جامعة إبراهيم ، كلية الحقوق ،

الشريعة الإسلامية

في الأحوال الشخصية

للسنة الثانية

تأليف

الدكتور الشيخ

عبد الرحمن تلاج

عضو جماعة كبار العلماء

وأستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة إبراهيم

الطبعة الثانية

صفر ١٣٧٢ هـ — نوفمبر ١٩٥٢ م

مطبعة دار التأليف ٨ شارع يعقوب بمصر

تليفون ٢١٨٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فهذه مذكرات لدروس الشريعة الإسلامية فى « قسم الأحوال الشخصية » يشمل مقرر السنة الثانية من كلية الحقوق بجامعة إبراهيم .

نسأل الله تعالى الهداية والتوفيق لدراستها والانتفاع بها ، إنه سميع مجيب ؟

مقدمة

فى معنى الأحوال الشخصية

أحكام الشريعة الإسلامية نوعان :

الأول ــ « أحكام اعتقادية » تتعلق بتكوين العقيدة الصالحة فى المبدأ والمعاد ، وفى الوسائط التى توصل إلى العلم بهما من الوحى والرسالات والكتب المنزلة من عند الله تعالى .

الثانى ــ « أحكام عملية » يقصد منها ـ بعد اعتقاد حقيتها ـ أن يعمل على وفقها فى نواحى الحياة المختلفة .

وهذا النوع الثانى يشمل قسمين :

« القسم الأول » ــ أحكام العبادات التى يقصد بها التقرب إلى الله وحده ، كالصلاة والصيام والحج والزكاة . فهى أحكام تنظم علاقة الإنسان بالخالق جل وعلا .

« والقسم الثانى » أحكام المعاملات التى تجرى بين الناس من مثل البيع والإجارة والرهن وما إليها .

وهى أحكام تهيمن على أحوال الاجتماع الانسانى ، وتنظم علاقات الأفراد بعضهم مع بعض وعلاقات الجماعات كذلك .

وهى ــ من غير شك ــ تتعلق بجميع أعمال الانسان وتصرفاته فيما وراء قسم العبادات .

ويدخل فيها بهذا الاعتبار العام ما هو موضوع دراستنا فى هذا العام والذى بعده من مباحث الزواج والرضاع والفرقة وثبوت النسب والنفقة والوصية والميراث وما يتصل بها . فإن أحكامها لاتخرج عن نطاق الأحكام التى تنظم علاقات الأفراد والجماعات .

غير أنه ــ تبعاً لتطور العلوم والفنون ، ونظراً لتشعب الابحاث الفقهية والقانونية وتنوعها ، وتمشياً مع مبدأ التخصص فى الدراسات ومع قوانين الاختصاص فى القضاء ــ جد اصطلاح قانونى غير ذلك الذى كان عليه فقهاء الإسلام ، يخص هذه الأبواب الأخيرة باسم « الأحوال الشخصية » فى مقابلة قسم المعاملات المدنية وقسم الجنايات .

فالمراد بالأحوال الشخصية كل ما يتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية : فإنها حالة من أحوال الإنسان ذاته لا تتعلق بمال ولا بروابط مالية ، أو حالات عدوانية أو علاقات دولية أو ما أشبه ذلك . ويلحق بها الفرقة والعدة والرجعة وما إليها .

وكذلك النسب والميراث ، هما من الأحوال الشخصية ؛ فإن كون الإنسان أبا أو ابنا أو أخا ، وكونه وارثا أو محجوبا أو محروما هو من الحالات والصفات الشخصية .

أما الوصية فهى قرينة الميراث من حيث إنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فألحقت به .

فى الزواج

الباب الأول

فى معنى الزواج ، وأركانه ، وشروطه ، وأنواعه ، وأحكامه

الفصل الاول

فى مقـــدمات الزواج

« الخطبة » جرت عادة الناس أن يقدموا على عقد الزواج مقدمات أقرتها الشريعة وندبت إليها ؛ لما لها من الأثر الصالح فى تمكين رابطة الزوجية ، ودوام العشرة بين الزوجين فى ألفة ومحبة .

فمن هذه المقدمات « الخطبة » وهى طلب التزوج بالمرأة ، والإفضاء بهذه الرغبة إليها ، أو إلى أهلها ، وقد يكون هذا الطلب من مريد الزواج نفسه ؛ وقد يكون من أهله أو ممن يندبهم لذلك .

فاذا أجابت المخطوبة أو أجاب أهلها رغبة خاطبها فى أن تكون زوجة له فقد تمت الخطبة ، وترتب عليها حكمها الخاص بها . فلا يسوغ لأحد بعد ذلك أن يتقدم لخطبتها متى كان يعلم بتمام خطبتها للأول ، فان ذلك يورث بين الناس العداوة ، ويخلق فى النفوس الضغينة . ولذلك نهى عنه الإسلام الذى جاء بمبادىء السلام ، فقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« لا يبع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » وقال أيضا : « لايخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب » .

وظاهر من هذا النهى أن خطبة الرجل امرأة سبقت خطبتها وتمت بالاجابة لرجل آخر محرمة لا يجوز الاقدام عليها .

فإذا عدل الطرفان «الخاطب ومخطوبته» عن هذه الخطبة أو عدل أحدهما عنها حل لمن يريد التزوج بهذه المرأة أن يتقدم لخطبتها .

لكن ما الحكم إذا لم تتم الخطبة الأولى ولم يجب الخاطب فيها إلى رغبته فعلا بل أرجىء القبول إلى ما بعد التحرى والمشاورة كما هو معروف ، فهل يحل لرجل آخر أن يتقدم لخطبة هذه المرأة ؟

قال بعض العلماء لا مانع من ذلك ولا كراهة فيه شرعا ، واستندوا إلى ماروى من قصة فاطمة بنت قيس ، فقد خطبها ثلاثة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهم معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فرجعت بالأمر إلى الرسول عليه الصلاة والسلام ، فلم ينكر على أحد من الثلاثة خطبته إياها ، ثم اختارها أسامة ورضيت به .

ولكن لاحجة فى هذا الحديث على جواز الخطبة على الخطبة ، وليس فيه ما يفيد أن من خطبها ثانيا أو ثالثا كأن يعلم بخطبة من سبقه .

فالقول الراجح هو كراهة خطبة المرأة المخطوبة من قبل إذا كان خاطبها ينتظر الجواب على خطبته .

هذا ، والخطبة بعد تمامها لاتعتبر زواجا ولا يترتب عليها شىء من أحكام الزواج ، فهى ليست إلا وعداً بالزوجية ، فإن الزواج - كما سيأتى - له أركان لايتحقق بدونها ، وله شروط لايصح بغيرها ، وكل ما يكون قبل انعقاد العقد بأركانه وشروطه هو من المقدمات ؛ حتى إذا اتفق الخاطب والمخطوبة على المهر

وقدم لها المهر كله أو بعضه لتتجهز به ، وبعث إليها بانواع الهدايا وما يسمى « الشبكة » فان هذا كله لا يحصل به الزواج ، ولاتترتب عليه آثار الزوجية .

وينبغى أن يتخير الرجل فى خطبته المرأة ذات الخلق الحميد والدين القويم ، فلا يكون كل همه الاقتران بامرأة ذات جمال وفتنة من غير مبالاة بما هى عليه من دين وخلق ، فان الولع بالجمال والمظاهر الفاتنة من غير حساب لما وراءها ، ولا اعتداد بالمقومات الحقيقية لحياة الزوجية، قلما تدوم معه العشرة، فكثيراً مايستر الجمال الظاهر خلقا غير كريم ، وكثيراً ما يكون هو العامل الأول فى تنغيص حياة الزوجين ، يعيشان مايعيشان فى نكد وهم، ثم تكون العاقبة الفراق، ولوكان فراقا يقطع أسباب النكد والهموم لخفت مصيبته بعض الشىء، ولكنه قد يجر وراءه مشاكل وخصومات تتسلسل بفعل الغيظ والحنق والعمل على تصيد الحيل الباطلة والادعاءات الكاذبة ، ويقضى المتخاصمون فى ذلك الشهور والأعوام .

وهذا شىء قد راعته الشريعة الحكيمة، ورسمت فيه الخطة الصالحة الرشيدة، وقال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم: « إياكم وخضراء الدمن ، قيل يارسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » .

أما إذا كانت المرأة الجميلة متحلية بأدب وخلق ودين كان الزواج بها أجمل وأكمل وأكرم .

وكذلك لاينبغى للرجل أن يكون همه الاقتران بامرأة ذات ثراء أو من بيئة لها جاه دنيوى رفيع على حين لا يكون له جاه ولا ثروة ، فان هذا شىء قلما تصلح معه حياة الزوجية ويستقيم أمرها ، فان شأن صاحب الجاه أو الثروة أن يترفع على من دونه، ويراه دائما فى منزلة التابع له، فاذا كان الرجل من امرأته فى هذه المنزلة الدنيا لم يستطع أن يقوم على بيته ، وأن يراعى أهله الرعاية التى يحتمها عليه الدين . وهذا هو ما حذر منه النبى صلى الله عليه وسلم ، وأرشد إلى ماينبغى أن يكون محط نظر الرجال فى تخيرهم الازواج إذ يقول : « لاتزوجوا

النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يردين ، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ؛ ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء ذات دين أفضل » .

ويقول عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين ، تربت يداك » . ومعنى هذا أنه جرى أمر الناس فى الزواج على أن منهم من يرغب فى المرأة لما عندها من مال وثروة ؛ ومنهم من يرغب فيها لما لأهلها من جاه ومآثر ومفاخر ؛ ومنهم من يرغب فيها لجمالها ؛ كما أن منهم من يرغب فيها لحسن خلقها وتدينها ، فالعاقل الرشيد الذى يبغى من الزوجية أن يعيش مع زوجته عيشة سعيدة هنية هو الذى يتخير المرأة ذات الدين والخلق ، ويكون هذا أول ما يرمى إليه ، ويود الظفر به ؛ فينبغى أن يكون ذلك أهم ما يقصده الرجل فى تخيره الزوجة ؛ فإن اجتمع مع الدين جمال أو مال أو حسب كان ذلك خيراً وأهنأ . وشأن الدين فى هذا أنه يدفع الغوائل والفتن التى قد يجر إليها المال والجمال والاعتزاز بالحسب .

ومن مقدمات الزواج التى تندب إليها الشريعة أن يرى الخاطب مخطوبته لتصح رغبته فيها ويطمئن إلى التزوج بها ؛ فقد تكون دميمة ، وقد تكون مشوهة ، فيستطيع أن يعدل عن خطبتها قبلما يتورط فى زواجها .

فقد روى عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أى يصلح وتكون به الألفة والوفاق . وصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لا تعلم » . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : خطب رجل امرأة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أنظر إليها فان فى أعين الأنصار شيئاً » يعنى ضيقاً .

وبعد : فانه يشترط لجواز الخطبة ألا تكون المخطوبة مشغولة بحق شرعى

كان أثراً لزواجها قبل ذلك . فان كانت مشغولة بهذا الحق بأن كانت معتدة من فراق زوجها ففى ذلك تفصيل :

وهو أن الخطبة إما أن تكون بعبارة صريحة : كأن يقول الرجل للمعتدة أريد أن أتزوجك ، وإما أن تكون بطريقة التعريض بأن يأتى بكلام يفهم من عرضه وجانبه قصد الخطبة : كأن يقول لها : إنك مهذبة ، إنك تقية صالحة ، أو يقول : إنى عزمت على الزواج ، أو يقول لها : إذا انقضت عدتك فاخبرينى وما إلى ذلك من الألفاظ غير الصريحة .

فالخطبة الصريحة لا تجوز للمعتدة مطلقا سواء أكانت معتدة وفاة أم كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن ، لأن هذا التصريح - فوق أنه مناف للمروءة ومخالف للآداب العامة التى يراعيها الإسلام - قد يجر إلى مفسدة من ناحيتين :

« الأولى » أنه يوجب عداوة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفى ، كما يوجب حقدهم ونفورهم من هذه المخطوبة . ولا سيما إذا رضيت بالخطبة وركنت إليها . وهذا إذا كانت معتدة وفاة . أما إذا كانت معتدة طلاق فان الشر يكون أعظم وأفحش ، وتكون العداوة والحقد والحنق أكثر وأشد .

« الثانية » - وهى خاصة بمعتدة الطلاق أن التصريح لها بالخطبة قد يكون ذريعة - إذا خف دين المرأة ولم تراع شريعة الله - إلى مفسدة الاقرار بانقضاء العدة إذا مكثت أقصر مدة يمكن أن تصدق فيها المرأة التى تعترف بانقضاء عدتها . قد تخف المرأة فتعترف هكذا بانقضاء عدتها بعد مضى تلك المدة القصيرة على حين تكون كاذبة فى باطن الأمر ، وأن عدتها لا تزال باقية ، فإن العدة للمرأة التى من شأنها أن تحمل ولم تبلغ سن اليأس وكانت تجد العوارض التى تجدها النساء غالبا فى كل شهر - عدة هذه المرأة ليست بالأشهر والأيام ، وإنما هى بطرق تلك العوارض ثلاث مرات ، لكن زمن هذه العوارض قد يطول وقد يقصر ، والمرأة مؤتمنة فى نظر الشريعة فيما يرجع إلى شئونها الخاصة ، فاذا ادعت أن عدتها قد انقضت وكان ذلك بعد مدة قصيرة ولكنها تحتمل المرات

الثلاث كان لا مناص من تصديقها ، وقد تكون كاذبة فى الواقع كذباً تنجر إليه بسبب تلك الخطبة الصريحة فيكون ما تخشاه الشريعة من اختلاط الانساب.

فأما الخطبة بطريقة التعريض فانها تجوز باتفاق المذاهب إذا كانت العدة عدة وفاة ، لقوله تعالى : «ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء» .

فان كانت العدة من طلاق رجعي وهو الذى يملك فيه المطلق أن يراجع امرأته من غير عقد جديد فاتفاق المذاهب أيضا على أنه لا تجوز الخطبة بالتعريض.

وإن كانت العدة عدة طلاق بائن فمذهب الحنفية أنه لا تجوز الخطبة أيضا بالتعريض ، نظرا لما قدمناه فى الخطبة بطريقة التصريح ، والحكم واحد عند الحنفية سواء أكان الطلاق بائنا بينونة صغرى . وهو الذى يستطيع فيه المطلق أن يعيد إليه امرأته بعقد جديد ، أم كان بائنا بينونة كبرى ، وهو الذى لا يستطيع فيه المطلق أن يعيد المرأة إلا إذا تزوجت بزوج آخر .

و مذهب الشافعية أنه يجوز التعريض بالخطبة فى عدة الطلاق البائن بنوعيه، لأن الخطبة بطريق التعريض لا تركن إليها المرأة كما تركن فى الخطبة الصريحة ؛ لوجود الاحتمال فيها ، وبذلك يضعف احتمال المحظور الذى من أجله حرمت الخطبة الصريحة .

الفصل الثانى

« في معنى الزواج وصفته الشرعية وحكمة مشروعيته »

«معنى الزواج» : العقود والتصرفات الشرعية أوضاع اعتبرها الشارع مستتبعة آثارها ومفيدة أحكاما خاصة بها . فبعض هذه الأوضاع يفيد ملك عين المعقود عليه فى الحال أو الاستقبال ، وبعضها يفيد ملك منفعته أو حق الانتفاع به كذلك ، وبعض آخر يفيد حق وضع اليد عليه من غير انتفاع .

وعقد الزواج لا يخرج عن هذا المحيط .

فهو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل .

وزيادة قيد «الأصالة» فى هذا التعريف لاخراج شراء الأمة للتسرى ، فان ملك المشترى الاستمتاع بهذه الأمة لم يوضع عقد الشراء لافادته بطريق الاصالة ، وإنما هو مستفاد بالتبع لملك الرقبة ، وقصد المشترى التسرى لا تأثير له على الوضع الشرعى ، فالحل فيه بحكم ملك اليمين ، وليس بحكم الزواج .

يلاحظ فى التعريف أنه فى التعبير عن أثر عقد الزواج قد غاير بين ما يثبت للرجل وما يثبت للمرأة من آثار هذا العقد ، فجعل اثره فى جانب الرجل «ملك الاستمتاع» وفى جانب المرأة «حل الاستمتاع» .

والسر فى هذا أن حق الاستمتاع بالمرأة ملك خاص بالرجل صاحب العقد لا يحل لأحد غيره ، لا بعقد ولا بغير عقد ما دام حكم العقد الأول باقيا ، فلا يحل للمرأة المتزوجة أو التى فى حكم المتزوجة أن تتزوج بزوج آخر . أما حق استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتا لها على أنه ملك خاص بها لا يكون لأحد غيرها من النساء ، فانه ليس ممنوعا أن تتعدد الزوجات ، أما تعدد الأزواج لزوجة

واحدة فهو ممنوع شرعاً ، لاعتبارات اجتماعية . وسنعرض لهذا الموضوع عند الكلام على تعدد الزوجات .

ومن هذا يتبين أن عقد الزواج ليس أثره ملك الزوجة ذاتها ولا ملك منفعتها ، وإنما أثره حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذى تدعو إليه الفطرة . غير أن الانتفـــاع بالزوجة مقصور على زوجها ، ولذلك عبر فى جانبه « بالملك » بخلاف الانتفاع بالزوج ، فإنه ليس مقصوراً عليها . أما شراء الأمة فأثره ملك رقبتها وجميع منافعها ، فلسيدها أن يتمتع بها ، وله أن يزوجها أو يملكها غيره ، وله أن يستخدمها ويخدمها غيره . وهذا هو الفارق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع ، فإن من يملك المنفعة يملك تمكين غيره من الانتفاع بها . أما من يملك الانتفاع فليس له هذا الحق .

« صفة الزواج الشرعية » — المراد بصفة الزواج الشرعية ما يثبت له شرعاً من جهة كونه مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه . وله بهذا الاعتبار خمس حالات : « ثلاث » منها يكون فيها مطلوب الفعل : غير أن مراتب هـــذا الطلب تختلف بالشدة والخفة . وحالتان يكون فيهما مطلوب الترك .

« الحالة الأولى » — يكون فيها الزواج فرضاً ، وذلك إذا تيقن الانسان الوقوع فى الفاحشة لو لم يتزوج . وكان مع ذلك لا يستطيع التحرز عن الفاحشة بنحو الصيام ، فانه فى هذه الحالة يأثم بتركه ويكون عاصياً مرتكباً لمحرم .

« الحالة الثانية » — يكون فيهـا واجباً إذا خاف الوقوع فى الفاحشة بعدم الزواج خوفاً لا يصل إلى مرتبة اليقين .

« الحالة الثالثة » — يكون فيهـــا حراماً إذا تيقن الوقوع فى الظلم والاضرار بالمرأة إذا هو تزوج .

« الحالة الرابعة » — يكون فيها مكروها إذا خاف ذلك خوفا لا يصل إلى مرتبة اليقين.

هذه أحكام واضحة ، وتعليلها بين معقول . غير أنه قد تتعارض جهات الطلب والمنع ، وذلك كأن يتيقن الانسان أو يظن الوقوع فى الفاحشة لو لم يتزوج وكان عنده مع ذلك يقين أو ظن بالوقوع فى الجور وظلم الزوجة إذا هو تزوج . والحكم فى هذه الحالة أنه لا يجوز له الزواج حتى لا يقع فى معصية الظلم والجور ، فهذه معصية لا علاج لها . أما خوف الوقوع فى الفاحشة أو تيقنها بعدم الزواج فقد أرشد النبي صلى الله عليه وسلم إلى علاجه بقوله :

« يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم » ، والمراد بالباءة مؤن الزواج ومواجبه .

أما « الحالة الخامسة » — فهي حالة الاعتدال ، وقد اختلفت فيها أنظار العلماء : فمذهب داود الظاهرى وأتباعه أن الزواج فى هذه الحالة فرض متى كان الانسان قادرا عليه وعلى مؤنه ، مستندين فى ذلك إلى ظواهر النصوص من الآيات والأحاديث التى ورد فيها الأمر بالزواج .

وفى مذهب الشافعية أن الزواج مباح فى هذه الحالة كسائر المباحات يجوز فعله وتركه.

ومذهب الحنفية والمالكية والحنابلة - وهو ما نختاره - أن الزواج فى هذه الحالة سنة مؤكدة ، فان النبي صلى الله عليه وسلم فعله وحث عليه ، ولكن لم يحتم فعله على كل واحد من الناس ، ولم يلزم به كل فرد ذلك الالزام المعهود فى الفرائض أو الواجبات ، وذلك شاهد بالسنية ، ولا يستقيم معه دعوى الفرضية أو الاباحة ، روى البخارى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له

وجاء » . وروى أيضا أن ثلاثة رهط جاءوا إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته عليه الصلاة والسلام ، فلما أخبروا كأنهم تقالوها فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم ، قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، فقال أحدهم : أما أنا فانى أصلى الليل أبداً ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أنتم الذين قلتم كذا وكذا ، أما والله أنى لاخشاكم لله وأتقاكم له ، لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

فهذا وغيره من الاحاديث يدل على تأكد سنة الزواج وعناية الشارع به ، نظرا إلى أن أمر الاجتماع ، ونظام الاسرة ، وتربية الناشئة ، وإعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع فى المحرم ، وحفظ بقاء النوع الانسانى على الوجه الصالح الكامل إنما يقوم على الزواج .

فالزواج تعاون بين الزوجين ، وعقد مودة وتعاضد بين الجماعات ، وقوة رابطة بين الاسر ، متى كانت تراعى فيه الواجبات والحقوق . وهو بهذا أساس قوة الشعوب والأمم ، فهو نواة تتكون منها الاسرة ، ومن الاسر تتكون العشائر التى هى قوام الأمة ، وما خلق الله هذا النوع الانسانى ليعيش حقبة قصيرة من الدهر ثم يزول ، ولكن خلقه فى الأرض ليبقى حتى ينتهى أمر هذه الحياة الدنيا ، يعمل ويعمر ، ويستكشف ويستثمر ، ولا بقاء له على الوجه الاكمل إلا بشريعة الزواج ، فإنه ليس المقصود مجرد التناسل والتوالد وإن كان فى فوضى وهمجية واضطراب ، بل المقصود أن يكون التوالد والتناسل فى نظام يحفظ الناشئة من الاهمال والتضييع ، ويحفظ الانساب من الاختلاط ، وتقوم فيه كل جماعة بتدبير أمرها ، وتصريف شئونها ، والعناية بأفرادها ، مملكة صغيرة تنهج نهجها الممالك الكبيرة ، وذلك لا يقوم إلا على قانون الاختصاص الذى هو سر نجاح الأعمال ، وليس هذا القانون غير الزواج . وهذا بعض ما يقال فى حكمة مشروعيته .

الفصل الثالث

فى أركان عقد الزواج

ركن الشيء ما يكون داخلا فى قوامه ، يتحقق به ذلك الشيء ، وينعدم بانعدامه . وهو خلاف الشرط ، فإن الشرط لا يدخل فى قوام الشيء وحقيقته وإن كان يترتب على انعدامه عدم الاعتداد بذلك الشيء .

وعقد الزواج له أركان تقومه ، وتحقق ما هيته ، وله شروط لابد منها فى الاعتداد بما جعلت شروطا له من الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم على ما سيأتى بيانه .

فأركان عقد الزواج الإيجاب والقبول اللذان يرتبط أحدهما بالآخر ، فيفيدان تعين المراد منهما ، ويدلان على تحقق الرضا الباطنى به .

والمراد بالايجاب فى عقد الزواج - كما فى غيره من العقود - ما يصدر أولا من أحد الطرفين المتعاقدين، سواء أكان هو جانب الزوج أم جانب الزوجة.

والقبول ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر كذلك .

فاذا قال الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجينى نفسك ، فقالت قبلت ؛ أو زوجتك نفسى كان الأول إيجابا للعقد من الرجل ، وكان الثانى قبولا منها .

وإذا بدأت المرأة فقالت للرجل زوجتك نفسى ، أو تزوجتك وقال الرجل رضيت أو قبلت ، كان الأول إيجابا من المرأة، وكان الثانى قبولا من الرجل.

« مايلزم فى الإيجاب والقبول » — يلزم أن تراعى فى العبارات التى يكون بها إيجاب عقد الزواج وقبوله أمور : بعضها فى صيغة اللفظ وهيئته ، وبعضها فى مادة هذا اللفظ .

أما ما يلزم اعتباره فى الصيغة والهيئة فهو أن يكون كل من الإيجاب والقبول بصيغة الماضى ، كزوجت وتزوجت ، ورضيت وقبلت .

أو يكون الإيجاب بصيغة الأمر والقبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة : زوجينى نفسك ، فتقول زوجتك نفسى .

أو يكون الإيجاب بصيغة المضارع ، والقبول بصيغة الماضى ؛ مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك فتقول هى : تزوجتك أو قبلت زواجك ، أو ما إلى ذلك ، فينعقد الزواج بهذه الصيغ .

وينعقد أيضا إذا كان كل من الإيجاب والقبول جملة اسمية أو كان أحدهما كذلك ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أنا زوجك ، فتقول هى : وأنا زوجتك . أو يقول لها : أنا زوجك ، فتقول : تزوجتك أو قبلت زواجك .

لكن ، يجب أن يلاحظ أنه إذا كانت إحدى العبارتين بصيغة المضارع فإنه يلزم ألا يكون هناك احتمال أن صاحب هذه الصيغة يريد بها عرض رغبته فى الزواج ليتعرف رغبة الجانب الآخر ، أو أنه يريد بها مجرد وعد بالزواج ، أو الحصول على وعد به من الجانب الآخر .

وانتفاء هذا الاحتمال يمكن أن تدل عليه الظروف والقرائن ، وذلك كدعوة الناس إلى مجلس العقد ، وإحضار الشهود ساعة إجرائه ، وغير ذلك مما يدل على أن المقصود بصيغة المضارع إنشاء العقد وتحقيق ركنه فى الحال ، وليس مجرد عرض الرغبة ، أو الوعد بالزواج ، أو التماس الوعد به .

ولهذا إذا قال رجل لآخر : زوجتنى ابنتك ، فقال له نعم ، أو قال زوجتك إياها ، فإن كان المجلس مهيأ لاجراء العقد تم العقد بذلك ، وكان الأول إيجابا ، والثانى هو القبول . أما إذا لم يكن المجلس مهيأ للعقد ولم تكن هناك قرائن أخرى تدل على قصد معنى الإنشاء فانه لا يتم العقد بذلك ، وكان لابد لتمامه من أن يقول الرجل الأول : «قبلت» بعد كلمة أبى البنت ، لأن كلمته تصير هى الايجاب ، فلا بد من القبول بعدها . أما الكلمة الأولى من الزوج فهى

استخبار واستعلام لمعرفة رغبة أبى البنت فى تزويجها إياه .

وكذلك الحكم إذا صرح الرجل بعبارة الاستفهام كأن يقول لأبيها : هل زوجتنى ابنتك ؟ أو يقول لها وهى كبيرة : هل زوجتنى نفسك ؟

والسر فى وجوب مراعاة هذه الاعتبارات كلها أن المقصود بالعقود هو إنشاء معنى فى الحال لم يكن حاصلا من قبل ، وهذا الانشاء لم توضع له فى اللغة ألفاظ خاصة به ، فاستعملت فيه صيغة الماضى التى تفيد تحقق معناها وثبوته بالفعل ، فهى أقوى الصيغ وأقربها إلى المقصود ؛ وهو إنشاء المعنى فى الحال.

أما صيغة المضارع فلا تفيد هذا التحقق والثبوت فى الحال ، ولكنها موضوعة للأخبار عن حصول الفعل فى الحال أو الاستقبال كما هو معلوم ، فهى بعيدة عن المعنى المقصود فى العقود وهو الانشاء .

غير أنه إذا قامت قرائن تدل على أن المقصود بها إنشاء العقد فانها تفيد بذلك معنى الانشاء وتصلح للايجاب .

وكذلك القول فى الايجاب بصيغة الأمر ، فانها فى أصل وضعها لطلب تحصيل فعل فى المستقبل ، لكن يمكن أن تستعمل فى إنشاء عقد الزواج إذا لم يكن القصد منها تعرف رغبة الجانب الآخر ، أو طلب وعد منه بالزواج ، وهو ما تشهد به القرائن .

فاذا قال رجل لامرأة : زوجينى نفسك قاصدا به الانشاء لا مجرد عرض الخطبة أو تعرف الرغبة ، فقالت زوجتك نفسى انعقد الزواج بذلك ، ولا يحتاج إلى قول آخر من الرجل .

وهذا محل اتفاق من علماء الحنفية . كما أنهم اتفقوا على وجوب اتحاد المجلس الذى يجمع بين صيغة الأمر وصيغة القبول .

لكنهم اختلفوا فى توجيه ذلك : فقال بعضهم أن صيغة الأمر تعتبر توكيلا ضمنيا من صاحبها للطرف الآخر ، فقول الرجل للمرأة زوجينى نفسك يتضمن توكيله إياها أن تزوجه نفسها ، فإذا قالت زوجتك نفسى قام ذلك مقام

الإيجاب والقبول ، ويكون الزواج حينئذ منعقداً بعبارتها وحدها بالاصالة عن نفسها وبالوكالة عن الرجل .

وقال الإمام قاضيخان من أعلام الحنفية : إن صيغة الأمر ايجاب للعقد ، وليست بتوكيل ، فانه لم يقصد بها إلا تحقيق المعنى المقصود من الايجاب (١)

« ما يلزم اعتباره فى الايجاب والقبول من ناحية المادة » :

يلزم فى العبارة التى ينعقد بها الزواج من حيث مادتها وجوهرها أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج ، أو بلفظ غيرهما من كل ما يفيد تمليك العين فى الحال : كالهبة والتمليك والجعل . فالالفاظ بهذا الاعتبار تنقسم قسمين :

الأول — ألفاظ صريحة موضوعة لمعنى الزواج وهى تشمل النكاح والتزويج وما يشتق منهما .

(١) قد ورد على اعتبار صيغة الأمر إيجابا أن هذا غير مطرد فى العقود كلها فانها لا تصلح إيجابا فى مثل البيع ، فاذا قال رجل لآخر : بعنى هذا الكتاب بعشرة وقال الآخر بعته لك بهذا الثمن لم يكف ذلك فى انعقاد البيع ، بل لا بد أن يقول المشترى بعد ذلك : « قبلت » فلو كانت صيغة الأمر الصادرة منه أولا إيجابا للعقد لتم الانعقاد بقول البائع بعت ، فهذا دليل على أن صيغة الأمر هى صيغة توكيل فى الزواج وفى البيع أيضا ، غير أن الزواج ينعقد بعاقد واحد يتولى طرفيه جميعا فيتم العقد فى الصورة التى معنا بقول المرأة : « زوجتك نفسى » بطريق الاصالة والوكالة كما بينا . أما البيع فان الشخص الواحد لا يتولى طرفيه إلا فى أحوال استثنائية ، ولهذا كان لا بد من قبول المشترى بعد قول البائع فى الصورة التى قدمناها : « بعتك » فتكون كلمة البائع هذه هى الايجاب ، ويكون قول المشترى بعد ذلك « قبلت » هو القبول . أما عبارة المشترى الأولى فهى توكيل لم يفد ما تفيده عبارة التوكيل فى الزواج .

هذا ما ورد على اعتبار صيغة الأمر فى الزواج إيجاباً .

وقد أجيب عن هذا الاشكال بأن صيغة الأمر قد اعتبرت إيجابا فى الزواج بوساطة الدلائل ومعونة القرائن التى تدل على أن المقصود بها الانشاء ، فان الشأن فى عقد الزواج أن يكون مسبوقا بخطبة واتفاق على المهر وغير ذلك من المقدمات ، ثم إن المعهود أنه لا تجرى فيه المساومات التى تجرى فى البيع : لهذا كان قول الرجل للمرأة : « زوجينى نفسك » أو قولها له : « زوجنى نفسك » إيجابا لا يحتاج إلا إلى القبول =

الثانى ـ ألفاظ مجازية تدل على المراد منها قرائن الأحوال ، وهى تشمل الهبة والصدقة والتمليك والجعل .

فإذا قالت المرأة للرجل : وهبتك نفسى أو تصدقت عليك بنفسى أو ملكتك نفسى ، أو جعلت نفسى لك فقال قبلت ، فإنه ينعقد بذلك الزواج .

فإن لم تكن هناك قرينة تفيد معنى التزويج بلفظ من هذه الألفاظ المجازية لم ينعقد به العقد ، وذلك مثل أن يقول سيد الأمة لرجل وهبتك جاريتى فلانة ، فإن هذا اللفظ يحتمل أن المراد به التزويج ، كما يحتمل أن المراد به هبة ذات الأمة وتمليك رقبتها للرجل ، فلا ينعقد به الزواج ، لقيام الاحتمالين وعدم ما يوجب ترجح أحدهما على الآخر ، إلا أن يقول السيد أردت تزويجها ويصدقه الرجل فى ذلك ؛ فتكون هذه النية مرجحة معنى التزويج على معنى التمليك . أما إذا وجدت قرينة ترجح معنى التزويج بأن كان المجلس مهيأ

من جانب الطرف الآخر . أما البيع فان الشأن فيه ليس كذلك ، وهو مبنى على المشاحة والمساومة ، فلم تتمخض صيغة الأمر فيه للدلالة على معنى الايجاب ؛ بل هى محتملة للعرض وطلب المساومة ؛ فلا تصلح أن تكون إيجابا . على أنه إذا قامت قرائن تنفى هذا الاحتمال أو تضعفه وترجح فيها معنى الايجاب كانت إيجابا للبيع أيضا ، كما هى إيجاب فى الزواج .

وورد على اعتبار صيغة الأمر توكيلا أنها لو كانت كذلك لما تقيد تنفيذ مقتضاها بالمجلس ؛ مع أنه يلزم ـ كما قلنا ـ اتحاد المجلس الذى يجمع بين صيغة الأمر من أحد الطرفين والجواب عليها من الطرف الآخر .

وأجيب عن هذا الاشكال بأن هذا ليس توكيلا صريحا ، بل هو توكيل ضمنى جاء فى ضمن طلب التزويج ، وحينئذ لا تعتبر فيه أحكام التوكيل الصريح ، وإنما تعتبر أحكام ما تضمنه وهو الأمر ؛ فلهذا يلزم فيه اتحاد المجلس ؛ وذلك أن من القواعد المقررة أن ما يثبت ضمن غيره فانه تعتبر فيه أحكام ذلك الغير الذى تضمنه ولا تعتبر أحكامه ذاته .

وهذا جواب يلوح عليه الضعف ؛ واعتبار الصيغة توكيلا لا حاجة إليه . ولا مسوغ له ما دام يقصد منها معنى الارتباط الذى يقصد بعبارات الايجاب ، وأن من يتلفظ بصيغة الأمر ساعة اجراء العقد لا يقصد معنى التوكيل ولا يخطر له ببال . فالراجح ما قاله قاضيخان من اعتبارها مفيدة معنى الايجاب .