شرحُ نصوص مُختارة

من الكتاب والسنّة وكلام الأئمّة

الجزء الخامس

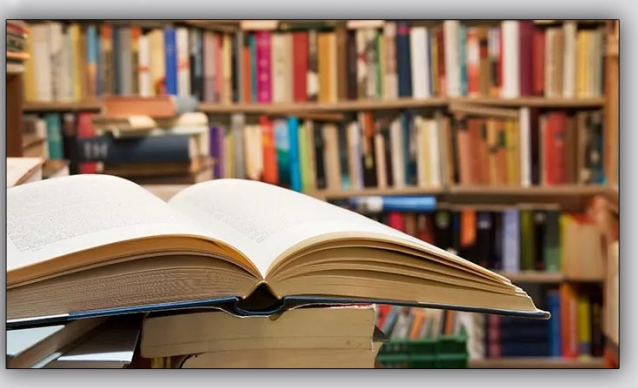
قوله صلى الله عليه وسلم:
«أيُّما امرأةٍ نُكِحت بغير إذن وليِّها
فنكاحُها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ»

اختيار وشرح

أ.د/ أحمد بن صالح الزهراني

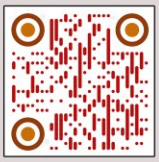
عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الملك عبدالعزيز بجدة



١٤٤٦هـ/ ٢٠٢٤ مـ

المزيد من كتب الدكتور
أحمد الزهراني



المزيد من الكتب
على المنصّة

جميع الحقوق محفوظة

منصة أوراق عربية – www.aawraq.com
أحد مشاريع مؤسسة الأوراق الثقافية للنشر الإلكتروني.
ترخيص وزارة الإعلام رقم (١٤٩٨٣٧)
موقعها الجغرافي: جدة - المملكة العربية السعودية
هاتف: (٠٥٤٤٥٠٢٤٨٣)
البريد الإلكتروني للمؤسسة والمنصة: tinfo@aawraq.com

جميع حقوق النشر الخاصة بتصميم هذا الكتاب وتصميم الغلاف محفوظة للمنصة (أوراق عربية)
حقوق النشر الخاصة بالكتاب محفوظة للمؤلف

تنبيه
الآراء المنشورة في الكتاب تعبر عن رأي المؤلف ومنصة (أوراق عربية) لا تتحمل أي مسؤولية أدبية أو قانونية

شرحُ نُصوص مُختارة

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقدِّمة

الحمدُلله، نحمدُه تعالى ونستعينُه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيّئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله صلّى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [آل عمران:١٠٢].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا﴾ [النساء:١].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب:٧٠-٧١].

أمّا بعد:

فهذا هو الجزء الخامس من سلسلة (**شرح نصوص مختارة .. من الكتاب والسنة وكلام الأئمّة**)، في الحديث المروي عن النّبيّ ﷺ: « **أيُّما امرأةٍ نُكِحت بغير إذن وليِّها فنكاحُها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ. فإن دخل بها فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له** ».

وهذه السلسلة هي مجموعة أبحاث تجمعت عندي، فآثرت أن أنظمها في سلسلة بهذا العنوان، ليكون الانطلاق في طرق المسائل العلمية من نصوص الوحي أو من كلام أئمّة السف وأهل العلم في الدين عقيدة وشريعة.

وحرصت أن لا تكون خليّة من جديد إما في ترتيب، أو جمع نصوص، أو توجيه كلام، ونحو ذلك كما قال السّبكي: «وأنا دائماً أستهجن ممّن يدّعي التّحقيق من العلماء إعادة ما ذكره الماضون، إذا لم يضم إلى الإعادة تنكيتاً عليهم، أو زيادة قيدٍ أهملوه، أو تحقيقٍ تركوه أو نحو ذلك مما هو مرام المحققين، ... إنّما الحَبْر من يملي عليه قلبه ودماغه»[1].

وقد اخترت أن تكون متوسطة بين الاختصار المخل والتطويل الممل، صالحة لصغار الطلبة من أمثالي، تاركا التطويل والإسهاب لمن مكّنهم الله من وديان العلم وشعابه، من أهل الدراية بالعلم بالكتاب والسنة .

ولم أُثقله بكثرة التراجم والحواشي، بل كل ما يُستغنى عنه مما ليس من صميم البحث فإني أدعه لفطنة القارئ ودرايته ، الذي أظنه لا يخفى عليه ولا يصعب أن يجده في مظانه من المصادر، خاصة مع توفر محركات البحث وخزائن الكتب الإلكترونية .

أسأل الله تعالى أن لا يحرمني أجره ، وأن يكفيني أشره وبطره، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه .

أ.د/ أحمد بن صالح الزهراني

https://prof-ahmadza.com/

azahrany@gmail.com

(١) طبقات الشافعية الكبرى(١/ ٩٩ـ١٠٠) بتصرف.

(٥)

قال ﷺ: «أيُّما امرأةٍ نُكِحت بغير إذن وليِّها فنكاحُها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ. فإن دخل بها فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له».

تخريج الحديث

لهذا الحديث طرق عدة لكن الاعتماد فيها على خبر ابن جريج قال: أخبرني سليمان بن موسى أنّ ابن شهاب أخبره أنّ عروة أخبره أنّ عائشة أخبرته أن النبي ﷺ قال: «**أيُّما امرأةٍ نُكِحت بغير إذن وليِّها فنكاحُها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ. فإن دخل بها فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له**».

رواه عن ابن جريج عدد من الثقات الأثبات ذكرهم الحاكم وغيره[1] ، وقد صرح كل راو بالسماع ممن فوقه فانتفت على التدليس أو الإرسال، وكل رواته ثقات أثبات ، ابن جريج هو عبدالملك بن عبد العزيز بن جريج قال عنه الذهبي: الإمام، العلامة، الحافظ، شيخ الحرم، أبو خالد، وأبو الوليد القرشي، الأموي المكي[2]، وسليمان بن موسى الإمام الكبير، مفتي دمشق، أبو أيوب – ويقال: أبو هشام، وأبو الربيع – الدمشقي، الأشدق، وثقه الأئمة كلهم إلا البخاري من جهة انفراده ببعض الأحاديث قال سعيد بن عبد العزيز: سليمان بن موسى كان أعلم أهل الشام بعد مكحول، قال عطاء بن أبي رباح: سيد شباب أهل الشام سليمان بن موسى، وقال الزهري: سليمان بن موسى أحفظ من مكحول، وقال عثمان الدارمي، عن

(١) أخرجه أحمد (٢٤٢٠٥)، وأبو داود (٢٥٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وابن ماجه (١٨٧٩) وغيرهم كثير من طريق ابن جريج، قال الترمذي: «حديث حسن»، وصححه ابن حبان في صحيحه (٤٠٧٤) والحاكم في المستدرك (٢٧٠٦) وقال: « صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه»

(٢) انظر ترجمته في تهذيب التهذيب لابن حجر (٢/ ٦١٦) والسير (٦/ ٣٢٥).

دحيم: ثقة، وعن ابن معين: ثقة في الزهري[1]، وابن شهاب هو محمد بن مسلم الزهري الإمام العلم، وعروة هو ابن الزبير السيد الجليل ، وعائشة رضي الله عنها هي من هي .

فهذا حديث في منتهى الصحة لم يطعن فيه أحد إلا برواية رُويت عن إسماعيل بن إبراهيم بن علية عن ابن جريج أنّه لقي الزهري بعد ذلك فسأله عن الحديث فأنكره، لكن رُدّ هذا من وجهين الأوّل: ضعف الرواية عن ابن جريج .

الوجه الثاني: أنّه لو فرض أن هذا النقل صحيح عن الزهري فإنّه لا يقدح في صحة الحديث.

قال الترمذي: « وذكر عن يحيى بن معين أنه قال: «لم يذكر هذا الحرف عن ابن جريج إلا إسماعيل بن إبراهيم قال يحيى بن معين وسماع إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج ليس بذاك إنما صحح كتبه على كتب عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد ما سمع من ابن جريج» وضعف يحيى رواية إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج»[2] .

قال الحاكم بعد أن سرد روايات الخبر عن ابن جريج:«فقد صح وثبت بروايات الأئمة الأثبات سماع الرواة بعضهم من بعض، فلا تعلل هذه الروايات بحديث ابن علية، وسؤاله ابن جريج عنه، وقوله: إني سألت الزهري عنه فلم يعرفه، فقد ينسى الثقة الحافظ الحديث بعد أن حدث به، وقد فعله غير واحد من حفاظ الحديث.

(١) انظر ترجمته في التهذيب (٢/ ١١١) والسير (٥/ ٤٣٥) والكلمل لابن عدي (٤/ ٢٥١).

(٢) سنن الترمذي» (٣/ ٤٠٢).

أخبرنا الحسين بن الحسن بن أيوب، ثنا أبو حاتم محمد بن إدريس، قال: سمعت أحمد بن حنبل يقول: وذكر عنده أن ابن علية يذكر حديث ابن جريج في: "لا نكاح إلا بولي". قال ابن جريج: فلقيت الزهري، فسألته عنه، فلم يعرفه، وأثنى على سليمان بن موسى. قال أحمد بن حنبل: إن ابن جريج له كتب مدونة، وليس هذا في كتبه -يعني حكاية ابن علية، عن ابن جريج. سمعت أبا العباس محمد بن يعقوب يقول: سمعت العباس بن محمد الدوري يقول: سمعت يحيى بن معين يقول في حديث: "لا نكاح إلا بولي". الذي يرويه ابن جريج، فقلت له: إن ابن علية يقول: قال ابن جريج. فسألت عنه الزهري، فقال: لست أحفظه. قال يحيى بن معين: ليس يقول هذا إلا ابن علية، وإنما عرض ابن علية كتب ابن جريج على عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد، فأصلحها له، ولكن لم يبذل نفسه للحديث.»[1] .

قال ابن حجر:«وذكر البيهقي في المعرفة عن بعض الناس أنه أعل هذا الحديث بهذه الحكاية ثم رد عليه بتوهين أحمد وابن معين وهما إماما المحدثين لها»[2] .

وقال كذلك: «وأعلّ ابن حبان[3] وابن عدي[4] وابن عبد البر[5] والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج، وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه، وقد تكلم عليه أيضا الدارقطني في جزء من حدث ونسي،

(١) المستدرك على الصحيحين (٣/ ٥٢٥):

(٢) الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٠).

(٣) «الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان(٩ /٣٨٥).

(٤) الكامل (٤/ ٢٥٥).

(٥) التمهيد ط - بشار (١٢/ ٢٤).

والخطيب بعده، وأطال في الكلام عليه البيهقي في السنن وفي الخلافيات، وابن الجوزي في التحقيق»[1].

وشيء آخر . أنّ اتصال الحديث ورواية الزهري ثابتة بيقين، وخبر ابن علية فيه تردد فلا يقدح هذا في هذا .

ويشهد لهذا الحديث حديث آخر مشهور ، وهو حديث أبي موسى مرفوعا: «لا نكاح إلاّ بوليّ»[2].

(١) التلخيص الحبير (٣/ ٣٢٥ ط قرطبة.

(٢) أخرجه أحمد (١٩٥١٨) وأبوداود (٢٠٨٥) والترمذي (١١٠١) وابن ماجه (١٨٨١) وغيرهم من طرق عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى الأشعري، وقد اختلف على أبي إسحاق، فوصله بعضهم عنه وأرسله آخرون، قال الترمذي في العلل (٢٦٦): «قال شعبة: سمعت الثوري يسأل أبا إسحاق: أسمعت أبا بردة عن النّبيّ ﷺ «لا نكاح إلا بولي» قال: نعم. وقال إسرائيل: عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النّبيّ ﷺ وتابعه أبو عوانة ويونس بن أبي إسحاق وشريك وزهير وقيس بن الربيع قال أبوعيسى: وحديث أبي بردة عن أبي موسى عن النّبيّ ﷺ عندي أصح. والله أعلم، وإن كان سفيان وشعبة لا يذكران فيه عن أبي موسى قد دلّ في حديث شعبة أن سماعها جميعاً في وقت واحد. وهؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى سمعوا منه في أوقات مختلفة أن يونس بن أبي إسحاق قد روى هذا عن أبيه، وقد أدرك يونس بعض مشايخ أبي إسحاق وهو قديم السماع، وإسرائيل أقدم سماعا من أبي عوانة، وشريك وإسرائيل هما من أثبت أصحاب أبي إسحاق بعد شعبة والثوري»، وقال الدارقطني بعد أن ساق الخلاف في طرقه (١٢٩٥):«وإسرائيل من الحفاظ، عن أبي إسحاق، قال عبدالرحمن بن مهدي: كان إسرائيل يحفظ حديث أبي إسحاق كما يحفظ سورة الحمد، ويشبه أن يكون القول قوله، وأن أبا إسحاق كان ربما أرسله فإذا سئل عنه وصله»، والحديث صححه موصولاً جمع من الأئمة منهم علي بن المديني، ومحمد بن يحيى الذهلي، وأبو الوليد الطيالسي، كما في المستدرك (٢٧١١)، وصححه كذلك ابن الملقن في البدر (٧/ ٥٤٣) والألباني في الإرواء(١٨٣٩).

الأقوال في المسألة

بعد أن عرفنا صحة الحديث قطعا، نريد أن نعرف هنا الصور الّتي تدخل في قوله ﷺ: «**بغير إذن وليّها**»، فصور نكاح المرأة من حيث وجود الوليّ وعدمه صُور عدة ، فأمّا واحدة منها فمُجمع على صحتها وهي أن يباشر وليّ المرأة الأقرب النكاح فيزوّج موليته، وتبقى صور أخرى فيها أقوال:

الصورة الأولى: أن تنكح المرأة نفسها بلا وليّ أبداً فتباشر العقد بنفسها.

الثانية: أن تباشر العقد بإذن وليّها وعلمه.

الثالثة: أن يباشر العقد وليّها الأبعد أو رجل من غير الأولياء بإذن وليّها.

الرابعة: ان يباشر العقد وليّها الأبعد أو رجل من غير الأولياء تفوض الأمر إليه بدون إذن وليّها.

الخامسة: أن تباشر العقد امرأة أخرى تفوض الأمر إليها أمها أو نحو ذلك.

فظاهر النص أنّ كل هذه الصور باطلة ولا يصح فيها العقد ، ومع ذلك فللفقهاء أقوال، ولنذكر كل منها ونذكر ما روي فيها من نص أو قول .

الصورة الأولى

وهي أن تنكح المرأة نفسها بلا وليّ أبدا فتباشر هذ العقد بنفسها، **فقال بصحّتها أبوحنيفة** ، ومن تبعه الفقهاء، واحتجوا بالنصوص التي تسند النكاح للمرأة كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾[البقرة:٢٣٠]وقوله: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾[البقرة:٢٣٢]وقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٣٤]، وقوله: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾[الأحزاب:٥٠].

قال الكاساني: «ولأبي حنيفة الكتاب العزيز والسنة والاستدلال أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾ فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الهبة فكانت حجة على المخالف في المسألتين، وقوله تعالى ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة:٢٣٠]والاستدلال به من وجهين أحدهما: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها.

والثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي، وقوله عز وجل ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[البقرة:٢٣٠]أي: يتناكحا أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي، وقوله عز وجل ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ الآية والاستدلال به من وجهين أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

والثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه»[1].

واحتجوا كذلك من السنّة بما رواه ابن عباس؛ أن النبي ﷺ قال: «**الأيم** – وفي رواية: **الثيّب**– **أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها**»[2].

قال النووي: «قال العلماء: الأيّم هنا الثيّب، كما فسرته الرواية الأخرى التي ذكرنا[3] وللأيّم معان أُخر.. قال القاضي: "اختلف العلماء في المراد بالأيّم هنا، مع اتفاق أهل اللغة على أنها تطلق على امرأة لا زوج لها، صغيرةً كانت أو كبيرة، بكرا كانت أو ثيباً، قاله إبراهيم الحربي وإسماعيل القاضي وغيرهما.

و(الأيمة) في اللغة:العُزوبة، ورجل أيّم وامرأة أيّم، وحكى أبو عبيد أنّه (أيمة) أيضاً، قال القاضي[4]: "ثم اختلف العلماء في المراد بها هنا، فقال علماء الحجاز والفقهاء كافّة: المراد الثيّب، واستدلّوا بأنه جاء مفسراً في الرواية الأخرى بالثيب كما ذكرناه، وبأنها جُعِلَت مقابلة للبكر، وبأنّ أكثر استعمالها في اللغة للثيّب.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/ ٢٤٨).

(٢) صحيح مسلم (١٤٢١) عن ابن عباس.

(٣) السابق.

(٤) يعني عياضاً.

وقال الكوفيون وزُفَر: الأيّم هنا كل امرأة لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيباً، كما هو مقتضاه في اللّغة، قالوا: فكلّ امرأة بلغت فهي أحقّ بنفسها من وليّها، وعقدها على نفسها النكاح صحيح، وبه قال الشعبي والزهري، قالوا: وليس الوليّ من أركان صحّة النكاح، بل من تمامه"[1].

واختلفوا أيضاً في قوله ﷺ: "أحقّ من وليّها" هل هي أحقّ بالإذن فقط، أو بالإذن والعقد على نفسها، فعند الجمهور بالإذن فقط، وعند هؤلاء بهما جميعاً"[2].

وقوله ﷺ: "أحقّ بنفسها" يحتمل من حيث اللفظ أنّ المراد أحقّ من وليها في كل شيء من عقد وغيره، كما قاله أبو حنيفة وداود، ويحتمل أنّها أحقّ بالرضا، أي: لا تزوّج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر، ولكن لما صحّ قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بوليّ" مع غيره من الأحاديث الدالّة على اشتراط الوليّ تعيَّن الاحتمال الثاني.

واعلم أنّ لفظة "أحقّ" هنا للمشاركة، معناه أنّ لها في نفسها في النكاح حقاً، ولوليّها حقاً، وحقّها أوكد من حقّه، فإنه لو أراد تزويجها كفؤا وامتنعت لم تُجبَر، ولو أرادت أن تتزوج كفؤا فامتنع الوليّ أجبر، فإن أصرّ زوّجها القاضي، فدلّ على تأكيد حقّها ورجحانه»[3].

قلت: وأيا كان المعنى الثيب أو من لا زوج لها ، فإنه حجة للحنفية لأنّ غاية ما دل عليه كون الأيم هي الثيب أنّه أثبت لها أحقيتها بنفسها، فيعود الحجاج إلى معنى (أحق)، فقال الجمهور أنه لا ينفي حق الولي لأنها تدل على الاشتراك كما قال النووي، لكن أجيب عن هذا بنفي اللزوم،

(١) إكمال المعلم (٤/ ٥٦٤).

(٢) السابق (٤/ ٥٦٥).

(٣) شرح مسلم (٩/ ٢٠٣).

قال القدوري: «فإن قيل: لفظة (أحق) تقتضي ثبوت الحق للاثنين، وهذا يدل على أن للولي حقًا وللمرأة حقًا، فحق المرأة أن تختار النكاح والأزواج وتأذن في العقد، وحق الولي أن يعقد.

قلنا: لفظة (أحق) تقتضي ثبوت الحق لمن أضيف إليه وقطعه عن غيره، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨]ولا يحق في الرجعة لغير الأزواج، وقال عليه السلام: «من وجد عين ماله فهو أحق بها»[(١)].

على أن لو سلمنا أن لفظة (أحق) تقتضي الاشتراك لم يجز حملها على ذلك في مسألتنا بالإجماع، لأنهم يثبتون لها حقًا لا يشاركها الوليّ فيه وهو الاختيار، والمطالبة بالعقد، والإذن، ويثبتون للولي حقًا لا تشاركه فيه وهو العقد، فإذا بطل معنى الاشتراك لم يبق إلا ما قلنا.

فإن قيل: أثبت له الولاية في حال وصفها بأنها أحق وكونها لها ولي يقتضي أن يقف العقد عليه.

قلنا: قوله: «الأيم أحق» يقتضي جواز عقدها، فثبوت ولايته عليها معناه الاعتراض عليها في ترك الكفاءة ونقصان المهر، ويدل عليه: حديث ابن عباس لأن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[(٢)]»[(٣)].

---

(١) أخرجه أحمد (٧١٢٤) وهو في صحيح مسلم (١٥٥٩) بلفظ: « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس (أو إنسان قد أفلس) فهو أحق به من غيره ».

(٢) أخرجه أحمد (٣٠٨٧) وأبوداود (٢١٠٠) والنسائي (٣٢٦٣) وغيرهم، من طريق معمر ، حدثني صالح بن كيسان ، عن نافع بن جبير ، عن ابن عباس مرفوعا، وصححه ابن حبان (٤٠٨٩) وابن الملقن في البدر المنير(٧/ ٥٧١)، لكن قال الدارقطني بعد أن رواه في السنن (٣٥٧٩): « كذا رواه =

قال القرطبي: «بل هذا الحديث حجة للجمهور في اشتراط الوليّ؛ بدليل صحة ما وقعت فيه المفاضلة. وبيان ذلك: أنّ (أفعل من كذا) لا بدّ فيها من اشتراك في شيء مما وقع فيه التفاضل؛ فإنك إذا قلت: فلان أعلم من فلان. اقتضى ذلك اشتراكهما في أصل العلم، وانفرد أحدهما بمزية فيه؛ وكذلك قوله: "أحق" لا بدّ فيه أنّ يشاركها الوليّ في حقّيّةٍ ما، »[1] .

قلت: ليس ذلك بلازم ، فالرجل أحق بكذا قد تعني المشاركة وقد لا تعني كما قال تعالى: ﴿فَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخۡشَوۡهُ﴾ [التوبة:١٣] وقوله: ﴿لَمَسۡجِدٌ أُسِّسَ عَلَى ٱلتَّقۡوَىٰ مِنۡ أَوَّلِ يَوۡمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِ﴾ [التوبة:١٠٨] وقوله: ﴿أَفَمَن يَهۡدِيٓ إِلَى ٱلۡحَقِّ أَحَقُّ أَن يُتَّبَعَ أَمَّن لَّا يَهِدِّيٓ إِلَّآ أَن يُهۡدَىٰ﴾ [يونس:٣٥]، فيكون المعنى: الأيم هي صاحبة الحق بنفسها .

فما قاله القدوري صحيح في أنّها أحق بنفسها وأن الأحقية هنا لا تستلزم الاشتراك بل الأقرب نفيها إياه، لكن هذا الحق المطلق لا يتعارض مع أصل الولاية عليها، خاصة مع صحة السنة به.

وقال ابن عبدالبر: «وقوله:"الأيم أولى بنفسها من وليها" ويميل أن لوليّها في إنكاحها حقاً، ولكن حقّها في نفسها أكثر، وهو أن لا تزوج إلا بإذنها، وقد أخبر أنه وليّها، ولا فائدة في ولايته

= معمر ، عن صالح والذي قبله أصح في الإسناد والمتن ، لأن صالحا لم يسمعه من نافع بن جبير وإنما سمعه من عبد الله بن الفضل عنه ، اتفق على ذلك ابن إسحاق وسعيد بن سلمة عن صالح ، سمعت النيسابوري ، يقول: الذي عندي أن معمرا أخطأ فيه »، لكن صححه الألباني في صحيح أبي داود (١٨٣٠) وقال: « وهو في المعنى كالروايات التي قبله» يعني رواية مسلم التي سبقت.

(٣) التجريد للقدوري (٩/ ٤٢٤٥).

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم» (٤/ ١١٥).

إلا في تولي العقد عليها إذا رضيت، وإذا كان لها العقد على نفسها لم يكن ولياً، وهذا واضح عال»[1].

واحتجّوا كذلك بالقياس، قال السرخسي: «والمعنى فيه أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها، وبيان الوصف أن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولي به، ويجبر الولي على الإيفاء عند طلبها، وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها فإنما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولي الإيفاء فهو نظير صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك هنا، والدليل عليه أن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض والمقاصد إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صح إقرارها بالنكاح.

وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها وإنما يثبت لها حق مطالبة الولي؛ لنوع من المروءة، وهو أنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها، ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها»[2].

(١) الاستذكار (٥/ ٤٠٠).

(٢) المبسوط» للسرخسي (٥/ ١٢).

قلت: القياس هنا يمكن قبوله، لو سلم من ورود السنة، وإذا جاء النص بطل القياس ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فما ذكره من اعتبار اختيارها للأزواج وطلبها التزويج إلى آخر ما ذكره من أنّ نقصان عقلها لا يمنع منه، قلنا: هذا مدخول ، بل ما شرع الولي إلا تتميما لهذا النقص، فليست العبرة هنا فقط بالمروءة ومخالطة الرجال، بل جعل الشارع مباشرة العقد إلى الولي سدا لكل أبواب الحيلة في استغلال النساء وضعفهن، فيبدأ الأمر من ابختيار الزوج وطلب التزويج أصلا فالولي يبدا دوره من هنا ، فجعل له الشارع عقدة مباشرة العقد ليمكّنه من المشاركة في اختيار الزوج بل طلب الزواج أصلا ، فيكون شريكا لها متمما لنقصها الفطري الذي قد يجرها إلى اختيارات تضرها وهي لا تشعر .

إشكال:

ما ذهب إليه الأحناف من أن التزوّج حق خالص للمرأة يشكل عليه إقرارهم بصحة تزويج الولي، إذ على قولهم يكون إنكاحه باطلاً، لأنه تصرف في غير حقّه، فيكون تزويجه موقوفاً على رضا المرأة، بدليل حديث عائشة قالت: جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء»[1] فقولها: أجزت يعني صحة تزويج الولي وإلا لأمرها بالاستئناف.

(١) أخرجه أحمد (٢٥٠٤٣) والنسائي في الكبرى (٥٣٦٩).

وهذا يدل على أن (أحق) في الحديث تدل على الاشتراك ، كما قاله الجمهور وأن المراد أنه لا يصح العقد عليها إلا برضاها.

وممّا يؤكد ذلك حديث أبي هريرة أن رسولَ الله ﷺ قال: «**ثلاث جدُّهنَّ جَدٌّ وهَزْلُهُنَّ جدٌّ: النكَاحُ، والطَلاقُ، والرَّجْعَة**»[1] لأنّ ظاهره وقوع التزويج من الوليّ ولو كان مازحاً، ولو كانت مباشرة العقد ليست حقا له كان متصرفاً في غير حقّه فلا يضرّ مزاحه به، خلاف ما دل عليه الحديث، فيثبت أنّ (أحق) في حديث ابن عباس لا تنفي حق الولي في التزويج.

أو يقال:إنّه لابد من تفويض المرأة وليّها لفظاً أو سكوتاً وإقراراً، فإذا رفضته انتفت ولايته ولم يصح عقده، قال ابن بطال: « (بَاب وَكَالَةِ الْمَرْأَةِ الإِمَامَ فِى النِّكَاحِ) فيه: سهل، جاءت امرأةٌ إلى رسول اللهّ ﷺ ، فقالت: يا رسول اللهّ، إنّي قد وهبت لك من نفسى، فقال رجلٌ: زوّجنيها، قال: "**قد زوّجناكها بما معك من القرآن**" ، وجه استنباط الوكالة من هذا الحديث: هو أنّ الرسول لما قالت له المرأة: "قد وهبت نفسي لك" كان ذلك كالوكالة له على تزويجها من نفسه، أو ممن رأى النبيّ تزويجها منه، فكان كل وليّ للمرأة بهذه المنزلة أنه لا ينكحها حتى تأذن له فى ذلك، إلاّ الأب في البكر، والسيّد فى الأمَة، فإذا أذنت له وافتقر الوليّ إلى إباحتها ورضاها، كانت إباحتها ورضاها وكالة، وليست هذه الوكالة من جنس سائر الوكالات التي لا يفعل

(١) أخرجه ابوداود (٢١٩٤) والترمذي (١١٨٤) وابن ماجه (٢٠٣٩) وغيرهم من طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أردك قال: حدثنا عطاء بن أبي رباح، عن يوسف بن ماهك، عن أبي هريرة مرفوعا، حسّنه الترمذي ، وصححه الحاكم في المستدرك (٢٨٣٦) وأشار إلى ضعفه عبدالحق في الوسطى (١/ ٢٥) وكذلك ابن القطان في بيان الوهم (٣/ ٥٠٩) بسبب بن أدرك، وضعف إسناده به كذلك ابن الملقن في البدر (٨/ ٨٢) ثم مال إلى موافقة الترمذي، وحسنه الألباني بطرقه كما في الإرواء (١٨٢٦).

الوكيل شيئًا إلاّ والموكل يفعل مثله، من أجل أنّ الرسول قد خص النكاح أنه لا يتم إلا بهذه الوكالة بقوله: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل)»[1].

أجوبتهم عن حديث الباب:

أما حديث عائشة فأجابوا عنه بأجوبة، منها:

* **أولاً: الطعن في صحته بأمور**: أحدها، إنكار الزهري له ، والثاني: تضعيف سليمان بن موسى .

قلت: وهذا سبقت الإجابة عنه في تخريج الحديث، وأنّ رواية إنكار الزهري مدخولة، وتضعيف سليمان بن موسى خلاف ما عليه جماهير علماء الجرح والتعديل وأئمة الحديث وعلى رأسهم الزهري نفسه[2] .

ومما ضعفوه به مخالفة عائشة والزهري لما أفاده من اشتراط الولي .

أمّا عائشة فروى مالك عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة، أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن، قال: ومثلي يُصنع به هذا، ويفتات عليه ببناته؟ فكلّمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال: فإنّ ذلك في يد عبدالرحمن، فقال عبدالرحمن: ما لي رغبة عنه ولكن مثلي ليس يُفتات عليه ببناته، وما كنت لأردّ أمرا قضيتِه، فقرّت امرأته تحته ولم يكن ذلك طلاقا»[3] .

(١) شرح صحيح البخاري» لابن بطال (٦/ ٤٤٥).

(٢) انظر ما سبق (ص٩).

(٣) الموطأ (٥٦٩).

وأمّا الزهري فروى عبدالرزاق في مصنفه عن معمر بعد أن روى حديث عائشة، فقال: سألت الزهري، عن الرجل يتزوج بغير ولي، قال: إن كان كفواً لم يفرق بينهما[1] .

* **ثانيا: الترجيح**: ومنها ترجيح حديث «الأيم أحق بنفسها» على اعتبار أن الأيم هي من لازوج لها ، وأن (أحق) بمعنى أنها صاحبة الحق دون غيرها[2].

وأجيب إنّ الترجيح لا يلجأ إليه إلاّ إذا لم يمكن الجمع، والجمع هنا ممكن إذا فهمت النصوص على وجهها وعرف مراد الله ومراد رسول الله ﷺ منها .

فحديث ابن عباس لا ينفي حق الولي في مباشرة العقد وأن لا تستبد به المرأة، وغاية مافيه أنّه كذلك يمنع استبداد الولي به فيزوّجها بغير رضاها .

وهذا من أعدل ما يكون النظر في مصالح العباد، خاصة إذا علم أنّ الشريعة جعلت للولي حقا في العقد لمصلحة المرأة في المقلم الأوّل.

* **ثالثا: تأويلهم للحديث .**

قال البيضاوي: «فقوم خصصوا "**أيما امرأة**" بالأَمَة، والصغيرة، والمكاتبة، والمجنونة، فأبطلوا به ظهور قصد التعميم بتمهيد أصل، فإنّه صدّر الكلام بـ(أي) الشرطية، وأكّد بـ(ما) الإبهامية، ورتب الحكم على وصف الاستقلال ترتيب الجزاء على الشرط المقتضي له، مع أن الصغيرة لا تسمى امرأة في عرف أهل اللسان.

ثم إنه عليه السلام بت الحكم ببطلانه ثلاثاً، وعقد الصبية ليس بباطل عندهم، بل هو موقوف على إجازة الولي.

---

(١) مصنف عبدالرزاق (١٠٤٧٢).

(٢) الاختيار لتعليل القول المختار (٣/ ٩١) والبحر الرائق (٣/ ١١٧).

والأَمَة ليس لها مهر، وقد قال عليه الصلاة والسلام: " **فإن مسّها فلها المهر، بما استحل من فرجها** ".

والمكاتَبة نادرة بالنسبة إلى جنس النساء، فلا يصح قصر العام عليها.

وقوم أوّلوا قوله: "**باطل**" بأنه على صدد البطلان، ومصيره إليه بتقدير اعتراض الأولياء عليها إذا زوجت نفسها من غير كفؤ، وذلك مع ما فيه من إبطال قصد التعميم مزيف من وجوه أخر:

أحدها: أنه لا يناسب هذا التأكيد والمبالغة.

وثانيها: أن المتعارف المنقول في تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه تسمية ما يكون المآل إليه قطعا، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾ [الزُّمَر: ٣٠]، أو غالبا كما في قوله: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗا﴾ [يوسف: ٣٦].

وثالثها: أنه لو كان كذلك، لاستحق المهر بالعقد، لا بالوطء، ولذلك قالوا: يتقرر المسمى بالوطء، ويتشطر بالطلاق قبل الوطء، وقد علق رسول الله ﷺ الاستحقاق على الوطء، وجعل الاستحلال علة لثبوته، وذلك يدل على أن وطء الشبهة يوجب مهر المثل»[1] .

ومما يُحتج به لصحة عقد المرأة النكاح لنفسها ما صحّ عن سلمة بن الأكوع، عن رسول الله ﷺ قال: «**أيّما رجلٍ وامرأةٍ توافقا فعشرة ما بينهما ثلاث ليالٍ، فإن أحبّا أن يتزايدا أو يتتاركا تتاركا**»، فما أدري أشيءٌ كان لنا خاصّةً، أم للنّاس عامّةً؟ قال أبو عبد الله وبيّنه عليٌّ عن النّبيّ ﷺ أنّه منسوخٌ[2] .

---

(١) تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة (٢/ ٣٤٤).

(٢) صحيح البخاري (٥١١٩).

ومما يُحتج به كذلك ما رواه سبرة بن معبدٍ، أنّ نبيّ الله ﷺ عام فتح مكّة أمر أصحابه بالتّمتّع من النّساء، قال: فخرجت أنا وصاحبٌ لي من بني سليمٍ، حتّى وجدنا جاريةً من بني عامرٍ كأنّها بكرةٌ عيطاء، فخطبناها إلى نفسها، وعرضنا عليها بردينا، فجعلت تنظر، فتراني أجمل من صاحبي، وترى برد صاحبي أحسن من بردي، فآمرت نفسها ساعةً، ثمّ اختارتني على صاحبي فكنّ معنا ثلاثًا، ثمّ أمرنا رسول الله ﷺ بفراقهنّ »[1] .

ففيه دلالة على أنّ تزويج المرأ نفسها كان موجوداً وهذا عام الفتح ، وإنما نسخت المتعة فقط، فدل على أنّ المرأة تزوّج نفسها.

ومما يدل عليه كذلك ما رواه سهل بن سعد: أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، جئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعد النظر إليها وصوبه، ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله، إن لم يكن لك بها حاجة فزوّجنيها، فقال: «**هل عندك من شيء؟**»، فقال: لا والله يا رسول الله، قال: «**اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً**»، فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله، ما وجدت شيئا، قال: «**انظر ولو خاتما من حديد**»، فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله، ولا خاتماً من حديد، ولكن هذا إزاري- قال سهل: ما له رداء - فلها نصفه، فقال رسول الله ﷺ: «**ما تصنع بإزارك، إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك شيء**»، فجلس الرجل حتى طال مجلسه، ثم قام فرآه رسول الله ﷺمولياً، فأمر به فدعي، فلما جاء قال:«**ماذا معك من القرآن؟**» قال: معي سورة كذا وسورة كذا وسورة كذا، عدّها، قال:

(١) صحيح مسلم (١٤٠٦).

«أتقرؤهن عن ظهر قلبك؟»، قال: نعم، قال: «اذهب فقد ملّكتُكها بما معك من القرآن»[1] ، كل هذا الحوار والتردد لم يظهر فيه حديثٌ عن الولي.

ولا يَرِد على هذا ما ذكره البعض أنّ النبي ولي المؤمنين أو أنه خصوصة له ﷺ[2] ، لأنه ﷺ في خطبة أم سلمة لم يحتج بهذا، ففي السنن عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ خطب أم سلمة، فقالت: يا رسول الله، إنه ليس أحد من أوليائي – تعني شاهد – فقال: «إنه ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»، فقالت: يا عمر زوّج النبي ﷺ، فتزوجها النبي ﷺ»[3] فلم يقل لها النّبيّ ﷺ إنني أولى بالمؤمنين من أنفسهم وإنما أقرها على تزويج الوليّ وأحقيته، وإنما ذكر لها أنّ كل ولي لها لا يكره زواجها منه ﷺ .

قول الجمهور:

وأما الجمهور وعلى رأسهم الشافعي ومالك وأحمد ومن تبعهم – على تفاوت في بعض الصور– فمنعوا صحة العقد بلا وليّ ، محتجين بحديث الباب، قال الشافعي: «فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها لأن النبي ﷺ قال «فنكاحها باطل» ... وفي هذا دليل على أن على السلطان إذا اشتجروا أن ينظر فإن كان الولي عاضلا أمره بالتزويج فإن زوج فحق أداه وإن لم يزوج فحق منعه»[4] .

ومما يدل على بطلان العقد بلا ولي وعدم صحّته قوله ﷺ في حديث الباب: «وله المهر بما استحلّ من فرجها» فأفاد بطلان العقد وعدم صحّته، وإلاّ ما احتاج إلى بيان أنّ المهر من حقّها

(١) أخرجه البخاري (٥٠٣٠) ومسلم (١٤٢٥).

(٢) عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار(٥ / ٤٥٢) والخلافيات للبيهقي (٦/ ٧٨).

(٣) يأتي تخريجه (ص٤٥).

(٤) الأم للإمام الشافعي (٥/ ١٤ ط الفكر).

، فلا يمكن تأويله بأنه يصح مع البطلان ، وهذه الصيغةلا تكون من النّبيّ ﷺ إلا بياناً لآثار العقد الباطل ، فهو لما ذكر بطلان العقد خِيف أن يفهم عدم استحقاقها المهر كالزانية فبيّن أنّ لها المهر ، وقوله «نكحت» يبين أن العقد عقد نكاح لا سفاح.

ومما يدل على اشتراط الولي كذلك قوله ﷺ: « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» إذ لو صح عقدها لنفسها ما ألجأها حين الخلاف إلى السلطان، ولتولّت هي إنكاح نفسها أو أن تجعل الأمر لمن ارادت تزويجها، فدلّ على أنّه ليس لها من أمر التزويج ومباشرة العقد شيئاً،

قال الملا علي القاري: «لأنّ الولي إذا امتنع من التزويج فكأنه لا ولي لها فيكون السلطان وليها وإلا فلا ولاية للسلطان مع وجود الولي»[1] .

واحتجوا كذلك بما يلي:

احتجوّا بالنصوص التي تسند النكاح إلى الولي كقوله تعالى:﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾ [البقرة:٢٢١]وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور:٣٢]، والأيم من لا زوج لها، فيه دليل على اشتراط الولاية إذ خاطبهم بالمنع والأمر، فدلّ أن منعهم يمنع النكاح وفعلهم يشرعه ، قال اللخمي: «الأصل في الولي قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾ [البقرة:٢٢١]فهذا خطاب للرجال أن لا يزوجوا المسلمات من المشركين، ولم يرد الخطاب للنساء أن لا يتزوجن المشركين»[2] .

ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[البقرة:٢٣٢]، فهذا دليل على أنّ الأولياء يملكون المنع ولو كان

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح» (٥/ ٢٠٦٢).

(٢) التبصرة للخمي(٤/ ١٧٧٩).

غير ذلك ما كان لنهيهم عن العضل وجه، ويدل عليه سبب نزولها كما في الصحيح عن الحسن «﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ قال: حدثني معقل بن يسار: أنها نزلت فيه، قال: زوّجتُ أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوّجتُك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه»[(١)].

واحتجوا بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[(٢)]، قال المازري: «وقد قال بعض أهل العلم: إن لفظ النفي للذات الواقعة إذا ورد في الشرع فإنه وإن حمل على نفي الكمال أو تردد بينه وبين الجواز على ما سبق القول فيه قبل هذا فإن ذلك إنما يكون في العبادات التي لها موقعان موقع إجزاء وموقع كمال؛ وأما النكاح والمعاملات فليس لها إلا موقع واحد، وهو نفي الصحة»[(٣)].

واحتجوا بحديث الباب.

واحتجوا بخبر عائشة: أنها كانت إذا أنكحت رجلاً من قرابتها امرأة منهم، ولم يبق إلا العقد، قالت: اعقدوا، فإن النساء لا يعقدن، وأمرت رجلاً فأنكح[(٤)].

واحتجوا بحديث عائشة: «أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها

(١) صحيح البخاري (٥١٣٠).

(٢) سبق (ص١١).

(٣) المعلم بفوائد مسلم (٢/ ١٤٢).

(٤) أخرجه الطحاوي في الشرح (٤٢٦٩)

ولا يمسها أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع، ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليالي بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم، وقد ولدت، فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه، فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع به الرجل، ونكاح الرابع: يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها، وهن البغايا، كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها، جمعوا لها ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاط به ودعي ابنه، لا يمتنع من ذلك، » فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم»[1] .

فقد ذكرت ما أقره الإسلام وهو أن يخطب الرجل إلى الرجل موليته فيزوجه . وأن الإسلام نفى كل أشكال النكاح الأخرى.

ومما يُحتجّ به لهذا القول: حديث ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا: « «**لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن**» .

ففيه دليل على أن المرأة لا تزوج نفسها، ولو لا هذا ما كان للأمر بالاستئمار والاستئذان محل، ولما خُفّف عن البكر في ذلك إذا كانت تملك أن تزوّج نفسها ، فدلّ على الاشتراط .

ومما يُحتجّ به كذلك حديث تأيّم حفصة بنت عمر رضي الله عنها[2] قال ابن الملقّن: «في عقد عمر على حفصة رضي الله عنهما دونها دال على أنه ليس للبالغة تزويج نفسها دون وليها،

(١) أخرجه البخاري (٥١٢٧).

(٢) صحيح البخاري (٤٠٠٥).

ولو كان ذلك لها لم يكن الشارع يدع خطبة حفصة إلى نفسها؛ إذ كانت أولى بنفسها من أبيها، ويخطبها إلى من لا يملك أمرها ولا العقد عليها.وفيه: بيان قوله عليه السلام: "**الأيم أحق بنفسها من وليها**" معناه: أنها أحق بنفسها في أنه لا يعقد عليها إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد عليها عقدة نكاح دون وليها. قال ابن المنذر: ولا نعلم أحدًا من الصحابة ثبت عنه خلاف ما قلناه»[1] .

ومما يُحتجّ به كذلك قوله ﷺ:«**لا تنكح البكر حتى تستأذن**» ففيه دليل على أنّ الولي يملك ولاية التزويج، وإنما أُمِر بالاستئذان .

ومما يترجّح به قول الجمهور أن فيه جمعاً بين كل النصوص الواردة دون تأويل بعيد أو ترجيح يلغي بعضها .

وقابل الجمهور قياس الأحناف بقياس مثله، قال الماوردي: «ويدل على ذلك من القياس هو أن كل من كان من زوائد عقد النكاح كان شرطا فيه كالشهود، ولأن ما اختص من بين جنسه بزيادة عدد كانت الزيادة شرطا فيه كالشهادة في الزنا، ولأن كل عقد صارت به المرأة فراشا لم يملكه المفترشة كالأمة، ولأن من عقد على نفسه واعترض عليه غيره في فسخه دل على فساد عقده كالأمة والعبد إذا زوجا أنفسهما، ولأن من منع من الوفاء معقود العقد خرج من العقد كالمحجور عليه، ولأنه أحد طرفي الاستباحة فلم تملكه المرأة كالطلاق، ولأن لولي المرأة قبل بلوغها حقين: حقا في طلب الكفاءة، وحقا في طلب العقد، فلما كان بلوغها غير مسقط لحقه في طلب الكفاءة كان غير مسقط لحقه في مباشرة العقد.

ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدها: أنه أحد حقي الولي فلم يسقط بلوغها كطلب الكفاءة.

(١) التوضيح لشرح الجامع الصحيح (٢٤/ ٣٩٩).

والثاني: أن كل من ثبت عليها حق الولي في طلب الكفاءة ثبت عليه حقه في مباشرة العقد كالصغيرة»[1].

وأجاب الجمهور عن أدلة الحنفية بما يلي:

قال الماوردي: « فأما الجواب عن استدلالهم بالآية فمن وجهين:

أحدهما: أن المراد برفع الجناح عنهن أن لا يمنعن من النكاح فإذا أردنه، فلا يدل على تفردهن بغير ولي كما لم يدل على تفردهن بغير شهود.

والثاني: أن قوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، يقتضي فعله على ما جرى به العرف من المعروف الحسن، وليس من المعروف الحسن أن تنكح نفسها بغير وليّ»[2].

وقال جوابا عن استدلالهم بحديث: «الأيم»: «الأيم في هذا الخبر فالمراد بها الثيب من الخاليات الأيامى دون الأبكار لأمرين:

أحدهما: أنه قد روي: " **الثيب أحق بنفسها من وليها** ".

والثاني: أنه لما قابل الأيم بالبكر اقتضى أن تكون البكر غير الأيم، لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وليس غير البكر إلا الثيب فلهذا عدل بالأيم عن حقيقة اللغة إلى موجب الخبر.

فإذا تقررت هذه المقدمة فعن الخبر ثلاثة أجوبة:

---

(١) الحاوي (٩/ ٤٢).

(٢) السابق.

أحدها: أنها أحق بنفسها في أنها لا تجبر إن أبت ولا تمنع إن طلبت تدل تفردها بالعقد من غير شهود.

والثاني: أنه جعل لها وليا في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها موجب أن لا يسقط ولايته عن عقدها ليكون حقها في نفسها وحق الولي في عقدها فيجمع بين هذا الخبر وبين قوله " لا نكاح إلا بولي " في العقد»[1] .

وأما احتجاجهم بحديث عائشة لما زوجت ابنة أخيها وهو غائب، فهو مخالف لما رواه ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم قال: لا أعلمه إلا عن أبيه عن عائشة، قالت: كان الفتى من بني أخيها إذا هوي الفتاة من بنات أخيها ضربت بينهما سترًا وتكلمت، فإذا لم يبق إلا النكاح قالت: يا فلان! أنكِح، فإن النساء لا ينكحن»[2] .

وقالو: إنّ هذا ليس هذا مخالفاً للأول لأنه جائز أن تكون في الأول أيضا أمرت رجلاً بالتزويج فكان مضافا إليها لأمرها به[3] .

قلت: وهذا صحيح ولم أجد في شيء من الروايات أنّها تولت هي مباشرة العقد، ولا يتم الاحتجاج به إلاّ بذلك.

أجوبة الأحناف على أدلة الجمهور ، أما قوله تعالى: قال ابن رشد: « وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ ﴾ [البقرة:٢٢١]هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من

(١) الحاوي (٩/ ٤٣).

(٢) رواه عبدالرزاق في المصنف (١٠٣٤٠) وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٧١٢) ابن جريج مدلس وقد عنعنه ، وروي من طرق مرسلا ففيه ضعف.

(٣) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٢/ ٢٤٩).

المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر.

فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر. فإن قيل: إن هذا عام، والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء – قيل: إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع، والمنع بالشرع، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن، أصله الأجنبي.

ولو قلنا: إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل؛ لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ومراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة. ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر؛ لأن هذا مما تعم به البلوى. ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم، ولا ينصب لذلك من يعقدها. وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية، وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات، وهذا ظاهر، والله أعلم»[1].

وأمّا قوله قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢]، فقالوا المقصود العضل الحسي وهو المنع بالقوة والحس لا بالشرع والمعنى ، فإن الولي يملك حبس أخته ومنعها من التزوّج بقوته لا بكون الشرع حعل له أمر العقد .

ووجّه بعضهم أنّ الخطاب للأزواج الذين طلقوهن أن لا يعضلوهن بتطويل العدة عليهن ، قال الجصاص: «فإن قيل: لو جاز عقدها، لم يكن لنهي الولي عن العضل معنى، وكان ذلك بمنزلة الأجنبي، فدل على نهيه عن العضل، على أنه يملكه، وأن عقدها غير جائز مع عضله.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد» (٣/ ٣٨).

قيل له: هذا كلام ساقط؛ لأنه لا يجوز أن يستدل بالنفي على إثبات الحق له في العضل، وإنما يدل النهي على سقوط حقه في منعها عن العقد.

وإنما خص الأولياء بالنهي، لجريان العادة بكونها في بيت الولي، أو تحت يده، فقد يمكنه أن يحبسها، ويمنعها الخروج للعقد، أو المراسلة فيه، فهذا وجه نهيه عن العضل إن كان الخطاب متوجهًا إلى الأولياء.

وأيضًا: فلا دلالة في لفظ الآية على أن ذلك خطاب للأولياء، لأنه قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢]، فظاهر اللفظ، يدل على أنه خطاب للأزواج في النهي عن تطويل العدة عليها، بأن يراجعها في آخر عدتها، ثم يطلقها، ثم يراجعها في آخر عدتها، وهو كقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة:٢٣١].

ومعنى قوله: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾: أي قاربن البلوغ، كما قال: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة:٢٣١]، ومعناه مقاربة البلوغ.

فإن قيل: روي أن الآية نزلت في شأن معقل بن يسار حين عضل أخته أن يزوجها من زوج لها قد كان طلقها، فدعاه النبي ﷺ، وأمره بتزويجها.

قيل له: لا يمتنع أن يكون قد كان من معقل بن يسار منع لأخته من التزويج، وأن النبي عليه الصلاة والسلام دعاه، وأمره بتزويجها.

ولا دلالة في ذلك أن خطاب الآية متوجه إليه، لأنه ليس يمتنع أن تكون الآية قد نزلت في منع الزوج، وتطويل العدة عليها، ثم لما بانت خطبها، فعضلها أخوها معقل، فأمره النبي ﷺ بأن يزوجها.

وعلى أنه لو صح أن الخطاب توجه إلى الآباء، فدلالتنا قائمة؛ لأن معقلاً عضلها، فنهاه النبي عليه الصلاة والسلام عن العضل، وأجاز عقدها.

فإن قيل: فما معنى أمر النبي عليه الصلاة والسلام إياه بتزويجها؟

قيل له: لأنه لم يحب أن يبتذلها للحضور عند الرجال، والخطاب بالتزويج»[1].

بل قلب الجصاص الاستدلال بالآية لمذهبه فقال: « وفيه الدلالة من وجهين على صحة قولنا:

أحدهما: إضافته فعل العقد إليها بقوله: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢]، لأنه سواء قلت: نكحت أو عقدت، فاقتضى اللفظ جواز عقدها على نفسها.

والوجه الثاني: نهيه الولي في عضلها إذا تراضوا بينهم بالمعروف»[2].

قلت: تفسير الاية بالعضل الحسي أولى: لأن العضل الشرعي يمكن رفعه بلجوئها للسلطان أما العضل الحسي فهو أشد لأنّه حبس ومنع بالقوة وهو أكثر منعاً، ولهذا نزل القرآن به، فأخت معقل لو كان همّها مسألة العقد لرفعت شأنها للنّبيّ ﷺ كما فعل غيرها، لكن كيف تفعل بتسلط أخيها ومنعها بالقوة من ذلك ؟ فلهذا نهى الله عن عضلها حسا ، وليس في حديث معقل تنصيص على أن العضل بسبب مباشرة العقد بل هو شامل لهذا وهذا .

وأمّا حديث أنكحة الجاهلية: فقد يجاب بأنّه لا يقوى في اشتراط الولي، لأنّ الفرق بين هذا النكاح بدون وليّ وغيره مما ذكَرت ليس عدم وجود الوليّ فقط، وإنما الصورة كلها تختلف،

(١) شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٤/ ٢٥٩).

(٢) السابق.

ومن ضمن الاختلافات خطبة المرأة من الولي ، ولو قيل بظاهره لكان صارفاً لاشتراط رضا المرأة لأنه لم يذكر .

وقد يُقال إنّ هذا الذي ذكرته عائشة كان عرفاً أقرّه الشرع ندباً مع بقاء حق المرأة بأن تنكح بلا وليّ كما جاء في نصوص أخرى.

وأمّا قوله ﷺ: « «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» .

فيمكن الجواب عنه بأنّ دلالة الحديث على عدم اشتراط الولي أولى ، فكأن الشارع الحكيم بعد أن قرر حق المرأة في تزويج نفسها نبه على أنّ الولي وإن كان له أن يزوّج فإنّ تزويجه موقوف على إذن المرأة، فهذا غاية ما يدل عليه الحديث، وأمّا اشتراط الولي للنكاح فلا يدل عليه إلا بوجه بعيد كما ذكروه .

تحرير قول الجمهور وما يرد عليه

١ . الجمهور وإن كانوا أخذوا بدلالة الحديث إلاّ أنّ نظرهم فيه اختلف ، ولهذا اختلفت أقوالهم في بعض الصور والفروع.

فالشافعي واضح أنّه يرى في الأمر حقا لله تعالى وإن كان معللا بمصالح وحكم للمرأة والأولياء لكن حق الله فيه أظهر ، ولهذا أبطل العقد ولم يجزه ولو أذن الولي فيما بعد لأنّ العقد حصل على غير مراد الله ، وما كان كذلك فهو فاسد يجب استئنافه [1] وكذلك روي عن أحمد وإسحاق كما سيأتي.

(١) الأم (٥/ ١٤).

وأمّا المالكية فلهم فيه نظر مصلحي قوي جعلهم يفرقون بين بعض الصور كما اشترطوا الولي للشريفة دون الدنيّة، قال ابن دقيق العيد: «إنما فرقوا بين الدنيَّة والشريفة لمعنى رأوا أنَّه العلةُ في اشتراط الولي الأقرب.

وتقريرُه: أنَّ النساءَ مَظِنَّةُ الانخداعِ، والميلِ إلى الشهوات، وتقديمِ أهل الغنى على أهل الدين، وذلك قد يجرُّ إلى إلحاق العار الشديد بالأولياء، لاسيَّما في طباع العرب، فاقتضى هذا المعنى عندهم أن يكونَ علةً لتفويض الأمر إلى الأولياء، دفعًا لضرر العارِ عنهم، وللمفاسد الناشئة عن تفويض أمر النكاح إلى المرأة، وهذا المعنى معدومٌ في الدنية التي لا عارَ في تزويجها مِنْ أحدٍ على أحد، فلا تساوي الشريفةَ، فاقتضى الحالُ التفرقةَ، فإذا امتنع تزويجُها نفسَها مباشرةً وزوَّجها غيرُها – مَنْ كان – لم تحصل مفسدةُ الإضرار لإلحاق العار، فلا يخلو حينئذٍ: إما أن يكونَ هذا المعنى مُعتبَرًا، أو لا؛ فإن كان معتبرًا فالفرقُ ظاهرٌ، وإن لم يكنْ معتبرًا فالخطأ في الحكم؛ لأجل الخطأ في النظر في العلة، لا لأجل التفريق، وخطؤكم في التفريق مع مقتضى الجمع قطعًا أو قريبًا منه»[1] .

والحق أنّ هذه المسألة من المسائل التي إما يؤخذ بالنص فيه وما ترتب على ظاهره، أو أن تسقط جلّ الفروع ، فإما أن يُقال إن الولي شرط صحة فتسقط كل الأقوال التي فيها تفريق بين امرأة وأخرى وبين طول المدة وقصرها وبين الإيلاد من عدمه، لأنّ النص لم يخصّ، وقد بين أن لزّوج المهر أي أنه بين ما يحتاج إليه وسكت عن غيره . وهذا مع أنه أكثر انضباطا إلا أن فتاوى وأقوال منقولة عن الصحابة لا تساعد عليه .

فإما قول أبي حنيفة، وإماقول إسحاق، وكل الأقوال بينهما أخذٌ ببعض النص وترك بعضه.

(١) شرح الإلمام بأحاديث الأحكام (١/ ٢٢٦).

قال ابن عبدالبر: «ولا أعلم أحدًا فرّق بين الشّريفة ذات الحسب والحال وبين الدّنيّة الّتي لا حسب لها ولا مال إلا مالكا في رواية بن القاسم وغيره عنه وكذلك لا أعلم أحدًا من العلماء فرّق بين الثّيّب والبكر في الوليّ فقال جائزٌ أن تنكح الثّيّب بغير وليٍّ وأنّه جائزٌ لها أن تزوّج نفسها والبكر لا يجوز نكاحها إلّا بإذن وليّها إلّا داود بن عليٍّ فإنّه جاء بقولٍ خالف فيه من سلف قبله من العلماء فقال لا أمر للوليّ مع الثّيّب وجائزٌ نكاحها بغير وليٍّ وأمّا البكر فلا يجوز نكاحها إلّا بإذن وليٍّ من العصبة»[1] .

وإذا خرجنا عن ظاهر النص فلكل أن يخصصه لقياس يراه: فمالك يخصصه بالدنيئة ، وغيره يراه موقوفاً على موافقة الولي أو السلطان ، وبعضهم يخصصه بالأمة أو الصغيرة أو أنه مراعى فيه حق الوليّ والعصبة أم هو حق لله ، وغير ذلك من الأقوال ، وهذا يعني عملياً ترك النص ، والأولى إذا أردنا الاحتجاج به أن يكون على عمومه وظاهره، فيكون النكاح باطلاً بأي حال إن لم يكن بولي معتبر ، ويستأنف إذا حصل ، وذلك عام في كل النساء . لأن كثرة التخصيص تجعل النص مفرغا من غالب معناه.

٢ . الأقوال التي توقف العقد على إجازة الولي واضح منها أنّها تُرجع البطلان لفوات حق الوليّ، والولي لاحق له في العقد، بدليل قوله ﷺ:«**الأيم أحق بنفسها**» فسواء أجاز أو لم يجز من حقها أن تختار من شاءت ، ومثل هذا لا يبطل العقود، وأما إن كان حقا لله فلا يصحّحه إجازة السلطان ولا الولي بل هو عقد باطل يجب استئنافه كما قال بعض الشافعي ومن وافقه .

٣. نظام الولي له حِكَم أخرى غير منظورة، وهو خير للمرأة نفسها ، فإنّ عدم اعتبار الولاية للأب أو الأخ يفقده شعور المسؤولية عنها، وبالتالي يرفع يد الحفظ والغَيرة والدفاع عنها والنفقة عليها وغير ذلك ، ولهذا فإنّ إلزام المرأة باالولي فيه غُنْم وغرم ، ومصلحته

(١) الاستذكار (٥/ ٣٩٩).

راجحة، ومفسدة ضدّه راجحة ، وما من امرأة تنكح بلا وليّ إلا كانت رخصية عند زوجها وأهله إن كان له أهل ، فتمُتهَن ، وهذا تدركه كلّ من تتزوج رغماً عن رأي أهلها ووليّها على رأسهم .

وكذلك فإنّ في اشتراط الوليّ إبقاء على صلة الرحم قوية بهذا الاحتياج الذي شرعه الإسلام بين المرأة ووليها، فلا تنى هي ولا ينسى هو هذا الالتزام الاجتماعي الشرعي، وكل هذا يرجّح الاشتراط في الجملة.

فإن قيل كيف يكون قريب بعيدٌ في أقصى الأرض أعلم وأغير وأكثر حفظا لحق المرأة من خالها أو من نفسها أو من أمّها مثلا ؟

قلنا: نعم هذا حق: وفي مثل هذه الصورة القليلة ولو لم تتحقق فيه المصلحة المذكورة، فإنّه يراعى فيه الحكم حفاظاً على الأصل ، وهذه عادة الشريعة ، ولهذا حرّمت ما يسكر كثيره ولو جرعة منه ، حفظا للأصل .

حاصل قول الأحناف

قال الكمال بن الهمام: «حاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات: روايتان عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له.

وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء؛ لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل الكفاءة.

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره.

وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفا على إجازة الولي إن أجازه نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفئا وامتنع الوليّ يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه. ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية.

فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي [(١)]، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بوليّ [(٢)] ، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بوليّ وهو قوله الأخير فلا، ورجح قول الشيخين؛ لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف إلخ.

وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفء ودخل بها لا تحل للأول، قالوا: ينبغي أن تحفظ هذه المسألة فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء، وأما لو باشر الولي عقد المحلّل فإنها تحل للأول، وإذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللوليّ أن يفرق بينهما على ما نذكره في فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى»[(٣)] .

---

(١) المبسوط (٥/ ١٠).

(٢) شرح معاني الآثار (٣/ ٧).

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام – ط الحلبي (٣/ ٢٥٦).

قال ابن نجيم: «وأطلقها فشمل البكر والثيب، وأطلق فشمل الكفء وغيره، وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه لكن للوليّ الاعتراض في غير الكفء وما روي عنهما بخلافه فقد صح رجوعهما إليه.

وروى الحسن عن الإمام أنه إن كان الزوج كفؤا نفذ نكاحها وإلا فلم ينعقد أصلاً، وفي المعراج معزيا إلى قاضي خان وغيره.

والمختار للفتوى في زماننا رواية الحسن وفي الكافي والذخيرة، وبقوله أخذ كثير من المشايخ؛ لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل وليّ يحسن المرافعة والجثوّ بين يدي القاضي مذلة فسدّ الباب بالقول بعدم الانعقاد أصلاً، قال صدر الإسلام:"لو زوّجت المطلقة ثلاثاً نفسها من غير كفء ودخل بها الزوج ثم طلّقها لا تحلّ للزوج الأوّل على ما هو المختار" وفي الحقائق:"هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه" وفي فتح القدير:"فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء

وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأول" اهـ.

وسيأتي في الكفاءة أن كثيرا من المشايخ أفتوا بظاهر الرواية، وهذا كله إذا كان لها أولياء أما إذا لم يكن لها ولي فهو صحيح مطلقاً اتفاقاً.

ولا يخفى أنه لا يشترط مباشرة الوليّ للعقد؛ لأنّ رضاه بالزوّج كافٍ، لكن لو قال الوليّ رضيت بتزوّجها من غير كفء ولم يعلم بالزواج عيناً هل يكفي؟

صارت حادثة للفتوى وينبغي أن لا يكفي؛ لأنّ الرضا بالمجهول لا يصحّ، كما ذكره قاضي خان في فتاويه في مسألة ما إذا استأذنها الوليّ ولم يسمّ الزوج، فقال؛ لأنّ الرضا بالمجهول لا يتحقّق ولم أره منقولاً صريحاً»[1] .

قال القاري: «(وروي بطلانه) أي بطلان نكاحها إذا زوّجت نفسها (بلا كفؤ) روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة، وفي «الخانيّة»: هذا أصحّ وأحوط والمختار للفتوى في زماننا، إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاضٍ يعدل، ولذا قيل: الوقوف على باب القاضي في هذا الزمان ذلٌّ، فسدّ هذا الباب أولى»[2] .

تعليق:هذا يقوله في أزمنة خلت فكيف في زماننا ؟

قال ابن عابدين: «قوله:"فنفذ إلخ" أراد بالنفاذ الصحة وترتّب الأحكام من طلاق وتوارث وغيرهما لا اللزوم، إذ هو أخصّ منها، لأنه ما لا يمكن نقضه وهذا يمكن رفعه إذا كان من غير كفء»[3] .

قلت: مذهب الأحناف مُشكل، إذ يجعلون للوليّ أن يقيم الدعاوى طلباً للفسخ ، ويحرمونه من حقّ اشتراط إذنه ومباشرته للعقد، وهذا تناقض لا تأتي به الشريعة، فإن كان له حق في الفسخ فأولى أن يكون له حق المنع، وترفع المرأة الدعوى بالعضل إن حصل، لأنه أسهل لها أن تبطل عضله من أن تكافح لعدم الفسخ ، خاصة وأن المفاسد قد تحصل قبل استدراكها ولهذا مالت الفتوى عند الأحناف إلى غلق الباب لغلبة فساد الزمان والقضاء.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق .

(٢) فتح باب العناية بشرح النقاية (٢/ ٣١).

(٣) حاشية ابن عابدين – رد المحتار ط الحلبي (٣/ ٥٥).

وقولهم إنّ الفتوى عندهم الآن عدم صحة العقد بدون ولي إذا لم يكن الزوج كفؤا للعلة التي ذكروها . وهي أنّهم لو صححوه فإن الولي قد لا يطالب بفسخ النكاح لأن فيه ترددا إلى المحاكم أو لقلة من يعدل من القضاة ونحو هذا ، والحق أن هذا عجيب من القول، إذ مرجع صحة العقد وفساده إلى الشرع لا إلى أحوال النّاس .

وهم لا يتحدثون عن أمر احتسابي أو حكم سلطاني بالمنع وإنما يقولون لو زوجت نفسها بكفء لم يصح من أصله، وأما أصل مذهبهم فهو صحته وللولي أن يطالب بالفسخ. وبينهما فرق كبير.

الصورة الثانية

وأما الصورة الثانية وهي أن تباشر العقد بإذن وليّها، فقال بها أبو ثور: أخذاً من ظاهر الحديث أنّ العقد يبطل إن كان بدون إذن الوليّ، فإذا أَذِن فلا فرق بين أن تباشر هي العقد أو الولي أو غيرهما.

والجمهور ممن اشترط إذن الوليّ على خلاف ذلك، قال المازري: «وأما أبو ثور فله قوله ﷺ: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَت بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنكاحها باطل فإن اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَان وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ".

ودليل هذا الخطاب أنها إذا نُكحت بإذن وليها فنكاحها صحيح، وأيضًا فإن الولي إنما أثبت لما يلحقه من المعرة بأن تضع نفسها في غير كُفُؤٍ فإذا أذن سقط حقه في ذلك فلا معنى لتولية العقد»[1].

قال البيضاوي: «وقال أبو ثور: إن زوجت نفسها بإذن الولي صح، وإن زوجت نفسها بغير إذنه لم يصح، لتخصيص الحكم بالتزويج بغير إذن، وهو ضعيف، لاتفاق القائلين بالمفهوم على أن محل النطق إذا خصص بالحكم، لخروجه مخرج الأعم الأغلب، لم يكن له مفهوم، كقوله تعالى ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣]وقوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة:٢٢٩]، إذ الظاهر أن الموجب لتخصيص الحكم بمحل النطق في ذلك كونه غالبا، ف يدل على قصر الحكم عليه.

(١) المعلم بفوائد مسلم (٢/ ١٤٣).

وقوله: " فإن اشتجروا " أي: اختلفوا وتشاجروا، ومنه قوله تعالى: ﴿فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[النساء:٦٥]، أي: فيما وقع خلافا بينهم، يريد به: مشاجرة العضل، ولذلك فوض الأمر إلى السلطان وجعلهم كالمعدومين، وهو ما يؤيد منع المرأة عن مباشرة العقد، إذ لو صلحت عبارتها للعقد، لأطلق لها ذلك عند عضل الأولياء واختلافهم، ولما فوّض إلى السلطان»[1] .

لكن قد يقال: كل مقاصد رعاية المرأة ووو الخ تتحفف بعلم الولي ولو لم يتولى العقد بنفسه . فيكفي إنّه

بينما اشترط الجمهور مباشرته أ ويجاب أنه ليس كذلك فإذا اكتفي بالعلم فقد يخبر ويأذن عن بعد فلا تتحقق للمرأة صيانة كما أنه مهين للمرأة ولا يتحقق به صلة رحم ولا هيبة ، أما اشتراط مباشرة العقد فيوجب حضوره واستئذانه وأخذ موافقته .. الخ . وهذا يؤيد الاشتراط.

قال الكشميري:«واعلم أن ههنا مسألتين: الأولى: أن النكاح لا ينعقد إلا برضى الولي وإجازته، وإليه ذهب مالك، والشافعي، وأحمد؛ والثانية: أن النساء لا أهلية فيهن للإنكاح، فلا ينعقد النكاح بعبارتهن، وإن أجازه الوليّ ألف مرة، فمحصل مذهب الجمهور أن رضى الولي مقدم على رضى المولية، وكذا العقد الذي هو عبارة عن الإيجاب والقبول، لا يصلح إلا للرجال، فإن عقدت النكاح بنفسها لم ينعقد، وإن رضي به الولي أيضا، وذهب صاحبا أبي حنيفة إلى اشتراط الوليّ فقط، فالضروري عندهما رضى الولي، سواء صدر النكاح بعبارته، أو بعبارتها، فإن عقدت هي بنفسها بعد تحصيل رضى الولي انعقد عندهما.

(١) تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة (٢/ ٣٤٤).

قلت: وليت شعري من أين فهموا أن الحديث حجة لهم في المسألة الثانية أيضاً، فإنّ أقصى ما يدلّ عليه الحديث لغة هو أن رضى الوليّ وشركته أمر ضروري، وأنّ النكاح لا يكون إلاّ بشهوده، سواء لحقته إجازة سابقة أو لاحقة، وسواء صدر النكاح من عبارة المولية أو وليها، فالحديث إن كان حجة، ففي المسألة الأولى، وأما المسألة الثانية فلا مساس له بها، كيف وحديث عائشة: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل**» ... إلخ، صريح في أن الضروري هو إذن الوليّ لا عبارته»[1].

وقال: «إن حديث: «**لا نكاح إلا بولي**»، لم يرد فيما تعارض فيه الرضاءان، وإنما هو في بيان منشأ الشارع: وهو أنّ المولية مأمورة بتحصيل رضاه، كما أنه مأمور بتحصيل رضاها، فإذا توافق الرضاءان تحقق منشؤه. أما إذا تعارضا، فهل يقدم رضاها على رضاه أو بالعكس؟ ففيه قوله: «**الأيم أحق بنفسها من وليه**»، والنظر المعنوي يؤيده، فإنها إذا نكحت من كفئها بمهر مثلها، ثم لم يرض الوليّ، علم أنه متعنت، فأيّ عبرة به، وحينئذ يظهر حقها الذي هو حقها، وفيه حديث: «**الأيم أحق**» ... إلخ. واهتديت إلى هذا الجواب من لفظ محمد رحمه الله تعالى، وإذ ثبت أن الحديث لا يدل إلا على إذن الولي، ظهر أن تمسكهم به على المسألة الثانية تطاول»[2].

ومما يُحتجّ به على صحة هذه الصورة حديث أم سلمة أنّ رسول الله ﷺ لما انقضت عدّتها من أبي سلمة بعث إليها فخطبها فقالت: مرحبا برسول الله ﷺ ومرحبا بالله ورسوله اقرأ رسول الله السلام وأخبره أني امرأة غَيْرى، وأنا مُصْبِية، وليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال لها رسول الله ﷺ: «**أما قولك إني غيرى فإني سأدعو الله أن يذهب غيرتك وأما قولك إني مصبية فإن الله سيكفيك وأما أولياؤك فليس أحد منهم شاهدا ولا غائبا إلا سيرضاني**»

(١) فيض الباري على صحيح البخاري (٥/ ٥٢٠).

(٢) فيض الباري على صحيح البخاري (٥/ ٥٢٤).

فقالت لابنها: قم يا عمر فزوِّج رسول الله ﷺ فزوجها[1]، **فالنّبيّ ﷺ ذكر لها أنّ علّة إذن الولي التأكّد من رضاه، فإذا علم رضاه لم يكن وجوده وحضوره شرطا.**

والحديث لا يصح بهذا السياق، وفيه نكارة، قال ابن الجوزي: «هكذا روي لنا الحديث أنها قالت: يا عمر قم، وأصحابنا قد ذكروا أن رسول الله ﷺ قال: «**قم يا غلام فزوّج أمك**» وما عرفنا هذا، وفي هذا الحديث نظر لأنّ عمر كان له من العُمر يوم تزوّجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين وكيف يقال له: زوِّج؟ وهذا لأنّ رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع، ومات رسول الله ﷺ ولعمر تسع سنين، فعلى هذا يحتمل قولها لعمر: "قم فزوّج" أن يكون على وجه المداعبة للصغير»[2]، وتعقبه الذهبي في التنقيح فقال: «بل كان رجلاً متزوّجاً، استفتى النّبيّ ﷺ عن مباشرة الصائم»[3].

---

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٨/ ٧١) وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٦٨٥) والنسائي (٣٢٥٤) من طرق عن ثابت البناني قال: حدثني ابن عمر بن أبي سلمة به، ورواه الحاكم (٦٧٥٩) من طريق حماد بن سلمة عن ثابت وقال بعد أن صححه: «ابن عمر بن أبي سلمة: الذي لم يسمه حماد بن سلمة في هذا الحديث سماه غيره سعيد بن عمر بن أبي سلمة»، قال الألباني في الإرواء(٦/ ٢٢): «كذا قال، ووافقه الذهبي في التلخيص ! وأما في الميزان فقال: "ابن عمر بن أبي سلمة المخزومي عن أبيه، لا يعرف، وعنه ثابت البناني"، وقال الحافظ في اللسان: "قيل اسمه محمد بن عمر بن أبي سلمة بن عبدالأسد"، ونحوه في التهذيب، ولم يتعرض لا هو ولا غيره لقول الحاكم المذكور أنّ اسمه سعيد بن عمر بن أبي سلمة، وسواء كان اسمه هذا أو ذاك، فهو مجهول لتفرد ثابت بالرواية عنه، فالإسناد لذلك ضعيف» والحديث أصله في صحيح مسلم (٩١٨) بدون تزويج عمر لها.

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٦٦) وانظر زاد المعاد لابن القيم (١/ ٩٧).

(٣) تنقيح التحقيق (٢/ ١٧٧).

قلتُ: في الإصابة: «ولد بالحبشة في السنة الثانية، وقيل قبل ذلك، وقبل الهجرة إلى المدينة، ويدل عليه قول عبدالله بن الزبير: كان أكبر منه بسنتين، وكان يوم الخندق هو وابن الزبير في الخندق في أطم حسان بن ثابت»[1].

والثابت أنّ النّبيّ ﷺ تزوج أم سلمة بعد أحد سنة موت أبي سلمة في السنة الرابعة للهجرة، فعمره حينئذ ست سنوات على أكثر تقدير بناء على كونه قبل ابن الزبير بسنتين، إذ ولد ابن الزبير عام الهجرة، وفي الصحيح عنه قال: «كنت غلاماً في حجر رسول الله ﷺ وكانت يدي تطيش في الصحفة، فقال لي رسول الله ﷺ: «يا **غلام، سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك**»[2] وهذا يؤكد أنّه كان صغيرا يوم تزوج النّبيّ ﷺ أمّ سلمة وليس متزوجاً، وفي كلّ حال كان غلاماً لا يصح منه التزويج على قول من اشترط الوليّ.

وقول الذهبي غفلة عن أنّه عاش بعد ذلك ست سنوات حتى مات النّبيّ ﷺ فكان عمره اثنا عشرة سنة ويبعد أن يكون في هذا السن متزوجاً، ثم إن سؤاله في مثل هذا السن مقبول، وليس شرطا أن يكون سؤاله لنفسه بل قد يكون مأموراً بالسؤال لغيره.

وعلى كل حال فهو حين تزوّج النّبيّ ﷺ غلام صغير لا يصح منه عقد.

قال الشوكاني: «الحديث قد أُعِلّ بأن عُمَر المذكور كان عند تزوجه ﷺ بأمه صغيراً، له من العمر ستان؛ لأنّه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة، وتزوّجه ﷺ بأمّه كان في السنة الرابعة، قيل: وأمّا رواية: "قم يا غلام فزوج أمك" فلا أصل لها»[3].

وإذا كان كذلك صحّ أنّ العقد يصحّ بعبارة المرأة إذا رضي الوليّ.

---

(١) الإصابة (٤/ ٤٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٧٦) ومسلم (٣٢٦٧).

(٣) نيل الأوطار (١٢/ ٨٨).

الصّورة الثالثة

وأما الصورة الثالثة وهي أن يباشر العقد وليّها الأبعد أو رجل من المسلمين بإذن وليّها، فهذه في حقيقتها وكالة، سواء لفظ بلفظ التوكيل، أو بالسكوت فيصح العقد لأن الإذن له توكيل في حقيقة الأمر . ولا يُختلف في هذا لأنّ مفهوم الحديث أنه إذا أنكحها من أذن له الولي غيرها جاز ذلك سواء كان من الأولياء أو من غيرهم .

الصورة الرّابعة

وأمّا الصورة الرابعة: وهي أن يباشر العقد وليّها الأبعد أو رجل من المسلمين بدون إذن وليّها، تفوض الأمر إليه، فهذا قال بصحته بعض الفقهاء ، بناء على أنّ حديث «لا نكاح إلا بولي» لم يعين ولياً، وقوله: «بوليّ» نكرة فيصح بأيّ ولي، ولم يقل:«لا نكاح إلا بالوليّ»، لكن هذا يبطله حديث الباب لأنّ فيه ما يدل على وليٍّ بعينه، فلم يقل:«**ايما مرأة نكحت بدون ولي**» فدل على أنه وليٌّ معين معلوم للسامع ولم يَرد أنّ أحد من الصحابة سأله من هو الوليّ، فكأنه أحال على شيء معلوم عندهم عرفاً وشرعاً.

ويشكل عليه أنّه لم يرد في الشرع تعيين وتحديد، خاصة إذا اتفقنا على تقديم الأب.

والترتيب كذلك ، فيه إشكال، وإبطال العقد بناء على ذلك فيه مافيه .

قال ابن عبدالبر: «أجمع العلماء على أنّ الوليّ المذكور بالإشارة إليه في هذا الحديث هو الوليّ من النّسب والعصبة»[1] .

وقال: «والمسائل في هذا الباب عن مالكٍ وأصحابه كثيرة الاضطراب»[2] .

وقال القاضي عياض: «واتفقوا أن المراد بالوليّ فى هذا الحديث ذو الولاية الخاصة دون العامة.

ثم اختلف القائلون باشتراط الوليّ فى صحّة عقد النكاح، أو استحبابه؛ من هو؟ أهُوَ وليّ الديانة عمومًا أو وليّ النسب وما فى معناه من الولاء والوصاء خصوصًا؟ ثم الرجوع لولاية الديانة أو الحكم إنما يكون عند عدم ذلك؟

---

(١) الاستذكار (٥/ ٣٩٣).

(٢) الاستذكار (٥/ ٣٩٤).

فمشهور مذهب مالك اشتراط ولاية القرابة، ومراعاة الأقعد فالأقعد، وهو قول الشافعي والليث بن سعد، وقال أحمد وإسحاق وأبو ثور في اشتراط ولى النسب نحوه، إلا أنّ أبا ثور قال: كلّ من يقع عليه اسم وليّ فله أن يُنكِح، ولم يجعل للقعود حقًا، وقاله بعض أصحابنا، وحجّتهم: قول عمر: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان" فحملوه على التسوية، وحمله الآخرون على الترتيب، قالوا كلّهم: ويفسخ إذا وقع بغير وليّ خاصٍ، وليس للوليّ الخاص إجازته.

وحكى البغداديون عن مالكٍ قولاً آخر: أنّ ولاية الديانة ولاية في كل أحد يمضي عقدها، وليس للوليّ الخاص فسخه، وقاله أبو حنيفة ومن وافقه ممن يستحب الوليّ، ولا يوجبه إلا أن تضع المرأة نفسها في غير كفءٍ، فللوليّ فسخه عندهم للمعرة.

وعلى هذا الخلاف يأتي توقف مالكٍ في فسخه وإجازته في المدونة على اختلاف لفظه والتأويل عليه، وعليه يأتي اختلاف أصحابه في منع الوليّ من إجازته أو إباحة ذلك له، ومراعاة طول الدخول والإقامة عند بعضهم أو قربها، وهل الولاية من حقوق الله؟ فلا يلتفت إلى إمضاء الوليّ، أو من حقوق الوليّ فيلتفت إلى ذلك؟ ولكثرة الاختلاف في ذلك ومراعاته إذا نزل.

وكذلك اختلف المذهب عندنا في إنكاح الأبعد، مع وجود الأقعد مراعاة للخلاف، وهل تقديمه لقعدده من حقوق الله فيفسخ على كل حالٍ، وهو قول المغيرة، أو من حقوق الوليّ فيكون له الخيار في إمضائه أو رده، وبه قال جماعة منهم، أو من باب الأولى والأكمل فلا يكون له اعتراض فيه إذا وقع، وهو قول مالكٍ[1] وقول الصحابة.

(١) انظر المدونة (٢/ ١١٢) والمنتقى للباجي (٣/ ٢٦٨-٢٦٩).

وهذا كله فيمن عدا الأب فى ابنته البكر، والسيد في أمته، فلا خلاف في أنّ لهما فسخ ما عقد بغير إذنهما، واختلف هل لهما إجازته؟ فعندنا فى ذلك قولان، وعن مالك قول ثالث مشهور فى التفريق بين الشريفة والدنية فأمضى ولاية الديانة فى الدنية وعند الضرورة فيها، ولم يمضها فى الشريفة وذات القدر، فلم يحك عن غيره مثله»[1] .

وقال القرطبي: «اختلف القائلون باشتراط الولي، هل يكتفى في صحة العقد بوجود ولي، أيّ وليٍّ كان، من غير مراعاة لولاية خاصة ولا عامة، أو لا بدّ من مراعاة الخاصّة على مراتبها، فإن فقدت رجع للعامة؟ قولان:

وللأول ذهب أبو ثور، وقال: كل من وقع عليه اسم وليٍّ فله أن يُنكح، وقاله بعض علمائنا، وحكاه ابن المنذر عن مالك، والجمهور على القول الثاني؛ لقول النبي ﷺ: "أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل" ثم قال بعد ذلك: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" ، فاقتضى: أن ولاية القرابة مقدّمة على ولاية السلطان، وإذا كان كذلك كان أحرى أن تكون مقدّمة على ولاية الدين، وهو واضحٌ، ويقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان".

ثم اختلف المرتّبون فيما إذا أنكح الأبعد مع وجود الأقعد في الولاية الخاصة فيمن يستأذن؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يفسخ على كل حال. وبه قال المغيرة.

وثانيها: أن الأقعد مخيّر في فسخه أو إجازته. وعليه جماعة من أصحابنا.

ومأخذ خلافهما: أن الفسخ لحقّ الله، فلا بدّ منه، أو لحق الولي فله إجازته وفسخه؟

---

(١) إكمال المعلم بفوائد مسلم (٤/ ٥٦٩).

وثالثها: أنه ماضٍ، ولا مقال للوليّ الخاص، وهو قول مالك، وهو بناء على أنّ مراعاة المراتب من باب الأولى، والأحسن، والله تعالى أعلم»[1] .

قلت: إذا قيل إن الولاية واشتراطها لحق الله تعالى سقطت كل هذه الافتراضات، ولا يصح العقد إلا باستئنافه على ما شرطه الشارع من وجود الوليّ الخاص الأقرب ورضاه.

وإذا قيل إنّ اشتراط الولي لحقّه الخاص، فالقول الثاني هو أصوب .

وإذا قيل إن اشتراط الولي لحق المرأة والاحتياط لها فيكون الثالث هو المتعيّن، وهو الأقرب للفقه ولمقاصد الشريعة ، لأن اشتراط الولي اقرب ما يكون إلى حفظ المرأة وصيانتها فإذا حصل باي ولي من أوليائها صحّ وحصل المقصود ويكون فسخه أو إعطاء الحق لأحد في فسخه عبث وإفساد للزوجيّة بدون حكمة ولا مقصود معتبر .

وقول مالك هنا جمع بين الأخذ بالحديث ومراعاة المقاصد.

❁ ❁ ❁

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم» (٤/ ١١٩).

الصورة الخامسة

الخامسة: أن تباشر العقد امرأة أخرى تفوض الأمر إليها أمها أو نحو ذلك، وهذا مبني على صحة عقدها لنفسها، فبعض الفقهاء يساوي بين صحة عقدها لنفسها وعقدها لغيرها، كالبيع والإجارة ونحوها .

وهذا غير صحيح لاختلاف متعلّق الأمر، كما أنّ عقد النكاح له خصوصية لا ينكرها أحد ممن شمّ رائحة الفقه، فلا يُقاس على غيره في كل حقوقه وموجباته وشرائطه .

وإذا قيل إن الشارع أعطى المرأة حق العقد وقدّمها على الولي وصحح مباشرتها لنكاح نفسها تقديما لحقها فإن ذلك لا يوجب ولا يلزم منه أن يقدم عليه غيره، فإذا كان من السائغ للمرأة ان تترك حقها لغيرها فأولى الناس بذلك وليّها .

ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها ليس للنساء عقد، قال الماوردي:«وهذا أمر منتشر في الصحابة لا يعرف فيه مخالف، ولأن تصرف المرأة في حق نفسها أقوى من تصرفها في حق غيرها، وقد دللنا على أنه لا ولاية لها في حق نفسها، فأولى أن لا يكون لها ولاية في حق غيرها، ولأن كل عقد لم يجز أن تعقده المرأة لنفسها لم يجز أن تعقده لغيرها كعقد الإمامة.»[1] .

❁ ❁ ❁

(١) الحاوي الكبير (٩/ ١٥٠).

تصحيح العقد إذا حدث بدون الوليّ الأقرب وأحكامه

من الأمور الّتي تطرّق لها الفقهاء على مختلف مذاهبهم، هو النظر فيما أذا حصل العقد بدون وليّ مطلقا أو بدون وليّها الأقرب، وذلك من جهة تصحيح العقد ، ومن جهة ترتب الحقوق على العقد.

ومن الواضح أنّه على مذهب أبي حنيفة ومن وافقه لا كلام لأنّ العقد صحيح عندهم ، إلاّ إذا وضعت نفسها في غير كفء فقالوا إنّ للوليّ طلب الفسخ .

وأما من قال إنّ الشرط لحق الله فقال إن العقد فاسد والواجب تصحيح الوضع بعقد جديد مشتمل بإذن ومباشرة الولي كما جاء عن أحمد وإسحاق وابن المبارك .

وجمع ممن رأى أنه عقد فاسد يوجبون فيه التفريق لكن يجعلون أحكامه كالصحيح احتياطا، قال البغوي: وسمعت أحمد يقول: إن تزوج الرجل بغير إذن ولي المرأة، وقد ولدت من الرجل أولادًا أَلِلوليّ أن يفرق بينهما؟

قال أبو عبد اللهَّ: فكذا كان يقول ابن المبارك»[1] .

ونقل عنه: إذا جعلت أمرها إلى رجل فزوجها لم يجز وتستأنف النكاح[2] .

وقال علي بن سعيد: سألت أحمد عن المرأة تتزوج بغير ولي؟

فقال: يفرق بينهما، أو يستقبلوا النكاح»[3] .

قال حرب: سألت أحمد: امرأة تزوجت بغير ولي، ثم أراد الولي أن يجيز النكاح؟

---

(١) مسائل البغوى(١٨).

(٢) الروايتين والوجهين(٢/ ٨٢).

(٣) الطبقات (٢/ ٢٨).

قال: بنكاح جديد ومهر وخطبة جديدة، ولا يجوز أن يقول: قد أجزت ذلك النكاح.

وقال: وسئل أحمد مرة أخرى عن امرأة تزوجت بغير إذن ولي، ثم بلغ الولي فأجاز؟

قال: لا، ولكن يجدد النكاح.

وقال: وسألت إسحاق قلت: امرأة ولت أمرها رجلا، فزوجها من رجل كان وليها غائبا، ثم قدم الولي فأجاز النكاح من غير أن يجدد النكاح، أو من غير شهود؟

قال حيث أجاز الولي جاز ذلك النكاح حينئذ وإن لم يجدد النكاح، والتجديد كان أحب إلى، فأما إذ أجاز فِعْلَ الذي أنكح جازه[1].

قال عبد الله: سألت أبي عن امرأة زوجت نفسها من رجل بشهادة شاهدين ووليها غائب، فكتب الوليّ أن ما صنَعت في نفسها من شيء فهو جائز، وهل يصلح ذلك؟

قال: يستأنفان النكاح.

قال حرب: سمعت إسحاق، قال: أخبرني سفيان، عن عبد الملك، عن ابن المبارك؛ أنه قال: لا نكاح إلا بولي، وأرى أن يفرق بينهما.

قيل له: فما تقول إن ماتا، يتوارثان؟ أو طلقها، أيقع عليها طلاقه؟

قال: أما في القياس فلا ميراث، ولا طلاق، ولكني أجبن»[2].

يعني أنه لا نص لديه ليمنع التوارث والطلاق، وإن كان القياس يقول بهذا.

قلت: وهذا مخالف لما صحّ من خبر عائشة لما زوجت ابنة أخيها عبدالرحمن وهو غائب، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به؟ ومثلي يفتات عليه؟ فكلّمت عائشة المنذر بن

(١) مسائل حرب(ص ٢٦).

(٢) مسائل حرب(ص ١٢١). وكل المسائل السابق من كتاب الجامع لعلوم الإمام أحمد.

الزبير، فقال المنذر:فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنتُ لأردّ أمراً قضيته، فقرّت حفصة عند المنذر [1] .

وهذا يدلّ على أنّ العقد صحّ بإجازة الوليّ ، وكانت هذه قصة مشهورة منتشرة لم تُنكر .

أمّا عن اقتراف النكاح بلا وليّ مع العلم به فقال الماوردي: «وإن كانا معتقدين لتحريمه يريان فيه مذهب الشافعي من إبطال النكاح بغير ولي فمحظور عليهما الإصابة فإن اجتمعا عليها ووطئها، فمذهب الشافعي وجمهور الفقهاء أنه لا حد عليهما وقال أبو بكر الصيرفي – من أصحاب الشافعي – وهو مذهب الزهري، وأبي ثور: الحد عليهما واجب لرواية ابن عباس أن النبي ﷺ – قال: " **البغي من نكحت بغير ولي** " .

والأثر المروي عن عمر في المرأة والرجل جمعتهما رفقة فولت أمرها رجلا منهم فزوجها فجلد الناكح والمنكح [2] .

والدليل على سقوط الحد قوله ﷺ – في الخبر الماضي: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل " فأبطل النكاح وأوجب المهر دون الحد، لأن النبي ﷺ – قال: " **ادرأوا الحدود بالشبهات** " وأقوى الشبهات عقد اختلف الفقهاء في إباحته فكان بإدراء الحد أولى. فأما قوله: " **البغي من نكحت بغير ولي** " فهي لا تكون بغياً بالنكاح إجماعا، وإنما يقول من يوجب الحد، إنها تكون بالوطء بغيا فلم يكن في التعلق به دليل، ثم يحمل على أنه يتعلق عليها بعض الأحكام البغي وهو تحريم الوطء، ولا يمتنع أن يسمى بعض أحكام البغي بغيا كما قال ﷺ –: " **من ترك الصلاة فقد كفر** " فسماه ببعض أحكام الكفر كافرا، وأما الأثر عن عمر

(١) موطأ مالك (٥٦٩) رواية الشيباني.

(٢) مصنف عبدالرزاق (١٠٤٨٦).

فالجلد فيه عبارة عن التعزير ألا تراه جلد الناكح والمنكح والحدّ لا يجب على المُنكِح فدل على أنه عزّرهما»[1] .

وأمّا من قال إن الشرط لحق الوليّ: فقال بعضهم: إنّ العقد غير صحيح لكنه موقوف على إجازة الولي فإن أجازه صح وإلا استؤنف.

والحديث وارد على كل صورة يتزوج فيها الرجل المرأة بدون ولي معتقدا صحّة ما فعل أو بجهل أو نحو ذلك، ونحن الآن نتكلم عن الحديث قبل وجود المذاهب، أي أن وجود الخلاف قد يكون مسوغا في حال علمت أنّ فيه قولاً لأبي حنيفة، لكن الحديث في عهد الرسالة ما الذي اعتبره النّبيّ ﷺ ليسقط عنها المؤاخذة ؟

فالظاهر انّه وإن كان الشائع في وقتهم أنه لا يزوج إلا وليّ، إلاّ إن ذلك كان غالبا ولم يكن مطرداً، فجاء النص ليحرم نكاح المرأة بلا ولي ويبطل العقد إن حصل كذلك ، وأن ما حصل قبل ورود النص فهو باطل، ثم قرر لها المهر إذا كان قد دخل بها .

أو أن يكون الحديث يتحدث عن صُور تقع خلاف الشرع لاجتهاد خاطئ كأن تزوج نفسها بناء على اعتقادها رضى الوليّ أو في غيبته أو يزوّجها الوليّ الأبعد أو من تظنّه ولياً من خال أو جار ونحو ذلك فيكون الإبطال لهذه الصورة، ويجبر الخطأ في حقها إن حصل الدخول .

أما أن يعلم الزوجان النص حقاً ويصرّا على المخالفة فقد يقال بحرمانها من المهر لأنها مثل التي تزوج نفسها في العدة عمداً أو ممن لا يحلّ لها فلا مهر لها اتفاقاً ويحدّ الزوج إن كان عالماً .

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٤٩).

أو يقال النص أصل لكل من نكح نكاحاً باطلا يعتقد صحّته فهو أصل في الباب بغض النظر عن سبب اعتقاد الصحة .

وهناك صورة تقع كثير وهي أن يلتقي الرجل والمرأة ويعاشرها بنيّة الزّوجيّة، فهذه صورة وسط بين النكاح الشرعي وبين الزنا ، فإذا عاشر رجل امرأة بنية النكاح بمهر المثل أو دونه فهو نكاح باطل لكنه ليس بزنا ، لأنه وإن تخلف شرطه لكن نيتها تحقيق مقاصد النّكاح التي ما شرع الوليّ والشهود إلا لأجلها من تحقيق السكن والذرية ونحوها ، فيبطل العقد لتخلف الشرط ويُدرء الحد للنيّة إذا ظهر موجبها ، فكيف إذا كان مع النية شروط العقد الأخرى من الشهود والإشهار وأقرار الزوج بالنكاح ، فإن الزاني لا يقول به في حال السعة . وهذه توجيه مناسب .

قال القاضي عياض: «ولو تزوجت بغير وليّ والزوجان يعتقدان إباحة ذلك أو يجهلان الحكم فيها، لم يكن فى ذلك حد، ولو كانا يعتقدان تحريم ذلك لم يكن فى ذلك حد أيضاً، إلا عند الصيرفى من أصحاب الشافعي فإنه رأى فيه الحد، وطَرْدُ وقوله ألا يكون فيه صداق ولا يلحق فيه نسبٌ، وحجته قوله: "**الزانية التى تنكح نفسها**"[1] ويحتج بأنّ النبيذ يحدّ شاربه ولا يرفع عنه الحدّ وجود الخلاف فيه، ومحمل قوله: "**الزانية التى تنكح نفسها**" على المبالغة عندنا فى التشبيه وشدة الزجر، لقوله فى حديث آخر فيمن تزوجت بغير إذن وليها: "**فإن أصابها فلها مهرها**".

وأما النبيذ فإنما لم يعتبر الخلاف فيه؛ لأنّ شاربه يحدّ وإن اعتقد تحليله، ولو اعتقد هذا تحليل النكاح بغير وليّ ما حُدّ، وقد قال بعض الناس: إنما حدّ شارب النبيذ وإن اعتقد تحليله؛ لأنها

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٠٤٩٤) وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٧١٩) والدارقطني في السنن (٣٥٣٨-٣٥٤١) عن أبي هريرة موقوفا، صححه الألباني في الإرواء (١٨٤١).

من مسائل الأصول التى لا يسوغ فيها طرق الاجتهاد المختلفة، وهذا عندى فيه نظر، وإثباتها من مسائل الأصول قد يعسر.

وقال أبو حامد: النكاح بغير وليّ له أصلان: أحدها الزنا، والآخر: النكاح الصحيح، والنكاح بغير وليّ وقع جنسه صحيحًا، وإنما فسد للإخلال ببعض شروطه، والنبيذ ليس له أصل محلل يُرَد إليه، ولا أصله الإباحة، فحرم للإخلال ببعض شروطه، فلهذا افترقا فى الحد عندهم»[1].

قال ابن عبدالبر: «وقال إسماعيل بن إسحاق:فإن نكحت المرأة بغير وليٍّ فسخ النّكاح، فإن دخل وفات الأمر بالدّخول وطول الزّمن والولادة لم يفسخ، لأنّه لا يفسخ من الأحكام إلّا الحرام البيّن أو يكون خطأً لا شكّ فيه، فأمّا ما يجتهد فيه الرّأي وفيه الاختلاف فلا يفسخ.

قال: ويشبه على مذهب مالكٍ أن يكون الدّخول فَوْتًا وإن لم يتطاول، ولكنّه احتاط في ذلك.

قال والّذي يشبه عندي على مذهب مالكٍ في المرأة إذا تزوّجت بغير وليٍّ ثمّ مات أحدهما أنّهما يتوارثان وإن كان مالكٌ يستحبّ ألّا يُقام على ذلك النكاح.

قال: وقد ذكر بن القاسم عن مالكٍ أنّه كان يرى بينهما الميراث.

قال أبو عمر: مذهب اللّيث بن سعدٍ في هذا الباب نحو قول مالكٍ... وقال أحمد بن حنبلٍ وإسحاق في النّكاح بغير وليٍّ نحو قول الشّافعيّ.

وقال إسحاق بن منصورٍ:قلت لأحمد بن حنبلٍ: إذا تزوّجها بغير وليٍّ ثمّ طلّقها؟ قال: أحتاط لها وأجيز طلاقه.

(١) إكمال المعلم بفوائد مسلم (٤/ ٥٦٩).

قال إسحاق: كلّما طلّقها وقد عقد النّكاح بغير وليٍّ لم يقع عليها طلاقٌ ولا يقع بينهما ميراثٌ لأنّ النّبيّ ﷺ قال:"فنكاحها باطلٌ" (ثلاثًا).

والباطل مفسوخٌ فلا يحتاج إلى فسخ حاكمٍ ولا غيره»[1] .

وفي المدونة: « قلت: أرأيت النكاح الذي لا يقر عليه صاحبه على حال؛ لأنه فاسد فدخل بها أيكون لها المهر الذي سمي أم يكون لها مهر مثلها؟ قال: لها المهر الذي سمي إذا كان مثل نكاح الأخت والأم من الرضاعة أو النسب، فإن لها ما سمي من الصداق ولا يلتفت إلى مهر مثلها قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم

قلت: أرأيت الذي تزوجها بغير ولي أيقع طلاقه عليها قبل أن يجيز الولي النكاح، دخل بها أو لم يدخل بها؟ قال: نعم، وقال وبهذا يستدل على الميراث في هذا النكاح؛ لأن مالكا قال: كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز، فالفسخ فيه تطليقة فإذا طلق هو جاز الطلاق والميراث بينهما في ذلك قلت: أرأيت هذه التي تزوجت بغير ولي إن هي اختلعت منه قبل أن يجيز الولي النكاح على مال دفعته إلى الزوج، أيجوز للزوج هذا المال الذي أخذ منها إن أبى الولي أن يجيز عقدته؟ فقال: نعم، أراه جائزا؛ لأن طلاقه وقع عليها بما أعطته فالمال جائز.

قلت: أرأيت المرأة إن تزوجت بغير ولي فطلقها بعد الدخول أو قبل الدخول أيقع طلاقه عليها في قول مالك أم لا؟

قال ابن القاسم: أرى أن يقع عليها الطلاق وما طلقها؛ لأن مالكا قال: كل نكاح كان لو أجازه الأولياء أو غيرهم جاز فإن ذلك يكون إذا فسخ طلاقا ورأى مالك في هذا بعينه أنها تطليقة فكذلك أرى أن يلزمه كما طلق قبل أن يفسخ قلت: لم جعل مالك الفسخ ههنا تطليقة وهو لا يدعهما على هذا النكاح إن أراد الولي رده إلا أن يتطاول ذلك وتلد منه أولادا قال ابن

(١) الاستذكار (٥/ ٣٩٤).

القاسم: فسخ هذا النكاح عند مالك لم يكن على وجه تحريم النكاح ولم يكن عنده بالأمر البين، قال: ولقد سمعت مالكا يقول ما فسخه بالبين ولكنه أحب إلي قال: فقلت لمالك: أفترى أن يفسخ وإن أجازه الولي؟ فوقف عنه ولم يمض عنه فعرفت أنه عنده ضعيف قال ابن القاسم: وأرى فيها أنه جائز إذا أجازه الولي قال: وأصل هذا وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم أن كل نكاح اختلف الناس فيه ليس بحرام من الله ولا من رسوله أجازه قوم وكرهه قوم أن ما طلق فيه يلزمه، مثل المرأة تتزوج بغير ولي أو المرأة تزوج نفسها أو الأمة تتزوج بغير إذن سيدها أنه إن طلق في ذلك ألبتة لزمه الطلاق ولم تحل له إلا بعد زوج، وكل نكاح كان حراما من الله ورسوله فإن ما طلق فيه ليس بطلاق»[1] .

وقال السرخسي: « وعلى رواية الحسن – رحمه الله تعالى – قال: إذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلاً.

وهو أقرب إلى الاحتياط فليس كل وليّ يحتسب في المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل فكان الأحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها.

وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الوليّ؛ ليندفع الضرر عن الوليّ، إلا أن الولي إذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤا لها صح فسخه، وإن قصد الإضرار بها بأن كان الزوج كفؤا لها لم يصح فسخه، ولكن القاضي يقوم مقامه في الإجازة كما يقوم مقامه في العقد إذا عضلها .

ومحمد – رحمه الله تعالى – يقول: لما توقف العقد على إجازة الولي؛ لتمام الاحتياط فكما ينعقد بإجازته ينفسخ بفسخه، وبعد ما يفسخ فليس للقاضي أن يجيزه، ولكن يستقبل العقد إذا تحقق العضل من الولي.

---

(١) المدونة (٢/ ١٢٠).

وعلى هذا الأصل يقول: إذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة إلى القاضي توارثا أما على قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فظاهر وأما على قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – فلأن تصرفها في حق نفسها صحيح، ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولي، ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي، وإنما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث بينهما، وعلى قول محمد – رحمه الله تعالى – لا يتوارثان؛ لأن أصل العقد كان موقوفا، وفي العقد الموقوف لا يجري التوارث، وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافاً لمحمد – رحمه الله تعالى –»[1] .

❁ ❁ ❁

(١) المبسوط» للسرخسي (٥/ ١٣).

المسيار والعرفي

ممّا يختلط على كثير من الناس هنا ما يُسمى زواج (المسيار)، فلا يميز الغالب منهم بين الزواج بدون وليّ وبين المسيار .

وحتى نبيّن هذا بجلاء نقول : إنّ المسيار في أساسه لا علاقة له بشروط النكاح ولا أركانه ، هو مجرد وصف لأسلوب حياة يتفق عليه طرفا العقد الزوج والزوجة .

فبينما يلتزم الزوج في النكاح أن يبيت عند زوجته – سواء كان معها زوجة أخرى أم لا – ويلتزم بنفقة معيّنة، ويلتزم بسكن لها كذلك ، إلى آخر ما هو من حقوق الزوجة على زوجها باصل العقد دون الحاجة إلى أن تشترطه .

وبالمثل فإن للزوج على زوجته حقوقا من مثل الخدمة بالمعروف والقرار في البيت والاستجابة للجماع في أي وقت – بلا ضرر طبعا ولا تحريم– وغير ذلك من الحقوق التي ذكرها الفقهاء في كتبهم ومدوناتهم الفقهية وسطرتها كذلك قوانين الأحوال الشخصية.

لكن بعض الناس قد لا يمكنه الالتزام بكل تلك الحقوق أو ببعضها سواء الرجل – وهو الأغلب– أو المرأة ، فما الحل ؟

الحل هو أن يشترط أحد الزوجين أو كلاهما على الآخر التخفف من تلك الحقوق كلها أو بعضها ، كأن يشترط الرجل أن لا يمر بالمرأة إلا نهاراً، أو في ايّأم محددة ، أو يشترط أن لا نفق عليها– في بعض الأقوال– أو ينقص من نفقتها .

وكأن تشترط المرأة أن تبقى مع أمها أو أبيها لحاجتها إليها ، أو تشترط زيادة في النفقة أو السكن ، أو أن تشترط أن ترضع ولدها وأن يكون معها .

وكما ترى ففي كل الأحوال لا علاقة للأمر بوجود الوليّ من عدمه ، فوجود الولي شرط عند عند الجمهور كما سبق أن قلنا بغض النظر عن هذه الحقوق واشتراط الزوجين إسقاطها أو بعضها، فالحكم واحد ، سواء أجزنا أم منعنا .

أي أن من الفقهاء من أجاز اشتراط إسقاط الحقوق التي ذكرناها ، ومنهم من منع، وقال إن لكلا الزوجين الرجوع عنها وتلزم بالعقد .

لكن جميع الفقهاء يتحدّث عن هذا وفق ما يرجحه سواء باشتراط الولي أو من غير اشتراط .

وبناء عليه فإن الحكم على زواج المسيار لا يصح إلا بعد أن تعرف صورته الحقيقية وما يعني به أطراف العقد.

فقد يكون الزواج بينهما على شرط الطلاق بعد مدة محددة، أي أنّه زواج مؤقت بزمن أو حدث ، ويسمونه زواج مسيار، فهذا محرم لأنه من جنس نكاح المتعة المحرم بإجماع المسلمين إلا الرافضة .

وقد يكون صورة الزواج أنها بولي وشاهدين ومهر لكن يعقدونه سرا لا يعلم به أحد ويسمونه زواج مسيار فهذا جائز على قول جماهير أهل العلم وهو نكاح صحيح، بغض النظر عن كونه خلاف الأولى.

وقد يكون الزواج بدون وليّ لكنه بإشهار وتوثيق فهذا تنطبق عليه مسألتنا .

وقد يكون بين الرجل والمرأة بورقة بينهما دون شهود ولا ولي ولا توثيق رسمي، وهذا ما يُعرف بالزواج العرفي وهو محرم ولا يصح.

وقد يكون الزواج بولي ومهر وشهود وإشهار لكن مع اشتراط الزوج أن لا يبيت عن زوجته ، أو يشترط أن يمرها نهارا فقط أو ليلا فقط، أو مرة في الشهر، أو يشترط نفقة أقل من حقّها .

أو تشترط المرأة أن لا يمر بها الزوج لانشغالها بأولادها أو إرضاعها أو عملها ، أو تشترط نفقة زائدة أو أن لا تمكنه من نفسها إلا ليلا فقط ونحو ذلك .

فهذا الزواج بهذه الشروط هو أولى ما يُسمى زواج المسيار وهو زواج مكتمل الأركان وكل شخص أعلم بحاله وما يصلح له فلا يُنكر بالمطلق ولا يمدح بالمطلق، وقد جاء هذا في كلام السلف على خلاف بينهم.

فعن الحسن البصري رحمه الله:«أنه كان لا يرى بتزويج النهاريات بأساً، وكان ابن سيرين يكره ذلك».

وعن منصور، عن الحسن، وعطاء «أنهما كانا لا يريان بتزويج النهاريات بأسا».

وقال مطرف، عن الحكم، وحماد «أنهما كانا يكرهان ذلك»، وقالا: «هذا شرط فاسد»[1].

وعن الحكم وحماد في رجل تزوج امرأة وشرط لها: ما قسمت لك من ليل أو نهار رضيت به، قالا: هذا شرط فاسد».

وعن الزهري قال: كان يسأل عن الرجل يتزوج المرأة فيشترط عليها أن لا يأتيها كذا وكذا ولا ينفق عليها إلا شيئًا معلومًا، قال: إنما الصلح الذي أمر اللهَّ به بعد الدخول، وكان يكرهه»[2] .

(١) الاثار الثلاثة في سنن سعيد بن منصور – الفرائض إلى الجهاد – ت الأعظمي (١/ ٢١٦).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣١٦) ت الشثري.

وسئل يونس عن الشرط في النكاح فقال: كان الحسن لا يرى به بأسًا إذا كان علانية، وكان ابن سيرين يكره ابتداءه ولا يرى به بأسًا بعد ذلك[1].

وعن عطاء عن ابن عباس في رجل تزوج امرأة فاشترطوا عليه: إن جئت بمهرها إلى كذا وكذا وإلا فلا نكاح بيننا، قال ابن عباس: «لا بأس بذلك»[2].

وفي حاشية ابن عابدين: «قوله: "ولا بأس بتزوج النهاريات" وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل ، قال في البحر: وينبغي أن لا يكون هذا الوطء لازماً عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلاً لما عرف في باب القسم. اهـ.

أي إذا كان لها ضرة غيرها، وشرط أن يكون في النهار عندها وفي الليل عند ضرتها، أما لولا ضرّة لها فالظاهر أنه ليس لها الطلب، خصوصا إذا كانت صنعته في الليل كالحارس[3].

قال ابن هانئ: سمعت أبا عبد اللهَّ، قيل له: حديث الحسن في الليليات والنهاريات، الرجل يكون في السوق وبينه وبين منزله بُعد، فلا يستطيع أن يرجع فيقيل عندهم، فيتزوج عند سوقه امرأة يأتيها بالنهار، وإذا رجع إلى منزله بالليل له امرأة، فهذا شأن أهل البصرة، قال: أيش هذا؟ وعجب منه وقال: هذا شنيع جدًّا[4].

قال حرب: قلتُ لأحمدَ: رجلٌ تزوَّج امرأةً، وشرطَ لها أَنْ يأتيها في كل عشرة أيَّام مرة؟ قال: نعم، هذا جائز[5].

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣١٧) ت الشثري.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣١٨) ت الشثري.

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٢).

(٤) مسائل ابن هانئ (٩٨٤).

(٥) مسائل حرب (ص ٦٠).

والمقصود أن هذه المسائل والشروط كلها تدخل تحت ما يُسمى بزواج المسيار أعني منها ما يتعلق بإسقاط الحقوق كالنفقة والمبيت والجماع والسكن ونحوها، وفيها خلاف بين ألئمة كما رايت ، وكل هذا بمعزل عن قضيتنا مسألة الوليّ، فلا يجوز الخلط بينها وبين غيرها لأنّها متعلق بشروط الله تعالى التي أوجبها على عباده لا بالشروط المتعلقة برعاية حقوق أطراف العقد لبعضهم على بعض.

أما الزواج العرفي فهو في أصل تسميته يقابل الرسمي، أي الموثق في الجهات الرسمية للدولة، ويماثله ما يُسمى الشّرعي أي المكتمل الأركان والشروط شرعاً لكنّه لا يوثق لسبب أو لآخر، كأن لا يكون مسموحاً به نظاما ، كزواج مواطن بغير مواطنة والعكس، في بعض البلاد.

أو رغبة أحد الأطر اف أن لا يُعرف بزواجه، إذا تم التوثيق الرسمي ، أو تهرباً من الزامات أو غير ذلك .

وكما في المسيار فإن الذي يهمنا هنا من حيث الصحة والفساد هو توافر الأركان والشروط، فإذا كان بإذن الولي وحضور الشهود فهو صحيح سواء وُثّق أم لم يوثق، وسواء سُمّي عرفياً أو مسياراً أو غير ذلك.

وإذا كان بدون وليّ فهو فاسد على قول الجمهور سواء سُمّي رسمياً أو عرفياً أو غير ذلك، فإذا انضاف إلى هذا أنه سر بلا شهود ولا إشهار فلا فرق بينه وبين الزنا نسأل الله العافية لكن إن كانت نية الطرفين به الزواج فهذا له مسلك آخر عند الفقهاء وقد مرت الإشارة إلى هذا .

والله أعلم بالصواب.

الخاتمة

مما سبق يظهر قوّة ما احتجّ به الجمهور من اشتراط الولي لصحّة العقد، ويظهر كذلك أنّ قول أبي حنيفة ومن معه ليس بالقول الضعيف لا من حيث النص ولا من حيث التعليل، ولولا حديث عائشة هذا لكان قولهم أولى وأحرى وأقيس، ولكن إذا جاء النص الخاص بطل القياس والنظر .

يبقى أن يُقال إنّ اشتراط الولي معلل بعلة مصلحية جعلت للجمهور القائلين بالاشتراط نظرا مصلحيا في صور عدة ، لأن اشتراط الولي يحتاج إلى ما يشبه اللائحة التنفيذية باللغة المعاصرة ، وذلك لاختلاف نظر الفقهاء في حقيقة الولي وترتيب الأولياء ، وشروط الولي ، فهذه المسائل كثيرة الفروع ويترتب عليها مسائل عديدة كتحليل الطلاق الثلاث والتوارث وانتشار حرمة النكاح وغير ذلك، فيُرجع فيه إلى ما يختاره الحاكم ويقرره .

لكن حديث عائشة أفادنا أنّه مهما كان من أمر الزوجين في طريقة عقدهما لهذا الزواج بدون إذن ولي وبدون رجوع للسطان فإنّه عقد باطل ، وفي نفس الوقت لا يُنزّل منزلة الزنا .

وأمّا ما يرتبه الحاكم من عقوبات تعزيرية من جلد أو سجن أو غير ذلك فهذا خارج عن نص الحديث ، والله تعالى أعلم بالصواب .

نهاية الجزء الخامس، ويتلوه الجزء السّادس:

في قوله ﷺ: «إنَّمَا الأَعمالُ بالنِّيَّاتِ، وإنَّما لِكُلِّ امرئٍ ما نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إلى اللهِ ورَسُولِهِ، فهِجْرَتُهُ إلى اللهِ ورَسُولِهِ، ومَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُها أو امرأةٍ يَنكِحُهَا، فهِجْرَتُهُ إلى ما هَاجَرَ إليهِ».

والله الموفق وهو المعين.