل ما كثر قائله، وقال أبو الششاء -رحمه الله-:

إن يكن الدليل قد تقوى فراجح عندهم يسمى.

قال: فالراجح نشأت قوته من الدليل نفسه من غير نظر للقائل به⁴.

الرتبة الثالثة: المشهور: وهو اسم مفعول من شهر إذا وضح. واصطلاحاً: اختلف فيه فقيل هو ما كثر قائله وهو ما اختاره أبو الششاء فيميز بين الراجح والمشهور، فالأول

¹ الأبيات مأخوذة من منظومة النابغة بتحقيق ودراسة يحيى ابن البراء ط2 مؤسسة الريان 2004 ص70.

² انظر قول ابن رشد -رحمه الله- في البيوع المحرمة. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. 260/2 بتحقيق ابن الزهراء حازم القاضي ط دار الفكر ط1، 2003 على سبيل المثال.

³ لسان العرب مادة رجح، 270/3.

⁴ مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق لابي الششاء الغازي الحسيني 296/2 ط المكتبة الأزهرية للتراث ط1، 2008.

قوته من دليله والثاني قوته من قائله، فإذا اجتمع الرجحان والشهرة قوي وإلا اكتفى بأحدهما، وإن تعارضا قدم الراجح وقد نظم أبو الشتاء هذه المعاني في ذاتها وتعارضها مع ما جرى به العمل، فقال:

والقول إن كثر من يقول به يسمى بمشهور لديهم فانتبه
عملنا هو الذي به حكم قضاة الاقتداء رعايا للحكم
مشهورهم لراجح تعارضا يقدم الراجح وهو المرتضى¹.

وقيل المشهور ما قوى دليله فيكون مرادفا للراجح وهو اختيار التسولي وقيل هو قول ابن القاسم في المدونة، قال الشيخ الحسن الخديم:

أو ما رواه العتقي عن مالك في الأم فالمشهور هو ذلك².

وقد علل البعض هذا بكون ابن القاسم أكثر أصحاب مالك ملازمة له فكان عارفا بالمتقدم والمتأخر من أقواله، وقد يجتمع في القول الواحد الرجحان والشهرة فيكون كثير قائله قوي دليله.

الرتبة الرابعة: القول المساوي: وهو أن يوجد في المسألة الواحدة أقوال متعددة كلها متساوية، إما في الرجحان أو الشهرة لكنها متقابلة.

قال الهلالي: واختلف هل يحمل المفتي مستفتيه على معين من قولين متساويين فأكثر أو يحكى له ما في المسألة ويخبره بالقائلين فيختار هو لنفسه، قال ابن غازي بالأول جرى العمل³.

الرتبة الخامسة: ما جرى به العمل: يقصد بما جرى به العمل عند المالكية الأخذ بقول ضعيف أو شاذ مقابل الراجح أو المشهور لمصلحة شرعية اقتضت ذلك، قال أبو الشتاء وهو القول الذي قضى به أهل العدل، وهو في الغالب مبني على أصل المذهب فإن

¹ نفسه 296/2.

² منظومة الشيخ الحسن الخديم م س.

³ نور البصر شرح خطبة المختصر لابي العباس الهلالي ص 175 بمراجعة محمد محود ولد محمد الأمين ط دار يوسف ابن تاشفين.

كان لدرء مفسدة فهو على أصل سد الدرائع وإن كان لتحصيل مصلحة فهو على أصل الاستصلاح¹. وهكذا لكن لا يؤخذ بما جرى به العمل إلا وفق شروط:

أحدها: أن يجري به عمل القضاة المقتدى بهم في الترجيح.

الثاني: أن يثبت بشهادة العدول جريان العمل به.

الثالث: أن يكون جاريا على قوانين الشرع.

الرابع: معرفة السبب الذي لأجله عدل عن الراجح أو المشهور.

الخامس: معرفة محل جريانه وزمانه، وقد نظم هذه الشروط الشيخ محمد جنون²

بقوله:

والشرط في عملنا بالعمل صدوره من قدوة مؤهل

معرفة الزمان والمكان وجود موجب إلى الأوان.

وهو من إنتاج المغاربة ولا وجود له بالمشرق ومثاله شهادة اللفي، وهو دليل على نبوغ العقلية المالكية بصورة تعكس تفاعل الفقيه مع محيطه بمختلف جوانبه في إطار الاحتكام للشرع والالتزام بمقاصده.

ثانيا: جانب الكيفية التي صاغ بها الفقيه جوابه عن النازلة

المجتهد المجيب عن النازلة يراعي في تكييفها إيجاد الحل الشرعي المناسب لها في ذاتها من جهة، ورفع الحرج عن السائل في ظل تحقيق مقاصد الشرع من جهة ثانية.

لأن الفقه فقهان، فقه تأصيل وفقه تنزيل.

وبناء عليه فالمتأمل في النوازل المالكية يجدها مطبوعة بصفات معينة منها الآتي:

أولاً: ربط النازلة بظروفها وملابساتها وتنزيلها على محالها وربطها بحال السائل لا بحال المسائل، فقد يكون حكم المسألة الإباحة من حيث التأصيل لكن ظروفها تقتضي العكس ومثله استكثام شهود النكاح.

¹ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد ابن الحسن الحجوي 162/1 باعتناء أيمن صالح شعبان ط دار الكتب العلمية، ط2، 2007.
² هو أبو عبد الله، الحاج محمد ابن الحاج المدني ابن علي جنون المستاري أصلا الفاسي مولدا وقرار أحد الأشراف الأدارسة ولد في حدود الأربعين بعد المائتين وألف من الهجرة (1240) تولى قضاء مراكش مدة ثم استعفى وكرس حياته للتدريس توفي -رحمه الله- سنة 1302هـ.

ثانيا: الحرص على التأني في الجواب تورعا، ومن ذلك استفسار السائل عما سأل عنه وطلب المهلة من الزمان أحيانا تثقل على السائل.

ثالثا: تقرير الجواب بناء على حجم السؤال وحدوده كقولهم إذا صح ما قال السائل وإن كان الوصف على ما ذكر مما يعني أن لكل خاص خصوصيته ولو في ذات التعيين، وتحرير السؤال كما ورد عن السائل من غير تصرف فيه مع الأمانة العلمية في النقل على شاكلة قل نظيرها.

رابعا: الزيادة في الجواب على حيز السؤال إذا اقتضى الأمر ذلك ورأى المجتهد أن السائل في حاجة إلى ذلك وأحيانا تقرير حكم لم يرد في السؤال، وهو أمر أصله في السنة النبوية¹.

خامسا: تبسيط الجواب للسائل إذا كان من عامة الناس والاستدلال عليه إن كان من أهل الاختصاص كالقضاة². كما يمكن أن يخلو الجواب من الاستدلال وقد يفصل ذلك.

سادسا: مراعاة أصول المذهب وأدلته وقواعده وما جرت به الفتوى عند أئمته، من غير خروج عن جملتهم حتى تكون الفتوى على وزن واحد ومنهج واحد توحيدا لصناعة الفتوى بين الفقهاء حتى يجتمع شمل الناس من غير فرقة على أصل واحد.

لكن تميز المالكية بالاختيارات والترجيحات داخل أقوال المذهب وأصوله، حتى نقل عن أبي الحسن اللخمي أنه قال خالفت قول مالك بأصل مالك.

سابعا: تذييل الفتوى أحيانا بنقول أئمة المذهب كقولهم وهو قول المدونة أو ظاهرها.

ثامنا: الاسترشاد بالفتاوى المماثلة عن السابقين خاصة القريبة من زمان المفتي أو في موضوعه أو نظائره مع الحرص على الالتزام بالنص والبعد عن الرأي المبني على الجدل.

تاسعا: التعويل على عمل أهل المدينة باعتباره أصلا من أصول المذهب، وليس هو ما جرى به العمل، إضافة إلى مراعاة المصالح خاصة المرسله منها.

¹ مثاله ما أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطهارة تحت باب: الوضوء بماء البحر لما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الوضوء بماء البحر فقال صلى الله عليه وسلم: "هو طهور ماؤه الحل ميتته" وفي رواية ابن الحسن "الحلال ميتته" باب الوضوء بماء البحر رقم 43.
² يستدل في هذا الصدد بأجوبة ابن رشد الجد للقاضي عياض رحمهما الله.

هذا ونكتفي في هذه النقطة بما أشرنا ونصرف القصد لما أردنا من إيراد نماذج من نوازل السادة المالكية في موجب صحة العقد وموجب عدم استمراره فذاك المقصود والمراد وعلى الله سبحانه كمال الاعتماد.

القضايا الأسرية متعددة أبوابها ومتنوعة أحكامها ومتشعبة فروعها ومسائلها، وصعب حصرها، فكيف استيعابها بالدراسة ونوازلها بحر لا ساحل له.

لكن ما لا يدرك جلّه لا يترك كله، فاكتفيت من تلك المسائل بعقد النكاح على أساس أنه أهمها ومصدر إعتبار أحكامها لترتيب الآثار عليها واكتفيت فيه بموجب صحته وفسخه لكونهما احتويا أخصب مسائل الخلاف التي فجرت قرائح علمائنا -رحمهم الله- إبداعا في التأميل وتجسيدا لمقاصد الشرع في التنزيل.

والموجب للشيء هو ما يترتب على وجوده صحيحا اعتباره الشرعي مرتبا لآثاره ومن تخلفه فساد ماهيته وإن ترتب بعض آثارها عليها، إما باعتبار الواقع، أو مراعاة لقصد الشارع.

فجاءت الدراسة في بابين اثنين أحدهما في موجب الصحة العقد والآخر في موجب عدم استمراره فكيف ذلك؟

الباب الأول: موجب صحة عقد النكاح

العقد عرفا هو اتفاق إرادتين على إنشاء أثر شرعي، أو هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا¹، وقيل هو إلزام النفس أمرا يكون حقا للمتعاقد الآخر، وأما النكاح فهو في أصل اللغة يطلق على الجماع ومنه سمي العقد نكاحا على المجاز لا على الحقيقة لقربه من الجماع ولكونه سببا للوطء المباح، كما يطلق على الضم فيقال تناكحت الأشجار انضم بعضها لبعض².

وعليه فالنكاح في اللغة حقيقة في الوطء مجاز في العقد إلا أنه ورد في كتاب الله دالا في جل إطلاقاته على العقد، ولم يرد للوطء إلا في صيغ محدودة جدا منها: " وابتلو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح"³.
أما شرعا فهو كما حدده ابن عرفة -رحمة الله عليه- بقوله: "النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر⁴.

¹ معجم التعريفات للجرجاني، ص 129 م 1216 تحقيق محمد صديق المنشاوي، ط دار الفضيلة.
² تاج العروس وصاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري 414/1 مادة نكح تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط 4 يناير 1990.
³ الآية 6 من سورة النساء.
⁴ شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية لابي عبد الله الأنصاري المعروف بالرصاص ت 854 تحقيق محمد أبو الأجنان 235/1 ط دار الغرب الإسلامي ط1، 1993.

فإذا كان هذا المفهوم فماذا عن المكونات؟

وموجب صحة عقد النكاح في الفقه عموماً، وعند السادة المالكية على وجه الخصوص أصوله عميق صلبها وفروعه كثير نوعها ونوازله متسع مجالها، فحاولت أن آخذ من الأصل بعضه ومن الفرع أهمه قدر المتاح الممكن فاكتفيت بعنصرين اثنين لأهميتهما في هذا الشأن هما: الولاية لاعتبارها أصلاً شرعياً، وحكماً مرعياً، والصداق لكونه ركناً ذا أهمية تكثر أحكامه وتتنوع أحواله، لكن اكتفاء من القلادة بما أحاط بالعنق، جعلت الباب فصلين اثنين كآتي:

أحدهما في الولاية وأحكامها والثاني في الصداق ونماذج من أحكامه.

الفصل الأول: الولاية ونماذج من أحكامها

الولاية أصل شرعي وحق مرعي رتب شرعاً وفق أحقية مرتبة صونا للكرامات ورفعاً للنزاعات، وهو ركن أساسي في الزواج له جملة من الأحكام والتفريعات وتنبني عليه مجموعة من الاعتبارات لكنه يطرح جملة من الإشكاليات، غدت مرتعاً خصباً لاختلاف الاجتهادات وأحياناً تعارضها لتتنوع أدلتها فجاء الفصل في مبحثين اثنين هما الآتيان:

فأقول مستعينا بالله وما توفيقي إلا بالله.

المبحث الأول: حق الولاية

الحق لغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره¹، ومنه قوله تعالى: "ولا تلبسو الحق بالباطل..."²، واصطلاحاً: أوجز تعريف له أنه ما يختص به الشخص عن غيره مادة ومعنى وحد بأنه الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده³.

وأما الولاية في الأصل اللغوي فإنها لا تخرج في مجموع ما تدل عليه عن القرابة والنصرة واستحقاق النظر في شؤون الغير⁴.

¹ معجم التعريفات للجرجاني م 737 ص 79 م س.

² الآية 41 من سورة البقرة.

³ كشف الأسرار 134/3.

⁴ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي 672/2، ط المكتبة العلمية بدون تاريخ، مادة ولي كتاب الواو.

لكن في الاصطلاح الفقهي تطلق باعتبارات مختلفة، والذي يعنينا في باب النكاح منها، أن الولاية هي استحقاق النظر في تزويج المرأة بأبوة أو إيصاء أو تعصيب أو كفالة أو سلطة أو إسلام¹.

وانطلاقاً من حدها فهي قسمان خاصة وعامة وتسد وفق ضوابط محددة وتلحقها أحكام مختلفة فكان هذا المبحث مطلبان اثنان:

أحدهما استحقاق الولاية، والأخر أنواع المولى عليها على الشكل التالي:

المطلب الأول: استحقاق الولاية

الولاية حق شرعي والمستحقون له متعددون، وقد يكون التعدد سبباً للتنازع، فإذا تعدد الأولياء وتنازعا في الاستحقاق كيف يكون التقديم؟ وهل الأولياء في سلطة الولاية على وزان واحد؟

لرفع هذا الإشكال قسمت المطلب إلى فرعين اثنين الأول في الترتيب والثاني في التنازع وفق الآتي:

الفرع الأول: ترتيب الأولياء

إذا كانت الولاية قسمين اثنين عامة وخاصة، والثانية أجناس مختلفة ضمنهم العصبية، والعصبية مرتبون وفق مراتبهم في الإرث².

فهل إذا عقد النكاح الأدنى مرتبة في الشرع يمكن لمن هو أولى منه فسخ هذا النكاح؟ للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن أبي زيد القيرواني¹ -رحمه الله- عن لها أخوان شقيق ولأب فوكل

الأول من يعقد النكاح عليها هل للثاني من اعتراض؟

¹ شرح حدود ابن عرفة ص 218 م س.

² ترتيب العصبية هو كما قال شيخنا محمد ابن القاسم التاويل -رحمه الله- على سبعة مراتب:

وعندهم في جهة التعصيب	سبع مراتب على الترتيب
أولها بنوة ما سفلت	ثم أبوة تلي إذا دنست
جدوة أخوة سيان	تليها بنوة الإخوان
ثم العمومة وما تناسلا	من صلبها وإن كن قد نزلا
ثم الولاء العادم الوجود	وبيت المال آخر المعدود.

اللباب في شرح تحفة الطلاب للشيخ التاويل ص 48 ط أنفو برانت فاس ط 2004.

فأجاب: الوكيل أولى بعقد نكاحها من أخيها لأبيها².

ب- وسئل أبو المطرف³ الشعبي عن ولي أنكح محجورة دون إذن الوكيل فقال:

أجاب قديما ابن لبابة⁴ لا أحد من الأولياء له الحق في الولاية دون الوكيل، وإن أمضى أحدهم نكاحا الخيار في إمضائه وفسخه للوكيل بما يراه مصلحة للمحجورة، واعتراض الأخ ليس بشيء، لأن النظر للوكيل دون الأولياء⁵.

ج- وسئل ابن العتاب⁶ عن ولي أبعده زوج يتيمة مهملة من رجل فأشهد الأعداء بعدم كفاءة الزوج لليتيمة في الحال والمال وذلك قبل الدخول.

فأجاب: يعذر للزوج بما يثبت كفاءته فإن عجز فسخ النكاح وتستأمر اليتيمة فإن رضت مضى النكاح صحيحا⁷.

بنظر تأملي في النوازل المذكورة أعلاه عن فقهاءنا -رحمهم الله- نجد الترتيب الشرعي للولاية واجب الاتباع في التزويج يؤدي عدم احترامه إلى تصيير العقد والعدم سيات ما لم يرض صاحب الحق فيمضي العقد على هيئته.

فقد اعتبر أبو محمد ابن أبي زيد القيرواني: اعتراض الأخ للأب غير ذي جدوى لما تم العقد من طرف وكيل معين هو أحق بالولاية منه معللا بكون الوكيل ولو كان أجنبيا فإنه مقدم على الأولياء.

كما أكد أبو المطرف فتوى ابن لبابة قبله أن الأولياء لا نظر لهم مع الوكيل مبينا أن ما ادعاه الولي حقا له النظر فيه للوكيل بالفسخ والإمضاء.

¹ ابن أبي زيد القيرواني: هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد بن أبي عبد الرحمن النفزي القيرواني ولد 310 هـ/922م وتوفي رحمه الله سنة 386هـ، انظر مقدمة تحقيق كتاب النوازل له 62/1.

² فتاوي ابن أبي زيد القيرواني 210/1 بتحقيق د. حميد الحمر ط دار اللطائف ط الأولى 2012م.

³ أبو المطرف الشعبي هو عبد الرحمان بن قاسم الشعبي المالقي ولد سنة 402 أخذ العلم عن الجلة من شيوخ عصره منهم من لازمه ومنهم من إكتفى بإيجازته، ونفرد بالفتوى نحواً من سنتين سنة إضافة إلى القضاء توفي رحمه الله سنة 497 نقلا عن مقدمة تحقيق كتابه الأحكام ص 54.

⁴ ابن لبابة: هو أبو عبد الله محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة القرطبي شيخ المالكية مولى آل عبيد بن عثمان توفي رحمه الله في شعبان سنة 314 هـ، وله تسعون سنة، سير أعلام النبلاء، 495/14 ط الرسالة 2001.

⁵ كتاب الأحكام للقاضي ابن المطرف عبد الرحمن ابن القاسم الشعبي المالقي تحقيق صادق الحلوى، ط دار العرب الإسلامي ط الأولى 1992 ص 366 بتصرف.

⁶ ابن عتاب: هو أبو عبد الله محمد ابن عتاب بن محسن من أهل قرطبة عالم بالوثائق وعلها لا يجارى فيها توفي سنة 462 هـ 1006م انظر الدياج 241/1.

⁷ ديوان الأحكام الكبرى لابي الأصبغ عيسى بن سهل ص 286 بتحقيق يحيى مراد ط دار الحديث القاهرة ط 2007.

في حين اعتبر ابن عتاب احتجاج الأعد من الأولياء بعدم الكفاءة في الزوج له ما يسوغه بحيث لو لم يثبت كفاءته فسخ النكاح لأن اليتيمة تستأمر في نفسها ولا تنكح إلا باختيارها بعد بلوغها، وهو كذلك.

لكن لو لم يكن الأعد من الأولياء محتجا بعدم الكفاءة ألا تكون دعواه بأنه الأحق بالولاية من غيره أمرا كافيا ليتوقف مصير النكاح فسخا وإمضاء على إرادته؟

ترى إلى أي حد جسد هذا الأنموذج ما هو مقرر في مصادر المذهب في هذه

المسألة؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية.

ثانيا: التأصيل

جاء في المدونة قول ابن القاسم في تعدد الأولياء أن الأعد أولى بعقد النكاح في

مذهب مالك¹.

¹ المدونة الكبرى برواية سحنون عن ابن القاسم 281/2 تحقيق وتخريج عامر الجزار وعبد الله المشناوي ط دار الحديث القاهرة ط 1426هـ/ 2005م.

ومن الواضحة، الأقرب من الولاية أحق، وإن غاب فلا بأس أن يلي ذو السن والصلاح وإن لم يكن أقدهم ومن لا عصبية ولا ولي لها فوليتها ذو الرأي من أهلها أو السلطان، وإن زوج الأبعد فلاقعد الفسخ والإمضاء ما لم يكن حاضرا عالما، وما عقده غير الولي فهو منسوخ أبدا خلافا لابن القاسم¹.

وعن ابن الماجشون المرأة المالكة أمر نفسها إذا زوجت نفسها على إجازة الولي أو جعلت أمرها إلى رجل فزوجها وأجاز الولي ذلك لم يجز أما إذا عقد الولي الأدنى دون الأعلى وأجازته المرأة ذلك جاز².

ومن الجامع قال سحنون: أكثر الرواة لا يزوج ولي وثم من هو أولى منه حاضر فإن فعل نظر السلطان في ذلك³، وذكر اللخمي الخلاف في الأخوين أحدهما شقيق والآخر لأب أن قول المدونة هما سواء لكن قول مالك وابن القاسم في الواضحة الشقيق ،

أولى وكذلك الأمر فيمن يلي من العصبية، ثم رجح ما في الواضحة معللا له، بكون الشقيق يدلي بزيادة رحم يستحق بها الميراث والصلاة والولاء دون من يشاركه بالأبوة بانفرادها¹.

¹ النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لابن أبي زيد القيرواني 406/4 بتصرف تحقيق محمد حجي ط دار الغرب الإسلامي ط 1999.

² فقه ابن الماجشون في الفقه المالكي جمع و دراسة عيد اللطيف بوعدلاوي ص 402 ط دار الكتب العلمية ط 1، 1434 هـ/2013م.

³ الجامع لمسائل المدونة و المختلطة لابن يونس الصقلي 181/4 باعتناء أبي الفضل الدمياطي ط دار الكتب العلمية ط 1، 1433 هـ/2012م.

قال القاضي عبد الوهاب: الأخ للأب والأم أولى بالنكاح من الأخ لأب خلافاً لأحد قولي الشافعي² والولاية عند عدم العصبية مقصورة على السلطان³.

ونقل ابن الحاجب: أن النكاح بلا ولي مفسوخ في الجميع ولو أجازته الولي بعد الطول والولادة بطلاق عن ابن القاسم وبلا طلاق عن ابن نافع⁴.
وعليه فإذا عقد النكاح ولي أبعد مع وجود من هو أقعد منه ففيه من مجموع المذهب أقوال ثلاثة:

أحدها: ليس للأبعد ولاية مع وجود من هو أقعد منه وهو نص قول ابن القاسم في المدونة.

الثاني: يجوز ابتداء وهو ظاهر قوله في المدونة أيضاً.

الثالث: مفاده كل نكاح عقده من له الأذن فيه، وكان له عقد نكاح نفسه فهو ماض ما لم يعترض من هو أولى منه، هذا في الولاية الخاصة.

لكن إذا عقد النكاح بولي أعم مع وجود الأخص هل يثبت؟

بالتأمل في أقوال أئمة المذهب يتضح أن في المسألة ستة أقوال كالاتي:

الأول: كل ما عقده ولي يثبت بعد الدخول على أية حال ولو وجد من هو أولى منه، وعلل بكون الداخل اطلع على عورة المنكوحه، والنكاح لم يخرج من ولي إلا لولي.

أما ما عقده غير الولي فمفسوخ أبداً، ويجد أصله في نص حديث عمر رضي الله عنه " لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان"⁵.

الثاني: أن ما عقده الولي غير المباشر فللمباشر إمضاؤه وفسخه وهو اختيار ابن حبيب بناء على كون الولاية حق للولي وليس لله.

1 التبصرة لأبي الحسن اللخمي - 4 / 1782 بتحقيق أحمد بن عبد الحكيم نجيب ط مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث ط 2، 1433م/2012م.

2 لإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 2 / 694 بتخريج الحبيب بن طاهر ط دار ابن حزم ط1، 1420هـ/1998م.

3 المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي 2/532 تحقيق حميش عبد الحق ط مكتبة نزار مصطفى الباز ط 2، 1429هـ / 2008م.

4 الجامع بين الأمهات لابن الحاجب 2/378 بتحقيق عبد الكريم نجيب ط مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث بدون تاريخ.

5 أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما رقم 1115.

الثالث: أنه مفسوخ على كل حال.

الرابع: التفصيل بين الدخول وعدمه فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده كالبيع الفاسد.

الخامس: للولي الفسخ والإمضاء ما لم يطل الزمان.

السادس: التمييز بين الشريفة والدنية في الولاية¹.

وللإشارة فإن هذا الخلاف راجع عند مالك فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته، أما هذان فلا خلاف عنده أن النكاح مفسوخ إذا عقده غيرهما.

وهكذا من مجموع ما تقدم ذكره من نقول مستتلة من مصادر المذهب يترجح باطمئنان نفس أن الولاية على مذهب مالك وأصحابه ركن في صحة النكاح من غير خلاف.

إلا أن اعتبار الترتيب في الأولياء وفق الأحقية في ترتيبهم في الإرث نجد فيه خلافا هل هو شرط في الصحة يستلزم عدم مراعاته فسخ النكاح أم لا؟ لكن بالتأمل يترجح الاعتبار على عدمه.

فإلى أي مدى كانت هذه النصوص مؤيدة بنص الوحي ومجسدة لبعده المقاصدي؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية

ثالثا : دراسة

الولاية ضربان: عامة وخاصة، فالأولى ولاية الدين وهي المشار إليها بقوله تعالى: "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض"².
والثانية ولاية النسب أو ما تنزل منزلته، إلا أن الولاية الخاصة لا تسقط العامة وإن كان لها عليها مزية تقديم.

¹ ينظر بخصوص هذه المسألة مناهج التحصيل 248/3 وما بعدها والبيان والتحصيل 292/3 وما بعدها م س بتصرف.
² جزء من الآية 71 من سورة التوبة.

لكن الولاية شرط في صحة النكاح عند المالكية وبه أخذ الشافعي على خلاف في بعض المسائل خلافا للحنفية القائلين بعدم ركنيتها وأصل ركنية الولاية الذي اعتبره المالكية وجمهور العلماء كتاب الله و سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - .

فمن الكتاب قوله تعالى : " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"¹.

قال ابن العربي رحمه الله: هذا دليل قاطع على أن المرأة لاحق لها في مباشرة النكاح ، وإنما هو حق للولي ولولا ذلك لما نهاه عن منعها²، والآية نزلت في معقل بن يسار -رضي الله عنه - حين منع أختا له من العودة إلى مطلقها كما ثبت في الصحيح³.

ومن السنة قوله - (صلى الله عليه وسلم) - " لا نكاح إلا بولي"⁴ ، وقوله (صلى الله عليه و سلم):" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل... ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"⁵.

بعد هذه النصوص لا يخامر عاقلا شك في رجحان مذهب المالكية في اعتبار الولاية ركنا لا يمكن بحال خلو العقد منه.

أما الخلاف الحاصل في خروج الولاية من الأحق بها إلى من هو دونه عله راجع إلى الاختلاف في أصل الولاية هل هي حق لله أو للولي؟ وأيها يكن فهي معتبرة في الجملة مما يمكن معه القول إن النوازل التي تمت الإشارة إليها جسدت البعد المقاصدي في تنزيل النصوص واستنباط الأحكام للوقائع الحياتية في المجتمع.

هذا عن ترتيب الأولياء وفق الأحقية في ولاية الأبضاع فماذا إذا وجدوا متعددين أو غاب بعضهم وحدث تنازع؟

ذلك ما أحاول مقاربتة من خلال الفرع الموالي بحول الله.

¹ سورة البقرة الآية 232.

² أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي المعافري 272/1 بمراجعة عبد القادر عطا ط دار الكتب العلمية ط 5 - 2012 م.

³ قصة معقل بن يسار - رضي الله عنه- أخرجها البخاري في الجامع الصحيح من كتاب النكاح تحت باب من قال لا نكاح إلا بولي. تحت رقم 5130.

⁴ أخرجه الترمذي في كتاب النكاح تحت باب ما جاء لا نكاح إلا بولي رقم 1101.

⁵ أخرجه الترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي من حديث عائشة رضي الله عنها رقم 1102.

الفرع الثاني: تنازع الأولياء عند التعدد

قد يتعد د أولياء المرأة فيحدث التخالف في أحقية الولاية، أو يتولى العقد أدنى رتبة حاضر ثم يقدم ولي أعلى قد غاب عن مجلس العقد فيريد فسخه ، فهل كل ما عقد ه غير الولي المباشر يعتبر مفسوخا؟

لبسط التصور الشرعي عن هذا الإشكال أسلك النهج الآتي:

أولا : عرض النوازل المختارة

-أ- سئل القابسي- رحمه الله-¹، عن غاب عنها أبوها عاما ونصفه، فزوجها أخوها ومضت مدة أكثر من العام وهي في الأربعين ثم قام الأب يريد فسخ النكاح، فهل يفسخ؟
فأجاب بما نص معناه: إذا كان الأب في غيبته لا يعرف له مكان وأصيب وجه النكاح والمرأة في يسر وصلاح ، فلا وجه لفسخ النكاح والحال هذه².
-ب- وسئل ابن المكوي³ عن كانت له ربيبة رباها ووالدها حي فخطبت من الأولى بتزويجها؟

فأجاب: من أنكحها منهما فالنكاح جائز⁴.

-ج- وسئل ابن رشد⁵ عن قدمت أخاها على عقد نكاح ابنة لها وللابنة عصابة لم يشاوروا فأرادوا فسخ النكاح مدعين عدم كفاءة الزوج.

فأجاب: النكاح صحيح لا سبيل إلى فسخه إلا إذا أثبت الأولياء دعواهم ببينة عادلة⁶.

1 القابسي : هو أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري القروي فقيه أصولي واسع الرواية توفي سنة 403هـ / 1012 م، تذكره الحفاظ لشمس الدين الذهبي 73/3 ط دار الكتب العلمية ط 1 1419هـ/1998.

2 المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء افريقية والأندلس والمغرب لأحمد ابن يحيى الونشريسي 154/3 بتصرف تجريح جماعة ممن الفقهاء بإشراف محمد حجي ط دار الغرب الإسلامي ط 1 1401هـ 1981.

3 ابن المكوي: هو أبو مروان أحمد بن عبد الملك بن هشام الإشبيلي عالم الأندلس وشيخ المالكية تفقه على اسحاق بن إبراهيم وفاق الأقران وانتهدت إليه رئاسة المذهب بالأندلس كان مقما مشاورا عند الحكم المستنصر بالله مات فجأة في جمادى الأول سنة 401هـ عن سبع وسبعين سنة سير أعلام النبلاء للذهبي الطبقة الثانية والعشرون 207/17 ط مؤسسة الرسالة ط 1422هـ 2001م.

4 المعيار 128/3 م س.

5 ابن رشد الجد : هو أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي المالكي أحفظ أهل زمانه لفته مالك توفي في ذي القعدة سنة 520 هـ ، سير أعلام النبلاء ، 502/18 م س .

6 فتاوى ابن رشد الجد 284/1 بتصرف تحقيق د.المختار بن الطاهر ط دار الغرب الإسلامي ط 3 -2011.

-د- وسئل المازري¹ عن زوجها أخوها لأمها وكتب الصداق ودخل الزوج هل يفسخ هذا النكاح؟

فأجاب: إذا كانت دانية في النسب والقدر والمال والمنصب لم يفسخ نكاحها إذا لم يكن لها ولي غيره، وإن كان هو الكافل لها فذلك أكد في الإمضاء على المشهور².

بنظر تأملي في أجوبة فقهاءنا -رحمهم الله- يتضح لنا أن اعتراض صاحب الأحقية في الولاية إذا عقد النكاح من هو دونه رتبة له وجه من الاعتبار إذا كان له مسوغ شرعي.

فقد جعل القابسي إنكاح المرأة الغائب أبوها من قبل أخيها ماض على الأب إذا أصيب وجه النكاح ولا مقال للأب بعد ذلك.

والأبلغ منه نجد ابن المكوي اعتبر الأب وزوج الأم الكافل بمنزلة واحدة في الولاية. كما اعتبر ابن رشد النكاح المعقود من قبل الخال لا سبيل لفسخه إلا بموجب غير الاستحقاق في حين يفهم من كلام المازري أنه يميز بين الشريفة والوضيعة في النسب في باب الولاية، إذ اعتبر الثانية إذا لم يكن لها ولي أحق من الذي عقد نكاحها أن النكاح ماض لا يفسخ ولو لم يكن العاقد من عصبتها، لاسيما إذا كان ذا رحم كافل.

ترى إلى أي حد جسدت هذه الأجوبة المنصوص في مصادر المذهب؟

ذاك ما أحاول مقارنته من خلال النقطة الموالية.

¹ المازري: هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المشهور بالمازري نسبة إلى مازر بصقلية المعروف بالإمام توفي بالمهدية سنة 536 هـ / 1141م، وقد ناهز الثمانين نقلا عن مقدمة تحقيق الفتاوى 26/1 م س .

² المعيار 3/ 315 م س.

ثانيا : التأصيل

ورد في المدونة أن مالكا سئل عن امرأة فوضت لغير وليها زوجها فرضى الولي بذلك هل يثبت النكاح؟

توقف فيه مالك وأجازاه ابن القاسم إذا كان المفوض له قريبا واعتبر الدخول وعدمه سيان، وسأل ابن القاسم مالكا عن الثيب يزوجهها أخوها ويعترض أبوها فقال مالأبيها ومالها إذا كانت ثيبا، ورأى أن النكاح جائز، كما نسب إليه أن الأولياء إذا تنازعا وهم في العقد¹ سواء نظرا لسلطان في ذلك، وإن كان بعضهم أقعد من بعض فالأقعد أولى بالولاية عند مالك².

وجاء في الواضحة: الإخوة في درجة، أو بنو العم في درجة يختلفون فذلك إلى أفضلهم فإن تساوا فأسنهم فإن تساوا فكلهم يلونه عند المشاحة، وإن سبق أحدهم إلى عقده جاز وإن كان دونهم في الفضل والسن، أما إذا عقد الأبعد فلأقعد من الأولياء فسخ النكاح ما لم يكن حاضرا عالما فيحمل على الرضا منه³.

¹ القعدد: الجد الاعلى و فلان أقعد من فلان أقرب منه إلى جده الأكبر لسان العرب مادة قعد.

² المدونة الكبرى 293/2 م س بتصريف.

³ النوادر والزيادات 406/4 م س.

قال محمد بن سحنون ... ولكل ولي رد ما عقده غير الولي أو إجازته على الاجتهاد إلا الأب في البكر يزوجها ولي غيره فلا تجيز إجارة الأب ذلك، وقال: ابن المواز قال مالك: ليس الخال بالولي وإنما الولاية من العصبية¹.

ونقل الشعبي عن ابن العطار: اختلاف الناس في إنكاح البكر ذات الوصي فمذهب مالك أن الوصي أحق من الولي، فإن أنكحها الولي بغير إذن الوصي فسخ النكاح مالم يطل خلافا لابن الماجشون القائل: الولي أحق من الوصي، لكن العمل جار بالأندلس أن السلطان لا يزوح من لها ولي ولا من غاب عنها أبوها حتى يوقفه مالم تكن غيبة منقطعة وهو لا مال له، ولا تكون الولاية العامة في بلد له سلطان².

وقال ابن الجلاب: إذا زوج المرأة غير وليها بإذنها وهي شريفة ذات قدر وبال فالولي بالخيار في فسخ نكاحها أو إقراره وإن كانت دنية فنكاحها جائز ولا خيار لوليها فيها وقيل لا يزوجها إلا وليها أو السلطان شريفة كانت أو دنية³.

وفي المعونة: إذا تعدد الأولياء وتشاحوا فالأول مقدم على غيره، وإذا لم يتشاحوا فمن عقد منهم جاز، في غير البكر مع الأب والوصي خلافا للشافعي القائل لا ولاية لعاصب أبعد مع وجود الأقرب والوصي كذلك خلافا لأبي حنيفة⁴.

وفي الكافي: ذكر ابن عبد البر: في النكاح يعقده الأبعد من الأولياء والأقعد حاضر، فإن لم ينكر الأقعد من ذلك شيئاً ولا رده، نفذ وإن أنكره وهي ثيب أو بكر بالغ يتيمة ولا وصي لها، فقد اختلف قول مالك وأصحابه وجماعة من أهل المدينة، فاعتبره البعض نكاحاً نافداً لأنه عقد بإذن ولي، والترتيب في العصبية مستحب غير واجب وهو تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه، وإياه اختار إسماعيل بن إسحاق، وقال آخرون النظر

¹ نفسه 407/4.

² كتاب الأحكام للقاضي أبي المطرف عبد الرحمان بن القاسم الشعبي المالقي ص 366-368 بتصريف، تحقيق صادق الحلوي ط دار الغرب الإسلامي ط 1- 1998 م.

³ التفريع لابن الجلاب البصري 32/2 بتصريف تحقيق د. حسين بن سالم الدهماني ط دار الغرب الإسلامي ط 1- 1987 م - سحب 2008.

⁴ المعونة للقاضي عبد الوهاب 532/2 م س بتصريف.

للسلطان بسؤال الأعداء عن سبب اعتراضه فإن رأى له وجها رده، وقيل الخيار للأعداء في الإمضاء والفسخ لأنه حقه، وقيل الخيار مقيد بعدم طول الزمان¹.

وجاء في النوادر: من وهب ابنته لمن يكفلها هل له تزويجها؟

قال مالك: وليس لهذا الذي وهبت له إنكاحها بغير رضا أبيها حتى يجعل ذلك له، ولا له ذلك بعد موته إلا بإذنها²، وقال ابن مغيث: وليس للكافل أن يزوج ذات الأب إذا كان أبوها حاضرا³.

وللإشارة في هذا المقام أن الولي الأعداء إذا لم يكن متمتعا بأهلية الولاية فوجوده وعدمه سيان.

من خلال ما تقدم بسطه من نقول يتضح لنا أن تنازع الأولياء في أحقية الولاية حق مشروع له مسوغه الشرعي فقد جعله البعض موجبا للفسخ ما لم يمضيه الولي الأحق، بينما جعله بعضهم موجبا للفسخ مطلقا، وميز فريق ثالث بين الشريفة والوضيعة بينما جعل البعض، لاعتراض مقيدا بموجب وليس مجرد دعوى الأحقية بالولاية.

فهل لهذا الاختلاف موجب في مصادر الشرع؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الآتي:

ثالثا : دراسة

القضاء بالولاية للأعداء عند تنازع الأولياء مبني على اعتبارها حقا للولي، وبما أن حق الولاية كحق التعصيب وفي التعصيب يقدم الأقرب على من هو دونه فلزم أن تكون الولاية كذلك.

وأصل تحكيم السلطان في التنازع بين الأولياء حديث سهل ابن سعد الذي بوب له البخاري بقوله: السلطان ولي وجاء فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "زوجناكها بما معك من القرآن"⁴.

¹ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص 233 ط دار الكتب العلمية من غير تاريخ.

² النوادر والزيادات. 397/4 م س.

³ المقنع في علم الشروط لأحمد بن مغيث الطليلي ص 45 طبعة دار الكتب العلمية ط 1 - 2000.

⁴ صحيح البخاري كتاب النكاح باب السلطان ولي رقم 5135.

وكذلك ما في أبي داوود عن عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها عن النبي - صلى الله عليه و سلم- : "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل"¹.

وأيما كلمة استعاب واستفاء تتضمن إثبات الولاية على النساء كلهن، وهو ما قعده المقرئ -رحمه الله- بقوله: شرعت الولاية لحفظ النسب فلا يدخل فيها إلا من تعلق منه بسبب².

وانطلاقاً مما تقدم من أقوال الأئمة في تأصيل النوازل المختارة يعترض الباحث إشكالان اثنان أحدهما ما وجه تقديم الوصي على الولي في النكاح؟ والثاني على أي شيء بنى مالك التمييز بين الشريفة والذنية في الولاية؟

أما عن تقديم الوصي على الولي في النكاح فلانه منزل منزلة الأب بالنظر للعصبة فقد ذكر القاضي عبد الوهاب في المعونة تأصيله بحديث قدامة ابن مضعون لما زوج ابنة أخيه وقال أنا عمها ووصى أبيها فلم ينكر عليه النبي - صلى الله عليه و سلم-، ذلك لكن هذا الحديث لا حجة فيه إلا بدليل الخطاب³ ونص الحديث كما في سنن الترمذي عن ابن عمر لما زوج قدامة ابنة أخيه عثمان، واختارت مع أمها المغيرة ابن شعبة ورفع الأمر للنبي- صلى الله عليه و سلم - قال قدامة أنا عمها ووصى أبيها، قال له النبي- صلى الله عليه و سلم - : "هي يتيمة لا تتكح إلا بإذنها"⁴، الدليل فيه أن النبي -صلى الله عليه و سلم - لم ينكر عليه أحقيته بالولاية باعتباره وصى الأب، وإنما فسخ النكاح الذي عقده لكون المعقود عليها يتيمة لا ينعقد نكاحها من قبل أي من الأولياء إلا بإذنها والذي ينبغي التسليم به إذا كانت الولاية حقا للأب في حياته فله نقله لمن شاء بعد وفاته كولاية المال.

وأما وجه تمييز مالك بين الشريفة والذنية في الولاية، حيث يفسخ نكاح الأولى إذا عقده غير الولي ولا يفسخ نكاح الثانية. المرأة أيا كانت إذا كان لها فهو أولى من كل

1 أخرجه أبو داوود في السنن كتاب النكاح باب في الولي من حديث عائشة - رضي الله عنها- رقم 2038، 229/2.

2 قواعد الفقه على مذهب مالك للمقرئ تحقيق د. محمد الدردبي ط دار الأمان 2012 القاعدة 524 ص 298.

3 دليل الخطاب عند المالكية: هو مفهوم المخالفة عند الأصوليين.

4 أخرجه الترمذي في السنن كتاب النكاح باب ما جاء في إكراه يتيمة على الترويج و بن ماجه تحت باب الضمار يزوجهن غير الآباء رقم

1878 مرفوعاً و الدار قطنى مرسلًا.

أجنبي لقوله تعالى: " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " ¹ فإن عدم الولي أو عضل أو غاب انتقل الأمر إلى السلطان، من غير خلاف بين جماعة أهل العلم لحديث عمر - رضي الله عنه -: " لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان" ²، والسلطان أليس أجنبياً؟ فكيف صار ولياً؟

يجاب عنه بتقديم المسلمين له ولياً لهم عامة، فكذاك الرجل من المسلمين يصير لمن لا ولي لها ويشق عليها الوصول إلى السلطان ولياً بولاية الإسلام العامة ألم يقل الله عز وجل: "والمؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض" ³ ألا ترى أن التوارث مقصور على القرابة لقوله تعالى: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض" ⁴، فإذا مات من لا قرابة له صار المسلمون كلهم أولياءه و قرابته ومستحقو ما له بولاية الإسلام ⁵.

أما كون نكاح الشريفة الذي لم يعقده الولي الأقدم متوقف على إرادته، فذلك لتعلق حقه به إذا المرأة قد تضعف فتغلب العاطفة على المصلحة، والولاية إنما شرعت لهذا المعنى والكفاءة معتبرة شرعاً في الخلق والدين ففي الحديث: " إذا أتاكم من ترضون دينه و أمانته فزوجوه" ⁶.

هذا ويلاحظ بالتأمل في النوازل المختارة أعلاه، تعارض بين فتوى ابن المكوي - رحمه الله- وما هو مقرر بالنص وجسده مصادر المذهب إذ اعتبر نكاح المرأة جائزاً من قبل زوج أمها، وهو ليس من عصبتها، والعصبة أنفسهم والسلطان لا أحد منهم يصح عقده مع وجود الأب حياً.

¹ سورة الأحزاب الآية 6.

² تقدم تخريجه.

³ سورة التوبة الآية 72.

⁴ سورة الأحزاب الآية

⁵ ينظر كتاب الانتصار لاهل المدينة للإمام ابن عبد الله بن الفخار ص : 149 وما بعدها بتصرف ، تحقيق محمد التمساني الإدريسي ط الرابطة المحمدية للعلماء ط 2009/1م.

⁶ أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح باب الكفاءة بلفظ إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه... تحت رقم 1967.

ففي المدونة سئل مالك عن الرجل يغيب عن ابنته البكر ولها أولياء فهل لهم تزويجها؟

فقال: إذا غاب غيبة منقطعة مثل هؤلاء الذين يخرجون في المغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها مثل الأندلس فأرى أن يرفع أمرها إلى السلطان فينظر لها¹، أضف إلى هذا أن الولاية الخاصة تسقط العامة جملة ورغم هذا فلرب له مخرج أو أفتى فتوى خاصة في ظروف خاصة، والقاعدة المقاصدية أن لكل خاص خصوصيته ولو في ذات التعيين. لكن نصوص المذهب وكذا أدلة الشرع لا تسوغ ما أفتى به والله أعلم.

أما فتوى الإمام المازري فهي على أصل مذهب مالك في التمييز بين الشريفة والدنية وقد تقدم بسطه.

كما يلاحظ في إجازة ابن رشد ولاية الخال بتوكيل أم اليتيمة مع وجود العصبية أنها مناقضة لما روى ابن المواز عن مالك، أنه قال: ليس الخال بالولي وإنما الولاية من العصبية فهل هو مقيس على تزويج أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - ابنة أخيها وتقديمها رجلا لعقد نكاحها؟ فعمل هذا من خصوصية أم المؤمنين، والراجح أنها هيأت للعقد ولم تأمر به، وعلى أي فولاية ذي الرحم مع وجود العاصب مما لا تسوغه النصوص اللهم إلا إذا كان للإمام نظر بني على الكفالة، والله أعلم.

هذا عن الولي فماذا عن المولى عليها؟

وهو ما أحاول مقارنته من خلال المطلب الموالي إن شاء الله.

¹ المدونة 283/2 م س.

المطلب الثاني: أنواع المولى عليها

بعد الحديث عن الأولياء ومراتبهم يتعين الحديث عن أنواع من تقع عليها الولاية وما يعترها من أحكام، والمرأة المولى عليها إما ذات أب أو لا أب لها فجاء المطلب في فرعين اثنين كالآتي:

الفرع الأول: المولى عليها ذات الأب

إذا كانت الولاية حقا للمولى والأب في مقدمة الأولياء لا يقدم عليه غيره، فهل كل اختيار منه نافذ على ابنته ولو لم يكن نظرا لها؟ للإجابة على هذا الإشكال يحسن التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن أبي زيد القيرواني: عن زوج ابنته في مرضه من أبرص هل يلزمها

النكاح؟

فأجاب: يلزمها في البرص الخفيف النكاح ولا يلزمها في المتفاحش الذي كثرت رائحته، إلا أن ترضى به وقد بلغت، وإن لم تبلغ نظر لها السلطان¹.

ب- وسئل أبو عبد الله السرقسطي²، عن حلف ألا يزوج ابنته البكر هل تنتقل

الولاية إلى غيره أو إلى القاضي؟

¹ نوازل ابن أبي زيد القيرواني 209/1، م.س.

² السقراطي: هو أبو عبد الله محمد بن عبد العزيز بن أبي الخير بن علي الأنصاري السرقسطي أخذ عن القاضي أبي الوليد بقرطبة وغيره وكان عالماً بالأصول والفروع بصيراً بالقراءات وطرقها توفي سنة 518 هـ، الصلاة: 573/2. وفق حمل هذا الاسم أكثر من عالم منهم أبو العباس العمري المحدث توفي سنة 392 هـ، وأبو الطاهر اسماعيل ابن خلف وقد ذكر الونشريسي الفتوى باللقب دون تعيين الاسم لكن غلب على ظني من ترجمت له لأنه هو المكنى عند أهل التراجم بما كناه به.

فأجاب إن لم يحنت الأب نفسه، وامتنع عن تزويجها ممن هو كفاء لها ووافق على كفاءته، ورفعت أمرها إلى القاضي اختلف فيمن يلي العقد على قولين قيل القاضي وقيل أقرب أوليائها إليها نسبا، بعد إذنها بالقول¹.

-ج- وسئل أيضا: عن خطب ابنته رجل وانعقد النكاح بينهما وسمي الصداق من غير شهود ثم وقعت بينهما عداوة فرفض أبو الزوجة الدخول، وزوجها من غيره، هل العقد الأول صحيح؟

فأجاب: بما نص معناه: الصيغة متوفرة في النازلة، والأب مجبور على العقد وما فعله بعد ذلك من تزويج ابنته من غير الأول لا يصح لأنها في عصمته حتى يفارقها بموت أو طلاق².

-د- وسئل ابن النهدي³: عن أب أطلق ابنته من ولايته كيف يزوجه؟

فأجاب بما مضمونه: لا يزوجه إلا برضاها ويسمع الشهود منها وتقبض صداقها عينا كان أو عرضا⁴.

-ه- وسئل بعض العلماء عن رجل فاسد الحال زوج ابنته من غير كفاء لها فأنكر أخوه هل له ذلك؟ فكان الجواب كالآتي:

ينظر لها السلطان، وليس لأبيها فاسد الحال أن يزوجه من غير كفاء⁵.

هذه أجوبة لفقهاءنا رحمهم الله عن المولى عليها في وقائع نزلت بالمجتمع فعرضت على أنظارهم ترى إلى أي حد جسدت عمليا الإلتزام بمصادر المذهب وراعت أصوله في الاستدلال؟ هو ما أحاول عرضه بحول الله من خلال التأصيل من مصادر المذهب.

1 المعيار 200/4 م س.

2 المعيار 247/3 م س، يتصرف.

3 ابن الهندي: هو أحمد بن سعيد بن ابراهيم الهناني المعروف بابن الهندي وحيد عصره في علم الشروط توفي 399هـ.

4 كتاب الأحكام لأبي المطرف: ص 472 م س.

5 المعيار 104/3 ومثله في أحكام ابن سهل.

ثانياً: التأصيل

روى ابن القاسم عن مالك قوله للأب أن يزوج ابنته بأقل من مهر مثلها أو بأكثر إذا كان على وجه النظر لها، وذكر أن امرأة سألت مالكا عن ابنة لها ميسورة مرغوب فيها قد أصدقت صداقا كثيرا، وأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له معدم هل لها متكلم في ذلك؟ فقال نعم.

وقال ابن القاسم: إنكاح الأب لابنته جائز عليها ما لم يكن عليها فيه ضرر فيمنع من ذلك¹.

ونقل ابن نافع عن ابن أبي الزناد عن السبعة²، أنهم كانوا يقولون الرجل أحق بإنكاح ابنته البكر بغير أمرها وإن كانت ثيبا فلا جواز لأبيها في إنكاحها إلا بإذنها³.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: وللأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها على وجه النظر لها، وروى عنه ابن وهب في غير كتاب محمد أن البكر المعنسة لا تزوج إلا برضاها، وقال أصبغ إذا زوج الأب البكر إلى رجل سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز، وليرده الإمام وإن رضيت هي به⁴.

وفي البيان والتحصيل سئل مالك عن قليل البرص أترد منه المرأة؟ قال ما سمعت فيه إلا الحديث الذي جاء فيه⁵، فقليل له إن بعض الناس أخبرنا أنك لم تر أن ترد من قليله، فأنكر.

قال ابن رشد: رأي مالك في رواية ابن القاسم أن قليل البرص عيب في النكاح وإن آمنت زيادته فأوجب الرد به للرجل على المرأة وللمرأة على الرجل¹.

1 المدونة: 274/2 م.س، بتصرف.

2 المراد بالسبعة فقهاء المدينة السبعة وهم المجموعون في البيت الآتي:

ألا كل من لم يقصد بأئمة قسمته ضيزى عن الحق خارجة
فخذهم عبيد الله عروة قاسم، سعيد أبو بكر سليمان خارجة.

3 المدونة: 274/2 م.س، بتصرف.

4 النوادر والزيادات: 385/4 م.س، بتصرف.

5 يقصد الحديث الذي أخرجه في الموطأ من كتاب النكاح تحت باب ثبوت الخيار عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمساها فلها صداقها كاملا، وذلك لزوجها غرم على وليها، الموطأ رقم 1087.

لكن رأي ابن القاسم أن المرأة لا ترد الرجل بقليل البرص، وإن خشيت زيادته لأنه لا حجة عندها فيما يتوقع من زيادته.

وفي كتاب ابن المواز من رواية أشهب: لا يفرق بين الأبرص وامرأته وإن غرها في اليسير منه².

وأورد ابن أبي زمنين عن ابن حبيب: إذا زوج الأب ابنته البكر عني³، أو خصيا أو محبوبا جاز ذلك عليها علمت أو لم تعلم، إذا كان إنكاحه إياها من النظر لها⁴.

وفي الجامع عن ابن الحارث الأندلسي: أن ابن عبد الحكم قال: البكر لا يزوجه أبوها إلا برضاها كالثيب⁵، وقال: ابن الملون: اختيار الأب لازم للبكر إذا كانت في ولايته، أما إذا رشدها وهي بالغ معنس، لم يزوجه إلا برضاها والسماع منها كالثيب⁶.

ونص ابن عبد البر: أن الأب له أن يزوجه ابنته البكر بالغا وغير بالغ وكل فعله جائز عليها ما لم يظهر منه حيف، واختلف في المعنسة هل هي كالبكر أم كالثيب⁷؟

وفي المقدمات قال ابن رشد: ذات الأب للأب أن يزوجه بغير أمرها صغيرة كانت أو كبيرة ما لم تعنس⁸.

تكاد النصوص المستدل بها سلفا تكون متحدة في أحقية أب البكر بإنكاحها وأنها لا خيار لها مع اختياره ما دام ذلك من النظر واختيار الأصلح لها، وفعل الأب محمول على الشفقة حتى يظهر عكسها إلا ما نقل عن ابن عبد الحكم، لكن الخلاف وارد في البرص الخفيف والبكر المعنسة.

1 البيان والتحصيل 326/3 م.س.

2 نفسه 327/3.

3 العنين: هو الذي لا يأتي النساء عجزا أو لا يريدهن.

4 منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 600/2 تحقيق د.محمد حداد ط الرابطة المحمدية للعلماء، ط1، 2009.

5 الجامع لابن يونس، 327/3، م.س.

6 منتخب الأحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام لابن وصول الطليطلي ص: 167 تحقيق د.حميد محمد لحمر ط دار ابن حزم ط 1، 2008.

7 الكافي في فقه أهل المدينة ص: 231 بتصرف.

8 المقدمات الممهدة لبيان ما تضمنته المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن رشد

الجد. 475/1 تحقيق د. محمد حجي ط. دار الغرب الاسلامي ط1، 1408م/1988.

كما ثمة شبه إجماع على أن الثيب أحق بنفسها من وليها أيا كان، وأن كل تصرف على المولى عليها مشروط بالمصلحة.

فإلى أي حد جسدت هذه الأقوال الارتباط بروح النص وكذا أصول المذهب؟

ثالثاً: دراسة

يمكن أن نستنتج من مجموع ما سلف ذكره بالمقارنة بين نصوص المذهب وأجوبة أئمتنا رحمهم الله الآتي:

اعتبار ابن أبي زيد النكاح لازماً للمرأة مستنده ما ذكر ابن رشد أن الرجل إذا أغر المرأة بالبرص وكان قبل العقد يرد بالكثير باتفاق وباليسير على خلاف، وإن حدث بعد العقد فلا ترده باتفاق، وإن كان كثيراً فلها الخيار¹، وما أفتى به هو مشهور المذهب وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة، وسبب الخلاف هل المقصود من النكاح الاستمتاع فما أثر فيه وجب الرد به أو حل البضع ولا تأثير للعيب فيه².

أما ما أجاب به السرقسطي من ذكر قولين فهو على الخلاف الوارد في المذهب من غير ترجيح فلعل القولين متساويان عنده.

لكن مما ذكر ابن سحنون في أجوبته يستفاد أن الأب إذا امتنع عن إنكاح ابنته ممن خطبها وهو كفاء لها فأرغمه السلطان على ذلك هل يثبت هذا النكاح؟ نقل عن ابن القاسم أنه يفسخ قبل الدخول وبعده، وعن ابن وهب يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، وقال ابن سحنون، وأنا أقول يفسخ أبداً لأنه غصب³.

قال ابن حبيب: كون السلطان لا يزوج على الولي إلا في حالة العضل أجمع عليه أصحاب مالك ولا أعلمهم اختلفوا فيه⁴ ولعل أبا عبد الله اعتبر في فتواه الأب غاضلاً.

¹ البيان والتحصيل لابن رشد الجد 328/3، بتحقيق محمد عثمان طه دار الكتب العلمية ط1، 2011.

² قواعد المقرئ القاعدة 556، ص 307 م.س.

³ كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص: 131 ط دار حزم ط1، 2011.

⁴ منتخب الأحكام لابن وصول ص 177 م.س.

وأما من اعتبر السلطان حكماً عند التنازع فأصله أن رأي الإمام يرفع الخلاف،
وكان الولي بتصرفه غير السديد أو تعسفه أسقط حقه في الولاية فانتقل إلى السلطان للحديث
السلطان ولي من لا ولي له.¹

لكن إلى أي حد ارتبطت الأجوبة والنصوص المشكلة مصدراً لها بروح نص
الوحي؟

بالرجوع إلى نصوص الوحي نجد علة إلزام البكر بما أجراه عليها أبوها من أمر
النكاح دون سائر الأولياء كون الأب غير متهم في حب ولده وهو أحرص الناس على
مصلحته ما لم يثبت العكس، دليله من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فمن
الكتاب قوله تعالى: "...قال إني أريد أن أنكحك إحدى بنتي..."² فلم
يذكر استثماراً والأصل أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا توفرت شروطه،³ وهو كذلك،
ومن السنة ما أخرجه البخاري وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم المؤمنين
عائشة رضي الله عنها - وهي ابنة ست وبنى بها وهي ابنة تسع،⁴ والشاهد فيه أن
الصغيرة لا يمكن استثمارها، وفعل النبي صلى الله عليه وسلم، لا يكون مكروهاً ولا خلاف
أولى ناهك عن غيره، فكل فعله دال على الإباحة فما هو أو كد منها، وللأمة أن تقتدي به
في كل أمره ما لم يدل دليل على الخصوصية، وحتى لو افترض الفسق في الأب فإنه لا
يسلبه حق التقديم في الولاية ما لم يظهر منه تصرف عكس المصلحة، للقاعدة، عماد الولاية
الشفقة والفسق لا يقطعها،⁵ وأن المقدم لكل ولاية من هو أقوم بمصالحها، وهل ثمة من هو
أحرص على مصلحة الإنسان من والده؟.

¹ أخرجه أبو داود تقدمت الإشارة إليه.

² سورة القصص الآية : 27.

³ شروط الأخذ بشرع من قبلنا عند المالكية أن يرد به شرعنا على سبيل الحكاية كما في الآية.

⁴ أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب إنكاح الرجل ولده الصغار رقم 5133.

⁵ قواعد المقرئ القاعدة 545 ص : 304 م.س.

قال ابن الحاجب : المشهور أن الفسق لا يسلب إلا الكمال في الولاية¹ وهو أصح قولين في المذهب، خلافا لأبي حنيفة والشافعي.

ومما ينبغي التنبيه عليه في هذا المقام أن استئثار البكر في بضعها حتى ولو لم يكن واجبا على الأب فلا يغفله لأنه ربما كان بها عيب لا يعلمه ولو علمه لما زوجها، فإن استأذنها أعلمته فتحرز منه ولا ضرر عليه في الاستئذان، بل هو مدعو إليه شرعا كما في الحديث "شاوروا النساء في أبضاعهن"²، لكن ورد في الحديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"³، ذكر الباجي أن ابن القاسم وابن وهب وعلي ابن زياد رووا عن مالك أن المراد بالبكر في الحديث هي التي لا أب لها، فهي التي لا تنكح إلا بإذنها، لحديث ابنة عثمان بن مظعون الذي جاء فيه قول عمها أنا عمها ووصى أبيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها"⁴ لكن ورد في رواية أخرجه مسلم، "والبكر يستأذنها أبوها".

وقد بوب البخاري من الجامع الصحيح باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود وأخرج تحته حديث خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت النبي -صلى الله عليه وسلم- فرد نكاحه،⁵ إذن نص الحديث في الثيب وإن كانت الترجمة مشعرة أنه شامل للبكر والثيب معا، وقد أخرج النسائي عن جابر -رضي الله عنه - أن رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها فأنت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما، وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن جارية بكرا أتت النبي - صلى الله عليه وسلم- فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها.

لكن الحديثين معلولين الأول بالانقطاع والثاني بالإرسال.

1 الجامع بين الأمهات لابن الحاجب، 379/2 تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب ط مركز نجيبوية للمخطوطات وإحياء التراث.

2 أخرجه البيهقي، وغيره يصيغ مختلفة وهو صحيح لما له من شواهد متعددة.

3 الموطأ كتاب النكاح باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما رقم 1082.

4 تقدم تخريجه.

5 صحيح البخاري كتاب النكاح باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، رقم 5138.

أما عمدة المالكية وهو اليتيمة تستأمر ...، متفق على صحته وراجع بلا منازع وليس من استجمع شروط الصحة كمن فقد بعضها أو كلها، وهو معلى بمفهومه المخالف أن ذات الأب لا تستأمر، ودليل الخطاب حجة عند الجبل خلافا للنعمان.

علاوة على هذا قال ابن حجر إن ثبت رد نكاح البكر من غير استئذان الأب حمل على أنه اختار لها غير كفاء لها¹.

لكن يجمع بين هذه النصوص وإن بدت متعارضة بكون الاستئذان واجب في اليتيمة، يرد نكاحها أبدا بعدمه للنص غير المحتمل فلا تزوج إلا بإذنها، ومستحب في ذات الأب فيجوز عليها نكاح الأب ولو لم يستأذنها، والإعمال أولى من الإهمال في الاستدلال.

فإذا كان للأب في ابنته حق الإجازة في مرحلة معينة وفعله لها محمول على السداد ما لم يثبت عكسه، ويلزمها كل ما أمضاه لها من أمر نكاحها نيابة عنها، فهل اليتيمة مع وليها كذات الأب مع أبيها؟ أم أن ولاية غير الأب تختلف عن ولاية الأب؟.

ذلك ما أحاول مقارنته بحول الله من خلال الفرع الموالي :

الفرع الثاني : ولاية اليتيمة

اليتيمة هي التي لا أب لها، وإن كان لها ولي من عصبتها كالجد والأخ، أو ولاية السلطان، فهل لو احد من هؤلاء أن يتصرف في ولاية كالأب؟.

لإيضاح هذا الإشكال أتوقف عند الآتي :

أولا : عرض النوازل المختارة

أ – سئل ابن زيد القيرواني عن بكر يتيمة مهملة زوجها وليها بدون صداق مثلها وهي راضية هل يمضي؟ أو يكمل صداق المثل؟

فأجاب: الرواية بهذا مشهورة في المدونة وغيرها، والمرضى عندي إن كانت بالغا مهملة ورضيت لغرض لها في عين الزوج ولم تكن الحطيطة بالأمر المستنكر، أن يمضي العقد عليها، إذ لا تجبر على النكاح وهي بالخيار في أعان الرجال..."¹

¹ فتح الباري 116/9 م.س بتصرف.

ب- وسئل عن أشكل أمر أبيها هل حي أو ميت؟ كيف تزوج وهي بكر؟

فأجاب بما نص معناه: بعد الاستئثار وثبوت السداد تزوج كما يزوج الأيتام لأنه

أصل مختلف فيه، نظر في الأصح منه.²

ج- وكتب لابن المكوى هل يجوز للجد كالأب أن يزوج يتيمته التي لم تبلغ؟

فأجاب لا يزوجها إلا برضاها إذا كانت قد بلغت أو أشعرت.³

د- وسئل أبو الحسن اللخمي: عن اليتيمة المهملة تزوج قبل البلوغ.

فأجاب: إذا كان بقرب العقد وقاربت المحيض وبإذنها مضى، بعد أن يبعث القاضي

من ينظر إليها فإن رضيت مضى، وإن لم تقارب البلوغ رد ولا يراعى رضاها.⁴

هـ- وسئل ابن رشد هل ترشيد الوصي لمحجورته مسقط لولايته عليها في النكاح؟

فقال: الذي يقتضيه النظر أن ولايته عليها في النكاح بتمليكه إياها أمر نفسها في

مالها لأنه قد حصل وليا من أو لياؤها بإقامة الأب إياه لها مقام نفسه، فوجب ألا تسقط ولايته

عليها إلا بما كانت تسقط به ولاية الأب عنها، والأب لو رشدها لم تسقط بذلك ولايته عنها

فكذلك هو.⁵

بنظر تأملي في أجوبة فقهاءنا - رحمهم الله - السالف ذكرها يتبين بجلاء، أن اليتيمة

لا يمكن أن يزوجها ولي ولا غيره إلا بعد بلوغها وإذنها، وأن يثبت أن التصرف نظر لها

فقد اعتبر أبو محمد، زواج اليتيمة بأقل من صدق مثلها ماض برضاها إذا علل بكونه نظر

فيه لمصلحتها وكذلك ذات الأب المجهول الوجهة يسلك بها مسلك الأيتام على الأصح من

الروايات، كما عد ابن المكوى الجد غير منزل منزلة الأب من البكر فلا يحل محله في

إجبارها بل لا ينكحها إلا بإذنها ورضاها، كسائر الأولياء.

¹ نوازل ابن أبي زيد القيرواني 209/1 م س.

² نوازل ابن أبي زيد القيرواني 219/1 م س بتصريف.

³ الأحكام للشعبي ص: 416 م س.

⁴ جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام لأبي القاسم البرزلي ت 841/2 345 تحقيق الدكتور محمد لحبيب الهيلة. ط دار

الغرب الإسلامي ط 2012/2.

⁵ فتاوى ابن رشد الجد 702/2 م س.

في حين جعل اللخمي من قاربت البلوغ بمنزلة البالغ إذ: ما قارب الشيء يعطى حكمه، لكن لا بد من إثبات ذلك مع رضاها، مما يفهم منه أن من لم تقارب، البلوغ لا تزوج ولو كان في ذلك نظر مصلحي لها، بينما اعتبر ابن رشد الوصي مع اليتيمة منزلا منزلة الأب فلا تسقط ولايته عنها ولو رشدها، كما لا تسقط ولاية الأب، لكنه لم يشر إلى أنه لا يمكنه تزويجها إلا بإذنها.

فإلى أي حد جسدت هذه الأجوبة الارتباط بمصادر المذهب؟
ذلك ما أحاول مقارنته في النقطة الموالية بإذن الله.

ثانيا : التأصيل

جاء في المدونة قول ابن القاسم سأل رجل مالكا وأنا عنده، فقال إن لي ابنة أخ وهي بكر وهي سفيهة، وقد أردت أن أزوجه من يحصنها ويكفلها فأبت، قال مالك لا تزوج إلا برضاها، فقال إنها سفيهة في حالها، قال مالك وإن كانت سفيهة فليس لك أن تزوجه إلا برضاها.¹

ومنها أيضا نزل بالمدينة أن زوج رجل أخته ثم بلغها فقالت : ما وكلت ولا أَرْضِي ثم كلمت في ذلك ورضت، قال مالك لا أراه نكاحا جائزا ولا يقام عليه حتى تستأنف نكاحا جديدا إن أحببت.²

ومن كتاب ابن المواز: عن مالك لا يزوج البكر قبل البلوغ غير الأب أحد حتى تبلغ وترضى، وعن ابن القاسم لا تزوج البكر اليتيمة حتى تبلغ وترضى فإن زوجت صغيرة برضاها لم يجز إلا أن يتقدم بعد البناء فيمضي.³

وعن مالك في اليتيمة المحتاجة تصلح للوطء لا تزوج حتى تبلغ المحيض، وقال ابن القاسم إن أشعرت وشارفت زوجها الوصي أو الولي برضاها.¹

¹ المدونة 273/2 م.س.

² نفسه 277/2.

³ النوادر والزيادات 398/4 م.س.

لكن اللخمي: نقل في التبصرة قول مالك، في صبية بنت عشر سنين في حاجة تتكفف الناس، لا بأس أن تزوج برضاها، وإن كانت صغيرة لم تنبت بما هي به من الخصاصة.² وذكر ابن أبي زمنين من سماع زونان أن: ابن القاسم سئل عن تزويج الوصي لليتيمة قبل البلوغ فأجاب: يفسخ النكاح ما لم يكن بنى بها وطال الزمان أو تكون مسكينة لا قدر لها فيمضي ولو لم يدخل،³ وقال ابن حبيب: ليس لوصي ولا ولي إنكاح صغيرة حتى تبلغ فإن فعل فسخ ذلك أبدا.⁴

وقال ابن الجلاب: لا يجوز لأحد غير الأب أن يزوج بكرا إلا بإذنها.⁵

وقال القاضي عبد الوهاب: من غاب عنها أبوها ولم يتعلم حياته من موته جاز للأولياء إنكاحها برضاها.⁶

وفي الكافي: عن ابن عبد الحكم: أن أصح الأقاويل في اليتيمة أنها لا تنكح حتى تبلغ وترضى ولا يجوز لولي ولا وصي ولا سلطان، إنكاحها إلا بعد بلوغها وإذنها.⁷

وجاء في الجامع قول ابن القاسم: من زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها فبلغها ذلك فرضيته، بلغنى أن مالكا قال مرة إن كانت في غير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز، وإن قرب جاز،⁸ وعن سحنون وأصبغ أن مسافة القرب مثل ما بين الإسكندرية وأسوان.⁹

1 نفسه.

2 التبصرة لأبي الحسن اللخمي 1801/4 م.س.

3 منتخب الأحكام لأبي زمنين 604/2 م.س.

4 المنتقى للباقي 11/5 م.س.

5 التفريع لابن الجلاب 34/2 م.س.

6 المعوية للقاضي عبد الوهاب 528/2 م.س.

7 الكافي في فقه أهل المدينة ص: 232 بتصريف.

8 الجامع لابن يونس 174/4 م.س.

9 الإسكندرية: ذكر يقوت الحموي أن أكثر من مدينة سميت بهذا الاسم وذكر أن الإسكندرية التي بمصر اختلفت اختلافا واسعا فيمن أنشأها، فذهب قوم إلى أنها هي المقصودة، بإرم ذات العماد...، وقيل إن الإسكندر هو من بناها، وهي مدينة عريقة في القدم. وأسوان: قال يقوت الحموي هي مدينة كبيرة في صعيد مصر وأول بلاد النوبة على النيل. معجم البلدان 182/1، 191 بتصريف م، س.

ومن المقدمات: ذات الوصي لا يجوز للوصي أن يزوجها قبل بلوغها ولا بعده، بأقل من صداق مثلها، وإن رضيت، وله أن يزوجها إذا بلغت عنست أو لم تعنس برضاها.¹
وفي التبصرة : ليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإيجاب ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان.²
بعد الوقوف على أقوال الأئمة في مضانها هل ثمة تطابق بين الأجوبة السالفة الذكر والتأصيل الوارد عليها؟.

هو ما أحاول ملامسته من خلال النقطة الآتية :

ثالثا : دراسة

بالتأمل فيما تقدم بسطه يمكن استنتاج الآتي :

فالنوازل لم تخرج في مجموعها عما هو معتمد في المذهب فنجد ابن أبي زيد في النازلة الأولى أخبر بمشهور المذهب ثم أجاب بما يراه هو مناسبا للنازلة إذ لو رأت المرأة المصلحة في التنازل عن بعض صداقها فلا مانع من ذلك شرعا، أما التي غاب عنها أبوها ولم تعلم حياته من موته فأجاب بما يناسب قصد الشارع في رفع الحرج عن المكلف فتغليب ظن موت الأب والحكم على اعتباره يجلب للمرأة منفعة وهو خير من ترجيح مقابله، إذ لربما أدى إلى مفسدة من غير أن يحقق مصلحة، حتى ولو افترض ظهور الأب بعد ذلك حيا لا ضرر عليه في إنكاح ابنته من قبل أوليائها إذ النكاح لم يخرج من ولي إلا لولي فالتوصل بالظن إلى الخير خير من التمسك بأصل يسد سبل الاستنباط ويخير المكلف بين التفريط والافراط.

أما ابن المكوي فنزل قرب البلوغ منزلة البلوغ بناء على قاعدة ما قارب الشيء أعطي حكمه، وكذلك الفساد في العقد يوجب الفسخ، فإذا فات وأمكن لاستمرار صح.³ وهو استناد إلى تنزيل ابن القاسم المشاركة للحيض على البالغ وأصله من السنة قضاء النبي

¹ المقدمات الممهديات 476/1 م.س.

² تبصرة للخمى 1800/4 م.س.

³ قواعد المقرري القاعدة 539 ص 302 م.س.

صلى الله عليه وسلم فيمن أنبت من بني قريظة بالقتل، الشاهد فيه أنه اعتبر الانبات حدا مخرجا من حكم الصبية إلى حكم البلوغ.

كما اعتبر ابن رشد بناء على اجتهاده - إذ يقتضيه النظر - أن البديل ينزل منزلة المبدل منه حكما، مما يؤكد انسجام الأجوبة مع ما تقره المصادر المعتمدة.

لكن إلى أي حد شكل هذان معا التزاما بروح النص؟

تحدثت الأجوبة والنصوص في أن اليتيمة لا تنكح إلا برضاها ولو كانت سفية.

لكن بماذا يعرف رضاها؟ هو ما أجابت عنه نصوص السنة.

فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي صلى الله عليه وسلم: "اليتيمة تستأمر في نفسها فإن سكنت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها"¹ أخرجه أبو داود والترمذي. ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي مع التيب أمر" قال مالك: ذلك عندنا في البكر اليتيمة، أي أنها أحق بنفسها من وليها.

وعن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كل يتيمة تستأمر في نفسها فما أنكرت لم يجز عليها وما صمتت عنه وأقرت عليه جاز عليها وذلك إذنها.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن"، قالوا يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: "أن تسكت"².

إذن فالاستئذان في النكاح أصل شرعي ثابت وحق للمولى عليها، لكنه لا يلغى الولاية بحال من الأحوال على مذهب مالك وأصحابه ومن معهم.

لذلك اعتبر مالك اليتيمة لا تزوج قبل البلوغ إلا في ظروف استثنائية وأن نكاحها بعد البلوغ متوقف على رضاها وإذنها وبه أخذ الشافعي خلافا لأبي حنيفة، الذي أجاز للولي إنكاحها قبل البلوغ جاعلا لها الخيار بعده، أما أبو يوسف فجعل سائر الأولياء في اليتيمة

¹ أخرجه أبو داود كتاب النكاح باب في الاستئذان رقم 2094.

² صحيح مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت رقم 1421.

كالأب في البكر¹، في حين اعتبر الحنفية قولاً واحداً أن البالغ ثيباً أو بكراً يمكنها الاستغناء عن الولي فتعقد نكاحها بنفسها، وللولي حق الاعتراض إن اختارت غير كفاء، لحديث الأيم أحق بنفسها، محتجين باتفاق أهل اللغة أن الأيم هي المرأة لا زوج لها، صغيرة أو كبيرة بكراً أو ثيباً، فاعتبروا كل امرأة بلغت أحق بنفسها من وليها، وكونها أحق من وليها هل بالإذن فقط؟ أو بالإذن والعقد معاً؟

الثاني مذهب الحنفية، والأول مذهب المالكية ومعهم الجمهور وهو الأرجح لاعتبارين الأول: كثرة الاستعمال مقدمة على الوضع عند التعارض ألا ترى أن لفظ الغائط وضع للمنخفض من الأرض ثم استعمل في الخارج من الإنسان وأصبح المتبادر من اللفظ عند الإطلاق.

الثاني: تعدد الأدلة يرجح احتمال الإذن ليس إلا، كما أن لفظ أحق يعني المشاركة فللبالغ حق وللولي حق، لكن حقها أكد من حقه، فلو رفضت زوجاً بعينه لا تجبر عليه وكذلك لو دعا الولي إلى كفاء لا تجبر عليه، لكن إذا دعت هي إلى كفاء أجبر الولي عليه. وخلاصة الكلام في هذا المقام أن مذهب مالك في اليتيمة أنها لا تنكح قبل البلوغ هو ما يؤيده النص، لكن قد تزوج في ظروف خاصة بناء على قصد الشارع في مراعاة مصلحة المكف التي لا تتناقض أصلاً شرعياً، وفي حال إنكاح اليتيمة قبل البلوغ يتحصل في مذهب مالك ثلاثة أقوال:

الأول: أن النكاح باطل مفسوخ ولو بلغت قبل الدخول ما لم يدخل فيفت بالدخول.

الثاني: يجوز عليها النكاح ولها الخيار بعد البلوغ في الإمضاء والفسخ حكاه ابن عبد الحكم عن مالك.

الثالث: إذا كانت ذات حاجة وفاقة وفي النكاح لها مصلحة ومثلها مما يوطأ جاز بإذنها ولا خيار لها بعد البلوغ وأصل هذا الخلاف اختلاف السؤال فيما ورد من روايات في الباب.

¹ تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف لأبي الحجاج يوسف بن دونالد الفندلاوي ت: 543. 374/2 تحقيق الدكتور البوشيخي ط دار الغرب الإسلامي ط 1. 2009/1430.

وهكذا يمكن القول في ختام هذه المسألة أن المولى عليها إما ثيب وهذا لا يطرح إشكالا فقهيًا، أو بكر والابكار على مذهب كالك خمسة أصناف : بكر تستأذن ندبا وهي البالغ ذات الأب وبكر تستأذن وجوبا وهي البكر البالغة التيمة، وبكر لا تستأذن وتنكح وهي الصغيرة ذات الأب لحدث الصحيحين وبكر لا تستأذن ولا تنكح، وهي اليتيمة الصغيرة، وبكر لا تنكح بإذنها إلا لموجب وهي اليتيمة المحتاجة وأيا تكون الولاية والمولى عليها، فما أهم الأحكام التي يمكن أن تلحقها؟.

المبحث الثاني : نماذج من أحكام الولاية

تبعًا لتعدد المستحقين للولاية في النكاح، وضرورة توفرها في العقد على وجه من الوجوه المشروعة، واعتبار العقد العاري عنها صنو العدم عند جمهور الفقهاء، الأمر الذي نجم عنه تعدد الأحكام المتعلقة بها وتشعب الخلاف فيها، لكن طالبا للاختصار اقتصرنا على نوعين من الأحكام المرتبطة بالولاية، أحدهما موجب النيابة في الولاية، والآخر موجب إسقاط سلطة الولي، فجاء المبحث في مطلبين اثنين:

المطلب الأول : موجب النيابة في الولاية

اعتبارا لكون الولاية حقا للولي: فلا يبرم عقد النكاح إلا من طرف الولي المباشر، لكن إشراف الولي المباشر على العقد قد يكون متعذرا مما يلحق الأذى بمن هي في ولايته ، فهل يمكن أن تنتقل الولاية لغيره رغم وجوده حيا؟ وهل للولي أن ينقل حقه لغيره ولو كان أجنبيا؟.

ذاك ما أحاول مقاربتة من خلال الفرعين الآتيين أحدهما في غياب الولي، والثاني هل ينزل الوصي منزلة الأب؟.

الفرع الأول : غياب الولي المباشر

الولي المباشر هو المقدم على غيره، في عقد نكاح المرأة عند تعدد الأولياء بحكم الاستحقاق الشرعي، وهو إما أب أو أحد العصبة، فغياب العاصب ينقل الأمر لغيره من الأولياء سواء اتحد معه في العقد أو كان دونه، لأن غياب صاحب الحق إذا أدى حفظ حقه إلى إلحاق الأذى بغيره، سقط اعتباره، لأن من تعذرت فائده جعل كالعدم¹.

وانتظار الولي الغائب يعرض المولى عليها للضرر، والضرر مرفوع شرعاً، للقاعدة المتأصلة عن النص، الضرر يزال²، وهذا لا إشكال فيه داخل المذهب.

لكن إذا تعلق الأمر بغياب الأب عن ابنته البكر التي الأصل عدم التسور عليه فيها هل الأمر كذلك ؟

لحل هذا الإشكال أسلك المنهج الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل أبو محمد بن أبي زيد القيرواني: عن سافر من القيروان³ إلى صقلية⁴ وله ابنة بكر أرادت التزوج هل يجوز ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا خرج من القيروان إلى صقلية فلترفع أمرها إلى القاضي يكتب إليه ليقدم أو يوكل فإن طال غيبته أو جهل مكانه، زوجها السلطان⁵.

ب- و سئل ابن سعدون⁶ عن غاب عن ابنته وقطع نفقتها هل تزوج بغير إذنه؟

فأجاب بما نصه: لا خلاف إذا قطع نفقته عنها أنها تزوج برضاها⁷.

¹ بناء على القاعدة : إذا اتحد الحق سقط بإسقاط أحد المستحقين و إن تعدد فلا.

² أصل هذه القاعدة حديث النبي صلى الله عليه و سلم الذي أخرجه مالك في الموطأ : " لا ضرر و لا ضرار " ، كتاب الأقضية باب القضاء الموافق رقم 1461.

³ القيروان: اسم معرب من الفارسية تكلمت به العرب قديماً، ومعناه الكروان قال امرؤ القيس وغارة ذات قيروان كان إسرا بها النصال وهي مدينة إسلامية بنيت في عهد معاوية بن أبي سفيان – رضي الله عنهما – سنة 48 من الهجرة على يد عقبة بن نافع الفهري نزلها ثمان عشر صحابياً (18) معجم البلدان 4/420 م س بتصريف.

⁴ صقلية مدينة عظيمة مما يلي القيروان في البحر الأبيض المتوسط فتحها المسلمون بقيادة القاضي أسد بن الفرات- رحمه الله- عام 212 من الهجرة في عهد المأمون في حكم الأغلبية لإفريقية. وبقيت في يد المسلمين مدة ثم حازها الكفار وهي اليوم تقع في الجنوب الإيطالي. نفس المصدر 3/416 م س بتصريف.

⁵ المعيار 3/124 م س.

⁶ ابن سعدون : هو أبو عبد الله محمد بن سعدون بن علي بن بلال القيرواني فقيه حافظ نظار ت 486 د الدياج 2/239.

⁷ معين الأحكام على القضايا و الأحكام لقاضي الجماعة بتونس أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الرفيع ت 733 هـ ، 1/217 ، تحقيق محمد قاسم بن عياد، ط. دار الغرب الإسلامي ط. 1889.

-ج- وسئل السيوري¹: عن غاب عنها أبوها وهي بكر يخشى عليها الضيعة والفساد إن لم تتزوج.

فأجاب: تزوج على هذا الإمكان، ولا ينتظر أبوها لما ذكرت².

-د- وأجاب أحمد بن سعيد³ عن ذات النازلة بالآتي :

إذا غاب أبو البكر وله ما ينفق منه عليها لا يزوجها السلطان إلا أن تكون غيبة منقطعة بعيدة كطنجة⁴ من المدينة، وإن لم يكن له مال زوجها السلطان وإن لم تكن غيبة منقطعة⁵.

-هـ - وسئل أبو عمران الفاسي⁶: عن المرأة تقدم بلدا ولا يعرف من أين قدمت ولا من هي؟ فتطلب التزويج هل يزوجها السلطان بعقد إثبات موجب؟

فأجاب: إذا كان البلد قريبا كتب إليه وإن كان بعيدا يتعذر وصول الجواب أو يمكن بعد مدة طويلة، خلى بينها وبين ما تريد ما لم يتبين كذبها⁷.

بالتأمل في أجوبة فقهاءنا- رحمهم الله - المذكورة أعلاه يمكن ملاحظة الآتي :

نجد ابن أبي زيد القيرواني علل رفع الولاية عن الأب ليحل محله السلطان في تزويج البكر بطول الغيبة، أو جهل مكان وجوده مما يفهم منه بدليل الخطاب أن مجهول الوجهة، يزوج عليه السلطان ولو كان سفره قريبا إن لم يعثر له على وجود كالمفقود.

لكن ما حد الغيبة الطويلة وهل هي بالزمان أو بالمكان أو بهما معا؟.

قال الشيخ عبد الحق ابن هارون الصقلي: أعرف لأبي العباس الإبياني حدا في غيبة

الأب، وذلك أن يكون في موضع لا ينفذ فيه حكم حاكم الموضع الذي فيه الابنة ففي هذا

1 السيوري هو شيخ المالكية وخاتم الأئمة بالقيروان أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث المغربي السيوري أعد من يضرب بحفظه المثل في الفقه، توفي سنة 460 عن سن عالية، سير أعلام النبلاء ط: 24 ج 213/18 م س بتصرف.

2 نوازل البرزلي 303/2 م س.

3 أحمد بن سعد: هو أبو جعفر أحمد بن سعد بن بشتغير اللورقي المالكي لسليل أسرة عريقة في المجد مخضرم بين عصر الطوائف والرابطين توفي رحمه الله -516 هـ مقدمة تحقيق نوازل. ص 124 م س بتصرف.

4 طنجة: هي مدينة على ساحل البحر من المغرب مقابل الجزيرة الخضراء قال ابوقوت الحموي: هي مدينة قديمة وهي الآن لا تزال ذات أهمية شمال المغرب، وعروسه معجم البلدان 43/3 م س.

5 نوازل أحمد بن سعيد بن بشتغير اللورقي المالكي ت 516 ص 340، دراسة و تحقيق : قطب الريسوني ط. دار ابن حزم.

6 أبو عمران الفاسي: هو عالم القيروان موسى بن عيسى بن أبي الحاج يحيى البربري الفخجومي الزناتي المالكي كان من أعلم الناس وأحفظهم جمع الفقه للحديث ولد 368م وتوفي في رمضان 430م. سير أعلام النبلاء ط 23. ج 546/7 م س.

7 نوازل أبي عمران الفاسي النازلة 48 ص 110 جمع و تحقيق ذ.محمد البركة ط. إفريقيا الشرق ، وكذا المعيار 303/3.

يزوجها السلطان¹، إلا أن ابن سعدون جعل علة موجب النيابة عن الأب الغائب هو إسقاط النفقة، مدعياً أن ذلك لا خلاف فيه لكن إذا كان قاطعاً للنفقة وغيبته قريبة ومكانه معلوم ولا يتعذر الإعذار إليه هل يزوج عليه السلطان من غير إذنه فيعد الإخلال بالواجب مسقطاً للحق؟.

في حين نجد السيوري علة النازلة بمصلحة المولى عليها فاعتبر إمكانية تعرضها للضياع مسوغاً لتزويج السلطان على الأب بغض النظر عن نوع غيبته أو معرفة مكان وجوده من عدمه.

كما أن أحمد بن سعيد أجاب عن ذات النازلة بجواب وعلة مغايرين، معتبراً أن البكر لا تزوج على أبيها من قبل السلطان إلا في حالتين اثنتين: الغيبة المنقطعة كطنجة من المدينة أو انعدام النفقة، مما يفهم منه أن الغيبة غير المنقطعة لا تمكن السلطان من تزويج من رفعت أمرها إليه ولو كان يخشى عليها، كما أن من له مال يمكن أن يبيع لنفقة ابنته ببيع عليه، ولا يزوجها السلطان من غير إذنه من باب القضاء على الغائب.

أما أبو عمران الفاسي فاعتبر انعدام المانع بمثابة توفر الشرط، إذا كان البحث عن الشرط يفوت مصلحة حالة في مقابل دفع مفسدة متوهمة، إذ المصلحة هي تزويج من طلبت النكاح لإعفافها والمفسدة الموهومة هي قد تكون بكراً لها أب أو غير ذلك فيضيع حق الولي في الإشراف على النكاح أو رد غير الكفاء إذا اختارته، لكن دفع مفسدة الفساد بالإحصان أعظم من أي اعتبار آخر في هذا الباب.

مما يجعلنا نستنتج أن النوازل السالف ذكرها اتحدت في رفع الضرر عن لحقها، لكنها اختلفت في العلة المسوغة لموجب إسقاط حق الأب في الولاية، فإلى أي حد جسدت هذه الأجوبة التمسك بمصادر المذهب؟

هو ما أحاول مقارنته من خلال النقطة الموالية:

¹ معين الحكام ، 218/1 م سن.

ثانيا: التأسيس

جاء في المدونة: الرجل يغيب عن ابنته البكر أ يكون للأولياء تزويجها؟ قال مالك: إذا غاب غيبة منقطعة ينظر إليها السلطان ويزوجها، وفي رواية ابن زياد عن مالك الرأي أن ترفع أمرها إلى السلطان وليس للأولياء تزويجها دون السلطان في رأي مالك¹.

أما من خرج تاجرا لا يريد مقاما فليس للسلطان ولا لغيره من الأولياء أن يزوج ابنته البكر إلا أن يغيب غيبة منقطعة في قول ابن القاسم².

وأورد أبو محمد: أنه كتب إلى سحنون فيمن لزم صقلية وأطال المكث بها وترك بنتا بكرا تريد النكاح وتشكو الضيعة وهو يرسل النفقة وإن قلت، فقال: إذا طلبت النكاح شاكية الضيعة كتب إلى الأب ليقدم أو يوكل من يزوج ابنته، فإن تبين لده، زوج عليه السلطان، وقال في ذي الغيبة المنقطعة ومجهول المكان يزوج عليه السلطان ولا ينتظره³.

وذكر ابن الماجشون في البكر ذات الأب الغائب اتفاقا واختلافا، عن أصحاب مالك. فالذي اتفق عليه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الولي مجهول الموضع أو أسيرا والمرأة في نفقة وصون لا تزوج إلا إذا دعت للزواج فإن دعت زوجت في حال الأسر وجهل الموضع :

أما المختلف فيه فعندما يكون المكان معلوما و تدعو إلى الزواج فقال عبد الملك لا تزوج، وقال غيره ينظر لها السلطان⁴.

وفي منتخب الأحكام من سماع يحيى عن ابن وهب أن البكر ذات الأب تزوج في غيبته من قبل أحد الأولياء أو السلطان برضاها، ولا قول للأب بعد قدومه بشرطين اثنين:

1 المدونة الكبرى 283/2 م س بتصرف.

2 نفسه 284/2.

3 النواذر والزيادات 402/4 م س.

4 فقه ابن الماجشون: ص : 404 م س بتصرف.

أحدهما: أن يغيب غيبة منقطعة، والثاني أن يقطع عنها النفقة، أما إذا كان الأب يرسل لها النفقة وهي في منعة فلا يزوجها إمام ولا غيره إلا بتوكيل من الأب¹.

وقال القاضي عبد الوهاب: البكر التي غاب عنها وليها المباشر لا يزوجها غيره من الأولياء إلا أن يمضي على غيبته أربع سنين تنزيلا لها منزلة زوج المفقود². وفي المعونة غيبة الأب عن البكر نوعان:

الأول: أن تكون غيبة قريبة أو يكون مترددا للتجارة ونحوها فليس لولي ولا سلطان تزويجها إلا بتوكيل من الأب.

الثاني: أن تكون غيبة منقطعة بعيدة واستئذانه متعذرا ولو أن مكانه معلوم، والبكر بالغ ففي المسألة خلاف يزوجها السلطان إذا رفعت أمرها إليه وهو قول مالك، لا يجوز إنكاحها بوجه ما دام الأب حيا، وهو قول عبد الملك، واشترط ابن وهب لإنكاحها ثلاثة شروط، الغيبة المنقطعة، وقطع النفقة وطلبها للنكاح³.

وقال ابن عبد البر: إذا غاب أقرب أولياء البكر غيبة لا ترجى منها أوبة سريعة زوجها من يليه أو الحاكم، وقيل ليس لمن يليه إنكاحها والأول قول مالك⁴.

وذكر اللخمي: في البكر يغيب عنها أبوها أحوالا أربعة: حالة تمنع فيها من النكاح دعت إليه أو لم تدعو، في الغيبة القريبة واختيار غير الكفاء، وحالة يجبر فيها على النكاح في الوجهين جميعا، وحالة يتوقف فيها أمرها على طلبها وحالة اختلف فيها والضابط في ذلك كله نوع الغيبة وحاجة البكر⁵.

وبعد هذه الجولة المخترفة في مصادر المذهب نخلص إلى نتيجة مفادها أن النوازل السالف ذكرها لم تخرج في مجموعها عما هو مقرر في أصول المذهب، لكن إلى أي حد كان الأمران معا منسجمان مع روح نص الوحي؟

هو ما أحاول مقارنته من خلال الآتي:

1- منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 5/609 م س بتصرف.
2- الجامع لا يونس 4/184 م س.
3- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/527 م س.
4- الكافي في فقه أهل المدينة ص 233 م س.
5- تبصرة اللخمي 4/1793 م س.

ثالثاً: دراسة

بالرجوع إلى نصوص الوحي والنظر إلى مآلات الأمور نجد أن من المطرد شرعا رفع الحرج عن المكلف فمن استقرأ النصوص لا يجد نصا إلا ويقرر مصلحة المكلف في العاجل والأجل يقول الإمام الشاطبي: والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه أحد¹.

فإذا سلم هذا نجد في الباب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا ضرر ولا ضرار"² مما يثبت معه أن حق الشخص يتوقف عندما يكون التمتع به يمنع حق الغير أو يلحق به أذى .

وثبت في الصحيح أن اليتيمة تستأمر في نفسها، فدل على أن ذات الأب خلاف اليتيمة في الولاية فلا يتولى إنكاحها أحد مع وجود الأب حيا إلا إذا كان عاضلا أو منزلا منزلة الميت حكما عند تعذر إشرافه، لذلك اختلف فقهاؤنا- رحمهم الله - في البكر يغيب عنها أبوها غيبة انقطاع يتعذر فيها أخذ إذنه.

فاعتبر مالك - رضي الله عنه- أن تزويجها لا يكون إلا من طرف السلطان وحده إذا رفعت أمرها إليه رفعا للضرر إذ غيبة الولي بمثابة انعدامه، والسلطان ولي من لا ولي له، والغائب بمثابة العاضل في تعطيل حق البكر، و اعتبر ابن الماجشون أن الأب ما دام حيا لا يمكن لسلطان ولا لولي تزويجها لأن الغيبة لا تسقط حق الولاية، في حين اشترط ابن وهب لإنكاح البكر، انقطاع الغيبة وانعدام النفقة.

فعلى اعتبار لا يزوجه إلا السلطان فمرد ذلك إلى تنزيل الغيبة منزلة العضل فيكون التزويج بمثابة الحكم على الأب وهو من اختصاص السلطان.

أما على إجازة ذلك للأولياء فتنزىل لغيبة الأب منزلة موته فينتقل الحق إلى غيره.

وما أحسن ما رجح ابن رشد الحفيد - رحمه الله- حيث اعتبر غيبة الولي يجب أن ينظر إليها السلطان بمنظار المصلحة، ويرجحها على غيرها، فإذا كانت يخشى عليها

¹ الموفقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي بعناية ذ.محمد عبد الله درار ط . دار الكتب العلمية ط 2009 ص : 220.

² تقدم تخريج الحديث.

الفساد يزوجها ولو كان موضع الأب قريبا¹. فرغم توفر النفقة وكون البكر في منعة ومأمن قد تحتاج إلى النكاح لأن تأمين الجانب المادي قد لا يغطي الجانب المعنوي والعاطفي، فيكون الأولى في ذات الولي الغائب البالغ أن تكون أحق بنفسها من وليها ولو كان أبا.

وهكذا نخلص من مجموع ما تقدم بسطه أن غياب الولي المباشر غير الأب يسقط حقه ما لم يكن له مسوغ في غيبته غير المنقطة على المشهور من المذهب.

أما غيبة الأب فهي قسمان منقطة وغير منقطة.

فالأولى لا تخلو من وصفين إما أن تكون اضطرارا أو اختيارا.

فمثال الأولى كالأسر ونحوه لا تزوج ابنته إلا في الصور التالية :

الأولى: إذا بلغت ودعت إلى النكاح بنفسها.

الثانية: أن تنقطع عنها النفقة.

الثالثة: أن يخشى عليها الضيعة والفساد دعت إلى النكاح أو لم تدع إليه.

أما إذا كانت حياة الأب معلومة وغيبته قريبة فلا إنكاح عليه في بناته بحال ما لم يكن عاضلا، وإن كانت الغيبة منقطة زوجت عليه من غير شرط على ظاهر المدونة، واشترط في قول مالك في كتاب محمد الضيعة والفساد.

أما مجهول الحياة فحكمه حكم المفقود لكن هل للمفقود حكم الحي أو حكم الميت ؟

فعلى الأول النظر للسلطان، وعلى الثاني النظر للولي الموالي منزلة.

هذا عن الأب فهل يتنزل الوصي من قبله منزلته ؟

هو ما أحاول تناوله في الفرع الآتي :

الفرع الثاني : هل يتنزل الوصي منزلة الولي ؟

الأصل في الوصي أنه لا حق له في الولاية بوصف من الأوصاف لولا عهد

الإيضاء من قبل الأب.

¹ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 27/2 ط دار الفكر ط 1-2003 م.

والوصية بالنكاح كالوصية بالمال جائزة، لكن هل الحقوق غير المالية تنزل منزلة

الحقوق المالية لملكها؟ فيتصرف فيها بالأخذ لنفسه والنقل لغيره أم لا ؟

فإذا قلنا إن الوصي من قبل الأب بدل منه، والبديل يعطي حكم المبدل منه فهل يمكن

أن يكون وصي الأب كالأب مقدما على الأولياء ولو كان أجنبيا ؟ أم أن الأولياء أحق منه ؟

على غرار القاعدة : البضع للأولياء، والمال للأوصياء.

لمقاربة هذا الإشكال أسلك المسلك الآتي:

أولا : عرض النوازل المختارة

- أ- سئل السيوري: عن أوصى ابنه على ابنته وأقامه لها مقامه فزوجها بعد وفاته

من غير استئذانها.

فأجاب: أنا لا أرى مذهب مالك في جبر الأب إياها على النكاح، لأن في صحيح

مسلم الأب لا يزوج ابنته البكر إلا بعد أن يستأذنها¹.

- ب- و سئل ابن عتاب: هل ينزل وصي الأب منزلته ؟

فأجاب بما نصه: الوصي منزل منزلة الموصى فيمن للموصى عليه ولاية وهو مقدم

على الأولياء².

وأجاب عن ذات النازلة ابن مغيث³ بما نصه أيضا :

أن الوصي لاشيء له من أمر النكاح مع وجود الأولياء⁴.

¹ فتاوى الزرلي 327/2 م س.

² نفسه: 149/2.

³ ذكر الفتوى البرزلي منسوبة لابن مغيث ولم يعين من هو وقد عاش في المائة الخامسة أعلام متعددون بهذا الاسم. منهم أحمد بن مغيث الطليلي ت 459 لكن لم أثر على النازلة في كتابه المقنع وكذلك أبو بكر الطليلي ت 444، لكن غلب على ظني أنه الامام الفقيه المحدث شيخ الأندلس وقاضيا أبو الوليد يونس بن عبد الله بن محمد بن مغيث بن محمد بن عبد الله بن الصغار القرطبي صاحب القضاء والخطابة مع الوزارة مات في رجب 429 هـ.

⁴ نوازل البرزالي: 188/2 م س.

-ج- ووجه لابن رشد سؤال من مدينة بطليوس¹ عن رجل أوصى بأولاده لرجل وجعل معه مشرفا لا يقطع أمرا إلا بمشورته، فمات المشرف وزوج الوصي بعض بنات الموصي فمات الزوج قبل الدخول، فطلب الوصي الصداق والميراث، فامتنع ورثة الزوج بدعوى فساد النكاح لموت المشرف.

فأجاب بما نص معناه: بعد بيان أن هذه المسألة ليست كإنكاح أحد الوصيين، بقوله:

فإنكاح الوصي في مسألتك ليس بعقد فاسد و إنما هو موقوف على نظر القاضي إما أن يجيزه أو يرده بوجه النظر فإن لم ينظر فيه حتى مات الزوج فات ووجب للزوجة الصداق والميراث².

- د- وسئل أيضا: هل الوصي ولي لكل من كان الموصي وليا له من الأخوات والقربات كما هو نص الواضحة؟

فأجاب بما مطابقته: ما وقع في الواضحة صحيح وهو لابن القاسم ومعناه في الوصي المطلق، وقيل لا يكون وليا إلا على الموصى عليه المباشر، وقيل هو ولي لكن الولي أحق منه بالعقد، أما الوصي على شخص معين فلا تتعدى ولايته لغيره³.

-ه- وأجاب عن ذات النازلة ابن الهندي بالآتي:

الوصي على شخص معين إذا زوج إحدى قربات الموصي مضى⁴.

بتأمل أولي في الأجوبة المقدمة نجدها مختلفة وأحيانا متباينة فقد اعتبر السيوري الأخ الوصي المنزل منزلة الأب على رأي من يرى للوصي الإيجار كالأب على النكاح، لكن اجتهاده المسند للنص جعله لا يختار مذهب مالك في إيجار الأب، وإذا كان الأمر كذلك فمن باب أولى ألا يصح عقد الأخ عليها من غير استئذائها في حين نجد ابن عتاب وابن مغيث أجوبتهما متناقضة إذ جعل الأول وصي الأب بمنزلته، فإذا كان الأب مقدما على كل من عداه من الأولياء في أبضاع بناته ما لم يكن عاضلا فيجب أن يكون وصيه كذلك.

¹ بطليوس: بفتح تين وسكون اللام. مدينة كبيرة بالأندلس من أعمال ماردة على نهر آجة غربي قرطبة كانت في حكم بني الألفس في عصر الطوائف معجم البلدان 447/1 م س بتصرف.

² فتوى ابن رشد الجد 707/2 م س.

³ نفسه.

⁴ نوازل البرزلي 187/2 م س.

بينما ابن مغيث قدم الأولياء على الوصي معتبرا حق الولاية تبعا لحق التعصيب في الميراث والوصي أجنبي أحيانا لا قرابة بينه وبين المولى عليها، للقاعدة: البضع للأولياء والمال للأوصياء.

أما بيان ابن رشد أن الوصي مع المشرف ليس كالوصيين، لأن الوصي له النظر والتصرف بما يراه مناسبا بينما المشرف ليس له إلا المشورة، ولا يمكنه أن يقدم على أي تصرف ابتداء فافترقا .

ولما جعل الأب مع الوصي مشرفا كان كالولي ولما مات هذا المشرف السلطان ولي من لا ولي له، لكن لما فات نظر السلطان بموت الزوج لا يمكنه أن يسقط حقا مستوفيا لشروطه، بفوات مصلحة لصاحبه، وتمييزه بين الوصي المطلق وغيره بناء على أن لفظ الموصي كلفظ الشارع لا يمكن التصرف فيه.

فإلى أي حد طبقت هذه الأجوبة من فقهاءنا- رحمهم الله- ما هو مقرر في مصادر المذهب؟

هذا ما أحاول بحول الله الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية:

ثانيا: التاصيل

للإشارة فقد ذكر في ديوان الأحكام أن مسألة هل الوصي من قبل الأب هو بمنزلته نزلت بقرطبة حيث تنازع الأولياء والوصي في الولاية، فاختلف فيها أهل الشورى، فقال أبو الأصبع الوصي من قبل الأب أولى بعقد النكاح، وأفتى ابن عتاب أن مقدم القاضي أولى من الولي، وأفتى ابن القطان الولي أولى من السلطان وخليفته، وقال ابن سهل لا يحتاج إلى الإعذار إلى الأولياء مع الأوصياء من قبل الآباء، وإن قال ابن العطار في وثائقه

عن ابن الماجشون الولي أحق بالنكاح من الوصي لكن بالأول جرى العمل.¹

¹ نوازل ابن سهل ص : 183 م س.

قال مالك لا نكاح للأولياء مع الوصي، والوصي ووصى الوصي أولى من الأولياء،

وقال في جارية رضيت النكاح ورضي أولياؤها والوصي ينكر، لا نكاح لها ولا لهم إلا

بالوصي، فإن اختلفوا في ذلك نظر السلطان فيما بينهم، أما الثيب إذا زوجها أولياؤها برضاها والوصي ينكر فقال ابن القاسم إن ذلك جائز عند مالك، لكن ليس للأولياء مع الأوصياء قضاء في البكر¹.

وسئل مالك عن الأم هل لها أن توكل من يزوج ابنتها البالغ التي لا أب لها؟

فقال: لا يجوز إلا أن تكون وصية، فإن كانت وصية جاز لها أن تستخلف من يزوجها ولا يجوز لها هي أن تعقد نكاحها، قيل لابن القاسم ولو أوصى لأمرأة أجنبية كان لها ذلك؟ قال: نعم؟².

وجاء في الواضحة: الوصي أولى بإنكاح من ولاه الموصي من أوليائه، وإنكاح من له عليها ولاية من البنات والأخوات وغيرهن وهو قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين، أما إذا قال الأب زوج ابنتي، فله إنكاحها قبل البلوغ وإجبارها عليه بعده.

وقال أصبغ: الوصي كالأب في الصغيرة في كل شيء إلا في إنكاحها قبل البلوغ³.

وقال ابن القاسم: وصى الوصي في البكر وإن بعد كالوصي⁴.

لكن إذا كانت ثيبا فهل الأمر كذلك؟

قال ابن المواز: قال أشهب: الوصي في الثيب كالأب، إذ هي أحق بنفسها منه، وإذا كان ذلك كذلك فلها أن تسند أمرها لأوليائها دونه ولا قول له، على غرار قول مالك في الثيب التي أنكحها أخوها وكره أبوها ما للأب ولها وهي مالكة نفسها.

1 المدونة الكبرى 288/2 م س.

2 نفسه 289/2.

3 النوازل والزيادات 401/4. 399.

4 الجامع لابن يونس 187/4 م س.

ومن الواضحة: إذا قال الموصى زوج ابنتي تنزل منزلته وكان له إنكاحها قبل البلوغ كالأب إلا أن يخرج فعله عن النظر لها¹.

وفي البيان والتحصيل: سئل مالك عن رجل أوصى عند موته بميراث ابنة له صغيرة أن يدفع إلى رجل أترى أن يلي بضعها في إنكاحها؟ قال لا أرى ذلك حسنا ولو رفع إلى السلطان ينظر فيه².

وحكى ابن جبيب عن مالك وأصحابه: أن الموصي إذا قال للوصي زوج ابنتي من فلان أو ممن ترضى نزل في ذلك منزلته، وكان له تزويجها قبل بلوغها وبعده بغير مؤامرتها لكن إذا قال فلان وصى فقط، لم ينزل منزلته لكنه أحق من سائر الأولياء خلافا لسحنون في الثيب ولأصبع في الثيب والبكر معا³.

قال ابن رشد والقياس ما قال ابن جبيب: فإذا قال فلان وصى على ماله فليس بوصي على ولده في تزويجهم وإنما يكون وصيا في تزويجهم إذا قال فلان وصى ولم يزد⁴.

لكن إذا تنزل الوصي منزلة الأب فهل له إجبار البكر على النكاح كالأب؟

قال مالك: لا يجوز للقاضي ولا لأحد أن يزوج صغيرة لم تحض إلا الأب أما الغلام فللوصي أن يزوجه قبل أن يحتلم⁵.

قال ابن الجلاب: الوصي أولى بالنكاح من الولي في البكر، لكن يستحب له مشاورته وهو في الثيب وغيره من الأولياء سواء⁶، وقال ابن عبد البر: الوصي أولى من الولي عند مالك بالإنكاح ويستحب له مشاوره الولي، وهو في الثيب ولي من الأولياء⁷.

وجاء في جامع الامهات: ووصى الأب ووصيه، بالإنكاح كالأب وقيل إلا في الإجماع وقيل إلا أن يفهم الإجماع، وقيل أولى في البكر البالغ وقيل هو والولي سواء، وقيل الولي أولى¹.

1 نفسه.

2 البيان والتحصيل لابن رشد : 298/3 م س.

3 نفسه 299.

4 نفسه، 299.

5 المدونة 288/2 م س.

6 التفريع لأبي القاسم ابن الجلاب 30/2 م س.

7 الكافي في فقه أهل المدينة ص 234 م س.

ترى إلى أي حد شكلت هذه النصوص المنقولة من مصادر المذهب التزاما بروح نص الوحي؟

هو ما يمكن أن تجيب عنه النقطة الموالية:

ثالثا: دراسة

الوصية بالنكاح كالوصية بالمال جائزة شرعا، لكن هل ينزل الوصي في كل نظر للموصي منزلته؟ كتزويج من للموصي عليها ولاية قبل البلوغ .

قال المقرئ: اختلف المالكية في الحقوق غير المالية كولاية النكاح ... هل هي كالحقوق المالية لمالكها أن يتصرف فيها بالأخذ لنفسه والنقل لغيره؟ وهو المشهور وخلافه شاذ، فيستفاد من هذا أن الوصي يحل محل الأب في كل ما للأب من الولاية بما في ذلك إنكاح البكر قبل البلوغ.

لكن نقل ابن الأصبع عن ابن حبيب أن السنة الماضية أن الوصي قائم مقام الأب في تزويج الصغير من بينه وغير قائم مقامه في تزويج الصغيرة من بناته قبل بلوغها أبدا ولا بعده إلا بمؤامرتها وأخذ رضاها، لقوله صلى الله عليه وسلم -: "اليتيمة تستأمر في نفسها".

لكن الوصي أولى بعقد نكاح الموصى عليها من الإخوة وسائر العصبية والسلطان، وهو الذي جرى به العمل بالأندلس على ما نقل ابن سهل: خلافا لما حكى ابن العطار عن ابن الماجشون أن الوصي لا مقال له مع الأولياء فله المال ولهم الأبخاع وهو الأطبق للأصول فبه الرواية في الأم وغيرها، كما تقدم، وهو الأوفق للسنة.

¹ الجامع بين الأمهات لابن الحاجب 374/2 م س .

فقد أقر النبي - صلى الله عليه و سلم - ابن مظعون لما قال في ابنة أخيه أنا عمها ووصي أبيها فلم يرد عليه تقديمه على غيره، وهو أمر مسلم في البكر، أما الثيب فبخلافها فالأب نفسه ليس بأحق منها بنفسها، لحديث خنساء بنت خدام الأنصارية، في البخاري أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحه، فإذا كان الأب ليس بأولى منها فمن باب أولى ألا يكون الوصي كذلك .

أما إنكاح الوصي من تحت ولايته قبل البلوغ والإجبار على النكاح فلا ينتزل منزلة الأب فيه، لأن الأب إنما ملك الإجبار لمعنى فيه لا يوجد في غيره فكل من زوج امرأة غير الأب بلا إذنها فإنكاحه مردود، و ما ورد في الواضحة من أن للوصي إنكاح الموصى عليها قبل البلوغ إذا جعل له الأب ذلك وإجبارها بعده هو خلاف نص الحديث في قوله

- صلى الله عليه و سلم - لأخ عثمان بن مظعون: " إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها" فدل الحديث أن اليتيمة لا تجبر على النكاح، و إذا كان ذلك كذلك فلا تزوج إلا برضاها، والرضا لا يكون إلا من بالغ فلزم منه أن اليتيمة غير البالغ لا يمكن إنكاحها لأنه يتعذر استئمارها.

أما فتوى السيوري -رحمه الله- المتضمنة أن الأب لا يملك في البكر إجبارا استنادا لحديث مسلم فقد قال مالك إن المراد به البكر التي لا أب لها فهي التي لا تنكح إلا بإذنها أما ذات الأب فالأب إجبارها على النكاح ما لم يخرج فعله عن النظر لها، ودليله أن الوالد غير متهم في حبه لولده وحرصه على مصلحته ما لم يثبت العكس.

وحجته من الكتاب ما ورد في قصة صاحب مدين لموسى عليه السلام في قوله تعالى: "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي"¹، فلم يذكر استئمارا وشرع من قبلنا شرع لنا إذا توفرت شروطه وهو كذلك، ومن السنة ما أخرجه البخاري وغيره أن النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوج أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها -² وهي ابنة ست أو سبع وبنى بها وهي ابنة تسع.

¹ الآية 27 من سورة القصص.

² أخرجه البخاري في كتاب النكاح تحت باب إنكاح الرجل ولده الصغار رقم 5133.

فإذا كانت الصغيرة لا يمكن استثمارها جاز الإيجار عليها لأن فعل النبي -صلى الله عليه وسلم - لا يكون مكروها ولا خلاف أولى فما بالك بغيره من المنهي عنه. إلا أن الإيجار ورد شرعا في الأب فلا ينقل لغيره بوجه من الوجوه والله أعلم. هذا عن النيابة في الولاية فماذا عن إسقاط سلطة الولي فيها؟

المطلب الثاني : موجب إسقاط سلطة الولي

إذا كان حق الولاية يعطي الولي حق التصرف فيما يتعلق بشؤون المولى عليه، ويعد مقدا على غيره ويحمل تصرفه على النظر المصلحي حتى يثبت العكس، فثمة تصرفات من الولي تحد من سلطته أو يجعل فعله مردودا، لذلك جاء هذا المطلب في فرعين اثنين الأول في العضل والثاني في التسور على المولى عليه، فكيف ذلك ؟

الفرع الأول: العضل

لا يخرج لفظ العضل في الاستعمال اللغوي عن الشدة والقوة والمنع، وقد استعمل شرعا، في امتناع الولي عن تزويج وليته ممن هو كفاء لها قال تعالى: " ...فلا تعضلوهن ..."¹.

ولا خلاف داخل المذهب أنه لا حق للولي في عضل وليته عن كفاء لها وقدم لها صداق مثلها فإن فعل عزله العضل إلا الأب فقد اختلف في عضله، فهل كل منع من قبل الولي يعد عضلا ؟

للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال أقترح الآتي:

أولا : عرض النوازل المختارة

- أ- سئل عبيد الله بن يحيى عن أثبتت كفاءة من خطبها وثبت عضل أوليائها لها، فهل توكل من يعقد نكاحها دون وليها ؟

¹ الآية 231 من سورة البقرة.

فأجاب: الولي إذا أعزل مولاته أحضر من طرف القاضي وأعلم برضا مولاته
بالزوج والصداق ويؤمر بعقد النكاح فإن ادعى عدم كفاءة الزوج كلف إثباتها فإن أبى وكل
لها القاضي من يزوجها¹.

-ب- وكتب لعيسى ابن سهل² في رجل أنكح أخته رجلا وعقد له عليها ثم أنكره
والجارية راضية.

فأجاب بما نصه: والصواب عندي أن يوقف الأخ على ما ذكره الزوج فإن وافقه
على الإمتناع كشف عن وجه امتناعه فإن روي صوابا ترك، وإلا قدم القاضي من يعقد
نكاحها.

وعن ذات النازلة أجاب محمد بن غالب³: بأن تمتحن الجارية فإن رضيت بالزوج
والصداق أوقف الولي على العقد أو إقامة حجة الامتناع فإن لم يأت بذلك ثبت عضله ووكل
القاضي من يزوجها⁴.

-ج- وسئل المازري: عمن أرادت تزوج رجل فمنعها عمها مدعى أنه لا يليق بها .
فأجاب: إذا شهدت بينة ألا معرفة على الأعمام ولا ضرر وهو كفء لها زوجت منه.
وسئل عمن يكون الإثبات؟ قال على العم الذي يريد منعها عما هو حق لها والأصل
عدم الضرر حتى يثبت الناقل.

-د- وكتب لإبن رشد من رندة⁵ في يتيم تحت نظر أمه قدمت عليه رجلا فعقد ذلك
المقدم نكاحه من ابنة له فقيرة واليتيم مرغوب فيه من أهل اليسار على صداق معجل يؤدي
بالدخول و كاليء هل يلزم هذا النكاح ؟

فأجاب: إن كان زواجه منها بصداق مثلها فأقل فهو نكاح جائز¹.

¹ الإعلام بنوازل الأحكام ص 189.

² ابن سهل: هو عيسى ابن سهل بن عبد الله الأسدي و يكنى أبا الأصبع ولد بحيانينة 413 ، و توفي الجمعة 4 صفر 486 هـ.

³ ذكرت فتوى محمد بن غالب: وهو محمد بن غالب بن الصفار كان مشاورا مع ابن لبابة ت 295م لكن لم يجر العمل بفتواه لذلك جاءت أجوبة المتأخرين مخالفة لها.

⁴ ديوان الأحكام الكبرى ص 175 م س.

⁵ رندة قال صاحب المعجم رندة: بضم الأول وسكون الثاني معقل حصين بالأندلس، وهي مدينة قديمة بين إشبيلية ومالقة.
معجم البلدان 73/3 م س.

بنظرة تأملية في أجوبة فقهاءنا- رحمهم الله- أعلاه نجد أنها اتحدت في رفع العضل عن المرأة من قبل الولي، وأن الولي أيا كان لا يملك سلطة مطلقة على المولى عليها فيقف ضدها في التزوج ممن رضيت به.

لكنها لم تغفل أخذ وجهة نظر الولي بحيث لو كان له مسوغ وجيه في منع وليته من الزواج، لكون ما اختارت ليس مصلحة لها لا يتصور عليه في ولايته، إذ الأصل الولي غير متهم في نظره لمن هو في ولايته.

كما اتفقت على أن المرأة ولو ثبت عضل وليها لها لا يمكن أن تزوج نفسها بنفسها، وإنما يجبر الولي على العقد أو يقدم القاضي من يعقد النكاح بدلا منه، إلا ما انفرد به ابن غالب من اختبار المرأة في اختيارها.

فإلى أي حد جسدت هذه النوازل الالتزام بمصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال الآتي:

ثانيا: التأصيل

العضل مرفوع عن المولى عليها شرعا، لكن هل يكون الولي برد الخاطب الأول عاضلا فيزوج عليه السلطان؟

قال الإمام ابن القاسم: إذا عرف عضله ولم يكن منعه نظرا لها ورفعت أمرها إلى السلطان وطلبت منه تزويجها وثبت عنده أن منع الأب ليس بنظر لها فيقول للأب إما أن تزوجها وإلا زوجتها عليك.

ومن المدونة: من خطبت وهي ثيب ممن هو دونها في الحسب والشرف إلا أنه كفاء في الدين فرضيت به وأبى وليها، يزوجها السلطان ولا ينظر إلى قول الأب أو الولي إن رضيت به وهو كفاء في دينه .

¹ فتاوى الإمام المازري 178/1 تحقيق د/ حميد لحمير ط دار الطائفة ط 2011 م .

قال مالك: أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء لقوله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى"1.

وفي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يعترض على الأب في رد الخطاب عن ابنته البكر حتى يتبين أنه أراد الضرر بها وتطلب هي ذلك، أما غيره من الأولياء فينظر السلطان فإن رأى تزويجها حظا لها زوجها برضاها و إن كره وليها².

ومن التهذيب: ولا يكون الأب عاضلا لابنته في رد أول خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره فإن ثبت وأرادت النكاح خيره الإمام بين أن يزوج أو يزوج عليه لحديث لا ضرر و لا ضرار³.

وفي الأجوبة لابن سحنون: إذا دعت المرأة إلى رجل و دعا أبوها إلى غيره.

قال مالك: القول قول المرأة إذا دعت إلى كفئها، قيل له إذا امتنع الأب قال زوجها القاضي بعد علم الأب، و كذلك البكر إذا خطبت إليه مرة بعد مرة وعضلها⁴.

لكن إذا زوجها غير القاضي والأب من الأولياء، فقد ذكر محمد ابن سحنون في المسألة خلافا فقيلا: إن ذلك جائز إذا كان المنكح أحد العصبة، وقال ابن شهاب وابن هرمز لا يعقد إلا بمحضر الأب أو القاضي، فإن لم يكن أب ولا قاضي ولا عاصب فسخ النكاح أبدا⁵، ولعل هذا الخلاف في البكر وليس في الثيب التي هي أحق بنفسها⁶، وعن مالك المرأة ترضى بالرجل دونها في الحسب وهو كفاء في الدين فيمنعها الولي للسلطان تزويجها دون إذن⁷.

1 المدونة الكبرى 284/2- 285 بتصرف م س.

2 النوادر والزيادات 390/4 م س.

3 التهذيب للبرادعي 143/2 .

4 كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص 132 م س بتصرف.

5 كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص 132 م س بتصرف.

6 نفسه.

7 لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها ، خرجه مسلم في كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح، رقم 1421.

وجاء في التبصرة: في الأب يعضل ابنته خلاف في الأم، وليس ذلك له وللسلطان تزويجها إذا منعها ممن هو كفاء لها، وهو المعتمد، وعن ابن حبيب للأب منع البكر وليس للسلطان، أن يتسور عليه في ابنته وإن طلبت ذلك منه¹.

وقال اللخمي: أرى أن ينظر في حال الأب فإن كان رجلا صالحا فإنه لا يمنع لغير عذر فقد يطلع منها على عيب يعلم أنها متى زوجت طلقت به فهو أدري بوليته ولا يتهم في هذا وإن لم يكن كذلك، كشف عن سبب امتناعه فإن لم يوجد له وجه زوجت عليه².

وفي المعونة: إذا دعت المرأة إلى كفاء فليس للولي الامتناع لقوله تعالى: "فلا تعضلوهن . . ." ³، وإن امتنع زوجها السلطان لكونها بمنزلة من لا ولي لها، لأن الولي أبطل ولايته بالعضل فانتقلت إلى غيره، وإنما كان هذا الغير هو السلطان لرفع النزاع لحديث:

" فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ⁴.

لكن إذا دعت إلى غير كفاء وأباه وليها فلا تزوج إلا بإذنه ولا يعد عاضلا لأن حقه ألا تلحقه معرفة بسببها⁵.

وجاء في التلقين: ولا يجوز لولي عضل وليته إذا دعت إلى كفاء في الدين والحال والمروءة ويزوجها عليه الإمام، وإن اتفقا على غير كفاء جاز⁶.

وقال ابن الحاجب: ويجب على الولي تزويج البكر إذا دعت إلى كفاء معين فإن عضلها أمر، فإن امتنع زوجها الحاكم، وعضل الأب لا يتحقق برد خاطب أو خاطبين حتى يتبين⁷.

وهكذا من مجموع ما تم بسطه من أقوال في مصادر المذهب يتحصل لنا الآتي:

1 النوادر والزيادات 388/4 بتصرف .

2 التبصرة 1818/4 م س بتصرف.

3 سورة البقرة الآية 232.

4 أخرجه أبو داود في كتاب النكاح بسند صحيح.

5 نفسه.

6 التلقين في الفقه للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص 86 ط وزارة الأوقاف المغربية ط 1993 م .

7 الجامع بين الأمهات لابن الحاجب 376/2 م س .

أن المولى عليها التي تتعرض للعضل هي إما بكر أو ثيب، وفي كلا الحالين العاضل إما أب أو غيره من الأولياء، فيحصل من مجموع ذلك ستة أقوال في المسألة:

أحدها: الثيب إذا خطبها كفاء في الدين وهو دونها في النسب والشرف ورفعت أمرها للسلطان زوجها من غير التفات لاعتراض وليها في قول ابن القاسم .

الثاني: إيقاف الولي وإخباره إما أن يزوج أو يزوج عليه السلطان، وفي تزويج غير السلطان من العصبية خلاف.

الثالث: الأب لا يتسور عليه في ابنته برد الخاطب والخطبين حتى يتبين عضله بخلاف غيره .

الرابع: السلطان لا يزوج على الأب بحال ولو طلبت المرأة ذلك في قول ابن حبيب.

الخامس: التمييز بين صلاح الأب وعدمه، فلا يزوج على الصالح لعل له عذرا بخلاف غيره.

السادس: يجوز للمرأة والولي معا أن يتفقا على غير كفاء .

لكن إلى أي حد جسدت هذه النصوص الالتزام بروح النص ؟

هو ما حاول الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية :

ثالثا: دراسة

الأصل أن الضرر مدفوع شرعا سواء من الوالي أو من المولى عليها كذلك لما جاء في الحديث: " فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " معناه أن من لا ولي لها، فالسلطان وليها، ومن لها ولي فمنعها التزوج ممن اختارت إعضالا لها فقد عزل نفسه عن الولاية بالعضل و انتقلت ولايته إلى السلطان.

قال ابن بطال: إذا عضل الولي وليته رفعت أمرها إلى السلطان فيرده عن العضل

لما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في معقل ابن يسار¹.

¹ شرح ابن بطال لصحيح البخاري كتاب الرضاع باب من قال لا نكاح إلا بولي 194/7 ط دار الكتب العلمية ط 2003/1 م.

لكن معقلا رده نص القرآن، وأصل ذلك ما أخرجه البخاري عن معقل - رضي الله عنه - أن قول الله عز و جل: " فلا تعضلوهن ..."، نزل فيه حين منع أختا له من الرجعة لمن طلقها بعد انتهاء عدتها و هو بشهادته لا بأس به¹.

وكذلك إذا اختارت المرأة غير كفاء في الحال والدين ممن يلحق الولي منه معرفة كان له منعها ولا يعتبر منعه عضلا لها رفعا للضرر لقوله - صلى الله عليه و سلم-: " لا ضرر ولا ضرار "².

هذا عن الولي إذا عضل فماذا لو تجاوز حدود ولايته فتصرف تصرفا يعد مفسدة في حق المولى عليه؟

ذاك ما أحاول مقارنته من خلال الفرع الآتي:

الفرع الثاني: التسور على المولى عليه

تسور الولي هو مجاوزته اختصاصه فيما هو موكول إلى نظره، أو تصرفه تصرفا يناقض المصلحة الفضلى للمولى عليه، سواء كان هذا الولي من العصابة، أو وصيا للأب أو مقما من طرف القاضي.

مما يمكن معه الجزم أن الشرع الحنيف وفر الحماية الفعلية وقدم الضمانات الكفيلة لتمتع صاحب الحق بحقه كاملا غير منقوص ولو كان ضعيفا.

فما هو التصرف الذي يعتبر من الولي تسورا على المولى عليه ؟

لمقاربة هذا الإشكال يمكن التوقف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

أ- سئل أبو الحسن¹ اللخمي عن وصي على بنات من قبل أبيهن، ولهن كفاية ومؤونة مما ترك أبوهن، فزوج واحدة منهن لرجل في ديوان العبيديين ممتلى الذمة من الحرام هل يفسخ النكاح أم لا ؟

¹ أصل القصة أخرجه البخاري في كتاب النكاح تحت باب من قال لا نكاح إلا بولي رقم 5130.

² تقدم تخريجه.

فأجاب: هذا نكاح لا يجوز ويفسخ بكل حال وللإبنة صداقها على الوصي، لأن الزوج لا ذمة له يقضى منها الصداق².

-ب- وسئل أبو صالح هل يجوز للأب أن يعرى بيت ابنته من جهازها؟

فأجاب: لا يجوز للأب أن يعرى بيت ابنته من ثياب جهازها وما اشترى بنقدها كانت سفية أو غير ذلك³.

-ج- و سئل أصبغ⁴ بن الفرغ عن حالها مستقيمة مع زوجها من ثلاثة أعوام، وأراد أبوها أن يوقف شورتهها، وطالب الزوج بكالي صداقها، وهي والزوج كارهان. فأجاب: إذا حكم القاضي برشدها لما ثبت عنده فليس لأبيها التسور عليها بوجه وإن لم يحكم بذلك أعذر إلى الأب فإن كان له مدفع وإلا أطلقها من ولايته فلا يكون له سبيل على شيء من أحوالها⁵.

وأجاب عن ذات النازلة ابن رشد بالآتي :

للأب ما دعا إليه عن ذلك إذا كان مأمونا عليه ما لم يخرجها القاضي عن ولايته لما ثبت عنده من رشدها⁶.

-د- وسئل الماموني⁷: هل للأب أن يطالب زوج ابنته البكر بالنقد والدخول؟

فأجاب: ليس ذلك للأب إلا أن تشأ ذلك الابنة وإليه ذهب ابن عتاب وغيره⁸.

وكتب لابن المكوي: هل للولي أن يزوج وليته من ابنه؟

1 هو أبو الحسن اللخمي على بن محمد الربيعي المعروف بالشيخ ولد بالقيروان الأصل ونزل اسفاقس وبها توفي سنة 478 و اللخمي نسبة لجدده لأمه أنظر مقدمة تحقيق التبصرة 124/1.
2 فتاوى البرزلي 279/2 م س.
3 المعيار 222/3 م س.
4 أصبغ: هو أبو القاسم أصبغ بن الفرغ بن فارس الطائي أحد كبار قرطبة وزعماء المفتين ولى القضاء فحمد الناس سيرته توفي سنة 400م الديباج 302/1 م س.
5 فتاوى ابن رشد الجد 1598/3 م س.
6 فتاوى ابن رشد 1598/3.
7 الماموني : هو أبو محمد قاسم بن هشام الرعيني المعروف بالماموني من أهل سبتة ت 448هـ/1056م ترتيب المدارك 92/1.
8 معين الحكام 174/1 م س.

فذكر أن محمد بن وليد وأيوب بن سليمان أجابا بكون ذلك جائز إذا ثبت للقاضي رضى اليتيمة والسداد في صداقها وأن الزوج كفاء لها في كل أحواله¹.

-ه- وسئل ابن المكوى هل يجوز للجد للأب أن يزوج يتيمته التي لم تبلغ المحيض؟

فأجاب: لا يزوجها إلا برضاها إذا كانت قد بلغت أو أشعرت².

إذن من خلال هذه النوازل يتضح لنا أن نظر الولي غير السديد مردود كيفما كان نوعه، وأن كل تصرف منه يجب أن تكون علقته المصلحة الحقيقية للمولى عليه في دينه ودنياه.

وأن مصلحة المعتقد لا يمكن أن تعدلها مصلحة أخرى مهما عظمت إذ اعتبر اللخمي تزويج الوصي البنت لرجل فاسد المعتقد تصرفا غير سديد يحمله غرم الصداق علاوة على فسخ النكاح، لأن الوصي تعدى في سلطته فحمل من تحت نظره على تصرف هو عين المفسدة والمفرط أولى بالخسارة والحمل عليه .

كما نجد أبا صالح وأصبغ وابن الماموني إلا ما اعتبر تمييزا من ابن رشد -رحمهم الله- قد اتفقوا على أن الولي الأب الذي له الإيجار في ابنته لا يمكنه أن يتصرف تصرفا لا تقره هي عليه ولو كان مصلحة لها ما دامت رشيـدة، كما يعد كل تصرف من الأب على هذه الشاكلة مردود بقوة الشرع، ما لم يكن للأب فيه نظر سديد والبنت لم تخرج عن نظر ولايته بعد وقد يجرد من الولاية لمجرد تعديه.

لكن ابن رشد اعتبر تصرف الوالد لولده محمولا على السداد ما لم يثبت عكسه أو يكون تصرفا لا موجب له، كأن تكون البنت خرجت من ولايته بترشيد القاضي لها في مالها.

كما اعتبر ابن المكوى -رحمه الله- أن الجد ولو كان بمنزلة الأب لا ينزل منزلته المطلقة في الولاية.

¹ الإعلام بنوازل الحكام ص 194 و ما بعدها.

² أحكام الشعبي ص 416 م س.

فلا يجوز له إنكاح حفيده قبل بلوغها أو دون إذنها، وهو الأطبق لنص الحديث:
لكنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها¹.

فإلى أي حد كانت هذه الأجوبة مجسدة لاختيار مصادر المذهب ؟
هو ما تعرب عنه النقطة الموالية :

ثانياً : التأصيل

جاء في العتبية من رواية عيسى أن ابن القاسم سئل هل للولي أن يزوج وليته من
ابنه؟

فقال: إذا كان ابنه لا مال له وإنما رغب في مال اليتيمة فهو نكاح غير جائز وإن
كان له من المال مثل الذي لها وهما سواء، ومثلها لمثله، جاز ذلك².

وروى ابن وهب عن مخرمة عن أبيه قال سمعت ابن مقسط استفتي في غلام كان
في حجر رجل فأنكحه ابنته أيجوز هذا النكاح؟ قال: نعم، وهما يتورثان ومثله روي عن
نافع مولى ابن عمر، وزاد ابن شهاب أراه نكاحاً جائزاً وإن كرهه الغلام بعد احتلامه³.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: لا أحب أن يعقد على نفسه نكاح يتيمته بإذنها ولها
أولياء، فإن فعل نظر فيه فإن كان غبطة - مضي، وكذلك إذا زوجها لابنه⁴.

وفي سؤال لمالك عن امرأة ولت أمر نكاحها لوليها إن جاءه كفاء من غير إذنها،
فزوجها بأقل من مهر مثلها، أن ذلك ليس من عمل الناس وأن النكاح لا يلزمها باتفاق إلا أن
ترضى به⁵.

قال ابن رشد إن ظهر أن فعل الولي سداد لليتيم جاز وإن ظهر أنه غير سداد لم يجز
وهو محمول على غير السداد حتى يتضح العكس، وهو متهم في نفسه وفي ابنته،

¹ تقدم تخريجه في المطلب السابق.

² النوادر و الزيادات 408/4 م س ، بتصرف.

³ المدونة الكبرى 289/2 م س ، بتصرف.

⁴ النوادر و الزيادات 407/4 م س بتصرف.

⁵ البيان و التحصيل : 352/3 م س.

وذلك خلاف تزويجه من امرأة أجنبية، فإن فعله يحمل على السداد حتى يثبت خلافه¹ وهو كذلك، لأن المأذون له في العقد إذا عقده لنفسه كان متهما بالمحاباة.

وجاء في العتبية من سماع ابن القاسم: ومن زوج أخته أو إبنته الثيب وهي معه مقيمة ثم تخبر بذلك فترضى، فلا بأس به وإن كانت بائة عنه وعندما علمت رضيت لا يجوز ذلك النكاح².

وقال ابن مزين: قلت لأصبع فمن زوج وليته وهي بعيدة الغيبة فرضيت لما علمت و دخل بها زوجها أيثبت هذا النكاح ؟ فقال : لا، يفسخ قبل البناء وبعده³.
وإن كان قول مالك قد اختلف فيه، فمرة قال لا أحب المقام عليه ومرة قال إن رضي الغائب جاز⁴.

قال ابن حبيب: لا ينبغي للوصي أن يتزوج من بنات الموصى ولا يزوجهن من بنيه، فإن وقع نظر فيه السلطان فإن وجده صوابا أمضاه، وإن لم يجده كذلك فسخه في غير المدخول بها، أما المدخول بها فلها صداق مثلها⁵.
وهذا طبق القاعدة: المأذون له في العقد لا يملك عقده لنفسه⁶.

ومن البيان التحصيل في كتاب الجامع التاسع: من أهل البدع والأهواء من لا يكفر بمعتقده، بإجماع وهو من لا يؤول به معتقده إلى الكفر، كمن يعتقد أن عليا أفضل من أبي بكر – رضي الله عنهما – ومنهم من هو كافر بإجماع كالذي يقول إن جبريل أخطأ بالوحي⁷.

وعلى أي فكل ما من هذا القبيل أو على شاكلته ينظر فيه السلطان على مذهب مالك فما كان صوابا أمضاه وما كان غير ذلك فسخه ما لم يفت بالدخول فيكون فيه صداق المثل.

¹ نفسه 451/3.

² منتخب الأحكام لابن وصول ص 172 م س.

³ نفسه ص 173.

⁴ منتخب الأحكام ص 182.

⁵ النوادر 409/4.

⁶ قواعد المقرئ القاعدة 523 ص 298 م س.

⁷ البيان والتحصيل 542/11 م س ، بتصرف.

ترى إلى أي حد انسجمت هذه النصوص والأجوبة المثبتة مع روح النص؟

ذلك ما أحاول بحول الله مقاربتة من خلال الآتي :

ثالثاً: دراسة

مما تقدم يتضح أن ما يحتاج أن يتوقف معه بمزيد بيان مسألتان اثنتان كالاتي :

إحدهما كون الولي في النكاح هو الخاطب هل يزوج نفسه؟ أو يحتاج إلى ولي آخر؟
بالتتبع لنصوص الوحي نجد أنه ورد في السنة المطهرة ما يفيد المنع والجوار
معاً، كما أعربت النصوص المذكورة سلفاً، وقد بوب الأمام البخاري في الجامع
الصحيح باباً بعنوان إذا كان الولي هو الخاطب¹.

فأبقى الأمر –رحمه الله- محتملاً ليستفاد منه فقها أن الآثار التي ورد فيها أمر الولي
غيره أن يزوجه ليس فيها المنع صريحاً فيكون أقصى ما تدل عليه أن الأمر الوارد في ذلك
للاستحباب وليس للوجوب وأخرج تحت الباب أثرين معلقين أفادا ذات المعنى.

الأول: عن المغيرة بن شعبة: أنه خطب ابنة عمه عروة بن مسعود فأرسل إلى عبد
الله بن أبي عقيل فقال زوجنيها، فقال ما كنت لأفعل أنت أمير البلاد وابن عمها، فأرسل إلى
عثمان بن أبي العاص فزوجها منه².

كما أورد ضمن الباب تعليقا خبر عبد الرحمان ابن عوف –رضي الله عنه- لأم حكيم
بنت قارظ أتجعلين أمرك إلى؟ قالت نعم، فقال قد تزوجتك³.

وكون الولي لا يباشر عقد نكاحه من وليته بنفسه استحباباً وليس وجوباً هو
المنقول عن مالك والأوزاعي وربيعة والثوري والليث بن سعد، وأبي حنيفة وسواد
من أصحابه – رضوان الله عليهم- خلافاً للشافعي وداوود وزفر القائلين بوجوب إسناد
ذلك لولي مثله أو أقعد منه أو للسلطان محتجين بكون الولاية ركناً في النكاح فلا يكون
النكاح منكحاً⁴ على غرار القاعدة: المأذون له في العقد لا يملك عقده لنفسه.

¹ الباب السابع و الثلاثون 37 من كتاب النكاح رقم: 5131.

² أصل الحديث أورده البخاري معلقاً وغيره موصولاً ، انظر فتح الباري ، 9/106 م س بتصرف.

³ صحيح البخاري ، كتاب النكاح : باب إذا كان الولي هو الخاطب، م س.

⁴ فتح الباري 9/107.

كما يستدل لكون الولي ناكحا سواء بنفسه أو بغيره ، قوله تعالى : " **و يستفتونك في**

النساء " الآية1.

الثانية اعتبار إنكاح الولي وليته لرجل فاسد المعتقد مفسوخا وتحميل الولي الصداق، وهو ما أفتى به الإمام اللخمي -رحمه الله- وقد أفتى بمثله في سنية تزوجت خارجيا بأنه إذا لم يتب فرق بينهما لأنه يخشى منه أن يفتنها ويفسد دينها²، وقد أفتى السيوري أن مالكا نهى عن مناكحة فاسد العقيدة لكن إذا وقع مضى والصداق واجب والولد لاحق، كما كان ابن القاسم وسحنون يريان عدم مناكحة فاسدي العقيدة، قال ابن بشير الفسق مانع من الكفاءة، لكن ما الذي دفع اللخمي إلى تحريم مناكحة الروافض جملة؟.

قدما قيل الانسان ابن بيئته، والفتوى كذلك، فموقف اللخمي هذا هو موقف علماء القيروان المالكية خاصة والمالكية بالغرب الاسلامي عموما الذين اتسم موقفهم من الشيعة عموما والعبيديين على وجه الخصوص بالمقاطعة وعدم المخالطة ولو أدى الامر إلى القتل، وتكفيرهم والمجاهرة بمعاداتهم وإعلان الجهاد ضدهم .

ولما أفتى أبو إسحاق التونسي أن الشيعة على ضربين منهم من يفضل المفضول على الفاضل كتفضيل علي على الصديق - رضي الله عنهما - فهذا ينكح إليه ويبين له سوء مذهبه ويقام عليه الدليل ... ومنهم من يفضل عليا و يلعن غيره فهؤلاء لا تحل مناكحتهم وهم بمنزلة الكفار .

فأثارت عليه هذه الفتوى حفيظة أهل القيروان فعيروه ورموه بالزندقة حتى أعلن التوبة تسكيناً لفتنة العام³، وقد علق القاضي عياض في المدارك أن الذي أفتى به أبو إسحاق هو الحق الجاري على أصل الفقه لكن أهل القيروان أرادوا حسم الباب حتى تقع النفرة من الشيعة بكل وجه⁴، وذكر البرزلي أنه حفظ عن ابن سعدون أن الروافض أقسام ثلاثة، إثنان من سبق ذكرهم في فتوى أبي إسحاق، وثالث وهم القائلون إن جبريل أخطأ في

¹ سورة النساء الآية 126.

² فتاوى البرزلي 318/2.

³ جامع مسائل الأحكام للبرزلي 272/2 م س.

⁴ ترتيب المدارك و تقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض السبتي 290 /2 ، ضبط و تصحيح محمد سالم هاشم

ط دار الكتب العلمية ط 2 . 2012 م

الوحي وإنما الرسول علي¹، ونجد للخمي -رحمه الله- مسوغاً آخر لفتواه في أصول المذهب وهو سد ذرائع الفساد إذ يخاف على البنات من فساد عقيدتها أو تترك ولداً فينشأ على معتقد فاسد .

فالمراة المسلمة لو تزوجت كافراً لحكم عليها بحكم الزوج على الزوجة فقد يتمكن منها ويدعوها إلى الكفر ولا حكم للمرأة على الرجل بحكم العادة لذلك قال سبحانه : " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ..."²، فكذلك من تزوجت ذا معتقد فاسد أثر فيها فحملها على نحلته وإن لم يؤثر فيها أثر في ولده منها على الأقل فأصل المفسدة على كل حال حاصل وذراً المفاصد مقدم على جلب المصالح والله أعلم.

هذا عن الموجب الأول فماذا عن الموجب الثاني وهو الصداق ؟

الفصل الثاني : الصداق ونماذج من أحكامه

الصداق نحلة أوجبها الله عز وجل للنساء على الأزواج، لكنه خارج عن حكم النحل إلى حكم المعاوضات، فقد يؤدي فساده أو اختلال شرط فيه إلى فساد عقد النكاح قبل الدخول ولربما بعده، ويجعله غير مرتب لأثره، مما يجعل الصداق ركناً عظيم الموقع شديد الخطر، فكيف ذلك ؟

الحكم نتيجة التصور شرعاً، لأنه مقدم عليه وضعا لتقدمه طبعاً.

فقبل الخوض في مسائل الفصل أود التعريف بهذا المصطلح حتى يتم الوقوف على مسأله بنظر لا لابس فيه.

وعليه فالصداق لغة مأخوذ من الصدق وهو الشديـد الصلب، لأنه أشد الأعواض ثبوتاً بحيث لا يسقط بالتراضي³. و قال ابن فارس الصاد والـدال والقاف أصل يدل على قوة الشيء قولاً وغيره، وسمي الصداق بهذا الإسم لقوته ولأنه حق لازم¹.

¹ جامع مسائل الأحكام 276/2 م س.

² سورة البقرة الآية : 219.

³ لسان العرب لابن منظور مادة صدق.

يقال صدق وصدقة ومنه في التنزيل: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"²، أما اصطلاحاً: فما عرف به: أنه متمول يملك تحقيقاً أو تقديراً لمحقة الأنوثة ممن يجوز نكاحها عند إرادة نكاحها³.

أو هو: مال أو متمول شرعاً يدفع لكاملة الأنوثة الجائز نكاحها على من أراده يؤدي كلاً أو بعضاً فائق ربع دينار عند الدخول حتما مؤد إسقاطه إلى فساد العقد.

ولأهمية ركن الصداق في باب النكاح: فإن مسائله وأحكامه متعددة، والإشكالات التي يطرحها متنوعة يمكن أن تخصص لها رسالة بأكملها لكني اقتصرت من مسائله على ما بدا لي أنه الأهم فصغته في مبحثين اثنين الأول في حق الصداق و الثاني في بعض نماذج أحكامه كالاتي :

المبحث الأول: حق الصداق

إذا كانت الولاية حقا للولي المستحق لها، في رتبته لا يمكن أن يتسور أحد عليه فيها إلا بموجب شرعي، فالصداق حق للزوجة ونحلة من الله لها لا يملك أحد معها حق التصرف فيه إلا بطيب نفس منها، لكن هل كل تصرف من المرأة في الصداق جائز؟

لبيان هذا الإشكال جاء المبحث في مطلبين اثنين كالاتي :

المطلب الأول: استحقاق الصداق

الصداق وإن كان ملكاً محضاً للمرأة لا يملك أحد معها حقاً فيه، فإنها لا تستحقه إلا بموجب شرعي، فكان المطلب فرعان اثنين كالتالي:

1 المقاييس لابن فارس 339/3.
2 جزء من الآية 4 من سورة النساء.
3 الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني 05/2.

الفرع الأول : موجب استحقاق الصداق

الاستحقاق لغة مصدر لفعل استحق، واستحق الشيء والأمر استوجبه ومنه في التنزيل فإن عثر على أنهما استحقا¹ وإثما¹ وعليه فالاستحقاق لغة هو إما ثبوت الحق ووجوبه أو طلبه².

وإصطلاحاً: عرفه ابن عرفه: بأنه رفع ملك الشيء بثبوت ملك قبله بغير عوض³. ويمكن حده وفق الآتي: هو إخراج ملكية الشيء من يد الحائز إلى يد مدعيه عند توفر سبه وشرطه وانتقاء موانعه، واستحقاق الصداق هو وجوبه أو وجوب استرجاعه أو بعضه ممن هو في يده إذا طرأ على العقد ما يوجب ذلك، فقد تجري الرياح بما لا تشتهي الأنفس، فتتوقف الحياة الزوجية قبل الدخول أو بعده فهل يكون الصداق مستحقاً للزوجة نقده وكالته في كل الأحوال؟.

لحل هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً : عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن أبي زيد - رحمه الله- عن تزوج بكرًا فوجدها ثيبًا وأخبر بذلك في حينه. هل يلزمه الصداق؟

فأجاب بما نصه: اختلف في ذلك وأحبُّ إلينا أن ينظر إليها النساء فإن قلن القطع جديد فلا يقبل قوله، وإن قلن قديم فإن كان الولي أبا أو أخا فلها صداقها ويرجع به على الولي، وإن كان غيرهما فهي الغارة فيرجع به عليها إلا ربع دينار⁴. وأجاب أيضاً عن بكر زوجت فزنت طوعاً أو غصباً - فطولب الزوج بالصداق فقال لا أَدفع إلا صداق الثيب فأبي ولها إلا صداق البكر أو يترك - فأجاب هذه نازلة نزلت بالزوج فإما أن يؤدي جميع الصداق المسمى إن دخل أو يؤدي نصفه ويطلق قبل الدخول⁵.

1 الآية 107 من سورة المائدة.

2 لسان العرب مادة حق بتصرف.

3 شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد الله محمد الأنصاري المعروف بالرصاص 353/1 تحقيق محمد أبو الأحقان ، ط دار الغرب الإسلامي ط 1 - 1993.

4 فتاوي ابن أبي زيد القيرواني 202/1 م س.

5 نفسه.

-ب- وسئل ابن زرب عن رجل أعتق جارية فتزوجها وأصدقها جل ماله، ولما مات اعترضها الورثة فأفتى بعض فقهاء الأندلس أن الصداق غير نافذ لانعدام الحيابة منزلا له منزلة الهبة.

فأفتى أن ذلك لها جائز وأصل المسألة في كتاب الله، "وآتيتم إحداهن قنطاراً...¹" فقيل له هل هو بمنزلة البيع فقال: هو أشد من البيع عندي وما عندي شك أنه جائز².

-ج- وسئل ابن الحاج³ عن بكر زوجها أبوها بصداق ثم قال الزوج للأب قلني في النكاح فأقاله قبل البناء.

فأجاب: قال ابن عبد الحكم يلزمه طلاق ولا شيء لها من الصداق على الزوج وإن كان الأب قبض الصداق لزمه رده للزوج⁴.

-د- وسئل القابسي: عن تزوج على مانتين إحداهما نقدا والأخرى كالنأ، فدعي للدخول فقال حلفت بالطلاق ألا ابني بها حتى يحطوا لي من المائة المؤجلة، وأب الصبية مريض وقد وصلها الضرر.

فأجاب: لا يجب على الولي الحط من الصداق، فإن شاء دخل ودفع الصداق ولزمه الطلاق الذي حلف به أو فارق قبل البناء وعليه نصف الصداق المسمى، وإن رأى أبوها التمسك بنكاحها أصلح لها وأحسن فيحط عنه شيئاً يرضى به فقد أجاز له بعض العلماء ذلك وهو إن شاء الله حسن، والاجتهاد في ذلك يسع الأب وحده، وليس ذلك لأحد غيره فافهموا وبالله التوفيق⁵.

-ه- وسئل أبو عمران الفاسي: عن طلق وادعى المسيس وأنكرته المرأة الرشيدة.

¹ سورة النساء الآية 20.

² كتاب الأحكام لأبي المطرف ص 427 م س.

³ ابن الحاج: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خلف بن إبراهيم بن لب التجيبي القرطبي المالكي شيخ الأندلس ومفتيها وقاضي الجماعة فيها معدود في المحدثين والأدباء كان عليه مدار الفتوى في عصره قتل ظلماً يوم الجمعة من صفر وهو ساجد من سنة 529 هـ، عن إحدى وسبعين سنة. سير أعلام النبلاء 615/19 طبعة 28.

⁴ المعيار 448/4 م س.

⁵ المعيار 161/3 م س بتصرف.

فأجاب: قول سحنون أقيس لا تأخذ إلا نصفه إذا لم تصدقه ويوقف النصف¹.

بنظرة تأملية في أجوبة فقهاءنا -رحمهم الله- نجد أن أبا محمد يحكي الخلاف في فقدان بكاره البكر ثم يختار أن ينظر أهل الاختصاص لها فإن ثبت ادعاء الزوج استرد ما قدم من الصداق من الولي للضرر إن كان المنكح أبا أو أخا أو من المرأة نفسها إن كان غيرهما، لأن الولي الأبعد قد لا يطلع على مسائل مثل هذه.

ويفهم منه أن ما نزل من غير غرر لا يرجع فيه الزوج على أحد، وإنما يحتسب أمره لله كما في جوائح الأموال. كما اعتبر ابن زرب محتجا بنص القرآن أن الصداق لاحد لأكثره، وأنه شبيهه البيع يلزم بالعقد وليس بمنزلة الهبة يفتقر إلى القبض حتى يصير لازما.

في حين اتفق القابسي وابن الحاج على كون الحط من الصداق أو إسقاط ما لزم منه إن كان الفراق قبل الدخول في البكر هو من حق الأب وحده وليس ذلك لغيره من الأولياء وذلك محض اختيار إن كان يحقق مصلحة المولى عليها.

أما أبو عمران فاعتبر الصداق لازما للزوج الذي أقر بالمسيس، لكن لا تستحق المرأة إلا نصفه، لأن إنكارها المسيس يسقط ملكيتها لكامل الصداق.

لكنه لم يعرب عن مصير النصف الموقوف لمن يؤول؟

فإلى أي حد طابقت أو امتثلت هذه الأجوبة ما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثانيا : التاصيل

جاء في المدونة أن المرأة إذا ادعت بعد موت الزوج أن لها في ذمته صداقا، قال مالك لا شيء لها إن كان قد دخل بها وإن لم يكن قد دخل بها فالصداق لها والقول قولها، وإن ماتا جميعا فالقول قبل الدخول لورثة المرأة وبعده لورثة الرجل ولهم رد تهمة العلم باليمين².

¹ نوازل ابي عمران الفاسي ص 115 م س .

² المدونة الكبرى 361/2 م س.

وعن مالك أيضا فيمن تزوج امرأة على أن يشتري لها دار فلان أن هذا النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل¹.

وعنه أيضا فيها: أن من زوجت على ثمرة لم يبدو صلاحها ودخل بها زوجها أن النكاح يمضي من غير فسخ وللمرأة صداق مثلها².

لكن بماذا يعتبر صداق المثل؟ على مشهور المذهب أن صداق المثل معتبر بحال المرأة في حسبها ومالها وجمالها، خلافا للشافعي المعتبر بحال عصبتها³.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن المسيب: إذا دخل الرجل بزوجه في بيتها، لم تصدق عليه إلا أن يكون دخول اهتداء أو تعريس، وإن أدخلت عليه في بيته صدقت عليه بيمينها، وإن كان حديث عمر موجب أنهما متى أخذتهما الخلوة وادعت المسيس فالقول قولها مع يمينها وبهذا التمييز من ابن المسيب أخذ مالك وابن القاسم.

لكن ابن وهب روى عن مالك أنهما متى أخذتهما الخلوة صدقت عليه، وبه قال أشهب وأصبغ وهو أشبه بحديث عمر، إلا أن أصبغ نقل عن ابن القاسم إذا ادعت المرأة المسيس في أهلها فعليه اليمين عرفت الخلوة أو لم تعرف.

وقال محمد إذا ادعى الزوج المسيس ليصدق في دفع الصداق وأكذبت المرأة فهو مصدق بالخلوة مع اليمين⁴.

ومن الواضحة: من تزوج على مائتين مائة نقدا وأخرى إلى أجل غير مسمى أو موت أو فراق، أنه إذا فات بالبناء فلها صداق المثل ما لم ينقص على المائة أو يزيد على المائتين أو رضيت هي بأخذ المائة فقط، وقال ابن حبيب ولم يختلف مالك وأصحابه أنه يفسخ قبل البناء إن لم تسقط هي المائة المؤخرة ولا عجلها الزوج...⁵.

1 نفسه 362/2.

2 نفسه 362/2.

3 القوانين الفقهية لابن جزي ص 231 م س.

4 النواذر والزيادات 497/4 ، 498 بتصرف م س.

5 النواذر والزيادات : 462/4 م س.

وفي كتاب ابن المواز عن أصبغ أن أقصى أجل للكوالئ عشرين سنة، وقيل غير هذا¹.

وعن محمد ابن سحنون: أن من قول مالك، إذا حل أجل الكالئ قبل البناء وطلبتة المرأة أو وليها ومنعت الزوج من البناء حتى يؤديه أن ذلك حق لها².

وروي عنه أيضا أنه إذا أحضر النقد وأعسر بالكالئ له الدخول وتتبعه المرأة بكالئها دينا عليه وقيل بل يضرب له السلطان أجلا بعد أجل إن كان يجري النفقة فإن عجز فرق بينهما إذا لم يدخل أما إذا دخل فلا يفرق بينهما ويظل المهر دينا عليه إذا أجرى النفقة³.

لكن إذا دخل بها فليس لها منع نفسها حتى تقبض مؤخر الصداق، لأن تسليمها نفسها في الابتداء رضا منها ببقاء المهر في ذمته خلافا لأبي حنيفة⁴.

وجاء في البيان والتحصيل: أن مالكا سئل عن تزوج امرأة وأقام معها نحو من ثمانية أشهر فماتت فقامت تطلب صداقها فهل على الورثة يمين؟.

فقال أرى على الورثة أن يحلفوا أنهم لا يعملون في ذمة موروثهم صداقا حتى ماتت، لكن في المدونة من كتاب النكاح الثاني أنهم لا يمين عليهم إلا أن تدعي عليهم العلم⁵.

ومنه أيضا سئل مالك: عن زوج ابنه وأدى عنه الصداق ثم طلق الابن قبل الدخول لمن يكون نصف الصداق؟ قال للأب وليس للابن منه شيء، قال ابن القاسم والأجنبي مثله.

وعلق ابن رشد قائلا وهو كما قال: لأن الأب لم يهب ابنه شيئا وإنما أدى عنه ما وجب لزوجته عليه، وهذا مبني على أن المرأة بالعقد يجب لها نصف الصداق، أما على القول بأن العقد يوجب الصداق كله فيلزم على قياس ابن الماجشون أن يكون النصف للابن⁶.

1 نفسه.

2 منتخب الأحكام لابن زمنين 637/5 م س.

3 النوادر و الزيادات : 461/4.

4 المعونة للقاضي عبد الوهاب 558/2 م س.

5 البيان والتحصيل لابن رشد 360/3 م س.

6 نفسه 313/3 م س.

ونقل ابن عبد البر: فيمن ضمن الصداق عن ابنه ثم إن الابن طلق قبل الدخول فنصف الصداق للمرأة غرم على الأب، وليس للابن على أبيه شيء، ولو مات الأب كان النصف الباقي للورثة¹.

وذكر أيضا: أن من تزوج بمهر إلى غير أجل أنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل معجلا.

ومن التبصرة: من تزوج بخمسين فأسرهما وأعلن مائة لم يكن عليه سوى الخمسين فإن ادعت الزوجة أنهما انتقلا عن الخمسين إلى المائة، كان القول قول الزوج مع يمينه أن الذي أعلن كان سمعة².

أما من حطت عن زوجها شيئا من صداقها شريطة ألا يتزوج عليها في عقد النكاح ثم تزوج فقد ذكر ابن عبد البر أن الرواية عن ابن القاسم لا رجوع لها في شيء مما حطت عنه.

وميز ابن عبد الحكم إن كان الباقي مما حطت بقدر صداق مثلها فأكثر لا تستحق شيئا، وإن كان دونه رجعت عليه بتمام صداق مثلها، وهذا كله إن كان قبل العقد. لكن إذا كان بعد العقد رجعت بما حطت جميعه في روايتهما جميعا³.

وتجدر الإشارة إلى أن ما تقدم كان عن الصداق المعين أما صداق التفويض إذا وقعت الفرقة فيه قبل الدخول أو الموت فلا صداق للزوجة.

قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف: إذا مات أحد الزوجين في نكاح التفويض قبل الدخول توارثا ولا صداق للمرأة⁴.

هذه جملة من أقوال أئمة المذهب مستتلة من مصادره المعتمدة حول مسألة استحقاق الصداق ترى إلى أي حد جسدت الالتزام بروح النص؟
ذاك ما أحاول مقارنته من خلال النقطة الموالية :

1 الكافي في فقه أهل المدينة ص 250 م س.

2 التبصرة للإمام اللخمي: 4/1924 م س.

3 الكافي لابن عبد البر ص 253 بتصرف م س.

4 الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 714/2 م س.

ثالثا : دراسة

معلوم ضرورة أن الصداق هو ركن الزواج الذي يستحيل الاتفاق على إسقاطه .

ولو رضيت الزوجة أو وليها، و قد استحب فيه أن يكون خمس مائة درهم لمن لا يجحف به ، لحديث عائشة - رضي الله عنها - في صحيح مسلم : " ...فتلك خمس مائة درهم فهذا صداق رسول الله - صلى الله عليه و سلم - لأزواجه¹.

لكن هل ثمة حد لأقله وأكثره؟

ذكر ابن رشد أن عمر - رضي الله عنه - كان أخبر أنه لا يبلغه عن أحد أصدق أكثر مما أصدق رسول الله- صلى الله عليه و سلم - أو سيق إليه إلا جعل الزائد في بيت المال و لما روجع في ذلك قال فليفعل الرجل في ماله ما شاء . وأصدق هو نفسه زوجه أم كلثوم حفيدة النبي - صلى الله عليه و سلم - أربعين ألفا².

وفي البخاري حديث: الواهبة وجاء فيه ولو خاتما من حديد، ثم لما لم يجد قال: فقد أنكحتكها بما معك من القرآن³، و فيه أيضا أن عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه- تزوج على وزن نواة من ذهب⁴ وقد ساق البخاري في الباب قوله تعالى: " و آتيتم إحداهن قنطارا "5، وفي قراءة ابن مسعود - رضي الله عنه- من ذهب.

قال ابن حجر عن الآية: فيها إشارة إلى جواز كثرة الصداق وهو ما استدلت به المرأة، التي نازعت عمر - رضي الله عنه - عندما قال لا تغالوا في مهور النساء فرجع إلى رأيها⁶، وقال ابن رشد مما يدل على إباحة الأصدقة قليلها وكثيرها، أن النجاشي أصدق أم حبيبة عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أربعة آلاف وجهازها من عنده، فلم ينكر النبي - صلى الله عليه و سلم - من ذلك شيئا⁷.

1 صحيح مسلم كتاب النكاح باب الصداق و جواز كونه تعليم قرآن و خاتم حديد و غير ذلك من قليل و كثير رقم 1426.

2 المقدمات الممهديات 471/1 م س.

3 صحيح البخاري كتاب النكاح باب السلطان ولي لقول النبي صلى الله عليه وسلم زوجنا كها بما معك من القرآن، رقم 4842..

4 صحيح البخاري كتاب النكاح باب قول الله تعالى : " وآتوا النساء"

5 الآية 20 من سورة النساء.

6 فتح الباري 125/9 م س.

7 المقدمات الممهديات 480/1 م س.

إذن من خلال هذه النصوص ثبت قطعا أن المهر لاحد لأكثره، لكن هل لأقله حد لا يمكن أن ينزل عليه، وإلا اعتبر العقد فاسدا؟.

ذهب الجمهور من العلماء، إلى أن الصداق هو ما تراضى عليه الزوجان من قليل وكثير من غير تحديد، بما فيه منفعة كالنعل والسوط لحديث الواهبة المتقدم ذكره وهو منفق على صحته. وهو استدلال حسن لو سلم من الاعتراض والخصوصية قال ابن بطال عند شرحه للحديث: مفاده تعجيل شيء يقدمه من الصداق وإن كان قليلا ... والدليل على أنه لم يزوجها على أن يعلمها السور عوضا عن بضعها أنا رأينا أن النكاح إذا وقع على مهر مجهول لم يثبت المهر ورد حكم المرأة إلى حكم من لم يسمى لها مهر¹.

لذلك قرر مالك وأصحابه إلا قلة منهم كابن وهب أن أقل الصداق ربع دينار من ذهب أو ما يعادله من العروض ولا يمكن أن يكون صداق أقل من ذلك ولو اتفق عليه، لأنه التفت إلى قوله تعالى: " أن تبتغوا بأموالكم ...²" ومن لم يستطع منكم طولا ...³. فالآيتان تدلان على ماله بال من المال وأقله ما استبيح به قطع عضو محترم شرعا فالقياس ليس شبهها في المقدرات مما منع، وإنما هو لبيان ماله قيمة معتبرة من المال في نظر الشرع.

قال ابن العربي: وزن الخاتم من حديد لا يساوي ربع دينار وهو مما لا جواب عنه ولا عذر فيه. لكن المحققين من أصحابنا نظروا إلى قوله تعالى: " ومن لم يستطع منكم طولا ...³" فمنع الله القادر على الطول من نكاح الأمة فلو كان الطول درهما لما تعذر على أحد⁴.

أما إن اعترض معترض بكون أحاديث قد وردت يدل مضمونها على أن أقل الصداق هو دون ما ذكر كما في الترمذي من استحل بدرهم في النكاح فقد استحل. وغيره

1 شرح ابن بطال على صحيح البخاري 218/7 ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ط 1.2003.

2 الآيتان 24 و 25 من سورة النساء.

3 نفسه

4 نقله ابن حجر في الفتح 132/9 م س.

كثير. فقد قال عنها الحافظ ابن حجر: قد وردت أحاديث في أقل الصداق لا يثبت منها شيء¹.

فإذا كانت هذه هي حقيقة المهر فبماذا تستحقه المرأة؟ هل بالعقد؟ أو بالدخول، أو ما يقوم مقامه من طول المكث؟

الأصل في الأعراس وجوبها بالعقود لأن المسببات مرتبة على أسبابها فهل يستقر المهر بالعقد كالثمن؟ قياساً على البيع، قال ابن رشد النكاح في باب الصداق أوسع من البيع وفي باب العقد أضيق منه، ألا ترى أن هزله جد²؟ وهذا ما جعل في المسألة إجماعاً واختلافاً.

لا خلاف بين الأمة أن المرأة تستحق جميع الصداق المسمى بالدخول أو الاستمتاع. بالنص لقوله تعالى: "فما استمتعتم به منهن...³" وبالموت للإجماع أما غير المدخول بها فلا تستحق إلا نصف الصداق إذا طلقت قبل الدخول لقوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن... فنصف ما فرضتم...⁴" وأما من لم يسم لها مهراً فلا تستحق شيئاً لا بالفراق ولا بالموت وإن استحقت الميراث لما جاء في الموطأ أن ابنة لعبيد الله ابن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم - فمات قبل أن يدخل بها أو يسمي لها صداقاً، فقامت أمها تطلب صداقها واحتكموا إلى زيد بن ثابت فقضى ألا صداق لها ولها الميراث⁵ وهذا محل اتفاق.

لكن اختلف في الدخول الموجب لتمام الصداق أهو الخلوة؟ أم لا بد من المسيس؟

وهل يقوم طول المكث مقام الدخول؟

ذهب مالك والشافعي وداوود إلى أن إرخاء الستور لا يوجب إلا نصف الصداق ما لم يكن مسيس، وذهب أبو حنيفة إلى أن المهر يجب بالخلوة نفسها ما لم يكن الزوج محرماً

1 نفسه 134/9 م س.

2 المقدمات الممهدة 479/1 م س.

3 الآية 20 من سورة النساء.

4 البقرة الآية 237.

5 الموطأ كتاب النكاح باب إرخاء الستور رقم 1124.

أو مريضا أو صائما في رمضان أو المرأة حائضا، وعن ابن أبي ليلى المهر كله واجب بالدخول من غير شرط... كما اعتبر بعض الصحابة طول المكث موجبا للصداق¹.

أما في المذهب عندنا فيتحصل من مجموع الروايات ثلاثة أقوال:

الأول: أنها بالعقد وإرخاء الستور تستوجب كل الصداق وهي رواية الموطأ.

الثاني: أنها بالعقد دون الدخول لا تملك شيئا، وهو ظاهر قول مالك في المدونة .

الثالث: أنها بالعقد تستحق نصف الصداق ويستقر لها النصف الآخر بالموت أو الدخول، وهو قول مالك في غير موضع من المدونة²، لكن هل يمكن أن يتقرر المهر بالخلوة دون مسيس؟.

قال القرطبي: اختلف علماؤنا في ذلك على أربعة أقوال يستقر بمجرد الخلوة لا يستقر إلا بالوطء، يستقر بالخلوة في بيت الإهداء، التفرقة بين بيته وبيتها، ثم قال والصحيح استقراره بالخلوة مطلقا³ وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لحديث عبد الرحمان بن ثوبان من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل، أخرجه الدار قطني لكنه مرسل⁴، من جهة ومن جهة في إسناده عبد الله بن لهيعة وهو ضعيف الحديث.

وفي معناه ما روي عن زيد ابن ثابت – رضي الله عنه- أنه كان يقول إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق لكنه منقطع.

إلا أنه جاء مثله في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق⁵.

¹ بداية المجتهد لابن رشد 41/2 م س.

² مناهج التحصيل 469/3 م س.

³ الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي 76/5 بتخريج عماد زكي البارودي ط المكتبة التوفيقية ط 10/2012.

⁴ أخرجه الدار قطني في كتاب النكاح باب المهر رقم 3359.

⁵ الموطأ كتاب النكاح باب إرخاء الستور رقم 1090.

قال الباجي في شرح الحديث ما مفاده: إذا خلا الرجل بامرأته وانفرد بها انفردا بينا فقد وجب إكمال الصداق وإن لم يكن مسيس، غير أن معناه عند مالك في رواية ابن وهب عنه إذا حصلت الخلوة بإرخاء الستور فقد وجب الصداق إذا ادعت المرأة المسيس فالخلوة بمثابة الشاهد لها، لأن الرجل إذا خلا بامرأته أول مرة لا يفارقها قبل الوصول إليها إلا لمانع¹.

إذن فيتحصل معنا أن مجرد الخلوة لا توجب كمال الصداق لوحدتها كما قال ابن العربي: لا تضر الخلوة بالمهر ما لم يقترن بها مسيس، في مشهور المذهب.

لكن المطلقة قبل الدخول والفرض لا صداق لها، على مذهب مالك، ولها الميراث خلافا للشافعي وأبي حنيفة²، أما إذا ادعت المرأة المسيس وأنكره الرجل ولم ينكر الخلوة فالخلوة شاهد للمرأة فيما ادعت من المسيس فتستحق الصداق كاملا من غير خلاف والله أعلم.

هذا عن الاستحقاق فماذا عما يحصل من الهدايا هل يأخذ حكم الصداق؟

ذلك ما أقف عليه بحول الله من خلال الفرع الموالي :

الفرع الثاني : هل للهدية حكم الصداق ؟

إذا كان الصداق ملكا متقرررا للمرأة يقضى به على الزوج في عسره ويسره ولا حق فيه لأحد، إلا بطيب نفس من الزوجة فقد يهدي الزوج لزوجته قبل الدخول هدية أو يجري العرف بها فهل يقضى للمرأة بذلك على غرار الصداق؟.

لرفع هذا الإشكال أتوقف عند النقط التالية :

أولا : عرض النوازل المختارة

-أ- سئل أبو الحسن اللخمي: عن زاد في صداق زوجته هل ينتفع بذلك فيحط عنه

عند موت أو فرقة؟

¹ المنتقى في شرح الموطأ للباقي 58/5 م س.

² أحكام القرآن لابن العربي 243/1 م س.

فأجاب: الزيادة لازمة للزوج ليس له الرجوع عنها ولها أخذه بذلك ما لم يقع فلس أو موت، فتبطل لكونها هبة لم تقبض¹.

ب- وسئل ابن عتاب عن الهدايا يهديها الأزواج للزوجات قبل البناء هل يقضى على الزوج بها إذا امتنع؟.

فأجاب بما نصه: يقضى عليه بها على قدره وقدرها وصداقها وليس عليها أن تشييه إلا أن تنشاء، فإن أبت أو أبى أبوها إن كانت بكرا لم يقضى عليها بشيء.

وسئل أيضا عما يرسل به الأزواج للزوجات كالخفين والجوارب هل يقضى به على الزوج إذا طلب وامتنع؟ وهل يقضى عليه بالعرس؟.

فأجاب: بمثل السابق وقال في العرس يؤمر به ولا يجبر ولا يقضى به عليه².

وقال ابن سهل عن ذات النازلة: الصواب عندي أن يقضى عليه بالوليمة للحديث مع العمل به عند الخاصة والعامة لا غير³.

ج- إذا أهدى الزوج هدية ثم استرجعها بعد الطلاق هل للمرأة أو وليها القيام عليه بذلك؟

فأجاب محمد بن إسماعيل⁴ أن للزوجة أو وليها حق مطالبة الزوج بما استرجع مما كان قد أهدى من قبل .

وأجاب موسى ابن حماد⁵: أنه ليس لها ولا لوليها حق مطالبة بما استرجع.

وأورد ابن عياض في المسألة جوابا ثالثا: وهو أن من أثبت ما هو عرف يقضى له به لأن العرف كالشرط يقضى به¹.

¹ فتاوى أبي الحسن اللخمي القيرواني ت 478 ص 75 جمع وتحقيق و تقديم الدكتور حميد لحرط دار المعرفة و كذا المعيار 388/4 م س.

² المعيار 407/3 م س .

³ الإعلام بنوازل الأحكام لابن سهل ص 195 م س.

⁴ محمد بن إسماعيل : هو أبو عامر محمد بن أحمد بن إسماعيل بن إبراهيم من أهل طليطلة وسكان قرطبة، ولد عام 456 و توفي بربض قرطبة سنة 523 هـ انظر الصلة لابن بشكوا ص 548/1 م س بتصرف.

⁵ موسى ابن حماد الصنهاجي يكنى أبا عمران: من أهل القيروان كان قارنا للقرآن بالسبعة وموسوعة في الحديث وهو من أقران ابن عبد البر توفي سنة 429 عن خمس و ستين سنة.

-د- وسئل ابن رشد عن زوج ساق لزوجته عند العقد مالا ودارا صداقا ثم اغتال المال وسكن الدار حتى مات فقامت الزوجة تطلب غلة المال وكراء الدار في تركته هل لها ذلك؟ فأجاب بما مضمونه: لها الرجوع في مال زوجها بما اغتال مما ساقه لها أما الكراء فليس لها إلا خلال المدة التي لم تخرج فيها من الولاية على ما جرى به العمل في أحد قولى ابن القاسم في المدونة².

من خلال التأمل في النوازل أعلاه يتضح لنا أن الهدية التي يقدمها الزوج لزوجته لازمة له يقضى عليه بها ولا يمكنه استرجاعها، وإذا حدث واسترجعها فإن الحق للزوجة أو وليها في مطالبته بما استرد، إلا ما نقل عن موسى بن حماد من عدم حق المطالبة أو ما وقع من اختيار ابن سهل أن الزوج الممتنع عن الإهداء لا يقضى عليه إلا بالولاية.

وقد اعتبر ابن عتاب القضاء بالهدية على قدر حال الزوجة وقدر صداقها مما يفهم منه أن الهدية إذا اختلف فيها أو طلب بها الزوج فقدم شيئا فلم تقبله المرأة لأنه في نظرها غير مناسب يتعامل في ذلك بما يتعامل به في صداق المثل.

كما نقل محمد ابن عياض أن الهدية بين الزوجين خاضعة للعرف فما جرى به العرف لزم وما كان مخالفا للعرف لا يقضى به لمن طلبه.

أما ابن رشد فاعتبر هدية الزوجة لزوجها من صداقها لا تفوت عليها حق المطالبة بالرجوع في حياة الزوج وبعد موته إذ لم ينزل سماح الزوجة للزوج باستغلال ما أصدقها منزلة الهدية أو الهبة التي تفوت بالقبض باستثناء سكنى الزوج مع البالغة الرشيدة المالكة لأمر نفسها .

فتحصل لنا من خلال الأجوبة المتقدمة أن الهدية بين الأزواج محط خلاف في أنظار الفقهاء بين منزل لها منزلة الصداق فيكون لها حكمه وملكا خالصا للزوجة لها حق المطالبة به.

¹ الإعلام بنوازل الأحكام للقاضي عياض وولده ص 277 بتصرف تقديم و تحقيق الدكتور محمد بن شريفة ط دار الغرب الإسلامي ط 3-2011

² فتاوى ابن رشد 849/2 م س.

ويقضى به على الممتنع ومسقط له ولحق المطالبة به وجاعل إياه أمرا خاضعا للعرف فلا يقضى إلا بما تعارف عليه الناس وألزموا به أنفسهم إذ المعروف بمثابة الواجب، لكن إلى أي حد طبقت هذه الأجوبة من فقهاءنا - رحمهم الله- ما هو مقرر في مصادر المذهب؟.

ذاك ما أحاول بحول الله مقاربتة من خلال النقطة الموالية :

ثانيا : التأسيس

روى عيسى عن ابن القاسم أن من أهدى لزوجته هدية ثم طلق قبل البناء والهدية قائمة فلا شيء له من الهدية، وإنما يرجع بنصف الصداق، لكن إذا فسخ النكاح لفساده قبل البناء فله أخذها إن وجدها وإن فاتت فلا شيء له.

وقال مالك: ما أراد به الزوج إكرام المرأة فهو كالهدية لا يرجع به في الطلاق قبل البناء ويرجع به إن فسخ لأمر غالب ما لم يفت¹.

ومن الواضحة: ما أهدى النكاح من حلي وثياب تم أراد أن يحسبه في الصداق ليس له ذلك إذا سماه هدية، وإن لم يسمه حلف وكان له².

ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: لا أرى هدية العرس واجبة ما لم يكن عرف أو شرط، وقال ابن حبيب يقضى بهدية العرس في قول مالك، وأصحابه، ولا يقضى بهدية الإملاك. فإن طلق قبل البناء فلا يرجع بهدية الإملاك، وإن لم تفت ويرجع بهدية العرس ما لم تفت³.

وقال ابن يونس قال بعض شيوخنا لا فرق بين حمله الصداق عن ولده، وبذلك انعقد نكاحه وإعطاء ابنته عرضا وعليه انعقد النكاح، فإذا انفسخ النكاح استحقت العطايا، ولو أعدم الأب بالعطايا قبل الدخول كان للزوج فسخ النكاح لو شاء⁴.

مفاده اتفاقهما في النفوذ.

1 النواذر والزيادات 492/4 م س.

2 نفسه 572/4 م س.

3 نفسه المصدر 493/4 م س.

4 الجامع لابن يونس 261/4 م س.

ومن العتبية: روى أصبغ وغيره عن ابن القاسم : فيمن أهدى لزوجته ثم طلق قبل البناء والهدية قائمة فلا شيء له فيها، ولو على فساد النكاح ففسخ فما أدركه منها أخذه وما فاتته فلا شيء له فيه، وقال أصبغ لو طلق عليه لعدم النفقة فهو كطوعه بالطلاق لا شيء له فيه¹.

وقال مالك: وما أكرمت به المرأة أو أبوها أو أهلها بعد العقد ثم طلق فلا شيء للزوج فيه، ولو كان في العقد كان لها نصفه قبضته أو لم تقبضه².

وسئل ابن القاسم عن الرجل ينكح المرأة فيهدي لها هل يدخل بتلك الهدية؟ فقال لا يدخل بتلك الهدية حتى يقدم لها من صداقها ربع دينار لأنه ليس من الصداق ثم سئل عن الرجل يهدي ثم يطلق قبل الدخول والهدية قائمة قال لا شيء له منها لأنه ليس بصداق، وإن حدث ما يوجب الفسخ قبل البناء وأدرك منها شيئاً أخذه³ وعن سحنون مثل قول ابن القاسم إلا أنه اعتبر الهدية لا تحاسب بها الزوجة⁴.

لكن ذكر ابن رشد في ذات السياق أن ابن حبيب أجاز الدخول بالهدية ومثله ما رواه ابن نافع عن مالك في المبسوط.

وفي التفريع لابن الجلاب: من تزوج امرأة على صداق، وشرط عليه مع الصداق كسوة أو حياء فجميع الشروط مع الصداق له حكم الصداق تطالب به المرأة قبل الدخول وبعده، وإن طلق قبل الدخول لزمه نصفه، أما إذا أهدى من غير أن يشترط عليه لزوجته أو أحد أهلها فلا رجعة له في شيء مما أهدى بخلاف ما شرط عليه⁵.

وفي الكافي: قال ابن عبد البر: من أهدى لزوجته هدية أو صنع لها معروفا ولم يذكر شيئاً من ذلك في العقد ثم طلق قبل الدخول فلا رجعة له في هبته، ولو زاد في صداقها ثم طلقها قبل الدخول سقط عنه نصف الصداق⁶.

1 النوار والزيادات، 486/4 م س.

2 نفسه 490/4 م س .

3 البيان والتحصيل لابن رشد 395/3 م س.

4 نفسه 400/3.

5 التفريع لابن الجلاب 50/2 م س.

6 الكافي في فقه أهل المدينة ص 251 م س.

ومن التبصرة: من زاد زوجه في صداقها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول كان الزائد كالصداق له نصفه و لها نصفه، وإن زادها شيئاً ولم يلحقه بالصداق ثم طلق قبل البناء لم يكن له منه شيء¹.

لكن إذا زاد الزوج في صداق زوجه أو أهدى لها شيئاً ثم مات قبل القبض هل يكون لها المطالبة بذلك كالصداق؟

قال القاضي عبد الوهاب: قال الشيخ أبو بكر وغيره من أصحابنا: القياس يوجب أن لها الزيادة بالموت، لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو الهبة التي لا تستقر إلا بالقبض.

فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت مثله، وإن كانت كالهبة وجب ألا يثبت لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض فلما وجب نصفها دل على أنها في حكم الصداق².

وهكذا نخلص بعد هذه الجولة في مصادر المذهب المطلع عليها أن أقوال الأئمة في هذه المسألة قد اختلفت، وعليه فهذا الخلاف هو الذي عكس اختلاف الأجوبة في النوازل المذكورة سالفاً، ترى لأي شيء يرجع سبب الخلاف في المسألة؟
ذلك ما أحاول بحول الله إيضاحه من خلال النقطة الموالية.

ثالثاً : دراسة

من خلال ما تقدم بسطه من أقوال أئمة المذهب حول الهدية التي يهديها الزوج ثم يطلق قبل البناء أو يمت هل تنزل منزلة الصداق؟ فتستحقها الزوجة ولو لم تقبضها بموت الزوج ويستحق الزوج استرجاعها إذا طلق قبل الدخول؟ نجد أن للهدية اعتبارين بناء على مآل النكاح فإذا كان النكاح فاسداً يستدعي الفسخ وجوباً فإن الزوج يأخذ ما أدرك من الهدية بعينه على المشهور في المذهب.

¹ التبصرة للإمام اللخمي 1960/4 م س.

² المعونة للقاضي عبد الوهاب 555/2 م س.

أما إذا كان النكاح صحيحا واختار الزوج الطلاق قبل الدخول فنجد حسب المتوقف عليه من المصادر في المذهب أقوالا سبعة كالاتي :

الأول: لا حق للزوج فيما أهدى إذا طلق قبل البناء.

الثاني: أن ذلك متوقف على قصد الزوج إن قصد الإكرام لا رجوع له، وإن قصد من الصداق كان له الرجوع مع يمينه .

الثالث: أن لها حكم الصداق يرجع الزوج بنصفها كما يرجع بنصف الصداق ما لم تفت بالاستهلاك.

فيكون الفرق بينهما أن الهدية تفوت بالاستهلاك و الصداق لا يفوت به.

الرابع: أن للهدية حكم الصداق إذا انعقد النكاح عليها سواء كانت من الزوج أو من غيره.

الخامس: لا رجوع فيها ما لم تكن منصوصا عليها في العقد.

السادس: لا تأخذ الهدية شيئا من حكم الصداق بدليل أنه لو أهدى ولم يقدم شيئا من مسمى الصداق غيرها لا يمكنه الدخول في قول ابن القاسم خلافا لابن حبيب.

السابع: التمييز بين الهدية المشترطة وغير المشترطة فتلحق الأولى بالصداق دون الثانية.

إذن فالخلاف حول الهدية المقدمة من الزوج لزوجته متشعب وإن كانت الهدية فعلا مشروعا ومرغبا فيه للحديث: " تهادوا تحابوا " ¹ فسبب الخلاف هو التكيف الفقهي للهدية هل هي محض عطية؟ و العطايا المنجزة لا رجوع فيها².

¹ الحديث أخرجه البخاري في الأدب المفرد رقم 544 و له شواهد.
² العطايا المنجزة عند الفقهاء خمس عشرة نوعا يجمعها قول القائل :

من جملة الأنواع بالسوية	وهاك ما يدخل في العطية
وحبس ونحلة هديئة	صدقة وهبة عريفة
عمري مع الإسكان بعض الزمن	ومنحة ليست لغير اللبن
يطلب ثم صلوة حياء	وعدة لكن بها الوفاء
كذلك الذرفاق هو الختام	عارية يتبعها الإخدام

ولما ارتبطت الهدية بعقد النكاح وما يبذل فيه يكون في حكم الأعواض، إلا أن النكاح في باب الصداق أوسع من البيع وفي باب العقد أضيق منه، كما أن الهدية ارتبطت بقصد معين، والقاعدة أن من وهب أو أهدي له شيء بسبب يثبت بثبوته ويزول بزواله ويحرم بحرمة.

ولو ترجح تكيف الهدية ضمن العطايا المنجزة فهي أشبه ما تكون بهبة الثواب وهذه الأخيرة تختلف عن الهبة العامة، التي حدتها ابن عرفة بقوله: الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض¹.

وحتى وإن نزلت الهدية منزلة الهبة التي هي محض تبرع أباحه الشرع ورغب فيه لما ينشره من الألفة والمحبة، فهي نفسها مختلف في الرجوع فيها والخلاف بسبب النص. فقد روى البخاري وغيره، عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها²، مما يفهم منه أن الواهب يمكن أن يبتغي حصة عند الموهوب له.

عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لأحد يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يهب ولده"³.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم: "ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبئه"، وفي البخاري: "العائد في هبته كالكلب يقبئ تم يعود في قبئه"⁴.

فمضمون هذه النصوص وغيرها كثير في الباب يدل على أن الهبة عطية منجزة لا يجوز الرجوع فيها، وإذا نزلت الهدية بين الزوجين منزلتها لا يمكن الرجوع فيها ولو كان الطلاق قبل الدخول.

¹ شرح حدود ابن عرفة للرصاع.

² صحيح البخاري كتاب الهبة وفضلها باب المكافأة في الهبة رقم 2585.

³ الموطأ: كتاب الأقضية باب الاعتصار في الصدقة.

⁴ صحيح البخاري كتاب الهبة وفضلها باب الهبة الرجل لإمرأته والمرأة لزوجها رقم 2589.

ونقل ابن حجر في الفتح عن ابراهيم النخعي الهبة لا رجوع فيها فإذا وهب أحد الزوجين الآخر هبة فالهبة جائزة وليس لواحد منهما أن يرجع في هبته¹ وهذا هو المشهور عند المالكية، وبه أخذ الشافعية والحنابلة خلافا لأبي حنيفة وأصحابه.

لكن وردت آثار تمسك بها الحنفية يدل مضمونها أن للواهب حق الرجوع في هبته. من ذلك ما رواه ابن ماجه: الواهب أحق بهبته ما لم يثب عليها² لكن فيه إبراهيم ابن إسماعيل وهو ضعيف.

وفي الموطأ: عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : ... ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها³.

ومن خلال ما تقدم يمكن الخروج برأي وسط بين هذه الأدلة فيكون ما أهدى الزوج من الهدايا والحلي إن تطوع به من غير اشتراط أحد، ولا جرى عرف ملزم بذلك فلا حق له فيه لأنه عطية حيزت، وما وعد به هدية أو زيادة في الصداق فلم تحزه الزوجة حتى تطلق أو مات لا تتبعه به في تركته فهو هبة لم تقبض.

لكن ما اشترط على الزوج أو كان عرف البلد يجعله من مشمولات الصداق فله الرجوع بنصفه كما يرجع بنصف الصداق، ما لم يعفو والعفو أفضل.

كما ينبغي التمييز بناء على من أصدر الطلاق فإن كان الطلاق بناء على محض إرادة الزوج فهو على حكم الأصل لا يرجع فيما أهدى ويجمع على المرأة غرمين وإن كانت الزوجة هي من طلب الفراق أو تسبب فيه فله الرجوع فيما أهدى لأن ما أهدى لأجله لم يتحقق قياسا على مشهور المذهب في النكاح المغلوب على فسخه، والله اعلم.

هذا عن استحقاق الصداق فماذا عن أحواله ؟

¹ فتح الباري 262/5 م س.

² أخرجه ابن ماجه كتاب الهبات باب من وهب هبة رجاء ثوابها رقم 2387. والدار قطني لكنه لا يصح مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

³ الموطأ كتاب الأفضية باب القضاء في الهبة رقم 1477.

المطلب الثاني : بعض أحوال الصداق

الصداق وإن كان جميعه مقررا للزوجة لا حق لأحد فيه، فالمرأة غالبا ما تتجهز به ولربما زادت شورة المرأة على نقدها مما ينتج عنه خلاف بين أطراف العقد فهل الشورة تضمن كالصداق؟ وهل للعرف تأثير في هذا الباب؟

لذلك جاء هذا المطلب في فرعين اثنين هما كالآتي :

الفرع الأول : الشورة والضمان فيها

الشوار بفتح الشين ما يحتاج إليه في البيت من المتاع الحسن والشورة بالضم الجمال وإن كان الصداق نحلة من الله في مال الأزواج لحق الزوجات، فإن المرأة تتجهز بما تتسلم من نقدها وتزيد عليه أحيانا لكن ما تصحبه معها من شورتها لبيت بنائها قد يضيع أو يضيع بعضه أو يدعى الزوج أن الشوار لا يناسب النقد من الصداق على من يكن ضمان ذلك؟.

لمقاربة هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي :

أولا : عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن زرب عن رجل شور ابنته وجعل قيمة الشورة دينا عليها.

فأجاب : إذا كان لم يهبها الشورة فللورثة أن يقوموا بالواجب لهم¹.

وأجاب عن ذات النازلة ابن مزين² بالآتي: إذا كان الأب لم يشهد أن الشورة عارية

للإبنة فلا دخل للورثة فيها³.

وأجاب أبو بكر بن المعطي: أن الأب إذا جهزها بما له وجعله دينا عليها فللورثة

الرجوع بقدر الأنصبة وإلا فلا⁴.

1 المعيار 124/3 م س

2 ابن مزين : هو أبو زكرياء يحيى ابن ابراهيم بن مزين القرطبي قاضي طليطلة أحد أعلام الأندلس روى عن الغازي ابن قيس، له مصنفات نفيسة منها تفسير علل الموطأ، توفي رحمه الله 259 ووجه مولى لرملة بنت عثمان ابن عفان رضي الله عنه (انظر الديباج).

3 المعيار 125/3 م س.

4 المعيار 126/3 م س.

وأجاب ابن عبد العزيز¹: أن ذلك جائز عليها لازم لها إذا كان الأب قد أقام الشورة إقامة عدل لم يتحامل فيها على الجارية².

-ب- وسئل ابن القطان عن ادعى أن نصف شورة ابنته إعارة منه لها.

فأجاب: الأب مصدق فيما زاد على قدر النقد من الشوار ما لم تطل المدة³.

-ج- وسئل ابن الهندي: عن الأب يشور ابنته ولا يدعي هبة ولا عارية ثم يدعي بعد مدة أن بعض الشورة عارية منه لابنته.

فقال: لا ينفع الأب إقرار البنت إلا أن تكون قد خرجت من ولايته فيلزمها الإقرار في ثلث مالها، وللزوج مقال فيما زاد على الثلث، لأن مالها بيدها وهو في ذلك بمنزلة الأجنبي وكذلك الولي مع البكر فهو بمنزلة الأب مع الثيب⁴.

-د- وسئل فقهاء قرطبة: عن امرأة قبضت نقد ابنتها فزعم صهرها أنها لم تجهزها به إليه، وهي تدعى أنها جهزتها بعلمه و معرفته.

فأجاب ابن مخلد⁵: الواجب على المرأة أن تثبت فيما أنفقت النقد، وما يوجب لها البراءة منه، واليمين على الزوج فيما ادعت أنه عالم من ذلك، فإذا حلف وجب تضمينها لما أقرت به.

ومثله: أجاب هاشم ابن أحمد: شريطة ألا تكون وصيا، فإن كانت وصيا فالقول قولها⁶.

-ه- وسئل ابن رشد: عن ضمن شورة زوجه عندما زفت إليه ثم ضاعت الشورة بعد ذلك فهل يلزمه ما ألزم نفسه؟

¹ ابن عبد العزيز: هو أبو بكر محمد بن عبد العزيز المعروف بابن القوطية رأس في اللغة و حفظ الحديث توفي في ربيع الأول سنة 367 هـ، سير أعلام النبلاء، الطبعة العشرون.

² نفسه 126/3 بتصرف.

³ المعيار 126/3 م س.

⁴ معين الحكام 174/1 م س.

⁵ ابن مخلد: هو أبو الحسن عبد الرحمن بن مخلد بن عبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد بن يزيد من حفدة الإمام بقي بن مخلد المسند المفسر الرحالة، تولى قضاء طليطلة مرتين ثم انقلب إلى موطنه قرطبة فتولى أحكام الشرطة إلى أن مات سنة 437 هـ وكان ميلاده عام 358 هـ، انظر كتاب الصلة.

⁶ المعيار 152/3 م س بتصرف.

فأجاب: بما نص معناه: أنه لا ضمان عليه إذا قامت بينة أن التلف لم يكن من فعله و عليه الضمان إذا لم يعرف وجه تلفها إلا من قوله¹.

المتأمل في الأجوبة المذكورة سلفا يجدها متحدة من حيث موضوعها وهو ضمان الشورة إما على الزوج من قبل الولي أو ورثته، أو على الولي القابض لنقد الزوجة، لكن العلة التي قدم كل واحد من فقهاءنا – رحمهم الله- في إيجاب الضمان أو عدمه تكاد تكون متباينة.

فقد اعتبر ابن زرب أن الأب إذا لم يعد الشورة هبة بالنص على عينها والإشهاد عليها، فذلك حق لورثته بعد موته. كما له الرجوع فيه في حياته ووافق ابن عبد العزيز على ذلك، لكن شريطة ألا يظهر في ذلك تحامل من الأب أو تعد، إلا أن ابن مزين وابن المعطي اعتبرا دعوى الأب أو ورثته من بعده لا جدوى منها ما لم يكن الأب أشهد على ذلك في حينه.

بينما اعتبر ابن القطان دعوى الأب أن بعض الشورة عارية منه لابنته هو مصدق فيها فيما زاد على نقد الابنة، لأن البكر في حجر أبيها الأصل لا مال لها فإذا ادعى أبوها أن ما زاد على نقدها هو إعارة منه لها صدق في ذلك لأنه لم يدعي خلاف الواقع، ما لم يطل الزمان فيتهم بالرجوع في هيبته.

أما جواب ابن الهندي فقد جعل دعوى الأب لا توجب له حقا إلا إذا كانت البنت قد خرجت عن ولايته برشدها، لأنها لو لم تكن كذلك لكانت متهمة و ينبغي أن تكون كذلك. والرشيده لا يمكنها أن تسلم إلا ثلث مالها، تنزيلا للإقرار بالحق منزلة الوصية، لأن ما زاد على ثلث مال المرأة محجر عليها فيه من قبل الزوج.

كما أجاب ابن مخلد أن الأم المدعى عليها بعدم تجهيز ابنتها بما قبضت من نقدها هي بين أمرين إما أن تقيم البينة، أو تضمن ما ادعى الزوج بعد يمينه لأنها مقرة به.

ووافق هاشم بن أحمد، في الأم غير الوصي، أما الأم الوصية فالقول قولها على حد تعبيره، بينما ميز ابن رشد في ضمان الزوج لشوار زوجته بين ثبوت أن التلف ليس من فعله

¹ فتاوى ابن رشد 1551/3 م س بتصرف

وبين جهل ذلك، فلا ضمان عليه في الأول، لكنه ضامن في الثاني، ترى إلى أي حد طبقت هذه الأجوبة المقرر في مصادر المذهب ؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية :

ثانيا : التأصيل

قال مالك: على المرأة أن تتجهز لزوجها بما يصلح الناس في بيوتهم مما يحتاجون إليه من المتاع والفراش والصحفة وما لا غنى عنه وإن كان فيه ما يتخذ منه خادم فعلت .

وقال محمد إذا أمهرها على أن تتجهز فكأنه أصدقها ذلك بعينه وهو منهما وبينهما¹.
ومن كتاب ابن حبيب: للزوج أن يسأل ولي الزوجة فيما جعل الصداق ويفسر ذلك، ويحلف عليه إن اتهمه.

وفي كتاب ابن المواز قول مالك فيمن اشترت بصدقها جهازا ثم طلقت قبل البناء أن الجهاز بينهما ليس لها حبسه ولا له تركه، إلا أن تشتري ما ليس من مصالح دخولها².

ومن البيان والتحصيل: قال مالك، فيمن أصدقت ثلاثين دينارا فطلب أبوها أن يشتري لها متاعا في بيتها – فقال الزوج هذا بيت خالتها فدخلت على ذلك ثم مات – أرى أن يقوم المتاع فإن كان منه فضل فهو لها لأنه رضي أن يعطيها إياه وإن كان أقل من القيمة تبعته بالباقي في تركته³.

ومنه أيضا: سئل ابن القاسم عن الرجل يساق لابنته سياقة في صداقها فيبيعها ويشتري لها بها جهازا من الحلي وغيره، أن ذلك جائز ولا كلام للزوج فيه، وإنما له الكلام لو أمسكه لنفسه ولم يجهزها به⁴.

1 النواذر والزيادات 484/4 م س .

2 نفسه 483/4.

3 البيان والتحصيل 329/3 م س.

4 نفسه 417/3 م س.

وقال القاضي عبد الوهاب: وعلى المرأة أن تتجهز لزوجها من صداقها أو غيره، بما جرى به العرف في موضعها، وله إن طلقها قبل الدخول نصف ما ابتعته إلا أن تكون صرفته في شيء تختص به، لأن العرف شراء الجهاز بالصداق¹.

وعن ابن عبد البر: أن من أصدقت عينا فاشتريت بها ما شأنها أن تتجهز به، فذلك كله بمنزلة ما أصدقها، ونماؤه ونقصانه بينهما، وإن طلقها قبل الدخول لم يكن له إلا نصفه، وليس عليها أن تغرم نصف عين الصداق².

لكن ما ينتجه الصداق كغلة الحيوان ونحوه اختلف فيه هل هو بمثابة الجهاز أم لا ؟ جاء في التبصرة: اختلف في غلة الحيوان والشعر وغيره، فقال مالك وابن القاسم: الغلات بينهما لأن الضمان منهما، وقال ابن الماجشون الغلة لها، وإن هلك فالضمان عليها وحدها³.

أما إذا قبضت المرأة صداقها وادعت ضياعه فإن ابن الماجشون يرى أن عليها أن تخلف مثله و تتجهز به⁴.

وعن محمد في الواضحة: أن المرأة إذا أصدقت عينا فضاعت منها ثم طلقت قبل البناء وقامت بينة أن التلف لم يكن بسببها، ولا بتفريط منها فلا ضمان عليها والمصيبة عليهما جميعا، وهو نص جواب ابن القاسم، وقال أصبغ هي ضامنة على كل حال⁵.

وقال عبد الملك في غير العتبية: إذا ادعت المرأة تلف الصداق وطالب الزوج أن تتجهز به، فليس له ذلك لأنه مالها ضاع منها، فلا تضمن مالها، وعليها اليمين وبالطلاق يصير مالا له، لكنه عاد في العتبية وقال: عليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقم بينة بهلاكه، لتشتري به جهازا لها⁶.

1 التلقين للقاضي عبد الوهاب ص 86 ط وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ط 1993 م.

2 الكافي في فقه أهل المدينة ص 252 م س.

3 تبصرة اللخمي : 1966/4 م س.

4 فقه ابن الماجشون ، ص 408 م س.

5 منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 635/5 م س.

6 الجامع لابن يونس 271/4 م س.

وعن ابن الماجشون: إذا أقر الأب في مرضه بقبض صداق ابنته فأقراره نافذ في ماله، لأن ذلك للزوج لا لابنته¹.

وفي المقنع قال أبو جعفر: إذا قبض الأب نقد ابنته البكر ثم أخرجها إلى زوجها فزعمت أنه لم يجهزها بالنقد وطالبته به، فإن كان ميتا فلا شيء لها، وإن كان حيا فالقول قولها مع يمينها للحق الذي للزوج فيه، وإن لم يكن لها يومئذ زوج فلا يمين لها على الأب وفيه خلاف².

من خلال ما تقدم بسطه من نقول من مصادر المذهب يتضح لنا أن الزوجة مطلوبة هي ووليها أن تتجهز بقدر ما تسلمت من نقدها الآكد فالآكد من لوازم البيت عرفا لبيت زوجها.

أما الكالئ إذا لم يحل إلا بعد الدخول فلا حق للزوج في المطالبة بالتجهز به، وأن الشورة التي تصحبها المرأة لبيت الزوجية مضمونة ممن هي عليه، لكن وقع الخلاف هل تضمن الزوجة المهر إذا ضاع فتتجهز بمثله من ماله أم لا؟

مما يطرح إشكالا مفاده إذا كان المهر ملكا محضا للمرأة كيف تطالب أن تتجهز بقيمة نقده؟ وكذلك إذا قدم الزوج عينا كيف إذا طلق قبل الدخول يسترد قطنا وصوفا؟

ذلك ما أحاول بحول الله التوقف عنده من خلال النقطة الموالية؟

ثالثا : دراسة

الشورة هي الجهاز الذي تصحبه الزوجة معها لبيت الزوجية وهي أسلوب من أساليب إدخال السرور، لذلك رأى الأئمة المالكية أن الصداق ليس حقا خالصا للزوجة من حيث الإنفاق وإن كانت هي المالكة له وحدها فينبغي أن تتجهز بنقده جهاز مثلها من مثله بالمعروف لكن لا تأكل منه و لا تقضي منه ديناً إلا أن يكون ذلك شيئاً يسيراً، وعمدتهم في هذا أنه عرف جرى واطرد بين الناس من غير نكير من أحد منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ويمكننا أن نحد العرف بالآتي :

¹ فقه ابن الماجشون ص 409 م س.

² المقنع في علم الشروط لابن مغيث ص : 58.

هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول فيما لا يخالف المنقول.

وجاء في كتاب المستدرك على الصحيحين بإسناد صحيح من حديث علي - رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه و سلم جهز فاطمة - رضي الله عنها - في خميل و قرينة و وسادة حشوها إدرج¹.

وقال القاضي عبد الوهاب: دليلنا على تجهز المرأة بصداقها، العرف وفعل النبي - صلى الله عليه و سلم - و قد قال الله عز و جل : " خذ العفو و أمر بالعرف "²، وقد أخذ النبي صلى الله عليه و سلم صداق ابنته فاطمة - رضي الله عنها- فصرفه في جهازها³.

أما من حيث ضمان الزوج للشورة إذا ضاعت و كذا ضمان الزوجة للصداق إذا ضاع فتتجهز من مالها، و كذا إذا طلق قبل الدخول و قد صارت العين عنها فيأخذ نصفه. هل للشورة منزلة العارية أو منزلة البيع ؟ ثم متى تملك المرأة الصداق ؟

قال ابن عبد البر اختلف الفقهاء فيما تملكه المرأة من صداقها قبل الدخول فالظاهر من مذهب مالك أنها لا تملك قبل الدخول بها إلا نصفه وأن الصداق إذا كان شيئاً بعينه فهلك ثم طلق قبل الدخول لم يكن لأحدهما على الآخر شيء والنماء والنقصان منهما وعليهما⁴.

وقد اعتبر المالكية الشورة إذا ضاعت ضمانها كالضمان في البيع فالذي يصدق فيه البائع المشتري يصدق فيه الزوج الزوجة.

لكن أليس الأمان والضمان لا يجتمعان ؟ إذ الوديعة لو ضاعت من غير تفريط من المودع فلا ضمان فيها، قال ابن عبد البر: الأمر المجمع عليه عندنا أن الأموال تضمن في العمد والخطأ¹.

¹ المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم النسابة كتاب النكاح باب جهاز فاطمة - رضي الله عنها - ط . دار المعرفة ط 1418 - 1998 م .

² الآية 199 من سورة الأعراف .

³ المعونة للقاضي عبد الوهاب 550/2 م س.

⁴ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح كل ذلك بالإيجاز والاختصار لأبي عمر بن عبد البر 413/5 بتعليق سالم محمد عطا . ط . دار الكتب العلمية ط 3.2010 م .

فقد روى الترمذي من حديث أبي أمامة - رضي الله عنه- قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة عام حجة الوداع العاربية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي².
وروى البيهقي في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " ليس على مستودع ضمان"³.

وذكر القاضي عبد الوهاب في المعونة: أن عليا - رضي الله عنه - قضى في نازلة رفعت إليه أن على الأب تجهيز ابنته بحسب نقدها إلى البيت زوجها، وقال لزوج اعترض عليه قائلاً قد دفعت عينا فكيف أخذ صوفا وخرقا، أنت أضعت مالك ولم يوجد له مخالف من الصحابة - رضي الله عنهم -⁴.

فأخذ المالكية بهذه الأدلة مجتمعة في هذا الباب بناء على أصلهم الأعمال أولى من الإهمال في الاستدلال فجعلوا الزوج ضامنا للشورة إذا ضاعت من غير بينة على براءته لأن الزعيم غارم.

كما اعتبروا ما ضاع من غير تعد مصيبة للزوجين معا، وأن الزوجة إذا اشترت ما جرى العرف أنها تتجهز به ثم طلقت قبل الدخول ترد نصفه لا نصف العين خلافا للشافعي وأبي حنيفة، هذا عن ضمان الجهاز فماذا عن تحكيم العرف؟

الفرع الثاني : تحكيم العرف في الصداق

قبل الحديث في تحكيم العرف في أمر الصداق أود أن أقدم لمحة مختصرة عن هذا المصطلح إذ الحكم على الشيء فرع تصورهِ.

1 الاستذكار 279/7 م س.

2 سنن الترمذي كتاب البيوع باب ما جاء أن العاربية مؤداة رقم 1182، قال في إرواء الغليل له طرق تؤكد حسنه وتجعل النفس مطمئن إليه.
إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل لمحمد ناصر الدين الألباني نشر المكتب الإسلامي ط. 1985/2.

3 سنن البيهقي كتاب الوديعة باب لاضمان على مؤتمن وفي بعض طرقه زيادة غير المغل رقم 1265 .

4 المعونة للقاضي عبد الوهاب 551/2 م س.

التحكيم لغة من أحكم ومن معانيه التفويض فحكمه إذا فوض الأمر إليه، وفي التنزيل قوله تعالى: " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك ..."¹، وعرفا هو تولية الخصمين حكما يرتضيانه حكما بينهما².

أما العرف فيطلق لغة على معان شتى منها أنه ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه³.

واصطلاحا: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، أو هو العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في إثباته ولا نفيه دليل شرعي . وبناء عليه فتحكيم العرف في الصداق الرجوع إليه فيما اختلف فيه من أحواله. فالصداق وإن اتفق على أقله في المذهب وحصل الإجماع بالنص أنه لا حد لأكثره، فقد تختلف بعض أحواله، فيطلب أحد طرفي العقد إحداث شيء بالصداق أو فيه فلا يرضاه الآخر.

فهل يكون العرف محكما فيما لا نص فيه ولا اتفاق بشأنه ؟
لرفع هذا الإشكال أسلك المنهاج الآتي :

أولا : عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن المكوي عن أنكح ابنته رجلا على شروط وصداق معجل وكالئ، وأغفل تاريخ الكالئ حتى حان الدخول فطلب الولي كتابة الشروط وأجل الكالئ فأبى الزوج محتجا بعدم الشرط والولي يحتج بالعرف فهل يحملان على العرف في ذلك ؟

فأجاب بما نصه: إذا كانت أحوال الكوالئ عندهم معروفة لا تختلف فالنكاح جائز ويحمل أمرهم على عرف الناس في كوالئهم، أما الشروط فلا تلزم من لم يلتزمها من قبل⁴.

1 سورة النساء الآية 64.

2 لسان العرب مادة حكم .

3 تهذيب اللغة 344/2، ط الدار المصرية للتأليف القاهرة.

4 كتاب الأحكام لأبي المطرف، ص 459، وكذا المعيار 116/3 بتصرف.

-ب- وسئل ابن الفخار¹ عن مفت يقول لا يستمتع الزوج بما ابتاع من الصداق إلا سنة لا أكثر.

فأجاب: على المرأة عندنا - يعني أهل المدينة - أن تتجهز لزوجها بقدر النقد مما يعرف أنه جهازها جار عندهم في البلد، وللزوج أن يستمتع معها حتى يخلق وتذهب عينه وإنما حدث السنة عند الخصام في دعوى ذهابه².

-ج- وسئل أبو عمران الفاسي³، عن تزوج بكرا على مائتي دينار والعادة الجارية أن الأب يدفع مقابل ذلك مائة وخمسين فطلق الزوج بعد البناء فطولب بمبلغ الصداق فطالب بما جرت العادة وعليه انعقد النكاح، فما الذي يجب؟

فأجاب بما نص معناه: إذا كان عرف البلد جار ألا يكتب الزوج مائتين إلا على إعطاء الأب مائة وخمسين للزوج عينا أو عرضا تكون ملكه فالنكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل، وإن كان إنما يدفع الأب ذلك لتجهيز ابنته، فالنكاح جائز وللزوج القيام به، وأما مسألتك فقد مات أبو الزوجة ورضي الزوج بالبناء فلا قيام له و تلزمه المائتان جميعا⁴.

وقد سئل ابن الحفار بماذا يعتبر صداق المثل ببلد أصل الزوجين أو مكان انعقاد العقد؟

فأجاب : صداق المثل معتبر ببلد انعقاد النكاح⁵.

-د- وكتب لابن رشد من مدينة شلب⁶ في رجل ساق لزوجه مالا من جملة أملاكه والعادة أن يسوق أبو الزوجة لابنته شورة مثلها فلم يفعل وهو من أهل الثروة .

1 ابن الفخار هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن يوسف القرطبي الأندلسي المعروف بابن الفخار و الحافظ لقباً، ولد حوالي أربعين وثلاث مائة 340 هـ ، كان شيخ مالكية الأندلس في عصره وعالم أهل بلده له القدم الراسخ في كل علم من علوم الشريعة، وصاحب التوليف المفيدة منها الانتصار لأهل المدينة، توفي ببليسية في ربيع الأول لعشر فلون منه عام 419 هـ ، مقدمة تحقيق كتاب الانتصار ص 32، 46 بتصرف م س.

2 المعيار 117/3 م س.

3 أبو عمران الفاسي : هو موسى ابن عيسى بن أبي حاج الزناتي الفاسي المالكي أحد أعلام المذهب و الرحلة المتنوعة من القيروان إلى الأندلس إلى المشرق حج أكثر من مرة ، ولد 368 هـ ، و توفي في 13 رمضان 430 هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي 545/17 الطبقة الثالثة والعشرون م س.

4 نوازل أبي عمران الفاسي ص 109 بتصرف م س.

5 المعيار 148/3 م س.

6 مدينة شلب: بكسر فسكون وقيل بالفتح وباء موحدة مدينة غربي الاندلس عرف أهلها بالأدب وقرض الشعر، قال الحموي بلغني أنه ليس بالأندلس بعد إشبيلية مثلها، معجم البلدان 357/3 م س.

فأجاب: إذا أبى الأب أن يجهزها بما جرى به العرف والعادة أن يجهزها بمثله، مقابل ما ساق الزوج، فالزوج بالخيار بين أن يلتزم النكاح أو يرده عن نفسه ويسترد ما نقد¹.

-ه- وسئل ابن ورد² عن امرأة اشترط عليها الزوج أن تشتري ثيابا لها وله.

فأجاب: إلزام المرأة أن تتجهز بصدقتها لا أصل له في المذهب إلا الجري على حكم العرف وجل الناس يخالفون في هذا ومتقدموا المالكية الأندلسيين كانوا لا يفتنون بلزومها، ومذهبي في ذلك ألا يلزم المرأة في ذلك إلا ما كان عرفا جاريا³.

المتأمل في النوازل أعلاه يجدها تكاد تكون متطابقة في أن للعرف المطرد حكم الاتفاق الملزم لطرفي العقد ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، فالعقد شريعة المتعاقدين فيما لا يخالف نصا أو مقصدا شرعيا.

فقد أجاب ابن المكوي عن إغفال أجل الكالئ، أن يحمل على عرف الناس في كوائهم، ومثله جواب ابن الفخار في التمتع بالجهاز من قبل الزوج أنه محمول على العرف وأن تحديد السنة المتوهم في السؤال إنما حد للخصومة بشأنه.

كما أجاب أبو عمران أن العقد المبرم على الشرط يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل. لكن إذا كان المدفوع من قبل الولي مما جرى العرف باعتباره جهازا فالزوج المطالبة به، إلا أن لا شيء من ذلك ثابت في المسألة المسؤول عنها.

وقد تضمنت إجابة ابن الحفار أن العرف المعتبر في مسائل النكاح هو عرف بلد العقد لا العاقد في حين زعم ابن رشد أن إخلال ولي الزوجة بالعرف الجاري بالبلد يمنح الزوج الخيار بين إمضاء العقد أو التراجع عنه مقابل استرجاع نقده منزلا العرف

¹ فتاوى ابن رشد 1419/3 وكذا المعيار 381/3 م س.

² ابن ورد: هو أبو القاسم أحمد بن محمد بن عمر بن يوسف بن إدريس بن عبد الله التميمي من أهل الميرة المعروف بابن ورد نسبة إلى خاله ولد سنة 456 و توفي في رمضان سنة 540 هـ عن مقدمة تحقيق كتابه الأجوبة بتصرف².

³ كتاب الأجوبة لابن ورد ص: 126 تحقيق محمد بوخيزة و بدر العمراني ط الرابطة المحمدية للعلماء سلسلة نواذر التراث،

منزلة العيب الموجب للخيار، بينما اعتبر ابن ورد أن كل واحد من الزوجين لا يمكنه أن يلزم صاحبه إلا بما جرى به العرف و تمالأ عليه الناس .

مما يمكن معه الجزم أن المالكية انطلقا من هذه الفتاوى يعتبرون العرف محكما في كل أمر لم يحصل بشأنه اتفاق مشروع على خلافه، ولا غرو في ذلك فالعرف أصل في المذهب لكن رغم ذلك إلى أي حد جسدت هذه الأجوبة من فقهاءنا – رحمهم الله- إرادة ما هو مسطر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية :

ثانيا : التأصيل

جاء في البيان والتحصيل: أن مالكا – رحمه الله- سئل عن الرجل يتزوج فيلزمه أهل الزوجة بهدية العرس، وهي عرف بينهم هل يقضى عليه بذلك ؟ فأجاب بما نص معناه، أن ذلك لازم له.

وقال ابن القاسم: في سماع عيسى إنه قال قبل ذلك: لا يقضى به عليه وهو الذي اختاره ابن القاسم وعلله، بقوله أرأيت لو مات أو ماتت أكان لها فيه شيء؟ فهذا دليل أنه لا يقضى به سواء كان ذلك عرفا أم لم يكن ؟

لكن تعقبه ابن رشد بقوله إنه نقل عن مالك أنه قال إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أرى أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان لأنني أراه أمرا قد جروا عليه¹.

ولعل وجه تقدم السلطان أن يعهد إلى الناس أنه لا شيء لمن تزوجت على زوجها إلا ما اشترطت عليه. وعن ابن رشد القياس شاهد على القول بوجوب القضاء بما جرى به العرف إذا حكم للعرف بحكم الشرط (يعني المعروف عرفا كالمشروط شرطا) لكن ما يتبادله الزوجان من الهدايا لم يحكم له مالك لا بحكم الصداق ولا بحكم الهبة، وإنما حكم له بحكم الصلة التي يراد بها عين الموصول في حين حكم لها ابن حبيب بحكم الصداق².

1 البيان والتحصيل 333/3 م س.

2 نفسه 335/3 .

ووجه الخلاف إذا حكم لما جرى العرف به بحكم الصلة أنه لا يقضى به على من أباه، وإذا كان له حكم الصداق قضي به على الممتنع لأن المنزل منزلة الشيء يأخذ ما يختص به .

وقال عبد الملك: أخبرني مطرف أنه سمع مالكا سئل عن الرجل يتزوج امرأة بصداق مسمى منه معجل و منه كالى ولم يحدد للكالى أجل وعرف أهل البلد أن الكالى لا يؤخذ إلا لموت أو فراق فقال: لا أحب العمل به وأراه غير جائز فليل له إن عثر عليه فسح ؟ قال إن عثر عليه قبل البناء خير الزوج بين أن يعجل الكالى أو يفسخ النكاح وإن فات بالدخول رد إلى صداق المثل معجلا¹.

ورجح القاضي عبد الوهاب: أن المرأة إذا اشترت بصداقها جهازا أو ما يصلحها ويصلح لزوجها مما جرى العرف به في موضعها ثم طلقت قبل الدخول فلزوج نصف ما اشترت ولا يلزمها أن تعزم عينا كما تسلمت خلافا لأبي حنيفة والشافعي².

وهكذا فإن من تتبع نصوص فقهاء المالكية في مصادرهم يجد العرف محكما فيما لا نص فيه ولا يخالف نصا أو مقصدا شرعيا، لكن كيف صار العرف حكما يرجع إليه عند التنازع ؟ ألا يمكن أن يقول القائل بأي مسوغ تحكم أعراف الناس في أفعال العباد وأصل الحكم للنص ؟ ألم يقل سبحانه : " إن الحكم إلا لله .."³

ذلك ما يمكن الإشارة إليه من خلال النقطة الموالية بحول الله.

ثالثا : دراسة

العرف ابتداء محكم في الأمور الشرعية بنص الكتاب في مواطن متعددة من ذلك عدا لا حصرا. قوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

¹ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 631/5 بتصرف م س.

² الإشراف على نكت مسائل الخلاف 722/2 م س

³ جزء من الآية 40 من سورة يوسف.

بالمعروف "1 وقال سبحانه: " وللمطلقات متاع بالمعروف "2. وقال أيضا: " ... ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف "3، فأصل المسألة شرعي لكن ضوابط تقديرها تحتكم لأعراف الناس، قال ابن العربي في الآية الأولى تفيد أن النفقة غير مقدرة شرعا.

وإنما تتقدر عادة حسب حالة المنفق والمنفق عليه فتتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة⁴.

إذن فالنفقة واجبة بالنص لكنها مقدرة بالعرف وكل عرف من هذا القبيل ترك الأخذ به ترك للنص نفسه. أما اعتماد العرف عموما فيشهد له قوله تعالى: " خذ العفو وأمر بالعرف "5، ومن معاني العرف في الآية أنه ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع، وكذلك ما ورد في الحديث عن ابن مسعود - رضي الله عنه - "فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء"6.

وقال الإمام الشاطبي: العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا سواء كانت شرعية في أصلها أم لم تكن⁷ والقاعدة في باب اعتبار الأعراف ما ذكر السيوطي في الأشباه كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف⁸.

كما يجدر بالتنبيه في هذا المقام أن تحكيم العرف ليس خاصية مالكية بل غير المالكية أيضا اعتبروه مستندا في الأحكام، فقد جعل الشافعي - رحمه الله - مذهبه على خمسة أصول العرف أحدها⁹.

1 جزء من الآية 233 من سورة البقرة.

2 جزء من الآية 241 من سورة البقرة.

3 جزء من الآية 6 من سورة النساء.

4 أحكام القرآن لابن العربي 250/1 م س.

5 جزء من الآية 199 من سورة الأعراف.

6 أخرجه الإمام أحمد في المسند في باب فضائل الصحابة 379/1 مسند الإمام أحمد بتحقيق عادل مرشد ط الرسالة ط 2001.1 و الحاكم في المستدرک و البزار في مسنده و غيرهم لكن الحديث لا يصح مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه و سلم و يصح موقوفا على ابن مسعود رضي الله عنه.

7 الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ص 390 باعتناء عيد الله دراز ط . دار الكتب العلمية ط 2009.

8 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 99 ط. دار الكتب العلمية ط 1. 1403. 1983 م

9 قيل في أصول الخمسة :

مما يمكن معه القول في اطمئنان إن أصل تحكيم العرف فيما لا نص يحدده ومن ذلك الخلاف الذي قد يكون بين الزوجين حول الصداق أصل شرعي ثابت لا مطعن فيه في الجملة . والله أعلم.

ما تقدم كان حديثا عن الصداق فماذا عن الأحكام التي تلحقه ؟

المبحث الثاني : نماذج من أحكام الصداق

الحكم لغة لا يكاد يخرج عن الإيقان والمنع، وعرفا على وجه العموم هو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه، وقد حد شرعا بأنه خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف اقتضاء أو وضعا.

والحكم هو الأداة الشرعية الكفيلة بضمان التمتع الفعلي بالحقوق ودفع ما يهددها من مفساد، وأحكام الصداق متعددة، لكن اقتصرنا على أنموذجين منها لأهميتهما النحلة والضمان في الصداق، والدعاوى التي تثار بشأن خلاف حول الصداق.

فجاء المبحث في مطلبين اثنين كالآتي :

المطلب الأول : التنازل والضمان في الصداق

الصداق ملك للزوجة من غير خلاف شرعا بعقد النكاح وهو مضمون لها على الزوج حتى تقبضه كالمبيع، لكن هل للزوج التصرف بالتمتع فيما قد تنحله الزوجة منه؟ وإذا ضاع بعضه هل على الزوج أو غيره ضمانه؟

لرفع هذا الإشكال يمكن التوقف عند الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : النحلة بين الأزواج

النحلة بالكسر هي العطية من غير أخذ عوض، وما كان على هذه الشاكلة لا يكون إلا عن طيب نفس من المعطي، فإذا نحل أحد الزوجين الآخر نحلة انعقد أو لم ينعقد النكاح عليها فهل تعد لازمة من غير قبض ولو اعترض الوارث عليها؟

وكذا المشقة تجلب التيسيرا

ضرر يزال وعادة قد حكمت

والقصد أخلص إن أردت أجورا

والشك لا ترفع به متيقنا

لحل هذا الإشكال أتوقف عند العناصر الآتية :

أولاً : عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن المكوي عن زوج ادعى أن زوجه وهبته شيئاً من شورتها.

فأجاب: إذا كان الزوج قبضه وحازه لنفسه في صحة الزوجة فهو له، إلا أن يكون هبة ثواب فللورثة القيام في المثوبة ما لم يطل.

وعن ذات النازلة أجاب ابن الهندي بالآتي: أن ذلك موروث عن الزوجة لإقرار الزوج أنه من شورتها التي خرجت بها إليه.

وعلى الورثة اليمين أنهم لا يعلمون هبة من موروثهم لزوجها ولهم رد اليمين على الزوج ما لم تقم له بينة عدل لا مدفع للورثة فيها على الهبة البتة وقبضها في الصحة¹.

ب- إذا نحل الرجل زوجه نحلة ولم تحزها حتى مات، نزلت بجهة جيان² فاستفتي فيها الفقهاء فكان من أجوبتهم الآتي :

قال ابن العطار: النحلة في النكاح تنفذ وإن لم تحز، وقال ابن عتاب: النحلة نافذة إذا انعقد النكاح عليها وإن لم يذكر في العقد قبول النكاح لها ولا حيزت³.

ج- إذا نحل الأب ابنه قيمة الصداق قبل بلوغه ولما بلغ طلق زوجه لمن تكون النحلة؟

أجاب ابن الهندي: للزوجة نصف معجل الصداق ونصف مؤجله إلى أجله إن كان الطلاق قبل الدخول وللأب النصف الباقي ولا شيء للإبن منه لأن النحلة كانت لأجل النكاح وهو قد فسخ⁴.

د- وسئل ابن رشد عن السياقة غير المحددة في كتاب الصداق، ما الحكم فيها قبل البناء وبعده؟

1 المعيار 124/3 بتصرف م س .
2 جيان: بالكسرة بعده باء مشددة ونون: مدينة واسعة بالأندلس تقع شرق قرطبة وتجمع قرى كثيرة، نسب إليها كثير من العلماء المحدثين، معجم البلدان 195/221 م س.
3 الإعلام ص 223 م س.
4 الأحكام لأبي المطرف ص 371 م س.

فأجاب: النكاح المنعقد على سياقة غير محددة في كتاب الصداق نكاح جائز لا يفسخ قبل البناء ولا بعده من أجل إهمال تحديدها إن كانوا قد عرفوا ذلك ولم يدخلوا فيه على جهل¹.

بنظر تأملي في أجوبة فقهاءنا – رحمهم الله- هذه بخصوص النحلة بين الأزواج يمكن أن نسجل ملاحظة أولية أن النحلة في النكاح تكتسي صبغة من اللزوم تكاد تخرجها من التبرعات إلى حيز المعاوضات، لكون نفاذها لا يتوقف على حيازتها كالهبة.

فقد تضمن جواب ابن العطار أن النحلة بين الأزواج نافذة من غير افتقار للحيازة، ومثله ابن عتاب إلا أنه اشترط كونها انعقد النكاح عليها، وإذا كانت كذلك فهي جزء من الصداق وليس ابتداء عطية.

في حين اعتبر ابن المكوي أن النحلة بين الأزواج لازمة لكنها تفتقر إلى ما تفتقر إليه الهبة من الحيازة في الصحة بما ينفي تهمة الورثة.

لكن خالفه ابن الهندي في أن حيازة الزوج للشورة لا يكفي ما لم تقم بينة تشهد بالهبة أو يرد الورثة على الزوج اليمين، مما يتضح معه أن تنزيل النحلة منزلة الصداق أمر مختلف فيه. أما النحلة من غير الزوجين لأجل النكاح فتلزم الناحل فيما يتعلق به حق الغير ويمكن استرجاع الباقي ولا شيء للمنحول إذا لم يتحقق ما نحل من أجله على حد جواب ابن الهندي عن نحلة الأب ابنه الصغير قيمة الصداق.

ترى إلى أي حد طابقت هذه الأجوبة ما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذاك ما أحاول بحول الله الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية:

ثانياً : التاصيل

جاء في المدونة أن مالكا سئل عن امرأة زوجت على مائة دينار ثم وهبت زوجها شيئاً منها وهي قبضت منها أربعين ثم إن الزوج طلق قبل الدخول، فقال يرجع عليها بنصف ما قبضت، ولا يكون له عليها في الذي وهبته قليل ولا كثير قبضته أو لم تقبضه².

¹ فتاوى ابن رشد 1400/3 م س بتصرف.

² المدونة الكبرى 346/2 م س .

وعن ابن وهب: قال ربيعة في رجل تزوج امرأة بمائتي دينار فتصدقت عليه بمائة ثم طلقها قبل الدخول قال لها نصف ما بقي.

وعن ابن شهاب: فيمن تزوج امرأة فأصدقها ثم طلقها قبل البناء فله نصف صداقها ويأخذ نصف ما أعطاهما وما أدرك من أمتعة لكن لا غرم على المرأة فيما ضاع من ذلك¹.

ومن كتاب محمد: من وهبت زوجها جميع صداقها قبل الدخول أجبر على ألا يدخل حتى يعطيها ربع دينار فأكثر، ولو قبضته ثم وهبته فلا شيء لأحدهما على الآخر².

وعن ابن القاسم من تزوج امرأة على صداق مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعا ولم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء فلها نصف الزيادة إن طلق وإن مات لم تأخذ شيئا لأنها عطية لم تقبض³.

ومن البيان والتحصيل: لو وهبت المرأة للزوج صداقها قبل القبض أو بعده ثم طلقها قبل الدخول فلا رجوع له عليها بشيء، لأنه بهبتها صار ملكا له.

وعن ابن القاسم في امرأة تصدقت على زوجها بصداقها ثم منته عليه فقال أنا أكتب لك صداقا فكتب فقال إذا لم تقبضه في حياته فلا شيء لها لأنها عطية⁴.

وفي الجامع لابن يونس عن بعض الفقهاء أن أبا بكر بن عبد الرحمان سئل عن العطايا إذا كانت في أصل عقد النكاح، هل تفتقر إلى القبض؟ فقال لا تفتقر إلى القبض ولا تبطل بموت المعطي قبل القبض⁵.

وقال الباجي: وليس في شيء من الأتحال التي تنعقد المناكح عليها حيازة لأن نحلها نحل البيوع من أجل البضع وبه مضى العمل عند شيوخنا فإن فسخ النكاح الذي وقعت فيه النحلة ومن أجله فالنحلة ثابتة للمنحولة له¹.

1 نفسه 351/2.

2 الجامع لابن يونس 267/4 م س.

3 الجامع لابن يونس 278/4 م س.

4 البيان و التحصيل 402/3 م س.

5 الجامع لابن يونس 260/4 م س.

ثم ذكر فرقا بين الصداق و النحلة أعطى له مثالا بمن تحمل الصداق عن ابنه ومن نحله من أجل النكاح فلو طلق الولد قبل الدخول فإن نصف الصداق يرجع للأب والنحلة ليست كذلك.

معللا ذلك بكون الصداق في النكاح نحلة البضع فلما زال البضع بزوال العصمة زال باقي الصداق لأنه من سببه، والعطايا في الانحال بخلاف ذلك فهي عطية لتتمام النكاح والإشهاد عليها يكفي².

ومن التفريع لابن الجلاب قال: إذا نكح الرجل على صداق مسمى ثم زاد زوجه بعد ذلك في صداقها فإن طلق قبل الدخول لزمه نصف ما زاد، وإن مات فلا شيء للزوجة مما زاد في قول ابن القاسم لكن القياس عندي أن تجب الزيادة لها³.

وقال اللخمي: هبة المرأة صداقها لزوجها قبل البناء وبعده جائز لقول الله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه"، لكن يؤمر الزوج إذا وهبت صداقها له كله ألا يدخل حتى يقدم ربع دينار⁴.

وفي الإشراف قال القاضي عبد الوهاب: إذا وهبت المرأة للرجل صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا شيء له عليها خلافا للشافعي، دليلنا قوله تعالى: " فنصف ما فرضتم ..."⁵. فبين أن الزوج يستحق النصف حيث تستحقه الزوجة، وذلك لا يتحقق إلا ببقاء الصداق على ملك المرأة⁶.

وفي الكافي: إذا وهبت المرأة نصف صداقها لزوجها قبل قبضه ثم طلقها قبل البناء كان لها النصف مما بقي ولا شيء لها من النصف الموهوب⁷.

1 فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام لأبي الوليد الباجي ص 191 تحقيق محمد أبو الأجنان ط دار ابن حزم ط 2002-1422 م بتصريف.

2 نفسه 190 بتصريف.

3 التفريع لابن الجلاب 50/2 م س.

4 التنصرة لأبي الحسن اللخمي 1961/4 م س .

5 جزء من الآية 236 من سورة البقرة.

6 الإشراف على نكت مسائل الخلاف 720/2 م س.

7 الكافي في فقه أهل المدينة ص 253 م س.

ومن التهذيب: وإذا وهبت المرأة صداقها لزوجها بعد أن قبضته أو قبل وهي جائزة الأمر ثم طلقها قبل البناء فلا رجوع له عليها بشيء¹.

ونقل ابن جزى أن المرأة إذا وهبت جميع صداقها لزوجها ثم طلقها قبل البناء لا يرجع عليها بشيء في مذهب مالك، خلافا للشافعي القائل يرجع عليها بنصف الصداق².
ونقل عن أبي عمران الفاسي فيما جرى بالقيروان من عادات رد النقد إلى الزوج بعد قبضه أن ذلك نكاح وسلف وهو مما لا يجوز شرعا³.

وعن القاضي أبي بكر الأبهري: في الزيادة التي يزيد بها الزوج في صداق زوجته أن القياس يجعلها واجبة لها بالموت كما هي كذلك بالطلاق لأنها لا تخلو إما أن يكون لها حكم المهر أو حكم الهبة، التي لا تستقر إلا بالقبض، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت وإن كانت كالهبة وجب ألا يستحق نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض لكن لما وجب نصفها بالطلاق دل ذلك على أن لها حكم الصداق نفسه⁴.

ومن كتاب الأجوبة: ما ينحل الزوج قبل البناء من الطعام واللحم والدراهيم... إذا طلق قبل الدخول فهل له الرجوع فيه؟.

قال ابن سحنون إذا كان ذلك بطلب من الزوجة أو أهلها أو جرت به العادة أو كان ضرر الشقاق منهم فله استرجاع الموجود وقيمة الفات، وأما إذا نحل ذلك ابتداء فليس له إلا ما وجد بعينه وما استهلك فلا شيء له فيه⁵.

وهكذا نتوصل من خلال الوقوف على مصادر المذهب إلى نتيجة شبه متفق عليها أن النحلة بين الأزواج لازمة لا رجوع للناحل فيها في حالة الفرقة بالموت والحياة معا، ويكاد القول يكون مطردا في المذهب إلا ما نقل عن ابن القاسم أن النحلة إذا لم تقبض حتى مات الناحل لا يستحق المنحول له شيئا لأنها هبة لم تقبض .

1 التهذيب للبرادعي مع تعلقة الوانوعي 521/1 تعلقة الوانوعي على تهذيب المدونة تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب و حافظ عبد الرحمان خير ط/ 1435هـ/2014م بدون ذكر دار الطبع.

2 القوانين الفقهية لابن جزى ص 230.

3 الجامع لابن يونس 268/4 م س.

4 نفسه 279/4.

5 كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص 149 م س.

لكنه رأي لم يتابع عليه حتى قال ابن الجلاب إن القياس بخلافه وهو ما أكده القاضي أبو بكر الأبهري بدلالة الالتزام إذا لم يكن للنحلة حكم الصداق فكيف يستحق الزوج نصفها بالطلاق؟

ترى لأي شيء يرجع سبب هذا الخلاف؟ ثم إلى أي حد جسدت هذه المصادر الإلتزام بروح النص الشرعي؟

ذاك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثالثاً : دراسة

الانحال التي تقدم من قبل أحد الزوجين للآخر هل هي بمثابة الأعواض التي تجب بالعقود لأنها أسبابها، والأصل ترتيب المسببات على الأسباب فجميع المهر بالأصل متقرر بالعقد كالثمن لكن هل النظر للشيء يكون لذاته أو لسببه؟ فالعطايا المرتبطة بعقد النكاح هل النظر فيها لأسبابها فلا تفتقر للقبض؟ كما هو رأي سواد فقهاء المالكية؟ أو لذاتها فتكون عطية كالعطايا تفتقر للقبض؟

إذن فسبب الخلاف هو تردد الفرع بين أصلين فيلحق بأكثرهما شبيهاً¹، وعليه فهبة المرأة لصداقها لا تخلو من حالين إما أن تكون سفهية فالهبة مردودة، أو تكون رشيدة فالهبة جائزة باتفاق ولو كانت بكل مالها، أو بصداقها أو جزء منه، وكذلك ما يزيد الزوج في صداق زوجه أو ينحلها من ماله، وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف إذا طلق قبل الدخول أو وقعت موت قبل القبض.

¹ ذلك ما يسمى عند الأصوليين بالقياس الفقهي وهو أضعف أنواع القياس لكنه معمول به وإن لم يكن مقدماً على غيره : قال ابن عاصم رحمه الله:

ثم يليهما قياس الشبه ومالك كغيره قال به مرتقى الوصول إلى علم الأصول لابن عاصم الأندلسي البيت 635 ضمن المجموع الكامل للمتون 46/2 ط دار الفكر ط 2007/1 م.

قال ابن رشد العطية إذا لم تحز حتى مات المعطي بطلت لقول أبي بكر لعائشة

– رضي الله عنهما – إني كنت نحلتيك جدد عشرين وسقا فلو كنت جذذته وحزته كان لك وإنما هو اليوم مـال وارث...¹ وهو مروى عن عمر وعثمان وأنس – رضي الله عنهم- ولم يعلم لهم مخالف من الصحابة خلافا لأحمد القائل: العطية بين الأزواج لا تفتقر للحيازة².

وجاء في الموطأ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها و أشهد عليها فإنها ثابتة للذي أعطيتها إلا أن يموت المعطي قبل أن يقبضها الذي أعطيتها³.

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن ما ذهب إليه ابن القاسم من أن المرأة لا تستحق شيئا من النحلة التي لم تقبضها إذا مات الزوج هو عمل أهل المدينة وهو مقدم عند المالكية على خبر الواحد، لتضمنه معنى الإجماع على خلاف النص الذي هو من طرق معرفة النسخ.

ووفقه ما أفتى به ابن المكوى وابن الهندي- رحمهما الله- وأخرج الإمام أحمد في مسند المكثيرين من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي – صلى الله عليه وسلم- قال: أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها⁴.

ولمسألة رد ورثة الواهب اليمين على الموهوب له يشهد ما جاء في الموطأ، من قول مالك – رحمه الله- إذا نكل المعطي ثم جاء المعطى له بشاهد حلف مع شاهده واستحق ما أعطي له، وإن لم يشهد له شاهد فلا شيء له⁵.

وقد بوب الإمام البخاري باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها وشرح ابن حجر – رحمه الله- الترجمة بأن مضمونها هل يجوز لأحدهما الرجوع فيها ؟

1 أخرج البيهقي في كتاب الهبات تحت باب شرط القبض في الهبة رقم 1148 وغيره .

2 البيان والتحصيل لابن رشد 402/3 م س.

3 الموطأ كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من العطية رقم 1476.

4 الحديث أخرجه أصحاب السنن و هو عند أبي داود : في كتاب النكاح باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا.

5 الموطأ كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من العطية.

قال ابن شهاب - رحمه الله- فيمن قال لامرأته هبي لي بعض صدائك ثم لم يلبث أن طلقها، إن كانت أعطته عن طيب نفس جاز و لا رجوع فيه¹ لقوله تعالى: " فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه"² إذن فالعطية التي لا يجوز الرجوع فيها لا تفتقر إلى القبض إذ هي في حكم الأعراس وإن كان لا عوض مادي فيها.

وقال ابن العربي: اتفق العلماء على أن المرأة المالكة لأمر نفسها إذا وهبت صداقها لزوجها نفذ ذلك عليها و لا رجوع لها فيه خلافا لشريح³.

و نقل القرافي في الذخيرة عن عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه- أن العطايا في عقد النكاح لا تفتقر إلى القبض و لا تبطل بموت المعطي لأنها معاوضة⁴.

و مع هذا نخلص إلى أن قياس النحلة من أحد الزوجين للآخر على الصداق يجعلها لا تفتقر للحيازة و لا تبطل بموت الناحل، و قياسها على ذاتها باعتبارها عطية بلا عوض يجعلها تفتقر لما تفتقر له الهبة، مما يمكن معه القول إذا كان ذلك قبل الدخول فالأحرى أن يلحق بالصداق فيعطى حكمه. وإن كان بعد الدخول و استقرار الحياة الزوجية أن يبقى على أصل الهبة في أحكامها - والله أعلم -.

هذا عن النحلة فماذا عن ضمان الصداق ؟

الفرع الثاني: ضمان الصداق

الضمان من حيث اللغة لا يكاد يخرج عن معنيين هما التزام الشيء، أو جعل الشيء في شيء يحويه على حد تعبير ابن فارس⁵ وهل هو من ضمن أو ضم؟ فعلى الثاني يكون انتقال الدين من ذمة لأخرى.

وعرفا على وجه العموم: هو الالتزام بالتعويض عن الضرر، وقيل هو مرادف للمسؤولية، فإذا ثبت أن الصداق ملك للزوجة بعقد الزواج فهو مضمون على الزوج

1 صحيح البخاري كتاب الهبة و فضلها باب هبة الرجل لامرأته و المرأة لزوجها تعليقا.

2 جزء من الآية 4 من سورة النساء.

3 أحكام القرآن لابن العربي 415/1 م س .

4 الذخيرة في فروع المالكية لشهاب الدين القرافي 142/4 تحقيق أحمد عبد الرحمان ط دار الكتب العلمية ط 2008 م.

5 المقاييس لابن فارس ص 603 ط دار الفكر 1995 م بتصريف.

حتى تقبضه كالمبيع، لكن هل الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال أتوقف عند العناصر الآتية:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن الهندي: هل لولي البكر اليتيمة أن يقبض صداقها؟ وماذا لو قبضه فضاغ؟

فأجاب بما مضمونه: إذا كانت البكر يتيمة غير موصى بها من قبل أبيها وزوجها أحد أوليائها برضاها لم يكن له قبض صداقها، فإن قبضه وادعى تلفه ضمنه الزوج للزوجة، لأن دفعه صداقها لمن لا يجوز له قبضه ليس براءة له، و يمكنه أن يرجع على الولي الذي قبضه منه وادعى تلفه فيضمنه ذلك¹.

ومثله أجاب ابن أبي زمنين²: أن دفع الزوج النقد لولي اليتيمة ليس براءة له بل لها الرجوع عليه، ما لم يطل الزمن بعد البناء وهي ساكتة غير مطالبة له فيسقط عنه³.

ب- هل يضمن الأب ما بقي من شوار ابنته بيده بعد البناء بها ويقضى عليه به؟

ذكر ابن سهل أن هذه المسألة نزلت بقرطبة⁴ في صفر عام ثمان وخمسين وأربع مائة (458) وكان الدخول في ذي الحجة من العام سبع وخمسين وأربع مائة (457) فسئل عنها ابن عتاب فأجاب بما مضمونه: القضاء واجب بما ثبت من إقرار الأب أو قامت عليه البينة أنه من جهاز المرأة في يد أبيها وبمثل جواب ابن عتاب هذا أجاب أبو عمر ابن القطان⁵.

ج- وسئل أبو الحسن اللخمي: عن زوجة بكر ماتت قبل الدخول فطلب الأب بالصداق، و طلب الزوج ميراثه من قدر الجهاز.

¹ كتاب الأحكام لأبي المطرف ص 363 م س بتصرف.

² بن ابي زمنين هو الامام القدوة الزاهد المتبحر في العلوم صاحب التصانيف المتعددة والمفيدة التي أطبقت الأفاق، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عسى المري الأندلسي الإلبيري شيخ قرطبة ولد أول عام 324هـ وتوفي سنة 399. سبأ أعلام النبلاء ط 28، 189/17 م س بتصرف.

³ معين الحكام 251/1 م س .

⁴ قرطبة: كلمة أعجمية قيل معناها العدو الشديد، وقيل هي اسم للسيف القاطع، وهي اسم أعظم مدينة بالأندلس كانت عاصمت الملك ومعدن الحضارة. معجم البلدان 324/4 م س.

⁵ أحكام ابن سهل ص : 222 م س .

فأجاب: أن ذلك واجب على الأب وأجاب عبد الحميد أن ذلك ليس واجبا عليه معللا ذلك بكون الآباء يعدون شورة لبناتهم رفعا لمعنويتهم وتكبيرا لشأنهن وحرصا على الحضوة عند الزوج فإذا وقع موت الإبنة فعلى ماذا يجهز؟ ولا تقاس عادة على عادة، ثم ذكر أن أبا الحسن كلمه في ذات النازلة فأجابه بما تقدم¹.

-د- وسئل المازري عن حبست زوجها عن بعض متاعه بعد البناء مخافة هروبه بكائها، وهو يدعي الإقامة وعدم لزوم المهر لقرب العهد بالبناء.

فأجاب بما مضمونه: إذا كان الزوج مليا لا يخاف منه سلمت له حوائجه وإن خيف منه أتى بحميل وسلمت له حوائجه وإن كان فقيرا يخشى ولم يأت بحميل ولا شيء له غيرها علفت عليه وترك له من الثياب ما يترك للمفلس².

-ه- وسئل القاضي عياض: عن تزوج امرأة بصدق معجل وكالئ ودخل بها وبقي معها حتى حل الكالئ فماتت بعده فقام ورثتها مطالبين بكائها علما أنه سجل في رسم الصداق أن الزوج لا تبرأ ذمته إلا ببينة ولا بينة له إلا دعواه البراءة من جميع الصداق لمن القول؟

فأجاب القول قول الزوج فيما جرت العادة بدفعه من النقد قبل الدخول وما سوى ذلك فالقول فيه قول الورثة³.

بنظرة تأملية في النوازل أعلاه نجد أن ضمان الصداق حق مسلم تسخر جميع الوسائل لحفظه لفائدة الزوجة ولو تطلب الأمر من الزوج أن يدفعه مرتين.

فقد اعتبر ابن الهندي دفع الزوج صداق اليتيمة لا يبرئ ذمته إذا ادعى الولي تلفه. لأنه المفطر حيث قدم الصداق لمن لا حق له في أخذه شرعا حتى تسد جميع المنافذ التي يمكن أن تفوت على المرأة حقا من حقوقها.

وكذلك اعتبر ابن عتاب وابن القطان، الأب ضامنا لشورة ابنته بعد البناء بها ولو ادعى تلفها لكونه مقرابها.

1 المعيار 36/3 بتصرف م س.
2 فتاوى الإمام المازري 150/1 م س .
3 المعيار 47/3 م س.

لكن اختلف اللخمي وعبد الحميد فيمن توفيت قبل الدخول هل يرث الزوج من شورتها أم لا؟ المفترض أنها كانت ستجهز بها لبيت زوجها فاعتبر الأول أن ذلك لازماً يقضى به على الأب فيما علل الثاني أن الأصل الذي لأجله تتجهز المرأة قد فات وفوات الأصل أو فساده يسري على النتيجة فلازم المقدمات بحسب المقدمات آتي.

وعليه فلا ميراث للزوج على الأب. لكن لو افترضنا أن الزوج كان هو الهالك أليس يكون لها الميراث بالإجماع؟

بينما أجاب المازري أن الصداق نقده وكالته مضمون للمرأة ولو أدى الأمر إلى الحجز على أمتعة الزوج بما في ذلك ثيابه سوى ما يترك للمفلس ولا يقضى به للغرماء، كما نص القاضي عياض أن الكالئ لا قول للزوج في البراءة منه إلا البينة العادلة.

ترى إلى أي حد انسجمت هذه الأجوبة من فقهاننا – رحمهم الله- مع ما هو مقرر في مصادر المذهب؟ ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الآتي:

ثانياً: التاصيل

جاء في المدونة أن الأب إذا ضمن صداق ابنته كان لها أن تأخذه به في قول مالك، وكذلك لو مات الأب قبل أن تقبض صداقها استوفته من تركته، وإذا دخل بها ثم مات الضامن وليس له مال فلا شيء لها على الزوج¹.

ومنها أيضاً أجاب مالك عمن أنكح ابنه صغيراً في حجره وضمن عنه الصداق ثم مات قبل أن تقبض المرأة صداقها، أنها تأخذه كاملاً من مال الأب و تحاص به الغرماء ولا يحاسب الابن به في ميراثه².

ومن النوادر والزيادات: من زوج ابنته في مرضه من ابن أخيه وأصدقها عنه فالنكاح ثابت غير مختلف فيه لكن اختلف في المهر، فقال ابن القاسم و أشهب : هو عطية للإبنة ولا يكون في ماله، وبه قال أصبغ و نص العتبية إما أن يؤدي ابن الأخ الصداق من ماله، وإلا فسخ النكاح ولا شيء عليه، وذكر ابن المواز عن ابن وهب وعبد الملك: أنه

¹ المدونة الكبرى 341/2 م س بتصرف.

² نفسه 342/2 م س .

عطية للزوج نافذة من ثلثه ما لم يكن أكثر من صدق مثلها فترد إلى صدق المثل في قول مالك، ومثله عن ابن حبيب.

وقال أشهب من أقر في مرضه أنه قبض صدق ابنته قبل أن يدخل بها زوجها ثم مات فإن ترك مالا أخذ من ماله، وإن لم يكن له مال لم يكن للزوج إليها سبيل حتى يدفع صدقها ويتبع به الميت¹.

وقال ابن الماجشون ذلك وصية للزوج في ثلثه ما لم يكن وارثا وكان ذلك صدق مثلها فأقل أما إذا كان أكثر فالزائد وصية لها تتوقف على إجازة الورثة² ومثله نقل ابن يونس³.

وقال ابن القاسم: وليس هذه الوجوه فيما سمعنا من مالك بمنزلة حمالة الديون التي يرجع من تحمل بها على الذي تحمل عنه وإنما ذلك بمعنى الحمل والصلة وليس كهبة لم تقبض⁴.

ومن الجامع: إذا ضمن الأب عن ابنه البالغ الصدق ودفعه عنه ثم طلق الابن قبل الدخول رجع نصف الصدق للأب وليس للابن منه شيء وإن كان لم يدفعه رجعت عليه المرأة بنصفه⁵.

وقال ابن وصول: رجوع نصف الصدق للأب هو مذهب ابن القاسم وبه الحكم وقال ابن الماجشون وابن حبيب يرجع ذلك للابن⁶.

وفي البيان والتحصيل: إذا قبض الأب صدق البكر في حجره من زوجها فاستهلكه أنه ضامن له ويدخل الزوج ولا شيء عليه سواء كانت له بيعة أو لم تكن ما دام الأب مقرا بالقبض⁷. وهذا بخلاف لو دفعه لولي غير الأب في اليتيمة فإن الضمان على الزوج. لكن

1 النواذر والزيادات 426/4 م س بتصرف.

2 فقه ابن الماجشون ص 407 م س .

3 الجامع لابن يونس 259/4 م س .

4 نفسه.

5 نفسه 263/4.

6 منتخب الأحكام لابن وصول الطلبي ص 181 م س .

7 البيان والتحصيل 502/3 م س.

إذا قبضت المرأة صداقها كاملاً فاستهلكت بعضه أو ضاع منها أو صيرته جهازاً فهل تكون ضامنة هي الأخرى إذا استحق منه شيء؟

سئل مالك: عن المرأة تتزوج الرجل على شيء بعينه فيهلك في يده قبل قبضه، فقال: ضمانه منها إذا كانت العهدة قد مضت فيكون له الدخول والمصيبة منها .

قال ابن رشد: هذا ما لا أعلم فيه خلافاً في المذهب وبالقياس عليه تكون غلة الصداق للزوجة وحدها إن طلقت قبل الدخول خلافاً لابن القاسم¹.

وسئل ابن القاسم: عن الزوج يقدم للمرأة الصداق فيضيع منها ثم يطلقها قبل الدخول أنها ضامنة ما لم تقم لها بينة تشهد أن الضياع لم يكن بفعلها، وقال أصبغ هي ضامنة على كل حال².

وقال ابن الماجشون تضمن ما يضمنه المستعير إذا ضاع ما لم تقم لها بينة على هلاكه³. وعنه في المستخرجة: من تزوج امرأة بثمره قد بدأ صلاحها فأجحت فمصيبتها من الزوج و ترجع عليه بقيمتها، وعن ابن القاسم لا جائحة فيها والمصيبة من المرأة ولا ترجع على الزوج بشيء⁴. لكنه رجع فقال إن لم يكن دخل بها فلا سبيل له إليها حتى يعطيها صداقها⁵.

وقال ابن الجلاب: إن تزوجها على شيء يعينه ثم تلف وطلقها قبل الدخول فلا شيء له عليها إن كان تلفه من غير فعلها، وإن كان بفعلها ضمننت نصفه وإن نقص أو نما فالنقصان عليهما والنماء لهما، وكذلك إذ اشترت ما تتجهز به فله نصفه لا نصف الصداق عينا⁶.

وفي التبصرة: ذكر اللخمي في الزوجة المطلقة قبل الدخول ثلاثة أحوال في صداقها.

1 البيان والتحصيل 343/3 م س بتصرف.

2 نفسه 529/3 م س.

3 فقه ابن الماجشون ص 407 م س ، بتصرف.

4 الجامع لابن يونس 254/4 م س .

5 نفسه 258/4 م س .

6 التفريغ لابن الجلاب 43 /2 م س.

الأول: إذا كان عينا ضمنته مع عدم البينة، أما إذا علم ضياعه فقال محمد لا شيء عليها، وقال أصبغ هي ضامنة ما لم يكن عرضا فتصدق في تلفه.

الثاني: إذا كان عينا فتجهزت به وعلم ذلك ثم ادعت تلافه وقد طلقت لا تصدق ما لم تدعي التلف في العصمة، فتصدق، وإن كان نص المستخرجة أن عليها شراء مثله لتجهز به ما لم تكن لها بينة على تلفه.

الثالث: إذا اشترت بصداقها ما يصلح لجهازها ثم طلقت فللزوج نصف الجهاز لا نصف الصداق¹.

ونقل ابن جزري أن المذهب في الصداق ما حدث فيه من زيادة و نقصان قبل البناء فالزيادة لهما والنقصان عليهما وهما شريكان في ذلك².

وعليه فالنتيجة التي يمكن التوصل إليها من خلال الوقوف على مصادر المذهب أن المسألة محل خلاف داخل المذهب قد تخرقتها الأقوال. ترى لأي شيء يمكن أن يرجع ذلك؟ هذا ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية :

ثالثا : دراسة

يتحصل من مجموع ما ذكر أن ضمان الصداق نوعان إما ضمان الصداق من قبل أجنبي أو من قبل أحد الزوجين للآخر، فالأول كضمان الأب صداق ابنته عن أجنبي أو ضمان صداق ابنه لزوجته وهذه الحالة إما أن يكون الضامن صحيحا أو مريضا فحال الصحة لا يطرح إشكالا، أما حال المرض فيتحصل فيه الآتي:

أولا: أنه عطية للإبنة لا تلزم لكونها لم تقبض في قول ابن القاسم وأشهب وأصبغ، إلا أن هذا الأخير ميز بين ضمان الصداق وقبض الصداق من الغير فلا يلزم الأول ويلزم الثاني .

ثانيا: هو عطية للزوج تنفذ في حدود الثلث ما لم يكن وارثا في قول ابن وهب وابن المواز وعبد الملك.

¹ التبصرة لأبي الحسن 1968/4-1969 م س بتصرف.

² القوانين الفقهية لابن جزري ص 230 م س .

أما ضمان الصداق من قبل أحد الزوجين للآخر فيتضح فيه أنه مرجح فيه تنزيله منزلة العارية فيضمن أحد الزوجين ما يضمنه المستعير، في حين أن ضمان الأب عن ولده لفائدة أجنبي يترجح فيه أنه بالمعاوضات ألحق منه بالتبرعات.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الباب على أي شيء تستند فكرة الضمان شرعاً؟ إضافة إلى الأصل الشرعي العام القاضي بأن مال المسلم على المسلم حرام إلا ما كان بموجب حق أو عن طيب نفس منه، وأن الذمة لا يبرئها مما شغلت به إلا أدائه لمن هو له، لقوله تعالى: " إِنْ اللَّهُ يامرُكُم أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا..."¹.

يجد الضمان سنده فيما أخرجه الترمذي وغيره من حديث عائشة – رضي الله عنها – عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " الخراج بالضمان "²، وإن كان في الحديث مقال من جهة الصنعة الحديثية.

لأن مداره على مسلم بن خالد الزنجي وهو ضعيف وقد روى من طريق آخر من رواية هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين بصيغة قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم أن الخراج بالضمان، ورغم هذه العلة فإن العمل عليه عند أكثر أهل العلم حتى جرى مجرد القواعد الأمهات، والخراج هو الدخل والمنفعة من المعقود عليه، فإذا قلنا ضمان الصداق على الزوجة تكون لها منفعته، وما استغل منه ولا دخل فيه للزوج إلا قيمة ما دفع يوم العقد.

وكذلك ما أخرج أهل السنن إلا النسائي من حديث سمرة بن جندب – رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه و سلم "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"³ فيدخل في الحديث جميع ما يتعلق به حق الغير و من ذلك الصداق.

¹ جزء من الآية 58 من سورة النساء.

² الحديث رواه الترمذي أبواب البيوع باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً زقم 1285، وقال حديث حسن والحاكم في كتاب البيوع باب الخراج بالضمان والإمام أحمد في المسند مسند باقي الأنصار و أبو داود كتاب الإجارة و النسائي كتاب البيوع باب المشتري يجد بما اشتري عيباً و قد استغله و غير هؤلاء.

³ سنن أبي داود كتاب البيوع باب ما جاء أن العارية مؤداة والترمذي 1266.

أما سند ضمان غير الزوجين الصداق عن أحدهما للآخر فحديث " الزعيم غريم " ¹ ومما هو مسلم أن الصداق ملك خالص للمرأة لا يتصرف فيه أحد إلا بإذنها فإذا هلك قبل أن تقبضه وجب ضمانه لها وإن هلك بعد القبض وجب أن تضمن هي ما تعلق به من حق الغير، لكن هل اليد القابضة هنا سواء من الزوجة أو من غيرها يد أمان أو يد ضمان؟ وكذلك الصداق نفسه مضمون ضمان يد أو ضمان عقد؟

فإذا ضاع الصداق قبل قبضه من قبل المرأة فعلى الأول يضمن القيمة وعلى الثاني يفسخ النكاح، ومنشأ هذه التفرقة هل الصداق من باب الأعراس أو من باب النحل؟ لكن ضمان العقد ما يضمن بالمقابل وهو مهر المثل، وضمن اليد هو ما يضمن بدله بمثله إن كان مثليا و بقيمته إن كان متقوما. وعلى أي فاليد أيا كانت في الصداق فالأولى أن تعد يد أمان فلا ضمان في هذا الباب إلا كضمان الاستعارة، فالمستعير لا يضمن إلا بالتفريط لأن عقد النكاح مبناه على المكارمة والله أعلم.

كما أن للخلاف في المسألة مسوغ وهو عدم النص القطعي مما يفتح الباب أمام الاجتهاد، والاجتهاد باب للخلاف، كما أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد باتفاق الصحابة – رضي الله عنهم-². هذا عن النحل والضمن فماذا عن الدعاوى المثارة بشأن الصداق؟

المطلب الثاني : دعاوي الصداق

مصطلح الدعوة في العرف اللغوي لا يكاد يخرج عن قول ينسب به حقا للنفس أو يطلب إيجابه على الغير، واصطلاحا: قال القرافي – رحمه الله- هي خبر عن حق يتعلق بالمخبر على غيره³.

والصداق باعتباره حقا يضمن كما تضمن المعاوضات قد تحدث بشأنه خلافات بين أطراف العقد كالإختلاف في قبضه أو ادعاء وصف أو حال من قبل أحد أطراف العقد مما يضطر الآخر لطرق باب القضاء لمعرفة حكم الشرع بخصوص نازلته.

¹ تقدم تخريجه.

² خير مثال في ذلك النازلة العمرية في إرث الإخوة الأشقاء مع الإخوة للأم المعروفة لدى أهل الفرائض بالحمارية.

³ كتاب الفروق للإمام القرافي الفرق الأول المسألة 69-90/1 تحقيق محمد أحمد السراج و علي محمد جمعة ، ط دار السلام ط3 . 2010 في أربع مجلدات.

والدعاوى التي تثار بسبب الصداق متعددة لكن طلبا للاختصار اكتفيت بنوعين منها،
فجاء المطلب في فرعين اثنين كالتالي:

الفرع الأول : الاختلاف في قبض الصداق

الاختلاف في الصداق كما سلف باب واسع ومن أهم ما فيه الخلاف في عينه أو قبضه، أو فيهما معا إما بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما وورثة الآخر وقد لا تكون للمدعي بينة إلا دعواه، فلمن القول ؟

لرفع هذا الإشكال أسلك المنهج الآتي :

أولا : عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن لبابة: عن زوجة ادعت على زوجها أو ورثته كالي صداقها .

فأجاب بما مضمونه: أن على المرأة إقامة البينة على أن الزوج أوجب على نفسه كالتاء، فإن لم تقم لها بينة فلا شيء لها إلا يمين الزوج إن كان حيا¹. لكن نجده في موطن آخر أجاب مع غيره بما يعد مناقضا لهذه الفتوى، فقد ذكر ابن سهل في نوازله أن زوجا مات فقامت زوجته تطالب الورثة بكالتها ولا بينة بثبوته إلا دعواها.

فأجاب أيوب ابن سليمان وابن وليد وابن لبابة: بوجوب اليمين على المرأة أنها ما أخذت كالتاء ولا أسقطته عن زوجها إلى وقت يمينها هذه فتأخذ كالتها وما نابها من ميراثه².

-ب- وكتب لأبي عمر الإشبيلي³ فيمن أصدق زوجه جميع أملاكه بقرية كذا ثم تنازعا في رحي له بذات القرية . فقال الزوج هي لي والمرأة تقول قد سقت لي كل أملاكك بالقرية :

فأجاب بخط يده القول قول الرجل إن دخل وإن لم يدخل تفاسخا بعد أيمانهما¹.
وأجاب عن ورثة زوجة طالبوا الزوج بكالي صداقها فادعى أنها حطته عنه في حياتها. أن

1- فتاوى البرزلي 252/4 م س بتصرف.

2 الإعلام ص : 198 م س .

3 أبو عمر الإشبيلي هو كنية لابن المكوي وقد تقدمت ترجمته كما يطلق على أحمد بن رشيق المشاور الحافظ توفي الأول عام 401 هـ و الثاني عام 446 و قد استشكل على أي الرجلين قصد أبو الأصبغ علما أنه ذكرهما معا.

القول قوله مع يمينه، ولا ينظر إلى ما قال مالك: إن القول قول الزوج بعد البناء في دفع الصداق، لقول القاضي إسماعيل ابن إسحاق إنما قال مالك ذلك بالمدينة لأن العادة عندهم جارية بدفع الصداق قبل الدخول، وأما سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قبل الدخول وبعده².

-ج- وذكر ابن سهل أنه كتب لابن عتاب من غرناطة³ في جمادى الثانية سنة إحدى وستين وأربع مائة 461 فيمن له داران ملتصقتان في صف واحد فساق إحداهما لزوجته صداقا و تضمن عقد الصداق سياقة جميع الدار ولما ماتت الزوجة طلب الورثة ميراثهم في الدارين جميعا والزوج يدعى أنه إنما ساق واحدة، فأشار أولا بالصلح إن أمكن، أو يكلف الزوج البينة، وإلا كانت الداران موروثتين معا، وقيل القول قول الزوج مع يمينه⁴.

-د- وسئل المازري عن صاهر قوما فدعوه للدخول فأبى إلا إذا سبق مع الزوجة من الجهاز ما يشبه صداقه، مدعيا أن أكثر الصداق إنما كتب سمعة.

فأجاب: لا يقبل قول الزوج إنه سمعة إلا ببينة أو كان ذلك عرفا، واختلف في تحليف الولي على ذلك⁵.

وهكذا بعد سرد أجوبة فقهاءنا -رحمهم الله- نخلص إلى أن الاختلاف في قبض الصداق على من يقع إثباته من الزوجين قد اختلف فيه، فنجد ابن لبابة يعتبر المرأة المطالبة لزوجها أو ورثته بكالي صداقها يقع عليها عبء الإثبات وإن لم تثبت شيئا فليس لها إلا يمين الزوج إن كان حيا.

لكننا نجد له جوابا آخر مع غيره من المفتين في المرأة المدعية على زوجها أو ورثته بكالئها ولا بينة لها إلا دعواها، أن عليها اليمين وتستحق ما ادعت مع ميراثها.

فأي الجوابين المناقضين هو الأوفق لما في مصادر المذهب؟ أم أن لكل جواب مسوغ على غرار القاعدة لكل خاص خصوصيته ولو في ذات التعيين على أي نرجى هذا

1 الإعلام بنوازل الأحكام كما 212 م س.

2 نفسه ص : 214.

3 غرناطة: قال في المعجم هي بلسان عجم الأندلس الرمانه سمي بها البلد لحسنه وهي مدينة عظيمة بالأندلس كثيرة الأرباض بينها وبين البيرة أربعة فراسخ وبينها وبين قرطبة ثلاثة وثلاثون فرسخا وهي إحدى ممالك الطوائف وأخر ما فقد من الأندلس أنظر معجم البلدان 195/4.

4 نفسه ص 206 بتصرف.

5 فتاوى الإمام المازري 148/1 م س.

للدراصة، ونفس الأمر نجده عند أبي عمر الإشبيلي حيث اعتبر اختلاف الزوجين في عين الصداق موجب للفسخ قبل الدخول وبعده القول فيه للزوج ثم عاد مرة أخرى فاعتبر قول الزوج بعد الدخول هو مما أفتى به مالك وفق عادة أهل المدينة وغيرهم بخلاف ذلك ولا تقاس عادة على أخرى، أما إشارة ابن عتاب فيما اختلف فيه الزوج وورثت زوجه بالصلح لعله من باب القضاء وليس من باب بيان الحكم الشرعي، لأن القاضي ينبغي له دعوة الخصوم للصلح إذا خشي بِنفاذ الأحكام قطع صلة ذوي الأرحام أو شبه ذلك، لكن جوابه يؤكد أن القول ليس قول الزوج بعد الدخول وإن أشار للخلاف في المسألة. بينما رجح المازري أن القول قول الزوجة أو وليها قبل الدخول ولا يلتفت لقول الزوج ما لم يتمسك ببينة أو عرف جار.

فإلى أي حد شككت هذه الأجوبة التزاما بمصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن الإطلاع عليه في النقطة الموالية :

ثانياً : التاصيل

جاء في المدونة عن ابن القاسم في اختلاف الزوجين في قيمة الصداق قبل الدخول أن القول قول المرأة والزوج بالخيار إما أن يقبل قولها وإلا تحالفاً وفسخ النكاح ولا شيء عليه من الصداق وإن كان الخلاف بعد الدخول فالقول قوله لأنها مكنته من نفسها¹.

ومنها أيضاً سئل ابن القاسم عن تزوج فطلق قبل البناء واختلفاً في قيمة الصداق فقال: القول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلفت هي وكان القول قولها².

وعن ابن المواز: قال مالك: لا يقبل قول المرأة بعد البناء أنها لم تقبض صداقها ويصدق الزوج مع يمينه، وعن ابن القاسم أيضاً: إذا تحمل للمرأة رجل بالصداق فطلبتة بعد البناء فزعم الزوج والحميل أنها قبضته قبل البناء حلف الحميل وصدق³.

وفي منتخب ابن أبي زمنين: إذا ادعت المرأة بعد موت الزوج أنها لم تقبض صداقها قال مالك إن كان دخل بها فلا شيء لها، وإن كان لم يدخل فالقول قولها في

¹ المدونة الكبرى 360/2 بتصرف م س.

² نفسه 359/2 م س.

³ الجامع لابن يونس : 293/4 م س.

الصداق، وأما إن مات الزوجان معاً، فالقول لورثة الزوجة قبل الدخول وبعده لورثة الزوج¹.

ومن كتاب ابن المواز عن مالك أيضاً: لا تقبل دعوى المرأة بعد البناء أنها لم تقبض صداقها إلا فيما يحل منه بعد البناء، وما حل من المؤجل قبل البناء ثم بنى بعد حلوله فهو مصدق في دفعه و يحلف وإلا حلفت هي و صدقت².

وعن ابن حبيب: في اختلاف الزوجين قبل البناء تحلف الثيب والبكر يحلف أبوها ثم للزوج أن يرضى أو يفسخ النكاح، سواء كان الخلاف في قلة الصداق أو كثرته أو نوعه. أما بعد البناء فيحلف الزوج إن اختلفا في العدد وإن كان في النوع تحالفا وردت لصداق المثل³.

وعن ابن القاسم: فيمن زوج ابنته الصغرى على صداق أختها الكبرى فادعى الأب أنه مائتين و قال الزوج إنه مائة فالقول قول الزوج و يحلف فإن نكل حلفت الجارية وقضى لها. علله ابن المواز بأنه بعد البناء، أما قبله يتحالفاً ويفسخ النكاح⁴.

ومن العتبية: روى أبو زيد عن ابن القاسم: فيمن فوض إليه في الصداق فبنى وقال دفعت الصداق وأنكر أهل الزوجة فالقول قوله.

وروى عنه عيسى: أن المرأة إذا ادعت على زوجها كالتنا إلى موت أو فراق بعد البناء وأقامت شاهداً واحداً حلفت معه واستحقت صداق المثل ما لم يكن ما قبضت من النقد أكثر منه فيسقط⁵.

وقال ابن يونس: من نكح على نقد ومؤجل فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل وأنكرته الزوجة فإن بنى بها بعد الأجل صدق لأن الأجل حل قبل دخوله فصار كمن تزوج بنقد والعرف فيه ألا يدخل حتى يدفعه، ولما أمكنته الزوجة من نفسها كان القول قوله⁶.

¹ منتخب الأحكام لابن زنين 637/5 م ي بتصرف.

² النوادر والزيادات 478/4 م س.

³ الجامع 294/4 م س .

⁴ نفسه 293/4 م س .

⁵ النوادر والزيادات 481/4 م س.

⁶ الجامع 296/4 م س.

وفي التفریع: الاختلاف في الصداق إما قبل الدخول فيتحالف الزوجان ويتفاسخان ومن نكل منهما لزمه ما ادعى الآخر، وإن كان بعد الدخول فإما أن يختلفا في العين فيفسخ النكاح ولها صداق المثل أو في القدر فيكون القبول قول الزوج مع يمينه، أو في القبض فيكون القول قول الزوج مع يمينه في قول مالك بناء على ما جرى بالمدينة من عرف بدفع الصداق قبل الدخول¹.

وقال القاضي إسماعيل: العرف بسائر الأمصار أن القول في القبض قول المرأة مع يمينها قبل الدخول وبعده، لأن الرجل قد أقر بالصداق وادعى البراءة منه، والمرأة مدعى عليها فالقول قولها مع يمينها².

ومثله قول ابن عبد البر في اختيار قول المرأة مع يمينها بعدما ذكر أن القول للزوج بعد الدخول هو مشهور المذهب³.

وقال القاضي عبد الوهاب: إذا اختلف في القبض بعد الدخول نظر في البلد الذي هما فيه فإن كان هناك عرف متقرر وغالب أن الزوج لا يدخل إلا بدفع الصداق فالقول قول الزوج وعليه حمل أصحابنا إطلاق مالك القول في هذه المسألة... وإن كان البلد لا عرف فيه كان القول قولها، خلافا للشافعي وأبي حنيفة القائلين إن القول قولها جملة من غير تفصيل⁴. لكنه قال في الإشراف: القول قول الزوج بعد الدخول بإطلاق خلافا للشافعي⁵.

وذكر اللخمي في التبصرة: أن الخلاف بين الزوجين في الصداق أقسام خمسة فإن كان في القدر قبل الدخول تحالفا وتفاسخا، ومن نكل منهما لزمه ما ادعى الآخر وإن نكل معا، فهما بمنزلة ما لو حلف معا، مثله في الجنس إلا أنهما يردان فيه بعد الدخول لصداق المثل ما لم تكن قيمته أكثر مما ادعت أو دون ما أقربيه⁶.

وذكر ابن رشد الحفيد: أنه إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق فالقول قول المرأة قبل الدخول وبعده هو مذهب الجمهور الشافعي والثوري وأحمد وغيرهم ومثلهم قول مالك

1 التفریع لابن الجلاب 43/2 م س بتصرف.

2 نفسه.

3 الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 254 م س.

4 المعونة على مذهب عالم المدينة 559/2 م س بتصرف.

5 الإشراف على نكت مسائل الخلاف 719/2 م س.

6 التبصرة 1986/4 م س.

قبل الدخول أما بعده فاعتبر قول الزوج تغليباً للشبهة بالدخول¹. ومثل الاختلاف في القبض الاختلاف في المسيس الموجب لكمال الصداق، فلو طلق الزوج قبل الدخول فادعت المرأة المسيس وادعى الزوج دخول زيارة في بيت أهلها من غير مسيس لمن القول؟

قال ابن سحنون: القول قول الزوج وليس لها إلا نصف الصداق، وقال أصبغ وابن وهب عن مالك، إنه قال حيثما أخذ الزوجان الغلق فالقول قول المرأة مع يمينها إذا ادعت المسيس وعمله أصبغ بأنه تأويل قول عمر-رضي الله عنه- إذا أرخيت الستور وجب الصداق².

وهكذا بالتأمل في النقول السالف إيرادها في المسألة نتوصل إلى أن المذهب قول واحد في قبض الصداق حيث جعل الدخول ضابطاً للتمييز في ترجيح قول أحد الطرفين فالقول قبل الدخول للزوجة أما بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه لأن الدخول بمثابة الشاهد يحلف معه، إلا ما نقل من اختيار ابن عبد البر والعراقيين حيث اعتبر ابن الجلاب القول للمرأة لأنها مدعى عليها، بينما رجح القاضي عبد الوهاب الاحتكام للعرف، في المعونة وبقي على الأصل في الإشراف في حين انفرد ابن القصار بالرجوع لصداق المثل ما لم يكن أقل مما أقر به الزوج أو أكثر مما ادعته الزوجة، ترى إلى أي حد اندرجت هذه الأقوال في إطار من النص؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية :

ثالثاً : دراسة

الأصل في هذا الباب أن اليمين تتوجه على أقوى المدعين سبباً فأى الزوجين أكثر سبباً إذا اختلفا في قبض الصداق، حتى يكون القول قوله مع يمينه؟ نجد شرعاً أن البينة تتوجب على من يدعي خلاف الأصل ومن يدعي ما هو الأصل يحمل على البراءة. حتى يثبت ما يشغل ذمته.

¹ بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد 52/2 م س بتصريف.

² كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص 137 م س .

ففي بلاغات مالك أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها، صدق عليها. وإذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه¹ قال مالك ذلك في المسيب لا في الخلوة. وقد علل الباجي هذا الضابط بما يكون عليه الرجل من الانبساط وقلة الهيبة في منزله، وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء في بيوت الغير².

لكن فيه نظر لأن الطباع والظروف تختلف بناء على استصحاب حال الواقع. وهذا كله إذا أقر بالخلوة أما إذا أنكرها فليس للزوجة إلا أحد أمرين البينة أو يمين الزوج ولا ترد عليها اليمين، والقاعدة في الباب : من ثبت في ذمته حق لغيره لم يقبل قوله في دفعه.

هذا ويشبه الاختلاف في المهر اختلاف المتبايعان في القبض وعدمه والسلعة قائمة، فقد روى أصحاب السنن أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة، أو يتشاركان"³ فالبايع هو المطالب بالحق فجعل في الحديث القول قوله.

لأن الأصل البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعن ابن عباس – رضي الله عنهما – عن النبي صلى الله عليه و سلم : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"⁴. قال فيه النووي: وفيه أن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق.

وفي البخاري تحت باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود حديث الأشعث بن قيس: وفيه شهادك أو يمينه⁵ قال في شرح الباب الحافظ ابن حجر مذهب الجمهور القول بعموم اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود والنكاح وغيره⁶.

وفي الموطأ روى مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قضى باليمين مع الشاهد⁷ إذن والحالة هذه نجد العرف يشهد للزوج أن المرأة لا تسلم نفسها إلا بمهر مما

1 الموطأ كتاب النكاح باب إرخاء الستور رقم 1092.

2 المنتقى 59/5 م س بتصرف.

3 سنن أبي داود كتاب الإجارة باب إذا اختلف البيعان و المبيع قائم رقم 3511.

4 صحيح مسلم كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه رقم 1711.

5 كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال و الحدود رقم 2668.

6 فتح الباري 340/5 م س.

7 الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء باليمين و الشاهد رقم 1428.

ينزل المرأة منزلة المدعي، فهل يقضى لها بيمينها وتنزل الخلطة بين الزوجين منزلة الشاهد؟

لكن مذهب مالك لا يقضى باليمين والشاهد في النكاح والحدود.

ومع هذا يبقى معنا الخيار المستساغ وهو شهادة العرف للزوج أن الأصل هو تقديم المهر كلا أو جزءاً، والكالى منه له أجل محدود فإذا انتهى أجل الكالى والزوجة ساكتة حتى مات الزوج أو طلق والعادة أن صاحب الحق لا يسكت عليه لغير عذر إلا إذا كان قد استوفاه، خلافاً للشافعية الذين عطلوا العرف في هذه المسألة جاء في الحاوي: الاعتبار بالعادة غير صحيح لأن العادات تختلف ولو اتفقت لما تعلق بها حكم¹ وهذا خلاف أصل مذهبهم².

فلا مناص من اعتبار شهادة العرف والشرع معاً للزوج الأول أن الأصل ألا يدخل الزوج إلا وقد قدم الصداق، والثاني الزوج مدعى عليه، والمدعى عليه لا يتوجب شرعاً عليه إلا اليمين فيكون القول قوله بعد الدخول، والله اعلم .

هذا في ادعاء أحد الزوجين على الآخر فماذا عن ادعاء الولي في هذا الباب؟

¹ الحاوي : الكبير لعلي الموردي البصري 501/9 ط دار الكتب العلمية 1999 م.

² العادة محكمة إحدى القواعد الخمس التي بنى عليها الشافعي مذهبه.

الفرع الثاني : ادعاء الولي في الصداق

أصل الدعوى في الصداق أن تكون بين الزوجين فتدعي الزوجة عدم القبض أو يدعي الزوج البراءة، لكن قد يكون الادعاء من غيرهما كالولي فهل لذلك تأثير على استحقاق الصداق؟ لرفع هذا الإشكال أتوقف عند النقط الآتية :

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن العطار عن أب قبض نقد ابنته البكر في حجره من زوجها ثم ادعى أنه ضاع منه.

فأجاب: هو مصدق في ذلك مع يمينه على تلفه عند مقطع الحق ثم يكون للزوج الدخول على زوجه فقيل له أكل أب مصدق في هذا بيمينه الصالح المشهور العدالة وغيره؟ فقال: نعم¹.

-ب- وسئل ابن الهندي عن بنت تجهزت بأكثر من صداق مثلها ثم ادعى الأب أن الزائد عارية منه لها، وقام يطلب استردادها .

فأجاب بما مضمونه: إذا قام الأب على قرب من البناء فالقول قوله بلا يمين لأن ذلك عرف من فعل الآباء لبناتهم يستعرون الأشياء يحملونهن بها، وإن كان على بعد من البناء لم يلتفت إلى قوله، وإنما هو ملك للبنت لطول حيازتها له².

قال الشعبي: رأيت لبعضهم أن الطول في ذلك ما زاد على العام من يوم البناء³.

-ج- وسئل المازري عن أب زوج ابنته من ابن أخيه بصداق مقداره مائة دينار ذهباً فدخل الزوج وبقي معها نصف سنة ثم ادعى الأب أن بعض جهاز ابنته عارية فهل تقبل دعواه؟

فأجاب ما دخلت به البنت ملك لها ولا يصدق الأب في شيء منه أنه عارية إلا أن يكون قد أشهد بذلك قبل بينوته من يده⁴.

1 كتاب الأحكام للفاضي أبي المطرف ص : 361 م س.

2 كتاب الأحكام للفاضي أبي المطرف ص 361 م س .

3 الشعبي هو الفاضلي عبد الرحمان بن القاسم الشعبي المالقي ولد 402 و توفي 497 صاحب كتاب الأحكام .

4 فتاوى الإمام المازري 193/1 م س.

-د- إذا أبرز الأب ابنته إلى بيت زوجها بشورة أكثر من نقدها ثم استتراب في أمر الزوج هل له أن يسترجع ما زاد على نقدها ليحفظه لها ؟

أجاب ابن عتاب: إذا كان الأب مأمونا على ذلك فهو أحق بحفظه بعد أن يسلم للابنة بقدر نقدها ما تتجمل به مع زوجها على التوسط، ويشهد على الأب بما أوقف عنده لابنته، وإن كانت أحواله غير مرضية نظر لها الحاكم من يحفظ الزائد بشهادة الشهود.

وأجاب أبو بكر بن جماهر الطليطلي¹ بما مضمونه: وقد شاهدت أقواما وضعت عندهم أجهزة بنات خيف عليها فباعوها وأكلوا ثمنها، وتعذر الإنصاف منهم لقلّة ذات أيديهم .

-ه- وسئل ابن رشد عن ورثة زوجة يطالبون زوجها بجهازها الذي جهزها به أبوها والزوج منكر فما الذي يلزمه؟ فأجاب بما نصه: لا يلزم الزوج سوى اليمين أنه ما أخذ من مالها شيئا في حياتها ولا بعد وفاتها ولا غاب عن شيء من تركتها ولا وجد لها سوى ما أحضره لهم، إذ يحتمل أن تكون هي أتلفت ما تجهزت به، أو تلف من غير فعلها².

من خلال النظر في النوازل المذكورة أعلاه، يتضح لنا أن ما يدعيه الولي على من هي في ولايته فيما يرتبط بالصدّاق عموما والشورة على وجه الخصوص محل خلاف بين الفقهاء. فقد اعتبر ابن العطار الأب مصدقا في دعواه في مقطع الحق، لأن الأب غير متهم في مال ولده ما لم يظهر عليه عكس ذلك في دعواه ضياع صدّاق ابنته البكر منه وفي المقابل قضى للزوج بالدخول لأن الذمة لا يمكن أن تشغل بالحق الواحد مرتين.

بينما ميز ابن الهندي في دعوى أب البكر المجهزة بأكثر من نقدها بين أن يدعي ذلك قرب الدخول فيكون مصدقا بلا يمين، وأما بعد طول الزمان، فلا تفيده دعواه في شيء ما لم تكن له بينة، كما بين الشعبي أن ضابط الطول بقدر بالعام ونحوه .

في حين خالف المازري كل ذلك فاعتبر دعوى الأب أن بعض الشورة عارية منه لا ينفعه لا قرب الدخول ولا بعد طول المدة بعده ما لم يشهد عليه قبل خروجه من يده. فقد

¹ ابن جماهر الطليطلي : هو أبو بكر محمد بن محمد بن عبد الرحمان بن جماهر فقيه مالكي من أهل طليطلة توفي 488 هـ ، الصلة لابن بشكوال 532/2.

² فتاوى ابن رشد 1559/3 م س.

وافق ابن الهندي من جهة البينة وخالفه من جهة تصديق دعوى الأب، وكذلك من استراب في زوج ابنته بعدما جهزها بأكثر من نقدها فقد اعتبر ابن عتاب ذلك حقا للأب ما لم يظهر منه خلاف الصلاح في حين إعتبر الطليطي ذلك مقصورا على نظر السلطان، دون غيره.

لكن ابن رشد جعل دعوى الورثة على الزوج غير لازمة ما لم تكن لهم بينة على شيء من جهاز موروثهم أنه بيد زوجها بينما اعتبر الزوج مصدقا بيمينه في رد التهمة لأن دعوى الورثة بخلاف الظاهر. فإلى أي حد كان استمداد هذه الأجوبة لفقهاءنا- رحمهم الله- مطابقا لمصادر المذهب أو إلى أصولها؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية :

ثانيا : التاصيل

جاء في المدونة: سئل مالك عن امرأة هلكت قبل أن يدخل بها الزوج فجاء الورثة يطلبون الزوج بصداقها، فأنكر أن يكون عنده منه شيء، فقال يحلف الزوج ويكون القول قوله وله الميراث وعلى أهل المرأة البينة فيما ادعوا من الصداق¹.

ومن العتبية: يسأل الخاطب الأب مالها فيقول لها كذا وكذا فيرفع في الصداق لذلك، ثم لا يوجد للمرأة شيء مما ذكر، فإن كان لم يبني فهو بالخيار إن رضي أتم وإلا فارق ولا صداق عليه، وإن لم يعلم حتى بنى فلها صداق المثل² ومثله في البيان والتحصيل. وتعقبه ابن رشد قائلا ما نص معناه : يرجع بالزائد عليها لا على وليها من صداقها أو من مالها أو تتبع به ديناء، خلافا لابن حبيب القائل إنه يرجع بذلك على وليها الذي غره ما لم تكن ثيبا عالمة بكذب وليها³.

وقال أصبغ لا يرجع على أي منهما لأنه كان بإمكانه أن يتثبت. أما إذا تزوجها على شرط أن لها كذا وكذا من المال فلا يخلو الأمر إما أن يعلم قبل الدخول فله ردها ولا شيء عليه، وأما إذا لم يعلم إلا بعد الدخول كان لها صداقها ورجع على من غره. ما لم تكن هي

¹ المدونة الكبرى 360/2 م س .

² النواذر والزيادات 490/4 م س بتصرف.

³ البيان والتحصيل 496/3 م س بتصرف.

الغارة فيرجع عليها بكل الصداق إلا ما استحل به فرجها ونسب على أنه قول مالك وأصحابه خلافا لابن المواز، المعتبر أن لها صداق المثل في كل الأحوال والزائد يرجع به على من غره¹.

ومن كتاب ابن المواز قال: ابن القاسم: ومن جهز ابنته وأشهد أن ذلك عارية منه لابنته ولم يشهد على الابنة بشيء، ثم قام يطلبه فلم يجده فلا شيء له عليها بكرة كانت أو ثيبا، إذا لم تكن علمت بذلك وقبلته على أنه عارية². ومنه أيضا: إذا ادعى الزوج أنهم أسروا من المهر دون ما أعلنوه لم يصدق إلا ببينة أو شاهد يحلف معه³.

وجاء في البيان والتحصيل: إذا قام الأب بعد الدخول بابنته يدعى أن بعض جهازها عارية منه إليها وذلك مما زاد على نقدها فهو مصدق ولا مقال للزوج ولا يلتفت لإنكار الابنة أو إقرارها لأن ذلك معروف من عمل الناس أما إذا طال الزمان فلا ينفعه إقرار البنت ما لم يكن له بينة⁴.

ونقل ابن مغيث: أن الأب إذا جهز ابنته بأكثر من نقدها ثم ادعى أن الزائد عارية فإن كان ذلك قبل عام من يوم البناء فالقول قوله بلا يمين لأنه معهود من فعل الآباء وإن كان ادعائه بعد العام لم يلتفت إليه ما لم يكن أشهد أن الزائد عارية فإنه له إن وجدته وإن تلف فلا ضمان على الابنة ما لم تكن راشدة عالمة بكونه عارية وإن كتبه دينا ثم مات كان للورثة القيام به على حد قول محمد بن عمر^{5/63}.

وذكر ابن يونس عن أبي بكر بن عبد الرحمان: فيمن تزوج امرأة وادعى أن وليها شرط في العقد لوليته شروطا وعطايا سماها والولي يدعي عدم شرطه شيئا ولما طلب باليمين نكل هل يحلف الزوج ويجب ذلك لها؟ وكيف يحلف على شيء يستحقه غيره؟ أن الزوج يحلف ويرجع إلى صداق المثل ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على

1 انظر البيان و التحصيل و كذا مناهج التحصيل 386/3 – 421/3 هـ.

2 النواذر و الزيادات 485/4.

3 الجامع لابن يونس 297/4 م س .

4 البيان و التحصيل 511/3 م س.

5 محمد بن عمر : هو أبو بكر محمد بن عمر بن عبد العزيز عالم فقيه من عظماء الأندلس أديب لغوي له كتاب "تصانيف الأفعال" ت : 368.

6 المقنع في علم الشروط ص 58 م س .

وليها وتأخذ هي الصداق كاملاً، لكنه رجح أن يحلف الزوج ويستحق ما ادعى أنه شرط¹⁴.

لكن الإشكال كيف إذا كان المسمى أو المشروط أقل من صداق المثل؟

وهكذا من خلال الوقوف على مصادر المذهب نتوصل إلى أن اختلاف الأجوبة التي سبق إيرادها عن فقهاءنا -رحمهم الله- مرده إلى أن المسألة مختلف فيها في أصل الروايات المنقولة عن أئمة المذهب أنفسهم. ترى إلى أي شيء يرجع سبب الخلاف في المسألة؟

ذاك ما أحاول مقارنته بحول الله من خلال النقطة الموالية :

ثالثاً: لدراسة

الأصل في الشورة التي تصحبها المرأة إلى بيت الزوجية أنها ملك لها ويقضى لها وعليها بها حسب العرف، إذ العرف الجاري بمثابة الشرط الملزم. فإذا ادعى الولي أن بعض شورة مولاته عارية منه أو من غيره لها فدعواه بخلاف الأصل الذي جرى به العرف ومدعى خلاف الأصل مطالب بالبينة. ولو سلمنا أن الجهاز عارية فإن القول في العارية إذا ضاعت من غير تفريط هو قول المستعير لأن ما كان أمانة لا يصير مضموناً إلا بالتفريط. كما أن الأصل في المدعى عليه ألا يجب عليه إلا اليمين للحديث: شاهدك أو يمينه².

أما قول بعض فقهاءنا -رحمهم الله- عن ادعاء الأب بعض شورة ابنته عارية منه لها. إن ذلك معهود من فعل الآباء لبناتهم فهو معهود معروف بكونه جهازاً لا بكونه عارية يستردها منها، فقد يزيد ولي المرأة على نقدها أضعافاً لحظوة ابنته، وأيضاً من شروط صحة الدعوى ألا تشهد عادة أو عرف بتكذيبها. وقد قال الله عز وجل: " وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه"³.

¹ الجامع لابن يونس 295/4 م س بتصرف.

² تقدم تخريجه.

³ جزء من الآية 282 من سورة البقرة.

قال الحافظ ابن حجر: حين أمر الله الذي عليه الحق بالإملاء اقتضى تصديقه فيما أقر به وإذا كان مصدقا فالبينة على من ادعى تكذيبه¹.

وقال ميارة: في شرح اللامية: القول قول من شهد له العرف لكن بيمينه لأن العرف ينتزل منزلة الشاهد الواحد على المشهور فيحلف معه²، وكذلك من ادعى الغالب كان الحكم له مع يمينه، والحالة هذه أن الذي يشهد له العرف أن ما تخرج به المرأة من بيت أبيها لبيت زوجها من الشورة هو ملك لها لا يمكن أن يدعي كونه عارية إلا بينة متقدمة لا مطعن فيها .

لكن إذا اشترط الولي أن ما زاد على النقد من الجهاز هو عارية وأشهد عليه قبل أن يخرج من يده وقبله المشهود عليه في حينه على ذلك الوصف فهو كما وصف، لأن المسلمين على شروطهم. فعن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه- أنه قال : "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما اشترطت"³.

ومهما يكن الاعتبار في دعوى الشورة عارية فإذا ضاعت وادعت الزوجة أو ماتت الزوجة وادعى الزوج عدم العلم بها لا ضمان فيها لأن تصييرها عارية يرفع الضمان على غير المفرد، إذ المستعير لا يضمن إلا بالتعدي. لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : " ليس على المستعير غير المغل ضمان"⁴. والله اعلم .

ما تقدم كان حديثا عن موجب الصحة في العقد فماذا عن موجب عدم استمراره؟
ذلك ما أحاول مقارنته من خلال الباب التالي.

الباب الثاني: موجب عدم الاستمرار العقد

الأصل في عقد الزواج أن يبنى على المودة والرحمة، إذ كل من الزوجين لباس للآخر وسكن له، فيكون الارتباط فيه على وجه التأبيد، إلا أن يحدث موجب للفرقة ليغني الله كلا من سعته.

¹ فتح الباري 301/5 م س .

² فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق للإمام ميارة الفاسي ص : 464 تحقيق د.رشيد البكاري ط دار الرشاد الحديثة ط / 2008 م.

³ الحديث أخرجه البخاري تعليقا في كتاب الشروط تحت باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح.

⁴ تقدم تخريجه.

لكن موجب إنهاء الرابطة الزوجية قد يكون ملزما لأحد الطرفين أو لهما معا، فالموجب لأحد الطرفين هو ما يجعل صاحبا المصلحة في الإنهاء مخييرا بين الاستمرار في الرابطة الزوجية أو وضع حد لها بإرادته، أما الملزم لهما معا، فهو ما كان خارجا عن إرادتهما، ولو ترتب عن تصرفهما أو تصرف أحدهما.

فجاء هذا الباب في فصلين اثنين وفق الآتي:

أحدهما في الموجب الاختياري لعدم الاستمرار والآخر في الموجب الاضطراري

له.

فأقول بالله أستعين

الفصل الأول: الموجب الاختياري لعدم الاستمرار العقد

الخيار في اللغة اسم مصدر لاختار والمصدر منه الاختيار، ويفيد الأخذ بما فيه المصلحة، ففي لسان العرب الاختيار الاصطفاء، وكذلك التخيير، قال ابن منظور: والخيار

اسم من الاختيار.¹ ومثله عند الزبيدي في تاج العروس خلافا لصاحب الصحاح الذي اعتبر الخيار والاختيار بمعنى واحد، ومنه في التنزيل قوله سبحانه: "واختار موسى قومه سبعين رجلا..."².

أما اصطلاحاً: فهو الأخذ بخير الأمرين بين الإمضاء والفسخ في العقد. وموجب الخيار في العقد: هو ما يمنح صاحب الحق سلطة في الإبقاء على العقد أو إنهائه.

أو هو: ملكية فسخ العقد ممن له الحق في ذلك بإرادة منفردة. وعليه فإذا كان موجب الخيار يعطي صاحب الحق سلطة في الإبقاء على الرابطة الزوجية أو وضع حد لها، فإن الخيار إما في النفس أو في غيرها، فكان هذا الفصل مبحثان اثنان:

الأول: في خيار النفس والثاني في خيار غير النفس كالآتي:

المبحث الأول: الخيار المرتبط بموجب في النفس

موجب سلطة الخيار لأحد الزوجين، إما أن يكون لعيب يفوت على الآخر ثمرة العقد أو بعضاً منها، أو لكون الحياة الزوجية مع لباسه على هيئة لا يرضها طبعاً أو شرعاً، فيختار التخلّص مما لا يستسيغ الاستمرار عليه.

¹ لسان العرب حرف الخاء، مادة خير.

² جزء من الآية 155 من سورة الأعراف.

فجاء هذا المبحث في مطلبين أحدهما في خيار العيب والآخر في خيار الخلع كالآتي:

المطلب الأول: خيار العيب

العيب في أحد الزوجين إما متعلق بجسمه وتكوينه الطبيعي أو متعلق بغير الجسم كالفكر والاعتقاد والطباع التي لا يرضها الآخر شرعا، فكان هذا المطلب فرعان اثنان هما الآتيان:

الفرع الأول: موجب الخيار لعيب ذاتي

العيب الذاتي هو الموجود بأحد الزوجين على شاكلة تجعل استمتاع الآخر بالحياة الزوجية لا يتحقق أو لا تتحقق الغاية المرجوة من العقد، سواء تعلق الأمر بالعيوب المنصوص عليها، أو بما يمكن أن ينزل منزلتها.

فهل للطرف المتضرر من عيب صاحبه حق وضع حد للحياة الزوجية على الإطلاق؟

أو وفق ضوابط محددة؟ أم أن الأمر قد يجب الصبر عليه اضطرارا؟

للخروج بتصوير متضح المعالم عن هذا الإشكال أستحسن التوقف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

أ- سئل أبو محمد بن أبي زيد القيرواني: عن زوج ابنته في مرضه من رجل أبرص هل يلزمها ذلك؟

فأجاب: يلزمها في البرص الخفيف النكاح، والمتفاحش الذي كثرت رائحته لا يلزمها، إلا أن ترضى به وقد بلغت وإن لم تبلغ نظر لها السلطان، فإن غفل حتى بلغت فلها الخيار.¹

ب- إذا وجد بالمرأة أحد العيوب الأربعة هل يضرب لها أجل؟ أو ترد بالعيب مباشرة؟

¹ فتاوى ابن زيد القيرواني 209/1 م.س. وكذا فتاوى البرزلي 339/2

نزلت هذه المسألة بأبي الوليد الباجي فقضى فيها أنه يضرب للمرأة أجل في معافاة نفسها من الجنون والجدام والبرص وداء الفرج، وتؤجل في الجنون والجدام سنة وأما الرتق¹ فبحسب الاجتهاد في ذلك².

-ج- وسئل المازري عن زوج ابنته البكر فطلب الزوج الدخول فزعم الأب أن بجسمه برصا وتحاكما إلى القاضي فأرسل رجلين من الأطباء أحدهما ذمي فشهدا أن بجسمه برصا لا يشكون فيه فهل للزوجة خيار أم لا؟ وهل يقبل قول غير المسلم؟

فأجاب بما نص معناه: الأولى أن يسأل هل يكشف جسم الرجل للاختبار أم لا؟

وبعد تعليل فقهي وطبي أجاب بالآتي:

الأصح هنا إثبات الخيار للمرأة إذا تبين أنه برص واضح كثير ويعلم تناهيه واستلاؤه على أكثر الجسم³.

-د- وسئل أبو الحسن القابسي: عن خطب ابنة من أبيها وتركنا ثم أخبر بسقوط أسنانها العليا. فسأل عن ذلك فأخبر أن الساقط ثلاثة أضراس وناب ورباعية فقبل وبعد العقد تبين أنه سقط لها ناب ورباعية والثنايا، وفقد الثنايا أهجن من فقد الضرس ولاسيما إذا كان بعضها يلي بعضها فهل للزوج في ذلك مقال؟

فأجاب بما مضمونه: إذا كان لم يدخل بعد خير بين أن يمضي أو يرد فإن عزم على الفراق لم يسقط عنه شيء من نصف الصداق، لأنه قنع بالإخبار ولو شاء لتثبت⁴.

-ه- وشاور القاضي ابن ذكوان⁵ الفقهاء في رجل تزوج امرأة فوجدها رتقاء.

فأجاب ابن عتاب: ينظر إليها النساء، فإن وجدن ما ذكر ردت به، وأجاب ابن القطان

بعدم جواز نظر النساء إليها¹.

¹ الرتق: يقال رتقت المرأة رتقا من باب تعب فهي رتقاء إذا فسد مدخل الذكر من فرجها فلا يستطيع جماعها، المصباح، مادة رتق

² معين الحكام 1/ 224 م س.

³ فتاوى الإمام المازري 184/1 بتصرف، وكذا فتاوى البرزلي 2/ 338 م س.

⁴ المعيار 3/ 159، بتصرف م س.

⁵ ابن ذكوان هو أبو حاتم محمد بن عبد الله بن ذكوان الفقيه الفاضل كان من جلة العلماء وخيرة القضاة توفي سنة 413هـ، شجرة النورة الزاكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف، تعليق وتحقيق ع المجيد خيالي ط دار الكتب العلمية ط 1 2003/1424م.

بنظر تأملي في النوازل المذكورة أعلاه، نجد غايتها متحدة في رفع الحرج عن الطرف المتأذي من عيب الآخر، لكن الأذى المعتبر هو ما يفوت عنه مصلحة حقيقة أو يجلب له مشقة هو في غنى عنها .

فقد اعتبر ابن أبي زيد تزويج الأب ابنته من أبرص غير نافذ عليها إذا كان البرص منفاحشا، لأن نظره ليس مصلحة لها ما لم ترض به مختارة، لأن الضرر مرفوع شرعا أيا كان مصدره.

كما قضى أبو الوليد الباجي أن الزوج لا يمكنه الرد بالعيوب المنصوص عليها إلا بعد منح المرأة مدة للعلاج تناسب الداء عرفا، لكن قد لا يكون التأجيل ذا جدوة في الزوجة لأن بإمكان الزوج أن يطلق ابتداء إلا أن له في الزوج اعتبارا، إذا قلنا إن للمرأة أن ترد الرجل بما يردّها به من عيب.

ونجد المازري يوافق أبا محمد في ثبوت الخيار من البرص متى كان منتشرًا يتأذى منه أحد الزوجين إلا أنه مال لرأي ابن حبيب في عدم الكشف عن العلة إذا كان الزوج المدعى عليه بها منكرا، خلافا لسحنون، بينما ميز القابسي في العيب الذي ينزل بالمرأة بين كونه قبل الدخول أو بعده، ففي الحالة الأولى يخير بين الدخول وعدمه من غير أن يحط عنه شيء من الصداق أما في الحالة الثانية فالدخول بمثابة قبول العيب بعد الاطلاع عليه، مما يفهم منه أن الخيار للزوج في هذه الحالة لا يجدي نفعا ولا يسمح دمعاً.

كما أن جواب ابن القطان يوافق مفهوم فتوى المازوري حيث صرح بعدم جواز الكشف عن عيب المرأة من قبل النساء، لكن أجازة ابن عتاب ولكل وجهة موليتها.

ترى إلى أي حد جسدت هذه الأجوبة من فقهاءنا -رحمهم الله- الإلتزام بما هو مختار في مصادر المذهب؟

ذاك ما أحاول بحول الله الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية.

¹ نفسه 132/3، م س.

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة بما يرد الرجل المرأة في قول مالك؟ فقال: ابن القاسم من الجنون والبرص والجذام والعييب الذي في الفرج.

وعن مالك: ما كان عند أهل المعرفة من داء الفرج ردت به المرأة¹.

ومنها: في المرأة تتزوج الرجل فإذا هو محبوب أو خصي فإذا لم تعلم به فمتى علمت فلها الخيار، إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقت بطلقة واحدة بآئنة في قول مالك، لكن العنين يضرب له أجل للعلاج من يوم رفعه إلى السلطان في قول مالك².

وعن ابن القاسم: أن من تزوجت عنيينا وهي تعلم أنه لا يقدر على الجماع فلا خيار لها بعد³.

وفي كتاب محمد: ما حدث بالمرأة من جميع العيوب بعد النكاح فهو نازلة بالزوج ولا حجة له، وإن كان قبل البناء فلا مهر لها، ولها بالدخول المهر كاملاً⁴.

وروى أشهب عن مالك: أن الأبرص لا يفرق بينه وبين امرأته وإن غرها، وقال ابن القاسم وابن عبد الحكم: التفريق فيه أحب إلينا، وقد نقل عن ابن القاسم مثل رواية أشهب⁵، وذلك ما أثبتته ابن رشد مقيدا بعله عن ابن القاسم: الأبرص لا يفرق بينه وبين زوجه إلا لضرر

لا يستطاع المقام معه عكس الجذام⁶.

وقال ابن رشد: رأي مالك في إحدى الروايات عن ابن القاسم، قليل البرص عيب في النكاح وإن أمنت زيادته يوجب الخيار للرجل والمرأة على حد سواء⁷.

وفي مختصر ما ليس في المختصر: يرد النكاح بالجذام والبرص لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر، ولأنه لا تطيب نفس الواطئ والموطوءة وقلما يسلم ولدهما من ذلك¹.

1 المدونة الكبرى 2 / 332، م س.

2 نفسه، 2 / 385 بتصريف.

3 نفسه، 2 / 334

4 النوادر والزيادات 4 / 530، م س.

5 نفسه 4 / 533.

6 البيان والتحصيل لابن رشد 3 / 379، م س، بتصريف.

7 نفسه 3 / 327.

لكن هل العيب الموجب للخيار يوجب على الفور أم لا يوجب ذلك إلا بعد تعذر العلاج؟ وإذا سكت صاحب الحق هل يسقط خياره؟

سئل ابن القاسم عن المرأة تصبر عن جذام زوجها ثم تريد بعد ذلك فراقه.

فقال: إذا زاد على ما كان عليه يوم خيرت فصبرت كان ذلك لها، وإذا كان على حاله لم يتغير ولم يزد فليس لها ذلك²، وقال عن الرجل يخصى قبل الدخول إن لامرأته الخيار في نفسها، أما إذا أخصى بعد الدخول فلا خيار لها، وهو مشهور المذهب خلافاً لأصبع³.

وقال مالك: الأجمد البين الجذام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك.

وقال ابن القاسم: إذا كان ممن يرجى برؤه في العلاج وقدر عليه ضرب له أجل لذلك⁴.

وفي جامع ابن الحاجب: لكل واحد من الزوجين الخيار بالعيب والضرر، والعيوب: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. ما لم يرض بقول أو تلذذ أو تمكين أو سبق علم بالعيب⁵.

وفي التهذيب: عن مالك لا ترد المرأة بما سوى العيوب الأربعة، إلا أن يشترط السلامة، وإذا كان الزوج مجنوناً أو خصياً فلم تعلم المرأة به فلها أن تقيم أو تفارق بواحدة بئنة لا أكثر⁶.

ونقل الباجي عن مالك: أن كل ما علم أهل المعرفة أنه عيب من عيوب الفرج ردت به الزوجة حتى وإن جامع الزوج معه⁷.

¹ التبصرة لأبي الحسن اللحمي، 4/ 1894 م س.

² البيان والتحصيل، 3/ 491 بتصريف.

³ نفسه 3/ 31 م س.

⁴ التهذيب للبرادعي 2/ 31 م س.

⁵ الجامع بين الأمهات لابن الحاجب، 2/ 397 م س.

⁶ التهذيب لمسائل المدونة والمختلطة باختصار دون كثير من التكرار لأبي سعيد البرادعي 1/ 444 باعتناء د عبد الكريم نجيب ط، مركز

نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث ط 1، 1438، 2017.

⁷ فصول الأحكام للباقي ص 144 م س.

وقال ابن الجلاب: لا ترد المرأة بما سوى العيوب الأربعة المعروفة إلا أن يشترط الزوج السلامة من عيب بعينه فيكون له الرد بشرطه¹.

وفي كتاب محمد: قيل لمالك: أترد المرأة من السواد والعمى وما أشبه ذلك؟

فقال: هذا أمر ظاهر فكيف ترد منه؟ وقال في موطن آخر هذا من العيوب الظاهرة لا يوجب ردا².

أما عيب الفرج فترد به المرأة سواء كان مانعا للجماع أو لم يكن؟

قال: اللخمي واختلف في الخفيف منه فقال مالك ترد به لأن المجنونة والبرصاء يقدر على جماعها وهي ترد به، وقال ابن حبيب لا ترد بعيب إلا إذا كان مانعا من اللذة³.

لكن هل كل عيب أوجب الخيار لأحد الزوجين هو موجه للآخر؟

جاء في المعونة: إذا تزوجا سالمين ثم حدث لهما أو لأحدهما عيب يوجب الرد، فإن كان قبل الدخول وكان العيب بالزوجة فلا رد للزوج، وهو بالخيار بين أن يفارق وعليه نصف الصداق أو يدخل ويلزمه الصداق كاملا، خلافا للشافعي وإن حدث بها بعد الخول فلها المهر كاملا.

أما إن كان الزوج من حدث به العيب فإن كان قبل الدخول فلها الخيار ولا شيء لها من الصداق إن فارقته لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت ولها الصداق كاملا⁴.

ووجه الفرق بينهما حيث يثبت العيب الحاصل بعد العقد قبل الدخول وبعده الخيار للزوجة دون الزوج، أن المرأة لا قدرة لها على رفع العقد ابتداء من غير موجب ولا مقابل فلو لم يثبت لها الخيار لكان ذلك إضرارا بها، والزوج لما كان بإمكانه رفع العقد نفي عنه الخيار في هذه المسألة فما أجمل فقه الإسلام وما أعدل.

¹ التفرغ لأبي القاسم ابن الجلاب 74/2 مرجع سابق.

² التبصرة لأبي الحسن اللخمي 1892/4 م س بتصرف.

³ التبصرة 1885/4 م س.

⁴ المعونة للقاضي عيد الوهاب ، 562/2 بتصرف م س.

وعن ابن المسيب: إذا كان بالزوج جنون أو ضرر فالمرأة مخيرة بين أن تقيم أو تفارق.

وقال مالك: أرى الضرر الذي أراد ابن المسيب هذه الأشياء التي ترد بها المرأة لقول الله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"¹، ولأن لها حقا في الاستمتاع فإن وجدت مانعا منه أو من كماله، كان لها الخيار كالرجل²، لكن هذا مخالف لقوله السابق في البرص الخفيف.

وعن ابن حبيب: قول مالك وأصحابه، وما حدث من العيوب الأربعة عند الزوج فلا خيار له في فراقها، والزوجة كذلك ما لم يكن عيبا مؤذيا كالبرص الشديد خلافا لابن المواز، وفي الباب عن ابن القاسم أن صاحب العيب يؤجل سنة للعلاج، وإلا فرق بينه وبين صاحبه إذا أختار ذلك³.

لكن إذا كان العيب الموجب للخيار خفيا فكيف يثبت؟ وهل يكشف عنه؟ وعلى من يكون الرجوع بالدرك؟

نقل ابن يونس في الجامع أن قضاء عمر وابن مسعود في الرجل يبنى بالمرأة ولا يستطيع أن يمسه، أنه يضرب له أجل سنة من يوم رفعه للحاكم فإن مضت ولم يصبها فرق بينهما، وإن ادعى جماعها داخل المدة وأنكرته حلف وصدق، وإن نكل حلفت هي وفرق بينها. وإن نكلت بقيت له زوجة⁴، للقاعدة: عجز صاحب الحق عن استفاء حقه لا يسقط ما وجب لغيره.

قال ابن حبيب: فيمن تزوج امرأة فوجد بها داء في فرجها فزعمت أنها صحيحة ودعا الزوج إلى أن ينظر إليها النساء إن ذلك ليس له، فإن فارقها وادعت المسيس وأنها صحيحة حلفت وكان لها الصداق كله، وهو مذهب مالك وأصحابه خلافا لسحنون القائل ينظر لها النساء⁵، وروى محمد بن سحنون أن قول ابن قاسم لا ينظر النساء للمرأة في عيب

¹ جزء من الآية 228 من سورة البقرة.

² الجامع ابن يونس 562/4 م س.

³ نفسه 246/4 بتصريف.

⁴ الجامع لابن يونس 322 /4، بتصريف.

⁵ منتخب ابن وصول ص 201 بتصريف م س.

فرج يدعيه الزوج، و قد قال ترد به فكيف يعرف إلا بنظرهن ؟ ونقل عن أبيه أن نظرهن إليها جائز إذا دعا الزوج لذلك¹.

وعن ابن حبيب إذا أتت امرأة العنين بامرأتين تشهدان أنها عذراء لا تقبل شهادتهما لأنها تؤول إلى الفراق، وشهادتهما لا تجوز فيه² وإن نكل العنين حلفت المرأة وفرق بينهما³. قال المقري: الاصل عند مالك و الشافعي في شهادة النساء الرد فلا تقبل في النكاح وشبهه وتقبل في الأموال للضرورة⁴.

وفي تنبيهات القاضي عياض: مذهب ابن أبي زمنين جواز نظر النساء للمرأة والرجال للرجال في عيب الفرج إذ احتيج إلى ذلك، وإليه ذهب ابن لبابة وصوبه ونسبه لمالك وأصحابه⁵.

إذا ادعت المرأة على زوجها عدم الوطء وأكذبها نزلت بالمدينة بالحسن ابن زيد ابن الحسين ابن علي رضي الله عنه، فاستشار الفقهاء فكان ممن أجاب في المسألة مالك وعبد العزيز: أن القول قول الزوج دون يمين لأنه مما اتمن الله عليه الرجال كما اتمن النساء عما في أرحامهن⁶.

وسئل ابن القاسم عن زوجت على أنها صحيحة فمكثت مدة مع الزوج ثم أجدمت والولي يدعي النكاح على السلامة، والزوج يدعي خلاف ذلك على من تكون البينة؟ فقال البينة على الزوج والأب مصدق لأنه اتمنه فالقول قوله، ما لم تكن للزوج بينة. قيده ابن رشد بقوله: يكون القول قول الأب في التداعي بعد الدخول، أما قبله فالقول قول الزوج وعلى الأب البينة⁷.

¹ منتخب ابن وصول ص 201 بتصرف، م س.

² النوادر والزيادات 4 / 530 م س.

³ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 5/662 بتصرف م س.

⁴ قواعد المقري ص 319 م س القاعدة 592.

⁵ التنبيهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة للقاضي عياض 2 / 801 بتصرف، تحقيق عبد الكريم نجيب ط 1، 1433 / 2012م، ط مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث.

⁶ المختصر الفقهي لابن عرفة 3/353 تصحيح وتعليق د. حافظ ابن عبد الرحمن محمد خير، ط مؤسسة خلف أحمد الجنبور للأعمال الخيرية ط 2014/1435.

⁷ البيان والتحصيل 3/418 م س.

وفي كتاب ابن حبيب قال ابن القاسم: إذا ظهر بالمرأة عيب بعد الدخول يحلف الولي أنه ما علم بدائها ولا أطلعته عليه، ثم يرجع الزوج عليها بالصداق إلا ربع دينار.

وروى عنه عيسى في العتبية مثله، لكن لم يذكر على الولي يمين وجعله مؤتمنا¹.

ونقل عن عيسى ابن دينار أن الزوج في عيب الفرج يرجع على المرأة دون وليها إلا أن يكون العيب ظاهرا لا يخفى فيرجع على الولي².

وفي كتاب ابن المواز: إذا ظهر بالمرأة أحد العيوب الأربعة بعد البناء فلها الصداق ويرجع به على وليها إن كان قريب القرابة، أما إن كان بعيدا أو العيب في مكان لا يعلمه أقسم على عدم علمه ورجع عليها هي بالصداق إلا ربع دينار³.

هذا ويمكن أن يجمل علم الولي بعيب المرأة في ثلاثة أقسام كالآتي:

أحدها: يحمل جميع الأولياء على العلم به كالجنون والجدام.

الثاني: ما يحمل الأب والأخ فيه على العلم دون غيرهما من الأقارب كالبرص في بعض الجسم.

الثالث: عيب الفرج فهو في الغالب يخفي على غير الأم.

ولعل مرد الخلاف في هذا الموجب راجع إلى هل مجرد إثبات جنس العيب موجب للخيار أم لا بد أن يكون مؤثرا في الاستمتاع؟

وللإشارة في هذا المقام يمكن أن يلحق بالعيوب التي نص عليها فقهاؤنا - رحمهم الله- العيوب التي هي مصدر أمراض متنقلة كالتعفنات السرطانية وداء فقدان المناعة بأحد الزوجين.

والضابط أن كل ما كان مانعا من الاستمتاع أو مؤثرا فيه أوجب الخيار للطرف المتضرر، فكيف إذا كان مؤثرا على سلامته؟

وإذا كانت القاعدة أن ما قارب الشيء يعطى حكمه فكيف إذا كان أولى بالحكم منه؟

¹ منتخب الأحكام لابن وصول، ص 119 م س بتصريف.

² فصول الأحكام للباي، ص 144 م س.

³ النوادر والزيادات 528/4 مس.

أليس الأمراض المتقلبة جنسيا أشد خطرا من البرص مثلا؟

وبناء على ما تقدم إلى أي حد كانت أقوال الفقهاء المستتلة من المصادر المذكورة مرتبطة بروح النص ومجسدة لمقاصد الشارع؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثالثا: دراسة

العيوب التي توجب الخيار في النكاح محط اختلاف لدى أهل العلم بين الاعتبار وعدمه، والذين اعتبروا الرد بالعيب اتفقوا على أربعة عيوب وهي البرص والجنون والجذام وداء الفرج واختلفوا فيما عداها، وعموما فإن مالكا والشافعي وأصحابهما، العيب عندهم موجب للخيار، لكن المعتبر منه ما كان موجودا عند العقد أما ما حدث بعده فلا يثبت خيارا للرجل وفي إثباته الخيار للمرأة خلاف.

قال المقرئ: المقصود عند مالك ومحمد من النكاح الاستمتاع فما أثر فيه وجب رده به وعند النعمان الحل ولا تأثير للعيب فيه¹، لكن هل فوات ثمرة الشيء كفوات ذاته؟ أما أبو حنيفة وأصحابه فالمرأة عندهم لا ترد إلا بعيب القرن والرتق، بينما أهل الظاهر العيب عندهم لا يوجب خيارا قطعا.

وسبب الخلاف: راجع إلى هل قول الصحابي حجة؟ ثم هل يقاس العيب في النكاح على العيب في البيع أم لا؟. وهل النكاح عقد على المنفعة؟ فمن سلم بالمنفعة لزمه القول بالخيار، والأصل أن العقد إذا قبل الفسخ من وجه قبله من كل الوجوه، والذين قالوا لا خيار في العيب يثبت عندهم فسخ العقد في صور مختلفة مثل من زوجها والدها من غير كفاء أو اختارت هي غير كفاء.

قال الفندلاوي: كل عقد قارنه سبب يمنع الغرض المقصود منه فإن الخيار ثابت

فيه².

¹ قواد الفقه على مذهب مالك للمقرئ ص 31، القاعدة 592 م س.
² تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك للفندلاوي 445/2 م س.

وقال القاضي عبد الوهاب: خيار الفسخ في النكاح يثبت لكل واحد من الزوجين بوجود واحد من خمسة عيوب ثلاثة منها قد يشتركان فيها وهي: الجنون والجدام والبرص، وفي المرأة القرن والرتق، وقال أبو حنيفة لا خيار للزوج في شيء من ذلك وللمرأة الخيار في الجب والعنة.¹

وفي موطأ محمد ابن الحسن: عن سعيد ابن المسيب قال: أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضر فإنها تخير إن شاءت أقرت وإن شاءت فارقت.²

وقال الباجي: كل ما كان عند أهل المعرفة من عيب الفرج فإن للزوج الرد به وأن لم يمنع الوطاء، وفي غيره خلاف فقد قضى ابن حبيب بالرد من القرع الفاحش ولم أرى ذلك لغيره من أصحابنا والأظهر من المذهب ألا يرد به لأنه مما يرجى برؤه.³

وقال ابن يونس رد النساء بالعيوب الأربعة رأي عمر وعلي وغيرهما من الصحابة – رضي الله عنهم- ولا مخالف لهم لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار.⁴

وقضى عمر ابن عبد العزيز في الداخل بامرأة يجد بها عيباً أن يقسم أنه ما تلذذ بها منذ أن علم أن بها عيباً، ويقسم الولي على عدم العلم ثم يعطى للمرأة من صداقها ربعه،⁵ قال ابن يونس هو اجتهاد منه واستحسان.⁶

وروى الشعبي عن شريح قال: كتب لي عمر – رضي الله عنه- في العنين أن أجله سنة فإن أصابها وإلا خيرها فإن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته.

لكن غير المعترض لا تؤجل امرأته سنة وإنما هي مخيرة من غير أجل، واعتبر ابن عبد البر رأي عمر هذا مذهب فقهاء الأمصار خلافاً للداوود.⁷

1 الإشراف على نكت مسائل الخلاف 711/2 م س.
2 الموطأ برواية محمد ابن الحسن كتاب النكاح باب الرجل ينكح المرأة ولا يصل إليها لعله بالمرأة أو بالرجل، رقم 539 تحقيق وتعليق عبد الوهاب عبد اللطيف ط دار الكتب العلمية، ط2 بدون تاريخ.
3 المنتقى للباجي 33/5 م س.
4 الجامع لابن يونس 242/4 م س.
5 اختصار المدونة والمختلطة لأبي محمد ابن أبي زيد القيرواني 666/1 م س.
6 الاستحسان الذي يقصده ابن يونس رحمه الله هو القياس المعترض شرعاً. وهو إما عدول عن قياس جلي الى قياس خفي، أقوى أو هو تخصيص عموم الدليل الكلي بالمصلحة مراعاة لقصد الشارع.
7 الاسذكار لابن عبد البر 194/6 م س بتصرف.

إلا أن مذهب الشافعي: كل من علته عدم الوطاء يؤجل سنة من يوم رفعه للسلطان من غير تفريق بين معترض وغيره، ومثله روي عن الحنفية.

ولالإشارة فإن الفرقة بناء على موجب للخيار هي طلقة واحدة بائنة عند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما والثوري وفسخ لا طلاق عند الشافعي ومن معه.

وفي الموطأ عن سعيد ابن المسيب أنه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسه أنه يضرب له أجل سنة فإن مسها وإلا فرق بينهما،¹ ونقل عنه مالك أن الأجل من يوم الترافع إلى السلطان.

وعن مالك أن من مس امرأته ثم اعترض عنها أنه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما²، أما مسألة البرص فإضافة إلى حديث عمر- رضي الله عنه- ورد فيها ما أخرجه البيهقي وغيره، أن النبي صلى الله عليه وسلم، تزوج من بني بياضة امرأة فوجد بكشحا بياضا فقال: الحقي بأهلك وفي رواية دلستم علي، لكن الحديث مضطرب لم يثبت سنداً ولو كان ثابتاً لما كان لمعترض في الباب حجة.

ولأجل ذلك فقد تحصل في المذهب في البرص أربعة أقوال:

أحدها: أنه عيب موجب للخيار في قليله وكثيره سواء حدث قبل العقد أو بعده وهو ظاهر المدونة وقول عمر- رضي الله عنه-.

الثاني: أنه لا يوجب خياراً ولا يرد به الزوج المرأة والدخول وقبله في ذلك سيان، وهو قول أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز، وقول ابن القاسم من كتاب بيع الخيار من المدونة.

الثالث: أنه يوجب الخيار قبل الدخول ولا يوجب بعده ولو شديداً وهو قول ابن القاسم في النوادر.

¹ الموطأ: كتاب الطلاق باب 28، أجل الذي لا يمسه امرأته، رقم 1241.

² نسه رقم 1242

الرابع: أنه موجب للخيار قبل الدخول ولو خفيفا ولا يوجبه بعد الدخول إلا أن يكون فاحشا لا صبر عليه، وهو رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية وقول ابن حبيب في الواضحة¹، والأول أصل المذهب.

وهكذا نخلص إلى أنه كما تبين في النوازل التي أجاب فيها فقهاؤنا- رحمهم الله- أن كل عيب بأحد الزوجين لا يتحقق للآخر معه الاستمتاع فإنه موجب للخيار من غير خلاف وإن اختلفت درجة اعتباره، إلا ما نقل في المعترض من عدم الخيار إلا بعد أن يؤجل للعلاج.

وسبب الخلاف في هذا المسألة داخل المذهب ليس في جنس العيب وإنما في نوعه، هل العيب الموجب للخيار هو ما يمنع اللذة أو ما يمنع استنفاها؟ ما تقدم كان عن العيب الذاتي فماذا عن العيب الاعتباري؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثاني: موجب الخيار لعيب اعتباري

العيب الاعتباري هو ما ليس بالجسم فيمنع التمتع كالأول، ولكنه بمثابة التدليس من أحد الزوجين على الآخر، بشيء لا تظهر حقيقته إلا بعد المعاشرة، فهل يكون للطرف المتضرر خيار إنهاء الرابطة الزوجية؟ قبل الدخول وبعده؟

الإيضاح هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن زرب¹ عن ولية قوم نكحها رجل مكفوف من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك أولياؤها عليها وذهبوا إلى فسخ النكاح والزواج قد بني بها.

¹ انظر مناهج التحصيل للرجراجي 3 / 404 بتصرف م س.

فأجاب: لا سبيل إلى حل النكاح إن كان قد دخل بها ففيل له لو لم يدخل بها؟

فقال: الذي لا أشك فيه أنه إذا دخل بها لا يفسخ النكاح.²

-ب- وسئل أبو محمد ابن أبي زيد القيرواني عن مناقحة الخوارج وهل يجوز لسني

أن يتزوج ابنة منهم وكيف لو حصل ذلك؟

فأجاب: أما مناقحتهم فإن مالكا وأصحابه يكرهون ذلك، فإذا وقع النكاح لم يفسخ

فالصداق فيه واجب والولد لا حق وإنما يفسخ مثل هذا النكاح من يذهب إلى تكفيرهم مستدلا

بقول سحنون وابن القاسم في كون النهي عن السلام عليهم ومناكحتهم إنما هو على وجه

الأدب لهم.³

وسئل أبو الحسن اللخمي عن نازلة مشابهة لهذه، وهي أن سنية تزوجها خارجي

جهلا منها فلما علمت طلبت فراقه فقال أرجع عن مذهبي ولم يرجع حتى الآن.

فأجاب بالآتي: إذا لم يتب فرق بينهما لأنه يخشى منه أن يفتنها ويفسد دينها.⁴

-ج- وسئل أيضا أبو الحسن: عن رجل من أهل القرآن تزوج بكرا أبوها وأخوها من

أهل القرآن وطلب العلم، ثم ظهر أن الزوج شارب للخمر ولو كان الأب يعلم ذلك ما أباحها

له لما يخشى عليها من المعرفة فهل له مقال؟

فأجاب: الأب وكيل ابنته فإذا علم أن تزويجه إياها ليس بظن لها، ويخشى عليها أن

يفسد دينها ويدخلها فيما لا يجوز من الشرب وغيره، ولا يرجى لمثله حسن عاقبة فرق بينه

وبينها، ومن زوج ابنته لشارب خمر فقد عرضها للفساد.⁵

-د- إذا اشترط الزوج في المرأة أنها بكر والعرف أن البكر هي العذراء فوجدها

موطوءة فهل له مقال؟

نزلت هذه النازلة بابن رشد فأجاب فيها بالآتي:

¹ ابن زرب هو أبو بكر محمد بن يبيي ابن زرب القرطبي قاضي الجماعة بعد ابن السليم كان كثير الحفظ ومن أهل الشورى قال له يوما القاضي ابن السليم لو رءاك ابن القاسم لعجب منك صاحب كتاب الخصال توفي سنة 381، الدباج/2/230.

² المعيار 144/3 م س.

³ نوازل ابن أبي زيد القيرواني 2/288 م س بتصرف.

⁴ المعيار 276/3 م س.

⁵ المعيار 272/3 م س بتصرف.

هي مسألة اختلف فيها أهل العلم فلم يعذره أشهب بالجهل في ذلك إذ قصر في أمره وترك أن يثبت بالسؤال فالشرط لا ينفعه إلا أن يشترط عذراء أو يكون في الشرط ما يفهم ذلك كأن يقول إن لم أجد لها بكرا رددتها، وهو مذهب سحنون، وقيل إنه يعذر بجهله بذلك، ويكون له ردها إن لم يجدها عذراء وهو ظاهر قول أصبغ¹.

-ه- وسئل ابن الحاج عن تزوج امرأة على أنها بكر فإذا هي ثيب من زوج. فأجاب: الواجب أن ترد إلى صداق مثلها إذا ثبت ذلك ولا ينظر إليها النساء إذا كان دخل أما إذا كان لم يدخل فهو بالخيار إما أن يفارق ولا شيء عليه أو يقيم على نكاحه ويلزمه الصداق كله².

وأجاب عن تزوج بكرا فاغتصبت وفضت بكرتها بالاتي : أن ذلك مصيبة نزلت بها و بالزوج لا تنقصه من الصداق شيئاً، وهو بالخيار إن شاء بقي، وإن شاء طلق قبل الدخول وعليه نصف الصداق³.

انطلاقاً من هذه الاجوبة لفقهانا - رحمهم الله - نجد أن العيب الاعتباري ولا سيما إذا كان مرتبطاً بمعرة عقدية أشد موجبا لحل الرابطة الزوجية من العيب الذاتي الذي يمكن للمتضرر منه أن يتنازل عن حقه و يستمر في الحياة الزوجية مشكوراً على صبره، إلا ما قد يعد استثناء من ابن زرب الذي اعتبر اكتشاف فساد الزوج بعد الدخول لا يوجب فسخ العقد، فلعله اعتبر فساد السلوك أهون ضرراً من فساد المعتقد، أو لكون الزوجة رضيت البقاء معه فتنازلت عن حقها كما في الضرر الذاتي الذي لا سبيل للولي لفسخه إلا إذا رضيت هي به.

بينما نجد أبا الحسن اللخمي يعتبر تعاطي الزوج لشرب الخمر موجبا ليفرق بينه وبين زوجته سدا لدريعة ما قد يؤول إليه حال الزوجة من فساد في الدين. لكن العلة في المسألة لا تكاد تكون مطردة، اللهم إلا إذا قلنا بالاحتياط وتنزيل المتوقع منزلة الواقع.

في حين اعتبر ابن أبي زيد مناكحة الخوارج- وهم أقل خطراً من الروافض- مكروهة عند مالك وأصحابه، لكنها مرتبة لكل آثار العقد الصحيح خلافاً لمن يكفرهم

¹ فتاوي ابن رشد، 1320/3 م س بتصرف.

² المعيار 131/3 م س بتصرف.

³ نفسه.

والواقع أنهم ليسوا كذلك. لكن اللخمي اعتبر اكتشاف السنية أن زوجها خارجي المعتقد موجبا للتفرقة بينهما لما قد يلحق عقيدتها من فساد، لكن هل فسخ العقد هو لما في عقيدة الزوج من فساد؟ أو للتدليس الذي وقع على الزوجة؟ إذ لو علمت بحاله أول الأمر لما تزوجته.

أما إذا رجعنا لما أجاب به ابن رشد وابن الحاج نجد نوعا آخر من موجب الخيار اختلف فيه أيضا حيث ذكر ابن رشد أن شرط الزواج الموافق للعرف مختلف فيه، فهناك من يعتبر الإخلال به عيبا موجبا للخيار وهو ظاهر في قول أصبغ، لأن جريان العرف كاف للإعراب عما يعتقده المشتراط من الشرط، وعليه فالشرط الموافق للعرف موجب للخيار قياسا على العيب في البيع.

بينما اعتبر ابن الحاج اكتشاف ثيوبة من ادعي فيها البكارة من زوج غير موجب للخيار لكنه موجب للحط من الصداق فتدرد إلى صداق مثلها. في حين اعتبر من زوجت على أنها بكر لكنها اغتصبت بعد العقد أن ذلك مصيبة نزلت بالزوج فلا توجب خيارا ولا حطا من الصداق.

ترى إلى أي حد جسدت هذه الأجوبة ما هو معتمد في مصادر المذهب؟
هو ما أحاول الوقوف عليه بحول الله من خلال النقطة الآتية:

ثانيا: التأصيل

جاء في المدونة سئل مالك عن رجل تزوج امرأة فإذا هي لقية¹، فقال إذا كانوا زوجوه على نسب فله أن يرد وإن كانوا لم يزوجه على نسب فالنكاح لازم له².
وسئل ابن القاسم: عن تزوج امرأة فانتسب لغير أبيه وتسمى لهم بغير اسمه، فأجاب بما مضمونه أن من غرت بنسب فهي بالخيار³.
وفي اختصار المدونة لأبي محمد: ولو انتسب لها فألفته لغية¹ كان لها الخيار²، ومن العتبية روى أصبغ عن أشهب فيمن تزوج جارية على أنها بكر فقال وجدتها ثيبا فلها عليه جميع الصداق³.

¹ لقية: غير معروفة النسب.

² المدونة الكبرى 332/2 م س ومثله عن ابن القاسم.

³ المدونة الكبرى 333/2 م س.

ومن البيان والتحصيل: سئل ابن القاسم عن الناكح يقول للولي إن وليتك سوداء أو عمياء فيقول ليس بها من هذه العيوب شيء فيجدها كذلك، هل له ردها بذلك؟ فقال نعم إن شرط ذلك كان له، وكان لها صداقها وهو غرم له على من غره.⁴ وسئل أشهب عن تزوج جارية على أنها بكر فإذا هي ثيب لا عذرية لها. فقال تلزمه ولا شيء له، وقال أصبغ إن شرط ذلك في النكاح فهو له.⁵ قال ابن رشد من تزوج امرأة على أنها بكر فقد شرط ذلك ولا خلاف بينهم في من تزوج على صفة فلم يجدها على تلك الصفة أن له الرد، وإنما جواب أشهب على أصل اللسان لأن البكر لغة من لا زوج لها عذراء أو غير عذراء.⁶

وقال ابن عبد البر: لا ترد المرأة بشيء من العيوب غير ما ذكرنا (وقد ذكر العيوب الذاتية) إلا أن يشترط السلامة في ذلك، فإن اشترطها ثم وجد العيب كان له الرد إن شاء،⁷ ونقل ابن شاس أن من تزوج نصرانية وهو لا يعلم فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة، أو يظهر على أنه تزوجها على أنها مسلمة، ولو غره⁸ مسلم كتابية بأنه على دينها ففي ثبوت الخيار لها قولان، واختار ابن رشد ثبوت الخيار لها لأن لها في شرطها غرضاً.⁹ وذكر هشام ابن عبد الله الأزدي في مفيد الحكام: أن الزوج إذا كان كسبه حراماً أو كثير الأيمان بالطلاق لم يكن للولي أن يزوجه منه لأن من شأنه كذلك لا يأمن أن تكون الزوجة معه في زنا فإن فعل فرق بينهما، لأن الأب وكيل لابنته، وإذا فعل الوكيل ما يرى أنه لم يحسن النظر فيه وليس بصواب رد فعله.¹⁰

وهكذا مما تقدم يتحصل لنا أن العيب الاعتباري في أصل المذهب لا يوجب خياراً لذاته إلا بشرط السلامة منه، أو إثبات غرر أو تدليس من قبل الطرف المتضرر، لكن

¹ اللغية يعني ابن زنا.

² اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني 665/1 حقق باعثناء الدكتور عبد الكريم نجيب، ط مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، ط 1، 2013/1434 م.

³ النوادر والزيادات 537/4 م س.

⁴ البيان والتحصيل لابن رشد 392/3 م س.

⁵ نفسه 523/3.

⁶ نفسه 524/3 يتصرف

⁷ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص 259 م س.

⁸ الغرر في النكاح قال ابن عرفة هو: إخفاء نقص معتبر بأحد الزوجين بذكر نقيضه، وهو موجب للخيار، المختصر الفقهي لابن عرفة. 378/3 م س يتصرف

⁹ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس 490/2/2.

¹⁰ مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام لأبي الوليد هشام ابن عبد الله 72/2، تحقيق عبد الكريم نجيب، ط مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، ط 1، 2012/1433.

العيب في المعتقد إذا كان مما ينزل منزلة الكفر فلا تردد في فسخ النكاح بسببه، لورود النص عليه في الكتاب العزيز.

أما بعض أهل الأهواء والنحل فاختلف في نكاحهم بناء على طبيعة ما انتحلوه، فالحنفية مثلا يجيزون شهادة الخوارج ورواياتهم وبالتالي جواز نكاحهم.

ترى إلى أي حد كانت وجهة نظر فقهاننا- رحمهم الله- المعبر عنها فيما نقل من المصادر أعلاه محققة للقصد الشرعي ومؤيدة بنص الوحي؟

ذلك ما أحاول مقارنته بحول الله من خلال النقطة الموالية.

ثالثا: دراسة

من تأمل نصوص الوحي وجد للاعتبار الديني مكانة سامية في الزواج حتى إن الإمام البخاري بوب بابا من جامعه الصحيح بعنوان الأكفاء في الدين وأخرج تحته حديث أبي هريرة- رضي الله عنه- وفيه تنكح المرأة لأربع ... فاظفر بذات الدين تربت يداك¹.

قال ابن حجر: جزم مالك بأن اعتبار الكفاءة مختص بالدين وهو منقول عن ابن عمر وابن مسعود من الصحابة - رضي الله عنهم- وابن سريين وعمر بن عبد العزيز من التابعين.

فاللائق بذوي الدين والمروءة أن يكون الدين مطمع نظره في كل شيء لا سيما فيما تطول صحبته فأمره النبي صلى الله عليه وسلم، بتحصيل صاحبة الدين الذي هو غاية البغية، والمرأة كذلك².

وقال الباجي: وكل عيب لا تأثير له في الاستمتاع لا يوجب خيارا إلا إذا اشترط عدمه كما لو كانت شاربة خمر³.

وفي الحديث: "إذا جاءكم من ترضون دينه وأخلاقه فزوجوه ..."⁴، هو دال صراحة بدليل خطابه أن من لا يرضى دينه وأخلاقه وبالأحرى أن يرمى برأي سوء في معتقده حري ألا يزوج.

¹ صحيح البخاري كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين رقم 5090 ومسلم كتاب الرضاع باب استحباب ذات الدين رقم 1466.

² فتح الباري: 38.42/9 بتصرف م س.

³ المنتقى لأبي الوليد الباجي 33/5 م س.

⁴ سنن البيهقي كتاب النكاح باب الترغيب في الترويح من ذى الدين والخلق المرضي والترمني 1967 وابن ماجه رقم 1084.

وقال النووي تعليقا على الحديث: فيه الحث على مصاحبة أهل الدين في كل شيء لأن صاحبهم يستفيد من أخلاقهم وبركتهم وحسن طرائقهم ويأمن المفسدة من جهتهم¹.
وقد أنكح صالح مدين موسى عليه السلام لما تحقق من حسن تدينه وخلقه.
إذن فمن المسلم شرعا والراجح عقلا أن التدين هو أعلى درجات الكفاءة بين الزوجين، فإذا كان الناس يقولون إذا لم تتحقق الكفاءة الاجتماعية بين الزوجين قد لا تتحقق الثمرة المرجوة من الرابطة الزوجية ولربما باءت بالفشل فما بالك بالكفاءة الدينية إذا انعدمت من الأسرة التي هي النواة الأولى للمجتمع؟ أليس الزواج الفاشل هو ثمرة الاختيار الفاشل؟

والدين وضع إلهي يمنح العاقل المتدين رؤية للكون والخالق والحياة ولما بعد الموت عليها يؤسس نمط حياته وعندما تختلف قضية التدين بين رجل وامرأة يصعب بعد ذلك أن تكون الحياة منسجمة بينهما.

فالمعتقد الرافضي مثلا، يتضمن مجموعة من العقائد الفاسدة قد تخرج الشخص عن ملة الإسلام كلية، وينتقد على هذا المعتقد جملة من الأمور لا تصح كتابا ولا سنة منها:

1- توجيه العبادة لغير الله: فقد يتوجه الروافض للأئمة الأموات بسؤال قضاء الحاجات وشفاء العاهات وتوسيع الأرزاق، ويعتقدون أن أئمتهم يسمعون الدعاء ويستجيبون للداعي.

2- مناقضة القرآن في الطعن في الصحابة - رضوان الله عليهم- وهو طعن في القرآن نفسه والمنزل عليه أيضا.

3- خرق إجماع الأمة ومناقضة صريح القرآن من خلال القول بتحريف القرآن.

4- اعتقادهم أن كلام أئمتهم وحي من الله وأنهم لا يقع منهم الخطأ ولا يجوز عليهم النسيان ولا السهو فأعطوا لأئمتهم صفات هي لله وحده.

فكيف تتم رابطة زوجية بين طرفيها هذا التناقض؟ أليس المتناقضان لا يجتمعان

عقلا؟

¹ صحيح مسلم بشرح النووي 276/5 م س.

وعموما فارتباط المسلمة أو المسلم بشخص يرمى برأي سوء في معتقده على وجه الرابطة التي هي عقد مودة ورحمة وتشكل صورة مصغرة للمجتمع المسلم لا يخلوا من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون في معتقد هذا الطرف ما هو كفر مخرج عن الملة وهو كثير في نحل الروافض فلا يجوز أن يعقد هذا الزواج، وإن عقد وجب فسخه لفساد عقده بنص القرآن لقول تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا..."¹
يقول ابن عاصم رحمه الله:

وكل ما فساده يخص عقده ففسخه قبل الدخول وبعده

الثاني: أن يكون واقعا في بعض الانحرافات اعتقادا وعملا مما هو دون الكفر كما هو حال كثير من روافض هذا العصر فكذاك ينبغي فسخ زواج على هذه الشاكلة سدا لدريعة الفساد، لأن بفساد العقيدة يفسد كل شيء.

الثالث: أن يعزم على ترك ما هو عليه من الغي ويعزم على سلك طريق الرشد قولاً وعملاً كأن يكون ممن يفضل علياً على الصديق -رضي الله عنهما- فهذا تقبل مناكحته ويمنح فرصة للخروج مما هو عليه فيكون العقد نكاحاً وقربة، لما في الحديث الصحيح: "لأن يهدي الله بك رجلاً واحداً خير لك من حمر النعم"².

أما الصنفان الأولان فما أعلم أن أحداً من فقهاءنا - رحمهم الله - تردد في فسخ نكاحهم.

قال عياض: يكفر من ادعى نبوة أحد مع نبينا أو بعده أو خصه بوحى الله كأكثر الرافضة³.

وقال ابن رشد ومن البدع مما لا خلاف أنه كفر كمن يقول إن علياً ابن أبي طالب كان هو النبي لكن جبريل أخطأ في الرسالة وأن الأئمة يعلمون ما كان وما يكون إلى يوم القيامة فهؤلاء وأشباههم لا يعطون من الزكاة لأنهم كفار¹.

¹ جزء من الآية 219 من سورة البقرة.

² صحيح مسلم كتاب فضائل الصحابة باب من فضائل علي رضي الله عنه رقم 2406 وأحمد في المسند مسند الأنصار

³ التاج والإكليل 372/8 م س.

لكن إذا كان أحد الزوجين ممن يرمي بسوء في أخلاقه وسلوكه لكنه تاب مما كان عليه فلا ينبغي أن يمنع من مناكحته، ولا يخبر الولي الخاطب بما كان سلف من أمر وليته، لما روى مالك عن أبي الزبير المكي: أن رجلا خطب إلى رجل أخته فذكر أنها كانت قد أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب، فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك وللخبر².

ونقل ابن عبد البر أن رجلا جاء لعمر - رضي الله عنه - فذكر له ابنة له وما كان من شأنها في جاهليتها، ثم إنها أمسكت وأقبلت على القرآن وهي تخطب إليه هل يخير الخاطب بما كان من شأنها؟

فقال عمر: أتعمد إلى ستر ستره الله فتكشفه؟ لئن بلغني أنك ذكرت شيئا من أمرها لأجعلنك نكالا لأهل الأمصار بل انكحها نكاح العفيفة المسلمة³.
هذا عن خيار العيب فماذا عن خيار الخلع؟

المطلب الثاني: خيار الخلع

مقابل حق الطلاق الذي للزوج أعطى الشارع الحكيم حق الخلع للمرأة إن هي خافت ألا توفي الزوج حقه، أو كرهت المقام معه أن تختلع منه ببعض ما لها أو حق من حقوقها، ودليله قوله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به..."⁴.

والخلع لغة بضم الخاء هو من الخلع بفتحها ومنه قوله تعالى "أخلع نعليك"⁵.

وإصطلاحا: هو طلاق بعوض للزوج من الزوجة أو غيرها، وقال خليل جاز الخلع وهو الطلاق بعوض، وبلا حاكم وبعوض من غيرها إن تأهل⁶.

وقال ابن عرفة: هو عقد معاوضة تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض⁷، ولما كان الخلع تنازلا من الزوجة للزوج عن بعض من الحق أو المال، وجب الحديث عن

¹ البيان والتحصيل لابن رشد 342/2 م س.

² الموطأ، كتاب النكاح باب جامع النكاح وهو من مراسل الموطأ، لكنه موصول عند أبي دواد في كتاب النكاح باب في جامع النكاح رقم 2160.

³ الاستذكار لابن عبد البر 539/5 بتصرف م س.

⁴ جزء من الآية 229 من سورة البقرة.

⁵ جزء من الآية 11 من سورة طه م س.

⁶ مختصر خليل باب في الخلع وما يتعلق به ص 103 باعتناء عبد السلام الشثيوي ط دار الرشد الحديثة ط 2008/1429.

⁷ المختصر الفقهي لابن عرفة 91/4 م س.

موجبه وما يدخل ضمن العوض فيه فكان هذا المطلب فرعان اثنان، أحدهما في موجب الخلع والثاني في الداخل ضمن المختلع به وفق التالي:

الفرع الاول: موجب الخلع

الموجب للخلع هو ما يجعل الفرقة بين الزوجين خلعا وليست طلاقا يملك معه الزوج حق الرجعة في العدة، وهو العوض الذي يأخذه الزوج، لكن ما نوع الفرقة التي يحدثها الخلع بين الزوجين؟ وهل للمختلعة أن ترجع فيما اختلعت به؟

لإيضاح هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عوض النوازل المختارة

أ- سئل محمد ابن أحمد بن الحاج¹، عن طلبت منه زوجته مخالعتها على صداقها فقال لموثق الطلاق أطلق ثلاثا ثم قال اكتب واحدة، فما الذي يلزمه؟ فأجاب بما مضمونه: أنه لا يلزمه إلا طلقة واحدة مع الخلع ولا يلزمه الثلاث بعد أن يحلف أنه لم يرد إيقاعها ولا التزمها².

ب- وسئل فقهاء إشبيلية عن يتيمة بني بها زوجها وبقيت معه سبعة أشهر فافتدت منه بكائها ثم قامت عليه بعد ذلك بثمانية أشهر فوجب لها الرجوع عليه فصالحها ببعض كالتها فأجاب بعضهم بأن لها القيام عليه، وأجاب آخرون ألا قيام لها بعد الصلح وبه حكم أبو القاسم بن كوثر³.

ج- هل يمكن للمرأة القيام على زوجها فيما اختلعت به إذا ثبت أن الخلع كان بسبب

الضرر؟

¹ ابن الحاج هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خلاف بن ابراهيم بن لب التيجيني القرطبي المالكي شيخ الأندلس في عصره ومفتيها، وقاضي الجماعة قال ابن بشكوال قيد العلم عمره كله ولم يعرف له جور في قضية مشارك في علوم شتى قتل ظلما يوم الجمعة من صفر وهو ساجد سنة 529 هـ عن سنن فاق السبعين. سير أعلام النبلاء الطبقة 28 ج 614/19، م س بتصريف.

² مذاهب الحكام في نوازل الأحكام ص 283 م س بتصريف.

³ المعيار 07/4 م س بتصريف.

نزلت بلشبونة¹ غرب الأندلس سنة إحدى عشر وخمس مائة (511) فسئل عنها ابن رشد فأجاب بما مضمونه الآتي:

إذا ثبت عقد استرعاء بالضرر على السماع بشهادة عدلين لا مدفع للزوج في شهادتهما وجب للزوجة الرجوع على زوجها بما وضعت عنه وصرفت إليه بعد يمينها في مقطع الحق أن ما شهد لها به من إضراره بها حق ولم تباريه إلا للتخلص من إضراره لا عن طيب نفس منها².

-د- وسئل أيضا عن خلع إنعقد على قطع الدعاوي في جميع ما يتعلق بالذمة مما سمي فيه أو لم يسمى؟

فقال: يرجع قطع الدعاوي في الخلع إلى جميع ما يتعلق بالذمة ولو لم يسمى³.

-ه- ونزل بالقاضي عياض في رمضان من عام ست عشر وخمس مائة (516) أن امرأة سألت زوجها مخالعتها على صداقها فقال له بعض من حضر اقبل منها وطلقها طلقة تملك بها نفسها .

فقال: الزوج ما أطلقها إلا ثلاثا فقبل له ما قلت قال اكتب لها طلقة بائنة، فسئل عن ذلك فقال ما أدري؟ فكتب إلى ابن رشد ما الذي يلزمه؟ فكان نص جوابه وفق الآتي:

إنما أراد بقوله ما أطلقها إلا ثلاثا الإخبار بما عزم على فعله جوابا على قول القائل لا إيجاب الطلاق على نفسه ثلاثا، فيحمل قوله على ذلك ولا يلزمه إلا الطلقة الخلعية التي أمر بكتابتها⁴.

انطلاقا من هذه الأجوبة لفقهاءنا -رحمهم الله- نتوصل إلى أن الخلع فعل جائز شرعا وملزم مضمونه لطرفي العقد معا فيما أقر كل واحد به على نفسه أو قامت عليه به بينة لا مدفع له فيها، كما أن الزوجة يمكنها الرجوع فيما افتدت به إذا أثبتت أن للفرقة موجبا آخر

¹ لشبونة: قال في المعجم لشبونة بالفتح ثم سكون وموحدة وواو ساكنة ونون وهاء، ويقال اشبونة هي مدينة قديمة بالأندلس قريبة من البحر تقع غربي قرطبة مبنية على نهر تاجة سقطت من يد المسلمين سنة 573. معجم البلدان 13/3 م س بتصرف.

² فتاوي ابن رشد 955/2 م س بتصرف.

³ نفسه 1117/2 بتصرف.

⁴ نفسه 1238/2.

غير الخلع، فقد اعتبر ابن الحاج أن الأمر بكتابة طلقة واحدة لا يلزمه غيرها ولو نطق به إذا أقسم أنه ما نواه وما التزمه.

بينما نجد قضاء ابن كوثر وجواب ابن رشد اتفقا أن الزوجة المختلعة إذا أثبتت بينة لا مسوغ للزوج للطعن فيها أن اختلاعها كان لرفع الضرر عنها وليس اختيارا منها فلها الرجوع على الزوج بما افتدت به.

كما تضمن جواب ابن رشد أن دعاوى الخلع راجعة لكل ما يتعلق بالذمة مما يمكن المطالبة به وأن الإقرار يفسر وفق ما يعتقد المقر.

ترى إلى أي حد كانت هذه الأجوبة مجسدة لما هو معتمد في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال الآتي:

ثانيا: التاصيل

جاء في المدونة عن مالك: أن الخلع طلقة واحدة بائنة لا رجعة للزوج فيها وهي تعدد عدة المطلقة ولو شرط عليها الرجعة في الخلع فالخلع ماض ولا رجعة له عليها¹.

ومن العتبية في سماع ابن القاسم: قال مالك: ومن أعطت زوجها مالا في العدة على أنه لا رجعة له عليها، أراه خلعا، وتلزمه طلقة بائنة ومثله في رواية عيسى².

وعن ابن وهب: فيمن طلق امرأته واحدة ثم أعطته دينارا على ألا يرتجعها فرضي لا يلزمه غير الطلقة الأولى ولا رجعة له عليها³.

وقال ابن القاسم: إذا تخالغ الزوجان كان خلعهما طلقة بائنة لا رجعة له فيها وعلى المرأة عدة الطلاق، وإن راما رجعة في العدة كان لهما ذلك، لان الماء مأوه بوطء حلال ما لم يكن طلق مرتين قبل ذلك، لكن بعقد جديد، وإن نوى بالخلع ثلاثا لزمه في قول مالك⁴.

1 المدونة الكبرى 471/2 م س بتصرف.

2 النوادر والزيادات 277/5 م س.

3 نفسه بتصرف.

4 منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 696/5 م س بتصرف.

وفي التفريع: الخلع طلاق وليس بفسخ وهو طلاق بائنة إلا أن يسمى أو ينوي أكثر من ذلك فيلزمه، وإذا خالع ثم أحدث طلاقاً في العدة لا يلزمه لأنها بابت منه بالخلع، وهو خاطب من الخطاب في العدة وبعدها¹.

وقال ابن عبد البر: إذا راجع المختلع امرأته على حكم النكاح الجديد كانت عنده على طلقين أو ثلاث لزمه ذلك².

لكن هل الخلع والمبارأة وما في معناها بمعنى واحد لا فرق بينهما إلا باعتبار؟ أم أن هناك فرقا ذاتيا يجعل هذه الألفاظ مختلفة؟

الظاهر أن هذه الألفاظ لا فرق بينها في الذات وإنما الفرق في الاعتبار ليس إلا.

فمن مالك: الخلع والفدية والمبارأة كل سواء وهي طلاق بائنة خلافا لعبد الوهاب وأبي ثور اللذين قالوا الخلع طلاق رجعية. قال ابن يونس: الدليل لمالك أن المرأة إنما تبدل العوض لإزالة الضرر عنها وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية للضرر وجمع للزوج بين العوض والمعوض عنه وهو مما لا يستساغ³.

وفي المدونة: الفرق بين المبارأة والخلع والفدية أن التي تباري زوجها هي التي تقول قبل الدخول خذ الذي لك واتركني والمختلعة هي التي تختلع بكل الذي لها والمفتدية هي التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه، قال مالك: وذلك كله سواء⁴.

وقال ابن رشد: الخلع بدل جميع المال على الطلاق والصلح بدل بعضه والافتداء بدل جميع الحق الذي أعطاها والمبارأة ترك مالها عليه من الحق، وحكمها كلها سواء في أنها طلاق واحدة بائنة إذا لم يسم شيئا من الطلاق ويجوز على الجميع ويكره فيما زاد على واحدة⁵.

ومما يرتبط بهذا المقام، هل كل ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر بمناسبة الخلع يلزمه؟ وهل للمختلعة مقال في استرجاع ما افتقدت به؟

¹ التفريع لأبي القاسم بن الجلاب 81/2 بتصرف.

² الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 276 م س.

³ الجامع لابن يونس 424/4 م س.

⁴ المدونة الكبرى 476/2 م س.

⁵ المقدمات الممهديات لابن رشد 560/1، م س بتصرف.

جاء في البيان والتحصيل عن مالك: من خالع زوجته على أن تخرج إلى بلد غير بلده أخذ منها على ذلك شيئاً أولم يأخذ ثم رأت ألا تخرج فهي على خلعتها ولا تجبر على الخروج.

عنه ابن رشد بأن الخلع عقد يشبه عقد النكاح إذ تملك به المرأة ما يملك بالنكاح زوجها فلا يلزم فيه شرط من تحجير المباح كما لا يلزم ذلك في النكاح¹.

وروى ابن القاسم عن مالك أيضاً: فيمن أعطت زوجها ما لا على طلاقها لكنه اشترط عليها الرجعة أن شرطه الرجعة باطل والخلع لازم له، ولا رجعة له إلا بنكاح جديد خلافاً لما نقل سحنون أن له الرجعة في قول مالك².

وقال مالك: فيمن خالعت زوجها على أن يفارقها وتعطيه شيئاً من مالها على ألا يتزوج أبداً فإن فعل رد إليها المال الذي أعطته فيما أعطها من فراقه إياها والشرط لا يلزمه³.

وروى سحنون عن ابن القاسم: أنه يحل للزوج أن يأخذ من المرأة ما أعطته على الخلع ما لم يكن الاضرار منه بها أو التضيق عليها، فإن علم أنه أضر بها لزمه الطلاق ورد عليها ما أخذ منها في قول مالك⁴.

وعن ابن القاسم: إذا خالعت المرأة زوجها على مال ثم ثبت موجب لخيار الفرقة كعيب يوجب الخيار فالخلع ماض وترجع عليه بما أخذ منها، لأنها كانت أملك لفراقه، خلافاً لابن المواز المعتبر اطلاع المرأة على عيب موجب للخيار لا يمكنها من استرجاع ما افتدت به⁵، لكنه مخالف للأصل أن ما لزم الأنسان بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عنه.

والخلع إذا كان طلاقاً لا يقع إلا باننا في مذهب مالك، لأن كل فرقة لإزالة الضرر تقطع حق الرجعة فهل يقع بلفظ الطلاق؟ وهل يكون الطلاق بلفظ الخلع؟

¹ والبيان والتحصيل لابن رشد 07/4 م س بتصرف.

² الجامع لابن يونس 429/4 م س بتصرف.

³ الجامع لابن يونس 431/4 م س.

⁴ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 695/5 م س بتصرف.

⁵ الجامع لابن يونس 436/4-437 بتصرف.

إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق الخلع في المسألة في المذهب ثلاثة أقوال:
أحدها: أنها طلقة بائنة، وهو قول ابن القاسم في المدونة في كتاب إرخاء الستور.
الثاني: أنها ثلاث ونسب لابن القاسم وعبد الملك ابن حبيب.

الثالث: أنها طلاق رجعي وهو قول مطرف وابن عبد الحكم وأشهب وهو ظاهر قول
ابن القاسم في التخيير والتمليك¹.

وأصل هذا الخلاف لعلة لما بين الخلع والطلاق من فرق، فالخلع ولو كان عند مالك
طلاقاً لا فسخاً والمختلعة تعتد عدة الطلاق فإنها لا يلحقها طلاق ثان في العدة ولا يملك
رجعتها. بينما الطلاق فيه كل ذلك ما لم يكن مكملًا للثلاث، كما أن الخلع قد يكون من غير
عوض في مذهب مالك خلافاً لأشهب. أما إذا وقع الخلع بلفظ الطلاق مع مال يدفعه الزوج
من غير شرط هل هو بائن أو رجعي؟

فيه في المذهب قولان منصوصان في المدونة:

الأول: أنها طلقة رجعية لأنه طلق وأعطى، وهي رواية ابن القاسم وابن وهب عن
مالك.

الثاني: أنها بائنة وهو مروى عن مالك على حكاية سحنون في المدونة².

فإلى أي حد جسدت هذه النصوص روح الكتاب والسنة؟

ذلك ما يمكن الوقوف على جزء منه من خلال الآتي:

ثالثاً: دراسة

مفارقة الرجل زوجته برغبة منها على عوض أو تنازل منها عن حق لها عليه، فعل
جائز عند جمهور الفقهاء إلا مع الضرر، خلافاً لأبي بكر ابن عبد الله المازني التابعي،
القائل لا يجوز للرجل أن يأخذ على مفارقة امرأته عوضاً، فقد أحل الله للزوج أن يأكل من
مال زوجته ما كان عن طيب نفس منها، والرابطة الزوجية قائمة بينهما، فقال: "فإن

¹ مناهج التحصيل ولطائف نتائج التأويل للرجراجي 125/4 م س بتصرف.

² نفسه 126/4

طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه"¹، فلا مانع أن يأخذ ما طابت به نفسا عوضا عن الفراق، والأصل أن كل ما جاز فعله بغير عوض جاز أخذ العوض عنه، وكل نكاح كان الزوج مغلوبا على الفرقة فيه فلا يستحق بالخلع فيه شيئا. لكن هل الخلع فسخ أو طلاق؟

الخلع عند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما طلاق، والفرقة به طلقة بئنة عند المالكية لا يملك فيها الزوج رجعة في العدة إلا بعقد جديد ما لم يكن مكملا للثلاث، وهو منقول عن علي وابن مسعود وعثمان من الصحابة -رضوان الله عليهم- وعن ابن المسيب وغيره، ونقل عن ابن العباس -رضي الله عنهما- أنه فسخ لا طلاق وهو أحد قولي الشافعي وبه قال أصحابه.

واحتجوا بأن الخلع لو كان طلاقا لكان الطلاق أربعا وهو خلاف النص والإجماع، وهي فرقة بغير نية المطلق فوجب أن تكون فسخا لا طلاقا².

لكنهم محججون بأدلة منها:

1- ما أخرجه البخاري عن ابن العباس -رضي الله عنهما- أن امرأة ثابت ابن قيس³ أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم فقال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة⁴.

2- وقد بوب البخاري لهذا الحديث باب الخلع وكيف الطلاق فيه مما يستفاد منه أن الخلع طلاق خرج على عوض يأخذه الزوج.

وفي مسند الإمام أحمد أن خلع حبيبة بنت سهل من ثابت ابن قيس كان أول خلع في

الإسلام⁵.

¹ جزء من الآية 4 من سورة النساء.

² تهذيب المسالك للفندلاوي 02/2 م س بتصرف.

³ هي حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث الأنصارية كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس فاختلفت منه لاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر 1809/4 تحقيق علي محمد الجاوي ط دار الجيل ط 1 1992/1412.

⁴ صحيح بخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه رقم 5273.

⁵ مسند الإمام أحمد بقية حديث سهل ابن أبي حنمة رقم 15513.

3- الأصل أن الفسخ لا يكون إلا فيما غلب عليه الزوجان ولم يكن لهما أو لأحدها خيار حيث لو اختارا معا المقام لم يكن لهما ذلك، وهو فرقة في عقد صحيح فهي طلاق لا غير. قال الفندلاوي: في الخلع الزوج يأخذ عوضا على ما يملك وهو لا يملك شيئا إلا الطلاق¹.

وفي الموطأ من غير رواية يحيى: حديث أم بكرة الأسلمية وأنها اختلعت من زوجها عبد الله ابن أسيد فأتيا عثمان بن عفان -رضي الله عنه- في ذلك فقال: هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئا فهو على ما أسميته².

وقال ابن عبد البر: الخلع طلاق بائن عن جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار خلافا لابن عباس -رضي الله عنهما- وعكرمة والشافعي وأحمد³. وأخرج مالك عن نافع عن مولاة لطيفة بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر⁴.

لكن العوض في الخلع لا يثبت للزوج إلا إذا كان له الخيار في الطلاق وعدمه، أما كل نكاح كان الزوج مغلوبا على الفرقة فيه كعيب فيه يوجب الرد فلا يستحق بالخلع فيه شيئا.

فمن مالك: المفتدية التي تفندي من زوجها إذا ثبت أنه أضربها أو ضيق عليها أو أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها، ولا بأس أن تفندي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاه⁵.

ومما يتعلق بالمختلعة من أحكام أنها لا يلحقها طلاق في العدة على مذهب مالك والشافعي خلافا لأبي حنيفة وأصحابه، وأنها تعتد كالمطلقة لما في بلاغ الموطأ أن سعيد ابن المسيب وسليمان ابن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء⁶.

¹ تهذيب المسالك 504/2 م س.

² الموطأ برواية محمد بن الحسن كتاب الطلاق باب الخلع كم يكن من الطلاق؟

³ الاستذكار لابن عبد البر 81/6 م س.

⁴ الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في الخلع رقم 1199.

⁵ نفسه.

⁶ الموطأ: كتاب الطلاق باب طلاق المختلعة رقم 1200

أما ما روي من أحاديث في أن عدة المختلعة حيضة واحدة، مثل ما أخرج عبد الرزاق من حديث ربيع بنت معوذ أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر امرأة ثابت ابن قيس حين اختلعت منه أن تعتد بحيضة، فقد ذكر ابن عبد البر: أن بأسانيدھا من الضعف ما يفقدها كل حجية.¹

هذا عن موجب الخلع فماذا عن الداخل ضمن المختلع به؟
ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الفرع الآتي.

الفرع الثاني: الداخل ضمن المختلع به

إذا الخلع هو ما تقدمه المرأة أو ما تتنازل عنه مقابل إنهاء عقدة النكاح بإرادتها، فهل كل حق يمكن أن تختلع به؟

لإيضاح هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن أبي زيد القيرواني: عن امرأة اختلعت من زوجها بجميع مالها ثم ادعى الزوج ميراثها من أبويها.

فأجاب: ذلك له إلا أن تكون لهم سنة أن النساء في بلدهم لا يختلعن إلا بما أعطاهن الأزواج فذلك لها.²

-ب- وسئل أيضاً: عن رجل تزوج أبوه غصبا وتحمل عنه الصداق فسافر وأشهد على نفسه إن لم يأت إلى سنة فأمرها بيدها فلما انقضت السنة قال لها أبوه: أترك الصداق وتزوجي إن شئت، فتركته وتزوجت فما الذي يلزم؟

فأجاب: إذا كانت عالمة بحقها في الفراق بدون عوض وتركت صداقها لزمها ذلك، إن كانت لا يولى عليها، وإن ظنت أنها لا تملك نفسها إلا بفدية حلفت وكان لها الرجوع بالصداق كله في الدخول أو نصفه قبله.¹

¹ الاستذكار لابن عبد البر 84/6 م س بتصريف.

² نوازل ابن زيد القيرواني 230/2 م س.

-ج- وسئل ابن الحاج عن خالعت زوجها على جميع كائنها وألا تتزوج إلا بعد سنة فإن فعلت فله عليها مائة مثقال مرابطية.

فأجاب الخلع جائز والشرط باطل ولها أن تتزوج قبل العام ولا شيء عليها، بذلك وبمثله، أفتى ابن رشد².

-د- وسئل عن خالغ زوجته على نفقة ولده منها إلى البلوغ ثم راجعها بنكاح جديد ثم طلقها هل تسقط عليه النفقة أم ألا؟

فأجاب بالآتي: إذا راجعها سقط عنها ما تحملته من نفقة ابنه ورجعت النفقة عليه ولا تعود عليها إن طلقها ولم تتحمل له بها ثانية³.

وسئل من مدينة مرسية⁴ عن امرأة خالعت زوجها على كائنها وما ساقه لها بالموضع المذكور إلا الدار التي فوتتها، وكان فيما ساق إليها شرب ماء فأبت دفعه إليه زاعمة أنها صالحته على العقار فقط.

فأجاب: إذا كان الشرب الذي ساقه إليها يسقي السياقة فهو داخل فيما صرفته إليه مما كان ساقه لها، وإن لم يكن كذلك، وهو يسقي غيرها من ما لها فالقول قولها مع يمينها أنها إنما صالحته على العقار دون الشرب ولو ادعى الزوج خلاف ذلك⁵.

-ه- ونزل بمجلس قضاء القاضي عياض: أن رجلا خالغ زوجته على أن تؤخر عنه كائنها ستة أشهر.

فأجاب: بعض من حضر من أهل الثورى أن الخلع لازم للزوج وتأخير المال لازم للمرأة، فأنكر عياض ذلك وقال: الخلع لازم وتعجيل المال لازم كذلك⁶.

وهكذا من خلال أجوبة فقهاءنا - رحمهم الله - السالف ذكرها في العوض الذي تختلع به الزوجة يمكن أن نخلص إلى النتيجة الآتية.

¹ نفسه 215/1 وكذلك المعيار 15/4 م س بتصرف.

² المعيار 400/4 م س فتاوى ابن رشد 1530/3 م. س.

³ نفسه 1277/3 م س.

⁴ مرسية: قال في المعجم: بضم وسكون وكسر وفتح مدينة بالأندلس إختطها عبد الرحمان بن الحكم بن هشام بن عبد الرحمان الداخل. معجم البلدان 107/5 م س.

⁵ فتاوى ابن رشد 1189/2 م س بتصرف.

⁶ مذاهب الحكام في نوازل الأحكام ص 306 م س.

أن المرء لا يلزم إلا بما أقرببه أو قامت بينة على التزامه به.

إذ نجد أبا محمد ميز في المختلع به بين ما جرى به العرف في البلد وما ليس كذلك، فقد أعرب من خلال فتواه أن ميراث الزوجة من أبويها داخل ضمن ما اختلعت به إذا كان الخلع بجميع مالها، ما لم يكن ثمة عرف جار بخلاف ذلك.

كما أنه في فتواه الثانية اعتبر الخطأ مسقطاً للالتزام لأنه من عيوب الإرادة، فأعطى المرأة حق الرجوع فيما افتدت به إذا لم تكن عالمة بحقها في الفراق بلا عوض ففارقت به.

بينما تضمن جواب ابن الحاج وابن رشد أن المختلع به لا يكون إلا مالا أو ما يؤول إلى مال في الحال، وأن كل شرط حرم حلالاً لا يلزم المشتراط عليه، ولا يمكن المشتراط من الرجوع فيما تم الاتفاق عليه لأن الشرط لا يحرم حلالاً.

ومثله ما أفتى به القاضي عياض من إنكار تأخير كالي الزوجة لمخالعتها على ذلك لأن الخلع جائز وقبلة الزوج فيلزمه وتأخير الدين مقابل منفعة غير جائز ولو قبلته الزوجة فلا يلزمها، فافترقا.

ويؤخذ من فتوى ابن رشد في سقوط النفقة على المختلعة، التي راجعها أبو الولد أن إنهاء العقد ينهي آثاره الحكمية ما لم يتحمل بها الملتزم من جديد، وكذلك تمييزه في الشرب هل يسقي المختلع به أو غيره فإن كان ساقياً له فهو من توابعه وداخل ضمنه أما إذا لم يكن كذلك فالقول قول المدعى عليه مع يمينه أنه ليس مما وقع عليه العقد.

تري إلى أي حد كانت هذه الأجوبة مؤيدة بنصوص من مصادر المذهب ومطابقة لأصوله؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الآتية:

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة إذا خالعت المرأة الرجل على أن يكون الولد عند أبيهم قال مالك ذلك جائز إلا أن يكون مضراً بالصبي، وقال ابن القاسم وأرى له أخذه إياه منها بشرطه إذا خرج من حد الإضرار به والخوف عليه¹.

ومنها أيضاً عن مالك: كل خلع وقع بصفقة فيها حلال وحرام كان الخلع جائزاً ورد منه الحرام، كمن خالعت امرأته على أن أسلفته مائة دينار يرد لها السلف والخلع ثابت ولا شيء له عليها².

ومن العتبية قال ابن القاسم عن مالك: فيمن خالعت زوجها على ألا يتزوج أبداً فله أن يتزوج ولا شيء عليه، وله ما أخذ منها على فراقها³.

وفي كتاب سحنون: إن خالعتها على سكنى دار سنة أو أن تعمل عملاً فالخلع نافذ⁴.

ومن كتاب ابن المواز: وإن خالعت على أن تنفق عليه سنة فالخلع نافذ ولا نفقة له عليها وإن شرط عليها في الرضاع ألا تتزوج حتى تطفم ولدها لزمها⁵.

وروى أشهب عن مالك: أن من خالعت زوجها على أن تكفل له ولده ثلاث سنين، بعد فطامه ولا تتزوج فيها، فالشرط غير لازم لها لأن فيه تحريم ما أحل الله. وإن شرط عليها ألا تتزوج مدة الرضاع كان ذلك له⁶.

وعن ابن القاسم: إذا خالعت على أنه أحق بولده الصغار فهو أحق بهم ولا رجوع لها⁷.

وفي المبسوط للقاضي إسماعيل: الذي عمل به وجرى بين الناس ألا يكون على المرأة المختلعة نفقة حملها ولا مؤونة ولدها ولا نفقته، إلا في إرضاعه حتى تطفمه وما سوى ذلك فلا أراه، ولا يلزم المرأة ما يكون على الرجل من نفقة ولده¹.

1 المدونة الكبرى 474/2 م س.

2 نفسه 475/2 بتصرف.

3 النوادر والزيادات 261/5 م س.

4 نفسه 266/5 م س.

5 نفسه 266/5 بتصرف.

6 النوادر والزيادات 137/5 م س بتصرف.

7 نفسه.

ومن التهذيب: إذا قالت طلفتني على عشرة دنائير من صداقي كان لها نصف ما بقي من صداقها، بعد العشرة فقبضتة أولم تقبضه² وبمفهومه لو لم تذكر أن العشرة من الصداق لما كان لها شيء من نصف الصداق، فعن ابن القاسم إذا خالعت المرأة زوجها على مال قبل الدخول أنها ترد الصداق كله ولا حق لها في نصفه في قول مالك، لأنه ما قبل فراقها حتى أخذ منها فكيف تتبعه؟ لكن لو خالعت على جزء من صداقها قبل الدخول تبعته بنصف الباقي³.

وفي هذا الصدد هل يمكن أن يكون المختلع به أكثر من الصداق؟

روى ابن القاسم عن مالك قوله: الأمر المجمع عليه عندنا أن الرجل إذا لم يصل للمرأة ولم يأت إليها ولم تؤت المرأة من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يقبل منها ما افتدت به، ولم أرى أحدا ممن يفتدى به يكره أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها وقد قال الله تعالى: "فلا جناح عليها فيما افتدت به"⁴، وهو مروى عن ربيعة وأبي الزناد⁵.

لكن كيف لو اتفق الزوجان على الخلع واختلفا في المختلع به، أو كان فيه غرر؟

جاء في التهذيب: إذا اختلفا في المختلع به فالقول قول الزوجة مع يمينها، إلا أن يكون للزوج بينة لا مدفع لها فيها⁶.

وفي المدونة: إذا اختلف الرجل والمرأة في المختلع به وتصادقا على الخلع فالخلع جائز ولا يكون للزوج إلا ما أقرت به المرأة، وتحلف ما لم تكن له بينة على دعواه⁷.

وفي التفريع يصح الخلع بكامل الصداق وبعضه وأكثر منه وعلى المعلوم والمجهول والموجود والمعدوم، وما فيه غرر، ومن أقر بخلع امرأته لزمه الطلاق ولا يستحق إلا ما أقرت به والقول قولها مع يمينها. ولو أكرهها على الطلاق لزمه واستردت منه العوض⁸.

1 المفيد للحكام 137/2 م س ومثله في المقنع ص 76.

2 التهذيب 73/2 م س.

3 المدونة الكبرى 469/2 م س بتصرف.

4 جزء من الآية 229 سورة البقرة.

5 المدونة 6 / 471 م س.

6 التهذيب 78/2 م س.

7 المدونة 479/2 م س.

8 التفريع لابن الجلاب: 83/2 م س.

ومن كتاب ابن المواز: إذا قال الزوج خالعتني على مال وأنكرت الزوجة حلفت ولزمه الخلع ولا شيء له¹.

وفي العتبية: إذا خالعت ثم ثبت أنه مضار بها رد ما أخذ ولا يلزمها شيء من شرطه في رضاع ولا نفقة ولا غيرها².

وعن ابن القاسم إذا خالعت المرأة زوجها ثم علمت أن به جنونا أو برصا، لا يكون له من المختلج به شيئا لأنها لها أن تخرج من يده بغير عوض³.

لكن في كتاب ابن المواز: إذا تم الخلع قبل البناء أو بعده ثم ثبت أن بالزوج عيبا يوجب الخيار فالخلع ماض وله ما أخذ، وإنما يرد ما أخذ في نكاح لا يقر عليه كأن تكون ذا محرم أو في إحرام أو شغار⁴.

وفي هذا الخضم يطرح الإشكال الآتي: لماذا يجوز الخلع على ما فيه غرر ولا يجوز على النفقة على الولد مدة معلومة بعد الحولين؟

جوابه أن في المسألة فروقا ولا قياس مع وجود الفارق، فلما كان الزوج يجوز له أن يطلق بلا عوض جاز له الخلع على شيء فيه غرر كالهبة، ولما لم يكن له أن يسقط نفقة ولده على نفسه منع من إسقاطها بشرط يشترطه على غيره.

أما الفرق بين الحولين وغيرها، فقد قال الله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن..."⁵، فمن الآية أن الكلفة على المرأة داخل الحولين فإذا تحملته لزمها وما زاد على ذلك هو ساقط عنها لأن نفقة المولود حق على والده⁶.

وفي هذا الصدد نقل ابن مغيث: أن ما التزمت به المالكة أمر نفسها من نفقة ابنها بعد الحولين لازم لها على قول المخزومي وسحنون وبه الحكم لكن ابن القاسم لا يجيز ما زاد عن الحولين¹.

¹ النوادر والزيادات 279/5 م س.

² نفسه 5/255.

³ المدونة الكبرى 478/2 م س.

⁴ النوادر والزيادات 275/5 م س.

⁵ الآية 231 من سورة البقرة.

⁶ انظر مفيد الحكام 139/2 وما بعدها.

وقال الشيخ أبو محمد: وإن شرط عليها نفقة الولد إلى ما بعد الحولين أمدا سميها
لزمها ذلك في الحولين فقط، وبطل فيما عدا ذلك، لكن رأي المغيرة أن له المطالبة بما بعد
الحولين كما له المطالبة بما قبلهما بما شرط للولد أو لنفسه إلى المدة المتفق عليها².

وفي المبسوط عن ابن وهب: إنما يجوز الصلح في الحولين على الرضاع وحده أما
النفقة فلا تجوز في الحولين ولا بعدهما³.

وعن القاضي عياض: جواز الخلع على النفقة في الحولين لا غير بكونهما أخف من
الضرر لأنها لو لم تخالعه عليها لكان رضاعه لازما لها في الزوجية مدة الحولين فهي لم
تخرج من يدها شيئا للفراق سوى ما كان يلزمها مدة الزوجية من الرضاع، ولو عدم الأب
بعد الطلاق في الحولين للزم الأم إرضاع الولد فيها بخلاف النفقة فيما بعدها. وكذلك في
الحمل فهي لو لم تكن حاملا كانت نفقتها على نفسها فإذا التزمتها في الحمل لم تزد على
نفسها شيئا كان يلزمها لو لم تكن حاملا⁴.

هكذا يتحصل مما تقدم بسطه أن كل ما يمكن تملكه يمكن أن يدخل ضمن المختلع به
من الدوات والمنافع واختلف من ذلك في أمرين.

أحدهما: نفقة الولد بعد الحولين هل يمكن أن تكون عوضا في الخلع؟

الثاني: هل إذا ثبت للخيار موجب يلزم الزوج، هل يرد ما أخذ عوضا عن الخلع؟

أما الخلع على شيء فيه غرر فمجمل ما فيه في المذهب ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يجوز بالغرر وهو نص ابن القاسم في المدونة.

الثاني: أنه لا يجوز على شيء فيه غرر، وهو ظاهر المدونة.

الثالث: أنه مكروه⁵.

¹ المقنع في علم الشروط ص 74 م س.

² اختصار المدونة لابن أبي زيد القيرواني 238/2 م س.

³ التنبيهات المستنبطة 366/2 م س بتصريف.

⁴ نفسه.

⁵ مناهج التحصيل 109/4 بتصريف.

ومرد ذلك أن من أجازَه فعلى اعتبار أنه يجوز في الخلع ما لا يجوز في النكاح من الغرر والجهل كثمرة لم يبدو صلاحها لجواز ذلك في الهبة والوصية من جهة، ولقول الله تعالى: " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " من جهة أخرى، ومن منعه شبه الخلع بالبيع.

ترى إلى أي حد كانت هذه الآراء مؤيدة بالدليل ومستنبطة منه؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الآتي:

ثالثاً: دراسة

وإن كان النص في المختلع به عاماً يجعل كل ما جاز أن يكون ملكاً متقوماً أو حقاً على شخص أو منفعة لذات يجوز أن يكون مختلعا به، فإن الفقهاء اختلفوا في بعض أجزاءه كما لو منع حقاً حلالاً أو كان فيه غرر أو ظهر للفرقة موجب آخر غير الخلع، لاسيما إذا تجاوزت قيمته ما أصدقها به، ولكل وجهة موليها.

فعند المالكية يجوز الخلع بكل ما يحصل الاتفاق عليه ما لم يمنع حقاً أو يحرم حلالاً أو يحل حراماً، فيدخل ضمن المختلع به ما فيه غرر وما يمكن أن يوجد من المعدوم ولو بثمرة لم يبدو صلاحها أو حمل شاة، ووافق أبو حنيفة فيما سوى المعدوم كمولود ماشية لها في ذات العام.

أما الشافعي فلا يجوز الخلع عنده إلا بما يصح أن يكون عوضاً في البيع و الإجارة. وإلا كان له قدر صدق المثل وقد استدلل القاضي عبد الوهاب لمذهب المالكية بأن كلا مما حوى غرراً أو كان معدوماً يجوز أن يكون وصية أو هبة فجاز أن يكون بدلاً في الخلع، لأن الجهل فيما ذكر ليس بأكثر جهالة من صدق المثل وقد أجازَه الفريقان معاً، والله عز وجل يقول: " فلا جناح عليها فيما افتدت به ".¹

و القاعدة في الباب: الفساد في العوض إذا كان من حقيقة العقد هل هو كالفساد في

العقد²؟

¹ الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 733/2 م س بتصرف.

² قواعد الإمام المقري، ص 302 م س القاعدة 538.

أما كون المختلع به أكثر قيمة من الصداق فهل يقضى وفق الأصل في الأعواض ولا سيما إذا كان مؤيدا بعموم اللفظ في النص؟ أويتمسك بالظاهر؟

قال ابن رشد: مذهب مالك والشافعي وجماعة جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما صير لها الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها أو بمثله أو بأقل منه، وقال قوم ليس له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه، فالأولون شبهوا الخلع بسائر الأعواض إذ الأصل فيها التراضي والآخرين تمسكوا بظاهر حديث ثابت ابن قيس¹.

لكن من تأمل مسألة أخذ الزوج شيئا من مال زوجه في كتاب الله يجد الإذن والمنع معا، فالإذن في قوله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه..."². وأما المنع فقوله تعالى: "واتيم أحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا..."³، وقوله: "لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيموهن شيئا..."

أي مهما بلغ ما أعطاه للمرأة ولو لم يكن له حصر لا يحل له أن ينتزع منها شيئا بغير رضاها وعلى كره منها وإضرار بها، أما ما كان محض عطاء منها فلا يأخذ ذات الحكم.

ولما كان للخلع تعريف مبني على رغبة المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة لغرض ما أو حاجة في نفسها من غير إضرار بها من أحد فيجب أن يكون حاله حال الأعواض المبنية على التراضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى لما كان الصداق لا حد لأكثره فيمكن للرجل أن يصدق المرأة كل ماله طلبا لمودتها، فيمكن للمرأة أن تدفع للرجل ما تطيب به نفسا طلبا لفراقه، فتماتلا والأول مجمع عليه، ولا سيما وقد قال الله عز وجل: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به".

قد يقال كيف يكون المختلع به مبدولا عن طيب نفس والخلع مختص بحالة الشقاق؟

¹ بداية المجتهد لابن رشد 114/2 م س بتصرف.

² جزء من الآية 4 من سورة النساء.

³ جزء من الآية 20 من نفس السورة.

ألم يقل سبحانه: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح..."¹.

قال ابن العربي تعلق من رأى اختصاص الخلع بحالة الشقاق بقوله تعالى: "فإن خفتم..." لكن الله لم يذكره على جهة الشرط وإنما ذكره لأنه الغالب من أحوال الخلع فخرج القول على الغالب ولحق النادر به، والذي يقطع العذر ويوجب العلم قوله تعالى:

"فإن طبن... فهو دال أن الخلع طلاق خلافا للشافعي وعموم القرآن دال على جوازه بأكثر مما ساق لها، فكل ما كان فداء فجائز على الإطلاق"².

وعموما تنحصر أقوال العلماء في المختلع به في أربعة مذاهب كالآتي:

أحدها: لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها لظاهر حديث ثابت ابن قيس وهو رأي طاووس وعتاء والزهري وعمرو ابن شعيب.

الثاني: إذا كان النشوز من قلبها فلا يأخذ أكثر مما أعطاها، لكن إن وقع قضي به وإن كان النشوز من قبله فلا يجوز أن يأخذ شيئاً، وإن فعل قضي به أيضاً، وهو رأي أبي حنيفة.

الثالث: يكره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وإن فعل جاز وهو رأي ابن المسيب والحسن والشعبي وحماد ابن سليمان وهو مذهب أحمد.

الرابع: له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، إذا كان لنشوز من قبلها ولا يأخذ شيئاً إن كان من قبله وهو رأي جمع من الصحابة منهم عمر وعثمان وعلي وهو مذهب مالك والشافعي.³

ما تقدم بسطه كان عن خيار النفس فماذا عن موجب الخيار في غير النفس؟

¹ جزء من الآية 227 من سورة البقرة.

² أحكام القرآن لابن العربي 265/1 م س بتصرف.

³ انظر الاستذكار لابن عبد البر 78 /6 م س.

المبحث الثاني: الخيار المرتبط بموجب في غير النفس

الخيار في غير النفس هو عندما يكون اختيار الفرقة لموجب لا يرتبط بشخص أحد الزوجين وإنما يرتبط بحال طارئة على الحياة الزوجية تخول صاحب الحق خيارا في الإبقاء على العقد أو إنهائه، فهل كل حادث يمكن من له مصلحة من طرفي العقد أن يجعل حدا لاستمراره؟.

لرفع هذا الإشكال جعلت المبحث مطلبين اثنين أحدهما في التملك والآخر في الفقد كالآتي:

المطلب الأول: تملك الخيار بالشرط

خيار الشرط هو ما يلزم به الإنسان نفسه تجاه الغير من غير أن يكون واجبا عليه، فيكون ملزما له وغير ملزم للطرف الآخر، إذا لم يختار الأخذ به والأصل أن من التزم شيئا لزمه.

والشروط المرتبطة بعقد النكاح متعددة، لكن طالبا للاختصار اكتفيت بنوعين منها، فكان المطلب في فرعين اثنين كالآتي:

الفرع الأول: التملك بشرط في الغيبة

غياب الزوج عن زوجته أمر جائز شرعا ومألوف طبعاً لضرورة الناس للتنقل من مكان لمكان لحاجات مختلفة، لكن إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا يغيب عنها لمدة معينة فطاع لها بذلك ثم أخل به لظرف ما، هل لها الأخذ بشرطها فيكون لها حق الخيار في إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتها المنفردة؟

لرفع هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- وجه القاضي ابن دحون¹ لابن زرب -رحمهما الله- أنه تبت عنده مغيب رجل شرط لزوجته إذا غاب عنها فأمرها بيدها، فطلقت نفسها على سبيل المبارأة وأشهد على ذلك والشرط على الطوع فما الذي يلزمه؟

فأجاب: ليس يلزمه إلا طلاقة له فيها الرجعة ما لم تنقض العدة، أما الإشهاد على تطبيقها نفسها مبارأة فلا يمنع من إرجاعها في العدة².

-ب- وسئل أبو بكر ابن عبد الرحمن³ عن امرأة قامت في غيبة زوجها بطلب الطلاق لعدم الإنفاق، فقال أجنبي أنا أتحمّل عنه النفقة.

فأجاب: لا مقال لها، إن قال الرجل أنا ألتزم النفقة، لأن العدم الذي أوجب لها القيام قد سقط، ومثله أجاب ابن المناصف: بكون التطوع بالإنفاق يسقط مقالها.

وأجاب عن ذات النازلة: أبو القاسم ابن الكاتب⁴ أن من حقها أن تفارق لأن ذلك حق قد وجب لها⁵.

-ج- وفي نوازل ابن سهل: شاور القاضي ابن منظور في رمضان عام سبعة وخمسين وأربع مائة (457)، في رجل أطاع لزوجته ألا يغيب عنها أكثر من ستة أشهر إلا في فريضة الحج فغاب أكثر من سنة، وأثبتت ذلك بالشهود وأن تلومها ليس إسقاطاً لحقها. فأجاب أبو عبد الله ابن عتاب بالآتي:

يعذر للزوج وإن تعذر قضي بطلاق المرأة وأرجيت للغائب حجته⁶.

-د- وسئل ابن رشد عن من تزوج بكراً وشرط لها عدم الغيبة ثم غاب قبل البناء لوجهة غير معلومة فهل لها الأخذ بشرطها؟

¹ ابن دحون هو أبو محمد عبد الله ابن يحيى ابن دحون، قال ابن حبان لم يكن في أصاب ابن المكوي أفقه ولا أعرض عن الفتيا منه ولا أضبظ لرواية كان من جل شيوخ قرطبة في عصره توفي سنة 431 هـ، الديباج 227/1.

² الإعلام بنوازل الحكام ص 220 م س بتصرف.
³ أبو بكر بن عبد الرحمن: هو أبو بكر يحيى ابن عبد الرحمن ابن واقد اللخمي قاضي الجماعة بقرطبة فقيه بصير بالأحكام مع الورع والفضل والتواضع والدين توفي 404هـ.

⁴ أبو القاسم ابن الكاتب: هو أبو القاسم عبد الرحمان ابن علي الكناني المعروف بين الكاتب من فقهاء القيروان أخذ عن ابن شبلون والقابسي وغيرهما توفي 408هـ.

⁵ المعيار 20/4 بتصرف م س.

⁶ الإعلام بنوازل الأحكام ص 219 بتصرف م س.

فأجاب: من حقها إن لم ينفق عليها من ماله أن تطلق عليه لعدم الإنفاق إذا سألت ذلك ولم يكن له مال، وأن تأخذ بشرطها الذي شرطه لها في المغيب فتطلق نفسها بعد يمينها وينفذ ذلك على الزوج ما لم يكن له مدفع، لكن لا تتزوج إلا بإذن من الحاكم، ليثبت ذلك عنده ويتلوم للغائب.¹

-ه- وسئل أيضا عن رجل شرط لزوجها ألا يغيب عنها أكثر من ستة أشهر فغاب ثمانية وجعل لها التلوم فلما قدم أرادت الأخذ بشرطها هل لها ذلك أم لا؟

وقد ذكر السائل أن المسألة اختلفت فيما الأجوبة بين مانع ومحيز معتمد ما في وثائق ابن العطار والباجي،² فأجاب بما نص معناه الآتي:

ما ذهب إليه بعض الشيوخ من أن لها الأخذ بشرطها وهو حاضر بعد قدومه غير صحيح لأنه إذا قدم ارتفعت العلة التي من أجلها وجب أن يكون أمرها بيدها. وهو نص قول ابن نافع في المدينة ولا يلتفت للمضمن في وثائق الباجي لمخالفته مذاهب الفقهاء المتقدمين.³

من مجموع الأجوبة المتقدمة لفقهاننا - رحمهم الله - نجد أن للشرط تأثيرا في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة، لكن الأخذ بالشرط لمن له الحق فيه، لا يسقط حق الطرف الآخر إن كان له مسوغ مقبول في الإخلال بالشرط.

فقد تضمن جواب ابن زرب عن أخذت بشرطها في الغيبة فطلقت نفسها طلاقة مبارأة أن ذلك لا يلزم الزوج إلا بطلقة رجعية يملك معها الرجعة داخل العدة، لكن إذا كان أمرها بيدها فجعل الطلاق رجعيا ألا يخالف الأصل في أن كل طلاق يغلب عليه الزوج يكون بائنا إلا في حال الإعسار بالنفقة؟

كما أجاب ابن عبد الرحمن أن سقوط السبب يسقط ما نشأ عنه من حق بينما خالفه ابن الكاتب لربما لا اعتبار أن انتقال الالتزام من ذمة لأخرى غير ملزم لصاحب الحق وفيه نظر.

¹ فتاوي ابن رشد 1461/3 م س بتصرف.

² الباجي: هو أبو عبد الله محمد ابن أحمد ابن عبد الله الباجي اللخمي الإشبلي الأندلسي المالكي فقيه محدث شرطي متميز توفي 423 هـ نقلا عن بغية الملتمس ص 50، أما ابن العطار فتقدمت ترجمته.

³ فتاوي ابن رشد 787/2 م س وهي كذلك في المعيار تحت عنوان من شرط لزوجها ألا يغيب عنها أكثر من ستة أشهر فزاد على ذلك 387/3.

لكن على كل حال قد يعتبر دفع نفقة المرأة من قبل أجنبي حطا من قدرها باعتبار العرف، ولكل بلد عرف أهله وما تقبله نفس تأباه أنفس.

في حين نجد ابن عتاب لا يعطى للمرأة حق إنهاء الرابطة الزوجية بناء على غيبة الزوج إلا إذا تعذر الاعتذار إليه بما في ذمته من شرط، وعلى أية حال يبقى الغائب على حجته متى قدم، وقريب منه جواب ابن رشد حيث اعتبر إنهاء المرأة للرابطة الزوجية أخذاً بشرطها لا يسوغ لها التزوج مرة أخرى إلا بإذن قضائي، احتياطاً وضماناً لحق الغائب فلربما كان له موجب يسقط الأخذ بالشرط وإذا بطل الشرط بطل ما ترتب عنه. مما يمكن معه القول انطلاقاً من هذه الأجوبة إن الشرط لا يوجب خياراً مطلقاً لإنهاء العقد.

فإلى أي حد كانت هذه الأجوبة مجسدة لما هو معتمد في مصادر المذهب؟
هذا ما يمكن الوقوف عليه من خلال النقطة الموالية:

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة سئل ابن القاسم عن شرطت على زوجها إن تزوج عليها فأمرها بيدها، ففعل فطلقت نفسها ثلاثاً أن يكون ذلك لها ولو أنكر الزوج؟
فقال: قال مالك: في هذه المسألة بعينها إن ذلك لها ولا ينفع الزوج إنكاره، سواء دخل بها أو لم يدخل، إلا إذا كانت مدخولاً بها فطلقت واحدة فهو أولى بها في العدة.
وفي العتبية: روى أبو زيد عن ابن القاسم: فيمن قال لزوجها إن غبت عنك سنة فأمرك بيدك. فاختارت نفسها ثم قدم فقال: لم أرد إلا واحدة. أنه يحلف ويكون أحق بها في العدة وبعدها هو خاطب من الخطاب.¹

ومن الواضحة: من شرط لزوجها إن غاب عنها سنة فأمرها بيد أبيها أنه لا يحق للأب أن يوصي بذلك لغيره، ويستحب أن يرجع ذلك للمرأة، وإن كان القياس ألا يرجع لأحد،²

¹ النوادر والزيادات 190/5 م س بتصرف.

² النوادر والزيادات: 187/5 مرجع سابق

وعن مالك: فيمن قال لأمرأته إن غبت عنك أكثر من سنة فأمرك بيد فلان فغاب أكثر من سنة فأراد الرجل أن يطلق عليه، وكرهت المرأة ذلك أنه يجبر على اتباع قول المرأة، لأن ذلك إنما جعل بيده وثيقة لها¹.

لكن إن لم تأخذ المرأة بخيارها إلا بعد مضي الأجل فهل ذلك مسقط لخيارها؟

جاء في كتاب ابن المواز: أن من شرط لزوجه إن غاب عنها سنة فأمرها بيدها، فغاب أكثر من ذلك، أن مالكا قال ما بعد السنة بالشهر والشهرين ذلك لها بغير يمين وإن طال فلا قول لها².

وروى يحيى عن ابن القاسم: إذا تجاوزت الأجل ولم تقضي بشيء لجهل أو نسيان ثم بعد ذلك تريد الأخذ بشرطها، أنها تحلف ولها ذلك³.

وقال ابن الماجشون: من شرط لزوجه أنه إذا غاب عنها فأمرها بيدها أن ذلك بيدها مادامت منتظرة حتى يوقفها السلطان ولا يمين عليها⁴.

ومن كتاب ابن المواز أيضا: عن مالك: فيمن ملكت أمر نفسها إذا غاب عنها سنة، أنها لو شهدت عند الأجل أنها منتظرة له سنة أخرى أو أكثر فذلك بيدها ما أخرته قرب أو بعد ولذلك لو قالت أنا منتظرتة وأنا على شرطي كان ذلك بيدها أبدا⁵.

وفي سماع عيسى: سئل ابن القاسم: عن رجل أمر امرأته بيد أبيها إن غاب عنها سنة فغاب عنها، فلما انقضت السنة أراد الأب أن يفرق بينهما، فقالت المرأة لا أريد ذلك وأنا أَرْضَى البقاء مع زوجي، فقال يمنعه السلطان ولا يمضي طلاقه ما لم يوقعه قبل المنع⁶.

وعن مالك: فيمن أراد زوجها سفرا فقالت أخاف بطئك عني، فيقول إذا غبت كذا وكذا فأمرك بيدك، فتمضي المدة ولم تقضي شيئا ثم بعد شهر أو شهرين تريد الأخذ

¹ البيان والتحصيل لابن رشد 68/4 مرجع سابق.

² النوادر والزيادات 189/5 بتصرف.

³ نفسه 190/5 بتصرف.

⁴ فقه ابن الماجشون ص 424 م س.

⁵ النوادر والزيادات 190/5 بتصرف.

⁶ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 725/6 بتصرف م س.

بشرطها مدعية أنها ما تنازلت عن خيارها، وإنما أقامت انتظاراً له، أن ذلك لها مع يمينها¹، ومثله في مختصر ابن عبد الحكم.

وقال ابن عبد البر: والغائب غير المفقود لا تطلق عليه زوجه ولو طلبت ذلك ما لم يكن لها شرط عقده لها في الغيبة فلها الأخذ بشرطها².

هذا وتمليك الرجل زوجه الطلاق جائز لأنه بمثابة توكيلها على طلاقها، والتوكيل على الطلاق جائز.

لكن هل تمليك الخيار في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة يختلف عن التخيير أو هما سيان؟

قال الشيخ أبو محمد: والتمليك يفارق الخيار لأنه إذا ملكها مبهما كان له أن يقول ملكتك بعضاً دون بعض ويحلف على ذلك ولها أن تقضي ببعض ما ملكها دون جميعه، والخيار أبان الله عز وجل القصد فيه فيحمل على ما ظهر من معناه³.

وفي قواعد المقرئ: مقتضى التخيير في المقام أو ملك النفس والانصراف، وذلك لا يكون في المدخول بها إلا بالثلاث، والتمليك جعل الطلاق لها، فيرجع إلى قوله فيما جعل بيدها، وقيل هما سيان، وقيل الفرق بينهما عادي لا فقهي⁴.

وقال ابن أبي سلمة: الخيار والتمليك سواء له فيه المناكرة، ومثله عن سفيان الثوري⁵.

ومهما يكن من تشابهه فالتخيير يخالف التمليك في أمور معتبرة منها:

أن التخيير لا يكون إلا ثلاثاً ما لم يكن مقيداً ولا منكرة للزوج فيه على المعتمد، بينما التمليك هو ما ملك الزوج زوجه من أمر نفسها إما بناء على شرط أو من غير شرط،

¹ البيان والتحصيل 11/4 بتصرف م س.

² الكافي فقه أهل المدينة، المالكي ص 261 م س.

³ اختصار المدونة المختلطة لابن زيد القيرواني 212/2 م س.

⁴ قواعد الفقه على مذهب مالك: للمقرئ ص 364 م س.

⁵ اختصار المدونة والمختلطة 206/2 م س.

ارتباطا بسبب أو بدونه، للقاعدة: كل من ملك غيره أمرا الأصل أن يرجع إليه فيما أباح منه¹.

كما أن للزوج حق المناكحة في التمليك ما لم يكن مشروطا في العقد إذا ادعى نية يعتقدونها عند التمليك في حال علمه به.

وهكذا يتبين مما تم بسطه: ولو على وجه الإختراف من أقوال مستتلة من مصادر المذهب أن كل شرط جعله الزوج بيد غيره ليقع به الطلاق أنه لازم له إذا وقع سببه.

لكن الالتزام لا يمنح المشترط لفائدته حقا مطلقا وإنما للمشرط عليه حخته، كذلك أن من وكل إليه أمر الخيار من غير الزوجين لا يملك رأيا مع من الخيار لصالحه.

كما أن التوكيل لا ينقل للغير وإن كان انتقاله لصاحب المصلحة خلاف القياس.

لكن تعارضت الأقوال فيمن سكتت عن الأخذ بشرطها عند أجله ثم أرادت المطالبة به بعد ذلك، هل هي على شرطها باليمين أم بدون يمين؟

كما أن التمليك غير التخيير في عرف الشرع.

ترى إلى أي حد كانت اختيارات الفقهاء المعبر عنها في النقول السالف ذكرها منبثقة من روح نص الوحي؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثالثا: دراسة

الشرط المرتبط بالنكاح عموما ثلاثة أقسام، شرط يقتضيه العقد كالوطاء والإنفاق فذكره وعدمه بيان، وشرط يناقض العقد فهو باطل يفسخ به النكاح قبل الدخول وبعده فيه خلاف، وشرط لا تعلق له بذات العقد وهو نوعان لازم إن كان معلقا أو مقابل شيء وغير لازم لكن يستحب الوفاء به.

وقال أبو حنيفة كل شرط في النكاح باطل والنكاح صحيح، وقال أحمد يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة. وعند الشافعي كل شرط منع المباح فهو باطل¹.

¹ قواعد المقرئ: القاعدة 735 ص 367.

ترى ما سبب هذا الخلاف في الشروط المرتبطة بالنكاح؟

أصل الخلاف في هذه المسألة راجع والله أعلم إلى تعارض النصوص من جهة، ومن جهة أخرى هل يمكن أن يلزم العاقد بما لارتباط له بماهية العقد وإن أثر في ثمرته؟ وهل من التزم شيئاً لزمه على إطلاقه؟

فمن النصوص الواردة في المسألة ما أخرجه البخاري وغيره: "من شرط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط"².

وفي سنن الترمذي: المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا³، وفي رواية ما وافق الحق، وفي البخاري أيضا: عن عقبة ابن عامر - رضي الله عنه - عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"⁴.

ومن هذا الحديث أخذ الإمام أحمد وجماعة أن كل شرط في النكاح يجب الوفاء به مطلقا، ومن قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم.

والقاعدة العامة: مقاطع الحقوق عند الشروط

قال ابن بطال: إن كان شيء من هذه الشروط ليس بطلاق ولا عتق وجب عليه ولزمه عند مالك والكوفيين، وقال النخعي: كل شرط في النكاح فالنكاح يهدمه إلا الطلاق، وعند الشافعي كل ما منع المباح فهو باطل⁵ لأن أمر النكاح أحوط وبابه أضيق.

وقال ابن حجر: الشروط الفاسدة لا يجب الوفاء بها⁶ مما يدل بمفهومه أن الشروط الصحيحة يجب الوفاء بها.

وقال الزقاق - رحمه الله - في لاميته في شرط النكاح:

¹ انظر القوانين الفقهية لابن جري ص 245 م س بتصريف.
² صحيح البخاري كتاب الشروط باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله رقم 5284.
³ سنن الترمذي كتاب الأحكام باب ما ذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس رقم 1352.
⁴ صحيح البخاري: كتاب النكاح باب الشروط في النكاح رقم 5151، ومسلم كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح.
⁵ شرح ابن بطال على صحيح البخاري: 220/7 م س.
⁶ فتح الباري 143/9 م س.

وشرط نكاح إن نزاع بطوعه جرى مطلقا فاحمل على الشرط واعدلا

قال شارحه ميارة -رحمه الله- جرى العمل بحمل الشروط في النكاح على كونها شروطا في أصل عقده لا متطوعا بها بعد العقد. إذا وقع نزاع في كونها شرطا أو طوعا، وقد اختلف المتقدمون في المسألة فقال ابن العطار إذا لم يحصل التنصيص على الطوع أو الشرط فذلك على الطوع، وقال ابن فتحون¹ ذلك على الاشتراط.²

ومن كل ما تقدم يترجح لنا أن الشرط الذي تشترطه المرأة على الزوج إذا غاب عنها مدة معينة أن تكون لها سلطة إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة إذا رأت من مصلحتها ذلك، مما يلزم القضاء به على الغائب، لأن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولاسيما أن غيبة الزوج تفوت على المرأة جملة من حقوقها الزوجية، مما يجعل الخيار الذي يمنحه الشرط وجيها من الناحية المقاصدية.

لكن هل كل شرط ينتزل ذات المنزلة فيكون موجبا للخيار؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التملك لعموم الشرط

يقصد بعموم الشرط، كل شرط يتفق الزوجان أن الإخلال به يعطي المشتري لفائدته خيارا في جعل حد لاستمرار العقد. وسلطة الخيار في الشرط غالبا ما تؤول للزوجة. فهل كل شرط من قبل المرأة يخول لها حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة متى شاءت؟ للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال أتوقف عند الآتي:

أولا: عوض النوازل المختارة

أ- سئل ابن المكوي عن رجل تزوج امرأة على شرط ألا يتزوج عليها فإن فعل فآلتى تزوج طالق هل يجوز هذا النكاح؟

فأجاب: هو نافذ في مذهب مالك إذا وقع، ويكرهه ابتداء.³

¹ ابن فتحون: هو أبو بكر ابن محمد بن خلف بن سليمان بن فتحون المرسي ففيه محدث توفي بمرسية سنة 520 من آثاره الاستلحاق على الاستيعاب لابن عبد البر.

² فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق للشيخ ميارة 457 تحقيق الدكتور رشيد البكري ط دار الرشاد ط1، 2008م.

³ الأحكام للشعبي ص 468 م س.

-ب- وسئل أيوب ابن سليمان إذا أقر الناكح ببعض الشروط المضمنة في العقد وأنكر البعض الآخر، فهل يلزمه الجميع؟

فأجاب بما مضمونه الآتي:

يكلف المنكح الإثبات، فإن لم تكن له بينة حلف أنه إنما زوجه على جميع الشروط المذكورة في العقد، فإن حلف قيل للناكح إما أن ترضى أو تحلف أنك إنما نكحت على هذا الشرط فإن حلف فسخ النكاح، وإن نكل لزمه الكل، ولا ين لبابة لا تحالف إلا بعد الدخول، وأنكر ابن منظور ذلك كله.¹

-ج- وسئل أبو عمران الفاسي: عن الرجل يشترط لامرأته أنه كلما منعها من زيارة أحد محارمها فأمرها بيدها، فكم يكون بين الزيارتين؟

فأجاب بما مضمونه الآتي:

شرط زيارة المرأة قرابتها ذوي الرحم الماسة كالوالدين والإخوة أوجب حقا وأحق بالتكرار ما لم تخرج إلى حد الإكثار ومن بعدت رحمه من ذوي المحارم كان الواجب لهم من الزيارة خوفا من الحنث أقل وما في ذلك وقت مؤقت إلا ماجرت به العادة مما لا يخرج إلى وجه مذموم في الشريعة، وكل ما يرفع القطيعة من الزيارة فهو كاف عنها، لأن الأصل للرجل منع زوجه من الخروج.²

-د- وسئل أبو عمر ابن القطان³: عن رجل تزوج امرأة وشرط لها أن كل داخله عليها طلاقها بيدها⁴، فطلقت الزوجة المذكورة على زوجها من تزوجها ثلاثا هل ذلك لازم له؟

فكان من مضمن ما أجاب به: أن ذلك نافذ عليه ولازم له.⁵

¹ الإعلام بنوازل الحكام ص 215 م س بتصرف.

² المعيار 108/3 بتصرف م س.

³ ابن القطان: هو أبو عمر أحمد ابن محمد بن عيسى بن هلال القرطبي دارت عليه الفتيا مع ابن عتاب وكان بينهما منافسة، لكن كان ابن عتاب يقدم لسنه وتفنته وابن القطان لبيانه وقوة حفظه قال ابن حيان كان ابن القطان أحفظ الناس للمدونة والمستخرجة توفي في ذي القعدة سنة 460 هـ.

⁴ سير أعلام النبلاء ط 24 ج 306/18 م س بتصرف.

⁵ أصل هذه النازلة على ما ذكر ابن سهل أنها نزلت بطيطة سنة 453 كتب بها إلى قرطبة لكن تعددت الأجوبة فيها وتفاوتت ومن ضمنها ما أفتى به ابن القطان.

⁵ الإعلام بنوازل الأحكام لابن سهل، ص 257 بتصرف م س.

-ه- وسئل ابن عتاب عن شرطت على زوجها الخيار فخيرها فاختارت طلاقه، وكان قبل ذلك طلقها طلقين فما الذي يلزمه؟

فأجاب: قد بانث منه بالبتة ولا تحل له إلا بعد زوج آخر¹.

بنظرة تأملية في هذه الأجوبة لفقهاءنا -رحمهم الله- أول ما يمكن ملاحظته أن الشرط لا يتبعض، كما أنه ليس على إطلاقه، وأنه لا ينبغي أن يناقض مقصدا شرعيا أو يفوت حقا مرعيا، ففي جواب ابن المكوي: أن الشرط الذي يمنع حلالا مكروه في مذهب مالك، لكنه إذا فات بالوقوع لزم من التزم به، كما اعتبر ابن سليمان الإقرار ببعض الشروط إقرارا بجميعها لا يرفعه إلا اليمين، لكن إصرار الطرفين على اليمين موجب لفسخ العقد.

بينما ذهب ابن لبابة الى أن اليمين بخصوص الشرط لا تكون إلا بعد الدخول مما يفهم منه أن الخلاف حول شروط العقد قبل الدخول موجب لفسخه.

لكن ما وجه إنكار ابن منظور لذلك كله، أهو أن الأصل براءة الذمة؟ فلا ينسب للشخص إلا ما أقرببه على نفسه أم أن كل شرط ليس في كتاب الله باطل؟

في حين تضمن جواب أبي عمران بمفهومه أن منع المرأة من حق زيارة محارمها موجب لها الأخذ بشرطها المضمن في العقد، لكن حق الزيارة ليس متساويا لجميع المحارم ولا مطلقا في أي وقت وإنما هو على وجه ما جرى العرف أنه رافع لقطيعة الرحم.

أما ابن القطان فألزم من طاع لزوجه أن الداخلة عليها أمرها بيدها ما أوقعته عليه من طلاق ومثله ما أجاب به ابن عتاب من أن اختيار المرأة إذا كان مكملا للثلاث أنها لا تحل له إلا بعد زوج لأن الأصل أن من التزم شيئا طائعا لزمه.

فإلى أي حد كانت هذه الأجوبة معربة عن لسان مصادر المذهب؟

ذلك ما أحاول الوقوف عليه بحول الله من خلال النقطة الموالية:

¹ المعيار 79/4 م س .

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة: إذا تزوج الرجل المرأة فشرطت عليه ألا يتزوج عليها ولا يتسرر أن النكاح جائز والشرط باطل في قول مالك، وقد أجازته ابن المسيب وغير واحد من أهل العلم وليس هو من الشروط التي يفسد بها النكاح¹.

ومنها أيضاً: قال مالك: فيمن تزوج امرأة على شروط تلزمه ثم طلقها ثم راجعها أن تلك الشروط لازمة له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء².

وعن مالك فيمن شرط لزوجه ألا يتزوج عليها فإن فعل فالتى تزوجها طالق البتة، فإن لم يفعل فأمرها بيدها أنه إن لم يطلق فأمرها بيدها ولا يقع عليه الطلاق³.

وقال ابن الماجشون: فيمن اشترط لزوجه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج دون أن تعلم ثم طلق، إنها لا طلاق لها بعد ذلك⁴.

وفي سماع أصبغ سئل ابن القاسم: عن تزوج امرأة وشرطوا عليه ألا يدخل بها خمس سنين: فقال بئس ما صنعوا والشرط باطل والنكاح ثابت وله الدخول قبل ذلك.

قيدته بقوله: ما لم يكن للشرط موجب كالصغر⁵ ومثله نقل ابن رشد لكن المسؤول هو

أصبغ.

¹ المدونة الكبرى: 317/2 م س بتصريف.

² نفسه 318/2.

³ البيان والتحصيل لابن رشد 412/3 م س.

⁴ فقه ابن الماجشون ص 424 م س.

⁵ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 656/5 م س بتصريف وكذا البيان والتحصيل 521/3.

ومن العتبية قال أصبغ عن ابن القاسم: ومن تزوج وشرط لزوجه أنه متى أساء إليها فأمرها بيدها أن ذلك لازم له.¹

وروى ابن وهب عن مالك، فيمن شرط لزوجه أنه متى تزوج عليها امرأة فهي طالق ومتى تسرر فهي حرة أن ذلك يلزمه.²

وفي كتاب محمد: أن من شرط لزوجه كل امرأة يتزوجها عليها طالق وأمرها بيدها، فذلك لازم له.³

وسئل ابن القاسم: عن شرطت على زوجها أنه إذا تزوج عليها فأمر التي تزوجها بيدها، فتجن أو يذهب عقلها فيريد أن يتزوج عليها، فقال: لا يتزوج عليها أبدا.⁴

وقد ذكر ابن رشد: في سؤال ابن القاسم مالكا فيمن شرطت على زوجها أنه إذا تزوج عليها فأمر من تزوج بيدها ففعل ولم تقض إلا بعد مدة أن في المسألة أقوالا ثلاثة: أحدها: أن لها أن تقضي ما لم توقف وإن طال الزمن.

الثاني: أن لها القضاء ما لم ينقضي المجلس.

الثالث: أن لها القضاء ما لم يطل الزمن كالشهر والشهرين.⁵

والقاعدة في الباب: المعلق على الشرط كالمنجز عند حضوره.⁶

لكن ما الفرق بين شرط تطوع به الزوج؟ وشرط اشترط عليه في عقد النكاح؟

ذكر ابن عبد البر أن الفرق في ذلك أن الزوج فيما تطوع به يملك المناكرة. وإذا قضت بأكثر مما أراد يكون القول قوله. أما ما اشترط عليه في أصل النكاح كأن تشترط المرأة أنه إذا تزوج عليها أو أضر بها فأمرها بيدها. فطلقت نفسها البتة فالقول قولها ولا سبيل له إليها إلا بعد زوج.⁷

¹ النوادر والزيادات 181/5 م س.

² نفسه 185/5.

³ نفسه 180/5.

⁴ البيان والتحصيل. 413/3 م س.

⁵ نفسه 422/3 بتصرف.

⁶ قواعد الفقه على مذهب مالك. القاعدة 649. ص: 338 م س.

⁷ الكافي في فقه أهل المدينة ص: 275 م س بتصرف.

وعليه فالشرط الذي يكون القول فيه قول الزوج هو ما تطوع به لاما اشترط عليه في أصل العقد، للقاعدة: كل من ملك غيره أمرا فالأصل أن يرجع إليه فيما أباح منه¹.

وفي هذا الصدد يرد التساؤل التالي:

هل الفرقة التي تحدثها المرأة بناء على أخذها بشرطها هي حرة فيها أم للزوج فيها مقال؟ أو يحتكم للقاعدة؟ الشرط ما وافق مقتضى العقد².

قال ابن المواز: وكره مالك عقد النكاح على شيء من الشروط. وكل شرط وإن كان في العقد لا يلزم إلا ما كان فيه تمليك أو يمين³.

وعن ابن القاسم: سئل عن الرجل يقول لزوجه أمرك بيدك فتطلق نفسها واحدة أيملك الرجعة عليها في قول مالك؟ قال: نعم ما لم يكن معه فداء⁴.

وفي مختصر أبي محمد: ومن شرط عند نكاحه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها ففعل: فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ولا منكرة له هاهنا بنى أو لم يبنى، وإن طلقت نفسها واحدة وقد بنى بها فله الرجعة، وإن لم يبين بانته بواحدة. ولو تبرع بهذا الشرط بعد العقد كان له منكرتها فيما فوق الواحدة⁵.

وفي منتخب ابن أبي زمنين: قال مالك: لا يستحلف النساء في التمليك وإن ملك المرأة ولا نية له في عدد، فاخترت الثلاث فلا يمكنه منكرتها ولا نية له، والمدخول بها وغير المدخول بها في ذلك سيان، وإن اختارت واحدة، فهو يملك رجعتها⁶.

ومن التفريع قال ابن الجلاب: إن ملكها بشرط فوجد الشرط ملكت أمرها، كما لو قال لها إن تزوجت عليك فأمرك بيدك ففعل فطلقت نفسها ثلاثا لم يكن له منكرتها ما لم يتطوع بالشرط⁷.

1 قواعد الفقه: القاعدة 735 ص 298 م س.

2 نفسه: القاعدة 528 ص 299 م س.

3 النوادر والزيادات 179/5 م س.

4 المدونة الكبرى 513/2 م س.

5 اختصار المدونة المختلطة 216/2 م س بتصرف.

6 منتخب ابن أبي زمنين 722/6 بتصرف م س.

7 التفريع لابي القاسم ابن الجلاب 88/2 م س.

وفي التهذيب: قال مالك: وإن قال لها أمرك بيدك، فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة فإن قال الزوج إنما أردت أن تطلق نفسها ثلاثا أو تقيم، فالواحدة تلزمه ولا قول له.¹

وقال أبو سعيد: وإن شرط لها في عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلا منكرة له، وإن تبرع بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نية ويحلف.²

وقال ابن رشد: حاصل مذهب مالك: أن التخيير لا يكون إلا ثلاثا في المدخول بها وإن قضت بدونها لم يكن شيئا، لأنه خيرها أن تبقى معه في العصمة أو تخرج عنها ولا يكون ذلك إلا بالثلاث أما غير المدخول بها فكالملكة، وأما التمليك فهو ما اختارت وله أن يناكرها في ذلك. وهذا مذهب أصحابه خلافا لابن الماجشون.³

وهكذا بناء على ما تقدم بسطه يتحصل لنا أن الشرط لا يحرم حلالا ولا يمنع المشترط عليه حقا له. وإنما غاية ما يضمنه للمشرط لفائدته أنه قد يمنحه خيارا لإنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة. ما لم يكن للشرط موجب يقتضيه العقد كمن تزوج صغيرة فاشترط عليه ألا يدخل عليها إلا بعد البلوغ.

لكن اختلف في من شرط لزوجه أن الداخلة عليها طالق هل هي كما شرط أو يكون خيار المشترط لها مقصورا على نفسها إما أن تقيم أو تفارق بإرادتها. وكذلك الأمر في التراخي عن الأخذ بالشرط.

أما نتيجة الخيار فقد ميز في المذهب بين شرط تطوع به الرجل فلا يلزمه من جرائه إلا ما التزم وله المناكرة. وبين شرط هو في أصل النكاح ملزم بكل ما قضى به بناء عليه. ترى إلى أي حد كانت هذه الأقوال مستندة للنص أو مندرجة ضمن مقصد شرعي عام؟

ذاك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

¹ التهذيب للبرادعي 95/2 م س.

² نفسه 100/2 بتصرف.

³ المقدمات الممهديات 589/1.

ثالثاً: دراسة

اختلف منذ عهد الصحابة - رضوان الله عليهم- في ما يلزم من ملك امرأته أو خيرها اختلافاً واسعاً. لعدم وجود نص من الكتاب يرجع إليه أو أثر صحيح صريح يعول عليه. فعده البعض بثأناً وعده آخرون ما قضت به الزوجة. لأنه لما خيرها أو ملكها جعل بيدها، ما كان قد جعل الله بيده من طلاقها، في حين وجد من عده ما نوى الزوج إذ لا ينسب للشخص إلا ما أقرب به.

لكن مذهب مالك وأصحابه هو التمييز بين التخيير و التملك، وأصل ذلك ما ورد في الموطأ. فعن نافع أن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول: إذا ملك الرجل امرأته أمرها، فالقضاء ما قضت به إلا أن ينكر عليها ويقول لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما دامت في عدتها¹.

قال ابن عبد البر: للسلف في هذه المسألة أقوال منها:

- 1- أن القضاء ما قضت به ولا تنفعه منكرته إياها ونسب لعلي -رضي الله عنه- ولا بن المسيب.
- 2- أن ذلك مردود إلى نيته مع يمينه.
- 3- أن طلاقها لا يكون إلا واحدة على كل حال وهو أملك بها في عدتها.
- 4- لا يكون بيد المرأة طلاق أبداً واعتبره شاذاً ونسبه لابن عباس -رضي الله عنهما-².

¹ الموطأ كتاب الطلاق باب ما يبين من التملك رقم 1178، وفي موطأ ابن الحسن باب الرجل يجعل طلاق امرأته بيدها أو بيد غيرها.
² الاستذكار 26/6 م س بتصريف.

وقال الشافعي: التملك ليس بطلاق إلا أن ينويه الزوج وقال أبو حنيفة وأصحابه من قال لزوجه أمرك بيدك إن طلقت نفسها فهي واحدة بائنة، إلا أن ينوي ثلاثا فتكون ثلاثا، والخيار لا يكون طلاقا وإن نواه.

وقال الثوري: أمرك بيدك مثل الخيار فإن اختارت نفسها فواحدة بائنة وكل هؤلاء التخيير والتملك عندهم سواء خلافا لمالك.¹

وفي الموطأ: أن رجلا ملك امرأته الطلاق فطلقته ثلاثا متتالية في مجلس واحد فاخصما إلى مروان ابن الحكم. فاستحلفه ما ملكها إلا واحدة وردّها إليه، قال مالك: هذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه إلي.²

قال أبو عمر: كل طلقة على كتاب الله فواجب أن تكون رجعية لقوله تعالى: "لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"³، وقوله: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"⁴، إلا من اشترطت من النساء حين عقد نكاحها، أنك إن تزوجت علي أو كذا فأمرني بيدي فالطلاق هاهنا بائن واحدة لا رجعة له فيها إلا برضاها.⁵

وهو كما اعتبر لأنه لو جعل له الرجعة عليها لما كان لاشتراط الشرط فائدة، لأن شرط الشرط إمكان اجتماعه مع الشروط وحكمته في غيره لا في ذاته.

قال ابن بطال: اختلف العلماء في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها شروطا كأن لا يتزوج عليها وشبه ذلك من الشروط المباحة، فذهبت طائفة إلى أنه يلزمه الوفاء بما شرط، فقد ذكر ابن المسيب أن عمر ابن الخطاب قال: في رجل شرط لزوجته ألا يخرجها لها شرطها وقال: المسلمون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم ومثله لعمر بن العاص – رضي الله عنهما-.

¹ الاستذكار لابن عبد البر 27/6 م س بتصريف.

² الموطأ كتاب الطلاق، باب ما تجب فيه تطلقة واحدة من التملك رقم 1180.

³ الآية 1 من سورة الطلاق.

⁴ جزء من الآية 228 من سورة البقرة.

⁵ الاستذكار 26/6 بتصريف.

وقالت: طائفة الشروط غير لازمة: لما ورد أن رجلا تزوج على عهد عمر وشرط لزوجها ألا يخرجها من دارها. فوضع عنه عمر الشرط. وقال المرأة مع زوجها ومثله عن علي ابن أبي طالب – رضي الله عنه-¹.

قال ابن حجر: الشروط في النكاح عند الشافعية على ضربين منها ما يرجع إلى الصداق فيجب الوفاء به وما يكون خارجا عنه يختلف الحكم فيه.²

وقد استشكل ابن دقيق العيد حمل حديث أحق الشروط وفاء.³ على الشروط التي يقتضيها العقد كالمعاشرة بالمعروف. لأن سياق الحديث يقتضي خلاف ذلك. لأن لفظ أحق الشروط موجب أن يكون بعضه أشد من بعض في وجوب الوفاء.⁴

هذا وقد جاء في حديث أبي هريرة – رضي الله عنه- النهي عن بعض من شروط النكاح، فعن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها".⁵

قال ابن حجر عن الحديث، ترجمته إشارة إلى تخصيص الحديث السابق عليه في عموم الحث على الوفاء بالشروط، ثم نقل عن ابن حبيب أن العلماء حملوا هذا النهي على النذب فلو حصل لزم. وتؤيده رواية عبيد الله ابن موسى شيخ البخاري لا يصلح للمرأة أن تشتري طلاق أختها لتكفي إنائها.⁶

وفي مقابل هذا قال طاووس كل امرأة مسلمة اشترطت شرطا على رجل استحل به فرجها فلا يحل له إلا أن يفى به، ونقل مثله عن جماعة من السلف، وبه كان قضاء عمر ابن عبد العزيز.⁷

وخلاصة الكلام في هذا المقام أن النكاح إذا انعقد على الشرط فعند الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما. النكاح جائز والشرط باطل.

¹ شرح ابن بطال على صحيح البخاري 220/7 م س.

² فتح الباري 141/9 م س.

³ تقديم تجريرة في الفرع السابق.

⁴ نفسه 142/5 بتصريف.

⁵ صحيح البخاري كتاب النكاح باب الشروط التي تحصل في النكاح رقم 5152.

⁶ فتح الباري 143/3 بتصريف.

⁷ الاستذكار لابن عبد البر 442/5 م س بتصريف.

لكن عند أبي حنيفة إن كان سمي لها أقل من مهر مثلما كمله لها، أما الشافعي فعنده المسمى باطل ولها صداق المثل.

أما عند مالك فالشرط فاسد وليس لها إلا ما سمي لها. إلا شرط تعلق به طلاق أو عتاق فهو لازم. ومثل مذهب مالك نقل عن ابن شبرمة.

هذا عن خيار الشرط فماذا عن خيار الفقد؟

المطلب الثاني: تمليك الخيار بالفقد

الغاية من الحياة الزوجية: التساكن في ظل من المودة والرحمة، لكن قد تتعذر هذه الغاية لفقد الزوج لسبب من الأسباب، فهل تظل المرأة في عصمة من لا تعلم من حقيقة

أمره شيئاً؟ على اعتبار أن ذلك قدرها، أو تضع حداً للرابطة الزوجية بينهما بإرادتها المنفردة؟ وهل كل مفقود تخول زوجه حق خيار إنهاء العصمة الزوجية؟

ذلك ما أحاول بحول الله مقاربتة من خلال فرعين اثنين:

أحدهما: في حال المفقود الموجبة للخيار، والآخر في بعض من أحكام زوج المفقود

كالآتي:

الفرع الأول: حال المفقود الموجبة للخيار

المفقود لغة اسم مفعول من فقد إذا ضاع، والمفقود هو من غاب وانقطع أثره. قال ابن منظور: فقد الشيء عدمه¹، ومنه في التنزيل: "وتفقد الطير..."² وقوله سبحانه: "قالوا نفقد صوع الملك"³، ويعتبر مفقوداً شرعاً من غاب في حرب أو سلم فانقطع خبره وخفي أثره ولم تعلم موته من حياته.

قال ابن عرفة: المفقود من انقطع خبره،⁴ ممكن الكشف عنه⁵.

وانطلاقاً من حد بن عرفة رحمه الله هذا يمكن التساؤل هل كل من فقد تمنح زوجه

شرعاً حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة؟

لرفع هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

¹ لسان العرب لابن منظور مادة فقد، ط صادر، ط 2003م.

² جزء من الآية 20 من سورة النمل.

³ جزء من الآية 72 من سورة يوسف.

⁴ تضمن الحد فصلين أحدهما لإخراج الأسير والمحبوس الذي لا يمكن الكشف عن حاله فلا واحد منهما له حكم المفقود شرعاً.

⁵ المختصر الفقهي لابن عرفة 475/4 م س.

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن زرب عن زوج أسير بدار الحرب منذ سبع سنين له ما ينفق منه على زوجه لكن ضمن بعقد الصداق أن الزوج لا يغيب عن زوجه إلا سنة بالأندلس وبالمشرق سنتين فهل للمرأة الفرقة أخذاً بشرطها أو لغياب زوجها؟

فأجاب: لا أرى على المأسور غيبة توجب للمرأة الأخذ بشرطها.¹

ب- وسئل ابن أبي زيد القيرواني: عن امرأة أسير في دار الحرب تعلم حياته ولا يوجد سبيل للإرسال إليه، ولا يبعث هو بنفقة.

فقال الصواب عندي أن يجتهد لها الإمام ويستأني به قليلاً وتطلق عليه.²

ج- وسئل عبد الحميد ابن الصائغ³ عن امرأة تدعى أن زوجها غاب غيبة انقطاع وتطلب من القاضي تزويجها. فهل تطلق عليه؟

فأجاب: بأنه ينظر في حالها ويتبين فيه ويتلوم حتى ييأس من معرفة صدقها أو كذبها ومن حال الزوج ومكانه وكونه لا مال له ويتبين كونها طارئة من مكان بعيد يتعذر كشف حال زوجها، فتحلف اليمين وتطلق نفسها شريطة أن يقال إن كان الأمر كما ذكرت.⁴

د- وسئل ابن السراج⁵: عن جماعة من الفرسان فقدوا في المعترك منذ عامين ونصف وثبت بالسماع الفاشي المستفيض أنهم قتلوا، هل يجوز تزوج نسائهم وقسم أموالهم؟

فأجاب بما نص معناه: إذا ثبت فيمن فقد أنه كان في المسكر متوجهاً للقتال ورؤى في المعترك يصح الحكم بموته وقسم ماله وتزوج امرأته سواء شهد فيه على التخصيص أو بالسماع المستفيض أنه مات، وذكر أن القاضي ابن الحاج أفتى في رجل فقد في بعض

¹ الأحكام للشعبي ص 402 م س.

² كتاب الأحكام لابن القاسم الشعبي المالكي ص 467 م س ولم أقف على ذات النازلة في فتاوي الإمام بتحقيق الدكتور الأحمر، فقد تضمن أحكام الأسرة ابتداء من الصفحة 198 إلى 234.

³ ابن الصائغ هو أبو محمد عبد الحميد ابن محمد القيرواني ولد سنة 406 تتلمذ على يديه خلق كثير منهم الإمام المازاري وله تعليق على المدونة وأدرك أبا عمران الفاسي وليس له عنه رواية وتفقه من ابن العطار توفي 486هـ الديباج 260/1 حرف العين م س.

⁴ المعيار 112/3 مس بتصرف.

⁵ ملحوظة: يحمل هذا اللقب أكثر من علم منهم بن السراج بالتعريف الأندلسي المتوفى سنة 848 صاحب كتاب فتاوى مطبوع بتحقيق محمد أبو الأجناف طبع سنة 2006 وقد نقلت الفتوى من المعيار وهي فيه حيث أشير بين فتوى اللخمي وابن الحفار الأندلسيان وذكر الونشريسي ابن السراج بدون نسبة فانبدر إلى ذهني أنه الوزير قاضي الجماعة أبو مروان عبد الملك ابن السراج ابن عبد الله ابن السراج الأموي مولا هم الأندلسي قاضي قرطبة ومفتيها توفي سنة 456 هـ، لكن تبين لي أن الفتوى ضمن فتاوى ابن السراج المتوفى سنة 848 هـ، لكنه نسبها لابن الحاج التوجيبي وهو من أعيان المائة الخامسة فأبقيت عليها.

المواقع بين المسلمين شهد في تلك الواقعة أنه رئي في المعسكر وبالسماع الفاشي أنه مات، بأن يحكم بموته من يوم الشهادة ولا يعمر كالمفقود، وليس لزوجها نفقة في ماله فهي في حكم المتوفى عنها زوجها.¹

-ه- سئل ابن رشد: عمن فقد في الفتنة إذا رفعت امرأته أمرها للقاضي كم من الأجال يضرب لها؟

فقال: الذي أراه في ذلك وأعتقده مما قيل فيه أن يتلوم لامرأته من يوم رفع أمرها سنة كاملة يبحث فيها عن أمره إن لم يوقع له على خبر اعتدت امرأته وتزوجت إن شاءت وقسم ماله بين ورثته. وإن كان لها شرط في المغيب أخذت بشرطها وطلقت نفسها، ونفذ ذلك من فعلها إن لم يكن في البلد حاكم وعدتها بالأقراء أو بالأشهر.²

وهكذا بنظر تأملي في النوازل المذكورة أعلاه لفقهاءنا - رحمهم الله - نجد ابن زرب لا يعتبر غيبة الأسير موجبة لخيار الفرقة وإن طالبت المرأة ذلك ما دام له مال ينفق منه على أهله، كما لا تمكن من الأخذ بشرطها لإنهاء الرابطة الزوجية.

مما يفيد أن الإخلال الاضطراري بالشرط لا يوجب حقا للمشتراط لفائدته وهو كذلك للنص³، لكن ابن أبي زيد جعل أمر الأسير الذي لم يخلف نفقة ولا أرسلها - والإرسال منه متعذر - موكلا الاجتهاد الإمام بما يراه مناسبا. لأن الإعسار بالنفقة قد يكون بمفرده موجبا لخيار الفرقة علاوة على الفقد.

بينما ذهب ابن عبد الحميد في المدعية أن زوجها غائب غيبة انقطاع طالبة النكاح أن القاضي بعد التأكد واستقراء حال النازلة يحلفها وتطلق نفسها إذا توفرت شروط ستة، وإذا ثبت عكس دعواها بطل ما استوجبه بها، لأن تعارض البيانات يسقطها.

¹ نفسه 240/4 بتصرف.

² فتاوي ابن رشد 1400/3 م س، وكذا فتاوي البرزلي 480/2 مع اختلاف في الصياغة.

³ أقصد الآية الكريمة: "فمن اضطر في باع ولا عاد فلا إثم عليه" الآية 173 من سورة البقرة وحديث: "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" أخرجه ابن ماجة في أبواب الطلاق تحت باب طلاق المكره والناسي باب 16 حديث رقم 2043 معنى الحديث صحيح مجمع عليه لكن اختلف في سنده كثيرا بين مضعف ومحسن وراى بالترك، وقد وجد في سند ابن ماجة هذا -رحمه الله- ثلاثة من المترولين أبو بكر الهذلي وأيوب ابن سويد وشهر ابن حوشب لكن فيه رواية بلفظ إن الله وضع عن أمتي صحيحة السنن إلا أنها منقطعة، لسقوط الوساطة بين بن عباس -رضي الله عنهما- وعطاء ابن رباح وهو حميد بن عمر.

أما جواب ابن السراج المعتمد على قضاء ابن الحاج فقد ميز بين المفقود في ظروف استثنائية كالحروب ولو كانت أهلية والمفقود في ظروف عادية، مما يستفاد منه أن المفقود ليست له حال واحدة، إذ لكل خاص خصوصيته ولو في ذات التعيين.

في حين اختار ابن رشد أن المفقود في المعتكك تتربص زوجته سنة كاملة بعد رفع أمرها للسلطان، وبعدها يكون في حكم الميت في ماله ونفسه، لكن امرأته تعتد بالأقراء أو الأشهر، أي كالمطلقة لا كالمتوفى عنها زوجها، مما يشعر أن في المسألة خلافا ولاسيما في تكييف حال المفقود فيما يحكم به عليه.

ترى إلى أي حد كانت هذه الأجوبة بتنوعها في المسألة الواحدة مجسدة لما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن الوقوف عليه بحول الله من خلال النقطة الموالية:

ثانيا: التأصيل

جاء في المدونة عن ابن القاسم أن قول مالك في الأسير في أرض الحرب إنه ليس بمنزلة المفقود فلا تتزوج امرأته حتى ينتصر أو يموت وإن جهل موضعه ما لم يرتد طائعا غير مكره، لكن إن جهل وجه تنصره فرق بينه وبين زوجته وأوقف ماله حتى يرجع أو يموت فيكون في بيت مال المسلمين.¹

ومثل قول مالك نقل عن ربيعة بن عبد الرحمن وابن شهاب: في الأسير ينتصر ولا يعلم أتتصر طائعا أو مكرها، ويفرق بينه وبين زوجته ويوقف ماله.²

وعن ابن القاسم: امرأة الأسير لا تؤجل كامرأة المفقود ولا تنكح إلا أن يصح موته أو تنصره ولو لم يعلم أطائعا أو مكرها تنصر فيفرق بينهما.³

إذا اختلف حال الأسير عن المفقود فهل أحوال المفقود على صورة واحدة في الحكم؟ روى عيسى عن ابن القاسم أن المفقود عند مالك على ثلاثة أوجه:

¹ المدونة الكبرى 45/3 بتصرف م س

² نفسه.

³ الجامع لابن يونس 512/4 م س.

أحدها: مفقود لا يدري موضعه فهذا يكشف عنه الإمام ويضرب له بعد الكشف أربع سنين ثم تعتد زوجته بعد الأجل عدة الوفاة ولها جميع الصداق وتزوج إن شاءت.

الثاني: مفقود في صف المسلمين في قتال العدو، فهذا توقف زوجه وماله حتى يأتي عليه أمد التعمير.

الثالث: مفقود في فتن المسلمين بينهم لا يضرب له أجل، وإنما يتلوم الإمام لزوجته بالاجتهاد ما لم تكن الفتنة التي فقد فيها بعيدة عن بلده، فنتربص زوجته سنة¹. ووردت الرواية في الجامع عن ابن القاسم².

وفي التبصرة: المفقود في قتال المشركين في أرضهم مختلف فيه في المذهب:

فقد قال مالك في العتبية: هو كالأسير، وروى عنه أشهب أن امرأته تتربص سنة من يوم نظر السلطان لها. وفي كتاب محمد: هو كالمفقود بأرض الإسلام في حكمه³.

علق اللخمي بقوله: أرى إن كانت المعركة في أرض الإسلام أن تكون العدة واقتسام المال من يوم افتراق الجيشين، إلا أن يعلم مسيره إليهم فيكون كالأسير⁴، مما يفهم منه أنه رجح قول مالك في العتبية.

وقال ابن الحبيب كالمفقود في معارك المسلمين بينهم. لكن امرأته تعتد عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج ويؤخر ميراث ماله إلى أمد التعمير⁵.

وجدير بالبيان في هذا المقام أن السادة المالكية: اختلفوا في أمد التعمير للمفقود اختلافا واسعا. أدناه سبعون سنة وأعلاه مائة واختار أبو الحسن اللخمي من الأقوال أن السبعين أحسن فيمن فقد وهو شاب أو كهل وإن فقد وهو ابن سبعين سنة زيد في ذلك قدر ما يرى من حاله يوم فقد، فقد يرى أن السبعين أتت عليه وهو صحيح البنية مجتمع القوى وآخر أتى عليه الضعف فليس أمرهما سواء⁶.

¹ النوادر والزيادات 245/5 بتصريف.

² ورد في الجامع أن القول اجتهاد بن القاسم ولم ينسب لمالك، الجامع 513/4.

³ التبصرة لأبي الحسن اللخمي 2250/4 بتصريف.

⁴ المصدر نفسه.

⁵ الجامع لابن يونس 513/4 م س.

⁶ التبصرة لابن الحسن اللخمي 2250/4 م س.

وقال ابن عبد البر مدة التعمير بين السبعين والثمانين وهي أعدل ما قيل في
المسألة¹.

هو جميل في رفع الحرج، إلا أن القاعدة في الشرع: الاحتياط في الخروج من
الحرمة إلى الإباحة أشد منه في العكس².

لكن كيف لو شهدت بيعة في شخص وجد في مكان هلاك ثم خفي أمره هل يكون له
حكم المفقود؟

ففي كتاب ابن سحنون: أن سحنونا قال: في رجل رئي في المعركة بشهادة العدول
ثم لا يدرون ما فعل الله به، له حكم الميت وإن لم يشهد بموته، و وافقه ابن حبيب: إن كانت
المعركة في بلده، أما إذا كانت في غير بلده، فتتربص امرأته سنة ثم تعتد، ويؤخر ماله إلى
أمد التعمير³.

ونقل عن مالك أنه أفتى: في أناس أصابهم بطريق مكة سعال فكان الرجل لا يسعل
إلا سيرا حتى يموت ، فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت، أن تقسم أموالهم ولا يضرب لهم
أجل مفقود ولا غيره⁴.

وذكر أبو محمد في اختصار المدونة: أن قول أصبغ: فيمن أدرّب⁵ في البر إلى دار
الحرب إنه ليس كالمفقود في ضرب الأجل، وأما القادم إليها في البحر فكالمفقود في أجله،
وأن قول أشهب: المدرب في البر إلى بلاد الحرب كالمفقود في بلاد الإسلام، ولا أقول به⁶.
ولما سكت عن قول أصبغ وقدمه فلعله الأرجح عنده، والله أعلم.

وفي التفريع: من فقد في معركة كان فيها قتل فلم يعلم خبره يجتهد الحاكم في أمره ثم
يأذن لامرأته في النكاح بعد العدة⁷.

وعموما فالمفقود من حيث حال فقدته على أربعة أوجه:

1 الكافي فقه أهل المدينة ص 261 م س.

2 قواعد الفقه على مذهب مالك للمقري: القاعدة 514 ص 295 م س.

3 النوادر والزيادات 246/5 م س بتصريف.

4 التبصرة 2254/4 م س.

5 قال الجوهرى أدرّب القوم إن دخلوا أرضا من بلاد الروم الصحاح 125/1.

6 اختصار المدونة 122/2 مس بتصريف.

7 التفريع لابن الجلاب 109 /2 م س.

الأول: المفقود في بلاد الحرب فهو عند أصحاب مالك كالأسير لا تزوج امرأته ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش لمثله خلافا لأشهب.

الثاني: مفقود في صف المسلمين في قتال العدو، ذكر ابن رشد أن فيه في المذهب أربعة أقوال:1

أحدها: أن له حكم الأسير في زوجه وماله إلى أمد التعمير، وهو رواية ابن القاسم عن مالك في سماع عيسى.

ثانيها: أنه يتلوم له سنة ويحكم له بحكم المقتول وهو رواية أشهب.

ثالثها: يحكم له بحكم المفقود في جميع أحواله حكاه عن ابن المواز وعابه.

رابعها: أنه يحكم له بحكم المقتول في زوجه، وبحكم المفقود في ماله، وهو مروى عن ابن حبيب، اعتبره ابن رشد - رحمه الله - بعيدا في الاستدلال لكن له وجه اعتبار لو تؤمل.

الثالث: مفقود في حرب المسلمين في الفتن التي تكون بينهم، فلا يخلوا أمره من حالتين اثنتين:

إحدهما: أن تشهد بينة عادلة أنه شهد في المعترك بين الصفوف فالمذهب فيه على أربعة أقوال:2

أولها: يحكم له بحكم الموت من غير أجل وهو قول سحنون في العتبية.

ثانيها: تتربص زوجه سنة كاملة، وهو رواية أشهب وأحد قولي ابن القاسم.

ثالثها: التمييز بين قرب مكان المعترك وبعده، فالقريب تتربص امرأته باجتهاد الإمام، وما بعد فمدة التربص سنة، وهو قول مالك في العتبية وكتاب ابن المواز.

رابعها: بعيد المكان في حكم المفقود بخلاف القريب، وهو قول مالك في كتاب

محمد.

1 المقدمات الممهدة لابن رشد 534/1 م س بتصرف.

2 لمزيد تفصيل ينظر كتاب مناهج التحصيل للرجاجي 239/4 وما بعدها م س.

الثانية: أن تشهد بنية عادلة، أنه خرج مع المعسكر لكنه لم يرى في اللقاء فهذا حكمه حكم المفقود في أرض الإسلام في جميع أحواله وأحكامه.

الرابع: مفقود في بلاد المسلمين فلا خلاف في المذهب فيه أن زوجه تتربص بعد رفع أمرها للسلطان أربع سنين ثم تعتد وتحل للأزواج ويوقف ماله إلى أمد التعمير خلافاً للشافعية والحنفية ومن معهم، على تفصيل يأتي في الدراسة.

أما المفقود في حال الأوبئة ففيه في المذهب روايتان إحداهما كالمفقود والأخرى أنه محكوم له بحكم الميت وهو مشهور المذهب.

ترى ما المسوغ الذي جعل المالكية يحكمون في المفقود بهذا الحكم؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثالثاً: دراسة

لقد اختلف الفقهاء اختلافاً واسعاً في فقد الزوج هل هو سبب موجب للخيار أم لا؟ جملة قبل اعتبار نوع المفقود وحال الفقد ولعل الخلاف راجع إلى معارضة استصحاب الحال للقياس. فالأصل الشرعي بقاء ما كان على ما كان.

فاستصحاب الحال موجب أن الرابطة الزوجية بين الزوجين لا تنتقل في الأصل إلا بطلاق أو موت أحدها، فلا تنحل إلا بأحدهما إلا إذا دل دليل من الشرع على خلاف ذلك وهو ما لا يوجد في المسألة.

أما القياس فقياس حال زوج المفقود على من يحب لها الخيار شرعاً للجنة أو الجنون أو الإيلاء فقد ثبت الخيار في الإيلاء بنص القرآن وكذا أجمع الناس على مجموعة من العيوب الموجبة للخيار، لكن من تأمل علة الخيار في زوج المفقود وجدها أظهر فيها من غيرها، والأصل في قياس العكس، أن ما أعطى للمثل يعطي للمائل حكماً.

أليس زوج العنين والمولى لا ينقصهما من حقوق الزوجية إلا حق الفراش ومع ذلك وجب لهما الخيار شرعاً وزوج المفقود قد شاركتها في ذات العلة وزادت عليها علائق أخرى.

لكن رغم ذلك ظل الخلاف بعيد الشقة بين الفقهاء قال ابن بطال: مذهب علي والثوري وأبي حنيفة والشافعي أن المفقود لا تنكح امرأته ولا يفرق بينها وبينه حتى تتيقن وفاته أو ينقضي تعميره، وسبيل زوجه سبيل ماله¹.

وهو اختيار البخاري حيث بوب لذات المعنى بابا ساه حكم المفقود في أهله وماله.

وذكر تحته حديث زيد بن خالد في اللقطة والضالة، ووجه المناسبة بين الترجمة والحديث أن الجهل بالمفقود وبمكانه لا يزيل ملكه عن ماله، ويظل محبوسا عليه. وكذلك عصمته على زوجه لأن الزوجية بينهما ثبتت بيقين فلا ترفع إلا بيقين مثله، لأن الحكم الشرعي لا بدله من سبب شرعي².

وفي المقابل ذهب مالك وأهل المدينة وإسحاق إلى أن زوج المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل للأزواج وهو رأي عمر - رضي الله عنه - وجماعة من الصحابة³- رضوان الله عليهم-.

لكن إذا كان الفقد موجبا للخيار بنفسه، فما العلة في تربص أربعة أعوام؟

ذكر الرجراجي: أن الأربعة أعوام إنما أخذت بالاجتهاد لأن الغالب فيمن كان حيا، لا تخفى حياته مع البحث عنه أكثر من هذه المدة، فوجب الاقتصار عليها، لأن الزيادة فيها والنقصان منها خرق الإجماع فالعلماء في زوج المفقود على مذهبين أحدهما لا تتزوج حتى تعلم حياته من موته أو يأتي عليه أمد التعمير، والثاني أنها تتربص المدة المذكورة ثم تعتد وتحل للأزواج.

فلا يجوز إحداث قول ثالث في المسألة كما هو عند أهل الأصول⁴ لكن فيه نظر فقد وردت آثار تدل على خلاف ذلك إلا أنها لم تصح، منها رواية خلاص عن علي رضي الله عنه، أن امرأة المفقود يطلقها ولي زوجها.

قال ابن عبد البر: أحاديث خلاص عن علي منقطعة ضعاف وأكثرها منكرة¹.

¹ شرح ابن بطال على صحيح البخاري 365/7 م س.

² قواعد الإمام المقري القاعدة 519، ص 297 م س.

³ شرح ابن بطال على صحيح البخاري 365/7 م س.

⁴ مناهج التحصيل 223/4 م س بتصرف.

قد يقال لماذا يفرق بين الأسير والمفقود ولزوجيهما نفس الموجب وهو الفقد؟

قال الإمام أبو بكر الأبهري: وجه التمييز بين المفقود والأسير، أن الأسير غير مختار لترك الرجوع إلى زوجه ولا قاصد لإدخال الضرر عليها فلا يجوز رفع نكاحه. فهو كالذي لا يقدر على الوطء لعدة به، أما المفقود فلا يعلم له عذر بالتأخير ولا له سبب ظاهر يمنعه من الرجوع كالأسير.²

فإذا ترجح أن أحوال المفقود مختلفة، وليس مطلق الفقد موجب لخيار إنهاء العقد بإرادة منفردة، فهل أحكام زوج المفقود كذلك تختلف من امرأة لأخرى؟ ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثاني: من أحكام زوج المفقود

من المسلم أن للرابطة الزوجية حقوقاً تنبني عليها وأحكاماً تلحقها، وحلها كذلك. ولا سيما إذا تم بإرادة منفردة. فهل ما يلحق زوج المفقود من أحكام هو نفس ما يلحق كل امرأة أنهت رابطة الزوجية بإرادة منفردة؟

لإيضاح هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن أبي زيد القيرواني عن امرأة المفقود إذا اعتدت عدة الوفاة هل لها الخيار بين أن تقيم على الحياة الزوجية أو تتزوج أم لا؟

فأجاب: نعم وليس ذلك طلاقاً، فهي في العصمة ما لم تتزوج، لأنه أحق بها إن قدم بعد تزويجها ما لم يدخل بها.³

ب- وسئل أبو عمران الفاسي عن زوجات المفقود يضرب الإمام الأجل لواحدة منهن هل يجزئ ذلك لجميعهن؟

فأجاب: لا يضرب للثانية الأجل حتى ترفع أمرها للحاكم من غير كشف عن أمر

المفقود.¹

¹ الاستذكار لابن عبد البر 131/6 م س.

² نقلاً عن شرح ابن بطال 366/7 م س.

³ فتاوى ابن أبي زيد القيرواني 218/1 م س وكذا المعيار 258/3 بتصريف، وفتاوى البرزلي 320/2 م س.

-ج- وسئل أيضا: عن أخبرها العدول أن زوجها الغائب قد مات فاعتدت وتزوجت قبل أن ترفع أمرها للسلطان هل يفسخ نكاحها؟

فأجاب بما مضمونه الآتي:

لا يفسخ نكاحها إذا كانت البينة عادلة والأمر على الصحة حتى يظهر العكس، ولا يلزمها مع شهادة عدلين أن ترفع أمرها للحاكم، ولها التزوج، فإن ظهرت حياة الغائب ردت إليه على كل حال².

-د- وسئل ابن رشد: عن زوج المفقود في الفتنة إذا أخذت بشرطها فطلقت نفسها كم تعتد؟

فأجاب بما نص معناه: أنها تتلوم سنة كاملة من يوم رفع أمرها للحاكم، وتعتد بالأقراء إن كانت من أهل الحيض أو بالأشهر إن كانت يائسة أو في حكم اليائسة³.

-ه- وسئل الإمام المازري من قبل قاضي قفصة، بما مضمونه هل يمكن للزوجة أن تطلق نفسها من غائب لمجرد حاجتها للوطء؟ وذلك بعدما أجاز القاضي الطلاق وأوقعه.

أجاب بما نص معناه: أنه ما نقل عن الأئمة المقتدى بهم قط جواز التطلق على غائب دخل بزوجه ثم غاب عنها وله مال ينفق عليها منه ولا يسمح بحل العصمة بتخوف الضرر اللاحق للنساء من جهة عدم الوطء مستدلا بأية الإيلاء وأقضية الصحابة ومسائل الإجماع⁴.

وهكذا من خلال الأجوبة السالف ذكرها لفقهاءنا -رحمهم الله- في نماذج من أحكام المرأة المفقود زوجها أن الضرر المترتب على فقد الزوج ليس موجبا لخيار حل الرابطة الزوجية على وجه الإطلاق وإنما تراعى مصلحة المفقود في الضرر الذي لم يكن مختارا لإيقاعه، كما أن خيار الإنهاء متوقف على إرادة من له الحق في ذلك.

¹ نوازل أبي عمران الفاسي ص 123 م س.

² المعيار 210/4 م س بتصرف.

³ فتاوى ابن رشد 1410/3 م س.

⁴ فتاوى الإمام المازري 164/1 وما بعدها بتصرف م س.

فقد اعتبر ابن أبي زيد القيرواني، خيار الفرقة متوقفا على إرادة الزوجة فهي في العصمة ما لم تتزوج قياسا على حق المفقود فيها إذا قدم ولم تتزوج، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يحدث ناقل شرعي.

كما اعتبر أبو عمران الفاسي، أن لكل واحدة من زوجات المفقود أجلا بعد رفع أمرها للحاكم لأن كل واحدة مختارة بين البقاء في العصمة أو طلب الفرقة، إضافة إلى ذلك جعل البينة العادلة بمثابة حكم الحاكم ولو لم يرفع الأمر إليه في إباحة تزوج من أخبرتها البينة العادلة بموت زوجها بعد انتهاء عدتها.

بينما أجاب ابن رشد في زوج المفقود ذات الشرط في الفتنة: أنها تتلوم سنة كاملة ثم تعدد عدة المطلقة، كأنه غلب خيار الشرط فجعله الموجب للفرقة إلا أن حكمه بالتلوم سنة يوحي بأنه أجرى الأمر على الفقد، وهو موجب لعدة الوفاة، مما يجعل الفتوى محل إشكال ما لم تكن إجراء احتياطيا، لكن أليس الأصل أن الشخص لا يلزم إلا بما ألزمه الشرع إياه؟

أما المازري فاعتبر الحاجة إلى الوطاء ليست موجبا لخيار الفرقة على الغائب بحال من الأحوال بالتعليل والاستدلال، أمرا من قضى بذلك بنقض حكمه.

فإلى أي حد انسجمت هذه الأجوبة وما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الآتي:

ثانياً: التأصيل

ورد في المدونة أن مالكا قال في امرأة المفقود وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها للسلطان ينظر في أمرها ثم يضرب لها الأجل من تلك الساعة، ثم تعند بعد انتهائه أربعة أشهر وعشراً.¹

وروي عنه أيضاً، إذا كان للمفقود امرأتان فرفعت إحداها أمرها إلى السلطان فضرب لها الأجل ثم بعد ذلك رفعت المرأة الأخرى أمرها، استأنف لها ضرب الأجل.

لكن قال ابن يونس عقبه: ضرب الإمام الأجل لواحدة من نساء المفقود كضربه لجميعهن²، ومثله نقل ابن شاس أن يحيى بن عمر روى عن ابن القاسم: أن ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضرب لجميعهن³.

وسئل ابن القاسم عن غاب عنها زوجها فزعمت أنه نعي إليها ولم ترفع أمرها إلى السلطان ولم يكن ذلك فاشياً، فتنكح زوجها غيره هل عليها الرجم؟

فقال: لا أرى عليها رجماً وكذلك قال مالك. لكن يفسخ نكاحها الثاني وتعتد من مسيسه، ويكون الأول أحق بها إن شاء أمسك وإن شاء طلق.⁴ وقال ابن رشد وهذا مما لا خلاف فيه.

ونقل ابن يونس الصقلي عن أبي بكر ابن عبد الرحمن، إذا ضرب الأجل لامرأة المفقود واعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمته فليس لها ذلك، لأنها صارت مباحة للأزواج، ولا حجة في كونه لو قدم حياً كان أولى بها، لأنها لو ماتت بعد العدة لم يكن له منها ميراث.⁵

ومثله نقل عن أبي عمران الفاسي، بناء على أنها لا يحق لها إسقاط ما وجب لها باختيارها، إلا أن ذلك متاح لها خلال مدة التربص، وذكر ابن رشد: أن زوج المفقود إذا

¹ المدونة 39/3 م س.

² الجامع لابن يونس 502/4 بتصريف.

³ الجواهر لابن شاس 599/1 م س.

⁴ البيان والتحصيل 471/3 م س بتصريف.

⁵ الجامع لابن يونس 505/4 م س.

ضرب لها الأجل واعتدت لا يمكنها أن تبقى على العصمة بعد انتهاء العدة، وإنما ذلك لها قبل تمام الأجل خلافا لابن حبيب.¹

لكن ماذا لو تزوجت وظهر المفقود حيا؟ أيكون استحلال الفرج بإذن السلطان بمنزلة عقد النكاح؟

سئل ابن القاسم: عن زوج المفقود إذا ضرب لها السلطان الأجل ثم اعتدت أيكون فراقها تطلقاً؟

فقال: إذا تزوجت ودخل بها زوجها فهي تطليقة وإن قدم زوجها قبل النكاح منعت منه، وإن نكحت قبل الدخول فرق بينها وبين الثاني وأقيمت على زواجها الأول.²

وقال مالك: في من حكم بفقد زوجها فتزوجت فمات عنها ثم ظهر الأول حيا فأراد تزوجها فهي عنده على طلقتين ما لم يكن طلقها قبل ذلك. وكذلك الأمر لو طلقها الثاني.³

ومن كتاب ابن المواز: إذا قدم المفقود وقد بنى بها الثاني فهو أحق بها وتلزم المفقود طلاقاً ولو فارقها الثاني لم يكن للمفقود إليها سبيل إلا بنكاح جديد.⁴

وعن ابن المواز أيضاً: إذا تزوجت امرأة المفقود ودخل الزوج فوجد النكاح فاسدا يفسخ بغير طلاق، وقدم المفقود فإنها ترد إليه، ولو كان مفسوخاً بطلاق لم ترد إليه أما لو خلا بها وادعى عدم المسيس حرمت عليه وهي للأول بعد الاستبراء بنكاح جديد.⁵

وقال ابن الجلاب: إذا تزوجت امرأة المفقود بعد عدتها ثم قدم قبل الدخول بها ففيها رويتان أحدهما أن الأول أحق والأخرى أن الثاني أحق، لكن إن دخل الثاني فهو أحق ولا سبيل للأول، وإن فارق الثاني أو مات فارتجعها الأول كانت عنده على طلقتين.⁶

¹ المقدمات والممهديات 528/1 م س.

² المدونة 38/3 م س.

³ نفسه 39/3.

⁴ النوادر والزيادات 579/4 م س.

⁵ الجامع لابن يونس 507/4 م س.

⁶ التفریع 108/2 م س.

لكن ذكر القاضي عبد الوهاب عكس هذا فقال: إذ نكحت زوج المفقود ثم قدم رويتان إحداهما أنه لا سبيل له عليها وقد بانت منه دخل الثاني أو لم يدخل. والثانية أنه إذا كان لم يدخل فهي للأول.¹

وفي التهذيب: في زوج المفقود تتزوج بعد التربص والعدة عن مالك قولان.

أحدهما: أن عقد الثاني عليها يبطل حق الأول، وبه أخذ المغيرة.

والثاني: أن الأول أحق بها ولو بعد العقد ما لم يدخل الثاني وبه أخذ ابن القاسم وأشهب.

وقيد أبو سعيد فقال: إذا رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني كانت عنده على الطلاق كله. وإنما تقع عليها طلقة بدخول الثاني أما قبل فلا.²

وقال ابن رشد: لم يختلفوا أنه إذا أتى الأول وقد دخل بها الثاني لا سبيل له إليها، وإن لم يدخل بها الثاني رجعت إليه على العصمة الأولى وعلى جميع الطلاق أو ما تبقى منه.³

وفي هذا الصدد قد يرد الإشكال الآتي: كيف ترد المرأة من عصمة دخلت إليها بعقد صحيح؟ إلى عصمة خرجت منها بحكم شرعي؟

يجاب عنه بأن من تعدد موجهه ليس كمن لم يتعدد. فزوج المفقود وجه رجوعها إلى الأول وإن عقد الثاني عقدا صحيحا. أن الأول جمع بين العقد والدخول فكان أولى.

إذ الأصل كل حكم على المفقود منقوض باكتشاف حياته، أما إذا جمع الثاني إلى العقد الدخول كانت له مزية الحيازة.

هذا وقد خالف اللخمي فقال: وأرى أن يكون العقد في امرأة المفقود فوتا، لأن الحاكم أباح لها الأزواج مع إمكان حياته وما كشف الغيب شيئا أكثر من الذي يظن. فقد قال

¹ المعونة 597/2 م س بتصرف.

² التهذيب لأبي سعيد البرادعي 152/2 م س بتصرف.

³ المقدمات الممهديات 530/1 م س.

الأبهرى وغيره من البغداديين إن الطلاق عليه للضرر الذي يدركها في عدم الوطء وعلى هذا لا يكون أحق بها ولو لم تتزوج.¹

وفي هذا المقام: اختلف إذا دخل الثاني ثم طلقها أو مات عنها وانتهت العدة ثم قدم الأول وكان طلقها قبل غيبته طلقين هل يحلها له دخول الثاني أم لا؟
قال مالك: في المبسوط وأشهب في السلمانية يحلها. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب لا يحلها.²

أما المنعي إليها زوجها فتختلف عن امرأة المفقود، وإن أخذت حكمها في إباحة التزوج لها بكونها دخول الثاني لا يفيتها ولو ولدت منه.

قال أبو سعيد: والمنعي لها زوجها إذا اعتدت ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت إليه وإن ولدت أولادا من الثاني، وليست كأمراة المفقود.³

ولما كانت الأحكام باعتبار الغالب جعل لزوج المفقود عدة الوفاة لأنه لو كان حيا لكان طول البحث وكثرة الفحص كاف للكشف عن حاله، وما خالف هذا الأصل فلربما لخصوصية خاصة.

وهكذا يتحصل مما تقدم بسطه أن زوج المفقود إذا تزوجت بعد الأمد الشرعي فأمرها بنظرين اثنين.

أحدهما: أن يقدم المفقود حيا، وحينها لا يخلو قدومه من أن يكون قبل الثاني أو بعده، فإن كان بعده فقد فانت منه بغير خلاف وإن قدم قبله كان أحق بها على مشهور المذهب، وإن قدم بعد خلوته لكنه ادعى عدم المسيس حرمت على الثاني ولم تحل له إلا أن يكون خاطبا بعد الاستبراء في قول محمد.

الآخر: أن تثبت وفاته فزوجه على تسعة أوجه تبقى زوجة للثاني في الصور الآتية ويفرق بينهما فيما سواها.

¹ التبصرة لابن الحسن اللخمي 2232/4 م س.

² نقلا عن المصدر السابق 2233/4.

³ التهذيب 148/2 م س.

إحداها: أن تتبين وفاته وانقضاء العدة منه قبل التزوج بالثاني، فهي ورثة في الأول زوجة الثاني.

الثانية: أن يكون موته بعد العدة ودخول الثاني معاً، فلا ميراث لها في الأول وهي زوجة الثاني.

الثالثة: إذا جهل التاريخ ودخل الثاني لا ترث الأول وتظل زوجة للثاني للقاعدة لا فرقة ولا ميراث بالشك.

لكن اختلف من هذا الباب إذا كان للمفقود أكثر من زوجة هل تستأنف مدة التربص للثانية بعد ضربها للأولى أم لا؟ وكذلك لو اختارت زوجه البقاء في العصمة بعد العدة هل لها ذلك أم لا؟

كما اختلف فيما يفتيها على الأول هل دخول الثاني أم عقده؟ أم انتهاء العدة منه؟

ترى إلى أي حد كان للسادة المالكية مستند شرعي يرد قول المخالف؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة التالية:

ثالثاً: دراسة

لقد أثارت الأحكام المرتبطة بزواج المفقود خلافاً فقهيًا واسعاً، وفي مقدمته تسوية خيار الفرقة لها فتنتهي الرابطة الزوجية بإرادة منفردة، فهل حكم الحاكم يقوم مقام العقد والفسخ؟¹

فقد اعتبر الشافعي في الجديد وأبو حنيفة وأصحابه أن امرأة الغائب تظل امرأته حتى تتيقن موته استصحاباً لحال العقل والشرع معاً.

أما مالك وأصحابه فقد حكموا لزواج المفقود بخيار إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة معتدة عدة الوفاة بعد تربص المدة المذكورة، وعلل ذلك الشيخ أبو محمد بقوله: قول مالك في تربص زوج المفقود له فيه سلف من الصحابة -رضوان الله عليهم- منهم عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وهم سرج البلاد وأئمة العباد ومن التابعين ما لا أحصي، وتشهد من الكتاب أدلة فصيحة ومن الحديث آثار صحيحة على صحته اعتباره.²

فقد روى مالك في الموطأ: أن عمر ابن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدري أين هو فإنها تنتظره أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل.³

وفي سنن البيهقي: أن عمر ابن الخطاب ضرب للمفقود من يوم جاءته امرأته أربع سنين ثم أمرها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تصنع في نفسها ما شاءت إذا انقضت عدتها.⁴

وقال مالك في زوج المفقود: إذا تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها.⁵

¹ قواعد المقرري القاعدة 560 ص 308.

² الدب عن مذهب مالك في غير شيء من أصوله وبعض مسائل من فروعه وكشف ما ليس به بعض أهل الخلاف وجهله من حاج الأسلاف لابن أبي زيد القيرواني 689/2 وما بعدها، تحقيق ودراسة محمد العلمي، ط الرابطة المحمدية للعلماء ط1، 2011.

³ الموطأ برواية يحيى كتاب الطلاق باب عدة التي تفقد زوجها رقم 1219 ص 323.

⁴ سنن البيهقي.

⁵ الموطأ برواية يحيى ص 134 م س.

لكن نقل ابن عبد البر أن ابن القاسم سمع مالكا يقول الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني قبل موته بعام، وهو قول ابن القاسم وأشهب، وبقوله الأول أخذ المغيرة وابن كنانة وابن دينار.¹

وحيثما تعارضا عن عالم قولان فالمأخوذ عنه هو الثاني.

إلا أنه أورد في الموطأ أنه بلغه عن عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها. فلا تبلغها رجعتة وقد بلغها طلاقه إياها فتزوجت: أنه إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي طلقها إليها، قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا وفي المفقود².

لكن ابن عبد البر نقل في الاستذكار: أن رجلا من أهل نجد طلق زوجته واحدة أو اثنتين ثم أشهد على الرجعة فلم تبلغها حتى انقضت عدتها ثم تزوجت فجاء إلى عمر ابن الخطاب فكتب له إلى أمير مصر إن كان دخل بها الآخر فهي امرأته. وإلا فهي امرأة الأول.

وقال علي هي للأول دخل الثاني أو لم يدخل.³

أما إذا قدم قبل نكاحها فالإجماع منعقد أنها زوجته لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن ..."⁴ فهذه نصوص، وإن اختلفت فقد اتحدت في أن من غاب عنها زوجها وانقطع خبره عنها يمكنها رفع أمرها للسلطان لإنهاء الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة.

لكن يظل الاعتراض من المخالف واردا كيف تحدث الفرقة بين امرأة وزوجها هي خلاف ما نص عليه كتاب الله تعالى ويزداد الاعتراض خرقا عندما يقال كيف يحكم على المفقود في زوجه بحكم الأموات وفي ماله بحكم الأحياء. أليس الضدان لا يجتمعان؟ فما بال النقضان؟

¹ الاستذكار لابن عبد البر 134/6 م س.

² الموطأ برواية يحيى كتاب الطلاق باب عدة التي تفقد زوجها ص 324.

³ الاستذكار لابن عبد البر 136/6 م س.

⁴ سورة البقرة الآية 226.

يقابل هذا الاعتراض بالإشكال الآتي أليس من المجمع عليه شرعا في الاستدلال أن الضرر يزال لقوله صلى الله عليه وسلم " لا الضرر ولا ضرار"¹، وبناء عليه أخذت القاعدة: الضرورة تقدر بقدرها.

واختيار المالكية هذا ليس في كل امرأة فقدت زوجها وإنما بموصفات خاصة فيمن لم تصبر وطلبت حقها، فإذا قيل إنهاء العصمة هو حق للزوج بنص القرآن، أوجب أوليس من المسلم عقلا أن حق من له الحق يجب ألا يعطل حقوق الآخرين؟

ثم إن مدة التربص التي هي أربع سنين ليست عدة، وإنما هي احتياط في الإعذار للغائب، وكونها تعتد عدة الوفاة خلافا لصورة عن ابن رشد أن غالب ما يقضي به التصديق المنطقي أنه لا يغيب أحد عن أهله لهذا الحد إلا لعذر وأول عذر يترجح في هذه النازلة. هو وفاته وغيره يظل مرجوحا، والحكم للراجح لا للمرجوح.

ولما كان لا بد من الفرقة فكل فرقة في المدخول بها تستلزم عدة بنص الكتاب والعدة المناسبة لهذه النازلة هي عدة الوفاة.

والمفقود بعد هو أحد رجلين أما ميت زالت عصمته أوحى أضر بزوجه يجب رفع ضرره عنها، ولو كان ضرره لا دخل له فيه.

ومع هذا كله فلنستقرئ العلة في قياس المسألة على سبيل السبر والتقسيم.²

أليست امرأة العنين تطلق عليه بعد الدخول والعلة الموجبة لذلك دخول الضرر عليها لعدم الوطاء وامرأة المعسر بالنفقة تطلق عليه لرفع الضرر، وكذلك المولي تطلق عليه امرأته بعد العدة ولو كره الطلاق بنص القرآن.

والمتلاعنان يفرق بينهما ولو كرهما بالكتاب والسنة والإجماع الذي لا مخالف له، وكذلك يقضى على كل من الرجل والمرأة بالفرقة من العيوب التي تمنع اللذة أو استفاءها، أليس امرأة المفقود أحق بأن تختار نفسها من كل ما ذكر؟ ولو قيس العلة فيها لكانت

¹ الحديث تقدم تخريجه سابقا.

² وهو ما جعله ابن عاصم رحمه الله رابع مسلك للعلة فقال: وبعضها يدرى من استنباط بالسبر والتقسيم للمناط، منظومة مرتقى الوصول إلى علم الأصول، البيت 646.

فحوى الخطاب¹ أما عن التفريق بين زوج المفقود وما له فالفرقة بينه وبين زوجته للضرر الذي لحق بها، أما وراثته فلم يلحقهم ضرر في ماله وهم بعد لاحق لهم فيه إلا بتحقق موته إذ له أن يتصرف في حياته في ماله بما شاء من أنواع التصرف فأقوف عليه مدة التعمير. والأصل في هذا أن لكل خاص خصوصية ولو في ذات التعيين.

أما المفقود في ساحة المعركة فيقسم ماله لان الغالب على من لم يظهر له أثر بعد انتهاء الحرب موته والغالب كالمحقق ما لم يكن موجب شرعي يرفعه.

وللإشارة في هذا المقام فإن من تزوجت ثم ظهر زوجها الأول لا يخلو حالها من أحد عشر صورة في ثمانية منها يفوتها عقد الثاني على الأول بالدخول في مشهور مذهب مالك رحمه الله وفي ثلاثة لا يفيتها الدخول أبدا ولو ولدت الاولاد.

فأما الصور الثمانية التي يفيتها الدخول فهي كالآتي:

امرأة المفقود إذا تزوجت بعد العدة وضرب الأجل والعالمة بالطلاق دون الرجعة والمعتقة تحت عبد غائب فاختارت نفسها ومن فرق الإسلام بينها وبين زوجها فثبت إسلامه قبلها وزوج الأسير المنتصر كرها، ومن أسلم عن عشر فاختار أربعا فوجدهن من محارمه والغائب المطلق عليه يقدم بحجة.

ومن زوجها وليان كل من رجل. فكل واحد من هؤلاء قدم فهو أحق من الثاني ما لم يدخل الثاني.

وأما الصور الثلاثة التي لا يفيتها الدخول أبدا فهن ثلاث نسوة:

المنعي إليها تزوج من غير إثبات، والمطلق عليه للنفقة فيثبت أن الزوجة أسقطتها عنه، ومن طلق امرأة باسمها ثم تبين أن له زوجتين بذات الاسم.²

هذا عن موجب عدم الاستمرار في العقد الاختياري فماذا عن الموجب الاضطراري؟

¹ فحوى الخطاب أن يكون المسكوت أولى بالحكم من المنطوق.

² انظر النظائر في الفقه المالكي لأبي عمران الفاسي ص 51 وما بعدها باعتناء جلال على الجهاني ط دار البشائر الإسلامية ط1، 2000م/1421هـ.

الفصل الثاني: الموجب الاضطراري لعدم استمرار العقد

الموجب الاضطراري لعدم استمرار العقد هو نتيجة خلل في إحدى مكوناته أو فساد طارئ عليه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

لكن قبل الحديث عن هذا المكون أود التعريف ببعض المصطلحات المكونة له.

إذ الحكم على الشيء فرع تصورهِ.

فالاضطرار مصدر لفعل اضطر، واضطره أحوجه وألجأه والاضطرار الحاجة والضرورة¹، وفي لسان العرب: الضر بالفتح ضد النفع وبالضم الهزال وسوء الحال².

وأما الفسخ فهو من فعل فسخ إذا نفض وأبطل، ومنه فسخ التراب عن نفسه طرحه وألقاه، وفسخ العقد إذا نقضه وأبطله.

وعموماً فالموجب الاضطراري لعدم استمرار العقد، هو الحالة التي يتلبس بها الزوجان أو أحدهما فتجعل استمرار الرابطة الزوجية بينهما أمراً غير ممكن شرعاً ولو اتفقا هما على ذلك، لكون الرابطة العقدية أصبحت بينهما منعدمة. والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، وما يحيل استمرار العقد إما ذاتي فيه، أو شرعي لحق به.

فكان هذا الفصل مبحثان اثنان: الأول في الموجب الذاتي لفسخه. والآخر في

الاستحالة الشرعية اللاحقة به كالاتي:

¹ تعريفات الجرجاني مصطلح 1091، ص 117.

² لسان العرب مادة ضرر فعل اضطر.

المبحث الأول: موجب فسخ العقد لاستحالة ذاتية فيه.

الاستحالة لغة من حال وحال أصله حول فحركت عينه وانفتح ما قبلها فصارت ألفا. ويطلق فعل حال على عدة معان منها: التغيير والانتقال¹، فالاستحالة تغيير العين إلى عين أخرى مغايرة لها²، وفي المصباح المنير استحال الشيء تغيير عن طبعه ووصفه ومن تتبع أقوال الفقهاء في معنى الاستحالة يجدها لا تخرج عن تغيير الشيء من طبعه ووصفه إلى طبع ووصف آخر.

أما الذاتي لكل شيء فهو ما يخصه ويميزه عن جميع ما عداه، وقيل ذات الشيء نفسه³، وموجب فسخ العقد لذاته هو نتيجة خلل في أحد مكونات ماهيته، إما لانعدامه أو لوروده على هيئة مناقضة لطبيعته.

وعليه فالاستحالة الذاتية هي الأمر المنافي لطبيعة العقد يرتبط بأحد أركانه المكونة لماهيته فيجعل من استمراره أمرا مستحيلا إما أبدا أو ما دام ذلك الموجب قائما.

مما يلزم معه الجزم أن العقد الذي ارتبط به موجب لفسخه ليس مفسوخا دائما كما أنه ليس قابلا للتصحيح في جميع أحواله. وإنما يجزم بذا أو ذاك بناء على طبيعة المحيل الذي ارتبط به هل هو قابل للرفع أو ليس كذلك؟

لذلك جاء المبحث في مطلبين اثنين أحدهما في بناء العقد على حال مناقضة لماهيته والآخر في ادعاء موجب اللعان في العقد بعد صحته كما يلي:

¹ تعريفات الجرجاني المصطلح 861، ص 93 م س بتصرف.

² لسان العرب 186/11 مادة حول.

³ معجم التعريفات للجرجاني م 861 ص 93 م.س بتصرف.

المطلب الأول: بناء العقد على حال مناقضة لماهيته

ماهية الشيء ما به قوامه الذاتي، وماهية العقد هي أركانه التي لا يتصور وجوده الشرعي إلا بها. ونقيض الشيء هو ما لا يجتمع معه في الوجود، إذ التناقض هو: تقابل أمرين على سبيل التمانع حيث إذا وجد أحدهما انعدم الآخر، والقاعدة في الباب: المتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان.

وعليه فبناء العقد على حال مناقضة لماهيته موجب لفسخه لانعدام اعتباره الشرعي، وما يناقض ماهية العقد وتؤدي إلى إبطاله متعدد.

لكن طلبا للاختصار اكتفيت بنوعين اعتبارا لأهميتهما: فكان المطلب في فرعين اثنين الأول ارتباط العقد بشرط منافع لطبيعته. والثاني حصول وصف في الصداق منافع لحقيقته كالآتي:

الفرع الأول: ارتباط العقد بشرط منافع لطبيعته

الشرط لغة هو عبارة عما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده، وفي الشرع عموما هو عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا وجوبا¹.

وعموما فالشرط المناقض لماهية العقد، هو ما كان موجبا لأحد الطرفين ما لا يحق له شرعا. أو كان على هيئة غير جائزة شرعا. لكن هل كل شرط منافع لطبيعة العقد يجعل من استمراره أمرا مستحيلا؟ أو يمكن رفع الشرط وبقاء العقد صحيحا؟

لرفع هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن زرب عن زوجة اشترطت على زوجها في عقد النكاح الإنفاق على ابن لها من غيره مدة معينة نفقة معلومة وعلى ذلك انعقد النكاح فهل يجوز وفيه هذا الشرط؟

¹ تعريفات الجرجاني المصطلح 998، ص 108 م س.

فأجاب: هذا الشرط غير جائز، فإن فات النكاح بالدخول جاز وكان لها صداق مثلها وسقط الشرط، وإن أدرك قبل أن يدخل فسخ.¹

-ب- وسئل السيوري: عن تزوج امرأة بمهر وشرط على أمها أن تعطيه نصف دار لها وجنة هل يجوز هذا النكاح أم لا؟

فأجاب: هذا نكاح وبيع وهو فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، بصداق المثل على مذهب ابن القاسم.²

-ج- وسئل أبو عمران الفاسي: عن تزوج بكرا من أبيها على مأتي دينار والعادة أن يعطيه الأب مائة وخمسين. فمات الأب قبل البناء فهل يتبعه في تركته؟

فأجاب: إذا كانت سنة البلاد ألا يكتب الزوج مائتين إلا على إعطاء الأب مائة وخمسين تكون ملكا للزوج يدفعها إليه عينا أو عرضا فهو فاسد يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، وإن كان إنما يعطيه الأب لتجهيز ابنته فالنكاح جائز وللزوج القيام بذلك.³

-د- وسئل ابن رشد: عن شرط لزوج طائعا عند عقد نكاحها أن من تزوج عليها طالق، فتزوج امرأة فطلقتها عليه ولما انتهت عدتها تزوجها ثانية هل يتكرر عليه الطلاق كلما تزوجها؟

فأجاب: يلزمه فيها الطلاق كلما تزوجها عليها، ولا خلاف في ذلك أعلمه.⁴

-ه- وسئل المازري: عن الزوج يشترط على المرأة أو وليها إيجاب السكنى مدة الزوجية من غير كراء يتبع به في عقد النكاح وأنه الجاري به العرف بزويلة.⁵

فأجاب: بما نص معناه أمد الزوجية مجهولة مدته وبعض الصداق عوض عن الاسكان وما يعاوض به الزوج عنه مجهول فعقده فاسد وبه يكون النكاح فاسدا كذلك يجب

¹ الأحكام لأبي المطرف ص 394 بتصريف م س.

² فتاوى البرزلي 355/2 م س ومثله في المعيار 266/3 م س.

³ المعيار 300/3 بتصريف.

⁴ فتاوى ابن رشد 173/1 م س.

⁵ زويلة: تعرف تاريخيا بزويلة بني الخطاب افتتحها عقبة ابن نافع عام 22 من الهجرة، قال البكري وهي مدينة غير مسورة وسط الصحراء وهي أول بلاد السودان وتدعى فزان بالأعجمية وتقع اليوم في الجنوب الغربي من ليبيا، معجم البلدان ليقوت الحموي 159/3، م س بتصريف.

فسخه على المشهور من المذهب قبل الدخول وبعده فيه خلاف، مستدلا بالقاعدة الأصولية: كل ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب مثله¹.

انطلاقاً من هذه الأجوبة لفقهاءنا- رحمهم الله- يتضح لنا أن الشرط ولو كان في الأصل جائزاً للحديث: "المسلمون على شروطهم"²، فإن وروده على وصف منافض لماهية العقد أو محدثاً خلافاً شرعياً في أحد مكوناته فهو إما موجب لفسخه أو محول لصدقه المعتبر إلى صداق المثل بعد فواته بالدخول.

فقد اعتبر ابن زرب اشتراط النفقة مدة معلومة شرطاً غير جائز مؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول، لأن النفقة عوض عن بعض الصداق، والأسعار ترتفع وتتنوع. فكان الجهل بجزء من الصداق وهو من الأعراض موجب لفساده وإذا فسد ركن من الماهية أدى ذلك إلى بطلانها برمتها.

أما السيوري فجعل اشتراط الزوج على زوجته أو وليها منحة لنفسه ينعقد النكاح عليها صورة لاجتماع النكاح والبيع وهو أحد الأشياء الستة التي لا يجوز في المذهب أن تجتمع مع النكاح في عقد واحد. خلافاً لأشهب وهي المجموعة في قولهم (جص مشنق)³.

بينما اعتبر أبو عمران الفاسي جريان العرف بدفع الأب مقابلاً يكون ملكاً للزوج عوضاً عما بدل من الصداق، مفسداً للعقد. لأنه بمثابة اجتماع الجعل والنكاح في عقد واحد، وهو مما لا يجوز. فكان لسان حال الولي يقول تزوج ابنتي بكذا ولك مني كذا. أما لو كان ما يدفعه الأب شورة تتجهز بها المرأة لبیت الزوجية لما كان موجبا للفسخ.

أما ابن رشد فاعتبر المشتراط لزوج طائعا طلاق الداخلة عليها ملزماً بشرطه لا يرتفع عنه، فكلمة تزوج فسخ عقده وفرق بينه وبين من تزوج ما دامت المتطوع لها بالشرط زوجها له.

في حين جعل المازري العرف السائد يكون جزء من الصداق عوضاً عن سكنى الزوج مدة الزوجية موجبا لفسخ النكاح قبل الدخول من غير خلاف.

¹ فتاوى الامام المازري 164/1 م. س بتصرف

² تقدم تخريجه.

³ وللإشارة فهو مبني عند مالك على قاعدة سد الذرائع ومن فروعها إذ اختلط الحلال والحرام غلب الحرام احتياطاً.

مما يجعلنا نسلم أن النوازل السالف ذكرها متفقة أن كل شرط مناقض لماهية العقد لا يقر صاحبه عليه ويلزم منه فسخ العقد ما لم يفت بالدخول فيصح العقد بصداق المثل مع إلغاء الشرط المناقض.

ترى إلى أي حد جسدت هذه الاجوبة المعتمد في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن مقارنته من خلال النقطة الموالية:

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة: كل نكاح كان طرفاه مغلوبين على فسخه أو كان صداقه فاسدا فأدر ك قبل الدخول فالفسخ فيه بغير طلاق¹.

ومن كتاب محمد: كل نكاح فسد لصداقه فإنه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه ويثبت بعده ويكون لها صداق المثل، كالنكاح بالأبق والشارد أو بصداق إلى أجل مجهول أو على النفقة على الغير أو على أن ينفق على ولد لها من غيره².

وقال ابن القاسم: إذا شرطت النفقة على الأب فسخ قبل البناء، ولو تركت الشرط إلى أن يبني فيمضي ولها صداق المثل³. ورى ابن عبد الحكم مثله عن مالك، وفيه تصريح أن شرط النفقة لا يجوز في صغير ولا كبير.

وفي مختصر ما ليس في المختصر عن مالك: فيمن أعطت زوجها خادما على ألا يتزوج عليها أن ذلك باطل، وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين: في امرأة اشترت من زوجها السكنى مع أبيها وألا يخرجها عنهما بمئتي درهم، إنها اشترت ما لا يشتري ولا يباع وترجع عليه بالdraهم ويرتحل بها حيث شاء. وأنكر قولاً مروياً عن ابن القاسم بجواز ذلك⁴.

¹ المدونة 303/2 م س. بتصرف.

² النوادر والزيادات 544/4 م س بتصرف.

³ نفسه 5052/4.

⁴ التبصرة للإمام اللخمي 1927/4 م س بتصرف.

ومن كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: فيمن تزوج امرأة على أن تعطيه خادما لم يجز ويفسخ. وروي عن ابن الماجشون: إن كان فيما أعطت وأخذت فضل بين جاز، وإن كان يقاربه أو يستغرقه فسسخ¹.

وكانه اعتبرها في الفضل رضيت بأقل الصداق وذلك حق لها، لكنه معارض بأنه لو كان على ذات الشاكلة سيجتمع فيه نكاح وبيع وهو مما لا يجوز.

ففي العتبية روى عيسى عن ابن القاسم: لا يقارن البيع نكاح ولا صرف ولا قراض ولا مساقاة ولا شركة، فإن وقع نكاح وبيع فسسخ، فإن بنى فلها صداق المثل².

ومنها أيضا: قال ابن القاسم: فيمن وقع له صبي في جب فقال لرجل إن أخرجته فقد زوجتك ابنتي أن ذلك لا يجوز ولا يكون النكاح جعلاً ولا كراء وله أجر مثله، أما ما ذكر في كتاب الله من نكاح موسى -عليه السلام- على الإجارة فالإسلام على غير ذلك فإن وقع فسسخ قبل البناء وثبت بعده ولها صداق مثلها وله أجر مثله³.

ومثله تزوج ابنتي على أن أعطيك هذه الدار⁴. كما كره مالك: أن يخطب الرجل إلى الرجل وليته على أن يضع عنه من دينه أو يؤخره عن أجله الذي يحل فيه. قال ابن القاسم إن وقع النكاح على هذا الشرط فهو بمنزلة الوباء والتأخير حرام وأرى فيه أنه مفسوخ قبل الدخول، وبعده للمرأة صداق مثلها ويرد المال إلى أجله.

وعلى ابن رشد المسألة أن الولي اشترط ذلك على الزوج في العقد دون تسمية الصداق فكرهه مالك لأنه لا تأثير له في فساد العقد. بينما اعتبر ابن القاسم التأخير فساداً في الصداق لأنه حط منه بسببه، فوجب أن يفسخ النكاح قبل الدخول وهذه المسألة خلاف بيع وسلف التي إذا رضي مشترط السلف تركه صح، بل يجبرون على فسخه قبل الدخول⁵.

¹ النوادر والزيادات 468/4 بتصرف.

² نفسه 468/4.

³ النوادر والزيادات 465/4 م س.

⁴ نسه 469/4 بتصرف.

⁵ البيان والتحصيل 293/3 م س بتصرف.

وفي الجامع لابن يونس: إذا أعطت المرأة الرجل مالا على ألا يتزوج عليها فإن فعل فهي طالق ثلاثا. قال ابن القاسم: إن فعل وقع الطلاق وبانت منه ولم ترجع عليه بشيء لكونها اشترت طلاقها بما أعطته¹.

وفي سماع يحيى: من ابن القاسم أنه قال في المرأة يتزوجها الرجل على صداق مسمى على أن يحج بها من ماله، إن أدرك قبل البناء فسخ وإن بنى كان لها مسمى صداقها وقيمة ما ينفق على مثلها في حجها وإن لم يكن سمي لها صداقا إلا أن يحج بها فسخ قبل البناء ومضى بعده بصداق المثل².

ترى على أي شيء بنى الجواز في قيمة الحج مضافة إلى الصداق المسمى ولم يرجعه إلى صداق المثل واشتراط الحج هو سبب فساد العقد؟ فهو خلاف ما تقرر أن الشرط الموجب لفساد العقد إن فات بالدخول انتقل إلى صداق المثل، تراه راعى الخلاف المنقول عن ابن الماجشون في المسألة؟

وقال أيضا: في الصداق يكون حملا إلى بلد أو خدمة يقدمها الزوج للزوجة إلى أجل أن ذلك لا يجوز في الصداقات ولا يجب النكاح به فإن وقع فسخ قبل البناء وجاز بعده بصداق المثل³.

ومن البيان والتحصيل: إذا تزوج الرجل امرأة واشترط عليها أنه لا نفقة لها عليه يفسخ قبل الدخول. وإن دخل فالنكاح جائز والشرط باطل وعليه ما على المسلمين من النفقة ومثله إن تزوج على ألا ميراث بينهما⁴.

وهكذا يتضح من كل ما سبق أن أقوال الأئمة تكاد تطرد أن كل شرط مناقض لطبيعة العقد إذا ارتبط به يؤدي إلى فسخه ما لم يفت بالدخول، مما يمكن معه التسليم أن كل نكاح بني على شرط يناقض مقتضاه مفسوخ لا يقام عليه، ما لم يفت بالدخول.

وضابط التمييز فيما يفسخ قبل الدخول وما يفسخ أبدا أن الأول ما كان مختلفا فيه والثاني ما لا خلاف فيه. لكن ماذا لو كان الشرط المنعقد عليه النكاح بطلاق أو عتق؟

¹ الجامع لابن يونس 227/4.

² منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 655/5 م س بتصريف.

³ منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 655/5 بتصريف.

⁴ البيان والتحصيل 432/3 بتصريف.

سئل مالك: عن شرطت عليه زوجه ألا يتزوج عليها ولا يتسرر معها وإن فعل فقد اختارت نفسها ثلاثاً، ثم بدا لها أن تأذن له فأدنت له ففعل.

فقال أرى أن يخلى سبيلها. وقال ابن القاسم يفارقها بثلاث ولا تحل له إلا بعد زوج¹، ومثله قول مالك في رواية ابن القاسم عن الليث ابن سعد، لكن رواية أصبغ عن أشهب أنه لا يفارقها².

وقال محمد³: في من قال لامرأته كل امرأة أتزوجها عليك طالق ثم تزوج امرأة على أن كل امرأة له طالق، تطلقان جميعاً، وقال ابن القاسم لا طلاق عليه في الثانية.

وقال اللخمي: الأول أصوب، لأن تزوج الثانية كان والأولى في عصمته طالق بشرطه الأول، وتزوج الثانية يوجب طلاق الأولى لأنه تزوجها والأولى في عصمته⁴.

هذا ما تيسر جمعه من مصادر المذهب في المسألة فإلى أي حد كان محققاً لقصد الشارع؟ ذلك ما أحاول بيانه بحول الله من خلال النقطة التالية:

ثالثاً: دراسة

النكاح الواجب عدم استمراره لخلل فيه إما أن يكون فسخه بطلاق أو بدونه وثمره التمييز بين القسمين أنه ما كان بطلاق فالطلاق مؤثر في عدده فإن ورد على اثنين لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره بينما المفسوخ بغير طلاق لا تأثير له في عدد ولا غيره، وللتمييز في الباب ضابطان:

أحدهما: مراعاة الخلاف القوي الظاهر فإن وجد في النكاح المسوخ خلاف على هذه الشاكلة فهو بطلاق وإلا لم يكن.

الثاني: إن كان النكاح المسوخ مما يمكن المقام عليه لكن فسخه لفائدة أحد الطرفين فهو بطلاق وإن كانا مغلوبين على فسخه فهو بغير طلاق والأول أقوى والله أعلم.

¹ منتخب الأحكام 653/5 بتصريف.

² البيان والتحصيل 300/3 م س.

³ وللإشارة فإن لفظ محمد كلما أطلق عند المالكية فالمراد محمد ابن المواز وهو أبو عبد الله محمد بن ابراهيم بن زيادة الإسكندري صاحب الموازية وهي الديوان الثالث في المذهب توفي 269هـ، انظر ترتيب المدارك 167/2

⁴ التبصرة لأبي الحسن اللخمي 2660/5 م س.

وكل ما يناقض مقتضى العقد من الشروط فهو مفسد له موجب لفسخه، للقاعدة:
الشرط ما وافق مقتضى العقد وما ناقضه فإن كان في العقد فسخ قبل البناء واختلف بعده
وإن كان في الصداق فثالثهما المشهور قبله لا بعده¹.

والشروط المرتبطة بعقد النكاح يختلف حكمها باختلاف طبيعتها منها ما يفسخ به
النكاح قبل وبعد، ومنها ما يفسخ به النكاح قبل البناء ويثبت بعده فيمضي على حاله أو يرد
إلى صداق المثل، وقد ذكر الرجراجي لهذه المسألة ضابطا هو كالآتي:

كل شرط ترك لأجل شيء لولاه لكان واجبا فإنه يفسخ به النكاح، كل شرط كان
لأجل شيء لولاه لكان مباحا. فهذا شرط لا يفسد به النكاح إلا إذا وقع².

وهذا الضابط راجع بأصله إلى القاعدة إذا جعل الأمر بيد من ليس له بالأصل لدفع
ضرر ناجز فهل يجعل له برمته أو بقدر ما يدفع الضرر الحاصل منه³؟

لكن ألا يمكن أن يخير صاحب الشرط الفاسد بين أن يسقطه ويمضي العقد أو يفسخ؟

فإن مضى العقد فلا خيار له. أم أن للنكاح خصوصية خاصة؟

فقد ورد في الأثر ما يجعل الشرط الفاسد كالعدم وما يجعله خلاف الأصل لكنه
معتبر. روى الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من شرط شرطا ليس في كتاب الله
فليس له ذلك وإن كان مائة شرط"⁴، وعن عطاء الخرساني قال: جاء رجل إلى ابن عباس
—رضي الله عنهما— فقال: إني تزوجت امرأة وشرطت الفرقة ولا اجتماع بيدها، فقال خالفت
السنة ووليت الأمر غير أهله⁵.

وعموما فالشروط المناقضة لطبيعة العقد إذا ارتبطت به تجعله ضمن الفاسد لصداقه
وهذا النوع في المذهب على رأيين: أحدهما: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل
وهو المشهور ونص المدونة، والثاني أنه يفسخ قبل الدخول وبعده.

¹ قواعد المقرري القاعدة 528 ص 299 م س.

² مناهج التحصيل 367/3 بتصرف م س.

³ قواعد الفقه للمقرري ق 580 ص 314 م س.

⁴ السنن الكبرى للنسائي كتاب الصداق باب الشروط في النكاح رقم 13982.

⁵ نفسه رقم 13984.

قال الرجراجي: والتفرقة بين البناء وعدمه استحسان من غير قياس¹.

وذكر ابن رشد أن سبب الخلاف في النكاح الفاسد لصدائه هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم أن للنكاح خصوصية خاصة؟ ثم قال الذي تقتضيه أصول مالك هو التمييز بين الفاسد لعينه والفاسد لوصف فيه، لكن إذا كان لا بد من صدق المثل صحيحا فما الفائدة من التمييز بين الفاسد لعينه والفاسد لوصفه²؟

لكن ثبت عند أهل الأصول في مسألة مطلق النهي هل هو دال على فساد المنهي عنه³؟

أن مذهب المحققين التمييز بين ثلاثة أشياء: المنهي عنه لذاته والمنهي عنه لوصف لازم فيه والمنهي عنه لوصف غير لازم فيه.

وثمره التمييز أن المنهي عنه لوصف غير لازم فيه يمكن أن يمضي صحيحا إما بتخلف الوصف أو بفواته، والله أعلم.

هذا عن الشرط المناقض لطبيعة العقد فماذا عن وصف الصداق المنافي لحقيقته؟

الفرع الثاني: حصول وصف في الصداق منافي لحقيقته

الأوصاف غير الذوات، وهي الهيئة التي تكون عليها الماهية، ويقصد بالوصف المنافي لحقيقة العقد ما كان مانعا لحق أو مؤدي إلى غرر في أحد أركان العقد. لكن هل كل وصف منافي لحقيقة العقد لحقه يؤدي إلى فسخه؟

ذلك ما يمكن تجليلته من خلال الوقوف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن الهندي: إذا لم يؤرخ كالي الصداق هل يفسخ النكاح قبل الدخول؟

فأجاب: إذا لم يؤرخ الكالي فإن أدرك قبل الدخول فسخ وإن كان بعد الدخول مضى النكاح وكان للمرأة صداق مثلها معجلا هذه هي رواية المدونة⁴.

¹ مناهج التحصيل 368/3 م س.

² بداية المجتهد 47/2 بتصريف م س.

³ ينظر مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للتمساني ص 40 تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ط دار الكتب العلمية بدون تاريخ.

⁴ كتاب الأحكام للشعبي ص 393 م س.

وقال أبو المطرف ناقل الفتوى رأيت بعض أهل عصرنا يقول إذا أدرك قبل الدخول جعل أجل للكالي على نحو ما مضى عليه الناس في أجل الكوالى وإن كان الأمر مختلفا ضرب له أجل متوسط. لكن القول بفسخه نص الرواية وعليه أدركت الناس والعمل¹.

-ب- وسئل السيوري عن تزوج بصداق جميعه حال لكنهم سماوا حين العقد أن نصف الصداق نقد والآخر كالي يؤدي بعد الدخول وليس للدخول وقت معلوم فهل يجوز هذا النكاح؟

فأجاب: إذا كان لا يعرف للدخول وقت بل يختلف اختلافا كثيرا فالنكاح فاسد².

-ج- وسئل أيضا عن أهل قفصة³ العادة عندهم أن الصداق لا يدفع عينا للزوجة ولا لوليها وإنما يأتي الزوج بكسوة فيقول اشتريت كذا بكذا ... فيحسب ذلك من صداق النقد الحال المدفوع قبل البناء. وهذه العادة مستمرة في جميعهم، فهل هذا يوجب فسخ النكاح؟

فأجاب: النكاح فاسد على ما وصفت⁴.

-د- وسئل محمد ابن دحون: عن امرأة نحلت ابنتها دارا واستثنت منها غرفة تسكنها حياتها فإذا توفيت لحقت الغرفة بالدار وهي أقل من الثلث فهل يصح هذا النكاح؟

فأجاب: هذه نحلة فاسدة لأن فيها غررا، لأن النحلة إذا انعقد عليها النكاح تجرى مجرى البيوع في الاستحقاق وسقوط الحيازة وغير ذلك سواء كان المستثنى قليلا أو كثيرا وترد النحلة إلى صاحبها. ويفسخ النكاح بها قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل⁵. علق عليه الونشوسي ناقله بأن فيه نظر.

-ه- وسئل أبو الحسن اللخمي: عن يقول المهر وقت البناء ولم يحدد لذلك زمنا هل

يفسخ النكاح أم لا؟

¹ نفسه بتصريف.

² المعيار 263/3.

³ قفصة هي بلدة صغيرة في طرف إفريقية من ناحية المغرب بينها وبين القيروان ثلاثة أيام مختطة في أرض سبخة وهي مدينة حسنة ذات سور ونهر عذب الماء، إليها ينسب جميل ابن طارق الإفريقي راوية ابن سحنون، معجم البلدان لياقوت الحموي 382/4 م س وهي اليوم كبرى مدن الجنوب التونسي.

⁴ نوازل البرزلي 254/2 م س، ومثله في المعيار عنه وفيه يشترى الزوج كسوة وحلبا، المعيار 264/3 م س.

⁵ المعيار 409/3 م س.

فأجاب: قول مالك: النكاح جائز ولا يفسد وهو القياس لأن الثمن يدفع عند قبض المبيع فلا يضر الاختلاف لأنه متى عجلت السلعة تعجل قبض الثمن ومتى تأخرت تأخر¹.

انطلاقاً من النوازل السالف ذكرها لفقهاءنا - رحمهم الله- يتحصل لنا أن كل وصف لحق الصداق مما يؤدي إلى مخالفة شرعية ينعكس بالفسخ على العقد ما لم يفت بالدخول.

فقد أجاب ابن الهندي بأن إغفال تحديد تاريخ لكالي الصداق موجب لفسخ العقد قبل الدخول مصيراً الكالي نقداً بعده على المشهور وإن ذكر الشعبي قولاً مخالفاً فقد ذكر أنه لا عمل عليه، وإنما العمل بما أفتى ابن الهندي، ومثله ما أفتى به السيوري لأن التحديد المجهول كالعدم، والعيوض لا يكون ديناً إلا إذا كان لأجل معلوم.

لكن خالف أبو الحسن اللخمي لما أجاب عن قال المهر وقت البناء وليس للبناء زمن معلوم معتبراً إياه قول مالك حاملاً قبض الصداق على قبض الثمن في البيع عادة إياه قياساً مماثلاً، لكن فيه نظر لاعتبارات متعددة من ذلك .

أمد تحديد السلعة محدد بالعرف ولا يقاس عرف على عرف ولو وجد، ومن السلع ما لا يمكن أن يكون له أمد أكثر من اليومين على الأكثر، فهل كالي الصداق أو كله يؤجل بمثل هذا؟

وما دام المشتري لم يتسلم السلعة فالثمن غير مستحق للبائع بينما الصداق مستحق للمرأة بمجرد العقد ما لم يكن كالتنا إلى أجل معلوم فافتراقاً. مما يمكن معه القول إن القياس بعيد على هذا الوجه والله أعلم.

كما أجاب السيوري أن العرف المخالف لطبيعة العقد يؤدي إلى فسخه ولو كان متفقاً عليه لاعتبارين أحدهما الصداق يتعلق به حق الله، وذو بعد تعبدي، والثاني أنه ملك للمرأة والأصل في ملك الغير أنه لا يتصرف فيه إلا بإذنه، أما العرف فلا عبرة به ما لم يكن له مستند شرعي: فكيف إذا كان مخالفاً لأصل شرعي؟

أما ابن دحون فاعتبر النحلة المنعقد عليها النكاح جارية مجرى البيوع في آجال تسلمها ولما كانت مؤجلة بأمد الحياة وهو مجهول لا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى وهي

¹ فتاوي أبي الحسن اللخمي ص 74 م س.

مقابلة بجزء من الصداق أدى ذلك إلى فسخ العقد قبل الدخول لأنه فيه غرر في أحد أركانه، والغرر في أحد أركان العقد مما يوجب فسخه.

وهكذا فقد اتحدت الأجوبة المذكورة سلفا أن حصول وصف في الصداق مناقض لحقيقته يؤدي إلى فساد العقد ويوجب فسخه ما لم يفت بالدخول فيكون فيه صداق المثل.

فإلى أي حد كانت هذه الأجوبة معربة عما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يمكن مقارنته إن شاء الله من خلال الفقرة الموالية:

ثانيا: التأصيل

النكاح الفاسد لصداقه مفسوخ قبل البناء ماض بعده بصداق المثل، كأن يكون صداقه لا يحل تملكه كثرمة لم يبد صلاحها أو على أن يأتي بالصداق لأجل قال أبو عمران عن هذا القسم: اختلف فيه قول مالك فمرة قال يفسخ قبل ويثبت بعد وهو قول ابن القاسم، ومرة قال: يفسخ أبدا دخل أو لم يدخل¹ ولم ينسبه لأي من أصحابه، لكن نسبه ابن رشد الحفيد لأبي عبيد²، وذلك راجع عند مالك لقوة الدليل من ضعفه إضافة إلى مراعاة قول المخالف من عدمه، وأوضح صورة للوصف المنافي لطبيعة الصداق أن يجتمع معه بيع أو شبهه في عقد واحد.

فقد اختلف في المذهب في ذلك على أربعة أقوال: منعه مالك وابن القاسم في المدونة، ونصها: قال مالك: لا يجتمع في صفقة واحدة نكاح وبيع، وعنه أيضا في المرأة تتزوج على الجنين أنه إذا دخل بها كان لها صداق مثلها وإن لم يدخل بها فسخ نكاحها³. وأجازه عبد الملك في كتاب محمد، إذا كان الباقي بعد قيمة البيع ربع دينار فصاعدا بأمر لا شك فيه وكرهه في ثمانية أبي زيد ابتداء وأمضاه إن نزل، وعن أشهب جوازه.

قال اللخمي: الرأي أن يمنع ذلك ابتداء حماية وخوف الدريعة إلى طرح الصداق لأن كثيرا من النساء ترغب في الرجل فتعطيه ليتزوجها إما لجماله أو لغيره، فإذا نزل ذلك وكان فيما دفع فضل بين خارج عن التغاين لم يفسخ، لأن منع ذلك النكاح والبيع في عقد لم

¹ النظائر في الفقه المالكي لأبي عمران الفاسي ص 99 باعتناء علال على الجهاني وتقديم الشيخ محمد العمراني ط دار البشائر، ط 2001.

² بداية المجتهد 47/2 م س.

³ المدونة 338/2 م س.

تأت فيه أية ولا سنة ولا إجماع، ولا وجه لتعليل المنع بكون النكاح لا تجوز فيه الهبة، وإن لم يكن فيه فضل فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل¹.

وقال ابن رشد: أما النكاح والبيع فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: قول ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يجوز على حال ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

الثاني: أنه يكره ابتداء فإذا وقع نظر فيما أعطى الرجل هل فيه فضل لما أعطت المرأة فإن فضل ربع دينار فأكثر صح وهو قول ابن الماجشون.

الثالث: أنه جائز من غير اعتبار حكاه عبد الوهاب عن أشهب².

ومن كتاب ابن المواز عن مالك فيمن نكح بثمرة لم يبد صلاحها أو أبق أو جنين في بطن أمه فإنه يفسخ قبل البناء فإن فات فلها صداق المثل³.

وقال أصبغ: من تزوجت بصداق بعضه صحيح وبعضه فيه غرر إن رضيت بإسقاط الغرر وفي الصحيح ربع دينار فأكثر صح وإن لم ترض فسخ، وكذلك إن كان بكالي لغير أجل وبعضه نقد إن رضيت بإسقاط الكالي⁴.

ومن العتبية: روى يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم، فيمن تزوج بخمسين نقدا وخمسين تحل بعد البناء بسنة أنه يكرهه ولا يفسخه إذا نزل وليس الدخول كالمجهول، وقال محمد: البناء كالحال لأن للزوجة أن تدعوه إليه متى شاءت وقال أصبغ أجل بعد البناء بسنة مجهول فالنكاح فاسد وعلق عليه ابن أبي زيد بقوله: وهذا غلط منه لما ذكرنا بعد أن ذكر أقوالا تؤيد رأي بن المواز⁵.

¹ التبصرة 1912/4 م س.

² البيان والتحصيل 397/3 م س وكذا التهذيب 5/2 م س.

³ النوادر والزيادات 469/4 م س.

⁴ نفسه 471/4 بتصرف.

⁵ النوادر والزيادات 464/4 م س بتصرف.

وسئل ابن القاسم: عن الرجل يتزوج المرأة فيشترط عليه في العقد أنك إذا لم تأت بالصداق لأجل كذا فلا نكاح بيننا وبينك، فقال: هذا نكاح حرام لا يقران عليه ويفرق بينهما دخل أو لم يدخل¹.

وقال ابن الماجشون: من تزوج على كالي إلى أن تطلبه المرأة فالنكاح فاسد لأنه كتأجيله بموت أو فراق².

وفي تنبيهات القاضي عياض: عن مالك فيمن تزوج بصداق على أنه إن لم يأت به إلى أجل فلا نكاح بينهما أنه باطل مفسوخ على كل حال دخل أو لم يدخل لأنه لا توارث فيه³.

وفي اختصار أبي محمد: وإن كان كالي الصداق إلى موت أو فراق فسخ قبل البناء. وكذلك إن كان نصفه نقدا ونصفه على ظهره. فإن دخل كان لها صداق المثل⁴.

وعموما كلما كان المعقود به فاسدا أو جب فساد العقد، قال ابن أبي زمنين: كل نكاح يكون الفساد فيه من قبل المهر إذا فات بالدخول ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن أقل مما سمي⁵.

وقال ابن رشد: مثل الفاسد لصدقه كون الكالي إلى أجل مجهول وما أشبه ذلك فهذا يفسخ قبل الدخول ويصح بعده. وروي عن مالك أنه مفسوخ قبل الدخول وبعده⁶.

وقال القاضي عبد الوهاب: يستحب أن يكون الصداق أعيانا متملكة، ويكره أن يكون منفعة من المنافع التي تتملك بالإجارة للاختلاف في جوازه، وإن عقد به جاز خلافا لمن منعه لقوله تعالى: "إني أريد أن نكحك إحدى ابنتي..."⁷ ولأن المنافع في معنى المال⁸.

1 البيان والتحصيل 445/3 م س.

2 فقه ابن الماجشون ص 408 م س.

3 التنبيهات المستنبطة للقاضي عياض 780/2 بتصرف.

4 اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني 685/1 م س.

5 منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 677/5 م س.

6 المقدمات والممهيات 485/1 م س.

7 الآية 27 من سورة القصص.

8 المعونة للقاضي عبد الوهاب 547/2 م س.

فهذه جملة من أقوال فقهاء المذهب تجزم في مجموعها. إلا ما نقل عن القاضي عبد الوهاب من جواز كون الصداق منفعة، أن كل وصف غير جائز في حاله ولو كان جائزا بأصله إذا ارتبط بالصداق على وجه فإنه موجب لفسخ العقد إما ابتداء أو انتهاء

ترى ما العلة لتصيير الجائز بالأصل غير جائز بالوصف؟

ذلك ما يمكن التوقف عنده من خلال الفقرة الموالية:

ثالثاً: دراسة

أول ما يتبادر إلى ذهن الباحث هو ما العلة التي لأجلها يفسخ كل نكاح فسد صداقه بشكل عام؟ أليس نكاح التفويض لا يذكر فيه الصداق ابتداء ومع ذلك متفق على صحته؟ ولماذا يمنع اجتماع النكاح مع البيع وشبهه في عقد واحد وكلها عقود جائزة؟ وإذا كان يمضي انتهاء فلماذا لا يمضي ابتداء؟

خصوصاً إذا علمنا أن الصداق عوض لكنه فوق الأعيان كلها اعتباراً وحرمة.

وقد قال الله تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم..."¹، نجد الخالق سبحانه علق الإباحة على الابتغاء بالمال فوجب أن تكون كل إباحة حصلت بلا مال غير معتبرة في حلية البضع لوقوعها على غير الشرط المأذون فيه، أضف إلى هذا أن النكاح ملحق بعقود المعاوضات فوجب أن يأخذ حكمها. فإن القاعدة في عقود المعاوضة فساد العوض يقضي بفساد المعوض عنه، علاوة على هذا فالصداق عوض فوق الأعيان فالعوض في البيع مثلاً يمكن الاتفاق على إسقاطه ولا يؤثر ذلك في صحة العقد بينما الصداق لا يمكن إجماعاً الاتفاق على إسقاطه أما عن عدم فسخه بعد الدخول فذلك للقاعدة: ترجيح المفسدة على المفسدة يسقط اعتبارها ارتكاباً لأخف الضررين عند تعذر الخروج عنهما²، ومنه إنفاذ ما فسد صداقه على صداق المثل والقاعدة خلافية كما ذكر أبو عمران الفاسي: إذا انعقد العقد فاسداً هل تلحقه الصحة³؟

¹ جزء من الآية 24 من سورة النساء.

² قواعد الفقه للمقري ق 622 ص 327 م س.

³ النظر في الفقه المالكي لأبي عمران الفاسي ص 23 م س.

وقد ذكر ابن العربي: أن أصحاب الشافعي قالوا لو فسد الصداق لما تعدى فسادَه إلى فساد النكاح فلا يفسخ، قال يردده أن الله سماه أجرا فوجب أن يخرج به عن حكم النحل إلى حكم المعاوضات لذلك يفسخ النكاح لفساده عند مالك قبل الدخول اتفاقا وبعده فيه خلاف¹.

وقال القاضي عبد الوهاب في مسألة هل يفسد النكاح لفساد صداقه؟ فيه عن مالك روايتان إحداهما أنه لا يفسد وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة لأنها عقدان منفصلان بدليل أن عدم تسمية المهر لا توجب فسخ العقد فقد قال تعالى: "ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة..."².

والثانية: أنه يفسد لكون المعدوم شرعا كالمعدوم حسا³، ولأن الفساد في العوض إذا كان من حقيقة العقد فهو كالفساد في العقد.

وقال الفندلاوي: والأصل في مذهب الشافعي أن نكاح الشغار باطل لفساد المهر فيه فيلزمه عليه أن يكون كل نكاح فسد صداقه أن يفسد عقده، ولأن الجهل والغرر عنده في الإيجارات وسائر المعاوضات مفسد لها وموجب لحل عقدها فوجب أن يكون النكاح كذلك⁴، أليس ما أعطي للمثل يعطي للمائل حكما؟ فما بالك إن كان أولى منه بالحكم؟

أما عن عدم اجتماع النكاح مع البيع في عقد واحد فكل عقدين تنافيا في الحكم فلا يجوز الجمع بينهما إلا ما استثناه الدليل. فالنكاح والبيع عقدان متنافران متضادان فالبيع مبني على المكايسة والمشاحة، والنكاح أصله المكارمة والمسامحة وما كان متضادا بالوضع فلا يجوز أن يجتمع بالشرع.

وقيل: العلة هي خلو البضع من الصداق أو للجهل بما ينوبه منه⁵. ولعل هذا عمدة من أباحه عند فضول ربع دينار فصاعدا عن قيمة المبيع.

¹ أحكام القرآن لابن العربي 414/1 بتصرف م س.

² جزء من الآية 234 من سورة البقرة.

³ الإشراف على نكت مسائل الخلاف 714/2 م س.

⁴ تهذيب المسالك 406/2 بتصرف م س.

⁵ مناهج التحصيل 419/3، م س بتصرف.

وأما كون الصداق منفعة فهو مما انفرد بذكر جوازه القاضي عبد الوهاب تبعا للشافعي وأحمد قال ابن جزى: النكاح على إجارة كالخدمة لا يجوز في مشهور مذهب مالك. وفاقا لأبي حنيفة وقيل يجوز وفاقا للشافعي وابن حنبل¹.

قال ابن العربي في قوله تعالى: "على أن تاجر في ثمانى حجج"². ليس فيه صداق فلانة في خدمة فلان، ولكن الخدمة لها عوض معلوم عندهم استقر في ذمة صالح مدين لصالح بني إسرائيل وجعله صداقا لابنته وهذا ظاهر³.

وحتى لو تمسك به من يراه دليلا بناء على أصل شرع من قبلنا شرع لنا. إن ورد على سبيل الحكاية فإن شرطه لم يتحقق. وهو أن الإسلام على خلافه والله أعلم.

هذا عن الحال المناقضة لماهية العقد فماذا عن ادعاء موجب اللعان فيه بعد صحته؟

المطلب الثاني: ادعاء موجب اللعان في العقد بعد صحته

قد يكون العقد بين الزوجين مستمرا متوفرا على مكونات اعتباره لكن قد تجري الرياح بما لا تشتهي الأنفس فيدعى الزوج حالا تلجئه إلى مخرج يجعل استمرار العقد أمرا

¹ القوانين الفقهية لابن جزى الغرناطي ص 228 م س.

² جزء من الآية 27 من سورة القصص.

³ أحكام القرآن لابن العربي 499/3 م س.

مستحيلاً أبداً وهو ما يعرف شرعاً باللعان. فما الموجب لهذا المخرج وما هي أهم دعوة يقام بناؤه عليها؟

لرفع هذا الإشكال جاء المطلب في فرعين اثنين كالآتي:

الفرع الأول: موجب اللعان

اللعان لغة مأخوذ من اللعنة وهي الإبعاد وسمي به لأن الزوج يخمس بها. وهي التي تنفي عنه الحد ففي المقاييس: اللام والعين والنون أصل صحيح يدل على إبعاد وإطراد¹، وفي جمهرة ابن دريد: واللعن أصله الإبعاد والطررد².

واصطلاحاً: حده ابن عرفة كالآتي هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض³.

وعليه فاللعان هو المخرج الشرعي للزوج الذي رمى زوجه بالزنا أو نفي حملها عنه من حد القذف لكن هل كل زوج ادعى رؤية زنا أو نفي حملها يمكنه الملاعنة أم لا بد من ضوابط خاصة؟

ذلك ما يمكن التوقف عنده فيما يلي:

¹ المقاييس لابن فارس. 252/5 م س.

² جمهرة اللغة 949/2 م س.

³ المختصر الفقهي لابن عرفة 360/4 م س.

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل فقهاء قرطبة¹، عن رجل طلق زوجته ثم ادعت أنها حامل منه وادعى أنه استبرأها قبل طلاقها ثم بعد ذلك ذكر أنه استبرأها بثلاث حيض لم يطأها بعدها هل يلزمه لعان؟

فأجاب ابن عتاب: أنه يلاعنها ثم تقع الفرقة بينهما ولا تحل له أبدا ولها السكنى إلى أن تضع حملها، ولا نفقة لها، مدعيها أنه المروي عن مالك وابن القاسم.

وأجاب ابن القطان: أنه لا يمكن من اللعان والولد لازم له، وأجاب: عبد الله بن مالك² مستدلاً بالآيتين "والذين يرمون أزواجهن..."³ "والذين يرمون المحصنات..."⁴ ثم قال ما كان الأجنبي به في هذه الآية رامياً كان به الزوج في الآية الأخرى رامياً ونفي الحمل أشد الرمي ومن أبلغ القذف، فاللعان في هذه القضية واجب وإن ألغينا دعواه الاستبراء⁵.

ب- وسئل أيوب بن سليمان: عمن طلقت فزعمت أنها حامل وزعم الزوج أنه استبرأها قبل طلاقها.

فأجاب: يأمر القاضي بالنظر إليها فإن تبين حملها وجب اللعان بينهما، وإن لم يتبين آخر إلى أن يتبين فإن لاعن برئ من النفقة والولد وإن لم يلاعن أنفق⁶.

ج- وسئل أبو بكر بن عبد الرحمان عن وصي أنكح إحدى ابنتيه يتيمه وله بنتان فخرجت إحداها حاملاً وهي الصغرى والأب يقول زوجتك الكبرى والمحجور يقول الصغرى زوجتي وشهود العقد لم يعرفوا عين الزوجة وإنما شهدوا على زواج فاطمة وكلا البنيتين بذات الاسم فهل يثبت النكاح أو يفسخ؟ وهل يدرأ فيه الحد للشبهة ويكون فيه اللعان؟

1 هذه النازلة نزلت بقرطبة سنة 459م فاستفتى فيها صاحب الشرطة ابن حريش الفقهاء وتعددت فيها الأجوبة.
2 عبد الله بن مالك: هو أبو مروان عبد الله وقيل عبيد الله القرطبي صاحب القدم الواسع في المذهب، كان يستظهر المدونة، وذكر ابن خلدون أن له فيها مختصراً حسناً، توفي بقرطبة في جمادى الأولى سنة 460هـ الديباج، 439/1، م.س.
3 جزء من الآية 6 من سورة النور.
4 الآية 4 من سورة النور.
5 المعيار 69/3 بتصرف م.س.
6 نفسه 71/4 .

فأجاب لاحد على الزوج للشبهة، التي قامت له، ويلزمه الولد وليس فيه لعان ويفسخ نكاحه ويثبت له على الكبرى.

ونقل عن أبي عمران الفاسي أنه أجاب في ذات النازلة¹ بالآتي:

النكاح مفسوخ غير منعقد وأما الوطء ففيه للزوج شبهة يدرأ عنه بها الحد وحيث درئ الحد لحق الولد، فإن أقر بالوطء لم يكن فيه لعان وإن كان لا يقام عليه².

-د- وسئل أبو علي ابن خلدون عن المرأة إذا نكلت عن اللعان ثم رجعت إليه هل لها

ذلك؟

فأجاب: هو وأبو بكر بن عبد الرحمن أن لها ذلك كالتي تقر بالزنا ثم ترجع عنه

وأجاب عن ذات النازلة أبو القاسم ابن الكاتب: أنه ليس لها ذلك لما تعلق للزوج من

حق والحد يجب عليها وإن رجعت³.

-ه- وسئل ابن القطان: عن قدم من سفر فوجد مولودا فنفاه ولم يتهم زوجه بالزنا.

فأجاب: من نفى حمل امرأته خاصة ولم يتهمها لا برؤية ولا قذف ووجب اللعان

ونكل عنه لا حد عليه ويلحق به الولد. لأنه لم يكن منه إلا نفى الحمل فقط.

وأجاب أبو إبراهيم: يحلف لزنت وما هذا الولد مني ويلحق به إن نكل⁴.

وهكذا انطلقا من هذه الأجوبة لفقهاننا -رحمهم الله- على اختلاف فحواها يتضح أن

نفى الزوج لدعوى زوجه المرتبطة بعفتها موجب لحد القذف في حقه واللعان يرفع عنه

الحد، لكنهم اختلفوا في صورة الدعوى الموجبة لللعان.

ففي نازلة قرطبة نجد المفتين اختلفت أجوبتهم في المطلقة المدعية لحمل الزوج

يدعى الاستبراء منه. إذ أجاب ابن عتاب، بوجوب اللعان وتأييد التحريم لكنه أوجب

للملاعنة السكنى مدة الحمل، قياسا على وجوبها لها في العدة منه على قول مالك. بينما

أجاب، ابن القطان أنه لا لعان للزوج في هذه الصورة والولد لازم له، في حين استدل ابن

¹ لم أفق على هذه النازلة في نوازل أبي عمران الفاسي المنشورة لكن ابن سهل نسبها إليه، كما أحلت.

² الإعلام بنوازل الأحكام لابن سهل ص 264.265 بتصريف م س.

³ معين الحكام 340/1 م س.

⁴ المعيار 72/4 م س.

مالك بنص القرآن أن ما كان به الأجنبي راميا كان الزوج به كذلك، وعليه فلا خيار للزوج إلا اللعان أو الحد.

أما ابن سليمان، فاعتبر مدعية الحمل ينظر إليها أهل المعرفة بأمر القاضي فإن ثبت حملها وجب على الزوج المنكر ملامعتها ويبرأ من دعوها، وإلا كان الأمر كما ادعت.

وأما أبو بكر وأبو عمران فقد جعلوا إقرار الرجل بوطء من نفى الولي أنها زوجه لا يوجب لعانا وإن درى الحد للشبهة والولد لاحق كما هو الحال في كل نكاح فاسد درى فيه الحد، لكنهما اختلفا حيث اعتبر أبو بكر نكاحه على من أقر أنها زوجه ثابتا، اعتبر أبو عمران النكاح فاسد لا يقام عليه. إلا إذا كان قصد الأول استئناف النكاح بعقد جديد فالخلاف لفظي.

كما عد ابن خلدون الرجوع إلى اللعان بعد النكول عنه مسقط للحد، قياسا على الإقرار بالزنا، لكن خالفه ابن الكاتب معللا بما تعلق بالحد من حق الزوج، إلا أنهما معالم يذكران هل كان للرجوع مسوغ أو كان رجوعا مطلقا، والأصل أن من أقر بحد ثم رجع عن إقراره لشبهة يتمسك بها درى عنه الحد اللازم عن إقراره.

أما ابن القطان وابن إبراهيم فاعتبرا النافي لحمل امرأته من غير أن يرميها بالزنا الناكث عن اللعان لا حد عليه والولد لا حق له، وزاد أبو إبراهيم تحليفه.

لكن كيف لا يتهم المرأة بالزنا وهو ينفي حملها؟ اللهم أن يدعي اغتصابا أو وطء شبهة. لكن لا شيء من ذلك وارد في النازلة.

ومهما يكن فإلى أي حد جسدت هذه الأجوبة على اختلافها المقرر في مصادر المذهب وانسجمت مع أصوله؟

ذلك ما يمكن التوقف عنده من خلال الآتي:

ثانياً: التأصيل

ورد في التهذيب: أن اللعان يجب لثلاثة أوجه اثنان مجمع عليهما وذلك أن يدعي رؤية زنا كالمرود في المكحلة لا وطء بعدها أو ينفي حملاً يدعي قبله استبراء، وثالث مختلف فيه وهو القذف بالزنا من غير ادعاء رؤية ولا استبراء، ولا نفي حمل، فأكثر الرواة في هذا الحال أنه يحد ويلحق به الولد وهو مروى عن ابن القاسم وابن دينار والمخزومي. وروى عن ابن القاسم وابن نافع مرة أنه يلاعن¹.

جاء في المدونة: عن ابن القاسم: فيمن تزوج امرأة نكاحاً لا يقر عليه فقذفها أنه يلاعن لأنه يخاف الحمل، لأن النسب ثابت فيه² ونقل عن ابن وهب أنه لا يوجب اللعان بين المرأة وزوجها إلا بين الرؤية والاستبراء، وعن يحيى ابن سعيد مثله³.

وفي كتاب ابن المواز: قال مالك وأصحابه: إنما يجب اللعان بوجهين، أن يقول رأيتها تزني كالمرود في المكحلة. أو ينتفى من حمل يظهر بها حين العلم به أو بالولادة أما من علم فلم ينكر فلا ينفعه إنكاره بعد ذلك⁴.

ومن العتبية قال أشهب سئل مالك عن الذي يقول زنت امرأتي فيقال له رأيت ذلك فيأبى أن يقول نعم ويمضي على اللعان. فقال: لا يجب عليه اللعان حتى يقول رأيت ويوقف كما يوقف الشهود أو يقول في نفي الحمل استبرأت⁵.

وقال ابن القاسم: لا لعان بين الزوج وامرأته إلا أن يرميها بالزنا برؤية أو ينفي حملها. فإن لم يفعل ذلك فهو مفتر يحد، وقال ابن دينار من نفي الحمل ولم يدع استبراء جلد الحد⁶.

وقال ابن عبد البر: وإنما يجب اللعان بين الزوجين الحرين المسلمين عند مالك بأحد أمرين، إما استبراء رحم لا وطء بعده حتى يظهر حمل فينكره، فإن أنكره لاعنها للحمل

¹ التهذيب لأبي سعيد البردعي 201/2 بتصريف، م س.

² المدونة 305/2 م س.

³ نفسه 201/3.

⁴ النوادر والزيادات 331/5 بتصريف، ومثله رواية أشهب عن مالك في العتبية في البيان والتحصيل 408/6 م س.

⁵ نفسه 5/333 م س.

⁶ المدونة 200/3.

ولم ينتظر وضعه أو رؤية زنا يصفه كما يصف الشهود ثم لا يطأ بعده. فبهذين أو أحدهما يجب اللعان في تحصيل مذهب مالك¹.

وقال ابن رشد: اللعان على ستة أوجه ثلاثة متفق عليها وثلاثة مختلف فيها.

فالمتفق عليه أن ينفي حملا لم يكن مقرا به ويدعي استبراء، أو يدعي رؤية لا مسيس بعدها في غير ظاهرة الحمل، أو ينكر الوطاء جملة.

وأما المختلف فيه أن يقذفها ولا يدعي رؤية أو ينفي حملا ولا يدعي استبراء أو يدعي رؤية لا مسيس بعدها في ظاهرة الحمل².

وفي هذا الصدد يطرح الإشكال التالي: ما هو الاستبراء الموجب لللعان؟ وهل يجب اللعان بغير ما ذكر؟

قال محمد: والرؤية التي توجب اللعان: أن يدعي أنه رآها تزنى كالمورد في المكحلة. وأما الاستبراء في قول مالك: فهو بحیضة في رواية ابن القاسم. وبثلاث في رواية ابن الماجشون³.

وسأل سحنون ابن القاسم: عن رجل ادعى على امرأة أنه وجدها مع رجل عريانة مع عريان أيلتعن في قول مالك؟

قال لم أسمع من مالك في هذا شيئا، إلا أنه لا لعان بين الزوج وزوجه إلا أن يرميها بالزنا برؤية أو ينفي حملها فإن رماها بالزنا ولم يدع رؤية ولم يرد أن ينفي حملها فعليه الحد⁴. قال سحنون وهو مروى عن أكثر الرواة عن مالك⁵.

لكن كيف لو انتهت العصمة أو كان الزوج مقرا بالحمل وادعى رؤية الزنا هل يمكن من اللعان؟ وكذلك لو نكل أحد الزوجين هل يمكن منه بعد ذلك؟

الذي ينبني على الأصل أن كل نكاح يلحق فيه الولد فيه اللعان وإن فسخ حتى لا يلحق بالرجل من ليس منه.

¹ الكافي في فقه أهل المدينة ص 286 بتصرف م س.

² المقدمات الممهدة 635/1 م س.

³ منتخب الأحكام لابن ابن زنين 761/6 م س .

⁴ منتخب الأحكام لابن أبي زنين 760/6 م س.

⁵ نفسه 761/6 بتصرف.

روى يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم: فيمن طلق ثلاثا ثم ادعى رؤية الزنا في العدة أنه يلاعن وإن ادعى ذلك بعد العدة حد ولا لعان، ولو ظهر حمل في العدة لحق به إلا أن ينفيه باللعان¹.

وقال ابن القاسم: كل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر فإنه يلحق بالزوج... إلا أن ينفيه حي بلعان ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه².

وقال ابن الجلاب: إذا أقر الزوج بحمل زوجه ثم رماها بالزنا ورد فيه ثلاث روايات:

إحداها: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية أنه يلاعن وينتفي عنه الولد الذي أقر به، والثالثة: أنه يلحق به الولد ويلاعن وينتفي عنه الحد، واعتبرها الأصح³.

وعن ابن القاسم: إذا اتفق الزوجان بعد الخلوة على نفي المسيس ثم ظهر حمل فقالت هو منه فإنه يلاعن. فإن نكل لحق به⁴.

أما لو نكل أحد الزوجين عن اللعان أو أكذب الزوج نفسه في دعواه فهل يظل موجب اللعان قائما؟

ذكر ابن رشد أن المتأخرين من الفقهاء القرويين اختلفوا إذا نكلت المرأة عن اللعان بعد لعان الزوج ثم أرادت أن ترجع له هل لها ذلك؟

قيل إن لها ذلك. فلا يكون نكولها عن اللعان أقوى من إقرارها بالزنا، وهي لو أقرت ثم رجعت قبل رجوعها، وقيل لا يقبل منها ذلك لما تعلق به من حق الزوج.

واعتبر الأول أصح في الزوجة دون الزوج⁵.

وقال مالك: إن أكذب الزوج نفسه وبقي شيء من لعانها حد وبقيت امرأته⁶.

¹ النوادر والزيادات 339/5 م س.

² الجامع لابن يونس 498/4 م س.

³ التفریع 98/2 م س.

⁴ النوادر والزيادات 336/5 م س.

⁵ المقدمات الممهدة 630/1 بتصرف.

⁶ النوادر والزيادات 310/5 م س.

وتجدر الإشارة في هذا المقام. أن الفرقة في اللعان فسخ بلا طلاق وهي مؤبدة فلا يتراجع الزوجان أبدا في قول مالك وجل أصحابه وجمهور أهل العلم. لكن للملاعنة السكنى في قول مالك وإن كانت لا متعة لها مدخول أو غير مدخول بها. فلو قيل كيف يكون لها السكنى وهي لو كانت حاملا لا يلحقه ولدها؟ أجيب بأنها في عدة منه لا يمكنها أن تتزوج إلا بانقضائها¹.

هذا ما أمكن جمعه من تأصيل في مسألة موجب اللعان من مصادر معتمدة في المذهب فالى أي مدى تجد هذه الأقوال سنداً شرعياً معتبراً من نص الوحي؟ ذلك ما أحاول بحول الله الوقوف عليه من خلال النقطة التالية:

ثالثاً: دراسة

اللعان عند المالكية يمين خلافاً لأبي حنيفة القائل إنه شهادة.

وثمره الخلاف إذا قيل فيه شهادة أنه لا يكون إلا ممن تجوز شهادته أما كونه يميناً فهو جائز ممن تقبل شهادته ومن غيره، والشاهد للمالكية ما جاء في حديث هلال بن أمية من قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن" ² فصاحب الشرع صلى الله عليه وسلم سماه يميناً. وليس شهادة، ثم هو يقطع العصمة فلا يتناكح المتلاعنان أبداً، على مذهب الجمهور إلا خلافاً شاذاً. فقد نقل عن محمد بن أبي صفرة³ أن اللعان لا يرفع العصمة لقول العجلاني كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فأحدث طلاقاً قطع به العصمة، وهو قول لأبي حنيفة، وقال عثمان البثي: "لا تأثير لللعان في الفرقة وإنما يسقط النسب والحدود وهما على الزوجية كما كانا ويحمل فعل عمر على النذب، لأن الزوج مندوب إلى فراق زوجه إذا علم منها الزنا لئلا يلحق به غير ولده وهو لا يعلم"⁴.

¹ يمكن الوقوف على المسألة في المصدرين السابقين 331/5. 637/1.

² سنن أبي داود كتاب الطلاق باب في اللعان رقم 2256.

³ محمد بن أبي صفرة هو أبو عبد الله محمد بن أبي صفرة أخو المهلب بن أبي صفرة كان عالماً فاضلاً أخذ عن الأصيلي والقاسبي توفي بالقبروان سنة 416 هـ. الديباج ج 1 / 362.

⁴ انظر التبصرة لأبي الحسن اللخمي 2461/5 م س.

وهذا خلاف نص الحديث: " لا سبيل لك عليها "1 وقال مالك: والسنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبداً، وإن أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع إليه أبداً وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف².

علاوة على هذا فإذا كان اللعان قاطعاً للنسب من غير خلاف وهو أقوى من الفرائش فقطعه الفرائش من باب أولى، لكن هل إذا نكل الزوج عن اللعان حد؟

مذهب الجمهور ومعهم المالكية أن الزوج إذا أكذب نفسه حد لحديث العجلاني وقد تقدم لكن أهل العراق ردوا حديث العجلاني بكون آية اللعان لا تتضمن إيجاب الحد عند النكول وهي نص في الباب وإيجابه زيادة على النص والزيادة على النص نسخ له والأحاد لا ينسخ المتواتر.

لكن المحققين من أهل الأصول يعتبرون الزيادة المستقلة على النص غير الرافعة له، ليست نسخاً وإنما هي زيادة مستقلة بحكم مستقل إذا ثبتت صحتها وجب العمل بها ثم إن الآية وهي حجة قطعية عندهم ذكرت أن اللعان يدرأ عن المرأة العذاب وأي عذاب يدرأ سوى الحد؟

وكذلك المرأة إذا نكلت عن اللعان حدت عند مالك والشافعي خلافاً لأبي حنيفة وأصحابه القائلين إنها تحبس حتى تلتعن، وهو على خلاف أصل مذهبهم في المدعى عليه أنه إذا نكل عن اليمين قضي عليه بغير يمين لأن نكوله بمثابة الإقرار³.

وهو الجاري على أصل الشرع إذ قال النبي صلى الله عليه وسلم: للمدعى في الأموال "شاهدك أو يمينه"⁴ وقد بوب له البخاري باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، فإذا كان المدعى عليه في الأموال إذا نكل كان نكوله بمثابة الإقرار من غير خلاف وقد تكون له شبهة نسيان فأن يكون ذلك في الحد أولى.

¹ صحيح البخاري كتاب الطلاق باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحد كما كاذب فهل منكما تائب رقم 5006.

² الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في اللعان رقم 1176.

³ تهذيب المسالك للفندلاوي، 549/2 م س.

⁴ صحيح البخاري كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود رقم 2525.

وفي هذا الخضم هل يلحق اللعان النكاح الفاسد كالصحيح أولى؟

القاعدة: أن كل نكاح أمكن أن يلحق فيه الولد صح فيه اللعان والعكس صحيح.

والأصل في المسألة: إذا طرأ على النكاح ما لا يقر معه هل يرفع حكم العقد السابق

أم لا؟¹.

قال القاضي عبد الوهاب يلتعن في النكاح الفاسد كان هناك نسب ينفيه أم لا؟ وقال أبو حنيفة لا لعان فيه على كل وجه وقال الشافعي: إن كان هناك نسب ينفيه لاعن وإلا لم يلاعن، فدليلنا على أبي حنيفة أنه نكاح يثبت به الفراش فجاز اللعان فيه كالصحيح ودليلنا على الشافعي أنه أحد موجب اللعان فإذا أوجب في الصحيح أوجبه في الفاسد كذلك²:

وعموماً لو لم يكن اللعان في النكاح الفاسد ولا سيما إذا كان مما يلحق فيه النسب فمن يرفع عن الزوج حد القذف؟ ولو لم يكن ذلك لربما يرى الرجل الفاحشة ولا يستطيع الاخبار بها خوفاً من الحد فيلحق به من ليس من نسبه. فإذا كان النكاح الفاسد تلحقه بعض آثار العقد الصحيح وجب أن يلحقه اللعان كذلك لأنه أولى لأهميته.

قال النووي: جاز اللعان لحفظ الأنساب ودفع المضرة عن الأزواج وأجمع على صحته في الجملة³.

هذا عن موجب اللعان فماذا عن دعوى نفي الولد فيه؟

الفرع الثاني: دعوى نفي الولد

تقدم أن اللعان يكون بأحد أمرين إما رؤية زنا لا شك فيه أو نفي حمل لازم في مدته.

والمنطق أن نافي الولد رامي لزوجته بالزنا وإلا فمن أين يمكن أن يأتي عقلاً وعادة؟

لكن إذا أقر الزوج بالوطء ونفى أن يكون الولد ولده هل يمكنه اللعان؟

للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال اقترح التوقف عند الآتي:

¹ قواعد الفقه على مذهب مالك للمقري ق: 579 ص 313 م س.

² الإشراف على نكت مسائل الخلاف 784/2 م س.

³ شرح النووي على صحيح مسلم 345/5 م س.

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن المكوي: عمن أقر بالوطء ونفى الولد ولم يدع استبراء.

فأجاب: يسجن أبدا حتى يقر بالولد. وكان ابن مالك يفتي باللعان ويقول هو ظاهر القرآن¹. علق الونشريسي ناقل الفتوى قائلا: كان الحكام يقضون بفتوى ابن المكوي لأن هذا لو ثبت لما لحق ولد بأبيه لكثرة الفسقة من العوام².

-ب- وسئل أبو بكر بن عبد الرحمن: عن مطلق التزام النفقة على من طلق لادعائها الحمل ولما وضعت أنكر أن يكون الولد منه. فهل يلحقه؟ أو يمكنه الملاءمة؟

فأجاب: الولد لازم لأنه لم ينهه عندما ادعته الزوجة فهو ولده، وإذا لزمه وهو ينكره فالحد يلزمه. هذا هو القياس بعينه. فإذا استحسن أحد درأ الحد لهذه الشبهة فما هو ببعيد وبالله التوفيق³.

-ج- وسئل أبو عمران الفاسي: عمن طلق زوجه فادعى أبوها أنها حامل منه وطلبه بإجراء النفقة أو تقديم ضامن بها فقبل ثم أنكر أن يكون الحمل منه فهل رضاه بالحمل إقرار منه بالحمل؟ أم يلاعن ولا فرض عليه؟

فأجاب: بما نص معناه: إذا رضي بحملة الحمل لنفقة ما يظهر من حمل يمكن أن يكون من وطء قبل الحمل بأقرب الأوقات التي يمكن فيها الوطء لزمه الحمل وحد بإنكاره الولد وليس هذا الموضع مما يدرأ فيه الحد بالشبهات، لأن هذا قذف وجب للمرأة طلبه فأى شبهة فيه للزوج؟ لأنه لو لم يكن الولد منه فهي زانية وهذا قذف بين، وصريح القذف والتعريض به عندنا سواء في وجوب الحد⁴.

-د- وسئل أبو الحسن القابسي: عمن نفى حمل المرأة بعد طول مقامه معها.

¹ المعيار 72/4 م س ومثله عن أبي عمر الأشبيلي في أحكام ابن سهل ص 387 م س.

² نفسه.

³ الإعلام لابن سهل ص 265 م س. ومثله في المعيار 72/4.

⁴ المعيار 72/4 م س بتصريف وكذا ديوان الأحكام 265. لكن لم أقف عليه في مجموعة الفتاوى المنسوبة لابي عمران بتحقيق د محمد بركة.

فأجاب: بما مضمونه إنها مسألة بنيت على أصل مختلف فيه بين أهل العلم، وأن مذهب مالك وأصحابه خلافا لابن الماجشون، لا ينفي حمل المرأة إلا من ادعى استبراء لم يمس بعده على علم فإنه يلاعن وهي حامل¹.

-ه- وسأل القاضي عياض ابن فتحون: عن امرأة ادعت نكاح رجل وأثبتت بناءه بها وخلوته معها وحملها منه. وحضر الرجل فاعترف بالكل إلا الحمل فقال ما وطأتها قط. هل يلحقه الولد؟

فأجاب: يلزمه الولد إلا أن ينفيه باللعان².

النظر التأملي في النوازل المذكورة أعلاه، لفقهائنا -رحمهم الله- يقضي ابتداء أن كل من ولد على فراشه من لا يعتقد أنه من صلبه يمكنه أن ينفيه عن نسبه باللعان. لكن الحقيقة ليس كل من ادعى نفي ولد عن نسبه يستجاب له في ذلك.

فقد جرى عمل القضاة فيما ذكر الونشريسي على فتوى ابن المكوي، أن المقر بوطء لا يدعي استبراء منه، لكنه ينفي أن يكون الولد منه يسجن حتى يقربه وإن خولف في ذلك. لأن الأصل في الولد أنه للفراش، كما أفنى ابن عبد الرحمن في الملتزم بالنفقة على من ادعت الحمل منه أن الولد لازم له ولا ينفعه إنكاره بعد الإقرار ويلزمه الحد، إلا أنه أبقى إمكانية درأ الحد للشبهة أمرا ممكنا.

أما أبو عمران فوافق أبو بكر فيمن رضي بالحمالة عن النفقة التي طولب بها معتبرا ذلك بمثابة الإقرار بالحمل، لكنه أضاف أن هذه الحالة ليست مما يدرأ فيه الحد للشبهة إذ صريح القذف والتعريض به سيان.

¹ نفسه 73/3 بتصريف.

² فتاوى البرزلي 285/2، م س.

بينما اعتبر القابسي: طول المقام مع العلم كناية عن الرؤية وأن من حاله هذا لا ينتفي عنه الولد إلا بدعوى استبراء لم يمس بعده أو يكون الولد منه مستحيلا فلا يحتاج إلى لعان.

في حين أجاب ابن فتحون عياضا عن أقر بما ادعته عليه زوجه إلا الوطاء أن الولد لازم له ما لم ينفيه بلعان أو استحالة.

وهكذا فأجوبة فقهاءنا - رحمهم الله - وإن اختلفت في الإقرار ولو ضمنيا بالحمل هل يعد شبهة تدرأ الحد أم لا؟ فإنهم اتفقوا على أن من أقر ولو ضمنيا بحمل لا يمكنه نفيه. إلا بمسوغ شرعي فالى أي حد طابقت هذه الأجوبة المقرر في مصادر المذهب؟ ذلك ما أحاول مقارنته بإذن الله من خلال النقطة الآتية:

ثانيا: التأصيل

المتتبع لأقوال فقهاء المذهب يجد اللعان على نفي الولد يأتي على صور متعددة منها أربع متفق عليها وهي كالاتي:

- 1- اجتماع دعوى الاستبراء والرؤية وأن تأتي به لسته أشهر فأكثر.
 - 2- كون دعوى نفي الولد مجردة عن الرؤية والاستبراء، بالأمد التي لا يلحق الولد فيها قلة وكثرة.
 - 3- أن يدعي عدم وطنها منذ ولادة سابقة مما يعلم منه أن هذا بطن ثان.
 - 4- أن يدعي عدم ولادتها لولد تنسبه إليه.
- جاء في المدونة: من طلقت وخاضت ثلاث حيض وقالت قد انقضت عدتي ثم جاءت بولد لمدة ما يلحق فيه الولد مدعية أن الدم جرى عليها وهي حامل ولا علم لها بالحمل.
- وقال الزوج قد انقضت عدتك والولد ليس مني. قال ابن القاسم الولد لازم له إلا أن ينفيه بلعان¹.

¹ المدونة 32/3 م س.

وفي كتاب أبي محمد: عنه: لا يلزم الزوج ما ولدت بعد لعانه إلا أن يكون حملا ظاهرا حين لاعن بإقراره أو ببينة فيلحق به¹.

وفي التهذيب: إذا تصادق الزوجان على نفي الولد انتفى بغير لعان وحدث الزوجة قاله مالك والليث، لكن أكثر الرواة عن مالك أنه لا ينفى إلا بلعان².

ومن المدونة أيضا: قال مالك: فيمن رأى حمل امرأته فلم ينفيه ولم يدعيه حتى وضعت، أنه لا يمكنه أن ينتفي منه بعد ذلك، وكذلك لو سكت عن الحمل مدة ثم انتفى منه فلا يقبل قوله ويضرب الحد في المسلمة ويلحقه الولد. لأن سكوته بمثابة إقراره بالحمل³.

وقال ابن القاسم: فيمن ولدت ولدين في بطن واحد فأقر بالأول ونفى الثاني يحد ويلزمه الولدان جميعا⁴.

وقال ابن الماجشون: إذا لاعن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه إلا بلعان يدعي فيه استبراء⁵.

ومن كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: عن مالك: وإذا وطئها ولم يستبرئ حتى رآها، فليتعن وينفي ذلك الولد، إلا أن يطأها بعد الرؤية فلا يلاعن ويحد⁶.

وفي العتبية: من سماع ابن القاسم: إذا قدم الغائب وماتت زوجته وتركت ولدا كان بعده فأنكره، فإنه يلتعن وينفيه ويرث زوجته، ومثله عن ابن حبيب وابن الماجشون⁷.

وفي التبصرة: إذا كانت الزوجة غير مدخول بها، فأنكر الحمل وصدقته صدق بغير لعان في قول مالك وابن القاسم وقال ابن الماجشون في كتاب محمد لا ينفيه إلا بلعان.

قال اللخمي والأول أحسن لأنه لم يعلم خلوة ولا ادعت هي ذلك⁸.

وكيف لو ادعى الرجل استبراء ثم تراجع عنه، أو رؤية ثم أكذب نفسه؟

1 اختصار المدونة لابن أبي زيد القيروان 304/2 م س.

2 التهذيب للبرادعي 206/2 م س بتصرف.

3 المدونة 195/3.

4 نفسه 197/3.

5 فقه ابن الماجشون م 515 ص 437 م س.

6 النوادر والزيادات 333/5 م س.

7 نفسه 341/5 م س.

8 التبصرة 2452/5 م س بتصرف.

اختلف في هذه المسألة اختلافا واسعا فقال ملك وابن القاسم إن أكذب نفسه حد من غير تفريق بين الرؤية والاستبراء¹ وقال أبو الحسن ابن القصار إن نفاه بالاستبراء فليس بقاذف لأنه يجوز أن تكون وقعت منه شبهة.

لكن قال عنه اللخمي ليس قوله بالبين، ولو كان الجواب على ما قال لم تحد حد الزنا إذا نكلت لأن الزوج على قوله لم يثبت عليها زنا².

ونقل القاضي عياض فيمن رأى امرأته تزنى وهي حامل فلا عنها عن مالك قولان:

أحدهما: يلتعن ولا يلزمه الولد وإن أقر أنه كان يطؤها حتى رآها تزني.

الثاني: إن جاءت به بعد اللعان لأقل من ستة أشهر أنه يلزمه لأنه من وطء هو مقربه والحمل قد كان قبل أن يراها فلا ينتفي عنه بوجه من الوجوه. لأن اللعان قد مضى، وقال عبد الملك وأصبغ ينفيه بلعان ثان³.

قال القاضي عياض: إن ظاهر قول المخزومي: وهو مقر بالحمل، ذلك أنه لما اطلع على خيانتها صح له نفي ما كان أقر به من قبل، لسلامة نيته وصحة اعتقاده لعفافها على الظاهر والفراش له وقامت له الآن حجة بريئة الفراش فصح له نفيه، ثم ذكر أن ابن محرز ذهب إلى أن ذلك فيمن لم يقر بالحمل ولم يكن عارفا به حتى ظهر بعد اللعان وأن المراد بالإقرار بالحمل في المدونة الوطء⁴.

وحكى القاضي عبد الوهاب وابن الجلاب: في مدعي الرؤية على حامل مقر بحملها ثلاث روايات: الأولى: يحد ويلحق به الولد ولا لعان. والثانية: يلتعن ويدراً الحد، ويلحق الولد. والثالثة يلتعن ويسقط الحد والولد⁵.

هذه جملة من أقوال أئمة المذهب – رحمهم الله- في دعوى نفي الولد، من قبل الزوج برؤية أو استبراء أو هما معا أو بدونهما، فهي وإن اختلفت في الكيفية التي ينفى بها الولد

¹ المدونة 354/2 م س.

² التبصرة 2462 /5 م س.

³ التنبيهات المستنبطة 1183/3 بتصرف م س.

⁴ نفسه 1184/3.

⁵ التفريع لابن الجلاب 43/3 م س ، وكذا المعونة للقاضي عبد الوهاب 614/2 م س.

وما يمكن الزوج من ذلك فإنها اتفقت أن اللعان مخرج شرعي يمكن الرجل من نفي من ليس منه وإن ولد على فراشه صيانة للأنساب.

لكن هل تجد دعوى نفي الرجل لمن ولد على فراشه سنداً في نص الوحي والأصل أن النسب يثبت بالشك ولا ينفى إلا بيقين؟
ذلك ما يمكن الوقوف عليه من خلال الآتي:

ثالثاً: دراسة

الأصل في الولد أن الاعتراف به وكذا نفي نسبه من اختصاص الأب الذي له حق إنكار من لم يتولد من مائه ولو على فراشه، لأن ضرورة حفظ النسب تدعوه لذلك، فجعل الله له سبيلاً بأيمانه وجعل القول قوله مع يمينه فيما يمكن أن يلحق به بناء على رابطة زوجية قد توقف سريان آثارها بالنسبة إليه، ثم جعل القول قول المرأة في نفسها مع أيمانها لكن لو سكت الزوج عن الحمل أو المولود مدة ثم نفاه هل يمكن من اللعان بعد ذلك أم لا؟ وهل الساكت على الشيء مقربه أم لا؟

الضابط في الباب أن الرضى بالحمل يمنع نفيه، فقد أورد أبو الحسن الخلاف في نفي الحمل إذا لم ينفه حين علم به، فعن ابن القاسم وابن القصار فيمن أصر إنكار حمل علمه حتى ولد وقال رجوت أن يكون نفخاً فأستريح منه أن ذلك له شريطة ألا يتجاوز ثلاثة أيام بعد الولادة أو يظهر منه ما يدل على الرضى به كقبول التهنة قبل الثلاث¹ يشهد له حديث التصرية وفيه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"² وفي بعض الروايات هو بالخيار ثلاثاً.

وجه الشبه بين ما تضمن الحديث ومسألة نفي الولد بعد السكوت عنه أن خيار الزمان ممنوع شرعاً في بيع التصرية، وحفظ الأنساب أولى من حفظ الأموال، وضرر لحوق ولد بغير أبيه أشد من ضرر التصرية ألا يمكن أن يلحق هذا بذلك ولو من باب المصلحة؟

¹ تبصرة اللخمي 2452/5 م س. بتصريف.

² صحيح البخاري كتاب البيوع باب النهي للبايع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة رقم 2041 ومسلم وأصحاب السنن.

وهذا الإشكال يرد على مذهب الجمهور المشترطين أن من ينفي حملا يجب عليه أن ينفيه فور علمه به، فقد اشترط مالك أنه إذا لم ينفيه وهي حامل بلا عذر يكون له حجة كأن يكون غائبا فلا يمكنه أن ينفيه باللعان بعد ذلك، لكن مذهب أبي حنيفة لا لعان إلا بعد الوضع لأن الحمل قد ينفش ولا لعان إلا بيقين، وهي حجة مسلمة عقلا، لو لا ما يدفعها شرعا، فقد استدلل الأولون بأحاديث متواتر بعضها وبعضها لا خلاف فيه كقصة العجلاني. وأورد مسلم في حديث هلال أنه لاعنها وهي حامل وفيه. فلما أدبرا قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لعنها أن تجئ به أسود جعدا فجاءت به أسود جعدا"¹.

فهذا دليل على أن اللعان تم بينهما وهي حامل قبل الوضع، قال ابن عبد البر: ومن لم ير اللعان على حمل حتى تلد زعم أن الحمل لا يقطع على صحته لأنه قد ينفش ويضمحل فلا وجه لللعان إلا بيقين، ومن رأى اللعان على الحمل إذا نفاه حجتة الآثار المتواترة عن الصحابة - رضوان الله عليهم -².

فمن ذلك ما روى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما -: "أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من حملها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة"³.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه لا يمكن من اللعان من أنكر لون ولده. للحديث الصحيح للرجل الذي أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله: ولد لي غلام أسود، وفيه... "وعسى أن يكون ولدك هذا نزع عرق"⁴، وكذلك من ادعى أنه لم يصب زوجه منذ سنة فقال ليس الولد مني أنه يلحق به ولا يحد لأنه لا يعلم كثير من الناس أن الولد يلحق لأكثر من هذه المدة وكذلك لو ادعى عزلا. أو إصابة في غير محل الحرث كالفخذين وما أشبه ذلك فلا أحد مما ذكر أو شبهه ينتفي عنه الولد إذا انتفى منه، ولا يلاعن ولا يحد لأن دعواه بنيت على ظن ألا يكون من وطئه حمل. والواقع على خلاف ظنه.

ما تقدم كان عن الاستحالة الذاتية فماذا عن الاستحالة الشرعية؟

¹ صحيح مسلم كتاب اللعان رقم 1495 م س.

² الاستذكار 97/6 م س . بتصريف..

³ الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في اللعان رقم 1202.

⁴ صحيح البخاري كتاب الطلاق باب اذا عرض بنفي الولد رقم 4999.

المبحث الثاني: موجب فسخ العقد لاستحالة شرعية لحقت به

يقصد بالاستحالة الشرعية المخالفة التي يرتكبها الزوج أو الزوجان معا فتكون سببا لإنهاء الرابطة الزوجية بينهما، إما بشكل دائم أو مؤقت إلا أنهما لا يمكنها استئنافها من جديد إلا بمسوغ شرعي.

والاستحالة الشرعية الموجبة لفسخ العقد أنواع متعددة. لكن طلبا للاختصار اكتفيت
بأثنين منها أظنهما الأهم في الباب والله أعلم أحدهما الأيمان الموجبة لإنهاء العصمة والآخر
التصرف الموجب لإنهاء العصمة فكان البحث في مطلبين اثنين كالتالي:

المطلب الأول: الأيمان الموجبة لإنهاء العصمة

الأيمان لغة جمع يمين واليمين لفظ مشترك بين معان مختلفة منها الحلف والقوة.
وعرفا: هي تقوية الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق على شيء. واليمين بغير ذكر الله ذكر
الشرط والجزاء. فلو قال لو دخلت الدار فعبدني حر يحنث، وتحريم الحلال يمين¹.
وإن كان ابن عرفة: أشار إلى قول مقتضاه أن اليمين ضروري لا يعرف².
فهل كل يمين من الزوج تؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين من غير
إرادتهما؟ وهل كل تحريم يدخل فيه الطلاق؟

لمقاربة هذا الإشكال أتناول المطلب في فرعين اثنين وفق الآتي:

الفرع الأول: اليمين اللازمة بالطلاق

المراد باليمين اللازمة بالطلاق، اليمين التي متى حنث فيها الزوج كان حنثه موجبا
لإنهاء العصمة بينه وبين زوجته، فما المقصود باليمين اللازمة بالطلاق؟ وهل كل يمين
أقسمها الزوج يؤدي الحنث فيها إلى إنهاء الرابطة الزوجية؟
للخروج بفكرة واضحة المعالم عن هذا الإشكال أستحسن التوقف عند الآتي:

أولا: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن أبي زيد القيرواني: عمن خطب إلى أهل منزل فأجابوه إلى النكاح لكنهم
ماطلوه فأقسم إن تزوج امرأة من ذات المنزل فهي طالق ولم يذكر واحدة ولا ثلاثا ثم ندم
على يمينه.

¹ معجم التعريفات للجرجاني م 2020 ص 218 م س.

² المختصر الفقهي لابن عرف 126/3 م س.

فأجاب: إن تزوج من ذات المنزل لزمه فيها الحنث فإن لم يقل ثلاثا ولا سواها فهي طلقة واحدة¹.

-ب- وسئل ابن الفخار: عن رجل غضب وقال لزوجته أنت طالق البتة.

فقال: اعلم أنها حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره².

-ج- وسئل فقهاء قرطبة عن نازلة نزلت ببياسة³ ومفادها أن رجلا عهد من زوجته إخفاء ثيابها ببيعها أو إعطائها أبويها من غير إنكار منه، وذات يوم أخبر أن بعض ثياب زوجها سرق. فقال الأيمان كلها تلزمه وهي طالق إلا أن تصرف الثياب أو عوضها.

فأجاب ابن عتاب: إذا صرفت المرأة الثياب في أقرب الأجل فذلك مخرج له من حنثه ووقوع الطلاق عليه، وإن أبت وقع عليه طلاق البتات.

وأجاب أبو مروان بما نص معناه: إن نوى أن المرأة هي من غيب الثياب ثم تبين أنها لم تغيبها فاليمين غير لازمة له.

وأجاب أبو عمر ابن رشيقي: أن يمنع زوجها عنها ويتلوم لها بقدر ما يرى السلطان فإن ردت المحلوف عليه أو عوضه سقطت اليمين عنه، وإن لم تفعل فهو إما أن يطلقها فورا طلقة مبارأة من يمينه، وله ردها بنكاح جديد وإن لم يفعل لزمه الثلاث ولا تحل له إلا بعد زوج⁴.

-د- وسئل ابن رشد: عن رجل حلف لزوجته بالطلاق ثلاثا ألا يدخل دار سكنها أبواها فدخل عليها أحدهما. هل تطلق عليه أم لا؟

فأجاب بما نصه: الصحيح على أصل مذهب مالك مراعاة المعاني في الأيمان دون ما يقتضيه مجرد الألفاظ فيحنث بدخول أحدهما. لأن معنى يمينه ألا يدخل داره واحد منهما خلافا لما عليه أهل العراق من اعتبار مقتضى اللفظ. ومثله منقول عن ابن القاسم⁵.

¹ فتاوى ابن أبي زيد القيرواني 231/2 م س.

² الأحكام للشعبي، ص 431 م س.

³ بياسة: بياض مشددة مدينة كبيرة بالأندلس معدودة في كرة جبان بينها وبين أبدة فرسخان، وأبدة بالفتح والتشديد هي الأخرى مدينة أندلسية تعرف بأبدة العرب: معجم البلدان 518/1 م س.

⁴ ديوان الأحكام لابن سهل ص 278 م س.

⁵ فتاوى ابن رشد 1312/3 م س.

-ه- وسئل المازري : عن حلف على امرأة أراد تزوجها فقال كلما تزوجتها فهي طالق ثلاثا.

فأجاب: متى تزوجها طلقت عليه، وإن عقد نكاحها بعد أن أحلها زوج كما يجب النظر في قوله هل أراد به المرة الواحدة فلا يتعدد عليه أو أراد كلما تزوجها فيتكرر عليه اليمين¹.

وهكذا انطلقا من نوازل فقهاءنا -رحمهم الله- السالف ذكرها يتضح لنا أن اليمين التي يقسمها الزوج ولو في تجارته أو غيرها موجبة لإنهاء العصمة الزوجية إذا صدرت على هيئة معينة، لذلك كانت كثرة الحلف أمرا مستقبحا شرعا.

فقد أجاب: ابن أبي زيد في الحالف على أنه متى تزوج من أهل بيت فزوجه طالق أن ذلك لازم له كلما تكرر على الهيئة التي اعتقدها واحدة أو ثلاثا، كما أفتى ابن الفخار أن البتة منهية للعصمة للأبد ما لم تنكح زوجا غيره، وهو كذلك. فقد قال عمر ابن عبدالعزيز -رحمه الله- " لو كان الطلاق ألفا لما أبقت البتة منه شيئا ".

لكن نجد فقهاء قرطبة اختلفوا فيمن أقسم على زوجه أيما الطلاق تلزمه إن لم تصرف ما أقسم عليه أو عوضا عنه إذ اعتبر ابن عتاب عدم إحضارها لما أقسم عليه أو عوض منه موجب للبتة فلا تحل له إلا بعد زوج، و وافقه أبو مروان لكن شريطة أن تكون هي من غيب المحلوف عليه، أما لو ثبت تغييبه من غيرها فلا يمين عليه.

أما ابن رشيق فأوجد للزوج مخرجا بعد تلوم السلطان للمرأة بأن يطلق طليقة مبارأة وحينها يتمكن من إرجاعها بعقد جديد أما إذا انتهت مدة التلوم فقد بانت منه ولا تحل له إلا بعد زوج ترى لأي شيء يرجع سبب هذا الخلاف؟

أما ابن رشد فجعل دخول أحد أبوي الزوجة المقسوم عليها بالطلاق لدخولهما، موجبا لإنهاء عصمة الزوج عليها أخذا بالمعنى دون ما يقتضيه ظاهر اللفظ.

وعليه فسبب الخلاف في النازلة وسابقتها راجع للقاعدة: هل العبرة بمراد المتكلم أو بمقتضى ظاهر لفظه؟

¹ المعيار 387/4 م س.

في حين أفتى المازري في الحالف على امرأة أنه كلما تزوجها فهي طالق ثلاثا، أن العبرة بقصده هل أراد المرة الواحدة فيحلفها الزوج بعده إذا تزوجها أو يكرر عليه اليمين فيها فلا تحل له أبدا، والأصل أن اليمين على نية الحالف لا على نية المحلوف له. لكن هل كانت هذه الأجوبة مجسدة للمشهور المعتمد في مصادر المذهب؟
ذك ما يمكن التعرف على بعض منه من خلال الآتي:

ثانيا: التأصيل

جاء في المدونة عن مالك أنه قال: يؤخذ الناس في الطلاق بلفظهم ولا تنفعهم نيتهم في ذلك، إلا أن يكون جوابا لكلام كان قبله¹.

وقال أيضا في الرجل يحلف للسلطان بطلاق امرأته طائعا فيقول امرأتي طالق إن كان كذا وكذا لأمر يكذب فيه ثم يأتي مستفتيا ويزعم أنه أراد امرأة كانت له قبل ذلك وأنه إنما ألغز على السلطان إن ذلك لا ينفعه وأرى امرأته طالقا وإن جاء مستفتيا².

وأجاب ابن القاسم: فيمن قال كل امرأة أتزوجها من كذا هي طالق: أنها تطلق عليه في قول مالك ولو تزوجها بعد الثلاث وزوج رجعت عليه اليمين، أما من عم فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا شيء عليه كمن لم يحلف³.

ومن كتاب ابن المواز: من تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها يفرق بينهما بالقضاء... ومن حلف على قبيلة أو صنف فنكح منهن فالحنث يتردد عليه كلما نكحها ما لم يضرب أجلا فيتجاوزه⁴.

وفي كتاب ابن حبيب: من قال كل امرأة أتزوجها من قرطبة طالق فذلك لازم له فيها... وعلى ثلاث أميال منها، وإن قال من الاندلس لزمه جميعا⁵.

ومن العتبية: روى يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم: فيمن حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بمصر ثم حلف بطلاق من يتزوج من غير مصر. أن اليمين الثانية ساقطة وله أن

1 المدونة 74/3 م س.

2 المدونة 528/2 م س.

3 نفسه 92/3 م س بتصريف.

4 النوادر والزيادات 126/5 بتصريف م س.

5 نفسه 114/5 م س.

يتزوج من غيرها ما شاء، وعن ابن الماجشون فيمن حلف بطلاق من يتزوج إلى سن معينة أن ذلك لازم له، إن كان ممن يشبه أن يعيش إلى تلك المدة¹.

وجاء في مختصر ما ليس في المختصر: أن عاصي مولى نافع سأل مالكا فقال: حلفت بطلاق كل امرأة أنكحها ما دامت أمي حية فأمره مالك أن يتزوج واحدة، قال اللخمي أخذ مالك مرة بالحديث: "لا طلاق قبل النكاح" ومرة قدم القياس لأنه إنما أوقع الطلاق بشرط وجود النكاح².

وفي ذات الصد روي عن ابن سحنون: "فيمن طلق امرأته البتة فرفعها إلى قاض يرى البتة واحدة، ففضى له بالرجعة، والزوجان يعتقدان أنها ثلاث فلا تحل له بذلك ولا يحل لها أن تمكنه من نفسها إلا بعد زوج⁴".

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم: ومن شهد عليه رجلان بالبتة وهو منكر ففضى عليه، فله نكاحها قبل زوج إن كان محقا وقال أصبغ لا يمكنه ذلك قياسا على من رأى هلال شوال وحده⁵. وعن ابن القاسم: فيمن حلف إن جمع بين امرأتين فأحدهما طالق إن نوى واحدة معينة فله ذلك، وإلا طلقنا عليه جميعا، ومثله عن أصبغ، وقال ابن رشد هو المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه⁶.

هذا في الحلف فماذا لو علق الطلاق على فعل شيء أو تركه فهل يلزمه إنهاء العصمة بالبتة؟

جاء في المدونة: عن ابن القاسم فيمن قال إذا دخلت دار فلان ودار فلان فامرأتي طالق فدخل إحدهما، أنها تطلق عليه إن دخل إحدى الدارين في قول مالك⁷.

ومن البيان والتحصيل روى عيسى عن ابن القاسم: في الرجل يكون له على الرجل الحق فيقول امرأتك طالق أو عليك الطلاق لتدفعن إلي حقي غدا فيقول نعم فيحنت فيقول

1 نفسه 120/5 بتصريف.

2 التبصرة لأبي الحسن اللخمي 2246/5 م س.

3 هو عندي والله أعلم أنه نزله منزلة من قال: كل امرأة أتزوجها طالق لا يلزمه شيء لأنه استغرق جنس ما أحل الله له بالتحريم فلا يلزمه شيء، لأن مدة حياة لأمه لا يعلمها وقد تستغرق حياته هو كلها. وإنما قصره على واحدة لأنها ما يرفع الحرج.

4 النوادر والزيادات 171/5 م س.

5 نفسه 171/5.

6 البيان والتحصيل 422/4 بتصريف م س.

7 المدونة 84/3 م س.

أردت واحدة، ويقول صاحب الحق أردت ثلاثا، فالقول قول صاحب الحق، وفي سماع عبد الملك بن الحسن أن القول قول الغريم¹.

وسئل ابن القاسم: عن حلف بطلاق امرأته على شيء لا يعلمه كأن يقول وهو بالفسطاط إن لم تمطر الليلة بالإسكندرية فامرأته طالق فقال قال مالك: من قال امرأتي طالق إن لم تمطر غدا أو إلى رأس الشهر فإن امرأته تطلق عليه ساعتئذ².

وورد في التفريع: إذا علق الطلاق بأمور غيبية حلف عليها وقع في الحال كما لو حلف بطلاقها أنه أو أنها من أهل الجنة³.

وقال ابن رشد: لا خلاف بين العلماء أن الرجل إذا حلف بطلاق امرأته على نفسه أو على غيره على فعل يفعله أو لا يفعله أن اليمين لازمة، وأن الطلاق واقع عليه في زوجته إذا خنت في يمينه⁴.

لكن لو حلف بالطلاق على شيء يعتقد كما هو فإذا بالواقع خلافه هل يلزمه الطلاق؟

جاء في اختصار أبي محمد: عن ابن القاسم: أن من حلف بالطلاق على ما يوقن أنه كذلك، ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق، قاله كثير من السلف، وبه قضى عمر بن عبد العزيز في الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقة أقبلت أنها فلانة وليست هي أن التي نوى من نسائه تطلق وإن لم ينو واحدة طلقهن كلهن⁵.

وفي الجامع لابن يونس: قال مالك: ومن حلف بالطلاق على ما يوقن أنه كذلك ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق⁶.

وعموما فالحالف بالطلاق أن يفعل فعلا لا يخلو من ثلاثة أوجه على ما ذكر بن

رشد:

¹ البيان والتحصيل 295/4 م س.

² نفسه 314/4

³ التفريع لابن الجلاب 86/2 م س.

⁴ المقدمات الممهدة 576/1 م س.

⁵ اختصار المدونة لابن أبي زيد القيرواني 149/2 بتصرف.

⁶ الجامع لابن يونس 149/2 بتصرف.

أحدها: أن يكون الفعل ممكن الفعل والترك فهذا لا طلاق عليه حتى يفعل أو لا يفعل.
الثاني: أن يكون مما لا يمكنه تركه كأن يقول امرأتي طالق إن شربت ماء فقيل
يعجل عليه الطلاق، وهو قول السحنون وقيل لا طلاق عليه حتى يفعل وهو ظاهر قول ابن
القاسم في المدونة.

الثالث: أن يكون غير ممكن قيل لا شيء عليه وهو قول ابن القاسم في المدونة وقيل
يعجل عليه الطلاق وهو قول سحنون¹.

هذه نبد من أقوال أئمتنا مستتلة من مصادر المذهب في مسألة الأيمان اللازمة، ترى
ما مستندها من نص الوحي ومقصد الشارع؟

ذلك ما أحاول بحول الله مقاربتة فيما يلي؟

ثالثاً: دراسة

أورد بعض الفقهاء أن الأيمان بالطلاق ممنوعة شرعاً لحديث: "لا تحلفوا بالطلاق
ولا بالعناق..." وأن الغالب فيمن يحلف بالطلاق أنه لا يبر بيمينه، يكون له ذلك لو صح
الحديث، قال ابن العربي -رحمه الله- هو حديث باطل موضوع ليس له إلى الصدق رجوع
ولا له عليه وقوع، وإن كان ذكره من يقتدى به ولكن ممن ليس له بالحديث بصر ولكل علم
رجاله وعند الله مقدار الكل وحاله²، وهو كما قال: فقد اعتبر من الأحاديث التي لا تثبت
نسبتها للنبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك ما اعتبره البعض شاهداً له وهو "ما حلف بالطلاق
مؤمن" ضعيف³ لكن لزوم الطلاق باليمين هو مذهب المالكية المعتمد.

ففي الموطأ: عن مالك أنه بلغه أن عمر ابن الخطاب وعبد الله ابن عمرو وابن
مسعود -رضي الله عنهم- وسالم ابن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان ابن
يسار كانوا يقولون إذا حلف الرجل بطلاق المرأة قبل أن ينكحها، ثم أثم (أي حنث) إن ذلك
لازم له إذا نكحها⁴.

¹ انظر المقدمات الممهدة 580/1 وما بعدها.

² الرسالة الحاكمة في مسألة الأيمان اللازمة لابن العربي ص 69 تحقيق الدكتور إبراهيم الوافي ط الرابطة المحمدية للعلماء ط1436، 2015/1 م

³ الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث لأحمد ابن عبد الكريم بن سعودي الغزي العامري باب الطاء الممهلة رقم 249. ص 133، تحقيق أبو زيد

عبد الله ط دار الراجية الرياض ط1412 هـ.

⁴ الموطأ كتاب الطلاق باب يمين الرجل بطلاق من لم ينكح رقم 1240.

ومنها أيضا: بلغه عن عبد الله ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه كان يقول فيمن قال:
كل امرأة أنكحها فهي طالق أنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه، قال مالك
وهذا أحسن ما سمعت¹.

وبمثل قول مالك قال ابن أبي ليلى والحسن ابن صالح وإبراهيم النخعي والشعبي
واليث بن سعد والأوزعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق
فهو كما قال، وقيل لا يلزم طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك خص أم عم².

قال ابن العربي: المتحصل من الأقوال المذهبية في مسألة الأيمان اللازمة خمسة
مذاهب:

أحدها: الأمر راجع إلى نية الحالف ، فإن نوى شيئا لزمه ما نوى وإن لم ينو شيئا
لزمته طلقة واحدة.

الثاني: مثله لكن يستحب له أن يلزم نفسه الثلاث من غير قضاء.

الثالث: تلزمه طلقة بائنة واحدة من غير أن ينوي.

الرابع: يلزمه الثلاث.

الخامس: يطعم ثلاثين مسكينا ما لم ينو شيئا فيلزمه نسبه لأبي الوليد الفهري
المعروف بالطرطوشي³.

لكن يرد في الباب الإشكال التالي: هل يكون المقسم بغير الله حالفا؟ وهل اليمين
طلاق؟ ولو كان فكيف يصح الطلاق قبل النكاح؟

فقد أورد البخاري عن ابن عباس -رضي الله عنهما- تعليقا: جعل الله الطلاق بعد
النكاح⁴ ثم نسب ذلك لعلي وجمع من التابعين، مستدلا بالآية الكريمة: "إذا نكحتم
المؤمنات ثم طلقتموهن..."⁵ قال ابن التين: احتجاج البخاري بالآية على

¹ نفسه.

² الاستذكار لابن عبد البر 188/6 بتصرف م س.

³ الرسالة الحاكمة لابن العربي ص 48، 49 بتصرف م س.

⁴ صحيح البخاري باب الطلاق قبل النكاح.

⁵ الآية 49 من سورة الأحزاب.

عدم وقوع الطلاق قبل وقوع النكاح لا دلالة فيه، وقال ابن المنير: ليس فيها دليل لأنها إخبار عن صورة وقع فيها الطلاق بعد النكاح ولا حصر هناك، وليس في السياق ما يقتضيه.

تعقبهما ابن حجر بقوله: الحبر ابن عباس -رضي الله عنهما- احتج بالآية في ذات المسألة والحديث وإن علقه البخاري فهو موصول عند غيره¹.

لكن الحبر -رضي الله عنه- يجوز عليه الخطأ كما يجوز على غيره فقد قال في مسائل من الإرث كحجب الجد للإخوة وخالفه فيها جمهور الصحابة -رضوان الله عليهم- والحق حق أن يقال ويتبع إن اجتهاد واحد من الصحابة رضي الله عنه فيما هو من قبيل الاجتهاد ليس حجة ملزمة للأمة لأنه لا عصمة إلا لصاحب الشرع صلى الله عليه وسلم كما أن رد أحد من العلماء: لقول واحد من الصحابة ليس خطأ من قدره ولا انتقاصا من مكانته فصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم هم سادات أهل الأرض كلها بعد الأنبياء -عليهم السلام- لكن الحق يعرف بدليله وليس بقائله والله أعلم.

هذا ويدل على كون الحالف بغير الله حالفا للشرع واللغة والاشتقاق والعرف ألا يكفي هذا دليلا؟

فمن الشرع قال صلى الله عليه وسلم "لا تحلفوا بأبائكم..."² فقد سمى الشارع المقسم بغير الله حالفا. والقاعدة: الاحتياط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أشد منه في العكس³، لذلك يوجب المالكية الطلاق بالكنائيات وإن بعدت ولا يوجزون النكاح إلا بلفظه أو ما قرب منه في المعنى.

ومن اللغة قول امرؤ القيس⁴:

فقلت يمين الله أبرح قاعدا
ولو قطعوا رأسي لديك وأوصالي

¹ فتح الباري 337/9 م س.

² صحيح البخاري كتاب الأيمان والنذور باب لا تحلفوا بأبائكم رقم 6648 ومسلم في الأيمان والنذور باب الحلف بغير الله رقم 1648.

³ قواعد الفقه للمقري ق 514 ص 295 م س.

⁴ البيت 22 من قصيدة للشاعر مطلقا أعم صباحا أيها الطلل البالي. ديوان امرئ القيس بتحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ص 28 ط دار المعاري.

وأما الاشتقاق فإن اليمين هو الحلف في اللغة وكذلك اليمين يطلق على القوة. فالحالف يقوى خبره بما يعسر الوقوع فيه وهو الطلاق، وأما العرف فالعادة المنتشرة بين الناس، أن من قال لزوجته إن دخلت دار فلان فانت طالق، أن ذلك يمين بالطلاق في عرفهم، وفي الحديث الصحيح: "يمينك ما يصدقك عليه صاحبك" وفي رواية ابن ماجه: "إنما اليمين على نية المستحلف"¹

قد يرد على هذا إشكال مفاده لو كان الطلاق يمينا لوجب فيه الكفارة. والأصل ألا يقاس على مخصوص ولا يقاس منصوص على منصوص. وقد رد ابن العربي هذا الاعتراض من ثلاثة أوجه:

أحدها: اليمين لم يقل أحد إن الكفارة تجب فيها لكونها يمينا. وإنما وجبت فيها الكفارة رخصة من الشارع حيث لو لم تجب الكفارة عند المخالفة لم يكن لليمين حكم يقع عند المخالفة فالكفارة بدل، والأيمان تتعد بالمقاصد فتحمل عليها، وبمقتضاها على العرف. الثاني: تأكيد الأخبار بما يشق فعله أو تركه مع اعتقاد تعظيم الله لا دليل على المنع منه.

الثالث: الشرع أشار على الناس باليمين بالله لأن منها مخلصا بالكفارة وسائر الأيمان لا مخلص منها إلا بفعلها².

وفي هذا الصدد يمين الطلاق إذا صاحبها لفظ البتة هل تكون واحدة أو تحمل على الثلاث؟

روي عن عمر ابن عبد العزيز أنه قال: " لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيئا من قال البتة فقد رامى الغاية القصوى"³، وكان مروان بن الحكم يقضي في الذي يطلق امرأته البتة أنه الثلاث قال مالك: هذا أحب ما سمعت إلي في ذلك.¹

¹ صحيح مسلم كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف رقم 1653، والنسائي في باب اليمين على نية المستحلف في الحكومات رقم 19406، ومستدرک الحاكم كتاب الأدب باب يمينك على ما يصدقك به صاحبك رقم 7904، وسنن أبي داود كتاب الأيمان والنذور باب المعارض في اليمين رقم 3255، وعند ابن ماجه باب من ورى في يمينه رقم 2120، والدار قطني تحت باب خير الواحد يوجب العمل رقم 4236. والترمذي والدارمي وأحمد وغيرهم كلهم عن ابن هريرة.

² الرسالة الحاكمة ص 55 بتصرف.

³ الموطأ كتاب الطلاق باب ما جاء في البتة رقم 1170.

قال ابن عبد البر: استحباب مالك في هذا الباب هو مذهبه الذي عليه أصحابه فيمن حلف بطلاق امرأة البتة أنها ثلاث لا تحل له إلا بعد زوج، ونقل مثل قول مالك منسوباً لعلي وابن عمر وزيد ابن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وعائشة -رضي الله عنهم- ومثله عن ابن المسيب وعروة والزهري ومكحول. وإليه ذهب ابن أبي ليلة وأبو عبيد².

وجعلها الشافعي على ما نوى، واعتبرها الكوفيون: طلقة واحدة بائلة لحديث ركانة. لكنه في صحيح طرقه يدل على أنه طلقها واحدة، وفي الحديث على كل حال مقال³.

وفي المنتقى قال أبو الوليد الباجي: كان مروان أميراً على المدينة في زمن جماعة من الصحابة وجلة من التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى إلا بمشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فإذا تكرر قضاؤه في البتة أنها ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبهم أو أنه الذي اتفق عليه جميعهم⁴.

هذا وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه يرد على المسألة إشكال مفاده الآتي: هل يستوي في يمين الطلاق ما كان قبله وما لحقه بعد عقده؟ وماذا لو علق الطلاق على ما لا يمكن معرفته؟

في المذهب تستوي يمين الطلاق قبل النكاح في كونها منهيّة لعصمة الحالف على من حلف بطلاقها بالواردة على النكاح بعد عقده، فمن قال لامرأة إن تزوجتك فانت طالق فتزوجها يلزمه الطلاق عند مالك وأبي حنيفة خلافاً للشافعي وأصحابه، فقد نقل ابن بطال أن ابن المنذر قال: اختلف العلماء فيمن حلف بطلاق من لم يملك على ثلاثة أقوال:

الأول: لا طلاق قبل نكاح وهو مذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور ورواية نسبت لمالك.

الثاني: أن من طلق من لم يتزوج إذا تزوجها لزمه الطلاق وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، من غير تقييد بين التعميم والتخصيص.

¹ نفسه رقم 1171.

² الاستذكار 12/6 بتصرف م س.

³ حديث ركانة أخرجه الترمذي في كتاب الطلاق باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة رقم 1171، وفيه علي ابن أبي زيد بن ركانة عن أبيه قال فيه البخاري لم يصح حديثه.

⁴ المنقى للباقي 185/5 م س.

الثالث: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة بعينها وعم في يمينه فهو تحريم لما أحل الله فلا يلزمه شيء¹.

وهذا المذهب الثالث الذي هو عمدة المالكية يستدل له بأثار متعددة ثابتة من ذلك:

قال تعالى: "يأيها الذين آمنوا وأوفوا بالعقود"²، وقال سبحانه: "يوفون بالنذر..."³، وقوله عز وجل: "ومنهم من عاهد الله..."⁴، والنذر هو إيجاب شيء من غير أن يكون واجبا ولو لم يكن يملكه، فهذه الأثار وغيرها دالة على أن من التزم شيئا لزمه ولو لم يكن في ملكه.

ووجه التمييز بين من عم وخص فيما لا يملك أن الأول قد حرم شيئا أحله الله وأدخل نفسه في عنت المعصية فلا نذر في معصية. وأما الثاني فهو ألزم نفسه شيئا لم يلزمه مما لا معصية فيه، فإذا ملكه لزمه الوفاء به على الأصل فافترقا.

أما كون الشيء المعلق عليه اليمين مما لا يمكن معرفته كقول مالك: من قال إن لم أكن من أهل الجنة فزوجه طالق ثلاثا، إنه يفرق بينهما، يعترض عليه المخالف من جهتين: إحداهما: هل يجزم أحد أنه من أهل النار فإن فعل كان مدعيا غيبا لا يعلمه إلا الله، فكيف يفرق بينه وبين زوجه؟

الثانية: وإن كان ممن يجهل حاله فيلزم منه أن يفرق بين كل زوجين جهلت حقيقة حالهما. لكنه اعتراض يرده أكثر من دليل فالنوم يلزم منه الوضوء فهل هو حدث؟ وإنما وجب الوضوء لما يتوقع أن يكون في النوم من الحدث وهذا محل إجماع.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم في تمرة مر بها: "لو أعلم أنها ليست من تمر الصدقة لأكلتها"⁵، تركها لما تطرق لها من الشك، ومنه القاعدة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام على الحلال، فإذا اختلطت شاتان إحداهما مذكاة والأخرى ميتة أو امرأتان إحداهما

¹ شرح ابن بطال على صحيح البخاري 337/7 م س بتصريف.

² الآية الأولى من سورة المائدة.

³ جزء من الآية 7 من سورة الإنسان.

⁴ الآية 75 من سورة التوبة.

⁵ صحيح البخاري كتاب اللقطة باب إذا وجد ثمرة في الطريق رقم 2299.

محرمة أليس يجب الكف عن الجميع؟ كذلك يجب أن يكون أمر المرأة المشكوك في طلاقها كما لو طلق إحدى نساءه ثلاثاً ثم نسيها لا خلاف أنه يفارق الجميع¹.

قال أبو محمد: وهذا كله تشهد الأصول لصحته لأن التحريم يحتاط فيه ويكون غالباً على التحليل ويقع التحريم بأقل الأمور ولا يقع التحليل إلا بأكثرها².
ثم الحالف والحالة هذه أدخل الشك على نفسه بقصد منه فلزمه ما ترتب عن قصده،
والله أعلم.

هذا عن الأيمان اللازمة، فماذا عن يمين تحريم الحلال؟

الفرع الثاني: يمين تحريم الحلال

يقصد بيمين تحريم الحلال قسم الشخص على وقوع شيء أو نفيه بتحريم ما أحل الله له ومما أحل الله له زوجه. فإذا حنت في يمينه هل تطلق عليه لأنه حرمها؟ ثم إن طلقت عليه فأبي الطلاق يلزمه؟ وهل هذه اليمين تقع كما هي أو على نية الحالف؟
ولمقاربة هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل ابن الحفار: عن حرم زوجه في ليلة خاصة هل تحرم عليه أبداً؟

فأجاب: المحرم لزوجه في ليلة خاصة يسترسل التحريم على الزمان كله، كمن قال أنت طالق اليوم خاصة لزمه الطلاق حتى يردّها، وكذلك التحريم يلزمه حتى تنكح زوجاً غيره على المشهور من المذهب لأن التحريم ثلاث³.

وسئل أيضاً عن أردف الطلاق للتحريم.

فأجاب بما نص معناه: أن الطلاق لم يصادف محلاً، ولا يلحق الزوجة لأنها في حكم

الأجنبية عنه بعد التحريم¹.

¹ الدب عن مذهب مالك لابن أبي زيد القيرواني 682/2 م س بتصريف.

² نفسه.

³ المعيار 241/4 م س.

-ب- وسئل ابن منظور² عن قال لزوجہ لحمي من لحمك كلحم الخنزير من اليوم لعشرة أيام ثم جامعها قبل ذلك هل تطلق عليه؟

فأجاب: هذه المرأة حرمت على الزوج وهل تطلق عليه ثلاثا أو واحدة؟

في ذلك خلاف وللقاضي أن يقلد من القولين ما يظهر له، فإن ظهر له الطلاق واحدة فلا بد من أن يستبرئ بثلاث حيض كاملة وحينها يمكن إرجاعها ما لم يكن أنهى العصمة بطلقتين من قبل³.

-ج- وسئل السيوري عن حلف بالحلال عليه حرام لأكل لابنته طعاما فأهدت البنت لأمها دقيقا.

فأجاب إذا وقع له العلم بخبر من أخبره فارقها فإن شك أو غلب له الظن استحب له مفارقتها، وأجاب عن ذات النازلة اللخمي بالآتي:

إذا كانت يمينه بالثلاث فلا يقربها وإن كانت واحدة أشهد على رجعتها فإن كان الخبر صادقا أخذ بالأحوط وإن كان كاذبا لا تضره رجعته⁴.

-د- وكتب من إشبيلية⁵ لأبي عمران الفاسي بالقيروان: في رجل قال: كل ما أملك علي حرام، هل هو كقوله الحلال علي حرام؟ وهل تدخل فيه الزوجة؟

فأجاب بما معناه: الزوجات لسن ملكا للأزواج فإذا قال كل ما أملك... لم يكن عليه شيء، أما إذا قال الحلال علي حرام سرى التحريم للزوجات ما لم يعزلهن بنية⁶.

-ه- وسئل أبو الحسن اللخمي: عن جرى بينه وبين زوجته شر فأسمعتة ما يكره فقال أنت علي حرام ثم ندم وذكر أن يمينه لا نية له فيها فهل تلزمه واحدة أو أكثر؟ وهو عامي لا يميز قصد نيته.

¹ نفسه 194/4.

² ابن منظور هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عيسى بن محمد بن منظور بن عبد الله بن منظور القيسي الإشبيلي فقيه فاضل محدث ثقة عمدة الأندلسيين في عصره، حامل صحیح البخاري توفي في شوال 469هـ، سير أعلام النبلاء ط 24 ج 390/18 م.س.

³ نفسه 230/4 م.س.

⁴ المعيار 290/4. ومثله في الإعلام للشعبي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ص 264 م.س.

⁵ إشبيلية قال يقوت الحموي: هي بالكسر ثم السكون وكسر الباء وياء ساكنة ولام وياء خفيفة مدينة كبيرة بالأندلس، بل أعظم مدينة بها بينها وبين قرطبة ثلاثون فرسخا بها كان بنو عباد. معجم البلدان 195/1 م.س بتصرف.

⁶ نوازل أبي عمران الفاسي ص 122 م.س.

فأجاب: قوله لا نية له لا تأثير له. فإذا خرج بغير نية حمل على الطلاق وهو المشهور عند الناس، واختلف في المذهب هل يحمل على واحدة أو ثلاث؟ فالمشهور المعروف أنها ثلاث لكن إذا لم يكن له علم وأخذ بقول من يقول إنها واحدة فلا يتعرض له، لأن له وجهها فهي حرام بالطلاق حتى يحدث رجعة¹.

وهكذا من خلال هذه الأجوبة لفقهاءنا - رحمهم الله- يتحصل لنا أن يمين تحريم الحلال لازمة لصاحبها من غير خلاف، وأن الزوجة داخلة في تحريمه الحلال.

لكن في تحريم ما يملك خلاف، كما اختلف في نوع الفرقة التي تحدثها هذه اليمين بين الزوجين وهل يسرى التحريم على الزمان كله أو يخص القدر المذكور فقط؟

فقد جعل ابن الحفار المحرم لزوجته في ليلة خاصة منهيًا لعصمته عليها، لأن إنهاء العصمة لا يقترن بزمان دون زمان، كما أن الطلاق اللاحق للتحريم لم يصادف محلاً لأن التحريم أنهى العصمة، فكما لا يمكن للرجل أن يطلق أجنبية لا يطلق من حرمها لأنها كذلك.

لكن جواب ابن منظور في المشبه لحم زوجته بلحم الخنزير مدة ثم وطأها قبل تمامها، يطرح عدة إشكاليات إذا كانت حرمت عليه كما قال فالحرام في المذهب ثلاث، ولو سلمنا أنه واحدة فما وجه الاستبراء بثلاث حيض؟ أليس الماء مأوّه؟ أم اعتبر أنه أصابها على وجه لا يحل؟ ثم كيف يجعل الخيار للقاضي؟ اللهم إذا قلنا بالنظر المصلحي.

أما السيوري فقد اعتبر الشاك في حنته وهو حرم الحلال أن الفرقة له مستحبة ما لم تتأكد فتجب عليه، في حين جعل اللخمي ذلك متوقفاً على نيته هل نوى البتة أو واحدة؟ لكن يرد على هذا إن كان العرف جارياً أن تحريم الحلال موجب للبتة فهل يعتبر قصد الحالف مخصصاً له؟

بينما ميز أبو عمران الفاسي بين قول الحالف كل ما أملك حرام وقوله الحلال علي حرام فتدخل الزوجة في الثاني دون الأول، لأنها من جملة ما أحل له لا من جملة ما يملك، لكن نية الحالف لا تنفعه في الاستثناء في حين اعتبر اللخمي دعوى المحرم لزوجته أنه لا

¹ فتاوى البرزلي 519/2 م س بتصرف.

نية له لا تغير من الحكم شيئاً، وإنما الخلاف هل يلزمه واحدة أو ثلاث؟ لكنه مال للواحدة طلباً لرفع الحرج.

فإلى أي حد جسدت هذه الأجوبة مختار المذهب في المعتمد من مصادره؟

ذاك ما يمكن التعرف على بعض منه من خلال الآتي:

ثانياً: التأصيل

نقل ابن الحاجب أن الكنايات الظاهرة مختلف فيها في المذهب مثل أنت على حرام أو كالدّم... فقيل هي ثلاث فيهما معا (الدخول بها وغير الدخول بها)، ولا ينوي وقيل ينوي، في غير المدخول بها على المشهور وقيل ثلاث في المدخول بها وواحدة في الأخرى¹.

فعلى الأول الكناية الظاهرة نص عرفي في الدلالة على الثلاث، وعلى الثاني هي ظاهر فيهما معا، الثلاث والواحدة، لأن كلا المعنيين واحد وإن توجبت البتة في المدخول بها، وعلى الثالث هي راجحة في العدد فتكون فيه ظاهراً ومرجوحة في البيونة فتكون تأويلاً.

جاء في المدونة هل يسأل من قال لزوجه أنت علي حرام على نيته؟

قال ابن القاسم لا يسأل عن شيء عند مالك وهي ثلاث البتة إن كان قد دخل بها، ولو قال لم أرد طلاقاً وإنما أردت الظهر، وقال سمعت مالكا يقول فيمن قال لامرأته أنت طالق البتة ثم زعم أنه أراد واحدة أن ذلك لا يقبل منه².

ومنها قيل لابن القاسم وإن قال أنت على حرام ينوي طلاقاً أو اثنتين أيكون له ذلك في قول مالك؟ قال: قال مالك: إن كان دخل بها فهي البتة وليست نيته بشيء وإن لم يدخل بها فذلك له³.

¹ الجامع بين الأمهات 434/2 م س بتصريف.

² المدونة 521/2 م س.

³ نفسه 522/2 بتصريف.

ولو تؤمل لوجد كذلك، فغير المدخول بها الواحدة تصيرها أجنبية إلا بعقد جديد، أما المدخول بها فلا تحرمها إلا الثلاث لأنها مادامت في العدة فهي في حكم الزوجة.

وفيهما أيضا: قال مالك: فيمن قال كل حلال علي حرام تدخل امرأته في ذلك إلا أن يتحاشاها بقلبه، وإن قال لم أنوي شيئا لا تنفعه نيته...¹، وكذلك من قال أنت علي كالميتة أو كالدّم أو كالحم الخنزير ولم ينو به طلاقا فهو البتة في قول مالك².

ومن كتاب ابن حبيب: قال أصبغ إذا قال الحلال علي حرام أو حرام علي ما أحل الله لي فذلك كله تحريم لازم ما لم يحاش امرأته، وقال عبد العزيز ابن أبي سلمة في كتاب ابن سحنون: إذا قال الرجل لامرأته أنت علي حرام فهي طلقة واحدة إن لم ينو البتة وتكون له الرجعة³.

وفي كتاب ابن المواز قال مالك: ومن قال لزوجته أنت علي كالميتة أو كالدّم أو لحم الخنزير في يمين فحنت فهي ثلاث، ولا يقبل منه أنه لم يرد طلاقها، ومثله نقل عيسى عن ابن القاسم في العتبية فيمن قال وجهي من وجهك حرام وأنت أحرم من أُمّي أنها البتة⁴.

ومن العتبية قال أصبغ: من استحلفه غريمه بالحلال عليه حرام فحلف وهو جاهل يظن أن الطلاق لا يدخل في ذلك فيحنت، يلزمه ذلك ولا ينفعه جهله⁵.

ونقل سحنون عن ابن القاسم: فيمن قال لزوجته أنت علي حرام أنها ثلاث إن كان دخل بها ولا ينوي شيئا وإن كان لم يدخل بها فهو كذلك إلا أن ينوي شيئا فله ما نوى، وكذلك قوله كل حلال علي حرام ينصرف للزوجة إلا أن يستثنى في قول مالك ومثله قوله أنت علي كالميتة أو الدّم أو لحم الخنزير كلها البتة وإن لم ينو شيئا⁶.

1 المدونة 522 م س.

2 نفسه 524/2.

3 النواد والزيادات 156/5 م س.

4 نفسه 175/5 بتصرف.

5 نفسه.

6 منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 712/6 بتصرف.

وفي التهذيب: إن قال لها قبل البناء أو بعده أنت علي حرام فهي ثلاث ولا ينوي في المدخول بها وله نيته في غير المدخول بها وإن قال أردت الظهار لم يصدق، وإن قال أنت طالق البتة فهي ثلاث ولا يقبل منه أردت واحدة لا قبل الدخول ولا بعده¹.

لكن ماذا لو ادعى الرجل أنه أراد بيمينه الحلال عليه حرام شيئاً من الطعام والشراب؟ أو ادعت عليه زوجته ذلك وهو ينكر فهل تلزمه البتة كما سبق؟

أورد ابن رشد أن مالكا سئل: عن الذي يقول الحلال على حرام ثم يحنت فيشهد عليه فيقول إنما أردت من الطعام والشراب فقال: أرى أن يحلف ولا ينفعه إن قال أردت واحدة².

وقال ابن القاسم في الذي يقول لزوجته وجهي من وجهك حرام إنها البتة حتى تنكح زوجها غيره³.

وفي التفريع: إذا ادعت المرأة التحريم على زوجها لم يحلف بدعواها فإن أقامت على ذلك شاهداً واحداً لم تحلف مع شاهدها ولم يثبت الطلاق، لكن يحلف الزوج فإن حلف برئ من دعواها وإن نكل عن اليمين فيه روايتان: إحداهما أنها تطلق بالشاهد والنكول، لأنه أقوى من الشاهد واليمين لكونهما سببين من جهتين مختلفتين، والأخرى أنه يحبس وإن طال ترك، وللمرأة منع نفسها منه⁴.

وهكذا يتحصل لنا مما تقدم بسطه من نقول من مصادر المذهب أن مسألة تحريم الحلال إذا قال الرجل الحلال علي حرام هل الزوجة داخلة حتى يخرجها أو خارجة حتى يدخلها؟ الأول هو الأصل إذ العرف القائم كالأمر اللازم، إلا أنه ولو سلم بهذا اللفظ في المذهب أن المراد بها الطلاق فقد اختلف في اللازم منه، هل الثلاث أم واحدة؟

ففي المنقول عن مالك نجد لا فرق بين الحرام البتة وأن كلا منهما يطلق على الثلاث إلا في غير المدخول بها وهو الذي عليه أصحابه إلا بن أبي مسلمة الذي اعتبر ذلك طلاقة واحدة من غير تفريق بين مدخول وغير مدخول بها وهو الذي رجحه الرجراجي قائلاً:

¹ التهذيب لمسائل المدونة 100/2 بتصريف م س.

² البيان والتحصيل لابن رشد 276/4 م س.

³ نفسه 320/4.

⁴ التفريع لابن الجلاب 107/2 م س بتصريف.

وهو أصح في النظر لأن الأخذ بأقل ما يقع عليه الإسم هو الأصل حتى يأتي نص أو إجماع¹.

فإلى أي حد يجد رأي فقهاءنا -رحمهم الله- في هذه المسألة سندا من الدليل الملزم؟ وهل يوافق المالكية فيها غيرهم؟

ثالثا: دراسة

أصل الكناية في الطلاق حديث النبي صلى الله عليه وسلم² "الحقي بأهلك"³ وهذه الألفاظ عند المالكية ظاهرة ومجملّة، فالأولى هي ما جرى العرف بأن يطلق بمثلها لغة وشرعا منها لفظ الحرام والبتة وتحريم الحلال.

جاء في الإشراف للقاضي عبد الوهاب: إذا نوى بشيء عن هذه الكنايات الظاهرة ما دون الثلاث لم يقبل منه في المدخول بها إلا أن يكون في الخلع، ويقبل في غير المدخول بها إن ادعاه إلا في البتة، وعند الشافعي يقبل منه كل ما يدعيه في ذلك من أصل الطلاق وأعداده⁴.

وقال اللخمي: من قال لزوجه أنت على حرام وقال أردت به الظهار أن عليه كفارة الظهار لأن تحريم الزوجة يصح بهذين الوجهين بالظهار والطلاق فإذا قال أردت أحدهما صدق⁵.

وهذا وجه من القاعدة: هل الألفاظ اصطلاحية تتبع الإرادة؟ أو وضعية تتبع الدلالة⁶؟

¹ مناهج التحصيل ولطائف التأويل 26/5 م س.
ذكر ابن حجر أن الحديث ورد في الصحيح بروايات مختلفة فمن هي المرأة التي قال لها النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثم جزم أنها أسماء بنت النعمان ابن شراحيل بن الأسود بن الجون الكندية. فتح الباي 309/9 م س.
² صحيح البخاري كتاب الطلاق باب هل يواجه الرجل امرأته بالطلاق رقم 4955، وأخرجه أيضا أهل السنن والحاكم في المستدرک والطبراني في الأوسط وغيرهم.
³ الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 745/2 م س.
⁴ التبصرة 737/5 م س.
⁵ قواعد المقري ق 672 ص 347.
⁶

فهي على الأول تابعة لإرادة المتكلم، ولو لم يكن المعنى مدلولاً لها لغة ولا شرعاً ولا عرفاً، وعلى الثانية هي تابعة للدلالة.

لكن رد أهل الظاهر هذه الكناية (أنت على حرام أو يمين تحريم الحلال) جملة وتفصيلاً فقالوا لا يكون بها طلاق قطعاً.

قال ابن حزم: ومن قال لامرأته أنت على حرام وزاد على ذلك فقال كالميتة... فهو باطل وكذب ولا تكون بذلك عليه حراماً وهي امرأته كما كانت نوى بذلك طلاقاً أو لم ينو¹. ثم ذكر في المسألة اثني عشر قولاً لأهل العلم منها مذهب مالك وأبي حنيفة في الحرام أنها الثلاث، ثم قال: أما قول مالك وأبي حنيفة فما نعم أحداً قبلها قال بما قالاً... مع أنه لا يؤيد قولها قرآن ولا سنة صحيحة ولا رواية سقيمة ولا قياس²، هذه دعوى والدعوى أضعف سلاح الخصم.

لفظ الحرام أو تحريم الحلال هو كناية عن رفع العصمة. وإذا ارتفعت العصمة فماذا بقي من الرابطة الزوجية؟ أوليست العرب تكني في كلامها؟ والكناية عند أهل اللغة لفظ أريد به لازم معناه، فإذا كان الأمر كذلك، فما الذي يلزم عن تحريم الزوجة إلا طلاقها أو الظهار منها شرعاً؟

أو ليست الشريعة عربية وبلسان عربي؟ وجارية وفق قواعد هذا اللسان؟ فقد كنى الله عز وجل في كتابه عن الجماع بالملامسة والمباشرة، من غير خلاف من أحد.

فإذا سلم هذا فقد ثبت لفظ الطلاق بالكناية في صحيح السنة وتقدم أنموذج له (الحق بأهلك) كما ثبت عن جماعة من الصحابة -رضوان الله عليهم- وغيرهم أن الحرام يراد بها الثلاث.

قال ابن حجر: روي عن علي وزيد بن ثابت وابن عمر ومروان بن الحكم وابن أبي ليلى في الحرام أنها الثلاث ولا يسأل عن نيته، وبه قال مالك³.

¹ المحلى لأبي محمد بن حزم ت456 المسألة 1938، 124/10 تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ط دار الثقافة الجديدة بدون تاريخ.

² نفسه 127/10.

³ فتح الباري 325/5 م س.

ونقل ابن يونس أن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما- قالوا في الحرام إنها الثلاث، ومثله عن عدد من التابعين¹، خلافا لمن جعل الحرام يمينا يكفرها، ففي صحيح مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما- أنه قال: إذا حرم الرجل امرأته فهي يمينا يكفرها، وقال: "لقد كان لكم في رسول الله إساءة حسنة"².

قال النووي تعليقا على الباب: اختلف العلماء فيما إذا قال لزوجته أنت على حرام هل هو على ما نوى وإن لم ينو شيئا فعليه كفارة اليمين. ومذهب مالك أنها ثلاث في المدخول بها³.

وري عن زيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم حلف ألا يطأ مارية أم ولده ثم قال بعد ذلك "هي على حرام" فأمره الله فكفر فكانت كفارته ليمينه لا لتحريمه⁴.

ونكر ابن العربي في يمين التحريم خمسة عشر قولاً منها أنها ثلاث في قول علي ابن أبي طالب وزيد ابن ثابت وأبي هريرة رضي الله عنهم- ثم رجح هو أنها طلقة واحدة⁵.

وأورد ابن أبي القيرواني: أن قول مالك فيمن قال لزوجها أنت على حرام هو قول أبي هريرة وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة. ومن التابعين من يكثر ذكرهم.

ثم قال: كل ما جرى من اللفظ الذي يتشابه ويتفق في المعنى المقصود وجب له الحكم المنصوص عليه من اللفظ. فقوله أنت على حرام بمثابة الكشف والتفسير بما يوجب لفظ الطلاق والفراق⁶.

وعلاوة على هذا فمن قال لزوجها أنت خلية وبرية لا خلاف أنها ألفاظ منهيّة للعصمة في قول جماعة من الصحابة، وهي ألفاظ ليست في كتاب الله، فإذا كانت منهيّة للعصمة

¹ الجامع لابن يونس 551/4 م س.

² صحيح مسلم كتاب الطلاق باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق رقم 1473.

³ شرح النووي على مسلم، 298/5 م س.

⁴ فتح الباري 330/9 م س.

⁵ أحكام القرآن بتصرف م س.

⁶ الدب عن مذهب مالك 700/2 م س.

فلفظ التحريم أولى منها بذلك. لأنه لا خلاف أن الكناية تقوم مقام اللفظ الصريح إذا أريد بها معناه، والله أعلم، هذا في الأيمان الموجبة لإنهاء العصمة فماذا عن التصرف الموجب لها؟

المطلب الثاني: التصرف الموجب لإنهاء العصمة

يقصد بالتصرف الموجب لإنهاء العصمة كل تصرف يجعل الرابطة الزوجية غير قابلة للاستمرار، إما بسبب وطء لا يحل. أو لكون العقد ثم على هيئة مستحيلة شرعا. فجاء المطلب في فرعين اثنين أحدهما في الوطاء الفاسد والآخر في فساد إسهاد العقد أو كتمانها على النحو الآتي:

الفرع الأول: الوطاء الفاسد وما في حكمه

يطلق لفظ الفساد لغة على معان متعددة منها فسد الشيء بطل واضمحل، ويكون بمعنى التغيير، ففسد الطعام إذا لم يعد صالحا للأكل¹.

والفساد في الاصطلاح الشرعي: هو غير المكتسب لوجوده الاعتباري وأثره في نظر الشرع، وقال الجرجاني الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فاسداً لمعنى من وجه ما، ليس بمشروع له بحكم الحال مع إمكانية الانفصال في الجملة²، إذن فالفساد تغيير الشيء من حالته السليمة إلى نقيضها، وعليه فالوطء الفاسد هو الذي لا يقر صاحبه عليه ويجب فسخ عقده ولو كان مستوفياً لشروطه وأركانه، لكن هل الوطاء الموجب لفسخ العقد يكون فسخاً للأبد؟ أو يمكن استئناف العقد بعده؟ وهل القصد وعدم القصد في ذلك سيان؟.

لحل هذا الإشكال أقترح التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

-أ- سئل أبي زيد القيرواني: عن مد يده على زوجته فوقعت على ابنته منها.

¹ لسان العرب حرف الخاء مادة فسد وكذا تاج العروس.

² تعريفات الجرجاني باب الفاء مع الألف م 1310 ص 138 م س.

فأجاب بما نصه: إذا لم تستقر يده عليها بل رفعها من فورهِ فلا شيء عليه، وإن استقرت يده عليها أو جذبها إليه للذة وهو لا يعلم حرمت عليه أمها، أما إذا علم فقد أتى أمراً عظيماً، واختلف هل تحرم عليه أمها؟¹

ونفس النازلة خصص لها المازري كتاباً وسماه بكشف الغطا عن لمس الخطأ.

ب- وسئل السيوري: عن طلقت ثلاثاً وتزوجت آخر ببينة غير عادلة ودخل بها وأقام شهوراً ثم طلق ثم تزوجها الأول هل يعول على هذا الزواج في إباحتها له؟

فأجاب: لا تبقى مع زوجها الأول، ولا تحل له بهذا النكاح إذا كان الشاهدان غير عادلين ولو حضر جماعة كثيرة عقد النكاح.²

وسئل أيضاً: عن النظر للأجنبية هل يحرم ابنتها وكذا القبلة ونحوها من مقدمات النكاح؟ فأجاب بما نصه: دواعي الوطء كالوطء وفي الوطء الحرام خلاف والصواب التحريم في الجميع.³

ج- وسئل ابن مغيث: عن رجل طلق زوجته ثلاثاً فاستفتى بعض الفقهاء فأفتاه بردها قبل زوج. فردها ودخل بها.

فأجاب: إذا كان طلاق هذا الرجل مرات مختلفة نظر فإن كان الزوجان مثلهما يعذر بجعله فرق بينهما. وأغلظ عليهما، وإن كانا ممن لا يجهل ذلك فعليهما الحد. فما لا يحل لمؤمن فهو حرام عليه إلا بالشرط الذي أباحه الله وفسره رسوله صلى الله عليه وسلم.⁴

د- وسئل ابن الفخار: عن توفى عنها زوجها فاعتدت عدة الوفاة ثم نكحت ودخل بها زوجها وبعد شهرين من العقد ولدت.

فأجاب: الولد لا حق للزوج الأول إن ولد في مدة خمسة أعوام إن لم يمض على عقد الثاني ستة أشهر ويفسخ نكاحه من غير طلاق، ثم لا يتناكحان أبداً لأنه تزوج في العدة.⁵

¹ فتاوي ابن زيد القيرواني 200/1 بتصرف م س.

² فتاوي البرزلي 366/2 م س.

³ نفسه 312/2 بتصرف.

⁴ الأحكام للشعبي ص بتصرف م س.

⁵ نفسه باختصار ص 457 وكذا المعيار 481/4 م س.

-ه- وسئل ابن السراج: عن تنصر وتزوج في دار الحرب نصرانية ثم أسلم وأسلمت معه وعادا إلى أرض الإسلام هل يقران على نكاحهما أو يفسخ؟ وهل عليها أدب؟ فأجاب بما نص معناه: المرتد لا يقر على نكاحه في حال رده على مشهور المدونة خلافا لابن الماجشون فيفسخ النكاح المسؤول عنه بطلاق ثم تتربص ثلاثة أطهار ثم يردها إن شاء والولد لا حق ولا أدب عليهما¹.

بنظر تأملي في النوازل المذكورة أعلاه لفقهاءنا- رحمهم الله- نجد كل وطاء على وجه غير مشروع موجب لعدم استمرار الرابطة الزوجية ولو صحبته شبهة تدرأ الحد.

فقد اعتبر أبو محمد: تلذذ الرجل بابنته على وجه الخطأ موجب لحرمة أمها عليه.

كما جعل السيوري النكاح الفاسد عديم الأثر في رفع بينونة الثلاث لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا مرجحا أن الوطاء الحرام كالحلال في التحريم ومقدمة الوطاء كالوطاء في ذلك، لكن هل يحرم الحرام الحلال؟ في المسألة خلاف محل بسطه الدراسة.

في حين جعل ابن مغيث استفتاء المطلق ثلاثا إذا كان معذورا بجهله مسقطا للحد عنه، وإن كان موجبا لفسخ النكاح على كل حال مستدلا أن المحرم بالشرع لا يبيحه إلا الشرع نفسه.

بينما اعتبر ابن الفخار من ولدت بعد شهرين من نكاحها ولو انقضت عدتها بالأشهر متزوجة في العدة، يفسخ نكاحها ولا ترد لمنكحها أبدا، لأن كل مولود قبل مضي أقل مدة الحمل ينسب للزوج الأول، أما ابن السراج فعد تصرف المرتد حال رده فاسدا لا ينتج أثرا بما في ذلك نكاحه يفسخ ولا يقر عليه. لكنه منتج لأثره ولا يوجب حدا ولا أدبا ويمكن استتنافه بعد الاستبراء.

فإلى أي مدى كانت هذه الأجوبة مرتبطة بما هو مقرر في مصادر المذهب؟

ذلك ما يتضح من خلال النقطة الموالية بإذن الله.

¹ المعيار 250/3 م س بتصرف.

ثانياً: التأصيل

جاء في المدونة: هل للرجل أن يتزوج امرأة قبلها أبوه لشهوة أو ابنه أو لامسها أو باشرها حراماً. فقال ابن القاسم: ما تُلذذ به الرجل من المرأة على وجه الحرام فلا أحب لأبيه ولا لابنه أن يتزوجها ولا له أن يتزوج أمها ولا ابنتها، وقد أمره مالك أن يفارق من عنده، لما أحدث في أمها فكيف يكون لمن ليست عنده أن يتزوجها¹. وزاد في كتاب ابن يونس: وإن كانت في عصمة أخدمها فليفارقها².

ومنها أيضاً: نقل ابن القاسم عن مالك أن من تزوجت في عدتها وأنت بولد لأقل من ستة أشهر بعد دخول الثاني فهو للأول، ثم يفرق بينها وبين الثاني ولا يتناكحان أبداً³، التلذذ فيمن نكحت في عدتها بمنزلة الوطء. فلا تحل للمتلذذ ولا لأبيه ولا لابنه⁴.

وعن مالك فيمن طلق زوجه قبل البناء ثم جهل فظن أن له الرجعة فوطأها أنه يفرق بينهما...، وكذلك طلاق البتة قبل الدخول⁵.

وقال ابن حبيب في أخوين أدخلت على كل واحد زوجة أخيه بخطأ من أهلها فوطئها فصداق المثل في عمده وخطئه إذا لم تعلم هي ويحد العالم منهما، ولا صداق لها إن علمت⁶.

وعن أشهب وابن نافع قيل لمالك أرأيت إذا تزوجت المرأة وهي تريد التحليل لزوجها إلا أن الزوج الذي تزوجها لم يرد ذلك ولم يعلم به، هل يحلها هذا النكاح للأول؟ فقال: لا أرى بهذا النكاح بأساً، وأراه يحلها لزوجها الأول، لأن المرأة ليس بيدها شيء⁷.

1 المدونة 403/2 م س.

2 الجامع لابن يونس 41/4 م س.

3 المدونة 43/3 م س.

4 نفسه 45/3.

5 النوادر والزيادات 500/4 م س.

6 نفسه 501/4.

7 البيان والتحصيل 376/3.

وفي المدونة قيل لابن القاسم: لو أراد الولد خطبة امرأة أو شراء جارية فقال الأب لا تفعل قد كنت تزوجتها أو وطئتها... ولم يصدق الابن الأب في ذلك هل يحال بينه وبين هذا النكاح في قول مالك؟

فقال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، لكنه قضى في الرضاع بشهادة المرأة الواحدة إذا كان فاشياً وأرى له أن يتورع عن ذلك، ولو فعل لم أقض به عليه¹.

وهذا ما يعرف عند الأصوليين بقياس العكس² حيث قاس شهادة الرجل الواحد في النكاح على شهادة المرأة الواحدة في الرضاع، وهو أولى بالاعتبار ولم يقض عليه به لأن فيه أصلاً بعدم القضاء³.

وفيها أيضاً: سئل عن زنى بأم امرأته أو ابنتها أتحرم عليه في قول مالك؟

فقال: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها، وهذا خلاف ما قال لنا مالك في موطنه. وأصحابه على ما في الموطأ ليس بينهم فيه اختلاف وهو الأمر عندهم⁴. وهذا الذي ذكر ابن القاسم هو ما عبر عنه ابن عبد البر بالآتي: ومن زنى بامرأة ثم أراد نكاح أمها أو ابنتها لم تحرم عليه وهو الصحيح من قول مالك، وهو قول أهل الحجاز وقد روي عنه أن ذلك بمنزلة الوطء الحلال وهو قول أهل العراق، والأول أصح وعليه العمل عند فقهاء أهل المدينة.

لكن من وطأ امرأة بشبهة لم يجز له نكاح أمها ولا ابنتها ولا أن يجمع بينها وبين من لم يجز له أن يجمعها معها في عصمة واحدة. والقبلة والمباشرة مثل الوطء عند مالك⁵.

وقال ابن الماجشون: لا تحل أم المزني بها ولا بابنتها لأبائه الزاني ولا لأولاده، وهذه رواية ابن القاسم في المدونة، وقال عبد الملك: إنها تحل له¹.

¹ المدونة 368/2 م س.

² قاعدة العكس عند أهل الأصول: هل ما أعطى للمثل يعطي للمائل حكماً؟ انظر المفتاح للتلمساني ص 128 م س.

³ الأصل فيه ما جاء في صحيح البخاري من شهادة المرأة الواحدة في الرضاع من حديث عقبة ابن الحارث -رضي الله عنه- في شهادة المرأة التي دعت أنها أرضعته وزوجه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "كيف وقد قيل"، الشاهد فيه أنه أرشده إلى فراقها ولم يجبه عليه.

صحيح البخاري كتاب البيوع باب تفسير المشبهات رقم 1941 وأورد ضمن الباب قول حسان بن سنان ما رأيت شيئاً أهون من الورع دع ما يربك إلى ما لا يريبك. وأخرجه الترمذي في الرضاع باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع رقم 1151 وغيرهما.

³ المدونة 402/2 م س

⁴ المدونة 402/2 م س.

⁵ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 244 م س بتصرف.

هذا عن الحلال المتفق عليه والحرام المختلف فيه فماذا عن النكاح المختلف في صحته في هذا الباب؟

جاء في المدونة: لو تزوج الرجل شيئاً مما اختلف فيه ثم فسخ قبل أن يدخل بها لا يحل لابنه ولا لأبيه أن يتزوجها²، وفيها أيضاً: أن من تزوج امرأة في عدتها ففرق بينهما قبل الدخول يجوز لأبيه ولابنه العقد عليها في قول مالك³.

ومن أشهر المختلف فيه في هذا الباب النكاح في العدة والنكاح المحلل وردة أحد الزوجين أو هما معاً.

فقد سئل ابن سحنون عن تزوج امرأة في عدتها: فقال النكاح فاسد وتحرم عليه أبداً سواء كان عالماً أو غير عالم، وغير العالم لا حد عليه، واختلف في العالم⁴.

وسئل أشهب عن النكاح الفاسد الذي يفسخ إذا دخل بها ففرق بينهما فتزوجها رجل في مدة الاستبراء ففرق بينهما هل له نكاحها بعد ذلك؟ فقال: لا تحل له أبداً ومثله عن أصبغ.

علق عليه ابن رشد بقوله: هو كما قال: لأن حكم التزويج في العدة من النكاح الفاسد والصحيح سواء بإجماع العلماء⁵. وكذلك لو تزوجها في استبراء من زنا ودخل بها في رواية مطرف عن مالك. وفرق ابن الماجشون بين الحمل والاستبراء فلا يترجعان في الأول دون الثاني⁶.

ونقل ابن الحاجب: أن المعتدة من نكاح أو شبهه إذا وطئت بنكاح أو شبهة حرمت على الواطئ أبداً على المشهور لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك من غير خلاف⁷.

وعن مالك من نكح في العدة وبنى بعدها فسخ وكان كالمصيب فيها وروى المغيرة وغيره أنه لا يحرم عليه نكاحها إن شاء وقال ابن القاسم عن مالك ما هو بالحرام البين¹،

¹ فقه ابن الماجشون ص 412 م س.

² المدونة 306/2 م س.

³ نفسه 307/2.

⁴ كتاب الأجوبة لمحمد ابن سحنون ص 143 م س.

⁵ البيان والتحصيل 520/3 م س.

⁶ نفسه 434/3 بتصرف.

⁷ الجامع بين الأمهات 386/2 م س بتصرف.

لكن قال القاضي عياض: قوله من تزوج في العدة ودخل بعدها إنه كالمصيب فيها. ظاهره تأييد التحريم إذ لا يختلف أحد في فسخ النكاح المعقود في العدة كيف كان².

وذكر القاضي عبد الوهاب: فيمن تزوج في العدة ودخل بعدها أن في المذهب روايتين:

إحدهما: تأييد التحريم عليه لحديث عمر -رضي الله عنه- فإن دخل بها فلا ينكحها أبداً ولأنه وطء من نكاح وقع في العدة فكان كالواطئ في العدة نفسها.

والثانية: عدم التأييد لكونه لم يوطأ في العدة فكان كمن لم يوطأ أصلاً. ولأنه لم يدخل شبهة في النسب التي هي علة تأييد التحريم³.

لكن ماذا لو تمت الخطبة أو المواعدة في العدة والعقد بعدها؟

قال ابن رشد: اختلف إذا تمت المواعدة في العدة والزواج بعدها هل يفسخ النكاح أم لا؟ على قولين أحدهما: رواية أشهب عن مالك أنه يفسخ، والثاني رواية ابن وهب أنه لا يفسخ. لكن إن عقد النكاح في العدة فإنه مفسوخ متى عثر عليه بإجماع والخلاف هل يتأبد التحريم أو لا⁴؟

وهكذا من مجموع الأقوال الواردة في المسألة يتحصل أن الخلاف فيها على أربعة أوجه كالاتي:

الأول: أنها لا تحرم عليه وطأ و لم يوطأ وهو رأي ابن نافع وروايته عن ابن أبي مسلمة وهو خلاف قول مالك في المدونة.

الثاني: أنها تحرم عليه إن وطئ في العدة وهو قول المغيرة وغيره. ومفهومه أن مجرد العقد لا يلزم التحريم.

¹ اختصار المدونة والمختلطة لأبي محمد 109/2.

² التنبيهات المستنبطة للقاضي عياض 1014/2 م س.

³ المعونة للقاضي عبد الوهاب: 572/2 بتصرف م س.

⁴ المقدمات الممهدة لابن رشد 519/1 م س.

الثالث: أنها تحرم عليه إن وطئ في العدة أو بعدها، نسب لمالك ودليل خطابه أن علة التحريم هي الوطاء بحيث لو فسخ بعد العدة قبل الوطاء لا تحرم. وهو ظاهر قول عبد العزيز في المدونة.

الرابع: أنها تحرم عليه بالعقد وإن لم يطاء. حكاه عبد الوهاب من غير نسبة ومفهومه أن المواعدة لا تحرم.

لكن اختلف في مقدمات النكاح ورواية عيسى عن ابن القاسم أنها لا تحرم لأن الوطاء مختلف فيه فكيف بما هو دونه¹؟

أما نكاح المحلل فقال ابن عبد البر: إنه مفسوخ أبدا... وكل من نكح امرأة ليحلها لزوجها فلا تحل لزوجها بذلك النكاح ولا تقر على نكاحها ويفسخ قبل الدخول وبعده. وإنما يحلها نكاح رغبة لا قصد للتحليل فيه².

وأما الردة فهل هي منهيّة للعصمة بفسخ أو طلاق بائن؟ فعلى خلاف.

جاء في الجامع لابن يونس: عن مالك ردة الزوج طلقة بائنة ولا رجعة له إن أسلم في عدتها وكذلك ردة المرأة طلقة بائنة، وروى عنه ابن وهب وابن الماجشون أن الردة فسخ³.

وقال ابن القاسم تنقطع العصمة بردة أحد الزوجين المسلمين. وردة الزوج طلقة بائنة⁴.

وروى ابن سحنون عن أبيه: فيمن رفع زوجه إلى الإمام مدعيا أنها ارتدت وهي منكرة أنه يفرق بينهما، لأنه مقر بزوال العصمة⁵. لكن هل نفس الردة منهيّة للعصمة؟ ذكر الرجراجي أقوالا متعددة منها:

¹ انظر المقدمات الممهّدات وكذا الإشراف. 521/1 بتصرف.

² الكافي في فقه أهل المدينة ص: 237 م س.

³ الجامع لابن يونس 379/4 م س.

⁴ اختصار المدونة والمختلطة 683/1 م س.

⁵ الجامع لابن يونس 379/4 م س.

1- أن نفس الردة مزيلة للعصمة بين الزوجين بلا تفصيل. وهو قول مالك في المدونة، مما يفهم منه أن الردة بكلمة ولو للحظة من أحد الزوجين تجعل العصمة بينهما في خبر كان.

2- أن نفس الردة غير مزيلة للعصمة إذا رجع المرتد إلى الإسلام وهو قول أشهب¹.

وهكذا نخلص في هذه النقطة إلى أن الوطء الفاسد وما في حكمه مختلف في إنهاءه للعصمة ابتداء وفي بعض صورته، والبعض المجمع على أنهائه للعصمة مختلف فيه هل ينهيها للأبد؟ أم يمكن استئنافها بعقد جديد؟ ترى لأي شيء يرجع سبب الخلاف؟ وهل لكل وجهة مستند من نص الوحي؟

ذاك ما أحاول الوقوف عليه بإذن الله من خلال النقطة الموالية

ثالثاً: دراسة

الأصل في هذا الباب أن كل عقد انعقد على خلاف مقتضى الشرع هو فاسد ولو من غير قصد إلا أن الفعل الغلط لا يوصف لا بالتحريم ولا بالتحليل لانعدام القصد. لكن ماذا لو كان هذا الفعل الغلط وطأ. أو بعض مقدماته لامرأة لا تحل شرعاً؟ كمن مد يده لزوجته فوقعت على ابنته منها.

ذكر الإمام المازري في مقدمة رسالة: كشف الغطا عن لمس الخطأ أنها مسألة كثر نزولها واختلاف الناس فيها فمنهم من قال بالتحريم إذا وجدت اللذة وأنه رأي أبي بكر ابن عبدالرحمن وابن التبان وأبي الحسن القابسي وأبي إسحاق، وذهب غير هؤلاء منهم أبو حفص العطار إلى أنه يؤمر بالفراق ولا يجبر عليه. وهناك من اعتبر مجرد لمس الخطأ من غير لذة موجبا للحرمة، نسبه لبعض فقهاء صقلية واعتبره ضعيفا لكون اللمس يحدث حنانا وشفقة.

وهناك رأي ثلاث اعتبر لمس الخطأ لا ينشر الحرمة، حاكيا عن أبي عمران الفاسي أنه قال لا يعلم خلافا في المذهب أن وطء الشبهة يحرم إلا رواية عن سحنون مفادها أن من

¹ مناهج التحصيل 69/4 بتصرف م س.

مر يده في الليل على زوجه فوقعت على ابنته فوطئها غلطا أن ذلك لا يحرم زوجته ومثله عن الليث ابن سعد، ثم قال وما علمت لمالك فيها نصا: والذي نختاره من هذه المذاهب نفي التحريم، لأن الزوجة مستباحة بنكاح وفرجها مستباح بإجماع ثم عرضت هذه الشبهة فهل يوجد دليل ينقل عن هذا الأصل ويغير هذا الحكم¹؟

وقد قال الله عز وجل: "و أمهات نسائكم..."² والبنت لا يصح أن تكون من نساء أبيها الغالط عليها، بحال من الأحوال، والعادة أن لمس البنت لا توجد معه لذة، لولا ما تخيل اللامس أن الملموسة زوجه. فوجود اللذة والحالة هذه مشروط ذهنيا من اللامس أن الملموسة ليست ابنته، لأن حكم الشيء يعتبر بأصله لا بحسب عوارضه.

وفي هذا الصدد يطرح الإشكال الآتي: هل الزنا يوجب من التحريم ما يوجب العقد الصحيح؟

قال الشافعي: من زنى بامرأة لا يحرم عليه نكاح أمها ولا ابنتها. وعن أبي حنيفة والثوري والأوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح، أما مالك فوافق الشافعي في الموطأ ووافق الآخرين في رواية ابن القاسم عنه، لكن قال سحنون وغيره المذهب على ما في الموطأ³.

وقال الفند لاوي عن قول مالك في الموطأ هو أصح القولين وبه قال الشافعي⁴.

ويشهد له نص الحديث عند أصحاب السنن: عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحرم الحرام الحلال"⁵، وهو مذهب سعيد ابن المسيب وعروة ابن الزبير⁶.

كما يحتج له بالآية: "و أمهات نسائكم..." فالموطوءة على وجه الزنا ليست من نساتنا وإن لم تكن كذلك فلا دخل لها في ظاهر الآية. لأن الحرام لا حرمة له في نفسه فكيف يكسب حرمة لغيره؟.

¹ كشف الغطا في لمس الخطا للإمام المازري مع نوازله 2/ الصفحات ما بين 445 و 453 بتصريف.

² جزء من الآية 23 من سورة النساء.

³ بداية المجتهد ونهايته للمقتصد 59/2 بتصريف.

⁴ تهذيب المسالك للفند لاوي، 417/2 م س.

⁵ سنن ابن ماجة كتاب النكاح باب لا يحرم الحرام الحلال رقم 2015.

⁶ مصنف ابن أبي شيبة كتاب النكاح باب الرجل يقع على أم امرأته.

لكن من جعله موجبا لحرمة المصاهرة قاسه على الوطء الحلال وهو متبادر اللفظ حقيقة عند الإطلاق اللغوي، وعمومه جامع للنكاح والسفاح.

أما من تزوج امرأة في عدتها فرق بينهما وحرمت عليه للأبد خلافا لأبي حنيفة والشافعي، لأن النكاح والمواعدة به في العدة ممنوعان بنص القرآن، في قوله تعالى: "ولا تعزموا عقدة النكاح..."¹، تضمنت الآية إباحة وجهين وحرمت وجهين، فالمباحان هما التعريض وما يضر في النفس من غير التكلم به، والممنوعان هما المواعدة والعقد، وفي حديث: عمر رضي الله عنه- فيمن تزوج امرأة في عدتها، أنه فرق بينهما ثم قال: لا يجتمعان أبدا، فمعناه أن النكاح في العدة مفسوخ أبدا.

قال الباجي: ما ثبت من قضاء عمر رضي الله عنه- من التفريق على وجه التأييد لم يعلم له مخالف من الصحابة فثبت أنه إجماع. ومثل ذلك إذا واعدته في العدة².

والأصل أن من استعجل شيئا قبل أوانه عقب بحرمانه، فالنكاح في العدة متعجل ومدخل شبهة في النسب، وأما من تزوج امرأة ليحلها لمطلقها هل تحل له؟

لا يصح نكاح المحلل عند مالك خلافا لأبي حنيفة والشافعي، لقوله تعالى: "فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"³.

والمقصود بالنكاح في الآية عند المالكية هو الوطء⁴.

ذكر ابن العربي: أن سعيد ابن المسيب قال: تحل المطلقة ثلاثا للأول بمجرد عقد

الثاني وإن لم يطأها الثاني لظاهر الآية لأن النكاح حقيقة شرعية في العقد⁵، لكنه

اعتبره غير صحيح من وجهين:

¹ جزء من الآية 233 من سورة البقرة.

² المنتقى للباقي 103/5 بتصريف.

³ جزء من الآية 228 من سورة البقرة.

⁴ ضابطهم في التحليل هو الآتي:

وحرموا مبثوثة ممن أبت إلا بوطء في نكاح قد ثبت

إن غيب الكمرة بانتشار من غير مانع ولا إنكار

يعلمها في القبيل غير قاصد تحليلها للباقي

⁵ القاعدة في الباب: هل لقط الشارع يحمل على عرفه؟

أحدهما: أن اللفظ ورد للمعنيين جميعا في كتاب الله. لكن قوله: "حتى تنكح زوجا..." فهل المرأة تزوج نفسها؟ وهو ما لا يقول به ابن المسيب فكان المراد بالنكاح غير العقد، لكن هل الحكم متعلق بأوائل الأسماء أو بأواخرهما؟

ثانيهما: إذا احتمل اللفظ في القرآن معنيين وأثبتت السنة أحدهما فهو المراد من اللفظ وليس زيادة¹. قال ابن عبد البر عن سعيد ابن مسيب أظنه لم يبلغه حديث العسيلة وغابت عنه السنة في ذلك فأخذ بظاهر القرآن لذلك لم يعرج على قوله أحد من العلماء بعده². وحديث العسيلة في الصحيح وفيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: أتريدون أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تدوقي عسيلته ويدوق عسيلتك³.

وفي الإشراف: إذا تزوجها بقصد إحلالها للأول، فالنكاح فاسد لا تحل به خلافا لأبي حنيفة والشافعي، لكونه عقدا استحق به عاقده والمعقود له اللعن والوعيد فيجب أن يكون محظورا قياسا على شراء الخمر⁴، للحديث لعن الله المحلل والمحلل له⁵.

وعليه فلا تحل المبتوتة لمن بث طلاقها إلا بشرطين إحلال العقد وإحلال الوطء.

وبناء على القاعدة ما لا يجوز ابتداء لا يصح انتهاء، فإن ردة الزوجين أو أحدهما موجبة لإنهاء العصمة في الحال على المشهور وإن كان فيه رواية توافق مذهب الشافعي أن المرتد لا يفسخ نكاحه إلا بانقضاء العدة، قال القاضي عبد الوهاب: دليل المالكية أن الردة تنافي بقاء العقد على مسلمة. فوجب أن يفسخ النكاح في الحال ومثله لو ارتدا معا، خلافا لأبي حنيفة⁶.

هذا عن الوطء الفاسد وما في حكمه، فماذا عن فساد الإشهاد أو كتمانها؟

1 أحكام القرآن لابن العربي 267/1 بتصرف م س.

2 الاستذكار لابن عبد البر 447/5 م س.

3 صحيح مسلم كتاب النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوج غيره وبطأها ثم يفارقها وتنقض عتها. رقم 1433.

4 الإشراف على نكت مسائل الخلاف 757/2 م س بتصرف.

5 سنن الترمذي كتاب النكاح باب ما جاء في المحلل والحلل له، رقم 1119.

6 الإشراف على نكت مسائل الخلاف: 710/2 م س.

الفرع الثاني: فساد الإشهاد في العقد أو كتمانته

الإشهاد من الشهادة، وهي لغة مصدر أصله شهد كعلم، قال ابن فارس الشين والهاء والداد، أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، والشهادة الإخبار بما قد شهد¹.

وشرعا قال الجرجاني: هي إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر².

أما في الاصطلاح الفقهي عموما فهي الإخبار بما عليه الشاهد، وفي النكاح هي تحمل للشهادة ابتداء لصحة العقد ثم أداء في مجلس القضاء عند الحاجة.

وقد أفاد التعريف أن الإشهاد في عقد النكاح يكون ابتداء وأداء فماذا لو اختلف في العقد إشهاده؟ أو كان على هيئة غير معتبرة شرعا؟ أو أقيم على حال لا يقرها الشرع فهل يجب فسخه؟

للخروج بفكرة ترفع اللبس عن هذا الإشكال يمكن التوقف عند الآتي:

أولاً: عرض النوازل المختارة

أ- سئل ابن المكوي: عن النكاح والبيع إذا شهد الشهود لكنهم لا يقفون على ثمن المبيع ولا مبلغ الصداق أو نسوا ذلك.

فأجاب بما نص معناه: لا بد للزوج أن يسمى صداقا وللمبتاع أن يسمى ثمنا فإن أبى حلف الطالب إذا أتى بما يشبهه ولزم النكاح والبيع مثله.

وأجاب عن ذات النازلة: ابن إبراهيم أن الشهادة ساقطة وإذا سقطت الشهادة فالعقد مفسوخ³.

ب- وسئل السيوري: عن تزوجت ولم يعرف بها إلا شاهدين غير عدلين فهل يبني العدول على قولهما؟ وهل يفسخ هذا النكاح أم لا؟

¹ مقاييس اللغة 221/3 م.س.

² تعريفات الجرجاني م 1028 ص: 111، م.س.

³ المعيار للونشرسيب 126/3 بتصرف.م.س.

فأجاب بما نصه: لا يشهد العدول عليهم ولا يحضرون مثل هذا النكاح، أما فسخه فكل نكاح لم يثبت بشهادة العدول فلا يعد نكاحاً¹.

-ج- وسئل اللخمي: عن تزوج صبية واستكتم الشهود في نكاحها ثم أوقع عليها طلقة فهل النكاح صحيح؟ فيلزم الطلاق ونصف الصداق أو هو فاسد؟

فأجاب بما نص معناه: الصداق لازم، واختلف في صحة النكاح فمن أجازاه اعتبر نكاح السر المنهى عنه هو ما كان بشاهد واحد أما ما عقد بشاهدين فليس عليهما أن يخبرا الناس ولا يجب أن يحضر العقد أكثر من شاهدين².

بنظرة تأملية في أجوبة فقهاءنا - رحمهم الله - أعلاه، ندرك أن كل عقد أقيم على حال لا يقرها الشرع أو لحقه خلل في ركن منه فإنه غير قابل للاستمرار ما لم يكن الموجب مما يمكن التخلص منه.

فابن المكوي جعل تسمية الصداق في العقد حتمية لكنه لم يشترط علم الشهود بمبلغه في حين اعتبر بن إبراهيم شهادة الشهود الذين لم يقفوا على مبلغ الصداق ساقطة وكل عقد سقطت شهادته وجب فسخه.

أما السيوري فجعل العقد المبني على شهادة غير العدول مفسوخ وليس للعدول البناء على شهادة غير العدول.

وأما اللخمي فبعد أن ذكر الخلاف في النكاح الذي استكتم شهوده مال إلى اعتباره صحيحاً على اعتبار أن الشهود غير ملزمين بالإخبار والعقد قد وقع مستوفياً لأركانه.

ترى إلى أي حد جسدت هذه الأجوبة الخيار المعتمد في مصادر المذهب؟

ذلك ما أحاول مقارنته من خلال الآتي بحول الله.

¹ المعيار للونشريسي: 269/3. م.س.

² نفسه، 274/3 م.س، بتصرف.

ثانيا: التأصيل

جاء في المدونة عن ابن القاسم قال: قال لي مالك: كل نكاح كان حراما فإنه يفسخ ولا يترك أهله عليه¹.

وفيها أيضا: إذا نكح الرجل ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك فهو نكاح غير جائز في قول مالك، لأن كل نكاح كان على الكتمان فهو فاسد².

وفي اختصار أبي محمد: إذا عقد نكاحا واستكتم البينة على ذلك حين العقد لم يجز ولو نكح بغير بينة على غير استسرار أشهد الآن وجاز³. ولعله أراد قبل الدخول.

وذكر القاضي عياض أن في كتاب القزويني عن أشهب عن مالك: ما ظاهره إلزام الإشهاد في العقد⁴.

وقال ابن حبيب: في نكاح السر العقوبة على الزوجين والولي والبينة، ويلحق فيه الولد، ولها المسمى إن مسها إلا أن يطول زمانه فلا يفسخ، هذا قول مالك وأصحابه⁵. ومثله نسبه إليه ابن يونس في الجامع إلا أنه لم يذكر عقوبة⁶.

ومن كتاب ابن المواز: قال مالك و من نكح بشهود واستكتمهم فهو من نكاح السر يفسخ بطلقة إن بنى، ويعاقب الشهود إن لم يعذروا وفي سماع أشهب يفسخ بطلقة فإن شاء نكاحها وقد بنى فبعد الاستبراء⁷، ومثله في سماع ابن المواز إلا أنه ذكر الاستبراء بثلاث حيض⁸.

وعن ابن القاسم: إن تزوج بغير بينة أشهد فيما يستقبل وجاز النكاح إن لم يكن دخل بها⁹.

1 المدونة الكبرى: 417/2 م س.

2 نفسه 317/2.

3 اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني 681/1 م س.

4 التنبيهات المستنبطة للقاضي عياض 779/2 م س.

5 النوادر والزيادات 565/4 م س.

6 الجامع لابن يونس 222/4 م س.

7 النوادر والزيادات 566/4 م س.

8 الجامع لابن يونس 220/4 م س.

9 نفسه 220/4.

وقال ابن رشد: اختلف إذا شهد على النكاح شاهدان وأمر بالكتمان فقيل ذلك من نكاح السر يفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ وهو المشهور في المذهب. وقيل صحيح لا فساد فيه يثبت قبل الدخول وبعده، ويأمر الشهود بإعلان النكاح وينهوا عن كتمانهم وإليه ذهب يحيى ابن يحيى¹.

لكنه ذكر في المقدمات: أن الإشهاد ليس شرطاً في صحة العقد. وإنما هو واجب عند الدخول ما لم يقصد الاستسرار بالعقد فلا يصح لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر فإن دخل على وجه السر فرق بينهما وإن طال الزمن بطلقة لإقرارهما بالنكاح. فإن أقرأ بالوطء حداً إلا أن يكون فاشياً أو عقد بشاهد واحد فيدراً الحد للشبهة².

وقال محمد ابن سحنون: سمعت ابن القاسم وهو بجامع مصر يقول لو شهد على النكاح من الرجال ملء هذا المسجد ثم استكتموا لكان نكاح سر، وقالت طائفة من أهل العلم نكاح السر ما حضره شاهد واحد أو شاهد وامرأة وأما ما حضره شاهدان فأكثر فليس بسر وإن كتموه، لكن الأول أصح وأثبت³.

وسئل هو عن تزوج بشهادة رجل وامرأة فقال: غير جائز لأن عمر -رضي الله عنه- سئل عن ذات المسألة فقال: هذا نكاح السر لا أجزه. وقال ابن أبي ذئب⁴ كل نكاح استكتم شهوده فهو نكاح سر وإن كثر شهوده⁵.

وقال ابن رشد: ليس الإشهاد من شروط العقد وإنما يجب عند الدخول⁶.

وعن ابن القاسم: إذا ادعت امرأة نكاح رجل أو ادعاه هو عليها فلا يمين على المنكر إذ لا يقضى عليه بنكوله، لأن الفروج لا تستباح بالأيمان وإنما بصداق وبينة وولي⁷.

وسأل أصبغ أشهب: عن رجل أقام بينة على امرأة أنه زوجها وهي جاحدة، وأقامت أختها بينة على ذات الرجل أنه تزوجها وهو ينكر، فقال: يفسخ قبل الدخول وبعده، ومثله

1 البيان والتحصيل 372/3 مس.

2 المقدمات الممهدة 480/1 م س.

3 كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ص: 142 م س.

4 ابن أبي ذئب: هو أبو الحارث محمد ابن عبد الرحمن ابن المغيرة ابن الحارث واسمه هشام، قرشي عامري مدني إمام في الحديث وفقهه،

جمعه بالإمام مالك صحبة وألفه، توفي سنة 158 بالكوفة، انظر وفيات الأعيان 321/2.

5 كتاب الأجوبة ص: 141.

6 البيان والتحصيل 370/3 م س.

7 الجامع لابن يونس 306/4 م س بتصرف.

عن ابن وهب¹ وهو كذلك. لأن الثاني لا خلاف في فساده فهو نكاح الأخت على الأخت إجماعاً والأول الأيمان لا توجب نكاحاً، وما على المدعى عليه حالة الإنكار إلا اليمين.

وسأل محمد بن سالم ابن سحنون: عمن نكح بشاهد واحد ودخل ثم ندم وأراد إصلاح شأنه، فقال يستبرئها بثلاث حيض من الماء الفاسد ويتزوجها بنكاح جديد قيل له فإن استمر حتى مات الزوج، فقال: لا صداق ولا مراث لها لأنه معها عاهر، ولا يكون الشاهد الواحد شبهة².

وفي جامع الأمهات: الإشهاد شرط في جواز الدخول لا في صحة العقد. فإن دخل قبله فسخ بطلقة بائنة وقيل يحدان إن ثبت الوطء ما لم يكن فاشياً وعن ابن القاسم ما لم يجهلاً ولا تفيد شهادة الولي.

ونكاح السر باطل والمشهور أنه المتواصى بكتمه وإن أشهد فيه فيفسخ بعد البناء وإن طال على المشهور وقيل هو الذي دخل ولم يشهد فيه³.

وقال اللخمي: اختلف في صفة نكاح السر فقيل هو ما أمر الشهود بكتمانه وإن كثروا وقيل هو ما عقد بغير بنية. أو شهادة امرأة أو رجل وامرأة واختلف في ما عقد بشاهدين على الإسرار⁴. ثم مال هو إلى أن نكاح السر يمضي بالعقد ولا يفسخ وحمل الحديث الوارد على الندب كالأمر بالوليمة، فإن النكاح لا يفسد بتركها، فكذلك لا يفسد بكتمانه، فالإعلان مندوب إليه ليس إلا⁵.

لكن اختيار أبي الحسن هذا قد يفتح باباً من الشر يعسر سده فمن يضمن ألا يدعى أهل الفساد إذا أقيمت على أحدهم بينة موجبة للحد أن يدعى أنه على نكاح استكتم شهوده. ولا سيما في عصور الفتن فما أيسر الحصول على شهود الزور؟

وخلاصة الكلام في هذا المقام، هذه جملة من أقوال أئمة المذهب في المسألة مستلة من مصادرهما ولو على وجه الاضطراب طلباً للاختصار يتبين من خلالها أن ماهية نكاح

¹ البيان والتحصيل 521/5 م س.

² كتاب الأجوبة لابن سحنون ص: 139 م س.

³ الجامع بين الأمهات لابن الحاجب 380/2 م س.

⁴ وقد بسط الأقوال في المسألة منسوبة لأصحابها.

⁵ التبصرة 1867/4 بتصرف.

السر الواجب فسخه مختلف في تحديدها هل هو الذي لم تعتبر بينته؟ أو ما أمر شهوده بكتمانه؟ وإن كان الراجح عند التأمل أنهما معا، لكن ما المستند النصي والمقاصدي للمسألة؟ ذلك ما يمكن مقارنته من خلال الآتي:

ثالثا: دراسة

اختلف في الإشهاد على النكاح على عدة أقوال لكن عند التمحيص يرجع الخلاف لرأيين وسببين وهو ما يمكن بسطه وفق الآتي:

أولا: الإشكال في المسألة هو في ماهية الشهادة هل هي حكم شرعي واجب امتثاله والعمل بمقتضاه؟ أم هي سد لذريعة الإنكار على وجه الإرشاد في سائر العقود؟

قال ابن رشد الحفيد: اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، كما اتفقوا على عدم جواز السر، لكنهم اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يأمر به عند العقد¹.

فبناء على الأول اعتبر مالك ومن معه، إذا شهدا ووصيا بالكتمان فهو نكاح سر يفسخ خلافا لمحمد والنعمان-رحمهم الله-.

ثانيا: الاختلاف في صحة الأحاديث الواردة في شرطية الشهادة في النكاح. لكن اتفق الجميع على أنه لا بد من إظهار النكاح لكن هل وجوبا أو استحبابا؟

ومن الأحاديث الواردة في المسألة أذكر الآتي:

- حديث عمران ابن حصين -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"².

- حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"³.

- حديث القاسم ابن محمد عن عائشة -رضي الله عنها- "أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد"⁴.

¹ بداية المجتهد 33/2 يتصرف م س.

² سنن البيهقي كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بشاهدين عادلين رقم 13311، وسنن ابن ماجه وغيره.

³ سنن الترمذي كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة رقم 1103 وعلته أنه يصح موقوفا ولا يصح مرفوعا.

⁴ سنن الترمذي كتاب النكاح باب ما جاء في إعلان النكاح رقم 1089.

- وروى مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه- "أوتي بنكاح لم يشهد فيه إلا رجل وامرأة فقال هذا نكاح سر ولا أجزئه ولو تقدمت فيه لرجمت"¹.

فهذه جملة من الأحاديث الواردة في الباب وغيرها كثير لكنها سوى الأخير مختلف فيها صحة وضعفا وطعنا في بعض رجال أسانيدنا. فالحديث الأول ورد من ثمانية طرق لم تخلوا واحدة منها من رجل فيه مطعن، لكنها كلها لامتهم فيها، ولها شواهد يقوي بعضها بعضا.

قال أبو الوليد الباجي: عن حديث عمر في الموطأ نصه يقتضي أن هذا من جملة النكاح لكنه من نكاح السر فمنعه وعلته: تعري الوطاء والبناء من الشهادة فيه ذريعة إلى الفساد فمنع منه لذلك، وإلا لجاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعي النكاح ولا ارتفع حد الزنا عن كل زان، وكذلك ما استكنتم شهوده فهو من نكاح السر وإن كثروا ولكنه مشروط بالاتفاق على الكتمان².

ونكاح السر مفسوخ عند مالك إن وقع وبقوله قال الزهري ويحيى ابن سعيد الأنصاري. لكنه عند أبي حنيفة والشافعي لا يفسخ³.

وفي أحكام ابن العربي: إذا اشترط الرضى والعدالة في شهادة المدائنة فاشتراط ذلك في النكاح من باب أولى، خلافا لأبي حنيفة الذي أجاز النكاح ولو بشهادة فاسقين⁴.

لكن بالنظر التأملية نجد الرأي المعتبر لحتمية الإشهاد. وكونه بشهادة العدول، كما هو اختيار المغاربة منذ القرن الخامس الهجري -أكثر انسجاما مع روح الشرع- بشهادة نص القرآن، في قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم"⁵.

والأقدر على تحقيق البعد المقاصدي لعقد هو أخطر العقود على وجه الإطلاق.

¹ المطأ كتاب النكاح باب جامع ما لا يجوز من النكاح رقم 1105.

² المنتقى للباجي 97/5 مرجع سابق بتصريف.

³ نفسه 98/5.

⁴ أحكام القرآن لابن العربي 338/1 م س بتصريف.

⁵ جزء من الآية: 2 من سورة الطلاق.

وحتى لو سلمنا ضعف الأحاديث الواردة في الباب وألغينا شواهدنا واعتباراتنا فإنه يبقى أصل سد الدرائع كافيا لحجية ما ذهب إليه مالك وجماعة من أصحابه، إذ من المسلم عقلا وشرعا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب من باب أولى -والله أعلم-.

وفي ختام هذا الفصل تجدر الإشارة إلى أن موجب عدم استمرار العقد اضطرارا متعدد. لكن تركت المتفق عليه أو ما يمكن تصحيح العقد فيه غالبا وقصرت الحديث على بعض المختلف فيه طلبا للاختصار.

فإن أحسنت الإختيار ووفقت لتحرير القول المختار فذاك بتوفيق من الله العظيم وإن أخطأت أو زلت فمن نفسي ومن الشيطان الرجيم والإنسان بطبعه ضعيف والكمال لله اللطيف.

خاتمة

نسأل الله حسن الخاتمة

كل عمل علمي لابد أن يؤدي إلى غاية هي ثمرة الجهد المبذول فيه الذي غرسته الأسباب الداعية إلى البحث وكونه في الموضوع المبحوث فيه دون غيره.

فمن حسن الصنعة وجميل البيان أن يختم البحث بخلاصة تشكل عصارة الأفكار التي تلاطمت أمواجها داخل الموضوع وتعددت روافدها، وكذا الفوائد والملاحظات التي يمكن استخلاصها.

وهكذا فيمكن أن نخلص في ختام هذه الدراسة إلى نتيجة لا شرقية ولا غربية، يتلأأ برهانها، ويصدع بالحجة لسانها، أن نوازل فقهاء المالكية بالغرب الاسلامي عموماً والفترة المدروسة على وجه الخصوص قد جسدت سعة ومرونة الفقه المالكي وشموليته لجل مناحي الحياة وصلاحيته لتحقيق سعادة البشرية تحت قيادة الشرع الحكيم، وتساعد على إدراك منهجية استخراج الأحكام وتنزيلها على الوقائع، وهي الأداة الاستنباطية التي تعين على استخراج المادة المعرفية لإيجاد الحلول لأعوص القضايا.

كما تعطي صورة متضحة المعالم أن الفقه المالكي لم يكن يقبل الجمود ولا التحجر ولا فقهاؤه ممن يرضى الانحصار والركود، إلا في النادر وقليل ما هم.

وكانت في هذه الفترة مؤسسة الفتوى قبلة الناس طلباً للمخارج والحلول الشرعية لقضاياهم المختلفة، فلا تكاد تتصور مشكلاً إلا وتجد حله معروضاً في كتب النوازلين. وهذا أمر يدحض دعوى تسلط الفقهاء على عهد المرابطين تسلطاً عاجلاً بسقوط دولتهم.

أما دعوى ذكورية الفقه المالكي وتسلطه على حقوق المرأة وأنه فقه عار عن الدليل خاصة في مجال النوازل دعوى لا تجدي لمدعيها نفعاً ولا تمسح له دمعاً، في ساحة الحق والواقع، بل مجرد تقول ببغي أو بغير علم.

فإن هذا الفقه خاصة نوازله ساهم بشكل فعال في إيجاد الحلول المناسبة لأعوص القضايا الحياتية عموماً والأسرية على وجه الخصوص بكيفية ما سبقه بما سبق ولا لحقه فيها لاحق ولا نسج أحد على منوال ذلك، وصدق الله العظيم إذ قال: "فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض".¹

¹ الآية 19 من سورة الرعد.

كما أن المتأمل في النوازل المنقولة في هذه الحقبة الزمنية (القرن الخامس) يجدها مقصورة على ماله علاقة بالتكاليف والعمل وترك ملا طائل تحته بناء على أصل لا يصح الخوض إلا فيما تحته عمل فجاءت شبه خالية من الفقه الافتراضي مع شمولها لكل مناحي الحياة بأدق تفاصيلها.

وإذا كان جواب النازلة يتطلب من الفقيه إطلاعا واسعا على ظروفها وسياقها وملا بساتها إذ الحكم على الشيء فرع تصوره، واستنادا إلى مجموعة من الأصول ومراعاة ترتيبها.

فإن فقهاء الغرب الإسلامي خاصة في هذه الفترة قد مثلوا الروح الحية للفقه في قوة ارتباطه بالنص والاستدلال المبني عليه، وكان البعد المقاصدي حاضرا في أجوبتهم بقوة فلربما خالف الفقيه في جوابه نصا في إحدى أمهات المذهب مراعاة لمقصد شرعي.

كما كان للعرف حظ وافر في بناء الأحكام، وكان الفقهاء النوازليون في هذه الفترة لا يخرجون في أجوبتهم عن معتمد المتقدمين إلا لضرورة أو نظر مصلحي، فغالبا ما ينظر الفقيه في أجوبة من تقدمه لتحصيل الكفاية في فقه التنزيل ويحيل عليه، مما يدل على جديتهم وحرصهم على إتقان موضوع اشتغالهم لأنه أخطر الموضوعات به تستباح الفروج والأموال وتسفك الدماء وتتغير الأحوال وفوق ذلك هو توقيع عن رب الأرض والسموات.

كما أن النوازل المنتمية لهذه الفترة في سوادها الأعظم مرتبطة بحالة عدم الاستقرار السياسي الذي ساد الحقبة كالفقد والعنة والنقل عن البلد الأصل فجاءت مرآة عاكسة لصورة المجتمع الذي صدرت فيه.

ولا يفوتني في هذا المقام تسجيل الملاحظ الآتية:

التراث الفقهي المالكي عموما وفقه النوازل على وجه الخصوص لا تزال قسمته ضيزى وحظه ضئيل على مستوى الإنتاج الأكاديمي المحترم لضوابط البحث العلمي في إخراج النص التراثي بشكل مشرف وصورة أقرب لماهيته الأصلية، مقارنة بالإنتاج في فنون أخرى.

كما أن الموجود منه على علة بعضه في حاجة ماسة إلى خدمات فنية من حيث
الفهرسة والتحقيق العلمي الرصين لتسهيل عقباته أمام المبتدئين، فأرجو العلي القدير أن يقيد
له من الباحثين الجادين من يعتقد حبه ويعلى في الورى مناره ويقرب للأمة شهنه ومكنونه.
لقد أصاب الفقه المالكي وتاريخ الغرب الإسلامي جم حيف وكثير تحريف من جملة
من الدراسات المعاصرة بمرجعيات مختلفة، تجاهلت الوصف والإنصاف اللذين هما أول
أسس البحث العلمي.

ولابد في هذا المقام من التذكير أنه مهما استغرق الباحث في هذا الفرع المبارك من
الفقه المالكي من الوقت يتراءى له الموضوع حقا بkra وروضا أنفا فيتخيل ذاته ناحتا
بمنصحة في صخر وغارفا بيد كليلة من بحر، لكن النظر أول الخبر.

وختاما هذه كلمات خامرت ذهني واستفزت قلبي عبر مراحل هذه الدراسة عليها
تحصل موطن قطرة في بحر الأسرة المتلاطم الأمواج فما بالك بمحيط النوازل؟

ومن فيها جهدي جنوح الاختصار ومجانبة الإكثار لأنه باب الأخطار، فربما أسأل
أن يكون الاختصار مخلا ولا الإطناب مملا، وأن يكون قليل الأمثلة ءال على سواها مما
هو هذا وليس لي فيما تضمن جهد المبتدئ إبداع ولا تحرير بل مجرد جامع وسفير اكتفيت
فيما ذكرت بالأمهات التي عليها أملت وربما أحيانا اخترت وتصرفت مع الإقرار بالعجز
والتقصير والخلة في التعبير.

لكن رغم ضعف البضاعة والجهل بأدرب الصناعة فحب العلم وأهله لي شفاعة،
والله من وراء القصد وهو يهدى السبيل.

وصادف الفراغ من تبييضه عشية الجمعة الثامن عشر من ربيع الأول من العام
تسعة وثلاثين وأربع مائة وألف من مجرة خير العباد، الموافق للسابع من خبير من العام
السابع عشر بعد الأنفي من الميلاد، (الخميس 1439/03/18هـ، 2017/12/07م).

الفهرس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة
مرتبة وفق ترتيبها في المصحف الشريف
وداخل السورة الواحدة وفق ترتيب الآيات

صفحة وجودها	نوعها	سورتها	رقم ترتيبها	جزء الآية
16	مدنية	البقرة	30	وعلم آدم الأسماء كلها
30	مدنية	البقرة	41	ولا تلبسوا الحق بالباطل
221	مدنية	البقرة	173	3 فمن اضطر غير باغ ولا عاد
179-90	مدنية	البقرة	219	ولا تنكحوا المشركين
-216-166 237	مدنية	البقرة	226	وبعولتهن أحق بردهن
198	مدنية	البقرة	227	فإن ختم ألا يقما حدود الله
309	مدنية	البقرة	228	فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
194-181	مدنية	البقرة	229	فلا جناح عليهما فيما افتدت به
125	مدنية	البقرة	231	والوالدات يرضعن أولادهن
81-77-36	مدنية	البقرة	232	فلا تعضلوهن أن ينكحن
309	مدنية	البقرة	233	ولا تعزموا عقدة النكاح
257	مدنية	البقرة	234	ولا جناح عليكم إن طلقتم
131-101	مدنية	البقرة	235	فنصف ما فرضتم
125	مدنية	البقرة	241	وللمطلقات متاع بالمعروف
صفحة وجودها	نوعها	سورتها	رقم ترتيبها	جزء الآية

157	مدنية	البقرة	282	وليممل الذي عليه الحق
187-134-91	مدنية	النساء	04	وآتوا النساء صدقاتهن نحلة
29	مدنية	النساء	06	وابتلوا اليتامى
125	مدنية	النساء	06	ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف
198-99-93	مدنية	النساء	20	وآتيتم إحداهن قنطارا
307	مدنية	النساء	23	وأمهات نسائكم
256-100	مدنية	النساء	24	أن تبتغوا بأموالكم
100	مدنية	النساء	25	ومن لم يستطع منكم طولا
142	مدنية	النساء	58	ان الله يامرکم أن تودو لمانات
120	مدنية	النساء	64	فلا وربك لا يؤمنون
89-18	مدنية	النساء	126	ويستفتونك في النساء
288	مدنية	المائدة	01	يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود
92	مدنية	المائدة	107	فإن عثر على أنهما استحقا إثما
159	مكية	الأعراف	155	واختار موسى قومه سبعين رجلا
125-118	مكية	الأعراف	199	خذ العفو وامر بالعرف
44-36	مدنية	التوبة	72	والمؤمنون والمومنات بعضهم
288	مدنية	التوبة	75	ومنهم من عاهد الله
صفحة وجودها	نوعها	سورتها	رقم ترتيبها	جزء الآية

124	مكية	يوسف	40	إن الحكم إلا لله
219	مكية	يوسف	72	نفقد صوع الملك
320	مدنية	الرعد	19	فأما الزبد فيذهب جفاء
181	مكية	طه	11	اخلع نعليك
17	مكية	المؤمنون	20	وقل رب أنزلني منزلا مباركا
260	مدنية	النور	04	والذين يرمون المحصنات
260	مدنية	النور	06	والذين يرمون أزواجهم
219	مكية	النمل	20	وتفقد الطير
256-76-51	مكية	القصص	27	قال إني أريد أن أنكحك
44-43	مدنية	الأحزاب	06	وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض
297	مدنية	الأحزاب	21	لقد كان لكم في رسول الله إسوة
285	مدنية	الأحزاب	49	إذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
79	مدنية	الحجرات	13	يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر
216	مدنية	الطلاق	01	لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا
318	مدنية	الطلاق	02	واشهدوا ذوي عدل منكم
288	مدنية	الإنسان	07	يوفون بالنذر

ثانياً: فهرس الأحاديث والآثار
مرتبة ترتيباً أبجدياً وفق الآتي:

باعتبار الحرف الأول الصحيح من غير اعتبار همزة الوصل وأداة التعريف وأذكر اسم الراوي عند الحاجة

الصفحة	المروي عنه	مصدره	طرف الحديث أو الأثر
42-37	أم المؤمنين عائشة	سنن الترمذي	1- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها
44		سنن ابن ماجة	2- إذا أتاكم من ترضون دينه ...
52		الموطأ	3- الأيم أحق بنفسها من وليها
133	أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها	سنن البيهقي	4- إنما هو اليوم مال وارث...
134		مسند أحمد	5- أيما امرأة نكحت على صداق
236	عمر بن الخطاب	الموطأ	6- أيما امرأة فقدت زوجها
150		أبو داود	7- إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة
284		الموطأ	8- إذا حلف الرجل بطلاق المرأة ...
297	قول ابن عباس	صحيح مسلم	9- إذا حرم الرجل امرأته فهي يمين ...
178		سنن الترمذي	10- إذا جاءكم من ترضون دينه
207	عقبة بن عامر	صحيح البخاري	11- أحق ما أوفيتم من الشروط
215	عبد الله بن عمر	الموطأ	12- إذا ملك الرجل امرأته أمر ما
221		سنن ابن ماجة	13- إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ
310		صحيح مسلم	14- أتريدون أن ترجعي إلى رفاة
133		الموطأ	15- الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية

الصفحة	المروي عنه	مصدره	طرف الحديث أو الأثر
حرف الباء			
58	عبد الله بن عباس	صحيح مسلم	16- البكر يستأذنها أبوها
316	ابن عباس	سنن الترمذي	17- البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن
حرف الهاء			
43	ابن عمر	سنن الترمذي	18- هي يتيمة لا تتكح إلا بإذنها
317	عمر بن الخطاب	الموطأ	19- هذا نكاح سر ولا أجزه ولو تقدمت فيه لرجمت
حرف الواو			
111		سنن ابن ماجة	20- الواهب أحق بهبته
275		صحيح البخاري	21- وعسى أن يكون ولدك هذا نزعه عرق
حرف الزاي			
99-42	سهل بن سعد	صحيح البخاري	22- زوجناكها بما معك من القرآن ...
حرف الياء			
58	أبو هريرة	سنن أبي داود	23- اليتيمة تستأمر في نفسها
286	أبو هريرة	صحيح مسلم	24- يمينك ما يصدقك عليه صاحبك ...
حرف الكاف			
110	عائشة أم المؤمنين	صحيح البخاري	25- كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ...
303	عقبة بن الحارث	صحيح البخاري	26- كيف وقد قيل ...

الصفحة	المروي عنه	مصدره	طرف الحديث أو الأثر
حرف اللام			
16	عبد الله بن عمر رضي الله عنه	صحيح مسلم	27- لا يقول أحدكم للعنب الكرم
43-35	عمر بن الخطاب	الموطأ	28- لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها
316-37		سنن الترمذي	29- لا نكاح إلا بولي ...
58		الموطأ	30- ليس للولي مع الثيب أمر
58	أبو هريرة	صحيح مسلم	31- لا تتكح الأيم حتى تستأمر...
238-83-67		الموطأ	32- لا ضرر ولا ضرار
110	عبد الله بن عمر	الموطأ ...	33- لا يحل لأحد يعطي عطية...
110	عبد الله بن عباس	صحيح البخاري	34- ليس لنا مثل السوء ...
119		سنن البيهقي	35- ليس على مستودع ضمان
150	عبد الله بن عباس	صحيح مسلم	36- لو يعطي الناس بدعواهم...
157	عمرو بن شعيب	سنن الترمذي	37- ليس على المستعير غير المغل ضمان
171		سنن ابن ماجة	38- الحقى بأهلك ...
180	على بن أبي طالب	صحيح مسلم	39- لأن يهدى الله بك رجلا واحدا...
287	عمر بن عبد العزيز	الموطأ	40- لو كان الطلاق ألفا
217	أبو هريرة	صحيح البخاري	41- لا يحل لإمرأة أن تسأل طلاق أختها
266		سنن أبي داود	42- لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ...
267		صحيح البخاري	43- لا سبيل لك عليها ...
274	أبو هريرة	صحيح البخاري	44- لا تصروا الإبل والغنم...
275	قصة العجلاني	صحيح مسلم	45- لعلها تجئ به أسود جعدا

الصفحة	المروي عنه	مصدره	طرف الحديث أو الأثر
285-281	عمرو بن شعيب	المستدرک علی الصحيحين	46- لا طلاق قبل النكاح
283		لا يصح	47- لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق
283		لا يصح	48- ما حلف بالطلاق مؤمن
286		صحيح البخاري	49- لا تحلفوا بأبائكم ...
289		صحيح البخاري	50- لو أعلم أنها ليس من تمر الصدقة لأكلتها
296	في قصة الكندية	صحيح البخاري	51- الحقي بأهلك ...
308	عبد الله بن عمر	سنن ابن ماجه	52- لا يحرم الحرام الحلال
310		سنن الترمذي	53- لعن الله المحلل والمحلل له
حرف الميم			
102	عبد الرحمان بن ثوبان	سنن الدرقي	54- من كشف خمار امرأة ونظر إليها
111	عن عمر بن الخطاب	الموطأ	55- من وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها
207-157	عمر بن الخطاب	صحيح البخاري تعليقا	56- مقاطع الحقوق عند الشروط
171	عن سعيد بن المسيب	الموطأ	57- من تزوج امرأة فلم يستطع أن يسمها
180	عن عمر بن الخطاب	الموطأ	58- مالك وللخير ...
206		صحيح البخاري	59- من شرط شرطاً ليس في كتاب الله ...
249		سنن النسائي	60- من شرط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له
244-206	عن عمر بن الخطاب	سنن الترمذي	61- المسلمون عند شروطهم
حرف الصاد			
8	عبد الله بن عباس	جامع بيان العلم وفضله	62- صنفان من أمتي إذا صلحا صلح الناس

الصفحة	المروي عنه	مصدره	طرف الحديث أو الأثر
حرف العين			
119	أبو أمامة	سنن الترمذي	63- العارية مؤداة ...
142	سمرة بن جندب	سنن الترمذي	64- على اليد ما أخذت ...
317	عائشة أم المؤمنين	سنن الترمذي	65- اعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد
حرف الفاء			
98	عائشة أم المؤمنين	صحيح مسلم	66- فتلك خمس مائة درهم
125	عبد الله بن مسعود	مسند الإمام أحمد	67- فما رأى المسلمون حسنا...
177	أبو هريرة	صحيح البخاري	68- فاظفر بذات الدين
حرف القاف			
151		الموطأ	69- قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين والشاهد
188	عبد الله بن عباس	صحيح البخاري	70- اقبل الحديقة وطلقها ...
حرف التاء			
109		الأدب المفرد للبخاري	71- تهادوا تحابوا
حرف الخاء			
142	عائشة أم المؤمنين	سنن الترمذي	72- الخراج بالضمان
249	عن ابن عباس	سنن النسائي	73- خالقت السنة ووليت الأمر غير أهله
حرف الشين			
52		سنن البيهقي	74- شاوروا النساء في أبضاعهن
267-156-150	الأسعيت بن قيس	صحيح البخاري	75- شاهدك أو يمينه ...

ثالثاً: فهرس القواعد
وهي مرتبة ترتيباً أبجدياً باعتبار الحرف الأول الصحيح

من غير اعتبار أداة التعريف أو همز الوصل

الصفحة	نص القاعدة أو جزءه
حرف الألف	
150	إذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق عليها
230	الأصل بقاء ما كان على ما كان
286-224	الاحتياط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أشد منه في العكس
249	إذا جعل الأمر لمن ليس له لرفع ضرر هل يجعل له برمته؟
257	إذا نعقد العقد فاسدا هل تلحقه الصحة؟
268	إذا طرأ على النكاح ما لا يقر معه هل يرفع حكم العقد السابق
316	الإشهاد في النكاح هل هو شرط صحة أو شرط تمام؟
289	إذا اجتمع الحلال والحرام
حرف الباء	
69	البيع للأولياء والمال للأوصياء
حرف الهاء	
50	هل المقصود من النكاح الاستمتاع أو إباحة البيع؟
75	هل الوصي يتنزل منزلة الموصي فيما له من اختصاص؟
169	هل فوات ثمرة الشيء كفوات ذاته؟
236	هل حكم الحاكم يقوم مقام العقد والفسخ؟
57	هل الغالب كالمحقق؟
274	هل الساكت عن الشيء مقر به؟
280	هل العبرة بمراد المتكلم أو بمقتضى ظاهر لفظه؟

الصفحة	نص القاعدة أو جزءه
280	هل اليمين على نية الحالف أو على نية المحلوف له
296	هل الألفاظ اصطلاحية تتبع الإرادة؟
310	هل الحكم معلق بأوائل الأسماء أو بأواخرها؟
حرف الحاء	
308	حكم الشيء بأصله لا بعوارضه
حرف الكاف	
187	كل ما جاز فعله بغير عوض جاز أخذ العوض عنه
212-205	كل من ملك غيره أمرا الأصل أن يرجع إليه فيما أباح منه
244	كل مالا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب مثله
126	كل ما ورد به الشرع مطلقا يرجع فيه الى العرف
حرف اللام	
239-45-26	لكل خاص خصوصيته
153	لا تشغل الذمة بالحق الواحد مرتين
167	لا تقبل شهادة النساء في النكاح وشبهه
227	لا بد للحكم الشرعي من سبب شرعي
235	لا فرقة ولا ميراث بالشك
حرف الميم	
169-57-55	ما قارب الشيء أعطي حكمه
87	المأذون له في العقد لا يملك عقده لنفسه
124	المنزل منزلة الشيء يأخذ ما يختص به
150	من ثبت في ذمته حق لغره لم يقبل قوله في دفعه
156	ما كان أمانة لا يصير مضمونا إلا بالتفريط
186	ما لزم الإنسان بغير عوض لا يجوز له أخذ اعوض عنه

الصفحة	نص القاعدة أو جزءه
205	مقتضى التخبير هل في المقام أو ملك النفس والانصراف
207	مقاطع الحقوق عند الشروط
2212	المعلق على الشرط كالمنجز عند حضوره
303-226	ما أعطي للمثل يعطى للمماثل حكما
257-240	المعدوم شرعا كالمعدوم حسا
110	من وهب له أو أهدي له شيء بسبب
242	المتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان
257-237	المتضاد بالوضع لا يجتمع بالشرع
309	من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه
310	ما لا يجوز ابتداء لا يصح انتهاء
210	من التزم شيئا لزمه
حرف النون	
133	النظر للشيء هل يكون لذاته أو لسببه؟
274	النسب يثبت بالشك ولا ينتفي الا باليقين
حرف العين	
51	عماد الولاية الشفقة والفسق لا يقطعها
167	عجز صاحب الحق عن استيفاء حقه لا يسقط ما وجب لغيره
170	العقد القابل للفسخ من وجه هل يقبله من وجوه متعددة؟
195-156	العرف القائم كالأمر اللازم.
حرف الفاء	
297-57	الفساد في العوض هل هو كالفساد في العقد؟
256	فساد العوض يقضي بفساد المعوض عنه

الصفحة	نص القاعدة أو جزءه
	حرف الضاد
61	الضرر يزال
	حرف الراء
44	رأي الإمام يرفع الخلاف
	حرف التاء
256	ترجيح المفسدة على المفسدة يسقط اعتبارها
	حرف الشين
42	شرعت الولاية لحفظ النسب
249-212	الشرط ما وافق مقتضى العقد

رابعاً: فهرس الأعلام

الذين نقلت أجوبتهم مرتباً وفق حروف المعجم ترتيباً أبجدياً، بإعتبار الحرف الأول الصحيح من اسم العالم أو لقبه دون كنيته.

الصفحة	تاريخ وفاته	اسم العالم المنقول جوابه
84	400	أصبغ بن الفرغ
62	516	أحمد بن سعيد
201	423	أبو عبد الله الباجي الإشبيلي
161	474	أبو الوليد الباجي
251-200	431	ابن دحون
153	488	ابن جماهر الطليطلي
-152-135-128-127-113-70-47 250	399هـ	ابن الهندي
122	540هـ	ابن ورد
-173-160-93-62-53-46-31 299-278-228-220-190	386هـ	ابن أبي زيد القيرواني
242-220-200-173-112-93	381هـ	ابن زرب
136	399هـ	ابن أبي زمنين
261	407هـ	أبو علي حسن بن خلدون
261-201	408هـ	أبو القاسم بن الكاتب
209-144-32	314هـ	ابن لبابة
-251-174-173-136-103-83-54 312-291	478	أبو الحسن اللخمي
269-261-260-200	404	أبو بكر بن عبد الرحمن اللخمي
-208-127-120-85-84-54-38 311-269	401هـ	ابن المكوي
-229-161-152-145-136-78-39 279-243	536هـ	المازري
300-69	429	ابن مغيث
78	434	محمد بن غالبه الهمدني
84	448هـ	المأموني
260-208-144-84	301هـ	أبو صالح أيوب بن سليمان بن صالح المعافري
220-190-182-174-93	529هـ	محمد بن أحمد بن الحاج

الصفحة	تاريخ وفاته	اسم العالم المنقول جوابه
290-209-201	469هـ	ابن منظور
278	460هـ	أبو مروان القرطبي
104	523	محمد بن إسماعيل الطليطلي
112	259هـ	ابن مزين
113	497هـ	ابن مخلد
104	429هـ	سوسى بن حماد الصنهاجي
-153-145-136-128-104-69-32 278-260-209-201-162	462هـ	ابن عتاب
-261-243-228-209-121-94-63 291-269	430	أبو عمران الفاسي
104-78	486	عسى بن سهل
152-128	399هـ	ابن العطار
220-136	486هـ	عبد الحميد بن الصائغ
144	488هـ	أبو عمر الإشبيلي
113	367هـ	ابن عبد العزيز
269-260	460	عبد الله بن مالك
270	520	ابن فتحون
300-278-121	419	ابن الفخار
269-161-94-38	403هـ	أبو الحسن القابسي
261-209-162-136-113	460	أبو عمر بن القطان
-122-113-104-78-69-54-38 -221-201-182-174-153-128 278-243-229	520	ابن رشد الجد
311-300-291-251-243-69-62	460	السيوري
46	518	أبو عبد الله السرقسطي
62	486هـ	ابن سعدون
162	413هـ	ابن ذكوان
152-31	497هـ	أبو المطرف الشعبي

خامسا: فهرس الأبيات المستشهد بها
إذا تعددت اكتفيت بالصدر من الأول منها

الصفحة	مصدره	شطر الشاهد
16	السلم المنورق	إدراك مفرد تصورا علم...
24	مواهب الخلاق	إن يك الدليل قد تقوى
24	منظمة الشيخ الحسن الخديم	أو ما روى العنقي عن مالك...
23	الطليحية	بيان ما اعتمد من أقوال...
238	مرتقى الوصول	وبعضها يدري باستنباط...
109		وهاك ما يدخل في العطية
179	العاصمية	وكل ما فساده يخص عقده...
31	تحفة الطلاب	وعندهم في جهة التعصيب
24	مواهب الخلاق	والقول إن أكثر من يقول به...
17	مقاييس اللغة	ورب نازلة يضيق بما الفتى
25	الشيخ محمد جنون	والشرط في عملنا بالعمل
309		وحرموا مبنوثة ممن أبت...
62	امرؤ القيس	وغارة ذات قبروان
207	لامية الزقاق	وشرط نكاح إن نزاع بطوعه
11	الحسن بن رشيق القيرواني	مما زهدني في أرض أندلس
286	ديوان امرؤ القيس	فقلت يمين الله أبرح قاعدا...
133	مرتقى الوصول	ثم يليهما قياس الشبه
126		خمس مقررة قواعد مذهب

سادسا: فهرس البلدان المنسوبة إليها الفتوى وفق الترتيب السابق

الصفحة	إسم البلد
56	1- أسوان
291-182	2- إشبيلية
56	3- الإسكندرية
278	4- بياسة
69	5- بطليوس
127	6- جيان
243	7- ازويلة
64-62	8- طنجة
182	9- لشبونة
191	10- مرسية
65-62	11- صقلية
62	12- القيروان
251	13- قفصة
278-260-136-72	14- قرطبة
145	15- غرناطة
78	16- رندة
122	17- شلب

سابعا: لائحة المصادر والمراجع المعتمدة في البحث

مرتبة ترتيبا أبجديا داخل موضوعاتها بإلغاء أداة التعريف وهمز الوصل واعتبار

الحرف الأول الصحيح من عنوان الكتاب.

أولاً: المصحف الكريم.

ثانياً: كتب التفسير والحديث وعلومه.

- أحكام القرآن لابي بكر بن العربي المعافري الإشبيلي بمراجعة عبد القادر عطا،

ط دار الكتب العلمية، ط 5، 2012.

- البحر المحيط في التفسير لمحمد بن يوسف الملقب بأبي حيان الغرناطي الاندلسي

ت 754هـ، ط دار الفكر بعناية صدقي محمد جميل 1992/1412.

- الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي بتخريج عماد زكي البارودي ط المكتبة

التوقيفية ط: 10، 2012.

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر

المكتب الإسلامي ط: 2، 1985م.

- الجامع الصحيح للإمام أبي عبد الله البخاري بحاشية السندي ط: دار الفكر بدون

تاريخ.

- جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، للحافظ ابن عبد البر، ط:

دار الفكر 1994 وكذا ط: دار ابن الجوزي بتحقيق أبي الأشبال.

- الحد الحثيث في بيان ما ليس بحديث لأحمد عبد الكريم بن سعودي الغزي

العامري تحقيق أبو زيد عبد الله، ط دار الراجعية الرياض.

- الموطأ للإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي القرطبي: ت 243 بتخريج نجيب

ماجدي ط: المكتبة المغربية ط: 1425 / 2004.

- الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني تعليق عبد الوهاب عبد اللطيف ط:

المكتبة العلمية ط: 2 / بدون تاريخ.

- مسند الإمام أحمد بتحقيق عادل مرشد ط: الرسالة ط 1، 2001م.

- المستدرك علي الصحيحين لابي عبد الله الحاكم النسابوري، ط: دار المعرفة
1418، 1998م.

- المنتقى في شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي: ت 474 بتخريج محمد رمضان
ومحمد مسعد، ط: المكتبة التوقيفية ط 1، 2012.

- صحيح مسلم بشرح النووي ضبط وتخريج محمد، محمد تامر ط: دار الفجر
للتراث ط 2، 2004/1425.

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني ت 852هـ،
بترقيم محدد فؤاد عبد الباقي ط: دار التقوى بدون تاريخ.

- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275 هـ تحقيق محي الدين
عبد المجيد ط: المكتبة المصرية.

- سنن ابن ماجة لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ت 273 هـ تحقق محمد فؤاد
عبد الباقي ط: دار إحياء الكتب العربية.

- سنن الترمذي لأبي محمد بن عيسى الترمذي ت 279 هـ تحقيق أحمد محمد
شاکر ومن معه ط: مكتبة البابي الحلبي مصر ط: 2، 1975/1395 وكذا ط: / دار الغرب
الاسلامي 1998.

- السنن الكبرى لأبي بكر البيهقي ت 458 هـ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ط :
دار الكتب العلمية ط : 3 - 1424 / 2003.

- التلخيص الحبير في تخريج الأحاديث الرافعي الكبير للحافظ بن حجر العسقلاني
تحقيق أبو عاصم حسن بن عباس، ط: مؤسسة قرطبة مصر ط 1/1416/1995.

- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ
من معاني الرأي والآثار وشرح كل ذلك بالإيجاز والاختصار للحافظ ابن عبد البر بتعليق
سالم محمد عطا ط: دار الكتب العلمية ط : 3 / 2010.

- شرح ابن بطل البطلوسي لصحيح البخاري ط: دار الكتب العلمية ط : 1-
2003.

ثالثاً : كتب الفقه وأصوله :

- الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي بتخريج الحبيب بن طاهر ط: دار ابن حزم ط : 1 – 1999/1420.
- الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي ت 911 م، ط : دار الكتب العلمية ط 1 – 1403 م / 1983.
- إحكام الفصول في أحكام الأصول لأبي الوليد الباجي بتقديم وتحقيق عبد المجيد تركي ط: دار الغرب الاسلامي سحب جديد من الطبعة الثانية 1429 / 2008.
- إتحاف الطالب بشرح حدود ابن الحاجب لعلي عبد الرحمان بسام الجزائري ط : مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ط 2010.
- إسهام الطالب الخديم شرح منظومة العلامة الحسن الخديم في معرفة مصطلحات المذهب المالكي لعبد الكريم قبول ط : دار الرشاد الحديثة ط : 1 - 2011/1431 م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد تحقيق حازم القاضي ط : دار الفكر ط : 1 – 2003 م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل العتبية للقاضي أبي الوليد بن رشد الجد ت 520 تحقيق محمد عثمان ط : دار الكتب العلمية ط 1 – 2011.
- الجامع بين الأمهات لابن الحاجب تحقيق عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، بدون تاريخ.
- الجامع لمسائل المدونة والمختلطة لعبد الحق بن يونس الصقلي باعثناء أبي الفضل الدمياطي ط: دار الكتب العلمية ط 1 – 1433 / 2012 م.
- الجامع الكامل للمتون ط : دار الفكر 2007 م.
- الذب عن مذهب مالك في غير شيء من أصوله وبعض مسائل فروعه وكشف ما لبس به بعض أهل الخلاف وجهله من محاج الأسلاف لابن أبي زيد القيرواني تحقيق ودراسة الدكتور محمد العلمي، ط : الرابطة المحمدية للعلماء ط: 1 – 2011 م.

- الذخيرة فروع المالكية لشهاب الدين القرافي تحقيق أحمد عبد الرحمان ط: دار الكتب العلمية ط : 2 - 2008.

- الحاوي الكبير لعلي الموردي البصري ط: دار الكتب العلمية 1999 م.

- كتاب الأجوبة لمحمد بن سحنون ط: دار ابن حزم 1432 / 2011 م.

- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي للحافظ ابن عبد البر ط : دار الكتب العلمية بدون تاريخ.

- اللباب في شرح تحفة الطلاب للشيخ محمد التاويل ط 1 انفو برانت فاس ط 2004.

- المدونة الكبرى برواية سحنون عن ابن القاسم تحقق وتخريج عامر الجزار وعبد الله المنشاوي ط: دار الحديث القاهرة، ط : 2005/1426 م.

- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب تحقيق حميش عبد الحق ط: مطبعة نزار مصطفى الباز ط: 2، 1429 / 2008 م.

- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها لأبي الحسن على بن سعيد الرجرجي بتقديم على لقم واعتناء أحمد بن على أبي الفضل الدمياطي ط : دار ابن حزم ط 1، 1428 / 2007 م.

- منتخب الأحكام لأبي عبد الله محمد بن أبي زمنين ت 399، تحقيق د محمد حماد ط : الرابطة المحمدية للعلماء ط 1، 1430 / 2009 م.

- المتقدّمات الممهّدات لبيان ما تضمنته المدونة من الأحكام الشرعيّات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات لأبي الوليد ابن رشد الجد، تحقيق د محمد حجي ط: دار الغرب الاسلامي ط 1، 1988/1408 م.

- منتخب الأحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام لابن وصول الطليطلي تحقيق د حميد محمد لحر ط: دار ابن حزم ط 1، 2008 م.

- المقنع في علم الشروط لأحمد بن مغيث الطليطلي ط: دار الكتب العلمية ط: 2001.

- الموفقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي بعناية د محمد عبد الله دراز ط دار الكتب العلمية ط : 2009 م.
- المختصر الفقهي لابن عرفة تصحيح وتعليق حافظ عبد الرحمان ومحمد خير ط: مؤسسة أحمد خلف الجسور للأعمال الخيرية ط 1435 / 2014.
- مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام لأبي الوليد هشام بن عبد الله الأزدي تحقيق عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ط 1، 1433 هـ / 2012 م.
- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول لأبي عبد الله التلمساني تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ط : دار الكتب العلمية بدون تاريخ.
- المحلى لأبي محمد علي بن حزم تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، ط دار الثقافة الحديثة بدون تاريخ.
- المستصفي للإمام الغزالي ت 505 تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي ط : دار الكتب العلمية ط : 1413 / 1993 م.
- مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق لأبي الشتاء الغازي الحسيني ط: المكتبة الأزهرية للتراث ط 1 : 2008.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للإمام الحطاب مراجعة وتخريج محمد تامر ومحمد عبد العظيم ط : دار الحديث القاهرة ط : 1431 / 2010.
- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الامهات لابن أبي زيد القيرواني تحقيق مشترك لجماعة من العلماء ط: دار الغرب الاسلامي ط 1، 1999.
- الانتصار لأهل المدينة لأبي عبد الله بن الفخار ت 419 تحقيق محمد التمساني الادريسي ط: الرابطة المحمية للعلماء ط 1، 2009.
- النظائر في الفقه المالكي لأبي عمران الفاسي 430 هـ ط: دار البشائر الاسلامية باعثناء علي الجهاني وتقديم الشيخ محمد العمراوي ط 1، 2000.

- نور البصر شرح خطبة المختصر لأبي العباس الهلالي بمراجعة محمد محمود ولد محمد أمين ط: دار يوسف بن تاشفين.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين بن شاس ت 616 هـ تحقيق د. حميد بن محمد لحر ط: دار الغرب الاسلامي ط 1، 2003/1423م
- فقه ابن الماجشون في الفقه المالكي جمع ودراسة عبد اللطيف عبدلاوي ط: دار الكتب العلمية ط 1 1434 / 2013م.
- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام لأبي الوليد الباجي، تحقيق وتقديم د. محمد أبو الأجفان، ط دار ابن حزم ط 1، 1422 هـ / 2002 م.
- فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق للشيخ ميارة تحقيق الدكتور رشيد البكاري، ط: دار الرشاد الحديثة ط : 1، 2008 م.
- الفروق للإمام شهاب الدين القرافي تحقيق أحمد محمد السراج وعلي محمد جمعة ط : دار السلام ط : 3، 2010، في أربع مجلات.
- الفواكه الدواني علي رسالة ابن أبي زيد القيرواني لشهاب الدين النفزاوي الأزهري ت 1126، ط : دار الفكر 1995.
- قواعد الفقه على مذهب مالك لأبي عبد الله المقرئ تحقيق الدكتور محمد الدردبي، ط: دار الأمان، ط 1، 2012.
- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية لمحمد بن أحمد بن جزي الكلبى الغرناطي تحقيق وتعليق ماجد الحموي ط: دار ابن حزم ط 1، 2013/1434.
- الرسالة الحاكمة في مسألة الأيمان اللازمة للإمام أبي بكر بن العربي المعافري الاشبيلي ت 543 هـ تحقيق إبراهيم الوافي ط : الرابطة المحمدية للعلماء ط 1، 1436 هـ، 2015 م.
- التبصرة لأبي الحسن اللخمي، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط : 2، 1433 هـ / 2012 م.

- التفریع لأبی القاسم بن الجلاب البصري تحقیق الدكتور حسین بن سالم الدهماني ط : دار الغرب الاسلامي ط 1، 1981 سحب 2008.
- تهذیب المسالك في نصره مذهب مالك على منهج العدل والانصاف في شرح مسائل الخلاف لأبی الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي ت 543 تحقیق الدكتور الشاهد البوشيخي ط، دار الغرب الاسلامي، ط 1، 1430 هـ / 2009 م.
- التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ط: وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية المغربية ط 1993.
- التهذیب لمسائل المدونة والمختلطة بالاختصار دون كثير من التكرار لأبی سعيد البرادعي باعتناء كريم نجيب ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ط 1، 1438 هـ / 2017 م.
- التنبیحات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة للقاضي عياض تحقیق عبد الكريم نجيب ط : 1، 1433 م / 2012 م، ط مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.
- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبی عبد الله محمد بن يوسف المواق ت 877 هـ، ط دار الكتب العلمية ط 1، 1994.
- تعليقة الوانوعي علي تهذیب المدونة المنسوب للوانوعي المالكي التونسي وبهامشه تكملة التعليقة لأبی القاسم المشدالي ت 866 تحقیق عبد الكريم نجيب وحافظ عبد الرحمان خير طبع على نفقة ولي عهد دبي ط 1، 1435 هـ / 2014 م.
- تحبير المختصر: وهو الشرح الوسط على مختصر خليل لبهرام ت 803 هـ تحقق أحمد بن عبد الكريم نجيب وحافظ بن عبد الرحمان خير ط : مركز نجيبويه ط : 1، 1434 / 2013 م.
- اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني حقق باعتناء عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ط 1: 1434 هـ / 2013 م.

- شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام بن عرفة الوافية لأبي عبد الله الأنصاري الرصاع ت 854 تحقيق الدكتور محمد أبو الأجنان ط: 1، دار الغرب الاسلامي.

رابعا : كتب النوازل.

- أجوبة ابن القاسم لعبد الرحمان بن علي بن يحيى الجزيري الأندلسي ت 608 تحقيق مصطفى باحو ط: طوب بريس الرباط ط 1، غشت 2010 م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام بن القيم باعثناء صدقي محمد جميل العطار ط دار الفكر ط : 1420 هـ 1999 م.
- جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام لأبي القاسم البرزلي ت 841 تحقيق الدكتور محمد الحبيب الهيلة، ط: دار الغرب الاسلامي ط 2، 2012 .
- ديوان الأحكام الكبرى لأبي الأصبع عيسى ابن سهل تحقق يحيى مراد ط: دار الحديث القاهرة ط : 2007.
- كتاب الأحكام لأبي عبد الرحمان بن القاسم الشعبي المالكي 497 تحقيق صادق الحلوى ط دار الغرب الاسلامي.
- كتاب الأجوبة لابن ورد تحقيق محمد بوخبزة وبدر العمراني ط: الرابطة المحمدية للعلماء سلسلة نوازل التراث ط 1، 1431 م / 2009 م.
- مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض وولده محمد، تقديم وتحقيق محمد بن شريفة ط: دار الغرب الاسلامي ط : 3، 2011 م.
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي ت 914م، تخريج جماعة من العلماء بإشراف د. محمد حجي ط دار الغرب الاسلامي ط : 1، 1981/1401م.
- معين الحكام على القضايا والاحكام لقاضي الجماعة أبي إسحاق بن عبد الرفيع ت 733م تحقيق محمد قاسم بن عباد، ط: دار الغرب الاسلامي ط : 1989.

- نوازل أحمد بن بشتغير اللورقي المالكي ت 516 م، دراسة وتحقيق الدكتور قطب الريسوني ط: دار ابن حزم.
- فتاوى الامام ابن أبي زيد القيرواني تحقيق الدكتور حميد لحر ط: دار اللطائف ط 1، 2012 م.
- فتاوى أبي الوليد بن رشد الجد تحقيق الدكتور المختار بن الطاهر ط دار الغرب الاسلامي ط 3، 2011 م.
- فتاوى أبي الحسن اللخمي تحقيق الدكتور حميد لحر ط: دار المعرفة.
- فتاوى الإمام المازري ت 536 هـ مع كشف الغطا عن لمس الخطا جمع ودراسة وتحقيق الدكتور حميد لحر دار اللطائف ط 1، 2011 م.
- فتاوى أبي عمران الفاسي 430 م جمع وتحقيق الدكتور محمد البركة ط إفريقيا الشرق ط 2010.
- فتاوى ابن السراج الأندلسي ت 848 تحقيق محمد أبو الأجفان ط دار ابن حزم ط: 2، 2006 م.

خامسا : كتب التراجم والمعاجم.

- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لبرهان الدين بن فرحون المالكي ت 799 تحقيق محمد الأحمدى أبو النور ط دار التراث القاهرة.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب لإبن عبد البر تحقيق على محمد البحياوي ط: دار الجيل بيروت ط: 1 1412 هـ / 1992 م.

- لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري ت 711 هـ ط: دار صادر ط 3 1994.
- معجم التعريفات للجرجاني تحقيق محمد صادق المنشاوي ط : دار الفضيلة.
- معجم البلدان لشهاب الدين عبد الله الرومي الحموي ت 626 هـ ط: دار صادر 1995 م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي ط: المكتبة العلمية بدون تاريخ.
- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ط : دار الكتب العربية بدون تاريخ.
- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس ت 359 م، تحقيق عبد السلام محمد هارون ط دار الفكر 1979.
- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ت 606 هـ، تحقيق الطاهر أحمد الرازي ومحمود محمد.
- القاموس المحيط لمجد الدين الفيروز بادي حقق بإشراف محمد عبد المنعم.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض السبتي ضبط وتصحيح محمد سالم هاشم ط، دار الكتب العلمية ط : 2 / 1433 / 2012 م.
- تهذيب الكامل في أسماء الرجال للحافظ المزي ت 742 هـ، تحقيق بشار عواد معروف ط : دار الرسالة ط " 1، 1400 هـ / 1980 م.
- تذكرة الحفاظ لشمس الدين الذهبي ت 748 هـ / ط دار الكتب العلمية ط 1: 1419 هـ / 1998 م.
- تاج العروس وصحاح العربية للإسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ط 4، يناير 1990.
- تهذيب اللغة لأبي منصور الأزهرى تحقيق محمد عوضى ط: دار إحياء التراث العربي ط : 1، 2001.
- شجرة النور الزاكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف تحقيق وتعليق عبد المجيد خيالي، ط : دار الكتب العلمية ط 1، 1424 هـ / 2003 م.

سادسا : كتب التاريخ والدراسات المرتبطة بفقہ النوازل.

- البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب لأبي عبد الله بن عذاري المراكشي
ت 695 هـ ط: دار الثقافة ط 3، 1983 م.
- المعجب في تلخيص أخبار المغرب من لدن فتح الأندلس إلى آخر عصر
الموحدين لعبد الواحد بن علي المراكشي تحقيق صلاح الدين الهراوي : المكتبة العصرية
ط 1، 1426 / 2006 م.
- نظرات في النوازل الفقهية للدكتور محمد حجي منشورات الجمعية المغربية
للتأليف والترجمة والنشر ط 1، 1420 1999م.
- محنة العرب في الأندلس للدكتور أسعد حومد ط : المؤسسة العربية للدراسات
والنشر.
- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس لأبي القاسم بن بشكوال ت 578 هـ / بعناية السيد
عزت العطار الحسني ط : مكتبة خانجي ط 2، 1955 م.
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي باعثناء أيمن
صالح شعبان ط : دار الكتب العلمية ط 2 / 2007م.
- فقه النوازل رؤية مقاصدية للدكتور عماد المرزوق ط مطبعة حراء وجدة ط 1،
2013م.
- قيام دولة المرابطين صفحة مشرقة من تاريخ المغرب في العصور الوسطى
لحسن أحمد محمود ط دار الفكر العربي.

فهرس الموضوعات

- 1.....مقدمة:
- 7.....فصل تمهيدي: نبذة تعريفية عن موضوع الدراسة
- 8.....المبحث الأول: ملامح تاريخية عن الحياة السياسية و العلمية

9	المطلب الأول: لمحة عن الحالة السياسية بالغرب الإسلامي خلال المائة الخامسة للهجرة
11	المطلب الثاني: الحركة العلمية بالغرب الإسلامي خلال المائة الخامسة للهجرة
15	المبحث الثاني: فقه التنزيل وطبيعته عند المالكية
16	المطلب الأول: مفهوم النازلة الفقهية وخصائصها
21	المطلب الثاني: طبيعة تعامل فقهاء المالكية مع النوازل الفقهية
22	أولا: جانب القول الذي بنيت عليه النازلة
25	ثانيا: جانب الكيفية التي صاغ بها الفقيه جوابه عن النازلة
28	الباب الأول: موجب صحة عقد النكاح
29	الفصل الأول: الولاية ونماذج من أحكامها
29	المبحث الأول: حق الولاية
30	المطلب الأول: استحقاق الولاية
30	الفرع الأول: ترتيب الأولياء
30	أولا: عرض النوازل المختارة
32	ثانيا: التأصيل
35	ثالثا : دراسة
37	الفرع الثاني: تنازع الأولياء عند التعدد
37	أولا : عرض النوازل المختارة
39	ثانيا : التأصيل
41	ثالثا : دراسة
45	المطلب الثاني: أنواع المولى عليها
45	الفرع الأول: المولى عليها ذات الأب
45	أولا: عرض النوازل المختارة
47	ثانيا: التأصيل
49	ثالثا: دراسة
52	الفرع الثاني : ولاية اليتيمة
52	أولا : عرض النوازل المختارة
54	ثانيا : التأصيل
56	ثالثا : دراسة
59	المبحث الثاني : نماذج من أحكام الولاية
59	المطلب الأول : موجب النيابة في الولاية
60	الفرع الأول : غياب الولي المباشر
60	أولا: عرض النوازل المختارة

63.....	ثانيا: التأصيل
65.....	ثالثا: دراسة
66.....	الفرع الثاني : هل يتنزل الوصي منزلة الولي ؟
67.....	أولا : عرض النوازل المختارة
69.....	ثانيا: التأصيل
72.....	ثالثا: دراسة
74.....	المطلب الثاني : موجب إسقاط سلطة الولي
74.....	الفرع الأول: العضل
74.....	أولا : عرض النوازل المختارة
76.....	ثانيا: التأصيل
79.....	ثالثا: دراسة
80.....	الفرع الثاني: التسور على المولى عليه
80.....	أولا: عرض النوازل المختارة
83.....	ثانيا : التأصيل
85.....	ثالثا: دراسة
87.....	الفصل الثاني : الصداق ونماذج من أحكامه
88.....	المبحث الأول: حق الصداق
88.....	المطلب الأول: استحقاق الصداق
89.....	الفرع الأول : موجب استحقاق الصداق
89.....	أولا : عرض النوازل المختارة
91.....	ثانيا : التأصيل
95.....	ثالثا : دراسة
99.....	الفرع الثاني : هل للهدية حكم الصداق ؟
99.....	أولا : عرض النوازل المختارة
102.....	ثانيا : التأصيل
104.....	ثالثا : دراسة
108.....	المطلب الثاني : بعض أحوال الصداق
108.....	الفرع الأول : الشورة والضمان فيها
108.....	أولا : عرض النوازل المختارة
111.....	ثانيا : التأصيل
113.....	ثالثا : دراسة
115.....	الفرع الثاني : تحكيم العرف في الصداق

116.....	أولا : عرض النوازل المختارة
119.....	ثانيا : التأصيل
120.....	ثالثا : دراسة
122.....	المبحث الثاني : نماذج من أحكام الصداق
122.....	المطلب الأول : التنازل والضمنان في الصداق
122.....	الفرع الأول : النحلة بين الأزواج
123.....	أولا : عرض النوازل المختارة
124.....	ثانيا : التأصيل
128.....	ثالثا : دراسة
130.....	الفرع الثاني: ضمان الصداق
131.....	أولا: عرض النوازل المختارة
133.....	ثانيا: التأصيل
136.....	ثالثا : دراسة
138.....	المطلب الثاني : دعاوي الصداق
139.....	الفرع الأول : الاختلاف في قبض الصداق
139.....	أولا : عرض النوازل المختارة
141.....	ثانيا : التأصيل
144.....	ثالثا : دراسة
147.....	الفرع الثاني : ادعاء الولي في الصداق
147.....	أولا: عرض النوازل المختارة
149.....	ثانيا : التأصيل
151.....	ثالثا: لدراسة
152.....	الباب الثاني: موجب عدم الاستمرار العقد
153.....	الفصل الأول: الموجب الاختياري لعدم الاستمرار العقد
154.....	المبحث الأول: الخيار المرتبط بموجب في النفس
155.....	المطلب الأول: خيار العيب
155.....	الفرع الأول: موجب الخيار لعيب ذاتي
155.....	أولا: عرض النوازل المختارة
158.....	ثانيا: التأصيل
164.....	ثالثا: دراسة
167.....	الفرع الثاني: موجب الخيار لعيب اعتباري
167.....	أولا: عرض النوازل المختارة

170.....	ثانيا: التأصيل
172.....	ثالثا: دراسة
175.....	المطلب الثاني: خيار الخلع
176.....	الفرع الأول: موجب الخلع
176.....	أولا: عوض النوازل المختارة
178.....	ثانيا: التأصيل
181.....	ثالثا: دراسة
184.....	الفرع الثاني: الداخل ضمن المختلع به
184.....	أولا: عرض النوازل المختارة
187.....	ثانيا: التأصيل
191.....	ثالثا: دراسة
194.....	المبحث الثاني: الخيار المرتبط بموجب في غير النفس
194.....	المطلب الأول: تملك الخيار بالشرط
194.....	الفرع الأول: التملك بشرط في الغيبة
195.....	أولا: عرض النوازل المختارة
197.....	ثانيا: التأصيل
200.....	ثالثا: دراسة
202.....	الفرع الثاني: التملك لعموم الشرط
202.....	أولا: عوض النوازل المختارة
205.....	ثانيا: التأصيل
209.....	ثالثا: دراسة
212.....	المطلب الثاني: تملك الخيار بالفقد
213.....	الفرع الأول: حال المفقود الموجبة للخيار
214.....	أولا: عرض النوازل المختارة
216.....	ثانيا: التأصيل
220.....	ثالثا: دراسة
222.....	الفرع الثاني: من أحكام زوج المفقود
222.....	أولا: عرض النوازل المختارة
225.....	ثانيا: التأصيل
230.....	ثالثا: دراسة
234.....	الفصل الثاني: الموجب الاضطراري لعدم استمرار العقد
235.....	المبحث الأول: موجب فسخ العقد لاستحالة ذاتية فيه

236.....	المطلب الأول: بناء العقد على حال مناقضة لماهيته
236.....	الفرع الأول: ارتباط العقد بشرط مناف لطبيعته
236.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
239.....	ثانياً: التأصيل
242.....	ثالثاً: دراسة
244.....	الفرع الثاني: حصول وصف في الصداق مناف لحقيقته
244.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
247.....	ثانياً: التأصيل
250.....	ثالثاً: دراسة
252.....	المطلب الثاني: ادعاء موجب اللعان في العقد بعد صحته
253.....	الفرع الأول: موجب اللعان
254.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
257.....	ثانياً: التأصيل
260.....	ثالثاً: دراسة
262.....	الفرع الثاني: دعوى نفي الولد
263.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
265.....	ثانياً: التأصيل
268.....	ثالثاً: دراسة
270.....	المبحث الثاني: موجب فسخ العقد لاستحالة شرعية لحقت به
271.....	المطلب الأول: الأيمان الموجبة لإنهاء العصمة
271.....	الفرع الأول: اليمين اللازمة بالطلاق
271.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
274.....	ثانياً: التأصيل
277.....	ثالثاً: دراسة
283.....	الفرع الثاني: يمين تحريم الحلال
283.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
286.....	ثانياً: التأصيل
289.....	ثالثاً: دراسة
292.....	المطلب الثاني: التصرف الموجب لإنهاء العصمة
292.....	الفرع الأول: الوطء الفاسد وما في حكمه
292.....	أولاً: عرض النوازل المختارة
295.....	ثانياً: التأصيل

300.....	ثالثا: دراسة.....
304.....	الفرع الثاني: فساد الإتهاد في العقد أو كتمانہ.....
304.....	أولا: عرض النوازل المختارة.....
306.....	ثانيا: التأصيل.....
309.....	ثالثا: دراسة.....
311.....	خاتمة.....
315.....	الفهرس.....
317.....	أولا: فهرس الآيات القرآنية الكريمة.....
320.....	ثانيا: فهرس الأحاديث والآثار.....
325.....	ثالثا: فهرس القواعد.....
329.....	رابعا: فهرس الأعلام.....
331.....	خامسا: فهرس الآيات المستشهد بها.....
332.....	سادسا: فهرس البلدان المنسوبة إليها الفتوى وفق الترتيب السابق.....
333.....	سابعا: لائحة المصادر والمراجع المعتمدة في البحث.....
343.....	فهرس الموضوعات.....