إلحاق النسب من ولد الزنا والولد من النكاح العرفي في الشريعة الإسلامية

محاضرة ألقيت بالمحكمة العامة في جاكرتا بتاريخ الخميس ٢٠ جمادي الأولى ١٤٣٣هـ/ ١٢ أبريل ٢٠١٢م

أعدها وألقاها

أ.د/ مراد محمود حيدر

الأستاذ في معهد العلوم الإسلامية والعربية في جاكرتا

عبد الحليم
Abdul Halim
PA. GS.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العلمين، والصلاة والسلام علي أسعد الخلق وسيد المرسلين، سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم .

أما بعد:

فقد ورد إلي معهد العلوم الإسلامية والعربية في جاكرتا كتابا من المحكمة العامة في جاكرتا يطلب إلقاء محاضرة علمية حول موضوع "إلحاق النسب من ولد الزنا ،والولد من النكاح العرفي" وقد عهد إلي سعادة رئيس القسم الجامعي الدكتور /عبد الرحمن الشدي "حفظه الله " بتمثيل المعهد الموقر في إلقاء هذه المحاضرة ،وإنه لتكليف يشرف به أمثالي من قبل مؤسسة دينية عريقة تنشر العلم الشرعي في هذه البلاد ،ولا غاية لها من وراء ذلك سوي مرضاة الله عز وجل ، وإبلاغ شرعه إلي الناس ،وذلك مصداقا لقول الله عز وجل لرسوله الكريم صلي الله عليه وسلم (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)(١) وامتدادا لهذا المنهج نلقي اليوم هذه المحاضرة علي النحو الآتي:

أولا: تعريف بمفردات الموضوع :

ـ **المراد بإلحاق النسب:** المراد بإلحاق النسب :نسبة مولود إلي شخص معين يُفترض أنه السبب في وجوده من نكاح صحيح أو فاسد أو من الزنا عن طريق **إضافة اسم المولود إليه.**

ـ **المقصود بولد الزنا :** كل مولود يخلق من ماء رجل مسفوح في فرج محرم شرعا .

النكاح في اللغة:الضم: ومنه تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلي بعض والزَّواج بالفتح من التزويج، كالسّلام من التسليم، والكسر فيه لغة، كالنّكاح(٢)

العرف في اللغة: ضد النّكر.

---

(١) سورة النحل ، من الآية (٤٤)

(٢) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ،ج٦،ص٢٥،نشر:دار الهداية ـالقاهرة.مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط،ج٢،ص٩٥١،نشر:دار الدعوة.

قال ابن منظور: « والمَعْرُوف: ضدُّ المُنْكَر، والعُرْفُ: ضدّ النُّكْر، يقال: أَوْلاه عُرفاً أي مَعْروفاً، والمَعْروف والعارِفةُ: خلاف النُّكر... والعُرْفُ والعارِفة والمَعروفُ واحِد، ضد النكر، وهو كلُّ ما تَعْرِفه النفس من الخيْر، وتأنسُ به، وتَطمئنّ إليه(٣)

تعريف الزواج في الاصطلاح الشرعي:

عرفه الشافعية بأنه"عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح، أو تزويج، أو ترجمتة"(٤)

تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي:

هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قولٍ، أو فعلٍ، أو ترك(٥)

وأمّا تعريف الزّواج العرفي باعتباره مركّباً إضافياً من كلمتين:

الزواج العرفي **يطلق على أمرين اثنين:**

ـ يطلق الزواج العرفي على النكاح المستوفي للأركان والشروط، إلا أنه لم يوثق بوثيقةٍ رسمية، وبهذا المعنى، فقد عرّفته مجلّة البحوث الفقهية، فقالت: "هو اصطلاحٌ حديثٌ يطلق على عقد الزواج غير الموثَّق بوثيقةٍ رسميَّة، سواء أكان مكتوباً أو غير مكتوب"(٦)

· ويطلق الزواج العرفي على النكاح غير المستوفي للأركان والشروط، وهذا ما يعرف بنكاح السِّر، وهذا النوع هو الذي اشتهر في هذه الأيام باسم الزواج العرفي، وهذه التسمية من تسمية الأشياء بغير اسمها الصحيح، واسمه في الحقيقة: الزواج السِّري، وهو اجتماع الرجل مع المرأة سرًا مع كتابة ورقة بينهما يعترف فيها الرجل بأنه تزوج المرأة، من دون أن تترتَّب على هذا النوع آثار النكاح. قال مفتي مصر في تعريفه لهذا النوع من الزواج: «أن تجري صيغة العقد بين الرجل والمرأة دون شهود على ذلك، وهو الزواج السرِّي»(٧)

---

(٣) ابن منظور الإفريقي، لسان العرب ج٩/ص٢٣٦

(٤) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج٣،ص١٢٣،نشر:دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م

(٥) الشيخ عبد الوهاب خلاف ،علم أصول الفقه ،ص٩٩،نشر:دار الفكر العربي ،القاهر

(٦)مجلة البحوث الفقهية العدد: ٣٦.

(٧) فتاوي الأزهر،المجلد الأول،ص٣٩٢.

أنواع الزواج العرفي:

بالنظر للتعريفات السابقة للزواج العرفي نجد أن الزواج العرفي يطلق على عقد الزواج الذي لم يوثَّق بوثيقةٍ رسمية، ويطلق كذلك على نكاح السِّر.

وبناءً على ما سبق من تعريف الزواج العرفي، فإنَّ أنواع الزواج العرفي نوعان:

النوع الأول: أن يكون العقد مستوفيًا لأركان النكاح وشروطه، لكنه لم يوثق رسمياً، وهذا عقد صحيح شرعًا، يحل به التمتع، وتتقرر الحقوق للطرفين وللذرية الناتجة منهما، وكذلك التوارث، وكان هذا النظام هو السائد قبل أن توجد الأنظمة الحديثة التي توجب توثيق هذه العقود وسماع الدَّعَاوى والفصل في المنازعات.

النوع الثاني: أن لا يكون مستوفيآ لأركان النكاح وشروطه، بل يُكتفى فيه بتراضي الطرفين على الزواج دون أن يعلم بذلك أحد من شهود أو غيرهم، فتجري صيغة العقد بين الرجل والمرأة دون شهودٍ على ذلك، وهذا هو الزواج السرِّي.

ومن هذا النوع أن يتم العقد بتراضي الرجل والمرأة، وبحضور شاهدين، لكن دون معرفة الولي بذلك، وهذا العقد أيضا باطلٌ، كما سيأتي بيانه.

معني الزواج العرفي في إندونيسيا:

بسؤال الأساتذة الإندونيسيين في معهد العلوم الإسلامية والعربية في جاكرتا، وفي عدد من الأماكن المختلفة في إندونيسيا أخبرونا أن المقصود بالزواج العرفي هو :المعني الأول أي وجود العقد مستوفيا لأركانه وشروطه ولكن دون إثباته في وثيقة رسمية ،ولكنهم يسمونه نكاح السر، وهي تسمية خاطئة ،لأنها لا تنطبق علي المعني الشرعي ، ذلك أن المقصود بنكاح السر عند علماء الفقه

الإسلامي: هو النكاح الذي يُكتفى فيه بتراضي الطرفين على الــزواج دون أن يعلم بذلك أحد من شهود أو غيرهم أو مع فقد الولي، ،مع أنه في إندونيسيا نكاح شرعي مستوفي الأركان والشروط،غير أنه ليس مثبتا في أوراق رسمية.

حكم إلحاق النسب من ولد الزنا:

إذا ولد مولود بسبب فعل فاحشة الزنى هل ينسب المولود للزاني ؟ أم ينسب لأمه ؟

لا يخلو الأمر من حالين :

الأول : أن تكون المرأة المزني بها فراشاً بأن تكون زوجة أو أمة يطؤها سيدها .

الثاني : أن تكون المرأة المزني بها ليست فراشاً فليست زوجة ولا أمة يطؤها سيدها .

أما الحال الأول : وهي أن تكون المرأة المزني بها فراشاً بأن تكون زوجة أو أمة يطؤها سيدها ، فقد جمع أهل العلم على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه .

لأدلة كثيرة منها :

١ــ حديث عائشة رضي الله عنها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه ، قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي قد عهد إلي فيه فقام عبد ابن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي صلى الله عليه وسلم : احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله .

٢ــ ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قام رجل فقال : يا رسول الله إن فلاناً ابني عاهرت بأمه في الجاهلية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا دعوى في الإسلام ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر .

ـ **ووجه الدلالة** :أن الولد يلحق الزوج لعموم قوله "الولد للفراش" لأنه لا يحتاج إلى تقدير ، وهو الولد لصاحب الفراش ، فأبن الأعرابي اللغوي نقل أن الفراش عند العرب يعبر به عن الزوج ، وعن المرأة والأكثر على المرأة ، وقد يعبر به عن حالة الافتراش ، ويمكن حل الخبر عليها فلا يتعين الحذف ، نعم لا يمكن حمل الخبر على كل واطئ ، بل المراد من له الاختصاص بالوطء كالزوج والسيد ، ومن قال ابن دقيق العيد : معنى الولد للفراش "تابع للفراش أو محكوم به للفراش أو ما يقارب هذا "

الحالة الثانية: حال كون المرأة المزني بها ليست فراشًا ووضحت الدراسة اختلاف أهل العلم في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: ألا يلحق ولد الزنا بالزاني. وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وهو اختيار الهيئة القضائية العليا، واللجنة الدائمة للإفتاء.

ـ **وأبرز ما استدلوا به :**

١ـ **حديث عائشة رضي الله عنها أَنَّهَا قَالَتْ**: اخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ، فَقَالَ سَعْدٌ: هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ انْظُرْ إِلَى شَبَهِهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شَبَهِهِ، فَرَأَى شَبَهًا بَيِّنًا بِعُتْبَةَ، فَقَالَ: (هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ)، فَلَمْ تَرَهُ سَوْدَةُ قَطُّ .أخرجه البخاري(١٩١٢)
ومسلم(٢٦٤٥). معنى الولد للفراش أي ان الولد ينسب لأبيه صاحب فراش الزوجية ولاينسب للزاني وانما لح الحجر اي الرجم ان كان محصنا والجلد مائة ان كان اعزب!

٢ـ ولقوله صلى الله عليه وسلم:" وإن كان من أمة لم يملكها أو حرة عاهر بها فإنه لا يلحق به ولا يرث." رواه أحمد وابو داوود

٣ـ ولقوله صلى الله عليه وسلم "لاتوطأ حامل حتى تضع "اي أن المرأة الحامل من زني يفرق بينها وبين الزاني بها حتى تضع الحمل

رواه ابو داود و الدارمى و صححه الألبانى رحمه الله

القول الثاني: أن الأفضل أن يتزوجها الزاني، وينسب الولد له، وهذا القول مرويٌّ عن عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهم الله.

وأبرز ما استدلوا به الآتي:

أولا :حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة جريج، وفيه قال: مَنْ أَبُوكَ يَا غُلَامُ؟ قَالَ: الرَّاعِي. أخرجه البخاري(٢٣٠٢) ومسلم(٤٦٢٥). ووجه الدليل: أن النبي صلى الله عليه وسلم حكى عن جريج نسب الولد للراعي الزاني، وصدَّق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف العادة في نطق الصبي.

ثانيا: قصة ملاعنة هلال بن أمية رضي الله عنه مع امرأته، وفيه: "فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ" أخرجه البخاري (٤٣٧٨). ووجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم نسب الولد لأبيه من الزنا، والذي خلق من مائه.

ثالثا: القياس على الأم من الزنا، فكما أن الولد ينسب لأمه من الزنا؛ لأنها هي التي ولدته، فكذلك ينسب لأبيه؛ لأنه خلق من مائه، فهو أبوه كوناً، وإن انتفت الأبوة الشرعية، فكان أولى الناس به.

رابعا:المعقول وهوك أن منع إلحاق ولد الزنى بأبيه معقول المعنى، معروف العلة، وليس تعبديا، والحكمة في ذلك هي حماية المرء من أن يُنسب إليه غير ولده، وأنه في هذه المسألة هو الذي استلحقه، فقد انتفت هذه العلة فعاد الأمر إلى الجواز، كنسبته إلى والدته ولا فرق.

خامسا: أن هذا هو الموافق لقواعد الشرع، فإن الشرع يتشوف إلى ثبوت النسب،

وحفظ الولد من الضياع والتشرد والانحراف، وفي الأخذ بهذا القول تحقيق لهذا المطلب الشرعي العظيم، ولا شك أن كون الولد ينشأ منسوبا لأبٍ خيرٌ له من أن ينشأ منسوبا لأمه، مصاحبا للعار بقيةَ عمره، يتجرع ويلات جريرةٍ ليس له فيها يد، ففي عدم نسبته مفاسد عظيمة، كلحوق العار به، وبأمه، وبذويها، بل وبالمجتمع ككُلٍّ، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني وأهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة .

وقد كان عمر رضي الله عنه يليط-أي يلحق-أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.أخرجه عبد الرزاق في المصنف(١٢٣٧٤)، والبيهقي في السنن الكبرى١٠/٢٦٣، وسئل ابن عباس رضى الله عنهما فيمن فجر بامرأة ثم تزوجها؟ قال: أوله سفاح، وآخره نكاح لا بأس به. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧ / ١٥٥، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : لا بأس بذلك، أول أمرها زنا حرام ، وآخره حلال. أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧ / ٢٠٢، وسئل عمرو بن جابر بن زيد عن الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها؟ قال : هو أحق بها، هو أفسدها.مصنف ابن أبي شيبة ٣ / ٣٦١، والآثار في ذلك كثيرة جدا عن الصحابة والتابعين في القضاء والفتوى بذلك، وقد نقل ابن قدامة في المغني عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : "لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستر عليها، والولد ولد له

الترجيـــــــــــــح :

والراجح من وجهة نظرنا:

والذي رجحه المحققون من أهل العلم أن ولد الزنا يلحق نسبه بالزاني إذا لم ينازعه فيه أحد وهذا ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيميه ورجحه تلميذه ابن القيم ، وهو مذهب الإمام أبو حنيفة والحسن البصري ، ومحمد ابن سيرين ، ومن الفقهاء المعاصرين العلامة الدكتور القرضاوي.

فالذي نرجحه هنا أنه لا بأس بنسبة الولد إلى من زنا بأمِّ هذا الولد إذا لم ينازعه في ذلك الولد أحد،، ونضيف هنا بخصوص هذه النازلة نظرًا لتعاقب السائل وغيره على هذه المرأة : أنه بوسعه اللجوء إلى التحاليل الطبية والوسائل العلمية للتحقق

من نفي النسب عن الآخر، راحة لضميره ودفعا للوساوس عن نفسه، والخبراء يقولون إن نتيجة التحاليل في النفي قاطعة لم يسجل فيها خطأ قط،

ـ حكم النكاح العرفي بالمعني المتعارف عليه عند الشعب الإندونيسي:

حتي تضح لنا حكم النكاح في هذه الصورة ، فإنه ينبغي علينا أن نعرض لأركان النكاح وشروطه باختصار علي النحو الآتي:

أولاً: أركان النكاح، ركنان، وهما:

١. الإيجاب، وهو اللفظ الصّادر من الوليّ، أو من يقوم مقامه.

٢. القبول، وهو اللفظ الصّادر من الزوج، أو من يقوم مقامه. قال ابن قدامة:« أركانه الإيجاب والقبول، فلا ينعقد إلا بلفظ النّكاح والتّزويج بالعربية لمن يحسنها وبمعناهما الخاص بكلّ لسانٍ لمن لا يحسنها»(٨) وقد زاد البهوتي في الروض المربع، ركنا ثالثاً، وهو خلو الزوجين من الموانع(٩)

ثانياً: شروط النكاح، خمسةٌ، وهي: ١. تعيين الزوجين.٢. رضا الزوجين.٣ـــ الوليّ. ٤. الإشهاد. ٥. خلوُّ الزوجين من الموانع الشرعيّة، بأن لا يكون بهما أو بأحدهما ما يمنع التّزويج(١٠)

وأما الصَّداق، فقد ذكر الكاساني الحنفي، أنه شرطٌ من شروط النكاح، فقال: «ومن شروط النكاح المهر، فلا جواز للنكاح بدون المهر»(١١)

. وقد نقل ابن رشد المالكي، اتفاق المذهب على أنَّ الصَّداق شرطٌ، فقال: وأما الصَّداق « فإنهم اتفقوا على أنه شرطٌ من شروط الصِّحة، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه»(١٢)

---

(٨) ابن قدامة:المغني ،ج٧،ص٣٧٠،نشر:دار الكتب العلمية.

(٩) البهوتي ،الروض المربع،ج١،ص٥١١،الإقناع،ج٣،ص١٦٧.

(١٠) الشيباني،نيل المآرب ،ج٢،ص٩٨، المرداوي، الإنصاف،ج٨،ص٥١.

(١١) **الكاساني ، البدائع ،ج٢،ص٥٥٩.**

(١٢) ابن رشد ،بداية المجتهد،ج١،ص٦٨٧.

وأمّا الشافعيّة والحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن الصداق واجبٌ من الواجبات(١٣)
وهذا هو الصحيح، فليس الصداق شرطاً من شروط صحّة النكاح، بدليل قوله تعالى:
﴿ لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (١٤)
أفادت الآية: أنه لا حرج على من طلّق زوجته قبل أن يمسها أو يفرض لها الصداق.

ثالثاً: حكم النكاح العرفي المستوفي لأركان النكاح وشروطه.

بعد بيان أركان النكاح وشروطه، بقي بيان حكم الزواج العرفي، الذي استوفى الأركان والشروط، فأقول:

إنَّ حكم النكاح العرفي الذي هو مستوفٍ لأركان النكاح وشروطه- إلا أنه لم يتم توثيقه رسمياً في الجهات المختصة في الدولة- صحيحٌ شرعاً، وهو بهذا المعنى لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية؛ لأنه في الأصل عبارة عن إيجاب وقبول بين عاقدَين، وبحضور شاهدَين، ولا تتوقف صحته على توثيق العقد وتسجيله، وهو في هذه الحالة لا فرق بينه وبين الزواج الشرعي، وإنما هناك فرقٌ بينه وبين الزواج الرسمي، فالزواج حتى يكون رسمياً لابدّ من توثيقه في الدائرة الخاصة بالتوثيق في الدولة في بعض القوانين الوضعية، أما الزواج الشرعي فلا يلزم التوثيق فيه.

فإذا كان النكاح العرفي قد تمَّ بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، وشهد عليه شاهدان، وجرى الإعلان عنه، فهذا زواج شرعيٌّ صحيح، وإن لم يسجل في الدوائر الرسمية، ولم تصدر به وثيقة رسمية، كما ذكر ابن تيمية، أنه لا يفتقر تزويج الولي للمرأة إلى حاكم باتفاق العلماء(١٥)

---

(١٣)متن أبي شجاع ٢٢١/١، مغني المحتاج ٢٢٠/٣، المغني ٧/ ٤٠٩
(١٤) سورة البقرة، من الآية ٢٣٦.
(١٥)- مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٢٠/٨

فأما اعتبار التوثيق منتفياً في العقد، فهذا لا يحدث خللاً في عقد النكاح؛ لأن الفقهاء جميعاً عندما عرَّفوا عقد الزواج لم يذكروا فيه التوثيق ولا الكتابة. قال ابن تيمية: «لم يكن الصحابة يكتبون صداقات»(١٦)

وقال مفتي مصر: « عقد الزواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعية تَحِلُّ به المعاشرة بين الزوجين، وليس من شرائطه الشرعية إثباته كتابة في وثيقة رسمية ولا غير رسمية، وإنما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص، نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذّرت من مخالفته لما لَهُ من النتائج الخطيرة عند الجحود»(١٧)

وعليه فالتوثيق الرَّسمي هو شيءٌ زائدٌ على حقيقة العقد وماهيته، إلا أن يرى الحاكمُ اللجوءَ إليه- حفظًا للحقوق وخوفًا من الإنكار لعقد الزواج، كما قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للنّاس أقضيةٌ بقدر ما أحدثوا من الفجور(١٨)

فله أن يفعل ذلك، وقد نصَّ العلماء على أن للحاكم تقييد المباح مراعاةً للمصلحة العامّة، وله أن يستحدث من السياسات الشرعية ما يحفظ على الناس حقوقهم وأمنهم واستقرارهم(١٩)

<u>وبناءً عليه:</u> فالتوثيق يعتبر الآن من المصالح الهامة التي يرجى أن تتوفر في العقد، وذلك لضمان الحقوق المترتبة على العقد في حالة وفاةٍ أو طلاقٍ أو إثباتِ نسبٍ أو غيره، وخاصةً مع قلة الدين وخراب الذمم.

والسبب في أهمية التوثيق، أن الوثيقة الرسمية لا تقبل الإنكار، ولا يجوز الطعن فيها بحال، وبناءً على ذلك يثبت بها عقد النكاح قطعاً. يقول الدكتور عبد الفتاح عمرو:

---

(١٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٥/٨

(١٧)فتاوى شرعية، لحسنين مخلوف ٥٥/٢

(١٨) راجع بحثا لنا بعنوان:مدي سلطة ولي الأمر في تقييد سن الزواج ومعاقبة المخالف لهذا التقييد ، منشور بمجلة اتحاد الجامعات،تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الثالث،٢٠١١م

(١٩)وسطية الإسلام وسماحته ٣١/١.،وانظر بحثنا السابق

«العقد العرفي يعتبر كالورقة العرفية التي تقبل الطعن والتزوير والإنكار، أما العقد الرسمي فهو كالوثائق الرسمية التي لا تقبل الطعن بالإنكار»(٢٠)

الخلاصة: الزواج العرفي المستوفي لشروط النكاح صحيح شرعاً، ومصطلح العرفي والرسمي في الزواج إنما هو اصطلاحٌ إجرائيٌّ يُفرَّقُ به بين عقود الزواج الموثَّقة وغير الموثَّقة، ولا تَعَلُّقَ له بصحة العقد أو بطلانه، فإنَّ الصحة والبطلان إنما يُعلَمان من تحقُّق الأركان والشروط أو عدم تحقُّقِها.

حكم العقد العرفي الذي لم تتحقق فيه شروط النكاح.

عرَّف القاري زواج السِّر، فقال: « أي تزويج الخفية، وهو أن يعقد بغير حضور نصاب الشهادة، وشرائطه»(٢١)

تقسيم نكاح السر:١. بدون ولي ولا شهود ولا إعلان. ٢. بدون شهود.٣. بدون ولي.

- **حكم العقد العرفي الذي تمّ بدون ولي ولا شهود ولا إعلان.**

العقد العرفي الذي تمّ بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من غير وليٍّ، ولا شهودٍ، ولا إعلانٍ، هو زواج باطلٌ باتفاق أهل العلم، لحديث عائشة- رضي الله عنها- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسّلطان وليّ من لا وليّ له(٢٢)

- **حكم العقد العرفي الذي تمَّ من غير شهود.**

---

(٢٠)السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ص: ٤٣.

(٢١)الموطأ - رواية محمد بن الحسن ٤٤٦/٢ .

(٢٢)صحيح ابن حبان ٣٨٦/٩، برقم: ٤٠٧٥. سنن الدارقطني ٢٢٥/٣، برقم: ٢٢. قال الشيخ الألباني: صحيح، مختصر إرواء الغليل ٣٦٨/١، برقم: ١٨٦٠.

ذهب جمهور العلماء، إلى أن الشهادة شرطٌ في صحة النكاح، وأنه يقع باطلاً إن تمَّ بدون شهادة اثنين(٢٣)

واستدلوا بحديث عائشة- رضي الله عنها- أن النبي – صلى الله عليه وسلم- قال: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"(٢٤)

. فهذا الحديث يدلُّ على أن عقد النكاح إن خلا من الشاهدين فهو باطلٌ.

قال ابن رشد: «اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد»

· حكم العقد العرفي الذي تمَّ من غير ولي.

ذهب الجمهور من الفقهاء، إلى أنَّ الولي شرطٌ من شروط صحة النكاح، فإذا خلا عقد النكاح عن الوليّ فهو باطل، وهذا هو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة(٢٥)

وذهبت الحنفية، إلى أن المرأة إذا كانت بالغةً وعقدت نكاحها لمن كان كفؤاً، من دون وليٍّ فإنه يصح النكاح(٢٦)

حكم الولد الناشيء عن النكاح العرفي:

إذا تم العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه فهو عقد صحيح ،ولو لم يكن مثبتا في وثائق رسمية ،ويترتب عليه كافة الآثار الشرعية من إلحاق النسب ،والنفقة ،وحرمة النسب والمصاهرة كما سبق .

وهذا هو الحال في النكاح العرفي ،المعروف في إندونيسيا .

---

(٢٣)- بدائع الصنائع ٢٥٢/٢، تبيين الحقائق ٩٨/٢، حاشية الباجوري ١٠١/٢، روضة الطالبين ٤٥/٧، المغني ٤٥١/٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٥٢/٨

(٢٤)صحيح ابن حبان ٣٨٦/٩، برقم: ٤٠٧٥. سنن الدار قطني ٢٢٥/٣، برقم: ٢٢. قال الشيخ الألباني: صحيح، مختصر إرواء الغليل ٣٦٨/١ ، برقم: ١٨٦٠

(٢٥)- بداية المجتهد ٨/٢، الأم ١٣/٥، المغني ٤٤٩/٦.

(٢٦)اختلاف أبي حنيفة ص: ١٧٦، الروضة البهية ١١٢/٥.

وأما إذا كان النكاح فاسدا أو باطلا، فإنه لا يترتب عليه آثاره الشرعية من وجوب النفقة والعدة ، وأما إلحاق الولد النابت من هذا النكاح فإنه ينطبق عليه حكم ولد الزنا علي ما سبق بيانه .

ولو أحسن الناس فتحروا لأنفسهم ما يرضاه الخالق لدينهم لصدق فيهم قـــول النبـــي صلي الله عليه وسلم " "سَوْدَاء ولود خير من حسناء لَا تَلد إني مُكَاثِر بكم الأمم حَتَّى بالسقطِ (٢٧) محبنطئا (٢٨)على بَاب الْجنَّة يُقَال ادخل الْجنَّة فَيَقُول يَا رب وأبـــواي فَيُقَال لَهُ ادخل الْجنَّة أَنْت وأبواك"(٢٩)

والله أعلم.

وبعد: فهذا آخر ما تيسر لي جمعه حول هذا الموضوع ، وإني لأدعو الله عز وجـــل أن أكون قد وفقت فيه ، وأن ينفع به هذا المجتمع وغيره من المجتمعات المسلمة وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

كتبه :

ا.د/ مراد محمود حيدر

أستاذ الفقه المقارن المشارك

في معهد العلوم العربية والإسلامية في جاكرتا

Hedr100@gmail.com

هاتف رقم ٠٨١٥٧٤٤٧٧٣٦٩

---

(٢٧) والسقط بِتَثْلِيث السِّين وَالْكَسْر اكثر الَّذِي يسْقط من بطن امهِ قبل تَمَامه لَكِن المُرَاد هُنَا مـــن نفخـــت فِيـــهِ الرّوح اذ هُوَ الَّذِي يبْعَث.

(٢٨)المحنبطئ بِالْهَمْز وَتَركه الممتلئ غيظا لفراق أبويه أَو المتغضب المستبطئ لشَيْء أَو الْمُمْتَنع امْتنَاع طلبة لَا امْتنَاع إباء

(٢٩) الحديث أخرجه ابن حجر الهيتمي (المتوفى: ٩٧٤هـــ) في كتاب الإفصاح عن أحاديث النكاح،،ص ٣٣،الحديث رقم ٧،نشر: : دار عمار – عمان – الأردن ، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ه،تحقيق : محمد شكور أمرير الميادينى ،قال ابن حجر: إسناده جيد