

والمصاب الذي يفيق أحياناً. تجوز وصاياهم. إذا كان معهم من عقولهم، ما يعرفون ما يوصون به. فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به، وكان مغلوباً على عقله، فلا وصية له»^(١).

حكم الجهل بتحريم النكاح بغير ولي

أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي

وإذا كانا جاهلين بتحريم النكاح بغير ولي فلا حد عليهما، لأن الجهل بالتحريم أقوى شبهة، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : «ادرأوا الحدود بالشبهات»، ولأن من جهل تحريم الزنا لحدوث إسلامه لم يحد فكان هذا بإدراء الحد أولى. ألا ترى لقول عثمان - رضي الله عنه - في أمة أقرت بالزنا، إقرار جاهل بتحريمه، أراها تشهد به كأنها لم تعلم، وإنما الحد على من علم. ثم تتعلق على هذه الإصابة من الأحكام ما يتعلق على النكاح الصحيح، إلا في المقام عليه، فيوجب العدة ويلحق النسب، ويثبت به تحريم المصاهرة. ولكن في ثبوت المحرمية بها وجهان:

أحدهما: تثبت بها المحرم كما تثبت بها تحريم المصاهرة، فلا تحجب عن أبيه وابنه ولا تحجب عنه أمها وبناتها.

والوجه الثاني: أنه لا تثبت المحرم وإن ثبتت به تحريم المصاهرة، لأننا أثبتنا تحريم المصاهرة تغليظاً، فاقترض أن ينفي عنه ثبوت المحرم تغليظاً.

(١) موطأ الإمام مالك، (رواية يحيى بن يحيى الليثي) ص ٥٤٠.

وإن كانا معتقدين لتحريمه يريان فيه مذهب الشافعي من إبطال النكاح بغير ولي فمحذور عليها الإصابة. فإن اجتمعا عليه ووطئها، فمذهب الشافعي وجمهور الفقهاء: أنه لا حد عليها وقال أبو بكر الصيرفي من أصحاب الشافعي وهو مذهب الزهري، وأبي ثور: أنه عليهما واجب لرواية ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البغي من نكحت بغير ولي».

وللأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في المرأة والرجل اللذين جمعتهما رفقة فولت أمرها رجلاً منهم فزوجها فجلد الناكح والمنكح.

والدليل على سقوط الحد قوله ﷺ في الخبر الماضي: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» فأبطل النكاح وأوجب المهر ودرأ الحد، لأن النبي ﷺ قال: «ادروا الحدود بالشبهات» وأقوى الشبهات عقد اختلاف الفقهاء في إباحته فكان بإدراء الحد أولى.

فأما قوله: «البغي من نكحت بغير ولي» فهي لا تكون بغيا بالنكاح إجمالاً، وإنما يقول من يوجب الحد، إنها تكون بالوطء بغيا فلم يكن في التعلق به دليل، ثم يحمل على أنه يتعلق عليها بعض الأحكام البغي وهو تحريم الوطء، ولا يمتنع أن يسمى بعض أحكام البغي بغيا كما قال - صلى الله عليه وسلم - : «من ترك الصلاة فقد كفر» فسماه ببعض أحكام الكفر كافراً.