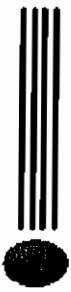

التفريق بين الفاسد والباطل
دراسة أصولية
تطبيقا على باب النكاح في مغني ابن قدامة

د/ صالح بن سليمان بن عبد العزيز الحميد (*)

المقدمة :

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا ، والصلاة والسلام على نبيه الذي أيده بنصره ، وعلمه من فضله سبحانه ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، يهدي من يشاء إلى ما يشاء ، وأشهد أن محمداً رسول الله الخاتم الذي أرسله ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون .

وبعد : فإن الله – عز وجل – أمر بالقراءة مع مبدأ التنزيل على النبي الأمي فقال : ٱقْرَأْ بِٱسْمِ رَبِّكَ ٱلَّذِى خَلَقَ ۝١ (العلق:١) والقراءة تجعل صاحبها يلم بتجارب الآخرين وأفكارهم كأنه عايشها ، فهي للإنسان امتداد معرفة ، والقراءة في كل فن ممكنة ، أما الكتابة فلا تتوفر إلا لمن أسعد بالتخصص والدراسة والدربة وإلا جاءت سطحية بعيدة عن التعمق والفهم.

(*) أستاذ مساعد – قسم الشريعة – كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة أم القرى – المملكة العربية السعودية .

وإذا كانت الكتابة في بعض العلوم تتخذ تلك الصعوبة ليعالجها صاحبها ؛ فإنها في أصول الفقه أشد وأصعب ؛ لأنه علم كتب فيه أفذاذ الأمة ، وأكابر علمائها ، ولم يتركوا شيئاً من مسائله إلا وأجادوا فيه ، وأكثروا من المصنفات المفيدة التي أتعبت غيرهم في قراءتها ، وفهم ما تضمنته وحوته فيها ، فكيف بمن أراد أن يكتب فيها ! !

وإذا تبين للقارئ هذا فليعذر من كتب ، لأنه جاء بعدهم ، ولكن لا محيص له من أن يكتب وهذا سبب رئيس للبحث ، وأما السبب الذي دفعني أن أدرس هذه الفكرة أو الموضوع **(التفريق بين الفاسد والباطل دراسة أصولية تطبيقا على باب النكاح في مغني ابن قدامة)** فلما تميز به من الخلاف في كثير من مسائله التي تحتاج إلى فصل القول فيها ، والذي لا يحدث إلا بعد الوقوف على جميع جزئياتها .

وكذلك كان هذا البحث ليكون ردًّا عمليًّا على من ينكر أن غير الحنفية لم يفرقوا بين مستويات الفساد فيعتبرونها بمعنىً واحدٍ ، وليست هي كذلك .

فالفاسد وإن اختل شيء فيه لا يستوي مع الباطل .

كما أن ورود كثير من النقول عن أتباع المذاهب غير الحنفي يذكرون أن مذاهبهم لا تفرق بين الفاسد والباطل جعلتني مدفوعاً أن أتعرف على أسرار تلك المقولات خاصة وأن دراستي لبعض المسائل عندهم أثبتت أنهم يفرقون .

فهل التنظير بغير ما عليه العمل له سبب ؟ فأردت أن أجلي عن السبب وراء ذلك، كما أني اخترت باب النكاح لأن فيه جانباً تعبديًّا ، فأردت أن أبين أن التفريق فيه بين الفاسد والباطل يجعل كثيراً يعيدون النظر فيما جاءنا أن الإجماع منعقد على عدم التفريق بينهما في باب العبادات .

واتخذت الباب في المغني مجالاً للتطبيق عليه لوضوح الفكرة فيه ، فاستعنت بالله – تعالى – وحصرت المواضع التي جاء كلام ابن قدامة فيها متسقاً مع أساس تلك الدراسة ، فوقفت على أكثر من عشرين مسألة ، فصلت القول في بعضها ، ثم أجملت في كثير منها ؛ لأنه يدرك بتفصيل البعض ما يدرك بتفصيل الكل.

وقد نهجت في دراستي هذه النهج العلمي في البحوث ، فعزوت الآيات ، وخرجت الأحاديث ، وعرفت الغريب من الألفاظ ، وأسندت كل قول لصاحبه فجاءت الدراسة على النحو الآتي:

– تمهيد :

المبحث الأول : الدراسة النظرية

المطلب الأول : تحقيق القول في كون قاعدة الصحة والفساد والبطلان أصولية

المطلب الثاني : الفساد والبطلان

المطلب الثالث : انقلاب العقد الباطل أو الفاسد صحيحا :

المطلب الرابع : منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية:

المبحث الثاني : الدراسة التطبيقية على مغني ابن قدامة في باب النكاح

وبعد تلك الدراسة النظرية التي لا يقوم البحث بغيرها رأيت أن أسوق تطبيقاً على معرفة المذاهب غير الحنفي للتفريق عملاً ، فاتخذت من أحد كتب الفقه الإسلامي لعالم حنبلي ذاع صيته ليكون تطبيقاً على السابق ، وقد أشرت أني وجدت أكثر من عشرين مسألة ، ففصلت القول في بعضها على النحو الآتي :

المطلب الأول : النكاح بغير ولي بين الفساد والبطلان .

المطلب الثاني : النكاح بغير شهود بين الفساد والبطلان .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على النكاح الفاسد أو الباطل .

المطلب الرابع : حكم تزويج الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

المطلب الخامس : تغيب الكفاءة وأثره في الإفساد والإبطال .

المطلب السادس : تغيب رضا الثيب الكبيرة وأثره في إبطال نكاحها .

المطلب السابع : زواج المرأة اثنين في وقت واحد .

المطلب الثامن : تزوج العبد بغير إذن سيده بين البطلان والفساد .

المطلب التاسع : مسائل متعددة .

ثم رأيت أن اختار أقوالاً لابن قدامة – رحمه الله – في مسائل أخرى لتجلية فكرة البحث ، وأن الحنابلة عرفوا التفريق ، وإن لم يصرحوا في الجانب النظري .

والحق إنه من الظلم أن ينسب إلى جمهور علمائنا أنهم لم يفرقوا ، فلم يكونوا يسوُّون بين مستويات الفساد حتى في العبادات ، وما جاءنا من التفريق بين فاسد الحج وباطله دليل ليس يخفى .

وكان أمراً صعباً على الدارس أن يفرق تفريقاً دقيقاً بين استعمالات ابن قدامة – رحمه الله – المتعددة للتفريق التي جاءت في بعضها مستخدمة لألفاظ شبه مختلفة ، وبشيء من الصبر ومعاودة القراءة وسؤال النفس والغير تبين لي أنه يعبر باقتناعه في وجود الفرق على مراعاته أن هذا غير موجود في باب التنظير .

وبعد هذا فإني أشهد الله – عز وجل – أني أفدت عظيم الفائدة من مدارسة كلام ابن قدامة – رحمه الله – في فكرة كان يظن أنها مقطوع بها ، فالفساد والبطلان لا نجد من لا ينسب إلى الحنفية وحدهم أنهم المفرقون إلا ما ندر ، والحقيقة غير ذلك .

وآخر الدعوى أن الحمد لله رب العالمين ،،

المبحث الأول : الدراسة النظرية ، وتحته مطالب :

المطلب الأول : تحقيق القول في كون قاعدة الصحة والفساد والبطلان أصولية

تناول الأصوليون قاعدة (الصحة والفساد) من خلال بيان كونها حكماً شرعيًّا ، أم حكماً عقليًّا ؟

اتفقوا على أن الصحة والفساد في المعاملات من أحكام الوضع ، واختلفوا في في العبادات هل هي من أحكام الشرع ، أم من أحكام العقل ؟

ذهب **ابن الحاجب** ، و**العضد** إلى أن الصحة والفساد في العبادات من أحكام العقل .

قال **ابن الحاجب** : "وأما الصحة والبطلان أو الحكم بهما فأمر عقلي"[1]

بينما ذهب جمهور الأصوليين إلى أنها حكم شرعي. [2]

قال السبكي: " **والصواب عندنا أن الصحة والبطلان والحكم بهما أمور شرعية ، وكون الفعل مسقطاً ، أو موافقاً للشرع هو من فعل الله تعالى، وتصييره إياه سبباً لذلك، فما الموافقة ولا الإسقاط بعقليين، لأن للشرع فيهما مدخلاً، ولو لم تكن الصحة شرعية لم يقض القاضي بها عند اجتماع شرائطها، لكنه يقضي بالصحة إجماعاً ، فدل أنها شرعية ، إذ لا مدخل للأقضية في العقليات** " [3]

([1]) مختصر ابن الحاجب : ص ٤١ .

([2]) انظر: كشف الأسرار: ٢٦٦/١؛ البحر المحيط: ١٦/٢؛ الإبهاج: ٦٧/١؛ نهاية السول: ٣٩/١؛ الإحكام: ١٢١/١؛ المحصول: ١٧/١؛ المستصفى: ٩٤/١؛ شرح اللمع: ١٠٧/١؛ العدة: ١٧٦/١؛ التمهيد: ٦٨/١ ؛ الكاشف عن المحصول : ٢٧٥/١ ؛ تشنيف المسامع : ١٨٥/١ ؛ الفائق : ٤٣٤/١ ؛ نهاية الوصول : ٦٥٧/٢ ؛ شرح غاية السول : ص ١٨٠ ؛ الشرح الكبير للعبادي : ٢٢٢/١ ؛ الغيث الهامع : ٣٥/١ ؛ الضياء اللامع : ٢٢٧/١ ؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٤/١ التقرير والتحبير: ٧٨/٢؛ التلويح على التوضيح: ١٥/١؛ مُسلم الثبوت: ١٢١/١؛ شرح المنهاج : ٨/٢ ؛ بيان المختصر : ٤٠٧/١ ؛ تيسير التحرير: ٢٣٧/٢؛ منهاج العقول: ٣٧/١ ؛ فواتح الرحموت : ١٢١/١ ؛ حاشية البناني على شرح جمع الجوامع : ٩٩/١

([3]) رفع الحاجب : ١٨/٢.

ثم اختلف الجمهور هل هي من باب الحكم الوضعي، أم من باب الحكم التكليفي ؟

وقد ذهب أكثرهم إلى أنها من باب الحكم الوضعي.[1]

قال **الزركشي** : " الصحة والفساد من أنواع خطاب الوضع، لأنهما حكم من الشارع على العبادات والعقود ، ويبنى عليهما أحكام شرعية ".[2]

وقال **ابن النجار** : " من خطاب الوضع (فساد وصحة) لأنهما من الأحكام، وليسا داخلين في الاقتضاء والتخيير، لأن الحكم بصحة العبادة وبطلانها، وبصحة المعاملة وبطلانها لا يفهم منه اقتضاء ولا تخييراً فكانا من خطاب الوضع".[3]

وذهب **الرازي والبيضاوي** إلى أنها من باب الحكم التكليفي .

قال **الرازي** : " وإذا قلنا : هذا العقد صحيح لم نعن به إلا أن الشرع أذن له في الانتفاع به، ولا معنى لذلك إلا الإباحة".[4]

وقال **البيضاوي**: "وبالصحة إباحة الانتفاع، وبالبطلان حرمته"[5]

مسألة : في التعريف بمصطلح الصحة :

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن البطلان والفساد يقابلان الصحة ، فالباطل يقابل الصحيح ، وأيضاً الفاسد يقابل الصحيح ، فيقال : صحيح وفاسد ، كما يقال : صحيح وباطل ، فالفاسد والباطل مترادفان.

قال ابن **الحاجب** : " والبطلان والفساد نقيضها "[6]

---

(1) انظر : مسلم الثبوت : ١٢١/١ ؛ المستصفى : ٩٤/١ ؛ الإحكام : ١٢١/١.
(2) البحر المحيط : ١٦/٢.
(3) شرح الكوكب المنير: ٤٦٤/١.
(4) المحصول: ١١١/١.
(5) منهاج الوصول مع نهاية السول: ٣٣/١.
(6) مختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب : ١٩/٢ .

وقال **السيوطي**: " الباطل والفاسد عندنا مترادفان ".[١]

وقال **السبكي** : " الباطل والفاسد مترادفان وهما نقيضا الصحة "[٢]

وقال **الآمدي**: " الحكم بالبطلان وهو نقيض الصحة بكل اعتبار من الاعتبارات السابقة ، وأما الفاسد فمرادف للباطل عندنا".[٣]

وقال **المرداوي**: " والبطلان والفساد مترادفان يقابلان الصحة ".[٤]

وقال **ابن النجار** : "وبطلان وفساد مترادفان يقابلان الصحة الشرعية سواء كان ذلك في العبادات أو في المعاملات"[٥]

وذهب الحنفية إلى أن الباطل يقابل الصحة ، أما الفاسد فلا يقابل الصحة بل هو واسطة بين الصحة والبطلان[٦].

بينما ذهب **صاحب شرح الغرر** على الدرر إلى أن الفاسد يقابل الصحيح .

قال : " وأنت خبير بأنه لا شك أن لفظ الفساد مستعار عن البطلان في حق الحر والميتة .. والمتبادر مقابلة الصحيح بالفاسد ، لا الباطل ، إذ لو كان المراد بنفي الصحة البطلان لقال: لم ينعقد العقد صحيحاً"[٧].

وقد ذهب **عبد العزيز البخاري** إلى أن الفاسد والباطل يقابلان الصحيح حيث قال: "واعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضاً على مقابلة الفاسد، كما يطلق على مقابلة الباطل"[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر: ص٢٨٦.
(٢) الأشباه والنظائر: ١٠٠/٢ .
(٣) الإحكام: ١٢٣/١.
(٤) التحبير: ١١١١/٣.
(٥) شرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١.
(٦) انظر: كشف الأسرار : ٣٨٠/١؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٣٣٧؛ ميزان الأصول: ١٤١/١؛ جامع الأسرار: ٢٥٢/١ ؛ كشف الأسرار للنسفي : ١٤١/١ ؛ أصول السرخسي : ٨٠/١ .
(٧) ٤١/٢.
(٨) كشف الأسرار: ٣٨٠/١.

فكان لابد من التعريف أولاً على حقيقة الصحة.

مسألة : تعريف الصحة لغة :

الصحة في اللغة: خلاف السقم وهو المرض[1].

قال **الفيومي** : "والصحة في البدن حالة طبيعية تجري أفعالها معها على المجرى الطبيعي، وقد استعيرت المعاني، فقيل: صح القول إذا طابق الواقع"[2]

والصحيح: الحق وهو خلاف الباطل[3].

مسألة : تعريف الصحة اصطلاحاً[4]:

اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الصحة في باب العبادات ، وباب المعاملات على النحو الآتي:

مسألة : تعريف الصحة في العبادات

اختلف التعريف للصحة في العبادات بين المتكلمين والفقهاء كالآتي :

الصحة عند المتكلمين : هي موافقة الأمر ، وجب القضاء ، أم لا.

الصحة عند الفقهاء: سقوط القضاء بالفعل[5].

ثمرة الخلاف[6]:

تظهر ثمرة الخلاف في صلاة من ظن أنه متطهر وليس كذلك. فهذه الصلاة صحيحة عند المتكلمين، وغير صحيحة عند الفقهاء؛ لأن المتكلمين

---

(1) معجم مقاييس اللغة: ٢٨١/٣، مادة (ص.ح.ح).

(2) المصباح المنير: ٣٣٣/١. مادة (ص.ح.ح).

(3) انظر: الصحاح: ٣٨/١؛ لسان العرب: ٥٠٧/٢، كله مادة (ص.ح.ح).

(4) ذهب السبكي والزركشي وابن الهمام وغيرهم إلى أن تعريف الصحة إنما اعتمد الأصوليون في تفسيره على علماء الفقه، وعلماء الكلام، لا على علماء الفقه، وعلماء الكلام، لا على الأصوليين من حنفية وجمهور. انظر: الإبهاج: ٦٨/١؛ البحر المحيط: ٣١٤/١؛ التقرير والتحبير: ١٥٦/٢.

(5) انظر: المستصفى: ٩٤/١؛ المحصول: ٢٥/١؛ الإحكام: ١٨٦/١؛ منتهى السول: ص٤٠؛ تيسير التحرير: ٢٣٥/٢؛ شرح تنقيح الفصول: ص٦٦؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٥/١؛ التحبير: ١٠٨٢/٣؛ المدخل لابن بدران: ص١٦٤.

(6) انظر: شرح الكوكب المنير: ٤٦٥/١.

نظروا لظن المكلف، والفقهاء نظروا لما في نفس الأمر.

قال **صفي الدين الهندي** : " المتكلمون يريدون بكون العبادة مجزئة أو صحيحة : إنها موافقة لأمر الشارع ، وجب القضاء أو لم يجب . والفقهاء يريدون بهما كون تلك العبادة بحيث تسقط القضاء .....، فعلى هذا صلاة من ظن أنه متطهر ثم تبين أنه ليس كذلك صحيحة عند المتكلمين ؛ لأنها موافقة لأمر الشرع ، باطلة عند الفقهاء لأنها لا يسقط القضاء بها "[1]

مسألة : نوع الخلاف

ذهب عدد من العلماء إلى أن الخلاف خلاف لفظي[2] .

حيث قال **الغزالي** : "وهذه الإصطلاحات وإن اختلفت فلا مشاحة فيها إذ المعنى متفق عليه"[3]

وقال **المرداوي** : "والقضاء واجب عليهما، أي: على القولين: قول الفقهاء، وقول المتكلمين عند الأكثر، وقطعوا به، وهو الصحيح، ويكون الخلاف بين الفريقين لفظـيًّا".[4]

بينما ذهب **أبو زرعة العراقي** أن الخلاف معنوي حيث قال : " ليس كذلك ، بل الخلاف معنوي ، ووصفهم إياها بالصحة صريح في ذلك ، فإن الصحة هي الغاية من العبادة ، ولا يستنكر هذا ، فللشافعي في القديم مثله ، فيما إذا صلى بنجس لم يعلمه ، أنه لا يجب القضاء ، نظرا لموافقة الأمر حال التلبس ، وكذا من صلى إلى جهة ثم تبيّن الخطأ ، ففي القضاء قولان

---

(1) نهاية الوصول: ٦٥٧/٢ . وانظر : كشف الأسرار: ٣٧٩/١ ؛ لباب المحصول: ٢٦٣/١ ؛ الضروري في أصول الفقه: ص٢٠ الشرح الكبير للعبادي : ٢٢٤/١ ؛ المستصفى: ٩٤/١ ؛ شرح غاية السول: ص ١٨١.

(2) انظر : كشق الأسرار : ٣٧٩/١ ؛ تيسير التحرير: ٢٣٥/٢؛ شرح تنقيح الفصول: ص٦٧؛ الإبهاج: ٦٧/١؛ تيسير الوصول : ٣٥٩/١ ؛ الإبهاج ١/ ٦٧؛ السراج الوهاج : ٧٦/١ ؛ نهاية السول: ٥٩/١؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٦/١ .

(3) المستصفى : ٩٤/١ .

(4) التحبير: ١٠٨٤/٣ .

للشافعي ، بل الخلاف بينهم مفرعٌ على أصل ، وهو أن القضاء هل يجب بالأمر الأول أو بمتجدد ؟ فعلى الأول بنى الفقهاء قولهم : أنها سقوط القضاء ، وعلى الثاني رأى المتكلمون أنها موافقة الأمر ، فلا يوجبون القضاء ، ما لم يرد نص جديد به "[1]

مسألة : تعريف الصحة في المعاملات

اتفق الفقهاء والمتكلمون على تعريف الصحة في المعاملات حيث عرفوها بأنها : ترتب أحكامها المقصودة بها عليها.

أو: ترتب ثمراتها المطلوبة منها شرعاً عليها. [2]

ومن العلماء من جمع بين العبادات والمعاملات في الحد. فقد عرفوها بأنه: ترتب الأثر المطلوب من الفعل عليه. [3]

قال **الآمدي** : "وأما في عقود المعاملات ، فمعنى صحة العقد : ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه ، ولو قيل للعبادة صحيحة بهذا التفسير فلا حرج "[4]

وقال **التفتازاني** : " يحسن أن يقال : الصحة مطلقاً عبارة عن ترتب الأثر المطلوب من الحكم عليه".[5]

وعرفهما **السبكي** بقوله : " هي موافقة ذي الوجهين الشرع " [6]

---

(1) الغيث الهامع : ٣٦/١ .

(2) انظر: تيسير التحرير: ٢٣٦/٢؛ منتهى السول : ص٤١؛ شرح العضد: ٨/٢؛ المحصول: ٢٦/١؛ المستصفى: ٩٥/١؛ الإحكام: ١٨٦/١؛ شرح مختصر الروضة: ٤٦٩/٣؛ التحبير: ١٠٨٥/٣؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٧/١.

(3) انظر: تيسير التحرير: ٢٣٤/٢؛ شرح العضد: ٨/٢؛ الإحكام: ١٨٦/١؛ نهاية السول: ٥٧/١؛ التحبير: ١٠٨٦/٣؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٧/١.

(4) الإحكام : ١٢١/١ .

(5) حاشية التفتازاني على شرح العضد: ٨/٢.

(6) جمع الجوامع: ٩٩/١.

المطلب الثاني : الفساد والبطلان

مسألة : معنى الفساد في اللغة

الفساد : مأخوذ من فسد الشيء يفسد فساداً وفسوداً، وهو خلاف الصلاح.

ويقال: تفاسد القوم: إذا تدابروا وقطعوا الأرحام. [١]

قال **الراغب الأصفهاني** : " الفساد : خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً ، ويضاده الصلاح ، ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة".[٢]

وقال **الفيومي** : "والمفسدة : خلاف المصلحة ، والجمع : المفاسد"[٣].

مسألة : معنى الباطل في اللغة

الباطل : نقيض الحق ، والجمع : أباطيل.

والباطل : مأخوذ من : بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً ، أي : ذهب ضياعاً وخسراناً ، فهو باطل.

ومنه : بطل دم القتيل ، أي : ذهب دمه بُطالاً ، أي : هدراً.

وأبطل فلان : جاء بكذب ، وادعى باطلاً.

وإبطال الشيء : إفساده وإزالته حقًّا كان الشيء في ذاته أو باطلاً[٤].

مسألة : الفاسد والباطل في الاصطلاح :

أولاً: اتفق الحنفية مع الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) على أن الفاسد والباطل مترادفان في باب العبادات ، وأنهما نقيض الصحيح ،

---

(١) انظر: لسان العرب؛ القاموس المحيط؛ معجم مقاييس اللغة، الصحاح، مادة (ف س د).
(٢) معجم مفردات القرآن: ص٣٨٩، مادة (فسد) كتاب الفاء.
(٣) المصباح المنير: مادة (ف س د).
(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة؛ لسان العرب؛ القاموس المحيط؛ الصحاح؛ المصباح المنير. مادة (ب ط ل).

ذلك بكونه غير مستوف لأركانه وشروطه ، وأنه لا يترتب عليه أثره فهو كالعدم ، فهو الذي لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه بفقد أحد أركانه كالذي صدر عن مجنون ، أو كان محله غير قابل لحكمه ، أو كان سببه غير مشروع ، فالعبادات قربات خالصة ، وفعل المنهي عنه عصيان ، ولا يتصور اجتماع بين قربة ومعصية. (١)

قال **ابن نجيم** : " الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان"(٢)

وقال **أمير باد شاه** : " والفساد وهو البطلان عند الشافعية ، والحنفية كذلك يقولون : بأن الفساد هو البطلان في العبادات، فيتحقق بفوات ركن أو شرط، فالعبادة الفاسدة والباطلة بما فات منها ركن أو شرط"(٣).

وقال **ابن رشيق المالكي** : " والباطل والفاسد مترادفان "(٤)

وقال **السيوطي** : " الباطل والفاسد عندنا مترادفان "(٥)

وقال **ابن قدامة** : "والفاسد مرادف للباطل، فهما اسمان لمسمى واحد".(٦)

وقد قرر هذا وصار مسلماً به ، إذ العبادة إن لم تكن صحيحة لزم أن تكون غير صحيحة .

وقد عُرِّف الباطل أو الفاسد في العبادة بأنه: عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها، أو عدم سقوط القضاء ، أو عدم موافقته الأمر ، أو مخالفة ذي

---

(١) انظر: البحر المحيط: ١٦/٢؛ الإبهاج: ٦٧/١؛ نهاية السول: ٣٩/١؛ الإحكام: ١٢١/١؛ المحصول: ١٧/١؛ المستصفى: ٩٤/١؛ شرح اللمع: ١٠٧/١؛ العدة: ١٧٦/١؛ التمهيد: ٦٨/١ ؛ الكاشف عن المحصول : ٢٧٥/١ ؛ تشنيف المسامع : ١٨٥/١ ؛ الفائق : ٤٣٤/١ ؛ نهاية الوصول : ٦٥٧/٢ ؛ شرح غاية السول : ص ١٨٠ ؛ الشرح الكبير للعبادي : ٢٢٢/١ ؛ الغيث الهامع : ٣٥/١ ؛ الضياء اللامع : ٢٢٧/١ ؛ شرح الكوكب المنير: ٤٦٤/١؛ التقرير والتحبير: ٧٨/٢؛ التلويح على التوضيح: ١٥/١؛ مُسلم الثبوت: ١٢١/١؛ شرح المختصر: ٨/٢ ؛ بيان المختصر : ٤٠٧/١ ؛ تيسير التحرير: ٢٣٧/٢؛ منهاج العقول: ٣٧/١ ؛ فواتح الرحموت : ١٢١/١ ؛ حاشية البناني على شرح جمع الجوامع : ٩٩/١ .

(٢) الأشباه والنظائر: ص١٨٥.

(٣) تيسير التحرير: ٢٣٦/٢.

(٤) لباب المحصول : ٢٦٣/١ .

(٥) الأشباه والنظائر : ص ١٨٦.

(٦) روضة الناظر: ٢٥٢/١.

الوجهين الشرع .[1]

ثانياً : اختلف **الحنفية** مع الجمهور في باب المعاملات:

فالجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) يرون أن الفساد والبطلان مترادفان أيضاً في باب المعاملات كما أسلفت ونقلت من مقولاتهم .

وكما سيأتي تأكيدًا فقد قال **الغزالي** : " والفاسد مرادف للباطل في اصطلاح أصحاب الشافعي رضي الله عنهم ، فالعقد إما صحيح وإما باطل ، وكل باطل فاسد"[2].

وقال **الزركشي** : " والفاسد والباطل عندنا مترادفان ، فكل فاسد باطل ، وعكسه"[3]

وقال **ابن النجار** : "وبطلان وفساد مترادفان يقابلان الصحة الشرعية سواء كان ذلك في العبادات أو في المعاملات"[4].

وذهب **الحنفية** إلى التفريق بينهما ، حيث نصوا في كتبهم على إثبات الفرق بين الفاسد والباطل في باب المعاملات ، وأن الفاسد قسم مستقل قائم بذاته يختلف في أحكامه عن الباطل[5].

قال **ابن نجيم** : " وأما في البيع فمتباينان ، فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه وفاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه"[6]

وقال **الكاساني** : " الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل ، وضابط العقد الفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة "[7]

---

(1) انظر: التقرير والتحبير: ١٥٣/٢؛ حاشية التفتازاني على شرح العضد: ٨/٢؛ لباب المحصول: ٢٦٣/١؛ المستصفى: ٩٥/١؛ شرح العضد: ٧/٢ ؛ معراج المنهاج: ٦٦/١ ؛ الإبهاج: ٦٨/١؛ البحر المحيط: ٢٥/٢؛ تشنيف المسامع: ١٨٦/١؛ الغيث الهامع: ٣٦/١؛ التحبير: ١١٠٨/٣؛ شرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١.

(2) المستصفى: ٩٥/١.

(3) البحر المحيط: ٢٥/٢

(4) شرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١

(5) انظر: ميزان الأصول: ص٣٩؛ فواتح الرحموت: ١٢٢/١؛ أصول السرخسي: ١٠٦/١؛ جامع الأسرار: ٢٥٢/١؛ بذل النظر: ص١٤٩.

(6) الأشباه والنظائر: ص٣٣٧.

(7) بدائع الصنائع: ٢٩٩/٥.

وقال **عبد العزيز البخاري** : " فإذا حكمنا على شيء بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعاً ، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلاً ، وبخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه "[1]

مسألة : حد الفاسد والباطل

أولاً : حد الباطل أو الفاسد عند **الجمهور** في باب **المعاملات** هو: عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها[2].

ثانياً : حد الباطل عند **الحنفية** في باب المعاملات هو: ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه.

ثالثاً : حد الفاسد عند **الحنفية** في باب المعاملات هو: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

فالفاسد عند الحنفية : هو أن الخلل طرأ على صفة من أوصاف العقد مع بقاء أصله وأركانه بصورة سليمة.

مثل : بيع درهم بدرهمين ، فأصل العقد معاوضة مال بمال ، وهو بيع صحيح ، فلم يتطرق الخلل إلى أركانه ، ولكن الخلل طرأ لوجود وصف عارض وهو الزيادة ، فلذلك وصفناه بالفساد .

أما الباطل : فإن الفساد طرأ لخلل على أصله ، وذلك بفوات ركن من أركان العقد ، أو وجود مانع من موانع انعقاده .

مثل : بيع الملاقيح ، وهي بيع ما في بطون الأمهات.

وبيع المضامين ، وهي بيع ما في أصلاب الفحول.

وذلك بأن يقول الرجل : بعتك ولد هذه الناقة ، فهذا بيع باطل ؛ لأن

([1])كشف الأسرار: ٢٥٨/١.

([2]) انظر: شرح العضد : ٧/٢؛ تشنيف المسامع : ١٨٦/١؛ المستصفى : ٩٥/١؛ الإحكام : ١٢١/١؛ معراج المنهاج : ٦٦/١؛ البحر المحيط : ٢٥/٢ ؛ حاشية التفتازاني على شرح العضد: ٨/٢؛ الإبهاج: ٦٨/١؛ التحبير: ١١٠٩/٣؛ شرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١.

المعقود عليه وهو (الحمل) غير مقدور على تسليمه في الحال ، فكان بمثابة المعدوم.

ومثال وجود المانع : بيع المجنون ، فهو بيع باطل لانعدام الأهلية في البائع[1].

مسألة : أثر الفاسد والباطل في باب المعاملات:

الفاسد والباطل عند **الحنفية** من باب الأعم والأخص ، كالحيوان والإنسان ، إذ كل باطل فاسد ، وليس كل فاسد باطلاً.

أما عند **الجمهور** فهما مترادفان من باب الليث والأسد ، إذ كل فاسد باطل ، وكل باطل فاسد .[2]

فالحنفية فرقوا بين العقد الفاسد والباطل من ناحية الأحكام الشرعية المترتبة على كل منهما إذ أن العقد الفاسد يملك بالقبض بخلاف العقد الباطل.[3]

قال **ابن نجيم** : " وأما في البيع فمتباينان ، فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض ، وحكم الثاني أنه يملك به"[4].

وعلل **الأسمندي** ذلك بقوله : " وإنما وصفنا البيع المنهي عنه كبيع الربا وغيره بالفساد مع كونه مفيداً للملك بطريق التوسع والمجاز لمجاورة الأمر الفاسد إياه ، لا أن عين المبيع فاسد"[5].

---

(1) انظر: أصول السرخسي : ٨٩/١؛ تيسير التحرير: ٢٣٦/٢؛ كشف الأسرار: ٣٨١/١؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٣٣٧؛ ميزان الأصول: ١٤١/١؛ فواتح الرحموت: ١٢٢/١؛ المغني للخبازي: ص٧٦؛ بذل النظر: ص١٤٩؛ جامع الأسرار: ٢٥٦/١.

(2) انظر: البحر المحيط : ٢٥/٢ ؛ شرح مختصر الروضة: ٤٧٥/١.

(3) انظر: تيسير التحرير: ٢٣٦/٢؛ أصول السرخسي: ١٠٦/١؛ جامع الأسرار: ٢٦٥/١.

(4) الأشباه والنظائر: ص٣٣٧.

(5) بذل النظر: ص١٤٩.

والحنفية رحمهم الله انفردوا بهذا التقسيم بحيث جعلوا بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة وهي الفساد.

وفُرِّق بينهما بأنه إذا اختل الأصل (الركن – الشرط) فالعقد باطل ، وإن اختل الوصف بأن دخل على المحل شرط فاسد كغرر ، فالعقد فاسد لا باطل[1].

أما **الجمهور** فذهبوا إلى عدم التفريق بين الفاسد والباطل باستثناء بعض الأحكام، وأنهما لفظان مترادفان لمعنى واحد، فالعقد عند الجمهور صحيح ، وفاسد أو باطل ، إذ هما بمعنى ولا فرق بينهما، فلا يفيد العقد الفاسد الملك سواء بالقبض أو بدونه.

فالعقد الباطل أو الفاسد يدلان على وقوع الفعل على خلاف مطلوب الشرع ، وذلك باختلال ركن أو أحد شروطه.[2]

وقد خطأ غير واحد تقسيم الحنفية حيث قال **الزركشي**: "وما ذهب إليه الحنفية ظاهر الفساد من جهة النقل"[3].

وأما **الشوكاني** فاعتبر هذا التقسيم تلاعباً حيث قال : " قد قدمنا أن هذا – أي الفاسد – مجرد اصطلاح تواضعوا عليه فجعلوا اختلال بعض ما ذكروه في شرط البيع مقتضياً لبطلانه، وبعضها مقتضياً لفساده، وكل هذا تلاعب بالكلام ، ولكن هذا التلاعب قد رتبوا عليه أحكاماً شرعية ، فالعجب من ترتيب أحكام الله على الاصطلاح الذي هو مجرد تلاعب"[4].

بينما يرى **شيخ الإسلام ابن تيمية** أن ألفاظ الفساد والبطلان والصحة وغيرها من الألفاظ عبارات محدثة من أهل الرأي والكلام في الإسلام .[5]

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: ٦٧٤/٢؛ مصادر الحق: ١٥٨/٤، ٣٠٠.

(2) انظر: المستصفى: ٩٥/١؛ الإحكام: ١١٣/١؛ الإبهاج: ٦٩/١، التمهيد للإسنوي: ص٥٩؛ الكاشف عن المحصول: ٢٧٨/١؛ منهاج العقول: ٧٨/١؛ تشنيف المسامع: ١٨٦/١؛ البحر المحيط: ٢٥/٢؛ روضة الناظر: ٢٥٢/١؛ شرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١.

(3) البحر المحيط: ٢٥/٢.

(4) السيل الجرار: ١٣٢/٣.

(5) انظر : مجموع الفتاوى: ٢٨٢/٢٩.

المطلب الثالث : انقلاب العقد الباطل أو الفاسد صحيحا :

لما كان أهل العلم قد فرقّوا بين مستويين العقد الغير صحيح ، فرتبوا بعضا من الآثار على أحدهما ، ولم يرتبوا على الآخر إلا الفسخ ، وتأكيدًا على تلك الفكرة عندهم ندرس مدى صحة تحول العقد أو انقلابه من مستويي غير الصحيح إلى الصحيح .

فهل يمكن تصحيح العقد الباطل أو الفاسد عند الفريقين؟

أولاً : تصحيح العقد الباطل ، وذلك الشق الأول من الاستفهام :

للمسألة صورتان :

الصورة الأولى : إذا ارتفع ما يبطل العقد بإزالة المبطل فهل ينقلب العقد صحيحاً ؟

ذهب **الحنفية والشافعية والحنابلة** إلى أن العقد الباطل لا يصير صحيحاً إذا ارتفع ما يبطله ؛ إذ هو في الشرع كأن لا عقد ، لا فرق عندهم أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده ، وذلك متى اختلت أركانه ، لأن المعقود عليه كالمعدوم حالة العقد.

قال **ابن الهمام** : " بخلاف الأول وقع باطلاً وهو معنى المعدوم شرعاً ، فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعاً بلا بطلان "[1].

وقال **الرملي** : " ولو حذف العاقدان المفسدو للعقد ، لو في مجلس الخيار ، لم ينقلب العقد صحيحاً، إذ لا عبرة لفاسد"[2].

وقال **ابن قدامة** : " لو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل ..، ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما "[3].

وقال **البهوتي** : " العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً "[4].

---

(1) شرح فتح القدير: ٣٧٩/٦.
(2) نهاية المحتاج: ٤٥٢/٣، وانظر: مغني المحتاج: ٤٠/٢؛ روضة الطالبين: ٤١٠/٣.
(3) المغني: ٢٥٩/٤.
(4) شرح منتهى الإرادات: ٢٥٠/٢.

وعند **المالكية** يصح العقد إذا حذف الشرط المفسد للعقد ، سواء أكان شرطاً ينافي مقتضى العقد ، أم كان شرطاً يخل بالثمن في البيع ، إلا أربعة شروط فلا يصح البيع معها ولو حذف الشرط .[1]

قال في **الشرح الصغير** : " تفسد الإجارة بالشرط الذي يناقض مقتضى العقد ، ومحل الفساد إن لم يسقط الشرط ، فإن أسقط الشرط صحت"[2].

ويوضح **ابن رشد** سبب اختلاف الفقهاء في صحة العقد بارتفاع المفسد أو عدم صحته فيقول : " هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ فإن قلنا : حكمي ، لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا : معقول ، ارتفع بارتفاع الشرط ، فمالك رآه معقولاً ، والجمهور رأوه غير معقول"[3].

فالعقد الباطل لا وجود له شرعاً ويجعله في حكم المعدوم ، ولا يترتب عليه شيء من الآثار ، فلا يفيد ملكا ولا حلاً ، ويجب المسارعة إلى إنهائه ، ومن أقدم عليه وهو يعلم فهو عاص يجب أن يتوب ويقتل إن أصر ؛ لأنه يكون مستحلاً للفروج بغير حق ، وآكلاً لأموال الناس بالباطل ، والقرآن ينهى عن ذلك[4].

الصورة الثانية : تصحيح العقد باعتباره عقداً آخر .

وتلك الصورة الأخرى للافتراض فهل تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر يصححه أم لا؟

الفقهاء متفقون على أنه متى أمكن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح صح ذلك ، سواء أكانت الصحة عن طريق المعنى ، أم عن طريق اللفظ.

قال **السيوطي** : " هل العبرة بصيغ العقد أو بمعانيها؟ خلافٌ "[5].

وقال **ابن نجيم** : " الاعتبار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع منها : الكفالة : فهي بشرط براءة الأصيل : حوالة . وهي بشرط

---

(1) منح الجليل: ٥٧٠/٢.
(2) ٢٤٩/٢.
(3) بداية المجتهد : ١٦٢/٢ .
(4) انظر: المبسوط: ٢٣/١٣؛ حاشية الخرشي: ٤١١/٥؛ روضة الطالبين: ٧٢/٣؛ كشاف القناع: ٢٢٢/٣.
(5) الأشباه والنظائر : ص ١٦٦ .

عدم براءته : كفالة "[1].

وقال الموصلي : " أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة .....، وكذا في الدين لأن الذمي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة . وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذمي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة ، قلنا الذمي يملك ذلك بنفسه وبنائبه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فإذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لفوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان "[2].

وقال أيضاً في عقد المضاربة : " إن شرط الربح للمضارب فهو قرض، لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فلما شرط له جميع الربح فقد ملّكه رأس المال..... وإن شرط لرب المال فهو بضاعة ، هذا معناه عرفاً وشرعاً"[3].

وقال **صاحب منح الجليل** فيمن أحال على من ليس له عليه دين : "فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح أي صح عقدها حوالة لازمة ولا يرجع على المحيل ولا ينقلب حمالة ، فإن لم يعلم لم تصح ، وتنقلب حمالة "[4]. أي كفالة.

ثانياً : تصحيح العقد الفاسد.

سبق أن الفاسد مختلف عن الباطل فإذا كان الباطل يصحح بالتحويل أو بإزالة الشرط المبطل ، والفاسد أقل في الفساد من الباطل فهل ينقلب العقد صحيحاً بإزالة المفسد ؟

---

(1) الأشباه والنظائر : ص ٢٠٧ .
(2) الاختيار لتعليل المختار : ١٤/٣ .
(3) المصدر السابق : ٢١/٣ .
(4) ٤٤٩/١٢ .

الحنفية فرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، فيصح عندهم تصحيح العقد الفاسد بإزالة المفسد دون الباطل ، خلافاً **لزفر**.

حيث نصوا على ارتفاع المفسد في الفاسد برده صحيحاً ، لأن البيع قائم مع الفساد ، ومع البطلان لم يكن قائماً بصفة البطلان ، بل كان معدوماً ، وعند **زفر**: العقد الفاسد لا يحتمل الجواز برفع المفسد.[1]

لكن تصحيح العقد الفاسد عند الحنفية مقيد بما إذا كان الفساد ضعيفاً خفيفاً.

قال **الكاساني** : " والأصل عندنا أنه يُنظر إلى الفساد، فإن كان قويًّا بأن دخل في صلب العقد وهو البدل أو المُبْدَل لا يحتمل الجواز برفع المفسد..... كما في البيع بشرط خيار لم يوقت ، أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد والدياس ، أو لم يذكر الوقت ، وكما في بيع الدين بالدين إلى أجل مجهول على ما ذكرنا "[2]

أما **الجمهور** فيمتنع عندهم انقلاب أو تحوّل الفاسد صحيحاً .

قال **ابن قدامة** : " ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً ، فإن كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطاه فيه ، وإن كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما"[3]

وقال **الرملي** : " لو حذف العاقدان المفسد للعقد ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحاً إذ لا عبرة بالفاسد "[4]

---

(1) انظر: بدائع الصنائع: ٢٤٨/١١.
(2) بدائع الصنائع: ٢٤٨/١١.
(3) المغني : ٤٧٨/٧.
(4) نهاية المحتاج : ٤١٠/١١ .

المطلب الرابع : منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية:

منشأ الخلاف يرجع إلى اختلاف العلماء في أثر النهي في المنهي عنه ، وتفصيله على النحو الآتي[1]:

أ- إن كان المنهي عن الشيء لعين الفعل ، فإن ذلك يقتضي فساد المنهي عنه وبطلانه، وهذا باتفاق الحنفية والجمهور، سواء كان المنهي عنه من العبادات أم المعاملات.

مثل: النهي عن بيع الملاقيح، والمضامين، والنجاسات، والميتة، والدم .. إلخ .

قال **السرخسي**: "... بخلاف البيع بالميتة والدم فإنه لا مالية في الميتة والدم باعتبار الحال ولا باعتبار المآل .....، فإنه لو ترك كذلك فإنه يفسد ، وإنما تحدث فيه المالية بصنع مكتسب وهو الدباغة ، ولهذا اتفق العلماء على بطلان هذا العقد ، ولو قضى قاض بجوازه لم ينفذ قضاؤه ، فلانعدام ما هو ركن العقد لم ينعقد العقد ، لأن انعقاده شرعاً لا يكون بدون ركنه"[2].

ب- إن كان النهي عن الشيء لوصف ملازم له ، هذا محل الخلاف بين **الحنفية والجمهور** .

فذهب **الجمهور** إلى أنه يقتضي بطلان كل من الأصل والوصف كأثر النهي المتوجه إلى عين الفعل ، ويطلقون على الفعل المنهي عنه لوصف لازم له اسم الفاسد أو الباطل ، ولا يرتبون عليه أي أثر من الآثار المقصودة منه.

---

(1) انظر: كشف الأسرار: ٣٨٠/١؛ أصول السرخسي: ٩٦/١؛ جامع الأسرار: ٢٥١/١؛ شرح الكوكب المنير: ٨٤/٣؛ فواتح الرحموت: ٩٩/١.

(2) أصول السرخسي: ٩١/١.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن النهي إذا توجه إلى وصف من أوصاف الفعل اللازمة له ، فالنهي يقتضي فساد الوصف فقط ، أما أصل الفعل فهو باق على مشروعيته ، ويطلقون على الفعل المنهي عنه لوصف لازم له اسم الفاسد ، لا الباطل ، ويرتبون عليه بعض الآثار.

مثل : النهي عن البيوع الربوية ، وبيوع الغرر ، والنهي عن صوم يوم العيد.

قال **السرخسي** : " وعلى هذا عقد الربا فإنه نوع بيع ولكنه فاسد ، لا بخلل في ركنه ، بل لانعدام شرط الجواز وهو المساواة في القدر ، فكما أن بوجود شرط مفسد لا ينعدم أصل المشروع فكذلك بانعدام شرط مجوز لا ينعدم أصل المشروع وثبوت ملك حرام به كما اقتضاه مثل هذا السبب "[1].

فالحنفية يرون اجتماع صحة الأصل ، وفساد الوصف في شيء واحد ، أما الجمهور فيرون أن المنهي عنه لوصفه اللازم كالمنهي عنه لعينه.

قال **العلائي** موضحاً سبب الخلاف : " المبحث الثاني في المنهي عنه لوصفه وقد تقدم أن قاعدتهم فيه فساد ذلك الوصف دون المنهي عنه ، وأن **الشافعي** ومن وافقه من **الجمهور** قالوا : تحريم الشيء لوصفه مضاد لوجوب أصله فيقتضي الفساد ظاهراً كالمنهي عنه لعينه.

وحقيقة هذا الخلاف ترجع إلى أن الشارع إذا أمر بشيء مطلقاً ، ثم نهى عنه في بعض أحواله ، فهل يقتضي ذلك النهي إلحاق شرط بالمأمور به ، حتى يقال إنه لا يصح بدون ذلك الشرط ، ويصير الفعل الواقع بدونه كالعدم ، كما في الفعل الذي اختل منه شرطه الثابت شرطيته بدليل آخر أم لا يكون كذلك ؟

ومثاله : الأمر بالصوم والنهي عن إيقاعه يوم النحر ، والأمر

([1]) المصدر السابق : ٩٠/١.

بالطواف والنهي عنه مع الحدث في قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لما حاضت : **(افعلي المناسك كلها غير أن لا تطوفي في البيت)**[1]

وأمر بالصلاة ثم نهى عن إيقاعها في الأوقات الخمسة ، وشرع البيع مطلقاً ثم نهى عن الربوي متفاضلاً ، إلى غير ذلك من الصور.

فالشافعي والجمهور قالوا : إن النهي على هذا الوجه يقتضي الفساد ، وإلحاق شرط بالمأمور لا تثبت صحته بدونه.

وذهبت **الحنفية** إلى تخصيص الفساد بالوصف المنهي عنه دون الأصل المتصف به ، حتى لو أتى به المكلف على الوجه المنهي عنه يكون صحيحاً بحسب الأصل فاسداً بحسب الوصف إن كان ذلك النهي نهي فساد ، وإلا فمجرد النهي عنه لا يدل على الفساد ، بل على الصحة كما تقدم ، فإذا نذر الرجل صوم يوم النحر ينعقد نذره عندهم ، ويجب عليه إيقاعه في غير يوم النحر، فإن أوقعه فيه كان محرماً ويقع عن نذره ويصح ، وكذلك قالوا في طواف الحائض إنه يحرم عليها الطواف ويجزئها عن طواف الفرض حتى يقع التحلل به ، وإذا باع درهماً بدرهمين بطل العقد في الدرهم الزائد ، وصح في القدر المساوي ، وهذا معنى قولهم : صحيح بأصله فاسد بوصفه"[2]

فالحنفية ذهبوا إلى أن المنهي عنه في يوم النحر هو إيقاع الصوم فيه ، لا الصوم الواقع ، فأصل الصوم مشروع ، ولكن نهي عن صوم يوم النحر باعتبار وصفه ، وهو أنه يوم عيد وضيافة ، وفي صومه إعراض عن

([1]) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الحيض ، باب : تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت . ومسلم في كتاب الحج ، باب : بيان وجوه الإحرام . بلفظ : (افْعَلِي كَمَا يَفْعَلُ الحَاجُّ غَيْرَ أَنْ لاَ تُطُوفِي بِالبَيْتِ حَتَّى تُطْهُرِي) .

([2]) تحقيق المراد: ص ٧٨ .

ضيافة الرحمن جل جلاله.

وهما مفهومان متغايران ، فلا يلزم من تحريم الإيقاع تحريم ، كما أنه لا يلزم من تحريم الكون في الدار المغصوبة تحريم نفس الصلاة لما كان المفهومان متغايرين. [1]

قال التفتازاني : " والخلاف المشهور ها هنا هو : **أن الشارع إذا** أوجب الصوم ، وحرم إيقاعه في يوم النحر، فمتعلق التحريم عند **أبي حنيفة** – رحمه الله – هو إيقاع الصوم فيه الذي هو مصف المنهي عنه ، لا نفسه ، فلا يضاد وجوب أصله لتغاير المتعلقين.

وعند **الشافعي** – رحمه الله – يضاد وجوب أصله ؛ لأن تحريم إيقاعه الصوم في اليوم تحريم للصوم"[2]

استدل الجمهور بأدلة منها[3]:

أ- عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : **(من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)** [4]

وجه الاستدلال :

قال العلائي : " ولا شك في أن المنهي عنه ليس من الدين فكان مردوداً والمردود هو المفسوخ الذي لا يعمل به ولا يلتفت إليه وهو نقيض المقبول والصحيح"[5]

ب- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : **(إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه)**[6]

---

(1) انظر: تحقيق المراد: ص ٧٨ .
(2) حاشية التفتازاني على شرح العضد: ٩٨/٢.
(3) تحقيق المراد: ص ٢٩.
(4) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الصلح ، باب : إذا اصطلحوا على صلح جور فهو مردود. ومسلم في كتاب الأقضية ، باب : نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور .
(5) تحقيق المراد : ص ٢٩ .
(6) الحديث أخرجه أحمد في مسنده : ٢٤٧/١ . حديث رقم (٢٢٢١) . وأبو داود في كتاب البيوع باب :ثمن الخمر والميتة . والبيهقي في كتاب البيوع ، باب : تحريم بيع ما يكون نجسا لا يحل أكله كلهم .

قال **العلائي** : " وهذا يتضمن الدليل على أن البيع الفاسد لا يتقرر أصلاً بوجه ما إذا لو كان كذلك لما حرم التصرف في الثمن مطلقاً ، فهذا يختص بالرد على من يقول إن العقد الفاسد يقر في بعض الصور ، أو أن النهي يقتضي الصحة "[1]

ج- **الإجماع** : فقد تواتر عن الصحابة ﷺ من وجوه عديدة الاستدلال بالنهي عن الفساد ، والحكم على المنهي عنه بفساده في وقائع كثيرة يقتضي مجموعها القطع بذلك لاستعمالها على المعنى الكلي المشار إليه ، ولم ينقل عن أحد منهم إنكار ذلك ، ولا ذهابه إلى صحة فعل منهي عنه أصلاً ، فكان في ذلك إجماع منهم على أن النهي للفساد .

واستدل الحنفية بأدلة منها:

أ- أنه لا تناقض بين إمكان كون الشيء مشروعاً بأصله، ممنوعاً بوصفه.

قال السرخسي : " **وبيان هذا في قوله تعالى** وَقُلْنَا يَٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ ٱلشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٣٥﴾ : **(البقرة :٣٥) ، فإنه كان تحريما لفعل القربان ولم يكن تحريما لعين الشجرة ، وكما لا يتصور تحريم قربان الشجرة بدون الشجرة لا يتحقق تحريم أداء الصوم في وقت ليس فيه صوم مشروع .**

وبهذا الحرف يتبين الفرق بين الأفعال الحسية والعقود الحكمية والعبادات الشرعية ، فإنه ليس من ضرورة حرمة الأفعال الحسية انعدام

([1]) تحقيق المراد : ص ٣٤ .

التكون ، فقلنا تأثير التحريم في إخراجها من أن تكون مشروعة أصلا وإلحاقها بما هو قبيح لعينه ، ومن ضرورة تحريم العقود الشرعية بقاء أصلها مشروعا إذ لا تكون لها إذا لم تبق مشروعة ، وبدون التكون لا يتحقق تحريم فعل الأداء ، وكذلك في العبادات ، فكان في إبقاء المشروع مشروعا مراعاة حقيقة النهي لا أن يكون تركا للحقيقة كما قرره الخصم.

يوضحه أن صفة الفساد للعقد لا يكون إلا عند وجود العقد فإن الصفة لا تسبق الموصوف ، وكذلك فساد المؤدى من الصوم لا يسبق الأداء ، ولا أداء إذا لم يبق مشروعا ، فبه تبين أنه بقي مشروعا والمشروعات لا تكون قبيحا لعينه ، فعرفنا أن القبح لوصف اتصل به فصار به الأداء قبيحا فاسدا ، إلا في موضع يتعذر الجمع بين صفة الحرمة وبقاء الأصل ، فحينئذ ينعدم ضرورة ويكون ذلك نسخا من طريق المعنى في صورة النهي لا أن يكون نهيا حقيقة ولا ضرورة هنا.

فالصوم والصلاة يستقيم أن يكون أصله مشروعا مع كون الأداء حراما كصوم يوم الشك ، والصلاة في وقت مكروه ، وكذلك العقود الشرعية يتصور بقاء أصلها مشروعا مع حرمة مباشرة التصرف وفساده كالطلاق في حالة الحيض وفي الطهر الذي جامع فيه امرأته.....، فبهذا تبين أن موجب النهي إنما يتحقق في العقود الشرعية والعبادات إذا كانت مشروعة بعد النهي ، فأما صفة القبح فهو ثابت بمقتضى النهي ، ولكن ثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى لا لإبطاله ، وإذا انعدم المشروع بمقتضى صفة القبح ينعدم موجب النهي ، وبانعدامه يبطل النهي فلا يجوز إثبات المُقْتَضِي على وجه يكون مبطلا للمُقْتَضَى "[1].

(1) أصول السرخسي: ٨٦/١، وانظر: أصول البزدوي: ص٥٣؛ التقرير والتحبير : ٤٠٨/١؛ كشف الأسرار :٣٧٨/١؛ كشف الأسرار للنسفي: ١٤٦/١.

ب- أنه قد جرى في عرف الناس وخطاباتهم التفريق بين الباطل والفاسد .

قال **ابن أمير الحاج** : " وأما بين الفاسد ومسماه وهو المشروع بأصله لا بوصفه فلأنه يقال : لؤلؤة فاسدة إذا بقي أصلها وذهب لمعانها وبياضها ، ولحم فاسد إذا أنتن ولكن بقي صالحاً للغذاء ، وأما بين الباطل ومسماه وهو ما ليس بمشروع بأصله ووصفه فيقال : لحم باطل إذا صار بحيث لا يبقى له صلاحية الغذاء "[1]

وقد احتج **الحنفية** على **الجمهور** في عدم جريانهم على أصلهم من عدم التفريق بين الفاسد والباطل ، ثم صححوا كثيراً من العقود مع فساد أوصافها.

وقد تعقب **الزركشي** قول **الحنفية** حيث قال : " ووافقونا على البطلان إذا كان الفساد لصفة المعقود عليه كبيع الملاقيح ، ونحن لا نرتب على الفاسد شيئاً من الأحكام الشريعة ، لأنه غير مشروع لكن لنا قاعدة وهي إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم، فالمسائل التي رتب الأصحاب عليها حكماً من العقود الفاسدة هي من هذا القبيل"[2].

مسألة : نوع الخلاف :

اختلف الأصوليون في نوع الخلاف في المسألة.

فذهب **ابن رشيق** ، **والزنجاني** ، **والسبكي** ، **والمحلي** على أن الخلاف لفظي ، وأن النزاع إنما هو في العبارة فقط.

قال **ابن رشيق** : "...ويرجع النزاع إلى تلقيب وتسمية فلا تشتغل به"[3]

---

(1) التقرير والتحبير: ٢٠٧/٢. وانظر: تيسير التحرير: ٣٤٠/٢؛ كشف الأسرار ٣٩٩/١؛ كشف الأسرار للنسفي: ١٤٨/١.
(2) البحر المحيط: ٢٨/٢.
(3) لباب المحصول : ٢٦٤/١ .

وقال **الزنجاني** : " واعلم أن هذا أصل عظيم اختلاف الفئتين ، وطال فيه نظر الفريقين ، وهو على التحقيق نزاع لفظي ، ومراء جدلي "[1]

وقال **السبكي** : " والخطب في هذه المسألة يسير ؛ إذ هو آيل إلى الاصطلاح ، فإن ثبت لهم إفادة بعض البياعات الفاسدة شيئا فليسموه بما شاءوا "[2]

وقال **المحلي** : " وفات المصنف – أي السبكي – أن يقول : والخلاف لفظي ، كما قال في الفرض والواجب ، إذ حاصله : أن مخالفة ذي الوجهين للشرع بالنهي عنه لأصله كما تسمى بطلانا هل تسمى فسادا ؟ أو لوصفه كما تسمى فسادا هل تسمى بطلانا ؟ فعنده وعندنا : نعم "[3]

وذهب البعض إلى أن الخلاف معنوي ورتب عليه فروعا فقهية .

قال **الغزالي** : " فلو صح له هذا القسم لم يناقش في التعبير عنه بالفاسد ولكنه ينازع فيه إذ كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله كما سبق ذكره"[4]

وهذا هو الذي اختاره ؛ لأن كتب الفقه عند المذاهب مليئة بآثار فقهية كثيرة من هذا القبيل . وسوف يأتي ذكر بعضها في الجانب التطبيقي .

مسألة : حقيقة مذهب الحنابلة في الباطل والفاسد:

نص **الحنابلة** – رحمهم الله – على أن الفساد والبطلان مترادفان .

قال **ابن قدامة** : "والفاسد مرادف للباطل ، فهما اسمان لمسمى واحد"[5]

وقال **ابن المبرد** : " والبطلان والفساد مترادفان ، معناهما كالمستحب والمسنون "[6]

وأن النهي يقتضي الفساد والبطلان مطلقاً ، سواء كان لذات المنهي عنه ، أم لوصفه.

---

(1) تخريج الفروع على الأصول: ص١٦٨.
(2) رفع الحاجب : ١٩/٢ .
(3) شرح المحلي على جمع الجوامع: ١٠٥/١.
(4) المستصفى: ٩٥/١. وانظر : الضياء اللامع : ٢٢٨/١ .
(5) روضة الناظر: ٢٥٢/١
(6) شرح غاية السول : ص ١٨٢ .

قال **ابن اللحام** : "... فعندنا كل ما كان منهياً عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل".[1]

إلا أنهم استثنوا بعض المسائل حيث فرقوا بين الفاسد والباطل .

قال **المرداوي**: " إذا علم ذلك فقد ذكر أصحابنا مسائل الفاسد غير مسائل الباطل في أبواب منها : باب الكتابة ، والنكاح ، والحج ، وغيرها"[2].

وكان لهذا الاستثناء توجيهان:

التوجيه الأول : أن التفرقة مبنية على مسائل الدليل.

قال **ابن اللحام** : " البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية ، وقال أبو حنيفة : إنهما متباينان ، فالباطل عنده ما لم يشرع بالكلية كبيع المضامين ، والملاقيح[3]، والفاسد ما شرع أصله ولكن امتنع لاشتماله على وصف محرم كالربا.

إذا تقرر هذا فذكر أصحابنا مسائل فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ظن بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة.

والذي يظهر – والله أعلم – أن ذلك ليس بمخالفة للقاعدة ، وبيانه : أن الأصحاب إنما قالوا : البطلان والفساد مترادفان في مقابلة قول أبي حنيفة حيث قال : ما لم يشرع بالكلية هو الباطل ، وما شرع أصله وامتنع لاشتماله على وصف محرم هو الفاسد.

فعندنا كل ما كان منهيًّا عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد و باطل ، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهي

([1])القواعد والفوائد الأصولية: ص١٥٢.

([2])التحبير: ١١١١/٣.

([3]) ورد النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلاث : المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبلة .
أخرجه مالك في الموطأ (٦٥٤/٢) في باب البيوع . والطبراني في المعجم الكبير (٤٢٨/٩) عن ابن عباس رضي الله عنهما .
قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٢٢/٤) :" رواه الطبراني في الكبير والبزار وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة"

عنه ، وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل "[1].

ذكر خمس عشرة مسألة في التفريق بين الباطل والفاسد في أبواب متنوعة من الفقه.

التوجيه الثاني : التفريق بين ما كان مجمعاً على بطلانه ، وما كان مختلفاً فيه بين العلماء ، فكل مسألة مختلف في بطلانها وصفت بالفساد مراعاة لدليل المخالف ، وكل مسألة مجمع على فسادها وصفت بالبطلان .

قال **المرداوي** : " قلت : غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختلفاً فيها بين العلماء ، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجمعاً عليها ، أو الخلاف فيها شاذ ، ثم وجدت بعض أصحابنا قال : الفاسد من النكاح ما يسوغ فيه الاجتهاد، والباطل ما كان مجمعاً على بطلانه ، وعبر طائفة من أصحابنا بالباطل عن النكاح الذي يسوغ فيه الاجتهاد "[2].

فمن خلال ما سبق يتضح أن الفاسد في المذهب إما أن تكون المسائل المختلفة التي يسوغ فيها الاجتهاد ، أو مسائل الدليل .

وقد كان باب النكاح من بين الأبواب الفقهية التي فرقوا فيها بين الفاسد والباطل بناء على الاختلاف بين الفقهاء ، أو الإجماع .

فقسموه إلى : صحيح ، وباطل ، وفاسد.

قال **البهوتي** : " ولا فرق في عدة وجبت بدون وطء بين نكاح صحيح وفاسد نصاً ، أي : مختلف فيه ، كنكاح بلا ولي ، لأنه ينفذ بحكم الحاكم ، أشبه الصحيح ، فتجب لوفاة من نكاح فاسد .

ولا عدة في نكاح باطل مجمع على بطلانه كمعتدة ، وخامسة ، إلا بوطء ، لأن وجود صورته كعدمها ، فإن وطئ لزمت العدة كالزانية "[3].

على أن يفهم أن العدة هنا استبراء ، وليست على أصلها.

---

(1) القواعد والفوائد الأصولية: ص١٥٢.
(2) التحبير: ١١١١/٣.
(3) شرح منتهى الإرادات: ٢١٧/٣.

المبحث الثاني : الدراسة التطبيقية

على مغني ابن قدامة في باب النكاح

وتحته تسعة مطالب :

المطلب الأول : النكاح بغير ولي بين الفساد والبطلان .

المطلب الثاني : النكاح بغير شهود بين الفساد والبطلان .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على النكاح الفاسد أو الباطل .

المطلب الرابع : حكم تزويج الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

المطلب الخامس : تغيب الكفاءة وأثره في الإفساد والإبطال .

المطلب السادس : تغيب رضا الثيب الكبيرة وأثره في إبطال نكاحها .

المطلب السابع : زواج المرأة اثنين في وقت واحد .

المطلب الثامن : تزوج العبد بغير إذن سيده بين البطلان والفساد .

المطلب التاسع : مسائل متعددة .

المطلب الأول : النكاح بغير ولي بين الفساد والبطلان

الولي : هو من له ولاية على المرأة[1] ، وهو البالغ العاقل الرشيد من عصباتها.[2].

فإذا تغيب الولي فهل يفسد النكاح أم يبطل ؟

قال **ابن قدامة** : " إن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها في تزويجها ، فإن فعلت لم يصح النكاح ... فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ... لم يجز نقضه ، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة .. لأنها مسألة مختلف فيها، ويسوغ فيها الاجتهاد ، فلم يجز نقض الحكم له "[3].

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين :

القول الأول : يشترط الولي لصحة النكاح ، فإذا زوجت المرأة نفسها فنكاحها باطل سواء أذن لها وليها أم لم يأذن ، ولا يصح أيضاً أن تزوج غيرها.

وهذا قول جمهور الفقهاء من : **المالكية**[4]، **والشافعية**[5]، **والحنابلة**[6].

وتعليله : أن الإذن لا يحول الحرام حلالاً ، فالمحكوم ببطلانه بالشرع لا يملك أحد أن يأذن فيه ، وهذا بجوار ما استدلوا به :

وقد استدلوا بأدلة منها:

---

(1) الدر النقي في شرح الفاظ الخرقي: ٦١٦/٣.
(2) انظر: الإنصاف: ٧٢/٨؛ كشاف القناع: ٥٣/٥.
(3) المغني: ٣٤٧/٩.
(4) انظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ٩٠/١٩؛ بداية المجتهد: ٤٨/٢؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٢٠/٢.
(5) انظر: الحاوي الكبير: ٣٨/٩؛ تكملة المجموع : ١٤٦/١٦.
(6) انظر: المغني: ٣٤٧/٩؛ كشاف القناع، ٤٩/٢؛ شرح منتهى الإرادات: ١٥/٣.

١- قال تعالى : وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُوْلَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ ۖ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴿٢٢١﴾ (البقرة :٢٢١) .

قال **القرطبي** : " في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي"[١].

٢- عن أبي بردة عن أبيه رضي الله عنهما قال : قال رسول اللهﷺ: **(لا نكاح إلا بولي)**[٢].

٣- عن عائشة رضي الله عنها : أن رسول الله ﷺ قال : **(أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)** [٣].

وجه الاستدلال :

أنه حكم بالبطلان ، وأكده بالتكرار ، وأوجب المهر بالدخول ، ولو

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٧٢/٣.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الولي. رقم الحديث (٢٠٨٥).
وأخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي (١٢/٥).
والحديث صححه الألباني في صحيح أبي داود: ٣٩٣/٢. رقم (١٨٣٦).

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده باب: لا نكاح إلا بولي. وقال: "مختلف فيه"،
وأبو داود في كتاب النكاح، باب: الولي. رقم الحديث (٢٠٨٣).
والترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي. وقال: "حديث حسن" (١٣/٥).
والحديث صححه الألباني في صحيح أبو داود ١٩٣/٢٠. رقم (١٨٣٥).

كان النكاح صحيحاً أوجب بالعقد[1].

قال **الزيلعي** : " وهذا حديث جليل ، وعليه الاعتماد في إبطال النكاح بغير ولي"[2].

القول الثاني : لا يشترط الولي في النكاح ، فيصح أن تباشر المرأة الحرة العاقلة البالغة عقد النكاح بنفسها، إلا أنه خلاف المستحب. وهذا قول **الحنفية**[3].

واستدلوا بأدلة منها :

١- قال تعالى : وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ (البقرة: ٢٣٢)

الاستدلال بهذه الآية من وجهين :

الأول : أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي .

الثاني : أن الله سبحانه نهى الأولياء عن العضل، وهذا يدل على إبطال ولايتهم[4].

٢- قال تعالى : وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾(البقرة: ٢٣٤).

---

(1) انظر: حاشية الرملي: ١٢٥/٣؛ الحاوي: ٤٠/٩.
(2) نصب الراية: ١٨٦/٣.
(3) انظر: شرح فتح القدير: ١٥٧/٣؛ حاشية ابن عابدين: ٥٥/٣؛ المبسوط: ١٠/٥، بدائع الصنائع: (٢٤٨/٢).
(4) انظر: بدائع الصنائع: ٢٤٨/٢؛ أحكام القرآن للجصاص: ١٠٠/٢.

وجه الاستدلال :

أنه جاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي الموجب في الآية[1].

٣- عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : **(الأيم أحق بنفسها من وليها)**[2].

وجه الاستدلال :

أن الأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، فأفاد أن فيه حقين ، حقه وهو مباشرته عقد النكاح برضاها وقد جعلها أحق منه ، ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه[3].

اختيار ابن قدامة في المسألة :

ذهب **ابن قدامة** – رحمه الله – إلى أن النكاح بغير ولي من المسائل المختلف فيها والتي يسوغ فيها الاجتهاد ، فهي إذن من العقود الفاسدة ، لا الباطلة ، يدل على ذلك قوله : " فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم .. لم يجز نقضه ، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة ... لأنها مسألة مختلف فيها ، ويسوغ فيها الاجتهاد "[4].

إذ لو كان العقد وهو النكاح بغير ولي من المجمع على عدم صحته لوجب نقضه وفسخه ، ولما ترتب عليه أثر من العقد الصحيح.

وبذلك يدل اختياره – رحمه الله – على أساس فكرة البحث وهي معرفة جمهور أهل العلم لدرجات الفساد فليس كل كلمة باطل تعني البطلان الكلي ، بل تعني في آرائهم مخالفة التمام ، فيكونون بذلك مفرقين بين الفاسد والباطل وإن لم يصرحوا.

---

(1) أحكام القرآن للجصاص: ١٠١/٢.
(2) الحديث: أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب : استئذان الثيب.
(3) انظر: البحر الرائق: ١١٧/٣، شرح فتح القدير: ١٥٩/٣.
(4) انظر: المغني ٣٤٧/٩ .

المطلب الثاني : النكاح بغير شهود بين الفساد والبطلان.

الشهادة : هي الإخبار بما علمه الشاهد[1].

وهي في عقد النكاح ليست إخباراً ، وإنما هي تحمل الشهادة أولاً لصحة العقد ، ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة ، فلا تكون الشهادة ملزمة بدون القضاء[2].

فالشهادة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة ، ومن الشهود وهو الحضور ؛ لأن الشاهد يحضر حين تحمل الشهادة وأدائها في مجلس القضاء[3].

قال **ابن قدامة** : " إن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين هذا المشهور عن أحمد "[4].

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : إن الشهادة شرط لصحة عقد النكاح.

وهذا قول: **الحنفية**[5]، **والشافعية**[6]، والمشهور عن الإمام **أحمد**[7].

واستدلوا بأدلة منها :

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : **(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)**[8].

٢- عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : **(لا نكاح إلا**

---

(1) الروض المربع: ٥٨٠/٧.
(2) انظر: المبدع: ١٨٨/١٠؛ تحرير ألفاظ التنبيه: ص٣٤١؛ أنيس الفقهاء: ص٢٣٥.
(3) انظر: أنيس الفقهاء: ص٢٣٥.
(4) المغني: ٣٤٧/٩.
(5) انظر: حاشية ابن عابدين: ٦٧/٧؛ المبسوط: ١٩/٦؛ شرح فتح القدير: ١٩٩/٣.
(6) انظر: الحاوي: ٢٧/٩؛ البيان: ٢٢١/٩؛ حلية العلماء: ٣٦٥/٦.
(7) انظر: الإنصاف: ٢٤٤/٢٠، المغني: ٣٤٧/٩.
(8) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٦/٣) رقم (٢٣)، وابن حبان في صحيحه (٣٨٦/٩) رقم (٤٠٧٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٢٥/٧).

بولي، وشاهدي عدل)[1].

٣- عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ قال : **(لا نكاح إلا بأربعة: خاطب وولي وشاهدين)** [2].

فهذه الأحاديث نص صريح على نفي صحة النكاح إلا بوجود الشاهدين.

القول الثاني : الشهادة ليست شرطاً في صحة عقد النكاح.

وهذا قول: **المالكية**[3]، **وداود الظاهري**[4]، ورواية عن الإمام **أحمد**[5].

واستدلوا بأدلة منها:

١- بعموم قوله تعالى : وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ **(النساء: ٣)**.

فلم يذكر الله عز وجل الشهادة ، فيبقى النص على الإطلاق ولا تشترط الشهادة[6].

---

(1) الحديث أخرجه البيهقي في سننه في كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدلين (١٢٥/٦)، والدارقطني في النكاح (٢٢٢/٣) رقم (٢٤).

(2) الحديث رواه البيهقي في سننه في كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدلين (١٢٥/٦) والطبراني في المعجم الكبير (١٤٢/١٨) رقم (٢٩٩).

(3) اشترط الإمام مالك الشهادة عند الدخول، وذلك بإعلان النكاح ليخرج عن كونه نكاحاً. انظر: الإشراف: ٩٣/٢؛ القوانين الفقهية: ص٢٠٠؛ الذخيرة: ٣٩٨/٤؛ شرح الزرقاني على الموطأ: ١٨٨/٣.

(4) انظر: حلية العلماء: ٣٦٥/٦.

(5) انظر: المغني: ٣٤٧/٩؛ شرح الزركشي: ٢٢/٥.

(6) انظر: الحاوي: ٥٨/٩.

٢- عن أنس ﷺ قال : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة أرؤس ، فقال الناس : ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلما أنه تزوجها[١].

وجه الاستدلال :

أنهم لم يستدلوا على تزويجها إلا بالحجاب مما يدل على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح[٢].

٣- قياس النكاح على الرهن والكفالة في عدم اشتراط الإشهاد فيها بجامع أن كلاً منها عقد توثيق[٣].

اختيار ابن قدامة - رحمه الله - :

ذهب **ابن قدامة** - رحمه الله - إلى أن الشهود شرط صحة في عقد النكاح ، لأن عقد الزواج يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد ، فاشترط الشهادة فينه ، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه.

لكن لو تم عقد النكاح بدون شاهدين فإن **ابن قدامة** - رحمه الله - يرى أن العقد فاسد، لا باطل ، والسبب في ذلك أن هذه المسألة من المسائل المختلف فيها والتي يسوغ فيها الاجتهاد.

وليس يخفى على عاقل أن هذا النوع من الأنكحة وإن كان متفقاً على بطلانه عند **ابن قدامة** - رحمه الله - ، لكنه لا يستوي بنكاح المحرمة أو نكاح المتزوجة ، أو المعتدة ، مما يؤكد للقارئ والباحث أن الزواج بدون شهود هو من الباطل الذي بمعنى الفاسد لتغيب شرط صحته.

---

(١) الحديث صحيح أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب: فضيلة إعتاقه جارية ثم يتزوجها.
(٢) انظر: المغني: ٣٤٨/٩.
(٣) انظر: الإشراف: ٩٣١٢.

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على النكاح الفاسد أو الباطل.

تعريف النكاح الفاسد: هو ما اختلف فيه كالنكاح بلا ولي .

تعريف النكاح الباطل : هو ما كان مجمعاً على بطلانه كنكاح خامسة.

قد يسوي كثير من أهل العلم بين فاسد النكاح وباطله ، وذلك في جانب التنظير ، وقد نقلت سلفا أن لهم نصوصا في ذلك ، لكنهم عند التطبيق يوجد منهم تفريق .

فأما الفاسد فهو ما اختل فيه شرط من شروط الصحة ، وقد تترتب عليه آثار ، بينما الباطل في حكم المنعدم ، فلا يترتب عليه شيء من الآثار إلا التفاسخ ، وليس هو بالأثر .

قال **ابن قدامة** : " وإذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً، لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها ، أو يفسخ نكاحها ... ولنا : أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد ، فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ، ولأن تزويجها من غير تفريق يُفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح، ونكاح الآخر الفاسد ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ... ولا حد في وطء النكاح الفاسد ، سواء اعتقد حله أو حرمته..

ولنا : أن هذا مختلف في إباحته ، فلم يجب به الحد ، كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات ...

فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدّب ، لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ، ومن اعتقد حرمته أثم وأُدّب ، وإن أتت بولد منه لحقه نسبُه في الحالين .

فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة ، أو المعتدة وشبهه ، فإذا

علما الحال والتحريم فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه "[1].

اتفق الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة على أنه لا حد في وطء النكاح الفاسد لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح[2].

اختيار ابن قدامة – رحمه الله – :

ابن قدامة – رحمه الله – يبين لنا في هذا النص أن النكاح ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صحيح ويترتب عليه آثاره ، وباطل لا يترتب عليه شيء من الآثار ، وفاسد ويترتب عليه أكثر آثار الصحيح بعد الدخول ، فهو كالصحيح المختلف فيه ، وقد ساق هذا الكلام بعد الحديث عن النكاح بغير ولي ، والنكاح بغير شهود ، ليبين لنا أنهما من العقود الفاسدة التي يترتب عليها أكثر آثار العقد الصحيح ، فهو ينص على بقاء عقد النكاح ، وأنه لا يجوز الخروج عنه إلا بالطلاق ، وبيّن سبب ذلك وهو أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد ، فلا حد فيه ، ويلحقه الولد والنسب.

أما الأنكحة الباطلة فلا يترتب عليها آثار الصحيح حتى بعد الدخول فهو كالعدم ، ومن دخل في نكاح باطل فعليهما الحد ، ولا يلحقه النسب .

---

(1) المغني: ٣٥١/٩ – ٣٥٤.

(2) انظر: بدائع الصنائع: ١٧٨/٦؛ الفواكه الدواني: ١٠٤٣/٢؛ أسنى المطالب: ١٢٥/٣؛ المغني: ٣٥٣/٩.

المطلب الرابع : حكم تزويج الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

إذا زوج الولي الأبعد امرأة مع وجود ولي أقرب صلة بها كأن تولى عقدها العم مع وجود الأب من غير إذنه ولم يكن هناك مانع شرعي ككفره مثلاً ، ولم يعضلها ، فما حكم هذا العقد؟

قال **ابن قدامة** : " وإذا زوجها من غيره أولى منه ، وهو حاضر ، ولم يعضلها ، فالنكاح فاسد ... ولنا : أن هذا مستحق بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا يفارق القريب البعيد ، الحكم الثاني: أن هذا العقد يقع فاسداً ، لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً"[1].

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بناء على اختلافهم في حكم الترتيب بين الأولياء ، هل هو شرط ، أم ليس بشرط ؟[2]

القول الأول : إذا عقد الولي الأبعد مع القدرة على عقد الولي الأقرب ، فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الولي الأقرب ، فإن أجازه جاز ، وإن رده بطل .

وهذا قول **الحنفية**[3].

القول الثاني : إن النكاح لا يصح ؛ لأن الولي الأقرب استحق الولاية بالتعصيب ، فلم تثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وهذا قول **الشافعية**[4]**والحنابلة**[5].

والخلاف بين القول الأول والقول الثاني مبني على صحة العقود

---

(1) المغني: ٣٧٨/٩.
(2) انظر: بداية المجتهد: ١٢/٢.
(3) انظر: المبسوط: ٢٢٠/٤؛ بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣؛ فتح القدير: ٢٨٨/٣.
(4) انظر: الأم: ١٤/٥؛ مغني المحتاج: ١٥٤/٣؛ تكملة المجموع: ١٦٢/١٦.
(5) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة : ٣٣٤/٧؛ الإنصاف: ٨١/٨؛ المبدع: ٣٩/٧.

بالإجازة ، فمن قال : النكاح لا يكون بالإجازة صحيحاً **كالشافعية** ، والصحيح من مذهب الحنابلة ، فقد أبطل النكاح.

ومن قال : تلحقه الإجازة **كالحنفية** ، ورواية عن **أحمد** ، أجازه بالإجازة ، وردّه بعدمها[1].

القول الثالث : إن النكاح يكون صحيحاً إذا عقده الأبعد مع وجود الأقرب إذا لم يكن الأقرب مجبراً ، فإن كان مجبراً ككون الولي أباً في ابنته البكر ، أو وصيّه ، فحينئذ لا ولاية لأحد معه ، فلا يصح تزويج الولي الأبعد[2].

وقد استدلوا : بقول عمر ﷺ : " لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها ، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان "[3].

والمقصود من (ذوي الرأي من أهلها) كما قاله الإمام **مالك** هو : الرجل من العشيرة ، أو ابن العم ، أو المولى وإن كانت المرأة من العرب فإن إنكاحه جائز.

قال **مالك** : " وإن كان ثم من هو أقعد منه فإنكاحه إياها جائز ، إذا كان له الصلاح والفضل ، إذا أصاب وجه النكاح "[4].

سبب الخلاف:

هل الترتيب بين الأقارب في ولاية النكاح حكم شرعي أي ثابت بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟

وإن كان حكماً شرعيًّا فهل ذلك حق من حقوق الله ، أم من حقوق

---

(1) انظر: بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣؛ المغني: ٣٧٩/٩.

(2) انظر: بداية المجتهد: ١١/٢؛ شرح الخرشي: ١٨٥/٣؛ شرح الزرقاني: ١٧٩/٣، حاشية الدسوقي: ٢٢٨/٢. ٢٢٨/٢.

(3) شرح الزرقاني: ١٢٧/٣.
والأثر أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح، باب: استئذان البكر والأيم أحق نفسها، والدارقطني (٢٢٩/٣)، والبيهقي: (١١١/٧)، أعله الألباني بالانقطاع. إرواء الغليل (٢٥٠/٦).

(4) المدونة: ١٤٤/٢. وانظر أيضا: الفواكه الدواني: ٢٧/٢؛ قوانين الأحكام الشرعية: ص٢٢٣.

الآدميين ؟

أ. الذي لا يرى الترتيب حكماً شرعيًّا وهم (**المالكية**) قالوا: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب.

ب. والذي يرى أنه حكم شرعي وأنه حق للآدمي وهم (**الحنفية**) قالوا: النكاح منعقد ، فإن أجازه الولي الأقرب جاز ، وإن لم يجزه انفسخ.

ج. والذي يرى أنه حكم شرعي وأنه حق لله تعالى وهم (**الشافعية والحنابلة**) قالوا : النكاح غير منعقد[1].

اختيار ابن قدامة – رحمه الله – :

نص **ابن قدامة** – رحمه الله – على أن إنكاح الولي الأبعد مع وجود الأقرب من غير إذنه ، وليس هناك مانع شرعي ، ولا يوجد عضل هو من النكاح الفاسد ، وليس الباطل ، وسبب ذلك وجود المخالف ، فالمسألة مختلف فيها يسوغ فيها الاجتهاد.

يؤكد ذلك أنه لم يرد عنه ﷺ ما يدل على وجوب إنكاح الولي الأقرب ، ولا يصح من الأبعد .

قال ابن رشد : "..ولكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه تواتراً ، أو قريباً من التواتر ، ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين: إما أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح ، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك.

---

(1) انظر: بداية المجتهد: ١٤/٢.

وأما إن كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب"[1].

المطلب الخامس : تغيب الكفاءة وأثره في الإفساد والإبطال

الكفاءة عبارة عن المماثلة بين زوجين في خصوص أمور[2].

والكفاءة في النكاح معتبرة شرعاً باتفاق جمهور العلماء من المذاهب الأربعة واختلفوا في اشتراط الكفاءة لعقد النكاح.

خصال الكفاءة :

قال ابن قدامة : " وإذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل ... والصحيح أنها غير مشترطة ، وما رُوي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها ... فإن قلنا باشتراطها فإنما يعتبر وجودها حال العقد ، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح؛ لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد، حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى "[3].

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح ، أي : هل اشتراط الكفاءة في عقد النكاح شرط صحة ، أم شرط نفاذ ، أم شرط لزوم ؟ على قولين :

القول الأول : ذهب **الحنفية**[4]، **والمالكية**[5]، **والشافعية**[6]، ورواية عن **أحمد**[7] إلى أن الكفاءة ليست شرطاً في صحة النكاح ، وإنما هي شرط لزوم.

---

(1) بداية المجتهد: ١٢/٢.
(2) انظر: شرح فتح القدير: ١٨١/٣؛ مواهب الجليل: ٤٠٣/٣؛ روضة الطالبين: ٣٤٤/٥؛ كشاف القناع: ٤/٥.
(3) المغني: ٣٩١/٩.
(4) انظر: شرح فتح القدير: ١٨٥/٣؛ حاشية ابن عابدين: ٨٤/٣؛ المبسوط: ٢٢/٣.
(5) انظر: المدونة: ١٧٠/٢؛ حاشية الدسوقي: ٢١٧/٢؛ مواهب الجليل: ٤٦٠/٣.
(6) انظر: تكملة المجموع: ٧٢/١٥؛ نهاية المحتاج: ٢٥٣/٦؛ حلية العلماء: ٣٤٩/٦.
(7) انظر: الإنصاف: ١٠٥/٨؛ شرح منتهى الإرادات: ٢٦/٣؛ كشاف القناع: ٧١/٥.

القول الثاني : الكفاءة شرط لصحة النكاح ، وهو مذهب الإمام **أحمد** في المشهور عنه[1].

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

١- قال تعالى : يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾ (الحجرات: ١٣).

٢- أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد ﷺ فنكحها بأمره.[2]

٣- روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : " إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً ، وأنكحة ابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار".[3]

واستدل أصحاب القول الثاني بأدلة منها :

١- عن جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ : **(لا ينكح النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء).**[4]

٢- قوله ﷺ : **(ثلاث لا تؤخر: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت،**

---

(1) انظر: المغني: ٣٩١/٩؛ الإنصاف: ١٠٥/٨؛ شرح منتهى الإرادات: ٢٦/٣.

(2) الحديث أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها.

(3) الأثر: أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: فيمن حرم به. رقم الحديث (٢٠٦١). والنسائي في كتاب النكاح، باب: تزوج المولي العربية. رقم الحديث (٣٢٢٥).

(4) أخرجه الدارقطني (٣٥٨/٤) ، والبيهقي (١٣٣/٧) ، والطبراني في المعجم الأوسط (٦/١) .
قال ابن الجوزي في الموضوعات (٢٦٣/٢) : " قال أبو أحمد بن عدى: هذا الحديث مع اختلاف الفاظه في المتون واختلاف إسناده باطل لا يرويه إلا مبشر"

والأيم إذا وجدت لها كفئاً).[1]

٣- عن عمر ﷺ قال : " لأمنعن فروج ذوي الأحساب إلا من الأكفاء".[2]

اختيار ابن قدامة - رحمه الله - :

خالف **ابن قدامة** - رحمه الله - المذهب في اعتبار الكفء في النكاح وأنها شرط صحة ، يبطل النكاح بدونه.

حيث نص - رحمه الله - على القول بأن الكفاءة غير مشترطة ، وما روي فيها من أدلة فإنما هي دلالة على اعتبارها في الجملة فهي شرط لزوم ، لا شرط صحة .

ثم ذكر - رحمه الله - على افتراض اشتراط الكفاءة في عقد النكاح ، فإنما يُعتبر وجودها حال العقد ، فإذا حصل عدم مماثلة بين الزوجين بعد العقد لم يبطل النكاح.

ثم ذكر - رحمه الله - على افتراض اشتراط الكفاءة في عقد النكاح ، ثم عدمت حال العقد ، فالنكاح فاسد لا باطل كما هو المذهب ، ويسري فيه من الحكم كحكم العقود الفاسدة على ما مضى ذكره.

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الجنائز، باب: ما جاء في تعجيل الجنازة. وقال: "هذا حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل" (٣٧٨/٣).

(٢) الأثر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب النكاح، باب: الأكفاء. رقم (١٠٣٢٤). وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح، باب: ما قالوا في الأكفاء في النكاح. (٤٦٦/٣).

المطلب السادس : تغيب رضا الثيب الكبيرة وأثره في إبطال نكاحها

قال ابن قدامة : " وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد العقد ".[1]

الثيب الكبيرة لا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها وهذا قول **عامة أهل العلم** ، بل حكى **ابن المنذر** الإجماع على ذلك.[2]

وشذ **الحسن البصري** وقال : للأب تزويج الثيب الكبيرة بغير إذنها وإن كرهت . وهذا القول مخالف للسنة النبوية.[3]

وقد استدل العلماء على مذهبهم بما يلي :

١- أن الخنساء بنت خذام الأنصارية زوجها أبوها وهي ثيب ، فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها.[4]

٢- قال ﷺ : **(لا تنكح الأيم حتى تستأمر)**.[5]

٣- عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : **(ليس للولي مع الثيب أمر)**.[6]

اختيار ابن قدامة – رحمه الله – :

ذهب **ابن قدامة** – رحمه الله – إلى أن زواج الثيب الكبيرة بغير إذنها فنكاحها باطل لا يترتب عليها أي أثر ، بل يفسخ النكاح كما فعل ﷺ مع الخنساء بنت خذام الأنصارية فقه رد النكاح.

فنصه – رحمه الله – على البطلان دلالة على تفرقته عن الفساد ، وقد فسخ النبي ﷺ النكاح ، ولم يأمر بالتطليق وذلك يبين أن النكاح باطل وليس فاسداً ، لأن الفاسد يترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح ومنها التطليق .

---

(١) المغني: ٤٠٦/٩.
(٢) الإجماع: ص٧٤.
(٣) انظر: المغني: ٤٠٦/٩؛ حاشية ابن عابدين: ٢٩٦/٢؛ مواهب الجليل: ٤٢٧/٣؛ روضة الطالبين: ٥٤/٧.
(٤) أخرجه البخاري في كتاب الإكراه، باب: لا يجوز نكاح المكره.
(٥) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ومسلم في كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق.
(٦) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الثيب والنسائي في كتاب النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها.

المطلب السابع : زواج المرأة اثنين في وقت واحد .

إذا زوج الوليان امرأة فالعقد يقع للأول منهما ، فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان ، أما إذا عُلم أن العقدين وقعا في وقت واحد قال **ابن قدامة** : " وإن عُلم أن العقدين وقعا معاً ، لم يسبق أحدهما الآخر ، فهما باطلان ، لا حاجة إلى فسخهما ، لأنهما باطلان من أصلهما ، ولا مهر لها على واحد منهما ، ولا ميراث لها منهما ، ولا يرثها واحد منهما ".[1]

ذهب **الحنفية**[2]، **والمالكية**[3]، **والشافعية**[4]، **والحنابلة**[5] إلى أنه إذا عُلم أن العقدين وقعا معاً ، لم يسبق أحدهما الآخر فالعقدان باطلان ، ولا يترتب عليه آثار العقد الصحيح ؛ لتعذر الجمع بينهما ، وعدم أولوية أحدهما ، فهذه المسألة محل اتفاق بين الفقهاء .

ف**ابن قدامة** – رحمه الله – ينص على أن هذا النكاح باطل ، ولا يقصد به الفاسد ، فالباطل بمعنى المعدوم لا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح كما نص – رحمه الله – ، إذ لا يحتاج إلى فسخ العقد لأنه كأنه لم يكن، ولا مهر ، ولا ميراث .. إلخ.

---

(1) المغني: ٤٣٣/٩.
(2) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣١٤/٢؛ الاختيار: ٩٧/٣؛ بدائع الصنائع: ٢٥١/٢.
(3) انظر: حاشية الدسوقي: ٢٣٥/٢؛ الشرح الكبير للدردير: ٢٣٥/٢؛ الشرح الصغير: ٣٧٨/٢.
(4) انظر: روضة الطالبين: ٨٨/٧؛ مغني المحتاج: ١٦/٣.
(5) انظر: المغني: ٤٣٣/٩؛ كشاف القناع: ٥٩/٥.

المطلب الثامن : تزوج العبد بغير إذن سيده بين البطلان والفساد.

العبد لا يملك نفسه ؛ لأنه مال مملوك لسيده ، وحيث أن عقد النكاح له تبعات مالية من مهر ونفقة ، لذا جُعل أمر تزويج العبد إلى سيده ، فإذا تزوج العبد بدون إذن سيده فما حكم نكاحه ؟

قال **ابن قدامة** : " (وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل).

قال : أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده ، فإن نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم جميعاً ، وقال **ابن المنذر** : أجمعوا على أن نكاحه باطل. والصواب ما قلنا إن شاء الله ، فإنهم اختلفوا في صحته ، فعن **أحمد** في ذلك روايتان ، أظهرهما : أنه باطل ، ... وعن **أحمد** أنه موقوف على إجازة السيد ، فإن أجازه جاز ، وإن ردّه بطل ، وهو قول **أصحاب الرأي** ، لأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية ".[1]

أجمع العلماء على صحة إنكاح العبد نفسه بإذن سيده[2]، واختلفوا فيما إذا لم يأذن له على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن نكاح العبد بغير إذن سيده باطل ، ولا يصح بإجازة السيد ، وهو مذهب **الشافعية**[3]، وأظهر الروايتين عن **الحنابلة**[4]، **وابن حزم الظاهري**.[5]

القول الثاني : إن العبد إذا تزوج بغير إذن سيده فإن زواجه موقوف على إجازة السيد، فإن أجازه السيد جاز ، وإن رده بطل .

وهذا مذهب **الحنفية**[6]، **والمالكية**[7]، والرواية الثانية عن **أحمد**.[8]

---

(1) المغني: ٤٣٦/٩.
(2) انظر: الجامع لأحكام القرآن: ١٤٢/٥.
(3) انظر: مغني المحتاج: ١٧١/٣؛ روضة الطالبين: ١٠١/٧؛ الأم: ٤١/٥.
(4) انظر: المغني: ٤٣٦/٩.
(5) انظر: المحلى: ٤٦٧/٩.
(6) انظر: فتح القدير : ٤٨٢/٢؛ تبيين الحقائق : ١٣٢/٢؛ البحر الرائق : ١٤٧/٣ .
(7) انظر: شرح الزرقاني: ١٥٥/٣؛ المنتقى: ٣٣٧/٣؛ الكافي: ٤٤٧/١.
(8) انظر : المغني: ٤٣٦/٩.

القول الثالث : إنه يصح زواج العبد بغير إذن سيده.

وهذا قول **داود الظاهري** .[1]

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها :

١- عن جابر ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال : (**أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر**).[2]

والعاهر الزاني ، والزنى باطل ، وإذا وقع العقد باطلاً لم يكن بالإجازة صحيحاً.[3]

٢- عن ابن عمر ﷺ مرفوعاً : (**إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل**)[4].

واستدل أصحاب القول الثاني بأدلة منها:

١- أنه عقد صدر من أهله مضافاً إلى محله ، ولا ضرر في انعقاده ، فينعقد موقوفاً حتى إذا رأى المجيز المصلحة فيه أنفذه.[5]

٢- قياساً على صحة إجازة المرأة نكاحها إذا زوجها وليها بغير إذنها.[6]

٣- أن فيه الخيار للسيد لتعلق حقه بمنافعه ، والخيار إذا ثبت بالشرع دون الشرط لم يمنع صحة النكاح كخيار الرد بالعنة والجذام والبرص والجنون[7].

---

(١)عزاه بعض العلماء لداود. انظر: سبل السلام: ١٢٣/٣؛ نيل الأوطار: ١٧١/٦؛ عون المعبود: ٩٢/٦.

(٢)الحديث أخرجه أحمد في باب: ما جاء في تزويج العبد بغير إذن سيده . وأبو داود في كتاب النكاح، باب نكاح العبد بغير إذن مواليه. والترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده. وابن ماجه في كتاب النكاح، باب: تزويج العبد بغير إذن سيده.

(٣)انظر: سبل السلام: ١٢٣/٣؛ نيل الأوطار: ١٧١/٦؛ تحفة الأحوذي: ٢٤٩/٤.

(٤)أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: نكاح العبد بغير إذن سيده. وابن ماجه في كتاب النكاح، باب: تزويج العبد بغير إذن سيده. والدارمي في كتاب النكاح، باب: في العبد يتزوج بغير إذن سيده . والبيهقي في كتاب النكاح ، باب : نكاح العبد بغير إذن مالكه . والصحيح وقفه على ابن عمر كما قاله أبو داود ، وأما المرفوع فلا يصح .

(٥) انظر: فتح القدير: ٣٠٨/٣. البحر الرائق: ١٤٨/٣؛ تبيين الحقائق: ١٣٢/٢.

(٦) انظر: تبيين الحقائق: ١٣٢/٢.

(٧) انظر: المنتقى: ٣٣٨/٣.

واستدل أصحاب القول الثالث بأدلة منها:

أن النكاح فرض عين ، وفروض العين لا تفتقر إلى الإذن[1].

اختيار ابن قدامة – رحمه الله – :

ذكر **ابن قدامة** – رحمه الله – نص **الخرقي** في بطلان عقد نكاح العبد إذا تزوج بغير إذن سيده ، ثم نقل ما ذكره العلماء السابقون من الإجماع على بطلان هذا العقد ، إلا أنه – رحمه الله – لم يرتض هذا الإجماع ، بل بيّن أنه يرى أن المسألة خلافية ، ثم رتب على هذا الخلاف حكم هذا العقد ، إذ بين أنه من العقود الفاسدة ؛ لأنه فقد شرطاً من شروط النكاح ، وليس من العقود الباطلة ، لوجود الخلاف في المسألة ، فلم يوجب الحد ، ويثبت به النسب ، لأنه وطء بشبهةٍ ، والحدود تدرأ بالشبهات.

فابن قدامة – رحمه الله – خالف **المذهب** في المشهور عنه من أن نكاح العبد بغير إذن سيده باطل ، بل جعله من العقود الفاسدة حيث نص – رحمه الله – على أن هذه المسألة من الأنكحة الفاسدة التي فقدت شرطاً حيث قال : "...ولأنه نكاح فقد شرطه، فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود".[2]

وقد ذكرنا سابقاً أن النكاح بغير شهود من الأنكحة الفاسدة لا الباطلة عنده رحمه الله.

وذكر أيضاً في موضع آخر ما يدل على أن نكاح العبد بغير إذن سيده من العقود الفاسدة حيث قال : " وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها ، أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد "[3]

وقال أيضاً : "... وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد ".[4]

([1])انظر: سبل السلام: ١٢٣/٣؛ نيل الأوطار: ١٧١/٦. مع التنبيه على ان القرطبي ذكر رأي داود مع أصحاب المذهب الأول الذين يبطلون النكاح. الجامع لأحكام القرآن (١٤١/٥).

([2]) المغني: ٤٣٧/٩.

([3]) المصدر السابق: ٤٤٦/٩.

([4]) المصدر السابق: ٤٥٠/٩.

المطلب التاسع : مسائل متعددة .

ومما ذكره مما يعد تأكيدا لهذه الفكرة وقد كثر عنده رحمه الله ذلك ، مثلت بشيء منه كما مرّ مفصلا ، وأسوق الباقي وأعزوه إلى مواضعه في كتاب (المغني) ، من مثل ذلك :

مسألة (١) : قال ابن قدامة : " وَإِذَا زُوِّجَتْ بِآخَرَ قَبْلَ التَّفْرِيقِ ، لَمْ يَصِحَّ الثَّانِي أَيْضًا ، وَلَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهَا الثَّالِثَ حَتَّى يُطَلِّقَ الْأَوَّلَانِ أَوْ يُفْسَخَ نِكَاحُهُمَا ، وَمَتَى فُرِّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ قَبْضٌ ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ عِوَضٌ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، وَإِنْ كَانَ التَّفْرِيقُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَلَهَا الْمَهْرُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ {فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا } .

وَإِنْ تَكَرَّرَ الْوَطْءُ فَالْمَهْرُ وَاحِدٌ ؛ لِلْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّهُ إصَابَةٌ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ ، أَشْبَهَ الْإِصَابَةَ فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ "[1]

مسألة (٢) : قال ابن قدامة : " وَيُسَاوِي الْفَاسِدُ الصَّحِيحَ فِي اللِّعَانِ ، إذَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ عَنْهُ ، لِكَوْنِ النَّسَبِ لَاحِقًا بِهِ "[2]

مسألة (٣) : قال ابن قدامة : " وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ وَلِيَّانِ فَأَذِنَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي تَزْوِيجِهَا ، جَازَ ، سَوَاءٌ أَذِنَتْ فِي رَجُلٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مُطْلَقًا ، فَقَالَتْ : قَدْ أَذِنْت لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَوْلِيَائِي فِي تَزْوِيجِي مَنْ أَرَادَ .

فَإِذَا زَوَّجَهَا الْوَلِيَّانِ لِرَجُلَيْنِ ، وَعُلِمَ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فَالنِّكَاحُ لَهُ ، دَخَلَ بِهَا الثَّانِي أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ....., وَلِأَنَّ الثَّانِيَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي

([1]) المغني : ٣٥١/٩ .
([2]) المصدر السابق: ٣٥٤/٩ .

عِصْمَةِ زَوْجٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أَنَّ لَهَا زَوْجًا ؛ وَلِأَنَّهُ نِكَاحٌ بَاطِلٌ لَوْ عَرِيَ عَنْ الدُّخُولِ ، فَكَانَ بَاطِلًا وَإِنْ دَخَلَ ، كَنِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ "[1]

مسألة (٤) : قال ابن قدامة : " فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلَمْ يُصِبْهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ بَعْدَ آخِرِ وَقْتِ وَطْئِهَا الثَّانِي . أَمَّا إذَا عَلِمَ الْحَالَ قَبْلَ وَطْءِ الثَّانِي لَهَا ، فَإِنَّهَا تُدْفَعُ إلَى الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ لَا يُوجِبُ شَيْئًا . وَإِنْ وَطِئَهَا الثَّانِي ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، فَهُوَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ يَجِبُ لَهَا بِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَتُرَدُّ إلَى الْأَوَّلِ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ ، إنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ وَلَمْ تَحْمِلْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ....."، وَلَا يَحْتَاجُ هَذَا النِّكَاحُ الثَّانِي إلَى فَسْخٍ ؛ لِأَنَّهُ بَاطِلٌ . وَلَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ إلَّا بِالْوَطْءِ ، دُونَ مُجَرَّدِ الدُّخُولِ وَالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ بَاطِلٌ لَا حُكْمَ لَهُ . وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالْإِصَابَةِ لَا بِالتَّسْمِيَةِ"[2]

مسألة (٥) : قال ابن قدامة : " وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، فَعَلَى سَيِّدِهِ خُمْسَا الْمَهْرِ كَمَا قَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .....

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خَمْسَةُ فُصُولٍ : الْفَصْلُ الْأَوَّلُ : فِي وُجُوبِ الْمَهْرِ ، وَلَهُ حَالَانِ أَحَدُهُمَا : أَنْ لَا يَدْخُلَ بِهَا ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ بَاطِلٌ ، فَلَا

---

(1) المصدر السابق: ٤٢٨/٩ .
(2) المصدر السابق : ٤٣١/٩ .

نُوجِبُ بِمُجَرَّدِهِ شَيْئًا ، كَالْبَيْعِ الْبَاطِلِ . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ ، لَا نُوجِبُ بِمُجَرَّدِهَا شَيْئًا .

الْحَالُ الثَّانِي : أَنْ يُصِيبَهَا ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ .....

لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا } وَهَذَا قَدْ اسْتَحَلَّ فَرْجَهَا ، فَيَكُونُ مَهْرُهَا عَلَيْهِ ؛ وَلِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الْبُضْعِ بِاسْمِ النِّكَاحِ ، فَكَانَ الْمَهْرُ وَاجِبًا ، لِكَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ .....

، أَنَّ الْوَاجِبَ مِنْ الْمَهْرِ خُمْسَاهُ .....وَعَنْهُ أَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يُوجِبُ الْمَهْرَ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ بِكَمَالِهِ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ ، وَفِي سَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ "[1]

مسألة (٦) : قال ابن قدامة : " إذَا أَذِنَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ فِي تَزْوِيجِهِ بِمُعَيَّنَةٍ ، أَوْ مِنْ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ مِنْ جِنْسٍ مُعَيَّنٍ ، فَنَكَحَ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَنِكَاحُهُ فَاسِدٌ ، وَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا .

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي تَزْوِيجٍ صَحِيحٍ ، فَنَكَحَ نِكَاحًا فَاسِدًا فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ لَهُ فِيهِ .

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ ، وَأَطْلَقَ ، فَنَكَحَ نِكَاحًا فَاسِدًا ، احْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي النِّكَاحِ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ ، وَاحْتُمِلَ أَنْ يَتَنَاوَلَهُ إذْنُهُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُهُ

([1]) المغني : ٤٣٧/٩.

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَحَصَلَتْ الْإِصَابَةُ فِيهِ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ جَمِيعُ الْمَهْرِ ؛ لِأَنَّهُ بِإِذْنِهِ "[1] .

مسألة (٧) : قال ابن قدامة : " فِي الْمَهْرِ ، وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَقَدْ نَكَحَهَا نِكَاحًا صَحِيحًا ، فَلَهَا الْمُسَمَّى ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَاخْتَارَ الْفَسْخَ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ تَعَذَّرَ مِنْ جِهَتِهَا ، فَهِيَ كَالْمَعِيبَةِ يُفْسَخُ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ مِنْ أَصْلِهِ ، وَلَا مَهْرَ فِيهِ قَبْلَ الدُّخُولِ . فَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا"[2]

مسألة (٨) : قال ابن قدامة : " أَنَّ الزَّوْجَ إنْ كَانَ مِمَّنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَهُوَ مَنْ يَجِدُ الطَّوْلَ ، أَوْ لَا يَخْشَى الْعَنَتَ ، فَإِنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّنَا بَيَّنَّا أَنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِعَدَمِ شَرْطِهِ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَ تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهَا ، أَوْ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَالْحُكْمُ فِي الرُّجُوعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَكَانَتْ شَرَائِطُ النِّكَاحِ مُجْتَمِعَةً ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ، وَلِلزَّوْجِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْمُقَامِ عَلَى النِّكَاحِ "[3]

مسألة (٩) : قال ابن قدامة : " وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ، أَوْ الْمُسَمَّى ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا مِنْ الِاخْتِلَافِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ فُسِخَ النِّكَاحُ مَعَ الْقَوْلِ

---

(1) المصدر السابق: ٤٤٠/٩ .
(2) المصدر السابق: ٤٤٤/٩.
(3) المصدر السابق : ٤٤٦/٩.

بِصِحَّتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ طَرَأَ عَلَى نِكَاحٍ ، فَأَشْبَهَ الطَّلَاقَ "[1]

مسألة (١٠) : قال ابن قدامة : " الضَّرْبُ الثَّانِي : تَحْرِيمُ الْجَمْعِ . وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ سَوَاءٌ كَانَتَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، حُرَّتَيْنِ كَانَتَا أَوْ أَمَتَيْنِ أَوْ حُرَّةً وَأَمَةً ، مِنْ أَبَوَيْنِ كَانَتَا أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، لِعُمُومِ الْآيَةِ . فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِذَلِكَ حَالَ الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ إحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى فَنِكَاحُ الْأُولَى صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِيهِ جَمْعٌ ، وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الْجَمْعُ ، وَلَيْسَ فِي هَذَا – بِحَمْدِ اللَّهِ – اخْتِلَافٌ وَلَيْسَ عَلَيْهِ تَفْرِيعٌ "[2]

مسألة (١١) : قال ابن قدامة : " الثَّانِي : الْوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ ، وَهُوَ الْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ شِرَاءٍ فَاسِدٍ ، أَوْ وَطْءُ امْرَأَةٍ ظَنَّهَا امْرَأَتَهُ أَوْ أَمَتَهُ ، أَوْ وَطْءُ الْأَمَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ كَتَعَلُّقِهِ بِالْوَطْءِ الْمُبَاحِ إجْمَاعًا

قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ، عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إذَا وَطِئَ امْرَأَةً بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ ، أَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ وَأَجْدَادِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَأَثْبَتَ التَّحْرِيمَ ، كَالْوَطْءِ الْمُبَاحِ"[3]

---

(1) المغني : ٤٤٩/٩.
(2) المصدر السابق: ٥١٩/٩.
(3) المصدر السابق: ٥٢٨/٩.

مسألة (١٢) : قال ابن قدامة : "وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا ، أَوْ عَمَّتِهَا ، أَوْ خَالَتِهَا ، مُحَرَّمٌ . فَمَتَى جَمَعَ بَيْنَهُمَا ، فَعَقَدَ عَلَيْهِمَا مَعًا ، لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ فِيهِمَا ، وَلَا مَزِيَّةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، فَيَبْطُلُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ زُوِّجَتْ الْمَرْأَةُ لِرَجُلَيْنِ . وَهَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ خَمْسًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ لِذَلِكَ . وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، فَنِكَاحُ الْأُولَى صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا جَمْعَ فِيهِ ، وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ يَحْصُلُ بِهِ ، فَبِالْعَقْدِ عَلَى الْأُولَى تَحَرَّمُ الثَّانِيَةُ ، وَلَا يَصِحُّ عَقْدُهُ عَلَيْهَا حَتَّى تَبِينَ الْأُولَى مِنْهُ ، وَيَزُولَ نِكَاحُهَا وَعِدَّتُهَا . فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، وَلَمْ يَدْرِ أُولَاهُمَا ، فَعَلَيْهِ فُرْقَتُهُمَا مَعًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لَا يَدْرِي أَيَّتُهُمَا تَزَوَّجَ أَوَّلًا : نُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا . وَذَلِكَ لِأَنَّ إحْدَاهُمَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَلَا نَعْرِفُ الْمُحَلَّلَةَ لَهُ ، فَقَدْ اشْتَبَهَتَا عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُ إحْدَاهُمَا صَحِيحٌ ، وَلَا تُتَيَقَّنُ بَيْنُونَتُهَا مِنْهُ إلَّا بِطَلَاقِهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ فَسْخِ نِكَاحِهِمَا ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، وَلَمْ يُعْرَفْ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا إذَا دَخَلَ بِهِمَا ، فَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُفَارِقَ الْأُخْرَى ، وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا مِنْ حِينِ فُرْقَتِهَا ، وَتَنْقَضِي عِدَّةُ الْأُخْرَى مِنْ حِينِ أَصَابَهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ إحْدَاهُمَا ، أَوْ هُمَا جَمِيعًا ، فَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ إمَّا مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَكِلَاهُمَا يَلْحَقُ النَّسَبُ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يُرِدْ نِكَاحَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَارَقَهُمَا بِطَلْقَةٍ طَلْقَةٍ "[1]

مسألة (١٣) : قال ابن قدامة : " فَأَمَّا الْمَهْرُ .....وَإِنْ أَصَابَهُمَا مَعًا ، فَلِإِحْدَاهُمَا الْمُسَمَّى ، وَلِلْأُخْرَى مَهْرُ الْمِثْلِ ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فِيهِ . إنْ قُلْنَا

(١) المصدر السابق : ٥٣٤/٩.

: إنَّ الْوَاجِبَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، وَجَبَ هَاهُنَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا "[1]

مسألة (١٤) : قال ابن قدامة " وَلَوْ تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً وَمَجُوسِيَّةً ، أَوْ مُحَلَّلَةً وَمُحَرَّمَةً ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ فِي الْمَجُوسِيَّةِ وَالْمُحَرَّمَةِ ، وَفِي الْأُخْرَى وَجْهَانِ . وَإِنْ نَكَحَ أَرْبَعَ حَرَائِرَ وَأَمَةً ، فَسَدَ فِي الْأَمَةِ ، وَفِي الْحَرَائِرِ وَجْهَانِ . وَإِنْ نَكَحَ الْعَبْدُ حُرَّتَيْنِ وَأَمَةً ، بَطَلَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَابْنَتَهَا ، فَسَدَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِيهِمَا ، كَالْأُخْتَيْنِ "[2]

مسألة (١٥) : قال ابن قدامة : " فَإِنْ وَطِئَ أَمَتَيْهِ الْأُخْتَيْنِ مَعًا ، فَوَطْءُ الثَّانِيَةِ مُحَرَّمٌ ، وَلَا حَدَّ فِيهِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ فِي مِلْكِهِ وَلِأَنَّهَا مُخْتَلَفٌ فِي حُكْمِهَا ، وَلَهُ سَبِيلٌ إلَى اسْتِبَاحَتِهَا ، بِخِلَافِ أُخْتِهِ مِنْ الرَّضَاعِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ"[3]

مسألة (١٦) : قال ابن قدامة : " وَمَتَى تَزَوَّجَ الْأَمَةَ ، ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهُ كَانَ مُوسِرًا حَالَ النِّكَاحِ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِفَسَادِ نِكَاحِهِ . وَهَكَذَا إنْ أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَخْشَى الْعَنَتَ .

فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَصَدَّقَهُ السَّيِّدُ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي صِحَّةَ النِّكَاحِ وَالْأَصْلُ مَعَهُ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ ، إلَّا أَنْ يَكُونَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ ، فَعَلَى قَوْلِ مَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، يَلْزَمُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ ، وَجَبَ وَلِلسَّيِّدِ أَلَّا يُصَدِّقَهُ فِيمَا قَالَ ، فَيَكُونَ لَهُ مِنْ

---

(1) المغني : ٥٣٥/٩ .
(2) المصدر السابق: ٥٣٧/٩ .
(3) المصدر السابق : ٥٣٩/٩ .

الْمَهْرِ مَا يَجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . وَهَلْ ذَلِكَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ"[1]

مسألة (١٧) : قال ابن قدامة : " وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَى الْأَمَةِ حُرَّةً ، صَحَّ . وَفِي بُطْلَانِ نِكَاحِ الْأَمَةِ رِوَايَتَانِ "[2]

مسألة (١٨) : قال ابن قدامة : " وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً فَلَمْ تُعِفَّهُ ، فَذَكَرَ فِيهَا أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ ، مِثْلُ نِكَاحِ الْأَمَةِ فِي حَقِّ مَنْ تَحْتَهُ أَمَةٌ لَمْ تُعِفَّهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَتْ الْحُرَّةُ تُعِفُّهُ ، فَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِ نِكَاحِ الْأَمَةِ . وَإِنْ نَكَحَ أَمَةً تُعِفُّهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ أُخْرَى ، فَإِنْ نَكَحَهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ . لِأَنَّهُ يَبْطُلُ فِي إحْدَاهُمَا ، وَلَيْسَتْ إحْدَاهُمَا بِأَوْلَى مِنْ الْأُخْرَى ، فَبَطَلَ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ "[3]

مسألة (١٩) : قال ابن قدامة : " فَإِنْ نَكَحَهَا نِكَاحًا فَاسِدًا ، وَهُوَ مَا لَا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ إذَا أَسْلَمُوا ، كَنِكَاحِ ذَوَاتِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، فَأَسْلَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، أَوْ تَرَافَعُوا إلَيْنَا ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا .

قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الْمَجُوسِيَّةِ تَكُونُ تَحْتَ أَخِيهَا أَوْ أَبِيهَا ، فَيُطَلِّقُهَا أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا ، فَتَرْتَفِعُ إلَى الْمُسْلِمِينَ بِطَلَبِ مَهْرِهَا : لَا مَهْرَ لَهَا . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ ، لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ فِي الْإِسْلَامِ ، وَحَصَلَ فِيهِ الْفُرْقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ . فَأَمَّا إنْ دَخَلَ بِهَا ، فَهَلْ يَجِبُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْمُسْلِمِ إذَا وَطِئَ امْرَأَةً مِنْ مَحَارِمِهِ بِشُبْهَةٍ "[4]

---

(1) المصدر السابق: ٥٢٨/٩.
(2) المصدر السابق: ٥٥٩/٩ .
(3) المصدر السابق: ٥٦٠/٩ .
(4) المصدر السابق: ٣٥/١٠ .

مسألة (٢٠) : قال ابن قدامة : " (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُتْعَةِ) مَعْنَى نِكَاحِ الْمُتْعَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ مُدَّةً ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتُك ابْنَتِي شَهْرًا ، أَوْ سَنَةً ، أَوْ إلَى انْقِضَاءِ الْمَوْسِمِ ، أَوْ قُدُومِ الْحَاجِّ .وَشِبْهَهُ ، سَوَاءٌ كَانَتْ الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً أَوْ مَجْهُولَةً . فَهَذَا نِكَاحٌ بَاطِلٌ .....، وَلِأَنَّهُ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامُ النِّكَاحِ ، مِنْ الطَّلَاقِ ، وَالظِّهَارِ ، وَاللِّعَانِ ، وَالتَّوَارُثِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْبَاطِلَةِ "[1]

مسألة (٢١) : قال ابن قدامة : " (وَكَذَلِكَ إنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يُحِلَّهَا لِزَوْجٍ كَانَ قَبْلَهُ) وَجُمْلَتُهُ أَنَّ نِكَاحَ الْمُحَلِّلِ حَرَامٌ بَاطِلٌ .....، فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ التَّحْلِيلَ قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْعَقْدِ وَنَوَاهُ فِي الْعَقْدِ أَوْ نَوَى التَّحْلِيلَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ أَيْضًا." [2]

مسألة (٢٢) : قال ابن قدامة : " وَنِكَاحُ الْمُحَلِّلِ فَاسِدٌ ، يَثْبُتُ فِيهِ سَائِرُ أَحْكَامِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِحْصَانُ ، وَلَا الْإِبَاحَةُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ "[3]

---

(1) المغني : ٤٨/١٠ .
(2) المصدر السابق: ٤٩/١٠ .
(3) المصدر السابق: ٥٤/١٠.

الخاتمة

الحمد لله مفتتح كل عمل ومختتم كل خير، وسبحان الله له الحمد في الأولى والآخرة، وإليه المصير، وبعد ...

- فقد صاحبت هذه الفكرة زمناً كنت أقلب فيه النظر في المسائل التي اختلف فيها أهل المذهب الواحد حتى كدت أرى الخلاف بين عبارات العالم الواحد إذا اختلفت مناسبات الكلام .
- ثم تبين لي على سبيل القطع أن الأمر لم يكن اضطراباً منهم، ولم يكن فضول قول من أحدهم، كما لم يكن إبرازاً للاختلاف المذموم الذي لا يقبل، وإنما كان كل منهم يملي قلمه بما استقر في اعتقاده أنه لن يغير العلم أو الواقع .
- أما بالنسبة لأساس فكرة البحث فقد تبين لي بعد صحبة الموضوع أن التفريق في التنظير لم يكن إلا عند الحنفية بينما نص أتباع المذاهب الأخرى ألاّ تفريق.
- واختلف الجانب التطبيقي أو العملي فرأينا التفريق واضحاً وإن اختلفت العبارت التي يُستدل بها على التفريق ، كالقول عن الفاسد ، الفاسد المختلف في فساده ، والباطل المتفق على فساده ، وقد بان للباحث أنه لا يجب التسليم بكل ما جاء ، ولو أسند هذا إلى الأوائل ، فربما شاع عدم التفريق لأجل عبارة ساقها أول ، فتناقلها الناس عنه اعتماداً على مقامه ، ومرتبته العلمية ، لو محصت عند أول أمرها ربما ردها قائلها.

- القول بالتفريق له أثره الذي لا ينكر، ومن لا يفرق لا يمكن له أن يرتب نفس الآثار على كليهما بدرجة واحدة.
- فقد ثبت لدى الباحث بغير شك أن ابن قدامة قد فرق بين مستويي غير الصحيح ، لكن قوله في التفريق لم يلزم شكلاً تعبيرياً واحداً ، فكأن بعضها جاء لتأكده بوجود الفرق عند تناول الكلام.
- يدعو الباحث إلى ضرورة التمحيص فيما يُقرأ ، فيحسن ألا تكون القراءة خالقة لمن يقتاده الكاتب ، بل ينبغي أن تكون ناقدة حتى تثمر فوائدها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .....

فهرس المراجع

١- الإبهاج في شرح المنهاج ، تقي الدين السبكي (ت٧٥٦هـ) ، وولده تاج الدين (ت٧٧١هـ) ، صححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية. بيروت ؛ الطبعة: الأولى. عام ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٢- الإجماع ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى : ٣١٩هـ) ، المحقق : فؤاد عبد المنعم أحمد ، الناشر : دار المسلم للنشر والتوزيع ، الطبعة : الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤مـ

٣- إحكام الفصول في أحكام الأصول ، سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤هـ) ، تحقيق: عبدالمجيد التركي ، دار الغرب الإسلامي. بيروت ، الطبعة: الأولى. عام ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

٤- الإحكام في أصول الأحكام ، أبو الحسن علي بن أبي علي الآمدي (ت٦٣١هـ) ، الطبع: بدون.

٥- الإحكام في أصول الأحكام . أبو محمد علي بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) . تحقيق : محمد أحمد عبد العزيز . مكتبة عاطف . القاهرة. الطبعة : الأولى . عام ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م .

٦- أحكام القرآن ، ابن العربي محمد بن عبد الله (ت ٥٤٣ هـ) ، تحقيق : علي محمد البجاوي .دار الفكر . بيروت .

٧- أحكام القرآن للجصاص ، أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي ، الناشر : دار احياء التراث العربى ـ بيروت ، سنة الطبع : ١٤٠٥ هـ ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوى

٨- الاختيار لتعليل المختار . عبد الله بن محمود الموصلي (ت ٦٨٣ هـ) . تعليق : محمود أبو دقيقة . دار الكتب العلمية . بيروت .

٩- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما

تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار ، يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت ٤٦٣ هـ) ، وثق أصوله : د/ عبد المعطي قلعجي . دار قتيبة . دمشق ، ودار الوعي . حلب . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣م .

١٠- أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦ هـ) ، تجريد : محمد بن أحمد الشوبري ، دار الكتاب الإسلامي . القاهرة .

١١- الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، القاضي عبدالوهاب البغدادي ، ت (٤٢٢هـ) ، تقديم : الحبيب بن طاهر ، دار ابن حزم – بيروت ، ط:١ ، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .

١٢- أصول السرخسي ، محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٩٠هـ) ، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني ، دار المعرفة. بيروت. عام١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

١٣- الأشباه والنظائر ، تاج الدين عبدالوهاب السبكي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة : الأولى ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م .

١٤- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠ هـ) .تحقيق : محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر ، بيروت .

١٥- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١ هـ) ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي . بيروت ، الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧م .

١٦- إكمال إكمال المعلم . (مطبوع بذيل صحيح مسلم) . محمد بن خليفة الأبي (ت ٨٢٧ هـ) .ضبطه وصححه : محمد سالم هاشم . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٥ هـ ـ

١٩٩٤م .
١٧- الأم ، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله [١٥٠ - ٢٠٤] ، الناشر : دار المعرفة – بيروت ، الطبعة : الثانية ، ١٣٩٣
١٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥ هـ) . تحقيق : محمد حامد الفقي . دار إحياء التراث العربي . بيروت . الطبعة : الثانية . عام ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م .
١٩- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى : ٩٧٨هـ) ، المحقق : يحيى مراد ، الناشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة : ٢٠٠٤م-١٤٢٤هـ]
٢٠- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠ هـ) . ضبطه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧م .
٢١- البحر المحيط ، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ) ،تحقيق: لجنة من علماء الأزهر.دار الكتبي. مصر ، الطبعة: الأولى. عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٢٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت ٥٨٧ هـ) ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة : الثانية . عام ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م
٢٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥ هـ) . دار المعرفة . بيروت الطبعة : السادسة . عام ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣م .

٢٤- بذل النظر في الأصول . محمد بن عبد الحميد الأسمندي (ت ٥٥٢ هـ) . تحقيق : د/ محمد زكي عبد البر . مكتبة دار التراث . القاهرة . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٢ هـ ـ ١٩٩٢م .
٢٥- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ، محمود بن عبدالرحمن الأصفهاني (ت٧٤٩هـ). تحقيق: د/محمد مظهر بقا ، دار المدني. جدة ، الطبعة الأولى. عام ١٤٠٦هـ -١٩٧٦م.
٢٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (المتوفى : ٧٤٣هـ)
٢٧- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه ، علاء الدين علي المرادوي ، تحقيق د/عبدالرحمن الجبرين - د/عوض القرني - د/ أحمد سراج ، مكتبة الرشد - الرياض ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م .
٢٨- تحرير ألفاظ التنبيه ، يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا ، الناشر : دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ ، تحقيق : عبد الغني الدقر
٢٩- تحقيق المراد فى أن النهى يقتضى الفساد للحافظ العلائي ، خليل بن كيكلدى العلائى ، ت ٧٦١ هـ ، دار النشر : دار الكتب الثقافية
٣٠- تخريج الفروع على الأصول ، محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب ، الناشر : مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨ ، تحقيق : د. محمد أديب صالح
٣١- تشنيف المسامع بجمع الجوامع ، بدر الدين محم بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ) ،
٣٢- تحقيق: د/عبدالله ربيع، و د/سيد عبدالعزيز ، مؤسسة قرطبة.
٣٣- التقرير والتحبير (شرح التحرير) ، ابن أمير الحاج محمد بن محمد (ت٨٧٩هـ) ، دار الفكر. بيروت.الطبعة: الأولى. عام١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٣٤- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد . يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت ٤٦٣ تحقيق : مصطفى العلوي ، ومحمد البكري .المطبعة الملكية بالرباط . عام ١٣٨٧ هـ
٣٥- التمهيد في أصول الفقه ، محفوظ بن أحمد الكلوذاني (ت٥١٠هـ) ، تحقيق: د/محمد علي، و د/مفيد أبو عمشة ، دار المدني. جدة ، الطبعة: الأولى. عام١٤٠٦هـ -١٩٨٥م.
٣٦- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي (ت ٧٧٢هـ).
٣٧- تحقيق: محمد حسن هيتو ، مؤسسة الرسالة. بيروت ، الطبعة: الثالثة. عام ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م.
٣٨- تيسير التحرير (شرح التحرير) ، أمير بادشاه محمد أمين (ت٩٧٢هـ) ، دار الفكر.
٣٩- تيسير الوصول إلى منهاج الأصول ، جمال الدين محمد بن عبدالرحمن المعروف بـ (ابن إمام الكاملية) ، تحقيق الدكتور عبدالفتاح الدخميسي ، الناشر الفروق الحديثة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م .
٤٠- الجامع لأحكام القرآن . محمد بن أحمد القرطبي (ت ٦٧١ هـ) . دار الكتاب العربي . القاهرة
٤١- جمع الجوامع (مطبوع مع حاشية البناني) ، تاج الدين عبدالوهاب السبكي (ت ٧٧١هـ) ، دار الفكر. بيروت. عام ١٤٠٢هـ - ١٩٧٢م.
٤٢- حاشية التفتازاني على شرح عضد الملة والدين لمختصر ابن الحاجب المالكي . (انظر : شرح العضد) .
٤٣- حاشية الخرشي (على مختصر خليل) . محمد بن عبد الله الخرشي

(ت ١١٠١ هـ) . ضبطه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م .

٤٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . محمد عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠ هـ) . دار الفكر . بيروت .

٤٥- الحاوي في فقه الشافعي ، أبو الحسن علي الماوردي (المتوفى : ٤٥٠هـ) ، الناشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة : الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤

٤٦- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، سيف الدين أبى بكر بن محمد بن أحمد الشاشى القفال / ت(٥٠٧) ، دار النشر : مؤسسة الرسالة / دار الأرقم

٤٧- الذخيرة ، أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤ هـ) ، دار الغرب الإسلامي . بيروت الطبعة : الأولى . ١٩٩٤م .

٤٨- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) . ابن عابدين محمد أمين (ت ١٢٥٢ هـ) دار الفكر . بيروت . الطبعة : الثانية . عام ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م .

٤٩- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب. عبدالوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ).

٥٠- تحقيق: علي معوض، وعادل عبدالموجود. علام الكتب. بيروت.الطبعة: الأولى. عام١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٥١- روضة الطالبين وعمدة المفتين . محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) . المكتب الإسلامي . بيروت . الطبعة : الثانية . عام ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م .

٥٢- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه . موفق الدين عبد الله بن قدامه (ت ٦٢٠ هـ) . دار المطبوعات العربية . بيروت .

٥٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام ، محمد الصنعاني ، الناشر : مكتبة الرسالة الحديثة .
٥٤- سنن ابن ماجة ، محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣ هـ) ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر . بيروت .
٥٥- سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥ هـ) ، دار الجيل . بيروت . عام ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م .
٥٦- سنن البيهقي (السنن الكبرى) ، أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) ، دار المعرفة . بيروت .
٥٧- سنن الترمذي (الجامع الصحيح) ، محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩ هـ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، دار الكتب العلمية . بيروت .
٥٨- سنن الدار قطني ، علي بن عمر الدار قطني (ت ٣٨٥ هـ) ، خرج أحاديثه : مجدي بن منصور الشورى ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة : الأولى . عام ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦م .
٥٩- سنن الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي (ت ٢٥٥ هـ) ، خرج أحاديثه : محمد عبد العزيز الخالدي ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة : الأولى . عام ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦م .
٦٠- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار . محمد علي الشوكاني (ت ١٢٥٠ هـ) . تحقيق : محمود إبراهيم زايد . دار الكتب العلمية . بيروت .الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م.
٦١- سنن النسائي (مع شرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي) ، أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) ، دار الكتب العلمية . بيروت .
٦٢- شرح تنقيح الفصول. أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ).

تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد. نشر: مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. الطبعة: الثانية. عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٦٣- شرح الزرقاني على موطأ مالك . محمد الزرقاني (ت ١١٢٢ هـ) . دار الفكر . بيروت . عام ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١م .

٦٤- شرح الزركشي على متن الخرقي . محمد بن عبد الله الزركشي (ت ٧٧٢ هـ) . تحقيق : د/ عبد الملك الدهيش . مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة . مكة . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٢ هـ ـ ١٩٩١م .

٦٥- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، أبو البركات أحمد الدردير ، تنسيق : مصطفى كمال ، دار المعارف .

٦٦- شرح العضد علي مختصر ابن الحاجب ، القاضي عضد الدين الإيجي عبدالرحمن بن أحمد (ت٧٥٦هـ) ، مراجعة وتصحيح: د/شعبان محمد إسماعيل ، مكتبة الكليات الزهرية. عام١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٦٧- شرح غاية السول إلى علم الأصول ، يوسف بن عبدالهادي الشهير بابن المبرد ، تحقيق : أحمد العنزي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م

٦٨- الشرح الكبير (مطبوع بذيل المغني) . عبد الرحمن بن قدامة (ت ٦٨٢ هـ) . دار الفكر . بيروت .الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤م .

٦٩- الشرح الكبير على الورقات ، أحمد بن قاسم العبادي (ت ٩٩٤ هـ) ، تحقيق : عبد الله ربيع ، مؤسسة قرطبة ، الطبعة : الأولى . عام ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٥م .

٧٠- شرح الكوكب المنير ، محمد بن أحمد بن النجار (ت٩٧٢هـ) ، تحقيق: د/محمد الزحيلي، و د/نزيه حامد ، طبع بمطابع جامعة أم القرى ، الطبعة: الثانية. عام ١٤١٣هـ.

٧١- شرح اللمع في أصول الفقه ، إبراهيم الشيرازي ، تحقيق الدكتور علي العميري ، دار البخاري – القسيم ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م .
٧٢- شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني ، محمد بن أحمد المحلي (ت٨٦٤هـ) ، دار الفكر. بيروت . عام ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢.
٧٣- شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول . شمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (ت ٧٤٩ هـ) . تحقيق : د/ عبد الكريم النملة . الناشر : مكتبة الرشد . الرياض . الطبعة : الأولى . عام ١٤١٠ هـ .
٧٤- شرح مختصر الروضة ، سليمان بن عبدالقوي الطوفي (ت٧١٦هـ) ، تحقيق: د/عبدالله التركي. مؤسسة الرسالة. بيروت ، الطبعة: الأولى. عام١٤٠٧هـ –١٩٨٧م.
٧٥- شرح منتهى الإرادات ، منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ) ، دار الفكر . بيروت .
٧٦- الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣ هـ) تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، الطبعة : الرابعة . عام ١٩٩٠م
٧٧- صحيح أبي داود ، محمد ناصر الدين الألباني ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة : الأولى ، ١٤٢٣هـ .
٧٨- صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت٢٥٦هـ) ، طبع مع شرحه (فتح الباري) ، تحقيق / عبدالعزيز بن باز ، ومحمد عبدالباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة : الأولى ، ١٤١٠هـ ـــ ١٩٨٩م .
٧٩- صحيح مسلم ، مسلم القشيري ، تحقيق : محمد عبدالباقي ، دار

إحياء التراث العربي ، الطبعة : الأولى ، ١٣٧٤هـ ـــ ١٩٥٥م .
٨٠- الضروري في أصول الفقه ، أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة (٥٩٥هـ) .، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي ، الناشر : دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٤م
٨١- الضياء اللامع شرح جمع الجوامع في أصول الفقه ، شيخ حلول أحمد بن عبدالرحمن الزليطي ، قدم له وحققه الدكتور عبدالكريم النملة ، مكتبة الرشد – الرياض ، الطبعة الأولى١٤٢٠هـ-١٩٩٩م
٨٢- العدة في أصول الفقه ، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء (ت٤٥٨هـ) ، تحقيق: د/أحمد المباركي ، الطبعة: الثالثة. عام ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.
٨٣- عون المعبود شرح سنن أبي داود ، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، المحقق : عبد الرحمن محمد عثمان ، دار النشر : المكتبة السلفية ، المدينه ، ط: الثانية ،١٣٨٨هـ ، ١٩٦٨م
٨٤- الغيث الهامع شرح جمع الجوامع ، ولي الدين أبي زرعة العراقي ، اعتنى به حسن بن قطب ، الناشر : الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى١٤٢٠هـ -٢٠٠٠م .
٨٥- الفائق في أصول الفقه ، صفي الدين الهندي ، تحقيق الدكتور علي العميري
٨٦- دار الاتحاد الاحوي للطباعة ١٤١١هـ
٨٧- فتح القدير ، محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٨٦١ هـ) ، دار الفكر . بيروت ، الطبعة : الثانية .
٨٨- فواتح الرحموت ، عبدالعلي محمد الأنصاري (ت١٢٢٥هـ) وهو شرح مسلم الثبوت في أول الفقه لمحب الدين بن عبدالشكور (ت١١١٩هـ). وهو مطبوع بذيل المستصفى للغزالي.دار الكتب العلمية. بيروت ، الطبعة: الثانية. عام١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٨٩- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني . أحمد بن غنيم النفراوي (ت ١١٢٦ هـ) .ضبطه وصححه : عبد الوارث محمد علي . دار الكتب العلمية . بيروت .الطبعة : الأولى . ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧م.

٩٠- القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت٨١٧هـ) ، دار الفكر. بيروت. عام١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٩١- القواعد والفوائد الأصولية ، علاء الدين علي بن عباس البعلي ، ضبطه وصححه محمد شاهين ، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٥م

٩٢- الكاشف على المحصول ، محد بن عباد الجلي ، تحقيق عادل عبدالموجود – على معوض ، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى١٤١٩ – ١٩٩٨م .

٩٣- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى : ٤٦٣هـ) ، المحقق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية ، الطبعة : الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

٩٤- كشاف القناع عن متن الإقناع . منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ) . راجعه وعلق عليه : هلال مصيلحي هلال .عالم الكتب . بيروت . عام ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣م

٩٥- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار . (وبذيله شرح نور الأنوار على المنار لملا جيون ت ١١٣٠ هـ) . عبد الله بن أحمد النسفي (ت ٧١٠ هـ) . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م .

٩٦- كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، علاء الدين عبدالعزيز البخاري (ت٧٣٠هـ) ، الناشر: دار الكتاب الإسلامي. القاهرة.
٩٧- لباب المحصول في علم الأصول ، الحسين بن رشيق المالكي ، تحقيق محمد غزالي دار البحوث لدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبي ، الطبعة الأولى١٤٢٢هـ –٢٠٠١م
٩٨- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظر (ت٧١١هـ) ، دار الفكر. بيروت.
٩٩- المبدع شرح المقنع . برهان الدين إبراهيم بن مفلح (ت ٨٨٤ هـ) . تحقيق : محمد حسن الشافعي . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة : الأولى . ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧م .
١٠٠- المبسوط . محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) . دار المعرفة . بيروت . عام ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م .
١٠١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧ هـ) .دار الكتاب العربي . بيروت ، الطبعة : الثالثة . عام ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢م .
١٠٢- المجموع شرح المهذب .محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) . وتكملته لتقي الدين السبكي ، (ت ٧٥٦هـ)، والمطيعي ، دار الفكر . بيروت .
١٠٣- مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيميه. (ت٧٢٨هـ). ، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم ، طبع في مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف في المدينة المنورة ، عام ١٤١٦هـ١٩٩٥م.
١٠٤- المحصول في علم أصول الفقه. فخر الدين الرازي (ت٦٠٦هـ).، تحقيق: د/طه العلواني ، مؤسسة الرسالة. بيروت. ، الطبعة: الثانية. عام١٤١٢هـ –١٩٩٢م.

١٠٥- المحلى ، أبو محمد علي بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، دار التراث . القاهرة .
١٠٦- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، عبدالقادر بن أحمد بن بدران (ت١٣٤٦هـ) ، تحقيق: د/عبدالله التركي ، مؤسسة الرسال. بيروت ، الطبعة: الثانية. عام١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
١٠٧- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة : الأولى ، ١٤١٨هـ ـــ ١٩٩٨م.
١٠٨- المدونة الكبرى ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى : ١٧٩هـ) ، المحقق : زكريا عميرات ، الناشر : دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان
١٠٩- المستصفى في علم الأصول. وبذيله فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، محمد بن محمد العزالي (ت٥٠٥هـ) ، دار الكتب العلمية. بيروت ، الطبعة: الثانية. عام١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١١٠- مسند الإمام أحمد ، أحمد بن حنبل (ت ٢٤٠ هـ) ، طبعة المكتب الإسلامي ، ودار صادر . بيروت .
١١١- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، احمد بن محمد الفيومي (ت٧٧٠هـ) ، المكتبة العلمية. بيروت.
١١٢- معجم مفردات ألفاظ القرآن ، الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢ هـ) .تحقيق : نديم مرعشلي ، دار الفكر . بيروت .
١١٣- معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس (ت ٣٩٥ هـ) ، تحقيق : عبد السلام هارون .دار الجيل . بيروت .
١١٤- معراج المنهاج شرح منهاج الوصول ، محمد الجزري ، تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل ، دار الكتبي. الطبعة الأولى١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

١١٥- المغني ، موفق الدين بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) ، مطبوع مع الشرح الكبير لأبي عمر بن قدامة (ت ٦٨٢ هـ) ، دار الفكر . بيروت ، الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤م .
١١٦- المغني في أصول الفقه . عمر بن محمد الخبازي (ت ٦٩١ هـ) . تحقيق : د/ محمد مظهر بقا ، طبع في مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي . مكة المكرمة . الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٣ هـ .
١١٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، محمد الشربيني (ت ٩٧٧ هـ) .دار الفكر . بيروت . عام ١٣٩٨ هـ .
١١٨- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤ هـ) ، دار الفكر العربي .
١١٩- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ، عثمان المقري ، المعروف بابن الحاجب (ت ٦٤٦ هـ) ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة : الأولى . ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٨٥م .
١٢٠- مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى : ٩٥٤هـ) ،المحقق : زكريا عميرات ، الناشر : دار عالم الكتب ،الطبعة : طبعة خاصة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م
١٢١- الموطأ ، الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ) ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي الحلبي .
١٢٢- ميزان الأصول في نتائج العقول ، علاء الدين محمد السمرقندي (ت ٥٣٩ هـ) . تحقيق : د/ عبد الملك السعدي ، مطبعة الخلود ، الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧م .
١٢٣- نصب الراية لأحاديث الهداية . عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت ٧٦٢

هـ) . دار إحياء التراث العربي . بيروت . الطبعة : الثالثة . عام ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧ م .

١٢٤- نهاية السول (شرح منهاج الأصول في علم الأصول للبيضاوي) ، عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي (ت٧٧٢هـ) ، حققه وخرج شواهده الدكتور شعبان محمد إسماعيل ، دار ابن حزم. بيروت. الطبعة الأولى. ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١٢٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الشافعي ، محمد بن أبي العباس الرملي (ت ١٠٠٤) ، دار الفكر . بيروت ، الطبعة : الأخيرة . عام ١٤٠٣هـ ـ١٩٨٣م .

١٢٦- نهاية الوصول إلى دراية الأصول ، صفي الدين محمد بن عبدالرحيم الهندي (ت٧١٥هـ) ، تحقيق: صالح اليوسف، وسعد السويح ، نشر: المكتبة التجارية. مكة المكرمة ،الطبعة: الأولى. اعم ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

١٢٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، محمد علي الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ) .

١٢٨- دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة : الأولى . عام ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣م .