



المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارن

نيابة القاضي عن صاحب الحق

وتطبيقاتها في فقه الأسرة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

رامي بن فيصل بن ونيس الربيع

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور

محمد بن فهد الفريح

الأستاذ المساعد في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي

١٤٣٣-١٤٣٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين أما بعد . . .

فإن نعم الله تعالى على عباده كثيرة غزيرة لا سبيل إلى عدها، ولا طريق لحصرها وجمعها، وإن أم هذه النعم وأساسها مبعث نبينا محمد ﷺ بشريعة شاملة كاملة سمحة تسعى لتحقيق مصالح العباد وتكميلها، ودرء المفسد وتقليلها قال تعالى: ﴿ كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِّنكُمْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ ﴾ (١٥١) .^(١)

قال تعالى: ﴿ لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولًا مِّنْ أَنفُسِهِمْ يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِن كَانُوا مِن قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴾ (١٦٤) .^(٢)

ألا وإن من التشريعات التي جاءت بها هذه الشريعة المباركة، الأحكام المتعلقة بالقضاء والتي حوتها نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة، وكفلت بها للبشرية جمعا حلا لكل معضلة، وعلاجا لكل مشكلة، ومخرجا ورخصة من الضيق والعنت والخرج . ولما كان للقضاء مكانة سامية في شرعنا؛ نظرا لأنه أداة تحقيق العدل وقطع الخصومات والمنازعات، وسبيل حفظ الحقوق وحماية المستضعفين، كما أنه من جملة الوظائف التي أنيط القيام بها بالأنبياء والرسل قال الله تعالى لنبيه داود عليه السلام ﴿ يَدَاوُدُ إِنَّا

١ - سورة البقرة، الآية ١٥١ .

٢ - سورة آل عمران، الآية ١٦٤ .

جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿٥٦﴾ ﴿١﴾.

آثرت أن تكون خطة البحث بعد الاستعانة بالله تعالى واستلهم التوفيق والهدى منه،
(نيابة القاضي عن صاحب الحق وتطبيقاتها في فقه الأسرة).
سائلا الله تعالى أن يمدني بعون منه وتوفيق، إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير.
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهمية الموضوع وفائدته:

- ١ - تتجلى أهمية هذا الموضوع في كونه متعلقا بباب من أبواب فقهاء الإسلامى ألا وهو باب القضاء الذي به تعصم الدماء، وتحفظ الحقوق والأعراض، وتشيع العدالة في المجتمع.
- ٢ - أن هذا الموضوع يقوي جانب القضاة ويمنحهم الثقة في أحكامهم، من خلال كشف وإيضاح لمسائل كثيرة يجوز للقضاة الحكم بها والتصرف فيها.
- ٣ - من خلال هذا الموضوع وأمثاله تتضح صلاحيات القاضي في أحكامه.
- ٤ - إثراء المكتبة الإسلامية بمثل هذه المواضيع الهامة.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١ - كون هذا الموضوع لم يفرد ببحث مع مسيس الحاجة إليه، وإلى ما شاكلة من موضوعات.
- ٢ - ميل الباحث الشخصي لدراسة المسائل المتعلقة بالقضاء، ورغبته في زيادة اطلاعه على نصوص الشريعة، ونفائس علمائها في هذا المجال.

الدراسات السابقة:

لا أعلم-على حد علمي-دراسة أفردت هذا الموضوع في بحث مستقل، وقد رجعت لمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات، وقاعدة البيانات لمكتبة الملك فهد الوطنية، ومكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية فلم أجد من أفرد هذا الموضوع ببحث، وجمع شتات مسائله في كتاب ولا رسالة .

وغاية ما هنالك كتابات اقتصرت على باب أو بابين وبذكر أمثلة لا تكاد تتجاوز المثالين غالباً فيها؛ وذلك لأنها لم تقصد حصر مسائل الموضوع ولا جمع ما قاله أئمة العلم فيها، وإنما تعددت مشارب وأهداف المؤلفين، وهذا ما سيتضح بعون الله وتوفيقه عند ذكر أهم الكتب التي لها علاقة بموضوع بحثي، وهي على النحو التالي:

١. (الولايات الخاصة في الفقه) للباحث محمد الودعاني، وهي رسالة دكتوراه من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤١٣هـ .

والفرق بين الموضوعين يظهر في أن الرسالة المذكورة في الولايات عموماً الأصلية وغير الأصلية، فهي شاملة للقاضي وغيره، فلم يبحث ولاية القاضي في أبواب الفقه .

٢. بحث تكميلي بعنوان (النيابة في الطلاق) للباحث حبيب بن فهد البشر، وهي رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء في قسم الفقه المقارن لعام ١٤١٣هـ .

ويتضح الفرق بين الباحثين في الآتي:

-قصر الباحث موضوعه على باب من أبواب الفقه، وهو باب الطلاق، فلم تكن لأبواب أحكام الأسرة الأخرى حضور في بحثه .

-مزج الباحث في بحثه بين النيابة والتفويض والتوكيل، مما كان له أكبر الأثر على اختصار موضوع النيابة الذي هو لب دراستي في هذا البحث .

٣. كتاب (الولاية في الشريعة الإسلامية) للدكتور نزيه حماد، وهو في (١٣٦) صفحة .

ويتجلى الفرق بين البحث والخطة في أن المؤلف قصد بالدرجة الأولى التنظير لهذا الموضوع، ولذا فإنه كتب في بحثه هذا بعد أن بين حقيقة الولاية، عن الولاية

العامة، والولاية الخاصة، وولاية الله تعالى . ثم إن حديثه في الولاية الخاصة كان عاما من جهة استيعابه لجميع الأولياء فلم يكن مقصورا على القاضي، كما كان خاصا من جهة أنه حصر الكلام فيه على الولاية على المال، ومع هذا فإنه حديثه كان مقتضبا لا سيما ما يتعلق بباب الوقف . ثم تكلم عن الولاية على النفس فذكر فيها، أمثلة محدودة وخاصة في باب التزويج، فلم يكن لباب الطلاق والفرقة بالعيوب، وباب الحضانة، وباب اللقيط وغيرها من أبواب فقه الأسرة . بينما قصرت بحثي على ولاية القاضي التي ترجع للولاية الخاصة، فتكلمت عن جزئياتها ثم قمت بالغاية الكبرى من البحث، وهو التطبيق الفقهي لنيابة القاضي في جميع أبواب فقه الأسرة .

٤ . كتاب (الولاية على النفس) للشيخ محمد أبو زهرة .

ويتضح الفرق بين بحثي وبين ما كتبه الشيخ محمد أبو زهرة فيما يلي:

- كان لعلم القانون وجود كبير في كتابه، مما جعل الجانب الفقهي لم يأخذ كامل حقه في الكتاب، بينما قصرت الخطة على الجانب الفقهي .

- كان كتاب الشيخ عاما وشاملا للأولياء كلهم، بينما قصرت بحثي على نيابة القاضي، أملا أن يكون في هذا القصر تغذية قوية لهذا الجانب .

- لعل قصد الشيخ في المقام الأول التنظير لهذه القضية، ولذا فإن ما ذكره من تطبيقات ما هي إلا أمثلة محدودة وهي في ولاية التزويج فحسب . بينما كان قصدي من البحث مع التععيد لهذه المسألة، بيان المسائل التي ينوب فيها القاضي في جميع أبواب فقه الأسرة .

٥ . كتاب (النيابة في التصرفات القانونية) للدكتور جمال مرسي بدر .

وعنوان الكتاب يجلي بوضوح البون الشاسع بين الكتابين، فالكتاب المذكور في القانون، وبحثي في الفقه الإسلامي .

٦ . خطة بحث مقدمة لقسم الفقه بعنوان (ولاية القاضي لعقد النكاح، وتطبيقاته القضائية

في المحكمة العامة بمدينة الرياض) إعداد الطالب / أمين بن إبراهيم السيف .

وعند المقارنة بينها وبين خطتي وجدتها محصورة على باب واحد من أبواب فقه الأسرة، بينما كانت خطتي شاملة لجميع أبواب فقه الأسرة. فقد زدت عليه المسائل التالية:

ففي كتاب اللقيط، تناولت المسائل الآتية:

- المسألة الأولى: ولي اللقيط إن قتل عمدا.
- المسألة الثانية: إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه.
- ولم تتناول الخطة المذكورة شيئا من ذلك.
- وفي كتاب النكاح، زدت المسائل التالية:
- المسألة الأولى: ولاية المسلم للكافرة.
- المسألة الثانية: ولاية الكافر للمسلمة.
- المسألة الثالثة: تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي.
- المسألة الرابعة: المرأة تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصبه لها مسلمين.
- وفي كتاب الطلاق تناولت المسائل التالية:
- المسألة الأولى: تطليق القاضي على المولي إذا أبي الفيئة.
- المسألة الثانية: إذا سافر الزوج عن زوجته أكثر من ستة أشهر بلا عذر وأبى الرجوع وطلبت الزوجة الفرقة.
- المسألة الثالثة: تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.
- المسألة الرابعة: إذا تزوج الرجل المرأة زواجا فاسدا وأبى تطليقها.
- المسألة الخامسة: لو جاءت امرأة حاكما وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها.
- ولم تتناول الخطة المذكورة شيئا من ذلك.
- وفي كتاب النفقة، تناولت المسائل التالية:
- المسألة الأولى: إذا بذلت المرأة تسليم نفسها وزوجها غائب.
- المسألة الثانية: إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو بعضها، أو أعسر بكسوتها.

- المسألة الثالثة: إذا أعسر الزوج بالسكنى أو المهر .
- المسألة الرابعة: إذا غيب زوج المرأة الموسر ماله، وصبر على حبس الحاكم .
- المسألة الخامسة: إذا غاب زوج المرأة عنها ولم يترك لها نفقة .
- المسألة السادسة: إذا تنازع الزوجان في النفقة .
- المسألة السابعة: لو امتنع رب البهائم من الواجب عليه .
- و لم تتناول الخطة المذكورة شيئاً من ذلك .
- وفي كتاب الحضانة تناولت المسائل التالية:
- المسألة الأولى: إذا عدم من كان مستحقاً لحضانة الطفل ولم يبق إلا الرجال من ذوي الأرحام .
- المسألة الثانية: إذا بلغ الغلام سبع سنين ولم يختر لحضانتها أحد أبويه .
- المسألة الثالثة: إذا استوى اثنان في الأحقية بالحضانة .
- و لم تتناول الخطة المذكورة شيئاً من ذلك .
- وفي كتاب اللعان تناولت مسألة: حصول الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتفريق الحاكم .
- و لم تتناول خطة الطالب/أمين السيف أي مسألة في اللعان .
- ناهيك عن الجوانب النظرية بين الخطتين، فبينهما فرق واضح أجمله في الآتي:
- ١ . أضفت تعريف القاضي و لم يتعرض له .
 - ٢ . سأطرق لتعريف النيابة، والولاية والفرق بينهما، بينما اقتصر صاحب الخطة على تعريف الولاية .
 - ٣ . أضفت أنواع ولاية القضاء و لم يتعرض لها الباحث .
 - ٤ . أضفت وظائف القاضي و لم يذكرها الباحث .
 - ٥ . أضفت أقسام النيابة و لم يذكرها الباحث .
 - ٦ . أضفت مشروعية الولاية عموماً، بينما اقتصر على مشروعية عقد النكاح .
 - ٧ . أضفت أضرب الولاية وأقسامها، و لم يذكرها الباحث .

- ٨ . أضفت شروط الولي ولم يذكرها الباحث .
- ٩ . أضفت أسباب الولاية الطبيعية والطارئة ولم يذكرها .
- ١٠ . أضفت تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء ولم يذكرها .
- ١١ . أضفت الولايات النيابية: ماهيتها واستمدادها ولم يذكرها الباحث .

منهج البحث:

سأسير في هذا على المنهج المعتبر وهو:

١ - تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها .

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر الحكم مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة .

٣ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي:

❖ أحرر محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق .

❖ أذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية .

❖ اقتصر على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذ لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج .

❖ أوثق الأقوال من مصادرها الأصلية .

❖ استقصي أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة .

❖ أ بين القول الراجع مع بيان سبب الترجيح، وأذكر ثمرة الخلاف إن وجدت .

٤ - أعمد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع .

٥ - أركز على موضوع البحث وأتجنب الاستطراد .

٦ - العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية .

٧ - أتجنب الأقوال الشاذة .

٨ - العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث .

٩ - أرقم الآيات وأبين سورها مضبوطة بالشكل .

١٠ - أخرج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وأثبت الكتاب والباب والجزء

والصفحة، وأبين ما ذكره أهل الشأن في درجتها- إن لم تكن في الصحيحين أو

أحدهما- فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما .

١١ - أخرج الآثار من مصادرها الأصلية، وأحكم عليها .

١٢ - أعرف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات

المعتمدة .

١٣ - أوثق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء

والصفحة .

١٤ - أعتني بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص

للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة وللآثار ولأقوال العلماء وأميز العلامات أو

الأقواس ليكون لكل منهم علامته الخاصة .

١٥ - أترجم للأعلام غير المشهورين وذلك بذكر اسمه ومولده ومعتقده وأبرز مؤلفاته

وسنة وفاته ومصادر ترجمته .

١٦- إذا ورد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فرق أو أشعار أو غير ذلك فأضع لها فهرس خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك .

١٧- الخاتمة، وتتضمن أبرز النتائج .

١٨- أتبع البحث بالفهارس المتعارف عليها وهي :-

١- فهرس الآيات القرآنية .

٢- فهرس الأحاديث والآثار .

٣- فهرس الأعلام .

٤- فهرس المراجع والمصادر .

٥- فهرس الموضوعات .

خطة البحث:

أما خطة البحث فقد قسمتها إلى: مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على:

١. تحديد موضوع البحث وعنوانه.
٢. أهمية الموضوع وفائدته.
٣. أسباب اختيار الموضوع.
٤. الدراسات السابقة.
٥. منهج البحث.
٦. خطة البحث.

التمهيد: ويشتمل على ستة مباحث:

المبحث الأول: تعريف القضاء والقاضي لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف النيابة لغة واصطلاحاً.

المبحث الثالث: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً، والفرق بين النيابة والولاية.

المبحث الرابع: أنواع ولاية القضاء.

المبحث الخامس: وظائف القاضي.

المبحث السادس: أقسام النيابة: نيابة اتفافية، نيابة شرعية.

الفصل الأول: مشروعية الولاية، وأقسامها، وشروطها، وأسبابها.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية الولاية وغاية تشريعها.

المبحث الثاني: أضرب الولاية وأقسامها.

المبحث الثالث: شروط الولي .

المبحث الرابع: أسباب الولاية الطبيعية، والطارئة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أسباب الولاية الطبيعية: الصغر، الجنون، لأنوثة .

المطلب الثاني: أسباب الولاية الطارئة: السفه، الفلس، الغيبة، الرق .

المطلب الثالث: أسباب الولاية الأخرى: الوقف، الوصية .

المبحث الخامس: تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء .

المبحث السادس: الولايات النيابة: ماهيتها، واستمدادها .

الفصل الثاني: تطبيقات نيابة القاضي الفقهية في أحكام الأسرة.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: نيابة القاضي في كتاب اللقيط، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ولي اللقيط إن قتل عمدا .

المطلب الثاني: إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل

بلوغه .

المبحث الثاني: نيابة القاضي في كتاب النكاح، وفيه تسعة مطالب:

المطلب الأول: رغبة ولي المرأة في نكاحها.

المطلب الثاني: المرأة تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصابة لها مسلمين .

المطلب الثالث: إذا كان سيد الأمة غائبا غيبة منقطعة أو كان سيدها صيبا أو

مجنونا وطلبت الأمة التزويج .

المطلب الرابع: تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي .

المطلب الخامس: ولاية المسلم للكافرة .

المطلب السادس: ولي المرأة إذا عضلها وليها الأقرب .

المطلب السابع: إذا كان ولي المرأة القريب غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه .

المطلب الثامن: ولاية الكافر للمسلمة .

المطلب التاسع: ولي المرأة إذا تعذرت مراجعة وليها القريب كما لو كان مأسورا أو محبوسا .

المبحث الثالث: نيابة القاضي في كتاب الطلاق، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تطبيق القاضي على المولي إذا أبي الفيئة .

المطلب الثاني: إذا سافر الزوج عن زوجته أكثر من ستة أشهر بلا عذر وأبى الرجوع وطلبت الزوجة الفرقة .

المطلب الثالث: تطبيق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق .

المطلب الرابع: إذا تزوج الرجل المرأة زواجا فاسدا وأبى تطليقها .

المطلب الخامس: لو جاءت امرأة حاكما وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها .

المبحث الرابع: نيابة القاضي في كتاب النفقة، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: إذا بذلت المرأة تسليم نفسها وزوجها غائب .

المطلب الثاني: إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو بعضها، أو أعسر بكسوتها .

المطلب الثالث: إذا أعسر الزوج بالسكنى أو المهر .

المطلب الرابع: إذا غيب زوج المرأة الموسر ماله، وصبر على حبس الحاكم .

المطلب الخامس: إذا غاب زوج المرأة عنها ولم يترك لها نفقة .

المطلب السادس: إذا تنازع الزوجان في النفقة .

المطلب السابع: لو امتنع رب البهائم من الواجب عليه .

المبحث الخامس: نيابة القاضي في كتاب الحضانة وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إذا عدم من كان مستحقا لحضانة الطفل ولم يبق إلا الرجال من ذوي الأرحام .

المطلب الثاني: إذا بلغ الغلام سبع سنين ولم يختار لحضانتة أحد أبويه .

المطلب الثالث: إذا استوى اثنان في الأحقية بالحضانة .

المبحث السادس: حصول الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتفريق الحاكم .

الخاتمة: وفيها أبرز نتائج البحث.

الفهارس:

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث والآثار .

فهرس الأعلام المترجم لهم .

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس الموضوعات .

التمهيد

ويشتمل على ستة مباحث:

المبحث الأول: تعريف القضاء والقاضي لغة واصطلاحا.

المبحث الثاني: تعريف النيابة لغة واصطلاحا.

المبحث الثالث: تعريف الولاية لغة واصطلاحا، والفرق بين النيابة والولاية.

المبحث الرابع: أنواع ولاية القضاء.

المبحث الخامس: وظائف القاضي.

المبحث السادس: أقسام النيابة: نيابة اتفافية، نيابة شرعية.

المبحث الأول

تعريف القضاء والقاضي لغة واصطلاحاً

القضاء لغة: القضاء في لغة العرب مصدر من قضى يقضي قضاء وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والمفرد قضية والقضاء في اللغة يأتي على عدة معان مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه ومن هذه المعاني^(١):

١. الحكم يقال: قضى يقضي قضاء أي حكم ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^(٢).

٢. بمعنى الفراغ تقول: قضى حاجته وضربه فقضى عليه أي قتله كأنه فرغ منه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾^(٣).

٣. بمعنى الأداء والإنهاء تقول: قضى فلان دينه أي: أداه ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَٰلِكَ الْأَمْرَ﴾^(٥).

٤. الإمضاء يقال: قضى فلان أي مات ومضى، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونَ﴾^(٦).

٥. بمعنى الصنع والتقدير يقال: قضاه أي صنعه وقدره ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ﴾

١- انظر: ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (١٨٦/١٥)، والرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، (٢٢٦/١)

إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (٧٤٣/٢).

٢- سورة الإسراء آية ٢٣ .

٣- سورة الأحزاب آية ٣٧ .

٤- سورة الإسراء آية ٤ .

٥- سورة الحجر آية ٦٧ .

٦- سورة يونس آية ٧١ .

سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴿١﴾ .

٦. الفصل، يقال: قضى القاضي بين الخصوم أي فصل بينهم، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ لَوْ أَنَّ

عِنْدِي مَا تَسْتَعِجِلُونَ بِهِ لَقُضِيَ الْأَمْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ ﴿٢﴾ .

٧. الوجوب والوقوع، ومنه قوله تعالى: ﴿قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴿٣﴾ أي وقع وتم.

القضاء اصطلاحاً: اختلفت تعبيرات أهل العلم في بيانهم لماهية القضاء والمقصود به فقها حتى بين علماء المذهب الواحد، لكن الذي يظهر للمتأمل في حدودهم يجدها تتفق في المراد والحقيقة، وإنما الخلاف يتوجه لما أبانه كل تعريف، أو تجاهله من معان، وهي على الترتيب التالي:

فعند الحنفية "فصل الخصومات وقطع المنازعات" (٤).

وعند المالكية "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (٥).

وعند الشافعية "إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه" (٦).

وعند الحنابلة "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات" (٧) (٨).

والحق أن هذه الحدود تكاد أن تكون متحدة في تجلية ماهية القضاء اصطلاحاً؛ إذ إنها تركز

على عنصرين رئيسين بهما يفرق القضاء عن غيره من المصطلحات المقاربة له، وهما:

أ- الإخبار عن حكم الشرع أيا كانت طريقة هذا الإخبار، قولاً أو فعلاً أو كتابة أو

إشارة.

ب- الإلزام بهذا الإخبار وتنفيذه على المقضي عليه رضي أو كره.

١ - سورة فصلت آية ١٢ .

٢ - سورة الأنعام آية ٥٨ .

٣ - سورة يوسف آية ٤١ .

٤ - إبراهيم الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، نشر البابي الحلبي، القاهرة، (٢١٨/١).

٥ - الأزهرى، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، نشر المكتبة الثقافية، بيروت، (٦٠٤/١).

٦ - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، (٣٧٢/٤).

٧ - أي الخصومات كما فسره بذلك معرفه .

٨ - منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، بيروت، (٤٨٥/٣).

تعريف القاضي لغة: " القاطع للأمور المحكم لها، واستقضي فلان: أي جعل قاضيا يحكم

بين الناس " (١).

اصطلاحاً: هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى، والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة (٢). وعرفه شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - بقوله " والقاضي اسم لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو والياً أو كان منصوباً ليقضي بالشرع أو نائباً له حتى من يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تخايروا هكذا ذكر أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم، وهو ظاهر " (٣).

١ - لسان العرب، (١٥/١٨٦)، ٠

٢ - المادة (١٧٨٥) من مجلة الأحكام العدلية، الناشر نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، (١/٣٦٤)، ٠

٣ - شيخ الإسلام ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار المعرفة، (١/٢٥)، ٠

المبحث الثاني

تعريف النيابة لغة واصطلاحاً

النيابة لغة: مصدر ناب، يقال: ناب عني فلان ينوب نوباً ومناباً أي قام مقامي وناب عني في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامي^(١).

اصطلاحاً: قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر به^(٢).

١ - انظر: -لسان العرب، (٧٧٤/١)، ومختار الصحاح (٢٨٥/١)،
٢ - أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، (١٧/٢)، محمد عميم البركتي، قواعد الفقه — للبركتي، نشر دار
الصدف / بيلشرز، ص ١٢٤ .

المبحث الثالث

تعريف الولاية لغة واصطلاحاً، والفرق بين النيابة والولاية

الولاية لغة: مصدر ولي الشيء و ولي عليه ولاية و ولاية وقيل: الولاية الخطة كالإمارة والولاية المصدر.

قال سيبويه^(١) "الولاية بالفتح المصدر و الولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا".

وقال ابن الأثير^(٢) "وكان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي"^(٣).

قال ابن فارس^(٤) "الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب. من ذلك الولي: القرب. يقال: تباعد بعد ولي أي قرب. وجلس مما يليني، أي يقاربي.

١ - عمرو بن عثمان بن قنير مولى بني الحارث بن كعب أبو بشر، وسيبويه بالفارسية رائحة التفاح، أخذ النحو عن الخليل ولازمه وعن عيسى بن عمر الثقفي ويونس وغيرهم واللغة عن أبي الخطاب الأخفش ووضع كتابه المنسوب إليه الذي طار طائرته في الآفاق، توفي سنة ثمانين ومئة بشيراز في أيام الرشيد على أن في سنة موته اختلافا كثيرا. انظر: محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، (٤٩/١ - ٥٠).

٢ - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن عبد الكريم، ابن الشيخ الأثير، مصنف التاريخ الكبير الملقب بـ(الكامل)، ومصنف كتاب (معرفة الصحابة)، مولده: بجزيرة ابن عمر، في سنة خمس وخمسين، سمع من: الخطيب أبي الفضل الطوسي، ويحيى بن محمود الثقفي، ومسلم بن علي السبحي وجماعة، حدث عنه: ابن الديلمي، والقوصي وجماعة، توفي في الخامس والعشرين من شعبان، سنة ثلاثين وست مائة، على خلاف في ذلك. انظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، (٣٨٧/٤٢) وما بعدها.

٣ - انظر: لسان العرب، (٤٠٥/١٥).

٤ - أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب أبو الحسين اللغوي القزويني، كان نحويًا على طريقة الكوفيين. سمع أباه وعلي بن إبراهيم بن سلمة القطان، صنف جملة من الكتب المحمل في اللغة، فقه اللغة، مقدمة في النحو، وذم الخطأ في الشعر، فتاوى فقيه العرب، مات سنة خمس وتسعين وثلاثمائة بالري، وهو أصح ما قيل في وفاته. انظر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، المكتبة العصرية، لبنان (صيدا) (٣٥٢/١).

والولي: المطر يجيء بعد الوسمي، سمي بذلك لأنه يلي الوسمي"^(١).

الولاية اصطلاحاً: اختلفت عبارات أهل العلم في تعريفهم للولاية اصطلاحاً، مع أن حدودهم في تعريف الولاية متقاربة في معناها غالباً، ومن هذه الحدود ما عرفه صاحب الدر المختار^(٢) بقوله " والولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"^(٣) .

وقد انتقد بعض المعاصرين هذا الحد بقوله: (وهذا التعريف غير سديد ؛ لأنه يعرف الولاية ببيان حكمها . لا بشرح حقيقتها) اهـ^(٤) .

بيد أنه إذا كانت فائدة الحد تكمن في التمييز بين الحدود وغيره لا تصويره كما يدل عليه لفظ الحد لغة^(٥) - وهذا ما عليه المحققون من النظائر، وإنما ظهرت دعوى أن فائدة الحد تصوير الحدود وتعريف حقيقته عن أهل المنطق اليونانيين أتباع أرسطو ومن سلك سبيلهم^(٦) - فلا ضير إذن فيما عرف به صاحب الدر المختار الولاية. إلا إن إشكالية التعريف المذكور تتضح من جهتين هما:

١ . قصوره عن تناول ولاية الإنسان على نفسه (الولاية القاصرة)، إذ هي شق قسمي الولاية ونصفها. إلا إنه من الوارد أن يقال: اقتصر الحنفية في تعريفهم هذا على أهم نوعي الولاية وهو الولاية المتعدية .

٢ . سيتضح فيما يأتي - إن شاء الله تعالى - أن الولاية إما أن تكون جبرية، وإما أن تكون

١ - أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، (١٤١/٦) .

٢ - هو محمد أبو الخير بن أحمد بن عابدين يروي عن والده أحمد ابن عبد الغني وابن عمه علاء الدين بن محمد أمين ومحمد بن حسن البيطار ومفتي الشام محمود بن حمزة ويوسف بن بدر الدين المغربي وهو أعلى شيوخه إسناداً وكانت وفاته في سنة ١٣٤٣ بدمشق، رحمه الله. انظر: عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، دار الغرب الإسلامي - بيروت (١٥٧/١) .

٣ - الحصكفي، الدر المختار، دار الفكر، بيروت، (٥٥/٣) . علي الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي بيروت، ص ٣٢٩، محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر - بيروت، ص ٧٣٤ .

٤ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، (٨٤٥/٢) . ثم ارتضى تعريفاً للولاية قال فيه "ويراد من الولاية عند الفقهاء: قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية".

٥ - انظر: شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، (٢٦٣/٩) .

٦ - انظر: المرجع السابق، (٨٨/٩) .

اختيارية، والحد المذكور آنفا لم يضم الولاية الاختيارية وإنما كان منصبا على الولاية الجبرية لاسيما وأن المصنف - رحمه الله تعالى - عرفها في بيان حكم ولاية الإجماع في النكاح^(١)(٢).

التعريف المختار للولاية: سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة عقود أو تصرفات تترتب عليها آثارها لنفسه أو لغيره جبرا أو اختياريا^(٣).

وسبب الاختيار يظهر من حيث شمول هذا التعريف لعامة أقسام الولاية، فهو شامل للولاية العامة والخاصة، والولاية القاصرة والمتعدية، والولاية على النفس وعلى المال، وسواء كان طريق الولاية قولاً أو فعلاً، وسواء كانت الولاية جبرية أو اختيارية، ثابتة بالشرع - كالولاية الثابتة للأب أو الجد - أو مكتسبة كالولاية الثابتة للوصي^(٤) كما أنها تشمل الولاية العظمى فما دونها.

والفرق بين النيابة والولاية يبدو ظاهراً عند إمعان النظر في كلا الحدين، فالولاية أعم من النيابة فكل ولاية نيابة والعكس^(٥).

١ - انظر: الدر المختار، (٣/٥٥).

٢ - انظر: حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ص ٢٤، ٢٥.

٣ - أحمد الصويعي شلبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، ص ٤٠.

٤ - انظر: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص ٢٧، ٢٨.

٥ - انظر: لسان العرب، (١/٧٧٤)، وقواعد الفقه ص ٢٢٤، و ص ٢٣٩.

المبحث الرابع

أنواع ولاية القضاء

أولاً: لابد من تقرير أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يعرف عن طريق الألفاظ وقرائن الأحوال والعرف وليس في ذلك حد من الشارع معين لا يجوز تجاوزه. إذا عرف هذا فنقول:

تتنوع ولاية القضاء في الفقه الإسلامي من حيث التخصص المكاني أو الموضوعي أو القيمي إلى أربعة أنواع هي:

١. عموم النظر في عموم العمل، ومثاله: أن يولى القاضي النظر في جميع الخصومات في سائر الوقت لجميع البلاد .

٢. عموم النظر في خصوص العمل، ومثاله: أن يولى القاضي النظر في جميع الخصومات في وقت أو في ناحية من البلاد أو بهما جميعاً .

٣. خصوص النظر في خصوص العمل، ومثاله: أن يولى القاضي النظر في الخصومات، كالأنكحة أو المداينات أو العقار، في وقت معين، أو في ناحية من البلاد أو بهما جميعاً .

٤. خصوص النظر في عموم العمل، ومثاله: أن يولى القاضي في بعض الخصومات، كالأنكحة أو العقار في سائر الوقت لجميع البلاد^(١).

ثم وجدت أنواع لولاية القضاء مرتبطة بخصوص النظر في اختصاصات ولائية قضائية معينة، أبرزها أربعة أنواع هي:

١. قضاء المظالم. وهي ولاية ممتزجة من سطوة السلطة، ونصفه القضاء تعمل على قود المتظالمين إلى التناصف، وزجر المتنازعين عن التجاحد^(٢).

١ - انظر: شرح منتهى الإرادات (٣/٤٩٠)، كشف القناع (٦/٢٩١)، المغني (١١/٤٨٠).

٢ - انظر: عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار القلم، بيروت، (١/٢٢٢)، الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة الحلبي، (٧٧)، أبا يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، (٧٣).

٢. قضاء الحسبة. وهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين^(١).

٣. قضاء التحكيم. اتفاق الخصمين على قبول حكم شخص معين في فصل الخصومة بينهما^٢.

٤. القضاء العام.

١ انظر: مقدمة ابن خلدون (٢٢٥/١). الأحكام السلطانية للماوردي (٢٣٢)، الأحكام السلطانية لأبي يعلى (٢٦٨).
٢ - معجم لغة الفقهاء (١٤٧/١). وانظر: شرح فتح القدير (٣١٥/٧)، تبين الحقائق (١٩٣/٤)، حاشية الدسوقي (١٣٥/٤) -
١٣٦)، روضة الطالبين (١٢١/١١)، معني المحتاج (٣٦٨/٤)، كشف القناع (٣٠٨/٦).

المبحث الخامس

وظائف القاضي

وظيفة القضاء من أسمى الوظائف وأنبى الأعمال، إذ متوليه يسهم في تطبيق شرع الله وحدوده، وتحقيق العدالة والعمل على الإنصاف وإعطاء كل ذي حق حقه. والقاعدة العامة في الشريعة، أن للقاضي اختصاص وصلاحيه عامة متى كانت ولايته عامة، واختصاص وصلاحيه ووظائف خاصة متى كانت ولايته خاصة. فوظيفته حين تكون ولايته خاصة بقدر ما أوكل إليه من اختصاصات ولا يجوز له تعدي ذلك والخروج عما خصص له الحكم فيه. وقد تتسع وظائف هذه الولاية وقد تضيق تبعاً للزمان والمكان. إلا أن الأصل في عمل القضاء عند الإطلاق يرجع إلى الفصل في الخصومات، وقطع المنازعات الحادثة في المجتمع، أيا كان أطرافها، وأيا كانت أنواعها. وعمل القاضي حينها يدور على تحقيق وقائع الدعوى، وتزليل الحكم الشرعي عليها، والقضاء بما أداه إليه اجتهاده. ولبسط القول يقال:

لا تخلو ولاية القضاء إما أن تكون عامة، وإما أن تكون خاصة، وبيان ذلك في الفرعين

التاليين:

الفرع الأول: الولاية العامة:

إن كانت ولاية القاضي عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام:

- (١) فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات، إما صلحا عن تراض ويراعى فيه الجواز أو إجبارا بحكم بات.
- (٢) استيفاء الحقوق من الممتنع منها، وإيصالها إلى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها.
- (٣) ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر والحجر على من يرى الحجر عليه

١ - انظر: محمد الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدينة، دمشق، (٨٤).

- لسفه أو فلس حفظاً للأموال على مستحقيها وتصحيحاً لأحكام العقود فيها .
- (٤) النظر في الأوقات بحفظ أصولها وتنمية فروعها، وقبضه غلتها، وصرفها في سبيلها، فإن كان عليها مستحق للنظر فيها راعاه وإن لم يكن تولاه .
- (٥) تنفيذ الوصايا على شروط الموصي فيما أباحه الشرع فإن كانت لمعينين نفذها بالإقباض، وإن كانت لغير معينين كان تنفيذها إلى اجتهاد النظر.
- (٦) تزويج الأيامي بالأكفاء إذا عدم الأولياء.
- (٧) إقامة الحدود على مستحقيها، فإن كانت من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير مطالب إذا ثبت بالإقرار أو البينة، وإن كانت من حقوق الآدميين وقفت على طلب مستحقيها.
- (٨) النظر في مصالح عمله، من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية، وإخراج الأجنحة والأبنية، وله أن ينفرد بالنظر فيها وإن لم يحضر خصم .
- (٩) تصفح شهوده وأمنائه، واختبار النائبين عنه من خلفائه.
- (١٠) التسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والشريف والمشروف ولا يتبع هواه في الحكم^(١).

الفرع الثاني: الولاية الخاصة :

إذا كانت ولاية القاضي خاصة فهي مقصورة على ما خصص له النظر فيه، ولا يجوز له أن يتعداه؛ لأنها ولاية، ففصحت عموماً وخصوصاً كالوكالة^٢.

١ - الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الكتاب العربي، بيروت، (١٣٨-١٣٩).
٢ - انظر المغني (٤٠٨/١١)، الأحكام السلطانية للماوردي، (١٣٨-١٤٣)، وأبا يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، (٦٥-٧٠). وقد سبق ذكر أنواع ولاية القضاء وأنها قد تكون مقيدة في المبحث الرابع.

المبحث السادس

أقسام النيابة نيابة اتفاقية، نيابة شرعية

تنقسم النيابة إلى قسمين: قسم يثبت بتولية المالك (وهي النيابة الاتفاقية)، وقسم يثبت من جهة الشارع لا من جهة المالك (وهي النيابة الشرعية) .

أولاً: النيابة الاتفاقية (وهي الوكالة):

اتفق الفقهاء على جواز الوكالة في الجملة^(١).

الأدلة على هذا الإجماع^(٢):

استدل الفقهاء على إجماعهم هذا بأدلة:

١. قوله عز وجل: ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴾^(٣). فالآية واضحة الدلالة في أنهم قاموا بتوكيل أحدهم للقيام بعملية الشراء لهم.

٢. حديث عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه^{(٤)(٥)}.

ثانياً: النيابة الشرعية:

النيابة الشرعية - وهي الولاية - ثابتة شرعا على العاجزين عن التصرف بأنفسهم بسبب

الصغر وما في معناه . وقد دل على ثبوت هذا النوع من النيابة القرآن والسنة والمعقول.

١ - انظر:- حاشية ابن عابدين (٥ / ٥٠٩)، حاشية الدسوقي (٣/٣٧٧)، ويحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، (٩٢/١٤)، المغني (٥/٢٠١).

٢ - انظر: الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق، نشر دار الكتب الإسلامية، القاهرة، (٤/١٠٣)، حاشية الدسوقي (٣/٣٧٧)، الماوردى، الحاوي في فقه الشافعي، نشر دار الكتب العلمية، (٦/٤٩٣)، المغني (٥/٢٠١).

٣ - سورة الكهف، آية (١٩).

٤ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه و سلم آية فأراهم انشقاق القمر، (٣/١٣٣٢).

٥ - انظر:- حاشية ابن عابدين (٥ / ٥٠٩)، حاشية الدسوقي (٣/٣٧٧)، ويحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، (٩٢/١٤)، المغني (٥/٢٠١).

أما القرآن فقد وردت منه آيات كثيرة دالة على هذا النوع، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا

تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (١)،

وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (٢)،

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (٣).

فهذه الآيات وأمثالها خطاب للأولياء على المال والنفس .

وأما السنة فأحاديث متظافرة وردت في شرعية الولاية، منها: قول الرسول ﷺ: " لا نكاح

إلا بولي" (٤)، وحديث عائشة - رضي الله عنهما - عائشة - أن النبي ﷺ قال: "أيماء امرأة

نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر

بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له" (٥).

وأما المعقول فإن ثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر من باب الإعانة على البر،

ومن باب الإحسان، ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا.

ولأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة، إذ شكر كل نعمة على حسب هذه

النعمة، فشكر نعمة القدرة معونة العاجز، وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا (٦).

١ - سورة النساء، آية (٥).

٢ - سورة النساء، آية (٦).

٣ - سورة النور، آية (٣٢).

٤ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال: والعمل

في هذا الباب على حديث النبي ﷺ: " لا نكاح إلا بولي" عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم: عمر بن الخطاب،

وعلي ابن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم . اهـ.، وابن ماجه في سننه، (٦٠٥/١) وساق البيهقي

في (سننه الكبرى) بسنده إلى الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - أنه قال: أحاديث « أفطر الحاجم والمحجوم » و « لا نكاح

إلا بولي » أحاديث يشد بعضها بعضا وأنا أذهب إليها. (٢٦٧/٤). وقال الحاكم في المستدرک بعد ذكره لعدة أسانيد:

هذه الأسانيد كلها صحيحة... وقد وصله الأئمة المتقدمون... وقد حكموا لهذا الحديث بالصحة اهـ (١٨٢/٢).

٥ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي (٢٢٩/٢)، و الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب لانكاح إلا

بولي، (٤٠٧/٣) وقال هذا حديث حسن، والنسائي في السنن الكبرى، (٢٨٥/٣)، وصححه الحاكم في مستدرکه، كتاب

النكاح، (١٨٢/٢)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، (٢٤٣/٦).

٦ - انظر: بدائع الصنائع (١٥٢/٥).

الفصل الأول

مشروعية الولاية، وأقسامها، وشروطها، وأسبابها

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية الولاية وغاية تشريعها.

المبحث الثاني: أضرب الولاية وأقسامها.

المبحث الثالث: شروط الولي.

المبحث الرابع: أسباب الولاية الطبيعية، والطارئة.

المبحث الخامس: تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء.

المبحث السادس: الولايات النيابة: ماهيتها، واستمدادها.

المبحث الأول

مشروعية الولاية وغاية تشريعها

خلق الله تعالى الخليفة، وفاوت بينها في المدارك والأفهام لحكم هو أعلم بها سبحانه، فمنهم ذكي ذو فطنة ونباهة، ومنهم من هو على النقيض من ذلك، ومنهم من هو على طرف وسط لا يمكن إلحاقه بأحد من الطرفين؛ إذ لديه من كل طرف حظ ونصيب، بل حصل التفاوت بينها في الطباع والميول والرغبات، فمنهم من هو قيادي يميل إلى السلطة والرئاسة، ومنهم من هو على الجهة المقابلة فلا يعيش إلا تبعاً لغيره. لهذه المعاني المشعرة بالاختلاف الكبير بين الناس في طبائعهم وسجاياهم وأخلاقهم ولغيرها، كان لزاماً وجود رأس يعمل على إرجاع الأمور إلى أنصبتها، ويساعد على تحقيق التوازن في الأهداف، ويمنع التعارض والتزاع والفرقة بين أفراد المجموعة، هذا من حيث أهمية الولاية بمعناها العام، -الذي اقتضت فطرة الله تعالى وجودها بوجود الإنسان على ظهر هذه البسيطة-. ولما كان هذا الدين هادٍ للتي هي أقوم في جميع الشؤون، وجميع المجتمعات والأزمنة، جاءت نصوص الوحيين مؤكدة على هذا الأمر ومعنتية به غاية العناية، ما بين تنصيب عليه في بعض المواطن، وإشارة له في مواطن أخرى، فمن ذلك في الولاية العامة يقول ربنا تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (٥٨) (١) قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه: «هذا خطاب لولاية المسلمين خاصة، فهي للنبي ﷺ وأمرائه، ثم تتناول من بعدهم» (٢).

ولقد ذكرت النصوص تفاصيل هذه الولاية، إلا أننا لسنا بصدد الحديث عنها في هذه الرسالة.

١ - سورة النساء، آية (٥٨).

٢ - أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، (٢٥٦/٥)، وأبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، دار الفكر، (٢٢٦/٣)، أبو محمد بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار الكتب العلمية - لبنان، (٨٤/٢).

ومما جاء في كلام نبينا ﷺ عن الولايات العامة ما رواه العرياض بن سارية رضي الله عنه قال: وعظنا رسول الله ﷺ موعظة، وجلت منها القلوب، وذرفت منها العيون، فقلنا: يا رسول الله، كأنها موعظة مودع فأوصنا، قال: "أوصيكم بتقوى الله، والسمع والطاعة، وإن أمر عليكم عبد حبشي، فإنه من يعيش منكم بعدي فسيرى اختلافا كثيرا، فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين، تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل بدعة ضلالة" ^(١).

فالنبي ﷺ قد أوجب طاعة الأمير، نظرا لقيادته وولايته العامة، كما أنه ﷺ قد أوصى بإتباع منهجه ومنهج الخلفاء الراشدين في الخلافة، وطريقة الحكم، وسياسة الناس، مما فيه أكبر إشارة إلى الولايات العامة بكافة أنواعها.

كما أولى الإسلام- في جملة ما أولى- الولايات الخاصة، فلم تغفل نصوصه الحديث عنها وعن مسائلها، فمما جاء في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ^(٢).

فالآية صريحة الدلالة في الولاية على مال اليتيم، والخطاب فيها موجه إلى أولياء اليتامى. وأما السنة فنحو قول النبي ﷺ "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها" ^{(٣)(٤)}.

١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب السنة، باب في لزوم السنة، (٤/٣٢٩)، و الترمذي في سننه، كتاب العلم، باب الأخذ بالسنة واجتناب البدع، قال أبو عيسى: هذا حديث صحيح (٥/٤٤)، وصححه الألباني في (صحيح الترغيب والترهيب)، نشر مكتبة المعارف بالرياض كتاب السنة، باب الترغيب في إتباع الكتاب والسنة (١/١٠).

٢ - سورة النساء، آية (٦).

٣ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٤/١٤١).

٤ - انظر: محمد الودعاني، الولايات الخاصة في الفقه، رسالة دكتوراه من المعهد العالي للقضاء (٢٨-٢٩-٣٠).

المبحث الثاني

أضرب الولاية وأقسامها

تنقسم الولاية إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة ومن هذه الاعتبارات:

١. باعتبار قوة الولي في استطاعته مباشرة شؤنه وشئون غيره، وهي من هذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين هما:

- ولاية قاصرة (أصلية) (ذاتية) وتعني: قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه على نفسه وماله في جميع العقود والتصرفات دون أن تفتقر قدرته هذه لإجازة أحد. وهي تتواجد حين تكون أهلية الشخص قد اكتملت بالحرية والبلوغ والعقل، شريطة ألا يكون الشخص محجورا عليه إذا كانت الولاية ولاية مال.

- ولاية متعدية (نيابية) (غير ذاتية) وتعني: قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص لغيره بإقامة من الشارع وهي فرع عن الولاية القاصرة من حيث إنها توجد بوجودها وتنتفي بانتفائها ولهذا تجد الفقهاء -رحمهم الله تعالى- كثيرا ما يعللون إذا أرادوا أن ينفوا ولاية شخص على غيره بقولهم: ليس له ولاية على نفسه فغيره من باب أولى^(١) (٢).

وهذه الولاية المتعدية تنقسم من جهات متعددة هي:

- الجهة الأولى من حيث العموم والخصوص، وهي من هذه الحيثية تنقسم إلى قسمين: الولاية العامة؛ والولاية الخاصة.

الولاية العامة: وهي استحقاق تصرف عام على الأنام^(٣).

أو بعبارة أخرى: سلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتهمين على مرافق الحياة العامة وشؤونها، من أجل جلب المصالح

١ - انظر: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر - بيروت، (٣٥٥/٧).

٢ - انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ص ١٥٣،: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص ٢٩، ٣٠، محمد الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر بدمشق، (٤/١٤٠).

٣ - الدر المختار، (١/٥٤٨).

للأمة ودرء المفسد عنها^(١). كالولاية العامة الثابتة للسلطان على من يتولى أمرهم.

الولاية الخاصة: هي التي يكون للولي بموجبها حق التصرف في شأن من شؤون الأشخاص المعينين الخاصة، سواء كان طريق ثبوت هذه الولاية الشرع كالولاية الثابتة للأب والجد على أولاده الصغار، أو كان سبيل الثبوت لها هو تمكين الأصيل كالولاية الثابتة للوصي وناظر الوقف^(٢). وإذا كان ثمة تعارض ما بين الولايتين العامة والخاصة، فإن المعتبر هو الولاية الخاصة؛ إذ القاعدة الفقهية تقول "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"^(٣).

مثلاً: متولي الوقف ووصي اليتيم وولي الصغير ولايتهم خاصة، وولاية القاضي بالنسبة إليهم عامة، فتقدم هنا ولاية هؤلاء على ولاية القاضي، وبناء على هذا الأصل قال الزركشي^(٤) "ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص وأهليته"^(٥).

الجهة الثانية: أقسام الولاية باعتبار موضوعها، وهي من هذه الحيثية تنقسم إلى قسمين هما:

الولاية على النفس، والولاية على المال.

ويقصد بالولاية على النفس: الإشراف على الشؤون المتعلقة بشخص المولى عليه ونفسه (القاصر) منذ ولادته وحتى بلوغه وتزويجه. وهي تتنوع ثلاثة أنواع هي:

أ- **ولاية الحضانة وتعني:** حفظ المولى عليه مما يضره وتربيته بعمل مصالحه، وتبدأ منذ الولادة إلى سن التمييز^(٦).

-
- ١ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٣٩/٤٥).
 - ٢ - انظر: صالح جمعة الجبوري، الولاية على النفس، ص ٣٣، وشوكت محمد عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دار الرشد للنشر والتوزيع، ص ٩٨.
 - ٣ - زين العابدين إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٦٠/١).
 - ٤ - محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، مولده سنة خمس وأربعين أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسني وسراج الدين البلقيني، توفي في رجب سنة أربع وتسعين وسبع مائة، ومن تصانيفه النكت على البخاري والبحر في الأصول، وشرح جمع الجوامع للسبكي انظر: أبا بكر بن أحمد بن محمد بن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، عالم الكتب - بيروت، (١٦٧/٣).
 - ٥ - محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المنشور في القواعد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (٣٤٥/٣).
 - ٦ - انظر: محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الكتب العلمية، (٢٨١/٤)، و شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (١٥٧/٤). وولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص ٣٣.

ب- **ولاية الكفالة:** وهي ولاية تعقب مرحلة الحضانة، قال الخطيب الشربيني^(١) "الحضانة بفتح الحاء لغة مأخوذة من الحضن بكسرهما وهو الجنب فإن المحضنة ترد إليه المحضون وتنتهي في الصغير بالتمييز وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة" ٠٠٠^(٢). وهي ولاية تربية وتأديب وتعليم يقوم بها الولي تجاه المولى عليه^(٣).

ت- **ولاية التزويج ويقصد بها:** القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد، لأن الشارع منح الولي صلاحية ذلك وحق التصرف فيه. وهذه الولاية تثبت للولي إذا وجد فيه سبب من أسباب ولاية التزويج، مع وجوب توفر الأسباب العامة التي يقتضيها وصف الولي، على أنه مما يجب التنبه له أنه لا تلازم بين الولاية في النكاح وولاية المال-التي سيأتي الحديث عنها إن شاء الله تعالى بعد إكمال القول عن هذه الولاية-فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج وذلك إذا كان الولي ذات الأب أو الجد؛ إذ إن لهما الحق في الولاية المالية والولاية على النفس، وقد تفرقت ولاية النكاح عن الولاية المالية، وذلك إذا كانت ولاية المال لوصي قد تم اختياره من الأب أو الجد أو تم تعيينه من قبل القاضي، فإن ولاية النكاح والحالة هذه لا تثبت لأحد من الوصيين بل تنتقل لبقية العصبة على حسب الأولوية المقررة فقها في مسألة ترتيب الأولياء عند تعددهم، ولأجل حصر الكلام على هذا النوع من الولاية فسيكون الكلام على ضوء العنصرين التاليين وهما:

العنصر الأول: أسباب ولاية التزويج:

ذكر الفقهاء-رحمهم الله تعالى-خمسة أسباب لولاية تزويج الغير، متى قام بالشخص واحد منها ثبت له حق الولاية ما لم يكن هناك من هو أولى منه بحسب المقرر عند الفقهاء في ترتيب الأولياء، وهذه الأسباب هي على التفصيل الآتي:

القربة: ويعني هذا السبب وجود لحمة النسب بين من تثبت له الولاية، وبين من تثبت عليه

١ - محمد بن محمد الشربيني، أخذ عن الشيخ أحمد البرلسي الملقب عميرة والنور المحلى والنور الطهواني وجماعة، شرح كتاب

المنهاج والتنبيه، وتوفي بعد عصر يوم الخميس ثاني شعبان سنة سبع وسبعين وتسعمائة . انظر: عبد الحي العكبري

الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار بن كثير، دمشق، (٣٨٤/٨) .

٢ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (٤٥٢/٣) .

٣ - انظر: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص ٣٣ .

الولاية إما بقربة قريبة كالأب والابن والجد وإما قرابة بعيدة كابن العم. وقد دل على سببية القرابة في ولاية النكاح قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(١)، ولأن القرابة يحصل بها الشفقة وهي داعية إلى تحصيل النظر في حق المولى عليه.

الملك: ويراد بالملك ملك الرقيق فإذا ملك الشخص عبداً أو أمة ثبتت له الولاية الكاملة عليهما ومنها ولاية النكاح لأنه لما كانت ولاية النكاح ولاية نظر، والملك داع إلى الشفقة والنظر في حق المملوك، كان الملك سبباً من أسباب ثبوت ولاية النكاح إذ الرقيق مملوك في نفسه فلا يكون مالكا. على أنه لا بد وأن يكون السيد بالغاً عاقلاً، فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولا للصبي قبل البلوغ على تزويج العبد أو الأمة.

الولاء: وقد دل على سببية الولاء لولاية النكاح قول النبي ﷺ: "الولاء حمّة كلحمّة النسب لا تباع ولا توهب"^(٢).

وولاية الولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاتة.

وولاء العتاقة: هو الحق الشرعي الذي يثبت للمعتق على عتيقه، حتى إنه يرثه به، وله أن يزوجه إذا كان العتيق صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً بشرط أن لا يكون لهذا العتيق عصابة من جهة القرابة فإذا كان لهذا العتيق جهة قرابة فلا ولاية من جهة العتاقة، إذ العتاقة تعتبر آخر العصابات في استحقاق هذه الولاية. كما يشترط لثبوت هذه الولاية أن يكون المعتق عاقلاً بالغاً.

الموالاتة: هو الذي يثبت بناء على عقد بين اثنين على أن يناصره، ويغرم عنه إذا جنى، ويرثه إذا مات. وتثبت بهذا العقد ولاية تزويجه في قول أبي حنيفة عند تحقق جميع شروط الولي فيه،

١ - سورة النور، آية ٣٢ .

٢ - أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه (ج ١١/ص ٣٢٥) والحاكم في مستدركه، كتاب الفرائض، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه (ج ٤/ص ٣٧٩ ح ٧٩٩٠). وصححه الألباني في كتابه (إرواء الغليل) (١٠٩/٦).

وانعدام سائر الورثة، لأنه آخر الورثة. وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(٢): ليس لمولى الموالة ولاية التزويج أصلاً، لأن العصوبة شرط عندهما ولم توجد. ويشترط لثبوت هذه الولاية أن يكون الولي عاقلاً بالغاً حراً.

الإمامة: والمقصود بها الإمامة العامة فتثبت ولاية النكاح لصاحبها وهو الإمام الأعظم أو نائبه وهو القاضي لقول النبي ﷺ: **"السلطان ولي من لا ولي له"**^(٣)، ولأن السلطان نائب عن جماعة المسلمين. ويشترط لثبوت الولاية للسلطان أو نائبه عدم وجود أحد من الأولياء أو وجد المستحق لولاية النكاح لكنه تعسف في استعمال حقه فعزل المرأة عن الزواج، وسيأتي بحث عضل الولي في مسألة مستقلة - إن شاء الله تعالى.

الوصاية: إذا أوصى رجل آخر بأن يزوج ابنته بعد موته، فهل تستفاد ولاية النكاح بالوصاية، فيصير الرجل الموصى له مالكا للولاية، فيقوم حينها بتزويج مولية الرجل الموصى لمن يرغب في زواجها؟

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه المسألة على أقوال هي:

١ - هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي، حدث عن: هشام بن عروة، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وعطاء بن السائب وأبي حنيفة وهو أنبل تلامذته، وحدث عن جماعة كثر غيرهم. حدث عنه: يحيى بن معين، وأحمد بن حنبل، وعلي بن الجعد وجماعة. قال الذهبي "بلغ أبو يوسف من رئاسة العلم ما لا مزيد عليه، وكان الرشيد يبالي في إجلاله" قال بشر بن الوليد: توفي أبو يوسف يوم الخميس، خامس ربيع الأول، سنة اثنتين وثمانين ومائة. وقال غيره: مات في غرة ربيع الآخر، وعاش تسعا وستين سنة. انظر: سير أعلام النبلاء، (٦٤/١٦).

٢ - هو محمد بن الحسن بن فرقد، أبو عبد الله الشيباني مولاهم صاحب أبي حنيفة أصله من قرية من قرى دمشق قدم أبوه العراق فولد بواسط سنة ثنتين ومائة، ونشأ بالكوفة، سمع من أبي حنيفة ومسعر والثوري وجماعة، وروى عنه محمد بن إدريس الشافعي وأبو سليمان الجوزجاني وهشام بن عبيد الله الرازي وأبو عبيد القاسم بن سلام، صنف الكتب الكثيرة النادرة منها الجامع الكبير والجامع الصغير، مات هو والكسائي في يوم واحد من هذه السنة فقال الرشيد دفنت اليوم اللغة والفقهاء جميعاً وكان عمره ثمانية وخمسين سنة. انظر: إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء، البداية والنهاية، نشر مكتبة المعارف، بيروت (٢٠٢/١٠). وابن حجر العسقلاني، الإيثار بمعرفة رواية الآثار، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (١٦٢/١).

٣ - سبق تخريجه.

القول الأول: ذهب الحنفية في المعتمد^١ والشافعية^٢ ورواية عن أحمد^٣، إلى أن الولاية في النكاح لا تستفاد بالوصية.

الأدلة^(٤):

استدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة منها:

١. أن المستحقين لهذه الولاية أكثر، وهم مرتبون شرعاً، فلم تجز الوصية بالولاية هنا، كما لم تجز الوصية بالولاية في الحضنة.

٢. أن الوصي قد يفرض بمن أوصي عليها، بل قد لا يبالي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها، فإذا وجدت هذه الاحتمالات في الوصي، لم تثبت له الولاية كالشخص الأجنبي.

٣. لأن الولاية هنا ولاية في النكاح، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم.

٤. لأنه أراد بالوصاية نقل ولاية الإنكاح إليه، وهي لا تحتل النقل حال الحياة كذا بعد الموت.

إلا أن ما ذكره يبطل بتسليمهم بجواز الوصية في الولاية على المال، إذ الولاية على المال والولاية في التزويج، كلاهما مشتركان في وصف الولاية، فالتفريق بينهما محض تحكم لا نص شرعي عليه^(٥).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٦)، والحنابلة في المشهور عنهم^(٧)، إلى أن الولاية في النكاح

١ - انظر: شرح فتح القدير، (٢٧٧/٣)، البحر الرائق، (١٣٥/٣)، حاشية ابن عابدين (٧٩/٣).

٢ - انظر: إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، (٣٦/٢) وما بعدها، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (٧٣/٣).

٣ - انظر: المغني، (٣٥٢/٧)، كشف القناع (٥٦/٥).

٤ - انظر: المغني، (٣٥١/٧)، المهذب، (٣٦/٢) وما بعدها، شرح فتح القدير، (٢٧٧/٣).

٥ - انظر: المغني (٣٥١/٧).

٦ - انظر: الشرح الكبير (٢٢٣/٢) وما بعدها، ومحمد ابن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، (١٣/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢٤٤/٢) وما بعدها.

٧ - انظر: شرح منتهى الإرادات (٦٤٢/٢)، كشف القناع (٥٦/٥).

تستفاد بالوصية، إلا أن المالكية اشترطوا في وصي الأب حتى يقوم مقام أب الموصى عليها عند عدمه فيملك إجبارها على النكاح ثلاثة شروط هي:

١. أن يحدد الأب للوصي الزوج، بأن يقول له: زوجها من فلان.

٢. أن يكون المهر الذي سيزوج به من أوصي عليها مساويا لمهر المثل.

٣. ألا يكون الزوج فاسقا.

والوصي بهذه الشرط يخالف الأب عندهم، فإن الأب له تزويج موليته جبرا بلا شروط. وقد ذكر المالكية أن للوصي أن يزوج من أوصي عليها جبرا إن أمره الأب بذلك، ولو كان أمره بذلك ليس صريحا بل كان ضمنا كما لو قال: زوجها على أي حال شئت، وكذلك لو كانت وصاية الأب في التزويج بصيغة البضع أو النكاح أو التزويج بأن قال له الأب: أنت وصي على بضع بناتي، أو على نكاح بناتي، أو على تزويجهن، أو وصي على بنتي تزوجها، أو تزوجها ممن أحببت فإن للوصي الجبر على الراجح عندهم. أما إذا لم يذكر شيئا من الثلاثة فالراجح عدم الجبر، كما إذا قال: وصي على بناتي، أو على بعض بناتي، أو على بنتي فلانة، وكذلك لو قال: أنت وصي فقط، أو وصي على مالي فلا جبر اتفاقا. ومما تجدر الإشارة إليه، أنه يترتب على هذه الرواية الراجحة عند الحنابلة، أن الوصية بالنكاح تجوز من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجماع فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه^(١).

الأدلة^(٢):

١. أن هذه الولاية حق للأب ثابت له، فجاز له أن يوصي بها كما جاز له أن يوصي بولاية المال الثابتة له .

٢. القياس على جواز التوكيل في النكاح، فكما يجوز للولي توكيل غيره في حال الحياة، فكذلك يجوز للولي أن يوصي بذلك لثبته عنه بعد وفاته.

١ - انظر: المغني (٣٥٢/٧).

٢ - انظر: المصدر السابق، الصفحة نفسها، والشرح الكبير، (٢٢٣/٢).

القول المختار:

لعل الراجح-والله أعلم-هو القول الثاني،الذي يجيز الوصية في الولاية بالنكاح،إذ لا نص شرعي يمنع من ذلك،والأصل في مثل هذه التعاملات هو الحل والجواز إذا خلعت من المحاذير الشرعية،وهي بحسب ما يظهر لي كذلك.

العنصر الثاني: أنواع ولاية النكاح:

ذهب الفقهاء-رحمهم الله تعالى إلى أن الولاية في النكاح بحسب المولى عليه نوعان^(١):

ولاية إجبار وسأتناولها من خلال النقاط التالية:

١. تعني هذه الولاية مباشرة الولي عقد نكاح المولى عليه جبراً، شاء المولى عليه أم أبي.ولما كانت ولاية الإجبار بهذه الصفة كانت هي الولاية الكاملة، لأن الولي ينفرد ويستقل بإنشاء الزواج على المولى عليه دون أن يكون له حق الرفض والممانعة.

وهذه الولاية هي المسماة عند الحنفية (ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد)^(٢).

ومن أمثلة ولاية الإجبار: تزويج الأب لابنته الثيب الصغيرة عند الأحناف^(٣)، وتزويج الأب لابنته البكر الكبيرة العاقلة عند الشافعية^(٤).

٢. هذه الولاية ثابتة عند الحنفية لكل ولي^٥.

والولي عندهم شامل لكل العصابة وهو من يتصل بالميت بلا توسطة أنثى على ترتيب الإرث والحجب.

فله إنكاح الصغير والصغيرة،والجنون والمجنونة. على أن ثبتت هذه الولاية عند

١ انظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي،بيروت،(٢٤١/٢) ومابعدها، الدر المختار،(٥٥/٣)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(١٤٩/٣)وما بعدها، كشف القناع (٥٠/٥)، مطالب أولى النهى (٦٠/٥).

٢ -انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،(٢٤١/٢) ومابعدها.

٣ -انظر: الدر المختار،(٥٥/٣).

٤ -انظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(١٤٩/٣)وما بعدها.

٥ - انظر: البحر الرائق (١٢٦/٣)، تبين الحقائق (١٢١/٢)، بدائع الصنائع(٢٤١/٢)وما بعدها.

الحنفية، يشترط فيه أن يكون المولى عليه صغيراً أو صغيرة أو مجنوناً كبيراً أو مجنونة كبيرة، وسواء كانت الصغيرة بكراً أو ثيباً فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على البالغة العاقلة، لأن هذه الولاية تدور مع الصغر وجوداً وعدمها في الصغير والصغيرة، وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجوداً وعدمها .

وقد علل الحنفية لثبوت هذه الولاية على من ذكروا؛ بأن النكاح يتضمن المصالح، وذلك يكون بين المتكافئين، والكفاء لا يتفق في كل وقت، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلاً للمصلحة، والقرابة موجبة للنظر والشفقة .

إلا أنهم فرقوا بين ولاية الأب والجد وولاية السيد على رقيقه وبين ولاية بقية الأولياء، حيث رفعوا الخيار عن المولى عليهم، إن كان الزوج أباً أو جداً، أو كان الزوج للرقيق سيده، وألزموا باستمرارية النكاح ولو كان النكاح بغير كفاء أو بغبن فاحش، لوفور شفقة هؤلاء الأولياء، وشدة حرصهم على نفع المولى عليهم فكأنهم باشره بأنفسهم، ولأن النبي ﷺ ما خير عائشة - رضي الله عنهما - حين بلغت، لكنه يشترط في الأولياء عندئذ أن لا يعرف من أي منهم سوء الاختيار مجانة وفسقا، وإلا فيبطل النكاح، وإن كان الزوج لواحد من هؤلاء غير من ذكر من الأولياء، فلكل واحد منهما الخيار وإن كان إنكاحه من كفاء وبلا غبن - إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ، وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - : لا خيار لهم كما في الأب والجد.

٣ . قال المالكية^(١): الولي المحبر أحد ثلاثة، وهم على الترتيب الآتي:

أ - المالك لعبد أو أمة له جبرهما على النكاح، ولو كان المالك للرقيق أنثى، لكن المرأة توكل في العقد على الأمة بخلاف العبد، فلها العقد بنفسها، وهذا الحق في الجبر يجب على المالك أن يستعمله شريطة ألا يكون في استعماله ضرر على العبد والأمة، فليس له جبر إن وجد على العبد أو الأمة ضرر، كالتزويج من ذي عاهة كالبرص أو الجذام، ويفسخ النكاح ولو طال الأمد. ولا جبر للسيد على المبعوض والمكاتب، لأن المكاتب أحرز نفسه وماله بما التزم لسيده، والمبعوض تعلقت به الحرية فغلبت أحكامها

١ - انظر: أحمد بن محمد الدرديري، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ومعه حاشية الصاوي، دار المعارف، (٣٥١) وما بعدها . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٢١) وما بعدها . وانظر: محمد بن أحمد بن جزى،

القوانين الفقهية، ص ١٣٣ .

عليه. وكره للسيد جبر أم ولده بعد أن يستبرئها على النكاح، فإن جبرها صح على الأصح، وقيل: لا جبر له عليها، فإن جبرها لم يمض. والشركاء إن انفقوا على تزويج مملوكهم- ذكرا كان المملوك أو أنثى- فلهم الجبر حينئذ لا إن خالف بعضهم فليس للآخر جبر.

وإنما قدم المالك على سائر الأولياء المحبرين؛ نظرا لقوة تصرفه فإنه يزوج الأمة مع وجود أبيها. وللمالك الحق في الجبر سواء كان المولى عليه بكرا أو ثيبا، كبيرا أو صغيرا، ذكرا أو أنثى، وذلك أن الرقيق مال من أموال السيد، وللسيد حرية إصلاح ماله على أي وجهه شريطة ألا تكون هناك مخالفة شرعية.

ب- الأب فله جبر موليته على الزواج، ولو بأقل من مهر المثل، أو كان النكاح أقل حال من المرأة المولى عليها، أو كان قبيح منظر، لكن ذلك محصور في ثلاث من بناته هن:

- البكر ولو عانسا طالت إقامتها عند أبيها، وعرفت مصالح نفسه قبل الزواج. وجبر البكر ولو عانسا هو المشهور في المذهب؛ بناء على أن علة الجبر هي البكارة.

واستثنى المالكية من جبر البكر من جعلها الأب رشيدة فأطلق الحجر عنها؛ لما قام بها من حسن التصرف، وهذه البكر المستثناة من الجبر لا بد من إذنها في النكاح بالقول.

كما استثناوا أيضا البكر التي أقامت سنة فأكثر بيت زوجها بعد أن دخل بها ثم تأيمت وهي بكر فلا جبر عليها تزيلا لإقامتها بيت الزوج هذه المدة مترلة المرأة الثيب.

- الثيب وذلك في أحوال هي:

أ- الثيب التي لم تبلغ وتأيمت بعد أن أزال الزوج بكارتها، فلأب جبرها لصغرها ولا عبرة بشيئها في هذا الموطن.

ب- الثيب التي بلغت وزالت ثيوبتها بزنا ولو تكرر متى زال الحياء عن وجهها أو ولدت من الزنا فلأب جبرها، ولا حق لولادتها من الزنا.

ج- الثيب التي زالت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو نحو ذلك فلأب جبرها ولو

عانسا.

أما المرأة التي زالت بكارها بنكاح فاسد فلا يخلو:

- إن لم يدرأ عنها الحد لشبهة، فلأب إجبارها.

- إن درأ عنها الحد للشبهة فليس للأب إجبارها.

د- المجنونة البالغة الثيب للأب جبرها لانعدام مقدرتها على التمييز، ولو كان لها ولد رشيد فلا اعتداد لكلام ولدها مع والدها. أما من كانت تفيق أحيانا فتنتظر إفاقتها لتستأذن ولا تجبر على النكاح .

وجبر الأب لبناته الثلاث- اللاتي مرت أو اصفهن- إنما يصح إذا كان الجبر خاليا عن الضرر أما إذا وجد ضرر، كتزويجها من خصي أو ذي عاهة - كجنون ونحوه - مما يرد به الزوج شرعا فلا جبر .

- وصي الأب عند عدم الأب فله الجبر فيما للأب جبر فيه، لكن بشروط ثلاثة مر ذكرها^(١).

والوصي في الثيب البالغة إذا أمره الأب بتزويجها يقوم مقام الأب، ومرتبته بعد الابن، وليس له جبر، فإن زوجها مع وجود الابن جاز على الابن وإن زوجها الأخ برضاها جاز على الوصي، لصحة عقد الأبعد مع وجود الأقرب، والجواز بمعنى المضي بعد الوقوع، وإلا فالابن مقدم على الوصي، وهذا مقدم على الأخ. هذا عن الولي المحبر للأنتى، أما الولي المحبر للذكر فقال: يجبر أب ووصي وحاكم لا غيرهم ذكرا مجنوننا مطبقا وصغيرا لمصلحة اقتضت تزويجهما، بأن خيف الزنا أو الضرر على المجنون فتحفظه الزوجة، ومصلحة الصبي تزويجه من غنية أو شريفة أو ابنة عم أو لمن تحفظ ماله، ولا جبر للحاكم إلا عند عدم الأب والوصي، إلا إذا بلغ عاقلا أي رشد ثم جن فالكلام للحاكم .

٤- وذهب الشافعية^(٢) إلى أن للأب ولاية الإجماع وهي تتمثل في تزويج ابنه الصغير العاقل

وابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة كانت أو مجنونة بغير إذنها، محتجين على ذلك بحديث "

١- ص -

٢- انظر: مغني المحتاج، (٣/١٤٩-١٥٠-١٥٩-)، روضة الطالبين، (٧/٥٣-٥٤-٥٥-٩٤-٩٥-٩٦) .

الطيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها"^(١)، ولأنها لم تعهد الوطاء فهي شديدة الحياء .

لكنهم قيدوا صلاحية الأب في تزويج ابنته البكر بغير إذنها فجعلوا لذلك شروطاً:

١- أن لا يكون بين الأب وابنته عداوة ظاهرة، فإن كان ثم عداوة فليس له تزويجها إلا بإذنها، أما العداوة غير الظاهرة فلا توجب استئذان الأب لابنته لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار وغيره.

٢- أن يزوجه من كفاء .

٣- أن يزوجه ابنته بمهر مثيلاتها.

٤- أن يكون المهر الذي يعقد عليه الزواج من نقد البلد .

٥- أن يكون الزوج قادراً على دفع المهر غير معسر به.

٦- أن لا يقوم الأب بتزويج موليته من لا يحسن معاشرتها كالأعمى والشيخ الهرم .

٧- أن لا يكون الحج قد وجب عليها لاسيما إن كان للبننت غرض في تعجيل براءة ذمتها، إذ من المحتمل لما كان الحج على التراخي، أن يمنعها الزوج.

وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين:

أ- منها ما هو معتبر لصحة النكاح بغير الإذن.

ب- ومنها ما هو معتبر لجواز الإقدام فقط .

فالمعتبر لصحة النكاح دون الإذن يشمل الآتي من الشروط:

١- أن لا يكون ثم عداوة ظاهرة بينها وبين وليها.

٢- وأن يكون الزوج كفتاً.

٣- أن يكون الزوج موسراً بحال الصداق حتى لا يهضم حقها.

١ - سبق تخريجه ص ٣٠.

وما عدا ذلك من الشروط فهو من قبيل القسم الثاني أي: المعبر لجواز الإقدام على عقد النكاح دون إذنها .

غير أن الشافعية يقولون: باستحباب استئذان البكر إذا بلغت السن الشرعي للتكليف لحديث: "والبكر يستأمرها أبوها في نفسها"^(١). ومراعاة لخاطرها، أما غير المكلفة فلا إذن لها، ويسن استفهام المراهقة، كما يسن أن لا يزوج الأب الصغيرة حتى تبلغ .

وكيفية الاستئذان المشروعة أن يرسل إليها نسوة ثقات يخرجن ما في نفسها، والأم أولى من ترسل لابنتها لأنها تعرف ما لا يعرفه غيرها من النساء عن ابنتها.

والجد أبو الأب وإن علا ينوب مناب الأب عند عدمه أو عدم أهليته فيما ذكر لأنه يشارك الأب في الولاية والعصوبة، بل يزيد الجد على الأب في إمكانه تولى طرفي العقد .

ووكيل كل من الأب والجد يتمتع بما يتمتع به موكله، وعليه فوكيل الجد قد يتولى طرفي العقد كما يتولهما موكله .

واختلف الأصحاب في زوال البكارة بلا وطء في القبل، كسقطه، وحدة طمث وطول تعنيس - هل تصير به المرأة في عداد الأبيكار، أم في عداد الثيبات؟ الصحيح أن حكمها حكم الأبيكار لأنها في معانها حيث إنها لم يسبق لها معاشره الرجال، ومع زوال بكارتها من غير مجامعة تكون باقية على حالها وحياتها.

أما لو خلقت بلا بكارة فهي بكر .

ويلزم المحير - أبا كان أو جدا - تزويج مجنونة أطبق جنونها بالغة محتاجة ولو كانت ثيبا لأنه لا خسارة عليها بل هي مكتسبة للمهر والنفقة، كما أنه من المحتمل أن يكون جنونها لشدة شبقتها على الزواج .

وإن لم يكن للمجنونة أب أو جد لم تزوج المجنونة الصغيرة حتى تبلغ، وحينئذ يزوجه السلطان في الأصح المنصوص، مراجعا لأقاربها تطيبها لقلوبهم كما أنهم أكثر دراية بمصلحتها ممن عداهم، وقيل: يزوجها القريب بإذن السلطان لقيامه مقام إذنها .

١ - سبق تخريجه ص ٣٠ .

وتزوج بواسطة السلطان حينما تبدو الحاجة - إلى تزويجها بظهور علامة شهوتها، أو توقع شفائها من جنونها حين وطئها بقول عدلين من الأطباء، لأن تزوجها في هذه الحالة يقع إجبارا وغير الأب والجد لا يملك الإيجار، وإنما يصر إليه عند الحاجة النازلة منزلة الضرورة، ولا يصح تزويجها لوجود مصلحة كتوفر المؤن في الأصح وقيل: يصح كما أن للأب والجد ذلك .

وإذا أفاقت المجنونة- هذه - بعد تزويجها فلا خيار لها، لأن تزويجها كالحكم لها أو عليها.

ويزوج الأب والجد المجنونة؛ لأنه لا يرجى لها حالة يمكن أن تفيق فيها فتستأذن. ولأب والجد ولاية الإيجار، متى ظهرت مصلحة في تزويجها، ولا تشترط الحاجة قطعا، لإفادتها المهر والنفقة، وهذا بخلاف المجنون، وجواز التزويج هاهنا يشمل كل مجنونة صغيرة كانت أو كبيرة، ثيبا كانت أو بكرا، جنت قبل البلوغ أو بعده.

كما يلزم الولي المحبر - الأب أو الجد - تزويج مجنون بالغ أطبق جنونه شريطة أن تبين حاجته للنكاح بظهور رغبته فيه ويعرف ذلك بأحد طريقتين: إما بدورانه حول النساء وتعلقه بهن، أو بتوقع شفائه بالوطء بقول عدلين من الأطباء بظهور المصلحة المترتبة على ذلك .

فإن كان جنون الرجل والمرأة البالغين - ولو كانت المرأة ثيبا - متقطعا غير مستمر لم يزوجا حتى يفيقا ويأذنا، ويكون العقد حال الإفاقة.

وهل للسيد إجبار عبده - غير المكاتب والمبعض ولو صغيرا وخالفه في الدين - على النكاح؟ الأظهر عند الشافعية أنه ليس له ذلك، لأن السيد لا يملك رفع نكاح عبده بالطلاق، ولأن النكاح يلزم ذمة العبد مالا، ولا يجبر عليه السيد كالكاتب. وقيل: له إجباره كالأمة، وقيل: لا يجبر إلا الصغير .

بينما للسيد الحق في إجبار أمته غير المبعضة والمكاتبه على النكاح، وإنما فارقت الأمة العبد هاهنا؛ لأن نكاح الأمة يرد على منافع البضع وهي مملوكة له. وللسيد أن يزوجه برفيق ودينه النسب، وإن كان أبوها قرشيا لأنها لا نسب لها، وليس له الحق في أن يزوجه بمعيب كأجذم وأبرص ومجنون بغير رضاها - وإن كان يجوز بيعها منه وإن كرهت - ولو أجبرها السيد - والحالة هذه على النكاح لم يصح.

ولا يلزم السيد إذا طلب العبد البالغ أو الأمة الزواج أن يزوجه؛ لأنه قد يفوت عليه مقاصد

الملك وفوائده، ولما فيه من تنقيص القيمة وتفويت الاستمتاع بالأمة عليه، ومقابل الأظهر في العبد: يجبر السيد على إنكاح العبد أو على بيعه، لأن عدم تحصينه بتزويجه قد يوقه في الفجور وارتكاب الحرمات. وقيل في الأمة: إن حرمت الأمة على السيد تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو كانت بالغة تائفة خائفة الزنا، لزم السيد تزويجها؛ لأنه لا بد من إعفافها ولا يتوقع منه، أما إذا كان التحريم لعارض كأن ملك أختين فوطيء إحداهما ثم طلبت الأخرى تزويجها فإنه لا يلزمه إجابتها قطعاً.

٥- وذهبت الحنابلة^(١) إلى أنه للأب خاصة ولاية الإيجاب المتمثلة في:

- تزويج بنيه الصغار، وكذا المجانين ولو كانوا بالغين دون إذهم لأن المجانين لا قول لهم فثبتت له ولاية تزويجهم كأولاده الصغار، وحيث زوج الأب ابنه لصغره أو جنونه فإنه يزوجه حرة لئلا يسترق ولده، فليس له تزويجها بأمة لما ذكر، كما أنه ليس له تزويجها معيبة عيباً يرد به النكاح كرتقاء وجزماً؛ لأن هذه العيوب منفرة ومكرهة بالزوجة، وللأب أن يزوجه ابنه الصغير والمجنون بمهر المثل أو غيره ولو كرهاً، وليس لأي منهما خيار إذا بلغ أو عقل.

- تزويج بناته الأبتكار ولو بعد البلوغ دون إذهن لقول النبي ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"^(٢) فلما قسم النبي ﷺ في هذا الحديث النساء إلى قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن القسم الآخر وهي البكر، فيكون وليها أحق منها في التزويج. كما دل الحديث على أن الاستئذان هنا من قبيل المندوب والمستحب، لا من قبيل الواجب والمتحتم.

- تزويج ثيب لها دون تسع سنين بغير إذنها، لأنه لا إذن لها.

وإنما خصت ولاية الإيجاب هاهنا الأب، ولم تكن شاملة للجد؛ لعموم الأحاديث الدالة على وجوب الاستئذان ولا مخصص، ولأنه قاصر عن الأب فلم يملك الإيجاب كالعم.

ومع ثبوت ولاية الإيجاب للأب هاهنا إلا إنه يسن استئذان بكر بالغة ويسن استئذان أمها

١ - انظر: إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، المدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، (٢٢/٧-٢٣)، كشف القناع عن متن الإقناع، (٤٢/٥-٤٣-٤٤-٤٧).

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت (٢/١٠٣٧-).

معها كذلك، أما هي فلما تقدم في الحديث، وأما أمها فلحديث ابن عمر-رضي الله تعالى عنهما مرفوعا-: "آمروا النساء في بناهن"^(١)، ويكون استئذان الولي لها بنفسه أو بنسوة ثقات ينظرن ما في نفيها لأنها قد تخجل منه فلا تبدي رغبتها في الزواج، وأمها في ذلك أولى؛ لأنها تطلع منها على ما تخفيه عن غيرها .

وحيث أجبرت البكر أخذ بتعيين بنت تسع سنين فأكثر كفتا لا بتعيين المجر من أب أو وصيه، لأن النكاح يراد للرغبة والإحصان والعفاف راجع لها فلا تجبر على من لا ترغب أن يكون زوجها لها .

وقد صرح بعض علماء الحنابلة بأنه يشترط لصحة الإيجاب شروط لا بد من توافرها وهي تتمثل في:

- ١- أن يزوجه من كفاء.
- ٢- أن يكون صداق نكاحها صداق مثلها.
- ٣- أن لا يكون الزوج معسرا.
- ٤- أن لا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة.
- ٥- أن يزوجه بنقد البلد.

فإن امتنع المجر من تزويج من عينته بنت تسع سنين فأكثر، صدق عليه بذلك وصف العاضل وسقطت ولايته، وفسق بفعله إن تكرر.

وأما المجنونة فجوز الحنابلة لجميع الأولياء تزويجها إذا ظهر منها الميل للرجال، لأنها محتاجة إلى النكاح لدفع ضرر الشهوة عنها، وصيانة نفسها عن الفجور، وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصور العرض، وأخذ إذنها لذلك متعذر فأبيح تزويجها كالنبت مع أبيها، ويعرف ميلها إلى الرجال من كلامها وتتبعها الرجال ونحو ذلك من قرائن الأحوال، وكذا إن قال ثقة من أهل الطب- إن تعذر غيره وإلا فاثنتان-: إن علتها تزول بتزويجها، فلكل ولي تزويجها؛ لأن ذلك من

١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار، (١٩٥/٢) وقال الألباني-رحمه الله تعالى- في تحريجه لسنن أبي داود: إسناده ضعيف لجهالة الثقة، وإليه أشار المنذري حين أعله بقوله: "فيه رجل مجهول" (٢٠٧/٢).

أعظم مصالحها كالمداوة، ولو لم يكن للمجنونة ذات الشهوة ونحوها ولي إلا الحاكم زوجها.
وإن احتاج الصغير العاقل، أو المجنون المطبق البالغ إلى النكاح الشرعي لوطء أو خدمة
ونحوهما زوجها الحاكم عند انعدام الأب والوصي، لأن النظر في مصالحهما راجع إلى الحاكم
وقتها، ولا حق في تزويجهما لبقية الأولياء وهم من عدا الأب ووصيه والحاكم؛ لأنه لا نظر لغير
هؤلاء في ما لهما ومصالحهما المتعلقة به، وإن لم يحتاجا إلى النكاح فليس للحاكم تزويجهما، لأن
ذلك يكون إضراراً بهما بلا منفعة.

وللسيد عند الحنابلة إجبار إماءه الأبيكار والثيب على النكاح، سواء في ذلك الكبيرة
والصغيرة منهن، وسواء في ذلك القن والمدبرة وأم الولد، لأنهن ومنافعهن ملك للسيد، والنكاح
عقد على منفعتهن، ولذلك ملك الاستمتاع بها، ومن هذا الوجه فارقت الأمة العبد، ولأن
إنكاحها فيه منافع عائدة له من حصول على مهرها وولدها وسقوط لنفقتها وكسوتها عنه، ولا
فرق بين كونها مباحة أو محرمة عليه كأخته من الرضاعة .

ولما كانت المكاتبه خارجة عن ملكه، لا تلزمه نفقتها، لم يملك السيد إجبارها على النكاح
وأخذ مهرها ولو كانت صغيرة .

وللسيد حق إجبار عبده الصغير، وكذا المجنون ولو بالغاً؛ لأن الإنسان إذا ملك تزويج ابنه
الصغير والمجنون فعنده كذلك مع ملكه وتام ولايته أولى.

ولا يملك السيد إجبار عبده الكبير العاقل على النكاح؛ لأنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر
على النكاح كالحرة، والأمر بإنكاحه مخصوص بحالة ما لو طلب من سيده تزويجه.

النوع الثاني من أنواع الولاية في النكاح: ولاية المشاركة أو ولاية الندب والاستحباب:
وهذه الولاية تثبت للولي على موليته على سبيل الندب والاستحباب، لا على سبيل الإجبار
والإلزام.

وللفقهاء-رحمهم الله تعالى- في هذه الولاية تفصيلات سأتناولها من خلال العناصر

التالية:

(١) يرى أبو حنيفة وأبو يوسف^(١) في رأيه الأول أنه لا إجبار على البكر البالغة العاقلة في النكاح، وكذلك لا إجبار على الحر البالغ العاقل والمكاتب والمكاتبة ولو صغيرين، لقول النبي ﷺ "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها"^(٢)، وحديث عائشة-رضي الله عنهما- يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت . قال: سكاها إذنها"^(٣)، ولأن ولاية الحتم والإيجاب في حال الصغر إنما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة؛ لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها، وبحصول البلوغ والعقل زال العجز وثبت القدرة حقيقة، ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع، ودخلت في جملة المكلفين، إلا أنها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب، من جهة أنها تحتاج إلى الخروج إلى محافل الرجال، والمرأة مخدرة ملزومة بالتستر، كما أن خروج المرأة إلى محفل الرجال عيب في العادة، فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة، فتثبت الولاية عليها على حسب عجزها، وهي ولاية ندب واستحباب، لا ولاية حتم وإيجاب، إثباتا للحكم على قدر العلة.

وأما محمد فهو أن الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد، فلا بد من الرضا كما في الثيب البالغة.

وإذا كان الرضا في نكاح البالغة العاقلة شرط في الجواز فإنها إذا زوجت بغير إذنها توقف التزويج على رضاها، فإن رضيت جاز، وإن ردت بطل^(٤).

وفرق فقهاء الحنفية - كما فرق فقهاء المذاهب - بين القرائن التي يعرف بها الرضا بالنكاح من الثيب، وبين القرائن التي يعرف بها الرضا بالنكاح من البكر البالغة العاقلة، فقالوا: إن كان المرأة التي يراد تزويجها ثيبا فرضاها يعرف تارة بالقول، وتارة بالفعل، أما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه، والأصل فيه قول النبي ﷺ: "الثيب تعرب عن نفسها"^(٥)، وأما قرينة الفعل الدالة

١ - انظر: الاختيار لتعليل المختار، (٣/١٠٥-١٠٦)، وشرح فتح القدير (٣/٢٦٠) وما بعدها . وبدائع الصنائع (٢/٢٤١) وما بعدها . الدر المختار ورد المختار (٣/٥٨) وما بعدها .

٢ - سبق تخريجه ص ٣٠ .

٣ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره (٦/٢٥٤٧) .

٤ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٢) .

٥ - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب استئثار البكر والثيب، (١/٦٠٢)، وصححه الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، (١/٢) وفي السلسلة الصحيحة (٣/٤٤٢) .

على الرضا فكنحو التمكين من نفسها، والمطالبة بالمهر والنفقة؛ لأن هذا دليل الرضا، وهو يثبت بالنص مرة، وبالقرينة مرة أخرى، والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة-رضي الله تعالى عنها-: "إن قربك فلا خيار لك"^(١).

وإن كانت المرأة بكرا فيعرف رضاها علاوة على هذين الطريقتين، بطريق السكوت، وهذا الطريق تبت على وجه الاستحسان، والقياس أن لا يكون سكوتها رضا.

ووجه الاستحسان ما ورد عن عائشة-رضي الله تعالى عنهما- "أما سألت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت. قال: سكاها إذنها"^(٢). وهذا نص في الباب، ولأن البكر لا تتجاسر -حياء- عن إبداء الرغبة صراحة في النكاح، لما فيه من إبداء رغبتها في الرجال فتنسب إلى الوقاحة، فلو لم يجعل سكوتها إذنا ورضا بالنكاح دلالة، وشرط استنطاقها وهي لا تنطق عادة، لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها إلى ذلك، والشرع الحنيف لا يأت بمثل هذا، وترجيح جانب الرضا على جانب السخط في سكوت البكر؛ لأنها لو لم تكن راضية لردت وأبدت ممانعتها من الاتصال بهذا الرجل، لأنها إن كانت تستحي عن الإذن فلا تستحي عن الرد، فلما سكتت ولم ترد دل على أنها راضية، وهذا بخلاف ما إذا زوجها أجنبي أو ولي غيره أولى منه، لأنه من المحتمل أن يكون سكوتها عن الجواب مع أنها قادرة على الرد تحقيرا له وعدم مبالاة بكلامه فبطل رجحانا دليل الرضا هاهنا، ولأنها إنما تستحي من الأولياء من الأجنبي، والأبعد عند قيام الأقرب، وحضوره أجنبي، فكانت في حق الأجنبي كالثيب، فلا بد من فعل أو قول يدل على الرضا، ولأن الزوج إذا كان الأجنبي أو كان الولي الأبعد كان النكاح من طريق الوكالة لا من طريق الولاية لانعدامها، والوكالة لا تثبت إلا بالقول، وإذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر إلى القول.

ووجه القياس الذي لا يعتبر سكوت المرأة، أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط، فلا يصلح دليلا للرضا مع الشك والاحتمال، ولهذا لم يجعل دليلا على الرضا إذا كان المزوج

١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار، (٢/٢٣٨)، وضعفه الإمام الألباني-رحمه الله تعالى- في إرواء الغليل، (٦/٣٢١).

٢ - سبق تخريجه ص ٤٨.

أجنبيا أو ولي غيره أولى منه.

والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح، ويذكر لها الزوج، فيقول: إن فلانا يخطبك أو يذكرك، فإذا سكتت فقد رضيت؛ لما ورد عن عائشة-رضي الله تعالى عنها وعن غيرها^(١)، فإذا زوجها من غير استثمار فقد أخطأ السنة، وقيل: إن زوجها من غير استثمار توقف عقد النكاح على رضاها. ولو استأذن الولي البكر البالغة العاقلة في النكاح فضحكت غير مستهزئة، أو تبسمت أو بكت بلا صوت، فهو إذن- في المختار للفتوى-؛ لأن هذه التصرفات ما هي إلا تعبير عن حزنها على مفارقة أهلها، وإنما يكون ذلك عند الإجازة، واعتبر أبو يوسف-رحمه الله تعالى- البكاء رضاء؛ لأنه لشدة الحياء، بينما جعله محمد قرينة على الرد؛ أخذا بأصل وضعه الدال على الكراهة، قال ابن الهمام-رحمه الله تعالى-^(٢) بعدما سبق والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط .

ولو قال الولي للبكر: أريد أن أزوجك فلانا فقالت: غيره أولى منه لم يكن إذنا، ولو زوجه ثم أخبرها فقالت: قد كان غيره أولى منه كان إجازة؛ لأن قولها في الأول إظهار لعدم الرضا في التزويج من فلان، وقولها في الثاني قبول أو سكوت عن الرد، وسكوت البكر عن الرد يكون رضا. ولو قال الولي للبكر: أريد أن أزوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضا كذا روي عن محمد، لأن الرضا بالشيء بدون العلم به لا يتحقق .

ولو قال: أزوجك فلانا أو فلانا حتى عد جماعة فسكتت، فمن أيهم زوجها جاز.

ولو سمى لها الجماعة مجملا بأن قال أريد أن أزوجك من جيرياني أو من بني عمي فسكتت

فلا يخلو:

أ- إن كانوا يحصون فهو رضا.

ب- وإن كانوا لا يحصون لم يكن رضا. لأنهم إذا كانوا يحصون يعلمون فيتعلق الرضا بهم،

١ - حديث عائشة-رضي الله عنهما- سبق ذكره وتخريجه في ص ٤٨.

٢ - محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الكمال ابن الهمام السيواسي الأصل ثم القاهري الحنفي، ولد سنة ٧٩٠ تسعين وسبعمئة، صنف التصانيف النافعة كشرح الهداية في الفقه والتحرير في أصول الفقه، أخذ عنه الشمني والزين قاسم وسيف الدين وابن حضر المناوي والجمال بن هشام، ومات في يوم الجمعة سابع رمضان سنة (٨٦١هـ) بمصر. انظر: العلامة محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة، بيروت، (٢٠١/٢).

فإنهم يعلمون فتعلق الرضا بهم، وإذا لم يحصوا لم يعلموا فلا يتصور الرضا، لأن الرضا بغير المعلوم محال .

قال علماء الحنفية: من زالت بكارتها بنطة من فوق إلى أسفل، أو العكس من أسفل إلى أعلى، أو حصول جراحة أو تعنيس فهي بكر حقيقة؛ لأن البكر عندهم المرأة التي لم تجامع بنكاح ولا غيره، فهي وإن زالت منها العذرة - أي الجلدة التي على المحل - فإن بكارتها لم تزل لأنها لم تجامع، فهي بكر حقيقة، وهي كذلك بكر حكما تزوج كما تزوج الأبكار، وتأخذ في الرضا وغيرها حكم الأبكار حتى تدخل .

ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب، وهو الوطء بعقد جائز أو فاسد أو شبهة عقد تزوج كما تزوج الثيب، ولا يكفي في رضاها السكوت .

واختلف علماء الحنفية فيما إذا زالت عذرتها بالزنا، فذهب أبو حنيفة إلى أنها تزوج كما تزوج الأبكار ؛ لأنه علة إقامة السكوت مقام النطق في البكر الحياء، وهو موجود في حق هذه وإن كانت ثيبا حقيقة، لأن زوال بكارتها لم يظهر للناس فيستقبحون منها الإذن بالنكاح صريحا، بل قد تنسب المرأة هذه إلى الوقاحة، ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح أو يشتهر الزنا، ولو اشترط نطقها فإن لم تنطق تفوتها مصلحة النكاح، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا تتضرر باشتهار الزنا عنها، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر .

وذهب الصحابان (أبو يوسف ومحمد) إلى أن من زالت عذرتها بارتكاب فاحشة الزنا- عياذا بالله- تزوج كما تزوج الثيب لقوله ﷺ: "البكر تستأمر والثيب تشاور"^(١)، والثيب حقيقة من زالت عذرتها وهذه كذلك، فيجرى عليها أحكام الثيب، ومن أحكامها أنه لا يجوز نكاحها بغير إذنها نصا فلا يكتفى بسكوتها.

أما من مشتهرة بالزنا، بأن أقيم عليها الحد، أو اعتادته وتكرر منها، أو قضى عليها بالعدة، تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرر بالنطق. ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كأبكار، لبقاء بكارتها وحياتها.

١ - أخرجه الإمام أحمد- رحمه الله تعالى- في مسنده، (٢/٢٢٩).

٢) ذهب المالكية^(١) إلى الولي غير المحبر يشمل كل من عدا الذين سبق ذكرهم في ولاية الإيجار، وهم الأب والوصي والحاكم والمالك، ويترتب على هذا أنه لا تزوج بالغ إلا بإذنها، سواء كانت بكرا أو ثيبا، إلا أن إذن كل واحد منهما مختلف فيذن ليكر غير المجبرة صمتها، أي إذا سئلت، هل ترضين بأن نزوجك من فلان على مهر قدره كذا على أن الذي يتولى العقد فلان؟ فلا تكلف النطق ولا تجبر عليه، وندب إعلامها بأن سكوتها إذن ورضا، فإن لم تعلم بذلك وادعت الجهل فلا تقبل دعواها وتم النكاح عند الأكثر.

ولا تزوج البكر إن منعت، بأن قالت: لا أتزوج أو لا أرضى أو ما في معناه، وكذا إن نفرت، لأن النفور دليل عدم الرضا، لا إن ضحكت أو بكت فتزوج، لأن بكاءها يحتمل أنه لفقد أبيها الذي يتولى عقدها .

أما الثيب فإنها وإن كانت سفية لا بد أن تعرب عن الرضا أو المنع، ولا يكتفى منها بالصمت ويشارك الثيب في عدم الاكتفاء بالصمت ست أباكار هن كما يلي:

-البكر التي رشدها أبوها بأن أطلق الحجر عنها في التصرف المالي وهي بالغ فلا بد من أخذ إذنها صراحة بأن تعبر عن رغبتها بالقول .

-البكر التي منعها وليها من الزواج بالكفاءة فرفعت أمرها إلى الحاكم فزوجها الحاكم لا بد من إذنها بالقول، فإن أمر الحاكم أباها بالعقد، فأجاب وزوجها لم يحتج لإذن، لأنه مجبر .

-البكر المهملة التي لا أب لها ولا وصي وزوجت بعرض، وهي من قوم لا يزوجون بالعروض، أو يزوجون بعرض معلوم فزوجها وليها بغيره لا بد من نطقها بأن تقول: رضيت به، ولا تكفي الإشارة.

-البكر ولو مجبرة التي زوجت برقيق - أي التي أراد وليها أن يزوجها لرقيق - لا بد من إذنها بالقول، لأن العبد ليس بكفاء للحر.

-البكر التي زوجت لذي عيب - كجذام وبرص وجنون وخصاء - فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت به مثلا .

١ - انظر: الشرح الصغير(٢/٣٥٦-٣٦٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢/٢٢٣-٢٢٨).

- غير المجبرة التي افتيت عليها، أي تعدى عليها وليها غير المحبر فعقد عليها بغير إذنها ثم أنهى إليها الخبر فرضيت، فيصح النكاح، ولا بد من رضاها بالقول .

وقال المالكية: يصح عقد المفتات عليها إذا رضيت بعقد وليها عليها افتياتا إذا توفرت ستة

شروط:

١- أن يقرب رضاها، بأن يكون العقد بالسوق أو بالمسجد مثلا ويسار إليها بالخبر من

وقته.

٢- أن يكون الرضا بالقول، فلا يكفي الصمت .

٣- أن لا يقع منها رد للنكاح قبل الرضا به .

٤- أن تكون من افتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضا، فإن كانت بآخر لم يصح ولو

قرب البلدان وأنهى إليها الخبر من وقته .

٥- أن لا يقر الولي بالافتيات حال العقد، بأن سكت أو ادعى أنه مأذون، فإن أقر به لم

يصح .

٦- أن لا يكون الافتيات على الزوجة والزوج معا، فإن كان عليهما معا لم يصح ولا بد من

فسخه.

والافتيات على الزوج كالاقتيات على الزوجة في جميع ما مر، أي فيصح العقد إن رضي به

نطقا، إذا توفرت الشروط السابقة.

٣) قال الشافعية^(١): لا يملك الولي المحبر تزويج ثيب بالغة وإن عادت بكارتها إلا بإذنها؛

لخبر: "لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن"^(٢) ، ولأنها تدرك المقصد من النكاح فلا تجبر بخلاف

البكر، فإن كانت تلك الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج، سواء احتملت الوطاء أم لا،

١ - انظر: مغني المحتاج (٣/١٤٩-١٥٠-١٥٩-١٦٨-١٧٢-١٧٣)، وروضة الطالبين (٥٤/٧).

٢ - أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب النكاح (٣/٢٢٩)، و البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح

اليتيمة، (٧/١٢١)، و الحاكم في مستدركه، كتاب النكاح (٢/١٨١) وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم

يخرجاه، ووافقه الذهبي، وصححه ابن الملقن، في كتابه (البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير)

نشر دار الهجرة، (٧/٥٧٣) كما صححه الألباني- رحمه الله تعالى- في السلسلة الصحيحة (٤/٣٣).

حتى تبلغ ؛ لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ، أما المجنونة فيتولى الأب، والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة، كما أنه من الحق المقرر للسيد أن يتولى تزويج أمته ولو قبل بلوغها.

وتحصل الثبوتية ويعتبر وجوب الإذن بوطء المرأة في قبلها، سواء كان الوطاء حلالا كالنكاح أو حراما كالزنا، أو كان وطئا لا يوصف بواحد منهما كوطء الشبهة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة، أما الوطاء في الدبر فلا أثر له على الصحيح؛ لأن الموطوءة لا يصدق عليها وصف ممارسة الرجال بالوطء في محل البكارة .

٤) ذهب الحنابلة^(١) إلى أنه لا يجوز لغير الأب من الأولياء تزويج حرة كبيرة بالغة - ثيبا كانت أو بكرا - إلا أن يؤخذ إذنها .

لحديث: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت"^(٢).

إلا المجنونة فيجوز لسائر الأولياء القيام بتزويجها إذا ظهر ميلانها للرجال، لأنها محتاجة للنكاح لدفع أذى الشهوة وضررها عنها، ولصيانتها عن الفجور، ولتحصيل المهر والنفقة والعفاف ولصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها، كالبنت مع أبيها، ويعرف ميلها إلى الرجال من كلامها وتتبعها الرجال وميلها إليهم ونحوه من قرائن الأحوال، وكذا إن قال ثقة من أهل الطب إن تعذر غيره وإلا فاثنان: إن علتها تزول بتزويجها، فلكل ولي تزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها كالمداواة، ولو لم يكن للمجنونة ذات الشهوة ونحوها ولي إلا الحاكم زوجها.

وليس لمن عدا الأب ووصيه الذي نص عليه تزويج صغيرة لها دون تسع سنين بحال، ولهم تزويج بنت تسع سنين فأكثر بإذنها، ولها إذن صحيح معتبر نضا، لما روي عن عائشة رضي الله

١ - انظر: المغني (٣٧٩/٧)، شرح الزركشي (٣٤٠/٢).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، (١٩٧٤/٥)، وكتاب الحيل، باب في النكاح، (٢٥٥٥/٦)، و مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (١٤٠/٤).

تعالى عنها أنها قالت: "إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة"^(١) ومعنى ذلك أنها تأخذ حكم المرأة. وإذن الثيب الكلام لقوله ﷺ: "الثيب تعرب عن نفسها"^(٢)، وهي من وطئت في القبل بآلة الرجال ولو بزنا، وحيث حكمنا بالثيوبة وعادت البكارة لم يزل حكم الثيوبة، لأن الحكمة التي اقتضت التفرقة بينها وبين البكر مباحة الرجال وهذا موجود مع عود البكارة .

وإذن البكر الصمات ولو زوجها غير الأب لما سبق، وإن ضحكت أو بكت فذلك كسكوتها، لما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "تستأمر اليتيمة فإن سكنت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها"^(٣)، وفي رواية: "فإن بكت أو سكنت"^(٤)؛ ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان ذلك إذنا منها، ونطق البكر أبلغ من سكوتها وضحكها وبكائها لأنه الأصل في الإذن وإنما اكتفي منها بالصمات للاستحياء، فإن أذنت نطقاً فقد تم الإذن، وإن لم تأذن نطقاً استحب أن لا يجبرها على النطق، واكتفي بسكوتها إن لم تصرح بالمنع. وزوال البكارة بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة ونحوه كسقوط من شاق لا يغير صفة الإذن، فلها حكم البكر في الإذن، لأنها لم تخبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تنزل عذرتها، وكذا وطء في الدبر ومباشرة دون الفرج لأنها غير موطوءة في القبل.

ويعتبر في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع معرفة المرأة به، بأن يذكر لها نسبه ومنصبه ونحوه لتكون على بصيرة من إذنها في تزويجه لها، ولا يشترط في الاستئذان تسمية المهر لأنه ليس

١ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج (٤١٧/٣)، وقال الألباني - رحمه الله تعالى - في إرواء الغليل: ضعيف مرفوعاً فيه عبد الملك بن مهران قال ابن عدي: "مجهول" وقال العقيلي: "صاحب مناكير غلب عليه الوهم لا يقيم شيئاً من "الحديث" . ومن دونه لم أعرفهم والموقوف علقه البيهقي ولم أقف على إسناده. انظره (١٩٩/١)، (٢٢٩/٦).

٢ - سبق تخريجه ص ٤٨.

٣ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار (١٩٤/٢)، وقال عنه الألباني - في صحيح أبي داود - مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، إسناده حسن صحيح، وصححه ابن حبان وقال الترمذي: "حديث حسن" .

٤ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار، (١٩٤/٢) قال أبو داود وليس "بكت" بمحفوظ وهو وهم في الحديث، الوهم من ابن ادريس أو محمد بن العلاء. وانظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ ابن حجر (٣٥٠/٣) والبدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن، (٥٧٤/٧)، وحكم الألباني - رحمه الله تعالى - على هذه الرواية بالشذوذ، انظر: إرواء الغليل (٢٣٥/٦) وصحيح أبي داود (٣٢٨/٦).

ركنا في النكاح ولا مقصودا منه، قال البهوتي^(١): (ولا يشترط أيضا اقترانه بالعقد، ولا يشترط الإشهاد على إذنها لوليها أن يزوجه ولو غير مجبرة، والاحتياط للإشهاد)^(٢).

١ - منصور بن يونس بن صلاح الدين حسن بن أحمد بن علي بن إدريس البهوتي الحنبلي شيخ الحنابلة بمصر، أخذ عن كثير من المتأخرين من الحنابلة منهم الجمال يوسف البهوتي والشيخ عبد الرحمن البهوتي وجماعة، وعنه محمد بن أبي السرور البهوتيان وإبراهيم بن أبي بكر الصالح وغيرهم، ومن مؤلفاته شرح الإقناع، وشرح على منتهى الإرادات للفتوح وحاشية على المنتهى وشرح زاد المستنقع للحجاوي وشرح المفردات للشيخ محمد بن عبد الهادي المقدسي، وكانت وفاته ضحى يوم الجمعة عاشر شهر ربيع الثاني سنة إحدى وخمسين وألف بمصر ودفن في تربة المجاورين رحمه الله تعالى، انظر: الحبي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، نشر دار صادر، بيروت، (٤/٤٢٦) وما بعدها.

٢ انظر: - كشف القناع (٥/٤٥-٤٧) .

المبحث الثالث

شروط الولي^(١)

ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط في الولي شروط لا بد أن تتحقق فيه حتى تصح ولايته، اتفقوا على بعض منها، واختلفوا في بعضها الآخر، وبيان ذلك فيما يلي:

١. العقل والبلوغ:

العقل والبلوغ شرطان لا بد من توفرهما في الولي على رأي جمهور العلماء^(٢)؛ ذلك لأن الولاية إنما تثبت نظرا لمصلحة المولى عليه لعجزه وقصوره عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له أو كان صغيرا لا نظر له على نفسه، فكيف يكون له نظر على غيره؟

ويلحق بفاقد العقل الشيخ الكبير الذي اختلط عليه عقله لكبره، ولم يعد يميز بين الضار والنافع. أما الإغماء ذو الأمد اليسير فلا يقدر في الولاية؛ لأنه إذا كان بهذه المثابة فهو أشبه ما يكون بالنوم^(٣).

والجنون المانع من الولاية ما كان مطبقا، وهو على ما قيل سنة، وقيل أكثر السنة، وقيل شهر، وعليه الفتوى عند الحنفية، إلا أن الذي يتمشى مع دأب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - في التقديرات أن الجنون المطبق لا يؤقت فيه شيء بل يفوض تقديره إلى رأي القاضي، أما المجنون جنونا غير مطبق فتثبت له الولاية في حال إفاقته بالإجماع^(٤).

١ - سيتوجه الكلام في هذا المبحث حول شروط الولي في النكاح، باعتبار أن البحث متجه نحو فقه الأسرة.

٢ - انظر: وبدائع الصنائع (٢/٢٣٩)، الشرح الصغير (٤/٤٦١-٤٦٢)، مغني المحتاج (٣/١٥٤)، المغني (٧/٣٥٥)، كشف القناع (٥/٥٣-٥٤).

٣ - انظر: المغني (٧/٣٥٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٩)، مغني المحتاج (٣/١٥٤)، الشرح الصغير (٤/٤٦١-٤٦٢) و علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (٨/٧٢-٧٣)، كشف القناع (٥/٥٣-٥٤).

٤ - انظر: شرح فتح القدير (٣/٢٨٤-٢٨٥).

٢ . الحرية:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الولي أن يكون حراً^(١)؛ إذ المملوك ليس من أهل الولاية على أحد، لأنه لا ولاية له على نفسه فكيف تكون له ولاية على غيره؟، ولأن الولاية تنشأ عن المالكية، ومن المحال أن يكون الشخص مالكا ومملوكا في آن واحد.

٣ . الإسلام:

ذهب الفقهاء إلى اشتراط الإسلام في الولاية^(٢).

قال الحنفية^(٣): لا ولاية للكافر على المسلم؛ لانتفاء التوارث بينهما، وفي الحديث: "لا يتوارث أهل ملتين شيئا"^(٤)، لأن الشرع قطع ولاية الكافرين على المسلمين في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٥).

وفي الحديث: "الإسلام يعلو ولا يعلى"^(٦)، كما أن ولاية الكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا أمر جاءت الشريعة في مبادئها العامة بتحريمه، ولذا صينت المسلمة عن أن تكون زوجة للكافر .

وكذلك إن كان الولي مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه، لأن المسلم لا يرث

-
- ١ - انظر "بدائع الصنائع" (٢/٢٣٩)، الشرح الصغير (٢/٣٦٩)، مغني المحتاج (٣/١٥٤)، الإنصاف (٨/٧٢)، ومصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق (٥/٦٤) .
 - ٢ - انظر: -بدائع الصنائع (٢/٢٣٩)، الشرح الصغير (٢/٣٦٩)، روضة الطالبين (٧/٦٦)، مغني المحتاج (٣/١٥٦)، مطالب أولي النهى (٥/٦٤-٦٥)، كشف القناع (٥/٥٣) .
 - ٣ - انظر: البحر الرائق (٣/١٣٢)، بدائع الصنائع (٢/٢٥٣)، تبين الحقائق (٢/١٢٥) .
 - ٤ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر (٣/٨٥)، وصححه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/١٣٥)، وحسنه الألباني في إرواء الغليل (٦/١٥٨) .
 - ٥ - سورة النساء، آية (١٤١) .
 - ٦ - أخرجه البخاري في صحيحه معلقا عن ابن عباس، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام (١/٤٥٤)، وقال عنه ابن حجر في التلخيص الحبير: وإسناده ضعيف جدا، (٤/٣١٩)، وحسنه الألباني -رحمه الله تعالى- في إرواء الغليل (٥/١٠٦) .

الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم، قال النبي ﷺ: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"^(١).

وقالوا: لا ولاية للمرتد على أحد، ولا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله .
وأما إسلام الولي فليس بشرط، لثبوت الولاية في الجملة، حيث يلي الكافر الولاية على الكافر لأن الكفر لا يقدر في الشفقة الباعثة في تحصيل النظر في حق المولى عليه، ولا في الوراثة فإن الكافر يرث الكافر، ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فكذا على غيره، قال الله عز وجل: ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٢).

وقال المالكية^(٣): يمنع تولية الكافر للمسلمة وعكسه، فلا يكون المسلم وليا لكافرة إلا لأمة كافرة فيزوجها لكافر فقط، أو معتوقته الكافرة إن أعتقها وهو مسلم ببلاد الإسلام فيزوجها ولو لمسلم حيث كانت كتابية.

وقال الشافعية^(٤): لا يزوج المسلمة قريبها الكافر، ولا يزوج الكافرة قريبها المسلم، ويلى - على الأصح المنصوص - الكافر الأصلي الكافرة الأصلية، ولو كانت عتيقة مسلم، واختلف اعتقادهما فيزوج اليهودي النصرانية والنصراني اليهودية كالإرث لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٥)، ومرتكب المحرم المفسق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا فلا يزوج موليته، بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك، وإن كان مستورا فيزوجها .

ولا فرق بين أن يكون زوج الكافرة كافرا أو مسلما، لكن لا يزوج المسلم قاضيهم بخلاف الزوج الكافر لأن نكاح الكفار صحيح وإن صدر من قاضيهم .

أما المرتد فلا يلي مطلقا لا على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرهما لانقطاع الموالاتة بينه وبين

١ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (٢٤٨٤/٦)، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب حدثنا يحيى بن يحيى (٥٩/٥).

٢ - سورة الأنفال، آية (٧٣) .

٣ - انظر: الشرح الصغير (٣٧٠/٢)، الفواكه الدواني (٩٩٨/٣)، التلحين (١١٤/١).

٤ - انظر: روضة الطالبين (٦٦/٧)، مغني المحتاج (١٥٦/٣)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (٤١٠/٢).

٥ - سورة الأنفال، آية (٧٣) .

غيره، ولا يزوج أمته بملك، كما لا يتزوج.

وقال الحنابلة^(١): لا يزوج كافر مسلمة ولا عكسه إلا أم ولد الكافر إذا أسلمت يزوجهها والمسلم يزوج أمته الكافرة، والسلطان يزوج كافرة لا ولي لها .

ويولي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي، قال المرادوي^(٢): هذا هو المذهب المقطوع به عند الأصحاب، ولم يفرقوا بين اتحاد دينهم أو تباينه

ويليه من مسلم وهو المذهب اختاره أبو الخطاب^(٣) وغيره .

ويجب أن تتوافر في الولي الذمي الشروط التي يجب توافرها في الولي المسلم.

٤. العدالة:

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الولي على قولين هما:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٤)، والمالكية على المشهور^(٥)، ورواية عن الإمام أحمد^(٦).

١ - انظر: كشف القناع (٥٣/٥)، المغني (٣٦٣/٧)، شرح الزركشي (٣٣١/٢). الإنصاف (٧٨/٨-٧٩-٨٠-٨١)،
٢ - علي بن سليمان بن أحمد الدمشقي الصالح الحنبلي، ويعرف بالمرادوي ولد تقريبا من سنة ٨٢٠ عشرين وثمان مائة بمراد،
أخذ العلم عن أحمد بن يوسف، وأبي الفرج عبد الرحمن، والتقي بن قندس، وممن أخذ عنه قاضي الحرمين المحيوي
والحسني الفاسي، ومن تصانيفه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، واختصره في مجلد سماه التنقيح المشيع في تخريج
أحكام المقنع، وتحرير المنقول في تهذيب أو تمهيد علم الأصول، وشرحه وسماه التحبير في شرح التحرير، والمنهل العذب
الغزير في مولد الهادي البشير النذير، مات في جمادى الأولى سنة خمس وثمانين بالصالحية ودفن بالروضة رحمه الله وإيانا
انظر: السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، نشر دار مكتبة الحياة، بيروت، (٢٢٥/٥) وما بعدها، والشوكاني،
البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، نشر دار المعرفة، بيروت (٤٤٦/١).

٣ - محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني أبو الخطاب البغدادي، أخذ عن الجوهرري، والقاضي أبي يعلى و أبي
عبدالله الوبي، ومن تصانيفه الهداية في الفقه، و كتاب التهذيب في الفرائض والتمهيد في الأصول، وأخذ عنه ابن ناصر
وأبو الفتح بن شاتيل، و عبد الوهاب بن حمزة، وغيرهم، توفي رحمه الله يوم الأربعاء ثالث عشر جمادى الآخرة سنة عشر
وخمسمائة وترك يوم الخميس وصلى عليه يوم الجمعة في جامع القصر ودفن إلى جانب قبر الإمام أحمد رحمه الله. انظر: ابن
مفلح، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، نشر مكتبة الرشد، الرياض (٢٠/٣) وما بعدها.

٤ - انظر: بدائع الصنائع (٢٣٩/٢-٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٥٤/٣)، فتح القدير (١٨٠/٣-١٨١).

٥ - انظر: البهجة في شرح التحفة (٤٠٠/١)، الثمر الداني (٤٣٦/١)، حاشية العدوي (٤٩/٢).

٦ - انظر: الإنصاف (٥٦/٨)، الشرح الكبير (٤٢٦/٧)، المبدع شرح المقنع (٣١/٧).

- ١- عموم قول تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٢). من غير تفریق بين ولي فاسق، وولي عدل.
 - ٢- عموم قول النبي ﷺ: "تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم"^(٣). من غير تفریق.
 - ٣- إجماع الأمة السكوتي من جهة أن الناس عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير أو منازعة من أحد.
 - ٤- لأن ولاية النكاح ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر كما لا يقدر في الداعي إليه وهو الشفقة، وهذا هو المقصود من وضع الولاية شرعا وهو موجود لم يتخلف في ولاية الفاسق.
 - ٥- أن الفسق لما لم يكن قادحا في الوراثة لم يكن قادحا في الولاية.
 - ٦- لأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فصلح أن فصلح أن يكون من أهل الولاية على غيره كالعدل؛ ولهذا قبلنا شهادته.
 - ٧- لأن أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك - ثابت له حتى ملك به تزويج أمته، فلما لا يكون نوع الولاية الآخر ثابت له إذ لا موجب للتفریق؟.
- القول الثاني:** ذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) إلى أن العدالة شرط في الولاية .

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٤/٣)، الثمر الداني (٤٣٦/١)، المغني (٣٥٥/٧).

٢ - سورة النور، آية (٣٢).

٣ - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، (٦٣٣/١)، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: إنه حديث لا يصح وكل طريقة واهية، انظر: العلل المتناهية، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (٦١٢/٢)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: ومداره على أناس ضعفاء روه عن هشام أمثلهم صالح بن موسى الطلحي والحارث بن عمران الجعفري وهو حسن. (٣٠٩/٣)، وصحح الألباني هذا الحديث في كتابه (السلسلة الصحيحة)، نشر مكتبة المعارف، الرياض، (٥٦/٣).

٤ - انظر: روضة الطالبين (٦٤/٧) وما بعدها، مغني المحتاج (١٥٤/٣-١٥٥).

٥ - انظر: مطالب أولي النهى (٦٥/٥)، المغني (٣٥٥/٧)، المبدع شرح المقنع (٣١/٧).

وعليه فلا ولاية لفاسق، مجبرا كان أو لا، معلنا بنفسه أو لا كما صرح به الشافعية .

الأدلة^(١):

حديث: "لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان"^(٢).

غير أن الشافعية^٣ نصوا على استثناء الإمام الأعظم، ففسقه لا يؤثر على ولايته؛ لأنه لا ينعزل بالفسق.

القول المختار:

الذي يترجح -والعلم لله وحده- هو رجحان القول الأول، لأن الفسق لا يمنع من اختيار الكفء للمولية، لوفرة الشفقة من الولي وإن كان متصفا بالفسق، فإن كان الفسق مدعاة لتزويج المولية بغير الكفاء، كما لو كان الفسق بسبب شرب الخمر والسكر توجه حينئذ القول بالشرط العدالة في الولي، ليتثنى للقاضي نقل الولاية.

٥. الذكورة:

اختلف الفقهاء في اشتراط كون الولي ذكرا على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة في الجملة^(٦) إلى اشتراط الذكورة في الولاية.

وعليه فلا تزوج المرأة نفسها أذن لها وليها أم لم يأذن، كما لا يجوز للمرأة أن تزوج غيرها لا بولاية ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح لا بولاية ولا بوكالة.

١ - انظر: مغني المحتاج (٣/١٥٤-١٥٥)، المغني (٧/٣٥٥).

٢ - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد، وقال: تفرد به عبيد الله القواريري مرفوعا وهو ثقة، إلا أن المشهور بهذا الإسناد موقف علي بن عباس رضي الله عنهما (٧/١٢٤).

٣ - انظر: روضة الطالبين (٧/٦٤) وما بعدها، مغني المحتاج (٣/١٥٤-١٥٥).

٤ - انظر: المدونة الكبرى (٤/١٧٧)، الثمر الداني (١/٤٣٦)، الفواكه الدواني (٣/٩٤٧).

٥ - انظر: الإقناع (٢/٤٠٩)، حاشية إعانة الطالبين (٣/٣٥٣)، مغني المحتاج (٣/١٤٧).

٦ - انظر: المبدع شرح المقنع (٧/٣٠)، شرح الزركشي (٢/٣٢٧).

وأضاف المالكية^(١) في ولاية التزويج أنه يصح أن توكل مالكة لأمة، ووصية على أنثى، ومعتقة لأمة لم يوجد معها عاصب نسب من يتولى العقد عنهن من الذكورة المستوفية للشروط.

الأدلة^(٢):

١. عموم قول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٣).

قال القليوبي^(٤): معنى ﴿قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ قيامهم بمصالحهن ومنها ولاية تزويجهن كما يرشد إليه الحديث: "لا نكاح إلا بولي"^(٥) وتذكير الولي فيه دليل على ذكورته، التغليب فيه مدفوعة بحديث: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها"^(٦).

٢. لأن الولاية يعتبر فيها الكمال، والمرأة يعترىها نقص يحجبها عن الولاية، كما دل عليه قول النبي ﷺ: "ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب لب الرجل الحازم من إحداكن..."^(٧).

١ - انظر: البهجة في شرح التحفة، (٤٠٤/١)، أبي عبد الله المالكي، شرح ميارة الفاسي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٦٠/١). الفواكه الدواني (٩٩٧/٣).

٢ - انظر: الثمر الداني (٤٣٦/١)، الفواكه الدواني (٩٤٧/٣)، حاشية إعانة الطالبين (٣٥٣/٣)، مغني المحتاج (١٤٧/٣)، المبدع شرح المقنع (٣٠/٧)، شرح الزركشي (٣٢٧/٢).

٣ - سورة النساء، آية (٣٤).

٤ - هو أحمد بن أحمد بن سلامة المصري القليوبي، فقيه شافعي، أخذ عن الشمس الرملي، والنور الزيادي، وسالم الشبشيري وعليها الحلبي والسبكي وغيرهم، وعنه منصور الوخي وإبراهيم البرماوي وشعبان الفيومي وغيرهم، وألف مؤلفات كثيرة عم نفعها منها حاشية على شرح المنهاج للجلال الحلبي وحاشية على شرح التحرير لشيخ الإسلام وحاشية على شرح أبي شجاع لابن قاسم الغزي وحاشية على شرح الأزهرية وحاشية على شرح الشيخ خالد على الأخرومية، وكانت وفاته في أواخر شوال سنة تسع وستين والقليوبي بفتح القاف وسكون اللام وضم الياء المثناة من تحتها وسكون الواو وبعدها باء موحدة نسبة إلى بلدية صغيرة بينها وبين القاهرة مقدار فرسخين أو ثلاث فراسخ ذات بساتين كثيرة والله أعلم. انظر: خلاصة الأثر للمحجي (٧٥/١).

٥ - سبق تحريجه ص ٢٧.

٦ - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، (٦٠٦/١)، وصححه ابن الملقن في (تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج) (٣٦٤/٢)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٢٤٨/٦).

٧ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، (١١٦/١).

قال الشافعية في ولاية التزويج^(١): لو وكل الولي ابنته - مثلاً - في أن توكل رجلاً في مباشرة عقد نكاحها، لا عنها بل عنه أو أطلق صح، لأنها سفيرة بين الولي والوكيل، بخلاف ما لو وكلت عنها .

ولو ابتلينا بإمامة امرأة فإن أحكامها تنفذ للضرورة، وقياسه: تصحيح تزويجها.

وقال الحنابلة في الصحيح من المذهب^(٢): إن المرأة لها تزويج أمتها ومعتقتها.

القول الثاني: ذهب الحنفية^(٣) إلى أن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وعليه فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج بالنيابة عن الغير، بطريق الولاية أو الوكالة.

الأدلة^(٤):

١. قول الله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٥). فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها، وهذا يعني توليها.

٢. قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٦).

والاستدلال من وجهين:

أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

١ - انظر: روضة الطالبين (٦٧/٧)، مغني المحتاج (٣/١٠٦-١٤٧)، و أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشيته على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، (٣/٢٢١).

٢ - انظر: الإنصاف (٨/٨٦)، الشرح الكبير، (٧/٤١٠)، المبدع شرح المقنع، (٧/٢٥).

٣ - انظر: - بدائع الصنائع (٢/٢٣٢، ٢٣٧)، وفتح القدير (٣/١٥٧)، والدر المختار ورد المختار (٢/٣٩٥-٣٩٥).

٤ - انظر: المصادر السابقة، الصفحات نفسها.

٥ - سورة الأحزاب، آية (٥٠) .

٦ - سورة البقرة، آية (٢٣٢).

والثاني: أنه نهي الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصور المنهي عنه.

٣. ما ورد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: "ليس للولي مع الثيب أمر"^(١)، وهذا واضح الدلالة في قطع ولاية الولي عنها.

أما لما بلغت عن عقل وحرية صارت ولاية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وثبتت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال الضرورة، وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة .

القول المختار:

الذي يظهر -والله تعالى وحده أعلم- هو اشتراط الذكورة في الولي، لأن المعنى الذي من أجله شرعت الولاية، من اختيار الكفاء والأصلح لا يتحقق في الأنثى؛ لنقصان الحزم والعقل، وغلبة العاطفة المناسب لطبيعتها.

٦-الرشد:

رشد كل مقام بحسبه، فالرشد في النكاح يعني: معرفة الكفاء ومصالح النكاح، وليس هو حفظ المال.

اختلف الفقهاء في اشتراط كون الولي رشيدا على قولين هما:

١ -أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الثيب، (١٩٦/٢)، وصححه ابن الملتن في البدر المنير (٥٧١/٧)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود (٣٣٢/٦).

القول الأول: يرى الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) أنه لا يشترط الرشد في ولاية النكاح، وأضاف المالكية أن السفية يزوج مجبرته وغيرها بإذنها بإذن وليه استحباباً لا شرطاً، وإلا بأن زوج ابنته مثلاً بغير إذن وليه نظر الولي ندباً لما فيه المصلحة، فإن كان صواباً أبقاه وإلا رده، فإن لم ينظر فهو ماض.

القول الثاني: يرى الشافعية^(٤) أنه لا ولاية لمحجور عليه بسفه بأن بلغ غير رشيد أو بذر في ماله بعد رشده ثم حجر عليه على المذهب لأنه لا يلي أمر نفسه فغيره أولى، فإن لم يحجر عليه، قال الرافعي - رحمه الله تعالى - °: فما ينبغي أن تزول ولايته وهو مقتضى كلام النووي وهو المعتمد.

القول المختار:

الذي يظهر - والله وحده العلم - أن الولي إذا كان ناقص التصرف نقصاً يؤدي إلى ربط موليته بزواج غير كفاء، أن هذا موجب لرفع الولاية عنه ونقلها إلى غيره وإن لم يكن نقص تعرفه بهذه المثابة النظر والاجتهاد عمل القاضي.

١ - انظر: بدائع الصنائع، (٢٣٢/٢)، (١٧١/٧)، الدر المختار، (٧٧/٣)، حاشية ابن عابدين، (٥٤/٣) وما بعدها، البحر الرائق، (١١٧/٣) وما بعدها.

٢ - انظر: حاشية الدسوقي (٢٢٢/٢)، التاج والإكليل (٤٣٨/٣).

٣ - انظر: المغني (٣٥٥/٧)، كشف القناع (٥٣/٥).

٤ - انظر: مغني المحتاج (١٥٤/٣)، نهاية المحتاج (٢٣٧/٦).

٥ - هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل الرافعي القزويني، فقيه شافعي مولده: سنة خمس وخمسين، روى عن أبيه وعن عبد الله بن أبي الفتوح بن عمران الفقيه، وحامد بن محمود الرازي، وأبي الخير الطالقاني، وعنه الحافظ بن عبد العظيم، وعبد الهادي بن عبد الكريم، والفخر عبد العزيز السكري، ومن تصانيفه العزيز في شرح الوجيز، والشرح الصغير وهو متأخر عن العزيز، والمحرر وشرح المسند، قال ابن الصلاح توفي في أواخر سنة ثلاث أو أوائل سنة أربع وعشرين وستمائة بقزوين. انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي، نشر دار الفكر، بيروت (٥٤١/٢) وما بعدها، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه، نشر عالم الكتب، بيروت، (٧٥/٢) وسير أعلام النبلاء للذهبي (٢٧٣/٤٢).

المبحث الرابع

أسباب الولاية الطبيعية، والطارئة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أسباب الولاية الطبيعية: الصغر، الجنون، الأنوثة.

المطلب الثاني: أسباب الولاية الطارئة: السفه، الفلس، الغيبة، الرق.

المطلب الثالث: أسباب الولاية الأخرى: الوقف، الوصية.

المطلب الأول

أسباب الولاية الطبيعية: الصغر، الجنون، الأنوثة

أولاً: الصغر:

الصغر لغة: ضد الكبير، والصغر والصغارة خلاف العظم^(١). قال ابن فارس-رحمه الله تعالى:
"الصاد والغين والراء أصل صحيح يدل على قلة وحقارة. من ذلك الصغر: ضد الكبير. والصغير:
خلاف الكبير. والصاغر: الراضي بالضم صغرا وصغارا"^(٢).

اصطلاحاً: من لم يبلغ ذكراً كان أو أنثى^(٣).

و الصغير نوعان هما: (الصغير المميز-والصغير غير المميز).

الصغير المميز: الصبي دون البلوغ الذي يفرق بين الضار والنافع والربح والخسارة.

الصغير غير المميز: الصبي دون البلوغ ولا يفرق بين الربح والخسارة ولا بين الضار والنافع^(٤).

وقد أجمع العلماء على أن الصغير تثبت عليه الولاية حتى يبلغ ويرشد^(٥)؛ لقوله تعالى:

﴿وَابْنُوا إِلَيْنِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٦)، وذلك
لقصور إدراكه. فلما بين أنه لا يجوز دفع المال إلى الصبي حتى يتوافر فيه أمران: (بلوغ النكاح،

١ - انظر: لسان العرب (٤/٤٥٨)،

٢ - معجم مقاييس اللغة (٣/٢٩٠).

٣ - انظر: مغني المحتاج (١/٣٤٣).

٤ - محمد رواس قلعه جي، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (١/٣٢٨).

٥ - انظر: البحر الرائق شرح كتر الدقائق، (٣/١١٧)، المبسوط (٤/٣٨٧)، والشرح الصغير (٣/٣٨١)، وأبي الوليد محمد بن

أحمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (٢/٢٧٩)،

مغني المحتاج (٢/١٦٥)، الإقناع (٢/٣٠٠)، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى . المغني، (٤/٥٥٠).

٦ - سورة النساء، آية (٦).

وإيناس الرشد) دل ذلك على ثبوت الولي لغير البالغ^(١).

٢- الجنون وسأتناوله من خلال العناصر التالية:

العنصر الأول: تعريف الجنون:

الجنون لغة: قال ابن فارس-رحمه الله تعالى-"الجيم والنون أصل واحد، وهو الستر والتستر... والجننة، الجنون؛ وذلك أنه يغطي العقل... ثم يكون أصل الجنون ما ذكرناه من الستر"^(٢).

اصطلاحاً: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً^(٣). والجنون هو من لم يستقم كلامه وأفعاله^(٤).

العنصر الثاني: أقسام الجنون:

ينقسم الجنون من جهات متعددة منها:

الجهة الأولى: من حيث الجنون العارض، والجنون الأصلي:

جاء في كشف الأسرار^(٥) الجنون يكون أصلياً إذا كان لنقصان جبل عليه دماغه وطبع عليه في أصل الخلقة، فلم يصلح لقبول ما أعد لقبوله من العقل، وهذا النوع مما لا يرجى زواله، ولا منفعة في الاشتغال بعلاجه.

ويكون عارضاً: إذا أوجب زوال الاعتدال زوال الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة إلى رطوبة مفرطة أو يبوسة متناهية وهذا النوع مما يرجى زواله بالعلاج بما خلقه الله تعالى من الأدوية.

الجهة الثانية: من حيث الإطباق وعدمه^(٦):

١ - انظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، (٨/٥).

٢ - معجم مقاييس اللغة، (٤٢٢/١).

٣ - التعريفات، (١٠٧/١).

٤ - المرجع السابق (٢٦١/١).

٥ - انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، للبزدوي (٣٧١/٤).

٦ - انظر: حاشية ابن عابدين (١٠٨/٢)، ومحمد أمين، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، (٣٧٣/٢)، كشف الأسرار عن

أصول فخر الإسلام البزدوي، (٣٧١/٤).

والمراد بالمطبق: الملازم الممتد. وحد الامتداد يختلف باختلاف الطاعات، لكن ضابطه يرجع إلى حصول الكثرة الموقعة في الحرج، وغير الممتد ما عدا ذلك.

وقد أطبق الفقهاء -رحمهم الله تعالى- على إثبات الولاية على المجنون^(١).

٣- الأنوثة وسأتناوله من خلال العنصرين التاليين:

العنصر الأول: المقصود بالأنثى:

الأنثى لغة: خلاف الذكر من كل شيء والجمع إناث وامرأة أنثى كاملة الأنوثة يقال: أرض أنيثة: حسنة النبات^(٢).

و استعمال الفقهاء لهذا اللفظ موافق لمعناه في اللغة .

العنصر الثاني: الأنوثة سبب من أسباب ولاية النكاح على مذهب الجمهور، المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وعليه فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها أذن لها وليها أم لم يأذن، كما لا يجوز لها أن تزوج غيرها لا بولاية ولا بوكالة، ولا أن تقبل النكاح لا بولاية ولا بوكالة.

١ - انظر: فتح القدير، (٤٨٩/٢٠)، البحر الرائق (٨٩/٨)، مواهب الجليل (٦٣١/٦)، الشرح الكبير (٢٩٢/٣)، مغني المحتاج (١٦٥/٢) وما بعدها، الإقناع (٣٠٠/٢)، كشف القناع (٤٤٦/٣)، المغني (٥٥١/٤).

٢ - انظر: -لسان العرب، (١١٢/٢)، المعجم الوسيط (٢٩/١)، معجم مقاييس اللغة، (١٤٤/١).

٣ - انظر: - (المدونة الكبرى (١٧٧/٤)، الثمر الداني (٤٣٦/١)، الفواكه الدواني (٩٤٧/٣).

٤ - انظر: - (الإقناع (٤٠٩/٢)، حاشية إعمانة الطالبين (٣٥٣/٣)، مغني المحتاج (١٤٧/٣).

٥ - انظر: - (المبدع شرح المقنع (٣/٧)، شرح الزركشي (٣٢٧/٢).

المطلب الثاني

أسباب الولاية الطارئة: السفه، الفس، الغيبة، الرق

أولاً: السفه:

السفه لغة: نقص في العقل، وأصله الخفة، وسفه الحق جهله، وسفهته تسفيها: نسبتها إلى السفه، أو قلت له: إنه سفيه .

ويقال للذكر: سفيه، والأنثى سفيهة، والجمع سفهاء^(١).

قال في معجم مقاييس اللغة: "السين والفاء والهاء أصل واحد، يدل على خفة وسخافة. وهو قياس مطرد. فالسفه: ضد الحلم. يقال ثوب سفيه، أي رديء النسيج. ويقال تسفهت الريح، إذا مالت"^(٢).

اصطلاحاً: للفقهاء حدود كثيرة في تعريفه أذكر منها:

أولاً: ذهب الحنفية^(٣) إلى أن السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، كالتبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً، كدفع المال إلى المغنين واللعاين وشراء الحمام الطيار بثمن غال، والغبن في التجارات من غير محمدة. ومن جملة السفه عند الحنفية تبذير المال وتضييعه ولو في الخير كأن يصرفه كله في بناء المساجد.

ثانياً: وذهب المالكية إلى أن السفه هو صرف المال في غير ما يراد له شرعاً كصرفه في خمر وقمار، أو كصرفه في معاملة من بيع أو شراء بغبن فاحش (خارج عن العادة) بلا مصلحة تترتب عليه بأن يكون ذلك شأنه من غير مبالاة، أو صرفه في شهوات نفسية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذلك .

١ - انظر: المصباح المنير (١/٤٦٦)،

٢ - (٣ / ٧٩).

٣ - انظر: حاشية ابن عابدين (٦/١٤٧)، البحر الرائق (٨/٩١).

أو بإتلافه هدرا كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض، كما يقع لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة ولا يتصدقون بها^(١).

ثالثا: ذهب الشافعية^(٢) - كما ذكر ذلك الماوردي^(٣) رحمه الله تعالى - إلى التفريق بين لفظي التبذير، والسرف، فقال: التبذير: الجهل بمواقع الحقوق، والسرف: الجهل بمقادير الحقوق.

وخلاصة القول: فإن السفية عند الشافعية هو الذي يضيع ماله باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها إذا كان جاهلا بها - أما إذا كان عالما بالمعاملة فأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة. ومن جملة السفه عندهم أن يرمي ماله وإن قل في بحر أو نار أو نحو ذلك أو ينفق أمواله في محرم. والأصح عند الشافعية أن صرف المال في الصدقة ووجوه الخير، والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير. أما في الأولى وهو الصرف في الصدقة ووجوه الخير؛ فلأن له في الصرف في الخير عوضا، وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف. وحقيقة السرف: ما لا يكسب حمدا في العاجل ولا أجرا في الآجل.

رابعا: وعند الحنابلة^(٤) أن السفية هو المبذر لماله المضيع له.

وقد اختلف الفقهاء في السفية هل يحجر عليه - مما يوجب إقامة ولي عليه - على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور من المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)، وصاحب أبي

١ - انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/٣٩٣)، منح الجليل (٦/٩٥).

٢ - انظر: مغني المحتاج (٢/١٦٨-١٦٩)، نهاية المحتاج (٤/٣٦٢)، إعانة الطالبين (٣/٧١).

٣ - هو علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي، الشافعي، حدث عن: الحسن بن علي الجبلي وعن محمد بن عدي المنقري، ومحمد بن معلى، وجعفر بن محمد بن الفضل،. وحدث عنه: أبو بكر الخطيب، ووثقه، من تصانيفه: الحاوي، وله تفسير القرآن سماه: "النكت" و "أدب الدنيا والدين"، و "الأحكام السلطانية، و " قانون الوزارة وسياسة الملك، وقال أبو عمرو بن الصلاح: هو متهم بالاعتزال، وكنت أتأول له، وأعتذر عنه، حتى وجدته يختار في بعض الأوقات أقوالهم، قال في تفسيره: لا يشاء عبادة الأوثان. ولكنه لا يوافقهم في خلق القرآن، ويوافقهم في القدر، توفي في ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة. انظر: سير أعلام النبلاء (٥١/٣٥)، ولسان الميزان لا بن حجر العسقلاني نشر مكتب المطبوعات الإسلامية، (٦/٢٤) وطبقات الشافعية لا بن قاضي شهبة (١/٢٣٠)، والوافي بالوفيات (٢١/٢٩٧).

٤ - انظر: المغني (٤/٥٦٦). وكشاف القناع (٣/٤٤٢-٤٤٣).

٥ - انظر: المدونة الكبرى (١٣/٢٢٤)، بداية المجتهد (٢/٢٧٩).

٦ - انظر: مغني المحتاج (٢/١٦٦)، الإقناع (٢/٣٠٠).

٧ - انظر: المغني (٤/٥٥١)، كشاف القناع (٣/٤٥٢).

حنيفة-رحمهم الله تعالى-^(١) إلى أن الصبي إن بلغ والمجنون إن أفاق، وهما مبذران لماهما استمر الحجر عليهما ومنعا من التصرف.

الأدلة^(٢):

١- قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمرنا في هذه الآية بدفع أموال اليتامى عند اجتماع البلوغ وإيناس الرشد، فدل ذلك على أنه إذا انعدم أحد الأمرين فلا تدفع أموالهم إليهم بل يجب على الولي حفظها.

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى ينهى الأولياء أن يمنحوا السفهاء الذين تحت ولايتهم أموالهم، ويأمرهم بإرزاقهم وكسوتهم على حسب الحاجة ، ويدل على أن المقصود بالمال هاهنا مال السفية قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ لأن هذا أمر للولي، ولا يجب على الولي ذلك إلا إذا كان مال السفية بيده.

٣- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أنه ألحق السفية بمن لا يستطيع التعبير، ورتب على هذا الإلحاق، الأمر

١ - انظر: بدائع الصنائع (١٦٩/٧)، البحر الرائق (٩١/٨).

٢ - انظر: الاختيار (١٠٣/٢)، المبسوط (٢٩١/٢٤) وما بعدها، بداية المجتهد (٢٧٩/٢)، مغني المحتاج (١٦٦/٢)،: المغني (٥٥١/٤).

٣ - سورة النساء، آية (٦).

٤ - سورة النساء، آية (٥).

٥ - سورة البقرة، آية (٢٨٢).

بتعيين ولي لهذا السفية وجعل له من جملة ما جعل له من الأحكام، اعتبار قول ولي السفية قائما مقام السفية، وهذه دلائل وأمارات الحجر .

٤- ما رواه المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله كره لكم ثلاثا : قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال" (١).

وجه الاستدلال: أن الشارع الحكيم أوجب على المكلف حفظ المال الذي به قوام الحياة، ونهى عن إضاعته وتبذيره، وإبقاء المال بيد السفية المبذر له مخالفة للأمر، وارتكاب للنهي، ولا سبيل للمحافظة على مال السفية إلا بالحجر عليه، وإقامة ولي له يرعى شأنه، فدل ذلك على وجوب الحجر عليه؛ استنادا إلى قاعدة الشريعة "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب".

٥- بما ورد أن النبي ﷺ قال: "خذوا على يد سفهائكم" (٢).

٦- ما روى الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير قال: ابتاع عبد الله بن جعفر بيعا فقال علي ﷺ: لا تبن عثمان ﷺ فلا حرجن عليك، فأعلم ذلك ابن جعفر للزبير فقال: أنا شريكك في بيعك، فأتى علي عثمان رضي الله عنهما فقال: احجر على هذا، فقال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان: أحجر على رجل شريكه الزبير؟" (٣).

وجه الاستدلال: أن عليا وعثمان والزبير وعبد الله بن جعفر -رضي الله عنهم- أقروا بمشروعية الحجر، ولم يتقدم أحد منهم بإنكاره، فدل ذلك على استقرار مشروعيته عند الصحابة -رضي الله عنهم-.

١- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى (لا يسألون الناس إلحافا) (٥٣٧/٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، - باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء حق لزمه أو طلب ما لا يستحقه (١٣١/٥).

٢- أخرجه البيهقي في شعب الإيمان، أحاديث في وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على من قدر عليهما بما قدر عليه وما في ترك ذلك من الفساد، (٩٢/٦)، وحكم عليه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة (٣٠٩/٥) بالضعف.

٣- أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، (٢٧٢/٨)، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب المفلس والحجور عليه (٢٦٧/٨)، وقد حسن إسناده ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٨٤/٢)، وكذلك صحح الحديث الألباني -رحمه الله تعالى- في إرواء الغليل (٢٧٣/٥).

٧- القياس ووجهه: أن الصبي تقرر عند الجميع الحجر عليه؛ لتوهم التبذير منه، فلأن يحجر على السفية الذي تيقن إسرافه وتبذيره من باب أولى وأحرى.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة-رحمه الله تعالى-^(١) إلى أن الولي يمنع من دفع ماله إليه، إلا إذا بلغ عمره خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع ماله إليه سفه أو رشد، وهو قول أبي حنيفة-رحمه الله تعالى-.

الأدلة^(٢):

١. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلْهُمَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى نهى الولي عن الإسراف في مال المولى عليه مخافة أن يكبر فلا يبقى له عليه ولاية، والتنصيب على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيحا على زوال الحجر عنه بالكبر، لأن الولاية عليه للحاجة وإنما تنعدم الحاجة إذا صار هو مطلق التصرف بنفسه.

٢. حديث عبدالله بن عمر-رضي الله عنهما- أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: "إذا باعيت فقل لا خلافة"^(٤).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يحجر عليه على الرغم من معرفته بعدم صلاحيته للبيع والشراء لكثرة غبن التجار له، فلو كان الحجر مشروعا على من يغبن لكان النبي ﷺ أول المبادرين إلى تنفيذ هذا المشروع.

نوقش: بأن عدم الحجر عليه لا يدل على عدم مشروعية الحجر على السفية، لوروده في أحاديث أخرى^(٥).

١ - انظر: الاختيار (١٠٣/٢)، والمبسوط (٢٩٠/٢٤).

٢ - انظر: بدائع الصنائع (١٦٩/٧)، المبسوط (٢٩٤/٢٤) وما بعدها.

٣ - سورة النساء، آية (٦).

٤ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع (٧٤٥/٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع (١١/٥).

٥ - انظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، (٣٣٨/٤).

٣. أن السفية حر مخاطب فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة يكون بوجود ركنه، ووجوده شرعا يكون بصدوره من أهله وحلوله في محله، وقد وجد.

نوقش: بأن القياس منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة فإنه بالغ حر عاقل مكلف ويمنع من ماله لسفهه اتفاقا . وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجه بعدها^(١).

الترجيح:

الذي يظهر لي -والله أعلى وأعلم- هو القول الأول القاضي بالحجر على السفية؛ لأن في عدم الحجر عليه مفسد، قد علم من استقراء موارد الشرع حرصه على إزالتها، كما أن المحافظة على المال ضرورة من ضروريات الخمس، التي اتفقت الشرائع الإلهية على وجوب المحافظة عليها، والقول بعدم الحجر عليه إضاعة لهذه الضرورة، والأحاديث التي استدلت بها القائلون بالقول الثاني، هي من قبيل المفهوم، فلا سبيل إلى معارضتها للنصوص الدالة على مشروعية الحجر؛ لأنها من قبيل المنطوق.

ثانيا: الفلاس:

الإفلاس لغة: الإفلاس مصدر أفلس، يقال: يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، يفلس إفلاسا صار مفلسا كأنما صارت دراهمه فلوسا وزيوفا^(٢).
قال في معجم مقاييس اللغة^(٣): "الفاء واللام والسين كلمة واحدة، وهي الفلاس، معروف، والجمع فلوس.

ويقولون: أفلس الرجل، قالوا: معناه صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم".

اصطلاحا: المفلس هو: من لا يفي ماله بدينه، أو الذي أحاط الدين بماله، أو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود. وسمي مفلسا، وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم، أو باعتبار ما يؤول من عدم ماله بعد وفاء دينه، أو لأنه يمنع من التصرف في

١ - انظر: المغني (٤/٥٥١).

٢ - انظر: لسان العرب (٦/١٦٥).

٣ - (٤/٤٥١).

ماله إلا الشيء الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس ونحوها^(١).

ولا يحكم على المدين بالإفلاس إلا إذا توفرت الشروط التالية:

١. ثبوت الدين عند الحاكم، ببينة أو إقرار؛ لأن الحجر بسبب الدين لا يحكم به إلا من القاضي.

٢. أن تكون الديون لازمة، فإن لم تكن لازمة كالثمن في مدة خيار المشتري، والمبيع في مدة خيار البائع، فلا يصح الحجر بها.

٣. أن تكون الديون حالة ومستحقة الأداء، فإن كانت الديون مؤجلة فلا تصح المطالبة بها؛ لأن المدين ربما يجد ما يفي به عند حلول أجلها^(٢).

٤. أن تكون الديون اللازمة المستحقة عليه زائدة عن ماله، لا يستطيع بما يملكه من أموال أن يوفي بديونه، أما إن كان قادرا بما لديه من أموال أن يسدد جميع ما عليه من ديون لم يصح الحجر عليه؛ لقدرته على الوفاء، ويأمره القاضي به فإن أبي حسبه أو باع أمواله لسداد ما عليه من ديون.

٥. أن يتقدم الغرماء إلى الحاكم طلبا للحكم على المدين بالإفلاس، وعليه فلا يصح للقاضي أن يحكم مباشرة بتفليس المدين دون طلب من الدائنين^(٣).

فإذا اجتمعت هذه الشروط جاز للقاضي أن يصدر حكما بتفليس المدين ويشهر ذلك الحكم حتى يعلم الناس بحاله ليكونوا على بصيرة من أمره، لذا قال الفقهاء -رحمهم الله تعالى- "إن من باعه أو أقرضه بعد الحجر عليه لم يشارك الغرماء في ماله، لأنه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يعلم بالحجر، فيكون حينها داخلا على بصيرة في تعامله مع المفلس.

الحالة الثانية: إن لا يعلم بالحجر، فيكون حينها قد فرط حيث دخل في معاملة على غير

١ - انظر: بداية المجتهد (٨٤/٢) وما بعدها، مغني المحتاج (١٤٦/٢)، القوانين الفقهية (١٤/٣)، المغني (٤/٩٢)، كشف القناع (٤١٧/٣).

٢ - انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٦٤/٣)، مغني المحتاج (١٤٦/٢)، المغني (٤/٢٥).

٣ - انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦٤/٣)، فتح العزيز شرح الوجيز (١٥٨/١٠)، كشف القناع (٤١٨/٣).

بصيرة، فلا باب أمامه إلا الصبر^(١).

واختلف العلماء - رحمهم الله تعالى - في الحجر على المدين المفلس على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وصاحباً أبي حنيفة^(٥) إلى أنه إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، وجب على الحاكم تفليسه، وذلك بعد التأكد من تحقق شروط الإفلاس، إلا أن المالكية اشترطوا لوجوب الحجر عليه ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا بالحجر عليه. أما إذا وجد طريق آخر يستوفون به حقوقهم كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس.

الأدلة^(٦):

١. ما رواه كعب بن مالك رضي الله عنه "أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه، لما ركبته الديون، وسأل غرماؤه الحجر عليه"^(٧).

٢. ما روي أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل^(٨)، فيغالي بها، ثم يسرع في السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: "أما بعد: أيها الناس، فإن

١ - انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (٣١٠/٤) وما بعدها، شرح منتهى الإرادات، (١٥٥/٢) وما بعدها.

٢ - انظر: القرافي، الذخيرة، نشر دار الغرب، بيروت (١٥٧/٨)، الشرح الكبير (٢٦٣/٣).

٣ - انظر: الحاوي الكبير (٢٦٣/٦)، مغني المحتاج (١٤٦/٢).

٤ - انظر: الإقناع (٢٠٧/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٥٥/٢).

٥ - انظر: البحر الرائق (٩٤/٨)، حاشية ابن عابدين (١٤٧/٦).

٦ - انظر: حاشية ابن عابدين (١٤٧/٦)، الذخيرة للقرافي (١٥٧/٨)، مغني المحتاج (١٤٦/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٥٥/٢).

٧ - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه (٤٨/٦)، والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي (٦٧/٢)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦٤٥/٦)، وضعفه الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٨/٤).

٨ - الرواحل جمع راحلة، و ((الراحلة)) من الإبل ما كان منها صالحاً لأن يرحل للذكر والأنثى، أبو الحسن، المباركفوري، مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، نشر إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء - الجامعة السلفية - بنارس الهند، (٣٧٧/٨).

الأسيفع^(١) أسفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد اذان مغرضاً، فأصبح وقد رين به، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب"^(٢).

٣. أن بيع مال المدين المفلس لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه، بدليل أنه يجبس إذا امتنع منه، وقضاء الدين مما تجري فيه الإنابة، فينوب القاضي منابه في بيع ماله جبراً عليه؛ ليقضي من ثمنه الدين^(٣).

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة^(٤)، وابن حزم الظاهري^(٥) - رحمهما الله تعالى - إلى عدم جواز الحجر على المدين المفلس.

الأدلة^(٦):

١. قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٧).

وجه الاستدلال بالآية: أن الحجر على المفلس، وبيع ماله بدون رضاه تجارة لم يتحقق فيها شرط الآية وهو الرضا مما يوجب بطلانه وعدم الاعتداد به.

١ - الأسيفع تصغير الأسفع، صفة أو علما من السفعة، وهي السواد وتأتيه السفعاء، ابن المطرز، المغرب في ترتيب المغرب، نشر مكتبة أسامة بن زيد - حلب، (١/٣٩٨).

٢ - أخرجه الإمام مالك، الموطأ، نشر دار إحياء التراث العربي، مصر، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكرهيته (٢/٧٧٠)، البيهقي في سننه الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه (٦/٤٩)، مصنف وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب في رجل يركبه الدين (٤/٥٣٦)، وضعفه الألباني - رحمه الله تعالى - في إرواء الغليل (٥/٢٦٢).

٣ - انظر: شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، دار الفكر، (٩/٢٧٥).

٤ - انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/٣٠٣)، حاشية ابن عابدين (٦/١٤٧).

٥ - انظر: أبا محمد علي بن حزم، المحلى، نشر دار الفكر، بيروت (٨/٢٧٧).

٦ - انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/٣٠٣)، حاشية ابن عابدين (٦/١٤٧)، نتائج الأفكار (٩/٢٧٢)، المحلى لا بن حزم (٨/٢٧٧).

٧ - سورة النساء، آية (٢٩).

٢. قوله ﷺ: "لا يجل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"^(١). والإنسان لا تطيب نفسه، ببيع الحاكم ماله جبرا عليه.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- هو رجحان قول الجمهور القائل بجواز الحجر على المدين المفلس، استنادا لحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه الثابت، واستنادا لحديث عمر رضي الله عنه في الرجل من جهينة.

ثالثا: الغيبة:

الغيبة لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة^(٢): "الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء عن العيون ثم يقاس، من ذلك الغيب ما غاب مما لا يعلمه إلا الله، ويقال غابت الشمس تغيب غيبة وغيوبا وغيبا، وغاب الرجل عن بلده، وأغابت المرأة فهي مغيبة إذا غاب بعلها...". والمعنى الاصطلاحي متفق في معنى هذا المصطلح مع الدلالة اللغوية.

رابعا: الرق:

الرق لغة: بالكسر الملك والعبودية ورق صار في رق، وجمع الرقيق أرقاء. ويقصد بالرقيق العبد؛ وسمي العبد رقيقا لأنهم يرق لمالكة ويذل ويخضع^(٣).
اصطلاحا: عجز حكمي شرع في الأصل جزاء عن الكفر^(٤).

-
- ١ - أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٩٩/٣٤)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الغصب، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا (١٠٠/٦)، ودار قطني في سننه، كتاب البيوع، (٢٦/٣).
 - وقال الزيلعي في نصب الراية عن إسناد عمرو بن يثري، الذي أخرجه دار قطني: إسناده جيد. (١٦٩/٤)، وقد صححه العلامة الألباني -رحمه الله تعالى- في إرواء الغليل (٢٦٩/٥).
 - ٢ - أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجليل، بيروت، (٤٠٣/٤).
 - ٣ - انظر: لسان العرب (١٢١/١٠). ومحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، (٣٥٧/٢٥). ومختار الصحاح (١٠٦/١). وأبا منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (٢٣٠/٨).
 - ٤ - التعريفات للجرجاني (١٤٨/١).

والرقيق تثبت عليه الولاية باتفاق أهل العلم^(١)؛ وذلك لعجزه عن التصرف ونقصان رتبته

حكماً؛ قال تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾^(٢).

١ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٤)، القوانين الفقهية لابن جزي (٢١١)، مغني المحتاج (٢/١٦٥)، كشف القناع (٣/٤١٦).

٢ - سورة النحل، آية ٧٥ .

المطلب الثالث

أسباب الولاية الأخرى: الوقف، الوصية

أولاً: الوقف:

الوقف لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة^(١): "الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء...". والوقف مصدر قولك وقف الأرض للمساكين وقفا حبسها في سبيل الله، والجمع "أوقاف، ويقال: وقفت الرجل عن الشيء وقفا أي: منعته عنه"^(٢).

اصطلاحاً: اختلفت تعريفات الفقهاء لهذا المصطلح الشرعي؛ نظراً لاختلافهم في الوقف من حيث اللزوم وعدمه، ومن حيث بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف أو عدم بقاءها، ومن حيث التأييد من عدمه، ومن حيث اشتراط القرابة فيه. ومن هذه التعريفات ما يأتي:

فعرفه الحنفية بقولهم^(٣): حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -.

وعند الصاحبين: حبس العين على حكم ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب.

وعرفه المالكية بقولهم^(٤): الوقف - مصدر - إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً، والوقف - اسماً - ما أعطيت منفعته مدة وجوده...

وعرفه الشافعية^(٥) بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.

وعرفه الحنابلة^(٦) بأنه تحبب مال مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه

١ - (١٣٥/٦).

٢ - انظر: لسان العرب (٣٥٩/٩)، وأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، (١/٣٤٤).

٣ - الدر المختار (٣٣٧/٤) وما بعدها.

٤ - أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، (٢/٥٣٩).

٥ - مغني المحتاج (٣٧٦/٢).

٦ - شرح منتهى الإرادات (٣٩٧/٢).

وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى.

التعريف المختار:

أجمع تعريف للوقف عند مجيزه أنه "حبس العين وتسييل ثمرتها، أو حبس عين والتصدق بمنفعتها، أو كما قال ابن حجر العسقلاني^(١) -رحمه الله- " وحقيقة الوقف شرعا ورود صيغة تقطع تصرف الواقف في رقبة الموقوف الذي يدوم الانتفاع به وتثبت صرف منفعته في جهة خير"^(٢).

فركن الوقف وساقه الذي يقوم عليه في هذه التعريفات حبس العين فلا يتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث^(٣).

والولاية على الوقف التي تقتضي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أم أبي، حق مقرر شرعا على كل عين موقوفة، إذ لا بد للموقوف من يد ترعاه وتتولاه، وتعمل على إبقائه صالحا ناميا محققا للغرض المقصود من الوقف، وذلك بعمارته وصيانته، وإجارته وزراعة أرضه، واستغلال مستغلاته، وصرف ريعها إلى الجهة المستحقة، ثم أداء ديونه، والمطالبة بحقوقه والدفاع عنها، والمحافظة عليها، كل ذلك بحسب شروط الواقف المعتبرة شرعا^(٤).

وهذا لا يتأتى إلا بولاية صالحة تحفظ الأعيان الموقوفة وترعى شؤونها بأمانة، وتوصل الحقوق إلى أهلها بلا توان أو خيانة، لذا فلا يولى إلا أمين قادر، لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الخائن والعاجز^(٥).

"فالموقوف يحتاج إلى من يقوم برعايته، ويحافظ عليه بإصلاح ما يتهدم منه، أو العمل على كافة ما فيه بقاؤه صالحا ناميا، ثم يقوم باستغلاله بكل طرق الاستغلال المشروعة، وإنفاق الغلات

١ - هو أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمد بن أحمد الكناني العسقلاني ثم المصري، ولد سنة ٧٧٣هـ، أخذ عن الحافظ أبي الفضل العراقي، وسراج الدين البلقيني، وأبي حامد بن ظهيرة، أشهر مؤلفاته فتح الباري شرح صحيح البخاري، الإصابة في تمييز الصحابة، وتهذيب التهذيب، وتوفي أواخر ذي الحجة سنة ٨٥٢ هـ. انظر: نظم العقيان في أعيان الأعيان للسيوطي، نشر المكتبة العلمية - بيروت، (٤٥/١) وما بعدها.

٢ - فتح الباري، (٤٠٣/٥).

٣ - انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة أحمد علي، (٤٧).

٤ - انظر: شرح منتهى الإرادات (٤١٥/٢)، روضة الطالبين (٤١١/٤).

٥ - انظر: إبراهيم الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، المطبعة الكبرى الأميرية. بمصر ص ٤١.

في وجوهها، وتوزيعها على مستحقيها"^(١).

وقد اتفق الفقهاء^(٢) على أن الولاية على العين الموقوفة تتبع شرط الواقف، فإذا جعلها لنفسه اتبع شرطه، "لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل وقفه إلى ابنته حفصة تليه ما عاشت، ثم إلى ذوي الرأي من أهلها"^(٣). قال ابن قدامة^(٤) - رحمه الله تعالى -: "ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه"^(٥).

ثانيا: الوصية:

الوصية لغة: أوصى الرجل ووصاه عهد إليه، والوصاية والوصاية والوصية أيضا ما أوصيت به والوصي الذي يوصي والذي يوصى له، والوصية ما أوصيت به وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، وقيل لعلي رضي الله عنه وصي لاتصال نسبه وسببه وسمته بنسب رسولنا محمد بن عبد الله صلوات الله وسببه وسمته. والوصية من الله فرض يجب علينا امتثال ما أوصانا به^(٦).

قال في معجم مقاييس اللغة^(٧): "الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء. ووصيت الشيء: وصلته، ويقال: وطئنا أرضا واصية، أي إن نبتها متصل قد امتلأت منه. ووصيت الليلة باليوم: وصلتها، وذلك في عمل تعلمه. والوصية من هذا القياس، كأنه كلام يوصى أي يوصل. يقال: وصيته توصية، وأوصيته إيصال".

اصطلاحا: اختلف العلماء في تعريفهم للوصية، حتى في دائرة المذهب الواحد؛ نظرا

١ - محاضرات في الوقف (٣٥٤).

٢ - انظر: حاشية ابن عابدين (٤/٤٢١) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٤/٨٨)، مغني المحتاج (٢/٣٩٣)، المغني (٦/٢٦٧). ولناظر الوقف مسائل كثيرة ليس هنا مجال بحثها، فمن أراد الاطلاع عليها فدونه مدونات فقهاء الشريعة في كل مذهب، وفق الله الجميع للعلم النافع والعمل الصالح.

٣ - أخرج أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٣/٧٦)، وصحح ابن الملقن إسناده في البدر المنير (٧/١٠٨)، وصححه العلامة الألباني - رحمه الله تعالى - وجادة في (صحيح وضعيف سنن أبي داود) (٦/٣٧٩).

٤ - هو موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، مولده بجماعيل، سنة احدى وأربعين وخمسمائة في شعبان، أخذ عن هبة الله بن الحسن، وأبي زرعة بن طاهر، وأحمد بن المقرب، وأخذ عنه ابن خليل، وأبو شامة، وابن النجار، صنف المغني، ودم التأويل، والروضة، توفي يوم السبت، سنة عشرين وستمائة. انظر: سير أعلام النبلاء (٤٢/١٧٤) وما بعدها.

٥ - المغني (٦/٢٦٧).

٦ - انظر: لسان العرب (١٥/٣٩٤).

٧ - (٦/١١٦).

لاختلافهم في توصيف الوصية هل هي عقد، أو أنها تصرف في المال.

فعند الحنفية^(١) الوصية هي "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة".

وعند المالكية^(٢) يقصد بالوصية "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده".

وعند الشافعية^(٣) تعني الوصية "تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت".

وعند الحنابلة^(٤) تطلق الوصية على "الأمر بالتصرف بعد الموت".

التعريف المختار:

عبارات الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في بيان ماهية الوصية كثيرة، لكن الذي يظهر منها باعتبار شموله هو "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". ووجه ترجيحه هو شموله لجميع أنواع الوصايا، فهو يتناول التمليكات والإسقاطات، وتقرير مرتبات، وتقسيم التركة بين ورثته، كما اتسع حده للوصايا بالمنافع، والوصايا بالأعيان، بل شمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق؛ أخذًا من مدلول لفظ (تصرف) فإنه شامل لهذا ولغيره^(٥).

- أما الوصي فيقصد به "من عهد إليه الرجل أموره ليقوم بها بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه"^(٦).

- الأصل في الإيضاء إلى الغير من حيث هو، عدم الصحة؛ لأن صحة هذا التصرف تتوقف على امتلاك الولاية عليه ممن صدر عنه، والموصي تنتهي ولايته بالموت، إلا أن الشارع الحكيم أحازه استثناء من هذا الأصل، ذلك لما روي أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كان يوصي بعضهم إلى بعض، من غير أن ينكر أحد منهم على الآخر، فكان هذا إجماعا منهم ضمينا على

١ - الدر المختار (٦/٦٤٨).

٢ - شرح حدود ابن عرفة، (٦٨١).

٣ - الإقناع (٢/٣٩٢).

٤ - كشف القناع (٤/٣٣٥).

٥ - انظر: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، (٩) وما بعدها.

٦ - انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٧٠٠)، الإقناع (٢/٣٩٨)، المغني (٦/٥٩٧)،

جواز هذا الصنيع، ولأن الإيصاء وكالة وأمانة فأشبهه الوديعة والوكالة في الحياة، وكلاهما جائز، فكذلك الإيصاء^(١).

-أما الإيصاء بالنسبة للموصي فقد يتحتم عليه، إذا كان برد المظالم، وقضاء الديون المجهولة، أو التي يعجز عنها في الحال؛ لأن أداءها واجب، والإيصاء هو الوسيلة والطريق لأدائها، فيكون واجبا مثله. وكذلك إن كان لديه أولاد صغار يخشى عليهم الضياع؛ لأن في هذا الإيصاء صيانة لهم من الضياع، وصيانة الصغار من الضياع واجبة إجماعاً؛ لقول النبي ﷺ: "كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت"^(٢).

-أما الإيصاء بقضاء الدين المعلوم، ورد المظالم المعلوم، وتنفيذ الوصايا إن وجدت، والنظر في أمر الأولاد الصغار ومن في حكمهم الذين لا يخشى عليهم الضياع، فهو سنة يأجر عليها باتفاق الفقهاء، تأسياً واقتداءً بسلفنا الصالح-رضي الله عنهم- حيث كان يوصي بعضهم إلى بعض^(٣).

-أما بالنسبة للموصي، فإنه إذا أوصى إليه أحد جاز له قبول الوصية، إذا كانت له قدرة على القيام بما أوصى إليه فيه، ووثق من نفسه أداءه على الوجه المطلوب؛ لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كان بعضهم يوصي إلى بعض، فيقبلون الوصية، وقياس مذهب الإمام أحمد أن ترك الدخول في الوصية أولى؛ لما فيه من الخطر، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً^(٤).

-تولية الوصي تختلف باختلاف ما يتعلق بالإيصاء به، فإن كان الإيصاء بتصرف معين، كقضاء الديون واقتضاءها، ورد الودائع واستردادها، وتنفيذ الوصايا ونحو ذلك، فالذي يكون له تولية الوصي هو صاحب الشأن في ذلك التصرف؛ لأن من له ولاية على تصرف من التصرفات، كان له أن ينيب عنه غيره فيه للقيام به في حال حياته بطريق الوكالة، وبعد وفاته بطريق الوصية،

١ -انظر: مغني المحتاج (٣/٧٣/٧٤)، المغني (٦/٦٠٩).

٢ -أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب إثم من ضيع عياله (٥/٣٧٤)، والحاكم في مستدركه، كتاب الزكاة، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، (١/٥٧٥)، وابن حبان في صحيحه، كتاب الرضاع، باب النفقة، وقال محققه شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح (١٠/٥١)، وصححه الألباني -رحمه الله تعالى- في تحقيقه لكتاب فقه السيرة لمحمد الغزالي، نشر دار القلم، دمشق: صحيح (١/٤٣٤).

٣ -انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٦٤٨)، الشرح الصغير (٤/٥٧٩)، مغني المحتاج (٣/٧٣)، المغني (٦/٤٤٤) وما بعدها.

٤ -انظر: رد المحتار (٦/٧٠٠)، المغني (٦/٩٠٦).

أما إن كان الإيصاء برعاية الأولاد الصغار ومن في حكمهم، كالمجانين والمعتوهين، والنظر في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما ينفعهم، فقد أطبق الفقهاء على أن تولية الوصي تكون للأب؛ لأن للأب - عندهم جميعا - الولاية على أولاده الصغار ومن في حكمهم في حال حياته، فيكون له الحق في إقامة خليفة عنه في الولاية عليهم بعد مماته .

ويساوي الجد الأب في هذا الحكم عند الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، فله حق تولية الوصي؛ لأنه لما تبنت الولاية للجد عندهم على أولاده وأولاد أولاده وإن نزلوا، كان له حق الإيصاء عليهم لمن شاء بعد موته كالأب؛ لأن الإيصاء فرع الولاية.

وقال المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤): ليس للجد حق تولية وصي عنه على أولاد أولاده؛ لأن الجد لا ولاية له عندهم على أموال هؤلاء الأولاد؛ لأنه لا يدلي إليهم بنفسه، وإنما يدلي إليهم بالأب، فكان كالأخ والعم، ولا ولاية لأحدهما على مال أولاد أخيه، فكذلك الجد لا ولاية له على مال أولاد أولاده .

وليس للأب تولية الوصي على أولادها عند جمهور العلماء، الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)؛ لأنه لا ولاية لها على أولادها في حال حياتها، فلا يكون لها حق إقامة خليفة عنها بعد مماتها.

وجعل المالكية^(٨) للأب الحق في الإيصاء على أولادها، إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة:

- ١) أن يكون مال الأولاد موروثا عن الأم، فإن كان غير موروث عنها، فليس لها الإيصاء فيه.
- ٢) أن يكون المال الموروث عنها قليلا، فإن كان كثيرا فلا يكون لها الإيصاء عليه، والضابط

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٦ / ٧١٤)، البحر الرائق (٥ / ٢٨١).

٢ انظر: مغني المحتاج (٣ / ٧٦)، روضة الطالبين (٦ / ٣١٥).

٣ - انظر: المدونة الكبرى، الشرح الصغير (٤ / ٦٠٤)، التاج والإكليل (٦ / ٣٨٩).

٤ - انظر: كشف القناع (٤ / ٣٩٨)، الإقناع (٣ / ٨٠).

٥ - انظر: حاشية ابن عابدين (٦ / ٧١٤)، البحر الرائق (٧ / ١٧٧).

٦ - انظر: مغني المحتاج (٣ / ٧٦)، الإقناع (٢ / ٣٩٨).

٧ - انظر: الإقناع (٣ / ٨٠)، مطالب أولى النهى (٤ / ٥٣٥).

٨ - انظر: الشرح الصغير (٤ / ٦٠٤)، التاج والإكليل (٦ / ٣٨٩).

في التفرقة بين المال قلة وكثرة هو العرف، فما اعتبر في عرف الناس كثيرا كان كثيرا، وما اعتبر في عرفهم قليلا كان قليلا .

(٣) ألا يكون للأولاد أب، أو وصي من الأب أو القاضي، فإن وجد واحد من هؤلاء فليس للأم حق الإيضاء عليهم.

بعد هذا يقال: لا خلاف بين الفقهاء^(١) في أن الوصاية تكون على الصغار ومن في حكمهم، وهم المجانين والمعتوهون ذكورا كانوا أو إناثا؛ لأنهم يحتاجون إلى من يرعى شؤونهم في التعليم والتأديب والتزويج إن احتاجوا إليه، وإذا كان لهم مال احتاجوا إلى من يقوم بحفظه وصيانتته واستثماره.

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٢ / ٣١٢)، (٦ / ٧١٤)، الشرح الصغير (٤ / ٦٠٤)، ومغني المحتاج (٣ / ٧٣)، المغني (٦ / ٥٩٧). وللولاية على الوصية مسائل كثيرة ومتشعبة، وأحسب أن في ما ذكرته غنية في هذا المبحث، ومن أراد الاستزادة فكتب فقهاؤنا - رحمهم الله تعالى - دونه.

المبحث الخامس

تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء

سبق وأن ذكرت أضرب الولاية وأقسامها في المبحث الثاني^(١)، وبينت فيها أن الولاية من حيث موضوعها تنقسم إلى قسمين:

الولاية على المال، والولاية على النفس. وعلى إثر هذا التقسيم يقال:

أولاً: الولاية على المال:

اختلف الفقهاء-رحمهم الله تعالى- فيمن له الولاية على مال المحجور عليهم، وتفصيلها حسب المذاهب الأربعة كالتالي:

أولاً: الحنفية^(٢) وترتيب أولياء المال عندهم، كالتالي:

- (١) الأب.
- (٢) ثم وصي الأب.
- (٣) ثم وصي وصيه.
- (٤) ثم الجد.
- (٥) ثم وصي الجد.
- (٦) ثم وصي وصي الجد.
- (٧) ثم القاضي.
- (٨) ثم من نصبه القاضي (أي وصي القاضي).

وسبب هذا الترتيب عندهم: هو أن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن

١ - ص .

٢ - انظر: -بدائع الصنائع (١٥٥/٥)، البحر الرائق (٢٨٠/٥).

التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب، لأن ذلك مبني على الشفقة، وشفقة الأب فوق شفقة الكل، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد، لأنه مرضي الأب ومختاره فكان خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء قائم مقامه، كأنه هو الجد فوق شفقة القاضي، لأن شفقتة تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي، وكذا شفقة وصيه لأنه مرضي الجد وخلفه، فكان شفقتة مثل شفقتة، وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة، لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة .

وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله، لأن الأخ والعم قاصرا للشفقة، وفي التصرفات تجري جنایات لا يهتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال، ولا لوصيهن لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه، فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي، وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء.

ثانيا: ورتب المالكية^(١) الأولياء على المال على النحو التالي:

- (١) الأب.
 - (٢) ثم وصيه.
 - (٣) ثم وصي الوصي وإن بعد.
 - (٤) ثم الحاكم أو وصيه.
- ولا ولاية للجد ولا للأخ ولا للعم إلا بإيضاء من الأب.

ثالثا: عند الشافعية^(٢)، الترتيب كما يلي:

- (١) الأب.
- (٢) ثم الجد.
- (٣) ثم لمن يوصي إليه المتأخر من الأب والجد.

١ - انظر: الشرح الصغير (٣/٣٠٩)، مواهب الجليل (٦/٦٤٩).

٢ - انظر: -مغني المحتاج (٢/١٧٣)، منهاج الطالبين (١/٦٠).

٤) ثم للقاضي أو أمينه؛ لخبر: "السلطان ولي من لا ولي له" (١).
ولا تلي الأم في الأصح ها هنا كما لا تلي في النكاح.
وإذا فقد الأولياء تصرف صلحاء بلد المحجور في ماله كالقاضي.
رابعا: وترتيبهم عند الحنابلة (٢) كالتالي:

- ١) الأب لكمال شفقتة.
- ٢) ثم لوصيه؛ لأنه نائب الأب، أشبه وكيله في الحياة.
- ٣) ثم بعد الأب ووصيه تكون الولاية للحاكم؛ لانقطاع الولاية من جهة الأب، فتكون للحاكم كولاية النكاح.؛ لأنه ولي من لا ولي له.
- ٤) فإن عدم حاكم أهل صارت الولاية لأمين يقوم مقام الحاكم . ولا ولاية للجد والأم وباقي العصابات .

ثانيا: الولاية على النفس:

وأسباب هذه الولاية ثلاثة هي: صغر، وجنون، وأنوثة.
ومن محاور الولاية على النفس، ولاية التزويج، و أقوالهم في ترتيب الأولياء فيها على التفصيل الآتي:

أولا: عند الحنفية (٣): الولي في النكاح العصبه بنفسه، وهو من يتصل بالميت حتى المعتقد بلا توسط أنثى على ترتيب الحجب والإرث، فالأبعد يكون محجوبا بالأقرب؛ لأن ولاية التزويج ولاية نظر، وهي مبنية على الرحمة والشفقة، والأقرب يكون نظره في مصلحة المولى عليه لأنه أشفق فيكون أولى من الأبعد.

١ - تقدم تخرجه ص ٢٧.

٢ - انظر: شرح منتهى الإرادات (١٧٥/٢)، الإقناع (٢٢٣/٢).

٣ - انظر: حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) وما بعدها (٩٩/٣) وما بعدها، شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) وما بعدها. بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) وما بعدها.

فترتيبهم يكون كما يلي وإن لم يخلو الأمر من خلاف داخل المذهب:

١. العصبة من النسب يرتبون على وفق الآتي:

أ- الأبناء ثم أبناءهم وإن نزلوا.

ب- الأب ثم الجد أبو الأب ثم أبوه وإن علا.

ت- الأخوة الأشقاء ثم لأب ثم أبناء الإخوة الأشقاء ثم أبناء الإخوة لأب وهكذا.

ث- الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب، ثم أبناءهم على الترتيب ثم أعمام الأب الأشقاء ثم لأب ثم أبناءهم على الترتيب وإن نزلوا.

٢. العصبة السببية:

إذا انعدمت العصبة النسبية للمولى عليه، وهم من ذكروا آنفاً، انتقلت الولاية إلى العصبية السببية، وهي التي تنشأ بسبب العتق، فتثبت على هذا النحو:

أ- للمعتق وهو من يوسم بـ(مولى النعمة) لأن له فضلاً ونعمة في إعتاق المولى عليه.

ب- ثم ينتقل الحق في الولاية لعصبته النسبية على الترتيب سالف الذكر.

٣. ذو الأرحام:

بعد انتهاء العصبات ينتقل الحق في ولاية التزويج لذوي الأرحام وهذا عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين، وقد اتسع الخلاف في ولاية ترتيبهم في دائرة المذهب.

٤. موالى الموالات:

وإذا انعدمت المراحل السابقة، تكون الولاية لمولى الموالات، وهو الشخص الذي أسلم على يده أبو الصغيرة ووالاه، بأن قال له: واليتك على أن تعقل عني إذا جنيت، وترثني إذا مت، فهو يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى، فتثبت له ولاية التزويج بذلك.

٥. السلطان ثم القاضي:

إذا أناط السلطان ولاية التزويج وجعلها من ضمن وظائف القاضي الذي أوكله على القيام بها، فله ذلك ولمن ينييه أيضاً، أما إن لم تكن من صلاحيات القاضي المناطة به، فلا ولاية له عليهم.

ثانيا: عند المالكية^(١) ترتيب الأولياء على النحو التالي ولكنهم اختلفوا في ترتيبهم هذا هل هو على سبيل الوجوب أو على سبيل الندب والاستحباب؟ والراجح عندهم أن هذا التقديم واجب غير شرط:

١. العصبية النسبية وهم:

أ- الابن وابن الابن وإن نزل ولو كان الابن من زنا، كما إذا ثببت بنكاح ثم زنت وأتت بولد فيقدم على الأب، وأما إذا ثببت بزنا وأتت منه بولد فإن الأب يقدم عليه، لأنها في تلك الحالة مجبرة للأب.

ب- الأب فقط.

ت- الأخوة وأبناءهم وإن سفلوا، أما الأخ لأم فلا ولاية له خاصة، وإن كان له ولاية عامة. والمختار عند مالك وغيره من الأصحاب أن الشقيق وغيره في مرتبة واحدة فيقترعان عند التنازع .

ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة، وإن تنازع متساوون في الرتبة والفضل كإخوة كلهم علماء نظر الحاكم فيمن يقدمه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم .

ث- ثم جد لأب.

ج- ثم عم لأب. ثم ابن عم لأب.

ح- ثم جد أب.

خ- ثم عم الأب، ثم ابن عم الأب.

٢. العصبية السببية:

وهو المولى الأعلى وهو من أعتق المرأة، فعصبته المتعصبون بأنفسهم، فمولاه وهو من أعتق معتقها وإن علا .. ثم هل يقدم المولى الأسفل وهو من أعتقته المرأة أو لا ولاية له أصلا عليها؟ صحح عدم الولاية، وهو القياس، لأن الولاية هنا إنما تستحق بالتعصيب، والعتيق ليس من عصبتها.

١ - انظر: حاشية الدسوقي (٢/٢٢٥/٢٢٦)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/٣٥٩-٣٦٢).

٣. الكافل:

واختلف في أحقية أصحابها في ثبوت الولاية، كما اختلف هل هذه الولاية على المرأة الدنيئة والشريفة أم أنها مختصة بالدنيئة وحدها؟ وهل للكافل إذا كان امرأة ولاية في التزويج أم أن ذلك مختص بالرجل وتكون الولاية في هذه الحالة للحاكم؟

ولا يشترط في الكفالة مدة معينة على الأظهر، بل ما تحصل فيه الشفقة والحنان عليها عادة، ولا بد من ظهور الشفقة عليها منه بالفعل، وإلا كان الحاكم هو الذي بيده عقدة نكاحها .

٤. الحاكم:

ثم يتولى الحاكم عقد النكاح بعد من سبق ذكرهم .

٥. الولاية العامة للمسلمين:

فإن لم يوجد للمرأة عاصب ولا مولى أعلى ولا كافل ولا حاكم شرعي، تولى عقد نكاحها رجل من عامة المسلمين، ويدخل في ذلك الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة بإذنها ورضاهما، وصح النكاح بالولاية العامة في المرأة الدنيئة - الخالية من النسب والحسب والمال والجمال مع وجود ولي خاص غير مجبر لكونها لدناءتها وعدم الالتفات إليها لا يلحقها بذلك معرفة، ولا يفسخ نكاحها بحال طال زمن العقد أو لا، دخل بها الزوج أو لم يدخل، أما الشريفة فتقيد صحة نكاحها بالولاية العامة مع وجود ولي غير مجبر بما إذا دخل الزوج بها وطال، مع أن هذا النكاح لا يجوز ابتداء

ثالثاً: ورتب الشافعية^(١) الأولياء على النحو التالي:

العصبة النسبية:

١. الأب والجد أبو الأب وإن علا؛ لاختصاص كل منهم عن سائر العصبات بالولادة مع مشاركته في العسوبة .

٢. ثم أخ لأبوين ثم أخ لأب، لأن الأخ يدلى بالأب فهو أقرب من ابنه، ثم ابن الأخ لأبوين، ثم ابن الأخ لأب وإن سفل.

١ - انظر: مغني المحتاج (٣/١٥١-١٥٣)، روضة الطالبين (٧/٥٩-٦٠).

٣. ثم عم لأبوين ثم عم لأب، ثم ابن كل منهما وإن سفل.

٤. ثم يأتي من بعد ذلك سائر العصبة فيرتبون كترتيبهم في الميراث؛ لأن المأخذ فيهما واحد إلا في مسائل:

منها: يقدم الأخ للأبوين على الأخ لأب في الإرث، وهنا قولان، أظهرهما وهو الجديد يقدم أيضا، والقديم يستويان .

ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب، ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الأم، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنتها فقال الإمام: هما سواء، وطرد الجمهور القولين، وقالوا: الجديد يقدم الأخ والابن .

ولو كان ابنا عم أحدهما من الأبوين والآخر من الأب لكنه أخوها من الأم فالثاني هو الولي لأنه يدلى بالجد والأم، والأول بالجد والجدة .

ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنتها والآخر أخوها من الأم فالابن المقدم لأنه أقرب.

ولو كان ابنا عم أحدهما معتق فالجديد يقدم ابن المعتق والقديم يسوى بينهما، أو ابنا عم أحدهما حال فهما سواء بلا خلاف .

ومنها: الابن لا يزوج بالبنوة، فإن شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها فله الولاية بذلك ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى، لأنها غير مقتضية لا مانعة، فإذا وجد معها سبب آخر يقتضي الولاية لم تمنعه .

٢- العصبة السببية:

ومن لا عصبة لها بنسب وعليها ولاء فينظر: إن أعتقها رجل فولاية تزويجها له، فإن لم يكن بصفة الولاية فلعصباته، ثم لمعتقه، ثم لعصبات معتقه، وهذا على ترتيبهم في الإرث .

٣- الولاية العامة وتشمل (السلطان والقاضي):

اختلف الشافعية في تزويج السلطان، هل يزوج بالولاية العامة أو النيابة الشرعية؟ وجهان.

ومن فوائد الخلاف: أنه لو أراد القاضي نكاح من غاب عنها وليها، إن قلنا بالولاية زوجها أحد نوابه أو قاض آخر، أو بالنيابة لم يجز .

وكذلك لو كان لها وليان، والأقرب غائب، إن قلنا يزوج بالولاية قدم عليه الحاضر، أو بالنيابة فلا .

وذهب الحنابلة^(١) إلى أن ترتيب الأولياء على النحو التالي:

١-العصبة النسبية وهم:

أ- الأب ؛ لأن الولد موهوب لأبيه، قال الله تعالى: ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُمُ يَحْيَىٰ ﴾^(٢)، وقال ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"^(٣)، ولأن الأب أكمل شفقة وأتم نظرا، ثم الجد أبو الأب وإن علا لأن الجد له إيلاد وتعصيب فأشبه الأب، وأولى الأجداد أقربهم كالميراث .

ب- ثم ابن المرأة، ثم ابن ابنها وإن سفل.

ت- ثم أخوها لأبويها كالميراث، ثم أخوها لأبيها كالإرث، ثم بنوهما كذلك فيقدم ابن الأخ لأبوين على ابن الأخ لأب، ثم بنوهما كذلك وإن نزلوا.

ث- ثم العم لأبوين، ثم العم لأب، ثم بنوهما كذلك، وإن نزلوا الأقرب فالأقرب.

ج- ثم أقرب العصبات على ترتيب الميراث، لأن الولاية مبناها على النظر والشفقة، ومظنة ذلك القرابة، والأحق بالميراث هو الأقرب، فيكون أحق بالولاية .

٢- العصبة السببية:

ثم تنتقل الولاية بعد العصبة بالنسب للعصبة بالسبب وهم:

أ- المولى المنعم بالعتق لأنه يرثها ويعقل عنها عند عدم عصبتها من النسب فيكون له تزويجها ثم أقرب عصباته فأقربهم على ترتيب الميراث .

١ - انظر: كشف القناع (٥/٥٠-٥٢)، المغني (٧/٣٤٦).

٢ - سورة الأنبياء، آية (٩١).

٣ - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، (٢/٧٦٩)، وفي مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري وله شاهد من حديث عائشة (٣/٣٧)، وجود إسناده ابن حجر، في المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، موقع جامع الحديث، (٤/٤٦٣)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣/٣٢٣).

ب- ثم مولى المولى، ثم عصباته كذلك.

ويقدم هنا ابنه وإن نزل على أبيه لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب، وإنما قدم الأب في النسب بزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع فيه إلى الأصل.

٣- السلطان أو نائبه القاضي:

ثم تكون ولاية التزويج للسلطان، وهو الإمام الأعظم أو نائبه الحاكم ومن فوضا إليه الأنكحة، ولو كان الإمام أو الحاكم من بغاة إذا استولوا على بلد لأنه يجري فيه حكم سلطاتهم وقاضيهم مجرى حكم الإمام وقاضيه .

ولا ولاية لغير العصابات النسبية والسببية من الأقارب كالأخ لأم والخال وعم الأم وأبيها ونحوهم، لأن من لا يعصبها شبيه بالأجنبي منها.

فإن عدم الولي مطلقا بأن لم يوجد أحد ممن تقدم، أو عضل وليها ولم يوجد غيره، زوجها ذو سلطان في ذلك المكان كوالي البلد أو كبيره أو أمير القافلة ونحوه لأن له سلطنة، فإن تعذر ذو سلطان في ذلك المكان زوجها عدل بإذنها.

وإن كان في البلد حاكم وأبي التزويج إلا بظلم كطلبه جعل لا يستحقه صار وجوده

كعدمه.

المبحث السادس

الولايات النيابة: ماهيتها، واستمدادها

سبق وأن قمت بتعريف الولاية، وتعريف النيابة، عند أهل اللغة وعند أهل الاصطلاح. أما مصطلح الولايات النيابة فيقصد به "الولايات الخاصة التي يستمدها صاحبها من الولي الأصلي بإنابته له"^(١).

فدل هذا الحد لهذا المصطلح على أن النائب ليس من أهل الولايات الخاصة حقيقة، ولكنه اكتسبها بإنابة المستحق للولاية له، ولولا تلك الإنابة لما كان له حق في ممارسة أي صلاحية من صلاحيات الأولياء^(٢).

أما من حيث استمداد الولايات النيابة فيقال: يستمد الولي المناب ولايته ممن قام بإنابته من الأولياء الأصليين، ومن ثم كان من البديهي هاهنا أن يقع الولي المناب موقع من أنابه فيأخذ حكمه ويحل محله فيما يجب عليه ويمتنع.

ومما يظهر ثمرة هذا الاستمداد جعل الفقهاء -رحمهم الله تعالى- الوصي المستمد ولايته من الموصى أقوى من ولاية القاضي المستمد ولايته من السلطان؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^{(٣)(٤)}.

١ - انظر: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ١١٩.

٢ - انظر: الولايات الخاصة في الفقه، ص ٢٤٠.

٣ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (٥٢/١).

٤ - انظر: الولايات الخاصة، ص ٢٤٥.

الفصل الثاني

تطبيقات نيابة القاضي الفقهية في أحكام الأسرة

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: نيابة القاضي في كتاب القبط.

المبحث الثاني: نيابة القاضي في كتاب النكاح.

المبحث الثالث: نيابة القاضي في كتاب الطلاق.

المبحث الرابع: نيابة القاضي في كتاب النفقة.

المبحث الخامس: نيابة القاضي في كتاب الحضانة.

المبحث السادس: حصول الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتفريق الحاكم.

المبحث الأول

نيابة القاضي في كتاب اللقيط

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ولي اللقيط إن قتل عمدا.

المطلب الثاني: إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه.

المطلب الأول

ولي اللقيط إن قتل عمدا

قبل البدء في الكلام عن هذه المسألة أود أن أمهد لذلك بتعريف اللقيط فأقول:

اللقيط لغة: مأخوذ من لقط الشيء أي: أخذه من الأرض من باب نصر. و اللقيط المنبوذ

يلتقط و اللقط بفتحيتين ما التقط من الشيء ومنه لقط المعدن وهي قطع ذهب توجد فيه وتلقط التمر التقطه من ها هنا وها هنا^(١).

واللقطة بتسكين القاف: الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه^(٢). وأما اللقطة بفتح القاف فهو الرجل اللقاط يتبع اللقطات يلتقطها^(٣).

واللقيط عند العرب فعيل بمعنى مفعول وهو الطفل الذي يوجد مرميا على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له الملتقط^(٤).

اللقيط اصطلاحا: اختلفت تعريفات الفقهاء-رحمهم الله تعالى- لمصطلح اللقيط، وفيما يلي

ذكر لهذه الحدود على حسب التسلسل المذهبي:

فعند الحنفية^(٥): اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة.

وعند المالكية^(٦): صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه.

وعند الشافعية^(٧): صبي ضائع لا كافل له.

١ - انظر: مختار الصحاح للرازي (٢٥١/١).

٢ - انظر: لسان العرب (٣٥٢/٧)، المعجم الوسيط (٨٣٤/٢).

٣ - لسان العرب (٣٥٢/٧).

٤ - انظر: لسان العرب (٣٥٢/٧)..

٥ - المبسوط (٣٦١/١٠).

٦ - الشرح الصغير للدردير (١٧٨/٤).

٧ - الغزالي، الوسيط في المذهب، نشر دار السلام، القاهرة (٣٠٣/٤).

وعند الحنابلة^(١): طفل لا مميز لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في شارع أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز.

وعند التدقيق في هذه التعريفات نجد أن الشافعية والحنفية أقرب المذاهب في توصيف اللقيط من الناحية الاصطلاحية^(٢).

أما مسألة هذا المطلب فتصويرها كالتالي:

الجنائية إما أن تكون من اللقيط، وإما أن تكون عليه. والجنائية عليه هي مقصد المطلب. وتتنوع الجنائية عليه إلى نوعين:

١ - إما أن تكون جنائية على النفس.

٢ - وإما أن تكون على ما دون النفس (الأطراف).

وفي كل منهما إما أن تكون الجنائية عمدية وإما أن تكون على سبيل الخطأ. والمسألة هاهنا محصورة في الجنائية عليه في النفس عمدا، فعليه يقال:

جنائية الغير على نفس اللقيط:

من المعلوم شرعا أن ولي المقتول بالخيرة بين إقامة القصاص على الجاني، أو العدول عن ذلك بعفو إما على دية، وإما أن يكون مجانيا، لكن لما لم يكن للقيط ولي معلوم، وكان الحاكم هو من يتولى الولاية عليه؛ نظرا لنيابته عن المسلمين، اختلف العلماء -رحمهم الله تعالى- هل نيابته هذه تتيح له صلاحية في إنفاذ القصاص أو العدول عن ذلك إلى الدية، أم أنه ملزم باستيفاء عقوبة القصاص، ولا يحق له المطالبة بالدية؟

اختلفوا في ذلك على أقوال هي:

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء -رحمهم الله تعالى- إلى تحتم القصاص على قاتل اللقيط عمدا، وهذا هو الأظهر في مذهب الشافعية^(٣).

١ - كشف القناع (٤/٢٢٦).

٢ - انظر: مريم أحمد الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام، ص ١٩.

٣ - انظر: روضة الطالبين (٥/٤٣٦).

دليلهم^(١):

أنه مسلم معصوم الدم، وله نفس محترمة كغيره، والشرع إنما أثبت العفو لأولياء المقتول، ولما لم يكن للقيط ولي يعرف، كان على الحاكم إقامة القصاص وعدم العدول عنه إلى غيره والحالة هذه.

نوقش: أن الحاكم ثبت له الولاية على اللقيط، بصريح قول النبي ﷺ: "السلطان ولي من لا ولي له"^(٢) فلما ثبتت له الولاية كان له ما للولي من استيفاء القصاص أو طلب الدية أو الصلح على مال، لدخوله في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾^(٣)^(٤).

القول الثاني: ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى وجوب الدية على القاتل، ولا يقتل باللقيط الذي قتله^(٥).

دليلهم^(٦):

(١) أنا نعلم أن للقيط وليا في دار الإسلام من عصابة أو غير ذلك وإن بعد إلا أنا لا نعرفه بعينه وحق استيفاء القصاص يكون إلى الولي كما قال الله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾^(٧) فيصير ذلك شبيهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص وإذا تعذر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية في مال القاتل لأنها وجبت بعمد محض^(٨).

نوقش: بأن القول: بأن للقيط وليا لا نعرفه، لا يفيد شيئا؛ إذ أن من لا يعرف من الأولياء ملحق بالمعدوم فلا يتعلق به حكم، ولا يؤثر على ولاية السلطان هاهنا في شيء^(٩). ثم إنه ليس ها

١ - انظر: المرجع السابق، الصفحة نفسها.

٢ - سبق تخريجه ص ٢٧.

٣ - سورة الإسراء، آية (٣٣).

٤ - استفدت هذه المناقشة من جملة الأدلة التي استدلت بها أصحاب القول الثالث.

٥ - انظر: المبسوط (٣٧٨/١٠).

٦ - انظر: عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، نشر دار الكتب العلمية - بيروت، (٣٣/٣)، المبسوط (٣٧٩/١٠).

٧ - سورة الإسراء، آية (٣٣).

٨ - المبسوط (٣٧٨/١٠).

٩ - انظر: الاختيار لتعليل المختار، (٣٣/٣).

هنا شبهة عفو لأن ذلك الولي غير معلوم حتى يتوهم العفو منه.

القول الثالث: ذهب أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أنه لما كان الإمام وليا له، لما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: **"السلطان ولي من لا ولي له"**^(٤) كان للإمام الخيرة - التابعة للمصلحة - بين أن يقتص من القاتل أو يأخذ الدية وليس له العفو مجانا. **أدلتهم^(٥):**

١. أما بالنسبة لاستحقاق الإمام إقامة القصاص على الجاني فللعموم الأدلة الموجبة للقصاص من القاتل عمدا كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾^(٦)، وقوله ﷺ: **"العمد قود"**^(٧)، إذ لم تفرق النصوص بين أن يكون المقتول معرف الولي أو مجهوله.
٢. أما تخير الإمام فلأن الحاكم لما ثبت له الولاية على اللقيط لقوله ﷺ: **"السلطان ولي من لا ولي له"**^(٨) كان له ما للولي من استيفاء القصاص أو طلب الدية أو الصلح على مال لقوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾^(٩) والمراد سلطان استيفاء القود ألا ترى أنه عقبه بالنهي عن الإسراف في القتل بقوله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِفَ فِي الْقَتْلِ﴾^(١٠).

١ - انظر: شرح فتح القدير (١١١/٦)، حاشية ابن عابدين (٢٧٠/٤)، الميسوط (١٠ / ٢١٨ - ٢١٩).

٢ - مغني المحتاج (٤٢٤/٢)، أسنى المطالب (٥٠١/٢).

٣ -- كشف القناع ٤ / ٢٣٢، المغني (٦٠٤/٦)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (٤/٢٥٤).

٤ - تقدم تخريجه ص ٢٧.

٥ - انظر: شرح فتح القدير (١١١/٦)، حاشية ابن عابدين (٢٧٠/٤)، الميسوط (١٠ / ٢١٨ - ٢١٩)، مغني المحتاج (٢ / ٤٢٤).

٤٢٤)، أسنى المطالب (٥٠١/٢)، كشف القناع ٤ / ٢٣٢، المغني (٦٠٤/٦)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (٤/٢٥٤).

٦ - سورة البقرة، آية (١٧٨).

٧ - أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، (٩٤/٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه، من قال: العمد قود،

(٩/٣٦٥)، وقال ابن حجر في التلخيص: وفي إسناده ضعف، (٦٧/٤)، وصحح ابن الملقن إسناده في خلاصة البدر المنير

(٢/٢٦٥)، والألباني في السلسلة الصحيحة (٤/٦٤٠).

٨ - سبق تخريجه ص ٢٧.

٩ - سورة الإسراء، الآية (٣٣).

١٠ - سورة الإسراء، الآية (٣٣).

٣. القصاص مشروع لحكمة الحياة كما قال تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ ﴾^(١)، وهذا الحكمة متحققة في اللقيط.

٤. أن في ثبوت التخيير للحاكم، ترسيخ لمهامه الموكلة إليه شرعا، حيث إنه ناظر على المسلمين، فله حق الاجتهاد بين الاقتصاص أو الاعتياض إلى الدية؛ إذ إنه من المحتمل احتمالا كبيرا أن يكون استيفاء الدية أنفع للمسلمين، كما أنه من المحتمل أيضا أن يكون إقامة القصاص أنفع لهم؛ لشيوع جرائم القتل، فلهذه الاحتمالات كان له حق النظر والاجتهاد هاهنا.

٥. أما قولهم: (وليس للإمام العفو مجانا)، فلأن العفو مجانا منافع لمصلحة المسلمين، من جهة أن دية اللقيط ستؤول إلى بيت المال، ومع العفو لا مال يرد إلى بيت المال وينتفع به المسلمون.

القول المختار:

الذي يظهر هو رجحان القول الثالث، لقوة الأدلة التي ركنوا إليها، وسلامتها من المناقشة والاعتراض، كما أن عدم الأخذ به قد ينشر جريمة القتل، ولا يحقق المقصد الشرعي والحكمة الإلهية في تشريع هذه العقوبة، المنصوص عليها في قول الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى

الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٢).

١ - سورة البقرة، آية (١٧٩) .

٢ - سورة البقرة، آية (١٧٩) .

المطلب الثاني

إذا جني على اللقيط جنائية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه

لا يخلو اللقيط في حالة ما إذا اعتدى الجاني فأتلف طرفا من أطراف اللقيط المجني عليه من صورتين هما:

الصورة الأولى: أن يكون اللقيط عاقلا بالغا، فإن الحق له إما أن يقتص أو يعفو. ومسألتنا لا تتناول هذه الصورة.

الصورة الثانية: أن يكون اللقيط غير بالغ وجني عليه جنائية عمد فيما دون النفس. ذهب الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - في رواية إلى أن للإمام استيفاء القصاص من الجاني إن كانت جنائته عمدا موجبة للقصاص^(١).

واحتج لهذه الرواية بـ^(٢):

أن القصاص في الأطراف أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص في النفس.

وأجيب عن هذا القياس: بأن القصاص هاهنا لم يتحتم استيفاؤه، فكان قياس القصاص فيما دون النفس على القصاص في النفس قياسا مع الفارق وهو لا يصح، لأن القصاص في النفس للأولياء وهم الورثة، أما القصاص فيما دون النفس فإنه للمجني عليه وهو من يباشره ويتولاه.

وللشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في حكم هذه المسألة تفصيل بيانه في الصور التالية:

أ - أن يكون اللقيط المجني عليه عاقلا غنيا:

١ - انظر: المغني (٤٠٦/٦)، الشرح الكبير لا بن قدامة (٣٩٠/٦).

٢ - انظر: المرجعين السابقين.

٣ - انظر: روضة الطالبين (٤/٤٠٤، ٥٠٣)، أسنى المطالب (٢/٥٠٢)، أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، نشر دار الفكر، بيروت، (٤٥٩/٥).

٤ - انظر: كشف القناع (٤/٢٣٢)، الإنصاف (٦/٤٤٦)، ابن مفلح، الفروع، نشر مؤسسة الرسالة، (٣٢٣/٧).

فإذا كان اللقيط على وصف ما ذكر في هذه الصورة (عاقلا غنيا) فإن الإمام ينتظر بلوغه ورشده، ويجبس الجاني إلى أوان البلوغ والرشد، فإذا بلغ اللقيط ورشد خير بين القود والدية. وبهذا قال الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهما.

واحتجوا على ما ذهبوا إليه في هذه الصورة:

بأن المجني عليه لما كان هو المستحق للاستيفاء غير أنه لا يصلح له انتظرت أهليته.

ب- أن يكون اللقيط عاقلا فقيرا:

وفي هذه الصورة لكلا المذهبين وجهان في حكمها هما:

الوجه الأول: أن الحكم في هذه الصورة لا يختلف عن حكم الصورة الأولى التي يكون فيها اللقيط عاقلا غنيا، فيكون الواجب على الإمام انتظار بلوغ اللقيط ورشده، وأن يقوم بجبس الجاني إلى حين ذلك، فإن بلغ اللقيط ورشد خير بين القود وأخذ الدية، وحكم له بما يختار.

الوجه الثاني: أنه يحق للإمام أن يعدل عن القصاص إلى الدية، مراعاة لحاجة اللقيط حتى يتسنى له عند أخذ الدية الإنفاق عليه منها.

وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(١).

ت- أن يكون اللقيط معتوها فقيرا:

فإن من حق الإمام والحالة هذه أن ينتقل من القصاص إلى الدية، حتى يتسنى له عند أخذ الدية الإنفاق عليه منها.

واحتجوا على ذلك:

بأنه ليس للمعتوه حالة معلومة ينتظر فيها شفاؤه من العته، إذ من المحتمل دوام العته معه، كما أن الاعتياض عن القصاص والرضا بالدية فيه مصلحة للقيط نظرا لفقره وحاجته للمال^(٢).

١ - انظر: أبا الحسن الماوردي، الحاوي، نشر دار الفكر، بيروت، (١٣٨/٨)، والإنصاف (٣٢٣/٦).

٢ - انظر: في مذهب الشافعية: روضة الطالبين (٥٠٤/٤)، نهاية المحتاج (٤٥٩/٥)، مغني المحتاج (٤٢٤/٢)، وفي مذهب الحنابلة: المغني (٤٠٦/٦)، كشف القناع (٣٣٣/٤)، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، نشر المكتب الإسلامي، بيروت، (٣٠١/٥).

ث - أن يكون اللقيط معتوها غنيا:

وللشافعية وجهان في حكم هذه الصورة هما:

الوجه الأول: وهو الأصح عندهم أن على الإمام انتظار بلوغ اللقيط ورشده، وأن يقوم بحبس الجاني إلى حين ذلك، فإن بلغ اللقيط ورشد خير بين القود وأخذ الدية، وحكم له بما يختار.

الوجه الثاني: أنه يحق للإمام أن يعدل عن القصاص إلى الدية، اعتباراً بعدم إفاقة في الغالب^(١).

مسألة: تقدم في بعض الصور السابقة أنه يجوز للإمام العدول عن القصاص إلى الدية، فإذا قام بذلك، فلما بلغ اللقيط طالب بالقود، واستعد بدفع ما أخذه الإمام من مال، فهل يجاب إلى طلبه أم لا؟

ذهب الشافعية في الصحيح من مذهبهم^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أنه لا يلتفت إلى طلبه، بل يعد تصرف الإمام بأخذ الدية حتمياً لا يصح إبطاله؛ لأن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص.

١ - انظر: الحاوي (١٣٩/٨)، روضة الطالبين (٥٠٤/٤).

٢ - انظر: روضة الطالبين (٥٠٤/٤).

٣ - انظر: الإنصاف (٣٢٣/٦).

المبحث الثاني

نيابة القاضي في كتاب النكاح

وفيه تسعة مطالب:

المطلب الأول: رغبة ولي المرأة في نكاحها.

المطلب الثاني: المرأة تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصبية لها مسلمين.

المطلب الثالث: إذا كان سيد الأمة غائبا غيبة منقطعة أو كان سيدها صبيا أو

مجنونا وطلبت الأمة التزويج.

المطلب الرابع: تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي.

المطلب الخامس: ولاية المسلم للكافرة.

المطلب السادس: ولي المرأة إذا عضلها وليها الأقرب.

المطلب السابع: إذا كان ولي المرأة القريب غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو

يصل فلا يجيب عنه.

المطلب الثامن: ولاية الكافر للمسلمة.

المطلب التاسع: ولي المرأة إذا تعذرت مراجعة وليها القريب كما لو كان مأسورا أو

محبوسا.

المطلب الأول

رغبة ولي المرأة في نكاحها

تمهيد في تعريف النكاح:

النكاح لغة: مصدر نكح، يقال: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحا إذا تزوجها، و يقال نكح النعاس عينيه غلبه عليهما، مأخوذ من (نكحه) الدواء إذا خامره و غلبه أو من (تناكحت) الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض أو من (نكح) المطر الأرض إذا اختلط بثراها، قال في معجم مقاييس اللغة^(١): "النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع. ونكح ينكح. وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم. والنكاح يكون العقد دون الوطاء. يقال نكحت: تزوجت. وأنكحت غيري".

اصطلاحا: اختلفت تعريفات الفقهاء-رحمهم الله تعالى-في توضيح هذا المصطلح، ومن تلکم

التعريفات:

ما عرفه الحنفية بقولهم^(٢): النكاح عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصدا، أي يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي.

وعرفه المالكية بقولهم^(٣): النكاح عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

وعرفه الشافعية فقالوا^(٤): النكاح عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.

وعرفه الحنابلة بقولهم^(٥): النكاح عقد التزويج، أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو

ترجمته.

١ - (٤٧٥/٥) وانظر: لسان العرب (٦٢٥/٢)، المصباح المنير (٦٢٤/٢)، المعجم الوسيط (٩٥١/٢).

٢ - الدر المختار (٣/٣).

٣ - الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣٣٢/٢).

٤ - مغني المحتاج (١٢٣/٣).

٥ - كشف القناع (٥/٥).

وكل من هذه التعاريف لا يخلو من إشكال، ولذا فإذا أردنا أن نعرف النكاح تعريفاً نكون قد أخذنا فيه بأحسن ما قيل فيمكن أن نقول:

هو عقد يفيد حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة قصداً^(١).

بعد هذا يقال: قد يكون الراغب في نكاح المرأة المتقدم لها، هو وليها الذي يجوز له زواجها، كما لو كان ولي المرأة ابن عمها، ففي هذه الحال التي يكون فيها الزوج أصيلاً من جانب نفسه في العقد وولياً من جانب الزوجة، هل يجوز له أن يتولى طرفي العقد؟

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في ذلك على:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية في المشهور^(٣)، والحنابلة في رواية^(٤) إلى أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها كابن العم إذا أذنت له أن يتزوجها فله أن يتولى طرفي العقد بنفسه .

الأدلة^(٥):

١. قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ

عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُنِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ

أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ۗ ﴾^(٦)، وقد نزلت هذه الآية في الرجل تكون عنده اليتيمة هو وليها

ووارثها، فأشركته في ماله حتى في العذق، فيرغب أن ينكحها ويكره أن يزوجه رجلًا فيشركه في ماله بما شركته، فيعضلها^(٧)، فنزلت وجه الاستدلال: أن قوله تعالى

١ - شاكور جمعة بكري، الشروط في النكاح، رسالة ماجستير من جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ص ٢٠.

٢ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٢)، شرح فتح القدير (٣/١٩٠)، حاشية ابن عابدين (٣/٩).

٣ - انظر: حاشية الدسوقي (٢/٢٣٣)، الشرح الكبير للدردير (٢/٢٣٣)، التاج والإكليل (٣/٤٣٩).

٤ - انظر: المغني (٥/٢٤٢)، كشف القناع (٥/٦٢)، مطالب أولي النهى (٥/٧٦).

٥ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٢)، شرح فتح القدير (٣/١٩٠)، حاشية ابن عابدين (٣/٩)، الدسوقي (٢/٢٣٣)، الشرح الكبير للدردير (٢/٢٣٣)، التاج والإكليل (٣/٤٣٩)، المغني (٥/٢٤٢)، كشف القناع (٥/٦٢)، مطالب أولي النهى (٥/٧٦).

٦ - سورة النساء، آية (١٧٦).

٧ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، نشر دار الفكر، (١/٦٩٢).

﴿لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ خرج مخرج العتاب فيعدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده، إذ لو لم يقيم وحده به لم يكن للعتاب معنى لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق.

٢. قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾^(١).

وجه الاستدلال: حيث أمر سبحانه وتعالى بالإنكاح مطلقاً من غير فصل بين الإنكاح من غيره أو من نفسه، ولأن الوكيل في باب النكاح ليس بعاقداً، بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه بدليل أن حقوق النكاح والعقد لا ترجع إلى الوكيل، وإذا كان معبراً عنه وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام شخصين، فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة كأنها قالت: زوجت نفسي من فلان وقبوله كلاماً للزوج كأنه قال: قبلت فيقوم العقد باثنين حكماً، والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة .

٣. ما ورد " أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، فقال: قد تزوجتك"^(٢).

٤. ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير.

٥. ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية، ووجد فيه القبول من زوج أهل للقبول فصح كما لو وجد من رجلين.

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في رواية إلى أنه لا يجوز للولي الذي يريد

الزواج من موليته أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل غيره يزوجه إياها بإذنها، قال الشافعية: يوكل من كان مساوياً له في الدرجة فإن فقد فالقاضي.

١ - سورة النور، آية (٣٢).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب (١٩٧٢/٥).

٣ - انظر: مغني المحتاج (١٦٣/٣)، روضة الطالبين (٧٢/٧)، الحاوي الكبير (١٦٤/٩).

٤ - انظر: المغني (٣٦٠/٧)، المبدع شرح المقنع (٣٩/٧).

الأدلة^(١):

١. حديث " أن المغيرة بن شعبه خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه"^(٢).

٢. ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع.

القول المختار:

الذي يظهر هو رجحان القول الأول،الذاهب إلى جواز أن يتولى ولي المرأة التي يحل له نكاحها كابن العم إذا أذنت له أن يتزوجها طرفي العقد بنفسه؛لقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها،وفعل المغيرة-رضي الله تعالى عنه- مجرد فعل منه غير صريح في المنع من ذلك، والقياس على البيع لا يصح؛للأدلة المتقدمة في القول الأول،المانعة من استقامة القياس مع ورودها.

١ - انظر: معني المحتاج (١٦٣/٣)، روضة الطالبين (٧٢/٧)، المعني (٣٦٠/٧).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب، (١٩٧٢/٥).

المطلب الثاني

المرأة تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصبية لها مسلمين

المرأة الكافرة التي كتب الله تعالى لها الدخول في الإسلام، بسب دعوة من قبل رجل مسلم، سبق القول بأنه لا حق لأقاربها الكفرة في مباشرة الولاية عليها، فإذا تقدم لها من المسلمين من يريد نكاحها، فمن الذي يباشر الولاية عليها والحالة هذه؟ أهو الحاكم بحكم ولايته العامة، أم الرجل الذي كان سببا في دخولها في الإسلام؟

اختلف العلماء -رحمهم الله تعالى- في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في المشهور^(٤)، إلى أن الولاية لا تثبت للرجل لتسببه في دخول المرأة الراغبة في الزواج، الإسلام، وإنما تستحق الولاية بأسباب معينة، وهي مختلفة بحسب كل مذهب^(٥).

دليل هذا القول^(٦):

أن هذا الرجل ليس من عصابات المرأة، ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبهه الأجنبي.

القول الثاني: ذهب الإمام أحمد -رحمه الله تعالى- في رواية^(٧) إلى أن له حقا في تزويجها.

دليل هذا القول:

حديث تميم الداري رضي الله عنه أنه قال: "يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٥/٣)، البحر الرائق (١١٧/٣)، شرح فتح القدير (٢٥٥/٣).

٢ - انظر: الفواكه الدواني (٩٥٧/٣)، الشرح الكبير (٢٢٥/٢)، حاشية الدسوقي (٢٢٥/٢).

٣ - انظر: مغني المحتاج (١٥١/٣)، نهاية المحتاج (٢٣١/٦)، منهاج الطالبين (٩٦/١).

٤ - انظر: المغني (٣٤٦/٧)، كشف القناع (٥٠/٥)، المبدع شرح المقنع (٢٧/٧).

٥ - سبقت الإشارة إلى ترتيب الأولياء، في كل مذهب ص ٩١.

٦ - انظر: المغني (٣٤٦/٧). وقد تقدم ذكر أدلة كل مذهب في ترتيبهم للأولياء ص ٩١.

٧ - انظر: المغني (٣٤٦/٧)، الشرح الكبير (٤١٨/٧).

من المسلمين؟ قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته"^(١).

نوقش: بأن الحديث لا يصح لوجهين:

الوجه الأول: الجهل بحال عبد الله بن موهب أحد رجال السند^(٢).

الوجه الثاني: أن الحديث مرسل؛ لأن قبيصة لم يشهد سؤال تميم^(٣).

القول المختار:

الذي يظهر-ولله تعالى وحده العلم- هو رجحان القول الأول، القاضي بإثبات الولاية للقاضي في هذه الحالة؛ لأن العمدة في هذا الباب^(٤)، هو حديث: "السلطان ولي من لا ولي له"^(٥)، ولما لم يثبت حديث تميم، بقي هذا الحديث العام على عمومته، حتى يرد ما يخصه.

-
- ١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في الرجل يسلم على يدي الرجل، (٨٧/٣).
 - ٢ - انظر: ابن القطان، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، نشر دار طيبة، الرياض، (٥٤٦/٣).
 - ٣ - انظر: معرفة السنن والآثار للبيهقي (٤١٣/١٤).
 - ٤ - ولا يتوجه القول بتخصيص حديث تميم المتقدم، للحديث العام؛ لعدم ثبوت حديث تميم.
 - ٥ - سبق تخريجه ص ٢٧.

المطلب الثالث

إذا كان سيد الأمة غائبا غيبة منقطعة أو كان سيدها صبيا أو مجنونا وطلبت الأمة التزويج

لا تزوج الأمة نفسها، بل ولاية تزويجها لسيدها لأنها من جملة ماله . وقد قال تعالى:

﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(١) أي بولاية أربابهن ومالكينهن^(٢).

فإن كان السيد صبيا أو سفيها فقل الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إن لوليه في المال تزويجها؛ لأنه قد يكون في ذلك مصلحة مالية للصغير، لما فيه من تحصيل مهرها وولدها، وكفاية مؤنتها، وصياتتها عن الزنا الموجب للحد .

وإن كان مالك الأمة امرأة فمذهب الشافعي^(٥) وهو كذلك الصحيح من مذهب الحنابلة^(٦): أن من يتولى تزويج المرأة يتولى تزويج أمتها، ولا يزوجه إلا بإذن سيدتها لأنها مالها، فلا يتصرف فيها أحد إلا بإذنها.

١ - سورة النساء، آية (٢٥).

٢ - انظر: تفسير ابن كثير، (٥٨٨/١).

٣ - انظر: مغني المحتاج (١٧٣/٣)، نهاية المحتاج (٢٧٠/٦)، حاشية قليوبي (٢٤١/٣).

٤ - انظر: المغني (٣٥٨/٧)، الإقناع (١٧١/٣)، كشاف القناع (٤٩/٥).

٥ - انظر: التنبيه (١٥٨/١)، المجموع شرح المذهب (١٤٧/١٦).

٦ - انظر: الشرح الكبير (٤٢٠/٧)، المغني (٣٥٨/٧)، شرح الزركشي (٣٢٧/٢). ولم أجد للحنفية والمالكية كلاما في هذه المسألة.

المطلب الرابع

تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي

اختلف العلماء-رحمهم الله تعالى- في وجوب توفر وصف العدالة في ولي النكاح على قولين-بعد اتفاقهم على عدم وجوب توفر هذا الوصف في السلطان للحاجة وعدم وجوب توفره في السيد الذي يزوج أمته ؛لأنه تصرف في ملكه كما لو آجرها:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية في المشهور عندهم^(٢) إلى عدم اشتراط أن يكون الولي عدلا في النكاح.

الأدلة^(٣):

١. عموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾^(٤) من غير تفرقة بين ولي وولي.
٢. قوله ﷺ: "تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم"^(٥). ولم يفرق في الإنكاح بين إنكاح ولي عدل عن ولي فاسق.
٣. الإجماع السكوتي من جهة أن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد .
٤. ولأن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، وكذا لا يقدر في الوراثة فلا يقدر في الولاية كالعدل.

١ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٩)، حاشية ابن عابدين (٣/٥٤)، شرح فتح القدير (٣/٢٠١).

٢ - انظر: الشرح الكبير (٢/٢٣٠)، التاج والإكليل (٣/٤٣٨)، الفواكه الدواني (٢/٤).

٣ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٩)، حاشية ابن عابدين (٣/٥٤)، شرح فتح القدير (٣/٢٠١)؛ الشرح الكبير (٢/٢٣٠)، التاج والإكليل (٣/٤٣٨)، الفواكه الدواني (٢/٤) ..

٤ - سورة النور، آية (٣٢).

٥ - تقدم تخريجه ص ٦١.

٥. ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته.

القول الثاني: وذهبت الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى اشتراط توفر العدالة في الولي.

الأدلة^(٣):

١. ما تضافر من أحاديث دالة على اشتراط العدالة في الولي منها قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي مرشد"^(٤).

٢. واستثناء الإمام الأعظم من قدح الفسق في ولايته، لأنه لا ينعزل بالفسق.

وبناء على اختلافهم في اشتراط توفر هذا الوصف في الولي، اختلفوا هل تترع الولاية بزوال وصف العدالة عن الولي واتصافه بالفسق، أم أن الفسق غير قادح في الولاية ولا ناقل لها، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦) إلى أن الفاسق يكون وليا في النكاح على

موليته.

الأدلة^(٧):

١. أن الفاسق يلي ماله موليته فيلي بضعها كالعدل .

٢. أن وصف الغيرة متوفر وإن كان فاسقا في دينه، وبها يحمي الحرم، وقد يئذل المال ويصون الحرمه، وإذا ولي المال فالنكاح أولى .

١ - انظر: مغني المحتاج (٣ / ١٥٥)، وروضة الطالبين (٧ / ٦٤)، الحاوي الكبير (٩ / ٦١).

٢ - انظر: كشف القناع (٥ / ٥٤)، المغني (٧ / ٣٣٧)، مطالب أولي النهي (٥ / ٦٥).

٣ - انظر مغني المحتاج (٣ / ١٥٥)، وروضة الطالبين (٧ / ٦٤)، الحاوي الكبير (٩ / ٦١)..: كشف القناع (٥ / ٥٤)، المغني (٧ / ٣٣٧)، مطالب أولي النهي (٥ / ٦٥).

٤ - سبق تخريجه ص ٦٢.

٥ - انظر: بدائع الصنائع (٢ / ٢٣٩)، حاشية ابن عابدين (٣ / ٥٤)، شرح فتح القدير (٣ / ٢٠١).

٦ - انظر: الشرح الكبير (٢ / ٢٣٠)، التاج والإكليل (٣ / ٤٣٨)، الفواكه الدواني (٢ / ٤).

٧ - انظر: المصادر السابقة، الصفحات نفسها.

غير أن المالكية كرهوا للولي الفاسق أن يلي زواج من يلي عليها، وقدموا عليه الولي العدل المساوي له في الدرجة.

القول الثاني: ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢) إلى أن النكاح لا ينعقد بولي فاسق غير الإمام الأعظم، مجبرا كان أم لا، أعلن بفسقه أم لا، فلا يزوج الولي الفاسق وإن كان بحيث لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق. وعليه فتشترط العدالة في الولي الخاص مطلقا بخلاف الحاكم، فلا تشترط فيه العدالة؛ لأنه يزوج للضرورة، والضرورة يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها.

القول المختار:

الذي يترجح-والعلم لله وحده- هو رجحان القول الأول؛ لأن الفسق لا يمنع من اختيار الكفء للمولية؛ لوفرة الشفقة من الولي وإن كان متصفا بالفسق، فإن كان الفسق مدعاة لتزويج المولية بغير الكفء، كما لو كان الفسق بسبب شرب الخمر والمسكر توجه حينئذ العمل بالقول الثاني.

١ - انظر: مغني المحتاج (١٥٥/٣)، وروضة الطالبين (٦٦/٧)، الحاوي الكبير (٦١/٩)

٢ - انظر: كشف القناع (٥٤/٥)، المغني (٣٣٧/٧)، مطالب أولي النهى (٦٥/٥).

المطلب الخامس

ولاية المسلم للكافرة

اتفق الفقهاء-رحمهم الله تعالى-على أن المسلم لا يكون وليا لكافرة، إلا في حالات مستثناة^(١).

الأدلة^(٢):

١. قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٣) فدللت الآية بمنطوقها على أن الكفار موالين ومناصرين لبعضهم، كما دلت بمفهومها على أنه لا موالاة بين مسلم وكافر، ومن ثم فلا يكون المسلم وليا لكافرة.

٢. قوله تعالى: ﴿ يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا نَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصْرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾^(٤).

فحرم سبحانه بهذه الآية وأشباهاها الموالاة بين المؤمنين والكافرين.

٣. قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوَأُوا وَنَصَرُوا أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يَهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ

١ - انظر: الإجماع لا بن المنذر (٦٨/١)، المغني (٣٦٣/٧).

٢ - انظر: في المذهب الحنفي: الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، نشر دار الكتب الإسلامية، القاهرة، (١٢٦/٢)، حاشية ابن عابدين (٧٧/٣)، شرح فتح القدير (٢٨٥/٣). وفي المذهب المالكي: الفواكه الدواني (٢٨/٢)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٢)، التاج والإكليل (٤٣٨/٣)، وفي المذهب الشافعي: مغني المحتاج (١٥٦/٣)، روضة الطالبين (٦٦/٧)، إعانة الطالبين (٣٢٨/٣) والحصيني دمشقي، كفاية الأختيار في حل غاية الإختصار، نشر دار الخير، دمشق (٣٥٦/١)، وفي المذهب الحنبلي: كشف القناع (٥٣/٥)، المغني (٣٦٣/٧)، مطالب أولى النهي (٦٥/٥). وابن حزم، المحلى، نشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (٤٧٣/٩).

٣ - سورة الأنفال، آية (٧٣).

٤ - سورة المائدة، آية (٥١).

وَلِيَتِيمٍ مِّنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُ^ج وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ^ط وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٧٢﴾^(١) فدل قوله -تعالى- في هذه الآية ﴿مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِم مِّنْ شَيْءٍ﴾ على تحريم موالاة المؤمنين لإخوانهم المؤمنين الذين لم يهاجروا، فما الظن بموالاة المؤمن للكافر؟ لا شك أن التحريم من باب أولى وأحرى.

٤. أن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً.

الحالات المستثناة التي يجوز أن يكون المسلم فيها ولياً للكافرة^(٢):

١. الأمة الكافرة إن كانت مملوكة لمسلم.

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، أن سيدها المسلم يزوجها لكافر.

الأدلة^(٧):

١. أن هذه من قبيل الولاية بالمال، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات، وعليه فيجوز أن يتولى عقد نكاحها كما جاز أن يتولى عقد بيعها.

٢. أن هذه الأمة محتاجة للتزويج، ولا ولي لها غير سيدها، فجاز له تزويجها للحاجة إلى ذلك.

١ - سورة الأنفال، آية (٧٢).

٢ - وإن خالف المسلم فعقد على قريبته الكافرة في غير تلك الحالات فلا يخلو الأمر: أ- فإن كان على كافر لا نتعرض له لأننا لا نتعرض لهم في الزنا إذا لم يعلنوه فأولى النكاح. ب- وأما لو عقد لها على مسلم فإن العقد يفسخ. انظر: الفواكه الدواني (٢٨/٢).

٣ - انظر: تبیین الحقائق (١٢٦/٢)، حاشية ابن عابدين (٧٧/٣)، شرح فتح القدير (٢٨٥/٣).

٤ - انظر: الفواكه الدواني (٢٨/٢)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٢)، التاج والإكليل (٤٣٨/٣).

٥ - انظر: مغني المحتاج (١٥٦/٣)، روضة الطالبين (٦٦/٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (١٣٢/٣).

٦ - كشف القناع (٥٣/٥)، المغني (٣٦٣/٧)، مطالب أولى النهي (٦٥/٥).

٧ - انظر: حاشية الدسوقي (٢٣١/٢)، مغني المحتاج (١٥٦/٣)، المغني (٣٦٣/٧).

٢- الأمة الكافرة إذا أعتقها المسلم:

للفقهاء-رحمهم الله تعالى- تفصيلات لهذه المسألة على النحو التالي:

أ- يرى الحنفية^(١) أن الولاء لمن أعتق، إذا كان العتق في دار الإسلام.

أما إن كان العتق المسلم لعبده في دار الحرب فإنه لا ولاء له عليه عند أبي حنيفة ومحمد؛ معللين ذلك بقولهم: لأنه لا حكم لنا في دار الحرب.

بينما ذهب أبو يوسف إلى أنه إنه أعتقه فله ولاؤه مطلقاً، لا فرق بين أن يكون العتق في دار الإسلام أو دار الكفر؛ لأن أحكام المسلمين لا تنقطع عن المسلم في دار الكفر.

ب- يرى المالكية^(٢) أن الولاء لمن أعتق بشرط أن تكون المعتقة من غير نساء الرجال الذين يؤدون الجزية بأن أعتقها وهو مسلم ببلاد الإسلام.

أما لو أعتقها كافر ثم أسلم فلا يزوجه أهل الكفر إلا أن تسلم.

ت- وأما مذهب الشافعية فقد نقل في نهاية المحتاج^(٣) أن الكافر يلي الكافرة ولو كانت

عتيقة مسلم؛ استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٤).

ث- وذهب الحنابلة^٥ إلى أن الولاء لمن أعتق، سواء كان ذلك في دار الإسلام أم في دار

الحرب، فيثبت للمسلم الولاء على معتقه، وذلك لعموم قوله ﷺ: "إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ

أَعْتَق"^(٦).

١ - انظر: شرح فتح القدير (٤/٤٥٠-٤٥١).

٢ - انظر: حاشية الدسوقي (٢/٢٣١).

٣ - (٦/٢٣٩).

٤ - سورة الأنفال، آية (٧٣).

٥ - انظر: المغني (٧/٢٤١).

٦ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، (٢/٧٥٧)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب

العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (٤/٢١٤).

ولا فرق بين دار الإسلام ودار الحرب في الولاء، لشبهه الولاء بالنسب كما دل عليه قوله ﷺ:
 "الولاء لحمة كلحمه النسب..."^(١)، وإذا كان الشبه بينهما قائما فثبوت النسب بين أهل الحرب
 يستوجب ثبوت الولاء؛ إذ لا فرق بين الولاء والنسب. ولأن ملك أهل الحرب ثابت بدليل قول الله
 تعالى: ﴿ وَأَوْزَنُكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِينَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾^(٢) فنسبها إليهم، فصح عتقهم كأهل الإسلام، وإذا
 صح عتقهم ثبت الولاء لهم.

القول المختار:

الذي يترجح-والله أعلم-أن مذهب الحنابلة أولى بالأخذ؛ لقوة ما ركنوا إليه من أدلة، ولأن
 ما ذكره أصحاب المذاهب الأخرى مخصوص بقوله ﷺ: "الولاء لمن أعتق"، والحديث عام؛ إذ لم
 يفرق بين مسلم وكافر ولا بين دار الإسلام ودار الحرب، بل حكم بأن العتق سبب للولاء مطلقا.

٣. السلطان:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، إلى أن السلطان المسلم يزوج
 نساء أهل الذمة إذا عدم الولي الكافر أو قام بعضل موليته ومنعها من الزواج، استدلالا بعموم قول
 النبي ﷺ "أيماء امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن
 اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"^(٦).

فاتضح بهذا الحديث وأشباهه أن السلطان له ولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة؛ لأن
 ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة التي لا ولي
 لها.

١ - تقدم تخريجه ص ٣٤.

٢ - سورة الأحزاب، آية (٢٧).

٣ - انظر: تبين الحقائق (١٢٦/٢)، حاشية ابن عابدين (٧٧/٣)، شرح فتح القدير (٢٨٥/٣).

٤ - انظر: مغني المحتاج (١٥٦/٣)، روضة الطالبين (٦٦/٧)، أسنى المطالب (١٣٢/٣).

٥ - انظر: كشف القناع (٥٣/٥)، المغني (٣٦٣/٧)، مطالب أولى النهى (٦٥/٥).

٦ - سبق تخريجه ص ٢٧.

وذهب المالكية^(١) إلى أن الكافرة إذا لم يكن لها ولي خاص كافر فإن أسفقتهم يتولون عقد تزويجها، فإن أبوا ورفعت أمرها إلى السلطان فإن له إجبارهم على تزويجها؛ لأنه من رفع التظالم الذي هو من مهامه وأعماله، إلا أنه ليس للسلطان إجبارهم على تزويجها من خصوص مسلم.

١ - انظر: الفواكه الدواني (٢/٢٨)، العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، نشر دار الفكر، بيروت، (٢/٩٦)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، نشر دار الفكر، بيروت (٣/١٨٨).

المطلب السادس

ولي المرأة إذا عضها وليها الأقرب

تمهيد:

العض لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة^(١): "العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر... وعضلت المرأة عضلا، وعضلتها تعضيلا، إذا منعتها من التزوج ظلما...".

العض اصطلاحا: استعمل الفقهاء العضل في النكاح بمعنى منع التزويج، قال ابن قدامة -رحمه الله تعالى-: "معنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"^(٢).

وكذلك استعملوا العضل في الخلع بمعنى: الإضرار بالزوجة، قال ابن قدامة -رحمه الله تعالى: "إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود"^(٣).

والأصل أن عضل الولي موليته عن الزواج من كفئتها حرام؛ لأنه من قبيل الظلم الذي حرّمته الشريعة، وبالغت في النهي عنه؛ ولذلك جاء النص الرباني موجهًا خطابه للأولياء بقوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(٤) كما أن المعنى الثاني للعضل الذي يقصد به عضل

١- (٣٤٥/٤). وانظر: لسان العرب (٤٥١/١١).

٢- المغني (٣٦٨/٧)، وانظر لمعرفة المقصود من العضل في المذهب الحنفي: حاشية ابن عابدين (٨٢/٣)، بدائع الصنائع (٢٥٢/٢). الحصائص، أحكام القرآن، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، (١٠٠/٢)، وفي المذهب المالكي: التاج والإكليل (٤٣٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٢)، الشرح الكبير (٢٣١/٢) وفي المذهب الشافعي: الحاوي الكبير (٢٨٢/٩)، نهاية المحتاج (٢٣٥/٦)، إعانة الطالبين (٣١٧/٣) وفي المذهب الحنبلي: كشف القناع (٥٤/٥)، مطالب أولى النهي (٦٦/٥).

٣- (١٧٩/٨).

٤- سورة البقرة، آية (٢٣٢).

الزوج زوجته، بمضارتها وسوء عشرتها والتضييق عليها حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، قد تناولته نصوص الشريعة بل قد نصت عليه، وأدرجته في قائمة المحرمات، قال الله تعالى مخاطباً الأزواج: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾^(١).

وقد اتفق العلماء-رحمهم الله تعالى-على أنه إذا دعت المرأة إلى الزواج من كفاء، أو خطبها كفاء، وامتنع الولي من تزويجه دون سبب مقبول، فإنه يكون عاضلاً^(٢).

كما اتفقوا على أن العاضل تسقط ولايته، وتنتقل عنه إلى غيره من الأولياء^(٣). إلا أن سقوط ولاية العاضل لا يكون صحيحاً إلا إذا ثبت عضله عند الحاكم، وحكم الحاكم بذلك.

قال الإمام مالك بن أنس-رحمه الله تعالى-^(٤) "أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الإبكار إلا أن يكون مضاراً أو عاضلاً لها فإن عرف ذلك منه وأرادت الجارية النكاح فإن السلطان يقول له إما أن تزوج وإما أن أزوجه عليك".

وقال الإمام الشافعي-رحمه الله تعالى-^(٥): "وفي هذا دليل على أن على السلطان إذا اشتجروا أن ينظر فإن كان الولي عاضلاً أمره بالتزويج فإن زوج فحق أداه وإن لم يزوج فحق منعه وعلى السلطان أن يزوج أو يوكل ولياً غيره فيزوج".

وجاء في روضة الطالبين^(٦): "ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم لزوجها".

١ - سورة النساء، آية (١٩).

٢ - بداية المجتهد (١٥/٢)، وابن تيمية، مجموع الفتاوى ابن تيمية، نشر دار الوفاء، (٥٢/٣٢).

٣ - الإجماع لابن المنذر (٧٩/١)، وانظر في مذهب الحنفية: بدائع الصنائع (٢٤٧/٢)، حاشية ابن عابدين (٨٢/٣)، أحكام القرآن للجصاص (١٠٠/٢) وفي مذهب المالكية: الشرح الكبير (٢٣١/٢)، والتاج والإكليل (٤٣٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٢) وفي المذهب الشافعي: الحاوي الكبير (٢٨٢/٩)، نهاية المحتاج (٢٣٥/٦)، إغاثة الطالبين (٣١٧/٣) وفي المذهب الحنبلي: المغني (٣٦٨/٧)، كشف القناع (٥٤/٥)، مطالب أولى النهي (٦٦/٥).

٤ - الإمام مالك، المدونة، نشر دار صادر، بيروت، (١٦٤/٤).

٥ - محمد بن إدريس، الأم، نشر دار المعرفة، بيروت، (١٣/٥).

٦ - (٥٨/٧).

واستنبط ابن حجر-رحمه الله تعالى- من حديث معقل بن يسار رضي الله عنه وفيه أنه قال: زوجت أختي لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا 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). مانصه" وفي حديث معقل أن الولي إذا عضل لا يزوج السلطان إلا بعد أن يأمره بالرجوع عن العضل فإن أجاب فذاك وأن أصر زوج عليه الحاكم والله أعلم" ^(٢).

إذا تقرر هذا يقال: اختلف الفقهاء-رحمهم الله تعالى- فيمن تنتقل إليه ولاية التزويج بعد التأكد من ثبوت العضل، والحكم بسقوط ولاية العاضل على قولين ذكرهما بعد تحرير محل النزاع:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء-رحمهم الله تعالى- على أن السلطان يزوج إذا انعدمت عصبه المرأة، أو امتنع جميع العصبه عن تزويجها، أو إذن العصبه للحاكم أن يزوج موليتهم" ^(٣).

ومحل النزاع إذا كان الولي الأقرب عاضلا، ولها أولياء آخرون، فهل يحق للسلطان أن يزوجها مع وجودهم؟ أو يزوجها الولي الأقرب الذي يستحق الولاية بعد العاضل؟

اختلف العلماء-رحمهم الله تعالى- في ذلك على قولين هما:

القول الأول: ذهب الحنفية ^(٤) والمالكية ^(٥) وهو رواية عن الإمام

١ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، (١٩٧٢/٥).

٢ - ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر دار المعرفة، بيروت، (١٨٨/٩).

٣ - انظر: مجموع الفتاوى (٣٣/٣٢)، والمغني (٣٤٦/٧).

٤ - انظر: بدائع الصنائع (٢٤٨/٢) وحاشية ابن عابدين (٨٢/٣)، الاختيار لتعليل المختار (١١٠/٣)، شرح فتح القدير (٢٨٨/٣).

٥ - انظر: المدونة (١٦٤/٤)، الشرح الكبير (٢٣١/٢)، والتاج والإكليل (٤٣٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٢)، القرافي، الذخيرة، نشر دار الغرب، بيروت، (٢١٥/٤)، القوانين الفقهية لابن حزمي (١٣٤/١).

أحمد^(١) إلى أن الولاية تنتقل من الولي العاضل إلى السلطان. وهو كذلك مذهب الشافعية^(٢) ما لم يحكم بفسقه لعضله، فإن حكم بذلك فالولاية للأبعد. كما أنه مقيد عند الشافعية بما إذا كان العضل دون ثلاث مرات .

الأدلة^(٣):

١. قول النبي ﷺ: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"^(٤). فظاهر الحديث يدل على أن الولاية تنقل للسلطان إذا منع الولي موليته من النكاح.

نوقش: أن الحديث ليس فيه دلالة على انتقال الولاية من الولي العاضل إلى السلطان بمجرد عضل الولي الأقرب مع وجود غيره من الأولياء، بل غاية الحديث دال على أن السلطان يكون واليا عند عضل الأولياء جميعا لقوله ﷺ في الحديث "فإن اشتجروا" فهو ضمير جمع يتناول كل العصابة.

٢. إن تزويج الولي موليته حق عليه، فإذا لم يقم بالواجب عليه وتعسف في استعماله، قام الحاكم مقامه، كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه استوفاه منه الحاكم.

نوقش: بأن قياس الولاية على الدين قياس فاسد، لوجود الفرق بين الولاية والدين من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الولاية حق للولي، بينما الدين حق عليه.

الوجه الثاني: أن الولاية تزول عن الولي لوجود سبب داع إلى زوالها كالجنون والموت والفسق، وهذا غير موجود في الدين فهو باق في الذمة مهما وجد من عوارض .

الوجه الثالث: أن من شرائط بقاء الولاية استمرار العدالة، وقد انتقضت العدالة بوجود العضل، بينما لا يعتبر لبقاء الدين استمرار العدالة.

١ - انظر: المغني (٧/٣٤٦)، الفروع (٨/٢١٣). الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (٢/٣٣٤).

٢ - انظر: الأم (٥/١٣، ١٤)، روضة الطالبين (٧/٥٤)، (٧/٥٨)، مغني المحتاج (٣/١٥٣) أسنى المطالب (٣/١٢٩).

٣ - انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٨) وحاشية ابن عابدين (٣/٨٢)، حاشية الدسوقي (٢/٢٣١)، المغني (٧/٣٤٦).

٤ - سبق تخريجه ص ٢٧.

٣. إن العاضل ظالم بامتناعه من تزويج موليته،فانتقلت الولاية للسلطان ؛لأن من مهامه الواجبة عليه إزالة الظلم ورفع الضرر عن المضرور. قال الكاساني-رحمه الله تعالى^(١)- "فإذا امتنع فقد أضر بها والإمام نصب لدفع الضرر فتنقل الولاية إليه"^(٢).

نوقش: بأن الظلم يتحقق زواله بانتقال الولاية من الولي العاضل إلى من يليه،فلا يشترط لزوال الجور عن المولية انتقال الولاية إلى السلطان.

القول الثاني: وذهب الحنابلة^(٣) إلى أنه إذا عضل ولي المرأة الأقرب زوجها من يليه من الأولياء. نص عليه أحمد ؛وهو كذلك مذهب الشافعية^(٤) إذا حكم بفسق الولي بسبب تكرار العضل منه ثلاث مرات .

الأدلة^(٥):

١. قوله ﷺ: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"^(٦).وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي ﷺ جعل للسلطان الولاية عند عدم الأولياء، والمرأة هاهنا لها ولي، كما أن ظاهر الحديث يدل على أن ولاية السلطان إنما تأتي ويظهر دورها إذا عضل كل العصابة؛لأن قوله: "فإن اشتجروا" ضمير جمع يتناول الكل.

٢. لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن ؛ ولأنه يفسق بالعضل فتنقل الولاية عنه، كما لو شرب الخمر.

١ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ملك العلماء علاء الدين الحنفي،تفقه على محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي،من أبرز مصنفاة: السلطان المبين في اصول الدين، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،توفي يوم الأحد بعد الظهر وهو عاشر رجب، في سنة سبع وثمانين وخمس مائة.انظر:طبقات الحنفية (٢/٢٤٤)، معجم المؤلفين،(٣/٧٥).

٢ -بدائع الصنائع (٢ / ٢٥٢).

٣ - انظر:: مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح،نشر الدار العلمية،الهند،(٣/٣٨)،: المغني (٧/٣٤٦)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى،(٢/٣٣٤). وكشاف القناع (٥ / ٥٤ - ٥٥).

٤ - انظر: روضة الطالبين (٧/٥٤)، (٧/٥٨)،مغني المحتاج (٣/١٥٣)أسنى المطالب (٣/١٢٩)،نهاية المحتاج (٦/٢٣٥).

٥ - انظر: نهاية المحتاج (٦/٢٣٥)، روضة الطالبين (٧/٥٤)، المغني (٧/٣٤٦)، كشاف القناع (٥/٥٤-٥٥).

٦ - سبق تخريجه ص٢٧.

القول المختار:

الذي يظهر-والله أعلم-أن القول الثاني أولى بالأخذ والرجحان، لقوة ما اعتمدوا عليه من أدلة، ولورد المناقشة القوية على ما استدل به أصحاب القول الأول.

المطلب السابع

إذا كان ولي المرأة القريب غائبا

في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه

تقرر أنه لا يصح النكاح من غير ولي عند جمهور أهل العلم، خلافا للمشهور من مذهب الحنفية^(١)، كما مر ذكر ترتيب الأولياء في النكاح، وأنه يراعى الأقرب فالأقرب، وتأتي هاهنا مسألة غياب الأقرب الذي له الحق في تزويج موليته وله السبق على غيره من بقية الأولياء فيقال: اختلف أهل العلم - رحمه الله تعالى - فيمن تنتقل له الولاية إذ غاب الولي الأقرب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج دون السلطان .

الأدلة^(٤):

١. قول النبي ﷺ: "السلطان ولي من لا ولي له"^(٥) وهذه لها ولي.
 ٢. ولأن هذه ولاية نظرية . وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ؛ لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب، بل لأن في الأقرب زيادة مظنة للحكمة، وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية . فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد.
 ٣. أن الولاية تنتقل إلى الأبعد عند غياب الولي كما أنها تنتقل إلى الأبعد عند موت الولي.
- وحد الغيبة المنقطعة عند الحنفية هو أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة

١ - وقد سبق ذكر هذه المسألة في الفصل الأول ص ٣٨.

٢ - انظر: شرح فتح القدير (٢٨٨/٣) وما بعدها، تبين الحقائق (١٢٧/٢)، حاشية ابن عابدين (٨١/٣) وما بعدها.

٣ - انظر: المغني (٣٦٩/٧)، كشف القناع (٥٥/٥)، مطالب أولى النهي (٦٦/٥) .

٤ - انظر: حاشية ابن عابدين (٨١/٣) وما بعدها، والمغني (٣٦٩/٧).

٥ - تقدم تخريجه ص ٢٧.

واحدة ، وقيل: أدنى مدة السفر ؛ لأنه لا نهاية لأقصاه، وقيل: إذا كان بحال يفوت الخاطب الكفاء باستطلاع رأي الولي. ويتفق الحنابلة مع الرأي الثاني، فقالوا إن ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، قال البهوتي-رحمه الله تعالى- نقلا عن الموفق-رحمه الله تعالى:- وهذا أقرب إلى الصواب. فإن التحديد بابه التوقيف ولا توقيف، وتكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر، لأن من دون ذلك في حكم الحاضر"^(١)، وقالوا: إن كان الأقرب أسيرا أو محبوسا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته أو تتعذر فزوج الأبعد صح، لأنه صار كالبعيد، كما يصح إذا كان الأقرب غائبا لا يعلم محله أقرب هو أم بعيد ؟ أو علم أنه قريب المسافة ولم يعلم مكانه.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٢) إلى التفريق بين الولي المجر، والولي غير المجر^(٣) فقالوا:

أ- إن الولي المجر الأقرب -وهو الأب ووصيه- إذا كان غائبا غيبة بعيدة زوج الحاكم ابنة الغائب المجر، دون غيره من الأولياء، ولا يجوز تزويجها في غيبة قريبة، لا للحاكم ولا لغيره من الأولياء بغير إذن الولي المجر وبدون تفويضه، حتى إنهم قالوا: يفسخ النكاح أبدا إذا زوج الحاكم أو غيره من الأولياء، ولو أجازته المجر بعد علمه، ولو ولدت الأولاد، إلا أن هذا الفسخ ليس على إطلاقه، وإنما يشترط له الشروط التالية:

١. أن تكون النفقة جارية على المولية المراد تزويجها.

٢. ألا يخشى عليها الفساد.

٣. أن تكون الطريق مأمونة.

٤. أن لا يتبين إضراره بما بغيبته بأن قصد تركها من غير زواج.

فإن لم تتحقق هذه الشروط أو لم يتحقق أحدها، كتب له الحاكم: إما أن تحضر تزويجها أو توكل وكيلا يزويجها، وإلا زوجناها عليك، فإن لم يفعل زوجها الحاكم عليه، ولا فسخ، سواء كانت بالغة أو لا.

١ - كشف القناع (٥٥/٥).

٢ - انظر: الشرح الكبير (٢٢٨/٢) وما بعدها، الفواكه الدواني (٨/٢) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٢٣٠/٢).

٣ - وقد سبق بيان الفرق بين الولي المجر والولي غير المجر في مذهب المالكية في الفصل الأول ص-----.

وحد الغيبة القريبة عند المالكية مسافة عشرة أيام ذهاباً، وحد البعيدة ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر على اختلاف بينهم.

ما الغيبة المتوسطة بين هذين الحدين، فالظاهر أنه يحتاط فيه كما قال الدسوقي - رحمه الله تعالى -^(١): فيلحق بالغيبة القريبة فيفسخ؛ بناء على أن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

ب- أما إذا كان الولي غير مجبر كالأخ والجد فلا يخلو:

فإن كانت الغيبة قريبة كثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، وتقدم إلى الزواج من المرأة كفاء لها، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد؛ لأن الحاكم وكيل الغائب.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل إليه الحاكم، فإن حضر أو وكل أحدا عنه، تم المطلوب، وإلا زوجها الولي الأبعد دون القاضي.

وإن كانت الغيبة بعيدة كأكثر من ثلاثة أيام، فللقاضي أن يزوجه؛ لأنه وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهة. وهذا إذا لم يكن للغائب وكيل مفوض بزواج المولية، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج؛ لأنه مقدم على غيره إذا الوكيل بمثابة الأصيل.

القول الثالث: وذهب الشافعية^(٢) إلى أن غياب الولي الأقرب نسبا كان أو ولاء لا يخلو من

حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون غيابه لمرحتين ولا وكيل له بالبلد، أو دون مسافة القصر، فإن

الأصح في هذه الحالة هو قيام سلطان بلد الزوجة أو نائبه بالتزويج؛ لأن الغائب ولي، والتزويج حق له، فإذا تعذر استيفاءه منه ناب عنه الحاكم (القاضي)، على أن الأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج، أو يستأذنه القاضي للقاضي للخروج من الخلاف .

١ - هو محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، المالكي، ولد بدسوق من قرى مصر، وقدم القاهرة ودرس بالأزهر، وتوفي بالقاهرة في ٢١ ربيع الثاني، له كتب، منها (الحدود الفقهية)، و (حاشية على مغني اللبيب)، و (حاشية على السعد التفتازاني). انظر: معجم المؤلفين (٢٩٢/٨).

٢ -- انظر: روضة الطالبين (٦٨/٧) وما بعدها، مغني المحتاج (١٥٧/٣)، أسنى المطالب (١٣٤/٣)، الحاوي الكبير (٢٧٦/٩).

الحالة الثانية: أن يكون غيابه فيما دون المرحلتين، فالأصح في هذه الحالة أن لا يزوج إلا بإذن الولي الأقرب، لقصر المسافة، فراجع فيحضر أو يوكل كما لو كان مقيماً. على أنه لو تعذر الوصول إلى الولي الأقرب لفتنة أو خوف جاز للسلطان أن يزوج بغير إذنه، ولو زوجها الحاكم لغيبة وليها ثم قدم وقال: كنت زوجتها في الغيبة، قدم نكاح الحاكم.

القول المختار:

الراجح هو انتقال الولاية حين غيبة الولي غيبة بعيدة إلى القاضي، وذلك أن القول بانتقال الولاية للولي الأبعد في هذه الحالة، قد يكون مفضياً لحصول النزاع بين الولي الأقرب والولي الأبعد، بينما لا يظهر هذا النزاع عند القول بانتقال الولاية للقاضي؛ لأن للقاضي هيبة واحترام تقطع دابر النزاع.

المطلب الثامن

ولاية الكافر للمسلمة

إسلام الولي شرط في ثبوت الولاية له إن كان المولى عليه مسلماً، وعليه فلا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة بإجماع أهل العلم، وأن الحاكم هو من يتولى تزويجها^(١).

الأدلة^(٢):

١. قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٣) فالله تعالى أخبر أن ولاية المؤمنين لبعضهم، فأفادت الآية بالمفهوم أنه لا ولاية لغير المؤمن على المؤمن.

٢. أنه لا ميراث بين الولي الكافر والمولى عليه المسلم وفي الحديث: "لا يتوارث أهل ملتين شيئاً"^(٤).

٣. أن الشرع قطع ولاية الكافرين على المسلمين، قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٥).

٤. حديث - "الإسلام يعلو ولا يعلى"^(٦).

١ - انظر: الإجماع لا بن المنذر (٧٨/١)، المغني (٣٦٣/٧)، ابن القيم، أحكام أهل الذمة، نشر ابن حزم، بيروت، (٧٨٦/٢).

٢ - انظر في المذهب الحنفي: بدائع الصنائع (٢٣٩/٢)، حاشية ابن عابدين (٣٠٩/٢)، (٧٧/٣)، شرح فتح القدير (٢٦٠/٣)، (٢٨٥/٣) وفي المذهب المالكي: الشرح الكبير للدردير (٢٣١/٢)، الفواكه الدواني (٢٨/٢)، التاج والإكليل (٤٣٨/٣) وفي المذهب الشافعي: معني المحتاج (١٥٦/٣)، (١٧٣/٣)، نهاية المحتاج (٢٣٩/٦)، إعانة الطالبين (٣٢٨/٣) وفي المذهب الحنبلي: كشف القناع (٥٣/٥)، والمغني (٣٦٣/٧)، مطالب أولي النهى (٦٥/٥).

٣ - سورة التوبة، آية (٧١).

٤ - تقدم تخريجه ص ٥٨.

٥ - سورة النساء، آية (١٤١).

٦ - تقدم تخريجه ص ٥٨.

٥. ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز، ولذا صيغت المسلمة عن نكاح الكافر.

المطلب التاسع

ولي المرأة إذا تعذرت مراجعة وليها القريب كما لو كان مأسورا أو محبوسا

اختلف العلماء-رحمهم الله تعالى- فيمن تنتقل إليه الولاية إذا كان الولي الأقرب المستحق للولاية محبوسا أو مأسورا على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية في المشهور عنهم^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن الولاية تنتقل في هذه المواطن إلى الولي الأبعد، فيكون هو المالك لتزويج المولية. لأنه لا فرق بين غيبة الولي الأقرب وبين حبسه وأسره.

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٤) إلى انتقال الولاية للقاضي حين أسر الولي الأقرب أو حبسه كما قالوا بانتقال للقاضي حين غيبة الولي الأقرب؛ إذ مصطلح (الغيبة) شامل للحبس والأسر.

القول المختار:

الذي يظهر-ولله تعالى وحده العلم- هو رجحان القول الثاني؛ وذلك أن القول بانتقال الولاية للولي الأبعد في هذه الحالة، قد يكون مفضيا لحصول التزاع بين الولي الأقرب والولي الأبعد، بينما لا يظهر هذا التزاع عند القول بانتقال الولاية للقاضي؛ لأن للقاضي هيئة واحترام تقطع دابر التزاع.

١ - انظر: المسبوط (٤٠٢/٤) وما بعدها، شرح فتح القدير (٢٨٨/٣)، إبراهيم الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، نشر البابي الحلبي، القاهرة (٣١٨/١).

٢ - انظر: الشرح الكبير (٢٢٨/٢) وما بعدها، الفواكه الدواني (٨/٢) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٢٣٠/٢).

٣ - انظر: المغني (٣٦٩/٧)، كشف القناع (٥٥/٥)، مطالب أولى النهى (٦٦/٥). وأدلة هذا القول في هذه المسألة هي ذات أدلة القائلين بانتقال الولاية للولي الأبعد عند غيبة الولي الأقرب وقد تقدمت في ص ١٣١.

٤ - انظر: مغني المحتاج (١٥٣/٣) وما بعدها، أسنى المطالب (١٣٤/٣) وما بعدها، إعانة الطالبين (٣١٥/٣)، روضة الطالبين (٤١٤/٥) وما بعدها. والأدلة هنا هي نفس الأدلة التي استدلو بها على انتقال الولاية للسلطان عند غيبة الولي الأقرب وقد سبقت في ص_____.

المبحث الثالث

نيابة القاضي في كتاب الطلاق

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة.

المطلب الثاني: إذا سافر الزوج عن زوجته أكثر من ستة أشهر بلا عذر وأبى

الرجوع وطلبت الزوجة الفرقة.

المطلب الثالث: تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

المطلب الرابع: إذا تزوج الرجل المرأة زواجا فاسدا وأبى تطليقها.

المطلب الخامس: لو جاءت امرأة حاكما وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها.

المطلب الأول

تطبيق القاضي على المولى إذا أبى الفيئة

تمهيد:

الإيلاء لغة: آلى يؤلى إيلاء أي أقسم وحلف و تألى و أتلى مثله، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَا

يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ ﴾^(١)، و الألية اليمين وجمعها ألياء، والألي: الرجل الكثير الإيمان^(٢).

وشرعا: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للإيلاء، وهي على النحو التالي:

عرفه الحنفية بأنه^(٣): عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحه أربعة أشهر فصاعدا منعاً

مؤكداً بشيء يلزمه وهو يشق عليه.

وعرفه المالكية بأنه^(٤): حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه.

وعرفه الشافعية بأنه^(٥): حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة

أشهر.

وعرفه الحنابلة بأنه^(٦): حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك

وطء امرأته الممكن جماعها ولو قبل الدخول في قبل أبداً أو يطلق أو أكثر من أربعة أشهر أو

ينويها.

والإيلاء محرم لما فيه من الإيذاء، ولأنه يمين على ترك واجب.

والمستحب للزوج هو الرجوع وإعطاء المرأة حقها في الوطاء، مع التكفير كفارة اليمين،

١ - سورة النور، الآية (٢٢).

٢ - انظر: تهذيب اللغة (٣٠٩/١٥) وما بعدها، مختار الصحاح (٩/١)، ومحمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، نشر دار الهداية (٩١/٣٧).

٣ - تبيين الحقائق (٢/٢٦١).

٤ - شرح حدود ابن عرفة (٢٩١).

٥ - مغني المحتاج (٣/٣٣٣).

٦ - كشف القناع (٥/٣٥٣).

وكفارة اليمين على التخيير بين العتق والكسوة والإطعام، فإن لم يستطع على واحد منها انتقل لمرتبة الصيام، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۖ﴾^(١).

فهاهنا أربع مراتب:

المرتبة الأولى: إطعام عشرة مساكين.

المرتبة الثانية: كسوتهم.

المرتبة الثالثة: تحرير رقبة.

فهذه الثلاثة على التخيير. فمن لم يستطيع على واحدة منها انتقل للمرتبة الرابعة وهي: صيام ثلاثة أيام^(٢).

لكن إذا أصر المولي على ما حلف عليه من ترك وطء امرأته كان في هذا موجب للفرقة بينه وبين زوجته؛ لأن في إصراره هذا إضرار بالزوجة، وقد قررت الشريعة أن الضرر لا بد من إزالته، فأعطت المرأة حقا في مطالبة زوجها بالعودة إلى معاشرتها، فإن كابر الزوج وامتنع من العود للمعاشرة، حتى مضت أربعة أشهر فهل يقع الطلاق. بمجرد مضي هذه المدة أم الأمر مناط بمراجعة الحاكم؟

اختلف العلماء -رحمهم الله تعالى وغفر لهم- في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى أنه إذا مضت مدة التبرص والانتظار (أربعة أشهر) ولم يفىء الزوج المولي لم يقع الطلاق. بمجرد مضي المدة، بل يتحتم على الزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي، فيأمره القاضي باختيار أحد الطريقتين: إما الفيء والرجوع عن

١ - سورة المائدة، آية (٨٩).

٢ - وفي كل مرتبة من التفاصيل والتفاريح عند العلماء، لا يستدعي موضوع البحث ذكرها، فرحمة الله ورضوانه على علماء الإسلام فمدوناتهم مملوءة بها.

٣ - انظر: الشرح الكبير للدردير (٤٣٦/٢)، وما بعدها، الفواكه الدواني (١٠٣٦/٣)، حاشية الدسوقي (٤٢٨/٢) وما بعدها.

٤ - انظر: مغني المحتاج (٣٥١/٣)، نهاية المحتاج (٨٠/٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣٤٩/٣).

٥ - انظر: المغني (٥٢٩/٨)، كشف القناع (٣٦٧/٥)، مطالب أولى النهى (٥٠٥/٥).

اليمين والعود إلى معاشره المرأة، وإما تسريح الزوجه وتطليقها؛ رفعا للضرر الواقع عليها؛ فإن أبي كلا الأمرين طلق القاضي عليه.

الأدلة:

(١) أن هذا القول مروى عن عدد من الصحابة-رضي الله عنهم- ومنهم عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وأبي الدرداء قال سهيل بن أبي صالح^(١): "سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف"^(٢).

(٢) قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُ^ط فَإِن فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ

﴿٢٢٦﴾^(٣) وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية

للتعقيب ثم قال: ﴿وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢٢٧) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه.

نوقش: بأن ما ذكر لا يوجب أن يكون الفيء بعد مضي هذه المدة، بدلالة قول الله

تعالى: ﴿فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ ففي هذه الآية ذكر الله تعالى الإمساك

بمعروف بعد بلوغ الأجل وهذا لا يوجب الإمساك بعد مضي الأجل الذي هو العدة، وإنما الذي يوجب الإمساك هو الرجعة في العدة، وتقع بينونة بعد انقضائها كذا هنا.

(٣) قول الله تعالى: ﴿سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما.

١ - هو سهيل بن أبي صالح السمان سمع أباه وأبا الحباب سعيد بن يسار والنعمان بن أبي عياش وعطاء بن يزيد احتج به مسلم لا البخاري قال الشيخ شمس الدين: ما نعموا منه إلا أنه مرض ونسي بعض حديثه وأخرج له البخاري مقرونا بغيره قال النسائي وغيره لا بأس به وروى له مسلم والأربعة وتوفي سنة ثمان وثلاثين ومائة. انظر: الوافي بالوفيات (٢٠/١٦)، وسير أعلام النبلاء، (٦٦/١٠).

٢ - أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، (٦١/٤)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق، (٣٧٧/٧)، وقال الإمام الألباني-رحمه الله تعالى- في إرواء الغليل: إسناده صحيح على شرط مسلم، (١٧٢/٧).

٣ - سورة البقرة، الآية (٢٢٦).

نوقش: أن المراد بقوله تعالى (سميع) عند قوم من أهل التأويل أي سميع بإيلائه والإيلاء مما ينطق به ويقال فيكون مسموعا، وقوله (عليم) منصرف للعزم فيصير المعنى: عليم بعزمه على الطلاق وهو ترك الفيء.

٤) إن الانتظار والتربص أربعة أشهر ضرب للمولي تأجيلا فلم تستحق المرأة المطالبة بالفيئة فيها كسائر الآجال.

٥) أن اللفظ الذي صدر من الزوج ها هنا هو اليمين المانعة له من مباشرة زوجته، وليس في هذا اللفظ دلالة إلا عليه فكيف يقال: بوقوع الطلاق من غير إيقاع الزوج له وصدوره من؟.

القول الثاني: ذهب الحنفية^(١) إلى أن الطلاق يقع بمجرد انتهاء أربعة أشهر طلقة واحدة بائنة فلا يتوقف الأمر على القاضي وحكمه بتطليق المرأة .

الأدلة^(٢):

١) إن الزوج بإيلاءه من زوجته عزم على منع حقها في الجماع وأكد العزم باليمين فإذا مضت المدة ولم يفيء إليها مع القدرة على الفيء فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم في حقها فتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمة ورحمة بها، ونظرا لها بتخليصها عن حباله لتتوصل إلى إيفاء حقها من زوج آخر.

٢) إن الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة إلا بدليل ولا دليل ها هنا على الوقف، ولهذا لما جعل الشرع لسائر المدة التي بين الزوجين مقدارا معلوما من المدة ومدة العنين لم تحتمل الزيادة على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق.

٣) لأن الفيء نقض اليمين ونقضها حرام في الأصل قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ﴾

١ - انظر: بدائع الصنائع (١٧٦/٣) وما بعدها، شرح فتح القدير (١٩١/٤) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٤٢٧/٣)،

الاختيار لتعليل المختار (١٦٨/٣).

٢ - انظر: المصادر السابقة، الصفحات نفسها.

بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كِفَالًا ﴿١﴾ إِلَّا أَنَّهُ ثَبِتَ جَوَازَ نَقْضِهَا فِي ثِنَايَا مَدَّةِ الْإِيْلَاءِ فَبَقِيَ النَّقْضُ حَرَامًا فِيْمَا وَرَاءَهَا فَلَا يَحِلُّ الْفِيءُ فِيْمَا وَرَاءَهَا فَلَمْ يَزَمْ الْقَوْلُ بِالْفِيءِ فِي الْمَدَّةِ وَبِقُوعِ الطَّلَاقِ بَعْدَ مَضِيَّهَا.

(٤) لِأَنَّ الْإِيْلَاءَ كَانَ طَلَاقًا مَعْجَلًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَجَعَلَهُ الشَّرْعُ طَلَاقًا مُؤَجَّلًا وَالطَّلَاقَ الْمُؤَجَّلَ يَقَعُ بِنَفْسِ انْقِضَاءِ الْأَجْلِ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارِهِ لِإِيْقَاعِ أَحَدٍ بَعْدَهُ كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتَ طَالِقٌ رَأْسَ الشَّهْرِ .

وَالدَّاعِي إِلَى الْقَوْلِ بِقُوعِ الطَّلَاقِ بَائِنًا الْأَدْلَةُ التَّالِيَةُ:

أ- مَا رَوَى عَنْ عَثْمَانَ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قَالُوا: إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فَهِيَ تَطْلِيْقَةٌ بَائِنَةٌ (٢).

ب- لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا يَقَعُ عِنْدَ مَضِيِّ الْمَدَّةِ دَفْعًا لِلظُّلْمِ فَلَا يَنْدَفِعُ الظُّلْمُ عَنْهَا إِلَّا بِالْبَائِنِ لِتَنْخُلُصَ عَنْهُ فَتَمَكَّنَ مِنْ اسْتِيْفَاءِ حَقِّهَا مِنْ زَوْجٍ آخَرَ وَلَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِالْبَائِنِ.

ت- لِأَنَّ الْقَوْلَ بِقُوعِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ يُؤَدِّي إِلَى الْعَبْثِ لِأَنَّ الزَّوْجَ إِذَا أَبَى الْفِيءَ وَالتَّطْلِيْقَ يَقْدَمُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَطْلُقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ عِنْدَهُ ثُمَّ إِذَا طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ يَرَاجِعُهَا الزَّوْجَ فَيُخْرِجُ فِعْلَ الْحَاكِمِ مَخْرَجَ الْعَبْثِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

سبب الاختلاف بين القولين:

سبب الاختلاف بين الجمهور وبين الحنفية يرجع إلى اختلافهم في المراد من الترتيب الذي

تدل عليه " الفاء " في قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءٌ فَإِنَّ اللَّهَ

عَفُوٌّ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ (٣) أهُوَ التَّرْتِيبُ الْحَقِيقِيُّ (الزَّمَنِيُّ) فَيَكُونُ الْمُرَادُ بِالْآيَةِ أَنَّ زَمْنَ الْمَطَالَبَةِ بِالْفِيءِ أَوْ الطَّلَاقِ عَقِبَ مَضِيِّ الْأَجْلِ الْمَضْرُوبِ، وَهُوَ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُرُ، أَمَّ التَّرْتِيبَ الذِّكْرِيَّ لَا الزَّمَنِيَّ فَيَصْبِحُ الْمُرَادُ بِالْآيَةِ أَنَّ الْفِيءَ بَعْدَ الْإِيْلَاءِ خِلَالَ الْأَجْلِ الْمَضْرُوبِ لَا بَعْدَهُ، فَإِذَا انْقَضَى الْأَجْلُ بَدُونَ

١ - سورة النحل، آية (٩١).

٢ - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٥/٥)، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الإيلاء، (٤٤٦/٦)، وسعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الإيلاء، (٢٦/٢)، وضعفه الألباني في ضعيف سنن الترمذي، (١٤٤/١).

٣ - سورة البقرة، الآية (٢٢٦).

فيء فيه وقع الطلاق بمضيه ؟

فذهب الجمهور إلى أن المراد بالآية الترتيب الحقيقي (الزمني)، وذهب الحنفية إلى أن المراد الترتيب الذكري، فيصير تقدير الآية على مذهب الجمهور "للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم"، بينما يصير تقدير الآية على مذهب الحنفية "للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فيها فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق بترك الفيئة في مدة التربص فإن الله سميع عليم"^(١).

القول المختار:

هذه المسألة مما اختلف فيها الصحابة-رضي الله تعالى عنهم- وهذا مشعر بقوة النزاع كيف لا؟ وقال الإمام ابن العربي-رحمه الله تعالى-^(٢): "اختلف الصحابة والتابعون في وقوع الطلاق بمضي المدة، هذا وهم القدوة الفصحاء اللسن البلغاء من العرب، فإذا أشكلت عليهم فمن ذا الذي تتضح له منا بالأفهام المختلفة واللغة المعتلة"^(٣) إلا أنه قال: "ولكن إن ألقينا الدلو في الدلاء لم نعدم بعون الله الدواء، ولم نحرم الاهتداء في الاقتداء.

فالذي أميل إليه في هذه المسألة هو قول الجمهور القاضي بقيام القاضي بتطبيق المرأة إن أبي زوجها المولي منها الفيئة والتطبيق، للأسباب التالية:

(١) ما تقدم من الأدلة التي ركن إليها الجمهور .

(٢) ما سبق من الإيرادات والمناقشات على بعض أدلة أصحاب القول الثاني (الحنفية).

(٣) دلالة الألفاظ في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ والعزم ما عزم العازم على فعله كما

١ -انظر:الجامع لأحكام القرآن للقرطبي،(٣/١١١).

٢ -هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله، ابن العربي الأندلسي، الإشبيلي، المالكي، مولده سنة ثمان وستين وأربع مائة، سمع من: خاله الحسن بن عمر الهوزني، و طراد بن محمد الزبيني، وأبي عبد الله النعالي، وجماعة، و سمع منه: عبد الرحمن بن صابر، وأخوه، وأحمد بن سلامة الآبار وجماعة، من مصنفاته: عارضة الأحوذ في شرح جامع أبي عيسى الترمذي، و(المحصل) في الأصول، ترتيب الرحلة، للترغيب في الملة).انظر: سير أعلام النبلاء (٣٩/١٩١)،السواقي بالوفيات (٣/٢٦٥).

٣ -الجامع لأحكام القرآن،(١/٣٥٨).

في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عُقَدَةَ النَّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِنْتُبُ أَجَلَهُ﴾^(١) فإن قيل: فترك الفيئة عزم على الطلاق قيل العزم هو إرادة جازمة لفعل المعزوم عليه أو تركه والحنفية يوقعون الطلاق بمجرد مضي المدة وإن لم يكن منه عزم لا على وطء ولا على تركه بل لو عزم على الفيئة ولم يجمع طلق الحنفية عليه بمضي المدة ولم يعزم الطلاق .

(٤) أن التخيير بين أمرين يقتضي أن يكون فعلهما إليه ليصح منه اختيار فعل كل منهما وتركه وإلا لبطل حكم خياره ومضي المدة ليس إليه.

(٥) أنه سبحانه جعل للمؤلين شيئاً وعليهم شيئاً فالذي لهم تربص المدة المذكورة والذي عليهم إما الفيئة وإما الطلاق وعند الحنفية ليس عليهم إلا الفيئة فقط وأما الطلاق فليس عليهم بل ولا إليهم وإنما هو إليه سبحانه عند انقضاء المدة فيحكم بطلاقها عقيب انقضاء المدة شاء أو أبي ومعلوم أن هذا ليس إلى المؤلي ولا عليه وهو خلاف ظاهر النص^(٢).

قال ابن قدامة-رحمه الله تعالى- "وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بإمهال فإن قال أمهلوني حتى آكل فإني جائع أو ينهضم الطعام فإني كظيظ أو أصلي الفرض أو أفطر من صومي أمهل بقدر ذلك فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجمع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك في بيته وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة"^(٣). كما أن من الواجب معرفته في

١ - سورة البقرة، آية (٢٣٥).

٢ - انظر: زاد المعاد (٣٤٧/٥) وما بعدها.

٣ - المغني (٥٣١/٨) .

هذا المقام أنه ليس للقاضي أن يأمر المولي بالطلاق ولا يطلق إلا بطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما القاضي يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها^(١).

١ - انظر: المغني (٥٤٢/٨)، الفواكه الدواني (٤٠/٢)، حاشية الدسوقي (٤٣٠/٢)، مغني المحتاج (٣٥٠/٣).

المطلب الثاني

إذا سافر الزوج عن زوجته أكثر من ستة أشهر

بلا عذر وأبى الرجوع وطلبت الزوجة الفرقة

إذا سافر الزوج عن زوجته هذه المدة وتضررت المرأة من جراء ذلك وخافت على نفسها الفتنة، فهل لها حق الترافعي للقاضي لطلب حل العلاقة وإجراء الفرقة، أم ليس لها ذلك؟
اختلف الفقهاء -رحمهم الله تعالى- في جواز ذلك بناء على اختلافهم في حكم استدامة الوطء. بمعنى هل استدامة الوطء حق للزوجة كما هو حق للزوج؟

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو رأي ابن حزم الظاهري^(٣) إلى أن دوام الوطء حق للرجل فقط، وليس للمرأة حق فيه، فإذا ترك الزوج وطء زوجته مدة لم يعد ظالماً لها أمام القاضي، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً، وسواء طالت غيبة الزوج أم قصرت؛ لأن حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرة الواحدة، فإذا تمت لها لم يبق لها في الوطء حق عند القضاء، ويترتب على هذا أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة ما مهما طالت، وأبقى لها ما تنفق منه على نفسها، لم يكن لها حق طلب التفريق بعد ذلك، وذلك لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم.

-
- ١ - انظر: الرشداني المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، نشر المكتبة الإسلامية (١٨١/٢-١٨٢)، الدر المختار (٣/٤٩٥-٥٩٠)، بدائع الصنائع (٢/٣٢٥-٣٢٧-٣٣١)، تبيين الحقائق (٢/٢٦٣) (٣/١١-٢٢-٢٣)، الكلبولي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (٢/٥٨٣).
 - ٢ - مغني المحتاج (٣/٢٤٢)، نهاية المحتاج (٧/٢١٢-٢١٣)، أسنى المطالب (٣/٤٣٧-٤٣٨). روضة الطالبين (٦/٣٧٧)، النووي، المجموع شرح المهذب، (١٥٥/١٨) وما بعدها.
 - ٣ - هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد القرطبي، ولد: أبو محمد بقرطبة في سنة أربع وثمانين وثلاث مائة، سمع من ثلة كبيرة منهم: يحيى بن مسعود بن وجه الجنة، وعبد الله بن ربيع التميمي، وعبد الرحمن بن عبد الله بن خالد، له مصنفات عديدة منها: الخلى في شرح المحلى بالحجج والآثار، وما انفرد به مالك وأبو حنيفة والشافعي، التبيين في هل علم المصطفى أعيان المنافقين، توفي عشية يوم الأحد لليلتين بقيتا من شعبان، سنة ست وخمسين وأربع مائة، فكان عمره إحدى وسبعين سنة وأشهرها - رحمه الله - . انظر: سير أعلام النبلاء (٣٥/١٦٦)، المقصد الأرشد (٢/٢١٣). الخلى (٩/٤٥٨).

الأدلة^(١):

(١) ما ورد عن المغيرة بن شعبه أن النبي ﷺ قال في امرأة المفقود: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"^(٢).

ويستدل بهذا الحديث على أنه لا يجوز لها طلب الفرقة حتى يأتي خبر موته؛ لأنها قبل موته زوجة له.

(٢) قول علي رضي الله عنه: "هذه امرأة ابتليت فلتصبر"^(٣). بمعنى أنها تصبر حتى يأتي نبأ وفاته.

(٣) أن الغالب هو عودة الغائب إلى أهله، وعدم استمراره في السفر، فإذا كان كذلك لم يستقم قياس الغيبة والسفر هذه المدة على العنة، إذ العنة باقية ولا تنحل في الغالب.

(٤) الأصل في الشرع هو عدم جواز نكاح أحد بغيابه ولا إيجاب عدة ممن لا يثبت موته، ولا يحق لأحد أن يطلق على غيره، فإذا كانت هذه الأصول الشرعية في هذه المسائل فبأي موجب يفسخ نكاح الغائب؟

قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - " فلم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما خبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا

١ - انظر: الهداية شرح بداية المبتدي، (١٨١/٢-١٨٢)، بدائع الصنائع (٣٢٥/٢-٣٢٧-٣٣١)، تبين الحقائق (٢٦٣/٢) (١١/٣-٢٢-٢٣)، - مغني المحتاج (٢٤٢/٣)، نهاية المحتاج (٢١٢/٧-٢١٣)، أسنى المطالب (٤٣٧/٣-٤٣٨).

٢ - أخرج البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، وقال: ورواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب، وسوار ضعيف. (٤٤٥/٧)، وضعفه ابن الملقن في خلاصة البدر، (٢٤٠/٢)، وضعفه الألباني، في السلسلة الضعيفة، (٣١٨/١).

٣ - أخرج عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، (٩٠/٧)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، وقال: هو عن علي مشهور، (١٥٨/٦)، وانظر: تلخيص الحبير (٥٠٣/٣).

تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه"^(١).

القول الثاني: ذهب الحنابلة^(٢) إلى أن استدامة الوطاء واجب للزوجة على زوجها قضاء، إلا إذا كان بالزوج عذر يحول بينه وبين الوطاء كالمرض، وعلى هذا فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة بغير عذر، كان لها طلب التفريق منه، فإذا كان تركه بعذر لم يكن لها ذلك.

القول الثالث: ذهب المالكية^(٣) إلى أن استدامة الوطاء حق للزوجة مطلقا، وعلى ذلك فإن الرجل إذا غاب عن زوجته مدة، كان لها طلب التفريق منه، سواء أكان سفره هذا لعذر أم لغير عذر، لأن حقها في الوطاء واجب مطلقا عندهم .

ونلاحظ أن القولين الثاني والثالث بينهما جانب وفاق من جهة أن كليهما يقولان بجواز التفريق، إلا أن الحنابلة قيدوا حكمهم الجوازي هذا باشتراط أن يكون للزوج عذر مانع له من الجيء، بينما أطلق المالكية حكمهم هذا فجعلوه شاملا لغياب الزوج عن زوجته بعذر أو بدون عذر. ولذا كان من الطبيعي بعد هذا أن تكون أدلتهم متشابهة وإن لم نقل هي متحدة.

الأدلة^(٤):

(١) ما روي أن عمر بن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- كان يجرس المدينة فمر بامرأة في بيتها مغلقة بابها وهي تقول:

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وأرقني أن لا ضجيع ألا عبه
ألا عبه طورا وطورا كأنما ... بدا قمرا في ظلمة الليل حاجبه
يسر به من كان يلهو بقربه ... لطيف الحشا لا يحتويه أقاربه

١ - الأم (٢٣٩/٥).

٢ - انظر: المغني (١٤٣/٨) وما بعدها، كشاف القناع (١٩٣/٥)، مطالب أولي النهى (٢٦٧/٥)، الشرح الكبير لا بن قدامة (١٣٨/٨) وما بعدها.

٣ - انظر: مواهب الجليل (٤٩٦/٥) وما بعدها، بداية المجتهد (٥٢/٢)، الفواكه الدواني (١٠٢٣/٣) وما بعدها، الشرح الكبير (٤٧٩/٢) المدونة الكبرى (٤٥٠/٥)، حاشية الدسوقي (٤٧٩/٢) وما بعدها.

٤ - انظر: مواهب الجليل (٤٩٦/٥) وما بعدها، بداية المجتهد (٥٢/٢)، الفواكه الدواني (١٠٢٣/٣) وما بعدها، الشرح الكبير (٤٧٩/٢) المدونة الكبرى (٤٥٠/٥)، حاشية الدسوقي (٤٧٩/٢) وما بعدها، المغني (١٤٣/٨) وما بعدها، كشاف القناع (١٩٣/٥)، مطالب أولي النهى (٢٦٧/٥)، الشرح الكبير لا بن قدامة (١٣٨/٨) وما بعدها.

فو الله لولا الله لا شيء غيره ... لنقض من هذا السرير جوانبه

ولكنني أحشى رقبيا موكلا ... بأنفاسنا لا يفتر الدهر كاتبه

مخافة ربي والحياء يصدني ... وإكرام بعلي أن تنال مراكيه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك؟ قالت: خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا و يقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين. وتطبيقا لهذا الحكم الرشيد من الخليفة الراشد-رضي الله تعالى عنه-إذا غاب الزوج أكثر من ستة أشهر ولم يكن هناك عذر مانع له من الرجوع، وطلبت المرأة الفرقة فرق القاضي بينهما.

(٢) قالوا: مما تقرر عند الشافعية إباحة الفسخ بسبب إعسار الزوج بالنفقة وكذلك إباحتها في العنة، وهاهنا اجتمع على الزوج عدم الوطاء وعدم الإنفاق، فتجوز الفسخ والحالة هذه أولى وأحرى.

(٣) واستدل المالكية على إطلاقهم هذا الحكم -علاوة على ما سلف ذكره من أدلة- بأن الضرر واقع على المرأة سواء كانت الغيبة لعذر أو لغير عذر.

إلا أن المالكية في القول المعتمد لديهم جعلوا هذا الحق للمرأة (الغيبة) المبرر لها طلب الفسخ فيما إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته سنة فأكثر، بينما كان اتجاه الحنابلة تحديد المدة بستة أشهر، اعتمادا على القضاء الراشد من الخليفة الراشد عمر بن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- وقد ذكر في ديباجة الأدلة.

ومما يتعين ذكره في هذا المقام أن القائلين بجواز التفريق من أصحاب القول الثاني والثالث اشترطوا لذلك شروطا ذكرت في ثنايا الكلام، وها هنا جمعها:

(١) أن تكون غيبة الزوج طويلة، وقد اختلف الفقهاء في قدر هذا الطويل، وسبق أن قلت إن

المعتمد عند المالكية هو سنة فأكثر، والمعتمد عند الحنابلة هو ستة أشهر فأكثر^(١).

(٢) أن نخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة، ويعنى بالضرر في هذا الموطن خشية الوقوع في الزنى كما نص عليه المالكية، وليس اشتهاؤ الجماع فقط، والحنابلة وإن أطلقوا الضرر هنا إلا أنهم يريدون به خشية الزنى كالمالكية. وهذا الضرر يثبت عن طريق الزوجة لا غير، لأنه لا يعرف إلا منها، إلا أن يكذبها ظاهر الحال .

(٣) أن تكون غيبة الزوج بلا عذر، فإن كانت لعذر كالحج والتجارة وطلب العلم لم يكن للزوجة طلب التفريق عند الحنابلة . أما المالكية فيجوزن التفريق مطلقا إذا طالت غيبة الزوج سواء كانت بعذر أو بغير عذر.

(٤) أن يكتب القاضي إلى الزوج ويأمره بالرجوع إليها أو نقلها إليه أو تطليقها ويمهله مدة مناسبة، إذا كان له عنوان معروف، فإن حصل المقصود بأن عاد إليها، أو نقلها إليه أو طلقها فيها ونعمت، وإن أفصح عن عذر لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة دون المالكية، وإن أبى المطلوب منه كله، أو لم يرد بشيء وقد انقضت المدة المضروبة، أو لم يكن له عنوان معروف، أو كان عنوانه لا تصل الرسائل إليه طلق القاضي عليه بطليها .

ويجب أن يكون التفريق للغيبة بقضاء قاض؛ عند جميع الفقهاء القائلين بالتفريق؛ لأنها فصل مجتهد فيه، فلا تنفذ بغير قضاء .

وقد نص الحنابلة على أن الفرقة للغيبة فسخ، بينما نص المالكية على أنها طلاق، ونصوصهم في كتبهم محتملة لأن يعد هذا الطلاق من قبيل الطلاق البائن أو الطلاق الرجعي، إلا أن احتمال تصنيفه من قبيل الطلاق البائن أولى وأرجح.

القول المختار:

الذي تسكن النفس إليه هو قول الحنابلة القاضي بجواز التفريق إذا كانت غيبة الزوج بلا

١ - (ص ١١٦).

عذر، وعدم جوازه إذا كان بلا عذر، لما استندوا إليه من حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد قال في هذا الحكم الإمام ابن كثير - رحمه الله تعالى -^(١): "وقد روي هذا من طرق وهو من المشهورات"^(٢). إلا أنه يلحظ على قول الحنابلة هذا عدم تقييد قبول غيبة الزوج بمدة إذا كانت بعذر إلا أنه يمكن القول بإخضاعهم هذه المدة لاجتهاد القضاة.

١ - هو إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير القيسي البصري الشيخ عماد الدين ولد سنة سبعمائة أو بعدها بيسير، سمع من ابن الشحنة وابن الزراد وإسحاق الأمدي وابن عساكر، من مصنفاته: البداية والنهاية، وطبقات الفقهاء الشافعيين، تفسير القرآن العظيم، مات في شعبان، سنة ٧٧٤. انظر: الدر الكامنة (١/٤٤٥)، تذكرة الحفاظ (٤/٢٠١).

٢ - تفسير ابن كثير (١/٣٣٣).

المطلب الثالث

تطبيق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق

الظهار لغة: الظاء والهاء والراء أصل صحيح واحد يدل على قوة وبروز. من ذلك ظهر الشيء يظهر ظهوراً فهو ظاهر، إذا انكشف وبرز. ولذلك سمي وقت الظهر والظهيرة، وهو أظهر أوقات النهار وأضوؤها. والأصل فيه كله ظهر الإنسان، وهو خلاف بطنه، وهو يجمع البروز والقوة. ويقال للركاب الظهر، لأن الذي يحمل منها الشيء ظهورها. ويقال رجل مظهر، أي شديد الظهر. ورجل ظهر يشتكى ظهره.

والظهار بكسر الظاء المعجمة، وظاهر من امرأته ظهاراً مثل قاتل قتالا وتظهر إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي قيل: إنما خص ذلك بذكر الظهر؛ لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة وقت الغشيان فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع وهو استعارة لطيفة فكأنه قال: ركوبك للنكاح حرام علي^(١).

اصطلاحاً: تقاربت تعاريف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - لمصطلح الظهار، وهي على النحو

التالي:

عرفه الحنفية بقولهم^(٢): تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر به عنها أو جزءاً وشائعا منها بمحرمة عليه تأييداً.

وعرفه المالكية بقولهم^(٣): تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزأها بظهر محرم أو جزئه.

وعرفه الشافعية بقولهم^(٤): تشبيه الزوجة غير البائن بأنتى لم تكن حلاً على التأيد.

١ انظر: معجم مقاييس اللغة (٤٧١/٣) ولسان العرب (٥٢٠/٤)، والمصباح المنير (٣٨٨/٢).

٢ - الدر المختار (٤٦٦/٣) وانظر: عبد الغني الدمشقي، الباب في شرح الكتاب، نشر دار الكتاب العربي (٢٨١/١)، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣).

٣ - التاج والإكليل (١١١/٤)، وانظر: الفواكه الدواني (٤٧/٢)، ومحمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، نشر دار الفكر، بيروت، (٢٢٢/٤)، أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (٥٢٢/١).

٤ - مغني المحتاج (١٧٧/٨)، وانظر: عبد الحميد المكي الشرواني، وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي الشرواني والعبادي، (١٧٧/٨).

وعرفه الحنابلة بقولهم^(١): أن يشبه الزوج امرأته أو يشبه عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأييد أو إلى أمد أو يشبه امرأته أو عضوا منها بمن تحرم عليه على التأييد أو إلى أمد، أو يشبه امرأته أو عضوا منها (بعضو من تحرم عليه على التأييد أو إلى أمد، أو يشبه امرأته أو عضوا منها بذكر، أو يشبه امرأته أو عضوا منها ببعضو منه.

والظهار محرم؛ لقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ^ط إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ^ع وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا^ع وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ

﴿٢﴾

وإذا ثبت الظهار حرم على الزوج معاشرته زوجته بالوطء إجماعاً^(٣)، وذلك لاتفاق أهل العلم على دخول الوطء في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ^ع ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ^ع وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

﴿٣﴾

^(٤). فإذا تضررت المرأة بترك وطء زوجها المظاهر الممتنع عن التكفير فما السبيل الشرعي والمخرج الفقهي لها للخروج من هذه المحنة؟

اختلف الفقهاء-رحمهم الله تعالى- في ذلك على أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية^٥ إلى أن للمرأة إذا امتنع زوجها المظاهر عن التكفير أن ترفع الأمر إلى القاضي، ويجب على القاضي حينها أن يأمره بالتكفير، فإن امتنع أجبره بما يستطيع من وسائل التأديب حتى يختار أحد الأمرين: إما أن يكفر وإما أن يطلق.

وجهة هذا القول^(٦):

أن الزوج قد أضر بزوجه بتحریمها عليه بالظهار، حيث منعها حقها في الوطء مع قيام

١ - انظر: كشاف القناع (٣٦٩/٥)، والمغني (٥٥٤ / ٨)، مطالب أولى النهي (٥٠٩/٥).

٢ - سورة المجادلة، الآية (٢).

٣ - المغني (٥٦٧/٨).

٤ - سورة المجادلة، الآية (٣).

٥ - انظر: البحر الرائق (١٠٥/٤)، الدر المختار (٤٦٩/٣)، بدائع الصنائع (٢٣٤/٣).

٦ - انظر: ما تقدم من مصادر.

عقد الزوجية بينهما، فكان للزوجة المطالبة بإيفاء حقها ودفع الضرر عنها، والزوج في وسعه إيفاء حق الزوجة بإزالة الحرمة بالكفارة، فيكون ملزماً بذلك شرعاً، فإذا امتنع من القيام بذلك أجبره القاضي على التكفير أو الطلاق.

القول الثاني: ذهب المالكية^(١) إلى أن المظاهر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يعجز المظاهر عن الكفارة، فللزوجة حينها أن تطلب من القاضي الطلاق؛ نظراً لتضررها بترك الوطاء، ويجب على القاضي أن يأمر الزوج بالطلاق فإن امتنع طلق القاضي عليه في الحال، وكان الطلاق رجعياً، فإن قدر الزوج على الكفارة قبل انقضاء العدة كفر وراجعها.

الحالة الثانية: أن يمتنع المظاهر عن الكفارة مع قدرته عليها، فللزوجة طلب الطلاق كذلك، فإن امتنع الزوج المظاهر من طلاقها لم يطلق القاضي عليه إلا إذا مضت أربعة أشهر كما هو المسلك في الإيلاء، فإن انقضت الأشهر الأربع أمر القاضي الزوج بالطلاق أو التكفير، فإن امتنع طلق القاضي عليه وكان الطلاق رجعياً كالحالة الأولى.

وتأجيل الطلاق إلى انصرام الأشهر الأربع لا خلاف فيه، وإنما مكمن الخلاف في مبتدأ حسابها، فقيل: تبدأ من يوم الظهر، وقيل: تبدأ من يوم الحكم، وقيل: تبدأ من وقت الامتناع عن التكفير الذي هو وقت تبين الضرر.

وهو كذلك مذهب الشافعية^(٢)، و مذهب الحنابلة^(٣).

١ - انظر: علي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، نشر دار الفكر، بيروت، (١٣٣/٢)، البهجة في شرح التحفة، (٥٢٢/١) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٤٣٠/٢)

٢ - انظر: المجموع (٣٣٧/١٧)، الأم، (٢٧٣/٥)، الحاوي الكبير (١٠/٩٦٨-٩٧٧-٩٧٨-١١١٨)، كفاية الأحيار (٤١٢/١)، البحرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (٣٣٣/٤)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (٤٥٤/٢)، حواشي الشرواني والعبادي (١٧٥/٨).

٣ - انظر: المغني (١٠٣/٨-٥٣٨-٥٤٢-٥٤٥-٥٤٩)، الإقناع (٤/٧٩-٨٢)، الشرح الكبير (٦٧/٨-٥٤٢-٥٥٠-٥٥١)، المبدع شرح المقنع (٨-٢٢).

وأصحاب هذا القول لا تخرج أدلتهم عن ما استدلوا به في مسألة تطبيق القاضي على المولي إذا أبي الفينة وقد سبق الكلام عليها^(١).

القول المختار:

الذي يترجح-والعلم لله تعالى- هو قول الجمهور القاضي بتوكيل القاضي بمهمة تطبيق زوجة المظاهر إذا أبي زوجها تقديم الكفارة- المبيحة لعودة المعاشرة الزوجية- وأبي كذلك تطبيقها؛ وذلك لأن دفع الضرر ورفع من أولى مهمات القاضي بل هي المهمة الأساسية التي ما شرع القضاء إلا لتحقيقها، وقد دل -بحمد الله تعالى- على توكيل هذه المهام للقاضي الأدلة الخاصة الواردة في قول الجمهور، فضلاً عن عمومات الشرع ومقاصده العظيمة في شرعية هذا الباب(القضاء).

المطلب الرابع

إذا تزوج الرجل المرأة زواجا فاسدا وأبى تطليقتها

تمهيد:

الفساد لغة: مأخوذ من فسد بفتح الخاء المعجمة، والسين المهملة فسادا فهو فاسد، والفساد نقيض الصلاح، ويطلق على التلف والعطب والاضطراب والخلل والجدب والقحط، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح^(١).

اصطلاحا: ذهب جمهور العلماء إلى إن لفظي الفساد، والبطلان مترادفان، وماهية أحدهما إذن متحدة، وتعني: ما لا اعتداد به في العبادات، ولا نفوذ له في المعاملات^(٢).

وفرق الحنفية بين الباطل والفساد، فقالوا: في حد الباطل ما قال الجمهور، أما الفاسد عندهم فيعني: ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه^(٣).

والمراد بالنكاح الفاسد: هو النكاح الذي تمت أركانه بشرائطها، ولكن تخلف فيه شرط أو أكثر، من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود، عند من يشترط الشهادة، أو اختلف العلماء في تحريمه وعدم تحريمه^(٤).

والمراد بالنكاح الباطل: هو الذي حصل الخلل في أركانه، وذلك بفقد شرط أو أكثر من شروط الانعقاد، كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه^(٥).

وقد اتفق الفقهاء -رحمهم الله تعالى- على أن من نكح نكاحا فاسدا، وأبى تطليق من دخل

١ - انظر: لسان العرب، (٣/٣٣٥)، تهذيب اللغة، (١٢/٢٥٧)، المعجم الوسيط، (٢/٧٨٨).

٢ - انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (١/٣٨٠)، و الفتوح، شرح الكوكب المنير، نشر مكتبة العبيكان، الرياض، (١/٤٧٣).

٣ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (١/٣٩١).

٤ - انظر: محمد الذهبي، الشريعة الإسلامية، ص ٨٣.

٥ - انظر: الشريعة الإسلامية، لمحمد الذهبي، ص ٧٢.

بها في عقد فاسد، أن الحاكم يفسخ عليه^(١).

وجهة هذا الاتفاق^(٢):

أن هذا النكاح معصية، والمعصية يجب الخروج منها، فإن لم يخرج العاصي من معصيته باختياره، جاءها هنا دور الحاكم، المناط بها شرعا، فأخرج العاصي عن معصيته جبرا.

١ - انظر: حاشية ابن عابدين، (١٣٣/٣)، والبحر الرائق (١٨١/٣)، الفواكه الدواني (٩٦٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢٣٩/٢)،،،، مغني المحتاج (٣٩٣/٣)، حواشي الشرواني والعبادي (٢٤٧/٨)، المغني (٣٤٢/٧)، كشف القناع (١٦٠/٥).

٢ - انظر: حاشية ابن عابدين (١٣٣/٣)، البحر الرائق (١٨١/٣)،

المطلب الخامس

لوجاءت امرأة حاكما وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها

العدة لغة: مأخوذة من العد والحساب، والعد إحصاء شيء على سبيل التفصيل، قال ابن فارس- رحمه الله تعالى-: " العين والبدال أصل صحيح واحد لا يخلو من العد الذي هو الإحصاء. ومن الإعداد الذي هو تهيئة الشيء. وإلى هذين المعنيين ترجع فروع الباب كلها. فالعد: إحصاء الشيء. تقول: عدت الشيء أعده عدا فأنا عاد، والشيء معدود. والعديد: الكثرة. وفلان في عداد الصالحين، أي يعد معهم. والعدد: مقدار ما يعد، ويقال: ما أكثر عديد بني فلان وعددهم. وإهم ليتعادون ويتعددون على عشرة آلاف، أي يزيدون عليها...ومن الباب العدة من العدد..."(١).

اصطلاحاً: مدة تترىص فيها المرأة لتتيقن براءة زوجها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها(٢).

بعد هذا يقال: العدد في الشريعة ثلاث هي:

(١) عدة القروء.

(٢) عدة الأشهر.

(٣) عدة وضع الحمل.

فإذا اختلف الزوجان عند الحاكم فقال الزوج: قد راجعتك في العدة، وأنكرت الزوجة ذلك وقالت: بل راجعتني بعد انقضاء عدتي، فماذا يفعل الحاكم حيال هذا الاختلاف؟

أقول: تقدم أن المرأة إما أن تكون في عدتها من ذوات الأقراء، وإما أن تكون من ذوات الأشهر، وإما أن تكون حاملاً، وبناء على هذا التصنيف سيتضح- بإذن الله- واجب الحاكم وعمله.

١ - معجم مقاييس اللغة (٤/٢٩-٣٠).

٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٤٦٥)، الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، نشر دار المعرفة للطباعة والنشر، (١/٤٤٨)، الأنصاري، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، نشر دار المعرفة، بيروت (١/٢٧٣)، كشاف القناع (٥/٤١١)، مطالب أولى النهى (٥/٥٥٧)، المبدع شرح المقنع (٨/٩٦).

أولاً: أن تدعي انقضاء عدتها بالأقراء:

اتفق الفقهاء-رحمهم الله تعالى-على أن عدة المرأة الحرة ذات الأقراء وهي من لها حيض و طهر صحيحان ثلاثة قروء ، فتعد بالأقراء وإن تباعد حيضها وطال طهرها، لصريح قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١)، والمراد بمن المدخولات اللاتي يحضن وهو خير بمعنى الأمر وأصل الكلام ليربصن ولام الأمر محذوفة فاستغنى عن ذكره وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد له ولإشعار بأنه مما يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله، وانتصب ثلاثة على الظرف أي مدة ثلاثة قروء وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الأقراء لجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر لا اشتراكهما في الجميعة، ولعل القروء أكثر في جمع القراء من الأقراء فأوثر عليه تزيلا لقليل الاستعمال منزلة المهمل^(٢).

ويشترط للإعتداد بهذا الضرب من العدد (عدة الأقراء) ثلاثة شروط هي:

١) أن تكون المرأة مفارقة لا عن موت؛ لأن المرأة المفارقة بالموت لا تخلو:

أ- إما أن تكون حاملا فعدتها وضع الحمل.

ب- وإما أن تكون غير حامل فعدتها أربعة أشهر وعشرا.

٢) أن لا تكون المرأة منقطعة عن الحيض؛ لأنها حين انقطاع الحيض عنها تكون في عداد الآيسات، والآيسات هن عدة أخرى.

٣) أن تكون الفرقة بعد الدخول، إذ المفارقة قبل الدخول لا عدة عليها^(٣).

ولما كان القراء في لغة العرب لفظ مشترك قد يطلق ويراد به الحيض، وقد يطلق ويراد به الطهر^(٤)، اختلف الفقهاء-رحمهم الله تعالى-في تعيين المراد بالقراء شرعا كما قال ابن الهمام -رحمه الله تعالى- " فالإتفاق على الإشتراك وعلى أنه لم يعصم إنما الخلاف في تعيين

١ - سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

٢ - انظر: البحر الرائق (٤/١٤٠)، المغني (٩/١١١).

٣ - انظر: إغاثة الطالبين (٤/٣٨) وما بعدها.

٤ - انظر: المصباح المنير (٢/٥٠١)، لسان العرب (١/١٢٨)،

المراد من المفهومين" (١).

على قولين هما:

القول الأول: ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن الحنابلة^(٤) إلى أن المراد بالأقراء الأطهار، والطهر هو ما كان بين دم حيضتين، أو دم حيض ونفاس.

الأدلة^(٥):

(١) قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ (٦).
ووجه الاستدلال في هذه الآية: قوله (لعدتهن) أي في الوقت الذي أمر الله فيه بالطلاق، وهو زمن الطهر؛ لأن الطلاق في الحيض بدعي ومحرم، كما أن المطلقة وهي طاهر تستقبل عدتها، أما الحائض فلا تستقبل عدتها إلا بعد انقضاء حيضها، ولو كان القرء هو الحيض لوجب عندهم على أصلهم فيمن طلق حائضا أن تعد بتلك الحيضة قرءا، ولكن لا يعتد بها.

(٢) قول النبي ﷺ لابن عمر -رضي الله عنهما- لما طلق امرأته وهي حائض: "مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء" (٧).

١ - شرح فتح القدير (٤/٢٧٧).

٢ - انظر: القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (٦/١٤٥)، التعليق، التلقين في الفقه المالكي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، (١/١٣٥): المدونة الكبرى (٢/٢٣٢) وما بعدها، الفواكه الدواني (٣/١٠٥٦) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٢/٤٦٨) وما بعدها، مواهب الجليل (٥/٤٧٠) وما بعدها، الكافي (١/٢٩٢) وما بعدها، الشرح الكبير (٢/٤٦٨) وما بعدها.

٣ - انظر: الأم (٥/٢٠٩)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٤٦٧)، الحاوي الكبير (١٠/١١٨).

٤ - الإنصاف (٨/٣٣١)، المغني (٩/٧٧) وما بعدها، الإقناع (٤/١٠٨) وما بعدها، كشف القناع (٥/٤١١) وما بعدها، مطالب أولى النهي (٥/٥٥٧) وما بعدها.

٥ - انظر: حاشية الدسوقي (٢/٤٦٨) وما بعدها، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٤٦٧)، المغني (٩/٧٧) وما بعدها.

٦ - سورة الطلاق، الآية (١).

٧ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعته، (٤/١٧٩).

فالنبي ﷺ أخبر في هذا الحديث أن الطهر هو العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء،
فصح أن القرء هو الطهر .

٣) قول عائشة-رضي الله عنهما " إنما الأقرء الأطهار^(١) .

٤) ولأن القرء مشتق من الجمع يقال قرأت كذا في كذا إذا جمعت منه وإذا كان الأمر
كذلك كان بالطهر أحق من الحيض لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم والحيض خروجه
منه وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته.

القول الثاني: ذهب الحنفية^(٢)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٣) إلى أن المراد بالقرء الحيض.

الأدلة^(٤):

١) قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(٥) فقد أمر الله تعالى
المرأة المطلقة بالاعتداد بثلاثة قروء، ولو كان القرء محمولا على الطهر لكانت المرأة قد
اعتدت بطهرين وبعض الثالث؛ لأن بقية الطهر الذي وقع فيه الطلاق قد حسب من
الأقرء عند من يفسر القرء بالطهر، والثلاثة اسم لعدد مخصوص، والاسم الموضوع لعدد
لا يقع على ما دونه، فيكون قد ترك العمل بالكتاب، ولو حمل على الحيض يكون
الاعتداد بثلاث حيض كاملة؛ لأن ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة عندهم
فيكون عملا بالكتاب، فكان حمل القرء على الحيض أولى لموافقته لظاهر النص.

١ - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، ما قالوا في الأقرء، ما هي ؟، (١٦١/٥)، و الدار قطني في سننه، كتاب
الحيض، (٢١٤/١)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في قوله عز وجل (والمطلقات يتربصن بأنفسهن
ثلاثة قروء) ومن قال الأقرء الأطهار وما دل عليه من الآثار، (٤١٥/٧)، وصححه الألباني في آداب الزفاف، (١٩١/١).
٢ - انظر: بدائع الصنائع (١٩٣/٣) وما بعدها، تبيين الحقائق (٢٦/٣) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٣) وما بعدها،
الاختيار لتعليل المختار (١٨٧/٣) وما بعدها.
٣ - انظر: المغني (٧٧/٩) وما بعدها، الإقناع (١٠٨/٤) وما بعدها، كشف القناع (٤١١/٥) وما بعدها، مطالب أولى
النهى (٥٥٧/٥) وما بعدها.
٤ - انظر: بدائع الصنائع (١٩٣/٣) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٣) وما بعدها، المغني (٧٧/٩) وما بعدها،
كشف القناع (٤١١/٥) وما بعدها.
٥ - سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

٢) قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾^(١).

وجه الاستدلال بالآية: أن الله عز وجل جعل الأشهر عوضاً عن الإقراء عند اليأس من الحيض، فدل على أن الأصل هو الحيض.

٣) ولأن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، كقول النبي ﷺ: "تدع الصلاة أيام أقرائها"^(٢).

وجه الاستدلال بالحديث: أنه بالاتفاق يراد بالقرء ها هنا الحيض؛ إذ المرأة لا تترك الصلاة إلا إذا حاضت. كما أن مثل هذه الأحاديث دالة على أن هذا المعنى هو الأصل في لسان الشرع.

٤) أن المقصد الأم للشارع الحكيم في شرعية العدة هو التيقن من براءة رحم المرأة؛ لئلا تختلط المياه، وتشبه الأنساب، وطريق العلم ببراءة رحم المرأة يحصل بالحيض، فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر.

القول المختار:

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثاني المفسر للقرء بالحيض؛ وذلك لقوة ما اعتمده من الأدلة الشرعية والعقلية.

وعلى أية حال فإذا ادعت المرأة عند القاضي أن زوجها طلقها وانقضت عدتها فالحال لا يخلو من أمرين:

أ- أن تكون المدة بين الطلاق والوقت الذي تدعي فيه انقضاء عدتها كافية لانقضاء العدة،

١ - سورة الطلاق، الآية (٤).

٢ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض ومن قال: تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض، (١١٣/١)، والترمذي في سننه، كتاب الطهارة، باب ما جاء أن المستحاضة تنوضاً لكل صلاة، (٢٢١/١)، وابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة وسننها، باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام إقراءها قبل أن يستمر بها الدم، (٢٠٤/١)، وضعفه ابن حجر في التلخيص، (٤٣٧/١)، وصححه الألباني بشواهده في الإرواء (٢٢٥/١).

صدقت المرأة بيمينها عند الإمام أبي حنيفة- رحمه الله تعالى^(١)؛ لأن انقضاء عدتها بالحيض، وهو لا يعرف إلا من قبلها.

ب- أن تكون المدة بين الطلاق والوقت الذي تدعي فيه انقضاء العدة غير كافية لانقضائها، بأن كانت أقل من المدة التي تنتهي فيها العدة شرعا، فلا يعتبر قولها، وتصح الرجعة، لظهور القرينة التي تكذب دعواها.

وأقل مدة تنقضي بها العدة بالحيزات عند الحنفية^(٢): ستون يوما؛ لأن كل حيضة عشرة أيام، والعدة اللازمة شرعا ثلاث حيزات، فهي ثلاثون يوما، يتخللها طهران، وأكثر مدة الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما، فيكون مجموع ذلك ستون يوما.

وأقل مدة عند المالكية تنقضي بها العدة بالأقراء (الأطهار عندهم)^(٣): ثلاثون يوما، بأن يطلقها زوجها في أول ليلة من الشهر، وهي طاهر، ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر؛ لأن أقل الحيض عندهم يوم، أو بعض يوم بشرط أن تقول النساء: إنه حيض، ثم تطهر خمسة عشر يوما، ثم تحيض في ليلة السادس عشر، وينقطع عنها الدم قبل الفجر أيضا، ثم تحيض عقب غروب الشمس من آخر يوم من الشهر، فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار: الطهر الذي طلقها فيه، ثم الطهر الثاني في النصف الأول من الشهر، ثم الثالث في النصف الثاني من الشهر، مجموعها ثلاثون يوما.

وأقل مدة تنقضي بها العدة عند الشافعية^(٤): اثنان وثلاثون يوما ولحظتان، ولا يقبل أقل من ذلك بحال؛ لأنه لا يتصور عندهم أقل من ذلك، بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر، ثم تحيض يوما وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يوما، ثم تحيض حيضة لا تحتسب من العدة، بل لاستيقان انقضاء العدة، فيكون المجموع اثنتين وثلاثين يوما ولحظتين.

١ - انظر: بدائع الصنائع (١٩٣/٣) وما بعدها، تبيين الحقائق (٢٦/٣) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٣) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (١٨٧/٣) وما بعدها.

٢ - انظر: ما تقدم من مصادر.

٣ - انظر: المدونة الكبرى (٢٣٢/٢) وما بعدها، الفواكه الدواني (١٠٥٦/٣) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٤٦٨/٢) وما بعدها، مواهب الجليل (٤٧٠/٥) وما بعدها، الكافي (٢٩٢/١) وما بعدها، الشرح الكبير (٤٦٨/٢) وما بعدها.

٤ - انظر: الأم (٢٠٩/٥) وما بعدها، روضة الطالبين (٣٦٦/٨) وما بعدها، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، (٣٧/٤) وما بعدها، مغني المحتاج (٣٨٤/٣) وما بعدها، أسنى المطالب (٣٨٩/٣) وما بعدها.

وأقل مدة عند الحنابلة^(١): تسعة وعشرون يوماً ولحظة، وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر، فتخلل المدة طهران مدتها ستة وعشرون يوماً ولحظة، وحیضتان مدتهما ثلاثة أيام، فيصبح مجموع العدة الكلي تسعة وعشرون يوماً ولحظة.

ثانياً: أن تدعي انقضاء عدتها بالأشهر:

ذهب الفقهاء - رحمهم الله تعالى - إلى أن العدة بالأشهر تجب في حالتين هما^(٢):

الحالة الأولى: التي تجب بدلا عن الحيض، وهي عدة الآيسة من الحيض، سواء كان بأسها لكير أو صغر سنها، أو لعدم حیضها أصلاً، فعدها ثلاثة أشهر يجب عليها أن تنتظرها بعد الطلاق بنص القرآن قال الله تعالى: ﴿ وَالَّتِي يَسِّنْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾^(٣).

وفي هذه الحالة إذا ادعت الزوجة المطلقة عند القاضي إنقضاء عدتها، وأنكر الزوج ذلك؛ فإن القول قول الزوج؛ لأن المعول على الزوج في تحديد وقت الطلاق، إلا أن يدعي هو انقضاء عدتها ليتخلص من تبعة نفقتها فيكون القول حينئذ قولها كما لو قال: طلقتك في شوال فقالت: بل في ذي الحجة، لأنه يدعي في هذه الحالة ما يسقط النفقة والأصل وجوبها بعد ثبوت الزوجية، فلم يقبل قوله إلا ببينة.

لكن إذا صدقته زوجته بانقضاء عدتها، فإنها تصدق لأنها أقرت على نفسها.

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك فقالت بل طلقني في شوال

١ - انظر: المغني (٧٧/٩) وما بعدها، الإقناع (١٠٨/٤) وما بعدها، كشف القناع (٤١١/٥) وما بعدها، مطالب أولى النهي (٥٥٧/٥) وما بعدها.

٢ - انظر في مذهب الحنفية: البحر الرائق (١٤١/٤) وما بعدها، بدائع الصنائع (١٩٢/٣) وما بعدها، تبيين الحقائق (٢٧/٣) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (١٨٧/٣) وما بعدها، وفي مذهب المالكية: المدونة الكبرى (٥/٢)، الفواكه الدواني (١٠٥٦/٣) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٤٧٦/٢) وما بعدها، وفي مذهب الشافعية: مغني المحتاج (٣٨٦/٣) وما بعدها، إعانة الطالبين (٤٠/٤) وما بعدها، نهاية المحتاج (١٣١/٧) وما بعدها، أسنى المطالب (٣٩٠/٣) وما بعدها، وفي مذهب الحنابلة: الإقناع (٦٩/٤) (١١١/٤) وما بعدها، المغني (٤٨٧/٨) وما بعدها و (٧٧/٩) وما بعدها، كشف القناع (٤١٨/٥) وما بعدها و (٣٧٤/٥).

٣ - سورة الطلاق، الآية (٤).

فلا رجعة لك فالقول قوله لأن الأصل بقاء نكاحه ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذاك في وقته.

الحالة الثانية^(١): ما وجبت أصلا بنفسها وهي عدة الوفاة، التي تكون بعد زواج صحيح سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أم بعده، وسواء أكانت ممن تحيض أم لا، شريطة ألا تكون المتوفى عنها زوجها حاملا. ومدة هذه العدة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢)، ولقول النبي ﷺ: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"^(٣).

ثالثا: أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل:

ذهب الفقهاء-رحمه الله تعالى- إلى أن عدة المطلقة الحامل تنقضي بوضع الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٤)، ولأن القصد من العدة براءة الرحم، وهي تحصل بوضع الحمل^(٥).

فإذا طلق الزوج زوجته رجعيًا وهي حامل، ثم أراد مراجعتها، فادعت انقضاء عدتها بوضع حملها لم يخلو الأمر:

٣٧ - أ - فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطاء بعد عقد الزواج

١ - ذكرت هذه الحالة تميما للقسمة، وإلا فهي غير مشمولة بمسألتنا.

٢ - سورة البقرة، الآية (٢٣٤).

٣ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب حد المرأة على غير زوجها، (٤٣٠/١)، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، (٤٧٥/٩).

٤ - سورة الطلاق، الآية (٤).

٥ - انظر في هذه الحالة في مذهب الحنفية: البحر الرائق (٤/١٤٥-١٦٠)، بدائع الصنائع (٣/١٩٦-٢١٥)، تبين الحقائق (٣/٢٨) وما بعدها، (٤٢/٣) وما بعدها، وفي مذهب المالكية: المدونة الكبرى (٢/٢٤)، الفواكه الدواني (٣/١٠٤٤)، (٣/١٠٥٧)، حاشية الدسوقي (٢/٤٧٣) وما بعدها، مواهب الجليل (٤/١٣٤) وما بعدها. وفي مذهب الشافعية: الأم (٥/٢٢٢)، مغني المحتاج (٣/٣٨٨) وما بعدها، نهاية المحتاج (٧/١٣٤) وما بعدها. وفي مذهب الحنابلة: المغني (٨/٤٨٧) وما بعدها (٩/٧٧)، (٩/١١١) وما بعدها، الإقناع (٤/١٠٩) وما بعدها، كشف القناع (٥/٤١٣) وما بعدها.

؛ وذلك لأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، لا يقبل قولها، ويؤخذ بقول الزوج، ويجوز للزوج مراجعتها .

ب- وإن أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين إمكان الوطاء بعد عقد الزواج، صدق قول المرأة، وليس للزوج والحالة هذه رجعة.

المبحث الرابع

نيابة القاضي في كتاب النفقة

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: إذا بذلت المرأة تسليم نفسها وزوجها غائب.

المطلب الثاني: إذا أعتق الزوج بنفقة زوجته أو بعضها، أو أعتق بكسوتها.

المطلب الثالث: إذا أعتق الزوج بالسكنى أو المهر.

المطلب الرابع: إذا غيب زوج المرأة الموسر ماله، وصبر على حبس الحاكم.

المطلب الخامس: إذا غاب زوج المرأة عنها ولم يترك لها نفقة.

المطلب السادس: إذا تنازع الزوجان في النفقة.

المطلب السابع: لو امتنع رب البهائم من الواجب عليه.

المطلب الأول

إذا بذلت المرأة تسليم نفسها وزوجها غائب

هذه المسألة لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون غياب الزوج عن زوجته قبل دخوله بها، ولهذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: أن تبذل المرأة نفسها لزوجها، حال غيبته.

الصورة الثانية: أن تبذل المرأة نفسها للزوج قبل غيبته.

الحالة الثانية: أن يكون غياب الزوج عن زوجته بعد الدخول^(١).

أما الصورة الأولى وهي: أن تبذل المرأة نفسها لزوجها، حال غيبته، ويمتنع من تسلمها.

اتفق الفقهاء -رحمهم الله تعالى- على وجوب النفقة للمرأة إذا بذلت نفسها للزوج^(٢)،

ولكن اختلفوا في وقت احتسابها على الزوج على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، إلى أنه إذا بذلت المرأة نفسها

والزوج غائب فإنه لا يفرض لها النفقة.

لأنها بذلت نفسها في حال لا يمكنه التسلم فيه حتى يرأسه القاضي، بأن يكتب رسالة إلى

قاضي البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه برغبة زوجته في تمكينه من نفسها وطلبها للنفقة،

ويعضي على ذلك زمن يمكن أن يقدم في مثله.

فإذا سار الزوج إليها أو وكل من يتسلمها له ممن يحل له ذلك كمحرمها، فوصل فتسلمها

١ - هذه الحالة لا تناوئها المسألة، إلا أي سأتكلم عنها بشيء يحصل به المقصود بإذن الله تعالى، ومن الله العون والتسديد.
٢ - انظر: البحر الرائق (٤/١٩٤)، بدائع الصنائع (٤/١٨)، الفواكه الدواني (٣/٩٨٨)، مواهب الجليل (٥/٤٤٢)، الحاوي الكبير (٩/٥٣٣)، المجموع (١٨/٢٣٥)، المبدع شرح المقنع (٨/١٧٥)، المغني (٨/٧٨).
٣ - انظر: الدر المختار (٣/٦٠٤) وما بعدها، البحر الرائق (٤/٢١٣).
٤ - انظر: الحاوي الكبير (١١/٤٣٨)، المجموع (١٨/٢٣٨).
٥ - انظر: المغني (٩/٢٨٣)، كشف القناع (٥/٤٧١).

الزوج أو نائبه وجبت النفقة حينئذ، لأن وجود البذل قبل ذلك كعدمه .

فإن لم يفعل ما سبق، فرض القاضي عليه نفقتها من حين الوقت الذي يتمكن فيه الوصول إليها وتسلمها فيه ؛ لأن الزوج امتنع من تسلمها لإمكان ذلك وبذلها نفسها له، فلزمته نفقتها كما لو كان حاضرا، ولأن الزوج بامتناعه عن الحضور لتسلمها يكون قد ترك حقه في ذلك، وتركه لحقه لا يسقط ما وجب عليه من النفقة لزوجته. أما إذا لم يمكنه ذلك فلا يفرض عليه شيئا لأنه غير معرض.

القول الثاني: ذهب المالكية^(١) إلى أنه يكفي لوجوب النفقة على الزوج أن تمكنه الزوجة من نفسها إذا كانت غيبته قريبة^(٢)، أما إذا كانت غيبته بعيدة فيكفي في وجوب النفقة لها عليها، أن لا تمتنع من التمكين بأن يسألها القاضي هل تمكنه من البناء بها إذا حضر؟ فمتى قالت: نعم، وجبت لها النفقة.

القول المختار:

الذي يظهر - والله تعالى أعلى وأعلم - هو رجحان القول الأول؛ لأن فيه حفظا وحماية لحق كلا الزوجين، وما كان بهذه المثابة، فهو أولى، مما يكون فيه العناية والحفظ لحق أحد الطرفين على حساب الآخر.

أما الصورة الثانية المتلخصة في: أن تبذل المرأة نفسها للزوج قبل غيبته، ويمتنع من تسلمها، فإن النفقة واجبة عليه، في غيبته ولا تسقط عنه، لأن المانع من جهته^(٣).

الحالة الثانية: أن يكون غياب الزوج عن زوجته بعد دخوله بها.

اختلف الفقهاء في فرض النفقة على الزوج أو ما في حكمه إن كان غائبا على قولين:

١ - انظر: حاشية الدسوقي (٥٠٨/٢)، شرح مختصر خليل (٨٨/٢).

٢ - وقد سبق تحديد الفرق بين الغيبة القريبة، والغيبة البعيدة، ص.....

٣ - انظر: البحر الرائق (١٩٤/٤)، بدائع الصنائع (١٨/٤)، البهجة في شرح التحفة (٦١٦/١)، شرح مختصر خليل (١٩٩/٤)، مغني المحتاج (٤٣٦/٣)، نهاية المحتاج (٢٠٤/٧)، إغاثة الطالبين (٦٠/٤)، المغني (٢٨٣/٩)، كشاف القناع (٤٧١/٥).

القول الأول: ذهب الحنفية في قول^(١)، المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى أن نفقة الزوجة تجب على زوجها الغائب في ماله، حاضرا كان المال أو غائبا، فإن قدرت له على مال أخذت بقدر الحاجة والكفاية؛ لقول النبي ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٥). إلا أنه إذا تعذرت النفقة في حال غيبة الزوج، بحيث لم تقدر المرأة على أخذ النفقة من ماله، أخذ لها القاضي من ماله، سواء كان من جنس النفقة، أو من غير جنسها، وسواء كان في يده، أو يد غيره.

فإن لم يوجد له مال اقترض القاضي لها، أو سمح لها بأن تقترض على ذمة الزوج بعد أن تحلف الزوجة باستحقاقها.

القول الثاني: ذهب الحنفية في المعتمد عندهم^(٦) إلى أنه لا يفرض لها النفقة ولو طلبت ولو كان القاضي عالما بالزوجية لأن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه، والأصل عند الحنفية أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر، ولم يوجد.

القول المختار:

الذي يظهر -والله تعالى أعلى وأعلم- هو رجحان القول الأول؛ لدلالة حديث هند فإنه صادر على سبيل القضاء، وكون النبي ﷺ لم يفرض لها نفقة حتى يصح أن يكون قضاء؛ -لأن سنن القضاء جار على التقدير- غير مسلم، بل قدر لها نفقة أرجعها لمقدار كفايتها وكفاية أولادها.

١ - انظر: البحر الرائق (١٨٩/٤)، بدائع الصنائع (٢٦/٤).

٢ - انظر: البهجة في شرح التحفة (٦١٦/١)، التاج والإكليل (٢٠١/٤).

٣ - انظر: مغني المحتاج (٤٤٢/٣)، الإقناع (٤٨٨/٢).

٤ - انظر: المغني (٢٤٥/٩)، كشف القناع (٤٧٨/٥).

٥ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٢٠٥٢/٥).

٦ - انظر: بدائع الصنائع (٢٦/٤)، البحر الرائق (١٨٩/٤).

المطلب الثاني

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو بعضها، أو أعسر بكسوتها

النفقة لغة: مشتقة من الفعل نفق قال ابن فارس-رحمه الله تعالى-: "النون والفاء والقاف أصلان صحيحان، يدل أحدهما على انقطاع شيء وذهابه، والآخر على إخفاء شيء وإغماضه. ومتى حصل الكلام فيهما تقاربا. فالأول: نفقت الدابة نفوقا: ماتت، ونفق السعر نفاقا، وذلك أنه يمضي فلا يكسد ولا يقف. وأنفقوا: نفقت سوقهم. والنفقة لأنها تمضي لوجهها. ونفق الشيء: فني يقال قد نفقت نفقة القوم. وأنفق الرجل: افتقر، أي ذهب ما عنده... والأصل الآخر النفق: سرب في الأرض له مخلص إلى مكان"^(١).

اصطلاحا: تعددت تعريفات أئمة المذاهب الأربعة لهذا المصطلح وهي على النحو التالي:

(١) عند الحنفية: الإدراج على الشيء بما به بقاؤه^(٢).

(٢) عند المالكية: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف^(٣).

(٣) عند الحنابلة: كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة ومسكنا وتوابعها^(٤).

أما الشافعية فلم أجد لهم حدا لهذا المصطلح، فلعل الأمر عائد عندهم إلى أعراف الناس.

وقد اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها بشروطهم التي اشترطوها^(٥).

سواء كانت الزوجة مسلمة أو كافرة، غنية أو فقيرة، وسواء أكان الزوج حاضرا أم غائبا، وسواء كان غنيا أو فقيرا؛ لأنها أصبحت حقا من حقوقها الواجبة عليه. ؛ وللنصوص الشرعية المتوافرة في

الدلالة على ذلك كقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ

١ - معجم مقاييس اللغة (٤٥٤/٥) وما بعدها، وانظر: لسان العرب (٣٥٧/١٠)، والقاموس المحيط (١١٩٦/١)، والمصباح المنير (٦١٨/٢).

٢ - شرح فتح القدير (٣٧٨/٤).

٣ - الفواكه الدواني (٢٣/٢).

٤ - الإقناع (١٣٦/٤).

٥ - انظر: المعني (٢٣٠/٩)، الإجماع لابن المنذر (٢٣/١).

اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَنَهَا ﴿١﴾.

وقوله ﷺ في خطبته في حجة الوداع: "فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (٢).

لكن قد يخل الزوج بهذه النفقة الواجبة عليه تجاه الزوجة، فيلحق المرأة من الضرر والمشقة الشيء الكثير، ولهذا تناول فقهاء الشريعة هذه المسألة، وأطالوا الكلام فيها.

وزبدة القول أن يقال: الممتنع عن النفقة لا يخلو من واحد من هذه الأمور:

(١) أن يكون معسرا بحق وغير واجد للنفقة.

(٢) أن يكون واجدا لها موسرا بها لكن يمتنع لبخله.

(٣) أن يكون غائبا عن بلد المرأة، ولا يعلم له مال تنفق من المرأة.

وأستعين الله تعالى في بيان خلاف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في امتلاك المرأة للفسخ من عدمه في كل حالة من الحالة التي سلف ذكرها فأقول:

الحالة الأولى: أن يكون الزوج معسرا بحق وغير واجد للنفقة. اختلف فيها الفقهاء - رحمهم

الله تعالى وغفر لهم - على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية (٣) إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار في

النفقة. وأجازوا للمرأة أن تستدين بأمر القاضي، ثم يرجع بالدين على الزوج حين يساره.

١ - سورة الطلاق، الآية (٧).

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، (٣٩/٤).

٣ - انظر: البحر الرائق (٢٠٠/٤) وما بعدها، المبسوط (٣٣٧/٥ - ٣٥٤)، بدائع الصنائع (٢٥/٤) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (٦/٤) وما بعدها، شرح فتح القدير (٣٨٩/٤) وما بعدها، وعبد الرحمن الكليوبي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (١٨٢/٢).

الأدلة^(١):

(١) قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهُ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الآية دلت على انتفاء التكليف بما ليس في الوسع، وإلزام الزوج بالإنفاق مع اعساره تكليف بغير المقدور الذي نصت الآية على انتفائه، وعليه فلا يكون الإعسار داع للتفريق وموجب له؛ لعدم ذكر التفريق في حال الإعسار في الآية.

نوقش: أنه لا تلازم بين عدم تكليف المعسر بالإنفاق وبين عدم إعطاء المرأة حق طلب الفرقة؛ وإنما غاية الأمر في جواز التفريق هو إزالة الضرر الواقع بالمرأة وإعطاء الفرصة لها من أن تتكسب لنفسها أو تتزوج بزواج آخر يغنيها وينفق عليها.

أجيب: إن في إزالة الضرر عن المرأة إيقاع للضرر على الزوج من ناحية أخرى، ولا يدفع ضرر بإيقاع ضرر اللهم إلا أن يكون الضرر الدافع أخف من الضرر المدفوع. كما أن فيما ذكرناه من الاستدانة على الزوج إلى وقت اليسار إزالة للضررين بالكلية.

(٢) قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن في هذه الآية أمر بإنظار المعسر إلى حين قدرته على وفاء دينه، وهذا أمر عام شامل لكل دين، ومنه دين النفقة .

وإذا ثبت عموم الآية وجب على الزوجة أن تنظر زوجها بدين نفقتها الواجب عليه الثابت في ذمته إلى حين مقدرته على السداد.

(٣) عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم - قال - فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي ﷺ جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا - قال - فقال

١ - انظر: ما تقدم من مصادر، و انظر: زاد المعاد (٥/٥١٩)، سبل السلام (٣/٢٤-٢٥).

٢ - سورة الطلاق، الآية (٧).

٣ - سورة البقرة، الآية (٢٨٠).

لأقولن شيئاً أضحك النبي ﷺ فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقممت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله ﷺ وقال "هن حولي كما ترى يسألني النفقة". فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده. الحديث^(١).

وجه الاستدلال: أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ضربا ابنتيهما بحضرة رسول الله ﷺ إذ سألاه نفقة لا يجدها. ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق، ويقرهما رسول الله ﷺ على ذلك، فدل على أنه لا حق لهما فيما طلبتاه من النفقة في حال الإعسار، وإذا كان طلبهما لها باطلا، فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه، ولا يحل لها. كما أن اعتزال النبي ﷺ لزوجاته شهرا دلالة واضحة على أن المرأة لا تسأل زوجها ما ليس عنده، وأن المرأة تستحق العقاب بمطالبتها هذه، وإلا لم يعتزلهن النبي ﷺ فإذا ثبت أن فعلها هذا ظلم تستوجب به العقاب فما الذي يجوز طلبها التفريق بحجة إعسار زوجها.

نوقش: بأن غاية ما أثبتته القصة هو سقوط وجوب النفقة عنه ﷺ، وليس فيه أنه سألن الطلاق أو الفسخ، ومعلوم أنه لا يسمح بفراقه فإن الله تعالى قد خيرهن فاخترن رسول الله ﷺ والدار الآخرة فلا دليل في القصة على ما ذهبتم إليه، وأما إقراره أبي بكر وعمر على ضربهما فلما علم أن للآباء تأديب الأبناء إذا أتوا ما لا ينبغي، ومعلوم أنه ﷺ لا يفرط فيما يجب عليه من الإنفاق فلعنهن طلبن زيادة على مقدور النبي ﷺ وبهذا فليس في القصة دلالة من وجه على مذهبكم.

(٤) هذه سيرة رسولنا محمد ﷺ بين أيدينا محفوظة مصونة، ولم ينقل فيها أنه ﷺ قام بتطليق زوجة على زوجها بدعوى إعساره، أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته، لا سيما وأن واقع الحال يدل بوضوح على شظف العيش الذي كان فيه الصحابة-رضي الله تعالى عنهم- فقد كان كثير منهم فقراء معسرون.

كما لم يثبت عن النبي ﷺ أن التفريق حق للزوجة في حالة إعسار زوجها، فدل ذلك

١ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية. (٤/١٨٧).

على عدم جواز التفريق للإعسار بالنفقة.

٥) قياس إنظار الزوجة لزوجها على إنظار الدائن لمدينه، الذي ثبت وجوبه بقوله تعالى:

﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾^(١) بجامع أن كليهما دين في الذمة.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٢)، والشافعية في القول الراجح عندهم^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى جواز

التفريق بين الزوجين في الجملة، وأنه القاضي يقوم بالتفريق إذا امتنع منه الزوج المعسر.

الأدلة^(٥):

(١) قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتِدُ ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ ﴾^(٦).

وجه الاستدلال: أن في هذه الآية وصفا للشخص المعسر بالظلم إذا أمسك المرأة ولم يطلقها مع إعساره وعدم اقتداره على النفقة، فحرصا على رفع الضرر الواقع بالمرأة جاءت الشريعة بتمكين المرأة من طلب الفرقة والفسخ.

نوقش: أنه لو كان في الإمساك ضرر لا يمكن إزالته إلا بالتفريق، لجاءت الشريعة في أحكامها- لإزالة هذا الضرر المدعى- بالتفريق مباشرة بدون افتقار لمطالبة المرأة، ولا قائل بهذا معتبر. كما أن في قوله تعالى: ﴿ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهُ ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ

عُسْرٍ مَيْسَرًا ﴾^(٧) دلالة على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإفناق فلا يجب عليه

١- سورة البقرة، الآية (٢٨٠).

٢- انظر: بلغة السالك (٤٨٧/٢) وما بعدها، الشرح الكبير (٥١٩/٢) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٥١٧/٢) وما بعدها، مواهب الجليل (٥٦٣/٥) وما بعدها.

٣- انظر: مغني المحتاج (٤٤٢/٣) وما بعدها، نهاية المحتاج (٢١٢/٧) وما بعدها، حواشي الشرواني والعبادي (٣٣٥/٨) وما بعدها، روضة الطالبين (٧٥/٩) وما بعدها.

٤- انظر: الإقناع (١٤٥/٤) وما بعدها، المغني (٢٤٤/٩) وما بعدها، كشف القناع (٤٧٦/٥) وما بعدها، مطالب أولى النهي (٦٣٦/٥) وما بعدها.

٥- انظر: حاشية الدسوقي (٥١٧/٢) وما بعدها، مغني المحتاج (٤٤٢/٣) وما بعدها، المغني (٢٤٤/٩) وما بعدها، وانظر: تبين الحقائق (٥٥/٣)، الجامع لأحكام القرآن (١٥٥/٣).

٦- سورة البقرة، الآية (٢٣١).

٧- سورة الطلاق، الآية (٧).

الإنفاق في هذه الحالة ، ولأن في التفريق إبطال الملك على الزوج ، وفي الأمر بالاستدانة تأخير حقها ، وهو أهون من الإبطال فكان أولى.

(٢) قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن من الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، والجوع لا صبر عليه .

(٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه "خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول". قال: ومن أعول يا رسول الله؟ قال: "امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقتي خادمك يقول أطعمني واستعملني ولدك يقول إلى من تتركني"^(٢).

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة واضحة على أن المرأة إذا لم ينفق عليها زوجها يجوز لها طلب الفراق منه.

(٤) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حسبوا^(٣).

وجه الاستدلال: أن الأزواج المعسرین حكم فيهم الخليفة الراشد عمر رضي الله عنه إذ خيرهم بين أمرين: إما أن ينفقوا أو يطلقوا.

نوقش: أن هذا الحكم من عمر رضي الله عنه يتزل على القادرين على النفقة، بدلالة أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية.

(٥) القياس على الجب والعنة في تجويز الفسخ بجامع أن كليهما فيه ضرر على المرأة .

١ - سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

٢ - أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخير امرأته، (٣٨٥/٥)، وجود الإسناد الإمام الألباني في إرواء الغليل، (٣١٦/٣).

٣ - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، (٤٦٩/٧)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير، (٣١٥/٨)، والألباني في الإرواء، (٢٢٨/٧).

نوقش: بفساد هذا القياس من جهة أن الجب والعنة يفوت بها المقصود بالنكاح وهو التواد، والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل، ولأنها لا تفوت بل تتأخر، وتبقى ديننا في ذمته فيمكن تداركها في الآخرة فلا تكون معارضة لإبطال حقه من الملك، وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لأنها أصدق من حقه إذ لا حاجة له إليه فيما يرجع إلى المقصود بالنكاح.

القول المختار:

الذي يترجح- وإلى الله تعالى وحده العلم- هو قول الحنفية، وذلك أنهم وجدوا سبيلا للإصلاح بدلا من الفرقة وهو ما تقدم من تجويزهم استدانة الزوجة بذمة الزوج، وقد علم من نصوص الشريعة وقواعدها العامة كراهية الفرقة وحرصها على التتام الشمل وسد ثغرات التزاع بكل سبيل ممكن مباح.

الحالة الثانية: أن يكون الزوج صاحب مال ويمتنع عن الإنفاق .

ذهب الفقهاء عامتهم إلى أن للمرأة متى قدرت على مال زوجها أن تأخذ قدر ما يكفيها وولدها بالمعروف؛ دون افتقار هذا الحكم الجوازي والمخرج الشرعي إلى إذن الزوج أو الرفع للقاضي؛ لقول النبي ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(١) (٢).

وإن لم تجد له مالا ظاهرا فترفع أمرها إلى القاضي ليحبره على النفقة ويأطره عليها فإن أبي وامتنع لجأ القاضي إلى حبسه حتى يعد بالإنفاق؛ فإن صبر على الحبس وأبى الإنفاق مع وفرة المال لديه، فاختلف الفقهاء- رحمهم الله تعالى في عمل القاضي حينها على قولين هما:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى أن القاضي يطلق عليه بلا تأجيل.

١ - سبق ترجمته ص ١٧١.

٢ - انظر: المغني (٢٤٠/٩) بدائع الصنائع (١٩٦/٦)، إعلام الموقعين (٣٥٨/٤).

٣ انظر: المبسوط (٣٣٧/٥) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢٦/٤) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٥٩٠/٣).

٤ - انظر: البهجة في شرح التحفة (٦٣٥/١)، حاشية الدسوقي (٥١٨/٢) وما بعدها، بلغة السالك (٤٨٧/٢)، الشرح الكبير (٣٠٠/٢).

٥ - انظر: الإقناع (١٤٧/٤)، المغني (٢٤٥/٩)، (٢٥٠/٩) كشف القناع (٤٧٨/٥) وما بعدها، شرح منتهى الإرادات (٢٣٦/٣) وما بعدها.

الأدلة^(١):

(١) قول النبي ﷺ "مطل الغني ظلم"^(٢).

وجه الاستدلال: أن الزوج الممتنع عن الإنفاق مع غناه وقدرته يعتبر مماًطلاً، والمماطل ظالم على لسان رسول الله - ﷺ؛ وذلك لأنه حال بين المرأة وحققها المقرر لها شرعاً (النفقة) فيجازى على ذلك بأن يحال بينه وبين امرأته حتى يؤدي ما يجب عليه.

(٢) أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ﷺ كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فبعث إليهم إما أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(٣).

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٤) إلى أنه لا يطلق على الزوج.

الأدلة^(٥):

أن القاضي يستطيع بما يملكه من سلطة وما لديه من طرق متاحة لتأديب الزوج إلزام الزوج بدفع النفقة لزوجته فلا التجاء إلى التفريق مع هذه الصلاحيات المناطة بالقاضي، كما أنه من المحتمل أن يكون امتناع الزوج عن بذل النفقة لداعي الغضب فسرعان ما يهدأ ويعود إلى الإنفاق، كما أن القاضي باستطاعته بما مكنه الله تعالى وبمعمونة الزوجة أن يكشف عن مال الزوج المخفى ويجري فيه النفقة.

القول المختار:

الذي يظهر لي -والله تعالى أعلى وأعلم- هو رجحان قول الجمهور القاضي بمنح القاضي سلطة التفريق بين الزوجة وزوجها القادر الممتنع عن الإنفاق؛ وذلك للأسباب التالية:

١ - انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٦) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٩٠)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥١٨) وما بعدها،

الشرح الكبير (٢/ ٣٠٠)، المغني (٩/ ٢٤٥)، (٩/ ٢٥٠) كشاف القناع (٥/ ٤٧٨) وما بعدها.

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، (٢/ ٧٩٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، (٥/ ٣٤).

٣ - سبق تخريجه ص ١٧٧.

٤ - انظر: مغني المحتاج (٣/ ٤٤٢)، حاشية قليوبي (٤/ ٨٢)، حاشية إعانة الطالبين (٤/ ١٠٢).

٥ - انظر: حواشي الشرواني والعبادي (٨/ ٣٣٦)، نهاية المحتاج (٧/ ٢١٢)، فتح الوهاب (٢/ ٢٠٧).

(١) أن في هذا القول تجسيدا لفائدة القضاء وحكمة تشريعه؛ من إنهاء الخصومات والتراعات بقدر المستطاع.

(٢) الأدلة التي تشبثوا بها ولا معارض لها حسب ما وقفت عليه مما مكنتني الله عليه.

(٣) أن في قول الشافعية كما هو ظاهر تطويل، مع وجود الضرر على المرأة، والضرر تجب إزالته بقدر المستطاع.

في حين أن قول الجمهور منهي للتزاع والشقاق بأقصر طريق.

الحالة الثالثة: إذا كان الزوج غائبا:

وللفقهاء في هذه الحالة ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: قول الأحناف^(١)، وهم مختلفون في هذه الحالة على أقوال ثلاث:

(١) يأمرها القاضي بالاستدانة على الزوج إذا كان يعلم النكاح بينه وبينها وهو قول أبي حنيفة وزفر.

(٢) ليس للقاضي أن يأمر بالاستدانة وهو قول أبي يوسف؛ وذلك لأن الأمر بالاستدانة من باب القضاء على الغائب، ولا يملك القاضي أن يحكم على الغائب.

(٣) القول بجواز الطلاق استحسانا.

وهو الراجح عندهم؛ لما فيه من إزالة الضرر عن المرأة.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى إن الزوج إن كان غائبا ولم يترك لزوجته

نفقة ولم يقدر على مال له ولا على استدانة ولا على الأخذ من وكيله إن كان له وكيل كتب القاضي إليه؛ ليحملها إليه، أو يبعث بنفقتها كما فعل الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما كتب

١ - انظر: البحر الرائق (٢٠٠/٤) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢٦/٤) وما بعدها، تبيين الحقائق (٥٩/٣) وما بعدها، مجمع الأثر (١٨٩/٢).

٢ - انظر: الشرح الكبير (٥١٩/٢)، القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، (٥٦٩/٢)، مواهب الجليل (٥٧٢/٥) وما بعدها.

٣ - انظر: الإقناع (١٤٧/٤)، المعني (٢٨٣/٩)، كشاف القناع (٤٧٩/٥) وما بعدها.

إلى أمراء الأجناد أن يبعثوا بنفقة ما مضى وإلا طلق عليهم^(١).

وإن لم يعلم للزوج محل وتعذرت النفقة بالاستدانة وعدم الوصول إلى شيء من ماله فللزوجة الفسخ لأنها لم تقدر على الوصول إلى نفقتها أشبه ما لو ثبت إعساره. بل هذه الحالة أشد ضررا مما لو كان الزوج موجودا معسرا.

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٢) إلى أنه لا يحق للمرأة أن تطلب الطلاق، ما لم تقوم بينة على عسره؛ وذلك أن الطلاق عند الشافعية يكون بسبب الإعسار لا الغيبة، إذ يستطيع الحاكم أن يتصل به ويخبره ويلزمه بالإفناق.

القول المختار:

الذي يظهر لي -والله تعالى أعلم وأحكم- هو القول الثاني وهو قول المالكية والحنابلة للأسباب التالية:

(١) أن هذا فعل الخليفة الراشد عمر رضي الله عنه وقد جاءت السنة بوجوب الاقتداء به كقوله عليه الصلاة والسلام "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ..." الحديث^(٣).

(٢) سهولة تطبيقه خاصة مع ما يسره الله تعالى لنا من قنوات الاتصال الحديثة.

(٣) أن فيه ترسيخا لهيئة القضاء والحكمة من مشروعيته، إذ أضفى عليه صلاحية الفسخ بقيوده المذكورة، بينما أغفلت الأقوال الأخرى هذه الصلاحية.

(٤) أن فيه رفعا للظلم النازل بالمرأة، وقد جاءت الشريعة بدفع الظلم قبل وقوعه، ورفعه بعد وقوعه ونزوله.

١ - سبق تخريجه ص ١٧٧.

٢ - انظر: نهاية المحتاج (٢١٢/٧) وما بعدها، المهذب (١٦٣/٢) مغني المحتاج (٤٤٢/٣)

٣ - سبق تخريجه ص ٣٠.

المطلب الثالث

إذا أعسر الزوج بالسكنى أو المهر

سبق القول بوجوب النفقة للزوجة على زوجها، وسيقت الأدلة الدالة على هذا الحكم الوجوبي، لكن يجب معرفة أن مرد هذه النفقة الواجبة إلى عرف البلد ومقدار الكفاية للمرأة المنفق عليها، لعدم ورود نص شرعي فيه تحديد للمقدار الواجب في النفقة، وعلى إثر هذا أتناول مسألة إعسار الزوج بالسكنى فأقول:

اختلف الفقهاء-رحمهم الله تعالى- في الإعسار بالسكنى على قولين هما:

القول الأول: ذهب الشافعية في الرواية الراجحة عندهم^(١)، والحنابلة^٢ إلى استحقاق المرأة للفسخ نتيجة إعسار الزوج بالسكنى .

لقول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا نَضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن هذا من المعاشرة بالمعروف، فالسكنى لازم كالنفقة والكسوة، لا يستقيم العيش بدونها، ويلحق الزوجة بعدم توفره ضرر كبير، وقد اتفق الفقهاء-رحمهم الله تعالى وغفر لهم- على أن للمعتدة الرجعية والحامل النفقة والسكنى للآية السابقة، فجعل الله تعالى للمرأة حق النفقة والسكنى؛ جزاء حبسها نفسها من أجل زوجها حتى في أثناء العدة.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٤) إلى أنه ليس للمرأة أن تطلب الفسخ بسبب الإعسار بالسكنى، معللين قولهم بأن ضرر الإعسار بالسكنى أقل من ضرر الإعسار بالطعام والكسوة، وبنية البدن تقوم بدونه.

١ - انظر: المهذب (١٦٣/٢)، إعراب الطالبين (٨٧/٤)،، مغني المحتاج (٤٣٢/٣)، التنبيه في الفقه الشافعي، (٢٠٩/١).

٢ - انظر: الإقناع (١٤٦/٤)، المغني (٢٤٥/٩)، كشف القناع (٤٧٦/٥).

٣ - سورة الطلاق، آية (٦).

٤ - انظر: بداية المجتهد (٩٥/٢)، مواهب الجليل (٥٦١/٥) وما بعدها، التاج والإكليل (١٩٥/٤)، البهجة في شرح التحفة (٦٣٣/١). وقد تقدم التنبيه على أن الحنفية لا يفرقون بالإعسار.

القول المختار:

الذي يظهر هو رجحان القول الأول المقتضي فسخ القاضي للنكاح عند الإعسار بالسكن، وذلك للأسباب التالية:

(١) أن السكن حاجة ملحة إن لم يكن ضرورة، وتعذره ملحق للعت والمشقة الزائدة على المكلف، وقد جاءت الشريعة برفع هذه المشاق ولذا جاء في كثير من أحكامها رخص.

(٢) أن هذا القول يحقق المقصود من القضاء، إذ يضمن على القضاء مزيداً من القوة والسلطة.

(٣) أن انعدام السكن ضرر واضح على المرأة، وقد جاءت الشريعة بدفع الظلم ورفع.

الجنب الثاني: الإعسار بالمهر الذي هو اسم للمال الذي يجب في عقد الزواج في مقابلة البضع.

والمهر مشروع بنص الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضًا ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ ﴾^(١).

ومن السنة: ما جاء أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها^(٢).

وقد أجمع المسلمون على مشروعية وجود المهر في عقد النكاح، وأنه واجب للزوجة على زوجها، لما فيه من برهنة وتأكيد على صدق الرغبة في هذه المرأة^(٣).

إذا ثبت هذا يقال: اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في تفريق القاضي بين الزوجين بسبب

١ - سورة النساء، آية (٢٤).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها، (١٩٥٦/٥)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها، (١٤٦/٤).

٣ - انظر: المغني (٣/٨)، وابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (٦٩/١).

الإعسار بالمهر على قولين هما:

القول الأول: ذهبت المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن من حق المرأة طلب الفسخ

نتيجة إعسار زوجها بالمهر، إلا أن أصحاب هذا القول فرقوا بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الإعسار بالمهر قبل الدخول.

فالواجب في هذه الحالة أن يعطى للزوج مهلة ترجع إلى اجتهاد القاضي على أصح الأقوال، ليتمكن خلالها من جمع معجل الصداق.

معللين ذلك بقولهم: إن سبب الفسخ هو العجز عن تسليم العوض الذي هو المهر، مع بقاء المعوض على حاله وهو البضع. وبرروا الفسخ أيضا بقياسهم على إعسار الشخص عن دفع ثمن السلعة، والسلعة قائمة بعينها فلا تسلم إليه قبل دفع الثمن.

ومما يؤكد القول بالفسخ أنه لما كان المهر أكثر اختصاصا من النفقة، من جهة أن الأول بدل البضع، كان أولى وأحرى بالفسخ من الإعسار بالنفقة.

الحالة الثانية: أن يكون الإعسار بالمهر بعد الدخول.

فحق المرأة في هذه الحالة يتلخص في المطالبة بمعجل الصداق ليس إلا، ولا تستقيم مطالبتها بالفسخ. وقد وجهوا قولهم ها هنا بأسباب زبدة القول فيها ما يأتي:

(١) إن المعوض الذي هو البضع قد تلف لما سمحت له المرأة بالدخول، فأصبح العوض الذي هو المهر ديناً في ذمة الزوج.

(٢) إن قياس هذه الحالة على مسألة جواز التفريق بسبب الإعسار بالنفقة غير وجيه، من حيث إن ضرر الإعسار بالمهر لا يتجدد كل يوم كما هو الوضع في الإعسار بالنفقة.

١ - انظر: المدونة الكبرى (١٧٦/٢)، حاشية الدسوقي (٢٩٩/٢) وما بعدها، البهجة في شرح التحفة (٣٦٤/١)، الشرح الكبير (٢٩٩/٢).

٢ - انظر: مغني المحتاج (٤٤٤/٣)، منهاج الطالبين (١٢٠/١)، نهاية المحتاج (٢١٥/٧).

٣ - انظر: المغني (٨١/٨)، المبدع شرح المقنع (١٦٥/٧)، الروض المربع شرح زاد المستقنع (٣٥٠/١).

القول الثاني: ذهب الحنفية^(١)، إلى أنه لا يجوز تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار، وللزوجة قبل الدخول منع نفسها للزوج حتى تستوفي مجمل صداقها؛ لأنهم لا يرون التفريق بسبب الإعسار مطلقاً^(٢).

١ - انظر: (بدائع الصنائع (٢/٢٨٨)، البحر الرائق (٣/١٩٠)، حاشية ابن عابدين (٣/١٤٣).

٢ - وقد سبقت الإشارة إلى أدلتهم ص ١٧٢.

المطلب الرابع

إذا غيب زوج المرأة الموسر ماله، وصبر على حبس الحاكم

سبق بيان وجوب إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، وبينت المصادر التي أنتجت هذا الحكم من كتاب وسنة وإجماع، وذكرت أن الممتنع عن النفقة لا يخلو من واحد من ثلاث حالات: منها هذه الحالة وهي ما إذا كان زوج المرأة الممتنع عن الإنفاق عليها موسراً لديه القدرة المالية لكن يمتنع لبخله. وبنيت الطرق الواجب على القاضي سلوكها في هذه الحالة بشيء من التفصيل مع ذكر خلاف العلماء وأدلتهم في هذه الحالة مع تبين القول المختار في الحالة، مما يعني عدم الحاجة إلى إعادة القول ها هنا؛ إذ الكلام واحد^(١).

المطلب الخامس

إذا غاب زوج المرأة ولم يترك لها نفقة

مر معنا أن من حقوق الزوجة على زوجها الإنفاق عليها بالمعروف، وسقت الأدلة الموجبة لهذا الحق من الكتاب والسنة والإجماع، ثم أشرت بعد تفعيد هذا الحق أن الزوج عند عدم نفقته على زوجته لا يخلو من ثلاث حالات: منها أن يكون الزوج غائبا ولم يترك لها نفقة، وبيت هنالك خلاف أهل العلم في هذه الحالة وخلصت بعدها إلى قول مختار فيها، فلم أر فائدة في إعادة الكلام ها هنا، والكلام متحد.

المطلب السادس

إذا تنازع الزوجان في النفقة

اختلف الفقهاء فيمن يعتد القاضي بقوله إذا ادعى الزوج إعطاء زوجته نفقتها أو إرسالها لها، ولم تصدقه على ذلك بل أنكرت قوله على قولين هما:

القول الأول: ذهب الجمهور (الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)) إلى أن القول قول المرأة

مع يمينها .

الأدلة^(٤):

(١) إعمالاً للعمل المطرد المعهود في سائر الديون الذي دل عليها قول النبي ﷺ: "واليمين على المدعى عليه"^(٥)، وذلك أن الزوج هاهنا مدين للمرأة بنفقتها ويدعي قضاء دين عليه، والدائن الذي هو الزوجة هاهنا تنكر القبض والسداد، فيكون القول قولها مع يمينها.

(٢) لأن الأصل عدم القبض، ويجب العمل بالأصل إلى أن يأتي من البيّنات ما ينقضه.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٦) إلى تفصيل للمخرج من هذا النزاع، خلاصة القول فيه: أن

الأمر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: التي يكون فيها القول قول الزوجة مع يمينها، وتمثل في أن تكون الزوجة قد

١ - انظر: الدر المختار (٥٩٥/٣)، البحر الرائق (١٩٥/٤)، بدائع الصنائع (٢٩/٤).

٢ - انظر: الأم (٨٩/٥)، المجموع شرح المهذب (٢٧٥/١٨)، حاشية الحمل على المنهج، (٤٠٨/٩)

٣ - انظر: الإنصاف (٢٨٢/٩)، الشرح الكبير (٢٦٢/٩)، المبدع شرح المقنع (١٨٠/٨).

٤ - انظر: البحر الرائق (١٩٥/٤)، بدائع الصنائع (٢٩/٤)، المجموع شرح المهذب (٢٧٥/١٨)، الشرح الكبير لا بن قدامة (٢٦٢/٩).

٥ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وقال الترمذي -رحمه الله تعالى-: "هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه". (٦٢٦/٣).

٦ - انظر: حاشية الدسوقي (٥٢١/٢)، الشرح الكبير (٥٢١/٢).

رفعت أمرها في ذلك إلى الحاكم، فلم يجد الحاكم لزوجها مالا يبيح لها الإنفاق على نفسها، ويأذن لها في الاقتراض والرجوع بذلك على زوجها . إلا أنه ينبغي ملاحظة أنه وإن كان القول قول المرأة مع يمينها إلا أن ابتداء الحساب للنفقة يكون من يوم الرفع لا من غيره.

الحالة الثانية: التي يكون فيها القول قول الزوج مع يمينه على المشهور، ولهذه الحالة صورتان هما:

الصورة الأولى: أن تكون الزوجة قد رفعت أمرها إلى جماعة المسلمين العدول أو الجيران لا إلى القاضي.

الصورة الثانية: أن تكون المرأة لم ترفع الأمر لأحد أصلاً، أو رفعته ببعض المدة وسكتت عن بعضها الآخر .

القول المختار:

الذي يظهر-والله تعالى أعلم- هو رجحان قول الجمهور القاضي بأن القول قول المرأة مع يمينها؛ لوجاهة أدلتهم وقوتها، ولجريانها على مقتضى القاعدة العامة والأصل المسلك.

المطلب السابع

لو امتنع رب البهائم من الواجب عليه

البهيمة: كل ذات أربع قوائم من دواب البر والماء ما عدا السباع، والجمع بهائم^(١).
ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والإنفاق عليها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: "عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض"^(٢).

لكن ما الحكم إن امتنع المالك من الإنفاق على بهائمته؟

هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على قولين هما إجمالا:

القول الأول: ذهب الجمهور إلى أنه إن امتنع المالك من الإنفاق على بهائمته أجبره الحاكم على ذلك ديانة وقضاء.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنه إن امتنع المالك عن الإنفاق على بهائمته لم يجبر قضاء في ظاهر الرواية، وجبر ديانة وعليه الفتوى.

ولتفصيل المسألة يقال:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٣) في ظاهر الرواية إلى أنه لا يجبر القاضي المالك على الإنفاق على الحيوانات، لأن في الإيجاب نوع قضاء، والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضي له، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى، ويكون آثما ومعاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق.

١ - انظر: علي المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (٤/٣٣٨)، المعجم الوسيط (١/٧٤)، تاج العروس من جواهر القاموس (٣١/٣٠٧).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب فضل سقي الماء، (٢/٤٣٨)، وأخرجه مسلم، كتاب السلام، باب تحريم قتل الهرة، (٧/٤٣).

٣ - انظر: البحر الرائق (٤/٢٣٧)، الدر المختار (٣/٦٣٨)، الهداية شرح بداية المبتدي (٢/٤٩).

القول الثاني: ذهبت المالكية^(١) إلى أن يجب على المالك نفقة رقيقه ودوابه من بقر وإبل وغنم وحمير وغيرها إن لم يكن هناك مرعى، فإن أبي أو عجز عن الإنفاق أخرج عن ملكه ببيع أو صدقة أو هبة.

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٢) إلى التفريق بين كون الحيوان مأكول اللحم أو غير مأكولة.

فقرروا أن مالك الحيوان مأكول اللحم إذا امتنع من الإنفاق عليه لزمه أحد أمور ثلاثة: بيعه، أو علفه والإنفاق عليه، أو ذبحه؛ دفعا للضرر عنه وإبقاء للملكه وعدم إضاعة ماله. وأما مالك غير مأكول اللحم فيلزمه بيعه أو الإنفاق عليه، ولا يجوز له ذبحه، لأنه غير مأكول اللحم يحرم ذبحه.

فإن أبي ذلك تصرف الحاكم فيما يراه مصلحة حسب ما يقتضيه الحال نيابة عنه من إجارة الدابة أو بيعها، فإن لم يمكن ذلك وجبت نفقتها في بيت المال، فإن لم يوجد في بيت مال المسلمين من الأموال ما ينفق الحاكم منها عليها، وجب على جماعة المسلمين كفايتها.

القول الرابع: ذهبت الحنابلة^(٣) إلى إنه امتنع مالك البهيمة من الإنفاق عليها أجبر على ذلك، لأنه واجب عليه كما يجبر على سائر الواجبات، فإن أبي الإنفاق عليها أو عجز عنه أجبر على بيع أو إجارة أو ذبح مأكول، لأن بقاءها في يده بترك الإنفاق عليها ظلم، والظلم تجب إزالته، فإن أبي فعل الحاكم الأصح من هذه الأمور الثلاثة أو اقترض عليه وأنفق عليها، كما لو امتنع من أداء الدين، ويجب على مقتني الكلب المباح وهو كلب صيد وماشية وزرع أن يطعمه ويسقيه أو يرسله، لأن عدم ذلك تعذيب له، ولا يحل حبس شيء من البهائم لتهلك جوعا أو عطشا.

١ - انظر: مواهب الجليل (٥/٥٨٠)، بلغة السالك (٢/٤٩٠)، البهجة في شرح التحفة (١/٦١١)، حاشية الدسوقي (٢/٥٢٢).

٢ - انظر: المجموع شرح المهذب (١٨/٣١٩)، حاشية إعانة الطالبين (٤/١٢١)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٤٨٢).

٣ - انظر: الإقناع (٤/١٥٦)، الفروع (٩/٣٣٠)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢٤٧).

القول المختار:

الذي يترجح - والله تعالى وحده العلم - هو قول الجمهور القاضي بأن القاضي يجبر رب المال على الإنفاق على بهائمهم، وإن لم يمتثل فعل القاضي ما يراه مناسبا حسب النظر والاجتهاد؛ وذلك لأن هذا الصنيع من رب المال منكر يجب تغييره وإزالته، وعدم السكوت عنه، قال الله تعالى:

﴿ لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَٰلِكَ بِمَا

عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ ﴿٧٨﴾ (١).

١ - سورة المائدة، آية (٧٨).

المبحث الخامس

نيابة القاضي في كتاب الحضانة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : إذا عدم من كان مستحقا لحضانة الطفل ولم يبق إلا الرجال من

ذوي الأرحام .

المطلب الثاني : إذا بلغ الغلام سبع سنين ولم يختار لحضاتته أحد أبويه .

المطلب الثالث : إذا استوى اثنان في الأحقية بالحضانة .

المطلب الأول

إذا عدم من كان مستحقاً لحضانة

الطفل ولم يبق إلا الرجال من ذوي الأرحام

تمهيد: في تعريف الحضانة.

الحضانة في اللغة: مصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة صبيها إذا جعلته في حضنها أو ربه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، وحضن الصبي يحضنه حضنا: رباه^(١).

قال ابن فارس - رحمه الله تعالى - : "الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته. فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح؛ يقال احتضنت الشيء جعلته في حضني... ومن الباب حضنت المرأة ولدها، وكذلك حضنت الحمامة بيضها. والمحتضن: الحضن"^(٢).

اصطلاحاً: تعددت تعريفات الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في تصوير هذا المصطلح، ومن تعريفاتهم ما يأتي:

عرفه الحنفية^(٣) بقولهم: تربية الولد لمن له حق الحضانة.

وعند المالكية^(٤): حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.

وعند الشافعية^(٥): حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه وتربيته بما يصلحه.

١ - انظر: لسان العرب (١٢٢/١٣)، مختار الصحاح (١٦٠/١)، الفيومي، المصباح المنير، نشر المكتبة العصرية (٧٦/١).

٢ - معجم مقاييس اللغة (٧٣/٢-٧٤).

٣ - حاشية ابن عابدين (٥٥٥/٣).

٤ - انظر: حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢).

٥ - انظر: مغني المحتاج (٤٥٢/٣).

وعند الحنابلة^(١): حفظ الطفل عما يضره وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ونحو ذلك. وقيل: هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه.

وحين إمعان النظر في هذه التعريفات نجد أنهما كلهما تدور حول معنى واحد يفيد قيام الحاضن أو الحضانة بصيانة الطفل ورعايته، وحمايته عما يضره.

أما مسألة المطلب وهي إذا عدم من كان مستحقاً لحضانة الطفل ولم يبق إلا الرجال من ذوي الأرحام، فقد اختلف فيها العلماء - رحمهم الله تعالى - على أقوال هي كالتالي:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) إلى أنه إذا عدم المستحقون للحضانة من العصبات أو سقط استحقاق العاصب لحضانة الطفل لوجود مانع فإن حق الحضانة ينتقل إلى ذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم، ثم يقدم الأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأبوين، ثم للخال لأم، فإن تساوا فأصلحهم. ووافق الحنابلة على الصحيح من مذهبهم^(٣) الحنفية في أن الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث، وأولاهم أبو أم، فأمهاته، فأخ لأم، فخال، ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره.

الأدلة^(٤):

١. لأن لهم رحماً وقربة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم.

٢. ولأن هؤلاء حق الولاية في النكاح فيكون لهم حق الحضانة.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٥) والشافعية^(٦) إلى أنه لا حضانة لذوي الأرحام، وأن الأمر

ينتقل بعد الترتيب الذي رتب في كل مذهب بحسبه إلى الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره.

١ - انظر: الإنصاف (٤١٦/٩).

٢ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٤/٣)، شرح فتح القدير (٣٧١/٤)، البحر الرائق (١٨٤/٤).

٣ - انظر: المغني (٣٠٩/٩)، كشف القناع (٤٩٨/٥)، الإنصاف (٣١١/٩).

٤ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٤/٣)، البحر الرائق (١٨٤/٤)، المغني (٣٠٩/٩)، كشف القناع (٤٩٨/٥).

٥ - انظر: حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)، الشرح الكبير للدردير (٥٢٨/٢)، التاج والإكليل لمختصر خليل، (٢١٦/٤).

٦ - انظر: مغني المحتاج (٤٥٤/٣)، نهاية المحتاج (٢٢٨/٧)، روضة الطالبين (٥١٧/٦).

الأدلة^(١):

١. لضعف قرابتهم بانتفاء الإرث والولاية والعقل فأشبهوا الأجانب.
٢. ولأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم.

القول المختار:

الراجح-والله أعلم-أنه إذا عدم المستحقون للحضانة، ولم يبق سوى ذوي الأرحام من الرجال فإنهم يستحقون الحضانة؛ لما يأتي:

١. عموم قول الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٢).
٢. لأن ذوي الأرحام في عداد القرابة، والقريب له شفقة ورحمة على قريبه.
٣. لأن ذوي الأرحام لهم حق في الميراث عند انعدام أصحاب الفروض وأصحاب العصابات، فثبتت لهم الحضانة تطبيقاً للقاعدة الشرعية "الغنم بالغرم".

١ - انظر: حاشية الدسوقي (٢/٥٢٨)، مغني المحتاج (٣/٤٥٤).

٢ - سورة الأنفال، آية (٧٥).

المطلب الثاني

إذا بلغ الغلام سبع سنين ولم يختار لحضانتة أحد أبويه

تمهيد:

يقصد بالتخيير هاهنا: هو أن يجعل الخيار تحت إرادة كل من الذكر والأنثى إذا ميزا حسب رغبة كل منهما في المكوث عند من يختاره من الأب أو الأم أو من يقوم مقامهما إذا تنازعا فيه وهما من أهل الحضانة.

اختلفت آراء الفقهاء-رحمهم الله تعالى- في هذه المسألة على قولين إجمالا هما:

القول الأول: أن المحضون لا ينجح، وهذا قول الحنفية والمالكية.

القول الثاني: أن المحضون إذا كان مميزا ينجح وهذا قول الشافعية والحنابلة.

وإليك بسط ذلك وتفصيله:

أولا: مذهب الحنفية^(١):

يرى الحنفية أن الولد المحضون إذا بلغ السن التمييز (أي ولم يبلغ) لا خيار له ذكرًا كان أو أنثى، وأن انضمامه إلى حضانة الأب أو من يقوم مقامه أمر واجب لا خيار له فيه.

أما الجارية فإنها تبقى عند الأم والجدتان أم الأم وأم الأب حتى تحيض فإن حاضت فإنه تكون تحت كنف الأب وحضانتة وجوبا بدون تخيير.

أما إذا كانت حضانتها لغير الأم والجدتان من النساء فإنها والحالة هذه تبقى عند حاضنتها حتى تستغني عنها ثم تضم إلى الأب وجوبا بدون تخيير، وقيل: حتى تشتهي.

١ - انظر في مذهب الحنفية: انظر: العناية (٣/٣١٨). الهداية (٣/٣١٦-٣١٧)، البحر الرائق (٤/١٨٥). بدائع الصنائع

(٥/٢٢٥٧)، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق، (٣/٤٩).

الأدلة^(١):

استدل الحنفية على مذهبهم من ناحية النقل، ومن ناحية العقل، وبيان ذلك فيما يلي:

١. قول النبي ﷺ "أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٢).

ووجه ذلك: أن النبي ﷺ لم يخير الطفل بين أبويه، بل جعل المستحق لحضنته الأم، ولو خير الطفل لم تكن أمه أحق به إلا إذا اختارها.

نوقش: أن هذا الحديث اقتضى أمرين هما:

- أنه لا حق لها في الولد بعد النكاح. - أنها أحق به ما لم تنكح. وهذه الأحقية للأم في الحضنة يتصور في حالتين لا ثالث لهما:

إحدهما: أن يكون الولد صغيرا لم يميز فهي أحق به مطلقا من غير تخير.

ثانيهما: أن يكون الولد المحضون قد بلغ سن التمييز، وحينها يكون للأم الحق في الحضنة شريطة أن يقع اختياره عليها، والحكم إذا كان معلقا على شرط صح إطلاقه اعتمادا على تقدير الشرط، كما أن هذا النص وأشباهه إذا أخذ به على إطلاقه، لأدى ذلك إلى نتيجة باطلة متمثلة في إبطال النصوص الشرعية الدالة على التخير، وهذا المسلك الذي يكون فيه الأخذ ببعض النصوص والإعراض عن نصوص أخرى، وعدم محاولة الجمع بين نصوص الشارع عند التعارض -الذي محله ذهن المجتهد وعقله ولا وجود له على أرض الوحي -مسلك باطل؛ إذ نصوص الشارع لا يعارض بعضها بعضا. كما أن الأخذ بإطلاق الحديث وعدم تقييده بالتخير يرجع على أقوالكم بالبطلان، إذ إنكم قد قيدتم أحقية الأم بالحضنة ببعض القيود 'فقلتم الأم أحق به إذا كانت مقيمة، وإذا كانت حرة رشيدة، إلى غير ذلك من القيود التي لا تستند إلى دليل أو برهان، وعليه فتقييد هذا

١ - انظر: العناية (٣/٣١٨). الهداية (٣/٣١٦-٣١٧)، البحر الرائق (٤/١٨٥). بدائع الصنائع (٥/٢٢٥٧)، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، (٣/٤٩). وانظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، (٥/٤٧٧).

٢ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (٢/٢٥١)، والحاكم في مستدركه، كتاب الطلاق، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه، ووافقه الذهبي (٢/٢٢٥)، وصححه ابن الملقن، في البدر المنير (٨/٣١٧).

الحديث بالاختيار التي دلت عليه أحاديث أخرى، أولى وأحرى.

ثم يقال: لا يستقيم لكم الاستدلال بهذا الحديث، بوجه من الوجوه؛ إذ منكم من يقول: إذا استغنى بنفسه، وأكل بنفسه، وشرب بنفسه، فالأب أحق به بغير تخير، ومنكم من يقول: إذا ثغر فالأب أحق به.

فنقول: النبي ﷺ قد حكم لها به ما لم تنكح، ولم يفرق بين أن تنكح قبل بلوغ الصبي السن الذي يكون عنده أو بعد الاستغناء أو الاثعار، وعليه فنحن نطالبكم بالجواب عن مخالفة الحديث. كما أن الجمع بين هذا الحديث (أنت أحق به ما لم تنكحي) والأحاديث الواردة في التخيير ممكن إذا قيل: المراد بكونها أحق به فيما قبل التمييز لا فيما بعده، والتمييز غالباً ما يكون عند بلوغ سبع سنين، وتقييد النصوص المطلقة كالحديث الذي استدلتتم به (أنت أحق به ما لم تنكحي) بالتمييز الذي دلت عليه السنة أولى من تقييدكم التي أتيتم بها من الاستغناء بنفسه، أو البلوغ أو الشهوة، وما عدا ذلك من القيود التي لم ترد السنة بشيء منها.

٢. أن عقل الصغير قاصر لا يختار الأصح له، وإنما يحرفه قصوره إلى من يجد عنده اللذة والكسل والدعة فيفضله ويختار حضانته.

نوقش: بأن الصغير إذا بلغ سبع سنين فإنه مميز، وهذه السن هي أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة لحديث: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع"^(١)، كما أن من شرائط تخير الطفل الأمن من الفساد في اختياره لأحد أبويه، فإن علم أنه إنما اختار من اختار؛ لعلمه بأنه سيمكنه من الفساد، لم يعمل باختياره لأن في العمل به إضاعة لمصلحته.

٣. أن الطفل الذي يطلب منه الاختيار هاهنا صغير غير رشيد، لا يعرف مصلحته فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته .

نوقش: بمثل ما نوقش به الدليل السابق.

١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، (١/١٨٥)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٣/٢٣٨). وقال الألباني - رحمه الله تعالى - "إسناده حسن صحيح. صحيح أبي داود (٢/٤٠١).

ثانيا: مذهب المالكية^(١):

يرى المالكية أنه لا تخيير للذكر والأنثى بعد بلوغ سن التمييز الذي يستغني به كل منهما، وإنما المتعين استمرار الحضانة في الذكر إلى البلوغ ثم يكون حيث شاء، وفي الأنثى إلى أن تتزوج وإن بلغت خمسين سنة.

الأدلة^(٢):

يستدل للمالكية على ما ذهبوا إليه بأدلة من ناحية النقل، وأدلة من ناحية العقل:

١. فالناحية النقلية تتمثل في قول النبي ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٣).

١. **وجه الدليل منه:** أن الطفل لو خير لم تكن أمه أحق بحضانته إلا في حالة اختياره له، فلما جعل الشارع الطفل المحضون في عرين الأم دل على أنه لم يقم باختياره ولا يرغب بذلك^(٤).

٢. أما الناحية العقلية فهي أن الذكر لا قول له، ولا يعرف حظه، وربما اختار من يجد عنده اللهو واللعب، ومن يطلق له العنان في ارتكاب ما يهوى من الشهوات، كما أن صغره مظنة قصور عقله ونقصه ولا يحسن مع القصور والنقص اختيار لأنه لا يثمر ما يسعى إليه من نتائج، وقالوا في الأنثى: لا حكم لاختيارها، ولا يمكن انفرادها، فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع^(٥).

١ - انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢١٤/٤)، الشرح الكبير (٥٢٦/٢)، المدونة الكبرى (٣٥٦/٣)، أجد في كتبهم التي عندي ذكر لهذه الأدلة، وإنما ذكرها المخالفون لهم ليتسنى لهم تنفيذها والرد عليها.

٢ - انظر كتب الحنفية التالية: العناية (٣١٨/٣)، الهداية (٣١٦/٣-٣١٧)، البحر الرائق (١٨٥/٤). بدائع الصنائع (٢٢٥٧/٥)، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، (٤٩/٣). وانظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، (٤٧٧/٥)؛ إذ لم أجد في كتبهم التي عندي ذكر لهذه الأدلة، وإنما ذكرها المخالفون لهم ليتسنى لهم تنفيذها والرد عليها.

٣ - سبق تخريجه ص ١٩٨.

٤ - سبقت مناقشة الدليل عند ذكر أدلة الحنفية ص .

٥ - ما ورد من مناقشة لأدلة الحنفية يرد على أدلة المالكية لأن كليهما قائلان بمنع التخيير.

ثالثاً: مذهب الشافعية^(١):

يرى الشافعية أن التخيير حق ثابت لكل من الذكر والأنثى إذا ميزا ولو كان أحد المخير بينهما أفضل من الآخر ديناً أو محبة للولد، وسن التمييز في الغالب سبع سنين، وقد يسبق السبع، وقد يتأخر عنها، إلا أن المعول عليه هو وجود التمييز لا وجود السن^(٢).

إلا أن تخيير الطفل المحضون أياً كان ذكراً أو أنثى عند الشافعية ليس على إطلاقه، وإنما يجب فيه توفر الشرطين التاليين:

١. أهلية الأبوين المخير بينهما.

٢. إقامة الأبوين في بلدة واحدة.

الأدلة^(٣):

استدل الشافعية على قولهم هذا بأدلة منها:

١. ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني. فقال النبي ﷺ: "استهما عليه"^(٤). فقال زوجها: من يحاقني في ولدي^(٥)؟ فقال النبي ﷺ: "هذا أبوك وهذه

١ - انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤٥٠/٣) وما بعدها، مغني المحتاج (٤٥٦/٣) وما بعدها، نهاية المحتاج (٢٣١/٧) وما بعدها.

٢ - قال ابن الرفعة: "ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار وإلا أحر إلى حصول ذلك وهو موكول إلى اجتهاد القاضي". الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٤٩٠/٢).

٣ - انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤٥٠/٣) وما بعدها، مغني المحتاج (٤٥٦/٣) وما بعدها، نهاية المحتاج (٢٣١/٧) وما بعدها وانظر: تبين الحقائق (٤٩/٣) وما بعدها، شرح فتح القدير (٣٧٣/٤) وما بعدها، زاد المعاد (٤٧٦/٥) وما بعدها.

٤ - الاستهام: الاقتراع. انظر: الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، نشر دار المعرفة - لبنان، (٣٠٩/٣).

٥ - بالحاء المهملة والقاف المشددة أي من ينازعني. انظر: آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية - بيروت، (٢٦٦/٦).

أمك فخذ بيد أيهما شئت". فأخذ بيد أمه فانطلقت به^(١). وقاسوا الأنتى على الذكر في التفريق لانعدام الفارق.

نوقش: بأن هذا الحديث لا يصلح متمسكا لقولكم من وجوه:

الوجه الأول: أنه ليس في الحديث ذكر للفراق، وظاهر الحديث دال على أن المرأة ما زالت في عصمة زوجها؛ لقول المرأة في الحديث "إن زوجي يريد" ولولا أنها تحت قوامه زوجها لما أطلقت لفظ الزوجية في حديثها.

أجيب: لو كانت في صحبته لما حصل بينهما شقاق ونزاع على الولد؛ لأنهما إذا كانا سويا فإن الولد عندهما. وكون المرأة قد عبرت بلفظ الزوجية المشعر بعدم الانفصال، لا يلزم منه أن تكون في عصمته، وإنما اعتبارا بما كان، والحامل لنا على هذا التأويل، هو وجود النزاع على الولد؛ إذ المألوف أن لا نزاع في حضانة إلا بعد الفرقة.

الوجه الثاني: أن دلالة العرف المستقاة من ألفاظ الحديث دالة على أن الولد قد بلغ؛ لأنها قالت: وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد جرى العرف على أن لا يرسل إلى الآبار للاستقاء إلا البالغين، أما غير البالغ فلم يجر في العادة إرساله؛ للخوف عليه من السقوط؛ نظرا لقله عقله كما أن الغالب عجز غير البالغ عن القيام بمهمة الاستقاء.

أجيب: بأن هذا الوجه لا يصح لأمر:

الأمر الأول: أن حقيقة الغلام في لغة العرب الواردة في الحديث، تطلق على من لم يبلغ، فحمله على البالغ صيرورة من الحقيقة إلى المجاز لغير موجب وبغير مستند.

الأمر الثاني: لما كانت الحضانة مقصورة على غير البالغ، امتنع شرعا وعادة حمل الحديث على تخيير البالغ.

١ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (٢/٢٥١)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تنزوج وكانوا صغارا فإذا بلغ أحدهم سبع سنين أو ثمان سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه فكان عند أيهما اختار (٣/٨)، وصححه الألباني - رحمه الله تعالى - في صحيح أبي داود (٤٧/٧).

الأمر الثالث: ممن الممتنع عادة أن يتنازع الأبوان في رجل كبير بالغ عاقل، كما أنه من الممتنع شرعا تختيار من هذه أوصافه بين أبويه.

الوجه الثالث: إن الحديث حكاية حال، وواقعة عين، فتعذر الركون إليها والاحتجاج بها.

الوجه الرابع: جاء في بعض طرق الحديث النص على أن الولد كان صغيرا لم يبلغ، وهو حديث رافع بن سنان رضي الله عنه وفيه: "فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا ثم خيره"^(١).

الوجه الخامس: أنه لما يسبق إلى فهم أحد الحاضرين البتة أن الأبوين تنازعا في رجل كبير بالغ عاقل، وأنه خير بين أبويه، ولو فرض تختياره، لكان بين ثلاثة أشياء: الأبوين، والانفراد بنفسه.

الوجه السادس: لم يرد في الحديث إشارة لا قريبة ولا بعيدة على عمر الصبي، فكيف حددتم تختيار الصبي ببلوغ سبع سنوات.

الوجه السادس: أن الحديث محتمل للنسخ، بدلالة إرشاد النبي ﷺ الأبوين في بداية الأمر إلى الاستهام والاقتراع على ابنهما، وهو متروك إجماعا فكذلك حكم التختيار.

وأما ادعاءكم بأن من دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار في الغالب، فيجيب عنه كل من عرف ما كان عليه العرب من حزم وشدة.

٢. حديث رافع بن سنان: أنه تنازع هو وأم في ابنتهما، وأن النبي ﷺ أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية، وأقعد الصبية بينهما ثم قال: « ادعواها ». فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي ﷺ: "اللهم اهدها". فمالت إلى أبيها فأخذها"^(٢).

١ - أخرجه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتختيار الولد (٢٨٦/١١).

٢ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، (٢٤٠/٢)، والنسائي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، باب الصبي يسلم أحد أبويه، (٨٣/٤)، والحاكم في مستدركه، كتاب الطلاق، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه"، ووافقه الذهبي، (٢٢٥/٢)، وصححه الألباني - رحمه الله تعالى - في صحيح أبي داود (١٣/٧).

نوقش: أن هذا الغلام حصلت له مزية لا يوجد مثلها في حق غيره؛ إذ إنه ببركة دعاء النبي ﷺ اختار ما هو أصلح وأنفع.

٣. ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه^(١).

٤. لأن المقصود بالكفالة الحفظ للولد، والمميز يعرف حظه فيرجع إليه.

وخلاصة مناقشة المانعين للتخيير (الحنفية والمالكية) لأدلة المجيزين للتخيير (الشافعية والحنابلة) ما جاء في بدائع الصنائع^٢، وزاد المعاد^٣ (قالت الحنفية والمالكية: الكلام معكم في مقامين، أحدهما: بيان الدليل الدال على بطلان التخيير، والثاني: بيان عدم الدلالة في الأحاديث التي استدلت بها على التخيير، فأما الأول: فيدل عليه قوله ﷺ: "أنت أحق به"، ولم يخيره. وأما المقام الثاني: فما رويتم من أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها، وأنتم لا تقولون بها على إطلاقها، بل قيدهم بالبلوغ، فما فوقها، وليس في شيء من الأحاديث ما يدل على ذلك، ونحن نقول: إذا صار للغلام اختيار معتبر، خير بين أبيه، وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله، وذلك بعد البلوغ، وليس تقييدكم وقت التخيير بالبلوغ أولى من تقييدنا بالبلوغ، بل الترجيح من جانبنا، لأنه حينئذ يعتبر قوله ويدل عليه قولها "وقد سقاني من بئر أبي عتبة"، وهي على أميال من المدينة، وغير البالغ لا يتأتى منه عادة أن يحمل الماء من هذه المسافة ويستقي من البئر، سلمنا أنه ليس في الحديث ما يدل على البلوغ، فليس فيه ما ينفيه، والواقعة واقعة عين، وليس عن الشارع نص عام في تخيير من هو دون البلوغ حتى يجب المصير إليه، سلمنا أنه فيه ما ينفى البلوغ، فمن أين فيه ما يقتضي التقييد بسبع كما قلتم؟).

وأما تخيير عمر - رضي الله تعالى عنه - فمحمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهي في الواقع أحق بحضانتها فأحب تطيب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخيره يدل عليه ما تقدم أنه

١ - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج وكانوا صغارا فإذا بلغ أحدهم سبع سنين أو ثمان سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه فكان عند أيهما اختار، (٤/٨)، وصححه الألباني - رحمه الله تعالى - في إرواء الغليل (٢٤٩/٧).

٢ - (٤٤/٤) وما بعدها.

٣ - (٤٧٦/٥).

لم يراجع أبا بكر^(١).

وعندهم أن المحضون يخير وإن أسقط أحد المخير بينهما حقه قبل التخيير. وذهب الماوردي، والرويان^(٢) من فقهاء الشافعية إلى أن الآخر كالعدم.

جاء في نهاية المحتاج "وظاهر كلامه تخيير الولد وإن أسقط أحدهما حقه قل التخيير وهو كذلك خلافا للماوردي والرويان^(٣)".

وإن اختار المحضون ثم امتنع من اختاره من كفالتة كفله الآخر فإن رجع الممتنع أعيد التخيير، فإن امتنعا جميعا وبعدهما مستحق آخر كجد وجدة خير بينهما وإلا أجبر عليها من تلزمه نفقته؛ لأنها من جملة الكفاية.

وإذا كان أحد الحاضنين أهلا للحضانة، والآخر عكس ذلك كأن يكون به جنون أو رق أو كفر أو ما شابه ذلك من مسقطات الحضانة فلا تخيير في هذه الحالة وإنما تكون الحضانة لمن هو أهل لها.

فإن قام الطفل المحضون باختيار كلا والديه، فإن القاضي يقرع بينهما؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالتة وهما متنازعان ومفترقان، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة.

وكذلك إن لم يختر واحدا منهما، فإن القاضي يقرع بينهما؛ لأنه لا يمكن أن يترك لوحده وهو لم يبلغ؛ لأن ذلك بوابة لضياعه وفساده.

ولما كان لا مزية لأحدهما على الآخر وجبت القرعة؛ إذ هي الحل الشرعي لمثل هذه الحالات.

١ - شرح فتح القدير (٤/٣٧٤).

٢ - هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو الحسن الروياني، ولد ببخارا في آخر سنة ٤١٥ هـ، حدث عن أبي غالب حمزة بن محمد الجعفي وأبي محمد عبد الله بن جعفر الخبازي، وروى عنه السلفي، وزاهر الشحامي، وإسماعيل بن محمد التيمي، وصنف الكتب المفيدة: منها "بجر المذهب، ومناصب الإمام الشافعي، والكافي، توفي بمدينة أمل، في المحرم سنة اثنتين وخمس مائة. انظر: سير أعلام النبلاء (٣٧/٢٤٣)، الوافي بالوفيات (١٩/١٦٧)، وفيات الأعيان (٣/١٩٨).

٣ - (٢٣١/٧).

وإذا اختار المحضون أحد الحاضنين ثم أراد الانتقال إلى الآخر فله ذلك وإن تكرر ذلك منه؛ لأنه قد يظهر له الأمر بخلاف ما ظنه، أو يتغير حال من اختاره أولاً، ولأنه قد يقصد مراعاة كلا الطرفين، وقد جاء في الأم للإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - " وإذا خير الولد فاختر أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختر الآخر حول إلى الذي اختار بعد اختياره الأول " (١) لكن إن ظن بتكرر ذلك عدم تميزه فيبقى للأم كما قبل التمييز.

رابعاً: مذهب الحنابلة (٢):

ذهب الحنابلة إلى مشروعية التخيير، إلا أنهم قصرُوا هذه المشروعية على الذكر إذا بلغ سبع سنين، على أصح الروايات عندهم، أما الأنثى فإذا بلغت سبع سنين على المشهور من الروايات، فإنها تنتقل إلى أبيها بلا خيار. إلا أن هذا التخيير للذكر عندهم ليس على إطلاقه بل هو مقيد محصور بسياج من الضوابط إذا اجتمعت صح معها التخيير وإلا فلا، وهذه الضوابط هي:

١. أن يكون كلا الأبوين الذين يخير بينهما الطفل صالحاً للحضانة، فإن زال وصف الصلاح عن أحد الطرفين فإنه يكون بمثابة العدم.

٢. ألا يكون الغلام المخير معتوها، فإن كان كذلك فلا خيار له والأم أحق بحضانتها؛ لأن المعتوه وإن كان كبيراً، فإنه بمنزلة الطفل غير المميز.

ولو خير الصبي فاختر أباه ثم أصيب بالعتة، بطل اختيار، ورد إلى أمه؛ لأن تخيير الصبي وقع حينما كان مستقلاً بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أحق وأولى بحضانتها؛ لأنها أشفق عليه، وأقوم بمصالحه، كما كانت كذلك في حال طفولته.

٣. ألا يعلم من حال الصبي المميز ميلان إلى طرف وتفضيله؛ لما يجد عنده من الحرية وعدم التقييد، مما يمكنه من مزاولته شهواته ورغباته، في حين أن انصرافه عن الطرف الآخر لما يعرف عنه من رقابة وتأديب وتقييد.

١ - (٩٢/٥).

٢ - انظر: المغني (٣٠١/٩)، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني (١٢٢/١)، كشف القناع (٥٠١/٥)، المبدع شرح المقنع (٢٠٦/٨).

وإذا اختار الصبي أحد والديه فصار عنده وانتقل إليه ثم اختار الآخر رد إليه، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه؛ لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهي كما تتبع شهوته في المأكل والمشروب والملبوس، وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما.

فإن خير فلم يختار واحدا منهما، أو اختارهما معا أجرى القاضي بينهما القرعة؛ لأنه لا مزية لطرف على طرف، ولا يمكن اجتماعهما على حضائنه فقدم أحدهما بالقرعة، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه؛ لأنه قدم اختياره الثاني على القرعة التي هي بدل الاختيار الأول.

فإن كان الأب معدوما أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم قام مقام الأب، فيخير الغلام بين أمه وعصبته

أدلة الحنابلة على تخير الغلام^(١):

استدل الحنابلة -رحمهم الله تعالى- على ما اختاروه في مسألة التخيير بجملة من الأدلة، منها:

١. ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعتي. فقال النبي ﷺ: "استهما عليه". فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت". فأخذ بيد أمه فانطلقت به^(٢).

٢. أن تخير الغلام كان مشتتاً في أوساط الصحابة -رضي الله عنهم- ولم ينكر فدل على ثبوته، يدل على ذلك جملة من الوقائع منها:

أ- ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه^(٣).

١ - انظر: زاد المعاد (٤٧٤/٥)، المغني (٣٠١/٩)، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني (١٢٢/١)، كشف القناع (٥٠١/٥)، المبدع شرح المقنع (٢٠٦/٨).

٢ - سبق تخريجه ص ٢٠١.

٣ - سبق تخريجه ص ٢٠٤.

ب- ما جاء عن عمارة الجرمي^(١) أنه قال: خيرني علي بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع، أو ثمان^(٢).

٣. أن التقديم في الحضانة من مصلحة الولد، فيقدم من هو أشفق عليه، واختياره لأحد أبويه يدل على أنه أرفق به وأشفق عليه^(٣).

وقيد الحنابلة تخير الذكر بسبع سنين، نظراً لأن السبع أول وقت وجه فيه الشارع الأولياء إلى أمر من تحت أيديهم بالصلاة، ولأن تقديم الأم في حال صغر الطفل؛ إنما كان لحاجة الطفل إلى الحمل ومباشرة الخدمة والرعاية، فإذا بلغ السن الذي يستغني فيه عن الحمل والخدمة، صار والداه في درجة واحدة، فيخير بينهما عند التنازع.

واستدل الحنابلة على عدم تخير الأنتى: بأن الغرض بالحضانة الحفظ للمحضون، والحفظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى من يقوم بحفظ موليته؛ لأن الأم محتاجة في نفسها إلى من يحفظها ويصونها، كما أن الجارية إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي صلى الله عليه و سلم عائشة وهي ابنة سبع، وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يلجأ إلى تخيرها لأن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح أن تقاس على الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه .

وقد حرر الإمام ابن القيم الجوزية-رحمه الله تعالى ورضي عنه- مذهب الإمام أحمد-رحمه الله تعالى ورضي عنه- في مسألة تخير الذكر وعدم تخير الأنتى فقال: "وأما مذهب الإمام أحمد، فإما أن يكون الطفل ذكراً أو أنثى، فإن كان ذكراً، فإما أن يكون ابن سبع أو دونها، فإن كان له دون السبع، فأمه أحق بحضانته من غير تخير، وإن كان له سبع، ففيه ثلاث روايات.

إحداها- وهي الصحيحة المشهورة من مذهبه- أنه يجيز، وهي اختيار أصحابه، فإن لم يجز

١ - بضم العين عمارة بن ربيعة الجرمي روى عن علي بن أبي طالب وعبسة بن سعيد روى عنه يونس الجرمي، انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٥٤٢)،

٢ - أخرجه البيهقي في سننه الصغرى، كتاب النفقات، باب أي الوالدين أحق بالولد، (٦/٥٥٥)، وضعفه الألباني في إرواء الغليل (٧/٢٥١).

٣ - ما ورد من مناقشات وإجابات لأدلة الشافعية يصدق على أدلة الحنابلة، لأن كليهما قائلان بالتخير.

واحدا منهما، أقرع بينهما، وكان لمن قرع، وإذا اختار أحدهما، ثم عاد فاختر الآخر، نقل إليه، وهكذا أبدا.

والثانية: أن الأب أحق به من غير تخير.

والثالثة: أن الأم أحق به كما قبل السبع. وأما إذا كان أنثى، فإن كان لها دون سبع سنين، فأما أحق بها من غير تخير، وإن بلغت سبعا، فالمشهور من مذهبه، أن الأم أحق بها إلى تسع سنين، فإذا بلغت تسعا، فالأب أحق بها من غير تخير. وعنه رواية رابعة: أن الأم أحق بها حتى تبلغ، ولو تزوجت الأم. وعنه رواية خامسة: أنها تخير بعد السبع كالغلام، نص عليها، وأكثر أصحابه إنما حكوا ذلك وجهها في المذهب، هذا تلخيص مذهبه وتحريره. اهـ^(١).

وقد رجح ابن القيم - رحمه الله تعالى - الرواية الأخرى عن الإمام أحمد والتي ذهب فيها إلى أن الجارية إذا بلغت سبعا فإن حضانتها تبقى لأما حتى تحتاج للتزويج، واستدل على ذلك بقوله "قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش، والخروج، ولقاء الناس، والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فالبت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائما بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائب عن البنت، أو في مظنة ذلك، فجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ. قالوا: وكل مفسدة يعرض وجودها عند الأم، فإنها تعرض أو أكثر منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية. قالوا: وأيضا فهي محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساء لا الرجال، فهي أحوج إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة، وفي دفعها إلى أبيها تعطيل هذه المصلحة، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينه، وفي ذلك تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم والأب أن تكون عند أمها، وهذا القول هو الذي لا نختار سواه. وقال من رجح الأب: الرجال أغير على البنات من النساء، فلا تستوي غيرة الرجل على ابنته، وغيره الأم أبدا، وكم من أم تساعد ابنتها على ما تمواه، ويحملها على ذلك ضعف عقلها، وسرعة الخداعها، وضعف داعي الغيرة في طبعها، بخلاف الأب، ولهذا المعنى وغيره جعل الشارع تزويجها إلى أبيها دون أمها، ولم يجعل لأما ولاية على بضعها البنت، ولا على مالها، فكان من محاسن الشريعة أن تكون عند أمها ما دامت محتاجة إلى الحضانة والتربية، فإذا بلغت حدا

١ - زاد المعاد في هدي خير العباد (٥/٤٦٧).

تشتهى فيه، وتصلح للرجال، فمن محاسن الشريعة أن تكون عند من هو أغير عليها، وأحرص على مصلحتها، وأصون لها من الأم. قالوا: ونحن نرى في طبيعة الأب وغيره من الرجال من الغيرة، ولو مع فسقه وفجوره ما يحمله على قتل ابنته وأخته وموليته إذا رأى منها ما يريه لشدة الغيرة، ونرى في طبيعة النساء من الانحلال والانخداع ضد ذلك، قالوا: فهذا هو الغالب على النوعين، ولا عبرة بما خرج عن الغالب اهـ^(١).

ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة متفقان في جملة من الأمور منها:

- (١) تخير الذكر بعد بلوغ سن التمييز وتنازع الأبوان فيه، أو من يقوم مقامهما.
 - (٢) أن الطفل المخير إذا خير بينهما، ولم يختار أقرع بينهما عند الحنابلة، والقول الآخر عند الشافعية.
 - (٣) أن المخير إذا خير بين الأب والأم، أو من يقوم مقامهما، ثم عاد فاختار الآخر رد إليه، فإن عاد واختار الأول رد إليه.
 - (٤) أن كلا منهما اشترط شروطاً للتخير.
- وإنما الخلاف بينهما في تخيير الجارية فذهبت الشافعية إلى أن الأنثى تخير كالذكر لعدم الفارق بينهما، بينما ذهبت الحنابلة إلى أن الذكر وحده يعرض عليه التخير.

القول المختار:

أن ذلك راجع إلى نظر القاضي فإن رأى أن الوالدين متساويان في العدالة خير الغلام بينهما، وإن رأى أن أحدهما أحفظ للولد من الآخر، وأصلح له حكم له به، والله أعلم.

١ - انظر: زاد المعاد (٤٧٤/٥).

المطلب الثالث

إذا استوى اثنان في الأحقية بالحضانة

المستحقون للحضانة على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: أن يكون المستحقون للحضانة نساء ليس معهن أحد من الرجال.

الضرب الثاني: أن يكون المستحقون للحضانة رجالا ليس معهم أحد من النساء.

الضرب الثالث: أن يكون المستحقون للحضانة رجالا ونساء.

ولكل ضرب ترتيب خاص على حسب المذاهب، وفيما يلي بيانها:

الضرب الأول: أن يكون المستحقون للحضانة نساء ليس معهن أحد من الرجال.

أولا: ترتيب حضانة النساء إذا اجتمعن وليس معهن أحد من الرجال عند الحنفية، وبيان

وجه هذا الترتيب:

ترتب النساء إذا اجتمعن وليس معهن أحد من الرجال عند الحنفية على النحو التالي^(١):

(١) الأم وأم الأم وإن علت؛ اعتمادا على قضاء أبي بكر-رضي الله تعالى عنه- بعاصم بن عمر بن الخطاب لجدته أم أمه . على أنه لا يثبت الحق للجدة البعيدة إلا عند عدم الجدة القريبة، أو عدم أهليتها.

(٢) ثم أم الأب وإن علت على الصحيح، ولا يثبت الحق للجدة البعيدة إلا عند عدم الجدة القريبة، أو عدم أهليتها.

(٣) ثم ينتقل حق الحضانة للأخت الشقيقة، ثم لأم ثم لأب؛ نظرا لأنهن بنات الأبوين فكن أولى من بنات الأجداد.

(٤) ثم يأتي في الترتيب بعد من سلف ذكره، بنت الأخت لأبوين، ثم لأب ثم لأم. وانفقت

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٢/٣) وما بعدها، بدائع الصنائع (٤١/٤) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (١٤/٤) وما بعدها، شرح فتح القدير (٣٦٧/٤) وما بعدها.

الروايات عند الحنفية على أن الشقيقة والتي لأم أحق وأولى من الخالة. وأما بنت الأخت لأب فالصحيح عندهم أن الخالة أحق منها.

(٥) ثم الخالات لأبوين ثم لأم ثم لأب؛ لأنهن بمرتلة الأم.

(٦) ثم يكون الحق لبنت الأخت لأب.

(٧) بنات الأخ لأبوين ثم لأم ثم لأب؛ وذلك لأن للأخت حقا في الحضانة دون الأخ فكان المدلي بها أولى.

(٨) ثم العمات لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم خالة لأم كذلك، ثم خالة لأب كذلك، ثم عمات الأمهات، ثم عمات الآباء بهذا الترتيب؛ وذلك أن حق الحضانة لقرابة الأم فكان كل من أدلى بها أولى ممن يدلي بالأب.

والتقديم في كل فئة لمن هي لأبوين ثم لأم ثم لأب في غير خالة الأب والأم، وعمات الأب والأم. وإن تساوا حكم القاضي لأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم.

ولا يثبت حق الحضانة عند الحنفية لبنات الأعمام والعمات، والأخوال والخالات؛ لأنهن لم يكن رحما للمحضون، وهن من غير محارمه فلا قرابة محرمية حاصلة، لذا بعدن عن حق الحضانة.

ثانيا: ترتيب حضانة النساء إذا اجتمعن وليس معهن أحد من الرجال عند المالكية، وبيان وجه هذا الترتيب^(١):

الترتيب عند المالكية على النحو التالي ذكره:

(١) الأم ثم أمها.

(٢) ثم جدة لأم، شريطة أن يكون لها عن الأم التي سقطت حضانتها منزل مستقل، فإذا سكنت معها فالمشهور عندهم سقوط حقها في الحضانة.

وهذا الشرط عندهم شامل ومتناول لكل أنثى ثبتت حضانتها أن تنفرد بالسكنى عمن سقطت حضانتها. والداعي لهم لاشتراط هذا الشرط أن الأب له تعاهد

١ - انظر: حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢) وما بعدها، مواهب الجليل (٥٩٣/٥) وما بعدها، التاج والإكليل (٢١٤/٤) وما بعدها.

أولاده، وتأديبهم، ومتى سكنت الحاضنة مع أمهم لم يتسن للأب مراده في معاهدة أولاده وتأديبهم خوفا مما يحدث بسبب ذلك.

(٣) ثم يأتي بعد من تقدم الخالة للطفل المحضون، وتقدم الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب على الصحيح، لأن الأم أمس رحما.

(٤) ثم يأتي عندهم بعد ذلك حالة الأم.

(٥) ثم عممة الأم، وتقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب؛ لأن الأم أمس رحما .

(٦) ثم الجدة لأب (وتشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه، وتقدم القربى على البعدى).

(٧) ثم أخت المحضون، وتقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

(٨) ثم العممة على الترتيب الذي ذكر.

(٩) ثم عممة الأب على ما ذكر من ترتيب.

(١٠) ثم حالة الأب.

ثم اختلف بعد ذلك في تقديم بنت الأخ أو بنت الأخت، والأظهر عندهم تقديم الأكفأ منهن.

ويقدم القاضي عند التساوي الأكثر صيانة وشفقة، ثم إن تساوا في الشفقة نظر إلى السن فقدم الأكبر، ثم يلجأ إلى القرعة عند التساوي في كل شيء.

ثالثا: ترتيب حضانة النساء إذا اجتمعن وليس معهن أحد من الرجال عند الشافعية، وبيان وجه هذا الترتيب^(١):

(١) تقدم الأم، لأنها أحق من غيرها بنص حديث: " أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٢)، كما أنها أقرب إليه وأشفق عليه.

(٢) ثم تنتقل الحضانة بعد الأم، للتي ترث من أمهات الأولاد، لمشاركتهن الأم في الولادة

١ - انظر: مغني المحتاج (٤٥٢/٣) وما بعدها، منهاج الطالبين (١٢١/١)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤٤٧/٣) وما بعدها.

٢ - سبق تخريجه ص ١٩٨.

والقراية، ويقدم الأقرب فالأقرب، ويقدم على أمهات الأب ولو كانت أمهات الأب أقرب، نظرا لتحقق ولادة أمهات الأم، ولأن أمهات الأم أقوى في الميراث من أمهات الأب، لأنهن لا يسقطن بالأب، وتسقط أمهات الأب بالأم، فإذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم، فالصحيح - وهو ما في الجديد- أن الحضانة تنتقل إلى أم الأب؛ لأنها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة، كأم الأم، ثم تنقل إلى أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب، ويقدم على أم الجد؛ كما يقدم الأب على الجد، فإن عدمت أمهات الأب انتقلت الحضانة إلى أمهات الجد، ثم إلى أمهاتها وإن علون، ثم تنقل إلى أمهات أب الجد.

٣) ثم تنقل الحضانة بعد ذلك إلى الأخوات، ويقدم على الخالات والعمات، لأنهن شاركننا الطفل المحضون في الرحم والنسب، وتقدم الشقيقة ثم لأب؛ لأنها تقوم مقام الأخت الشقيقة في الميراث، فقامت مقامها ونزلت منزلتها في الحضانة.

٤) ثم إذا عدم الأخوات صارت الحضانة إلى الخالات، ويقدم على العمات؛ لأن الخالة تدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب فقدم من يدلي بها، وتقدم الخالة الشقيقة ثم التي لأب ثم التي لأم.

٥) ثم تنقل الحضانة إلى العمات؛ لأنهن يدلين بالأب، وتقدم الشقيقة ثم لأب ثم لأم.

وجاء في مغني المحتاج (والأصح سقوط كل جدة لا ترث لا سقوط كل أنثى غير محرم كبنت خالة وبنت عمه وبنيت الخال والعم لشفتقتهن بالقراية وهدايتهن إلى التربية بالأنوثة، والثاني لا حق لهن كالجذات الساقطات) اهـ^(١). على أنه إذا استوى اثنان في كل وجه أقرع بينهما قطعا للتراع.

رابعا: ترتيب حضانة النساء إذا اجتمعن وليس معهن أحد من الرجال عند الحنابلة، وبيان وجه هذا الترتيب^(٢):

١) يقدم في الحضانة الأم لحديث: "أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٣).

١- (٣٥٤/٣).

٢- انظر: كشاف القناع (٤٩٦/٥)، مطالب أولى النهى (٦٦٦/٥)، المغني (٣٠٩/٩)، شرح الزركشي (٥٧١/٢) وما بعدها.

٣- سبق تخريجه ص ١٩٨.

٢) ثم يأتي بعد أمهات الأم القربى فالقربى؛ لأن ولادتهن محققة فهن في معنى الأم، وظن الشفقة في القربى أقوى.

٣) ثم أمهات الأب؛ لأنهن يدلين بمن هو أحق إذا وجد.

٤) ثم أمهات الجد؛ لأنهن يدلين كذلك بمن هو أحق، وقدمن على الأخوات مع أدلاء الأخوات أيضا بالأب لما فيهن من وصف الولادة، فالطفل بعض منهن، وهذا ما لا يوجد في الأخوات.

٥) ثم يأتي من بعد أمهات جد الأب، ثم أمهات جد الجد وهكذا.

٦) ثم الأخوات؛ لأنهن يشاركن في النسب، وتقدم منهن الأخوات الشقائق، لقوة قرابتها، وتليها الأخت من الأم، ثم الأخت من الأب؛ لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلي بالأم على من يدلي بالأب.

٧) ثم يأتي من بعد ذلك الخالات ثم العمات، وإنما قدمت الخالات؛ نظرا لأنهن يدلن بالأم وهي أحق بالحضانة.

٨) ثم يكون الاستحقاق في الحضانة لخالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه.

٩) ثم بنات أخوة الطفل المحضون، وبنات أخواته، تقدم من كانت لأبوين (الشقيقة) ثم لأم ثم لأب.

١٠) ثم بنات أعمامه وبنات عماته، وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب.

١١) ثم بنات أعمام أب المحضون وبنات عمات أبيه على ما ذكر من ترتيب.

وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساوا قدم القاضي المستحق منهم بالقرعة.

الضرب الثاني: أن يكون المستحقون للحضانة رجالا ليس معهم أحد من النساء:

أولا: ترتيب الرجال إذا اجتمعوا وليس معهم أحد من النساء عند الحنفية، وبيان وجه

هذا الترتيب^(١):

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٢/٣) وما بعدها، بدائع الصنائع (٤١/٤) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (١٤/٤) وما بعدها، شرح فتح القدير (٣٦٧/٤) وما بعدها. وابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، نشر دار المعرفة، بيروت (١٨٠/٤).

نص الحنفية على أن الحضانة إذا انفرد بها الرجال، لم تثبت إلا للعصبة منهم، ويتقدم الأقرب فالأقرب حسب الميراث، وعليه فالأولوية في الحضانة هي على النحو التالي:

- (١) الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا.
- (٢) الأخ من الأب والأم (الشقيق) ثم الأخ لأب.
- (٣) ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.
- (٤) ثم العم الشقيق، ثم العم لأب.
- (٥) ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب. لكن ابن العم لا يأتي دوره إلا إذا كان المحضون ذكراً، أما إذا كان المحضون أنثى فلا يجوز إسناد حضانة الطفلة إليه؛ لأنه لما كان ليس بمحرم لها ويجوز له نكاحها لم يؤمن عليها.
- (٦) ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب.
- (٧) ثم عم الجد الشقيق، ثم عم الجد لأب.

وقد تقدمت طريقة العمل عند الحنفية فيما إذا تعدد من له الحضانة، وهم في درجة واحدة في الضرب الأول.

ومما يجدر ذكره هاهنا ما قرره علماء الحنفية -رحمهم الله تعالى- من أن كل ذكر من قبل النساء فلا حق له في حضانة الولد كالأخ لأم والخال، لعدم اندراجهم في وصف العصبة. بيد أنه إذا لم يكن للصغير عصبة فإنه يدفع إلى ذوي الأرحام عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- كالأخ لأم والخال؛ لأنه لما كانت لهم عنده ولاية في النكاح كانت لهم حضانة.

ومصطلح (ذوي الأرحام) هاهنا يختلف عن مصطلح ذوي الأرحام في باب الفرائض، إذ المراد بذوي الرحم في باب الفرائض كل قريب ليس بذوي سهم ولا عصبة، فالأخ من الأم لا يدخل في ذوي الأرحام في الفرائض؛ لأن لهما نصيباً مقدراً شرعاً، وأما ذوي الرحم في الحضانة فالمراد بهم كل قريب ذي رحم محرم من المحضون، وهو غير عصبة كالأخ لأم والخال، إذ كلاهما ذو رحم محرم من المحضون، غير أنهما ليسا من جملة عصبته.

ثانيا: ترتيب الرجال إذا اجتمعوا وليس معهم أحد من النساء عند المالكية، وبيان وجه هذا الترتيب^(١):

قال ابن عرفة-رحمه الله تعالى-(^٢): مستحق الحضانة أصناف:

الأول: الأم ونساؤها.

الثاني: نساء الأب.

الثالث: الوصي.

الرابع: العصبة^(٣).

وفي صنف العصبة الذي هو محور بحثنا هاهنا اختلفت آراء علماء المالكية على أقوال، إليك بيانها:

قال في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: " وحاصله أن الجد من جهة الأب سواء كان قريبا من الحضون وهو الجد له ذنية أو كان عاليا فإنه يتوسط بين الأخ وابنه لا أن القريب متوسط بينهما والبعيد متوسط بين العم وابنه كما هو أحد احتمالين"^(٤).

وجاء في التاج والإكليل" روى محمد الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم وهو نقل أهل المذهب"^(٥).

فالمالكية متفقون على أن الأخ مقدم على الجد في كل حال، والخلاف إنما هو في أب الجد

١ - انظر: الشرح الكبير للدردير (٥٢٨/٢)، حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)، التاج والإكليل (٢١٦/٤)، الفواكه الدواني (٦٧/٢)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥٩٦/٥).

٢ - هو محمد بن محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله الورغمي، ولد سنة ست عشرة وسبعمائة، من شيوخه في العلم والده، وأبو عبد الله بن عبد السلام الهواري، وأبو عبد الله الوادياشي، مات في جمادى الآخرة سنة ثلاث وثمانمائة بتونس بالمغرب، من تصانيفه: ((المبسوط)) في الفقه سبعة مجلدات ؛ و ((الحدود)) في التعريفات الفقهية. انظر: بغية الوعاة (٢٢٩/١)، و الفاسي، ذيل التقييد في رواة السنن والأسانيد، نشر دار الكتب العلمية، بيروت (٢٣٦/١)، الضوء اللامع (٢٤٠/٩).

٣ - التاج والإكليل لمختصر خليل (٢١٦/٤).

٤ - (٥٢٨/٢).

٥ - (٢١٦/٤).

هل هو مقدم على ابن الأخ، ثم العم وإن سفل، أو أن ابن الأخ ثم العم مقدمان عليه؟
ومقتضى كلام الدسوقي: أن الخلاف في الجد الأعلى هل هو مقدم ابن الأخ والعم وابنه، أو
متوسط بين العم وابنه.

والمذهب على الأول وهو تقديم الجد مطلقا وإن علا على ابن الأخ، والعم وابنه.
واختلف المالكية في الجد لأم هل هو من مستحقي الحضانة أم لا؟
فقيل: لا حضانة له كما هو الحال في الخال . وقيل: له حضانة؛ لأنه أب له شفقة وحنان
وعلى هذا القول تأتي مرتبة الجد لأم بعد مرتبة الجد لأب.
ثم ثبت الحضانة عندهم بعد العصبية للمولى الأعلى، ثم الأسفل.

ثالثا: ترتيب الرجال إذا اجتمعوا وليس معهم أحد من النساء عند الشافعية، وبيان وجه
هذا الترتيب^(١):

- ١) يقدم الأب؛ لما له من الولادة والفضل والشفقة.
- ٢) ثم تنتقل الحضانة إلى آباء الأب الأقرب فالأقرب؛ لمشاركتهم الأب في الولادة
والتعصيب.
- ٣) فإن عدم الأجداد، فقيل:

تنتقل الحضانة إلى من يليهم من العصابات، وهذا هو المنصوص عليه؛ اعتمادا على ما روى
البراء بن عازب - رضي الله تعالى عنه - أنه اختصم في بنت حمزة علي وزيد وجعفر فقال علي أنا
أحق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي وقال زيد بنت أخي فقضى النبي ﷺ
لخالتها وقال: "الخالة بمنزلة الأم وقال لعلي أنت مني وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقي
وخلقي وقال لزيد أنت أخونا ومولانا"^(٢).

١ - انظر: الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، نشر دار الفكر، بيروت (١٦٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٢٧/٧) وما بعدها،
مغني المحتاج (٤٥٣/٣) وما بعدها، روضة الطالبين (٦/٥١٥).

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان وإن لم ينسبه
إلى قبيلته أو نسبه، (٩٦٠/٢).

وجه الاستدلال: أنه لو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لبادر النبي ﷺ بالإنكار على جعفر وعلى علي-رضي الله تعالى عنهما- ادعاءهما الحضانة بالعمومة، ولأنه من جملة القرابة العصبية فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد، وبناء على هذا القول:

(١) تنتقل الحضانة إلى الأخ من الأب والأم (الشقيق) ثم إلى الأخ من الأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

(٢) ثم تنتقل الحضانة إلى العم من الأب والأم، ثم إلى العم من الأب، ثم ابن العم من الأب والأم، ثم ابن العم من الأب.

ووجه هذا الترتيب هو أن هذا ترتيبهم في الإرث فقيس عليه ترتيبهم في الحضانة.

والقول الثاني: أن الحضانة لا تثبت لأي من العصبية غير الآباء والأجداد؛ لأنه لا معرفة لهم في الحضانة، ولا لهم ولاية بأنفسهم، فلم تكن لهم حضانة كالأجانب.

وعلى القول الأول المنصوص: إذا كانت المحضونة أنثى، فإن العم له الحضانة، لوفور شفقتة، ولقوة قرابته التي صار بها من أهل الإرث، ولكن لا تسلم إليه البنت المشتهاة، لحرمة نظره إليها، والخلوة بها، وإنما تسلم لامرأة ثقة كبنته وهو الذي يعينها، ولو بأجرة من ماله، لأن له الحق في ذلك، أما الذكر فإنه يسلم إليه شريطة ألا يكون في تسليمه ريبة.

وإذا فقد في الحاضر -عند الشافعية- الإرث والمحرمية كابن خال أو خالة، أو فقد فيه الإرث دون المحرمية كأبي أم وخال، أو فقدت القرابة دون الإرث كالمعتق، ففي انتقال الحضانة إليه قولان عندهم:

القول الأول: أنه لا حضانة لهم، لضعف قرابة أولئك بانتفاء الإرث، والولاية، والعقل، وانتفاء القرابة في المعتق. والحضانة في هذه الحالة تصير إلى السلطان؛ لأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم، فكان السلطان أحق منهم .

القول الثاني: أن لهم الحضانة؛ لوفور شفقتهم على المحضون، وهم أحق من السلطان؛ لأن لهم رحماً؛ لذا كانوا أحق منه كالعصبات.

رابعاً: ترتيب الرجال إذا اجتمعوا وليس معهم أحد من النساء عند الحنابلة، وبيان وجه هذا الترتيب^(١):

- (١) أولاهم الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا.
- (٢) الأخ الشقيق، ثم الأخ من الأخ، ثم بنوهم وإن سفلوا على حسب ترتيبهم في الميراث.
- (٣) ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم أبناءهم وإن سفلوا على حسب ترتيبهم في الميراث.
- (٤) ثم عمومة الأب ثم بنوهم يقدم من يقدم في باب الإرث.

وقد استدلت الحنابلة -رحمهم الله تعالى- على ثبوت الحضانة للعصبات بحديث البراء بن عازب رضي الله عنه أنه اختصم في بنت حمزة علي وزيد وجعفر فقال علي أنا أحق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي وقال زيد بنت أخي فقضى النبي ﷺ لخالتها وقال الخالة بمثلة الأم وقال لعلي أنت مني وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد أنت أخونا ومولانا^(٢).

وجه الاستدلال: أنه لو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لبادر النبي ﷺ بالإنكار على جعفر وعلى علي -رضي الله تعالى عنهما- ادعاءهما الحضانة بالعمومة.

قال ابن قدامة -رحمه الله تعالى-: "ولا يصح قياس العصبات غير الآباء والأجداد على الأجانب، فإن الأجانب ليست لهم قرابة ولا شفقة ولأن الأجانب تساووا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر والعصبات لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم أو غيرهما ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعا إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعا لأنه ليس بمحرم لها"^(٣).

وقد اتفق الحنابلة -رحمهم الله تعالى- على أنه لا حضانة لذوي الأرحام من الرجال إذا لم يوجد أحد من أهل الحضانة؛ وذلك أن الشخص من ذوي الأرحام ليس بامرأة تتولى الحضانة، وإذا

١ - انظر: المغني (٣٠٩/٩)، كشف القناع (٤٩٧/٥)، الإقناع (١٥٨/٤).

٢ - سبق تخريجه ص ٢١٨.

٣ - المغني (٣٠٩/٩).

ثبت أنه لا حضانة لهم فلا حضانة لمن يدلي بهم ذكورا أو إناثا، كأم أبي الأم، وابنة الخال، من باب أولى.

وأما إذا لم يوجد غير ذوي الأرحام من أهل الحضانة فعلى وجهين:

الوجه الأول: أن ذوي الأرحام أولى من غيرهم، وذلك أن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم الأولى منهم، فكذلك الحضانة تكون لهم عند عدم الأولى منهم بها.

الوجه الثاني: أن الأمر ينتقل إلى الحاكم، ولا حق لذوي الأرحام في الحضانة. والأول أرجح لما ذكرنا.

وإذا عدم ذوو الأرحام فيكون أمر المحضون إلى الحاكم يسلمه إلى من يحضنه من المسلمين ممن يراه أهلا لذلك.

الضرب الثالث: أن يكون المستحقون للحضانة رجالا ونساء.

أولا: ترتيب حضانة الطفل إذا كان المستحقون للحضانة رجالا ونساء عند الحنفية والمالكية:

المسلك والمنهج عند الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، هو تقديم حضانة النساء على الرجال عند اجتماعهما اقترب الصنفان أم تباعدا.

ثانيا: ترتيب حضانة الطفل إذا كان المستحقون للحضانة رجالا ونساء عند الشافعية^(٣):

أ- إذا اجتمع الأب والأم قدمت الأم؛ لأن ولادتها متحققة، ولأن لها فضلا بالحمل والوضع، ولما من مزيد معرفة بالحضانة.

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٣/٣) وما بعدها، بدائع الصنائع (٤١/٤) وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار (١٤/٤) وما بعدها، شرح فتح القدير (٣٦٧/٤) وما بعدها. وابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، نشر دار المعرفة، بيروت (١٨٠/٤).

٢ - انظر: الشرح الكبير للدردير (٥٢٨/٢)، حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)، التاج والإكليل (٢١٦/٤)، الفواكه الدواني (٦٧/٢)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥٩٦/٥).

٣ - انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي (١٦٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٢٧/٧) وما بعدها، مغني المحتاج (٤٥٣/٣) وما بعدها، روضة الطالبين (٥١٥/٦).

ب- وإن اجتمع الأب مع أم الأم وإن علت، قدمت عليه لأئها كالأم في تحقق
الولادة، والميراث، ومعرفة الحضانة.

ت- وإن اجتمع الأب مع أمه، أو مع الأخت لأب أو مع العمه، كان الأب مقدا عليهن
؛ لأنهن يدلين به فقدم عليهن.

ث- وإن اجتمع الأب مع الأخت لأم أو الخالة، ففي تقديمه وجهان هما:

الوجه الأول: أن الأب أحق، لأن الأب له ولادة، وهو أحق بالإرث، فقدم على الأخت
والخالة كالأم.

الوجه الثاني: تقدم الأخت والخالة على الأب؛ لأنهما من أهل الحضانة والتربية، ويدليان بالأم
فقدمن على الأب، كما هو الحال في أمهات الأم. والوجه الأول هو الأصح عند الشافعية.

٥) وإن اجتمع الأب وأم الأب، والأخت من الأم أو الخالة، ففي المذهب وجهان في المقدم
ها هنا:

الوجه الأول: أن الحضانة للأخت والخالة، لأن الأم لأب سقطت بالأب، والأب يسقط
بالأخت والخالة.

الوجه الثاني: أن الحضانة للأب، لأن الأخت والخالة يسقطان بأم الأب، ثم تسقط أم الأب
بالأب فتصير الحضانة للأب.

٦) وإن اجتمع أب الأب مع الأم، أو مع أمهاتها وإن علون، قدمن عليه كما يقدمن على
الأب.

٧) وإن اجتمع الجد أب الأب مع أم الأب قدمت عليه، لأنها وإن ساوته في الدرجة تمتاز
عليه بالأنوثة ومزيد المعرفة بالحضانة.

٨) وإن اجتمع الجد أب الأب مع الخالة، أو مع الأخت لأم، ففيه الوجهان اللذان مر ذكرهما
في الأب لو اجتمع الأخت من الأم أو الخالة معه.

٩) يقدم الأصل على الحاشية مطلقا ذكرا كان أو أنثى، كالأخ والأخت لقوة الأصول.

١٠) فإن فقد الأصل وهناك حواش فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب كالإرث ذكرًا كان أو أنثى.

وإن استووا وفيهم ذكر وأنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر .

وإن استوى اثنان من كل وجه كأخوين وأختين، وخالتين، أقرع بينهما قطعاً للتزاع .

ثالثاً: ترتيب حضانة الطفل إذا كان المستحقون للحضانة رجالاً ونساءً عند الحنابلة^(١):

الأصل المسلوك عند الحنابلة أن كل موطن اجتمع فيه أخ وأخت، أو عم وعمة، أو ابن أخ و بنت أخ، أو ابن أخت و بنت أخت قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور، لأن الأنوثة هنا مع التساوي توجب الرجحان، وعليه فيكون الترتيب عندهم عند اجتماع صنفى الرجال والنساء على النحو التالي:

١) تثبت الحضانة أولاً للأم.

٢) ثم أمهاتها القربى فالقربى.

٣) ثم الأب.

٤) ثم أمهات الأب القربى فالقربى.

٥) ثم الجد .

٦) ثم أمهات الجد القربى فالقربى.

٧) ثم الأخت لأبوين.

٨) ثم الأخت لأم.

٩) ثم الأخت لأب.

١٠) ثم الخالة لأبوين.

١١) ثم الخالة لأم.

١٢) ثم الخالة لأب.

١ - انظر: المغني (٣٠٩/٩)، الإنصاف (٣٠٩/٩). كشف القناع (٤٩٦/٥).

(١٣) ثم العمة لأبوين.

(١٤) ثم العمة لأم.

(١٥) ثم العمة لأب.

(١٦) ثم حالة أمه كذلك.

(١٧) ثم حالة أبيه.

(١٨) ثم عمة أبيه.

(١٩) ثم بنات إخوته وبنات أخواته.

(٢٠) ثم بنات أعمامه وبنات عماته.

(٢١) ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه.

والقاعدة تقديم من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب.

(٢٢) ثم تكون الحضانة لباقي العصة الأقرب فالأقرب^(١).

فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة. إذا بلغت سبعا، أما قبل السبع فله الحضانة عليها؛ لأنه لا حكم لصورتها وليست محلا للشهوة.

القول المختار:

حرص كل مذهب على تحقيق المصلحة للطفل المحضون في تربيته المتقدم؛ فالذي يظهر أن الترتيب يدور مع المصلحة، مع ضرورة التنبه إلى تقديم الأصلح الذي ورد في النصوص تفضيله في الحضانة على غيره.

١ - على ما مر تفصيله في حالة انفراد الرجال بحضانة الطفل ص ٢١٥.

المبحث السادس

نيابة القاضي في كتاب اللعان

وفيه مطلب واحد:

حصول الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتفريق الحاكم.

تمهيد في تعريف اللعان:

اللعان لغة: مصدر لاعن، وفعله الثلاثي لعن مأخوذ من اللعن، واللعن الإبعاد والطرْد من الخير وقيل الطرد والإبعاد من الله ومن الخلق السب والدعاء، والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها^(١). قال في معجم مقاييس اللغة: اللام والعين والنون أصل صحيح يدل على إبعاد وإطراد. ولعن الله الشيطان: أبعدته عن الخير والجنة^(٢).

اصطلاحاً: تعددت تعريفات العلماء لهذا المصطلح ومن ذلك:

عرفه الحنفية والحنابلة بأنه: شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة^(٣).

وعرفه المالكية بأنه: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو على نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه أربعاً من كل منهما بصيغة أشهد الله بحكم حاكم^(٤).

وعرفه الشافعية بأنه: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد^(٥).

اختلف الفقهاء -رحمهم الله تعالى- في هذه المسألة هل يكفي لعان الزوجين لحصول الفرقة

١ - انظر: لسان العرب (٣٨٧/١٣).

٢ - (٢٥٢/٥).

٣ - انظر: شرح فتح القدير (٢٧٨/٤)، بدائع الصنائع (٢٤٢/٣)، كشف القناع (٣٩٠/٥).

٤ - الشرح الصغير (٦٥٧/٢).

٥ - مغني المحتاج (٣٦٧/٣).

المؤبدة بينهما دون توقف على حكم القاضي بإيقاع الفرقة بينهما، أم أنه لا بد من حكم القاضي حتى تقع الفرقة بين المتلاعنين، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والحنابلة في رواية^(٢) إلى أن هذه الفرقة لا تتم إلا بتفريق القاضي. فالزوجية تعتبر قائمة، ويظهر قيامها في بعض الأحكام، فلو تم اللعان بين الزوجين ولم يحكم القاضي بالتفريق بينهما، ومات أحد الزوجين ورثه الآخر، ولو طلق الزوج امرأته بعد اللعان وقبل التفريق وقع الطلاق، ولو أكذب الزوج نفسه حينئذ فإنها تحل له من غير تجديد عقد الزواج. **الأدلة^(٣):**

(١) ما ورد في قصة المتلاعنين من أن رسول الله ﷺ: "فرق بينهما"^(٤) فإنه يدل على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعان الزوجة، إذ لو وقعت لما حصل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان .

(٢) ما روي في حديث عويمر العجلاني أنه قال: "كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ"^(٥) فإن هذا يقتضي إمكان إمساك المرأة بعد اللعان وأنه وقع طلاقه، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك باللعان لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها.

(٣) لما كان سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكمه قياسا على الفرقة بالعنة ونحوها.

١ - انظر: بدائع الصنائع (٢٤٤/٣) وما بعدها، البحر الرائق (١٢٧/٤)، تبين الحقائق (١٧/٣)، حاشية ابن عابدين (٤٨٨/٣).

٢ - انظر: الشرح الكبير (٤٤/٩)، المغني (٢٩/٩)، شرح الزركشي (٥٢١/٢).

٣ - انظر: تبين الحقائق (١٧/٣)، حاشية ابن عابدين (٤٨٨/٣)، الشرح الكبير (٤٤/٩)، المغني (٢٩/٩).

٤ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إحلاف الملعن، (٢٠٣٢/٥)، ومسلم، كتاب اللعان (٢٠٦/٤).

٥ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، (٢٠١٤/٥)، ومسلم، كتاب اللعان، (٢٠٥/٤).

القول الثاني: ذهب المالكية^(١)، والحنابلة في المذهب^(٢) إلى أن الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد اللعان من غير توقف على حكم القاضي، وقال الشافعية^(٣): إن الفرقة متعلقة بلعان الزوج وإن لم تلاعن الزوجة.

الأدلة:

- (١) رد عن عمر رضي الله عنه أنه قال: " المتلاعنان يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبدا"^(٤).
- (٢) لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلا يحتاج للتفريق به إلى حكم الحاكم كالرضاع.
- (٣) الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق بين الزوجين إذا كرها الفرقة بينهما ولم يرضيا بها، كالتفريق للعيب والإعسار، وترك التفريق بينهما لا يجوز رضيا بذلك أو لم يرضيا، وقول النبي ﷺ للزوج الملاعن " لا سبيل لك عليها"^(٥).

القول المختار:

الراجح -والله تعالى أعلم- أنه بمجرد انتهاء اللعان فإن الفرقة تحصل بين الزوجين مباشرة ولا يفتقر إلى حكم الحاكم؛ لقوة ما استدلل به أصحاب القول الثاني، وليس -في نظري- في أدلة القول الأول ما يدل على أن ترتب آثار اللعان متوقف على حكم القاضي وتفريقه بين الزوجين، والله تعالى أعلم.

١- انظر: التاج والإكليل (١٣٥/٤)، والاستذكار (٩٧/٦) وما بعدها، البهجة في شرح التحفة (٥٣٢/١)، الثمر الداني (٤٧٩/١).

٢- انظر: المغني (٢٩/٩)، الشرح الكبير (٤٣/٩)، كشف القناع (٤٠٢/٥).

٣- انظر: الحاوي الكبير (١٥٩/٨)، المجموع شرح المهذب (٤٥٢/١٧)، روضة الطالبين (٣٣٠/٦).

٤- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا أبدا وليس له أن يتزوجها (٣٥١/٤)، وسعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في اللعان، (٣٦٠/١)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٨٨/٧).

٥- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب، (٢٠٣٥/٥)، ومسلم، كتاب اللعان، (٢٠٧/٤).

الخاتمة

وفي نهاية هذا الجهد المتواضع، أحمد الله تعالى على نعمه الظاهرة التي لا طريق لعددها، فضلاً عن حصرها، هداي للإسلام، ووفقي لاعتناق مذهب أهل السنة والجماعة، ثم تفضل علي بأن جعلني دارسا لدينه، ومتفقا لشرعته، فله الحمد كله، والشكر كله، اللهم أعني على ذكرك، وشكرك، وحسن عبادتك، فليس ثم إلا فضله وإحسانه، وجوده وإنعامه، لا أحصي ثناء عليه، هو كما أثنى على نفسه.

هذا وقد خلصت في بحثي هذا إلى جملة من النتائج العلمية الفقهية، والقضائية، ومن أهم تيك النتائج ما يأتي:

(١) أن ماهية القضاء اصطلاحاً ترتكز على عنصرين رئيسيين بهما يفرق القضاء عن غيره من المصطلحات المقاربة له، وهما:

أ- الإخبار عن حكم الشرع أيا كانت طريقة هذا الإخبار، قولاً أو فعلاً أو كتابة أو إشارة.

ب- الإلزام بهذا الإخبار وتنفيذه على المقضي عليه رضي أو كره.

(٢) أن القاضي مصطلح متناول لكل، من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو والياً أو كان منصوباً ليقضي بالشرع أو نائباً له حتى من يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تخايروا، فإنه داخل في ذلك الحد.

(٣) أن النيابة قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر.

(٤) أن الولاية اصطلاحاً سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة عقود أو تصرفات تترتب عليها آثارها لنفسه أو لغيره جبراً أو اختيارياً.

(٥) أن مصطلح الولاية أعم من مصطلح النيابة، إذ كل ولاية نيابة ولاعكس.

٦) أن النيابة الشرعية - وهي الولاية - تثبت شرعا على العاجزين عن التصرف بأنفسهم بسبب الصغر وما في معناه.

٧) أن الراجح جواز الوصية في الولاية بالنكاح، إذ لا نص شرعي يمنع من ذلك، والأصل في مثل هذه التعاملات هو الحل والجواز إذا حلت من المحاذير الشرعية، وهي بحسب ما يظهر لي كذلك.

٨) أجمع العلماء على أن الصغير تثبت عليه الولاية حتى يبلغ ويرشد.

٩) أطبق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على إثبات الولاية على الجنون.

١٠) أن الراجح هو الحجر على السفیه؛ لأن في عدم الحجر عليه مفسد، قد علم من استقراء موارد الشرع حرصه على إزالتها، كما أن المحافظة على المال ضرورة من ضروريات الخمس، التي اتفقت الشرائع الإلهية على وجوب المحافظة عليها، والقول بعدم الحجر عليه إضاعة لهذه الضرورة.

١١) أن الراجح هو جواز الحجر على المدين المفلس، لرجحان كفة القائلين بذلك؛ استنادا إلى نصوصهم الشرعية التي برهنوا بها قولهم.

١٢) أن الرقيق تثبت عليه الولاية باتفاق أهل العلم.

١٣) أن الراجح في حد الوقف هو: ورود صيغة تقطع تصرف الواقف في رقبة الموقوف الذي يدوم الانتفاع به وتثبت صرف منفعته في جهة خير.

١٤) اتفق الفقهاء على أن الولاية على العين الموقوفة تتبع شرط الواقف.

١٥) أن الأظهر في تعريف الوصية هو: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

١٦) لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصاية تكون على الصغار ومن في حكمهم، وهم المجانين والمعتوهون ذكورا كانوا أو إناثا.

(١٧) أن مصطلح الولايات النيابة يقصد به " الولايات الخاصة التي يستمدّها صاحبها من الولي الأصلي بإنابته له".

(١٨) الراجح في جناية الغير على نفس اللقيط عمداً أن للإمام الخيرة -التابعة للمصلحة- بين أن يقتص من القاتل أو يأخذ الدية وليس له العفو مجانا.

(١٩) أن الراجح في تعريف مصلح النكاح هو: عقد يفيد حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة قصداً.

(٢٠) الذي يظهر هو: جواز أن يتولى ولي المرأة التي يحل له نكاحها كابن العم إذا أذنت له أن يتزوجها طرفي العقد بنفسه.

(٢١) أن الراجح في ولي المرأة -التي تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصبه لها مسلمين- هو القاضي.

(٢٢) أن الراجح هو عدم اشتراط أن يكون الولي عدلاً في النكاح، إلا أن يكون الفسق مدعاة لتزويج المولية بغير الكفاء، كما لو كان الفسق بسبب شرب الخمر والمسكر، فإن المتوجه حينها هو القول باشتراط العدالة حتى يتسنى نقل الولاية عنه.

(٢٣) الأصل العام المتفق عليه بين الفقهاء -رحمهم الله تعالى- أن المسلم لا يكون ولياً لكافرة.

(٢٤) اتفق العلماء -رحمهم الله تعالى- على أن السلطان يزوج إذا انعدمت عصبه المرأة، أو امتنع جميع العصبه عن تزويجها، أو إذن العصبه للحاكم أن يزوج موليتهم.

(٢٥) الراجح هو أنه إذا عضل ولي المرأة الأقرب زوجها من يليه من الأولياء.

(٢٦) لا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة بإجماع أهل العلم، وأن الحاكم هو من يتولى تزويجها.

(٢٧) الراجح هو: انتقال الولاية للقاضي حين أسر الولي الأقرب أو حبسه.

٢٨) الراجح هو قول الجمهور القاضي بقيام القاضي بتطليق المرأة إن أبى زوجها المولى منها
الفيئة والتطليق.

٢٩) الذي تسكن النفس إليه هو جواز التفريق إذا كانت غيبة الزوج بلا عذر، وعدم جوازه
إذا كان بلا عذر.

٣٠) الراجح هو قول الجمهور القاضي بتوكيل القاضي بمهمة تطليق زوجة المظاهر إذا أبى
زوجها تقديم الكفارة- المبيحة لعودة المعاشرة الزوجية- وأبى كذلك تطليقها.

٣١) اتفق الفقهاء- رحمهم الله تعالى- على أن من نكح نكاحا فاسدا، وأبى تطليق من دخل
بها في عقد فاسد، أن الحاكم يفسخ عليه.

٣٢) الراجح في المراد بالقرء (الحيض).

٣٣) الراجح أنه إذا بذلت المرأة نفسها قبل الدخول والزوج غائب فإنه لا يفرض لها النفقة
حتى يرأسل القاضي الزوج، أما إذا بذلت المرأة نفسها للزوج قبل غيبته، وامتنع من
تسليمها، فإن النفقة واجبة عليه، في غيبته ولا تسقط عنه. أما إن كان غياب الزوج عن
زوجته بعد دخوله بها فإن النفقة تجب عليه في ماله كان المال أو غائبا، فإن قدرت له
على مال أخذت بقدر الحاجة والكفاية.

٣٤) الراجح هو عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار في النفقة، وأن المخرج
الشرعي هاهنا هو تجويز استدانة الزوجة بذمة الزوج.

٣٥) الراجح هو قول الجمهور القاضي بمنح القاضي سلطة التفريق بين الزوجة وزوجها
القادر الممتنع عن الإنفاق.

٣٦) الراجح هو القول بأن الزوج إن كان غائبا ولم يترك لزوجته نفقة ولم يقدر على مال
له ولا على استدانة ولا على الأخذ من وكيله إن كان له وكيل كتب القاضي
إليه؛ ليحملها إليه، أو يبعث بنفقتها، وإن لم يعلم للزوج محل وتعذرت النفقة بالاستدانة
وعدم الوصول إلى شيء من ماله فللزوجة الفسخ.

(٣٧) الراجح هو القول المقتضي فسخ القاضي للنكاح عند الإعسار بالسكن.

(٣٨) الراجح أنه إذا ادعى الزوج إعطاء زوجته نفقتها أو إرسالها لها، ولم تصدقه على ذلك بل أنكرت قوله، أن القول قول المرأة مع يمينها.

(٣٩) الراجح أن القاضي يجبر رب المال على الإنفاق على بهائمته، وإن لم يمتثل فعل القاضي ما يراه مناسباً حسب النظر والاجتهاد.

(٤٠) الراجح أنه إذا عدم المستحقون للحضانة، ولم يبق سوى ذوي الأرحام من الرجال فإنهم يستحقون الحضانة.

وفي نهاية هذا البحث، أنبه على أي لم أستوعب القول في جميع فروع فقه الأسرة، فإن علم الفقه بعامة، وفقه الأسرة خاصة لا يزال بحاجة إلى بحث ودراسة متعمقة فاحصة.

والله تعالى أسأل أن يوفقني والمسلمين إلى الخير والفلاح في الأمر كله، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث والآثار .

فهرس الأعلام المترجم لهم .

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
		سورة البقرة
(١٥١)	١	﴿ كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا ﴾
(١٧٨)	١٠٤	﴿ كُنِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ﴾
(١٧٩)	١٠٥	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ ﴾
(٢٢٦)	١٤٣ ، ١٤١	﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ ﴾
(٢٢٧)	١٤١	﴿ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾
(٢٢٨)	١٦٢ ، ١٦٠	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ﴾
(٢٢٩)	١٧٧	﴿ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ ﴾
(٢٣١)	١٧٦	﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْنَدُوا ﴾
(٢٣٢)	١٢٦ ، ٦٤	﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾
(٢٣٤)	١٦٦	﴿ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُم ﴾

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
(٢٣٥)	١٤٥	﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ ﴾
(٢٨٠)	١٧٦ ، ١٧٤	﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ ﴾
(٢٨٢)	٧٣	﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ﴾
		سورة آل عمران
(١٦٤)	١	﴿ لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾
		سورة النساء
(٥)	٧٣٠ ، ٢٧	﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾
(٦)	٧٥ ، ٧٣ ، ٦٨ ، ٣٠ ، ٢٧	﴿ وَأَبْلُوا إِلَيْكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾
(١٩)	١٢٦	﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لَتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ﴾
(٢٤)	١٨٣	﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾
(٢٥)	١١٦	﴿ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾
(٢٩)	٧٩	﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ ﴾
(٣٤)	٦٣	﴿ الرِّجَالِ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
(٥٨)	٢٩	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ ﴾
(١٤١)	١٣٥ ، ٥٨	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾
(١٧٦)	١١١	﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ﴾
سورة المائدة		
(٥١)	١٢٠	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ ﴾
(٧٨)	١٩٢	﴿ لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾
(٨٩)	١٤٠	﴿ فَكَفَرْتَهُ ۖ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾
سورة الأنعام		
(٥٨)	١٦	﴿ قُلْ لَوْ أَنَّ عِنْدِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ ۖ ﴾
سورة الأنفال		
(٧٢)	١٢١	﴿ إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا ﴾
(٧٣)	١٢٢ ، ١٢٠ ، ٥٩	﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
(٧٥)	١٩٦	﴿ وَأَوْلُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
		سورة التوبة
(٧١)	١٣٥	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
		سورة يونس
(٧١)	١٥	﴿ ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونَ ﴾
		سورة يوسف
(٤١)	١٦	﴿ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾
		سورة النحل
(٧٥)	٨١	﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا ﴾
(٩١)	١٤٣	﴿ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾
		سورة الحجر
(٦٧)	١٥	﴿ وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ ﴾
		سورة الإسراء
(٤)	١٥	﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ ﴾

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
(٢٣)	١٥	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾
(٣٣)	١٠٣ ، ١٠٤	﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَالِيهِ سُلْطٰنًا ﴾
		سورة الكهف
(١٩)	٢٦	﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هٰذِهِ ﴾
		سورة الأنبياء
(٩١)	٩٦	﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيِي ﴾
		سورة النور
(٢٢)	١٣٩	﴿ وَلَا يَأْتِلِ أَوْلُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ ﴾
(٣٢)	٢٧ ، ٣٤ ، ٦١ ، ١١٢ ، ١١٧	﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمٰنِي مِنْكُمْ ﴾
		سورة الأحزاب
(٢٧)	١٢٣	﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِينَهُمْ ﴾
(٣٧)	١٥	﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا ﴾

رقم الآية	رقم الصفحة	الآية
(٥٠)	٦٤	﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾
		سورة ص
(٢٦)	١	﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً﴾
		سورة فصلت
(١٢)	١٥	﴿فَقَضَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾
		سورة المجادلة
(٢)	١٥٤	﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾
(٣)		﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾
		سورة الطلاق
(١)	١٦١	﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾
(٤)	١٦٦ ، ١٦٥ ، ١٦٣	﴿وَالَّتِي يَلْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾
(٦)	١٨٢	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾
(٧)	١٧٦ ، ١٧٤ ، ١٧٣	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾

فهرس الأحاديث والآثار

رقم الصفحة	الحديث/ الأثر
١١٢	- (أجعلين أمرك إلي).
٧٥	- (إذا باعيت فقل: لا خلافة).
٥٥	- (إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة).
١٤٣	- (إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائة).
٢٠٧، ٢٠١	- (استهما عليه).
١٨٣	- (أعتق صفية وجعل عتقها صداقها).
٢٦	- (أعطاه ديناراً ليشتري به شاة).
١٣٥، ٥٨	- (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه).
٤٥	- (الأم أحق بنفسها من وليها).
٥١	- (البكر تستأمر والثيب تشاور).
٤٨، ٤٣، ٤٢، ٣٠	- (الثيب أحق بنفسها من وليها).
٥٥، ٤٨	- (الثيب تعرب عن نفسها).
٢٢٠، ٢١٨	- (الخالة بمترلة الأم).
١٠٤	- (العمد قود).
٢٠٣	- (اللهم اهدها).

رقم الصفحة	الحديث/ الأثر
٢٢٧	- (المتلاعنان يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبدا).
١٢٣، ٣٤	- (الولاء لحمه كلحمه النسب).
١٤٨	- (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان).
٤٦	- (آمروا النساء في بناهتن).
٧٤	- (إن الله كره لكم ثلاثا).
١١٣	- (أن المغيرة خطب امرأة هو أولى الناس بها).
٧٨	- (أن النبي ﷺ حجر على معاذ).
٨٤	- (أن عمر <small>رضي الله عنه</small> جعل وقفه إلى ابنته حفصة).
٢٠٧، ٢٠٤	- (أن عمر خير غلاما بين أبيه وأمه).
١٨١، ١٧٩، ١٧٧	- (أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا).
٤٩	- (إن قربك فلا خيار لك).
٢١٤، ٢١٣، ٢٠٠، ١٩٨	- (أنت أحق به ما لم تنكحي).
٩٦	- (أنت ومالك لأبيك).
١٦٢	- (إنما الأقرء الأظهار).
١٢٢	- (إنما الولاء لمن أعتق).
١٠٤، ١٠٣، ٩١، ٣٥، ٢٧ ١٣١، ١٢٩، ١٢٨، ١٢٣، ١١٥	- (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل).

رقم الصفحة	الحديث/ الأثر
٧٩	- (أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة).
١١٧، ٦١	- (تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم).
١٦٣	- (تدع الصلاة أيام أقرائها).
٥٥	- (تستأمر اليتيمة فإن سكنت فهو إذنها).
٧٤	- (خذوا على يد سفهائكم).
١٧٨، ١٧١	- (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).
١٧٧	- (خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى).
٢٠٨	- (خيرني علي بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع، أو ثمان).
١٢٧	- (زوجت أختا لي من رجل فطلقها).
١٤١	- (سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول: ليس عليه شيء).
١٩٠	- (عذبت امرأة في هرة حبستها).
١٧٣	- (فاتقوا الله في النساء).
٥٥	- (فإن بكت أو سكنت).

رقم الصفحة	الحديث/ الأثر
٢٠٣	- (فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا).
٢٢٦	- (فرق بينهما).
٢٢٦	- (كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها).
٨٦	- (كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت).
١٤٩	- (كم تصبر المرأة على زوجها).
٦٣	- (لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها).
٥٤	- (لا تنكح الأيم حتى تستأمر).
٥٣	- (لا تنكحوا الأيامي حتى تستأموهن).
٢٢٧	- (لا سبيل لك عليها).
١١٨ ، ٦٢	- (لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان).
٦٣ ، ٢٧	- (لا نكاح إلا بولي).
١٣٥ ، ٥٨	- (لا يتوارث أهل ملتين شتى).
١٦٦	- (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر).
٨٠	- (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه).
٥٩	- (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم).

رقم الصفحة	الحديث/ الأثر
٧٤	- (لآتين عثمان فأحجرن عليك).
٦٥	- (ليس للولي مع الثيب أمر).
٦٣	- (ما رأيت من ناقصات عقل ودين).
١٦١	- (مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر).
١٩٩	- (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع).
١٧٩	- (مطل الغني ظلم)؟
٢٩	- (هذا خطاب لولاة المسلمين خاصة).
١٤٨	- (هذه امرأة ابتليت فلتصبر).
١٧٥	- (هن حولي يسألني النفقة).
١١٥	- (هو أولى الناس بمحياه ومماته).
١٨٨	- (واليمين على المدعى عليه).
١٨١ ، ٣٠	- (وعظنا رسول الله ﷺ موعظة).
٤٩ ، ٤٨	- (يستأمر النساء في أبضاعهن).

فهرس الأعلام المترجم لهم

رقم الصفحة	اسم العلم
١٩	- ابن الأثير.
١٤٤	- ابن العربي.
٥٠	- ابن الهمام.
٨٣	- ابن حجر العسقلاني.
١٤٧	- ابن حزم الظاهري.
٢٠	- ابن عابدين.
٢١٧	- ابن عرفة.
١٩	- ابن فارس.
٨٤	- ابن قدامة.
١٥٢	- ابن كثير.
٦٠	- أبو الخطاب.
٣٥	- أبو يوسف.
٥٦	- البهوتي.
١٣٣	- الدسوقي.
٦٦	- الرافعي.

رقم الصفحة	اسم العلم
٢٠٥	- الروياني.
٣٢	- الزركشي.
١٤١	- سهيل بن أبي صالح.
١٩	- سيويه.
٣٣	- الشربيني.
٦٣	- القليوبي.
١٢٩	- الكاساني.
٧٢	- الماوردي.
٣٥	- محمد.
٦٠	- المرادوي.

فهرس المصادر والمراجع

- ١- الإجماع، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ٢- أحكام القرآن المؤلف: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ١٤٠٥ تحقيق: محمد الصادق قمحاوي.
- ٣- أحكام أهل الذمة، المؤلف: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، الناشر: رمادى للنشر - دار ابن حزم - الدمام - بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٨ - ١٩٩٧، تحقيق: يوسف أحمد البكري - شاكرا توفيق العاروري.
- ٤- الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان - ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، الطبعة: الثالثة.
- ٥- آداب الزفاف في السنة المطهرة، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٩.
- ٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية - ١٤٠٥ - ١٩٨٥.
- ٧- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ٢٠٠٠م، مكان النشر بيروت.

- ٨- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المؤلف: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م
- ٩- الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الناشر دار المعرفة، سنة النشر ١٣٩٣، مكان النشر بيروت.
- ١٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، تحقيق محمد حامد الفقي، الناشر دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١- البحر الرائق شرح كتر الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، الناشر دار المعرفة، مكان النشر بيروت.
- ١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين الكاساني، الناشر دار الكتاب العربي سنة النشر ١٩٨٢، مكان النشر بيروت.
- ١٣- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الرابعة، ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م.
- ١٤- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، المؤلف: العلامة محمد بن علي الشوكاني، الناشر دار المعرفة، مكان النشر بيروت.
- ١٥- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، المؤلف: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر المكتبة العصرية، مكان النشر لبنان / صيدا.
- ١٦- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، الطبعة الأولى، تحقيق ضبطه وصححه: محمد بن عبد القادر شاهين.

- ١٧- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، للحافظ ابن القطان الفاسي أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك، تحقيق د. الحسين آيت سعيد، الناشر دار طيبة، سنة النشر ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، مكان النشر الرياض.
- ١٨- تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر دار الهداية.
- ١٩- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٣٩٨، مكان النشر بيروت.
- ٢٠- تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، محمد بن عبد الله بن أحمد بن سليمان بن زبر الربيعي، تحقيق د. عبد الله أحمد سليمان الحمد، الناشر دار العاصمة، سنة النشر ١٤١٠، مكان النشر الرياض.
- ٢١- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام لابن سلمون، دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى ١٣٠١هـ.
- ٢٢- تبين الحقائق شرح كتر الدقائق فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. الناشر دار الكتب الإسلامي. سنة النشر ١٣١٣هـ. مكان النشر القاهرة.
- ٢٣- تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب)، المؤلف: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت/ لبنان - ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، الطبعة: الأولى.
- ٢٤- تذكرة الحفاظ، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- ٢٥- التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري. الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

- ٢٦- تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي المحقق: محمود حسن، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الطبعة الجديدة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ٢٧- التلقين في الفقه المالكي، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي المحقق: أبو أويس محمد بن خبزة الحسيني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٢٨- التنبيه في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر، الناشر عالم الكتب، سنة النشر ١٤٠٣، مكان النشر بيروت.
- ٢٩- التوقيف على مهمات التعاريف، المؤلف: محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، الناشر: دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
- ٣٠- تيسير التحرير، المؤلف / محمد أمين - المعروف بأمير بادشاه، دار النشر / دار الفكر.
- ٣١- الجامع الصحيح المختصر، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، نشر دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، سنة النشر ١٤٠٧ - ١٩٨٧، الطبعة الثالثة.
- ٣٢- الجامع لأحكام القرآن، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، المحقق: هشام سمير البخاري، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- ٣٣- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين، أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مكان النشر بيروت.

- ٣٤- حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، المؤلف / العلامة الشيخ سليمان الجمل، دار النشر / دار الفكر - بيروت.
- ٣٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش، الناشر دار الفكر، مكان النشر بيروت.
- ٣٦- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر دار الفكر، سنة النشر، ١٤١٢م مكان النشر بيروت.
- ٣٧- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، المؤلف: ابن عابدين، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر. سنة النشر ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م. مكان النشر بيروت.
- ٣٨- حاشية قليوبي: على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، مكان النشر لبنان / بيروت.
- ٣٩- الخرشبي على مختصر سيدي خليل، الناشر دار الفكر للطباعة، مكان النشر بيروت.
- ٤٠- الدر المختار، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٣٨٦، مكان النشر بيروت.
- ٤١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المؤلف : أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى : ٨٥٢هـ-)، المحقق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر : دار المعرفة - بيروت.
- ٤٢- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، الناشر دار الغرب، سنة النشر ١٩٩٤م، مكان النشر بيروت.
- ٤٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف : محي الدين النووي، المحقق : عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض، الناشر : دار الكتب العلمية.

- ٤٤ - زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
- ٤٥ - السراج الوهاج على متن المنهاج، العلامة محمد الزهري الغمراوي، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، مكان النشر بيروت.
- ٤٦ - سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، المؤلف: محمد ناصر الدين بن الحاج نوح الألباني، دار النشر: دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، سنة الطبع: ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
- ٤٧ - السلسلة الصحيحة، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض.
- ٤٨ - السلطة القضائية في الإسلام، المؤلف: شوكت محمد عليان، دار الرشيد، الرياض طبعة أولى، ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .
- ٤٩ - سنن ابن ماجه، المؤلف: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار الفكر ، بيروت .
- ٥٠ - سنن الدارقطني، المؤلف: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، نشر دار المعرفة ، بيروت ، سنة النشر ١٣٨٦ - ١٩٦٦ ، السيد عبد الله هاشم يماني المدني .
- ٥١ - سنن الدارمي، المؤلف: عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي ، نشر دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٧ ، الطبعة: الأولى.
- ٥٢ - السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة النشر ١٤١١ - ١٩٩١ ، الطبعة الأولى .

- ٥٣- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، المؤلف: أحمد بن عبد الحلِيم بن تيمية الحراي، الناشر: دار المعرفة.
- ٥٤- سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، المحقق: مجموعة محققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة.
- ٥٥- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المؤلف: عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرنؤوط، الناشر دار بن كثير، سنة النشر ١٤٠٦هـ، مكان النشر دمشق.
- ٥٦- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، مكان النشر لبنان/ بيروت.
- ٥٧- الشرح الكبير، المؤلف: سيدي أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق محمد عيش، الناشر دار الفكر، مكان النشر بيروت.
- ٥٨- شرح الكوكب المنير، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار، المحقق: محمد الزحيلي و نزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٥٩- شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٦٠- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الناشر عالم الكتب، سنة النشر ١٩٩٦، مكان النشر بيروت.
- ٦١- الشروط في النكاح، شاكور جمعة بكري، رسالة ماجستير من جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.

- ٦٢- الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، للشيخ محمد حسين الذهبي، مطبعة دار التأليف، مصر.
- ٦٣- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، نشر مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة النشر ١٤١٤ - ١٩٩٣ الطبعة: الثانية.
- ٦٤- صحيح أبي داود، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.
- ٦٥- صحيح مسلم، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٦٦- طبقات الشافعية، المؤلف: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شعبة، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، دار النشر: عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٧ هـ، الطبعة: الأولى.
- ٦٧- غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، الناشر دار المعرفة، مكان النشر بيروت.
- ٦٨- فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩.
- ٦٩- فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشیخات والمسلسلات، المؤلف: عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: ٢، ١٩٨٢.
- ٧٠- قواعد الفقه، المؤلف: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار النشر / الصدف / بيلشر.

- ٧١- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، المؤلف : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ، المحقق : محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة : الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ٧٢- المحلى، المؤلف : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٧٣- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف : شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (المتوفى : ٩٦٠هـ)، المحقق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان .
- ٧٤- كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤٠٢هـ، مكان النشر بيروت.
- ٧٥- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر. الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م. مكان النشر بيروت.
- ٧٦- كفاية الأحيار في حل غاية الإختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصريي الدمشقي الشافعي، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان، الناشر دار الخير، سنة النشر ١٩٩٤، مكان النشر دمشق.
- ٧٧- كفاية الأحيار في حل غاية الإختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصريي الدمشقي الشافعي، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان، الناشر دار الخير، سنة النشر ١٩٩٤، مكان النشر دمشق.
- ٧٨- اللباب في شرح الكتاب. المؤلف : عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، المحقق : محمود أمين النواوي، الناشر : دار الكتاب العربي.

- ٧٩- لسان الحكام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، الناشر البابي الحلبي، سنة النشر ١٣٩٣ - ١٩٧٣، مكان النشر القاهرة.
- ٨٠- لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي المصري الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى.
- ٨١- المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، الناشر المكتب الإسلامي، سنة النشر ١٤٠٠هـ، مكان النشر بيروت.
- ٨٢- متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، المؤلف: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى، الناشر: دار الصحابة للتراث، الطبعة: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٨٣- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده، تحقيق خرح آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، مكان النشر لبنان/ بيروت.
- ٨٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المؤلف: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، طبعة دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
- ٨٥- مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: أنور الباز - عامر الجزار، الناشر: دار الوفاء، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ٨٦- المحكم والمحيط الأعظم، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق عبد الحميد هنداوي، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ٢٠٠٠م، مكان النشر بيروت.
- ٨٧- مختار الصحاح، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، الناشر مكتبة لبنان، سنة النشر ١٤١٥ - ١٩٩٥، مكان النشر بيروت.

- ٨٨ - المدخل الفقهي العام، المؤلف مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى.
- ٨٩ - المدونة الكبرى، مالك بن أنس، الناشر دار صادر، سنة النشر، مكان النشر بيروت.
- ٩٠ - مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، الناشر دار الكتب العلمية، مكان النشر بيروت.
- ٩١ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الناشر الدار العلمية، سنة النشر ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، مكان النشر الهند.
- ٩٢ - المستدرک علی الصحیحین، المؤلف: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر ١٤١١ - ١٩٩٠، الطبعة الأولى.
- ٩٣ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: الإمام: أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني، نشر مؤسسة قرطبة مصر .
- ٩٤ - مسند الشافعي، المؤلف: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٩٥ - المصنف، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر ١٤٠٣، الطبعة الثانية، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي .
- ٩٦ - المصنف في الأحاديث والآثار، المؤلف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت.، نشر مكتبة الرشد، الرياض، سنة النشر ١٤٠٩، الطبعة الأولى.
- ٩٧ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى السيوطي الرحباني، الناشر المكتب الإسلامي، سنة النشر ١٩٦١م، مكان النشر دمشق.

٩٨ - المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، نشر مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ١٤٠٤ - ١٩٨٣، الطبعة: الثانية.

٩٩ - المعجم الوسيط - موافق للمطبوع، المؤلف / إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، دار النشر: دار الدعوة، تحقيق / مجمع اللغة العربية.

١٠٠ - معجم لغة الفقهاء، المؤلف: ا. د محمد رواس قلعه جي، د. د. حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، شارع فردان - بناية الصباح، الطبعة الثانية: ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

١٠١ - معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، الطبعة: ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.

١٠٢ - معرفة الثقات، المؤلف: أحمد بن عبد الله بن صالح أبو الحسن العجلي الكوفي، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، الناشر: مكتبة الدار - المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ - ١٩٨٥ م.

١٠٣ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: محمد الخطيب الشربيني، الناشر دار الفكر، مكان النشر بيروت.

١٠٤ - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ.

١٠٥ - المنثور في القواعد، المؤلف: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥.

١٠٦- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، تحقيق: محمد عيش، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م. مكان النشر بيروت.

١٠٧- المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، الناشر دار الفكر، سنة النشر، مكان النشر بيروت.

١٠٨- الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني، الناشر المكتبة الإسلامية.

١٠٩- الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، المؤلف: صالح جمعة حسن الجبوري، مؤسسة الرسالة، طبعة أولى ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م .

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
١	المقدمة.
١	تحديد موضوع البحث وعنوانه.
٢	أهمية الموضوع وفائدته.
٢	أسباب اختيار الموضوع.
٣	الدراسات السابقة.
٧	منهج البحث.
١٠	خطة البحث.
١٤	التمهيد.
١٥	المبحث الأول: تعريف القضاء والقاضي لغة واصطلاحا.
١٨	المبحث الثاني: تعريف النيابة لغة واصطلاحا.
١٩	المبحث الثالث: تعريف الولاية لغة واصطلاحا، والفرق بين النيابة والولاية.
٢٢	المبحث الرابع: أنواع ولاية القضاء.

رقم الصفحة	الموضوع
٢٤	المبحث الخامس: وظائف القاضي.
٢٥	المبحث السادس: أقسام النيابة: نيابة اتفاقية، نيابة شرعية.
٢٨	الفصل الأول: مشروعية الولاية، وأقسامها، وشروطها، وأسبابها.
٢٩	المبحث الأول: مشروعية الولاية وغاية تشريعها.
٥٧	المبحث الثاني: أضرب الولاية وأقسامها.
٥٧	المبحث الثالث: شروط الولي.
٦٧	المبحث الرابع: أسباب الولاية الطبيعية، والطارئة.
٦٨	المطلب الأول: أسباب الولاية الطبيعية: الصغر، الجنون، الأنوثة.
٧١	المطلب الثاني: أسباب الولاية الطارئة: السفه، الفلس، الغيبة، الرق.
٨٢	المطلب الثالث: أسباب الولاية الأخرى: الوقف، الوصية.
٨٩	المبحث الخامس: تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء.
٩٨	المبحث السادس: الولايات النيابة: ماهيتها، واستمدادها.
٩٩	الفصل الثاني: تطبيقات نيابة القاضي الفقهية في أحكام الأسرة.
١٠٠	المبحث الأول: نيابة القاضي في كتاب اللقيط.

رقم الصفحة	الموضوع
١٠١	المطلب الأول: ولي اللقيط إن قتل عمدا.
١٠٦	المطلب الثاني: إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه.
١٠٩	المبحث الثاني: نيابة القاضي في كتاب النكاح.
١١٠	المطلب الأول: رغبة ولي المرأة في نكاحها.
١١٤	المطلب الثاني: المرأة تسلم على يد رجل، وتريد الزواج ولا عصابة لها مسلمين.
١١٦	المطلب الثالث: إذا كان سيد الأمة غائبا غيبة منقطعة أو كان سيدها صبيا أو مجنوننا وطلبت الأمة التزويج.
١١٧	المطلب الرابع: تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي.
١٢٠	المطلب الخامس: ولاية المسلم للكافرة.
١٢٥	المطلب السادس: ولي المرأة إذا عضلها وليها الأقرب .
١٣١	المطلب السابع: إذا كان ولي المرأة القريب غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجب عنه.
١٣٥	المطلب الثامن: ولاية الكافر للمسلمة.

رقم الصفحة	الموضوع
١٣٧	المطلب التاسع: ولي المرأة إذا تعذرت مراجعة وليها القريب كما لو كان مأسورا أو محبوسا .
١٣٨	المبحث الثالث: نيابة القاضي في كتاب الطلاق.
١٣٩	المطلب الأول: تطليق القاضي على المولي إذا أبي الفيةة.
١٤٧	المطلب الثاني: إذا سافر الزوج عن زوجته أكثر من ستة أشهر بلا عذر وأبي الرجوع وطلبت الزوجة الفرقة.
١٥٣	المطلب الثالث: تطليق القاضي على المظاهر إذا أبي الرجوع والكفارة أو الطلاق.
١٥٧	المطلب الرابع: إذا تزوج الرجل المرأة زواجا فاسدا وأبي تطليقها.
١٥٩	المطلب الخامس: لو جاءت امرأة حاكما وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها.
١٦٨	المبحث الرابع: نيابة القاضي في كتاب النفقة.
١٦٩	المطلب الأول: إذا بذلت المرأة تسليم نفسها وزوجها غائب.
١٧٢	المطلب الثاني: إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو بعضها، أو أعسر بكسوتها.
١٨٢	المطلب الثالث: إذا أعسر الزوج بالسكنى أو المهر.

رقم الصفحة	الموضوع
١٨٦	المطلب الرابع: إذا غيب زوج المرأة الموسر ماله، وصبر على حبس الحاكم.
١٨٧	المطلب الخامس: إذا غاب زوج المرأة عنها ولم يترك لها نفقة.
١٨٨	المطلب السادس: إذا تنازع الزوجان في النفقة.
١٩٠	المطلب السابع: لو امتنع رب البهائم من الواجب عليه.
١٩٣	المبحث الخامس: نيابة القاضي في كتاب الحضانة.
١٩٤	المطلب الأول: إذا عدم من كان مستحقاً لحضانة الطفل ولم يبق إلا الرجال من ذوي الأرحام.
١٩٧	المطلب الثاني: إذا بلغ الغلام سبع سنين ولم يختار لحضنته أحد أبويه.
٢١١	المطلب الثالث: إذا استوى اثنان في الأحقية بالحضانة.
٢٢٥	المبحث السادس: نيابة القاضي في كتاب اللعان. وفيه مطلب واحد: حصول الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بتفريق الحاكم.
٢٢٨	الخاتمة: وفيها أبرز نتائج البحث.

رقم الصفحة	الموضوع
٢٢٣	الفهارس:
٢٣٤	فهرس الآيات القرآنية.
٢٤٠	فهرس الأحاديث والآثار .
٢٤٥	فهرس الأعلام المترجم لهم .
٢٤٧	فهرس المصادر والمراجع .
٢٦٠	فهرس الموضوعات .