بسم الله الرحمن الرحيم

الاســـــم : محمد حسين مبروك قنديل

تاريخ الميلاد : ١٩٥١/٣/١١

محل الميلاد : الشون ـ دسوق ـ كفر الشيخ

الدرجات والمؤهلات العلميه التى حصل عليها :

ليسانس الشريعه والقانون من القاهره ١٩٧٨ .

ماجستير فى الفقه المقارن ١٩٨٣ من شريعة القاهره

وعنوانه : تحقيق ودراسة كتاب الشركة من كتـــــاب الذخيره للقرافى .

والدكتوراه : فى الفقه المقارن ١٩٨٥ من شريعـــة أسيوط .

وعنوانها : نظرية الشيوع فى الفقه الاسلامى .

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأزهر
فرع دمنهور
كلية الشريعة والقانون

بشأن
د / محمد حسين قنديل
مدرس الفقه المقارن بالكلية

" ولاية الاجبار فى عقد الزواج "

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ، **وبعد** ....

فان المتتبع لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء يجد أنها لم تخص عقدا من العقود بالعناية والرعاية مثل ما أختصت به عقد النكاح فبينت أحكامه ، وأوضحت كل ما يتصل به لتكفل للاسرة المسلمة حياة مستقرة قائمة على طيب السكنى والمودة والرحمة . وتوضيحا لهذا المفهوم أقدم هذه الدراسة المتواضعة عن ولاية الإجبار فى عقد الزواج حتى يستبين لفتيان الأمة الاسلاميه وفتياتها حق الولى فى مباشرة عقد النكاح واجبار من له عليه ولاية على العقد اذا أجازت له الشريعة ذلك ويتكون هذا البحث من الموضوعات الاتية : ـ

١ ـ معنى الولاية وأقسامها : أ ـ ولاية أختيار .

ب ـ ولاية الاجبار ، معناها ، أسبابها .

٢ ـ من تثبت عليه ولاية الاجبار .

٣ ـ أراء الفقهاء فى تزويج البكر الصغيرة .

٤ ـ أراء الفقهاء فى من تثبت لهم ولاية الاجبار .

٥ ـ اراء الفقهاء فى تزويج الثيب الصغيره .

٦ ـ ولاية الاجبار على المجنون والمجنونة .

٧ ـ اجبار البكر البالغة العاقلة .

بسم الله الرحمن الرحيم

ولاية الاجبار فى عقـــد الـــزواج

معنى الولاية

فى اللغة : الولاء : الملك ٠ والقرب ـ القرابة ـ والنصرة ـ والمحبة ٠

والولاية (بالفتح) : القرابة ٠ ويقال : القوم عليه ولاية : يد واحـدة يجتمعون فى الخير والشر ٠ والولاية (بالكسر) : القرابة والخطة والامـارة والسلطان والبلاد التى يتسلط عليها الولى ٠

والولـى : كل من ولى أمرا أو قام به ـ والنصير ـ والمحب ٠و ـ الصديـق ذكرا ٠ (وقد يؤنث بالتاء) والحليف ـ والصهر ـ والجار ـ والعقيـد والتابع ـ والمعتق ـ والمطيع ـ ٠ يقال : المؤمن ولى الله ٠و ـ المطـر يسقط بعد المطر ٠و (ولى العهد) : وارث الملك ٠ و (ولى المرأة) مـن يلى عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح من دونه ٠ و (ولـى اليتيم) : الذى يلى أمره ويقوم بكفايته ٠

وقال سيبويه : الولاية (بالفتح) المصدر ، و (بالكسر) الاسم ، لأنه اسم لماتوليته وقمت به ، واذا أرادوا المصدر فتحوا (١) ٠

والولاية فى الفقه : تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى (٢) ٠

أقسام الولايـــة

تنقسم الولاية قسمين :

ولاية قاصرة : وهى قدرة العاقد على انشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ٠

---

(١) لسان العرب والقاموس المحيط مادة ولى ، والمعجم الوسيط ٢ / ١٠٥٨

(٢) البحر الرائق ٣ / ١١٧

وولاية متعدية : وهى : قدرة العاقد على انشاء العقد الخاص بغيره باقامة من الشارع . وتتنوع الولاية المتعدية الى ولاية على النفس ، والى ولاية على المال .

والولاية على المال : هى القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

والولاية على النفس : هى القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد (١) وتتمثل فى أمرين :

الأول : فى الحضانة . **والثانى** : فى التزويج .

ويرى جمهور الفقهاء أن الولاية فى النكاح تنقسم الى قسمين :

أحدهما : ولاية اجبار : وهى التى تعتبر ولاية كاملة ، لأن الولى يستبد فيها بانشاء الزواج على المولى عليه ، ولا يشاركه فيه أحد .

ثانيهما : ولاية اختيار : أو ولاية الشركة ، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب (٢) ، وهى الولاية على البالغة العاقلة .

ويقرر جمهور الفقهاء على البكر البالغة العاقلة ولاية ، لأنها ليس لها أن تنفرد بالزواج ، ولا يثبتها أبو حنيفة حيث يرى أن نكاح الحرة المكلفة بلا ولى نافذ ، لأنها تصرفت فى خالص حقها ، وهى من أهل التصرف لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الأزواج ، وانما يطالب الولى بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ، ولذا كان المستحب فى حقها تفويض الأمر اليه .

وأصل ما سبق : أن كل من يجوز تصرفه فى ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه ، وكل من لا يجوز تصرفه فى ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه (٣)

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٠ ، وللسيوطى ص١٧٠ ، شرح فتح القدير ٣/١٥٧

(٢) البحر الرائق ٣/١١٧ . (٣) المرجع السابق .

ولاية الاجبـــــــار

المعنى اللغوى : جبر فلانا على الأمر : قهره عليه وأكرهه ·
أجبره على الامر : جبره ، وفلانا : نسبه الى مذهب الجبرية · ويقال : أجبر القاضى الرجل على الحكم : اذا أكرهه عليه (١) ·

والمعنى الشرعى ·حمل الغير من ذى ولاية بطريق الالزام على عمل تحقيقا لحكم الشرع (٢) · ويلاحظ من التعريف السابق أنه تعريف للاجبار عامـــة ،

أما الاجبار فى عقد الزواج : فالمراد به أن يباشر الولى العقد نافذا على المولى عليه دون الرجوع اليه لأخذ رأيه ، أو يتوقف النفاذ على رضاه (٣) ·

أسباب ولاية الاجبار

تثبت ولاية الاجبار بأحد الأسباب الآتية :ـ

السبب الأول : الملك : والمراد منه ملكية السيد لرقيقه ، فاذا أراد السيد زواج أمته ، فيحق له أن يزوجها بسبب ملكيته لها ·
وهذا السبب لا يحتج الى تفصيل ، لأن الرق لا وجود له فى الوقت الحاضر ·

السبب الثانى : القرابة : وهى أقوى أسباب الولاية ، وتثبت للأب ومن فى معناه كالجد ، وان كان الفقهاء لم يتفقوا على غير الأب الا أن ذلك سيتضح عند ما نتعرض بالتفصيل لمن تثبت له ولاية الاجبار ·

السبب الثالث : الايصاء : والمراد به أن يعهد الوصى بشئون أولاده الى غيره ، وهو والوصية بمعنى واحد · واختلف الفقهاء فى هذا ، فمنهم من قال ان الولاية تستفاد فى النكاح بالوصية · وذهب الى هذا المالكيـــــة

---

(١) القاموس المحيط : مادة : جبر ، المعجم الوسيط ١/١٠٥ ، مختار الصحاح ص ٩١ ·
(٢) أحكام الزواج للدكتور / أحمد فراج ص٢١٤ ، ط ١٩٨٥ ·
(٣) رد المحتار على الدر المختار ٣/٥٥ ، فقه السنة ٢/١١٦ ·

وبعض الحنابلة (١) .

وعللوا لمذهبهم بقولهم : انها ولاية ثابته للأب فجازت وصيته بها كولاية المال . ولأنه يجوز أن يستنيب فيها فى حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته ، فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال .

وذهب أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر (٢) الى أنها لاتستفاد بالايصاء لأنها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة .

ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبى .

ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم .

وما نراه ملائما لهذا المقام هو ما قاله أبو عبدالله بن حامد : ان كان للمرأة عصبة لم تجز الوصية بنكاحها ، لأنه يسقط حقهم بوصيته ، وان لم يكن لها عصبة جاز لعدم ذلك (٣) .

السبب الرابع : الامامة : وهى ولاية الحاكم أو نائبه على أفراد الأمة عند عدم وجود ولى عملا بقوله ـ صلى اللهع عليه وسلم ـ : " السلطان ولى من لا ولى له " (٤) .

السبب الخامس : الولاء : وهى قرابة حكيمة تنشأ بين السيد وعبيده الذين أعتقهم ، وهذا السبب ليس موجودا فى واقعنا الآن .

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢/٢٦٤ ، المغنى ٦/٤٦٤

(٢) البحر الرائق : ٣/١٣٥ ، المهذب ١/٤٤٩ ، المغنى ٦/٤٤٦ .

(٣) المغنى ٦/٤٦٤ .

(٤) تلخيص الحبير ٣/١٥٦ ـ ١٥٧ .

من تثبت عليه ولاية الاجبـــــار

اختلف الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الاجبار ، ويرجع سبب ذلك الـــى اختلافهم فى علة ثبوت ولاية الاجبار :

مبنى الخلاف : يرى فقهاء المذهب الحنفى أن علة الاجبار هى الصغـر والجنون ، ولذا تثبت ولاية الاجبار على الصغير والصغيرة ، والمجنـــون والمجنونه ، والمعتوه والمعتوهة (١) .

ويرى فقهاء الشافعية (٢) أن علة الاجبار هى البكارة فى الأنثى ، والصغر فى الغلام ، والجنون فى المجنون والمجنونة .

وعلى ذلك يملك الولى اجبار المجنون والمجنونة على الزواج ولا عبرة برضاهما . وكذلك البكر العاقلة يجبرها الولى على الزواج سواء كانت بالغة أم غير بالغـة الا أنه يستحب للولى أن يستأذن البكر البالغة لتطييب نفسها عملا بقولـــه صلى الله عليه وسلم ـ " الثيب أحق بنفسها والبكر يستأمرها أبوها (٣) .

أما الثيب فلا تثبت عليـها ولاية اجبار مطلقا .

وذهب المالكية (٤) والحنابلة (٥) مذهبا وسطا بين الحنفية والشافعيـة وسأوضح ذلك عند بيان من تثبت عليه ولاية الاجبار .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٩٦ ، شرح فتح القدير ٣/١٧٢ .

(٢) المجموع ١٦/١١٦ .

(٣) نيل الاوطار ٦/ ١٣٧ .

(٤) حاشية الدسوقى ٢/٢٢٢ .

(٥) المغنى ٦/٤٨٦ ـ ٤٩٣ .

وقبل التفصيل لا بد من كلمة ، وهى أن بعض الفقهاء (١) : عثمان البتى وابن شبرمة وأبى بكر الاصم قالوا بعدم جواز اجبار الصغار على الزواج ، لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ، اذ أن الزواج لا تظهر آثاره الا بعد البلوغ ، فلا حاجة اليه قبله ، والولاية الاجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه اليها ، وحيث لا حاجة الى الزواج بسب الصغر ، فلا ولاية تثبت على الصغار فيه .

وذهب الظاهرية (٢) الى أنه لا يجوز للأب ولا لغيره انكاح الصغير الذكر حتى يبلغ ، فان فعل فهو مفسوخ أبدا .

وكذلك المجنون لا تثبت عليه ولاية الاجبار حتى يفيق ويزوج نفسه .

أما المجنونة فان كانت بكرا صغيرة ، تثبت عليها ولاية الاجبار ، وان كانت بكرا كبيرة أو ثيبا ، فلا تثبت عليها ولاية الاجبار .

وبعد بيان سبب الخلاف بين الفقهاء فى علة ولاية الاجبار ، ينبغى بيان من تثبت عليه ولاية الاجبار ، وسنخص بالحديث هنا : تزويج البكر الصغيرة ، الثيب الصغيرة ، تزويج المجنونة ، والمجنون ، ونختم البحث بتزويج البكر البالغة العاقله .

---

(١) شرح فتح القدير ٣/١٧٢ ـ ١٧٣ ، المحلى ١١/٣٦ .

(٢) المحلى ١١/٤٢ ـ ٤٤ .

آراء الفقهاء فى تزويج البكر (١) الصغيرة

ذهب جمهور الفقهاء (٢) الى أن البكر الصغيرة التى لم تبلغ يجوز لوليها أن يجبرها على النكاح بشرط أن يكون كفأ لها .

وذهب ابن شبرمه ، وأبو بكر الأصم ، وعثمان البتى (٣) الى أنه لا تجبر الصغيرة على النكاح حتى تبلغ وتأذن فى تزويجها .

دليل الجمهور :

استدل الجمهور على جواز اجبار البكر الصغيرة بالأدلة الآتية :

١ ـ **من الكتاب** : قوله تعالى " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن " (٤) .

وجه الادلة : جعل الحق تبارك وتعالى للائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من الطلاق فى نكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا اذن لها فيعتبر (٥) .

٢ ـ **من السنة** : أ ـ قالت عائشة ـ رضى الله عنها : " تزوجنى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأنا ابنة ست وبنى بى وأنا أبنة تسع (٦) "

---

(١) **البكر فى اللغة** : البكر : العذراء ، أول كل شىء . وأول ولد للأبوين ذكرا أو أنثى . و الرجل لم يتزوج . وكل فعلة لم يتقدمها مثلها . و الجمع (أبكار) ، والمصدر (البكارة) ، وهى عذرة الفتاة .
وفى الفقه : هى التى يكون مصيبها أول مصيب . .
مختار الصحاح ص٦١ ، المعجم الوسيط ٦٧/١ ، شرح فتح القدير ١٦٩/٣ .

(٢) البحر الرائق ١٢٦/٣ ، المدونة ١٤٠/٢ ، مغنى المحتاج ١٤٩/٣ المغنى ٤٨٧/٦ ، المحلى ٣٦/١١ .

(٣) المحلى ٣٦/١١ ، الاحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص١٢٣ .

(٤) الآية رقم (٤) من سورة الطلاق (٥) المغنى ٤٨٧/٦ .

(٦) صحيح البخارى ١٦٦/٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى ٥٧٧/٣ .

ودل ذلك على أن النبى صلى الله عليه وسلم - تزوج عائشة فى حال لم يكن يعتبر اذنها فيه .

ب - وورد أيضا أن عليا زوج ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - (١) .

٣ - **ومن المعنى** : لا يوجد ما يمنع من العقد على البكر الصغيرة ، وان تأخرت ثمرة العقد الى ما بعد الكبر ، لأن الصغر لم يمنع ثبوت الولاية المالية ، كشراء عقار لا يغل الا بعد الكبر فانه يجوز ، مع أن ثمرات العقد لا تكون الا بعد الكبر ، والحاجة الى النكاح ثابته فى الصغر ، لأن الكفء لايتوافر فى كل وقت وعساه يتوافر فى الصغر ، ويفوت بعد بلوغ الحلم ،فكان الاحتياط لمصلحة الصغير يثبته (٢) .

دليل من منع تزويج الصغيرة :

استدلوا على منع اجبار الصغيرة على النكاح بالمعنى فقالوا :

ان أساس ثبوت ولاية الاجبار على الصغيرة هو حاجة المولى عليه اليها والصغيرة لا حاجة اليها الى الزواج بسبب الصغر ، فلا تثبت عليها ولاية فيه (٣) .

ويرى ابن شبرمه أن تزويج عائشة - رضى الله عنها - للنبى - صلى الله عليه وسلم - هو خصوصية للرسول ، كزواج الهبة ، والزيادة له فى الجمع بين الزوجات على أربع (٤) .

وبعد العرض السابق لا نستطيع أن نقول غير **ما قال به ابن المنذر** : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها (٥) . والله أعلم .

---

(١) المغنى ٦/٤٨٧ (٢) الأحوال الشخصية لأبى زهزه ص١٢٤-١٢٥

(٣) المرجع السابق (٤) المحلى ١١/٣٦ .

(٥) المغنى ٦/٤٨٧ .

جبر الصغير على الزواج

يرى الحنفية (١) أن الصغير يلحق بالصغيرة .

وذهب المالكية (٢) الى ذلك ، ولكنهم قيدوا الجبر بأن يكون لمصلحة الصغير كتزوجه من شريفة ، أو غنية ، أو بنت عم .

وقال الشافعية (٣) : ان الصغير يجبر على الزواج ولا خيار له اذا بلغ ، ولا يجبره غير الأب ، وليس ذلك لسلطان ولا ولى ، فان وقع فالنكاح مفسوخ .

ويرى الحنابلة (٤) : أن الصغير يجوز للأب أو وصيه جبره على الزواج لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما الى زيد فأجازاه جميعا .

ومما سبق يتضح لى أن جمهور الفقهاء متفقون على جواز جبر الصغير على النكاح وذهب الظاهرية (٥) : الى أن الصغير لا تثبت عليه ولاية الاجبار بل ينتظر به حتى بلوغه ، فان أجبر فالعقد مفسوخ أبدا .

واستدلوا بقوله تعالى : " ولا تكسب كل نفس إلا عليها (٦) "

فقالوا : ان هذا النص مانع من جواز عقد أحد على أحد الا أن يوجب انفاذ ذلك نص قرآن ، أو سنة ، ولا نص من قرآن ، أو سنة فى جواز انكاح الأب لابنه الصغير .

وأدلة الجمهور سبق ذكرها عند الكلام على اجبار البكر الصغيرة ، وما رأيناه راجحا - والله أعلم .

---

(١) شرح فتح القدير ٣/١٧٢ .
(٢) المدونة ٢/١٤٠ ، الفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى ٤/٣٣ .
(٣) الأم ٥/١٨ .
(٤) المغنى ٦/٤٩٩ .
(٥) المحلى ١١/٤٣ .
(٦) الآية "١٦٤" من سورة الأنعام .

آراء الفقهاء فيمن تثبت لهم ولاية الاجبار

أولا : على الصغير والصغيرة البكر

أجمع الفقهاء القائلين بالاجبار على أن الأب يجوز له جبر من تثبت عليه ولاية الاجبار لأى علة أوجبت ذلك .

واختلفوا فى غير الأب ، واليك ما قالوه :

المذهب الأول : يرى الامام مالك ، وأحمد ، وابن أبى ليلى (١) : أن ولاية الاجبار على الصغير والصغيرة لا تكون الا للأب ، وزاد المالكية وصى الأب بالتزويج ، وقيدوا ولايته فى الاجبار ، بأن لا يزوجهن لخصى أو عنين أو مجبوب ، أو أبرص ، أو رقيق .

وألا يكون الزوج فاسقا وأن لا يكون المسمهر أقل من مهر المثل . واشترط الامام أحمد ولاية الوصى بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج .

ومنع ابن حزم اجبار الصغير ، ووافقتهم فى الصغيرة (٢) .

المذهب الثانى : لا يجوز لغير الأب والجد تزويج الصغيرة الا أن تبلغ وتأذن . هذا هو مذهب الشافعية . وذكر الشافعى - رضى الله عنه - فى القديم : أنه يستحب للأب أن لا يزوجها حتى تبلغ ، لتكون من أهل الاذن ، لأنه يلزمها بالنكاح حقوق (٣) .

المذهب الثالث : وهو مذهب أبى حنيفة والحسن ، وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس ، وقتادة ، والأوزاعى .

ويرى أصحاب هذا المذهب : أنه يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخيار فى فسخ النكاح اذا بلغت . وزاد غير أبى حنيفة على هذا : أن الصغيرين اذا زوجهما غير الأب والجد فلهما الخيار اذا بلغا (٤) .

---

(١) المدونة ٢/١٤٦ ، المغنى ٦/٤٨٩ . (٢) المحلى ١١/٣٧

(٣) المجموع ١٦/١٦٨ . (٤) حاشية ابن عابدين ٣/٦٥-٦٦

المغنى ٦/٤٨٩ .

الأدلـــــــة

أولا : أدلة المذهب الأول : قالوا : ان الولاية على الحرة انما تثبت لحاجتها ولا حاجة فى الصغير والصغيرة قبل البلوغ لعدم الشهوة ، فلا ولاية عليهما ، غير أن ولاية الأب تثبت نصا على خلاف القياس ، وهو تزويج أبى بكر عائشة - رضى الله عنهما - وهى بنت ست سنين ، وصحح النبى - صلى الله عليه وسلم - ذلك ، فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ، ولا يلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ، ولذا يقدم وصى الأب عليه (١) .

ورد الحنفية هذا بقولهم (٢) : لا نسلم أن الولاية على الحرة على خلاف القياس بل هى موافقة له ، لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والأزواج وقضاء الشهوة ، ولا تتوافر الا بين متكافئين عادة ، ولا يتفق الكفء فى كل زمان ، فأثبتنا الولاية فى حال الصغر احراز للكفء ، اذا ظفر به للحاجة اليه ، اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله ، فيتعدى الى الجد وغيره .

ثانيا : أدلة المذهب الثانى : استدل الشافعية على أنه لا يجوز لغير الأب والجد تزويج البكر الصغيرة بما يأتى :

١ - قال - صلى الله عليه وسلم - "اليتيمة تستأمر" (٣) واليتيمة الصغيرة التى لا أب لها ، لقوله (ص) : "لا يتم بعد حلم" .

٢ - وفى الحديث أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان ممن ابن عمر فردها (ص) وقال : "انها يتيمة ، ولا تنكح الا باذنها (٤) .

٣ - التفويض الى غير الأب والجد مخل بالصغيرة لقصور شفقته وبعد قرابته ، ولهذا لا يملك التصرف فى المال مع أنه أدنى مرتبة ، فلأن لا يملك التصرف

---

(١) صحيح مسلم ٣/٥٧٧ .

(٢) شرح فتح القدير ٣/١٧٣ ، المغنى ٩/٤٩٠ ، المحلى ١١/٣٨ .

(٣) نيل الاوطار ٥/١٢٠ (٤) المرجع السابق

فى النفس وأنه أعلى أولى (١) .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث : استدل الحنفية (٢) ومن معهم على ما ذهبوا اليه بظاهر قوله تعالى (٣) : "وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ـ الآية" منع الحق سبحانه من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن ، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف ، ولا يقال ذلك بمفهوم الشرط ، لأن الحنفية لا تقول بصحة الاستدلال بالمفهوم ، لأن الأصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن ، فعند عدمه يثبت الجواز بالأصل الممهد لا مضافا الى الشرط ، ويصرح بجواز نكاحها ما قالته السيدة عائشة ـ ض ـ فى سبب نزول هذه الآية : " أنها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ، يرغب فى مالها ولا يقسط فى صداقها ، فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق فأمر القرآن الكريم بتزويج اليتامى من غير الأولياء . وزوج النبى (ص) بنت عمه حمزه ـ رضى الله عنه ـ من عمر بن أبى سلمة وهى صغيرة " ، وانما زوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة ، لأنه (ص) لم يزوج بها قد ، ولو فعل لم يتزوج أحد الا عنه ، لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره .

وقالوا : ان الولاية للنظر وهى موجودة فى كل قريب ، لأن القرابة داعية اليه كما فى الأب والجد ، فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة ، غاية ما فى الباب أنه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها ، لكن ما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك فأظهرناه فى سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فاذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغى مضيا على النكاح ، وان وجدا قد أوقعا خللا مقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف

---

(١) المجموع ١٦/١٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ٣/١٧٣ .

(٣) الاية رقم "٣" من سورة النساء

فى المال ، لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك ، لأنه يتكرر بتداول الأيدى ، بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقف ممكنا (١) ، وفى هذا رد على ما استدل به الشافعية .

وذكر صاحب سبل السلام (٢) : أن ما قال به الحنفية ومن معهم قول ضعيف لأن المعول على اجبار الصغير والصغيرة هو حاجتهما الى الزواج ، وعدم القدرة على اظهار الرضا ، فنيط بالأب ومن فى حكمه وهو الجد النظر فى مصلحة الصغير والصغيرة دون غيرهما . وما قالوا به من الخيار بعد البلوغ فى غير الأب والجد قياسا على الأمة اذا اعتقت وهى مزوجة ، فانه لا يحقق كمال المصلحة لضعف القياس ، ولهذا لم يقل به أبو يوسف .

الرأى المختار : وبعد عرض الآراء فى جبر الولى الصغير والصغيرة وأدلة كل رأى ، ومناقشة ما أمكن مناقشتها منها يبدو لى أن الرأى المختار هو ما قال به الشافعية لقوة أدلته وسلامتها ، وتحقيقها لمصلحة الصغير والصغيرة - والله أعلم -.

---

(١) شرح فتح القدير ٣/١٧٣ .

(٢) سبل السلام ٣/١١٩ .

ثانيا : الثيب (١) الصغيرة

اختلف الفقهاء فى اجبار الثيب الصغيرة ، وأيضا فيمن له ولاية اجبارها عند من قال به . وللعلماء فى ذلك رأيان :

الرأى الأول : لايجوز اجبار الثيب الصغيرة على الزواج سواء كان الولى أبا أو جدا أو غيرهما .

ويرى هذا الشافعية والحنابلة (٢) .

الرأى الثانى (٣) : الثيب الصغيرة يجوز لأبيها تزويجها ، ولا يستأمرها،هذا ما قاله المالكية ، وقاله الحنفية وزادوا عليه الجد وغيره من الأولياء .

الأدلـــــة

أدلة القائلين بعدم جواز جبر الثيب الصغيرة :

استدلوا بقوله (ص) ليس للولى مع الثيب أمر " (٤) ، ولم يفرق بين كبيرة أو صغيرة ، فدل ذلك على عدم الجبر . ولأنها حرة مسلمة ذهبت بكارتهـــا بالجماع ، فلم تجبر على النكاح كالثيب الكبيرة (٥) .

---

(١) **فى اللغة** : الثيب : يقال : ثيبت المرأة صارت ثيبا ، فهى مثيب، الثيب غير العذراء ، أى المرأة التى دخل بها .
وفى الفقه : قال الحنفية : الثيب : هى الموطؤة بنكاح صحيح ،أو نكـــاح فاسد أو بشبهة أو زنا حدث به ولو مرة ،أو زنا تكرر منها وان لم تحد به .
وقال المالكية : هى من زالت بكارتها بوطء فى عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد .
وقال الشافعية والحنابلة : هى الموطؤة فى القبل سواء كان الوطء حـــلالا أم حراما . المعجم الوسيط ١٠٢/١ ، مختار الصحاح ص٨٩ . الفقه علـــى المذاهب الاربعة للجزيرى ٣٣/٤ـ٣٦ .

(٢) المجموع ١٧٠/١٦ ، المغنى ٤٩٢/٦ . (٣) البحر الرائق ١٢٧/٣ ،
(٤) نيل الاقطار ١٢٠/٦ . (٥) المجموع ١٧٠/١٦ ، المغنى ٤٩٢/٦ .

أدلة القائلين بجواز جبر الثيب الصغيرة :

(١)

استدل الامام أبو حنيفة ومن معه على جواز جبر الثيب الصغيرة بقوله : ان المقتضى للولاية النظرية هو الحاجة ، وقد تحققت للصغر ، والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى ، لأن الشفقة فى الأب والجد متوافرة ، واذا وجد المقتضى وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ، ولا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة ، لأن الرأى والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها . واذا لم تكن الثيابة سببا لحدوث الرأى لا تصلح مدارا ، وأما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا ، فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية .

الرأى المختار :

وبعد العرض السابق يظهر لى أن رأى الحنفية ومن معهم هو الأولى بالقبول لقوة حجتهم ، ولكون علة الاجبار فى الصغيرة سواء كانت بكرا أم ثيبا واحدة ، وهى الحاجة للنظر الذى يحقق المصلحة - والله أعلم-.

ثالثا : ولاية الاجبار على المجنون والمجنونة

يرى الأحناف : (٢) أن المجنون والمجنونة يلحقان بالصغير والصغيرة ولو كانا كبيرين ، فاذا زوج المجنونة الكبيرة ابنها وهو وليها ثم أفاقت لا يكون لها حق الخيار اذا كان وليها غير معروف بسوء الاختيار . أما اذا زوجها غير ابنها أو أبيها عند عدم وجود ابنها ، فان لها حق الخيار بمجرد الافاقة ولا يجوز للولى أن يزوج المجنونة الكبيرة بدون اذنها الا اذا كان جنونا مطبقا ، أما اذا كان متقطعا ، فانه يجب أن ينتظر وقت افاقتها ويستأذنها ومثلها المجنون والمعتوه والمعتوهة .

---

(١) شرح فتح القدير ٣/ ١٧٤ - ١٨٥ ، الفقه على المذاهب الاربعة للجزيرى ٤/ ٣١٠ .

(٢) أنظر المرجعين السابقين

واختلف فقهاء الحنفية فيما اذا اجتمع فى المجنونة جنونا أصليا - بأن بلغت مجنونة ، أو عارضيا بأن طرأ الجنون بعد البلوغ - أبوها أو جدها مع ابنها ، فالولى فى تزويجها ابنها عند أبى حنيفة وأبى يوسف،وقال محمد : أبوها . وقال زمز : العارضى لا يزوجها أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع ، وليس بشىء فلم لا ترجع عند وجود مناط الحجر ، بل هى أحوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر ، لأن الحاجة اليها فى الصغر لتحصيل الكفء ، وفى الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة .

وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جده على هذا الخلاف .

وقال المالكية : (١) يجبر الأب المجنونة جنونا مطبقا ولو ثيبا أو ولدت الأولاد ، لا من تفيق فتنتظر افاقتها ان كانت ثيبا بالغا ، فان أفاقت فلا تزوج الا برضاها ، وأما ان كانت بكرا ، فانه يجبرها ولا تنتظر افاقتها . وكل ما يجبرها الأب يجبرها وصيه ، ولذ حق الوصى فى الجبر مقيد بأن لا يزوجهن لمن به عيب والا كان للمجبورة خيار الفسخ .

وللولى المجبر جبر الولد المجنون جنونا مطبقا اذا خاف عليه الزنا أو الضرر الشديد أو الهلاك وكان الزواج ضروريا ومتعينا لانقاذه ، فان لم يكن له أب أو وصى أب وكان جنونه قبل البلوغ زوجه الحاكم .

وذهب الشافعية : الى أن المرأة المراد نكاحها ان كانت مجنونة فان كان وليها أباها أو جدها زوجها على أى صفة كانت ، صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا ، لأنهما يملكان اجبارها على النكاح ، لأنها ليست من أهل الاذن ، ولا يرجى لها حال تصير فيه من أهل الاذن .

وان كان وليها من غير الأب والجد من العصبات لم يملك تزويجها ، لأن تزويجها اجبار ، وهم لا يملكون اجبارها على النكاح . وان كان وليها الحاكم

---

(١) حاشية الدسوقى ٢/٢٢٢ ، الفقه على المذهب الاربعة للجزيرى ٤/٣٣

فان كانت صغيرة لم يجز للحاكم تزويجها ، لأنها لا حاجة بها الى التزويج في هذه الحال . وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ، لأن لها في ذلك حظا ، لأنها تحتاج اليه للعفة ، وربما كان لها فيه شفاء ، والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصبات أنه يزوجها حكما ، وبهذا يجوز له التصرف في مالها ، والعصبات غير الأب والجد يزوجونها بالولاية ، ولا ولاية لهم عليها .

ونص الشافعية على أن الكبير المغلوب على عقله لأبيه أن يزوجه ، لأنه لا أمر له في نفسه ، وان كان يجن ويفيق فليس له أن يزوجه حتى يأذن له وهو مفيق في أن يزوج ، فاذا أذن فيه زوجه ولا يرد انكاحه اياه ، وليس لأحد غير الآباء أن يزوجو المغلوب على عقله ، لأنه لا أمر له في نفسه ، ويرفع الى الحاكم فيسأل عنه ، فان كان يحتاج الى التزويج ذكر للزوجة حاله ، فان رضيت زوجه ، وان لم يكن يحتاج الى التزويج فيما يرى بزمانه أو غيرها لم يكن للحاكم أن يزوجه ولا لأبيه الا أن يكون تزويجه ليخدم فيجوز تزويجه لذلك .(١)

وذهب الحنابلة : (٢) الى أن المجنونة ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لأنه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى .

واذا كانت ممن لا تجبر انقسمت ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة ، فهذه يجوز لوليها تزويجها ، لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى .

وذهب بعض آخر من الحنابلة الى أنه لا يجوز لوليها تزويجها ، لأن الولاية في هذه الحالة ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية اجبار . والأصح هو الرأى الأول ، لأن ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة

---

(١) المجموع ١٦/ ١٧١ ـ ١٧٢ ، الأم ٥/ ١٨

(٢) المغنى ٦ /٤٩٦ ـ ٤٩٨ .

منها والخيرة ، وهذه بخلاف ذلك .

وكذلك الحكم فى الثيب الصغيرة اذا كانت غير بالغة ، وقلنا بعدم الاجبار فى حقها اذا كانت عاقلة .

الثانى : أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان :

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية اجبار ، فلا تثبت لغير الأب كحال هذه المرأة اذا كانت عاقلة .

والثانى : له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة لأن بها حاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور ، وتحصيل المهر كنفقة ، والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع ابيها ، وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها ان قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها ، لأن ذلك من أعظم مصالحها .

القسم الثالث : أن يكون وليها غير الأب والحاكم ، وهذه أيضا مختلف فيها على رأيين : —

الأول : لا يجوز أن يزوجها أحد غير الحاكم ، وعلى هذا فحكمها كحكم النوع الثانى كما سبق .

ووجهة هذا : أن الحاكم هو الناظر لها فى مالها دونهم ، فيكون وليها دونهم كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة ، فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعرى .

والثانى : يرى أن أولياء هالهم الحق فى تزويجها فى الحال التى يملك الحاكم تزويج موليته فيها ، وذلك لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم ، فقدموا عليه فى التزويج كما لو كانت عاقلة .

أما بالنسبة للمجنون فان كان كبيرا فليس لغير الاب ووصيه تزويجه اذا كان مجنونا بجنون مطبق .

وان كان صغيرا فيجوز لأبيه تزويجه ، لأنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ، ولأنه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأيا ونظرا لنفسه ، فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى (١) .

والقانون الواجب التطبيق فى تزويج المجانين هو :

أرجح الأقوال من المذهب الحنفى ، وهو ينص على أن للولى تزويج المجنون صغيرا أو كبيرا ، ذكرا أو أنثى ، كان الجنون مطبقا أو متقطعا (٢) .

---

(١) المغنى ٦/٤٩٨ ـ ٥٠٠

(٢) أحكام الزواج فى الشريعة الاسلامية للدكتور أحمد فراج ص٢٢٦ .

اجبار البكر البالغة العاقلة

اختلف الفقهاء فى ثبوت حق الاجبار للأب على ابنته البكر البالغة العاقلة ، وجاء هذا الاختلاف على رأيين :

الرأى الأول :

للأب اجبار ابنته البكر البالغة العاقلة على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة . وهو رأى المالكية ، والليث ، وابن أبى ليلى ، والشافعى والحنابلة (١) ، ومما يذكر أن الشافعية اشترطوا شروطا لذلك يرجع اليها فى كتبهم (٢) .

الرأى الثانى :

لا يجوز للأب اجبار ابنته البكر البالغة العاقلة على الزواج ، وهو مذهب أبو بكر ، والاوزاعى ، والثورى ، والعترة ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، والظاهرية (٣) .

مبنى الخلاف بين الفقهاء :

وأساس الخلاف بين الفقهاء يرجع الى اختلافهم فى علة ثبوت ولاية الاجبار . أهو الصغر أو البكارة ؟

يرى الفريق الأول : أن البكارة هى أساس ثبوت ولاية الاجبار بينما يرى الفريق الثانى : أن الصغر هو أساس ثبوت ولاية الاجبار .

وتفرع على هذا قول الشافعية ان الأب اذا زوج الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للأب جبرها على النكاح حتى تبلغ ، فتشاور لعدم البكارة ويرى الحنفية أن للأب تزويجها لوجود الصغر (٤) .

---

(١) المدونة ٢/١٤١ ، الام ٥/١٥ ، المغنى ٦/٤٨٩ ، نيل الأوطار ٦/١٢٣

(٢) مغنى المحتاج ٣/١٤٩ نيل الاوطار ٦/١٢٣

(٣) البحر الرائق ٣/١١٨ ، المحلى ١١/٣٦ ،

(٤) شرح فتح القدير ٣/١٦١ .

الأدلـــــــــة

أولا : أدلة القائلين بالاجبار : من السنة : استدلوا بما رواه ابن عباس عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : قال (ص) : " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صمتها " . رواه الجماعة الا البخارى ، وفى رواية لأحمد ومسلم وأبى داود والنسائى : " والبكر يستأمرها أبوها " وفى رواية لأحمد والنسائى : واليتيمة تستأذن فى نفسها " . وفى رواية لأبى داود والنسائى : " ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها (١) "

وجه الدلالة :

أنه قسم النساء قسمين : ثيبا وابكارا ، ثم خص الثيب بأنها أحق من وليها ، مع أنها هى والبكر اجتمعا فى ذهنه ، فلو أنها كالثيب فى ترجح حقها على حق الولى ، لم يكن لأفراد الثيب بهذا معنى ، فدل ذلك على أن الولى أحق منها بها .

وما جاء فى رواية مسلم بلفظ والبكر يستأمرها أبوها " محمول على أن الاستئمار مندوب ، لأنه قد يكون تطييبا للنفس ، ويؤيد ذلك حديث ابن عمر مرفوعا : وأمر والنساء فى بناتهن " . فدل هذا على استئمار النساء فى بناتهن ، ولم يقل أحد بوجوب الاستئمار ، بل الاتفاق قائم على استحبابه تطييبا لنفسها (٢) .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ٣/٥٧٧ ، نيل الأوطار ٦/١٢٠ .

(٢) فتح البارى ٩/١٩٣ نصب الراية ٣/١٩٣ ، المغنى ٦/٤٨٨ .

وأجاب الاحناف على هذا الدليل بقولهم : (١)

لا دلالة فى هذا الحديث على أن البكر ليست أحق بنفسها ، الا من جهة المفهوم ولا نقول به ، ثم على تقدير القول به لا حجة فيه على اجبار كل بكر ، لأن المفهوم لا عموم له ، فيمكن حمله على من هى دون البلوغ ، ثم ان هذا المفهوم قد خالفه منطوقه ، وهو قوله " والبكر تستأذن " ، والاستئذان مناف للاجبار ، وانما وقع التفريق بين الثيب والبكر فى الحديث لأن الثيب تخطب الى نفسها ، فتأمر الولى بتزويجها ، والبكر تخطب الى وليها ، فيستأذنها ولهذا فرق بينهما ، فى كون الثيب اذنها الكلام ، والبكر اذنها الصمات . لأن البكر لما كانت تستحى أن تتكلم فى أمر نكاحها ، لم تخطب الى نفسها والثيب تخطب الى نفسها ، لزوال حياء البكر عنها ، فتتكلم بالنكاح ، وتأمر وليها أن يزوجها ، فلم يقع التفريق فى الحديث بين الثيب والبكر لأجل الاجبار ، وعدمه .

ويقوى هذا المعنى الرواية الأخرى الثابته فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ : " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صمتها " . **والأيم** : من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، فهذه الرواية صريحة فى اثبات الأحقية للبكر ، ثم تخصيصها بالاستئذان ، وذلك لما قلناه ، وهو أن البكر تختلف عن الثيب فى كونها تخطب الى الولى .

وبهذا تتفق الروايتان بخلاف ما ذهب اليه الفريق الأول ، فانه يثبت المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لاعمال المفهوم مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة فى خلاف المفهوم على ما قررناه ، وصريح الرد الذى صح

---

(١) نصب الراية ٣ / ١٩٣ .

عنه (ص)كما مر لا يجوز العدول عما ذهبنا اليه فى تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ، ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية (١)

والدليل من العقل : استدل القائلون بجواز الاجبار : بأن الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة ، والجامع بينهما الجهل بأمر النكاح وعاقبته (٢) .

وأجاب الحنفية على هذا بقولهم : نحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة فى الأصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ، ممن جهله لعدم الممارسة مع أن الجهل منتف لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه . ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص ، فلا يعتبر أصلا بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أم الصغر ؟ وعندنا الصغر كما سبق بيانه (٣) .

ثانيا : أدلة القائلين بعدم جواز اجبار البكر البالغة العاقلة على الجواز :

من السنة : ١ ـ عن أبى هريرة قال قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا يا رسول الله وكيف اذنها ؟ قال أن تسكت " .

٢ ـ وعن ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ أن جارية بكرا أتت النبى (ص) فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى (ص) . (٤)

---

(١) شرح فتح القدير ٣ / ١٦٢ ـ ١٦٣ .

(٢) مغنى المحتاج ٣/ ١٤٩ ، شرح فتح القدير ٣ / ١٦١ .

(٣) شرح فتح القدير ٣ / ١٦١ ـ ١٦٢ .

(٤) نيل الأوطار ٦ / ١٢١ .

وجه الدلالة :

لا يعقل لاستئذان البكر فائدة الا العمل على وفقه ، لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف ، فلو كان الاجبار ثابتا ، لزم ذلك وعرى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة .

ويدل الحديث الثانى على أن استئذان البكر شرط لصحة العقد والا لما خير النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ الجارية المذكورة (١) .

وقد رد المخالفون للحنفية على هذا بما يأتى :

١ ـ قالوا : الحديث الثانى : مرسل وليس بحجة (٢) .

وأجيب عن هذا : بأنه رواه أيوب بن سويد عن الثورى عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقى عن زيد بن حبان عن أيوب موصولا ، واذا اختلف فى وصل الحديث وارساله فالحكم لمن وصله . والطعن فى الحديث لا معنى له ، لأن له طرقا يقوى بعضها بعضا . وحديث أبى هريرة متفق عليه وفيه : " ولا تنكح البكر حتى تستأذن " وهذا الحديث أفاد ما أفاده ، فدل على تحريم اجبار الأب لابنته البكر على النكاح وغيره من الأولياء بالأولى (٣) .

٢ ـ وقال البيهقى فى تقوية كلام الشافعى : ان حديث ابن عباس هذا محمول على أنه زوجها من غير كفء . وقال ابن حجر بعد أن ذكر نص كلام البيهقى " وهذا الجواب هو المعتمد ، لأنها واقعة عين ، فلا يثبت الحكم بها تعميما (٤) .

وأجيب عن هذا : بأن تأويل البيهقى لا دليل عليه ، فلو كان كما قال لذكرته المرأة بل قالت : " انه زوجها وهى كارهةٌ فالعلة كراهتها ، فعليها

---

(١) نيل الاوطار ٦/١٢٢ ـ ١٢٣ ، شرح القدير ٣/١٦٣ .
(٢) المغنى ٦/٤٧٤ . (٣) سبل السلام ٣/١٢٢
(٤) فتح البارى ٩/١٩٦ .

علق التخيير لأنها المذكورة ، فكأنه قال (ص) اذا كنت كارهة فأنت بالخيار ، وقول ابن حجر انها واقعة عين كلام غير صحيح ، بل حكم عام لعموم علته فأينما وجدت الكراهة ثبت الحكم (١) .

ثانيا : القياس : أما القياس فمن وجوه (٢) .

أولها : ان المرأة من حقها أن تتولى أمر أموالها ولا تتصرف فيها بنفسها وليس لأحد سلطان عليها فى ذلك ، ولا فرق بين ولايتها على مالها وولايتها على نفسها مادامت العلة فى كل ثابته ، وهى وجود الأهلية الكاملة .

ثانيهما : ان بلوغ الشاب عاقلا كان لاثبات ولاية الزواج كاملة بالنسبة له فتثبت كاملة كذلك للفتاة اذا كانت عاقلة بالغة قياسا على ثبوتها للشاب .

وثالثهما : أن الولاية انما تكون حيث الحاجة اليها ، بسبب عجز العقل عن ادراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ، ولو كانت اختيارية أو اشتراكا فى اختيار الزوج .

وهذا القياس غير مسلم به لما يأتى :

١ ـ قياس ولاية الزواج على الولاية المالية قياس مع الفارق ، لأن لأوليائها حقا فى دفع الاهانة عن أنفسهم اذا زوجت نفسها بغير كفء . فالزواج رباط بين اسرتين ويترتب عليه دخول شخص فى اسرة الزوجة له حق الاختلاط بأفرادها والاطلاع على اسرارها . وقد يكون خسيسا وضيعا فينالها عار من دخوله ضمن أفرادها فى حين ليس فى الولاية المالية شىء من هذا القبيل .

---

(١) سبل السلام ٣/١٢٢ .

(٢) شرح فتح القدير ٣/١٥٧ وما بعدها ، الأحوال الشخصية للشيخ زهرة ص ١٤٧ ، ١٤٨ .

٢ ـ وقياس الفتاة البالغة العاقلة على الشاب قياس مع الفارق أيضا ، لأن الشاب لا يعير بالزواج ممن هو دونه نسبا أو أدنى منه قدرا ومكانة فى حين تعاب الفتاة اذا تزوجت بشاب دون أسرتها نسبا .

٣ ـ أما دعوة انتفاء علة الولاية على البكر البالغة العاقلة فهى دعوى غير مسلمة ، لأنها رغم بلوغها وعقلها فهى لا خبرة لها ولا دراية بخبايا الرجال فهى ما تزال فى حاجة الى الولى لخبرته ودرايته بهم ، وقدرته على التمييز بين من يصلح زوجا لها ومن لا يصلح لذلك (١) .

الرأى المختار : ما سبق هو عرض موجز لما عليه الخلاف بين الفقهاء فى اجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج أو عدم ذلك ، وانى أرى أن الرأى الأولى بالقبول هو ما قال به أبو ثور من أصحاب الشافعى ، فقال : انه لابد فى عقد الزواج من رضا المرأة ووليها ، ومتى تحقق رضاها ، فأيهما تولى العقد صح الزواج سواء فى ذلك المرأة أو وليها ، لأنه لم يعهد فى الشريعة أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقد والتصرفات ، فللمرأة كاملة الأهلية الحق فى التصرف والعقد مثلما للرجل سواء بسواء .

وعلى هذا لو امتنع الولى بغير حق عن تزويجها أو الاذن لها كان لها أن تلجأ الى القاضى ليأذن لها فى الزواج ، لأن فى امتناع وليها ظلما لها ، ورفع الظلم من اختصاص القاضى (٢) . **والله أعلم .**

د . محمد حسين مبروك قنديل
مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

---

(١) الأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ١٤٧ ، ١٤٨ .
(٢) الزواج والطلاق لدكتور أحمد الشافعى ص ١٣٩ .