جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة تكريت
كلية التربية للعلوم الإنسانية
قسم علوم القرآن والتربية الإسلامية
الدراسات العليا / الماجستير – الفقه

مسائل في الفقه المقــارن

(حكم الشهادة في الزواج والطلاق، ولاية المرأة في الزواج)

الأستاذ الدكتور:

محمد عطية زبار العبيدي

١٤٤٥هـ
٢٠٢٣م

حكم الشهادة في الزواج

اختلف الفقهاء في الشهادة هل هي من شروط صحة النكاح أو لا؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا تشترط وبذلك قال الإمامية.

المذهب الثاني: (تشترط ولا يصح النكاح بدونها) وهو مذهب الجمهور، واختلفوا في اشتراط مقارنة الشهادة للعقد:

١. **يشترط** وبذلك قال ابو حنيفة والشافعي والزيدية واحمد

٢. **يجوز تأخير الشهداء عن العقد** لكن يجب ان يكون قبل الدخول، فإن لم يشهدوا حتى حصل الدخول انفسخ النكاح، ووجب الحد إذا لم يعلن النكاح بوليمة، وهو قول مالك.

المذهب الثالث: (لا يصح عقد النكاح الا بشهادة او اعلان عام) قال بهذا الظاهرية ونسب ابن قدامة هذا الى بعض الصحابة والتابعين كالحسن بن علي وابن عمر وابن الزبير، وسالم والزهري، وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون وابن المنذر وهو رواية عن أحمد، وجعل الباجي مذهبهم كمذهب مالك!

والذي يبدو لي ان نقل الباجي عن الصحابة والتابعين ادق في جعلهم مثل مذهب مالك، لأنه موافق لما نقله الترمذي عنهم حيث قال: (اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم قالوا لا نكاح الا بشهود لم يختلف في ذلك من مضى منهم الا قوما من المتأخرين).

فهذا الترمذي يبين انه لا خلاف بين من مضى من السلف في اشتراط الشهادة وانما الخلاف في اشتراط مقارنتها للعقد كما هو مذهب مالك فاذا عرفنا هذا فان الجمهور **قد اختلفوا في بعض امور تتعلق بالشهود والشهادة في النكاح وهي ما يلي:**

أ. لا تقبل شهادة النساء في النكاح بهذا قال مالك والشافعي واحمد وبعض الزيدية.

وقال ابو حنيفة وغالبيه الزيدية يكفي رجل وامرأتان وهو رواية عن احمد، قال الظاهرية: لا فرق ان يشهد رجلان او رجل وامرأتان او أربع نسوة.

ب. اشــترط العدالة في الشــهود، بهذا قال الشــافعي، والظاهرية، إلا أن مالكاً قال: إذا لم يوجد عدول يُكتفى بمستور الحال (وهو من لم يظهر عليه فسق).

ج. لو اتفق العاقد مع الشهود على الكتمان وجعل النكاح سرا فهل يصح العقد اختلفوا في ذلك:

١. **لا يضر بصحة** العقد قال بذلك (ابو حنيفة والشافعي واحمد والظاهرية).

٢. **يبطل العقد** وبذلك قال (مالك وبعض الحنابلة وروي عن احمد).

الشهادة على الطلاق

جمهور الفقهاء على ان الاشــهاد على الطلاق ليس بواجب وادعى بعضــهم الاجماع على وقوعه بدون بينة، لكن في المسألة بعض خلاف:

١. ابن حزم يقول **بوجوب الاشهاد على الطلاق والرجعة**.

٢. الإمامية يقولون: **حضور الشاهدين وسماعهما لفظ الطلاق (شرط لصحته)**.

واســاس الاختلاف هنا هو خلافهم في فهم قوله تعالى: (يا ايها النبي إذا طلقتم النســاء فطلقوهن لعدتهن وأحصــوا العدة ... فإذا بلغن أجلهن فأمســكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشــهدوا ذوي عدل منكم)، **فهل** الأمر بالإشــهاد في الآية متعلق بالرجعة فقط أو بالطلاق أيضــا؟، **وهل** الأمر للاستحباب والارشاد ام هو للوجوب؟، وإذا كان الأمر للوجوب **فهل** هو شرط بحيث تركه يؤدي إلى إلغاء أثر العقد، أو يستلزم الإثم فقط؟

١. فمن جعل الأمر متعلقا بالرجعة **أوجب** الاشــهاد فيها فقط لمشابهتها ببدء العقد والذي لابد فيه من إشهاد، قال بهذا الشافعي واحمد.

٢. ومن جعله متعلقا بالرجعة والطلاق معا حمله على **الوجوب**، كالظاهرية بالنســبة للطلاق والرجعة معا، وكما هو رأي المالكية بالطلاق فقط اما الرجعة عندهم **فيستحب** الإشــهاد عليها ولا يجب.

٣. وحمله بعضــهم على **الاســتحباب** فيهما معا وقال بهذا ابو حنيفة ومالك وهو قول الشــافعي

ورواية عن احمد.

والذي يبدو لي ان الامر بالإشـهاد يتعلق بالرجعة يدل ذلك انه صـح عن النبي صـلى الله عليه وسـلم انه تزوج ابنه الجون فلما ادخلت عليه ودنا منها قالت اعوذ بالله منك فقال لها لقد عذت بعظيم إلحقي بأهلك فهذا الرسول صلى الله عليه وسلم طلقها ولا أحد يدعي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها ذلك أمام شهود.

وصح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها فان طلق بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه)، **وهو دليل صريح على وقوع الطلاق بلا شاهدي عدل.**

فهذا حكم الرسول صلى الله عليه وسلم في طلاق ينكره الزوج وتدعيه الزوجة وليس لها إلا شاهد واحد، ولو كان الطلاق لا يقع الا بشاهدين لحكم الرسول صلى الله عليه وسلم أن هذا الطلاق غير واقع.

ولو قلنا بأن الإشـهاد في الآية متعلق بـــــ (الطلاق والرجعة) فإن مجرد الأمر لا يسـتلزم جعل المأمور به شـرطا، سـواء (كان الأمر للوجوب او الندب)، فالظاهرية يوجبون الشـهادة في البيع لقوله تعالى: (واشهدوا إذا تبايعتم) ومع ذلك لا يجعلون الشهادة شرطا لصحة العقد.

والإمامية لا يشترطون الشهادة في العقود إلا في الطلاق وقالوا باستحبابها في البيع وفي الرجعة مع ان الله تعالى يقول: (واشهدوا ذوي عدل منكم).

لذلك فالراجح على ما يبدو أن الإشـهاد (ليس شـرطاً لصـحه الطلاق) لكنه مأمور به شـرعا على سبيل الوجوب او الندب عند الطلاق ونحوه من التصرفات والعقود التي قد يحدث بشأنها نزاع.

ولاية المرأة في الزواج

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في أن المرأة الحرة البالغة الرشـيدة تلي جميع العقود بنفسـها وتوكل فيها من تشـاء **باسـتثناء عقد النكاح**، ولكن اختلف الفقهاء فيما إذا باشـرت المرأة عقد النكاح بنفسها وكما يلي:

١. **عبارة المرأة في النكاح معتبرة:** فلها أن تزوج نفسها وتزوج غيرها قال ذلك ابو حنيفة وأخذ به أغلب أصـحابه، وبهذا قالت الإمامية، وقال ابو حنيفة: إذا زوجت نفسـها من غير كفء فللولي حق الاعتراض.

٢. **إذا زوجت نفسها من كفء صح نكاحها وإلا فلا**، وهو رواية عن ابو حنيفة، واختاره بعض الحنفية للفتوى.

٣. **عقدها يصـح موقوفا على إجازة وليها:** وهو مذهب محمد بن الحسـن ومُخرج في مذهب احمد.

٤. **المرأة لا تلي عقد النكاح عن نفسـها ولا عن غيرها وانما ينوب عنها الولي** وهو قول الجمهور.

والولي: هو العصـبة كالأب والجد والاخ والعم والأقرب فالأقرب فإن لم يكن لها ولي من النسـب فالسلطان هو وليها، أو من ينوب عنه كالقاضي.

ونقل الشوكاني عن ابن المنذر أنه قال: ولا يصح خلاف ذلك عن أحد من الصحابة/ وبهذا قال مالك والشافعي واحمد والزيدية وهو رواية عن ابي يوسف.

وقد نسـب الصـنعاني إلى مالك وغيره القول بجواز أن تزوج المرأة الدنية نفسـها دون الشـريفة ولا يُعلم أن هذا مذهب لمالك وإنما قال مالك هذا في مسـألة أخرى: وهي أن المرأة إذا جعلت نكاحها إلى أحد من المسلمين ليس بقريب ولا حاكم فزوجها فهل يصح ذلك أم لا؟

عن مالك في هذا روايتان: الأولى: (لا يصـح) والثانية: ان فعلت ذلك مع (وجود ولي مجبر) وهو الأب بالنسبة للبكر (فلا يصـح) اما إذا وجد (ولي غير مجبر) فان كانت دنية صـح النكاح

وان كانت شـريفة فنكاحها موقوف على اذنها والمقصـود بالشـريفة من يرغب في مثلها لنسـب او مال او جمال، وعكسها الدنية.

وقد نســـب كثير من المتقدمين والمتأخرين إلى داوود الظاهري أو الظاهرية عموما القول: بأن الثيب يجوز أن تتولى عقد النكاح دون البكر، وفي هذا النقل نظر فان ابن حزم قد ذكر أن البكر لا يزوجها إلا وليها وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين وليس للولي أن يعترض.

ويبدو لي ان ســـبب الخلط في النقل عن الفقهاء هو الخلط بين مســـألتين هما: إذن الولي وهل يشـترط في النكاح أم لا؟، ومسـألة عبارة المرأة في النكاح هل تصـح أم لا؟ مع مباينة المسـألتين كل منهما للأخرى خلافا وموضوعا.

إذا تبين ذلك فنستطيع حصر الخلاف في هذه المسألة بمذهبين:

المذهب الاول: صـــحة عبارة المرأة في النكاح، على خلاف بينهما في اشـــتراط إذن الولي أو اجازته للعقد.

المذهب الثاني: لا تصح عبارة المرأة في النكاح.