بحث مستل من:

مجلة كلية الدراسات الإسلامية

للبنين بأسوان

علمية - مُحكمة - نصف سنوية

◆ العدد الرابع

ذو القعدة ١٤٤٢ هـ - يونيو ٢٠٢١ م

الولاية
وأثرها في عقد النكاح

إعداد

د. عبد الباسط محمد خلف

الأستاذ المساعد بقسم الشريعة الإسلامية

الولاية وأثرها في عقد النكاح

عبدالباسط محمد خلف عبدالحميد

قسم الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين. جامعة الأزهر، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني: abdulbasitabdamid4@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

إن مما يزيد الفقه قدراً ورفعة ارتباط أحكامه بالمجتمع وإن من أكثر موضوعاته ارتباطا بالمجتمع وواقع الناس تلكم الأحكام المرتبطة بالأسرة إذ أن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع والركيزة الأساسية التي يقوم عليها صرحه المتين، والأسرة مجتمع مصغر وما الأمة إلا مجموعة من الأسر تترابط فيما بينها وتتماسك بالأسس الشرعية التي بنيت عليها وبمقدار الأسس التي تنبني عليها تكون قوتها، وإذا كانت الأسرة دعامة الأمة فإن الزواج عماد الأسرة به تنشأ وتتكون لذلك أولى الإسلام عناية فائقة بهذا العقد وما ينشأ عنه من أحكام وما يترتب عليه من أثار. وإن مما يزيد هذا العقد بل ويجعل المجتمع كله متكاتفا متعاونا فهي وفي سبيل إنجاحه موضوع الولاية بما فيها من زيادة نظر من الولي الذي يكون غالباً أكثر خبرة ودراية ومعرفة من المولى عليه الذي يكون أقل في ذلك كله مع اعتبار كمال شفقه الولي وحرصه على مصلحة المولى عليه إذا ما تحققت الشروط والضوابط في الولاية. لذلك عزمت على تجليه هذا الموضوع وخصوصاً أنه قد انتشر في تلك العصور كثير من أنواع الأنكحة خلى كثير منها عن الولي وأصبح للمرأة حق العقد دون الرجوع إلى الولي ولا استئذانه بل في كثير منها تكون الزوجة قاصراً (غير بالغة) فانتشر ما يسمى بالزواج العرفي والزواج السري وزواج الدم فبينت الحكم الشرعي في كثير من المسائل المتعلقة بالولاية سواء كانت ولاية إجبار أم كانت ولاية ندب واستحباب ثم أحكام وأنواع الولاية وغير ذلك.

الكلمات المفتاحية: الولاية، الأثر، العقد، الزواج، أسرة.

Guardianship and its impact on the marriage contract

Abdul Basit Muhammad Khalaf Abdul Hamid

Department of Islamic Law, Faculty of Islamic and Arabic Studies for Male, Al-Azhar University, Cairo, Egypt.

Email: abdulbasitabdamid4@azhar.edu.eg

Abstract:

What increases jurisprudence tribute and elevation is the correlation of its provisions to society. These provisions related to the family are the most corerelated topics to society and reality of people as the family is the first building block of society and the basic pillar on which its strong edifice is based.. A family is a small society and the nation is a group of families that correlate together and cement with legal bases on which they are built on. The strength of the nation proportionates with the quality of the bases on which it was built on. And if the family is the pillar of the nation, marriage is the pillar of the family through which it is established and thus Islam takes great care of this contract and the provisions that arise from it and the consequences thereof. What increases this contract and even makes the whole society mutually supportive and cooperative in it and for the sake of its success, the issue of guardianship, including the increased consideration of the guardian who is often more experienced and knowledgeable than the guardian who is less in all of that considering the perfection of his guardianee compassion and his keenness on the interest of the guardianee if the conditions and controls are achieved in the guardianship. Therefore I resolved to clarify this issue especially since many types of marriage had spread in those ages many of which were devoid of the guardian and the woman had the right to contract without referring to the guardian or his permission but in many of them the wife was a minor (not an adult) instead, what made the so-called common-law the secret marriage and blood marriage spread, so I clarified the lawful provisions in many matters related to guardianship whether it is compulsory or mandatory and desirability as well as the provisions and types of guardianship and so on.

Keywords: Guardianship, Impact, Contract, Marriage, Family

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدّمة

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونستهديه ونسترضيه ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا إنه من يهد الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشداً ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خير الأولين والآخرين ورحمة الله للعالمين وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد..

فأن الفقه من أشرف العلوم قدراً، وأعظمها أجراً وأعمها فائدة، وأعلاها مرتبة، يملأ العيون نوراً والقلوب سروراً والصدور انشراحاً إذ به يعرف الحلال والحرام ويميز بين الطيب والخبيث فيكون العبد على بينه من شرع الله عز وجل الذي تفيده به وأنزل به الكتب وأرسل به الرسل.

وإن مما يزيد الفقه قدراً ورفعة ارتباط أحكامه بالمجتمع وإن من أكثر موضوعاته ارتباطا بالمجتمع وواقع الناس تلكم الأحكام المرتبطة بالأسرة إذ أن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع والركيزة الأساسية التي يقوم عليها صرحه المتين، والأسرة مجتمع مصغر وما الأمة إلا مجموعة من الأسر تترابط فيما بينها وتتماسك بالأسس الشرعية التي بنيت عليها وبمقدار الأسس التي تنبني عليها نكون قوتها.

وإذا كانت الأسرة دعامة الأمة فإن الزواج عماد الأسرة به تنشأ وتتكون

لذلك أولى الإسلام عناية فائقة بهذا العقد وما ينشأ عنه من أحكام وما يترتب عليه من أثار.

وإن مما يزيد هذا العقد بل ويجعل المجتمع كله متكاتفا متعاونا فهي وفي سبيل إنجاحه موضوع الولاية بما فيها من زيادة نظر من الولي الذي يكون غالباً أكثر خبرة ودراية ومعرفة من المولى عليه الذي يكون أقل في ذلك كله مع اعتبار كمال شفقه الولي وحرصه على مصلحة المولى عليه إذا ما تحققت الشروط والضوابط في الولاية.

لذلك عزمت على تجليه هذا الموضوع وخصوصاً أنه قد انتشر في تلك العصور كثير من أنواع الأنكحة خلى كثير منها عن الولي وأصبح للمرأة حق العقد دون الرجوع إلى الولي ولا إستأذانه بل في كثير منها تكون الزوجة قاصراً (غير بالغة) فانتشر ما يسمى بالزواج العرفي والزواج السري وزواج الدم وغير ذلك.

أدعو الله أن أوفق في تجلية هذا الموضوع وتوضيح أحكامه حتى يستفيد منه كل دان وقاص.

وقد قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

الفصل الأول: حقيقة الولاية وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الولاية

المبحث الثاني: حكم الولاية

المبحث الثالث: أنواع الولاية وفليه مطلبان:

المطلب الأول: الولاية العامة

المطلب الثاني: الولاية الخاصة

الفصل الثاني: ولاية التزويج وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: أسباب الولاية في النكاح

المبحث الثاني: أقسام الولاية في النكاح وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ولاية الإجبار

المطلب الثاني: ولاية المشاركة والندب

المبحث الثالث: ولاية المرأة في النكاح

المبحث الرابع: شروط الولي في النكاح

المبحث الخامس: ترتيب الأولياء في النكاح

المبحث السادس: تحول الولاية من الأقرب إلى غيره

الفصل الثالث: الوكالة والوصايا في النكاح وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الوكالة في النكاح

المبحث الثاني: الوصي في النكاح

ثم الخاتمة والفهرس.

الله أسأل أن يوفقني إلى تجلية هذا الموضوع بما يحقق الغرض من هذا البحث وإن يعينني ويوفقني إلى ما يحب ويرضى إنه ولي ذلك والقادر عليه

الفصل الأول

حقيقة الولاية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريف الولاية

تعريف الولاية لغة: الولاية مصدر ولي من الولي وهو القرب يقال وليه أي دنا منه وتولى فلان فلاناً اتخذه ولياً، وقيل الولاية بكسر الواو مصدر ولى الأمر، وتولاه إذا فعله بنفسه، ومنها الولي وهو ابن العم والعصبة والقريب الذي يلي أمر الصغير أو اليتيم، والولاية بالفتح النصرة والمحبة وكذا الولاء إلا أنه أختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة[1].

قال ابن عرفه: الولي من له على المرأة ملك أو أبوه أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة[2] وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل.

قال ابن منظور: ولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه، وقال سيبويه: الولاية بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم مثل الإمارة لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا وقرئ ﴿**مَا لَكُم مِّن وَلاَيَتِهِم مِّن شَيْءٍ**﴾[3] بالفتح والكسر.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي جـ ٣٩٥/٥.

(٢) شرح حدود ابن عرفه للرصاع جـ ٣٢٠/١.

(٣) سورة الأنفال من الآية (٧٢)

قال الفراء: يريد ما لكم من مواريثهم من شيء قال فكسر الواو هنا (من ولايتهم) أعجب إلى من فتحها لأنها لا تفتح إلا إذا أريد بها النصرة[١].

الولاية في اصطلاح الفقهاء: تستعمل الولاية في اصطلاح الفقهاء باستعمالات متعددة، وأكثر الفقهاء يستعملونها بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، فهي سلطة جعلها الشرع لشخص ما توافرت فيه شروطها تمكنه من مباشرة العقود أو التصرفات التي يترتب عليها آثارها دون توقف على رضا غيره وهي بهذا الاستعمال تشمل الإمامة العظمي، والقضاء، والحسبة، وتشمل قيام شخص راشد علي شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية.[٢]

قال الإمام النووي وردت الولاية علي ألسنتهم بمعني إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم فشملت الوكالة ونظائرها كالوقف ونحو ذلك[٣]

وكون الولاية سلطة تنفيذ القول علي الغير دون توقف علي رضاه هو ما صار إليه الفقهاء في تعريفهم للولاية

فابن عابدين: يقول الولاية تنفيذ القول علي الغير ومنه ولاية الوصي وقيم الوقف[٤]

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ ١٥/٤٠٥.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ / ٢٩٦ " التعريفات للجرجاني جـ ١/ ٨٥

(٣) تهذيب الأسماء واللغات للنووي جـ ٢ / ١٩٦

(٤) حاشية ابن عابدين (رد المحتار علي الدر المختار) جـ٢ / ٢٩٦ ط بولاق

ويقول الكمال ابن الهمام: نفاذ القول علي الغير بدون رضاه[١]

ويقول السرخسي: النظر للمولي عليه إذا كان عاجزا عن النظر لنفسه[٢]

ويقول البهوتي: تنفيذ تصرف في حق غيره[٣]

ويزيد صاحب المطالب بأن شرط ذلك أن يكون ذلك الغير ليس مكلفا[٤]

فهي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من القيام على شئـون البعض الشخصية والمالية ويلاحظ على التعريفات السابقة ما يلي:

أولاً: أنها تفيد أن الولاية سلطة شرعيه مستمدة قوتها من الشرع فهو الذي يعطي للولي هذا الحق دون توقف علي رضا من عليه الولاية.

ثانياً: ولأن الولاية تتعارض مع حرية الغير لذلك جعلها الشرع لأشخاص معينين تكتمل فيهم شروط معينه، ولأسباب خاصة تجعل هذا الولي أكثر الناس شفقة وأكملهم براً وأكثرهم حرصا علي مصلحة المولي عليه، سواء كانت ولاية علي النفس أو علي المال.

ثالثاً: لا تثبت هذه الولاية علي كل الناس بل لابد من وجود الحاجة إليها إما الصغر أو الجنون أو السفه، وكذلك الولاية الجبرية علي النفس، وإما

(١) شرح فتح القدير جـ٦ / ٣١٧.البحر الرائق لابن نجيم جـ ٨ / ٨٠. مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر جـ ٣ / ٧٨

(٢) المبسوط للسرخسي جـ١٠/٦، بدائع الصنائع جـ٣٢١/٣ تبيين الحقائق للزيلعي جـ٣٤٠/٥

(٣) شرح منتهي الإرادات المسمي دقائق اول النهي لشرح المنتهي جـ٨/ ٣٥١

(٤) مطالب أول النهي في شرح غاية المنتهي مصطفي السيوطي الرحيباني جـ٥ /٦٦

أن يكون سببها صون الأنساب من لحوق غير الأكفاء بها في الولاية الندبية في النكاح.

رابعاً أن الولاية علي المال أو الولاية الجبرية علي النفس مرتبطة بسبب كالصغر أو الجنون فإذا زال السبب زالت الولاية فإن الحكم المسبب بسبب يدور مع سببه وجوداً وعدما.

خامساً: أن الولاية تتوقف علي حسن نظر الولي في مصلحة المولي عليهم فهي ولاية نظرية أساس ثبوتها صحة نظر الولي لنفسه، فالولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة، فمن لا يكون له ولاية علي نفسه لا يكون له ولاية علي غيره[1].

(١) العناية شرح الهداية جـ ٤/ ٤٣٣

المبحث الثاني

حكم الولاية

قد تكون الولاية عامة كالإمامة العظمي، وولاية القضاء، وولاية الوزارة، وولاية المظالم وغيرهم، وهي سلطة إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه دون تفويض منه وهي منصب ديني ودنيوي قد يكون واجبا إذا تعين ولم يوجد من يصلح لهذا غيره وقد يكون حراما إذا لم تكتمل للمولي شروط الولاية، وقد يكون مندوبا إذا كان هو أصلح من توفرت فيه شروطه، وقد يكون مباحا إذا تعدد المستكملين لشرائطه وهو الأصل فيه ولما كانت جميع الولايات تعود للدين كما جاء عن ابن تيميه حيث قال : اعلم أن جميع الولايات في الإسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله، وأن تكون كلمة الله هي العليا فإن الله إنما خلق الخلق لذلك، وبه أنزل الكتب وله أرسل الرسل، وعليه جاهد الرسول والمؤمنون[1]

ولهذا اعتبرت الشريعة الإسلامية ولاية أمر الناس من أعظم واجبات الدين بل لا قيام للدين إلا بها[2]

وقد تكون الولاية خاصة وهي سلطة شرعية يتمكن صاحبها من القيام علي شئون الصغار الشخصية والمالية وهذه الولاية قد يكون مصدرها الشرع كولاية الأب والجد ووصي الأب[3] والحاكم وهذه الولاية واجبة وقد يكون

(١) مجموع فتاوي ابن تيميه جـ ٢٨ / ٦١، الحسبة لابن تيميه صـ ٨

(٢) السياسة الشرعية لابن تيميه صـ ٢١٧

(٣) عند المالكية إذا لم يوجد الأب يقوم وصي الأب مقامه إذا كان الأب قد أوصي وإلا =

مصدرها تفويض الغير كولاية الندب لغير الأب والجد، والولاية علي المال، والوكالة والوصايا وغير ذلك وهي حينئذ مندوبه[١]

وبالجملة فالولاية الخاصة مشروعة، الغرض منها حماية ورعاية مصلحة القاصر سواء كان صغيرا أو غير صغير كالمجنون الكبير فإن الولاية ثابتة عليه لجنونه وكذا السفيه وغيرهما ممن ثبتت عليهم الولاية لأسباب أخري[٢]

والأدلة علي مشروعيتها كثيرة منها قول الله تعالي: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا}[٣]

وقوله تعالي {وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا }[٤]

وقوله تعالي {وانكحوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ

=

فالحاكم

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٦/ ١٧٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي صـ ١٦٠، الأشباه والنظائر للسيوطي صـ ١٧١

(٢) بدائع الصنائع للصنعاني جـ ٥/ ١٥٢

(٣) سورة النساء من الآية (٥)

(٤) سورة النساء من الآية (٦)

إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيم}[1]

فهذه الآيات خطاب للأولياء علي المال والنفس.

قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ (لا نكاح إلا بولي)[2]

وقوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ (أيما إمراة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[3]

وأجمعت الأمة علي مشروعيتها وثبوتها في الجملة.

ومن المعقول ما يدل عليها فإن ثبوت ولاية النظر للقادر عليه علي العاجز عن النظر من باب الإعانة علي البر، والله أمرنا أن نتعاون علي البر حيث قال (وتعاونوا علي البر والتقوى)[4] وهي من باب الإحسان، ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا، ولأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة إذ أن شكر كل نعمه حسب هذه النعمة فشكر نعمة القدرة يكون بإعانة العاجز، وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا[5]

فيدل كل ذلك علي مشروعية الولاية وجوازها، وإنها من باب رحمة الله

---

(١) سورة النور من الآية (٣٢)

(٢) أخرجه الترمذي جـ ٣ / ٣٩٨ ط الحلبي

(٣) أخرجه الترمذي جـ ٣/ ٣٩٩ ط الحلبي وقال حديث حسن وأخرجه أبو داوود في سننه جـ ٣ ٥٦٨ ط حمص.

(٤) سورة المائدة من الآية (٢)

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني جـ ٥/ ١٥٢

بخلقه حيث جعل العالم القادر العاقل يعين بعلمه ودرايته وإدراكه للأمور وبعقله وحسن تدبيره العاجز القاصر عن النظر وحسن التصرف.

المبحث الثالث

أنواع الولاية

وفيـــــــه مطلبان

الولاية إما أن تكون عامة أو خاصة ولكل منهما أحكام خاصة:

المطلب الأول

الولاية العامة

معناها سلطة عامة تختص بإلزام الغير وتنفيذ التصرف عليه بدون تفويض منه وتتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتختص بمرافق الحياة العامة وشئونها من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفاسد عنها وهي منصب ديني ودنيوي، وشُرعت للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأداء الأمانات إلي أهلها والحكم بينهم بالعدل[1]

قال ابن تيمية: والمقصود الواجب بالولايات إصلاح الدين والخلق الذي متي فاتهم خسروا خسرانا مبينا ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم[2]

وتتنوع صور الولايات العامة وأشكالها واختصاصاتها في الدولة الإسلامية بحسب اختلاف الأقاليم والأمصار والأعصار والأعراف السائدة.

---

(١) الحسبة لابن تيميه صـ ١٦- ٢٨، الطرق الحكمية لابن القيم صـ١٩٩

(٢) مجموع فتاوي ابن تيميه جـ٢٨ ٢٦٢

يقول ابن تيمية: عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقي من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية أخري في زمان ومكان آخر وكذا الحسبة وولاية المال[1].

أهم أنواع الولاية.

١- الإمامة الكبرى وهي الرئاسة العامة التي يقصد بها حراسة الدين وسياسة الدنيا وعرفها ابن خلدون فقال حمل الكافة علي مقتضي النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها، إذ أحوال الدنيا ترجع كلها عند الشارع إلي اعتبارها بمصالح الآخرة، فهي في حقيقتها خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به[2] وحكم هذه الولاية فرض كفاية كالجهاد وطلب العلم فإذا قام بها من هو من أهلها سقط فرضها[3]

٢- ولاية الوزارة: وهي ولاية شرعية يخولها الإمام لشخص موثوق بدينه وعقله وعلمه وأمانته ونصحه ليكون عونا له في تدبير أمور الدولة وهي نوعان:

(أ) ولاية التفويض إذا ما جعل له تدبير الأمور برأيه وإمضاؤها علي اجتهاده

(ب) ولاية تنفيذ إذا كان مقصورا علي رأي الإمام وتدبيره وحينئذ يكون

---

(١) الحسبة لابن تيميه صـ ١٥.

(٢) مقدمة ابن خلدون جـ ١/ ٩٧

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي صـ ٥

واسطه بين الإمام والرعية[١]

٣- ولاية القضاء وحقيقتها تبيين الحكم الشرعي مع الإلزام به وفصل الخصومات وقيل فصل الخصومات بين الناس علي طريق الإلزام[٢]

٤- ولاية المظالم : وهي قود المتظلمين إلي التناصف الرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالرهبة[٣]

٥- ولاية الحسبة: وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله قال تعالي {وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ }[٤]

وكذلك الولاية علي قسم الصدقات في مستحقيها وولاية الشرطة وغير ذلك[٥]

وجميع هذه الولايات حكمها انها فرض كفاية اذا قام بها البعض سقطت المطالبة عن الآخرين فإذا لم يوجد من يصلح للقيام بها إلا واحداً تعينت عليه، لأن الولاية من الأمور التي يتعد نفعها وضررها فيجب أن يوجد من يقوم بها[٦]

---

(١) المرجع السابق صـ ٢٢ -٢٥

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ / ٨، معين الحكام صـ ٧

(٣) الأحكام السلطانية للما وردي صـ ٧٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلي صـ٧٣

(٤) سورة آل عمران آية (١٠٤)

(٥) الأحكام السلطانية للما وردي صـ ١٤٠، الطرق الحكمية لابن القيم صـ ١٩٩

(٦) وللقيام بكل ولاية منها شروط خاصة مبسوطة في كتب الفقه وأعرضت عنها خوفا من الإطالة، إذ أن تفصيل ذلك ليس من أغراض البحث فهو بحث في نوع من الولاية =

المطلب الثاني

الولاية الخاصة

الولاية الخاصة تدور معانيها حول تنفيذ تصرفات محدودة علي أشخاص معينين تكون سلطة هذه التصرفات موكولة إلي أوليائهم لقرابتهم لهم، ولأنهم أكمل الناس شفقة بهم، وحرصاً علي مصالحهم، وتحقيق النفع لهم، ودفع الضرر عنهم سواء كانت هذه السلطة في التصرفات للولي ناشئة بأمر الشرع ابتداء، أو كانت برضا المولي عليه وإذنه. لذلك ينوع الفقهاء هذه الولاية إلي أضرب[1]

منها الحق الذي جعله الشارع لشخص بالغ رشيد بأن يتصرف لمصلحة

الخاصة، وإنما ذكرت جملة من هذه الولايات ليكون هناك تصور عام عن الولاية وأنواعها

(١) ومن هذا ولاية المتولي علي الوقف، وهذه الولاية ليست ناشئة عن نقص أهلية ولا علاقة لها بالنفس أصلاً، وإنما هي ولاية مالية محضة يفوض صاحبها بحفظ المال الموقوف والعمل علي إبقائه صالحاً ناميا بحسب شرط الواقف.

ومن تلك الأضرب السلطة التي جعلها الشرع بين أهل القتيل (أولياء الدم) في استيفاء لقصاص من قاتله أو العفو عنه إلي الدية أو العفو مطلقاً لقوله تعالي [ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطاناً] وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [من قتل له قتيل فأهله بين خيرين إما أن يقتلوا او يأخذوا العقل] سنن الترمذي جـ ٢٩١/٥ وإن كان إطلاق لفظ الولاية عند الفقهاء ينصرف إلي الولاية علي النفس أو الولاية علي المال.

القاصر[1] الذي لا يستطيع التصرف في شئونه فيكون الولي هو القائم بأمور هذا القاصر فيقوم مقامه في جميع الحقوق التي تقبل النيابة، سواء كانت عقوداً يعقدها عنه أو تصرفات ينفذها الولي، وكذلك القيام بتنمية ماله، والمطالبة بحقوقه، والقيام مقامه في الخصومات وكل ما يخص هذا القاصر.

ولا يتوقف نفاذ هذه التصرفات إلي إذن القاصر ولا رضاه بل تكون نافذة جبراً عليه، ولا يحق للقاصر بعد بلوغه نقض شيء منها ولا رده وإلغائه إذا ما كانت هذه الولاية مستوفية لشروطها الشرعية[2]

أقسام الولاية الخاصة:

الولاية الخاصة تنقسم إلي قسمين:

القسم الأول: الولاية علي شئون القاصر المالية من عقود وتصرفات وحفظ وإنفاق وتسمي الولاية علي المال

القسم الثاني: الولاية علي شئون القاصر المتعلقة بنفسه كتأديبه وتعليمه ومداواته وتزويجه وتسمي الولاية علي النفس[3]

---

(١) القاصر من قصر عن الشيء إذا تركه عجزاً، والقاصر عن التصرف السليم وهو المجنون والصغير دون البلوغ. (معجم لغة الفقهاء محمد قلعجي جـ١/٣٥٤ ط دار النفائس، جواهر العقود المنهاجي الأسيوطي ج٢/٤٠٨ط دار الكتب العلمية بيروت

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١/ ٢٧٨، الأشباه والنظائر للسيوطي صـ ١٥٤

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج٥/ ١٥٢، المغني لابن قدامه ج٤/٥٦٦، ج٧/٣٤٦، أسني المطالب ج٣/١٢٦، الشرح الكبير للشيخ الدر دير ج٣/٢٩٢

القسم الأول: الولاية علي المال :

وهي سلطة التصرف في المال وهي نوعان:

ولاية قاصرة:

وهي سلطة الإنسان علي مال نفسه وهي ثابتة لكل من له أهلية الأداء الكاملة وهو البالغ العاقل الرشيد من الذكور والإناث، فله أن يتصرف في مال نفسه بما يشاء من أنواع التصرفات السائغة شرعاً.

ولاية متعدية وهي سلطة الإنسان علي مال غيره:

وهي إما أن تكون ثابتة بالشرع من غير حاجة إلي مثبت لها من البشر وفيها لا يملك الإنسان عزل نفسه منها، لأنها لم تثبت له بإرادته وتكون في ولاية الأب والجد في مال ولدها القاصر.

وإما أن تكون مستمدة من شخص آخر كالوصي يستمد ولايته من الأب أو غيره، كالوكيل الذي يستمد ولايته من موكله ونحو ذلك.

من تثبت عليه هذه الولاية ؟

وتثبت الولاية المتعدية شرعاً ـ في غير الوكالة ـ علي المحجور عليهم وهم الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، وتستمر مادام الوصف الموجب لها قائما فإن زال انقطعت لقوله تعالي [وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم][1]

(١) سورة النساء من الآية (٦)

وسبب ثبوتها علي هؤلاء عدم أهليتهم للتصرف لقصور إدراكهم[١]

وقد اتفق الفقهاء علي أن الولي علي المال يتصرف وجوباً في مال الصغير سواء كان الصغير مميزا أو غير مميز[٢] بمقتضي المصلحة وعدم الضرر لقوله تعالي [ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن][٣] وقوله تعالي [ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح[٤]

واتفقوا علي أن الغني لا يأكل من مال اليتيم، والفقير يأكل بالمعروف من غير إسراف ولا تبذير لقوله تعالي [ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف][٥]

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٥ / ٧٨، تبين الحقائق للزيلعي ج٥/ ١٩٥ ط دار الكتب العلمية، بداية المجتهد لابن رشد ج٢/٧٩ ط الحلبي، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٣/٢٩٦ ط دار الفكر ' القوانين الفقهية لابن جزيء صـ ٢٧٤ ط دار القلم دمشق، التلقين للقاضي عبد الوهاب ج٢/ ١٦٧ ط دار الكتب العلمية ' حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ج٣/ ٢٤٠ ط دار الكتب العلمية، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٢/١٦٦ ط دار الفكر، المغني لابن قدامه ج٤/٥١٦ -٥٧١ ط دار الفكر

(٢) والمميز من بلغ سبع سنين أو ثمان تقريبا وأما ما قبل ذلك فيعتبر غير مميز (روضة الطالبين ج١/ ٤٢٩، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٨/٢٢٧ ط دار الفكر، الإنصاف للمرادي ج١٤/٤٨٠)

(٣) سورة الأنعام من الآية (١٥٢)

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٢٠)

(٥) سورة النساء من الآية (٦)

روي الشيخان عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا أنها نزلت في اليتيم إذا كان الولي فقيراً أنه يأكل من ماله مكان قيامه عليه بالمعروف[١]

وروي أن رجلاً سأل النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقال إني فقير ليس لي شيء وولي يتيم قال كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر[٢] ولا متأثل[٣] ولا تخالط مالك بماله[٤] وللولي الاتجار بمال المحجور ودفعه لغيرة مضاربة بجذء شائع من ربحه، وبيعه نسيئة، وإيداعه عند أمين ثقة عند الحاجة إلي ذلك، وله بيع عقاره ومنقوله وإجارته بثمن المثل وغير ذلك من أنواع التصرفات الجائزة.

القسم الثاني: الولاية علي النفس

وهي سلطة القيام علي شئون القاصر ونحوه المتعلقة بشخصه ونفسه كالتزويج والتعليم والتطبيب ونحو ذلك وتنفيذ التصرف عليه دون التوقف علي رضاه[٥]

---

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر ج٨/٢٤١ ط السلفية

(٢) مبذر قيل معناه ولا مسرف فهو تأكيد، وقيل معناه مبادر(بإهمال الدال) أي إعطاء اليتيم ماله قبل بلوغه

(٣) متأثل ولا متخذ منه أصل مال

(٤) أخرجه النسائي في السنن ج٦/٢٥٦ ط المكتبة التجارية، فتح الباري ج٨/٢٤١ ط السلفية

(٥) التعريفات للجرجاني ج١/٨٥، التوقيف علي مهمات التعريف للمناوي صـ ٧٣٤، أنيس الفقهاء للقونوي صـ ١٤٨

أنواع الولاية علي النفس:

والولاية المتعدية علي النفس نوعان:

الأول: ولاية التربية والتعليم والتطبيب ونحو ذلك:

وسبب ثبوت هذه الولاية الصغر وسبب ثبوتها علي الصغار ذكوراً كانوا أو إناثاً مسئولية الأبوين في القيام بدورهم في رعايتهم والقيام بكل ما يخصهم من الأمور الدنيوية والأخروية قال تعالي [يأيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً][1] وقول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [ألا كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته الرجل راعٍ علي أهل بيته وهو مسئول عنهم والمرأة راعية علي بيت بعلها وولده وهي مسئولة عنهم][2]

وقول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [إن لولدك عليك حقاً][3]

قال الإمام النووي في تعليقه علي هذا الحديث وفيه أن علي الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين، وهذا التعليم واجب علي الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصبي والصبية نص عليه الشافعي وأصحابه.

---

(١) سورة التحريم من الآية (٦)

(٢) صحيح الإمام مسلم واللفظ له كتاب الإمارة باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث علي الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم ج ٣٥٢/٩ رقم الحديث(٣٤٠٨) والبخاري كتاب الجمعة، باب الجمعة في القري والمدن ج ٤١٤/٣

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به ج ٤١/٦

قال الشافعي: وعلي الأمهات أيضا هذا التعليم إذا لم يكن أب لأنه من باب التربية ولهن مدخل في ذلك[١]

وعقد ابن القيم في كتابه الماتع تحفة الودود بأحكام المولود باباً في وجوب تأديب الأولاد وتعليمهم والعدل بينهم فقال ومما يحتاج إليه الطفل غاية الاحتياج الاعتناء بأمر خُلقُه فإنه ينشأ علي ما عوده المربي في صغره فيصعب عليه في كبره تلافي ذلك فتصير هذه الأخلاق صفات وهيئات راسخة[٢]

وعن عامر ابن أبي عامر أنه سمع أيوب بن موسي القرشي عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أنه قال: ما نحل والد ولدا أفضل من أدب حسن][٣]

وعن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [لان يؤدب أحدكم ولده خير له من أن يتصدق كل يوم بنصف صاع علي مساكين][٤]

---

(١) (١٥) شرح النووي علي مسلم ج١٧٠/٤، المجموع شرح المنهاج النووي ج ١٢/٣ ط دار الفكر

(٢) (٦٢) تحفة الودود بأحكام المولود لابن القيم صـ ٢٠٩ ط دار الريان للتراث القاهرة

(٣) أخرجه الترمذي وقال حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث عامر بن أبي عامر الحزّار وهو عامر بن صالح بن رستم الحزّار وايوب بن موسي هو أبن عمرو بن سعيد بن العاص وهو حديث مرسل سنن الترمذي كتاب البر والصلة، باب ما جاء في أدب الولد ج ٢٠٦/٧ رقم (١٨٧٥)

(٤) وهذا دليل علي أن تأديب الولد أفضل من كثير من أنواع العبادات كالإنفاق في سبيل الله، والتصدق علي المساكين والحديث أخرجه الطبراني في المعجم الكبير بهذا اللفظ =

قال الإمام الغزالي في كتابه أحياء علوم الدين: اعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأكدها والصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل نقش، ومائل إلي كل ما يمال به إليه فإن عُلم الخير وعوده نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبوه وكل معلم له ومؤدب، وإن عُود الشر، وأُهمل إهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في رقبة القيم عليه والوالي له وقد قال تعالي [يأيها الذين آمنوا قو أنفسكم وأهليكم ناراً][1] ومهما كان الأب يصونه عن نار الدنيا فبأن يصونه عن نار الآخرة أولي، وصيانته بأن يؤدبه ويهذبه ويعلمه محاسن الأخلاق.[2]

ومن المعلوم بالنظر إلي الواقع أنه ما أفسد الأبناء إلا إهمال الآباء في تأديبهم وتعليمهم ما يصلح دنياهم وآخرتهم وتفريطهم في حملهم علي طاعة الله عز وجل، وزجرهم عن معصيته وإعانتهم علي شهواتهم بحسب الوالد أنه يكرمه بذلك وقد أهانه، وأنه يرحمه وقد ظلمه وحرمه، وما هذا العقوق الذي نراه من الأبناء للآباء إلا ثمرة لعقوق الآباء للأبناء والمتمثل في إهمالهم تربيتهم وتركهم هملاً ، فوصية الله للآباء بأبنائهم سابقة علي وصيته للأبناء بآبائهم قال تعالي [ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق][3]

=

ج ٢/ ٣٥٢، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب البر والصلة باب ما جاء في أدب الولد ج ٢٠٥/٧ رقم (١٨٧٤)

(١) سورة التحريم من الآية (٦)

(٢) إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي ج ٣/ ٦٢، المدخل لأبن الحاج ج ٢٩٥/٤

(٣) سورة الإسراء من الآية (٣١)

فمن أهمل تربية وتعليم ولده وتركه سُدي فقد أساء إليه غاية الإساءة وأكثر الأولاد إنما جاء فسادهم من قِبل الآباء، وإهمالهم لهم، وترك تعليمهم فرائض الدين وسننه فأضاعوهم صغاراً فلم ينتفعوا بأنفسهم ولم ينفعوا آبائهم كباراً، كما عاتب بعضهم ولده العقوق فقال يا أبت إنك عققتني صغيرا فعققتك كبيراً وأضعتني وليداً فأضعتك شيخاً[1] فلا يلومن الإنسان إلا نفسه

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلي ثبوت الولاية علي تأديب الصغير وأمره بفعل الطاعات كالصلاة والصيام ونحوها للأب[2] والجد والوصي والقيم من جهة القاضي ونص الفقهاء علي أن ذلك واجب)[3] علي الولي، فعليه إلزاما أن يأمره بالصلاة لتمام سبع سنين، وتعليمه إياها وضربه علي تركها لعشر سنيين ليتخلق بفعلها ويعتادها، وقد آكد ثبوت هذه الولاية قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع)[4]

قال الإمام النووي: والاستدلال به واضح لأنه يتناول بمنطوقه الصبي والصبية في الأمر بالصلاة والضرب عليها، قال ومن لا تلزمه الصلاة لا يؤمر بها إلا الصبي والصبية فيؤمران بها ندباً إذا بلغا سبع سنين وهما مميزان،

(١) تحفة الودود بأحكام المولود لأبن القيم صـ ٢٠٠

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى قول الشافعية وغيرهم إلى أن ذلك واجب على الأمهات أيضا إذا عُدم الآباء والأجداد وقامت الأمهات مقام الأولياء (المجموع ج ١٠/١٧٥).

(٣) والقول بالوجوب يقتضي أنه يُثاب إذا فعل ويُعاقب إذا ترك وذلك كله في الآخرة

(٤) أخرجه أبو داوود في سننه كتاب الصلاة باب متى يُؤمر الغلام بالصلاة ج٢/٨٨ وحسنه النووي في المجموع ج١٣/١١، تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني ج١/٣٥١

ويضربان علي تركها إذا بلغا عشر سنين، ولا فرق بين الصبي والصبية بلا خلاف، وهذا الأمر والضرب واجب علي الولي سواء كان أباً أو جداً أو وصياً أو قيماً من جهة القاضي.

ودليله قول الله تعالي [وأمر اهلك بالصلاة واصطبر عليها][1]

وقوله [يأيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً]

وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [إن لولدك عليك حقاً][2]

وقوله [كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته][3]

وكذلك يجب علي الولي نهيه عن اقتراف المحظورات سواء أكانت لحق الله تعالي أم لحق العباد، وتأديبه علي الإخلال بذلك تعويداً علي الخير والبر، وزجراً له عن سيء الأخلاق وقبيح العادات استصلاحاً له[4]

وعلي الولي أن يبدأ مع الصبي بالقول والنصح ثم الوعيد ثم التعنيف ثم الضرب وهذا الترتيب تلزم مراعاته فلا يرقي إلي مرتبة إذا كان ما قبلها يفي بالغرض وهو الإصلاح قياس ذلك علي تأديب الزوجة عند نشوزها فلا يرقي

---

(١) سورة طه من الآية (١٣٢).

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٥٤

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٥٤ ويراجع المجموع للنووي ج٣/١١-١٢، روضة الطالبين ج١٠/١٧٥

(٤) حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين ج٢/٢٣٣-٤٥٠، روضة الطالبين ج١٠/١٧٥، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج١/٣١٠، شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج١/١٢٧

إلي واحدة إذا وفي ما قبلها بالغرض في قوله تعالي [واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن][1]

يقول العز بن عبد السلام بعد أن ذكر أضرب التأديب والزجر ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال والأقوال والحبس والاعتقال لم يعدل إلي الأغلظ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول الغرض بما دونه[2] ويشترط في الضرب المأذون فيه أن يغلب علي الظن تحقيقه للمصلحة المرجوة منه، وأن يكون غير مبرح ولا شاق، وأن يتوقي فيه الوجه والمواضع المهلكة كما قيل (ضرب التأديب لا ضرب التعذيب)[3]

لذلك ذهب جمهور الفقهاء إلي أن الولي لا يضمن من التلف الذي ينشأ من التأديب المعتاد[4] ويدخل ضمن ولاية التربية للصغار الواجبة علي الأولياء مداواة الصغير، ورعايته الصحية، وكذلك ختانه[5] وكل ما يُصلح

---

(١) سورة النساء من الآية (٣٤)

(٢) قواعد الأحكام ج٢/ ٧٥

(٣) حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين ج٢٣٣/١، روضة الطالبين ج١٧٥/١٠، حواشي الشرواني علي تحفة المحتاج ج١٧٩/٩، كشاف القناع ج٥٨/٢

(٤) حاشية ابن عابدين ج٥/ ٢٤، مواهب الجليل للحطاب ج٥٧/٢، و أسني المطالب ج١٦٤/٤ ط دار الكتب العلمية، المغني لابن قدامه ج٦/ ١٢٨،
وقال بتضمينه الشافعية وبعض الأحناف مغني المحتاج ج١٩٩/٤، روضة الطالبين ج١٧٥/١٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج١٧٥/٧، حاشية ابن عابدين ج٢٤/٥

(٥) ويدخل في ذلك الذكر بإجماع العلماء والأنثي وجوباً علي في مذهب الشافعية وسنة عند غيرهم

حالته الصحية وما يجعله مستعداً لأن يعتمد علي نفسه بعد ذلك، وكذلك عليه أن ينظمه فيما هو مستعد له من العلوم والمعارف أو الحرف والصنائع ولو بأجرة من ماله من أجل تهيئته وتأهيله[1].

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٥/١٥٣-١٥٤، المهذب للشيرازي ج١/٣٣٧، كشاف القناع ج٣/٤٥٠، شرح منتهي الإرادات ج٢/٣٤٠

الفصل الثاني

ولاية التزويج

النوع الثاني من الولاية المتعدية علي النفس ولاية التزويج وفيه ستة مباحث.

المبحث الأول

أسباب[1] الولاية في عقد النكاح

ذكر الفقهاء أسباب الولاية في النكاح وهي:

(القرابة): وسبب ثبوت الولاية في النكاح بهذا السبب هو أصل القرابة وذاتها لإكمال القرابة فكل قريب تثبت له الولاية[2] إلا أن كمال القرابة سبب للتقدم والتفاضل بين الأولياء فيقدم الأقرب علي الأبعد كما سيأتي بيانه في مبحث ترتيب الأولياء.

والدليل علي كون القرابة سبب للولاية قول الله تعالـــي [وأنكحوا

(١) السبب هو ما جعله الشارع علامة علي مسببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه بعدمه فيلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه فهو أمر ظاهر منضبط جعله الشارع علامة علي حكم شرعي هو مسببه وهو يفترق عن علة الحكم (أصول الفقه عبدا لوهاب خلاف صـ١٠٩ط دار الحديث.

(٢) علي خلاف بين الفقهاء في ذلك فبعضهم يجعل كل قريب مستحق للولاية سواء كان من العصبة أم لا، وبعضهم يخص الولاية بالعصبة فقط دون ذوي الأرحام علي تفصيل سيأتي.

ألأيامي منكم][1]

ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم][2]

ولأن القرابة يحصل بها الشفقة الواعية إلي تحصيل النظري في حق المولي عليهم[3]

(الملك) تثبت ولاية النكاح بالملك أي ملك السيد لعبده أو أمته لأن ولاية الإنكاح ولاية نظر والملك داعٍ إلي الشفقة والنظر في حق المملوك فكان سبباً لثبوت الولاية، والمملوك ليس له ولاية لعدم الملك له إذ هو مملوك في نفسه فلا يكون مالكاً[4] وهو غير موجود في عصورنا فلن نطيل الحديث فيه

(الولاء) تثبت ولاية النكاح بولاء العتاقة لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب][5] ثم إن النسب سبب لثبوت الولاية

(١) سورة النور من الآية (٣٢)

(٢) أخرجه ابن ماجة ج٦٣٣/١ ط الحلبي، وحسنه ابن حجر تلخيص الحبير ج ٥٣/٧-٥٤-٥٥

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢٣٧/٢-٢٣٨، روضة الطالبين ج٣٣٧/١، كشاف القناع ج٤٨/٥-٥١، حاشية الدسوقي ج٢٢٥/٢ الحاوي ج ٩١/٩

(٤) المغني ج٣٦٠/٧، بدائع الصنائع ج٢٥٢/٢ الحاوي ج٩ /١٣٨، حاشية الدسوقي ج٢٢٥/٢

(٥) أخرجه الحاكم في مستدركه ج٣٤١/٤ وصححه، ووافقه الذهبي، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٢٩٢/١٠ من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

فكان الولاء سبباً لها

(الإمامة) تثبت الولاية بالإمامة لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [السلطان ولي من لا ولي له][1] ولأنه نائب عن جماعة المسلمين، ويقوم القاضي مقامه وتقوم المحكمة بالدور المنوط بالقاضي بتزويج من لا ولـــــي لها[2].

(**الوكالة**) : تثبت ولاية النكاح لوكيل الزوج ووكيل الزوجة علي خلاف في هذا[3].

(**الوصايا**): تثبت ولاية النكاح عند بعض الفقهاء بالوصية بالإنكاح[4]

(١) سبق تخريج الحديث صـ٤٠٤٤

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٢٩٦/٢، بلغة السالك للصاوي ج٣١٣/٣، روضة الطالبين ج٥٨/٧، الحاوي ج١١٢/٩، الإنصاف للمرادي ج٤٦/٨-٤٧

(٣) الحاوي للماوردي ج ٩/ ١٢٢، المغني لابن قدامه ج ٧/ ٣٥٢

(٤) مطالب أولي النهي ج٥٥/٥، المغني ج ٧/ ٣٥٢

المبحث الثاني

أقسام الولاية في النكاح

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

ولاية الإجبار

وتسمي ولاية الحتم والاستبداد والإيجاب ومعناها أن يباشر الولي العقد فينفذ قوله وعقده علي المولي عليه شاء أو أبي، أي بدون إذنه ورضاه.

وقد اختلف الفقهاء فيها في موضعين:

الموضع الأول: علي مَن تثبت ولاية الإجبار؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء علي عدم ثبوت ولاية الإجبار علي صنفين:

الأول: الثيب[1] البالغة[2]، ودليل ذلك قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [الثيب أحق بنفسها من وليها][3].

---

(١) الثيوبة زوال البكارة بالوطء ولو حراماً، والثيب لغة ضد البكر (لسان العرب ج١/ ٢٤٨، كشاف القناع ج٥/٤٦ ط دار الفكر

(٢) يقال بلغ الصبي احتلم وأدرك وقت التكليف، وكذا بلغت الفتاه واصطلاحاً انتهاء حد الصغر في الإنسان ليكون أهلا للتكاليف الشرعية (لسان العرب ج٨/٢٠ مختار الصحاح ج١/ ٣٣، أقرب المسالك ج١/ ١٣٣ ط در الفكر

(٣) صحيح مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ج٧/

ولقوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [الثيب تعرب عن نفسها][1]

لذلك أوجب الفقهاء بالإجماع إستئمار الثيب البالغة فإذا زوجت بغير إذنها فنكاحها موقوف علي إجازتها.وقد روت الخنساء بنت حزام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فأتت رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فردّ نكاحه][2] وأيضا قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [لا تنكح الأيم[3] حتى تستأمر][4] روي ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمَا قال ليس للولي من الثيب أمر[5]

وأما الاستدلال فهو أنها لما بلغت عن عقل وحرية صارت ولية نفسها

=

٢٤٢ رقم الحديث (٢٥٤٦)، وأخرجه أبو داوود في سننه ج٤٩٤/٥ رقم الحديث (١٧٩٥)

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ج٦٠٢/١ ط الحلبي، والإمام أحمد في مسنده ج٤/ ١٩٢ ط الميمنة

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه وغيره من أصحاب السنن صحيح البخاري كتاب النكاح باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود ج١٠٣/١٦

(٣) الأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ومن لا امرأة له سواء تزوج قبل ذلك أو لا لقاموس المحيط ج١٩٠/٣، المصباح المنير ج١٨٩/١، لسان العرب ج٣٩/١٢ غريب الحديث لابن قتيبية ج٣١٥/١، النهاية في غريب الحديث والأثر ج٢٠٧/١

(٤) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وأحمد والبيهقي وغيرهم صحيح البخاري كتاب النكاح باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ج١٠٠/١٦، ومسلم ج١٣٩/٧ رقم (٢٥٤٣)

(٥) أخرجه أبو داوود في سننه ج٥٧٩/٢، والدار قطني ج٣/ ٢٣٩ وأعله بمخالفة أحد رواته متنا واسنادا لمن اشترك معه في الرواية عن شيخه صالح بن كيسان ولفظ مسلم الأيم أحق بنفسها من وليها.

في النكاح فلا تبقي مولياً عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية النكاح إنما ثبتت للأب علي الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادر علي ذلك، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت علي التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظراً فتزول بزوال الضرورة، وإذا صارت ولية نفسها في النكاح لا تبقي مولياً عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة[1] ويعرف رضا الثيب البالغة بالقول تارة وبالفعل أخري.

أما القول فهو التنصيص علي الرضا وما يجري مجراه والأصل فيه قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [الثيب تستأ مر في نفسها][2] وقوله [الثيب تعرب عن نفسها][3]

وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها، والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لأن هذا دليل الرضا[4] والأصل فيه ما روي عن النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أنه قال لبريرة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا: [إن وطأك فلا خيار لك][5]

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢/٢٤٨، الإنصاف للمراد ي ج٨/٥٧، الفتاوى الهندية ج١/٢٩٠

(٢) مسند الإمام أحمد ج٢/ ٤٢٥ ط الميمنة مسند أبي هريرة، المعجم الكبير للطبراني ج١٩/٢٤٧

(٣) اخرجه ابن ماجة في سننه ج١/ ٦٠٢ ط الحلبي، وأخرجه احمد في مسنده ج٤/١٩٢

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢/٢٤٨، الدر المختار ج٢/ ٢٩٨-٢٩٩-٣٠٤-٣٠٦

(٥) أخرجه الدار قطني ج٣/ ٢٩٤ ط دار المحاسن

الثاني: الذكر الحر البالغ:

فقد اتفق الفقهاء أيضا علي أن ولاية الإجبار لا تثبت علي الذكر الحر البالغ

قال الأحناف: تنتهي ولاية الأب علي الغلام إذا بلغ وعقل واستغنى برأيه، إلا إذا لم يكن مأموناً علي نفسه بأن يكون مفسداً يخاف عليه، فللأب ولاية ضمه إليه لدفع فتنة أو عارٍ، وتأديبه إذا وقع منه شيء، والجد بمنزلة الأب[1]

وقال المالكية: تنتهي الولاية علي النفس بالنسبة للصغير ببلوغه الطبيعي وهو بلوغ النكاح فيذهب حيث شاء ولكن إذا كان يخشي عليه الفساد فيبقي حتى تستقيم أخلاقه[2]

وعند الشافعية تنتهي الولاية علي الصغير ذكراً كان أو أنثي بمجرد بلوغه[3]

وعند الحنابلة: أن البالغ الرشيد لا حضانة عليه، فإذا كان رجلاً فله الإنفراد بنفسه لاستغنائه عن أبويه[4]

ثانياً: اتفق الفقهاء علي ثبوت ولاية الإجبار علي ثلاثة أصناف وهم:

---

(١) حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين ج٣/ ٦٥٨

(٢) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٣/ ٢٩٢ -٢٩٣، حاشية الخُرشي ج٤/ ٢٠٧-٢٠٨ ط دار الفكر

(٣) نهاية المحتاج ج ٣٦٤/٤ ط دار الفكر، شرح منهاج الطالبين ج٣٠٠/٢

(٤) المغني لابن قدامه ج٧/ ٣٩٢

الأول: البكر الصغيرة فالبكر إن كانت صغيرة فالإجماع علي أنها لا تُزوج نفسها بل الذي يُزوجها بولاية الإجبار أبوها.

ودليل ذلك أن السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تزوجها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من أبيها وكانت ما زالت صغيرة، فقد رُوي أنها قالت تزوجني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأنا ابنة ست وبنا بي وأنا ابنة تسع[١] ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها[٢].

قال ابن قدامه: للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعها في كفاءة . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها.[٣]

وزوج عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[٤] فللأب إجبار الصغيرة علي الزواج ولو بدون مهر أو بأقل من مهر المثل[٥] ولا خيار لها إذا بلغت علي المشهور من مذهب المالكية[٦].

---

(١) صحيح البخاري كتاب النكاح، باب من بني بامرأة وهي بنت تسع سنين رقم الحديث (٤٧٦١) صحيح مسلم كتاب النكاح باب تزويج الأب البكر الصغيرة ج٣ ٢٤٥ رقم الحديث (٢٥٤٨)

(٢) الشرح الكبير لابن قدامه ج ٧ /٣٨٦

(٣) المغني لابن قدامه ج ٧ /٣٧٩

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ج ١٣٩/٧ ' مصنف عبد الرزاق ج٦/ ١٦٤

(٥) روضة الطالبين ج٧ ٥٣- ٨٤ -٢٧٧، أسني المطالب ج٣/ ٢٠٦، المغني ج٧/ ٣٧٩

(٦) حاشية الخرشي علي مختصر خليل ج٣ /١٧٦

الثاني: **فاقد الأهلية** ذكراً أو أنثي كالمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة[1]

فقد اتفق الفقهاء علي أن ولاية الإجبار تثبت علي كل مَن فقد أهلية التكليف سواء كان ذكراً أو أنثي بالغا أو غير بالغٍ

وقد جعل الشرع هذه الولاية إجبارية للنظر في مصالح المولي عليه إذ أن فاقد الأهلية عاجز عن النظر في مصالح نفسه، وليس له القدرة العقلية ما يستطيع بها أن يدرك مصلحته في العقود التي يعقدها والتصرفات التي تصدر عنه بسبب الجنون أو العته ومن ثَمّ فإن تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها ترجع إلي وليه.

وفاقد الأهلية إذا عقد عقد الزواج فإن عقده يقع باطلاً إذ لا تعتبر عبارته في إنشاء العقود والتصرفات لعدم التمييز الذي هو أصل الأهلية[2]

والولاية الجبرية علي المجنون والمجنونة بإجماع العلماء إذا كان

---

(١) المجنون من زال عقله أو فسد ' والجنون احتلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال علي نهجه إلا نادراّ (لسان العرب ج ١٣/ ٩٢، التعريفات للجرجاني ج١/ ٢٦) والمعتوه من نقص عقله من غير جنون أو دهش وهو قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير فالعته آفة تُوجب خللاً في العقل فيصير صاحبها مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ويشبه بعضه كلام المجانين وهو كالصبي المميز في الأحكام وقيل كالمجنون وهو قول الجمهور (لسان العرب ج ١٣/ ٥١٢، التعريفات ج١/ ٤٧، التحرير والتحبير ج ٢/ ١٧٦ ط الأميرية

(٢) فقه السنة للسيد سابق ج٢/ ١٣١ ط دار الكتاب العربي بيروت، الإنصاف للمرادي ج٨/٥٧

الجنون مطبقاً أي أن المجنون لا يفيق وزاد بعضهم قيداً آخر وهو أن يكون للمجنون أو المجنونة حاجة إلي الزواج ويعرف ذلك بميل المجنون للنساء وكلامه عنهم، وكذلك المجنونة بالنسبة للرجال، وقيل لا يلزم ذلك لأنه ربما كان النكاح له دواء يُرجي به شفاءُه وقد يحتاج إلي الإيواء والحفظ[١]، إما إذا كان الجنون غير مطبق فكان يُجن أحياناً ويفيق أحياناً أخري فلا يثبت عليه ولاية الإجبار لأنه يمك الاحتراز عنه[٢] فإذا زوج المجنون أو المجنونة الأب[٣] أو الجد فلا خيار لهما إذا عقلاً والمسمي بخيار الإفاقة، فإن كان الولي غير الأب أو الجد فيثبت لهما الخيار، وكذا لا خيار لهما في تزويج الابن من باب أولي لأنه مقدم علي الأب في التزويج[٤] ولا فرق بين أن يكون الجنون أصلياً بأن بلغ مجنوناً أو عارضاً بأن طرأ الجنون بعد البلوغ عند الأحناف[٥]

الثالث: الولاية علي العبد والأمة:

ذكر الفقهاء من أسباب ثبوت الولاية علي النفس الملك أي ملك السيد

---

(١) الحاوي في فقه الشافعية للماوردي ج ٧٠/٩، مغني المحتاج ج١٦٩/٣، شرح منتهي الإرادات ج ٦٣٥/٣، المغني لابن قدامه ج٣٨٩/٧، حاشية ابن عابدين ج٨٢٥/٣ الاختيار ج٢/ ٨٣

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢٤١/٢، البحر الرائق ج١٢٧/٣

(٣) وألحق المالكية القاضي بالأب (مواهب الجليل ج٥/ ٥٤، حاشية الدسوقي ج ٢٢٣/٢

(٤) البحر الرائق ج٣/ ١٢٩، حاشية ابن عابدين ج٦٩/٣، تبيين الحقائق ج١٢٢/٢-١٢٣، الحاوي ج٧٢/٩، الإنصاف للمرادي ج٨/ ٥٧

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢٤١/٢

لعبده أو أمته، لأن ولاية النكاح ولاية نظر، والملك داعٍ إلي الشفقة والنظر في حق المملوك فكان سبباً لثبوت الولاية[1].

وثبوت ولاية الإجبار للسيد علي أمته باتفاق الفقهاء لا فرق بين الكبيرة منهن والصغيرة ولا بين القن والمدبّرة وأم الولد ولا يملك إجبار المكاتبة[2] لأن منافعهن مملوكة له، والنكاح عقد علي منفعتهن ولذلك ملك الاستماع بها.

وذهب الأحناف والمالكية والشافعية في أحد القولين إلي أن للسيد ولاية الإجبار علي عبده مطلقاً لأنه ملك له، وخالفهم الحنابلة والشافعية في القول الأخر فقالوا له إجبار عبده الصغير وكذا المجنون ولو بالغاً لأن الإنسان إذا ملك تزويج ابنه الصغير والمجنون فعبده كذلك بل هو أولي، ولا يملك السيد عندهم إجبار عبده الكبير العاقل علي النكاح فهو كالحر في هذا لأنه يملك الطلاق والأمر بنكاحه مختص بطلبه[3]

أما غير هولاء فقد اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية الإجبار عليهم

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٢/٢٣٧-٢٣٨، حاشية ابن عابدين ج٢/ ٢٩٦، روضة الطالبين ج٧/ ٥٣- ٥٥، الشرح الصغير للدردير ج٢/ ٣٥١، مطالب أولي النهي ج٥/ ٥٥، المغني ج٧/ ٣٩٩

(٢) ألقن هو من لا عتق فيه أصلاً، والمدبّرة الساعية في عتقها بأمر سيدها ففيها شائبة حرية فقد انعقد لها سبب من أسباب العتق أو المعلق عتقها علي أمر كأن يقول لها سيدها إن مت فأنت حرة، وأم الولد انعقد لها بولدها سبب من أسباب العتق (التعريفات للجرجاني ج١/ ٥٧- ٦٧)

(٣) المغني لابن قدامه ج٧/ ٤٠٠

كالثيب الصغيرة، والبكر الصغيرة، والبالغة علي النحو التالي:

ذهب الأحناف: إلي أن ولاية الإجبار تثبت علي الصغير والصغيرة بكراً كانت أو ثيباً.

وسبب ثبوت الولاية علي هولاء قصور عقلهم، لذلك لا تثبت هذه الولاية علي البالغة لأن عقلها كمل بالبلوغ وهي حرة مخاطبة بالتكاليف فلا يكون للغير ولاية عليها.

قال في البحر: وأثبتنا الولاية علي الصغيرة لأن النكاح يتضمن المصالح والتي لا تتوفر إلا بين متكافئين عادة، ولا يتفق الكفء في كل في كل زمان، فأثبتنا الولاية في حالة الصغر بكراً كانت أو ثيباً إحرازاً للكفء، والقرابة داعية إلي النظر في هذه المصالح، وعلة ثبوت الولاية علي الصغيرة عندنا عدم العقل أو نقصانه وهذا أولي لأنه المؤثر في ثبوت الولاية في مالها إجماعاً، وكذا في حق الغلام إجماعا (الصغير) في ماله ونفسه وكذا في حق المجنونة إجماعاً، ولا تأثير لكونها ثيباً أو بكراً.(١)

حجة الأحناف:

(أ) قالوا والذي يدل علي جواز نكاح الصغيرة قول الله تعالي [وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامي](٢) هكذا فسرته السيدة عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا(٣)

(ب) واستدلوا بما روته السيدة عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا قالت قلت يا رسول الله

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نُجيم الحنفي ج٣ / ١١٨

(٢) سورة النساء من الآية (٤)

(٣) بدائع الصنائع ج٢ /٢٤٥، تبيين الحقائق للزيلعي ج٢ / ١٢٢، البحر الرائق ج ٣/ ١٢٨

يُستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال نعم قلت فإن البكر تُستامر فتستحي قال سكاتها إذنها][1] وبخروج البالغات بقي الصغار وأيضا ما رُوي أن السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قال تزوجني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأنا بنت ست سنين وبني بي وأنا بنت تسع سنيين][2] وقد زوجها أبوها فيدل ذلك علي أن ولاية الإجبار تكون منوطة بالصغر في الصغير والصغيرة، أما علة وجودها في الكبير والكبيرة فهي الجنون تدور معه وجودا وعدماً.

(ج) ولأن تأثير البلوغ في زوال الأهلية عنها لقدرتها علي التصرف واعتدال عقلها به وبهذا تُوجه التكاليف الشرعية إليها، فمن أثبت الولاية عليها بعد البلوغ ومنعها قبله فقد عكس المعني وهو بعيد عن القواعد الشرعية، ألا تري أن الولاية تثبت لوليها في مالها حالة الصغر فإذا بلغت انتفت الولاية عنها، فكذا الولاية علي النفس[3].

وحاصلة قياس الولاية علي النفس علي الولاية علي المال والعلة الجامعة بينهما قصور العقل أو نقصانه عن إدراك مآلات الأمور وقياس الجارية علي الغلام قال أبو حنيفة إن ولاية الحتم والإيجاب في حال الصغر إنما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف علي وجه النظر والمصلحة بنفسها وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا

(١) صحيح البخاري كتاب النكاح باب لا يجوز نكاح المُكره رقم الحديث (٦٤٣٣)

(٢) صحيح البخاري كتاب المناقب باب تزويج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا رقم الحديث (٣٦٠٧) وصحيح مسلم (واللفظ له) كتاب النكاح باب تزويج الصغيرة رقم (٢٥٤٨)

(٣) بدائع الصنائع ج٢ /٢٤٥، تبيين الحقائق للزيلعي ج٢ / ١٢٢، البحر الرائق ج ٣/ ١٢٨

صارت من أهل الخطاب في أحكام في أحكام الشرع إلا أنها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب، لأنه يحتاج إلي الخروج إلي محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة، والخروج إلي محافل الرجال عيب في العادة، فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة، فتثبت الولاية عليها علي حسب العجز وهي ولاية الندب والاستحباب لا ولاية الحتم والإيجاب إثباتاً للحكم علي قدر العلة(١).

وذهب الشافعية والحنابلة إلي أن الاعتبار بالبكارة فتكون الولاية علي البكر ولو كبيرة عاقلة لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة، إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة فللأب ولاية الإجبار عليها بغير إذنها لأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء، وهذا في البكر الصغيرة بلا إذن لها، وكذلك البكر الكبيرة فللأب أو الجد عند فقدان الأب أن يزوجها جبراً كالصغيرة، وإنما يستأذنها استطابة لنفسها من غير أن يكون شرطاً في جواز العقد وبه قال ابن أبي ليلي وأحمد وإسحاق(٢).

حجة الشافعية:

(١) قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها](٣) قالوا فلما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها عُلم أن ولي البكر أحق بها من نفسها، ويكون قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والبكر تُستأذن في نفسها محمولاً علي الاستحباب دون

(١) بدائع الصنائع ج٢ /٢٤٣ ٠

(٢) الحاوي للماوردي ج ٣٧/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٣ / ١٤٩

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٤.

الوجوب استطابة للنفس، لأنه لو كان محمولاً علي الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب[1]

(ب) ومن القياس أن كل مَن جاز له قبض صداقها بغير رضاها جاز له عقد نكاحها بغير رضاها كالأمة وكالبكر الصغيرة، لأن ما استحق بالولاية في نكاح الصغيرة استحق بالولاية في نكاح الكبيرة قياساً علي طلب الكفاءة[2]

أما الحنابلة: فالعلة عندهم في ثبوت ولاية الإجبار البكارة، إلا أنهم قالوا إن البكر الصغيرة لا خلاف في ثبوت ولاية الإجبار عليها

قال ابن المنذر: أجمع كل مَن نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها وقد دلّ علي ذلك قول الله تعالي [واللائي يئسن من المحيط من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن][3].

وجه الدلالة من الآية:

فإن الآية دلّت أن اللائي لم يحضن عدتهن بالأشهر، ولا تكون عدّة إلا إذا كانت مطلقة من نكاح، أو فُسخ نكاحها، فدل ذلك علي أنها قد تُزوج وتُطلق ولا إذن لها.

وحديث عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ تزوجها وهي بنت ست

(١) الحاوي للماوردي ج ٥٣/٩

(٢) الحاوي للماوردي ج ٥٣/٩

(٣) سورة الطلاق من الآية (٤)

سنين وبني بها وهي بنت تسع سنين] ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحالة ممن يعتبر إذنها[1].

وأما البكر البالغة العاقلة فعن الإمام أحمد روايتان:

الأولي: أن لوليها الحق في إجبارها علي النكاح كالصغيرة كما ذهب إلي ذلك الإمام الشافعي والإمام مالك مستدلا بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن][2] فلما قسم النساء إلي قسمين وأثبت الحق لأحدهما دلّ علي نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق بها، ولكن استأذنها مستحب فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر به ونهي عن النكاح بدونه لأن فيه تطييباً لقلبها، وخروجاً من الخلاف[3]

الثانية: ليس له إجبارها كما ذهب إلي ذلك الإمام أبو حنيفة[4]

---

(١) المغني لابن قدامه ج٧ / ٣٧٩، شرح منتهي الإرادات ج ٢ / ٦٣٤، الإنصاف للمرادي ج ٨ /٥٢، الفروع لابن مفلح ج ٥/ ١٢٥

(٢) سبق تخريج الحديث بلفظ (لا تُنكح الأيم حتي تستأمر) ص٤٠٩١.

(٣) قالو ويسن استذان البكر البالغة وأمها، أما هي فلحديث البكر تستأمر وأذنها صماتها) وأما أمها فلحديث ابن عمر مرفوعا آمروا النساء في بناتهن)أخرجه أبو داوود، ويكون ذلك الاستذان بنفسه أو بنسوة ثقات لأنها قد تستحي منه وأمها أولي بذلك كشاف القناع ج٥/ ٤٣

(٤) جاء في الإنصاف أن له ولاية الإجبار علي ابنته البكر التي لها دون تسع سنيين فله تزويجها بغير إذنها ورضاها حكاه ابن المنذر إجماعا، وأما البكر التي لها تسع سنين فأزيد إلي ما قبل البلوغ فله تزويجها بغير إذنها علي الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وفي قول لا يجوز إلا بإذنها، وأما البكر البالغة فله إجبارها أيضا =

أما المالكية : فإن ابن رشد يذهب إلي أن العلة عند مالك في ثبوت ولاية الإجبار هي إحدى العلتين إذا انفرد أعني البكارة أو الصغر حيث قال: واختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر فمن قال الصغر قال لا تجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، ومن قال كل واحد منهما إذا انفرد قال تجبر البكر البالغ والثيب الصغيرة، والأول تعليل أبي حنيفة، والثاني للشافعي والثالث لمالك[1] لذلك فإن مالك لا يجبر الثيب البالغ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (الثيب تعرب عن نفسها)[2]

وقال المالكية بجبر البكر البالغ ووافقهم الشافعية والحنابلة وخالفهم الأحناف وجماعة من العلماء حيث قالوا لابد من اعتبار رضاها ووافقهم المالكية في البكر المعنسة وهي التي طالت إقامتها عند أبيها وقيل إذا بلغت من العمر ستين سنة وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج فلابد من اعتبار رضاها وهو قول ابن وهب حيث قال للأب جبر البكر ما لم تكن عانساً لأنها لما عنّست صارت كالثيب[3]

=

علي الصحيح من المذهب، وكذلك البكر المجنونة والثيب المجنونة فله إجبارهما علي الصحيح من المذهب، والثيب العاقلة التي ليس لها تسع سنين كذلك، وأما الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ ففيها روايتان، وأما الثيب العاقلة البالغة فليس له إجبارها بلا نزاع الإنصاف ج٨ / ٥٧، الفروع ج٥/ ١٢٥

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ٢ /٦

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٥.

(٣) والمشهور في المذهب أن للأب جبر البكر ولو كانت عانساً، ومنشأ الخلاف هل العلة

=

وكذلك لا تجبر البكر التي رشدها أبوها إذا كانت بالغة فالصغيرة لا تُرشد[1] واستئذان البكر مستحب وليس بواجب بالإجماع[2] وكذلك قال المالكية بجبر الثيب الصغيرة ولا تجبر الثيب البالغ[3] والأرجح عندهم أنن علة الإجبار هي البكارة.

الترجيح:

يظهر من خلا عرض المذاهب وأدلتها رجحان قول الأحناف لقوة أدلته يقول ابن رشد والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة.

يقول الكاساني: وعلة ثبوت الولاية عنده (الشافعي) البكارة وعندنا (الأحناف) عدم العقل أو نقصانه، وهذا أولي لأنه المؤثر في ثبوت الولاية علي مالها، ولا تأثير لكونها ثيباً أو بكراً فكذا الصغيرة[4]

=

في الجبر البكارة أو الجهل بصالح النساء فالمشهور ناظر للأول وابن وهب ناظر للثاني حاشية الدسوقي جـ ٢ / ٢٢٣. بلغة السالك جـ ٢ / ٢٢٥. مواهب الجليل جـ ٥ / ٥٤

(١) وهذا هو المعروف في المذهب، وقال ابن عبد البر: له جبرها، وترشيد الموصى كترشيد الأب حاشية الدسوقي جـ ٢/ ٢٢٣

(٢) وذلك تطييباً لنفسها من غير أن يكون شرطاً في جواز العقد حتي تفترق البكر عن الثيب في حديث النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (الثيب تستأمر والبكر تستأذن وإذنها صماتها) الذخيرة للقرافي جـ ٤ ٢٣١ دار الغرب، بداية المجتهد جـ ٢/ ٦

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ / ٦

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني جـ ٢ ٢٤١ ط دار الكتاب العربي

الموضع الثاني لمن تثبت ولاية الإجبار:

تحرير محل النزاع:

- اتفق الفقهاء علي ثبوت ولآية الإجبار للأب سواء كان الذي ثبت عليه هذه الولاية صغيراً أو صغيرة بكراً أو ثيباً عاقلاً أو مجنوناً علي الخلاف السابق بين الفقهاء، وذلك لأن الأب أكثر العصبات شفقة وحباً وأعظمهم رفقة وحنوا وهو بها أمس ويطلب الحفظ لها، وهي بعضه فهي منه بمثابة نفسه فالنبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (يقول عن فاطمة ابنته فاطمة بضعة مني يؤذيني ما آذاها)[1] ولأن سائر العصبات يدلون به وإليه ينتسبون، ولأنه يلي المال والنكاح أولي.[2]
- وكذلك اتفقوا علي ثبوت هذه الولاية للسيد علي مملوكه سواء كان عبداً أو آمة إذ أن السيد يملك الرقبة فيملك الإجبار، وولاية النكاح ولاية نظر والملك داعٍ إلي الشفقة والنظر في حق المملوك فكان سبباً لثبوت الولاية، والمملوك ليس له ولآية علي نفسه ولا علي ماله[3]

واختلفوا فيما سوي ذلك علي النحو التالي :

---

(١) صحيح مسلم واللفظ له كتاب فضائل الصحابة باب فضائل فاطمة بنت النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ جـ١٢/ ٢٠

(٢) البحر الرائق جـ٣/ ١٢٦، بداية المجتهد جـ١٣/٢، الحاوي جـ٩/ ٩١ كشاف القناع جـ ٥/ ٤٢، المغني لابن قدامه جـ٧ / ٣٨٤

(٣) البحر الرائق جـ٣ ١٧١، كشاف القناع جـ٥ / ٤٢، بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٣٧، روضة الطالبين جـ ٧ / ٥٥/٥٣، مطالب أولي النهي جـ ٥ / ٥٥

ذهب الأحناف إلي أن أسباب ثبوت ولاية الإجبار أربعة (القرابة – الملك – الولاء – الإمامة) فقالوا الولي هو العصبة بترتيب الإرث وهو كل من أخذ الكل في الميراث إذ انفرد والباقي مع ذوي الفروض، وهو ينصرف عند الإطلاق إلي العاصب بنفسه وهو كل ذكر يتصل بغير المكلف (مَن عليه ولاية الإجبار) بلا توسط انثي، ولا يراد به العصبة بالغير كالبنت فلا ولاية لها علي أُمها المجنونة، وكذا العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات[١] فالأحق بالولاية الابن وابنه وإن سفل ولا يتأتي ذلك إلا في المعتوهة (المجنونة) ثم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق أو لأب[٢] ثم ابن الأخ ثم العم وأبنائه[٣] فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب ثم لولد الأم ثم لذوي الأرحام ثم للحاكم وهذا عند الإمام أبي حنيفة، بينما ذهب الإمام محمد بن الحسن وأبو يوسف أصحاب أبي حنيفة إلي أنه ليس لغير العصبات من الأقارب ولاية، وإنما الولاية للحاكم بعد العصبات لحديث (الإنكاح إلى العصبات)[٤]

ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية، والنظر يتحقق بالتفويض إلي مَن هو المختص بالقرابة الباعثة علي الشفقة[٥] وليس للوصي ولاية التزويج وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر أي ثلاثة أيام فصاعداً، وقيل مقدرة بفوت

(١) البحر الرائق جـ٣/ ١٢٧

(٢) وذكر الكرخي أن الجد والاخ يشتركان في الولاية

(٣) تبين الحقائق جـ ٢/ ١٢٢، بدائع الصنائع جـ٢ / ٢٤٩، ٢٥٠، البحر الرائق جـ ٣ / ١٢٨

(٤) لم اقف علي تخريجه

(٥) البحر الرائق جـ ٣ / ١٣٣، حاشية ابن عابدين جـ ٣ / ٥٤ ط دار الفكر للطباعة

الخاطب الكفء باستطلاع رأيه.

حجة الأحناف:

قالوا ومذهبنا منقول عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وعلي بن أبي طالب والعبادلة وأبي هريرة وكفي بهم حجة، وحكي الكرخي إجماع الصحابة، وزوّج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُمامه بنت حمزة وهي صغيرة لسلمه بن أبي سلمه وهي بنت عمه وقال لها الخيار إذا بلغت، وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل إثبات الخيار إذا بلغت ولو كان زوجها بالنبوة لما تقدم عليه أحدٌ ولم ينقل أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منع الأولياء من التزويج والقرابة داعية إلي النظر كما في الأب.

وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (الإنكاح للعصبات) ذكره سبط بن الجوزي وشمس الأئمة السرخسي وقد أجمع العلماء علي العمل بهذا الحديث في حق الكبيرة فوجب أن يعمل به في حق الصغيرة لأنها أعجز وأمس حاجة[1]

ثم استدلاً بقوله تعالي (ويستفتونك في النساء ...)[2]

واليتيمة من لا أب لها فدل علي جواز إنكاح غير الأب لها، ولأن كل مَن جاز له تزويجها في الكبر جاز له أن ينفرد بتزويجها في الصغر كالأب، ولأنه استوي الآباء والعصبات في إنكاح الثيب فوجب أن يستووا في إنكاح البكر[3]

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي جـ ٢ / ١٢٠، حاشية جـ ٣/٥٤

(٢) سورة النساء من الآية (١٢٧)

(٣) البحر الرائق جـ ٣ / ١٢٧، بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٥، الحاوي للما وردي جـ ٩ / ٥٤

الفرق بين الأب وغيره في ولاية الإجبار:

إذا كان المزوج هو الأب أو الجد فلا خيار للصغير والصغيرة إذا بلغاً ولا خيار للمجنونة والمجنونة إذا أفاقا، أما إذا كان المزوج غير الأب أو الجد فلهما خيار الفسخ بالبلوغ والإفاقة بشرط قضاء القاضي بذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد وحجة أبي حنيفة ومحمد أن قرابة الأخ ناقصة، والنقصان يشعر بقصور النفقة فينصرف الخلل إلي المقاصد بخلاف ما إذا زوجها الأب والجد فإنه لا خيار لهما بعد بلوغها لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ، وإنما اشترطا القضاء لأن الفسخ هاهنا لدفع الضرر الخفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والأُنثي فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلي القضاء بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلي، وكذا لا خيار للمجنون والمجنونة إذا كان المزوج الابن من باب أولي لأنه مقدم علي الأب في التزويج ويبطل خيار البلوغ بسكوت مَن بلغت اعتباراً بهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وسكوت البكر في الابتداء إذن بخلاف سكوت الثيب والغلام فلا يعتبر سكوته ابتداء ولا عند البلوغ ما لم يقل رضيت ولو دلالة[1]

وذهب المالكية:

إلي أن مَن له ولاية الجبر ثلاثة:

(الأب) وله جبر ابنته البكر ولو عانساً علي المشهور إلا إذا رشّدها

(١) البحر الرائق جـ ٣ / ١٢٨، حاشية ابن عابدين جـ ٣ / ٦٩، تبين الحقائق جـ ٢/ ١٢٢

أبوها، وله جبر ابنته الثيب التي لم تبلغ وتأيمت بعد أن أزال الزوج بكارتها فللأب جبرها لصغرها إذ لا عبرة لثيبوبتها في هذه الحالة، وكذلك المجنونة البالغة الثيب فللأب جبرها لعدم تمييزها إلا إذا كانت تفيق فيُنتظر إفاقتها لتستأذن، ومحل جبر الأب للثلاثة إذ لم يزوجهن بمن يلحق بهن ضرراً عادة كخصي أو ذي عاهة، وكل مَن قام به موجب الخيار، وكذلك ليس له جبرها علي التزويج بعبد ولو كان عبده وإنما تزوج به برضاها به بالقول.

(وصي الأب) عند عدم الأب فله الجبر فيما للأب الجبر فيه ومحله إن عين له الأب الزواج وزوج بمهر المثل.

(الحاكم) ولا جبر للحاكم إلا عند عدم وجود الأب أو الوصي، ثم تثبت للمالك علي مملوكه أمة أو عبداً[1]

وذهب الشافعية إلي أن الجد يقوم مقام الأب عند فقدان الأب فله أن يزوجها جبراً بولاية كما أن ذلك للأب فالجد وإن علا كالأب عند عدمه أو عدم أهليته لأن له ولاية وعصوبة كالأب، ويزيد الجد علي الأب بأنه من الممكن أن يتولى طرفي العقد بخلاف الأب، ثم وكيل الأب والجد.

قال الماوردي: فأما حال البكر مع غير الأب والجد من الأولياء كالأخوة والأعمام فلا تخلو حالها معهم أن تكون صغيرة أو كبيرة، فإن كانت كبيرة لم يكن لهم إجبارها إجماعا، وليس لهم تزويجها إلا بإذنها، والفرق

(١) بلغة السالك جـ ٢ / ٢٢٥، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير جـ ٢ ٢٢٣، الذخيرة للقرافي جـ ٤ /٢٣١، مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ / ٥٤، بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ / ١٢- ١٣٠

بين الآباء والعصبات أن في الآباء بعضية ليست في العصبات فقويت بها ولايتهم حتي تجاوزت ولاية النكاح إلي ولاية المال فصاروا بذلك أعجز[١]

ويدل علي ذلك: أن قدامه بن مظعون زوج ابنه أخيه بعبد الله بن عمرو فردّ رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ نكاحه فقال إني عمها ووصي أبيها فقال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ إنها يتيمة وإنها لا تزوج إلا بإذنها.[٢]

وذهب الحنابلة إلي أن ولاية الإجبار لا تكون إلا للأب علي بناته الأبكار ولو بعد البلوغ، والثيب التي لها دون تسع سنين، ولا تثبت هذه الولاية للجد فليس له تزويجهم بغير إذنهن لأنه قاصرٌ عن الأب، فإن عضل الأب أي أمتنع من التزويج أو غاب سقطت ولايته وتكون الولاية للحاكم

أما المجنونة فلجميع الأولياء تزويجها إذا ظهر منها الميل إلي الرجال فإن لم يكن لها ولي زوجها الحاكم[٣].

مسألة: لا خلاف بين الفقهاء أن من زالت بكارتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب (وهو الوطء بعقد جائز أو فاسد أو شبهة عقد) إذا وجب لها مهر المثل بذلك الوطء أنها تزوج كما تزوج الثيب.

---

(١) الحاوي للما وردي جـ ٩ / ٥٤ -٩١، مغني المحتاج جـ ٣ / ١٤٧-١٦٨، روضه الطالبين جـ٧/ ٥٣، ٥٤، ٥٥ حواشي الشرواني علي تحفة المحتاج جـ ٧/ ٢٣٦ ط دار الفكر

(٢) مسند الإمام أحمد جـ ١٢ / ٣٩٩ رقم الحديث(٥٨٦٢)مسند عبد الله بن عمر، السنن الكبرى للبيهقي جـ ٧/ ١٢٠

(٣) كشاف القناع جـ ٥/ ٤٢، المغني جـ ٧/ ٣٧٩، شرح منتهي الإرادات جـ ٢/ ٦٣٤، المبدع جـ / ٢٣، الإنصاف للمرادي جـ ٨ / ٥٢، الفروع جـ ٥ / ١٢٥

واختلفوا فيمن زالت بكارتها بغير وطء كوثبة أو طفرة[1] أو أصبع أو حدّة حيض أو طول التعنيس ونحو ذلك فهي بكر حقيقة وحكماً ولا أثر لزوال بكارتها بما ذكر وتكون في الإجبار والاستئذان ومعرفة إذنها كالبكر، لأنها لم تمارس الرجال بالوطء في محل البكارة، ولأن الزائل في هذه المسائل العذرة أي الجلدة التي علي محل البكارة وهذا قول جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والحنابلة والأصح عند الشافعية[2]

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الأحناف وأبو علي بن جبران من الشافعية[3] إلي أن حكم البكارة رفع عنها وأنها كالثيب من حيث عدم الاكتفاء بسكوتها لزوال العذرة[4]، فمن زالت عذريتها خلقة فلا خلاف أنها في حكم الأبكار[5] فإن زالت عذريتها بالزنا فذهب الإمام أبي حنيفة إلي أنها تزوج كما يزوج الأبكار، وعند أبي يوسف ومحمد إلي أنها تزوج كما

(١) الفرق بين الوثبة والطفرة أن الوثبة من فوق والطفرة إلي فوق. الكليات لأبي البقاء جـ٥ / ٥٦ ط دار الثقافة

(٢) بدائع الصنائع جـ٢ / ٢٤٤، حاشية ابن عابدين جـ ٢ / ٣٠٢ تبين الحقائق جـ٢ /١٢٠، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير جـ٢ /٢٤٤، شرح منهاج الطالبين جـ ٣/ ٢٢٣، الحاوي جـ٩ / ٦٦، المغني جـ٦ / ٤٩٥، كشاف القناع جـ٥ / ٤٧ ط الرياض

(٣) ورغم أن هذا مذهب الشافعي وهو خطأ فمذهب الشافعي أن حكم البكارة جارٍ عليها لأن الصمت في البكر إنما كان نطقاً لما هي عليه من الحياء وعدم الخبرة بالرجال، وهذا المعني موجود في هذه التي زالت بكارتها بغير وطء

(٤) بدائع الصنائع جـ ٢ /٢٤١، ٢٤٤، الاختيار جـ٣ / ٩٢، ٩٤، ١٠٩، فتح القدير جـ ٣ ١٦٤، ١٦٦

(٥) الحاوي جـ ٩ /٦٦

تزوج الثيب[1].

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٤، الحاوي جـ ٩ /٦٦

المطلب الثاني

من أقسام الولاية في النكاح (ولاية المشاركة والندب)[1]

وهذه الولاية تفيد أن نكاح المولي عليها إنما يكون بعد أخذ رأيها ومشاورتها ندباً واستحباباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أو ولاية مشتركة بين الولي والمولي عليها عند محمد بن الحسن من الحنفية[2] وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] فلا ينعقد نكاح الولي إلا بعد أخذ إذن المولي عليها.

حجة أبي حنيفة وأبي يوسف:

قالوا لا إجبار علي البكر البالغة العاقلة في النكاح وكذلك الحر البالغ ولكن للولي مع البالغة العاقلة ولاية ندب واستحباب لقول النبي

(١) وتسمي ولاية الاستحباب وولاية الاختيار وهي ثابتة علي الحرة البالغة العاقلة

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني جـ٢ / ٢٤٢

(٣) حيث قالوا لا تزوج بالغ إلا بإذنها سواء كانت بكرا أو ثيباً وإن كان هناك فرق بين إذن البكر وإذن الثيب بلغة السالك للصاوي جـ ٢/ ٣٥١ - ٣٥٧، حاشية الدسوقي جـ ٢/ ٢٢٣ - ٢٢٨

(٤) وقال الشافعية ليس للولي المجبر تزويج ثيب بالغة إلا بإذنها لأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر مغني المحتاج جـ ٣/ ١٤٩ -١٥٠، روضة الطالبين جـ ٧ /٥٣ - ٥٥

(٥) وقال الحنابلة لا يجوز تزويج حرة بالغة إلا بإذنها لحديث (لا تنكح الأيم حتي تستأمر ولا تنكح لبكر حتي تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت) كشاف القناع جـ٥/ ٤٢- ٤٧، المغني جـ ٩/ ٤٠٤

عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها)[1] ولأن ولاية الحتم والإيجاب (ولاية الإجبار) إنما ثبتت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف علي وجه المصلحة، وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة، ولكنها في هذه الحالة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب، لأنها في النكاح تحتاج إلي الخروج إلي محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة، والخروج إلي محافل الرجال عيب في العادة، فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها حسب العجز وهي ولاية الندب والاستحباب إثباتا للحكم علي قدر العلة.

وأما الإمام محمد بن الحسن فقال أنها ثبتت عليها ولاية المشاركة فإن زوجت بغير رضاها توقف التزويج علي رضاها فإن رضيت جاز وإلا ردّ[2] وهو ما قاله فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة باعتبار رضاها شرط في النكاح وعند كل منهم تفصيل فيما يعرف به الرضا.

ما يعرف به الرضا

فرق الفقهاء جميعاً فيما يعرف به الرضا بالنكاح بين الثيب والبكر البالغة العاقلة فقال الأحناف إن كانت المرأة التي يراد تزويجها ثيباً فرضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل أخري، أما القول فهو التنصيص علي الرضا وما يجري مجراه لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (الثيب تعرب عن نفسها)[3] وأما الفعل فهو

(١) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٤.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٢

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٥

التمكين من نفسها أو المطالبة بالمهر والنفقة لأن ذلك دليل علي الرضا ويدل علي ذلك قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبريده (إن وطأك فلا خيار لك)[1] فإن كانت المرأة بكراً فيعرف رضاها بالقول والفعل وبطريق ثالث وهو السكوت وقالوا إن هذا مبني علي الاستحسان لأن القياس يقتضي ألا يكون سكوتها رضا.

ووجه هذا الاستحسان ما روته السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها سألت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يستأ مر النساء في أبضاعهن ؟ قال نعم فقالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سكاتها إذنها)[2]

فإن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال فتنسب إلي الوقاحة، فلو شُرط نطقها وهي لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها إلي ذلك.

ورجح جانب الرضا علي جانب السخط في سكوت البكر لأنها لو لم تكن راضية لردت لأنها تستحي في الإذن ولا تستحي في الرد، فلما سكتت ولم ترد دلّ ذلك علي أنها راضية، وهذا كله إذا زوجها الأب فإن زوجها غيره فلا يعتبر السكوت رضا فلأبد من فعل أو قول يدل علي الرضا وكذلك إذا زوجها أجنبي عنها لأن تزويجه إياها من باب الوكالة لا من طريق الولاية كما إذا زوجها الأبعد مع وجود الأقرب، والوكالة لا تثبت إلا بالقول. فالسنة أن يستأ مر الولي البكر فمن زوجها من غير استئمار فقد أخطأ السنة، فإن استأذن

(١) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٦.

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٧٣.

الولي البكر فضحكت غير مستهزئه أو تبسمت أو بكت بلا صوت فهو إذن لأنه حزن علي مفارقة أهلها فإن بكت بصوت فلا يكون رضا.[1]

أما المالكية فقالوا إن أذن البكر غير المجبرة صمتها إذا سئلت هل نزوجك من فلان علي مهر علي مهر كذا ؟ فلا تكلف النطق قالوا ويندب إعلامها أن سكوتها رضا، ولا تزوج إن منعت بأن قالت لا أتزوج أو لا أرضي وكذلك أن نفرت فإن ضحكت أو بكت فتزوج. وأما الثيب فلأبد أن تُعرب عن الرضا أو المنع ولا يُكتفي منها بالصمت ويشاركها ست أبكار في عدم الاكتفاء بالصمت وهن:

البكر التي رشدّها أبوها بأن رفع عنها الحجر في التصرف المالي.

البكر التي عضل وليها عن تزويجها فرفعت أمرها للحاكم

البكر المهملة التي لا أب لها ولا وصي وتزوجت بعرض وهي من قوم لا يزوجون بالعرض.

البكر إذا زُوجت بعبد لأن العبد ليس كفئاً للحرة.

البكر التي زُوجت لذي عيب كجذام وبرص وجنون.

غير المجبرة إذا أُفتيت عليها أي تعدي عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ثم أرجع إليها الأمر فرضيت.

---

(١) بدائع الصنائع جـ٢ ٢٤١ - ٢٤٤، حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين جـ٢ / ٢٩٨ -٢٩٩ -٣٠٤-٣٠٦، فتح القدير جـ٣ / ١٦٤، الاختيار للموصلي جـ ٣/ ٩٢- ٩٤

فجميع هولاء الأبكار لا يُكتفي بالصمت معهن ولابد من النطق[١]

وقال الشافعية: لابد من النطق في الثيب مطلقاً ويكتفي من البكر بالسكوت أو ما يدل علي الرضا[٢]

وقال الحنابلة: لا يجوز لغير الأب من الأولياء تزويج حرة كبيرة بالغة ثيباً كانت أو بكراً إلا بإذنها لحديث (لا تُنكح الأيم حتي تُستأمر ولا تُنكح البكر حتي تُستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال أن تسكت)[٣]

أما المجنونة فإن عُرف حاجتها إلي الزواج فلسائر الأولياء تزويجها ولا سبيل إلي إذنها. وكذلك يُشترط الإذن في تزويج صغيرة لها اكثر من تسع سنين، وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات وإن ضحكت أو بكت فذلك كسكوتها، ونطق البكر أبلغ من سكوتها وضحكها وبكائها لأنه الأصل في الإذن وإنما أكتفي منها بالسكوت للحياء[٤].

(١) بلغة السالك للصاوي جـ ٢/ ٣٥١ - ٣٥٧ - ٣٦٩، حاشية الدسوقي جـ ٢/ ٢٢٣ - ٢٢٨

(٢) مغني المحتاج جـ ٣/ ١٤٩ -١٥٠ - ١٥٩، روضة الطالبين جـ ٧ /٥٣ - ٥٥

(٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الحيل باب النكاح جـ٢١ / ٣٠٨، فتح الباري جـ ٩/ ١٩١ ط السلفية وأخرجه الإمام مسلم في صحيحة جـ ٢/ ١٠٣٦ ط الحلبي

(٤) كشاف القناع جـ٥/ ٤٢- ٤٧

المبحث الثالث

(ولاية المرأة في النكاح)

اختلف الفقهاء في ولاية المرأة البالغة العاقلة علي تزويج نفسها أو تزويج غيرها ويرجع سبب اختلافهم في هذه المسألة إلي اختلافهم في مسألتين تعود إليهما هذه المسألة وهما:

هل الولاية ركن في عقد النكاح أو شرط من شروطه، وهل يشترط في الولي الذكورة أم لا ؟ والخلاف بين الفقهاء في هذه المسائل يرجع إلي ثلاثة أقوال:

(أ) القول الأول: المالكية[1] والشافعية[2] .....

(١) في رواية أشهب عن مالك أن الولاية شرط من شروط الصحة والخلاف لفظي فلا فرق في الحكم بين أن نعتبر الولاية ركن من أركان عقد النكاح أو شرطا من شروط صحته فعلي كلا الأمرين لا يصح العقد إلا بها، وفي رواية ابن القاسم عن مالك أن اشتراط الولاية في عقد النكاح سنة لا فرض فقد روي عنه أنه كان يحكم بالميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للشريفة أن تستخلف رجلا من الناس علي إنكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكأنه عنده من شروط التمام، ورواية أخري عند المالكية أن الولاية مشترطة في المرأة الشريفة ولا تشترط في الدنيئة. بداية المجتهد جـ ٢/٨-٩، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ عبد السميع الآبي جـ ١/ ٤٣٩، الذخيرة للقرافي جـ ٤/ ٢٣١، حاشية الخرشي جـ٣/ ١٧٣، القوانين الفقهية لابن جزئ صـ٢٠٣، الشرح الصغير جـ٢/ ٣٣٥

(٢) ومع اتفاق الشافعية علي اشتراط الولي في عقد النكاح لكنهم قالوا لو عُدم الولي والحاكم فولت المرأة رجلاً مجتهدا ليزوجها صح النكاح لأنه مُحكم والمُحكم

والحنابلة[1] قالوا إن الولي ركن من أركان عقد النكاح التي لا يتحقق وجوده إلا بها فلا يصح النكاح بدون ولي بشروطه ويشترط في هذا

=

كالحاكم، وكذلك لو ولّت عدلا غير مجتهد صح علي المختار لشدة الحاجة إلي ذلك، ولعل هذه حالة الضرورة إذا عُدم الولي أو الحاكم، لكن عدم الحاكم ليس بشرط في هذه الحالة فقد جاء في المهمات ولا يختص ذلك بفقد الحاكم بل يجوز مع وجوده سفرا وحضرا بناء علي الصحيح في جواز التحكيم (مغني المحتاج جـ٣/ ١٤٧، روضة الطالبين جـ ٧ ٥٠ - ٥١) واشترط الشافعية في الولي الذكورة إلا انهم استثنوا حالة من ذلك فقالوا لو ابتلينا بإمامة امرأة فإن أحكامها تُنفذ للضرورة ومن ذلك تصحيح تزويجها واستثنوا في انكاح المرأة لغيرها انكاحها لمن هو في ملكها أو سفيه أو مجنون هي وصية عليه أما غير ذلك فلا يعتد بعبارتها في النكاح لا لنفسها ولا لغيرها (روضة الطالبين جـ ٧ /٦٧، مغني المحتاج جـ ٣ / ١٤٧، أسني المطالب للشيخ زكريا الأنصاري جـ٣ / ١٢٥)

(١) والمذهب عند الحنابلة ان الوليي شرط في صحة النكاح فلا يصح النكاح إلا بولي قال الما ورد ي وهو المذهب وعليه الأصحاب و نص عليه قال الزركشي لا يختلف الأصحاب في ذلك فلو زوجت امرأة نفسها أو زوجت غيرها كبنتها أو أختها أو وكلت غيرها في تزويجها ولو بإذن وليها لم يصح النكاح إلا أمتها أو معتقها فيجوز، فإن حكم حاكم بصحة النكاح بدون ولي لم يُنقض حكه أو كان المتولي للعقد حاكما يراه جائزا لم ينقض حكمه وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة إذا حكم بها من يراها لم ينقض لأنه يسوغ الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم بها، أما الرواية عن الامام أحمد ان الولي ليس بشرط في عقد النكاح مطلقا فخصها ابن قدامة وجماعة بالعذر لعدم الولي والسلطان كشاف القناع جـ٥ /٤٨ - ٤٩، الإنصاف للماوردي جـ ٨ / ٦٦- ٨٦، المغني جـ٧/ ٣٣٧، شرح منهي الإرادات جـ٣/ ١٦، المبدع جـ ٧/ ٢٧، مطالب أولي النهي جـ ٥/ ٥٨ الإقناع جـ١٣ / ١١ ط بيروت

الولي الذكورة فلا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها فإن فعلن لم يصح النكاح، لأن عبارة المرأة لا تصح في النكاح إيجابا ولا قبولا لا بالولاية ولا بالوكالة.

(ب) القول الثاني: الحنفية[1] قالوا إن الولاية شرط في الركن وهي من شروط الجواز والنفاذ وظاهر المذهب أنه يجوز للبالغة العاقلة أن تباشر عقد نكاحها ونكاح غيرها من كفء ومن غير كفء إلا انه خلاف مستحب[2] فعبارة النساء معتبرة في النكاح حتي لو زوجت البالغة العاقلة نفسها أو غيرها جاز بولاية أو وكالة، كما يجوز لها أن

---

(١) ومجموع أقوال الحنفية في هذه المسألة سبع روايات كما ذكر الكمال بن الهمام حيث قال: وحاصل ما عند علمائنا في ذلك سبع روايات

الأولي: تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا من كفء ومن غير كفء إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب - الثانية أنها إن عقدت علي كفء جاز ومع غير الكفء لا يجوز واختيرت هذه الرواية للفتوى، لأنه واقع وكم من واقع لا يرفع، قال ابن الهمام وينبغي أن يُقيد عدم الصحة المفتي به بما إذا كان لها أولياء أحياء. وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي، يجوز ذلك إذا كان النكاح من كفء ولا يجوز من غيره، يجوز مطلقا من الكفء ومن غيره، وعن محمد بن الحسن روايتان: انعقاده موقوفا علي إجازة الولي إن أجاز نُفذ وإلا بطل إلا أنه إن كان من كفء وامتنع الولي يجدد القاضي العقد، وقال في الثانية بالرواية الأولي لأبي حنيفة وهي ظاهر الرواية وهي الجواز المطلق (بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٧-٢٤٨-٢٤٩، البحر الرائق جـ ٣/ ١١٧، فتح القدير جـ ١٥٧/٣، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ / ٩٠

(٢) فالمستحب أن يُطالب الولي بالتزويج كيلا تُنسب إلي الوقاحة ولهذا كان من المستحب تفويض الأمر إليه وولايته عليها ولاية ندب واستحباب فقط (البحر الرائق جـ ١١٧/٣

توكل غيرها في تزويجها، أو يزوجها غيرها فتجيز لكن للولي الاعتراض في غير الكفء، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه محمد وزفر وما روي عنهما بخلافه فقد صح رجوعهمـــــا عنه.[1]

(ج) القول الثالث: أبو يوسف من الأحناف والقاسم ابن محمد وابن سيرين قالوا إن الولاية شرط في نفاذ العقد وليس في صحته فالمرأة لا يجوز لها ابتداء عقد النكاح بدون ولي فإن فعلت كان العقد موقوفا علي إجازة الولي.[2]

سبب اختلاف الفقهاء:

يقول الإمام ابن رشد: وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا علي أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة الاحتجاج بها عند من يشترطها كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة[3].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢/ ٢٤٧ - ٢٤٨

(٢) المغني لابن قدامه جـ ٧ / ٣٣٧ وهناك اقوال أخري منها قول داوود الظاهري بالفرق بين بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب (بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢/ ٨- ٩

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ٢/٩

الأدلـــة

أدلة القول الأول: وقد احتج مَن يشترطون الولاية ويعتبرونها ركناً مَن أركان عقد النكاح أو شرطاً في صحته بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالي (وانكحوا ألأيامي منكم)[1]

وجه الاستدلال بالآية : هذا خطاب للأولياء، والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ومتى ثبتت الولاية عليها كانت هي مولية عليها ضرورة فلا تكون والية[2] وقوله تعالي (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن)[3] وهذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم الولاية لما نهوا عن العضل وهو عام لجميع الأولياء[4] ونهيهم عنه دليل علي اشتراطهم إذ العضل لغة المنع وهو شامل العضل الحسي والشرعي، ثم إن الآية نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فزوجها ولو لم يكن لمعقل ولاية وأن الحكم متوقف عليه لما عوتبت عليه، وإضافة النكاح إليهن (أن ينكحن) فلأنهن محل له، فلا يصح من امرأة إنكاح نفسها أو غيرها لأنه لم يصح انكاحها لنفسها فلغيرها من باب أولي، فإن فعلت لم يصح لعدم وجود شرطه وهو الولي[5]

---

(١) سورة النور من الآية (٣٢)

(٢) بدائع الصنائع جـ٢/ ٢٤٧

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٣٢)

(٤) بداية المجتهد جـ٢/٩

(٥) مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهي جـ٥/ ٨٥، ٩٥، المغني جـ ٧/ ٣٣٧

قال الشافعي وقوله (فلا تعضلوهن) أصرح دليل علي اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معني[١] قوله تعالي (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا)[٢] وهذا خطاب للأولياء[٣] أيضا ولو لم تكن الولاية مشترطه لما خوطبوا بهذا قوله تعالي (الرجال قوامون علي النساء)[٤] قال القليوبي معني ذلك قيامهم بمصالحهن ومنها ولاية التزويج[٥]

ومن السنة:

ما رواه أبو موسي الأشعري وابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال (لا نكاح إلا بولي)[٦] قال المروزي صححه الإمام أحمد وابن معين، وهو لنفي الحقيقة الشرعية لا اللغوية بدليل ما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا مرفوعاً عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال (أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل) ولا يمكن حمل الرواية الأولي علي نفي الكمال لأن كلام الشارع محمول علي الحقائق الشرعية أي لا نكاح شرعي أو موجود في

(١) أسني المطالب جـ٣ / ١٢٥ ط دار الكتب العلمية بيروت ' مغني المحتاج جـ ٣/ ١٤٧

(٢) سورة البقرة من الآية (٢٢١)

(٣) بداية المجتهد جـ٢/ ٩

(٤) سورة النساء من الآية (٣٤)

(٥) مغني المحتاج جـ٣ / ١٠٦، روضة الطالبين جـ ٧/ ٦٧

(٦) أخرجه أبو داوود في سننه جـ٢ / ٥٦٨ ط حمص، والترمذي وقال حديث حسن جـ ٣/ ٣٩٨ ط الحلبي ' وصححه الإمام أحمد وابن معين قاله المروزي مطالب أولي النهي جـ ٥ /٥٨ مسند أحمد جـ ٥/ ١٨٠ برقم (٢١٤٨

الشرع إلا بولي[1] وتذكير الولي دليل علي ذكورته وانتفاء التغليب دليله حديث (لا تزوج المرأةُ المرأةَ)[2]

ما روته السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال (أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له)[3] فالحديث صريح في اشتراط الولي وأن المرأة لا يجوز لها أن تلي عقد نفسها فإن فعلت فالنكاح باطل، والمراد بالبطلان هنا البطلان الشرعي ما رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال (لا تزوج المرأةُ المرأةَ ولا تُزوج المرأةُ نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)[4]

قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لا يزوج النساء إلا الأولياء)[5] فهذا الحديث نص في اشتراط الولاية، وهذا قول كثير من الصحابة كعمر بن الخطاب

(١) مطالب أولي النهي جـ ٥/ ٥٨، مغني المحتاج جـ٣/ ١٤٧، روضة الطالبين جـ ٧ / ٦٧

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٤٤

(٣) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن جـ ٣/ ٤٠٧ ط الحلبي، وصححه أبو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم، تحفة الأحوذي جـ ٣ / ١٦٩ رقم (١٠٢٠)

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه جـ ١/ ٦٠٦ ط الحلبي، والدار قطني جـ ٣/ ٢٢٧ ط دار المحاسن، والبيهقي في السنن الكبرى جـ ٧/ ١١٠

(٥) أخرجه الطبراني والبيهقي بلفظ (لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء) السنن الكبرى جـ ٧/ ١٣٣، المعجم الأوسط جـ ٦/١، صحيح ابن حبان جـ ١٧/ ١٥٤ عون المعبود جـ ٤/ ٤٩٨ وقال الدارقطني بعد أن أخرج هذا الحديث في سنده مُبشر بن عبيد وهو متروك الحديث أحاديثه لا يُتابع عليها وقال البيهقي أحاديث مُبشر موضوعة، تخفة الأحوذي جـ ٣ /١٨٠

وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عن الجميع، ومن التابعين الحسن البصري وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وشريح والنخعي ومن الفقهاء الأوزاعي والثوري وابن أبي ليلي وإسحاق وغيرهم[١]

أما المعقول: أن توليها أمر النكاح بنفسها لنفسها أو لغيرها لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء، وحتى لا تُنسب إلي الوقاحة، فمجالس العقد يحضرها الرجال وحضورها لا يليق بها إذ الأصل أنها مخدّرة محصورة[٢] ولأن النكاح من جانب النساء عقد إضرار بنفسه وحكمه وثمرته، أما نفسه فإنه رق وأسر قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)[٣] وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عَوان أسيرات)[٤] والإرفاق إضرار وأما حكمه فإنه ملك فالزوج يملك التصرف في منافع بضعها استيفاء بالوطء وإسقاطا بالطلاق، ويملك حجرها عن الخروج والبروز وعن التزوج بزوج آخر، وأما ثمرته

(١) الحاوي جـ ٩/ ٣٨، المغني جـ٧ / ٣٣٧، الإنصاف للمرادي جـ ٨/ ٦٦، كشاف القناع جـ٥/ ٤٨- ٤٩

(٢) أسني المطالب جـ ٣/ ١٢٥

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ (إنما النكاح رق فلينظر أحدكم أن يرق عتيقته عن أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قال وروي ذلك مرفوعا والموقوف أصح جـ٧ / ٨٢ ط دار الفكر

(٤) أخرجه بهذا اللفظ الطبراني والبيهقي، تهذيب الآثار للطبراني جـ ٢ / ١٩٣ رقم (١١٥٠)، شعب الإيمان للبيهقي جـ ١١ / ٢٤٨ رقم (٥٠٣٢)

فالاستفراش كرها وجبرا ولا شك أن هذا إضرار إلا أنه قد ينقلب مصلحة ويجبر ما فيه من ضرر إذا وقع وسيلة إلي المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك إلا بالري الكامل ورأيها ناقص لنقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا تملكه[١] لأنها غير مأمونة علي البضع لنقص عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال وإذا لم يصح منها لم يصح أن توكل فيه ولا أن تتوكل فيه[٢]

(ب) أدلة القول الثاني:

استدل أبو حنيفة علي ظاهر المذهب بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول: أما الكتاب فقوله تعالي (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي)[٣]

وجه الاستدلال:

أن الآية الشريفة نص علي انعقاد النكاح بعبارتها فكانت حجة علي المخالف وقد أضاف الله تعالي النكاح إليهن في قوله (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)[٤] فإضافة النكاح إليهن في قوله (حتى تنكح) يقتضي تصور النكاح منهن وأضاف النكاح إلي الزوجين في قوله (فلا جناح

(١) بدائع الصنائع جـ٢ / ٢٤٧، الحاوي جـ ٩/ ٣٨

(٢) مطالب أولي النهي جـ٥ ٥٩ / كشاف القناع جـ٥ ٤٨ / ٤٩، الإنصاف جـ ٨/ ٥٠، الإقناع جـ٣/ ١٧١

(٣) سورة الأحزاب من الآية (٥٠)

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٣٠)

عليهما أن يتراجعا)[1] أي يتناكحا من غير ذكر الولي وقوله تعالي (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن)[2].

والاستدلال من الآية من وجهين:

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

الثاني: أنه نهي الأولياء عن منعهن من نكاح أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصور المنهي عنه .

وقوله تعالي (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف)[3] وهذا يدل علي جواز تصرفها في العقد علي نفسها[4].

أما السنة ما روي ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال (ليس للولي مع الثيب أمر)[5] وهذا قطع ولاية الولي عنها. وقوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ (الأيم أحق بنفسها من وليها)[6] والأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً فأفاد أن فيه حقين حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها وقد جعلها أحق منه

---

(١) سورة البقرة من الآية (٢٣٠)

(٢) سورة البقرة من الآية (٢٣١)

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٣٤)

(٤) بدائع الصنائع جـ١ / ٢٤٧، ٢٤٨، البحر الرائق جـ٣ ١١٧، تبين الحقائق جـ ٢ / ١١٧

(٥) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٥.

(٦) سبق تخريج الحديث ص٤٠٩١.

ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه[1]

أما المعقول:

فإنها لما بلغت عن عقل وحرية صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقي مولياً عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب علي الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومالا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت علي التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عليها وتثبت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية بطريق الضرورة نظراً فتزول بزوال الضرورة[2]

- أنها إذا تولت أمر نفسها فإنها تصرفت في خالص حقها كما كان لها التصرف في المال والأصل أن كل مَن يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه علي نفسه وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه علي نفسه فحاصله قياس ولاية الزواج علي الولاية في المال بجامع صدوره من أهله[3]

أما حجة الرواية الثانية عند الأحناف التي عليها الفتوي أنها إن عقدت من كفء جاز ونفذ وإلا لم يصح قالوا لأن حق الأولياء في النكاح من حيث

---

(١) البحر الرائق جـ ٣/ ١١٧

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٧ ' ٢٤٨، فتح القدير جـ ٣ / ١٥٧ ' رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين جـ ٢ /٣٩٥

(٣) البحر الرائق جـ٣ / ١١٧

صيانتهم عما يوجب لحوق العار والشين بهم بنسب من لا يكافئهم وقد بطل هذا المعني بالتزويج من كفء، فإذا وجدت زوجاً كفئا وطلبت من الولي الإنكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلاً، فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه وهو قول أبي يوسف قال لأنه ليس كل قاض يعدل، ولا كل ولي يحسن المرافعة بين يدي القاضي والجثو بين يدي القاضي مذلة 'فسد هذا الباب بعدم الانعقاد أصلاً'[1]

أما حجة محمد بن الحسن الذي قال إن عقد المرأة لنفسها جائز موقوف إجازة الولي أو الحاكم فلا يحل للزوج وطؤها قبل الإجازة فلو وطئها يكون وطئاً حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولو مات أحدهما لم يرثه الأخر سواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء وهو قول أبي يوسف الأخر[2] واحتج بما رُوي عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال (أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)[3]

والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولأن للأولياء حق في النكاح بدليل أن لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه ؟[4]

(١) بدائع الصنائع جـ٢ / ٢٤٧

(٢) المرجع السابق

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٩٨

(٤) بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٤٧

المناقشة والترجيح :

وناقش الأحناف أدلة القول الأول بما يأتي:

قالوا أما قوله تعالي (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن)[1] فالمراد بالعضل المنع حساً بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، كما في المبسوط إن كان نهياً للأولياء لا المنع عن العقد بدليل قوله تعالي (أن ينكحن) حيث أضاف العقد إليهن، وإما أن يكون نهياً للأزواج المطلقين عن المنع عن التزويج بعد العدة كما في المعراج، بدليل أنه قال في أول الأية (وإذا طلقتم النساء) فلم يكن حجه أصلاً.

- وأما قوله تعالي (وانكحوا الأيامى منكم)[2] فالخطاب للأولياء بالإنكاح لا يدل علي أن الولي شرط في جواز الإنكاح بل جاء علي وفاق العرف والعادة بين الناس فإن النساء لا يتولين العقد بأنفسهن عادةً لما فيه من الحاجة إلي الخروج إلي محافل الرجال وفيه نسبتهن إلي الوقاحة بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة علي الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب والدليل علي ذلك قوله تعالي (والصالحين من عبادكم وإيمائكم) أو تحمل الآية علي إنكاح الصغار عملا بالدلائل كلها، وعلي هذا يحمل قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ (لا يزوج النساء إلا الأولياء) إن

(١) سورة البقرة من الآية(٢٣٢)

(٢) سورة النور من الآية (٣٤)

ذلك علي الندب والاستحباب[1]

- وأما ما رواه الترمذي وحسنه وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) وما رواه أبو داوود (لا نكاح إلا بولي) فضعيفان[2] أو مختلف في صحتها فلن يعارضا المتفق علي صحته، أو أن الأول محمول علي الأمة لأنه جاء في بعض رواياته (أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها) أو علي الصغيرة والمعتوه أو علي غير الكفء، والثاني محمول علي نفي الكمال لا علي نفي الصحة أي لا نكاح كامل إلا بولي أو تكون هي ولية نفسها[3]

أما قول الشافعي أن النكاح عقد ضرر محض بل هو عقد منفعة لاشتماله علي مصالح الدين والدنيا من السكن والألفة والمودة والتناسل والعفة عن الزنا، إلا أن هذه المصالح لا تحصل إلا بضرب ملك عليها إذ لو لم تكن ممنوعة من الخروج والبروز والتزوج بزوج أخر لفسد السكن لأن قلب الرجل لا يطمئن إليها وفي التزوج بزوج أخر فساد الفراش واختلاط

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ٢٤٨

(٢) فقد حكي عن بعض النقلة أن ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعد من جملتها هذا الحديث وهو حديث لا نكاح إلا بولي، أما حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فقيل إن مداره علي الزهري فقد عُرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفا في الثبوت يحقق الضعف أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا من مذهبها جواز النكاح بلا ولي والدليل علي ذلك أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وإذ كان هذا مذهبها فكيف تروي حديثا لا تعمل به بدائع الصنائع جـ ٢/ ٢٤٩

(٣) البحر الرائق جـ ٣/ ١١٧

الأنساب فالملك وسيلة إلي المصلحة والوسيلة إلي المصلحة مصلحة، وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل لا بطريق التحقيق لانعدام حقيقة الرق.

- وأما قوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع من النقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح فلا يسلب أهلية النكاح لأنه لا يسلب أهلية سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتي انه يصح منها التصرف في المال علي طريق الاستبداد فدل علي أن ما لها من العقل كافٍ، والدليل عليه أنه أعتبر عقلها في اختيار الأزواج حتى لو من الولي أن يزوجها من كفء يُفرض عليه التزويج حتي لو أمتنع يصير عاضلاً وينوب القاضي منابه في التزويج[1].

- وأجاب الجمهور عن هذه المناقشات بما يأتي:

قالوا فأما قول الأحناف أن قوله تعالي (فلا تعضلوهن) راجع إلي الأزواج لتقدم ذكرهن دون الأولياء الذين ليس لهم ذكر في الولاية. فيجاب عنه بأنه لا يجوز توجيه النهي للأزواج لأنه عن عضل الزوج قبل العدة فحق لا يجوز أن ينهي عنه، وإن عضل بعد العدة فهو غير مؤثر، ثم إن سبب نزول هذه الآية كما قيل نزلت في معقل بن يسار يوجب حمله علي الأولياء دون الأزواج[2]، ثم إن الله تعالي قال (فانكحوهن بإذن أهليهن)[3] فجعل إذن الأولياء شرطا في نكاحهن.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢/ ١٤٩

(٢) تبين الحقائق جـ ٢/ ١١٧

(٣) سورة النساء من الآية (٢٥)

- وقول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (لا نكاح إلا بولي) علي عمومه في كل نكاح من صغيرة وكبيرة وشريفة ودنيئة وبكر وثيب.
- ويجاب عن قولهم أن المراد بهذا الحديث نفي الكمال فإنه لنفي الحقيقة الشرعية لأن كلام الشارع محمول علي الحقائق الشرعية أي لا نكاح موجود في الشرع إلا بولي.
- ويجاب عن قوله إن المرأة ولية نفسها فإن زوجت نفسها كان نكاحها بولي، أنه خطاب لا يفيد لعلمنا انه لا نكاح إلا بمنكوحة ولا يتميز علي سائر العقود، ثم إن قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (لا نكاح إلا بولي) يقتضي أن يكون الولي رجلاً ولو كانت المرأة المرداة لقال لا نكاح إلا بولية ويدل عليه ما روي عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا قالت قال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) وهذا نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز، والقول في تضعيف هذا الحديث غير صحيح فهو حديث مشهور وقد أطال الماوردي في الرد علي مَن قالوا بتضعيف حديث عائشة.[1]
- مناقشة أدلة الأحناف:

وناقش الجمهور أدلة الأحناف بما يأتي:

أما إضافة النكاح إليهن فلأنهن محل النكاح وأما قوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ

(١) الحاوي جـ ٩/ ٤٠، ٤١، ٤٢

(الأيم أحق بنفسها من وليها)[1] أن لأهل اللغة في الأيم قولين أحدهما هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً وإن لم تُنكح قط. الثاني انه لا يقال لها أيم إلا إذا نُكحت ثم حلت بموت أو طلاق، والمراد بالأيم في الحديث الثيب بدليل الرواية التي تقول (الثيب أحق بنفسها)[2] ثم إنه قابلها بالبكر في الحديث والمراد بذلك أن الثيب لا جبر عليها إن رضيت أو منعت. وأما قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ (ليس للولي مع الثيب أمر)[3] فالأمر هو الإجبار والإلزام وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها ولا يقتضي ذلك أن تنفرد بالعقد دون وليها.

وأما قياسه علي المهر فعندهم أن للولي أن يعترض عليها فيه ويمنعها بأن تتزوج بأقل من مهرها.

وأما تفريق الإمام مالك بين الشريفة والدنيئة فلا يصح لأنه ليس من دنيئة إلا وقد يكون في الرجال مَن هو أدني منها فاحتيج إلي احتياط الولي فيها.

وأما قول داوود الظاهري في انه فرق بين الثيب فلم يشترط الولاية عليها واشترطها في البكر فالفرق بينهما فرق فاسد ولو عكس لكان أولي[4].

وأما قول ابن رشد أن الآيات والسنن من الفريقين محتملة والذي يغلب

(١) سبق تخريج الحديث ص٤٠٩١.

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٤.

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٦٥.

(٤) الحاوي جـ ٩ ٤١، ٤٢

علي الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز وعموم البلوى في هذه المسألة يقتضي ان ينقل الولاية عنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقيل يجب أن يعتقد أحد أمرين، إما أنه ليست الولاية شرط في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك، وإما أن يكون شرطا ولكن ليس من صحة الولاية تمييز صفات الولي، ولذلك يضعف قول مَن يُبطل عقد الأبعد مع وجود الأقرب[1] فإن الاحتمال هذا قد انتفي بأدلة الجمهور والرد علي المخالفين وقد يترك بيان جنس الأولياء ومراتبهم للاجتهاد

الراجح

بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة تبين رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الولاية في عقد النكاح وأنه لا يجوز أن تعقد المرأة عقد نكاحها بنفسها دون إذن وليها وأن القول بعدم اشتراط الولي يفتح بابا واسعا من الفساد في المجتمع ويكون لكل امرأة أن تتزوج من تشاء نسيبا أو خسيسا كفئا أو غير كفء وهذا القول منقول عن الصحابة الكرام بل ذهب بعض الفقهاء إلي إجماعهم عليه، روي الشعبي قال لم يكن من الصحابة أشد من النكاح بغير ولي من علي بن أبي طالب وأما عمر بن الخطاب فروي عنه قال لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان، وليس في التابعين مخالف فثبت أنه إجماع[2] وسمي عقد النكاح

(١) بداية المجتهد جـ ٢/ ١٢

(٢) الحاوي جـ ٩ / ٤٢

التي تعقده المرأة بدون ولي بنكاح السر أو ما يسمي في عصورنا بالنكاح العرفي[1]

(١) المشهور أن الزواج العرفي يطلق على الزواج المستكمل للأركان والشروط ولكنه غير مسجل بوثيقة رسمية كتسجيله في المحكمة الشرعية وقد تكتب ورقة بحضور الولي والشهود. وهذا ما درج عليه الكاتبون في قضايا الزواج والأحوال الشخصية.
ولكن بعض الناس يستعملون اصطلاح الزواج العرفي فيما يتم بين شاب وفتاة كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له زوجتك نفسي ثم يكتبان ورقة بينهما أو عند محامٍ وهذا النوع أصبح منتشراً في بلاد كثيرة وبدأ يمارس في بلادنا. ولا شك في بطلان هذا الثاني وهو ما يسمى بالزواج المدني ولا يعتبر هذا زواجاً في الشرع بل هو زنىً والعياذ بالله تعالى. وأما الأول فهو زواج معتبر شرعاً وهو ما كان سائداً بين المسلمين قديماً إلى أن صار توثيق الزواج بوثائق رسمية متعارفاً عليه بين المسلمين وصارت بعض قوانين الأحوال الشخصية تلزم تسجيل الزواج رسمياً. وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المطبق في بلادنا، فقد جاء في المادة السابعة عشرة منه ما يأتي:
[أ. يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد.
ب. يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة.
ج. وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات.
د. وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة].
وأرى أن تسجيل عقد الزواج في المحاكم الشرعية واجب شرعاً فيجب كتابة عقد الزواج خطياً وتسجيله في المحاكم الشرعية ولا يُكتفى بالإيجاب والقبول الشفويين كما أنه لا يكتفى بكتابة ورقة ولو كان ذلك بحضور الولي والشهود لأن في كتابة عقد الزواج

وتسجيله في المحاكم الشرعية تحقيق لمصالح عظيمة للناس وفيه محافظة على حقوق المتزوجين وتسجيل الزواج بوثيقة رسمية يجب من باب سد الذرائع المؤدية للفساد بضياع الحقوق ولما في التسجيل من إثبات للزوجية القائمة بين الزوجين، وثبوت نسب الأولاد وحفاظاً على بناء الأسرة في المجتمع المسلم على أساس سليم وقوي وقواعد الشرع العامة توجب التسجيل.

ولا شك أن عقد الزواج كان يتم قديماً بدون وثيقة وبدون تسجيل كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: [لم يكن الصحابة رضوان الله عليهم يكتبون صداقات لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخّروه فهو معروف، فلما صار الناس يزوجون على المؤخر، والمدة تطول وينسى صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له]. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٣١/٣٢.

ولكن صار تسجيل عقد الزواج أمراً لا بد منه ولا يقال لماذا لا نمشي على ما مشى عليه السابقون من عدم التسجيل؟ فأقول شتان ما بيننا وبينهم فلقد خربت ذمم كثير من الناس وقلت التقوى وكاد الورع أن يغيب في عصرنا لذا أؤكد على وجوب تسجيل الزواج في وثيقة رسمية و أن من تزوج عرفياً أو زوج ابنته في زواج عرفي فهو آثم شرعاً وإن كان الزواج العرفي إن تم مستكملاً لأركان الزواج وشروطه صحيحاً شرعاً وكونه صحيحاً لا يمنع من تحريمه كمن حج بمال حرام فحجه صحيح ولكنه آثم شرعاً قال الإمام النووي: [إذا حج بمال حرام أو راكباً دابةً مغصوبة أثم وصح حجه وأجزأه عندنا وبه قال أبو حنيفة ومالك والعبدري وبه قال أكثر الفقهاء] المجموع ٦٢/٦. ومثله الصلاة في الأرض المغصوبة صحيحة مع أن الغاصب آثم قال الإمام النووي: [الصلاة في الأرض المغصوبة حرام بالإجماع، صحيحة عندنا وعند الجمهور من الفقهاء وأصحاب الأصول] المجموع ١٦٥/٣.

ومن المعلوم أن كتابة العقود وتوثيقها بمختلف أنواعها أمر مطلوب شرعاً وخاصة في هذا الزمان حيث خربت ذمم كثير من الناس وقلَّ دينهم وورعهم وزاد طمعهم

المبحث الرابع

شروط الولي في النكاح

اشترط الفقهاء في الولي في النكاح شروطا اتفقوا على بعضها واختلفوا في البعض الآخر ومن هذه الشروط:

١- البلوغ والعقل: فقد اشترط الفقهاء أن يكون الولي بالغا عاقلا فلا تثبت الولاية لصبي ولا لمجنون لأنهما ليسا من أهل الولاية ولأنها لا تثبت لهما الولاية على أنفسهما، فأهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك إنما يكون بكمال الرأي والعقل فإذا لم تكن لهما ولاية على أنفسهما فأولى ألا تكون لهما ولاية على

وجشعهم. وإن الاعتماد على عامل الثقة بين الناس ليس مضموناً لأن قلوب الناس متقلبة وأحوالهم متغيرة. وقد أمر الله جل جلاله بتوثيق الدين حيث يقول الله سبحانه وتعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ... وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا} سورة البقرة الآيتان ٢٨٢-٢٨٣. فهذا الأمر الرباني في كتابة الدنانير والدراهم لما في الكتابة من حفظ للحقوق فمن باب أولى كتابة ما يتعلق بالعرض والنسب. ويضاف إلى ما سبق أنه يجب على الناس الالتزام بما نص عليه قانون الأحوال الشخصية فطاعة هذا القانون من باب الطاعة في المعروف وخاصة أنه يحقق مصالح الناس ويحفظ حقوقهم وبالذات حقوق المرأة والأطفال. فمن المعلوم أن جميع المسلمين في هذه البلاد يرجعون إلى القضاء الشرعي في قضاياهم المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث وغيرها ويتحاكمون إلى قانون الأحوال الشخصية وهو مستمد من الشريعة الإسلامية فيجب الالتزام به شرعاً

غيرهما[1].

وروي عن الإمام أحمد بن حنبل أنه قال: إذا بلغ الصبي عشرا زوج وتزوج وروى عنه أنه إذا بلغ اثنتى عشر[2] فالمراد بذلك حالة التمييز التي هي قبل البلوغ والتي تبدأ من سن سبع سنوات إلى البلوغ ويسمى حينئذ بالصبي المميز.

والمراد بالمجنون الذي ليس له ولاية هو المجنون جنوناً مطبقا كما قال الكمال بن الهمام قيل الذي يدوم سنة، وقيل أكثر من سنة، وقيل شهرا، وعليه الفتوى، وعند أبي حنيفة لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دأبه في التقديرات فيفوض إلى رأى القاضي.

أما غير المطيق فتثبت له الولاية في حالة إفاقته بالإجماع كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقاً وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون من الحنفية[3]

فإذا كان الولي صغيرا أو مجنونا انتقلت الولاية إلى الأبعد لوجود ما يسلبه النظر والبحث عن حال الزوج[4].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ / ٢٣٩، بلغة السالك على الشرح الصغير جـ ٢ / ٢٣٦، مواهب الجليل جـ ٧١/٥، مغني المحتاج جـ ١٥٤/٣ - ١٥٥، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع جـ ٦٢/٧، الانصاف جـ ٥٧/٨.

(٢) كشاف القناع جـ ٥٣/٥، ٥٤.

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ١٨٠/٣ - ١٨١.

(٤) الإقناع جـ ٦٢/٧..

٢ - الحرية: فلا ولاية لمملوك على أحد لأنه ليس من أهل الولاية، ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه فكيف يكون له ولاية على غيره، ولأن هذه الولاية نظرية تحتاج إلى النظر ومعرفة المصلحة، ومصالح النكاح لا يوقف عليها إلا بالتأمل والتدبر والمملوك لانشغاله بخدمة سيده لا يتفرغ للتأمل والتدبر ولم يخالف في ذلك إلا قولا للحنابلة بجواز ولاية العبد ورواية عند الأحناف[١]

٣ - الإسلام: لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام في ولاية المسلم على المسلمة، فلا ولاية لكافر على مسلم، قال الأحناف لأنه لا ميراث بينهما بناء على أن الولاية في النكاح تابعة للميراث فالسبب في ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة فكل من يرثه يلي عليه ومن لا يرثه لا يلي عليه فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول (لا يتوارث أهل ملتين)[٢].

والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لأن الشرع قطع ولاية الكافرين على المسلمين قال تعالى: ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** ﴾[٣] وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (الإسلام يعلو ولا يعلى)[٤]

---

(١) الشرح الصغير جـ ٣٦٩/٢، مغني المحتاج جـ ١٥٤/٣، الإنصاف جـ ٧٢/٨، مطالب أولي النهي جـ ٦٤/٥، بداية المجتهد جـ ١٢/٢ ط الحلبي، حاشية العدوي جـ ٩٥/٢.

(٢) أخرجه أبو داود جـ ٣٢٨/٣ - ٣٢٩ ط حمص.

(٣) سورة النساء من الآية (١٤١).

(٤) أخرجه الدار قطني جـ ٢٥٢/٣ ط المحاسن، وحسن إسناده ابن حجر في فتح الباري شرح صحيح البخاري جـ ٢٢٠/٣ ط السلفية.

ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة من نكاح الكافر.

وكذلك لا تجوز ولاية المسلم على غير المسلمين.

والمرتد لا ولاية له على أحد سواء كان المولى عليه مسلما أو كافرا أو مرتدا مثله[1].

أما إسلام الولي فليس بشرط في ثبوت الولاية مطلقا بل هو شرط في ثبوتها على المسلمة فالكافر يلي الولاية على الكافرة لأن الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولي عليه قال تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ** ﴾[2]

٤ - العدالة: اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الولي في النكاح على رأيين:

الأول: الأحناف[3] والمالكية في المشهور عندهم[4] ووجه عند

(١) روضة الطالبين جـ ٦٦/٧، مغني المحتاج جـ ١٥٦/٣، الانصاف جـ ٨٠/٨ - ٨١، كشاف القناع جـ ٥٣/٥ - ٥٤.

(٢) سورة الأنفال من الآية (٧٣)، بدائع الصنائع جـ ٢٣٩/٢، مطالب أولي النهي جـ ٦٤/٥، ٦٥.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٢٣٩/٢، حاشية ابن عابدين جـ ٣١٢/٢، فتح القدير جـ ١٨٠/٣ - ١٨١، تبيين الحقائق للزيلعي جـ ١٢٥/٢.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد جـ ١٢/٢، حاشية الخرشي جـ ١٨٧/٣، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للغزاوي جـ ٥٩/٥، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني جـ ٩٥/٢.

الشافعية[1] ورواية عند الإمام أحمد[2] قالوا لا يشترط العدالة في الولي فتجوز ولاية الفاسق.

حجتهم على ذلك:

استدلوا بعموم قوله تعالى ﴿ **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ** ﴾[3]

وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم)[4] من غير فصل ولا اشتراط لعدالة الولي.

ولأن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد.

ولأن هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، وكذا لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية، ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته، ولأنه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية

---

(١) الإقناع جـ ٦٢/٧، مغنمي المحتاج جـ ١٥٤/٣ - ١٥٥.

(٢) الإنصاف جـ ٥٧/٨، المغني لابن قدامه جـ ٣٥٥/٧، مطالب أولى النهي جـ ٦٤/٥، شرح منتهى الإرادات جـ ٦٤٠/٢.

(٣) سورة النور (٣٢).

(٤) أخرجه ابن ماجة جـ ٦٣٣/١ ط الحلبي، وقال ابن حجر في التلخيص مداره على أناس ضعفاء تلخيص الحبير جـ ١٤٦/٣ وأعاد ذكر الحديث في فتح الباري جـ ١٢٥/٩ وقال أخرجه أبو نعيم من حديث عمر أيضا وفي إسناده مقال ويقوى أحد الاسنادين الآخر

الملك فيجوز له أن يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر[١].

والفاسق مرشد لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد وهو العقل.

الثاني: الشافعية في المذهب[٢] والحنابلة في الراجح عندهم[٣] وغير المشهور عند المالكية[٤] قالوا يشترط في الولي في النكاح العدالة فلا ولاية لفاسق بل تنتقل الولاية للأبعد إذا لم يوجد العدل فإن عقد الولي الفاسق بطل عقده سواء كان الولي ممن يجبر على النكاح كالأب أو ممن لا يجبر كالعصبات.

وقال أبو إسحاق المروزي من الشافعية إن كان الولي ممن يجبر كالأب بطل عقده بالفسق، وإن كان من لا يجبر كالعصبات لم يبطل عقده بالفسق لأنه يكون مأموراً كالوكيل[٥].

حجة القول الثاني:

ما رواه سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل وأيما امرأة نكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل)[٦]

(١) بدائع الصنائع جـ ٢/٢٣٩ - ٢٤٠، الشرح الصغير جـ ٢/٣٦٩، مغني المحتاج جـ ٣/١٥٥، المغني جـ ٧/٣٥٥.

(٢) الحاوي جـ ٩/٦١.

(٣) الإنصاف جـ ٨/٥٧ - ٥٨، المغني جـ ٧/٣٥٥.

(٤) بداية المجتهد جـ ٢/١٢، مواهب الجليل جـ ٥/٧١.

(٥) الحاوي جـ ٩/٦١.

(٦) قال الإمام أحمد بن حنبل هذا أصح شيء في هذا الباب، المغني لابن قدامة جـ٧/٣٥٥، =

فهذا نص في اشتراط الإرشاد في الولي وأن الولي المسخوط عليه لفسقه لا يلي النكاح ويكون النكاح باطلا إذا ولى هذا الفاسق النكاح.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائل بعدم اشتراط العدالة بل تجوز ولاية الفاسق، إلا إذا خرج به الفسق إلى حد التهتك والمجاهرة فأن الولي في هذه الحالة لا يؤتمن على ما في يده فيسلب حقه في الولاية، أما غير هذه الحالة فتجوز ولايته.

لأننا لو اشترطنا العدالة المطلقة في الولي لتعذر وجودها ولأدى ذلك إلى تعطيل كثير من عقود الزواج للبحث عن ولي عدل.

ثم إن اختيار الأولياء لمولياتهم خوفا من لحوق العار بهم وهي موجودة بالطبع[1].

٥- الذكورة: وقد سبق الكلام فيها تفصيلا عند الكلام على ولاية المرأة[2]

٦- الرشد[3] اختلف الفقهاء في اشتراط كون الولي في عقد النكاح رشيدا

=

والحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ١٢٤/٧ قال كذا رواه عدي بن الفضل وهو ضعيف، والصحيح موقوف، والدار قطني في سننه جـ ٣١٢/٨، قال ابن حجر رواه من طريق الثوري عن ابن خثيم وعن طريق عدي بسنده مرفوعاً، تلخيص الحبير جـ ٢٩١/٤ - كنز العمال جـ ٣١٤/١٦.

(١) بداية المجتهد جـ ١٢/٢، فقه السنة للسيد سابق جـ ١٢٥/٢.

(٢) يراجع ص٤٠٩٤.

(٣) رشد الإنسان يَرْشُد رشداً ورشادا نقيض الغي والضلال، والرشد الصلاح، والرشد الاستقامة في الدين وحفظ الأموال، وعند المالكية والحنفية والحنابلة هو تنمية المال وإصلاحه، ويطلق على حفظ المال والرشيد ضد السفيه، الفروق اللغوية جـ ٢٥٦/١،

=

على مذهبين:

الأول: الأحناف[1] والمشهور عند المالكية[2] ووجه للشافعية[3] وقول للحنابلة[4] قالوا لا يشترط الرشد في ولاية النكاح.

الثاني: الشافعية في المذهب وقول للمالكية ورأي للحنابلة قالوا لابد أن يكون الولي في النكاح غير محجور عليه لسفه[5].

يقول ابن رشد: تشبيه هذه الولاية (ولاية النكاح) بولاية المال فمن رأى أنه يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في ولاية المال قال ليس من

=

القاموس الفقهي جـ ١٤٨/١، معجم لغة الفقهاء جـ ٢٢٢/١.

(١) بدائع الصنائع جـ ١٧١/٧.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ ١٢/٢، وقالوا إن السفيه (الذي يبذر المال ويسرف فيه) يزوج مجبرته بأذنها وغيرها بأذنها بعد إذن وليه (الذي يتولى الحجر عليه) وهذا الأذن ندبا واستحبابا لا شرطا، الشرح الصغير جـ ٣٦٩/٢ - ٣٧١.

(٣) قالوا المحجور عليه لسفه يلي النكاح لأنه كامل النظر في أمر النكاح وإنما حجر عليه لحفظ ماله فإن لم يحجر عليه قال الرافعي فما ينبغي أن تزول ولايته وهو المعتمد فأن كان محجور عليه لفلس أو مرض فأنه يلي أمر النكاح لكمال نظره والحجر عليه لحق الغير لا لنقص فيه، مغني المحتاج جـ ١٥٤/٣.

(٤) وعبر بعضهم عن ذلك بأنه يشترط في الولي أن يكون عارفا بالمصالح لا شيخا كبيرا جاهلا بالمصلحة، أما الرشد في المال فليس بشرط عندهم ومن قال من الحنابلة باشتراط الرشد فإنما يعني به المعرفة بالكف ومصالح النكاح وليس هو حفظ المال، فإن رشد كل مقام بحسبه كمال قال الشيخ تقي الدين من الجنابلة، الانصاف جـ ٥٧/٨، المغني جـ ٣٥٥/٧.

(٥) الحاوي ج، ٦٢/٩ - ٦٣ ت مغني المحتاج جـ ١٥٤/٣.

شرط ولاية النكاح الرشد في المال ومن رأي أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعني الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها[١].

٧- ألا يكون الولي مكرها

فإن أكره الولي على تزويج موليته فالجمهور من الفقهاء[٢] قالوا بأن هذا النكاح لا يصح واستدلوا بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٣] فهذا الحديث يدل دلالة واضحة إن الإكراه يلغي الأثر المترتب عليه كفعل الناسي والمخطئ.

وذهب الأحناف إلى أن نكاح الولي إذا أكره على نكاح موليته صحيح قالوا لأن النكاح مما يحتمل الهزل، والقاعدة عندهم أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه، لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه[٤]، والراجح ما ذهب إليه الجمهور.

٨- ألا يكون محرما بحج أو عمرة

---

(١) بداية المجتهد جـ ١٢/٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٣ المنثور للزركشي جـ ١٨٨/١ الشرح الصغير جـ ٣٧٠/٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه بهذا اللفظ جـ ٦٥٩/١ ط الحلبي وقال ابن حجر في الفتح رجاله ثقات فتح الباري جـ ١٦١/٥ ط السلفية، تلخيص الحبير جـ ٦٣/٢.

(٤) رد المحتار والدر المختار جـ ٤٣١/٥.

وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة[١]

فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، فإن عقد فسخ أبدا واستدلوا علي ذلك بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لاَ يُنكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب)[٢] وذهب الأحناف إلى أنه لا بأس للمحرم أن ينكح أو يُنكح ولكنه إن تزوج لا ينبغي له أن يدخل حتى يحل من إحرامه.

واستدلوا على ذلك بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (تزوج ميمونه بنت الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وهو محرم[٣].

وقالوا إذا كانت حرمة الصيام لا تمنع عقد النكاح فكذلك حرمة الإحرام لا تمنع عقد النكاح أيضا[٤].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور وأما الاستدلال بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تزوج ميمونه بنت الحارث وهو محرم، فإن الحديث الذي أخرجه مسلم وغيره من أصحاب السنن ووصله الإمام أحمد والترمذي والنسائي وابن حيان عن سليمان عن أبي رافع أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تزوج ميمونه حلالا في مكان يقال له ماء سرف وبني بها حلالاً عندما عاد[٥].

(١) الشرح الصغير جـ ٣٧٣/٢، مغني المحتاج جـ ١٥٦/٣، كشاف القناع جـ ٤٤١/٢.

(٢) موطأ الإمام مالك جـ ٤٤/٣ رقم الحديث ٦٧٩ صحيح مسلم جـ ٢١٤/٧ رقم الحديث ٢٥٢٢ كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته.

(٣) سنمن النسائي جـ ٣٩٦/١٠ مسنمد الإمام أحمد جـ ١٢٢/٥ رقم الحديث ٢٠٩٠ أخرجه البخاري فتح الباري جـ ٥٠٩/٧ ط السلفية.

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي جـ ٢٦٨/٢ - ٢٧٣ ط الأنوار المحمدية.

(٥) صحيح مسلم كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته جـ ٢٢١/٧ رقم

وزاد الشافعية موانع للولاية منها: اختلال النظر لهرم أو خبل جبلي أو عارض يمنع الولاية وينقلها للأبعد، ومنها الاغماء الذي يدوم، ومنها الأسقام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة تمنع الولاية[1].

ما لا يشترط في الولي:

لا يشترط أن يكون الولي بصيرا، لأن شعيبا عليه السلام زوج ابنته من موسى عليه السلام وهو أعمى، ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر إلى البصر.

ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس النكاح إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح[2].

=

الحديث (٢٥٢٩) سنن ابن ماجة جـ ٦/، ١٠١ رقم الحديث ١٩٥٤ السنن الكبرى للبيهقي جـ ٢١١/٧ تلخيص الحبير جـ ٤٧٣/٣ - ٣٧٤

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع جـ ٦٣/٢.

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٣٥٥/٧ - ٣٥٦.

المبحث الخامس

ترتيب الأولياء في النكاح

أولاً: اتفق الفقهاء في ترتيب الأولياء في النكاح على الأمور الآتية:

١- أن الولي في النكاح إذا كان مجبرا فإنه بكون المقدم في الولاية لا ينازعه أحد في تلك الولاية وقد سبق الكلام على من لهم حق ولاية الإجبار.

٢- إذا تعددت أسباب الولاية في النكاح فأن ولاية الملك تقدم، ثم من كان له ولاية القرابة، ثم من كان سبب ولايته الإمامة ثم من كان سبب ولايته الولاء.

٣- الولاية العامة متأخرة عن الولاية الخاصة، والولاية العامة كولاية الحاكم (السلطان) والقاضي ونائبهما فأن لم يكن للمرأة أحد من الأولياء زوجها من له ولاية عامة بعد أن يثبت عنده ما يجب إثباته ولأجل هذا لا يتصرف القاضي مع حضور الولي الخاص وأهليته[1]

٤- لا خلاف في أن للأب والجد ولاية إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة فإنهما قالا ليس لهما ولاية التزويج.

ووجه قولهما:

أن حكم النكاح إذا ثبت لا يقتصر على حال الصغر بل يدوم ويبقى

(١) المنثور في القواعد للزركشي جـ ١٣/٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي جـ ٢٧٨/١ القاعدة الثانية والثلاثون غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر جـ ٤٦٤/٢ حاشية الخرشي على مختصر خليل جـ ١٨١/٣، حاشية الجمل جـ ٤٠٠/١٦.

إلى ما بعد البلوغ إلى أن يوجد ما يبطله وفي هذا ثبوت الولاية على البالغة، ولأنه أستبد أو كأنه انشأ الإ نكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز.

والدليل على ثبوت الولاية لهما قوله تعالى:﴿ **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ**﴾[1]

فإن كلمة من إن كانت للتبعيض يكون الخطاب للآباء، وإن كانت للجنس يكون خطابا لجنس المؤمنين وعموم الخطاب يتناول الأب والجد، وأنكح الصديق رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا وهي بنت ست سنين من رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ[2].

وزوج عليّ كرم الله وجهه ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب وزوج عبد الله بن عمر، ابنته وهي صغيرة عروة بن الزبير وبه تبين أن قولهما خرج مخالفا لإجماع الصحابة وكان مردودا[3].

ثانيا: اختلفوا في ترتيب الأولياء بعد ذلك على ما يأتي:

فإذا وجد الأب فهو أحق الأولياء بنكاح المرأة فلا ولاية لأحد معه، وهو قول الإمام الشافعي والإمام أحمد ورواية عند أبي حنيفة فإذا وجد معه الابن فلا ولاية للابن مع الأب.

---

(١) سورة النور من الآية (٣٢).

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٧٣

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني جـ ٢ ص ٢٤٠.

واستدلوا على ذلك:

- بأن الولد موهوب لأبيه قال تعالى: ﴿ **وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى** ﴾[1].

  وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للابن (أنت ومالك لأبيك)[2].

  وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس.

- ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة، فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد.

- ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه، ويليه في سائر ما ثبت له فوجب الولاية عليه، بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص الأب بولاية المال.

- ولأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث فإنه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف الولاية[3]

وذهب الإمام مالك[4] ورواية عند أبي حنيفة وأبو يوسف[5] وابن

---

(١) سورة الأنبياء من الآية (٩٠).

(٢) سنن ابن ماجة كتاب التجارت باب ما للرجل من مال ولده جـ ٧١/٧ رقم (٢٨٢) وأخرجه البيهقي والطبراني وابن حبان ورجاله رجال الصحيح، مجمع الزوائد جـ ١٥٥/٤ تلخيص الحبير جـ ٣٥٠/٤.

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٣٤٦/٧ - ٣٥١، الحاوي جـ ٩٤/٩.

(٤) ولمالك رواية أخرى أن الأب أولى من الابن وهو أحسن، بداية المجتهد جـ ١٣/٢، حاشية الدسوقي جـ ٢٢٥/٢، ٢٢٦.

(٥) والمشهور عن أبي حنيفة أن الأب أولى وفي الفتاوى الهندية الأفضل أن يأمر الأب

المنذر والعنبري وإسحاق[1] أن الابن أولى من الأب في ولاية النكاح فإذا وجد الابن والأب فأحقهما بالولاية الابن للعقد عليها ولو كان الابن من زنا كما إذا ثبت بنكاح ثم زنت وأتت بولد ثم ابن الابن وإن نزل.

واستدلوا بما روى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد أن يتزوج أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لما انتهت عدتها خطبها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت يا رسول الله ما لي ولي حاضر فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابنها عمر قم يا عمر فزوج أمك[2]

- ولأن الابن أقوى من الأب في التعصيب فإذا وجد سقط تعصيب الأب.
- ولأن الابن يرث الولاء الواجب للأم والولاء عندهم للعصبة[3]

والشافعية لا يقولون بولاية الابن مطلقا فإنهم يمنعون ولاية الابن لأمه حتى ولو لم يكن لها أب،خلافا للأئمة الثلاثة مستدلين بما روى من تزويج أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعمر ابنها قم يا عمر فزوج أمك[4]

=

الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف. وعند الإمام محمد بن الحسن الولاية للأب مطلقا، الفتاوى الهندية جـ ٢٨٣/١، الدر المختار جـ ٣١١/٢ - ٣١٢.

(١) المغني لابن قدامة جـ ٣٤٦/٧.

(٢) أخرجه النسائي في سننه كتاب النكاح باب نكاح الابن أمه جـ ٣٧٠/١٠ رقم ٣٢٠٢ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى والحاكم في المستدرك.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ١٣/٢، المغني لابن قدامة جـ ٣٤٦/٧ - ٣٤٧

(٤) سبق تخريج الحديث ص٤١٢٦

وبما روى أن أنس بن مالك زوج أمه أم سليم من عمه أبي طلحة فلم ينكره رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ[1].

وأجاب الشافعية عن ذلك بقولهم: إن حديث أم سلمة وقول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لابنها قم يا عمر فزوج أمك إن ذلك كان استطابة لخاطره لأن نكاحه صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لا يحتاج إلى ولي، ثم إن عمر بن أم سلمة كان في السنة الرابعة وقيل كان سن عمر بن أم سلمة يوم توفى رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ تسع سنين قاله ابن سعد وغيره وكان حينئذ طفلا فكيف يزوج.

وبتقدير صحة أنه زوج وهو بالغ فيكون بولاية العم فإنه كان من بني أعمامها ولم يكن لها ولي أقرب منه[2].

والأرجح:

أنه إذا كان للمرأة أب وابن فيقدم الأب فإن لم يكن لها أب فأن الابن يكون وليها ثم ابن الابن ثم ابنه وإن نزل.

فالأب أولى ثم أبوه وهو الجد وإن علا فإن لم يوجد، أو عضل، أو غاب فالابن وابنه وإن نزل.

ثم الأخ الشقيق وقال المالكية في المشهور يقدم الأخ الشقيق أو لأب على الجد قالوا لأن الأخ ابن الأب والجد أبو الأب والابن أقوى تعصيبا من الأب.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) الحاوي للماوردي جـ ١٥١/٣، روضة الطالبين جـ ٥٩/٧ - ٦٠.

قال الماوردي وهذا خطأ لأن في الجد بعضية ليست في الأخ فصار بها متشابها بالأب وهو الراجح فيقدم الجد ثم أبوه وإن علا بعد الأب مباشرة.

ثم يقدم بعد الأخ الشقيق والأخ لأب ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم عم الأب ثم ابنه ثم عم الجد ثم ابنه ثم أقرب العصبات على ترتيب الميراث لأن الولاية مبناها على النظر والشفقة ومظنه ذلك القرابة والأحق بالميراث هو الأقرب فيكون أحق بالولاية[1]

فإن لم تكن عصبة فالولاية للأم عند الإمام أبي حنيفة ومعه أبو يوسف في الأصح وهو استحسان والعمل عليه، وقال محمد بن الحسن والأئمة الثلاثة ليس لغير العصبة ولاية وإنما هي للحاكم إذا لم يوجد عصبة[2].

ولا خلاف بين أهل العلم في أن السلطان له ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم.

والأصل فيه قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ [السلطان ولي من لا ولي له][3]

(١) تبيين الحقائق جـ ١٢٦/٢، بدائع الصنائع جـ ٢٤٠/٢، الدر المختار جـ ٣١١/٢ - ٣١٢، بداية المجتهد جـ ١٣/٢، حاشية الدسوقي جـ ٢٢٥/٢، بلغة السالك للشيخ الصاوي جـ ٣٥٩/٢ - ٣٦٢، الحاوي للماوردي جـ ٩١/٥ - ٩٥، أسني المطالب جـ ١٢٦/٣، المغني لابن قدامه جـ ٣٤٦/٧ - ٣٥١، كشاف القناع جـ ٥٠/٥ - ٥٢.

(٢) الدر المختار جـ ٣١١/٢ - ٣١٢، كشاف القناع جـ ٥٠/٥ - ٥٢، المغني جـ ٣٤٦/٧ - ٣٥١،

(٣) سبق تخريج الحديث ص٤٠٤٤

وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1] وولاية السلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالأب.

والسلطان هو الإمام أو الحاكم أو الرئيس أو القاضي أو من فوضوا الأمر إليه.

وذكر الحنابلة إنه إذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الإمام وقاضيه لأنه أجرى مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج وسائر الأحكام فكذلك في هذا.

فإن لم يوجد ولي ولا سلطان فعن الإمام أحمد يزوجها رجل عدل من المسلمين بإذنها إذا احتاط في الكفء والمهر[2].

مسألة: عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب.

بعد أن ذكرنا ترتيب الأولياء في ولاية النكاح فما الحكم لو خُولف هذا الترتيب فتولى النكاح الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب وعدم عضله أي امتناعه عن زواج موليته ممن الكفء.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب ويرجع سبب اختلافهم هل ترتيب الولاة حكم شرعي أعني ثابتا بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي، وإن كانت حكما فهل ذلك من حقوق الولي الأقرب أم ذلك

(١) سنن أبي داود كتاب النكاح باب في الولي جـ ٤٧٩/٥ رقم (١٧٨٦).

(٢) المغني لابن قدامه جـ ٣٤٦/٧ - ٣٥١.

حق من حقوق الله، فمن لم ير ترتيب الأولياء حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رآى أنه حكم شرعي ورآي أنه حق للولي قال النكاح منعقد فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ، ومن رآي أنه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذاهب أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد[1]:

المذهب الأول: الشافعية والحنابلة قالوا إذا زوج المرآة الولي الأبعد مع وجود الوليّ الأقرب وحضوره وبغير إذنه[2] لم يصح النكاح[3].

وحجتهم في ذلك:

أن الولي الأقرب استحق الولاية بالتعصيب فلم تثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث.

والولي الأبعد لا ولاية له مع وجود الأقرب حتى لو أذن له الولي الأقرب أشبه ما لو زوجها أجنبي، وإذا زوج أجنبي ولو حاكما مع وجود ولي قريب لم يصح النكاح ولو أجاز الولي لفقد شرطه وهو الولي[4].

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ١٤/٢.

(٢) وقال الحنابلة حتى لو أجاز الولي الأقرب وأذن في ذلك لا يصح هذا العقد لأن الأبعد لا ولاية له مع الأقرب كما لو زوجها أجنبي فإذا زوج الأجنبي ولو حاكما مع وجود الولي لم يصح النكاح حتى لو أذن الولي لفقد شرطه وهوالولي كشاف القناع جـ ٥٥/٥ - ٥٦.

(٣) مغني المحتاج جـ ١٥٣/٣ - ١٥٤، الحاوي للماوردي جـ ١٠٩/٩ المغني لابن قدامه جـ ٣٦٤/٧.

(٤) كشاف القناع جـ ٥٥/٥ - ٥٦.

والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول [أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل][1]

ونكاح الأبعد مع وجود الأقرب كأنه نكاح بغير ولي لأن ولاية الأبعد غير منعقده.

وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل][2]

والعقد الذي يتولاه الأبعد مع وجود الأقرب يشبه نكاح العبد بغير إذن سيده وهذا نكاح باطل.

ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة[3].

المذهب الثاني: الأحناف وقول للمالكية ورواية عن الإمام أحمد قالوا إن نكاح الأبعد مع وجود الأقرب يتوقف على إجازة الولي الأقرب فله الاعتراض والفسخ ما لم يرض صريحا أو دلالة كقبضه المهر مثلا وما لم يسكت حتى تلد أو تحبل.

فإن رضي الولي الأقرب صراحة أو دلالة أو سكت حتى تلد أو تحبل لم يكن له حق الاعتراض والفسخ، لئلا يضيع الولد بالتفريق بين أبويه فإن

---

(١) سبق تخريج الحديث ص٤٠٩٨

(٢) أخرجه أبو داود في سننه واللفظ له وقال هذا الحديث ضعيف وهو موقوف وهو قول ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وأخرجه الترمذي وغيره بلفظ (فهو عاهر) سنمن أبي داود كتاب النكاح باب نكاح العبد بغير إذن سيده جـ ٤٧٠/٥.

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٣٦٤/٧.

بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له[1].

وذلك لأن الولاية حق للولي الأقرب فإذا عقد غيره بدون إذنه لا يصح فله فسخ هذا النكاح فإن رضي مضى العقد أشبه هذا العقود الموقوفة كعقد الفضولي[2].

مناقشة هذا الرأي:

وقال الشافعية رداً على قول الأحناف أن هذا عقد فاسد لا يقف على الإجازة ولا يصير بالإجازة صحيحاً وكذا الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل، والدليل على بطلانه ما سبق من أدلة المذهب الأول[3].

المذهب الثالث: المالكية في المشهور عندهم أن هذا النكاح الذي عقده الولي الأبعد مع وجود الأقرب يكون صحيحا إذا لم يكن الولي الأقرب مجبرا فأن كان الولي الأقرب له ولاية الإجبار كالأب ووصيه فلا يصح تزويج الأبعد والنكاح مفسوخ في هذين، أعني تزويج غير الأب البنت البكر

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٣/٨١ - ٣١٦، البحر الرائق جـ ٣/١٢٤ الهداية جـ ١/٢٠٠ مواهب الجليل للحطاب جـ ٣/٤٣٢، بداية المجتهد جـ ٢/١٤، المغني جـ ٣/٣٦٤.

(٢) الفضولي من يتصرف تصرفا لا شأن له به وليست له ولاية إصداره كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه وإذا تولى الفضولي عقدا من العقود كان موقوفا على إجازة مَنْ له الشأن فيه فأن أجاز نفذ هذا التصرف وإن رفض بطل أحكام المعاملات الشرعية الشيخ علي الخفيف ص ٣١٥٦ ط دار الفكر العربي.

(٣) المغني لابن قدامه جـ ٧/٣٦٤.

مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي[1].

وقول آخر للمالكية إذا كان الأبعد سيد العشيرة، كان أحق من الأقرب كالتي لها عمّ هو سيد عشريته ولها إخوة فالعم أحق بنكاحها من الإخوة واستدلوا على ذلك بأمرين:

١ -قول عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ [لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان][2]

٢ -أنه بفضل رئاسته أقدر على تخير الأكفاء وللرغبة فيه تعدل إليه الزعماء[3].

مناقشة هذا الرأي:

وأجاب أصحاب المذهب الأول عن ذلك بما يأتي:

أ - أن استحقاق الولاية بالقرب أولى من استحقاقها بالرئاسة مع البعد لأمور منها:

١- أن الرئاسة للأبعد لما لم تستحق بها الولاية مع الأب فكذلك مع كل عصبة يكون هو الأقرب.

٢- ولأنه لما لم يتقدم بالرئاسة في الولاية على المال لم يتقدم بالرئاسة في الولاية على النكاح.

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤٣٢/٣، بداية المجتهد جـ ١٤/٢.

(٢) أخرجه مالك في موطئه كتاب النكاح باب استئذان البكرلا والأيم في نفسها جـ ٢٧/٤ والبيهقي في السنن الكبرى جـ ١١١/٧.

(٣) الحاوي للماوردي جـ ١١٠/٩.

٣ - ولأن ما استحق بالتسليم لا يؤثر فيه الرئاسة كالميراث.

ب- وأما الأثر المروي عن سيدنا عمر بن الخطاب فقالوا هو دليلنا لأنه قدّم الولي على ذي الرأي من الأهل.

جـ- وأما قدرته على تخير الأكفاء وما يتوجه إليه من تخير الأكفاء فهذا المعنى لا يزول إذا باشر عقدها من هو أقرب منه[1].

والراجح:

ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائلون بعدم صحة هذا العقد إذا باشر عقد النكاح على المرأة الولي الأبعد والحال أن الولي الأقرب غير عاضل أو غائب غيبة منقطعة أو محبوس أو أسير أو مفقود لقوة أدلتهم وللرد على أدلة المخالفين.

(١) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

المبحث السادس

تحول الولاية[1]

تتحول الولاية من الولي الأقرب إلى غيره من الأولياء[2] في مواطن منها:

١- الحالة الأولى: عضل[3] الولي:

(١) أي انتقالها من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد أو السلطان بسبب من الأسباب التي توجب ذلك كالعضل وهو الامتناع عن تزويجها من الكفء، أو الغيبة البعيدة المنقطعة أو الفقد أو الحبس أو الأسر بحيث لا يمكن مراجعته ولا معرفة رأيه مما يؤدي إلى الإضرار بموليته بفوات الكفء الصالح فتتحول الولاية منه إلى غيره دفعا للضرر فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول [لا ضرر ولا ضرار] ومن القواعد المعروفة شرعا أن الضرر يجب إزالته ورفعه.

(٢) سواء قلنا تنقل إلى الولي الذي بعده من العصبة أو السلطان، لأن السلطان ولي فيطلق على الولي الذي يليه من العصبة والسلطان وليا أبعد.

(٣) العضل في اللغة يقال عضل الرجل حرمته ومونته عضلا أي منعها من التزويج وعضل المرأة عن الزوج حبسها لسان العرب جـ ٤٥١/١١، الصحاح في اللغة جـ ٤٧٧/١ وقد استعمل الفقهاء العضل في موضعين هما:

الأول: في الولاية على النكاح بمعنى منع التزويج.

قال ابن قدامة العضل منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلب ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه وكان هذا المنع دون سبب مقبول المغني جـ ٣٦٨/٧، مغني المحتاج جـ ١٥٣/٣.

الثاني: عضل الزوج زوجته وذلك يتحقق بمضارَّتها وسوء عشرتها قاصدا أن تفتدي منه نفسها بما أعطاها من مهر قال تعالى: ﴿ **ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** ﴾ والعضل كله =

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا دَعَتْ المرأة إلى الزواج من كفء[1] أو خطبها كفء وامتنع الولي من تزويجها بدون سبب مقبول فإنه يكون عاضلا لأن الواجب عليه تزويجها من الكفء، فإذا تحقق العضل من الولي الأقرب وثبت ذلك عند الحاكم، أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول فإن أجاب فالأمر ظاهر، وإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره، ومع اتفاق الفقهاء على انتقال الولاية وتحولها بالعضل إلا أنهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية بالعضل إلى مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] .....

=

منهي عنه لأنه ظلم وإضرار بالمرأة ويجب رفعه ودليل ذلك ما رواه البخاري عن معقل ابن يسار قال زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية ﴿ **ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه) رواه البخاري كتاب تفسير القرآن باب وإذا طلقتم النساء.

(١) والكفء هو الرجل الماثل والمناسب للمرأة. فالكفاءة هي المماثلة والمساواة في أمور مخصوصة ينبني عليها صلاح الزوجية واستقرارها ويترتب على الإخلال بها فشل الزوجية وعدم استقرارها كالدين والنسب والمال والحرفة والحرية وغير ذلك.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٨١/٢ - ٨٢، الاختيار لتعليل المحتار جـ ٩٦/٣ ط دار المعرفة بيروت / بدائع الصنائع جـ ٢٥١/٢، تبيين الحقائق جـ ١٢٧/٢.

(٣) ولم يخالف في ذلك من المالكية غير ابن القاسم وابن عبد السلام حيث قالا يزوجها الحاكم عند عدم الولي وأما عند وجوده وامتناعه فينتقل الحق للأبعد خلافا للأب ووصية عندهم وسيأتي تفصيل كل ذلك، مواهب الجليل جـ ٦٧/٥ - ٦٨ - ٦٩، حاشية

=

والشافعية[1] ورواية عن الإمام أحمد[2] قالوا إذا عضل الولي الأقرب ومنع المرأة من تزويجها بكفء دون سبب مقبول فإن الولاية حينئذ تنتقل إلى السلطان ولا تنتقل إلى الولي الذي يليه في العصبة.

المذهب الثاني: الحنابلة في المذهب وقول ابن القاسم وابن عبد السلام من المالكية[3] والشافعية[4] إذا تكرر العضل من الولي الأقرب قالوا تنتقل الولاية حينئذ إلى الولي الأبعد الذي يليه في الدرجة ولا تنتقل إلى

الدسوقي جـ ٢/٢٣٢، بداية المجتهد جـ ٢/١٥.

(١) وهذا هو الأصح عند الشافعية وهناك قول عندهم أنه إذا تكرر العضل من الولي الأقرب فإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للولي الأبعد، وهل المراد بالأبعد في العصبة أو السلطان خلاف، لأن تكرار العضل يفسق الولي ولا ولاية لفاسق، ومحل ذلك عندهم إذا لم يكن للمرأة ولي آخر في درجة العاصب فأن كان في درجته غيره كأن يكون العاضل واحداً من إخوتها أو واحداً من بني عمها عدلت عنه إلى من في درجته من إخوتها وليس للحاكم معهم دخل، فأن لم يكن في درجته من الأولياء أحد وكانوا أبعد منه عدلت عن العاضل إلى الحاكم وعلى الحاكم أن يحضر الولي العاضل ويسأله ويأمره بالتزويج إذا كان الخاطب كفأ، الحاوي جـ ٩/١١٢، مغني المحتاج جـ ٣/١٥٣، أسنى المطالب جـ ٣/١٢٩، روضة الطالبين جـ ٧/٥٨ - ٦٨ - ٦٩

(٢) ففي رواية للإمام أحمد أنها تنتقل بالعضل إلى السلطان لكن انتقالها إلى الولي الأبعد هو المذهب نص عليه في الإنصاف جـ ٨/٥٧، المغني لابن قدامة جـ ٧/٣٦٧ - ٣٦٨، كشاف القناع جـ ٥/٥٥، شرح منتهى الارادات جـ ٢/٦٤١، مطالب أولى النهي جـ ٥/٦٦، مجموع فتاوى ابن تيمية جـ ٨/٢١٨.

(٣) حاشية الدسوقي جـ ٢/٢٣٢، مواهب الجليل جـ ٥/٦٨ - ٦٩.

(٤) مغني المحتاج جـ ٣/١٥٣، نهاية المحتاج جـ ٦/٢٢٩.

السلطان وهو اختيار أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وذُكر ذلك عن عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وشريح.

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

١- قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [فإن اشتجروا أو قال اختلفوا فالسلطان ولي من لا ولي له][(١)].

٢- ولأن الولي قد امتنع ظلما من حق توجَّه عليه فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه فتقاس الولاية على الدين.

٣- أن عضل الولي الأقرب لا يزيل ولايته فعلى الحاكم أن يحضره ويسأله عن سبب عضله فإن لم يكن هناك سبب وأصر على الامتناع قام السلطان برفع الظلم عن المرأة بتزويجه إياها، وولاية رفع الظلم تكون إلى السلطان أو القاضي المنصب من جهة السلطان[(٢)]

مناقشة أدلتهم: ناقش الحنابلة أدلة المذهب الأول بقبولهم:

---

(١) جزء من حديث أخرجه الترمذي وغيره من أصحاب السنن وكماله أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فأن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فأن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له. قال أبو عيسى هذا حديث حسن، سنن الترمذي جـ ٢٨٨/٤ رقم الحديث ١٠٢١، وابن ماجة في سننه جـ ٤٨٦/٢ رقم الحديث ١٨٦٩.

(٢) الحاوي جـ ١١٢/٩.

إن الحديث حجة لنا بأن الولاية للأبعد لا لكم لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لأن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشتجروا ضمير جمع يتناول الكل.

وأما قياس الولاية على الدين فلا يصح لأن الولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة:

احدها: أنها حق للولي والدين حق عليه.

ثانيها: أن الدين لا ينقل عنه والولاية تنقل عنه لعارض كجنون الولي وفسقه وموته.

ثالثها: أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك[1]

أدلة المذهب الثاني:

١- إنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جُن الأقرب أو غاب.

٢- إن الولي الأقرب إذا عضل فسق بالعضل، والولاية تنتقل بفسق الولي إلى الولي الذي يليه في التعصيب كما لو شرب الخمر[2].

٣- إن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم فينتقل الحق للأبعد[3].

٤- ويدل على ذلك حديث معقل بن يسار فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمره

(١) المغني لابن قدامة جـ ٣٦٧/٧.

(٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

(٣) حاشية الدسوقي جـ ٢٣١/٢ - ٢٣٢، مواهب الجليل جـ ٦٨/٥ - ٦٩.

بالتزويج ولم يزوج عليه[1].

الترجيح:

والرأي الثاني مع قلة القائلين به فإني أراه راجحا نظرا لقوة أدلتهم ولأن إرجاع كل زواج يعضل وليه - وذلك كثير الوقوع - إلى السلطان أو القاضي مما يصعب عليهم القيام بالمسئولية المناطه بهم وخصوصاً أن هناك من يقوم بهذا الأمر بدلاً عنهم وهو الولي الأبعد الذي يلي العاضل في العصب وهو أقدر على معرفة حال المرأة ومعرفة الخاطب لها من حيث الكفأة وعدمها وهو أحرص على اختيار صالح لأنه يلحقه العار، ولا اعتراض للولي الأقرب لأن إرجاع الولاية للأبعد إنما تكون بعد أن يأمر السلطان أو القاضي الولي الأقرب بالتزويج وينبهه إن استمر على عضله فأنه سوف ينقل الولاية إلى غيره. والله أعلم

متى لا يكون امتناع الولي عضلا ؟

توجد حالات لا يسمى فيها امتناع الولي عضلا منها:

١- إذا طلبت المرأة من وليها أن يزوجها برجل ليس كفأ لها فامتنع الولي من ذلك فلا يسمى عاضلا باتفاق الفقهاء، فإن امتناع الولي من تزويجها من غير الكفء لمصلحة المرأة والولي مأمور برعاية

(١) وهذا الحديث لا يصلح دليلا لهم لأنه امتنع فلما عاد عن امتناعه بعد أمر رسول الله له كان هو الولي ولم تنتقل الولاية إلى غيره والحديث أخرجه البخاري وقد سبق تخريجه ص٤١٣٦.

مصلحتها فيباح له العضل، ولأن له أن يمنعها من نكاح غير الكفء[1].

٢- إذا طلبت المرأة من وليها أن يزوجها بدون مهر مثلها فامتنع الولي من ذلك فلا يسمى عاضلا عند الإمام أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وذلك لأن عليهم في ذلك عارا، وفيه ضرر على نسائهم لنقص مهر مثلهن[2].

وقال الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إن الولي ليس له الامتناع من تزويج المرأة إذا طلبت أن تتزوج بمهر المثل أو دونه لأن المهر محض حقها وعوض يختص بها فلم يكن للولي الاعتراض عليه، ولأنها لو أسقطته كله بعد وجوبه سقط فبعضه أولى[3].

٣- ذهب المالكية إلى أن الولي المجبر [الأب أو وصية] لا يعتبر عاضلا برد الخاطب والامتناع عن تزويج موليته ولو تكرر ذلك منه لما جُبل الأب عليه من الحنان والشفقة على ابنته، ولجهلها بمصالح نفسها فربما علم الأب من حالها أو من حال الخاطب ما لا يوافق، فلا يُعد عاضلا بما ذكر حتى يتحقق عضله وقصده الإضرار بها.

فقد منع الإمام مالك بناته وقد رغب فيهن خيار الرجال وفعله العلماء قبله وبعده وحاشاهم أن يقصدوا به الضرر، وأما غير المجيره فيعتبر الأب

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢/٢٥٠ - ٢٥١، تبيين الحقائق جـ ٢/١٢٧، حاشية الدسوقي جـ ٢/٢٣٢، مغني المحتاج جـ ٣/١٥٣، الحاوي جـ ٩/١١٢، المغني لابن قدامه جـ ٧/٣٦٧، كشاف القناع جـ ٥/٥٥، فقه السنة للسيد سابق جـ ٢/١٣٦.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢/٢٥١ - ٢٥٢، المبسوط للسرخسي جـ ٤/٢٢١، حاشية ابن عابدين جـ ٢/٨١ - ٨٢.

(٣) الحاوي جـ ٩/١١٢، المغني جـ ٧/٣٦٨، بدائع جـ ٢/٢٥٠ - ٢٥١.

عاضلا برد أول كفْء، وكذلك غير الأب من باب أولى ولم يفرق باقي الفقهاء بين الأب وغيره سواء كانت مجبره أو غير مجبره[1].

٤- إذا دعت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها من كفء غيره فعند المالكية وهو قول الشافعية في الأصح كفء الولي أولى إذا كان مجبراً، لأنه أكمل نظرا منها فإن لم يكن الولي مجبرا فالمعتبر من عينته[2].

وعند الحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية يلزم الولي إجابتها إلى كفئهما إعفافا لها، فإن امتنع عن تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا وهو رأي للحنفية استطهره في البحر كما قال ابن عابدين[3]

٢ - الحالة الثانية: غيبة الولي:

قد تكون غيبة الولي قريبة غير منقطعة تصل إليه الأخبار والرسائل ويصل منه ذلك في مكان معروف خرج للتجارة ونحوها، ولم ينو الاستيطان في ذلك المكان ولكن نيته العود، ولم يكن يقصد بغيبته هذه الإضرار بالمرأة بالمرأة، وكان الطريق بينه وبين بلد المرأة آمنا مسلوكا.

ففي هذه الحالات ولايته باقية ولا تنتقل إلى غيرهن فلو زوجها غيره من ولي أو سلطان فسخ النكاح لعدم انعقاد ولاية الأبعد مع وجود الأقرب

---

(١) حاشية الدسوقي جـ ٢٣٢/٢، مواهب الجليل جـ ٦٨/٥ - ٦٩، بداية المجتهد جـ ١٥/٢.

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٢٣١/٢ - ٢٣٢، مغني المحتاج جـ ١٥٣/٣ - ١٥٤.

(٣) كشاف القناع جـ ٥٤/٥ - ٥٥، المغني جـ ٣٦٧/٧ - ٣٦٨، حاشية ابن عابدين جـ ٨١/٢ - ٨٣.

والغائب القريب الغير منقطع في حكم الموجود فلا يزوج أحد إلا بأذنه[1] وفي مثل عصورنا هذه وانتشار وسائل الاتصال والمواصلات وسرعتها فيمكن مراجعته في المكان الموجود فيه.

أما إذا كانت غيبة الولي منقطعة وهي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة[2] فقد اتفق الفقهاء على انتقال الولاية من الولي الأقرب نسباً وتحولها إلى غيره ولكنهم اختلفوا فيمن تحول إليه ولاية النكاح حينئذ على مذهبين:

المذهب الأول: أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف[3] وقول

---

(١) وهذا باتفاق الفقهاء إلا قولا حُكى عن الشافعية أنه إذا غاب الولي غيبة قريبة دون المرحلتين يزوج غيره لئلا تتضرر المرأة بفوات الكفء الراغب كالمسافة البعيدة، مغني المحتاج جـ ١٥٧/٣.

(٢) وقد اختلف الفقهاء كثيرا في مدة الغيبة المنقطعة، فقال الأحناف أنها المسافة التي تقصر فيها الصلاة وحددها المالكية بأنها من أفريقية أو ضنجة أو الأندلس من مصر وهو ما استظهره ابن رشد لأن ابن القاسم كان بها وبينهما ثلاثة أشهر وقال الأكثر من المدينة لأن مالكا كان بها وبينهما أربعة أشهر.

وقال الشافعية إن مدتها مرحلتين فأكثر وتقدر المرحلة الواحدة بنحو (٢٤) ميلا و (٨٩ر٤) كيلو متر.

وقال الحنابلة ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة والتحديد بابه التوقيف ولا توقيف، بدائع الصنائع جـ ٢٥١/٢ - ٢٥٢، حاشية الدسوقي جـ ٢٢٩/٢، الحاوي جـ ١١١/٩، المغني جـ ٣٧١/٧، المنكاييل والموازين الشرعية أ.د/ علي جمعه محمد ص ٥٦ ط القدس.

(٣) خلافا لزفر بن الهذيل حيث قال إن ولاية الأقرب في حال غيبته باقية ولا ولاية للأبعد بعد قيام الأقرب بحال فولاية الأقرب باقية وقائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لو زوجها الأقرب حيث هو يجوز فقيام ولايته يمنع الانتقال خلافا لأبي

للشافعية[1] والمذهب عند الحنابلة[2] أن الولي الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فإن الولاية تنتقل للولي الأبعد ولا تنقل للسلطان.

واختلف الحنفية في زوال ولاية الأقرب بالغيبة أو عدم زوالها فقال بعضهم إنها باقية، إلا إنه حدثت للأبعد ولاية لغيبة الأقرب فيصير كأن لها وليين مستويين في الدرجة كالأخوين والعمين، وقال بعضهم تزول ولايته وتنقل إلى الأبعد وهو الأصح.

حجتهم:

واحتج أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

١- أن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فثبتت له الولاية كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين.

٢- لأن الأبعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز لأن مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن الأبعد متمكن في إحراز الكفء بحيث لا يفوته غالبا.

٣- ولأن الكفء الحاضر لا ينتظر حضور الغائب واستطلاع رأيه غالبا وكذا الكفء المطلق، لأن المرأة تخطب حيث هي عادة، فكان الأبعد

= حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف، بدائع الصنائع جـ ٢٥١/٢.

(١) مغني المحتاج جـ ١٥٧/٣.

(٢) قالوا إذا كان الولي في مكان لا يصل إليه الكتاب وكانت غيبة منقطعة فالأبعد يزوجها وهذا هو المذهب، المغني جـ ٣٦١/٧ الإنصاف جـ ٥٧/٨ كشاف القناع جـ ٥٥/٥، شرح منتهى الارادات جـ ٦٤١/٢ مطالب أولى النهي جـ ٦/٥.

أقدر على إحراز الكفء من الأقرب الغائب فكان أقدر على إحراز النظر فكان أولى بثبوت الولاية له إذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق بالعدم في الأحكام كما في الأب مع الجد[1].

٤- أن الولي الأبعد هو الذي يزوج ولا يزوج السلطان لأن النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ يقول [السلطان ولي من لا ولي له] وهذه لها ولي ما لم تكن أمة فيزوجها الحاكم لأن له نظر في مال الغائب.

قالوا فلو كان الأقرب تتعذر مراجعته أو علم أنه قريب المسافة ولم يعلم مكانه فزوج الأبعد صح لتعذر مراجعته أو كان الأقرب مجهولا لا يعلم أنه عصبة للمرأة فزوج الأبعد الذي يليه صح التزويج استصحابا للأصل ولو زوج الأبعد من غير عذر لم يصح النكاح[2]

المذهب الثاني: المالكية في المشهور عندهم[3] والشافعية في الأصح

(١) بدائع الصنائع جـ ٢/٢٥٠ - ٢٥١، تبيين الحقائق جـ ٢/١٢٧.

(٢) المغني لابن قدامه جـ ٧/٣٦٩.

(٣) والمالكية يقولون إن غيبة الأب عن ابنته البكر على ثلاث أقسام:

أحدها: أن تكون قريبة كعشرة أيام وما أشبه ذلك فلا خلاف أنها لا تزوج في مغيبة فإن زوجت فسخ النكاح سواء زوجها الولي أو السلطان قاله في الواضحة قال في التوضيح زاد في المتبطية عن ابن القاسم ويفسخ وإن ولدت الأولاد وإن أجازه الأب وقيده الرجراجي بأن لا يتبين ضرر الأب فإن تبين زوجت.

الثاني: أن تكون غيبة بعيدة متقطعة مثل افريقية من مصر وفيها أقوال أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك إن استوطن هذه البلد وأما من خرج تاجراً لغير مقام فلا يزوجها ولي ولا سلطان ولا تزوج إلا أن يدوم مقامه في هذه البلد كعشرين سنة مثلا حتى يؤس من رجعته وقيل لا تزوج أبداً وإن طال مقامه وكل هذا فيمن كانت غيبته غيبة انقطاع أما من

عندهم[1] قالوا إذا غاب الولي القريب غيبة منقطعة غير مرجو الحضور ولم يوكل أحداً بتزويج موليته فإن الولاية تتحول منه وتنقل إلى السلطان [الحاكم] أو نائبه فيزوجها بإذنها وإذنها صماتها دون غيره من الأولياء.

حجتهم:

١- إن الحاكم ولي الغائب وهو ولي مجبر ولا كلام[2].

٢- إن الغائب ولي والتزويج حق له فإذا تعذر استيفائه ناب عنه الحاكم قال الشيخان والأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج أو يستأذنه فيزوج القاضي خروجا من الخلاف[3]

والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم ولأن القول بأن الحاكم ولي الغائب فإنه وليه في ماله أي نائب عنه في التصرف فيه والولي الأبعد أعرف بالمصالح وأعرف بالكفء وعنده الوقت للبحث عن الكفء أكثر من

=

خرج لحاجة أو تجارة ونيته العود ولم تطل إقامته فلا تزوج ابنته صرح بذلك الرجراجي وابن الحاجب وغيرهما إلا أن يتبين ضرره فيكون كالعاضل فأن الإمام يرسل إليه إما أن يقدم ويزوجها وإلا زوجها الإمام، ولا خلاف عندهم في أن مَنْ كانت غيبته غيبة ارتجاع للتجارة أو لطلب حاجة ولم ينو الضرر أنه لا يتعرض لبناته كما لو كان حاضراً مواهب الجليل جـ ٦٧/٥ - ٦٨، حاشية الدسوقي جـ ٢٢٩/٢.

(١) وهذا عندهم إذا كانت الغيبة منقطعة إلى مرحلتين فأكثر فإذا غاب دون المرحلتين لا يزوج إلا بإذنه لقصر المسافة وقيل يزوج لئلا تتضرر المرأة بذهاب الكفء الراغب، مغني المحتاج جـ ١٥٧/٣، الحاوي جـ ١١٠/٩، أسنى المطالب جـ ١٢٩/٣.

(٢) بلغة السالك جـ ٣٦٤/٢ - ٣٦٦.

(٣) مغني المحتاج جـ ١٥٧/٣ - الحاوي جـ ١١٠/٥.

السلطان.

٢ - الحالة الثانية: فقد الولي أو أسره أو حبسه:

تتحول الولاية من الولي الأقرب إلى غيره إذا فقد الولي القريب أو أسر أو حبس وذلك باتفاق الفقهاء تنزيلا لهذه الأسباب منزلة الغيبة والعضل ولكنهم اختلفوا إلى مَنْ تنقل الولاية حينئذ على مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والحنابلة[١] قالوا إن الولاية في حالة فقد الولي القريب أو حبسه أو أسره من العدو تنتقل إلى الولي الأبعد ولا تنقل إلى السلطان.

وذلك لتنزيل الأسر والفقد منزلة الموت وهو إذا مات تنتقل الولاية للأبعد بخلاف الغيبة فأنها تنقل للسلطان عند بعضهم لأن الغائب حياته معلومة[٢]

قال بعضهم إذا كانت الولاية تنتقل إلى الأبعد إذا غاب الولي الأقرب فأن هذا انتقالها بالبعد ليس لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود في هذه الحالة ولذلك إن كان غائبا لا يعلم مكانه قريب أم بعيد فهو كالبعيد[٣] .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢/٨١ - ٨٢، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣/٩٦، مواهب الجليل جـ ٥/٧٠، حاشية الدسوقي جـ ٢/٢٣٠، المغني جـ ٧/٣٧١، كشاف القناع جـ ٥/٥٤ - ٥٥.

(٢) مواهب جـ ٥/٧٠، حاشية الدسوقي جـ ٢/٢٣٠.

(٣) المغني لابن قدامه جـ ٧/٣٧١.

المذهب الثاني: الشافعية[1] وقول عند المالكية[2] قالوا إن الولاية في حالة فقد الولي أو حبسه أو أسره تنتقل إلى السلطان ولا تنتقل إلى الولي الأبعد.

[لأن السلطان ولي من لا ولي له] وإذا فقد الولي أو حبس أو أسر فكأنه غير موجود أصلا فالسلطان ولي الغائب.

وحكى ابن رشد من المالكية الاتفاق على أن الأسير والمفقود كذي الغيبة البعيدة لا يزوج ابنتهما إلا الحاكم، ولا ينقل الأمر للأبعد وصوبه بعض الموثقين قائلا أي لا فرق بين الفقد والحبس وبين الغيبة[3].

والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم ولأن السلطان لا يزوج إلا عند عدم الولي وهذه لها ولي وقياسه الفقد على الموت أولى من قياسه على الغيبة.

مسألة: تزويج وليين لأكثر من رجل:

ذهب الفقهاء إلى أن المرأة إن زوجها وليان مستويان في ولاية التزويج لرجلين فأن علم السابق منهما فالنكاح له ويكون عقد الثاني باطلا.

وذلك لقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول

(١) الحاوي جـ ١١٠/٩، مغني المحتالج جـ ١٥٣/٣.

(٢) وهو قول ابن رشد ونقله بعض الموثقين في المذهب وارتضوه والمشهور الأول وبه القضاء، بلغة السالك جـ ٣٦٤/٢ - ٣٦٥ - ٣٦٦.

(٣) حاشية الدسوقي جـ ٢٣٠/٢.

منهما][1] كما إذا زوجها أخوين شقيقين وعلم السابق من العقدين فإنه يقدم للحديث ولأنه لما سبق فقد صح، فلا يجوز نكاح الثاني لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تتجزأ والحكم الثابت بالعقد وهو ملك المنفعة لا يتجزأ لأنه لا يجوز التجزئ في الفروج[2].

واشترط المالكية في فسخ نكاح الثاني إن لم يتلذذ بها الثاني حال كونه غير عالم بعقد غيره عليها قبله فإن تلذذ الثاني في هذه الحالة فهي له دون الأول بشرط عدم العلم وألا يكون عقد الثاني في عدة وأن لا يسبقه الأول بالتلذذ بها فأن أقر أنه ثاني أو شهدت البينة فيفسخ نكاح الثاني[3].

وذهب الشافعية إلى بطلان عقد الثاني سواء علم أنه ثان أو لم يعلم دخل بها أو لم يدخل[4]

وقال الحنابلة إن بطلان الثاني لأنه تزوج زوجة غيره والأول صحيح لأنه عقد خلا عن المبطل فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما لبطلان نكاحه، فإن كان وطئها وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به مهر المثل وترد للأول لأنها زوجته ولا تحل له حتى تنقضي عدتها من وطء الثاني للعلم ببراءة رحمها منه، ولا ترد الصداق الذي يؤخذ من الداخل

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده جـ ٨/٥ ط الميمنة من حديث سمرة بن جندب وتوقف ابن حجر في تصحيحه تلخيص الحبير لابن حجر جـ ١٦٥/٣ ط شركة الطباعة الحديثة.

(٢) رد المحتار على الدر المختار جـ ٣١٤/٢، الاختيار للموصلي جـ ٩٧/٣، بدائع الصنائع جـ ٢٥١/٢.

(٣) حاشية الدسوقي جـ ٢٣٥/٢، بلغة السالك على الشرح الصغير جـ ٣٧٨/٢ - ٣٨٢.

(٤) روضة الطالبين جـ ٨٨/٧ - ٨٩، مغني المحتاج جـ ١٦٠/٣، الحاوي جـ ٩٨/٩ - ١١٠.

بها وهو الثاني على الزوج الأول الذي دُفعت إليه لأنه لا يملك التصرف في بضعها فلا يملك عوضه، ولا يحتاج النكاح الثاني إلى فسخ لأنه باطل[١]

فأن وقع النكاحان في وقت واحد معا بطلا لتعذر تصحيحهما ولعدم أولوية أحدهما ولتعذر الجمع بينهما[٢] ويفسخ النكاح بينهما بلا طلاق إن عقدا بزمن واحد تحقيقا أو شكا دخلا معا أو أحدهما أو لم يدخلا وكذلك يفسخ النكاحان إن تحقق وقوعهما في زمانيين وجهل تقدم زمن أحدهما على زمن عقد الآخر إذا لم يدخلا أو دخلا فإن دخل أحدهما دون الآخر فهي له إن لم يعلم أنه ثان[٣] وقيل يتوقف حتى يعلم السابق منهما ولا يجوز لأحدهما الاستمتاع بها ولا لغيرهما الزواج بها إلا أن يطلقاها أو يموتا أو يطلق أحدهما ويموت الآخر وهو قول الشافعية[٤] وقال الحنابلة إن النكاحين باطلان من أصلهما ولا يحتاجان إلى الفسخ لأنه لا يمكن تصحيحهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر، ولا مهر لها على أحدهما ولا يرثانها ولا ترثهما لأن العقد باطل ووجوده كعدمه[٥].

فإن جهل السابق منهما فسخهما الحاكم لأن أحدهما صحيح ولا طريق للعلم به ولها نصف المهر يقترعان عليه فمن خرجت عليه القرعة

(١) كشاف القناع جـ ٥٩/٥ - ٦٠، المغني جـ ٤٠٤/٧.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢٥١/٢.

(٣) حاشية الدسوقي جـ ٢٣٥/٢، بلغة السالك جـ ٢٧٨/٢ - ٣٨٢.

(٤) الحاوي جـ ٩٨/٩ - ١١٠، مغني المحتاج جـ ١٦٠/٣.

(٥) المغني جـ ٤٠٤/٧.

غرمه[1].

ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة عاقلة بأمرها من رجل وزوجت هي نفسها من رجل[2] فأيهما قالت هو الأول فالقول لها وهو الزوج لأنها أقرت لملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة ثابتة عليها، وإن قالت لا أدري الأول ولا يُعلم من غيرها فرق بينهما وكذا لو زوجها وليان بأمرها[3].

(١) كشاف القناع جـ ٥/٥٩ - ٦٠.

(٢) هذا بناء على قول الأحناف إن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تزوج نفسها بدون إذن وليها إذا كان ذلك من كفء وبمهر المثل خلافات لقول جمهور الفقهاء وقد سبق تفصيل هذه المسألة عند الكلام على ولاية المرأة في النكاح.

(٣) الدر المختار ورد المحتار جـ ٢/٣١٤ - الاختيار للموصلي جـ ٣/٩٧، بدائع الصنائع جـ ٢/٢٥١.

الفصل الثالث

الوكالة والوصاية في عقد النكاح وفيه مبحثان

المبحث الأول

الوكالة[1] في النكاح

والعلاقة بين الوكالة والولاية:

أن كلا منهما نيابة فالولي ينوب عن المرأة في عقد النكاح، والوكيل ينوب عن الزوج أو الولي أو الزوجة على الخلاف الآتي ذكره في عقد النكاح ولكن الولاية نيابة إجبارية كما في ولاية الإجبار أو شرعية كما في ولاية الاختيار أو المشاركة والندب والوكالة نيابة اتفاقية بين طرفي قد يكون الزوج

(١) والوكالة في اللغة الفتح والكسر أن يعهد إلى غيره ليعمل له عملا والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير. القاموس المحيط جـ ٢٨٠/٣، مختار الصحاح جـ ٣٤٧/١، لسان العرب جـ ٧٣٤/١١، معجم لغة الفقهاء جـ ٥٠٩/١، القاموس الفقهي جـ ٣٨٧/١.

واصطلاحا: عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة تدور حول إقامة الغير مقامه فقال الحنفية إنها إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا في تصرف جائز معلوم، حاشية ابن عابدين جـ ٥١٠/٥ ط الحلبي، تبيين الحقائق للزيلعي جـ ١٣٢/٢.

وقال المالكية:/ نيابة ذي حق غير ذي إمرةٍ ولا عباده لغيره غير مشروط بموته، مواهب الجليل للحطاب جـ ١٨١/٥.

وقال الشافعية تقويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، مغني المحتاج جـ ٢١٧/٢.

وقال الحنابلة: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين. كشاف القناع جـ ٤٦/٣، الإنصاف جـ ٣٥٣/٥.

والوكيل أن يتولى الوكيل العقد نيابة عنه أو الولي والوكيل باتفاق بين الفقهاء وقد يكونا الزوجة والوكيل على الخلاف في ذلك.

حكم الوكالة:

والوكالة عقد جائز مشروع[1] والأدلة على ذلك كثيرة منها:

١- قول الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف ﴿ **فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ** ﴾[2] وذلك توكيلا[3].

٢- وقوله تعالى: ﴿ **فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾[4]

فأنها تدل على مشروعية الوكالة وهذا بناء على الرأي القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين[5].

٣- وما روى عن عروة بن أبي الجعد البارقي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاه دينارا يشتري له به شاه فاشترى له به شاتين فباع أحدهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعاء له صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه[6].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥٠٩/٥، تبيين الحقائق جـ ١٣٢/٢، حاشية الدسوقي جـ ٣٧٧/٣، نهاية المحتاج جـ ١٥/٥، المغني جـ ٢٠١/٥.

(٢) سورة الكهف من الآية (١٩).

(٣) المغني جـ ٢٠١/٥.

(٤) سورة النساء من الآية (٣٥).

(٥) مغني المحتاج جـ ٢١٧/٢.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه وابن ماجه في سننه وأحمد في مسنده فتح الباري جـ =

٤- وأجمع الفقهاء على جواز الوكالة ومشروعيتها من عصر الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين[١].

٥- والحاجة داعية إلى مشروعيتها لأنه لا يمكن لكل واحد فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه فدعت الحاجة إليها[٢].

الوكالة في النكاح:

ذكر الفقهاء ضابطا فقهيا لما يصح أن يكون محلا لعقد الوكالة وهو كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره به وكل ما لا يجوز أن يعقده بنفسه لا يجوز له أن يوكل غيره به، لذلك أجاز الفقهاء الوكالة في النكاح لكل مَنْ يجوز له أن يعقد عقد النكاح[٣] فالوكيل في النكاح إما أن يكون وكيلا عن الزوج أو الولي أو الزوجة.

أولاً: توكيل الزوج غيره في النكاح:

اتفق الفقهاء على صحة التوكيل في عقد النكاح من الزوج واستدلوا على ذلك بما ورد عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه وكل أبا رافع في تزويجه

=

٦٣٢/٦ ط السلفية، سنن ابن ماجة ٢٣٥/٧ رقم (٢٢٩٣)

(١) المغني جـ ٢٠١/٥، مغني المحتاج جـ ٢١٧/٢.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥٠٩/٥ - ٥١٠، نهاية المحتاج جـ ٢١/٥، بداية المجتهد جـ ١٥/٢، مغني المحتاج جـ ٢١٩/٢، المغني جـ ٢٠١/٥.

ميمونة[1] ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة[2].ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع[3].

ومع اتفاق الفقهاء على جواز الوكالة من الرجل [الزوج] إلا أنهم اختلفوا فيمن يصح توكيله من قِبل الزوج [الموكل] بالفتح فاشترط الحنفية فيه العقل وقال إن البلوغ والحرية ليسا من شروط صحة الوكيل في النكاح فيصح توكيل الصبي العاقل[4].

لما روى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما تزوج أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت ليس أحد من أوليائي شاهد فقال لابنها عمرو قم يا عمرو فزوج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكان صبيا[5].

وذهب المالكية إلى أنه يصح توكيل ذكر أو أنثى حر أو عبد بالغ أو صبي مسلم أو كافر إلا المحرم بحج أو عمرة أو ضعيف العقل أو فاقده[6]

وقال الشافعية يصح للزوج أن يوكل كل من يصح له أن يباشر النكاح بنفسه فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون ولا مغمى عليه ولا امرأة ولا محرم

(١) الترمذي جـ ١٩١/٣ وقال حديث حسن والبيهقي في السنن جـ ١٣٩/٧، موطأ الإمام مالك كتاب الحج باب نكاح المحرم جـ ٤٣/٣ رقم ٦٧٨.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني جـ ٣٥٢/٧.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٢٠/٦ - ٢١.

(٥) سبق تخريج الحديث ص٤١٢٦ والحديث صححه الحاكم وافقه الذهبي بالمستدرك جـ١٦/٤-١٧

(٦) بلغة السالك جـ ٢١٨/٢، جـ ١٥٨/٣.

بحج أو عمرة، لأن تصرف الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره فإن تصرفه لنفسه بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة فإذا لم يقدر على الأقوى فلا يقدر على الأضعف بطريق أولى[١].

وقال الحنابلة يجوز للزوج أن يوكل كل من يقبل له النكاح[٢] ولم يشترطوا عدالته فيصح عندهم توكيل الفاسق[٣].

ثانيا: توكيل الولي غيره في النكاح:

ويصح توكيل الولي غيره لمباشرة عقد النكاح باتفاق الفقهاء[٤] إذا توافرت في الوكيل الشروط المعتبرة وهي أن تتحقق فيه شروط الولي في النكاح من البلوغ والعقل والذكورة والعدالة واتحاد الدين والرشد لأنها ولاية فلا يصح أن يباشرها غير أهلها.

ولأنه إذا لم يملك تزويج موليته أصالة فلان لا يملك تزويج مولية غيره بالتوكيل أولى ويصح حينئذ توكيله مطلقا بأن يزوجها بأي كفء ويصح توكيله مقيدا أي يزوجها بكفء بعينه فلا يزوج غيره لقصور ولايته[٥].

---

(١) مغني المحتاج جـ ٢١٨/٢، جـ ١٥٨/٣.

(٢) ومعنى هذا أن شروط الوكيل بالنسبة للزوج هي شروط الولي.

(٣) الإنصاف جـ ٦٢/٨، كشاف القناع جـ ٥٦/٥ - ٥٧.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٢٣/٦، حاشية ابن عابدين جـ ٩٥/٣، الشرح الصغير جـ ٣٥٥/٢ - ٣٥٧، مغني المحتاج جـ ١٥٨/٣، كشاف القناع جـ ٥٦/٥ - ٥٩.

(٥) كشاف القناع جـ ٥٦/٥ - ٥٩، مطالب أولى النهي جـ ٦٨/٥ - ٧٢، الإنصاف جـ ٦٢/٨.

ثالثاً: توكيل المرأة مَنْ يزوجها:

اختلف الفقهاء في جواز توكيل المرأة من يزوجها.

أ- ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمرأة أن توكل مَنْ يتولى عقد زواجها لأنها لا يجوز لها أن تلي عقد الزواج بنفسها سواء زوجت نفسها أو زوجت غيرها فما لا تملكه لا يصح لها أن توكل فيه(١).

ب- وذهب المالكية إلى أن ذلك جائز في الدنيئة [كالمعتقه والمسكينه] فقط إذا وكلت أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان أو فيه لكن يعسر وصولها إليه ولا ولي لها فيجوز لها أن توكل مَنْ يزوجها(٢).

جـ- وذهب الأحناف إلى جواز توكيل المرأة غيرها ليزوجها بناء على مذهبهم في أنه يجوز للحرة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها فإذا جاز لها أن تباشر عقد الزواج سواء أزوجت نفسها أم زوجت غيرها فلها أن توكل مَنْ يزوجها لأن من شروط الموكِل بالكسر أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به لنفسه(٣).

والمسألة مبنية على الخلاف في جواز ولاية المرأة لعقد النكاح وقد سبق تفصيلها فمن قال بجواز ولاية المرأة قال بجواز توكيلها ومن منع ولايتها منع توكيلها.

---

(١) مغني المحتاج جـ ١٤٧/٣ - ١٥٧، المغني جـ ٣٥٢/٧.

(٢) الذخيرة للقرافي جـ ٢٤٠/٤ ط دار الغرب الإسلامي.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٢٠/٦.

المبحث الثاني

الوصي[1] في النكاح

إذا أوصى رجل لآخر بأن يتولى رعاية أولاده الصغار بالحفاظ على أموالهم وتنميتها ورعاية شئونهم بعد وفاته فذلك جائز بلا خلاف.

فإذا أوصى لغيره بأن يتولى زواج بناته بعد وفاته فهل تنعقد لذلك الوصِي الولاية في تزويج بناته بعده أو لا تنعقد وتنقل بعد وفاته إلى الولي الذي يليه في النسب ولا تكون لوصي الأب.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: الحنفية والشافعية والإمام أحمد في رواية[2] قالوا لا

---

(١) الوصية والإيصاء بمعنى واحد عند بعض الفقهاء، وعند بعضهم الإيصاء أخص من الوصية فالإيصاء إقامة غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات أو في تدبير شئون أولاده الصغار ورعايتهم وذلك الشخص المقام يقال له الوصي، وأما إقامة الغير مقامه في حال حياته فلا يسمى إيصاء وإنما يسمى وكالة.
بلغة السالك على الشرح الصغير جـ ٣٣٢/٤، فتاوى قاضي خان مطبوع بهامش الفتاوى الهندية جـ ٥١٢/٣.
وصف الإيصاء أن يقول الأب لمن اختاره وصيت إليك إنكاح بناتي أو جعلتك وصيا في نكاح بناتي فيقوم الوصي مقامه، كشاف القناع جـ ٥٨/٥ - ٥٩، مطالب أولى النهي جـ ٧١/٥ - ٧٢.

(٢) البحر الرائق جـ ٤٥٩/٨، بدائع جـ ٣٣٠/٧، الفتاوى الهندية جـ ١٣٦/٦، الحاوي جـ ٥٠/٩ - ٥١، مغني المحتاج جـ ١٦٨/٣، جواهر العقود للمنهاجي الأسيوطي جـ ١٢/٢، المغني جـ ٣٥٢/٧، الإنصاف جـ ٦٤/٨، كشاف القناع جـ ٥٨/٥ - ٥٩، مطالب أولى

تستفاد ولاية النكاح بالوصية فليس للوصي ولاية في النكاح سواء أوصى الأب بالإنكاح أو لا، لأنه إن لم ينص على الإنكاح فإن الوصي هنا يتصرف بالأمر ولا يعدو موضع الأمر كالوكيل وإن كان الميت قد نص له على التزويج فلا يصح لأنه أراد بالوصاية نقل ولاية الإنكماح إليه وهي لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت.

فإذا عين الموصِي [بالكسر] لوصيه رجلا ليزوجه ابنتاه فزوج الوصي

المرأة من ذلك الرجل في حياة الموصِي [بالكسر] فهو وكيل لا وصي وإن زوجها منه بعد موت الموصِي [بالكسر] فقد بطلت الوكالة بالموت وانتقلت الولاية للحاكم عند عدم القريب[1].

وحجتهم على ذلك:

١- وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [لا نكاح إلا بولي][2] وليس الوصي وليا.

٢- ما روى عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال زوجني خالي قدامة بن مظعون بابنه أخيه عثمان بن مظعون فمضى المغيرة إلى أمها وأرغبها في المال فمالت إليه وزهدت فيّ فأتى قدامة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال أنا عمها ووصى أبيها وما نقموا من ابن عمر إلا أنه لا مال له فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنها يتيمة ولا تزوج إلا بأذنها[3].

النهي جـ ٥/٧١ - ٧٢.

(١) المراجع السابقة.

(٢) سبق تخريج الحديث ص٤٠٩٧

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى جـ ٨/٣٤٩ حديث رقم (٣٥٩٢) وذكره أبو نعيم في

فرد نكاحه مع كونه وصيا من غير أن يسأل هل هي صغيرة أو كبيرة ولا هل عين الأب الزوج أم لا ؟

فدل على أن الوصي لا ولاية له لأن ولاية النكاح قد انتقلت بموت الأب إلى من يستحقها بنفسه من العصبات فصار الوصي موصا فيما غيره أحق به فكان مردود الوصية كما لو أوصى بالولاية على مال أولاده الصغار ولعم جدٌّ إلى غيره بطلت الوصية كذلك هنا[1]

٣- أنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة.

٤- ولاته لا ضرر على الموصَى [بالفتح] في تضييعها ووضعها عند مَنْ لا يكافئها إذ لا يلحقه عار في ذلك فلم تثبت له الولاية كالوصي

٥- أنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم[2]

المذهب الثاني: المالكية والحنابلة في المذهب[3]

أما المالكية فقد سبق[4] تفصيل قولهم جعل وصي الأب له ولاية التزويج كالأب فيما له فيه جبر.

=

معرفة الصحابة في ترجمة قدامه بن مظعون جـ ٣٦٣/٦ رقم (٥٢٠٢).

(١) الحاوي جـ ٥١/٩.

(٢) المغني لابن قدامه جـ ٣٥٢/٧.

(٣) بلغة السالك جـ ٢٢٥/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢٢٣/٢، الذخيرة للقرافي جـ ٢٣١/٤، مواهب الجليل للحطاب جـ ٥٤/٥، بداية المجتهد لابن رشد جـ ١٢/٢ - ١٣، المغني جـ ٣٥٢/٧، كشاف القناع جـ ٥٨/٥ - ٥٩، الإنصاف جـ ٦٤/٨.

(٤) عند الكلام لمن تثبت ولاية الإجبار ص٤٠٨٣

وقال الحنابلة وصي كل واحد من الأولياء في النكاح بمنزلته لقيامه مقامه فتستفاد الولاية بالوصية من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره فوصى كلٍ يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجبار فوصيه كذلك، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل.

حجتهم في ذلك:

١- قياس ولاية النكاح على الولاية على المال فلما جاز للأب أن يوصي بالولاية على مالها جاز أن يوصي بالولاية على نكاحها.

٢- لما جاز للأب أن يستنيب في حياته وكيلا جاز له أن يستنيب بعد موته وصيا[١] .

وذهب الإمام أحمد في رواية حكاها القاضي في الجامع الكبير واختارها عبد الله بن حامد قالوا إذا كان للموصِي عصبه فلا تنتقل الولاية بالوصاية إذا العصبة أولى لأنهم مهتمون بدفع العار عنهم أكثر من الولي وبطلب الكفء للمرأة ولأن وجود الوصي من العصبة يقضي بعدم انتقال الولاية إلى غيره كالوصي عملاً بحديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [لا نكاح إلا بولي] فإذا انعدم الولي من العصبة فأن الولاية تنتقل إلى الوصي الذي عينه الأب لأن الأب لكمال شفقته سيختار وصيا يحقق ما يرغب فيه عند تزويج بناته لو كان حيا[٢]

ولعل هذا الرأي الذي وفق بين الرأيين السابق هو الأقرب إلى الصواب والأرجح عندي والله أعلم.

---

(١) المغني جـ ٣٥٢/٧، الحاوي جـ ٥١/٩.

(٢) كشاف القناع جـ ٥٨/٥ - ٥٩، مطالب أولى النهي جـ ٧١/٥ - ٧٢، المغني جـ ٣٥٢/٧،

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمود وعلى آله وأصحابه والطيبين.

أما بعد...

فبعد هذه الإطلالة السريعة الموجزة على موضوع الولاية وأثرها في عقد النكاح نصل إلى ختام هذا البحث ونحن في قناعة على أن المرأة لها دور كبير في المجتمع وإن الإسلام وشريعته لم يهمل المرأة ويجعلها عالة على المجتمع بل أبرز مكانتها وحثها على أن تقوم بدورها في بيتها مع أولادها وفي مجتمعها، ومع هذا جعل الشرع لها أدواراً تقوم بها كدورها في رعاية أموالها وفي الولاية على أموالها وفي تقلدها لبعض أنواع الولايات الخاصة، ولأن النكاح من أخطر الأمور وأعلاها أثرا في الحياة فاشترط الشرع فيه شروطا خاصة، ومنع المرأة من الولاية فيه لما له من خطر، وجعل الولاية فيه للرجال صونا للمرأة من الابتذال وحفظا له من حضور محافل الرجال، وما يريد الإسلام من ذلك إلا أن يصون المرأة ويجعل أوليائها يشترطون لها وينظرون لها ويعرفون المالآت التي لا تعرفها المرأة في أكثر الأحيان نظرا لسرعة نظرها وتعجلها في بعض الأمور ونظرتها العاطفية التي لا تجعلها تتدبر في عواقب الأحوال، ومن أجاز من الفقهاء توليتها في النكاح اشترطوا أن تختار الكفء لها وأن تعقد بمهر أمثالها.

وإلا حُقَّ للأولياء الرفع لطلب الفسخ صونا لهم من أن يلحقهم العار بتزويج نفسها من غير الكفء وهذا كمله في البالغة العاقلة.

ولأن العصبة هم أقرب الناس للمرأة وأكملهم لها شفقة وأحرصهم على نفعها جعل الولاية لهم فأن عضل الأقرب نقلت إلى الأبعد وإلا نقلت إلى الحاكم حفظا لحق المرأة وألا يضيع حقها إذا اختارت الكفء الصالح لها.

إنها شريعة الإسلام الخالدة التي صانت الحقوق وراعت المصالح ودفعت المفاسد عن الناس قال تعالى ﴿ **لا تأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد** ﴾

وقال تعالى ﴿ **ما فرطنا ي الكتاب من شيء** ﴾

أما بعد...

فهذا جهد المقل وعمل المقصر فأن أكن قد وفقت فيما عرضت فهذا من فضل الله وكرمه وإن كانت الأخرى فهذا مني ومن الشيطان وحسبي نية صادقة وجهد مبذول.

ربنا لا تؤاخذنا إن نسيانا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا أصراً كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا وأغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين.

وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين..

أهم المراجع

١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم. ط دار الكتب العلمية بيروت.

٢ - الأشباه والنظائر للسيوطي. ط دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٠ م.

٣ - الأحكام السلطانية للإمام الماوردي. ط دار الحديث القاهرة.

٤ - الأحكام السطانية لأبي يعلي الفراء. ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٥ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري المتوفى ٩٢٦ هـ. ط دار الكتاب الإسلامي.

٦ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرادي الحنبلي. ط دار إحياء التراب العربي.

٧ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء قاسم بن عبد الله بن أمير على القونوي الحنفي. ط دار الكتب العلمية.

٨ - إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. ط دار المعرفة بيروت.

٩ - أصول الفقه عبد الوهاب خلاف. ط دار الحديث.

١٠ - الاختيار لتعليل المختار للموصلي. ط الحلبي.

١١ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع الخطيب الشربيني. ط دار الفكر.

١٢ - أحكام المعاملات الشرعية د. علي الخفيف. ط دار الفكر العربي.

١٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم. ط دار الكتاب الإسلامي

١٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني. ط دار الكتاب العربي.

١٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد. ط الحلبي.

١٦ - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي. ط دار المعارف.

١٧ - التعريفات للجرجاني. ط دار الكتب العلمية بيروت.

١٨ - تهذيب الأسماء واللغات للنووي. ط دار الكتب العلمية.

١٩ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي. المطبعة الكبرى الأميرية بولاق القاهرة.

٢٠ - تبصرة الحكام لابن فرحون. ط مكتبة الكليات الأزهرية.
٢١ - التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب ط دار الكتب العلمية
٢٢ - التوقيف على مهمات التعاريف الحداوي المناوي. ط عالم الكتب.
٢٣ - تحفة الودود بأحكام المولود لابن القيم. ط الريان للتراث.
٢٤ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ابن حجر العسقلاني. ط دار الكتب العلمية.
٢٥ - تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي. ط دار الكتب العلمية بيروت.
٢٦ - جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود شمس الدين محمود بن أحمد المنهاجي الأسيوطي. ط دار الكتب العلمية.
٢٧ - حاشية ابن عابدين المسماه رد المحتار على الدر المختار. ط بولاق
٢٨ - الحسبة لآل تيمية منشور على موقع وزارة الأوقاف السعودية.
٢٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي. ط دار الفكر.
٣٠ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير. ط دار الكتب العلمية.
٣١ - حواشي الشرواني على تحفة المحتاج. ط دا الفكر.
٣٢ - الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني للماوردي. ط دار الكتب العلمية بيروت.
٣٣ - حاشية الخرشي على مختصر خليل. ط دار الفكر .
٣٤ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني أبو الحسن الصعيد العدوي. ط دار الفكر.
٣٥ - حاشية الجمل المسمى فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب. ط دار الفكر.
٣٦ - الذخيرة للإمام القرافي. ط دار الغرب الإسلامي.
٣٧ - روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي. ط المكتب الإسلامي.
٣٨ - السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية. وزارة الشئون الإسلامية

والأوقاف والدعوة والإرشاد.
٣٩ - سنن الترمذي للإمام الترمذي. ط الحلبي.
٤٠ - سنن أبي داوود. ط حمص.
٤١ - سنن النسائي. ط المكتبة التجارية.
٤٢ - سنن ابن ماجه. ط الحلبي.
٤٣ - السنن الكبرى للبيهقي. ط دار الفكر.
٤٤ - سنن الدار قطني. ط دار المحاسن.
٤٥ - شرح حدود ابن عرفه للرصاع. ط المكتبة العلمية.
٤٦ - شرح فتح القدير كمال الدين بن الهمام. ط دار الفكر.
٤٧ - شرح منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي المسمى بدقائق أولى النهي لشرح المنتهى. ط عالم الكتب.
٤٨ - الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي. ط دار الفكر.
٤٩ - شرح النووي على مسلم. ط دار المنار.
٥٠ - شرح منهاج الطالبين لابن حجر الهيثمي. ط المكتبة التجارية.
٥١ - الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي. ط دار الكتاب العربي.
٥٢ - الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي. د دار المعارف.
٥٣ - شرح معاني الآثار للطحاوي. ط المحمدية.
٥٤ - صحيح الإمام مسلم. ط الحلبي.
٥٥ - صحيح الإمام البخاري المسمى الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه. ط دار طوق النجاة.
٥٦ - صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح بن حبان) ط مؤسسة الرسالة.
٥٧ - الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية. ط مكتبة دار البيان.
٥٨ - العناية شرح الهداية البابرتي. ط دار الفكر.
٥٩ - عون المعبود شرح سنن أبي داود محمد آبادي. ط دار الكتب العلمية.

٦٠ - غريب الحديث لابن قتيبة الدينوري. ط العاني بغداد.
٦١ - فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي. ط دار الفكر.
٦٢ - فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر الهيثمي. ط السلفية.
٦٣ - الفتاوى الهندية لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي. ط دار الفكر.
٦٤ - فقه السنة السيد سابق. ط دار الكتاب العربي.
٦٥ - الفروع لابن مفلح. ط مؤسسة الرسالة.
٦٦ - الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي. ط دار الفكر.
٦٧ - فتاوى قاضي خان بهامش الفتاوى الهندية. ط دار الفكر.
٦٨ - القوانين الفقهية لابن جزئ المالكي. ط دار القلم دمشق.
٦٩ - قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام. ط مكتبة الكليات الأزهرية.
٧٠ - القاموس المحيط للفيروز آبادي. ط مؤسسة الرسالة بيروت.
٧١ - القاموس الفقهي الدكتور سعيد أبو حبيب. ط دار الفكر دمشق.
٧٢ - كشاف القناع عن متن الإقناع منصور البهوتي. ط دار الكتب العلمية.
٧٣ - الكليات لأبي البقاء. ط دار الثقافة.
٧٤ - لسان العرب ابن منظور. ط دار صادر بيروت.
٧٥ - المغرب في غريب المعرب الخوارزمي. ط دار الكتاب العربي.
٧٦ - مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر لشيخي زاده. ط دار إحياء التراث العربي.
٧٧ - المبسوط للسرخسي. ط دار المعرفة بيروت.
٧٨ - مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي. ط المكتب الإسلامي.
٧٩ - مجموع فتاوى ابن تيمية. ط دار الكتب العلمية.
٨٠ - مقدمة ابن خلدون.
٨١ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي الحنفي. ط دار الفكر.

٨٢ – معجم الفقهاء محمد قلعجي. ط دار النفائس.
٨٣ – المغني لابن قدامه المقدسي. ط دار الفكر.
٨٤ – مغني المحتاج للخطيب الشربيني. ط دار الفكر.
٨٥ – المجموع شرح المنهاج للنووي. ط دار الفكر.
٨٦ – المدخل لابن الحاج. ط دار التراث.
٨٧ – مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب. ط دار الفكر.
٨٨ – المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي. ط دار الكتب العلمية.
٨٩ – المستدرك على الصحيحين للحاكم. ط دار الكتب العلمية.
٩٠ – مختار الصحاح للرازي. ط المكتبة العصرية.
٩١ – مسند الإمام أحمد. ط الميمنة.
٩٢ – المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي الحموي. ط المكتبة العلمية.
٩٣ – المعجم الكبير للطبراني. ط مكتبة ابن تيمية القاهرة.
٩٤ – مصنف عبد الرزاق. ط المجلس العلمي للهند.
٩٥ – المبدع في شرح المقنع لابن مفلح. ط دار الكتب العلمية بيروت.
٩٦ – المعجم الأوسط للطبراني. ط دار الجرمين القاهرة.
٩٧ – المنثور للزركشي. ط وزارة الأوقاف الكويتية.
٩٨ – موطأ الإمام مالك. ط مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية أبو ظبي.
٩٩ – النهاية في غريب الحديث والأثر ابن الأثير. ط المكتبة العلمية بيروت.،
١٠٠ – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين الرملي. ط دار الفكر بيروت.

Most important references

1- Al'ashbah walnazayir liabn najim, Ibn Nujim. I Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut.

2- Al'ashbah walnazayir lilsuyutii, Dar Alkutub Aleilmiat - First Edition in 1990

3- Al'ahkam Alsultaniat lil'imam Almawardi, Dar Alhadith, I, Dar Hadith Cairo.

4- Al-Ahkam Al-Sattaniyyah li Abi Yalei Al-Furra, I Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut Lebanon.

5- The Asnaa Almatalib fi Sharh Rawd Altaalib lil Sheikh Zakaria Al-Ansari, who died in 926 AH. I house the Islamic book.

6- Al'insaf fi Maerifat Alraajih min Alkhilaf lilmuradi alhanbali, Dar Eihya' Alturab Alarabi.

7- Anees Al-fuqaha fi Taerifat Al'alfaz Almutadawalat Bayn Alfuqaha', Qasim bin Abdullah bin Amir Ali al-Qunawi al-Hanafi. I Dar Alkotob Alelmiyh.

8- Ehya' Ulum Aldiyn, Abu Hamid Muhamed bin Muhamed Al-Ghazali Al-Tusi. I Dar Almaerifa,Beirut.

9- Usul al-Fiqh, Abd al-Wahhab Khallaf, I dar Hadith.

10- Alaikhtiar litaelil Almukhtar lilmusli, I Halabi.

11- Al'iqnae fi Hali Alfaz, Abu Shuja Al-Khatib Al-Sherbini. I Dar Alfekr.

12- Ahkam Almueamalat Alshareia, Dr. Ali Al-Khafif. I Dar Alfekr Alarabi.

13- The Albahr Alraayiq Sharh Kanz Aldaqayiq liabn Najim. Dar Alkitaab Al'islami.

14- Badaa'i al-Sanai'i fi Tartib Alsharayie Alkasanii. P, Dar Alkitaab Alarabi.

15- Bedayat Almujtahid wanihayat Almuqtasad liabn Rushd, by Ibn Rushd. P. Halabi.

16- Bilughat Alsaalik li'Aqrab Almasalik lilSawi. P, Dar Almaearif.

17- Altaerifat lilJirjani. Al-Jarjani. P, Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut.

18- Tahdhib Al'asma' wallughat lil Nawawi. P, Dar Alkutub Aleilmia.

19- Tabyin Alhaqayiq Sharh Kanz Aldaqayiq lil Ziylei. Almatbaeat Alkubra Al'amiriat, Bulaq, Cairo.

20- Tabsirat Alhukaam li Ibn Farhun. I Library of Al-Azhar Colleges.

21- Indoctrination in Altalqin fi Alfiqh Almalikyi li Al-Qadi Abd Alwahaab, P. Dar Alkutub Aleilmia

22- Altawqif ala Muhimaat Altaearif Alhaddawi Alminawi. P. Ealm Alkutub.

23- Tuhfat Al-Wadud bi'Ahkam Almawlud liabn Alqiam. P. Alrayaan lilturath.

24- Altalkhis Alhabir fi Takhrij 'Ahadith Alraafiei Alkabir Ibn Hajar Aleasqalanii. P. Dar Alkutub Aleilmia.

25- Tuhfat Al-Ahwadhi, Besharh Jami` Al-Tirmidhi. I Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut.

26- The Jawahir Aleuqud wamuein Alqudat walmawaqiein walshuhud Shams Aldiyn Mahmud Bin 'Ahmad Alminhaji Al'asyutiu. P. Dar Alkutub Aleilmia.

27- Hashiat Abn Abidin Almusamaah Rad Almuhtar Ala Aldur almukhtar. P. Bulaq.

28- Al-Hisbah by Al-Taymiyyah, published on the Saudi Ministry of Endowments website.

29- Hashiat Aldasuqi Ala Alsharh Alkabir lil Dasuqi. P. Dar Alfikr.

30- Hashiat Al-Sawy Ala Alsharh AsSaghair. P. Dar Alkutob Almiyah.

31- Hawashi Alsharawani Ala Tuhfat Almuhtaj. P. Dar Alfikr.

32- Al-Hawi Al-Kabeer ala Fiqh Al-Imam Al-Shafi'i, Besharh Mukhtasar Al-Muzni, Al-Mawardi. P. Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut.

33- Hashiat Al-Khurshi Ala Mukhtasar Khalil, p. Dar Alfikr.

34- Hashiat Aleadawi Ala Kifayat Altaalib Alrabaani, Abu Alhasan Alsaeid Aleadawi. P. Dar Alfikr.

35- Hashiat Aljamal Almusamaa Futuhat Alwahaab Bitawdih Sharh Manhaj Altulaab. P. Dar Alfikr.

36- Aldhakhirat lil'Iimam Alqurafii. P. Dar Algharb Alislami.

37 -Rawdat Altaalibin wa Umdat Almufatin lil Nawawi. P. Almaktab Alislam.

38- Alsiyasat Alshareiat Fi Eslah Alraei walraeiat, Ibn Taymia. P. Wizarat Alshuyuwn Alislamiat Wal'Awqaf Waldaewat Wal'irshad.

39- Sunan Al-Tirmidhi, Imam Al-Tirmidhi. P. Alhalabi.

40- Sunan Abi Dawood. P. Hims.

41. Sunan An-Nisa'I, P. Almaktabat Altijaria.

42- Sunan Ibn Majah. P. Alhalabi.

43 Al-Sunan Al-Kubra, Al-Bayhaqi, P. Dar Alfikr.

44- Sunan Al-Dar Qatni. P. Dar Al-mahasin.

45- Sharh Hudud Ebn Arfah lilrisae, P. Almaktabat Aleilmia.

46- Sharh Fath Alqadir, Kamal Aldiyn Ebn Alhumam, P. Dar Alfikr.

47- Sharah Muntaha Al'iradat lil Bahuti Alhanbalii named Daqayiq 'uwla AlnahI lisharh Almuntaha. P. Alam Alkutub.

48- Alsharh Alkabir lil Dirdir Bihamish Hashiat Aldasuqi, P. Dar Alfikr.

49- Sharh Alnawawi Ala Muslim, P. Dar Almanar.

50- Sharh Minhaj Al-Talibin, Ibn Hajar Al-Haythami, P. Almaktabat Altijaria.

51- The Alsharh Alkabir li Ebn Qudamat Almaqdasi, P. Dar Alkitaab Alarabi.

52-. Alsharh Alsaghir Bihamish Hashiat Alsawi, P. Dar Almaearif.

53- Sharh Maeani Alathar li Tahawi, P. Almuhamadia.

54- Sahih Al-Imam Muslim, P. Alhalabi.

55- Sahih Al-Imam al-Bukhari named Al-Jami Al-Musnad Al-Sahih Al-Mukhtasar min 'Umur Rasul Allah Wasunanih Wa'ayaamih, P. Dar Tawq Alnaja.

56- Sahih Ibn Hibban (Alihsan fi taqrib Sahih Ebn Hibaan) P. Muasasat Alrisala.

57- Alturuq Alhakmiat li Ebn Alqiam Aljawzia, P. Maktabat Dar Albayan.

58- Aleinayat Sharh Alhidayat Albabirati, P. Dar Alfikr.

59- Awn al-Ma'bood Sharh Sunan Abi Dawood, Muhamed Abadi, P. Dar Alkutub Alalmia.

60 -Gharib al-Hadith, Ibn Qutaybah al-Dinuri, p. Alani Baghdad.

61- Fath Al-Aziz, Sharh Al-Wajeez, Al-Rafei, P. Dar Alfikr.

62- Fath al-Bari Sharh Sahih al-Bukhari, Ibn Hajar Al-Haythami, P. Alsalafia.

63- Al-Fatwa Al-Hindia, a committee of scholars headed by Nizamuddin Al-Balkhi, P. Dar Alfikr.

64- Fiqh Al-Sunnah, alsayid sabiq, p. Dar Alkitaab Alarabi.

65- Alfurue li Abn Muflih, P. Muasasat Alrisala.

66- Al-Fawkeh Al-Dawani, Sharh Risalat Ibn Abi Zayd Al-Qayrawani, Nafrawi, P. Dar Alfikr.

67 -Fatwa Al-Qadi Khan bihamish Alfatawaa Alhindia, P. Dar Alfikr.

68- Alqawanin Alfiqhiat li Ebn Juzy Almaliki, P. Dar Al-Qalam.

69- Qawaeid Al-Ahkam lil eizi Ebn Abd Alsalam P. Maktabat Alkuliyat Al-azharia.

70- Al-Qamoos Al Muhtiyat, Fayrouz Abadi, p. Al-Resala Foundation, bayrut.

71- Alqamus Alfiqhi, Dr. Saeid Abu Habib, P. Dar Alfikr Dimashq.

72- Kashaf Alqinae Un Matn Al-iqnae, Mansur Albahuti, P. Dar Alkutub Aleilmia.

73- Alkuliyaat li Abi Albaqa, P. Dar Althaqafa.

74- Lisan Alarab, Ebn Manzur, P. Dar Sadir, bayrut.

75- Almaghrib fi Gharayb Almuearib, Alkhawarizmi, P. Dar Alkitaab Alarabi.

76- Majmae Al'anhur fi Multaqaa Al'abhar, Shaykhi Zadah, P. Dar Ehya' Alturath Alarabi.

77 - Al-Mabsot, Sarukhsi, P. Dar Almaerifat, Bayrut.

78- Matalib Uwla Alnahi fi Sharh Ghayat Almuntaha, Mustafa Alsuyuti Alrahibani Alhanbali, P. Almaktab Alislami.

79- Majmoo 'Fatwas Ibn Taymiyyah, P. Dar Alkutub Alalmia.

80- muqadimat Ebn Khaldun.

81- Mueayn Alhukam fima Yataradad Bayn Alkhasmayn Min Alahkam Ala Aldiyn Altarabulsi Alhanafii, P. Dar Alfikr.

82- Muejam Alfuqaha', Muhamed Qaleaji, P. Dar Alnafayis.

83- Al-Mughni, Ibn Qudaamah Al-Maqdisi, P. Dar Alfikr.

84- Mughni al-Muhtaj, Al-Khatib Al-Sherbini, P. Dar Alfikr.

85- Almajmue Sharh Alminhaj, Alnawawi, P. Dar Alfikr.

86- Almadkhal, Ibn Hajj, P. Dar Alturath.

87- Mawahib Aljalil fi Sharh Mukhtasar Khalil, Hattab, P. Dar Alfikr.

88- Al-Muhadhab fi Fiqh Imam Al-Shafi'I, Al-Shirazi, p. Dar Alkutub Aleilmia.

89- Al-Mustadrak Ala Al-Sahihain, Al-Hakim. p. Dar Alkutub Aleilmia.

90- Mukhtar As-Sahah, Razi, P. Almaktabat Alassria.

91- Musnad Imam Ahmed, P. Almaymana.

92- Almisbah Almunir fi Gharib Alsharh Alkabir, Alfayumi Alhamawi, P. Almaktabat Aleilmia.

93- Almuejam Alkabir, Al-Tabarani, maktabat Ebn Taymiat, Alqahira.

94. Musanaf Abd Alrazaaq, P. Almajlis Aleilmi India.

95-Almubdie fi Sharh Almuqanae, Ebn Muflih, Dar Alkutub Aleilmiat Bayrut.

96- Al-Muejam Alawsat, Tabarani, P. Dar Al-Hirmin, Cairo.

97- Al-Manthur, Al-Zirkashi, p. Wizarat Al'Awqaf Alkuaytia.

98- Muwatta 'of Imam Malik, P. Zayed Bin Sultan lil'Aemal Alkhayriat Abu Zabi.

99- Alnihayat fi Gharayb Alhadith Wal'athar, Abn Al'uthir, P. Dar Alfik, Beirut.

100- Nihayat Almuhtaj Le Sharh Alminhaj, Shams Aldiyn Alramli, P. Dar Al Fikr Beirut.

فهـرس الموضوعات

الموضـــــــوع **الصفحة**

المقدمة ٤٠٣٥
الفصل الأول ٤٠٣٨
المبحث الأول: تعريف الولاية ٤٠٣٨
المبحث الثاني: حكم الولاية ٤٠٤٢
المبحث الثالث: أنواع الولاية ٤٠٤٦
المطلب الأول: الولاية العامة ٤٠٤٦
المطلب الثاني: الولاية الخاصة ٤٠٤٩
أقسام الولاية الخاصة ٤٠٥٠
الولاية على المال ٤٠٥١
الولاية على النفس ٤٠٥٣
الفصل الثاني: ولاية التزويج ٤٠٦١
المبحث الأول: أسباب الولاية في النكاح ٤٠٦١
المبحث الثاني: أقسام الولاية في النكاح ٤٠٦٤
المطلب الأول: ولاية الإجبار ٤٠٦٤
المطلب الثاني: ولاية المشاركة والندب ٤٠٨٧
المبحث الثالث: ولاية المرأة في النكاح ٤٠٩٢
المبحث الرابع: شروط الولي في النكاح ٤١١٢
المبحث الخامس: ترتيب الأولياء في النكاح ٤١٢٣
مسألة: عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب ٤١٢٩
المبحث السادس: تحول الولاية من الأقرب إلى غيره ٤١٣٥
مسألة: تزويج وليين لأكثر من رجل ٤١٤٨
الفصل الثالث: الوكالة والوصاية في عقد النكاح ٤١٥٢

المبحث الأول: الوكالة في عقد النكاح ٤١٥٢
المبحث الثاني: الوصي في النكاح ٤١٥٩
الخاتمة..... ٤١٦٣
المراجع..... ٤١٦٥
الفهرس ٤١٧٥