ولاية النكاح وأحكامها في الشريعة الإسلامية

دراسة فقهية مقارنة

الدكتور

عبد العظيم عبد الحميد خير الله

مدرس الفقه بكلية الدارسات الإسلامية والعربية

للبنين بالقاهرة- جامعة الأزهر

١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م

المقدمة

الحمد لله العظيم من غير عدد الباقى من غير مدد، المنزه عن الصاحبة والولد، تعالى علوًا كبيرًا عما يقوله من عَنَّد وجحد.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الواحد الأحد، الفرد الصمد، الذى لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوًا أحد.

وأشهد أن سيدنا محمد عبد الله ورسوله، اللهم فصل وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه صلاة دائمة إلى الأبد.

وبعد:

فإن علم الفقه من أرفع علوم الشريعة قدرًا، وأرفعها منزلة؛ إذ به تنضبط الأحكام، ويُعرف الحلال من الحرام.

ومن مباحثه المهمة وموضوعاته الدقيقة، موضوع الولاية، خصوصًا ولاية النكاح، لما لهذا العقد من أثره وخطره على الأمة والمجتمع، وتعلقه بالأسرة؛ فالأسرة هى اللبنة الأولى فى بناء المجتمع، والركيزة الأساسية التى يقوم عليها صرحه المتين، وعلى مدى قوة تماسكها تتوقف البنية الاجتماعية برمتها فى منعتها وسلامتها وفاعليتها وقدرتها على الاستقرار والعطاء والصمود فى وجه هجمات المغرضين، وسهام المرجفين.

وإذا كانت الأسرة دعامة الأمة، فإن الزواج عماد الأسرة، به تنشأ وتتكون، وفى مهاده تحبو وتتطور، ومن غذائه الروحى والمادى تنمو وتتهذب، ومن دوحته الباسقة تتفتح براعم سلالة جديدة من البنين والبنات تدرج فى المهد حينًا، ثم تخرج إلى الحياة رويدًا لتؤدى رسالتها، وتتحمل مسئوليتها، وتأخذ نوبتها فى طريق الأبناء والأجداد، ومن هذه البراعم الناشئة تتفرع أواصر القرابة والرحم، وتمتد هنا وهناك لتظلل برواقها مجتمعًا فسيح الجوانب، متشابك المصالح.

ولما كان لموضوع الولاية والنكاح من الأهمية القصوى رغبت أن أكتب فيه بحثًا لطيف المعنى، وجيز اللفظ، دقيق الترتيب، جعلته بعنوان: "ولاية النكاح وأحكامها فى الشريعة الإسلامية" دراسة فقهية مقارنة طوفت فيه فى كتب التراث الإسلامى العظيم، واستخرجت الموضوع من بطونها متوخيًا السهولة والوضوح، وعرض المسائل بأسلوب سلس بليغ، يلج القلب والفهم سريعًا.

وعرضت المسائل عرضًا مقارنًا بموضوعية وحيادية، مبينًا لكل مذهب أو اتجاه فقهى ماله وما عليه، وما رجحته أيدته بالدليل.

وقد وقع البحث متضمنًا مقدمة وأربعة فصول وخاتمة على النحو الآتى:

الفصل الأول: تعريف الولاية لغة وشرعًا، وبيان وجهة نظر الفقهاء فى ثبتوتها على المولى عليه.

الفصل الثانى: شروط الولاية – ترتيب الأولياء – انتقال الولاية إلى القاضى – غيبة الولى.

الفصل الثالث: أنواع الولاية فى النكاح وبيان وجهة نظر الفقهاء فى هذه المسألة.

الفصل الرابع: لمن تثبت الولاية وعلى من تثبت.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لمن تثبت ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد.

المسألة الثانية: العلة فى ولاية الإجبار.

المسألة الثالثة: على من تثبت ولاية الحتم والإيجاب.

المسألة الرابعة: ولاية الندب والاستحباب.

المسألة الخامسة: آراء الفقهاء وأدلتهم فى انفراد البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها.

الخاتمة وفيها تسجيل أهم نتائج البحث.

وهذا جهدى وهو عمل المقل، وأسأل الناظر فيه أن ينظر إليه بعين الرضا والإنصاف لا بعين السخط والاعتساف، فما ألقاه من صواب فهو من فيض الكريم الوهاب، وما ألقاه من

خطأ فهو من فهمى الفاتر، وعقلى القاصر، وليس معصومًا من البشر أحد إلا الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

والله أسأل أن ينفع به كل من تلقاه بقلب سليم، وأن يجعله فى ميزان حسناتى يوم اللقاء.

د/ عبد العظيم عبد الحميد خير الله

مدرس الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية

جامعة الأزهر الشريف بالقاهرة

رمضان ١٤٣٠هـ- سبتمبر ٢٠٠٩م

الفصل الأول

تعريف الولاية لغة وشرعًا وبيان وجهة نظر الفقهاء فى ثبوتها على المولى عليه

والولاية لغة:

الولاية: بفتح الواو وكسرها – معناها: القيام بأمر الغير والنصرة له. فالولى: هو القائم بأمر غيره والناصر له[١].

وهى مصدر وليه يليه وولى عليه أى قائم بأمره ونصره، جاء فى المصباح المنير: "الولاية بالفتح والكسر النصرة، والمولى الناصر، والوليُّ فعيل بمعنى فاعل من وليه إذا قام به"[٢].

وجاء فى "المعجم الوسيط": "وليه يليه ولاية ملك أمره وقام به – ووَلِى فلانًا، ووُلِّى عليه – أى نصره"[٣].

وعلى هذا فالولاية هى أن يقوم شخص بأمر شخص آخر ويرعى له شئونه وينصره[٤].

تعريف الولاية شرعًا:

عرف الفقهاء الولاية بعدة تعريفات مختلفة الألفاظ متقاربة المعانى، أحسنها ما جاء فى شرح العناية على الهداية للبابرتى وهو أنها: "نفاذ القول على الغير شاء أو أبى"[٥].

---

(١) أساس البلاغة للزمخشرى: ص (٥٠٩)، المصباح المنير للفيومى ص (٣٤٦)، المعجم الوسيط: (١١٠١/٢)، القاموس المحيط للفيروزآبادى ص (٤٠٦).

(٢) المصباح المنير ص (٣٤٦).

(٣) المعجم الوسيط (١١٠١/٢).

(٤) لسان العرب لابن منظور: ٤٢١/٧)، المصباح المنير ص (٣٤٦).

(٥) شرح العناية على الهداية للإمام البابرتى (٣٥٢/٢)، مجمع الأنهر (٣٣٢/١)، المقنع (١٨/٣) وما بعدها، القاموس الفقهى ص (٣٩٠)

وإذا نظرنا إلى تعريفات الفقهاء بدقة وعناية نلاحظ أن ثمة علاقة بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى: إذ أن الفقهاء تقريبًا أخذوا تعريفاتهم من المعنى اللغوى والمعنى الشرعى؛ إذ أن الفقهاء تقريبًا أخذوا تعريفاتهم من المعنى اللغوى، فنفاذ القول على الغير الذى هو المعنى الشرعى للولاية، معناه القيام بأمر الغير والنصرة له الذى هو المعنى اللغوى، وهذا هو المطلوب فى البحوث العلمية أن تكون ثمة علاقة وشيجة بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى أو الاصطلاحى للفظ المراد تعريفه بالحد أو الرسم(١).

وجهة نظر الفقهاء فى ثبوت الولاية على المولى عليه:

بالنظر والتدقيق فى تعريف الولاية السابق، وما كتبه الفقهاء حوله من أبحاث شريفة وتحقيقات منيفة، نلاحظ أن الفقهاء قرروا أن الشخص البالغ العاقل الرشيد لا ولاية لأحد عليه من حيث التصرف، وإنما هذا الشخص هو الذى يتولى أمور نفسه ويقوم بشئونه؛ لأن الإنسان متى كان سديد النظر، كامل الرأى كان نظره فى شئون نفسه أنفع وأحسَن من نظر غيره فيها.

أما إذا كان الشخص غير رشيد بأن كان عاقلاً لكنه سفيه يتلف ماله ويضيعه فيما لا فائدة فيه ولا مصلحة؛ فإن الإمام أبا

---

(١) راجع: علم المنطق، د. أحمد سيد رمضان ص (١٦٣) وما بعدها. ٩١٦

حنيفة – رحمه الله – يقول بجواز أن يتولى أمور نفسه وعدم الحجر عليه متى بلغ خمسًا وعشرين سنة.

واستدل أبو حنيفة على وجهة نظره هذه بدليل عقلى، حاصله: أن فى سلب ولايته إهدارًا لآدميته، وتعديًا على إنسانيته وإلحاقه بما لا عقل له كالبهائم ونحوها، وهذا أشد ضررًا من التبذير والإتلاف الذى يقوم هو به، والقاعدة: لا يُزال الضرر بضرر أكبر منه.

وخالفه الصاحبان – أبو يوسف ومحمد – فإنهما يريان سلب الولاية عنه ولزوم الحجر عليه بالنسبة للتصرف فى ماله، ووافقهما الشافعى – رحمه الله – فى ذلك.

واستدلوا بأن هذا الشخص يعتبر مبذرًا لماله ينفقه على غير الوجه الذى يقتضيه العقل ويقره الشرع، فيحجر عليه، قياسًا على الصبى؛ بل إن الحجر على هذا السفيه أولى وأجدر؛ لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير، أما الثابت فى حق هذا السفيه فحقيقة التبذير وإذا ثبتت حقيقة التبذير فى حق السفيه حجر عليه، ومنع من التصرف فى ماله، وبالتالى لا ولاية له عليه[1].

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدى للميرغينانى (٢٨٢/٣)، العناية على الهداية (٣٥٣/٢)، فتح القدير للكمال بن الهمام (٣٥٣/٢).

وإذا كان الشخص غير عاقل بأن كان مجنونًا أو معتوهًا – صغيرًا كان أو كبيرًا – فاتفق الفقهاء على سلب ولايته، ولزوم الحجر عليه، ويتولى أموره شخص آخر؛ لأن هذا المجنون أو المعتوه عاجز عن النظر فيما ينفعه ويحقق مصلحته، وإذا كان ذلك كذلك، فلا ولاية له.

وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط، وتارة تكون له الولاية على المال فقط، وتارة تكون له الولاية عليهما.

فالذى تثبت له الولاية عليهما هو الأب، والجد، والقاضى، ومما هو مقرر ومعروف أن هؤلاء ليسوا فى درجة واحدة.

وأما من تثبت لهم الولاية على النفس فقط فهم سائر الأقارب والعصبيات النسبية أولاً، ومن بعد هؤلاء تكون الولاية للعاصب السببى ثم لعصبيته على ترتيب الإرث، ومن بعدهم الأقارب غير العصبات، ومن بعدهم مولى المولاة، ثم بعد ذلك القاضى الذى كتب له ذلك فى منشور توليته، وهذا هو الذى عليه العمل الآن فى قانون الأحوال الشخصية[1]، وسيأتى تفصيل هذا – قريبًا – عند الكلام على ترتيب الأولياء.

---

(١) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ زيد (١٦/٢) وما بعدها ط. مكتبة النهضة – بيروت وبغداد.

الفصل الثانى

فى

شروط الولاية – ترتيب الأولياء –

انتقال الولاية إلى القاضى –

غيبة الولى

شروط الولاية:

للولاية شروط كثيرة منها ما هو متفق عليه، ومنها ما مختلف فيه، وإليك الكلام عن ذلك محققًا منقحًا بإيجاز.

شروط الولاية المتفق عليها:

اتفق الفقهاء على أنه لابد من أن يتوفر فى الولاية شرطان: أحدهما: الإسلام، وثانيهما: الذكورة.

وعلى هذا فلا ولاية لكافر، ولا أنثى[1].

شروط الولاية المختلف فيها:

اختلف الفقهاء فى اشتراط ما يلى فى الولاية:

(١) البلوغ. (٢) الحرية.

(٣) العدالة. (٤) الرشد.

آراء الفقهاء فى اشتراط البلوغ:

اختلف الفقهاء فى اشتراط البلوغ فى الولاية على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البلوغ شرط فى الولاية، وعليه فلا ولاية لصبى مطلقًا. وبه قال الثورى، وإسحاق بن راهويه، وابن المنذر، وأبو ثور، والإمام أحمد فى رواية اختارها أبو بكر من أصحابه ورجحها.

---

(١) راجع شروط الولاية فى: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٨/٢)، المغنى والشرح الكبير: (٣٥٥/٧-٣٥٦)، نهاية المحتاج للرملى (١٨١/٥)، الهداية (٩٩/١)، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى (٢٣٩/٢)، حاشية الشرقاوى فى شرح التحرير (٢٣٠/٢).

المذهب الثاني: ذهب الإمام أحمد فى رواية أخرى عنه أن البلوغ ليس شرطًا فى الولاية، بل يجوز أن يكون الصبى وليًا إذا بلغ عشر سنين.

وعلى هذا يجوز للصبى أن يزوج، ويتزوج، ويطلق، وتجوز وكالته فى الطلاق والعتاق ونحو ذلك[1].

الأدلة:

أدلة الجمهور: استدل الجمهور بدليل عقلى حاصله: أن الصبى مولى عليه بسبب قصوره عن النظر فى أموره فيما ينفعه ويحقق له المصلحة، وإذا كان قاصرًا عن النظر فى حق نفسه وما ينفعه هو، فيكون قاصرًا عن النظر فى حق غيره من باب أولى؛ لأن الولاية يصير لها كمال الحال؛ لأنها تتقيد بالتصرف فى حق الغير، وإذا كان ذلك كذلك فلا ولاية لصبى مطلقًا، قياسًا على المرأة، بجامع القصور، وعدم كمال الحال فى كل منهما[2].

دليل الإمام أحمد:

استدل الإمام أحمد بأن الصبى تصح وصيته فى الطلاق، ويصح وقفه، وبيعه، وشراؤه، إذا بلغ عشر سنين؛ لأنه مميز، فتثبت له الولاية، شأنه شأن البالغ(إذ لا فرق[3].

---

(١) المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٧).

(٢) نهاية المحتاج (٨/٢)، المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٧-٣٥٦).

(٣) المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٧).

الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لقوة دليلهم، ولعدم كمال النظر فى تصرف الصبى.

آراء الفقهاء فى اشتراط الحرية:

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحرية شرط فى الولاية، وعلى هذا فلا ولاية للعبد.

المذهب الثانى: ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الحرية فى الولاية، بل يجوز للعبد أن يكون وليًا[1].

الأدلة:

دليل الجمهور: استدل الجمهور بدليل عقلى حاصله: أن العبد لا ولاية له على نفسه لقصوره: إذ أنه ملك لسيده، وتصرفاته ملك لسيده، وإذا لم تثبت له الولاية على نفسه فلا تثبت له على غيره من باب أولى[2].

دليل الحنفية: أن العبد تثبت له الولاية فى بعض الحالات، كأن يتولى تزويج المرأة بإذنها، أو يأذن له سيده بالتصرف، وعلى هذا يجوز أن يكون وليًا بناء على أن المرأة يجوز لها أن تزوج نفسها[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/٢٣٩).

(٢) المغنى والشرح الكبير (٧/٣٥٦) وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع (٢/٢٣٩).

مناقشة الحنفية: ويمكن الرد على الحنفية فى هذا بأن العبد وإن تصرف بإذن سيده، أو تزوج المرأة بإذنها: فإن تصرفه لا يزال قاصرًا، ولم يثبت له كمال الحال، والولاية يعتبر فيها كمال الحال لتحقيق المصلحة والمنفعة للمولى عليه(١).

الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء قياسًا على الصبى والمرأة؛ لعدم كمال الحال، وقصور النظر فى الجميع.

آراء الفقهاء فى اشتراط العدالة:

اختلف الفقهاء فى اشترط العدالة فى الولاية على مذهبين:

المذهب الأول: وهو للمالكية فى غير المشهور، والشافعى فى أحد قوليه، وبعض الحنابلة أن العدالة شرط فى الولاية، وعليه فلا ولاية لفاسق.

المذهب الثانى: ذهب الإمام مالك فى المشهور عنه، وأبو حنيفة، والشافعى فى قوله الثانى، والإمام أحمد فى رواية نقلها عنه مثنى بن جامع، وهى ظاهر كلام الخرقى، إلى أن العدالة ليست شرطًا، ويتولى الفاسق(٢).

---

(١) المغنى والشرح الكبير (٣٥٦/٧).

(٢) المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٧، ٣٥٦)، بدائع الصنائع (٢٣٩/٢)، الذخيرة للإمام القرافى (٤٠٨/٤)، المعونة (٤٩٠/١)، روضة الطالبين (٦٤/٧).

الأدلة:

أدلة المذهب الأول: استدل أصحاب هذا المذهب بدليل من السنة... وهو ما روى أن النبى ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولى مرشد"[١].

وجه الدلالة من الحديث: أنه نص صريح بأن الولى يجب أن يكون رشيدًا، والفاسق ليس برشيد، فيخرج بنص الحديث؛ لأن المرشد بمعنى الرشيد، كالمصلح بمعنى الصالح[٢].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث: يجاب عن الاستدلال بهذا الحديث بأن هذا الحديث لم يثبت بدون الزيادة فكيف يثبت مع الزيادة؟، ولو فرضنا بثبوته، فإننا نقول بموجبه، الفاسق مرشد: لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد وهى العقل[٣].

أدلة المذهب الثانى: استدل أصاب هذا المذهب بالكتاب، والإجماع، والمعقول.

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٢٢٢/٣) وقال الزيلعى: هذا الحديث رجاله ثقات إلا أنه المحفوظ من قول ابن عباس، وقد أخرجه من قول ابن عباس: البيهقى فى السنن الكبرى (١٢٤/٧)، ومسند عبد الرزاق (١٩٨/٦)، ومسند الشافعى (٤٤٨/٢).

(٢) الحاوى الكبير للإمام الماوردى (٦١/٩).

(٣) المغنى (٣٥٦/٧).

دليل الكتاب:

استدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى – خاطب الآباء بتزويج الأيامى من النساء، ولم يفرق بين العادل والفاسق؛ إذ لفظ الآباء يتناولهما على السواء، وليس ثمة دليل على خروج الفاسق[2].

دليل الإجماع: إجماع الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا عامتهم وخاصتهم على تزويج بناتهم من غير نكير من أحد، ومن غير فرق بين العادل والفاسق، أو إبطال تزويج الفاسق، وإمضاء تزويج العادل[3].

دليل المعقول: أن الفاسق من أهل الولاية على غيره كالعادل، ولهذا تقبل شهادته، فتجوز ولايته قياسًا على قبول شهادته[4].

الراجح: هو القول الأول القائل باشتراط العدالة؛ لأن الولاية قائمة على حسن التصرف والنظر، فلا يستبد بها الفاسق.

---

(١) من الآية رقم (٣٢) سورة النور.

(٢) المغنى والشرح الكبير (٣٥٧/٧)، بدائع الصنائع (٢٣٩/٢).

(٣) الحاوى الكبير (٦١/٩)، نهاية المحتاج (٨/٢).

(٤) المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٧-٣٥٦)، بدائع الصنائع (٢٣٩/٢)، نهاية المحتاج (٨/٢).

آراء الفقهاء فى اشتراط الرشد: اختلف الفقهاء فى اشتراط الرشد فى الولاية على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب مالك والشافعى إلى أن الرشد شرط فى الولاية، وعليه فلا ولاية لغير رشيد، كسفيه ونحوه[١].

المذهب الثانى: ذهب أبو حنيفة، إلى أن الرشد ليس شرطًا فى الولاية، بل يجوز أن يكون السفيه وليًا، وهو المشهور عند أكثر أصحاب مالك[٢].

والراجح: اشتراط الرشد، لعدم كمال حال السفيه فى النظر والتصرف فى أمور غيره[٣].

وبناء على ما سبق ذكره وتقريره تنضبط الولاية، ويتم تحقيق مصلحة الغير والقيام بأمره، وتحصيل المنافع والأغراض له، عند تولى أمره، والقيام بشئونه.

---

(١) الذخيرة (٤/٤٧)، الحاوى الكبير (٩/٦٤).

(٢) تبيين الحقائق (٢/١١٧)، الذخيرة (٤/٤٧).

(٣) المغنى (٧/٣٥٦).

ترتيب الأولياء وانتقال الولاية إلى السلطان

اتفق الفقهاء فى الجملة على أن الولاية فى النكاح للعصبات النسبية من الذكور على حسب ترتيبهم فى الميراث مع اختلاف بينهم فى الترتيب:

فذهب الحنفية إلى أن الترتيب بينهم كالتالى:

(١) الابن وإن نزل. (٢) الأب وإن علا.

(٣) الأخ الشقيق. (٤) الأخ لأب.

(٥) ابن الأخ الشقيق. (٦) ابن الأخ لأب.

(٧) العم الشقيق. (٨) العم لأب.

(٩) ابن العم الشقيق. (١٠) ابن العم لأب.

مع ملاحظة أن الأقرب يحجب الأبعد[١].

وذهب المالكية: إلى أن الأحق بالولاية الابن وابنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة وأبناؤهم وإن نزلوا، وفى رواية عن مالك: إن الأب أولى من الابن[٢].

وذهب الشافعية: إلى أن الولاية معتبرة بالتعصيب، وهى مرتبة عندهم كالتالى:

---

(١) الهداية (٢/٢٣٩)، شرح فتح القدير (٣/١٧٥) وما بعدها.

(٢) الذخيرة (٤/٤٩)، حاشية الخرشى (٤/١٥١، ١٥٢)، مواهب الجليل (٥/٥٧) وما بعدها، حاشية الدسوقى (٣/٢٠) وما بعدها.

١- الأب. ٢- الجد العصبى وإن علا.

٣- الأخ الشقيق. ٤- الأخ للأب.

وهل يقدم الشقيق على الأخ لأب؟ عندهم فى ذلك قولان:

أحدهما: أنهما سواء، وهذا قوله فى القديم.

والثانى: يقدم الشقيق على الأخ لأب، وهو قوله فى الجديد.

٥- ابن الأخ الشقيق.

٦- ابن الأخ لأب. وهما على القولين السابقين فى الإخوة.

٧- الأعمام.

٨- بنو الأعمام سواء كانوا الأعمام للأب أو للجد.

أما الابن فلا ولاية له عند الشافعية على نكاح أمه إلا أن يكون عصبة لها[1].

وذهب الحنابلة: إلى أن الولاية للعصبات وترتيبهم كالتالى:

١- الأب. ٢- الجد العصبى وإن علا.

٣- الابن وابنه وإن نزل. ٤- الأخ الشقيق.

٥- الأخ لأب. ٦- أولادهم وإن سفلوا.

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٩٢) وما بعدها، حاشيتا قليوبى وعميرة (٣/٢٢٤)، مغنى المحتاج (٣/١٥١) وما بعدها.

٧- العمومة. ٨- أولادهم وإن سفلوا.

٩- عمومة الأب، وهكذا[١].

ويلاحظ أن الفقهاء متفقون فى الجملة على أن الولاية إلى العصبات وإن اختلفوا فى ترتيبهم وذلك استنادًا إلى قوله عليه الصلاة والسلام: "**ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجهن إلا من الأكفاء**"[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النكاح منوط بالعصبات؛ وذلك لأن مغبة عقد الزواج وتبعاته لا تعود فقط على العاقدين، وإنما يعود ذلك على الأسرة كاملة، فينال الأسرة بسببه شيء من العار أو الفخار، فيكون لهؤلاء العصبات حق زواج القاصر؛ إذ هم قوم الزوجين؛ لأنهم يعيرون بعدم الكفاءة، فيدعوهم ذلك إلى عدم مصاهرة غير الكفء، وذلك لا يتحقق فى ذوى الأرحام؛ لانتسابهم إلى قبيلة أخرى[٣].

---

(١) المغنى والشرح الكبير (٣٤٦/٧) وما بعدها، غاية المنتهى (١٨/٣، ١٩)، المقنع (١٩/٣، ٢٠).

(٢) أخرجه الدارقطنى. كتاب: النكاح ص (٣٩٢)، وابن حبان. باب: الهدى، والبيهقى فى السنن الكبرى (١٣٣/٧).

(٣) المبسوط للسرخسى (٢١٣/٤).

وهذا كله إذا كان للمرأة عصبة فإن لم يكن لها عصبة انتقلت الولاية إلى الولى المعتق وعصبته، فإن لم يكن ثم وليًا معتقًا انتقلت الولاية إلى السلطان عند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف فى الأشهر عنه ورواية عن أبى حنيفة[1].

وذهب أبو حنيفة، وأبو يسوف فى رواية عنه إلى أن الولاية تنتقل إلى أولى الأرحام، وهم مرتبون عنده الترتيب التالى:

الأم، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأولاد لأم الذكور والإناث على السواء، ثم أولادهم، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، وهؤلاء عنده فى المرتبة التالية للعصبات وهم مقدمون على غيرهم[2].

الأدلة:

استدل الجمهور على أن الولاية لا تنتقل إلى أولى الأرحام بالسنة والمعقول:

أما السنة فبعموم قوله- عليه الصلاة والسلام-: "**السلطان ولى من لا ولى له**"[3].

---

(١) الذخيرة للقرافى (٥١/٤)، مواهب الجليل (٥٧/٥) وما بعدها، الحاوى الكبير (٩٢/٩)، مغنى المحتاج (١٥١/٣)، المغنى والشرح الكبير (٣٤٦/٧) وما بعدها، غاية المنتهى (١٨/٣، ١٩)، الهداية (٢٣٩/٢).

(٢) الهداية (١٧٣/٢)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢.

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب النكاح (٢٣٥/٢-٢٣٦) حديث رقم (٢٠٨٣)، وأخرجه الترمذى فى سننه فى كتاب النكاح (٣٩٨/٣-٣٩٩)، وابن ماجه فى سننه فى كتاب النكاح (٦٠٥/١) حديث رقم (١٨٧٩).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبى (ﷺ) بيَّن أنه عند عدم الولى تنتقل الولاية إلى السلطان، ومعلوم أن أولى الأرحام لا ولاية لهم؛ لأن الولاية تختص بالذكور فى النكاح فلا تكون لمن أولى بالإناث قياسًا على تحمل العقل[١].

ومن المعقول:

أن العصبات شرط ثبوت أصل الولاية، فإن فقدوا فلا ولاية وحينئذ تنتقل إلى السلطان[٢].

وأن الولاية إنما تثبت صونًا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة لا إلى غيرهم[٣].

واستدل أبو حنيفة ومن معه بدليل عقلى تقريره: أن الولاية نظرية- أى النظر فى أمور الغير- والنظر بتحقق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة وأولوا الأرحام تتوفر فيهم الشفقة فتثبت لهم الولاية تبعًا لذلك[٤].

والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة نظرًا لتحقق الشفقة من أولى الأرحام، بل إن الأقارب من جهة الأم غالبًا ما يكونون أكثر حرصًا على الأبناء من غيرهم، فإن كان العصبات مقدمون

---

(١) الحاوى الكبير (٩/٩٣).

(٢) بدائع الصنائع (٢/٢٥٠) بتصرف.

(٣) الهداية (٢/١٧٣).

(٤) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

عليهم فى هذا الشأن فإنهم عند عدم العصبات يقدمون على السلطان.

أما الحديث الذى استدل به الجمهور فإنه خارج عن محل النزاع؛ لأنه يدل على أن الولاية على النكاح عند عدم الولى تنتقل إلى السلطان، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء، فالحديث ليس فيه ما يشير إلى عدم ولاية أولى الأرحام، بل إن ظواهر النصوص تؤيد هذا الرأى كقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾[1]. والله أعلم.

آراء الفقهاء فى تقديم الابن على الأب فى ولاية النكاح:

اختلف الفقهاء فى مسألة تقديم الابن على الأب فى ولاية النكاح على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الإمام الشافعى، ومحمد بن الحسن، وهو المشهور عن أبى حنيفة إلى أن الأب يقدم على الابن، وقالوا: "إن أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها".

المذهب الثانى: ذهب أبو يوسف، وأبو حنيفة فى غير المشهور عنه إلى أن الابن وإن نزل يقدم على الأب، وهو مذهب الإمام مالك ﷺ وإليه ذهب إسحاق بن راهويه، وابن المنذر، والعنبرى[2].

---

(١) سورة الأنفال من الآية (٧٥)، سورة الأحزاب من الآية (٦).

(٢) المغنى والشرح الكبير (٤٥٦/٦، ٤٥٧)، بداية المجتهد (٨/٢)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢)، أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٥) ط. دار الشعب، الحاوى الكبير (٩١/٩).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بأن الابن موهوب لأبيه، كما قال تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾[1]، وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس، ولأن الأب أكمل نظرًا وأشد شفقة، وأحسن تصرفًا، فوجب تقديمه فى الولاية، كتقديمه على الجد[2]، ولأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس[3].

واستدل أصحاب المذهب الثانى بأن الابن أولى من أبيه بالميراث وأقوى تعصبًا، ولذلك يرث بولاء أبيه دون جده.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو تقديم الأب على الابن فى ولاية النكاح؛ لأنه أصل وأتم نظرًا وهو مناط ثبوت الولاية.

غيبة الولى:

آراء الفقهاء وأدلتهم فى هذه المسألة:

إذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة فهل يجوز للولى الأبعد أن يتولى عقد النكاح؟ خلاف بين الفقهاء على ثلاثة مذاهب.

---

(١) من الآية رقم (٩٠) سورة الأنبياء.

(٢) المغنى والشرح الكبير (٤٥٧/٦)، الحاوى الكبير (٩١/٩).

(٣) بداية المجتهد (٨/٢)، الروض المربع للبهوتى ص (٤٤٢).

المذهب الأول: ذهب الحنفية فى المشهور عندهم، والمالكية، والحنابلة إلى أن الولى الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يتولى عقد النكاح، ولا تنتقل الولاية إلى السلطان فى هذه الحالة(١).

المذهب الثانى: ذهب الشافعية إلى أنه إذا غاب الولى الأقرب انتقلت الولاية إلى السلطان، ولا يتولى الأبعد(٢).

المذهب الثالث: ذهب الإمام زفر من مشايخ الحنفية إلى أن الأقرب إذا غاب تظل ولايته قائمة ولا تنتقل إلى من بعده، ولا إلى السلطان، فلا تجوز ولاية الأبعد ولا السلطان فى هذه الحالة وهو أحد الأقوال عند المالكية(٣).

الأدلة:

دليل المذهب الأول: استدل أصحاب هذا المذهب بدليل عقلى.. تقريره: أن الولاية تثبت للبعيد كما تثبت للقريب، لكن قدم القريب لأولويته فى الترتيب؛ فإذا غاب القريب تعذرت مباشرته للعقد، فتنتقل الولاية إلى من بعده؛ لأن الولاية هنا

---

(١) الهداية (٢٠٠/١)، بداية المجتهد (٩/٢)، المغنى والشرح الكبير (٣٦٩/٧).

(٢) الحاوى الكبير (١١٠/٩).

(٣) الذخيرة للقرافى (٤٨/٤، ٤٩)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٩/٢)، الهداية (٢٠٠/١)، المغنى والشرح الكبير (٣٦٩/٧)، حاشية الباجورى (١٠٤/٢).

نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، ففوضناه إلى الأبعد، وهو مقدم على السلطان، قياسًا على موت الأقرب[1].

دليل المذهب الثاني: استدل الشافعية بدليل من السنة، وهو قوله ﷺ: "السلطان ولى من لا ولى له"[2].

ووجه الدلالة من الحديث: أن ولاية الأبعد لا تثبت إلا بموت الأقرب حقيقة أو حكمًا، وبغياب الأقرب غيبة منقطعة صار معدومًا حكمًا، فأصبح الأمر بدون ولى، وإذا لم يكن ثمة ولى، فالسلطان يكون هو الولى، كما هو نص الحديث[3].

دليل المذهب الثالث: استدل زفر بدليل عقلى غايته: أن ولاية الولى الأقرب ما زالت قائمة؛ لأنها ثبتت حقًا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، ولذلك لو زوجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأبعد مع ولاية الأقرب[4].

الترجيح:

أرى والله أعلم أن الراجح فى هذه المسألة أن الغيبة إذا لم تكن بعيدة فلا تنتقل من الولى الأقرب، بل تظل باقية فى حقه،

---

(١) بداية المجتهد (٩/٢)، المغنى والشرح الكبير (٣٦٩/٧)، حاشية الباجورى (١٠٤/٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الحاوى الكبير (١١٠/٩) وما بعدها.

(٤) الهداية (٢٠٠/١).

أما إذا كانت الغيبة بعيدة بحيث لا يمكنه مباشرة العقد فى الزمن الذى لا يفوت على المولى عليه المصلحة فإن الولاية تنتقل إلى الولى الأبعد حتى لا تذهب منفعة محققة عليه. والآن فى عصر الاتصالات المستحدثة يمكن تفادى هذا الخلاف نظرًا لكونه عن طريق الاتصال من أى مكان فى العالم تستطيع معرفة رأى الولى، ووجهة نظره فإن تمكنا من ذلك فلا بأس ولا تنتقل الولاية عنه إلى غيره سواء كان السلطان أو الولى الأبعد.

والله أعلم،،،

أما إذا امتنع الولى الأقرب عن مباشرة عقد الزواج مع وجود خاطب كفء وثبت عضله انتقلت الولاية إلى القاضى لأن الولى فى هذه الحالة يكون ظالمًا، وولاية رفع المظالم إلى القضاة، فينوب القاضى عنه فى أداء حق واجب عليه، كبيع مال المدين الممتنع عن دفع الحق لسداد دينه، ولابد والحال هذه من ثبوت العضل عند الحاكم بأن يمتنع الولى من التزويج بين يديه بعد أمره به، والمرأة والخاطب حاضران، أو تقام عليه البينة[1].

وعلى هذا إذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة انتقلت الولاية إلى الولى الأبعد، وإذا عضل الأقرب وثبت عضله، انتقلت الولاية إلى القاضى. والله أعلم.

---

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (٢/٢٣٤، ٢٣٥)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/١٠).

الفصل الثالث

أنواع الولاية فى الزواج
وبيان وجهة نظر الفقهاء فى
هذه المسألة

تتنوع الولاية فى الزواج وتنقسم بحسب قوتها وضعفها؛ لأن الولاية على النفس إذا كانت قوية؛ فإنها تخول لصاحبها والقائم بها الإجبار على النكاح، وإذا كانت ضعيفة، فلا تجيز لصاحبها الإجبار على الزواج، ومن هنا تنوعت الولاية فى الزواج إلى نوعين: ولاية إجبار، وولاية اختيار... وللفقهاء أنظار فى هذا التقسيم إليك بيانه وتقريره بدقة وإيجاز.

أراء الفقهاء فى أقسام الولاية فى الزواج:

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة، ومالك، وأبو يوسف فى أحد قوليه إلى أن الولاية فى الزواج تنقسم إلى قسمين:

أحدهما: ولاية إجبار... وتسمى ولاية حتم وإيجاب وإلزام.

وثانيهما: ولاية اختيار. وتسمى ولاية ندب واستحباب[1].

المذهب الثانى: ذهب الإمام الشافعى، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف فى قوله الثانى إلى أن الولاية فى الزواج تنقسم إلى قسمين:

أحدهما: ولاية استبداد.

وثانيهما: ولاية شركة[2].

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع (٢/٢٤١)، المبسوط للإمام السرخسى (٤/٢١٢).

(٢) بداية المجتهد (٢/٥٠٤)، بدائع الصنائع (٢/٢٤١)، حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (١٢/٢٣٠)، الحاوى الكبير (٩/٥٢).

والناظر فيما قاله أصحاب المذهبين يلاحظ أن الخلاف بينهما فى مجرد التسمية، وهو خلاف لا يترتب عليه أى أثر معنوى، وعلى كل حال فإن ولاية الإجبار، أو الاستبداد هى التى تعتبر ولاية كاملة؛ لأن الولى فيها يستبد بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه أحد فيه.

أما ولاية الاختيار، أو الشركة؛ فقد قرر جمهور الفقهاء أن البالغة العاقلة ليس من حقها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، وإنما يشاركها وليها فى اختيار الزوج، وينفرد الولى بتولى الصيغة بعد اتفاقه معها.

ولذلك تسمى هذه الولاية ولاية الاختيار، كما تسمى ولاية الشركة، خلافًا لأبى حنيفة – رحمه الله – الذى يرى فى ظاهر الرواية عنه أن البالغة العاقلة ليس عليها سلطان فى شأن نكاحها، ولكن يستحسن أن يتولى الولى نيابة عنها صيغة الزواج ويسميها ولاية الاستحباب، وسيأتى الكلام مفصلاً عن هذه المسألة[1].

(١) المبسوط (٤/٢١٢)، البدائع (٢/٢٤١).

الفصل الرابع

لمن تثبت الولاية فى النكاح

وعلى من تثبت

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لمن تثبت ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد.

المسألة الثانية: العلة فى ولاية الإجبار.

المسألة الثالثة: على من تثبت ولاية الحتم والإيجاب.

المسألة الرابعة: ولاية الندب والاستحباب.

المسألة الخامسة: آراء الفقهاء وأدلتهم فى انفراد البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها.

المسألة الأولى

"لمن تثبت ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد"

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب المالكية، والحنابلة إلى أن ولاية الإجبار – الحتم – الإيجاب – الاستبداد – تثبت للأب، أو وصيه بالتزويج.

غير أن الإمام أحمد – رحمه الله – يشترط فى ولاية الوصى بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج[1].

المذهب الثانى: ذهب الإمام الشافعى إلى أن ولاية الإجبار تثبت للأب والجد[2].

المذهب الثالث: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن ولاية الإجبار تثبت للعصبات ولذوى الأرحام.

المذهب الرابع: ذهب أكثر الحنفية إلى أن ولاية الإجبار تثبت للعصبات فقط... وهذا القول هو المعمول به فى مصر فى قانون الأحوال الشخصية[3].

---

(١) بداية المجتهد (٤/٢، ٥)، الروض المربع ص (٤٤٢)، المبسوط (٢١٢/٤).

(٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (٢٣٠/٢)، بدائع الصنائع (٢٤١/٢).

(٣) المبسوط (٢١٣/٤)، بدائع الصنائع (٢٤١/٢)، شرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعى (١٣٧/١).

وبنظر دقيق نلاحظ أن الشافعى – رحمه الله – أثبت ولاية الإجبار للأب والجد؛ لأنه يرى أن الأب جد عند فقط الأب.

وما قاله المالكية، والحنابلة، والشافعى، إنما هو فى الولاية على الصغير والصغيرة، أما الولاية على المجنون والمجنونة ومن فى حكمهما؛ فقد أضافوا إلى الأب أو وصيه، أو الأب والجد الحاكم، غير أن الشافعى خالف وقال إن ولاية الإجبار تثبت للحاكم على المجنون والمجنونة إذا ثبت أن الحاجة إلى النكاح بدليل كأن يقول طبيب عادل فى المجنونة الثيب – مثلاً – أنها ستشفى من علتها إذا تزوجت أو يكون المجنون يجرى وراء النساء ويدور حولهم[1].

الأدلة:

أدلة المذهب الأول: استدل المالكية، والحنابلة على أن ولاية الإجبار تثبت للأب أو وصيه بالتزويج بدليل عقلى ... تقريره: أن ولاية الإجبار لا تثبت إلا لحاجة المولى عليه، والصغار ليسوا فى حاجة إلى الزواج، وعند ثبوت الحاجة فى المجانين وغيرهم تثبت ولما كان الأب كامل الإحسان، وافر الشفقة على أولاده فإن الولاية تثبت له لكمال شفقته، والآثار الواردة فى زواج الصغار كانت ولاية الزواج فيها للأب،

(١) الحاوى الكبير (٦٧/٩)، بداية المجتهد (٥/٢)، حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (٢٣٠/٢).

ووصى الأب فى التزويج يقوم مقام الأب، وما وصاه الأب إلا لتوافر الشفقة فيه، والإحسان إلى المولى عليه، وطالما هو وصيه فإنه يقوم مقامه، فكأن الأب هو الولى حكمًا، وعلى هذا تثبت الولاية للأب أو وصيه بالتزويج وهو المطلوب(١).

دليل المذهب الثانى: استدل الإمام الشافعى على ثبوت ولاية الإجبار للأب والجد فقط بدليل عقلى وهو: أن هذه الولاية إنما ثبتت للأب لكمال شفقته وتمام إحسانه، ورعاية المولى عليه، وتحقيق المنافع له، وتحصيل المصالح، والآثار الواردة فى الزواج فكانت ولاية زواج الصغار فيها للأب، والجد كالأب فى كثير من الأحكام، فيلحق الجد بالأب، ولا يقاس غير الأب والجد على الأب، وعلى هذا تثبت ولاية الإجبار لهما فقط دون ما سواهما(٢).

دليل المذهب الثالث والرابع: استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من ثبوت ولاية الإجبار للعصبات جميعًا كما هو قول أكثر أصحاب أبى حنيفة، أو ثبوتها للعصبات ولذوى الأرحام كما هو قول أبى حنيفة نفسه .. بدليل نقلى من الكتاب .. وهو قوال الله – تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ

(١) بداية المجتهد (٥/٢)، المغنى والشرح الكبير (٣٨٩/٧، ٣٩٠).
(٢) الحاوى الكبير (٦٧/٩)، حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (٢٣٠/٢).

عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[1].

ووجه الدلالة من الآية: أن السيدة عائشة – رضى الله عنها – قالت: إن هذه الآية نزلت فى اليتيمة فى حجر وليها ويرغب فى نكاحها، ولا يعدل فى مهرها، وهذا يدل على أن اليتيمة أى الصغيرة التى مات أبوها قد يرغب وليها فى نكاحها ولا يعطيها صداق مثلها.

والولى الذى سيتزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم، وإنما يكون ابن العم مثلاً، أو ابن الخال مثلاً، فدل ذلك على أن العصبات جميعًا لهم ولاية التزويج كما هو رأى الحنفية، أو العصبات وذوى الأرحام كما رأى أبو حنيفة[2].

الراجح فى المسألة:

يمكن الجواب عن دليل المالكية والحنابلة بأن كمال الشفقة فى الأب لا يستلزم كمالها فى وصية بالتزويج، فقد لا يتصرف الوصى بما ينفع المولى عليه، وتحقيق مصلحته وهذا احتمال وارد، فثبوت ولاية الإجبار للأب لا يستلزم ثبوتها للوصى بالتزويج.

---

(١) من الآية رقم (١٢٧) سورة النساء.

(٢) تفسير القرطبى ص (١٥٨١)، أحكام القرآن للجصاص (٢/٥٠)، البدائع (٢/٢٤١).

ويمكن الجواب عن دليل الشافعي بأن قصر الولاية على الأب والجد فيه حرج وتضييق والأمة مرفوع عنها الحرج.

ولذلك يترجح لدينا ما ذهب إليه الحنفية من أن ولاية الإجبار تثبت للعصبات جميعًا، لما في ذلك من التوسعة، ثم إن العصبات تتوافر فيهم الشفقة على المولى عليه وهم جميعًا يريدون مصلحته وتحقيق المنفعة له ودفع الضرر عنه؛ لأنه يلحقهم ما يتعلق به من عار أو فخار.. والله أعلم.

المسألة الثانية

"العلة فى ولاية الإجبار فى النكاح"

اتفق الفقهاء على أنَ علة ولاية الإجبار أو الاستبداد فى النكاح على المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة هو ضعف العقل، الذى هو سبب فى العجز عن تولى العقد وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه وبلوغ الغاية المنشودة.

أما علة ولاية الإجبار على الصغير فقد اتفق الفقهاء أيضًا على أن الصغر هو سبب العجز عن تولى العقد وإدراك وجه المصلحة[١].

أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء فى علة ولاية الإجبار عليها على مذهبين.

المذهب الأول: ذهب الإمام مالك، والشافعى، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه إلى أن العلة هى البكارة فإذا وجدت البكارة ثبتت الولاية[٢].

المذهب الثانى: ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه إلى أن علة الولاية على الصغيرة فى النكاح هى الصغر[٣].

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٢)، بدائع الصنائع (٢٤١/٢).

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٢)، الحاوى الكبير (٥٣/٩، ٥٤). المغنى والشرح الكبير (٣٨٠/٧).

(٣) المبسوط للسرخسى (٢١٢/٤)، بدائع الصنائع (٢٤١/٢).

الأدلة:

دليل المذهب الأولى: استدل مالك والشافعى وأحمد بأنه متى ثبتت البكارة ثبتت الولاية لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح ولا تحسن النظر فى إدراك وجه المصلحة فيما يتعلق بحقوقها الزوجية ولهذا ثبتت عليها ولاية الإجبار، بل إن هذه الولاية تمتد إلى ما بعد البلوغ ما دامت لا تزال بكرًا، فحيثما كانت البكارة ولو بعد البلوغ فالولاية باقية، وإن زالت قبل البلوغ زالت الولاية، وعلى هذا فالبكارة مناط ثبوت ولاية الإجبار[1].

دليل المذهب الثانى: استدل أبو حنيفة وأصحابه على ما ذهبوا إليه بأن الصغر هو سبب العجز عن تولى العقد فثبتت الولاية على الصغيرة قياسًا على ثبوتها على الصغير إذ لا فرق.

ولأن الحكم بأن ولاية الإجبار تستمر وتدوم على البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن رسول الله ﷺ، فقد قال النبى ﷺ: "تستأمر النساء فى أبضاعهن. فقالت عائشة رضى الله

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٢، ٥)، الحاوى الكبير (٥٤/٩)، المغنى والشرح الكبير (٣٨٠/٧).

عنها: إن البكر تستحى يا رسول الله. فقال ﷺ: إذنها صماتها، وروى سكوتها رضاها"[1].

فظهر بذلك أن مناط ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة هو الصغر[2].

الراجح فى المسألة:

بالنظر فى أدلة المذهب الأول نلاحظ أنها قاصرة ويمكن الجواب عنها بأن البكارة لا تعتبر عجزًا عن تولى العقد ولا دخل لها فى إدراك وجه المصلحة.

ولذلك يترجح لدينا ما ذهب إليه الحنفية من أن علة ولاية الإجبار على الصغيرة هى الصغر وليست البكارة إذ الصغر هو سبب العجز عن تولى العقد، وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه، وقياسًا على الصغير بجامع العجز فى كل منهما فكما ثبتت ولاية الإجبار على الصغير تثبت على الصغيرة.

---

(١) أخرجه مسلم فى كتاب: النكاح. باب: استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٢٠٢/٩)، وأبو داود. كتاب: النكاح. باب: فى الثيب (٢٣٤/٢)، والترمذى. كتاب: النكاح. باب: فى استئمار البكر والثيب (٤١٦/٣).

(٢) بداية المجتهد (٤/٢)، بدائع الصنائع (٢٤١/٢)، حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (٢٣٠/٢، ٢٣١).

المسألة الثالثة

"على من تثبت ولاية الإجبار والاستبداد"

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء، وهو قول الحنفية جميعًا، ووافقهم عليه أكثر أهل العلم إلى أن ولاية الإجبار أو الاستبداد تثبت على فاقد الأهلية وناقصها.

وفاقد الأهلية كالمجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة، والصغير والصغيرة غير المميزين. أما ناقص الأهلية فكالصبي المميز .. كل هؤلاء تثبت عليهم ولاية الإجبار عند جمهور العلماء[1].

المذهب الثاني: ذهب عثمان البتي، وابن شبرمة، وأبو بكر الأصم، إلى تفصيل، حاصله: أن ولاية الإجبار تثبت على المجانين والمعاتيه فقط، أما الصغار فلا تثبت عليهم هذه الولاية[2].

المذهب الثالث: ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى تفصيل آخر حاصله: ثبوت ولاية الإجبار أو الاستبداد أو على

---

(١) المبسوط (٢١٢/٤)، بداية المجتهد (٥/٢)، ا لحاوى الكبير (٥٣/٩)، المغنى والشرح الكبير (٣٧٩/٧).

(٢) بداية المجتهد (٥/٢).

المجانين، والمعاتيه، والصغيرة. أما الصغير فلا تثبت عليه هذه الولاية[1].

الأدلة:

دليل الجمهور: استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بدليل نقلى من الكتاب والسنة.

أما الكتاب: فاستدل بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[2].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعلى نص فى الآية الكريمة وبين عدة الصغيرة التى لا تحيض، ومما هو مقرر أنه لا عدة إلا من فراق فى زواج صحيح، فدل ذلك على صحة زواج الصغيرة، ولا نكاح إلا بولى فيثبت على الصغار ولاية الإجبار وإذا ثبتت على الصغار ثبتت على غيرهم من فاقدى الأهلية من باب أولى[3].

وأما السنة: فاستدلوا بما رواه الإمام مسلم فى صحيحه من أن عائشة رضى الله عنها قالت: (تزوجنى النبى ﷺ وأنا بنت ست سنين وبنى بى وأنا بنت تسع سنين)[4].

---

(١) المحلى لابن حزم (٤٥٨/٦، بداية المجتهد (٥/٢).

(٢) من الآية رقم (٤) سورة الطلاق.

(٣) بدائع الصنائع (٢٤١/٢)، المبسوط (٢١٢/٤).

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى (٥٧٩/٤)، باب: جواز تزويج الأب البكر الصغيرة.

وجه الدلالة من الحديث: أن هذا الخبر وغيره من الأخبار قد استفاضت بصحة زواج الصغار ولا زواج إلا بولى فتثبت ولاية الإجبار على الصغير والصغيرة[١].

دليل المذهب الثانى: استدل أصاب هذا المذهب بأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ وفى إثباته قبله ضرر بالصغير لأنه لا يستفيد من العقد ويبلغ فيجد نفسه مكبلا بقيود الزوجية وهو عقد يستمر فى أصل شرعته مدى الحياة. والولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغر فلا ولاية على الصغار فيه[٢].

دليل المذهب الثالث: استدل ابن حزم الظاهرى على ما ذهب إليه من ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة دون الصغير بدليل عقلى ملخصه: أن حاجة الصغيرة إلى الزواج قد تتصور وهى أمر معقول فى الصغيرة دون الصغير.

وأيضًا إن الآثار الواردة عن الصحابة كانت فى زواج الصغيرات دون الصغير وعلى هذا تثبت الولاية على الصغيرة لا دون الصغير[٣].

---

(١) المبسوط (٤/٢١٣).

(٢) بداية المجتهد (٢/٥).

(٣) المحلى لابن حزم (٦/٤٥٩) وما بعدها.

الراجح فى المسألة: الناظر فى أدلة المذاهب يلاحظ أن ما استدل به الجمهور هو الأقوى حيث يستدل بالنصوص التى لا تقوى أمامها الاحتمالات العقلية التى يذكرها أصحاب المذهب الثانى والثالث.

ولذلك يترجح لدينا مذهب الجمهور فتثبت ولاية الإجبار على فاقد الأهلية وناقصها مطلقًا.

وعلى أية حال فقد استأنس القانون المصرى رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ برأى ابن شبرمة وعثمان البتى ومن سلك طريقهم، فحدد سن الزواج ومنع سماع الدعوى إذا لم تصل سن الزوجين إلى القدر المحدد، وذلك بناء على ما تقرر فى القواعد الشرعية الفقهية من أن لولى الأمر حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة[1] والله أعلم.

(١) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ زيد (١١٦/٢).

المسألة الرابعة

"ولاية الندب والاستحباب وعلى من تثبت"

ولاية الندب والاستحباب، أو ما تسمى بولاية الشركة، هى ولاية اختيارية، تتم فيها المشاركة وأخذ الرأى بين الولى والمولى عليه، وللفقهاء فى ثبوتها وعلى من تثبت مذهبان

المذهب الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة، وزفر، وأبو يوسف فى أحد قوليه إلى أن ولاية الندب والاستحباب تثبت على الحرة البالغة العاقلة بكرًا كانت أو ثيبًا.

المذهب الثانى: ذهب محمد بن الحسن، وأبو يوسف فى قوله الثانى إلى أن الولاية على البكر أو الثيب الحرة البالغة العاقلة ولاية مشتركة.

ويتفق الإمام الشافعى مع أصحاب المذهب الثانى من أنها ولاية مشتركة، لكنه استثنى العبارة فجعلها خاصة بالولى[1].

والناظر فى هذين المذهبين يلاحظ أنه لا يوجد فرق جوهرى بينهما؛ لأن هذه الولاية خالية عن الاستبداد والإلزام، فهى ولاية اختيارية تتم فيها المشاركة بين الولى والمولى عليه.

---

(١) بدائع الصنائع (٢/٢٧٤)، المبسوط (٤/٢١٢، ٢١٣)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/٤، ٥)، الحاوى الكبير (٩/٦٣).

ويشترط فى ثبوت هذا النوع من الولاية شرط واحد فقط – كما ذكره الفقهاء، وهو رضا المولى عليه فقط، وهو ما صرح به الحنفية، ووافقهم عليه الشافعى – رحمه الله[1].

وبهذا نختم الكلام عن أنواع الولاية فى النكاح وما يتعلق بها من جزئيات، وتشرع بعون الله وتوفيقه فى بيان وتقرير المسألة الخامسة التى تعتبر أهم وأدق مسائل هذا البحث.

(١) بدائع الصنائع (٢/٢٤٧)، الحاوى الكبير (٩/٦٢).

المسألة الخامسة

"آراء الفقهاء فى انفراد البالغة العاقلة الرشيدة بإنشاء عقد زواجها"

هذه المسألة من أهم وأدق مسائل ومباحث باب النكاح، وهى لب بحثنا وعموده، وقد أولاها الفقهاء عناية خاصة فى مصنفاتهم، وصارت على ممر الأزمان ومختلف العصور من القضايا الفقهية المعاصرة التى تحتاج دائمًا إلى بيان وتوضيح للتعريف بشرع الله عز وجل فى هذه المسألة، وبيان منهج الفكر الإسلامى فى معالجة هذه القضية.

ولبيان المسألة وتقرير ما فيها نقول وبالله تعالى التوفيق:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة الحرة من حقها أن تتولى إنشاء جميع العقود ما عدا عقد الزواج.

وإذا كان ذلك كذلك فمن حقها أن توكل من تشاء فى هذه العقود دون أن يكون لأحد حق الاعتراض عليها، وهذا أمر معقول لا يختلف عليه أحد.

كما اتفق الفقهاء – أيضًا – على أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا باشر وليها عقد زواجها، وقد رضيت بذلك؛ فإن عقد الزواج فى هذه الحالة يكون صحيحًا نافذًا.

وأيضًا اتفقوا على أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا وكل وليها وكيلاً يقوم بمباشرة عقد زواجها، وكانت قد رضيت بذلك؛ فإن العقد يصح ويصير نافذًا[1].

إنما النزاع بين الفقهاء فيما إذا باشرت الحرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بنفسها، أو وكلت غيرها بمباشرته، ولم يكن لها ولى.

على معنى: أن هذه الحرة زوجت نفسها، أو وكلت غيرها بتزويجها دون التفات منها إلى وليها، فهل هذا الزواج يكون صحيحًا؟ خلاف بين الفقهاء.

آراء الفقهاء وأدلتهم: اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على خمسة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم الإمام مالك، والشافعى، وأحمد إلى أن هذا النكاح غير صحيح.

وهو قول الثورى، وابن المبارك، وابن أبى ليلى، وابن شبرمة، وإسحاق بن راهويه، وعبد الله العنبرى، وابن حزم، وأبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فى إحدى الروايتين عنه.

ولأصحاب هذا المذهب سلف من الصحابة قالوا بهذا القول، منهم: عمر بن الخطاب، على بن أبى طالب، وعبد الله بن

(١) المغنى والشرح الكبير (٤٤٩/٦)، بداية المجتهد (٤/٢).

مسعود، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة، وعائشة – رضى الله عنهم أجمعين – وغيرهم.

وعلى هذا قرر الجمهور أن المولى لابد منه فى عقد النكاح؛ إذ لا يصح إلا به، فلا تملك المرأة تزويج نفسها، ولا تزويج غيرها، ولا تملك أيضًا – توكيل غير وليها فى تزويجها؛ فإن فعلت فالنكاح فاسد[1].

المذهب الثانى: ذهب بعض الفقهاء إلى تفصيل، حاصله: أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها، أو وكلت غيرها فى تزويجها وأذن لها وليها فى ذلك صح النكاح، أما إذا لم يأذن لها الولى فالنكاح باطل[2].

المذهب الثالث: ذهب محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة إلى أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها، أى باشرت العقد بنفسها، أو وكلت غير وليها فى مباشرة عقد زواجها؛ فإن هذا النكاح يكون موقوفًا على إجازة الولى فإن أجازه صح ونفذ، وإلا كان باطلاً.

---

(١) بداية المجتهد (٤/٢)، أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٠، ٨٨١)، المغنى والشرح الكبير (٤٤٩/٦)، المحلى لابن حزم (٤٥/٩)، تكملة المجموع للشيخ محمد بخيت المطيعى (٢٠٣/١٥).

(٢) أحكام القرآن ص (٨٨)، تكملة المجموع (٢٠٣/١٥)، الحاوى الكبير (٣٨/٩).

وهذا معناه أن محمد بن الحسن يعتد بعبارة الحرة البالغة العاقلة الرشيدة فى عقد الزواج، ويعتبرها صحيحة، غير أنه يحتاط للولى ويجعل عبارتها موقوفة على إجازته.

ويتفق أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فى رواية عنه مع محمد بن الحسن فى هذا الرأى، وهو قول الحسن البصرى على ما نسبه إليه ابن حزم الظاهرى، وإليه ذهب الأوزاعى على ما نسبه إليه صاحب "البحر الزخار"[1].

المذهب الرابع: ذهب الإمام داود الظاهرى إلى تفصيل حاصله: أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها بعبارتها أو وكلت غير وليها فالنكاح صحيح إذا كانت ثيبًا، أما إذا كانت بكرًا فالنكاح باطل.

وهو رأى وجيه: لأن الثيب أحق بنفسها، أما البكر فيحتاط فى عقدها بسبب خطورة المسألة وحفظ حقوقها[2].

المذهب الخامس: ذهب الإمام أبو حنيفة، وزفر، وأبو يوسف فى ظاهر الرواية، ومحمد بن الحسن فى رواية عنه إلى أن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها، أى باشرت العقد بنفسها بعبارتها، أو وكلت غير وليها فى تزويجها فالنكاح صحيح مطلقًا.

---

(١) الهداية (١٩٦/١)، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢، ٢٤٨)، المحلى (٤٥١/٩)، تكملة المجموع (٣٠٢/١٥).

(٢) المحلى لابن حزم (٤٥١/٩).

غير أن أبا حنيفة ومن وافقه احتاطوا للولى فى هذه المسألة، وجعلوا له حق الاعتراض فى حالة ما إذا زوجت نفسها من غير كفء، ما لم تكن قد ولدت أو حبلت حبلاً ظاهرًا، فإن زوجت نفسها من غير كفء، وولدت، أو حبلت حبلاً ظاهرًا، سلب من الولى حق الاعتراض، وأمضى العقد واستقر[1].

هذا هو المعتمد وظاهر المذهب عند أبى حنيفة – رحمه الله – لكن روى الحسن ابن زيادة اللؤلؤى عن أبى حنيفة، وهى رواية عن أبى يوسف – أيضًا – أن المرأة الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها من كفء صح ونفذ، وإن زوجت نفسها من غير كفء بطل.

وقد عزى هذا الرأى الذى حاصله التفصيل بين الكفء وغيره إلى الشعبى، والزهرى. وقيل إنه المختار عند الحنفية فى الفتوى؛ لكن الظاهر والمعتمد عندهم هو ما نسب إليهم أولاً، وهو صحة النكاح مطلقًا[2].

---

(١) الهداية (١٩٦/١)، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢)، بداية المجتهد (٤/٢، ٥)، تكملة المجموع (٣٠٢/١٥)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للشيخ محمد زكريا البرديسى ص (١٨٥) وما بعدها.

(٢) أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٢)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٨٦).

الأدلة:

أدلة المذهب الأول: استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة، والمعقول.

دليل الجمهور من الكتاب: استدلوا بعدة آيات قرآنية منها: قول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾[1].

ووجه الدلالة: أن هذا خطاب للأولياء لا للنساء فقد أمر الله – تعالى – الأولياء بتزويج الأيامى من النساء، فلو كان الخطاب فى الآية الكريمة للنساء؛ لتوجه الخطاب إليهن كما توجه فى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[2].

فلما كانت المطلقات مكلفات بالاعتداد توجه إليهن الخطاب فى الآية، وعلى ذلك لو كانت النساء مكلفات بإنكاح أنفسهن ومباشرة العقد لتوجه إليهن الخطاب بالإنكاح كما توجه إليهن بالاعتداد، فثبت بذلك أن الإنكاح إلى الأولياء لا إلى النساء، وعليه لا يصح للمرأة أن تزوج نفسها دون التفات منها إلى وليها.

فإن قيل: إن الخطاب فى الآية للأزواج لا للأولياء.

---

(١) من الآية رقم (٣٢) سورة النور.

(٢) من الآية رقم (٢٢٧) من سورة البقرة.

فالجواب: لو كان كذلك لقال: ﴿وَٱنكِحُوا﴾ بألف دون همز، وتكون الألف للوصل، ولكن لما قال ﴿وَأَنكِحُوا﴾ بالهمز دل على أن الخطاب للأولياء الذين يقومون بالتزويج[1].

الآية الثانية: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[2].

وجه الدلالة من الآية: أن الله – تعالى – نهى الأولياء عن إنكاح المسلمات للمشركين، فلا يجوز لولى أن ينكح مسلمة تحته لمشرك، وعلى هذا تكون الآية قد دلت نصًا على أن النكاح لا يصح إلا بولى.

ولذلك نقل القرطبى فى تفسيره عن محمد بن على بن الحسين أنه قال: "النكاح بولى فى كتاب الله تعالى"، ثم قرأ ﴿وَلَا تُنكِحُوا ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[3].

فإن قيل: إن الخطاب فى هذه الآية والتى قبلها وقد استدللتم بهما على مدعاكم ليس للأولياء خاصة كما تزعمون، وإنما الخطاب فيهما لعامة المسلمين للحث على إعفاف الأيامى بنكاح المسلمين، وكف عن إنكاح المسلمات للمشركين.

فالجواب: أن الأصل فى الخطاب أن يتوجه إلى من يحصل منه الفعل، لا إلى من يحصل بينهم الفعل، والأول معنى حقيقى، والثانى معنى مجازى، ولا يصار إلى المعنى المجازى إلا فى

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى ص (٦٣١).

(٢) من الآية رقم (٢٢١) سورة البقرة.

(٣) أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٠).

حالة التعذر عن المعنى الحقيقى، والمعنى الحقيقى غير متعذر – هنا – فيحمل اللفظ عليه، بل يجب حمل اللفظ عليه – هنا – إذ لا قرينة هنا تدل على المعنى المجازى، وعلى هذا يستبعد المعنى المجازى، ويحمل اللفظ على المعنى الحقيقى، وهو كون الخطاب للأولياء بخصوصهم[1].

الآية الثالثة: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

وجه الدلالة من الآية: أن قوله – تعالى – ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ نهى صريح من الله – تعالى – للأولياء عن منع النساء من زواج من يخترن من الأزواج، ولا يتحقق المنع إلا ممن فى يده الممنوع، والذى فى يده الممنوع هم الأولياء.

فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولى، وليس بيد المرأة، وعليه فلا تتولى المرأة عقد زواجها، وإنما الذى يتولاه وليها؛ فإذا زوجت المرأة نفسها دون التفات منها إلى وليها فالنكاح يكون باطلاً؛ لأنه وقع فى غير محله، وعلى وجه من الخلل[3].

---

(١) المغنى والشرح الكبير (٤٤٩/٦)، بداية المجتهد (٥/٢)، تكملة المجموع (٣٠٣/١٥)، المحلى (٤٥٢/٩)، الأحكام الإسلامية للبرديسى ص (١٨٩).

(٢) من الآية رقم (٢٣٢) سورة البقرة.

(٣) أحكام القرآن للقرطبى ص (٩٦٦)، بداية المجتهد (٥/٢)، المغنى (٤٥٠/٦).

ويؤيد هذا التقرير ما روى فى سبب نزول هذه الآية الكريمة، فقد روى البخارى فى "صحيحه"، وأبو داود، والترمذى، والدارقطنى فى "سننهم" عن معقل بن يسار أن الآية الكريمة نزلت فيه: إذ قال: "زوجت أختًا لى فطلقها زوجها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: "زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدًا، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله – تعالى – حاجتها إليه وحاجته إليها، فأنزل الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، فكفرت عن يمينى وأنكحتها إياه".

وفى رواية للبخارى: "فحمى معقل من ذلك أنفًا، وقال: خلا عنها وهو يقدر عليها ثم يخطبها، فأنزل الله تعالى الآية، فدعاه رسول الله ﷺ فقرأ عليه الآية، فترك الحمية، وانقاد لأمر الله تعالى"(١).

وقيل: إن هذا الصحابى الجليل يسمى معقل بن سنان – بالنون –. قال الشيخ أبو جعفر النحاس: "رواه الشافعى فى كتبه عن معقل بن يسار، وسنان". وقال الطحاوى: "هو معقل بن سنان"(٢).

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى ص (٩٦٦)، المستدرك على الصحيحين للنيسابورى (١٧٤/٢).

(٢) أحكام القرآن للقرطبى ص (٩٦٦).

إذا ثبت هذا فتكون الآية دليلاً على عدم جواز النكاح بغير ولى؛ لأن أخت معقل كانت ثيبًا، ولو كان أمرها إليها دون وليها لزوجت نفسها ولم تحتج إلى وليها الذى هو معقل بن يسار، وإذا كانت الثيب أمرها إلى وليها، فالبكر من باب أولى، فتكون المرأة مطلقًا ممنوعة من إنشاء عقد زواجها بنفسها، وإنما ذلك مسند إلى وليها، فإن خالفت فنكاحها باطل[1].

وعلى هذا يظهر أن الخطاب فى قوله - تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء وأن الأمر مسند إليهم فى تزويج من تحتهم من النساء مع رضاهن.

مناقشة أدلة الجمهور من الكتاب: لم يسلم دليل الجمهور من المناقشة والردود، فقد أجاب الخصوم خصوصًا الحنفية عما استدل به الجمهور من الكتاب، وحاصل جوابهم وتقريره: أن ما استدللتم به من الآيات القرآنية قد بنيتموه على أن الخطاب فيه للأولياء كما قررتم ووجهتم، ولكن هذا يلزم منه التفكك فى النظم؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء، ومما لا شك فيه أن الشرط خطاب للأزواج، فوجب أن يكون الجزاء كذلك، وإلا ترتب على ذلك أن صدر الآية خطاب للأزواج، وعجزها خطاب للأولياء،

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى ص (٩٦٦)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٨٩، ١٩٠).

وذلك تفكيك للنظم القرآنى، والمحافظة على النظم القرآنى وحمايته من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذى بين سبب النزول كما ذكرتموه وقررتموه[1].

دليل الجمهور من السنة: استدلوا بعدة أحاديث... منها:

١- ما رواه أصحاب السنن من حديث عائشة، وأبى موسى الأشعرى، وابن عباس، وغيرهم من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - أن النبى ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولى"[2].

وجه الدلالة من الحديث: أن "لا" تفيد النفى، فدل ذلك على نفى صحة النكاح عند انتفاء الولى، فلو لم يكن الولى هو صاحب الحق فى الإنكاح دون غيره، لما انتفت صحة النكاح بانتفائه، فثبت بذلك أن حق التزويج له، لا للمرأة، فإذا تخطته المرأة فى الزواج بطل نكاحها[3].

ويمكن مناقشة ذلك: بأن المنفى هنا الكمال، وليس نفى الصحة، ونفى الكمال كما هو معلوم لا يتلزم نفى الصحة، فالنفى فى الحديث محمول على الكمال، لا على الوجوب، ونظيره قوله

---

(١) الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٨٩).

(٢) سنن الترمذى (٤٠٧/٣) كتاب: النكاح، باب: "لا نكاح إلا بولى" حديث رقم (١١٠١)، سنن أبى داود كتاب: النكاح، باب: فى الولى حديث رقم (٢٠٨٥)، سنن ابن ماجه كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولى حديث رقم (١٨٨٠).

(٣) المغنى (٤٥٠/٦)، بداية المجتهد (٥/٢، ٦)، المحلى لابن حزم (٤٥٢/٩).

ﷺ: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه"[1]- أى لا يكون كامل الإيمان، وليس المراد نفى صحة الإيمان أو حقيقته[2].

فإن قيل: إن حديث "لا نكاح إلا بولى" مرسل، والمرسل لا يحتج به فى الأحكام الشرعية.

فالجواب: أنه قد وصله إسرائيل، وأبو عوانة، من طريق أبى إسحاق عن أبى بردة، عن أبى موسى، عن النبى ﷺ وإسرائيل ومن تابعه من الحفاظ[3].

وقال ابن المنذر: "إن هذا الحديث ثابت عن النبى ﷺ.

وقال المروزى: "سألت أحمد ويحيى عن حديث "لا نكاح إلا بولى" فقالا: صحيح"[4].

٢- ما رواه أصحاب السنن عن عائشة- رضى الله عنها- أن النبى ﷺ قال: "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها

---

(١) الحديث: أخرجه البخارى. كتاب: الإيمان. باب: من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه. فتح البارى (٧٣/١)، صحيح مسلم. كتاب: الإيمان. باب: الدليل على أن من خصال الإيمان. مسلم بشرح النووى (١٦/٢، ١٧).

(٢) الهداية (١٩٨/١)، الأحكام الإسلامية للبرديسى ص (١٩٠).

(٣) أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٠).

(٤) سنن الترمذى (٤٨٠/٣).

فنكاحها باطل باطل باطل؛ فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها؛ فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له"[1].

وجه الدلالة من الحديث: أنه صريح فى بطلان نكاح المرأة التى زوجت نفسها بغير إذن وليها، فتعين أن يكون الولى شرطًا فى صحة عقد النكاح[2].

هذا وقد قرر الجمهور أن هذا الحديث صحيح، والاعتبار بقول ابن علية عن ابن جريح أنه قال: سألت عنه الزهرى فلم يعرفه، ولم يقل هذا أحد عن ابن جريج غير ابن علية، وقد رواه جماعة عن الزهرى ولم يذكروا شيئًا من ذلك.

ولو ثبت هذا عن الزهرى لم يكن فى ذلك حجة؛ لأنه قد نقله عن ثقات منهم: سليمان بن موسى وهو ثقة إمام، وجعفر بن ربيعة، فلو نسيه الزهرى؛ لم يضره ذلك، لأن النسيان ليس معصومًا منه ابن آدم.

---

(١) الحديث: أخرجه أبو داود. كتاب: النكاح. باب: فى الولى (٢٢٩/٢)، والترمذى. كتاب: النكاح. باب: ما جاء لا نكاح إلا بولى (٤٠٧/٣)، وابن ماجه. كتاب: النكاح. باب: لا نكاح إلا بولى (٦٠٥/١)

(٢) بداية المجتهد (٦/٢، ٧)، المغنى والشرح الكبير (٤٥١/٦)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢).

فإذا روى الخبر ثقة فلا يضره نسيان من نسيه، هذا لو صح ما حكى عن ابن علية عن ابن جريج، فكيف وقد أنكر أهل العلم ذلك من حكايته ولم يعرجوا عليها[1].

قال الإمام القرطبى: "وقد أخرج هذا الحديث أبو حاتم محمد ابن حبان التميمى البستى فى المسند الصحيح له على التقاسيم والأنواع من غير وجود قطع فى سندها، ولا ثبوت حرج فى نقلها"[2] . اهـ.

مناقشة دليل الجمهور من السنة: ناقش الخصوم دليل الجمهور من السنة بأن هذه الأحاديث التى استدللتم بها فى هذا المقام لا تخلو من مقال، فلا تكون عمدة فى الباب، ولا يستدل بها على الأحكام الشرعية، خصوصًا الحديث الثانى المصرح ببطلان نكاح المرأة التى زوجت نفسها؛ إذ أنه لم يصح أصلاً عند أبى حنيفة[3].

دليل الجمهور من المعقول: استدل الجمهور من المعقول بأن المرأة ليس لها كمال الحال فى الاختيار فهى لا تحسن الاختيار فى كثير من الأمور، وعقد الزواج له أثره وخطره؛

---

(١) بداية المجتهد (٧/٢)، أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨١، ٨٨٢).

(٢) أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٢).

(٣) الهداية (١٩٧/١، ١٩٨)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢)، بداية المجتهد (٧/٢)، تكملة المجموع (٣٠٢/١٥) وما بعدها، نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية (١٨٥/٣) وما بعدها.

وذلك لأن المرأة تخضع لحكم العاطفة التى تغطى عليها جهة المصلحة، فهى تغلب جانب العاطفة على جانب المصلحة، لذلك منعت من مباشرة عقد الزواج بنفسها صيانه لمصلحتها، وحفاظًا على حقوقها[1].

مناقشة دليل الجمهور من المعقول: ناقش الخصوم خصوصًا الحنفية ما استدل به الجمهور من المعقول بعدم تسليم نقصان اختيار المرأة وانسياقها وراء عاطفتها، فقد ثبت لدينا كثير من النماذج النسائية التى تميزت برجاحة العقل، وسداد الفكرة، وثبات الرأى، وتحقيق مصالح عليا، ومجرد وقوع المفسدة فى بعض الأحيان لا يدفعنا إلى الحكم على جميع النساء بها، وعلى فرض وجودها فللولى رفعها.

ولو سلمنا ما قرره الجمهور من المعقول، فالذى يغلب على الظن أنه لا يقف أمام قول الله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[2].

فقد أسند الله تعالى النكاح إلى المرأة، والأصل فى الكلام الحقيقة، وهذا يدل على جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها، ومعلوم أن المعقول لا يقابل النص[3].

---

(١) بداية المجتهد (٢/٧، ٨)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للشيخ البرديسى ص (١٨٩، ١٩٠).

(٢) من الآية رقم (٢٣٠) سورة البقرة.

(٣) الهداية (١/١٩٩)، بدائع الصنائع (٢/٢٥٠)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٩٢).

دليل المذهب الثانى: استدل أصحاب المذهب الثانى القائلون بالتفصيل بأن الولى إذا أذن كان النكاح صحيحًا، وإذا لم يأذن كان باطلاً بدليل من السنة... وهو حديث عائشة – رضى الله عنها – المتقدم ذكره: "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل"(١).

وجه الدلالة من الحديث: أنه قد دل بمنطوقه على أن المرأة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ودل بمفهومه على أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها كان نكاحها صحيحًا(٢).

والمنطوق هو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق، والمفهوم ما دل عليه اللفظ فى غير محل المنطق، كما قرر ذلك علماء الأصول فى مصنفاتهم(٣).

مناقشة دليل أصحاب هذا المذهب: ويناقش ما استدلوا به هنا بمثل ما نوقش به دليل الجمهور من السنة، وحاصل المناقشة أن الحديث فيه مقال، فلا يستدل به على حكم شرعى(٤).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) بداية المجتهد (٧/٢، ٨)، الأحكام الإسلامية للبرديسى ص (١٨٩، ١٩٠).

(٣) تحفة المسئول لشرح مختصر منتهى السول للرهونى (٣١٨/٣)، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى (٦٦/٣)، تيسير التحرير للأمير بادشاه (٩١/١).

(٤) شرح معانى الآثار (٨/٣، ٩).

دليل المذهب الثالث: استدل محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة ومن سلك سبيله من أن النكاح صحيح لكنه يكون موقوفًا على إجازة الولى؛ فإن أجازه نفذ، وإلا بطل، بدليل من السنة، ودليل من المعقول.

أما دليل السنة: فقد استدلوا بنفس حديث عائشة المتقدم؛ إذ أن مفهوم الحديث صحة نكاح المرأة الحرة البالغة الرشيدة نفسها بإذن وليها.

وأما دليل المعقول: فتقريره عندهم: أن المرأة إنما منعت من الاستقلال بعقد زواجها لقصور عقلها، وميلها إلى عاطفتها، فلا يؤمن عليها من الخداع، ووقوع العقد منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن له فيه وليها؛ لأن النظر فى الحقيقة له لا لها، وليس لها إلا مباشرة العقد[1].

والجواب على ذلك:

أما الجواب عن دليل السنة فهو نفس الجواب الذى أجيب به عن دليل الجمهور.

أما الجواب عن دليل المعقول: فإنه لا حاجة إلى هذا التفصيل؛ لأن العاقبة قد تكون مأمونة إذا أذن الولى فى التصرفات الأخرى غير عقد النكاح، أما عقد النكاح فهو عقد له

---

(١) الهداية (١٩٨/١) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢٥٠/٢)، تكملة المجموع (٣٠٥/١٥)، أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٤).

خطره، فقد تميل المرأة فيه لعاطفتها وهواها، فتفسد بذلك مصلحتها على نفسها، ثم إن هذا العقد يلحق الأسرة به من العار والفخار، فلابد من وجود الولى الذى يتحمل المسئولية[1].

دليل المذهب الرابع: استدل داود وأصحابه من أهل الظاهر على ما ذهبوا إليه من صحة نكاح المرأة نفسها إذا كانت ثيبًا، وبطلان هذا النكاح إذا كانت بكرًا بدليل من السنة، وهو ما رواه الإمام مسلم فى صحيحه من حديث ابن عباس – رضى الله عنهما – أن النبى ﷺ قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها"[2].

وجه الدلالة من الحديث: أنه صريح فى أن الثيب أحق بنفسها من وليها، ولا معنى لذلك إلا صدور النكاح عنها وتزويجها نفسها دون التفات منها إلى وليها، فإذا باشرت عقد النكاح أو وكلت فيه من تشاء ولو كان غير وليها، فالنكاح

---

(١) المغنى والشرح الكبير (٤٥١/٦)، الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٨٦-١٨٧).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى (٧٥٦/٢٤) حديث رقم (٦٣) باب: استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والحديث رواه أبو داود والنسائى من حديث ابن عباس بلفظ: "ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر". وأبو داود. كتاب: النكاح. باب: فى الثيب (٢٣٢/٢)، والترمذى. كتاب: النكاح. باب: ما جاء فى استئمار البكر والثيب (٤١٥/٣).

صحيح، وليس للولى حق الاعتراض عليها بأى شكل من الأشكال.

أما البكر فالحديث نص على أنها تستأمر، وهذا معناه أن وليها يتولى عقد نكاحها بدلاً عنها، وهى لا تباشره؛ فدل ذلك على أن الثيب يصح نكاحها إذا زوجت نفسها، والبكر يبطل نكاحها إذا زوجت نفسها، فرقًا بينهما كما هو مدلول الحديث[1].

مناقشة الاستدلال بالحديث: يناقش ذلك بأنه ليس المراد بالأحقية أن تلى العقد لنفسها ولغيرها – أى تزوج نفسها وتزوج غيرها، وإنما المراد اعتبار رضاها، فهو استدلال فى غير محله.

كما أنه لا وجه للتفرقة بين البكر والثيب؛ لأن البكر ما دامت حرة عاقلة رشيدة بالغة فهى كالثيب سواء بسواء فيما يختص بأمر النكاح، وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق، ولا يعدو أثر البكارة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا[2].

ومن جدير ما يشار إليه – هنا – فى ذيل هذا الاستدلال وجوابه أن الفقهاء اختلفوا فى المراد من لفظ الأيم الوارد فى

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨١)، شرح النووى على صحيح مسلم (٢٤/٥٧٤-٥٧٥)، المحلى لابن حزم (٩/٤٥١).

(٢) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للبرديسى ص (١٦٣).

الحديث... فقال أكثر الفقهاء أن المراد به الثيب، واستدلوا على ذلك بأنه جاء مفسرًا فى روايات أخرى بالثيب، كما أن الروايات الواردة جعلت الثيب مقابلة للبكر.

وقال الكوفيون وزفر: الأيم – هنا – كل امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، كما هو مقتضى اللفظ لغة، فكل امرأة بلغت فهى أحق بنفسها من وليها.

والراجح فى هذه الجزئية مذهب أكثر الفقهاء من أن المراد بالأيم الثيب؛ لأنها جعلت مقابلة للبكر كما ورد فى الحديث[1].

دليل المذهب الخامس: استدل الحنفية لظاهر الرواية والمعتمد فى المذهب عندهم من أن المرأة الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها، وباشرت العقد أو وكلت غير وليها فى تزويجها فإن النكاح يكون صحيحًا مطلقًا بالكتاب والسنة والمعقول.

الدليل من الكتاب: استدلوا بعدة آيات قرآنية ... منها:

الآية الأولى: قول الله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[2].

وجه الدلالة من الآية: أن النكاح فى الآية الكريمة قد أسند إلى المرأة، والأصل فى هذا الإسناد الحقيقة، ولا تترك الحقيقة

---

(١) شرح النووى على صحيح مسلم (٢٤/٥٧٤-٥٧٥).

(٢) من الآية رقم (٢٣٠) سورة البقرة.

ويصار إلى المجاز، إلا إذا تعذرت الحقيقة، والحقيقة هنا ليست متعذرة، كما أنه لا توجد أى قرينة تدل على أن اللفظ محمول على المجاز، ولذلك لا يصار هنا إلا إلى الحقيقة، وتتولى المرأة عقد نكاحها، وعلى هذا يثبت أن المرأة إذا زوجت نفسها، أو تصرفت ووكلت غير وليها فى تزويجها كان النكاح صحيحًا، وليس لأحد حق الاعتراض عليها إلا إذا زوجت نفسها من غير كفء، فللولى حينئذ حق الاعتراض ما لم تلد أو تحبل حبلاً ظاهرًا[1].

الآية الثانية: قول الله – تعالى–: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2].

وجه الدلالة من الآية: أن نكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها، أو توكيل غير وليها فى تزويجها، وكل ما تفعله المرأة فى نفسها بالمعروف يصدر عنها، ويترتب عليه أثره من غير توقف على الولى وإذنه، كما نصت الآية الكريمة، وعليه تكون عبارتها فى عقد النكاح صحيحة[3].

الآية الثانية: قول الله – تعالى–: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[4].

---

(١) الهداية (١٩٨/٦)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢)، بداية المجتهد (٧٢٦/٢).

(٢) من الآية رقم (٢٣٤) سورة البقرة.

(٣) بدائع الصنائع (٢٤٩،٢٥٠/٢)، تكملة المجموع (٢٠٤/١٥-٢٠٥).

(٤) من الآية رقم (٢٣٤) سورة البقرة.

وجه الدلالة من الآية: أن الله – تعالى – نهى فى الآية الكريمة الأولياء عن العضل، وهو الامتناع من تزويج من تحتهن من النساء، ثم أضاف النكاح إلى النساء، وهذا يدل دلالة واضحة على أن المرأة يجوز لها أن تتولى عقد نكاحها مباشرة بنفسها، أو توكل غير وليها فى التزويج دون اعتراض من أحد، هذا هو المفهوم من الآية وما تدل عليه(١).

الدليل من السنة: استدلوا بما رواه أصحاب السنة من حديث ابن عباس أن النبى ﷺ قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها"(٢).

وفى رواية "الأيم أحق بنفسها"، وفى رواية النسائى وأبى داود: "ليس للولى مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصماتها إقرارها".

وجه الدلالة من الحديث: أن النبى ﷺ جعل حق المرأة الثيب لها، ونفى أن يكون لغيرها أمر نكاحها، والحديث يتناول بعمومه ما يتعلق باختيار الأزواج، وما يتعلق بالعقد ومباشرته والتوكيل فيه.

---

(١) بدائع الصنائع (٥٤٨/٢)، المغنى والشرح الكبير (٤٥٠/٦).

(٢) الحديث: أخرجه أبو داود. كتاب: النكاح. باب: فى الثيب (٢٣٢/٢)، والترمذى. كتاب: النكاح. باب: ما جاء فى استئمار البكر والثيب (٤١٦/٣)، والنسائى. كتاب النكاح. باب: استئذان البكر فى نفسها (٨٤/٦)، وابن ماجه. كتاب: النكاح. باب: استئمار البكر والثيب (٦٠١/١).

أما البكر فنظرًا لغلبة الحياء عليها بحيث يمنعها من التصريح بالرضا اكتفى الشارع منها ترخيصًا لها بما يدل على رضاها، وليس معنى هذا أن يسلبها الشارع حق مباشرتها العقد الذي ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة؛ لأنه ما دامت البكر عاقلة كالثيب فهما سواء فيما يختص بأمر النكاح(١).

الدليل من المعقول: استدل الحنفية على مذهبهم من المعقول بأن النكاح خالص حق المرأة، وهى من أهل المباشرة للعقود ما دامت حرة بالغة عاقلة رشيدة، فصح أن تباشر عقد النكاح أو توكل فيه غير وليها، قياسًا على سائر العقود، ولاسيما القياس على صحة بيعها لأمتها، بجامع صحة التصرف ونفاد العقد فى كل منهما.

ولأن المرأة إذا ملكت بيع أمتها، وهو تصرف فى رقبتها وسائر منافعها، ففى النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى(٢).

مناقشة دليل المعقول: وقد يناقش ما استدللتم به من المعقول بأن قياس النكاح على البيع قياس فاسد؛ لأنه قياس فى مقابلة النص، فلا يثبت(٣).

---

(١) الهداية (١٩٧/٦)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٢)، أحكام القرآن للقرطبى ص (٨٨٢).

(٢) المغنى والشرح الكبير (٢٥٠/٦)، الهداية (١٩٧/٦-١٩٨).

(٣) المحلى لابن حزم (٤٥١/٩).

الراجح فى المسألة: بعد هذا العرض النقدى المقارن لمذاهب الفقهاء وأدلتهم فى المسألة يترجح لدينا أن ما ذهب إليه جمهور الحنفية هو الأولى بالقبول، وهو أن المرأة الحرة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجت نفسها، أو وكلت غير وليها فى تزويجها فالنكاح صحيح مطلقًا.

وذلك لسلامة أدلتهم عن المعارض، وقوتها؛ إذ لم يعتورها خدش ولا تجريح، بخلاف المذاهب الأخرى، فقد نوقشت أدلتهم، وفندت وجهة أنظارهم، وورد عليها العديد من النقوض والردود، وما قوى دليله خير مما ضعف أو لم يصح أصلاً[1].

لذلك فإن الراجح فى هذه المسألة مذهب جمهور الحنفية؛ لأن الحرة البالغة العاقلة الرشيدة تتم لها الأهلية بالعقل والبلوغ، فتكون لها الولاية كاملة على نفسها وعلى مالها، وقد أطلقت يدها فى مالها نتيجة لكمال أهليتها، فتكون لها الولاية كذلك فى أمر زواجها.

وإذا كان الولى يتأثر بهذا الزواج، ويعود عليه وعلى الأسرة من العار والفخار؛ فإن الحنفية قد راعوا ذلك واحتاطوا له، وجعلوا له حق الاعتراض على العقد إذا زوجت نفسها من غير كفئ، أو بأقل من مهر المثل، ما لم تلد أو تحبل حبلاً ظاهرًا، وهنا تنضبط القواعد، وتتم عملية النكاح مع مراعاة المصلحة والمنفعة للمرأة والولى، والله أعلم بالصواب.

وصلى الله وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) مصادر الحنفية الواردة فى هذا البحث.

الخاتمة

وتتضمن خلاصة ما توصلت إليه بعد البحث والدراسة... وتتمثل فيما يلى:

أولاً: أن الولاية عند الفقهاء هى نفاذ القول على الغير شاء أو أبى، وأن ثمة علاقة وثيقة بين معناها اللغوى ومعناها الشرعى، فهناك تناسق وتناغم بين اللغة والشرع فى تعريف الولاية؛ فإن من يتولى أمر غيره معناه أنه يقوم بأموره وينصره، وهذا يعنى نفاذ قوله عليه.

ثانيا: أن الشخص متى كان عاقلاً بالغًا رشيدًا فإنه يتولى أمور نفسه من حيث التصرف، وبالتالى لا ولاية لأحد عليه؛ لأنه كامل الرأى، سديد النظر فى شئونه وما ينفعه، ومن ثم كان نظره فى أمور نفسه أنفع من نظر غيره فيها، إذ هو أدرى من أى شخص آخر، والمقصود تحصيل المنافع، ودرء المفاسد عن الشخص؛ فإن كان هذا يحصل من نفسه فأولى.

ثالثًا: المعتمد عند الفقهاء أن الذكورة شرط فى الولاية، ويكاد ينعقد الإجماع على ذلك، أما الإسلام فهو شرط باتفاق، فلا ولاية لكافر على مسلم أبدًا.

رابعًا: أن هناك شروطًا فى الولاية محل خلاف بين الفقهاء، والذى يترجح لدينا أن بعضها يشترط وبعضها الآخر لا يشترط، فكل شرط يضبط الولاية ويحققها، ويجلب مصالح المولى عليه،ويدرأ عنه المفاسد، فهو شرط معتبر وينبغى أن

يكون، وكل شرط يخل بالولاية أو يخرجها عن مقصدها فلا يعتبر، وتصح الولاية بدونه، كما هو مبسوط فى محله فى هذا البحث.

خامسًا: أن الولاية فى الزواج تثبت للعصبات، وإلا انتقلت إلى ذوى الأرحام، كما حققه الحنفية؛ لأن المرأة يتولى خالها عقد نكاحها، وكذلك يتولاه ابن خالتها، وابن خالها، ونحو ذلك، وهو كثير فى دنيا الناس، ومشهور وشائع.

لذلك من قصرها على الأب أو وصيه بالتزويج، أو من قصرها على الأب والجد كالإمام الشافعى، فلا وجه له، وقد حَجَّرَ واسعًا.

سادسًا: الراجح فى وجهة نظرنا أن الولى الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة انتقلت الولاية فى النكاح إلى الولى الأبعد، وإذا لم يوجد الولى مطلقًا فالسلطان ولى من لا ولى له.

سابعًا: أن الولاية فى النكاح تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار، وتسمى ولاية حتم وإيجاب وإلزام، وولاية استحباب أو اختيار أو شركة، ولكل واحدة منهما موطنها التى تطلب فيه.

ثامنًا: يترجح لدينا أن ولاية الإجبار والحتم والاستبداد تثبت على فاقد الأهلية أو ناقصها مطلقًا، فتثبت على الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة، والسفيه والسفيهة؛ لأن هؤلاء جميعًا ليس لهم كمال الحال فى النظر فى أمورهم، فيحتاجون إلى ولى يقوم بشئونهم، ويجلب لهم

المصالح، ويدرأ عنهم المفاسد، صيانة لحقوقهم، وحفاظًا عليها من الضياع.

تاسعًا: أن الفقهاء اختلفوا وتباينت وجهة أنظارهم فى حكم انفراد البالغة العاقلة الرشيدة بإنشاء عقد زواجها، أو توكيل غير وليها فى تزويجها، وكل فريق استدل بعدة أدلة، وأيد وجهة نظره بالكثير من الحجج العقلية والنقلية، وكل ذلك نقله الفقهاء وسطروه فى منصفاتهم بغرض معرفة الاتجاهات الفكرية نحو هذه المسألة.

عاشرًا: لكن الذى يترجح لدينا مذهب الجمهور من الحنفية الذين ذهبوا إلى جواز انفراد الحرة البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها أو توكيل غير وليها فى تزويجها، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض، ومناقشتهم لأدلة أصحاب المذاهب الأخرى.

ورأيهم هو الذى يتفق مع نصوص الشريعة وروحها التى جاءت تحافظ على حقوق الإنسان وحرياته، ذكرًا كان أو أنثى فى إطار ضوابط شرعية محددة، فطالما لم تخرج المرأة فى زواجها عن الإطار الشرعى، وحق الولى، وزوجت نفسها من كفء وبمهر المثل؛ فإن ذلك يكون نكاحًا صحيحًا؛ لأنه صادف المحل الأسنى.

الخاتمة

حادى عشر: إن الولاية مبحث مهم من مباحث الفقه الإسلامى، لاسيما فى موضوع النكاح؛ لأن الولاية تحفظ كيان المولى عليه، وتصون حقوقه.

والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم

والله ولى التوفيق.

كتبه:

الراجى لرحمة ربه

د. عبد العظيم عبد الحميد خير الله

مدينة نصر- القاهرة

رمضان ١٤٣٠هـ

مصادر البحث

فهرست المصادر

١- الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية – للشيخ محمد زكريا البرديسى – ط. دار النهضة العربية – الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م-١٩٦٧م.

٢- أحكام القرآن – للإمام الجليل محمد بن فرج القرطبى – ط. مطبعة الشعب – مصر.

٣- أحكام القرآن- لأبى بكر الرازى الجصاص الحنفى – ط. مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة العلية – المطبعة العثمانية سنة ١٣٣٥هـ.

٤- الإحكام فى أصول الأحكام. للأمدى. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون تاريخ.

٥- أساس البلاغة للزمخشرى – ط. دار المعرفة – بيروت، سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م – تحقيق عبد الرحيم محمود.

٦- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – للإمام الكسانى الحنفى – ط. مطبعة شركة المطبوعات العلمية – مصر – الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧هـ.

٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد – للعلامة ابن رشد المالكى المتوفى سنة ٥٩٥هـ- ط. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه – مصر، سنة ١٣٣٥هـ.

٨- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامى. مطابع الفاروق الحديثة.
٩- تحفة المسئول. للرهونى. دبى. الإمارات العربية. ط أولى ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م.
١٠- تكملة المجموع - للأستاذ الشيخ محمد بخيت المطيعى - ط. مطبعة الإمام - مصر.
١١- تيسير التحرير. لأمير بادشاه. طبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.
١٢- جامع الأمهات - للشيخ جمال الدين بن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦هـ- ط ونشر اليمامة - دمشق - بيروت، طبعة أولى سنة ١٤١٩هـ-١٩٩٨م - حققه وعلق عليه أبو عبد الرحمن الأخضرى.
١٣- حاشية الجمل على شرح المنهج. طبع دار إحياء التراث العربى. بيروت. لبنان. بدون تاريخ.
١٤- حاشية الخرشى على مختصر خليل. للإمام الخرشى. طبع دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان ط أولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.
١٥- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير. لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى. ت١٢٣٠هـ. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٦- حاشية الشيخ الشرقاوى على شرح التحرير - ط. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه - مصر - القاهرة سنة ١١٩٢هـ.

١٧- حاشيتا قليوبى وعميرة. مطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر. بدون تاريخ.

١٨- الحاوى الكبير للإمام الماوردى. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط أولى ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.

١٩- الذخيرة. للإمام القرافى. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. ط١ ١٤٢٤هـ- ٢٠٠١م.

٢٠- الروض المربع شرح زاد المستقنع- للإمام منصور البهوتى- ط. دار الحديث- القاهرة- طبعة أولى سنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م - تحقيق عماد عامر.

٢١- سنن ابن ماجه. ط دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون تاريخ.

٢٢- سنن أبى داود. طبعة المكتبة العصرية. بيروت. لبنان. تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.

٢٣- سنن الترمذى. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان ١٤٠٨هـ- ١٩٨٧م. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.

٢٤- سنن النسائى. ط دار الكتب العلمية. بيروت. بدون تاريخ. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.

٢٥- شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية – للأستاذ زيد- ط ونشر مكتبة النهضة – بيروت وبغداد.

٢٦- شرح العناية على الهداية – للإمام البابرتى الحنفى – ط. المطبعة الأميرية – سنة ١٣١٥هـ.

٢٧- شرح فتح القدير. لابن الهمام. طبع دار الكتب العلمية. بيروت. بدون تاريخ.

٢٨- شرح قانون الأحوال الشخصية. للدكتور مصطفى السباعة. طبع المكتب الإسلامى. بيروت. لبنان. الطبعة السابعة ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

٢٩- شرح مسلم للنووى. المطبعة السلفقية بمصر.

٣٠- شرح معانى الآثار للإمام الطحاوى. طبعة دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط٣ ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

٣١- شرح منتهى الإرادات- للإمام البهوتى. الناشر مكتبة ابن تيمية. القاهرة. بدون تاريخ.

٣٢- صحيح البخارى – ط. بغداد بحاشية السندى.

٣٣- صحيح مسلم بشرح النووى – ط. الشعب – مصر.

٣٤- علم المنطق- للدكتور أحمد السيد على رمضان- ط. السعودية- مكة المكرمة سنة ١٤٢٦هـ.

٣٥- غاية المنتهى فى الجمع بين الإقناع والمنتهى. للشيخ مرعى بن يوسف. منشورات المؤسسة السعودية بالرياض. الطبعة الثانية. بدون تاريخ.

٣٦- فتح البارى بشرح صحيح البخارى. طبعة دار الريان للتراث. بدون تاريخ.

٣٧- المبسوط – للإمام الكبير محمد بن سهل السرخسى الحنفى – ط. مطبعة السعادة – مصر – سنة ١٣٢٤هـ.

٣٨- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر. طبعة دار إحياء التراث العربى. بيروت. لبنان. بدون تاريخ.

٣٩- المحلى – للعلامة محمد بن حزم الظاهرة – ط. مطبعة إدارة الطباعة المنبرية سنة ١٣٥١هـ.

٤٠- المستدرك على الصحيحين – لأبى عبد الله المعروف بالحاكم النيسابورى المتوفى سنة ٤٠٥هـ – مكتبة ومطابع النصر الحديثة – بالرياض.

٤١- المعجم الوسيط – ط. مجمع البحوث الإسلامية – سنة ١٩٧٢م- الطبعة الثانية.

٤٢- المعونة على مذهب عالم المدينة – للقاضى عبد الوهاب المالكى المتوفى سنة ٤٢٢هـ- ط ونشر دار الكتب العلمية – بيروت – منشورات محمد على بيضون – الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٨م – تحقيق محمد حسن الشافعى.

٤٣- مغنى المحتاج فى معرفة ألفاظ المنهاج. للشيخ محمد الشربينى. طبع دار الفكر. بيروت. لبنان. بدون تاريخ.

٤٤- المغنى والشرح الكبير- للإمام الكبير ابن قدامة المقدسى الحنبلى- ط. مطبعة المنار - القاهرة سنة ١٣٤٨هـ.

٤٥- المقنع فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل. لابن قدامة المقدسى. طبع المكتبة السلفية بمصر. الطبعة الثانية. بدون تاريخ.

٤٦- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية. للإمام الزيلعى. طبعة دار الحديث بمصر. بدون تاريخ.

٤٧- نهاية المحتاج شرح المنهاج - للإمام الرملى الشافعى - ط. المطبعة العامرة الكبرى سنة ١٢٩٢هـ.

٤٨- الهداية شرح بداية المبتدى - للإمام الميرغينانى - ط. مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١
الفصل الأول: تعريف الولاية لغة وشرعًا وبيان وجهة نظر الفقهاء فى ثبوتها على المولى عليه	٥
الفصل الثانى: شروط الولاية- ترتيب الأولياء- انتقال الولاية إلى القاضى – غيبة الولى	١٠
الفصل الثالث: أنواع الولاية فى الزواج وبيان وجهة نظر الفقهاء فى هذه المسألة	١٩
الفصل الرابع: لمن تثبت الولاية فى النكاح وعلى من تثبت، وفيه مسائل خمس:	٣١
المسألة الأولى: لمن تثبت ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد.	٣٢
المسألة الثانية: العلة فى ولاية الإجبار.	٣٧
المسألة الثالثة: على من تثبت ولاية الحتم والإيجاب.	٤٠
المسألة الرابعة: ولاية الندب والاستحباب.	٤٤
المسألة الخامسة: آراء الفقهاء وأدلتهم فى انفراد البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها.	٤٦
الخاتمة	٧٠
مصادر البحث	٧٤
فهرس الموضوعات	٨٠