«قاعدة» اقتضاء النهي الفساد و البطلان « عند المذاهب الأربعة و تطبيقاتها في المناكحات

Suranto[1], Imron Rosyadi[2], Muinudinillah Basri[3].
[1]Sekolah Tinggi Islam Al-Mukmin (STIM) Ngruki Sukoharjo Indonesia,
[2,3]Magister Hukum Ekonomi Syariah Universitas Muhammadiyah Surakarta
E-Mail: ythmarjonomarinem@gmail.com, imron.rosyadi@ums.ac.id,
m.muin@ums.ac.id

Abstract*: The title of this research is the rule of "Iqtidho'u annahyi alfasad wa albutlan" in the perspective of four ideology of thought and their application in marriage, a thesis proposed to meet one of the requirements to achieve a master's degree of fiqh and the ushul. Written by Suratno, NIM: O200170020, under the guidance of Dr. Imron Rosyadi and Dr. Muinudinillah Basri.*

This research is motivated by the curiosity of the law of marriage of a pregnant adulter to cover up her shame and family disgrace, which sometimes occurs in the community, while the Prophet Muhammad "peace be upon him" has forbidden men to marry a pregnant woman until she gives birth.

And many other forbidden marriages that occur in the community. The formulation of the problems of this research are: 1) What are the opinions of the four ideology of thought towards the rule of "iqtidhou annahyi alfasad wal butlan"? 2) How is the application of this rule in prohibited marriages, such as marriages of men with adulterers who are pregnant, mut'ah marriages, marriages of men who have been proposed by other men, marriages in ihrom conditions, syigor marriages, bid'iy marriages, marriages without marriages proxy, marriage without witnesses, marriage by combining women who still have mahrom relations. This research was conducted by the literature review method, collecting and studying various references, especially from the four ideology of thought, then conducting in-depth analysis. The conclusions of this study are 1) the four ideology of thought differ on the the rule of "iqtidhou annahyi alfasad wal butlan" in some circumstances annahyu, and have the same view of this Qoidah in several circumstances annahyu. 2) In applying this rule in the case of marriage, they agree on its validity or sleaze in some marital matters, but also differing opinions in several other issues. Usually, their opinions on the issue of marriage are in line with their opinions on the issue of the rule of ushul, but sometimes they don't.

Keywords*: prohibition, fasad, sleaze, get married, marriage, adultery.*

Abstrak*: Penelitian ini dilatarbelakangi keingintahuan hukum nikahnya pezina yang hamil untuk menutupi aibnya dan aib keluarganya, yang kadang terjadi di masyarakat, sedangkan Nabi Muhammad Sholallohu 'alaihi wa salam telah melarang lelaki untuk menikahi perempuan yang hamil sampai dia melahirkan. Dan banyak pernikahan-pernikahan terlarang lainya yang terjadi di masyarakat. Rumusan masalah dari penelitian ini adalah: 1) Apa pendapat empat madzhab terhadap qoidah " iqtidhou annahyi alfasad wal butlan"? 2) Bagaimana penerapan qoidah ini dalam masalah pernikahan yang terlarang, seperti nikahnya lelaki dengan pezina yang hamil, nikah mut'ah, nikahnya lelaki atas perempuan yang sudah dilamar lelaki lain, nikah dalam kondisi ihrom, nikah*

syigor, tholak bid'iy, nikah tanpa wali, nikah tanpa saksi, nikah dengan menggabungkan perempuan yang masih ada hubungan mahrom. Penelitian ini dilakukan dengan metode kajian pustaka, dengan mengumpulkan dan mentelaah berbagai referensi terutama dari empat madzhab, dan menganalisanya. Kesimpulan dari hasil penelitian ini adalah 1) empatmadzhab berbeda pendapat tentang qoidah " iqtidhou annahyi alfasad wal butlan" di beberapa keadaan annahyu, dan sama pandanganya tentang kaidah ini dalam beberapa keadaan annahyu. 2) Dalam penerapan qoidah ini dalam masalah pernikahan, mereka sepakat tentang keabsahanya atau kebatilanya dalam beberapa masalah pernikahan, dan kadang mereka juga berbeda pendapat dalam beberapa masalah lainya. Biasanya pendapat mereka dalam masalah pernikahan ini selaras dengan pendapat mereka dalam masalah qoidah ushul tersebut, tapi kadang tidak selaras.

***Kata kunci**: larangan, fasad, batil, nikah, pernikahan*

الملخص: قاعدة» اقتضاء النهي الفساد و البطلان « عند المذاهب الأربعة و تطبيقاتها في المناكحات، رسالة مقدمة لاستيفاء أحد الشروط للحصول على درجة الماجستير في تخصص الفقه و أصوله، إعداد الطالب: سورا تنو، رقم القيد:O200170020 تحت إشراف: د.عمران رشادي و د.معين دين الله بصري، عام:١٤٤١ ه / ٢٠١٩م. قامت فكرة البحث على معرفة حكم نكاح الحامل بسبب الزنى لستر عيبها و عيب عائلتها الواقع في المجتمع ، مع أن النبي – صلى الله عليه و سلم – نهى عن نكاح الحامل حتى تلد كي لا يختلط النسب. قد وقعت الأنكحة الممنوعة الأخرى في المجتمع. تدور مشكلة البحث حول الأمرين التاليين: ١) ما أقوال المذاهب الأربعة في قاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان»؟ ٢)كيف تطبيق هذه القاعدة في مسائل المناكحات؟ اتّبع الباحث في هذه الرسالة البحث المكتبي، و ينهج هذا البحث منهج استقرائي و تحليلي. و توصل الباحث إلى النتائج الآتية: ١) اختلف المذاهب الأربعة في القاعدة الأصولية « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « في بعض أحوال النهي، و اتفق في بعضها. ٢) تطبيقات هذه القاعدة في المناكحات المنهي عنها في نكاح الزانية الحامل، نكاح المتعة، الخطبة على الخطبة، نكاح المحرم، نكاح الشغار، الطلاق البدعي، النكاح بدون ولي، النكاح بدون الشهود، الجمع بين المحارم في النكاح، اتفق المذاهب الأربعة على صحة بعضها أو فساده، و اختلفوا في بعضها، غالبا أن رأيهم موافق لرأيهم في القاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان»، و أحيانا مخالف لرأيهم في هذه القاعدة.

الكلمات الرئيسية: نهي، فساد، بطلان، نكاح، المناكحات

المقدمة

ذكر في كتاب « الورقات « للجوين أن النهي هو :" استدعاء الترك بالكلام من غيره على سبيل الوجوب و يدل على أن المنهي عنه فاسد»[1]. من هذا التعريف عرفنا أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه. و لوحظ كتاب « بداية المجتهد و نهاية المقتصد « لابن رشد[2] في مسألة الخطبة على الخطبة ، قد نهى الرسول- صلى الله عليه و سلم – في الحديث «... ولا يخطب المرء على خطبة أخيه ...»[3] ، أي نهى النبي أن يخطب الرجل المرأة التي قد سبقه رجل آخر في خطبتها، ولكن ذكر ابن رشد أن العلماء اختلفوا في هذه المسألة، بعضهم من قال أن هذه الخطبة صحيحة و بعضهم قال أن الخطبة تفسخ ، و بين أن سبب اختلافهم : هل هذا النهي يدل على فساد المنهي عنه أم لا يدل على ذلك ؟ و هذا يدل على أن العلماء قد اختلفوا في المسألة الأصولية : هل النهي يقتضي الفساد أم لا ؟.

كذلك الواقع في المجتمع وجد الباحث أكثر من مرة أن الرجل نكح الحامل بسبب الزنى لستر عيبها و عيب عائلتها، مع أن النبي – صلى الله عليه و سلم – نهى عن نكاح الحامل حتى تلد كي لا يختلط

1 إمام الحرمين الجوين،، ص: ٥١

2 هو العلامة أبو الوليد، محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي. ولد سنة عشرين وخمس مائة ، بشهر قبل موت جده (سير أعلام النبلى ج ٥١ ص٦٢٤)

3 أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه في كتاب النكاح في باب تحريم الخطبة على الخطبة ، صحيح مسلم ج ٢ ص ٣٣٠١ رقم الحديث ٣١٤١

النسب، و هذه مسألة مهمة لابد أن نعرف حكمها؛ لأن عقد النكاح عقد عظيم و يسمى في القرآن ميثاقا غليظا.

في هذا البحث يحاول الباحث أن يحل المشكلات ، منها :

١) ما أقوال المذاهب الأربعة في قاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « ؟
٢) كيف تطبيق هذه القاعدة في مسائل : أ- نكاح الزانية الحامل،ب- نكاح المتعة،ج- الخطبة على الخطبة، د- نكاح المحرم، ه- نكاح الشغار، و-الطلاق البدعي، ز- النكاح بدون ولي، ح- النكاح بدون الشهود، ط- الجمع بين المحارم في النكاح.

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف التالية :

١) بيان أقوال المذاهب الأربعة في قاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان «.
٢) بيان تطبيق هذه القاعدة في مسائل : أ- نكاح الزانية الحامل،ب- نكاح المتعة،ج- الخطبة على الخطبة، د- نكاح المحرم، ه- نكاح الشغار، و-الطلاق البدعي، ز- النكاح بدون ولي، ح- النكاح بدون الشهود، ط- الجمع بين المحارم في النكاح.

وقد حاولت الدراسة الإجابة على الإشكالات السابقة من خلال اتباع الخطة التالية، قسم هذا البحث على مبحثين: القسم الأول عن نظرية القاعدة «اقتضاء النهي الفساد و البطلان» عند المذاهب الأربعة، و القسم الثاني هو البحث عن تطبيقات القاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان» في المناكحات.

الإطار النظر

عن نظرية القاعدة «اقتضاء النهي الفساد و البطلان» عند المذاهب الأربعة

أولا : مفهوم النهي

قال حسين السغناقي في شرحه لكتاب البزدوي أن النهي : « كلام المتكلم لمن دونه على سبيل الاستعلاء : لا تفعل «[4]. و قال ابن الحاجب المالكي أن النهي هو :» اقتضاء كف عن فعل على وجه الاستعلاء»[5]. و قال الشيخ بدرالدين الزركسي الشافعي في كتابه البحر لمحيط أن النهي هو:» أن يقتضي كف عن فعل «[6]. و عرّف الشيخ العثيمن النهي بأنه « كلام يحتوي طلب الكف على سبيل الاستعلاء بصيغ مخصوصة [7] «.

إذا نظرنا إلى التعريفات من بعض الأصوليين مختلفين المذهب السابقة لا نجد الفرق البعيد بين تعريفاتهم، و يكمل بعضهم بعضا، و عرف الباحث النهي مستنبطا من التعريفات السابقة أنه قول يقتضي الكف على سبيل الاستعلاء بصيغ مخصوصة.

ثانيا : أحوال النهي

عبر الأصوليون في تقسيم أحوال النهي طرقا متعددة، ولكنها تنحصر في أربعة الأحوال هي[8] :

الحالة الأولى: النهي المطلق

أي أن يرد النهي مطلقا عن قرينة تدل على قبح المنهي عنه. و النهي المطلق نوعان : النهي عن الأفعال الحسية، و التصرفات الشرعية .

الحالة الثانية: النهي الراجع لذات الفعل ، أو جزئه

أي أن يكون النهي في نفس العقد [9]، مثل : النهي عن بيع الحصاة [10]، و بيع الحصاة فيه غرار لأنه يجعل الرمي بيعا ، إذن هذا النهي يعود إلى نفس العقد أو ذات الفعل .

الحالة الثالثة: نهي يرجع إلى وصف لازم للمنهي عنه سوى أصله

أي أن النهي يعود إلى وصف لازم للمنهي عنه دون أصله أو جزئه ، مثل :

النهي عن الربا ، فالنهي في هذا الأمر بسبب الزيادة، و الزيادة وصف للبيع و ليس من عقد البيع ، ولا جزء للبيع [11].

4 حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، (الرياض: مكنبة الرشد، ٢٢٤١ ه) ص: ١/ ٦٩٥

5 الأصفهاني، بيان المختصر،(مكة: جامعة أم القرى) ص: ٦٨/٢

6 الزركشي، البحر المحيط ، (الكويت: وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية ، ٣١٤١ ه) ص:٢/ ٦٢٤

7 العثيمين، الأصول من علم الأصول، (دار ابن الجوزي ، ٠٣٤١ ه) ص : ٨٢

8 مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ،(مؤسسة الرسالة ، ٢٠٤١ ه) ص : ١٤٣

9 الأصفهاني، شرح المنهاج للبيضاوي، (الرياض: مكتبة الرشد، ٠٢٤١ ه) ص:١/ ٥٤٣

10 حديث أبي هيرة عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال « عن أبي هريرة، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة،...» رواه مسلم، في صحيح مسلم ، رقم الحديث ٣١٥١

11 مصطفى سعيد الخن ، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ، الناشر :مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثالثة سنة ٢٠٤١ ه ، ص :

الحالة الرابعة: النهي الراجع إلى وصف مجاور له

أي أن يكون النهي يرجع إلى شيئ مقارن للعقد غير لازم له ، مثل : النهي عن البيع عند نداء يوم الجمعة حتى انتهاء الصلاة [١٢]، فا النهي لا يعود إلى ذات الشيئ ، و لا يرجع إلى صفة له، بل يرجع إلى أمر خارج عن البيع [١٣].

رابعا: أقوال المذاهب الأربعة في قاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « في حالة النهي الأولى

اتفق جميع الأصوليين[١٤] منها المذاهب الأربعة [١٥]في النهي المطلق عن الأفعال الحسية – مثل النهي عن الزنا - يدل على أن المنهي عنه قبيح و فساد و بطلان . مثلا نهى الشرع عن السرقة ، فا المنهي عنه و هو السرقة قبيحة .

اختلف الأصوليون من المذاهب الأربعة في النهي المطلق عن الأفعال الشرعية، و أقوالهم و أرائهم في هذه المسألة ما يلي:

رأي الحنفية :

أن النهي المطلق عن التصرفات الشرعية لا يدل على بطلان المنهي عنه ، و عدم ثبوت القبح في عين المنهي عنه[١٦].

مثل ما ورد من النبي – صلى الله عليه و سلم – في حديث أبي سعيد أنه « نهى النبي- صلى الله عليه و سلم – عن صوم يوم الفطر و النحر...[١٧]» وإذا نذر رجل صوم يوم النحر، يصح نذره عند الحنفية؛ لأنه نذر بصوم مشروع، ولكنه ارتكب الحرام أي فاعله آثم.

رأي الشافعية :

رأى أنه يقتضي فساد المنهي عنه أو بطلانه [١٨]، و هم استدلوا بالأدلة منها :

١- الحديث الشريف أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد «[١٩] . أي أن المنهي عنه ليس مأمورا به ، إذان هو مردود كما نص الحديث السابق، و يكون فاسدا لأن المنهي عنه غير مشروع .

٢- كان الصحابة يحتجون ببطلان العقود و الأفعال التي نهى عنها الشارع . مثل احتجاجهم ببطلان نكاح المشركات ، لأن الله تعالى قال : { و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن }[٢٠].

رأي المالكية :

رأى الإمام مالك و بعض المالكية أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا إلا إذا دل دليل على عدم الفساد [٢١].

الدليل أن النهي يقتضي الفساد على الإطلاق أن رجلا إذا أمره الشرع بعبادة، فقام بعبادة على وجه منهي عنه، فإنه لم يعمل بمأمور، فلم يسقط قضاء العبادة[٢٢].

رأي الحنابلة :

أراء الحنابلة هي أن يقتضي النهي فساد المنهي عنه بإطلاق ، و أدلتهم مثل أدلة الشافعية ، و زاد الدليل الثالث هي :أن الشارع حكيم لا يمكن أن يكون ناهيا عن المصالح ، و إنما نهى الشارع عن المفاسد [٢٣].

إذان في هذه الحالة أراء الشافعية و المالكية و الحنابلة متقاربة، بخلاف رأي الحنفية.

في حالة النهي الثانية

في حالة النهي الذي يرجع إلى ذات المنهي عنه

٣٤٣

12 لقوله تعالى في سورة الجمعة : أية ٩ { يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ..}

13 الأصفهاني، شرح المنهاج للبيضاوي ص: ٧٤٣/١

14 مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء، ص : ٢٤٣

15 انظر : حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، ص:٢/ ٩٩٥
شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، (بيروت: دار الفكر،1424 ه) ص: 138
الزركشي، البحر المحيط، ص :2/442
عبد الكريم النملة ، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر ،(الرياض: دار العاصمة 1417ه) ص: 5/410

16 انظر : نظام الدين الشاشي، أصول الشاشي ، ص : ١١١
محمد الدهلوي، إفاضة الأنور في إضاءة أصول المنار، (الرياض: مكتبة الرشد، 1426ه) ص : 156
ملاجيون الحنفي، نور الأنور في شرح المنار ، (باكستان: مركز الإمام البخاري للتراث و التحقيق) ص:1/ 255

17 أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الصوم في باب صوم يوم الفطر ، و رقم الحديث : ١٩٩١

18 انظر : الشيرازي، التبصرة في أصول الفقهص، (دمشق: دار الفكر، ٠٨٩١ م)ص : ٠٠١
الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، (جامعة أم القرى) ص:١/ ٤٥٢
مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ،ص : ٦٤٣

19 حديث عائشة ، الذي أخرجه مسلم في باب نقض الأحكامالباطلة و رد محدثات ، و رقم الحديث : ٠٩٥٤

20 سورة البقرة : ١٢٣

21 انظر :المختار الشنقطي، درر الأصول في أصول المالكية،(مكتبة الإمام مالك ٧٢٤١ه) ص: ٥٧
فخر الدين الرازي ، المحصول في علم الأصول ،(مؤسسة الرسالة) ص:2/ 291

22 الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، (دار الكتب العلمية، ٣٠٠٢ م) ص: ٥٢

23 انظر : عبد الكريم النملة ، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر، ص:٥/ ٤٢٤
أبو بكر البغدادي، النهي يقتضي الفساد بين العلائي و ابن تيمية ، (الدمام : دار ابن الجوزي ،1414ه) ص : 22

أو جزء المنهي عنه ، رأي جمهور الأصوليين من ضمنهم المذاهب الأربعة أن النهي يقتضي الفساد [٢٤].

في حالة النهي الثالثة

فيه اختلاف بين الجمهور و أبي حنيفة .رأى الجمهور أن النهي الراجع إلى وصف المنهي عنه يقتضي فساد أصل الفعل و وصفه [٢٥]. و رأى الحنفية خلافا للجمهور أن النهي في هذه الحالة يقتضي فساد الوصف فقط ، وأما أصل الفعل ليس فاسدا، أطلق الحنفية اسم الفاسد عليه ، و الفاسد عندهم ليس مرادفا للبطلان مثل رأي الجمهور.[٢٦].

في حالة النهي الرابعة

اتفق المذاهب الأربعة على أن النهي لا يقتضي فساد و بطلان العمل . فالعمل مازل صحيخا يترتب عليه الثواب، ولكن فاعله آثم [٢٧]. فدليلهم أن جهة النهي مخالفة لجهة المشروعة، فليس بينهما التلازم.

3 . البحث عن تطبيقات القاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان» في المناكحات

أولا: نكاح الزانية الحاملة

إذا نكح رجل امرأة حامل بسبب زنى مع غيره، اتفق العلماء على تحريم هذا العقد، لقوله تعالى : { و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن }[٢٨] ، و كذلك قول النبي – صلى لله عليه و سلم - (لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره) [٢٩] أي لا يجوز على المؤمن أن يجامع امرأة حامل جامعها غيره[٣٠].

إذا نكاح رجل زان امرأة حاملا بزنى به، فاختلف الفقهاء، هل صح نكاحها أم لا، و يذكر الباحث أقوال المذاهب الأربعة ما يلي:

القول بصحته

ذهب الإمام الشافعي و الإمام أبو حنيفة في رواية على أن نكاح الحامل من الزنى يصح،[٣١] و أدلتهم ما يلي :

الدليل الأول من لأية القرآنية قال الله تعالى : {و أحل لكم ما وراء ذلكم }[٣٢] و وجه الدلالة من هذه الأية أنها وردت بعد المحرمات من نساء، ف هذه الأية عامة تشمل نكاح الحامل بسبب الزنى.

الدليل الثاني من الحديث الشريف، قال نبينا محمد صلى الله عليه و سلم : (لا يحرم الحرام الحلال)[٣٣] وجه الدلالة من هذا الحديث : أن الزنى حرام، و النكاح حلال، إذن الزنى لا يحرم النكاح، فنكاحه حلال صحيح.

الدليل الثالث من أثر الصحابة، روي عن أبي بكر الصديق: (إذا زنى رجل بامرأة لم يحرم عليه نكاحها)[٣٤].

القول بفساده أي عدم الجواز

ذهب المالكية و الحنابلة أنه لا يجوز أن ينكح الحامل من الزنى قبل أن تضع حملها[٣٥]، و أدلتهم:

الدليل الأول الحديث الشريف، قوله رسول الله – صلى الله عليه و سلم -:

(لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره)[٣٦]، و وجه الدلالة من هذا الحديث أنه لا يجوز أن يجامع رجل امرأة جامعها رجل آخر.

الدليل الثاني قوله – صلى الله عليه و سلم – « لا

24 مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ، ص : ٨٤٢

25 مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ، ص : ٨٤٢

26 انظر : حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، ص:٢/ ٢٠٦
محمد الدهلوي ، إفاضة الأنور في إضاءة أصول المنار، حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، ص:157

27 انظر: حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، ص: ٤٣٦
فخر الدين الرازي ، المحصول في علم الأصول ، ص:2/290
الزركشي، البحر المحيط، ص:2/439
عبد الكريم النملة ، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر ، ص:5/ 412

28 سورة الطلاق: ٤

29 أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح باب في وطء السبايا، رقم الحديث: ٨٥١٢، و قال الشيخ الألباني : حسن

30 انظر : علاء الدين الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج: ٢، ص: ٩٦٢
أنظر : 15 أكتوبار https://binbaz.org.sa/fatwas/16387/ 2019
العيد بن زطة ، حكم العقد على المرأة الحامل من الزنى واستلحاق ولد الزنى بأبيه، http://laidbenzetta.blogspot.com/2016/11/ أنظر: 15 أكتوبار 2019 blog-post_29.html

31 انظر : علاء الدين الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج: ٢، ص: ٩٦٢
النواوي، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر) ص:16/ 242
الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي،(دار الكتب العلمية) ص:2/ 445
القرافي، الذخيرة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي ، 1994 م)، ص:4/259

32 سورة النساء : ٤٢

33 أخرجه ابن ماجه في سننه، في كتاب النكاح باب لا يحرم الحلال، رقم: ٥١٠٢، و هذا الحديث ضعيف.

34 الماوردي، الحاوي الكبير، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٩١٤١ هـ) ص:٩/ ٩٨١

35 انظر: القرافي، الذخيرة، ص:٤/٩٥٢
ابن قدامة ، المغني ، ص:141
ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع(دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع) ص:7/ 503
محمد بن يوسف الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل،(دار الكتب العلمية،1416هـ) ص:5/ 42

36 أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح باب في وطء السبايا، رقم الحديث: ٨٥١٢،و قال الألباني : حسن

توطأ حامل حتى تضع...»[37] و وجه الدلالة من هذا الحديث عام يشتمل على أي حامل، سواء أكانت حاملا من الزنى أو من الزواج الصحيح.

الدليل الثالث، القياس على جميع الحوامل الائي لا يجوز نكاحهن، و العلة المشتركة هي الحمل[38].

الترجيح: بعد النظر إلى أقوال المذاهب الأربعة و لأدلتهم و مناقشة أدلتهم، رأى الباحث أن القول الراجح في هذه المسألة هو القول بجواز نكاح الحامل من الزنى من زنى بها؛ لأن ما في بطنها زرعه، و هذا الترجيح يبنى على مقاصد الشريعة التي تهدف ستر العيب حفظا العرض، و تحفظ الأنساب عن الإختلاط.

ثانيا: نكاح المتعة

اتفق المذاهب الأربعة على أن نكاح المتعة فاسد باطل لا يصح،[39] و هم استدلوا بأدلة ما يلي :

الدليل الأول من القرآن أي قوله عز و جل: { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧) }[40]، و وجه الدلالة من هذه الآيات أن الله تعالى حرمت التلذذ و الاستمتاع من امرأة إلا من طريقين : عقد النكاح، أو ملك اليمين، و المتعة ليست من الأنكحة الصحيحة، و ليست من ضمن ملك اليمين.

دليلهم من السنة، حديث ابن عباس: (إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية، زمن خيبر) [41]، و قوله – صلى الله عليه و سلم- : (يا أيها الناس، إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة)، وجه الدلالة من هذين الحديثين الصحيحين أن نكاح المتعة في أول الإسلام قد أبيح، و لكنه نسخ، فحرمه الله منذ زمن خيبر إلى يوم القيامة.

و استدل كذلك بالإجماع، أجمع الأمة الإسلامسة على تحريم نكاح المتعة، و الذي قال بإباحت هذا النكاح هو الروافض [42].

ثالثا: الخطبة على الخطبة

حكم النكاح لمن خطب المرأة التي سبقه مسلم آخر في الخطبة ، اختلف العلماء على القولين :

القول بصحة النكاح

ذهب المذاهب الأربعة على صحة نكاح من خطب على خطبة أخيه [43]، إلا مالك فلة ثلاثة الأقوال، القول الأول مثل قول الجمهور : أن النكاح لا يفسخ ، و القول الثاني : يفسخ ، و القول الثالث : لا يفسخ بعد الدخول ، و يفسخ قبله[44].

دليلهم : أن المنهي عنه هو الخطبة على خطبة أخيه ، و الخطبة ليست شرطا من شروط الزواج، لذلك نكاح الخاطب الذي خطب امرأة سبقه الآخر صحيح و لا يفسخ [45].

القول بعدم صحة النكاح

ذهب داود أن نكاح الخاطب الذي خطب امرأة سبقه في خطبتها يفسخ ، ولا يصح.[46]

الترجيح: رأى الباحث أن القول الراجح هو قول المذاهب الأربعة أي قول بصحة النكاح لمن خطب على خطبة أخيه، بنظر إلى القاعدة، و النهي في هذه المسألة لا يقتضي الفساد. و الخاطب و لو كان صح نكاحه لكنه يرتكب إثما.

رابعا:نكاح المحرم

اختلف المذاهب الأربعة في حكم نكاح المحرم على القولين:

القول بفساده و عدم صحته

القول الأول هو أن عقد نكاح المحرم لا يصح ، و يفسخ، فلا يجوز المحرم أن يتزوج أو يزوج أي يكون وليا ، وإذا تزوج أو يزوج فنكاحه باطل أو فاسد، و هذا قول الجمهور منهم : المالكية [47]،

37 أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح باب في وطء السبايا، رقم الحديث: ٧٥١٢، و قال الشيخ الألباني : صحيح

38 ابن قدامة، المغني،ص:٠٤١/٧

39 انظر : بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٠٢٤١ه) ص:٥/ ١٦
القرافي، الذخيرة، ص:4/ 404
الإمام النواوي، المجموع شرح المهذب، ج: 249
ابن قدامة، المغني، ص:7/ 95

40 سورة المؤمنون : ٥-٧

41 أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب النكاح في باب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة آخرا، رقم الحديث: ٥١١٥

42 الشوكاني، نيل الأوطار،) مصر: دار الحديث،٣١٤١ه(ص:٦/ ٢٦١

43 انظر : علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية، ٦٠٤١ه) ص:٥/٢٣٢
الإمام النووي ، كتاب المجموع شرح المهذب، ص:16/ 262
ابن قدامة، المغني ، ص :7/146

44 ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المجتهد،(بيروت: دار ابن حزم، ٧٢٤١ه، ص: ٣٩٣

45 الإمام النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، ص:٦١/ ٢٦٢

46 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (بيروت: دار المعرفة ، ٩٧٣١ ه) ص :٩/ ٠٠٢

47 انظر : أبو القاسم البصري، التفريع، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ٨٠٤١ه) ص:٢/ ٥٦
القرافي، الذخيرة، ص:3/ 339
ابن عبد البر، الاستذكار ، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421 ه) ص:4/ 118
ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المجتهد، ص: 429

الشافعية[٤٨] ، و الحنابلة[٤٩] .

أدلتهم : أدلة القول الأول أن نكاح المحرم لا يصح ، هي ما يلي :

الدليل الأول : من الحديث النبوي حديث عثمان أنه سمع النبي صلى الله عليه و سلم يقول : « لا ينكح المحرم ، و لا ينكح ، و لا يخطب «[٥٠] .

وجه الدلالة من هذه الأية هو أن النبي – صلى الله عليه و سلم – نهى المحرم أن يتزوج، و يزوج ، لذلك نكاح المحرم منهي عنه لهذا الحديث ، و حالة هذا النهي نهي مطلق عن التصرفات الشرعية . و عند المذهب المالكي ، و الشافعي ، و الحنبلي أن النهي في هذه الحالة يقتضي فساد المنهي عنه ، إذان نكاح المحرم فاسد ، باطل ، لا يصح عند هذه المذاهب الثلاثة الدليل الثاني : من أثار الصحابة

الأثر الأول : كان طريف ينكح امرأة عند إحرامه ، و عرف عمر بن الخطاب فرد زواجه [٥١].

أبان بن عثمان ، و كانا محرمين ، و طلب عمر من أبان أن يحضر ، ثم أبان منكر ذلك ، فأخبره أنه سمع عثمان يقول أنه سمع النبي – صلى الله عليه و سلم نهى عن نكاح المحرم .[٥٢]

الأثر الثاني : كان عمر بن عبيد الله يريد أن ينكح طلحة، بنت شيبة بن جبير ، و هو أرسل إلى

وجه الدلالة من هذين أثرين هو عرفنا أن الصحابة ينكر نكاح المحرم لذلك رد عمر نكاح طريف لأنه ينكح و هو محرم . و كذلك ينكر أبان إرادة عمر بن عبيد الله لتزويج ابنه .

الدليل الثالث : إجماع أهل المدينة، روي عن سعيد المسيب أنه كان رجل ينكح و هو محرم ، فأهل المدينة أجمعوا على تفريق بينهما .[٥٣]

الدليل الرابع :

لأن الإحرام يمنع من الجماع و دواعيه ، فالنكاح مما يسبب الوطء ؛ فلذلك منع عقد النكاح[٥٤] .

القول بصحته

القول الثاني هو قول الحنفية أن نكاح المحرم صحيح ، و ليس فاسدا[٥٥] . لابأس أن يكون محرم يتزوج و يزوج .

دليل هذا القول : حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – أن النبي – صلى الله عليه و سلم - تزوج ميمونة و هو محرم[٥٦] . وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على جواز نكاح أثناء الإحرام ؛ لأن الرسول – صلى الله عليه و سلم- فعل ذلك.

الترجيح: بعد نظر إلى أدلة القول بصحة نكاح المحرم و دليل القول بفساده، رجح الباحث قول الجمهور منهم : المالكية، و الشافعية، و الحنابلة، الذين قالوا بفساد نكاح المحرم؛ لقوة أدلتهم.

خامسا: نكاح الشغار

اختلف المذاهب الأربعة في حكم نكاح الشغار على قولين :

القول ببطلان النكاح

ذهب الشافعية [٥٧]، و المالكية [٥٨]، و الحنابلة [٥٩]على أن النكاح على شكل الشغار باطل ولا يصح.

دليل هذا القول : استدل صاحب هذا القول بقول النبي – صلى الله عليه و سلم – :»لا شغار في الإسلام «[٦٠]. و وجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل دلالة صريحة على النهي عن الشغار ، و عندهم النهي في هذه الحالة يقتضى فساد المنهي عنه ، و الفساد عند المالكية ، و الشافعية ، و الحنابلة مرادف البطلان. إذان عقد النكاح باطل لا يصح ، أو النكاح يفسخ.

القول بصحة النكاح

ذهب الحنفية أن النكاح على صورة الشغار صحيح ، لا يبطل مع وجوب مهر المثل [٦١] .

48 انظر: الإمام الشافعي، الأم، (بيروت: دار المعرفة،١٤١٠ ه) ص:٥/ ٤٨
الإمام النووي ، كتاب المجموع شرح المهذب، ص:7/ 296
أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ص:4/ 123

49 انظر : الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: دار المعرفة) ص:١/ ٤٦٣
ابن قدامة، الشرح الكبير، ص:3/ 311
محمد بن صالح العثيمن، الشرح الممتع على زاد المستقنع، (الدمام: دار ابن الجوزي ،1424 ه) ص: 7/151

50 أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه في كتاب النكاح في باب تحريم نكاح المحرم ، و كراهة خطبته ، صحيح مسلم ج ٢ ص ٠٣٠١ رقم الحديث ٩٠٤١

51 مرحملا حالكن باب يف جحلا باتك يف أطوملا يف كلام مامإلا هجرخأ 348 ص 1 ج أطوملا ،

52 أخرجه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الحج في باب نكاح المحرم ، الموطأ ج ١ ص ٨٤٣

53 أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب جماع أبواب ما يجتنبه المحرم في باب المحرم لا ينكح و لا ينكح ، السنن الكبرى ج ٥ ص ٦٠١

54 انظر : أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ص: ٤٢١/٤

55 وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية،(٤٠٤١ه) ص : ٠٥٣/١٤

56 أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب بدء الوحي في باب نكاح المحرم ، صحيح البخاري ج ٧ ص ٦١

57 الإمام الشافعي، الأم، ص :٥/ ٧٨١

58 ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص:٣/ ٠٨

59 ابن قدامة، المغني، ص:٧/ ٦٧٥

60 أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النكاح في باب تحريم نكاح الشغار و بطلانه ، صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٣٠١ رقم الحديث : ٥١٤١

61 انظر : السرخسي، المبسوط، ص :٥/ ٥٠١
محمد أكمال الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، (دار الفكر) ص :٣/ ٨٣٣

دليل هذا المذهب : قول الله عز و جل « {... قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ..}[٦٢]، و وجه الدلالة من هذه الأية أنها انعقاد الزواج بغير فرض المهر أو تقديره، و الزواج غير منعقد مع نفي المهر و إلا فلها مهر المثل[٦٣] .

الترجيح: رجح الباحث في هذه المسألة القول ببطلان نكاح الشغار لورود الدليل الصريح من الحديث، و لأن هذا اشتراط عقد بعقد آخر، فمخرج لمن قد تزوج شغارا فعليه عقد جديد بعقد شرعي، أو يفرق زوجته.

سادسا:الطلاق البدعي

ذهب الجمهور إلى أن الطلاق البدعي حرام [٦٤]، و استدلو ا بالأدلة الواردة في الكتاب ، و هو قوله تعالى { يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِن...}[٦٥] و وجه الاستدلال من هذه الأية القرآنية أن الله أمر من يريد أن يطلق زوجته في العدة ، و هو الطهر ، و مفهوم مخالفة من هذا المعنى أن الله تعالى نهى عن الطلاق في الحيض .

ولكن الفقهاء اختلفوا في مسألة وقوع الطلاق البدعي ، و ذهب مذاهب الأربعة : الحنفية [٦٦]، و المالكية [٦٧]، و الشافعية[٦٨] ، و الحنابلة[٦٩] أن الطلاق البدعي واقع، مع أن فاعله آثم. و من يخالف قول المذاهب الأربعة هم الشيعة ، قالوا أن الطلاق البدعي لا يقع [٧٠].

و استدل المذاهب الأربعة بحديث النبي – صلى الله عليه و سلم - عن ابن عمر، أنه طلق امرأته، وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد،وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء)[٧١]. و وجه الاستدلال من هذا الحديث أن الرسول طلب من عمر أن يأمر ابن عمر أن يراجع زوجته التي طلقها أثناء الحيض، و من هذا عرفنا أن الطلاق البدعي واقع لأن النبي أمره الرجوع، و الرجوع يكون بعد الطلاق .

سابعا: النكاح بدون ولي

اختلف المذاهب الأربعة في هذه المسألة على قولين[٧٢]:

القول ببطلان النكاح

ذهب مالك، و الشافعي، و أحمد على بطلان النكاح بعدم الولي[٧٣]، و من أدلتهم :

الدليل الأول :

قوله تعالى :»{. فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوف...}، وجه الدلالة من هذه الأية أن الله نهى أولياء النساء عن منعهن من النكاح بمن يردنه و يرضينه لعينهن زوجا، و هذا دليل أن لهم حق المنع.

الدليل الثاني :

و كذلك استدل بحديث النبي – صلى الله عليه و سلم - : (لا نكاح إلا بولي)[٧٤] و الحديث (أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل ..) [٧٥] . و هذان الحديثان يدل على أن النكاح بدون الولي فاسد باطل.

القول بصحة النكاح

ذهب أبو حنيفة إلى أن النكاح بلا ولي يصح ولا يفسخ إذا كانت المرأة حرا بالغة عاقلة، و دليل هذا المذهب قياس النكاح على البيع، فإن المرأة العاقلة البالغة يصح بيعها، كذلك في النكاح فيجوز تزويجها نفسها[٧٦].

62 سورة الأحزاب : ٥٠

63 مجلة كلية العلوم الإسلامية ، موقف الأصوليين من النهي ، ص :

64 علاء الدين الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ص :٣/ ٤٩
الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (دار الفكر، 1412ه) ص : 39
الدكتور مصطفى الخِن و غيره، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، (دمشق: دار القلم، 1413 هـ)، ص:4/ 126
أبو الفرج الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، (دار الكتاب العربي) ص:8/ 253

65 سورة الطلاق : ١

66 علاء الدين الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص :٦٩/٣

67 ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد, ص :٧٨/٣

68 مصطفى الخِن و غيره، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ص:٦٢١/٤

69 ابن قدامة، المغني، ص:٦٦٣/٧

70 رأى الشيعة أن الطلاق البدعي منهي عنه و هو غير مشروع ، و لا يصلح أن يكون حكما لذلك الطلاق غير واقع . بدائع الصنائع ج : ٣، ص : ٦٩

71 أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الطلاق في باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، صحيح مسلم ج ٢ ص ٣٩٠١ رقم الحديث : ١٧٤١

72 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،(بيروت: دار الكتب العلمية ، ٤٢٤١ ه) ص:٠٥/٤

73 انظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص:٠٥/٤
وحبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، (دمشق: دار الفكر) ص:9/ 6698
ابن قدامة، المغني، ص:7/ 9

74 أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح في باب ولي، رقم الحديث: ٥٨٠٢،و قال الألباني: صحيح

75 أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح في باب ولي، رقم الحديث: ٣٨٠٢،و صححه ابن عبد البر و ابن حجر و غيرهما.

76 انظر : عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص:٠٥/٤
علاء الدين الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص:2/ 247

و رأى أن الحديثين الذين احتج بهما الجمهور خاصان بصغيرة لا يصح تصرفها.

الترجيح: بعد النظر إلى أدلة كل المذهب رجح الباحث القول ببطلان النكاح لقوة أدلتهم الصريحة، و مراعة لمقاصد الشريعة أن هذا النهي يفيد حماية المرأة من ظلم الرجال، و عادة أن المرأة لا تفكر طويلا عميقا دقيقا مثل ما يفكر الرجل، و هذا العقد ميثاق غليظ سيستمر إلى وقت طويل.

ثامنا: النكاح بدون الشهود

اختلف المذاهب الأربعة في حكم النكاح بدون الشهود على قولين:

القول ببطلامه

ذهب المذاهب الأربعة على بطلان النكاح بدون الشهود[٧٧]، و دليلهم قوله – صلى الله عليه و سلم - :» (لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ...)»[٧٨] و وجه الدلالة من هذا الحديث أن النكاح بعدم حضور الشاهدين لا يصح.

القول بصحته المخالف لقول المذاهب الأربعة

ممن ذهب على صحة النكاح بعدم حضور الشهود هو الشيعة، و لايشترط في صحة النكاح حضور الشهود، و قال أن الفرق بين الزنا و النكاح هو رضى بين الطرفين، و في سماحة الإسلام لا يشدد في النكاح؛ لذلك لا يشترط الشهود في صحة النكاح[٧٩].

الترجيح:القول الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب عليه المذاهب الأربعة أن النكاح بلا شهود باطل، لأن دليلهم أقوى من دليل الشيعة، والنهي عن النكاح بلا شهود يحمي المرأة أن ينكر الرجل أولده منها، و يحمي نسب الولد إذا أنكره أبوه.

تاسعا: الجمع بين المحارم في النكاح

اتفق الفقهاء منهم المذاهب الأربعة على أن الجمع بين المحرمين أو المحارم في النكاح باطل[٨٠]،

و من أدلتهم :

الدليل الأول : قوله تعالى:»{ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُم..... وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَف...}[٨١]

الدليل الثاني :قوله النبي – صلى الله عليه و سلم – في حديث أبي هريرة رضي الله عنه :»(لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها)»[٨٢]

وجه الدلالة من هذين الدليلين أن الجمع بين الأختين و بين المرأة و عامتها أو خالتها في النكاح حرام، كذلك سائر المحارم.

الخاتمة

في ختام هذه الرسالة يريد الباحث ذكر النتائج التي توصل إليها من خلال ما سبق توضيحه و بيانه من أقوال المذاهب الأربعة في القاعدة الأصولية « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « و تطبيقاتها في المناكحات ، و من أهم النتائج ما يلى :

١. اختلف المذاهب الأربعة في القاعدة الأصولية « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « في بعض أحوال النهي ، و اتفق في بعضها . و تفصيله ما يلي :

أ. في النهي المطلق عن الأفعال الحسية : اتفق المذاهب الأربعة أنه يدل على أن المنهي عنه قبيح و فساد و بطلان .

ب. في النهي المطلق عن التصرفات و الأفعال الشرعية : ذهب الشافعية و المالكية و الحنابلة على أنه يدل على فساد و بطلان المنهي عنه ، بخلاف رأي الحنفية الذي يقول أنه لا يدل على بطلان المنهي عنه ، و عدم ثبوت القبح في عين المنهي عنه.

ت. في حالة النهي الذي يرجع إلى ذات المنهي عنه أو جزء المنهي عنه : اتفق جمهور الأصوليين منهم المذاهب الأربعة على أن النهي يقتضي الفساد.

ث. في حالة النهي يعود إلى وصف لازم للمنهي عنه دون أصله أو جزئه: رأى الجمهور أن النهي الراجع إلى وصف المنهي عنه يقتضي فساد أصل الفعل و وصفه. و رأى الحنفية خلافا للجمهور أن النهي في هذه الحالة يقتضي فساد الوصف فقط ، وأما أصل الفعل ليس فاسدا.

---

77 انظر : لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، (دار الفكر، ١٣١٠ ه) ص:١/ ٧٦٢
الشربيني، مغني المحتاج، (دار الكتب العلمية ، 1415هـ) ص:4/ 234
الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: دار المعرفة) ص:3/ 178
ابن الرشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ص:3/ 44

78 أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب النكاح في باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين رقم: ٤٣٨٣١

79 سالم السيلاوي ، مركز الأبحاث العقادية:: الأسئلة و الأجوبة- لا يشترط الإشهاد في الزواج ptth://www.deaqa.moc/qaf/٢٤١٥/ أنظر : ٠٣ سبتيمبار ٩١٠٢

80 انظر: زارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية،ص:٧/ ٥١١
ابن قدامة، المغني، ص:7/ 115

81 سورة النساء : ٣٢

82 أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب النكاح في باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم الحديث : ٩٠١٥

ج. في حالة النهي الذي يرجع إلى شيئ مقارن مجاور للعقد غير لازم له: اتفق المذاهب الأربعة على أن النهي لا يقتضي فساد و بطلان العمل .

٢. تطبيق القاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « مسائل :

أ. نكاح الزانية الحامل

هذا النهي راجع إلى أحد أركان النكاح و هو الزوج، و في هذه الحالة اتفق المذاهب الأربعة على فساد المنهي عنه، و رأيهم في هذه القاعدة موافق بقوله في مسألة نكاح رجل امرأة حامل بسبب زنى مع غيره، أنهم اتفقوا على عدم الجواز، أي نكاحها فاسد. و أما في مسألة نكاح رجل امرأة حاملا بسبب الزنى معه، يخالف الإمام الشافعي و الإمام أبو حنيفة رأيهم في القاعدة « اقتضاء النهي الفساد « بنظر إلى الأدلة الأخرى، و رجح الباحث هذا المذهب لموافقة مقاصد الشريعة في حفظ العرض، و حفظ النسب من الاختلاط.

ب. نكاح المتعة

النهي عن نكاح المتعة هو نهي المطلق عن التصرفات الشرعية،و في هذه الحالة ذهب الحنابلة و الشافعية، و المالكية على فساد المنهي عنه، و ذهب الحنفية بعدم الفساد.

و أقوال المالكية، و الشافعية، و الحنابلة في اقتضاء النهي الفساد موافقة برأيهم في فساد نكاح المتعة. و أما الحنفية قولهم في القاعدة اقتضاء النهي الفساد يخالف قولهم في مسألة نكاح المتعة، لأنه قالوا بعدم جواز نكاح المتعة، فطبعا بعد نظر إلى الأدلة الأخرى القوية.

ت. الخطبة على الخطبة

الخطبة ليست من شروط النكاح ، و الخطبة أمر خارج في عقد النكاح ، فيكون النهي يرجع إلى شيئ مقارن مجاور للعقد غير لازم له ، و في هذه الحالة اتفق المذاهب الأربعة على أن النهي لا يقتضي فساد و بطلان العمل . فالعمل مازال صحيحا ، فلذلك مذهبهم قال بأن نكاحه صحيحا و لا يفسخ .

ث. نكاح المحرم

أن نكاح المحرم منهي عنه ، و هذا النهي نهي مطلق عن تصرفات الشرعية ، و اختلف المذاهب الأربعة ، هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم لا ؟ و ذهب المالكية ، و الشافعية ، و الحنابلة على فساده و بطلانه . و أما الحنفية رأى أن هذا النهي في هذه الحالة لا يقتضي الفساد, لذلك في الفروع ، ذهب المالكية ، و الشافعية ، و الحنابلة على عدم صحة النكاح ، و ذهب الحنفية على صحة عقد النكاح.

ج. نكاح الشغار

أن النبي – صلى الله عليه و سلم – نهى عن نكاح الشغار، و عند المالكية ، و الشافعية ، و الحنابلة أن النهي في هذه الحالة - أي حالة النهي المطلق في تصرفات شرعية – يقتضي فساد المنهي عنه ، و الفساد عندهم مرادف البطلان ، إذان عقد نكاح الشغار باطل عندهم . أما الحنفية قال بصحة النكاح على صورة الشغار ، و يعتقد أن النهي في هذه الحالة لا تقتضي بطلان المنهي عنه ، لذلك و لو قد نهى الرسول عن النكاح الشغار ، هذا المذهب قال بصحة عقد النكاح مع وجوب مهر المثل .

ح. الطلاق البدعي

اتفق المذاهب الأربعة على وقوع هذا الطلاق ، لأن الطلاق نفسه مشروع ، و إنما الحظر و الحرمة في غيره أي في وقته ، و في هذه حالة النهي اتفق المذاهب الأربعة على أن النهي لا يقتضي فساد المنهي عنه .

خ. النكاح بدون ولي

النهي عن النكاح دون ولي نهي راجع إلى ذات الفعل، لأن الولي رشرط من شروط النكاح، و رأى الجمهور منهم المذاهب الأربعة أن النهي يقتضي الفساد والبطلان. و في هذه المسألة ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة على بطلان النكاح بلا ولي، و هذا موافق لرأيه في القاعدة «اقتضاء النهي الفساد» في حالة النهي راجع إلى ذاته. ولكن ذهب الحنفية على صحت النكاح إذا كانت المرأة عاقلة بالغة قياسا على البيع، و هذا مخالف لرأيه في القاعدة « اقتضاء النهي الفساد» في حالة النهي راجع إلى ذاته.

د. النكاح بدون الشهود

النهي عن النكاح بدون شهود نهي راجع إلى ذات الفعل، لأن شهود شرط من صحة النكاح. و اتفق المذاهب الأربعة في هذه المسألة على

بطلان النكاح، و هذا موافق لرأيهم في القاعدة « اقتضاء النهي الفساد و البطلان « في حالة النهي الذي يرجع إلى ذات الفعل، أي أنهم قالوا بفساد و بطلان المنهي عنه.

ذ. الجمع بين المحارم في النكاح

هذا النهي داخل في النهي الراجع إلى ذاته، و اتفق المذاهب الأربعة على أنه يقتضي فساد و بطلان المنهي عنه، و هذا الرأي موافق لرأيهم في الفروع وهو بطلان نكاح الرجل الذي جمع بين المحارم.

١. إذا نهى الشرع شيئا ينبغي علينا أن لا نقول مباشرة بأن المنهي عنه فاسد، باطل، غير صحيح؛ لأن المذاهب الأربعة قد اختلف في حكم المنهي عنه في بعض أحوال النهي ، و قد اتفق على فساد المنهي عنه في بعض أحوال النهي ، و كذلك قد اتفق على صحة المنهي عنه في أحوال النهي الأخرى .

٢. نظرا بأن تطبيقات هذه القاعدة في هذا البحث لم يكن كاملا ، و إنما تكون في المناكحات فقط ، فحبذا لو أكمل بعض الطلبة هذه التطبيقات حتى تشمل في كل الأبواب الفقهية .

التوصيات

من خلال هذه الرسالة المتوضعة ، أوصى الباحث بعض الأمور المهمة، منها :

المراجع

عبد الكريم النملة ، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر ،(الرياض: دار العاصمة ٧١٤١ه)

مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ،(مؤسسة الرسالة ، ٢٠٤١ ه)

العثيمين، الأصول من علم الأصول، (دار ابن الجوزي ، ٠٣٤١ ه)

نظام الدين الشاشي، أصول الشاشي ،(بيروت: دار الكتاب العربي)

الإمام الشافعي، الأم، (بيروت: دار المعرفة،٠١٤١ ه)

محمد الدهلوي، إفاضة الأنور في إضاءة أصول المنار، (الرياض: مكتبة الرشد، ٦٢٤١ه)

الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: دار المعرفة)

الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، (جامعة أم القرى)

ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المجته،(بيروت: دار ابن حزم، ٧٢٤١ه

بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٥٠٢٤١ه)

علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية، ٦٠٤١ه)

الأصفهاني، بيان المختصر،(مكة: جامعة أم القرى)

الزركشي، البحر المحيط ، (الكويت: وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية ، ٣١٤١ ه)

محمد بن يوسف الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل،(دار الكتب العلمية،٦١٤١هـ)

أبو عمر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ٧٨٣١ ه)

أبو القاسم البصري، التفريع، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ٨٠٤١ه)

الشيرازي، التبصرة في أصول الفقهص، (دمشق: دار الفكر، ٠٨٩١ م)

الماوردي، الحاوي الكبير، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٩١٤١ هـ)

المختار الشنقطي، درر الأصول في أصول المالكية،(مكتبة الإمام مالك ٧٢٤١ه)
القرافي، الذخيرة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي ، ٤٩٩١ م)
سنن أبي داود
ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع(دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع)
شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، (بيروت: دار الفكر،٤٢٤١ ه)
محمد بن صالح العثيمن، الشرح الممتع على زاد المستقنع، (الدمام: دار ابن الجوزي ،٤٢٤١ ه)
الأصفهاني، شرح المنهاج للبيضاوي، (الرياض: مكتبة الرشد، ٠٢٤١ ه)
صحيح البخاري
صحيح مسلم
ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (بيروت: دار المعرفة ، ٩٧٣١ ه)
الدكتور مصطفى الخِن و غيره، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، (دمشق: دار القلم، ٣١٤١ هـ)
عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،(بيروت: دار الكتب العلمية ، ٤٢٤١ ه)
القرافي، الفروق، (عالم الكتب)
أبو الحارث الغازي، كشف الساتر شرح غوامض روضة الناظر، (بيروت: مؤسسة الرسالة،٣٢٤١ ه)
حسين السغناقي، الكافي شرح البزدوي، (الرياض: مكنبة الرشد، ٢٢٤١ ه)
الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، (دار الكتب العلمية، ٣٠٠٢ م)
فخر الدين الرازي ، المحصول في علم الأصول ،(مؤسسة الرسالة)
النواوي، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر)
وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية،(٤٠٤١ه)
الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي،(دار الكتب العلمية)
الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (دار الفكر، ٢١٤١ه)
ابن قدامة، المغني، (مصر : مكتبة القاهرة، ٨٨٣١ه)
جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، ٨١٤١هـ)
أبو بكر البغدادي، النهي يقتضي الفساد بين العلائي و ابن تيمية ، (الدمام : دار ابن الجوزي ،٤١٤١ه)
ملاجيون الحنفي، نور الأنور في شرح المنار ، (باكستان: مركز الإمام البخاري للتراث و التحقيق)
الشوكاني، نيل الأوطار،) مصر: دار الحديث،٣١٤١ه(
إمام الحرمين، الورقات
https://binbaz.org.sa/fatwas/16387/ أنظر : ٥١ أكتوبار ٩١٠٢
العيد بن زطة ، حكم العقد على المرأة الحامل من الزنى واستلحاق ولد الزنى بأبيه،
ptth://:moc.topsgolb.atteznebdial/٦١٠٢/١١/stop-golb_٩٢.lmth أنظر: ٥١ أكتوبار ٩١٠٢
سالم السيلاوي ، مركز الأبحاث العقادية:: الأسئلة و الأجوبة- لا يشترط الإشهاد في الزواج ptth://:www.
moc.deaqa/qaf/٥١٤٢/ أنظر : ٠٣ سبتيمبار ٩١٠٢