



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

التطبيقات الفقهية لقاعدة
"الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"

في فقه الأسرة والجنايات
بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب :

أمجد بن عبد الله محمد نتو

إشراف

فضيلة الشيخ الدكتور :

يوسف بن أحمد البدوي

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي :

١٤٣١ هـ / ١٤٣٢ هـ

المقدمة

الحمد لله، نحمدهُ، ونستعينهُ، ونستغفره، ونستهديه، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، والصلاة والسلام على الهادي البشير والسراج المنير، وعلى آله وصحبه أجمعين ،
أما بعد:

لَمَّا كان علم الفقه ذا أهمية عظمى في شريعة رب العالمين اهتم العلماءُ المبصرون به أيّما اهتمام، ولمَّا تَمَعَّنُوا فيه وجدوهُ ذا فروعٍ كثيرةٍ ، يشقُّ على العقول جَمْعُهَا، فجمَعُوا فروعَهُ تحت قواعدَ كليةٍ، سَمَّوْهَا بالقواعدِ الفقهيةِ ، وجعلوها قواعدَ تُبنى عليها الأحكامُ، وُيَسْتَنْبَطُ منها الجوابُ لما اسْتُحْدِثَ من قضايا ، وجدَّ من خلاف ، ومن تلك القواعد الفقهية قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" (١).

ونظراً لما لهذه القاعدة من الأهمية التي لا تخفى على طلبة العلم ، وحاجة القضاة خاصة لها، فسأقوم بتطبيق هذه القاعدة على جملة من مسائل فقه الأسرة وفقه الجنايات - كما هو موضح في خطة البحث -، وتقدمت بها إلى قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء ؛ لتكون بحثاً تكميلياً؛ لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بعنوان (التطبيقات الفقهية لقاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة في فقه الأسرة والجنايات).

أسأل الله أن ينفعني بهذا البحث ، وأن ينفع به، إنه سبحانه جواد كريم وبالإجابة جدير.

(١) أوردها السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ١٥٤) بهذا اللفظ ، وكذلك الزركشي في المنشور (٣/ ٣٤٥) .

أهمية الموضوع :

- ١- إن القواعد الفقهية تضبط المسائل والفروع الفقهية ، وتجمع شتات المتفرق، مما يكون الملكة الفقهية لدى الفقيه وطالب العلم .
- ٢- إن جمع المسائل الفقهية المتناثرة في كتب الفقه تحت قاعدة محددة يسهل على طالب العلم معرفة الحكم الشرعي للمسألة ، وبالتالي تساعده على تطبيقها على ما يناسبها من النوازل .
- ٣- إن قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" تدخل في كثير من المسائل الفقهية كالطلاق، والإيلاء، والجنائيات.
- ٤- إن قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" تدخل أيضاً في كثير من المسائل القضائية في المجال التطبيقي وفصل المنازعات .

أسباب اختيار الموضوع :

لقد منّ الله سبحانه عليّ بالتدرج في الدراسة الأكاديمية النظامية ودراسة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء بالجامعة المباركة - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - ، ولما كان من لوازم الحصول على درجة الماجستير أن يكتب الطالب بحثاً تكميلياً، وقع اختياري على هذا الموضوع بعد أن أشار عليّ أحد شيوخه الفضلاء بالمعهد أن أبحث فيه ، حيث لم أجد من الباحثين من تكلم عن هذه القاعدة وتطبيقاتها في فقه الأسرة وفقه الجنائيات كلاماً مستقلاً، فعزمت على الكتابة فيها؛ ليسهل على طلاب العلم والقضاة الاستفادة من تطبيقاتها، فأسأله سبحانه أن أحيط بالموضوع أو بأغلبه، وأن أكون ممن أفاد وأجاد ، إنه على كل شيء قدير.

الدراسات السابقة :

ورد ذكر هذه القاعدة في بعض الكتب التي عُنيت بالقواعد الفقهية عموماً، ودُكر فيها معنى هذه القاعدة وبعض التفريعات والتطبيقات الفقهية من غير تحليل فقهي ومن غير مقارنة بين المذاهب.

ومن خلال البحث في قاعدة المعلومات في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات، وفهارس مكتبة الملك فهد الوطنية، والمكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة المعهد العالي للقضاء، لم أقف على من بحث موضوع التطبيقات الفقهية لقاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" في فقه الأسرة وفقه الجنائيات، وإنما وجدت بحثاً واحداً تكلم عن مجموعة من القواعد، وذكر من ضمنها هذه القاعدة، حيث تكلم شيئاً يسيراً عن القاعدة، وذكر ستة تطبيقات فقهية في فقه الأسرة وبالتحديد من كتاب الوقف والوصايا والنكاح، حيث حللها فقهياً وقارنها بين المذاهب، والبحث هو: تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية في مجال الأحوال الشخصية "قواعد وضوابط وفروع مختارة"، تأليف سعود بن عبد الله بن عبد الرحمن الغديان، وهو بحث لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء للعام الجامعي ١٤١١ هـ - ١٤١٢ هـ .

والتطبيقات التي ذكرت هي^(١):

١- من كتاب الوقف:

(أ) هل للقاضي أن يتصرف في الوقف مع وجود الناظر؟

(ب) هل للواقف أو الحاكم أن يعزلا ناظر الوقف؟

٢- من كتاب الوصايا:

(أ) إذا أوصى الرجل إلى وصيين مطلقاً فمات أحدهما أو جن أو فسق فهل للقاضي أن يرد

الناظر إلى الثاني؟

(ب) إذا أوصى الرجل إلى وصيين مطلقاً فماتا أو فسقا فهل للقاضي أن ينصب واحداً فقط؟

(ج) هل للقاضي أن يُخرج الوصي عن الوصاية إذا كان قوياً أو أميناً؟

٣- من كتاب النكاح:

هل للقاضي أن يزوج بولايته العامة مع وجود ولي خاص؟

وبما أن موضوعي له صلة بهذا البحث فسوف أبين الفرق بين ما تطرق له الباحث، وما

(١) رسالة الباحث (٥/ ١٦٥١ - ١٦٦١) .

سأعرض له في بحثي هذا على النحو التالي:

١. إن الباحث قد تطرق لهذه القاعدة بشيء من الاختصار، وسأعمق في دراستي للقاعدة بتفصيل أوسع .
٢. إن الباحث قد تطرق لبعض تطبيقات القاعدة بشيء من التفصيل وسأوسع في تطبيقاتي للقاعدة على كتاب النكاح بتفصيل أوسع وأدق - كما هو موضح في خطة البحث - ، كما سوف أتوسع في بعض التطبيقات التي لم يتطرق لها في كتاب الوصايا.
٣. إن الباحث لم يتطرق لتطبيقات أخرى كثيرة في أبواب أخرى غير ما سبق ككتاب الطلاق، والإيلاء ، وفقه الجنائيات، وسأطرق لها كلها في بحثي هذا، والله الموفق.

منهج البحث :

سأتبع بحول الله تعالى في هذا البحث المنهج العلمي المتبع في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء ، وهو كما يلي :

- ١- أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ؛ ليتضح المقصود من دراستها.
- ٢- إذا كانت المسألة من مواضيع الاتفاق، أذكر حكمها بالدليل مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة .
- ٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:
 - أ- أحرر محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.
 - ب- أذكر الأقوال في المسألة ، وأبين من قال بها من أهل العلم ، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية .
 - ج- أقتصر على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح .
 - د- أوثق الأقوال من مصادرها الأصلية .
 - هـ- أستقصي أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة ، وأذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها - إن كانت - ، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.
 - و- أرجح مع بيان سبب الترجيح، وذكر ثمرة الخلاف - إن وجدت - .
- ٤- أعتد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع.
- ٥- أركز على موضوع البحث، وأتجنب الاستطراد.

- ٦- أعتني بضرب الأمثلة خاصة الواقعية.
- ٧- أتجنب ذكر الأقوال الشاذة .
- ٨- أعتني بدراسة ما جدَّ 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 أو رقم الحديث، وأبين ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منها.
- 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 العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة ، وللأحاديث الشريفة، والآثار، وأقوال العلماء، وأميز العلامات والأقواس، فيكون لكل منها علامته الخاصة .
- ١٥- إذا ورد في البحث ذكر أماكن، أو قبائل، أو فرق، أو أشعار أو غير ذلك، أضع لها فهرساً خاصاً إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.
- ١٦- تكون الخاتمة متضمنة النتائج والتوصيات التي أراها .
- ١٧- أترجم للأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر اسم العَلَم، ونسبه، وتاريخ وفاته ومذهبه العقدي والفقهي، والعَلَم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته.
- ١٨- أتبع الرسالة بالفهارس المتعارف عليها، وهي:
- فهرس الآيات القرآنية.
 - فهرس الأحاديث والآثار.
 - فهرس الأعلام.
 - فهرس المراجع والمصادر.
 - فهرس الموضوعات.

خطة البحث :

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة وفهارس .
المقدمة: تكلمت فيها عن أهمية الموضوع وسبب اختياره والدراسات السابقة فيه ومنهج دراسته وخطة بحثه.

التمهيد : وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالقواعد الفقهية وأهميتها ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معنى القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أهمية القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة.

المبحث الثاني : التعريف بقاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" ، وفيه خمسة

مطالب :

المطلب الأول : بيان مفردات القاعدة .

المطلب الثاني : معنى القاعدة .

المطلب الثالث : تأصيل القاعدة وتوثيقها وذكر ألفاظها .

المطلب الرابع : مراتب الولاية .

المطلب الخامس : ألفاظ ذات صلة بالقاعدة .

المبحث الثالث : التعريف بفقه الأسرة وفقه الجنائيات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معنى فقه الأسرة .

المطلب الثاني : معنى فقه الجنائيات .

الفصل الأول : تطبيقات القاعدة في فقه الأسرة ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الوصايا ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : لا يملك الحاكم التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان نَصَبَهُ

الحاكم^(١).

المطلب الثاني : إذا كان الوصي فاسقاً فحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظُرُ الحاكم في مال

الموصى له^(٢).

(١) غمز العيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين ابن نجيم المصري (٢٧١/٣) .

(٢) المغني (٥٥٥/٨) .

المطلب الثالث : إذا تغير حال الوصي بجنون، أو كفر، أو سفه زالت ولايته ، وصار كأنه لم يوصى إليه، ويرجع الأمر إلى الحاكم^(١).

المبحث الثاني : النكاح ، وفيه اثنا عشر مطلباً:

المطلب الأول : لو زوج الحاكم امرأة لعَيِّنة الولي ، وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة، قدم الولي^(٢).

المطلب الثاني : ليس للحاكم أن يزوج المرأة الحرة، ولكن يزوجها أبوها، ثم جدها، ثم الأقرب تعصياً^(٣).

المطلب الثالث : إن الحاكم لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح^(٤).

المطلب الرابع : إن النكاح لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة توكيل الحاكم في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، ويزوجها وليها^(٥).

المطلب الخامس : إن كان للأمة مؤليان ، واشتَجَرَ فيمن يكون ولياً عليها لم يكن للحاكم أن ينوب عنهما^(٦).

المطلب السادس : لو كان الحاكم ولي المرأة كان تصرفه بالولاية مقدماً على تصرفه بالحكم^(٧).

المطلب السابع : إذا كان الحاكم ولي المرأة، وجعل غيره نائباً له ، فهل تقدم الولاية الخاصة على الولاية العامة ؟^(٨)

المطلب الثامن : إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه، ولو كان الزوج حاكماً^(٩).

(١) المغني (٥٥٦/٨) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٥٤)، وانظر: المغني (٣٨٥/٩) .

(٣) المغني (٣٥٥/٩ ، ٣٧٨ ، ٤٠٢) .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٦٠) .

(٥) انظر: المغني (٣٤٥/٩) .

(٦) المغني (٣٧٣/٩ ، ٤٢٨) .

(٧) انظر: المغني (٣٧٣/٩) .

(٨) انظر: المرجع السابق .

(٩) انظر: المغني (٣٧٨/٩) .

المطلب التاسع : إذا كان وليُّها غائباً في موضع لا يصلُّ إليه الكِتَابُ أو يصل فلا يُجِيب

عنه ، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن للحاكم (١) .

المطلب العاشر : إذا زوج الحاكم غلاماً غير بالغ، أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده، أو

وصي ناظر له في التزويج (٢) .

المطلب الحادي عشر : تنتقل الولاية إلى الحاكم إذا عضل الولي موليته .

المطلب الثاني عشر : للحاكم أن يعترض على ولي القاصرة إذا زوجها .

المبحث الثالث : الطلاق والإيلاء ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ليس لغير الأبِ تَطْلِيْقُ امرأةِ الْمُؤَلَّى عليه ، سواءً كان مَن يَمْلِكُ التَّزْوِيْجَ

كوصيِّ الأب والحاكم ، أو لا يَمْلِكُهُ (٣) .

المطلب الثاني : إن المؤلَّى إذا اَمْتَنَعَ من الفَيْئَةِ بعد التَّرْئِصِ أُمِرَ بِالطَّلَاقِ، وإن امتنع من

الطلاق طَلَّقَ الحاكمُ عليه (٤) .

الفصل الثاني : تطبيقات القاعدة في فقه الجنايات ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : للولي استيفاء القصاص، أو الصلح على المال، أو العفو مجاناً ، وليس

للحاكم العفو مجاناً (٥) .

المبحث الثاني : إذا كان القصاص لجماعة من الأولياء، وتَشَاخَّوْا في المُتَوَلَّى منهم للاستيفاء

أَمَرُوا بِتَوْكِيْلِ أَحَدِهِمْ، وإن لم يَتَّفِقُوا مُبِعُوا الاستيفاء حتى يُوكَّلُوا ، ولم يجز للحاكم التولي عنهم (٦) .

المبحث الثالث : إذا قُتِلَ قَتِيلٌ، وكان الوارث واحداً صغيراً فالقصاص له، وليس للحاكم

استيفاؤه (٧) .

(١) المغني (٣٨٥/٩) .

(٢) المغني (٤١٥/٩) .

(٣) المغني (٤٢١/٩) .

(٤) المغني (٤٦/١١) .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٦٠) .

(٦) المغني (٥١٧/١١ ، ٥١٨) .

(٧) انظر: المغني (٥٧٧ / ١١) .

الخاتمة : وتتضمن نتيجة البحث والتوصيات .

الفهارس :

- فهرس الآيات القرآنية الكريمة .
- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس الأعلام .
- قائمة المراجع والمصادر .
- فهرس الموضوعات .

شكر وتقدير

هذا، وإني أحمد الله سبحانه وتعالى وأشكره على أن وفقني لسلوك طريق العلم، وعلى إكمال دراستي العليا بهذا الصرح الشامخ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ممثلة في المعهد العالي للقضاء، فلك الحمد ربنا، ولها شكري على توفيرها لي فرصة الدراسة في المعهد، كما أقدم جزيل شكري وتقديري لشيخنا فضيلة الشيخ الدكتور يوسف بن أحمد البدوي على توليه الإشراف على هذا البحث التكميلي وعلى ما بذل من وقت وجهد في تقويمه، وعلى ما أعطى من توجيهات سديدة ودقيقة، ولا أنسى في هذا المقام الدعاء لوالدتي - حفظها الله - بأن يجزيها ربي عني خيراً، وكذلك لا أنسى من كان له الفضل بعد الله سبحانه في اختيار عنوان هذا البحث فضيلة شيخنا الدكتور خالد آل حامد حفظه الله وسدد خطاه. والله أسأل أن يجزي كل شيوخي الجنة بلا حساب ولا عذاب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفصل التمهيدي

التمهيد:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالقواعد الفقهية، وأهميتها.

المبحث الثاني: التعريف بقاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة".

المبحث الثالث: التعريف بفقه الأسرة وفقه الجنايات.

المبحث الأول: التعريف بالقواعد الفقهية، وأهميتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية.

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة.

المطلب الأول: معنى القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً:

قبل أن ندخل إلى مجال تعريف القواعد الفقهية لا بد أن نعلم أن القواعد الفقهية اسم مركب من كلمتين وهما : القواعد جمع قاعدة، والفقهية ، وهي بهذه الإضافة - القواعد الفقهية - عِلْمٌ على عِلْمٍ معين ، فإذا لا بد من معرفة أفراد هذا العِلْمِ ؛ لمعرفة الكل ، ومن ثمَّ تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً.

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً.

أولاً: تعريف القاعدة في اللغة والاصطلاح:

أ - تعريف القاعدة في اللغة:

تفيد مادة (القاف، والعين، والذال) معنى الاستقرار والثبات^(١)، وتطلق ويراد بها الأساس^(٢)،

فيقال: قواعد البيت، أي أساسه ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ

وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة: ١٢٧].

وقوله تعالى: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ

عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [النحل: ٢٦].

وبوجه عام فإن المعنى اللغوي لهذه المادة هو الاستقرار والثبات ، وأقرب المعاني إلى المراد في

معاني القاعدة هو الأساس، نظراً لابتناء الأحكام عليها، كابتناء الجدران على الأساس^(٣).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس [مادة قعد] (١٠٨/٥).

(٢) ينظر: لسان العرب لابن منظور [مادة قعد] (٣٦١/٣).

(٣) القواعد الفقهية للباحسين (ص: ١٥).

ب - تعريف القاعدة في الاصطلاح:

اختلفت آراء الفقهاء والأصوليين في تعريف القاعدة على عدة آراء من أشهرها ما يلي:

- ١ - عرفها صدر الشريعة^(١) بقوله: "القواعد: القضايا الكلية"^(٢).
- ٢ - وعرفها الفيومي^(٣) بقوله: "والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"^(٤).
- ٣ - وعرفها التفتازاني^(٥) بقوله: "القاعدة حكم كلي ينطبق على جزئياته ؛ ليعتبر أحكامها منه، كقولنا: كلُّ حكم دَلَّ عليه القياس فهو ثابت"^(٦).
- ٤ - وعرفها الجرجاني^(٧) بقوله: "القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"^(٨).
- ٥ - وعرفها جلال الدين المحلي^(٩) بقوله: "القاعدة: قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها، نحو الأمر للوجوب حقيقة، والعلم ثابت لله تعالى"^(١٠).

(١) هو عبد الله بن مسعود بن محمد البخاري الحنبلي الملقب بصدر الشريعة الأصغر من فقهاء الأحناف وأصوليهم توفي سنة (٥٧٤٧هـ). من مؤلفاته: "التوضيح في حل غوامض التنقيح في أصول الفقيه" ، و "شرح الوقاية في الفقه الحنبلي". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (١٩٧/٤).

(٢) التوضيح بحاشية التلويح (٢٠/١).

(٣) هو أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المُقري الفيومي ثم الحموي. ولد ونشأ في الفيوم في مصر، ثم ارتحل إلى حمه في بلاد الشام. فقيه ولغوي توفي في نحو (٧٧٠هـ). من مؤلفاته: "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٢٢٤/١).

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي [مادة قعد] (ص: ٥٠١).

(٥) هو مسعود بن عمر بن عبد الله تفتازاني الملقب بسعد الدين، ولد بتفتازاني في بلاد فارس، كان إماماً في علوم كثيرة، وكان يفتي بالمذهبين والحنبلي الشافعي وانتهت رئاسة الحنفية إليه في زمانه. توفي في سمرقند سنة (٧٩٢هـ). من مؤلفاته: "شرح العقائد النسفية" ، و "حاشية على مختصر ابن الحاجب في الأصول". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٢١٩/٧).

(٦) التلويح للتفتازاني (٢٠/١).

(٧) هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنبلي. ويعرف بالسيد الشريف. ولد بجرجان ، وإليها نُسب، شارك في علوم كثيرة. توفي في شيراز سنة (٨١٦هـ). من مؤلفاته: "التعريفات" ، و "شرح المواقف". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٧/٥).

(٨) التعريفات للجرجاني (ص: ١٤٩).

(٩) هو محمد بن أحمد بن محمد المحلي المصري الشافعي الملقب بجلال الدين، كان فقيهاً ، وأصولياً ، وغيرها. وصف بجدّة الذكاء حتى كان بعضهم يسميه تفتازاني العرب. توفي في مصر سنة (٨٦٤هـ). من مؤلفاته: "شرح الوقاية" ، و "البدر الطالع في حل جمع الجوامع". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٣٣٣/٥).

(١٠) شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع بحاشية البناني (٢١/١، ٢٢).

٦ - وعرفها ابن النجار ^(١) بقوله: "القواعد جمع قاعدة، وهي هنا عبارة عن صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها" ^(٢).

ومن خلال إلقاء نظرة على التعريفات السابقة، يتبين ما يلي:

أولاً: إن التعريفات المذكورة أفادت أن القاعدة كلية ، وهذا يُعدّ أمراً أساساً فيها، سواء عبرت عن ذلك بالقضية ، أو الأمر، أو الحكم، أو الصورة، وبالتالي فهذه التعريفات متقاربة بين عباراتها في تعريف القاعدة، ولكن التعبير بلفظ "قضية" أولى ؛ لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة، وأما نعت القواعد بالأمر فيه من التعميم ما ليس في "القضية" ، و "الحكم" ؛ وذلك لشموله المفردات التي لا تكون قواعد، كقضايا ومسائل الكون والعالم الخارجي مما لم يحكم فيها، وأما التعبير بالحكم فإنه - وإن فُسِّر بأن المراد منه القضية - على سبيل التجوز، بإطلاق الجزء على الكل، وباعتبار أن الحكم أهم أجزاء القضية، إلا أن التعبير بالقضية أتم وأشمل - لما سبق تعليقه -.

وأما التعبير بالصورة بدلاً من الحكم، أو القضية، أو الأمر، هو تعبير غير مألوف ولا مستعمل، كما أنه يجمع إلى التعميم المستفاد منها عدم وضوح معنى الصورة ؛ لأن صورة المسألة صفتها ، ونوعها، وماهيتها المجردة، وحيالها في الذهن ^(٣).

ثانياً: إن في بعض هذه التعاريف زيادة، بأنه يُعرف من القاعدة على أحكام هذه الجزئيات، وهذه الزيادة في التعريف لا داعي لها؛ لأنها تمثل ثمرة القاعدة، وهي التي تسمى بالتخريج، وفي التعريفات ينبغي أن لا تدخل ثمرة الشيء في حقيقته ^(٤). وعلى هذا فأقول : "إن أقرب تعريف للقاعدة في الاصطلاح هو بأنها: "قضية كلية" ، كما عرفها صدر الشريعة ^(٥).

(١) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى المصرى الحنبلى الشهير بابن النجار. ولد ونشأ فى القاهرة. توفى سنة (٩٧٢هـ). من مؤلفاته: "منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات" ، و "شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر

التحرير". انظر فى ترجمته: الأعلام للزركلى (٦/٦).

(٢) شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/٤٤، ٤٥).

(٣) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص: ٣٢، ٣٣).

(٤) المرجع السابق (ص: ٣٧).

(٥) المرجع السابق.

ثانياً: تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح:

أ - تعريف الفقه في اللغة: (١)

هو إدراك الشيء ، والعلم به ، والفهم له، وكل علم بشيء هو فقه، يقال: "أوتي فلان فقهاً في الدين" أي فهماً فيه.

قال تعالى حكاية عن موسى عليه السلام: ﴿يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ [طه: ٢٨].

ب - تعريف الفقه في الاصطلاح:

تنوعت عبارات العلماء في تعريف الفقه اصطلاحاً، وإنما اختلف في الإيجاز ، والإطناب، واعتبار بعض القيود عند قوم ، وعدم اعتبارها عند آخرين.

ونظراً لهذا الاختلاف ، فإن أكثر التعاريف التي اشتهرت ، وشاعت هو: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية" (٢).

فالعلم: جنس ، وما بعده قيود ؛ لإخراج ما ليس من الفقه. والمقصود من العلم عندهم: مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق.

وبالأحكام: قيد أول ؛ لإخراج ما ليس بأحكام ، كأحكام الذوات ، والصفات والأفعال، والأحكام جمع حكم، وهو إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً، مما هو معروف بينهم بالنسبة التامة، أو القضية، أو النسب الجزئية. وعلى هذا فالأحكام خاصة بالتصديقات فقط، كإدراك ثبوت وجوب الزكاة في قولنا: "الزكاة واجبة" . وأما إدراك المفردات كالذوات، والصفات، وغيرها فليست أحكاماً وإن كان تصورهما من مستلزمات المعرفة الفقهية، وآل في الأحكام للاستغراق، أي المقصود جميع الأحكام.

والشرعية: قيد ثان في التعريف ؛ لإخراج الأحكام غير الشرعية، كالعلم بالأحكام الحسابية، والهندسية ، وغيرها مما ليس شرعياً. وكون الأحكام شرعية بسبب نسبتها إلى الشرع.

والعملية: قيد ثالث في التعريف؛ لإخراج الأحكام الاعتقادية، كقولنا: "القدرة لله واجبة". والعملية المتعلقة بكيفية عمل، أي بصفه القائمة الثابتة له. كالوجوب، والندب، والحرمة، وغيرها.

من أدلتها: قيد رابع؛ لإخراج ما علم من غير دليل، كعلم النبي ﷺ - المتلقى عن طريق الوحي.

(١) انظر في معنى الفقه لغة: لسان العرب (١٣/٥٢٢)، والمصباح المنير (ص: ١٨٢)، والقاموس المحيط (٤/٢٩١).

(٢) انظر: المنهاج للبيضاوي (١/٢٨)، والتعاريف للمناوي (١/٥٤).

وقولهم: "من أدلتها" : أي من أدلة الأحكام.

التفصيلية: قيد خامس احترز به عن الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بشيء معين كمطلق الأمر، ومطلق الإجماع، ومطلق القياس. فالبحت عن هذه الأدلة الكلية الإجمالية من شأن علماء الأصول^(١).

الفرع الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علماً ولقباً.

اختلف الفقهاء في تعريفهم للقاعدة الفقهية؛ وذلك لاختلافهم في معنى القاعدة، وبما أن التعريف المختار للقاعدة هو تعريفها بأنها "قضية كلية"، فإنه بإضافة ما يميز القاعدة الفقهية عن غيرها، تعرف القاعدة الفقهية بأنها:

"قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية"، أو: "قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية"^(٢).

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية:

للقواعد الفقهية أهمية كبيرة، وفوائد عظيمة، لا تخفى على طالب العلم، ويمكن أن أبرز أهم الفوائد التي يدل على أهمية هذا العلم فيما يلي:

١ - إن القواعد الفقهية تضبط المسائل الفقهية، وفروعها المنتشرة في الأبواب، وتنظمها في سلك واحد، مما يمكن من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة في كتب الفقه، والفتاوى، والأحكام.

٢ - إن دراسة القواعد والإمام بها واستيعابها يعين القضاة والمفتين على معرفة أحكام النوازل، وتجعلهم يستغنون عن حفظ أكثر الجزئيات.

٣ - إن القواعد الفقهية تنمي عند الباحث الملكة الفقهية المؤهلة للاستدلال والترجيح القادرة على تخريج الفروع على القواعد، ورد المستجد من الحوادث إلى تلك القواعد، واستنباط الحلول المناسبة للوقائع المتجددة، والنوازل المتسارعة بطريقة سليمة وسديدة.

٤ - إن تخريج الفروع الجزئية استناداً إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية.

(١) القواعد الفقهية للباحسين (ص: ٣٨، ٣٩).

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص: ٥٤)، وهو ما اختاره وارتضاه العلامة الدكتور يعقوب الباحسين.

٥ - إن معرفة القواعد الفقهية - خاصة الكبرى منها - تعين على معرفة مقاصد الشريعة، وقد لا يتيسر هذا من معرفة الجزئيات.

٦ - إن دراسة القواعد الفقهية ، والبحث فيها يفيد غير المختصين في علوم الشريعة من جهة إطلاعهم على الفقه بأيسر طريق^(١).

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة:

إن كلمة نظرية بالمعنى الاصطلاحي هي كلمة مستحدثة منقولة عن مصطلحات القانونيين الوضعيين الغربيين، ولم تطلق عند علماء المسلمين على هذا المعنى الحادث^(٢).

وفي اللغة تطلق مادة نظر على عدة معان، منها: إدراك المحسوس بالبصر^(٣). وقد أطلق المناطقة والنظار من المسلمين مسمى النظري على ما احتاج إلى التفكير والتأمل ، وجعلوا ذلك في مقابلة الضروري أو البدهي، وهو مالا يحتاج إلى التصور والتأمل فالنظرية: قضية تثبت ببرهان^(٤).

والنظرية بمعناها العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة وبمفهوم آخر هي موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها: أركان، وشروط ، وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً، كنظرية العقد ، ونظرية الحق ، ونظرية الملكية الأهلية ، ونظرية الضمان، فالنظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك، أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة^(٥).

وخلاصة القول: إن النظريات أشمل وأعم من القواعد ؛ لأن النظريات تعني مجموعة الأسس العامة التي تضبط طائفة من الموضوعات المترابطة والمتشابهة في أركانها، وشروطها، وأحكامها العامة؛

(١) انظر في ذلك: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩/١)، والقواعد الفقهية للباحسين (ص: ١١٤)، وتاريخ التشريع الإسلامي للبدوي (ص: ٥٧، ٥٨).

(٢) انظر: الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم الزيدان (ص: ٩٠).

(٣) لسان العرب لابن منظور [مادة نظر].

(٤) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص: ١٤٢)، ومقدمة في دراسة الفقه للدسوقي (ص: ٦٤)، والمعجم الوسيط [مادة نظر].

(٥) الفقد الإسلامي وأدلته للزحيلي (٧/٤).

لتنظم موضوعاً واحداً، فنظرية العقد تُعني أولاً بوضع المبادئ العامة في العقود ، ثم وضع كل عقد من حيث انعقاده ، وشروطه ، وآثاره المترتبة عليه ، وانتهاءه .

ويمكن تلخيص الفرق بين النظريات العامة والقواعد الفقهية في الأمور التالية:

١ - القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل

إلى الفروع المدرجة تحتها، وأما النظرية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها.

٢ - القاعدة الفقهية لا تشتمل على شروط وأركان، وأما النظرية فلا بد لها من ذلك.

وهذا الفارق أغلبيّ، فهناك قواعد فقهية ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بشروط ومحددة

بأركان، كقاعدة (العَادَةُ مُحَكَّمَةٌ).

٣ - النظرية أوسع من القاعدة، ومن الممكن أن تدخل القواعد في إطار النظريات وتخدمها.

وقد تكون القاعدة أعم من النظرية من جهة أخرى؛ لأن القاعدة لا تتقيد بموضوع واحد ، ولا

بباب معين، أما النظرية فإذا كان موضوعها العقد مثلاً، لا يدخل فيها ما يتعلق بالعبادات، أو غير

ذلك^(١).

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي، للبدوي (ص: ٦٥، ٦٦).

المبحث الثاني: التعريف بقاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات القاعدة.

المطلب الثاني: معنى القاعدة.

المطلب الثالث: تأصيل القاعدة وذكر ألفاظها.

المطلب الرابع: مراتب الولاية.

المطلب الخامس: ألفاظ ذات صلة.

توطئة:

إن هذه القاعدة - "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" - من القواعد التي ورد ذكرها وتداولها في المذاهب الفقهية المعتمدة - كما سيتضح لاحقاً - ، وقد يتطرق البحث في هذا المبحث في بعض المواضع ؛ لذكر قول من شذ عن الجمهور من المذاهب الفقهية المعتمدة.

المطلب الأول: بيان مفردات القاعدة:

سأبين معنى ولاية مطلقاً، ومعنى ولاية خاصة، ومعنى ولاية العامة على النحو التالي:

أولاً: معنى الولاية:

الولاية في اللغة: بكسر الواو من الوَلِي، وهو القرب، يقال: "وليه ولياً"، أي دنا منه. "وأولِيتهُ إِيَّاه" أي أدنِيتهُ منه. و"ولي الأمر" أي إذا قام به . و "تولّى الأمر" أي تقلّده . و "تولّى فلاناً" أي اتّخذهُ وليّاً.

والوليّ - فعل بمعنى فاعلٍ - من وَلِيتهُ: إذا قام به ، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ

ءَامَنُوا﴾ [البقرة: ٢٥٧]، وبمعنى مفعول في حق المطيع ، ومنه قيل: "المؤمن وليّ الله" ، والمصدر الولاية.

وكذلك تأتي بمعنى السّلطنة، ومنه قيل: "العلم من أشرف الولايات، يأتي إليه الوري ولا يأتي".

أما الولاية بفتح الواو ، فتعني النُصرة والمحبّة.

وقال ابن فارس ^(١): "وكلُّ مَنْ وُلِيَ أمر آخر فهو وُلِيُّهُ" ^(٢).

والولاية في الاصطلاح: فقد استعمل جُل الفقهاء كلمة الولاية بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي فتشمل الإمامة العظمى ونوابها كالقضاء ، والحسبة ، والمظالم ، والشُرطة ، ونحوها، كما تشمل قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية. كذلك وردت على ألسنتهم بمعنى إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم، فتناولت الوكالة ، ونظارة الوقف ، ونحو ذلك، وبمعنى أحقية المُطالب بدم القتل في الجناية على النفس، وسموا صاحبها "وليّ الدّم" ^(٣).

واستعملها فقهاء المالكية بمعنى الآصرة الموجبة للإرث. فقال ابن جزّي ^(٤): "الولاية خمسة أنواع: ولاية الإسلام - ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها -، وولاية الحلف، وولاية الهجرة - وكان يتوارث بهما أول الإسلام ثم نسخ - ، وولاية القرابة ، وولاية العتق، والميراث بهما ثابت" ^(٥).

ثانياً: معنى الولاية الخاصة:

تطلق الولاية الخاصة في الاستعمال الفقهي على ثلاثة ضروب من السلطة، وهي:
أ - النيابة الجبرية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء شخصاً كبيراً راشداً بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.
وبمقتضاها يعتبر الولي هو الممثل الشرعي لذلك القاصر، فيقوم مقامه في جميع الحقوق التي تقبل النيابة من عقود ، وأفعال ، ومخاصمات في الحقوق ، ونحو ذلك.
وتكون تصرفاته نافذة عليه جبراً إذا كانت مستوفية لشرائطها الشرعية ^(٦).

(١) هو أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب أبو الحسين الرازي القزويني إمام اللغة توفي سنة (٣٩٥ هـ).

من مؤلفاته: "معجم مقاييس اللغة". انظر في ترجمته: "نوابغ الرواة في رابعة المئات" (٣٧/١).

(٢) معجم مقاييس اللغة (٦ / ١٤١) ، وحلية الفقهاء لابن فارس (ص: ١٦٥) ، وأنيس الفقهاء للقرنوي (ص: ٢٦٢) ، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي (ص: ٧٢٤).

(٣) التعريفات للجرجاني، والمصباح المنير، وتهذيب الأسماء واللغات (٢ / ١٩٦) ، والتوقيف للمناوي (ص: ٧٣٤).

(٤) هو يعقوب بن يوسف بن عبدالرحمن بن يوسف بن جزّي الكلبي ، يكنى أبا العباس ، كان من أهل المشاركة في العلم، وتولي خطة القضاء بتونس توفي سنة (٦٣٧ هـ). من مؤلفاته: "القوانين الفقهية". انظر في ترجمته: "الديباج المذهب" (٣٥٦/١).

(٥) القوانين الفقهية لابن الجزّي (ص: ٣٨٢).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١٥٤) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٨٦).

ب - ولاية المتولي على الوقف، وهذه الولاية ليست ناشئة عن نقص أهلية ولا علاقة لها بالنفس أصلاً، وإنما هي ولاية مالية محضة، يفوض صاحبها بحفظ المال الموقوف والعمل على إبقائه صالحاً نامياً بحسب شرط الواقف^(١).

ج - السلطة التي جعلها الشرع بيد أهل القتل في استيفاء القصاص من قاتله، أو العفو عنه إلى الدية، أو العفو مطلقاً، وفقاً لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ

سُلْطَانًا ﴾ [الإسراء: ٣٣].^(٢)

غير أن الضرب الأول هو المشهور والمتبادر عند الإطلاق في لغة الفقهاء .

ثالثاً: معنى الولاية العامة:

الولاية العامة هي سلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين، والدنيا، والنفس، والمال، وتهمين على مرافق الحياة وشؤونها، من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفاسد عنها.

وهي منصب ديني وديني، شرع لتحقيق ثلاثة أمور: الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وأداء الأمانات إلى أهلها، والحكم بينهم بالعدل^(٣). قال ابن تيمية^(٤): "والمقصود الواجب بالولايات: إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسراً مبيناً، ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم"^(٥).

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥٧/٤٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية (٦٨/٢٨، ٨١، ٢٤٦)، والطرق الحكمية (ص: ١٩٩)، والحسبة لابن تيمية (ص: ١٦، ٢٨).

(٤) هو أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، ولد في عاشر ربيع الأول سنة ٦٦١ هـ، ذكره أبو الفتح اليعمري في جواب سؤالات أبي العباس ابن الدمياطي الحافظ قال: "ألفيته ممن أدرك من العلوم حظاً، وكاد يستوعب السنن والآثار حفظاً إن تكلم في التفسير، فهو حامل رأيه أو أفتى في الفقه، فهو مدرك غايته أو ذاكراً بالحديث، فهو صاحب علمه وذو رأيه، لم تر أوسع من نخلته ولا أرفع من درايته، برز في كل فن على أبناء جنسه، لم تر عيني مثله، ولا رأيت عينه مثل نفسه". توفي معتقلاً بقلعة دمشق في العشرين من ذي القعدة سنة (٧٢٨ هـ). له مؤلفات كثيرة منتشرة منها: "السياسة الشرعية". انظر في ترجمته: معجم المحدثين (١/٢٦، ٢٥)، و الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (١/١٦٨).

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية (ص: ٣٩)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨/٢٦٢).

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة:

أنه إذا وجدت الولاية الخاصة في شيء فلا تأثير للولاية العامة ولا عمل لصاحبها، وأن تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص غير نافذ^(١).
والسبب في كون الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، أنه كلما كانت الولاية المرتبطة بالشيء أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده، فهي أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم.
فالولاية العامة كأنها انفكت عما خصت له الولاية الخاصة، ولم يبق لها إلا الإشراف، فالقوة بحسب الخصوصية لا بحسب الرتبة^(٢).

المطلب الثالث: تأصيل القاعدة ، وتوثيقها ، وذكر ألفاظها:

أولاً: تأصيل القاعدة وتوثيقها:

إن قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" مستنبطة من مجموع النصوص الواردة ، بل وبعضها نص على ذلك ، ومن تلك النصوص:

١ - قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا ﴾ [الإسراء: ٣٣] ، وتؤيدها قوله -ﷺ- : "من قتل له قتيل، فأهله بين خيرتين ... الحديث"^(٣).

فالولي في الآية هو صاحب الولاية الخاصة بتفسير الحديث ، "أهله" أي قرابته أهل الولاية الخاصة ؛ فقد جعل الله سبحانه صاحب الولاية الخاصة مقدماً على غيره في استيفاء القصاص من القاتل ، أو العفو عنه إلى الدية ، أو مطلقاً ، وبالتالي فالولاية الخاصة هنا أقوى من الولاية العامة.

٢ - قوله -ﷺ- : "فالسُّلْطٰنُ ولي من لا ولي له"^(٤).

والمفهوم المخالفة فمن كان له ولي فهو مقدّم على السلطان ، وذلك ؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر أفندي (٥٢/١).

(٢) شرح قواعد مجلة الأحكام العدلية لمحمد طاهر الأتاسي (١٤٧/١).

(٣) رواه الترمذي في سننه من حديث أبي شريح الكعبي في كتاب الديات برقم (١٤٠٦) ، وقال عنه: "حديث حسن صحيح".

(٤) رواه أبي داود في سننه من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها (٢٢٩/٢) ، وقال الشيخ الألباني : "صحيح".

ثانياً: ألفاظ القاعدة:

لقد وردت القاعدة بلفظها : "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" ، أو نحوه في كثير من كتب الفقه وقواعده ، وهو ما يثبت وجودها وتداولها بين الفقهاء .

فمن كتب القواعد التي أوردتها:

الأشباه والنظائر^(١) للسيوطي^(٢) ، والأشباه والنظائر^(٣) لابن نجيم^(٤) ، ولفظهما: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" ، وأوردها الزركشي^(٥) في المنتور^(٦) ولفظه: "الولاية الخاصة أقوى من العامة" ، وقال الأهدل^(٧) في الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية^(٨):

"ثم الولاية التي تختص من ضدها أقوى كما قد نصوا " .

وأيضاً هي إحدى القواعد التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية تحت المادة/٥٩ ، وشرحها علي حيدر^(٩) في درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ولفظها: "الولاية الخاصة أقوى من

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٣٩/١).

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي ، جلال الدين أبو الفضل . أصله من أسبوط ، ونشأ بالقاهرة تيمماً ، كان عالماً شافعيًا ، ومؤرخًا ، وأديبًا ، وكان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث ، وفنونه ، والفقه ، واللغة توفي سنة (٩١١ هـ) . تبلغ عدة مؤلفاته خمسمائة مؤلف ، منها : "الأشباه والنظائر في فروع الشافعية" و "الإتقان في علوم القرآن" . انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٧١/٤) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٨٤) .

(٤) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، المعروف بابن نجيم المصري فقيه حنفي ، من علماء مصر . توفي سنة (٩٧٠ هـ) . من مؤلفاته: "الأشباه والنظائر" و "البحر الرائق في شرح كنز الدقائق" . انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٦٤/٣) .

(٥) هو محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الموصلي الشافعي ، كان عالماً في الحديث ، والتفسير ، وجميع العلوم ، وألف تصانيف كثيرة في عدة فنون توفي سنة (٧٩٤ هـ) . من مؤلفاته: "المنتور في القواعد" . انظر في ترجمته: طبقات المفسرين للداودي (٣٠٢/١) .

(٦) المنتور في القواعد للزركشي (٣٤٥/٣) .

(٧) هو أبو بكر بن أبي القاسم بن أحمد بن محمد بن أبي بكر الأهدل الحسيني اليمني النهامي ، كان عالماً حافظاً . توفي سنة (١٠٣٥ هـ) . من مؤلفاته: " نظم التحرير في الفقه " ، و " الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية " . انظر في ترجمته: مقدمة الفرائد البهية .

(٨) الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية ، وشرحها الأعمار المضيئة (ص: ٢٢٦) .

(٩) هو علي حيدر خواجه أمين أفندي فقيه حنفي ، كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز ، وأمين الفتيا ، ووزير العدل في الدولة العثمانية ، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأساتنة توفي سنة (١٣٥٣ هـ) . من مؤلفاته: " درر الأحكام شرح مجلة الأحكام " . انظر في ترجمته: مقدمة درر الأحكام .

العامة"^(١)، وأوردها الخادمي^(٢) في خاتمة مجامع الحقائق^(٣) ولفظه: "الولاية الخاصة أولى من الولاية العامة".

ومن كتب الفقه التي أوردها القوانين الفقهية^(٤) لابن جزري بنفس لفظ السيوطي، وابن نجيم، وأيضاً التاج والإكليل^(٥) بنفس لفظ السيوطي وابن نجيم. وأوردها أيضاً ابن عابدين^(٦) في حاشيته^(٧)، ولفظه: "الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة".

وكلها ألفاظ توصل لمعنى واحد - فلا مشاحة في الاصطلاح - ، ولعل الأثبت في ذلك ما ذكره ابن نجيم والسيوطي في الأشباه والنظائر بلفظ: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"، وهو ما سارت عليه أكثر كتب الفقه والقواعد الفقهية المعاصرة.

المطلب الرابع: مراتب الولاية:

قسم الفقهاء الولاية إلى عامة وخاصة^(٨).
وتكون الولاية على النفس والمال معاً، وقد تكون في المال فقط^(٩).

- (١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١/٥٢).
- (٢) هو محمد بن محمد بن مصطفى بن عثمان، أبو سعيد الخادمي الحنفي فقيه أصولي، من علماء الحنفية. أصله من بخارى، واشتهر بدرس ألقاه في أياصوفية باسطنبول، في تفسير الفاتحة. توفي سنة (١١٧٦ هـ). من مؤلفاته: "مجامع الحقائق في أصول الفقه". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي.
- (٣) خاتمة مجامع الحقائق للخادمي (ص: ٤٧).
- (٤) القوانين الفقهية لابن جزري (ص: ١٣٤).
- (٥) التاج والإكليل في شرح مختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري (٥/٥٨).
- (٦) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم بن محمد صلاح الدين الدمشقي الحنفي، عرف بابن عابدين، وهي شهرة تعود إلى جده محمد صلاح الدين الذي أطلق عليه اللقب لصلاحه، كان فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره توفي سنة (١٢٥٢ هـ). من مؤلفاته: "رد المختار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين"، و"شرح كنز الدقائق للنسفي". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٦/٢٦٧).
- (٧) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة المشهور بحاشية ابن عابدين، لابن عابدين (٦/٥٧٠، ٥٨٢)، (٧/٣٥٨).
- (٨) شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/٣١١).
- (٩) المرجع السابق.

ومراتب الولاية في ذلك وضحها أحمد الزرقا^(١) بقوله:

"أما ولايته على النفس والمال معاً فعلى أربعة أضرب - أي أنواع - : قوية فيهما، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر.

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد - أب الأب وإن علا-؛ فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار، ومداواتهم بالكفي، وغير ذلك، والتصرف في أموالهم على ما عرف.

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجنب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له، فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فإنه يملك تأديبه، وإيجاره، ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشترى له ما لا بد له منه، ويقبض له الهبة، والصدقة، ويحفظ له ماله.

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعنوه ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بد للصغير منه، وقبض الهبة والصدقة له، وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثاً له من قبل موصيهم.

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار، فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجنب.

وأما ولايته على المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلا للدين أو وصية^(٢).

وأوضحها ابن السبكي^(٣) بشكلٍ آخر حيث قال: "مراتب الولايات أربعة:

الأولى: ولاية الأب والجد، وهي شرعية بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد

(١) هو أحمد بن محمد الزرقا العالم ابن العالم، الأصولي الفقيه الحنفي، والد فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا -رحمهم الله- توفي سنة (١٣٥٧ هـ). من مؤلفاته: "شرح القواعد الفقهية".

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٣١١ - ٣١٢).

(٣) هو علي عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن السبكي تقي الدين أبوالحسن الشافعي. نسبته إلى سبك العبيد بالمنوفية بمصر. ولد بها، ثم انتقل إلى القاهرة والشام. ولي قضاء الشام سنة ٧٣٩ هـ واعتل، فعاد إلى القاهرة وتوفي بها. له ردود على ابن تيممة. وكان عنده انحراف عنه. وابنه تاج الدين عبد الوهاب صاحب "طبقات الشافعية". توفي سنة (٧٥٦ هـ). من مؤلفاته: "الابتهاج شرح المنهاج" و "المسائل الحلبية وأجوبتها". انظر في ترجمته: طبقات الشافعية (٦/ ١٤٦-٢٢٦)، ومعجم المؤلفين (٧/ ١٢٧).

لوفور شفقتهم ، وذلك وصف ذاتي لهما ، فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا بالإجماع ؛ لأن المقتضى للولاية الأبوة والجدودة وهي موجودة مستمرة لا يقدر العزل فيها ، لكن إذا امتنع من التصرف تصرف القاضي .

الثانية : السفلى ، وهي ولاية الوكيل ، وهي غير لازمة ؛ فللموكل عزله إن علم ، وللوكيل عزل نفسه بعلم موكله .

الثالثة : الوصية ، وهي بين المرتبتين ؛ فإنها من جهة كونها تفويضا تشبه الوكالة ، ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة لشفقته على الأولاد ، وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية ، وأبو حنيفة لاحظ الثاني ، فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعي لاحظ الأول ، فجوز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه .

الرابعة : ناظر الوقف يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى ، فالتفويض أصله أن يكون منه ، ولكنه أذن فيه للواقف ، فهي ولاية شرعية ، ومن جهة أنه إما منوط بصفة كالرشد ونحوه ، وهي مستمرة كالأبوة ، وإما منوط بذاته كشرط النظر لزيد ، وهو مستمر ، فلا يفيد العزل كما لا يفيد في الأب بخلاف الوكيل والموصي ، فإنه يقطع ذلك العقد أو يرفعه ^(١) .

المطلب الخامس : ألفاظ ذات صلة بالقاعدة:

ذكر بعض الفقهاء بعض الألفاظ ذات الصلة بالولاية سواء العامة منها أو الخاصة ، ومن تلك الألفاظ ذات الصلة ^(٢) :

١ . النيابة :

وهي في اللغة : جعل الإنسان غيره نائبا عنه في الأمر ، يُقال : "ناب عنه في الأمر" : إذا قام مقامه .

(١) هذا التقسيم نقله السيوطي في الأشباه والنظائر (١/١٥٤) عن ابن السبكي .

(٢) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ، انظر : (١٣٨/٤٥ - ١٣٩) .

والنيابة في الاصطلاح : قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر^(١).

وعلى ذلك ، فالولاية أعم مطلقاً من النيابة، وبالتالي فإن كل نيابة ولاية ولا عكس^(٢). والنيابة تدخل في كلا نوعي الولاية، وهي أكثر استعمالاً وانتشاراً في زماننا مع صاحب الولاية العامة، وهم نواب الإمام الأعظم كأمر المنطقة، والوزير، والقاضي، وصاحب الدار(مدير دار الأيتام، ودار الملاحظة، ودار الرعاية) ، وغيرهم.

٢. الْعِمَالَةُ :

يقال في اللغة : عملته على البلد ، أي وليته عمله . وعملت على الصدقة : أي سعت في جمعها . واستعملته : أي جعلته عاملاً : والجمع عمال وعاملون .

والعُمالة بضم العين : أجره العامل، والكسر لغة، وأصل العُمالة أجره من يلي الصدقة، ثم كثر استعمالها حتى أجريت على غير ذلك.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(٣).

والصلة بين الولاية والعُمالة ، أن الولاية أعم من العُمالة ، وذلك أن كل من ولي شيئاً من عمل السلطان فهو وال ، فالقاضي وال ، والعامل وال ، وليس القاضي عاملاً ، ولا الأمير ، وإنما العامل من يلي جباية المال فقط . فكل عامل والٍ ، ، وليس كل والٍ عاملاً^(٤).

٣. الْقَوَامَةُ :

وهي في اللغة مأخوذة من قام على الشيء يقوم قياماً ، أي حافظ عليه وراعى مصالحه . ومن ذلك : القيم ، وهو الذي يقوم على شأن شيء وويله ويصلحه، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، وكلها مشتقة من القيام المجازي ؛ لأن شأن الذي يهتم بالأمر ويعتني به أن يقف ليدبر أمره ويرعاه .

ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن معناها اللغوي ، والفقهاء يستعملون لفظ "القيم" بمعنى المُتولى والناظر ، فيقولون : القيم على الصغير ، والمجنون ، والسفيه ، والقيم على مال الوقف.

(١) انظر: لسان العرب، وتاج العروس.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧/٢).

(٣) انظر: المصباح المنير.

(٤) الفروق لأبي هلال العسكري (ص: ١٨٣)، وبدائع الصنائع (٢/٤٤).

ويريدون به الأمين الذين يتولى أمره ويقوم بمصالحه قيام الحفظ والصيانة .
والصلة بينهما أن القوامة أخص من الولاية^(١).

٤ . الوصاية :

لغة مصدر وصي ، تعني طلب شخص شيئاً من غيره؛ ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد مماته^(٢).

أما في الاصطلاح الفقهي فهي : إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته ؛ لينظر في شؤون تركته ومايتعلق بها من ديون ، ووصايا ، وفي شؤون أولاده الصغار ، ورعايتهم . ويسمى ذلك الشخص المقام وصياً . أما إقامة غيره مقامه في القيام ببعض أموره في حال حياته ، فلا يُقال له في اصطلاحهم وصاية ، وإنما يسمى وكالة .

والوصاية على ذلك أخص من الولاية^(٣).

٥ . الوكالة :

الوكالة في اللغة : التفويض إلى الغير ورد الأمر إليه .

ومعناها في الاصطلاح : تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة من التصرفات على غيره؛ ليفعله في حياته ، وعلى ذلك فالوكالة أخص من الولاية^(٤).

وفي خلال البحث سيلاحظ استعمال كلمة "حاكم"، ويقصد بها كل ولي يختص بالمسألة المذكورة، وإنما عُبر "بالحاكم" ؛ لعمومه، فيدخل كل مخصوص فيه كالقاضي وغيره.

(١) انظر: التسهيل لابن جزى (١/١٤٠)، والكشاف للزمخشري (١/٢٦٦)، والتعريفات الفقهية للمجدي (ص: ٤٣٨).

(٢) تهذيب الأسماء واللغات (٢/١٩٢).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون (٢/١٥١١)، وفتاوى قاضيخان (٣/٥١٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٩)، ومغني المحتاج (٢/٢١٧).

المبحث الثالث: التعريف بفقه الأسرة وفقه الجنائيات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى فقه الأسرة.

المطلب الثاني: معنى فقه الجنائيات.

توطئة:

لقد قسم الفقهاء قديماً - رحمهم الله - الفقه إلى عبادات ، ومعاملات ، ومناكحات ، وجنائيات ؛ ليسهل على طالب العلم استيعابه ودراسته، وستنحصر دارستي بحول الله في المناكحات، والجنائيات ، والمناكحات يسميها بعض الفقهاء المعاصرين بفقه الأسرة، وهو ما سأوضحه في هذا البحث بحول الله.

المطلب الأول: معنى فقد الأسرة:

فقه الأسرة مركب من فقه ، وأسرة ، والفقه سبق الحديث عنه ، أما الأسرة فهي في اللغة يطلق الأسر على المفاصل والشد والعصب، ومنه: الأسرة من الرجل: أي رهطه الأدنون والدرع الحصينة، وأهل الرجل عشيرته؛ لأنه يتقوى بهم^(١).

ولفظ الأسرة لم يذكر في القرآن الكريم، وكذلك لم يستعمله الفقهاء - رحمهم الله - في عباراتهم.

والأسرة في الاصطلاح الفقهي المتعارف عليه الآن تطلق ويراد بها الأب ، والأم ، وما انبثق منهما من ذرية من أبناء وبنات، وإخوة وأخوات، وأعمام وعمات، - أي أصوله وفروعه -، وعاقلة الفرد، وهذا المعنى يعبر عنه الفقهاء قديماً بألفاظ منها: الآل، والأهل، والعيال.

وما يعرف بفقه الأسرة، أو أحكام الأسرة ، أو الأموال الشخصية هو اصطلاح حادث، والمراد به: مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة.

وقد فصلها الفقهاء في أبواب النكاح، والمهر، والنفقات، والطلاق، والخلع، والعدد، والظهار، والإيلاء، والنسب، والحضانة، والرضاع، والوصية، والميراث، ونحوها، وقد اشتهر هذا المصطلح

(١) لسان العرب لابن منظور (١٩/٤)، والقاموس المحيط للفيروز آبادي (٤٣٨/١).

بالجامعات، وأصبح عنوان التأليف فيما سبق من أبواب الفقه^(١).

المطلب الثاني: معنى فقه الجنائيات:

وأيضاً فقه الجنائيات مركب من فقه، ووجنايات، والجنائيات هي: لغةً: مأخوذة من الفعل جنى.

قال ابن فارس: "الجيم، والنون، والياء أصل واحد، وهو أخذ الثمرة من شجرها، ثم يحمل على ذلك فتقول: جنيت الثمرة أجنبيها.

ومن المحمول عليه: جنيت الثمرة أجنبيها"^(٢).

قال في القاموس: "جنى الذنب يجنيه جناية جره إليه.

وتجنى عليه: ادّعى ذنباً لم يفعله"^(٣).

وقال في المطلع: "الجناية: واحدها جناية، وهي مصدر جنى على نفسه وأهله جناية، أو فعل مكروها، وهي الجرم، والذنب، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة"^(٤).

وفي الاصطلاح: فإن الفقهاء عرفوا الجناية عندهم بمعنى عام وآخر خاص، وجعلوا العام يشمل كل أنواع الجنائيات، والخاص جعلوه خاص بالجناية على النفس أو الطرف على النحو التالي: أ- عند الحنفية:

قال السرخسي^(٥): "الجناية فعل محرم شرعاً حلّ بمالٍ أو نفس"^(٦).

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (١/٩)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٤/٢٢٣).

(٢) معجم المقاييس في اللغة (ص: ٢٢٥).

(٣) القاموس المحيط (٤/٣١٤).

(٤) المطلع على أبواب المقنع (ص: ٣٥٦).

(٥) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. فقيه أصولي حنفي. ينسب إلى سرخس. بلدة قديمة من بلاد خراسان. أخذ الفقه والأصول عن شمس الأئمة الحلواني. وبلغ منزلة رفيعة. عده ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل. كان عالماً عاملاً ناصحاً للحكام. سجنه الخاقان بسبب نصحه له. ولم يقعه السجن عن تعليم تلاميذه؛ فقد أملى كتاب المبسوط. وهو أكبر كتاب في الفقه الحنفي. وهو سجين في الحب. توفي سنة (٤٨٣ هـ). من مؤلفاته: "المبسوط" و "شرح السير الكبير". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي.

(٦) المبسوط (٨٤/٢٧).

وهذا التعريف بالمعنى العام، لكنه عاد فقال: "وفي لسان الفقهاء: يراد بإطلاق اسم الجنائية: الفعل في النفوس والأطراف"^(١)، وهذا يعد المعنى الخاص للجنائية.

ومن تعريفاتهم بالمعنى الخاص: الجنائية فعل محرم حل بالنفس - ويسمى قتلاً - وحل بالأطراف - ويسمى قطعاً أو جرحاً -^(٢).

ب - أما عند المالكية:

فبالنظر إلى المعنى العام تعرف الجنائيات بما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضرها حالاً أو مالاً^(٣).

أما بالنظر إلى المعنى الخاص فقد قال الكشناوي^(٤): "غلبت الجنائية في ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع"^(٥).

ج - أما الشافعية:

فقد عبروا في أكثر كتبهم بالجراح بدلاً من الجنائيات^(٦).

د - أما الحنابلة:

فقد قال ابن قدامة^(٧): "الجنائية كل فعل عدوان على نفس أو مال".

وهذا التعريف بالمعنى العام عنهم، لكنه عاد فقال: "لكنها في العرف مخصوصة بما حصل فيه

(١) المرجع السابق.

(٢) فتح القدير (١٣٧/٩).

(٣) مواهب الجليل (٢٧٧/٦).

(٤) هو أبو بكر بن حسن بن عبدالله الكشناوي ، ولد بمدينة (كُسادة) ، تابعة لبلاد نيجيريا ، وشارك العلماء في التدريس بالمسجد الحرام. توفي سنة (١٣٩٧ هـ). من مؤلفاته : " أسهل المدارك شرح إرشاد السالك " ، و " بدر الزوجين ونفحة الحرمين " . انظر في ترجمته: الحرم الشريف الجامع والجامعة للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان .

(٥) أسهل المدارك للكشناوي (١١٢/٣).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٢/٤)، ونهاية المحتاج (١٤٥/٧).

(٧) هو موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر المقدسي الحنَّاعيلي والمدمشقي الصالح الصالح الحنبلي شيخ المذهب الإمام بحر علوم الشريعة المطهرة قال ابن تيمية عنه: "مادخل الشام - بعد الأوزاعي - أفضه من الشيخ موفق". وقال ابن رجب الحنبلي: "الفقيه الزاهد الإمام شيخ الإسلام وأحد الأعلام"، وقال أيضا: "هو إمام الأئمة ومفتي الأمة خصه الله بالفضل الوافر والخاطر الماطر، طنت في ذكره الأمصار وضنت بمثله الأعصار". وقد وصفه الذهبي بأنه كان من بحور العلم وأذكياء العالم. توفي سنة (٦٢٠ هـ). من مؤلفاته : "المغني" و "الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي و لمعة الاعتقاد . شرح العثيمين . .

ألتعمدي على الأبدان. وسمو الجنايات على الأموال غصباً، ونهباً، وسرقة، وخيانة، وإتلافاً^(١).

وقال البهوتي^(٢): "الجناية شرعاً: التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره"^(٣).

ويتلخص مما معنى أن الجناية بالمعنى الشرعي العام هي:

اسمٌ لفعلٍ محرمٍ شرعاً، وقع الفعل على نفسٍ، أو مالٍ، أو غير ذلك، لكن عُرفُ الفقهاء جرى على إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي: القتل، والجرح، والضرب^(٤).

(١) المغني (٤٤٣/١١).

(٢) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بھوت) في غريبة مصر توفي سنة (١٠٥١ هـ). من مؤلفاته: "الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع" و "كشاف القناع عن متن الإقناع". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٣٠٧/٧).

(٣) كشاف القناع (٥٠٣/٥).

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي للعودة (٤/٢).

الفصل الأول

تطبيقات القاعدة في فقه الأسرة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الوصايا

المبحث الثاني: النكاح

المبحث الثالث: الطلاق والإيلاء

المبحث الأول: الوصايا

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: لا يملك الحاكم التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان نصبه الحاكم.
المطلب الثاني: إذا كان الوصي فاسقاً فحُكِّمَهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ، وينظر الحاكم في مال الموصى له.

المطلب الثالث: إذا تغير حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوصى إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم.

توطئة:

أولاً: تعريف الوصايا:

الوصايا لغة: مأخوذة من أوصى، يقال: أوصى له بشيء، وأوصى إليه: جعله وصية يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته. والاسم: الوصاية، بالكسر، والفتح لغة، ووصاه توصية بمعنى واحد، وتوآصى القوم: أوصى بعضهم بعضاً.

والوصي: من يوصى له، ومن يقوم على شئون الصغير، والجمع: أوصياء^(١).

والوصاية في الاصطلاح: هي الأمر بالتصرف بعد الموت^(٢).

(١) انظر: المصباح المنير (٣٧٢/١٠)، ومختار الصحاح (٧٤٠/١)، والمعجم الوسيط (١٠٣٨/٢).

(٢) مغني المحتاج (٣٩/٣)، وكشاف القناع (٣٣٥/٤).

المطلب الأول: لا يملك الحاكم التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان نَصَّبَهُ

الحاكم:

أولاً: تعريف اليتيم في اللغة وفي الشرع:

واليتيم في اللغة: الذي مات أبوه، فهو يتيم حتى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اسم اليتيم، وقد يطلق عليه مجازاً بعد البلوغ، كما كانوا يسمون النبي - ﷺ - وهو كبير: "يتيم أبي طالب"؛ لأنه رياه بعد موت أبيه.

واليتيمُ عموماً هو: الانفراد، واليتيم: الفرد، وكل شيء مفرد يعز نظيره فهو يتيم، وأصل اليتيم الغفلة، وبه سمّي اليتيم يتيماً؛ لأنه يتغافل عن بره. وتقول العرب: "اليتيم الذي يموت أبوه، والعجّي الذي تموت أمه، ومن مات أبواه فهو لطيم" (١).

واليتيم في الشرع تعريفه مثل التعريف اللغوي: هو من مات عنه أبوه. قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢): "اليتيم في الآدميين: من فقد أباه، هو الذي يهذه، ويرزقه، وينصره، بموجب الطبع المخلوق، ولهذا كان تابعاً في الدين لوالده، وكان نفقته عليه، وحضائته عليه، و"الإنفاق" هو الرزق. و"الحضانة" هي النصر؛ لأن فيها الإيواء ودفع الأذى. فإذا عدم أبوه طمعت النفوس فيه؛ لأن الإنسان ظلوم جهول، والمظلوم عاجز ضعيف، فتقوى جهة الفساد من قوة المقتضى ومن جهة ضعف المانع، ويتولد عنه فسادان: ضرر اليتيم، الذي لا دافع عنه ولا يحسن إليه، وفجور الآدمي الذي لا وازع له. فلهذا أعظم الله أمر اليتامى في كتابه في آيات كثيرة مثل قوله: ﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [البقرة: ٨٣]، وقوله: ﴿ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [البقرة: ٢١٥] إلخ كلامه - رحمه الله - .

ثانياً: لا يملك الحاكم التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان نصبه الحاكم:

قد أمر الله سبحانه وتعالى بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، فقال تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٠]،

(١) لسان العرب لابن منظور (٤٤١/٩)، وتاج العروس من جواهر القاموس [مادة: ي ت م].

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٦٨/٣٤).

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فالواجب على ولي اليتيم (الوصي) أن يعمل بمقتضى هاتين الآيتين، وذلك هو الإصلاح في أموال اليتامى، وبذل الجهد في تنميتها، وتكثيرها، وحفظها^(١).

وقد تحدث الحنفية عن هذا المسألة، وأشاروا إليها بنصها هذا^(٢) وبمعاني أخرى تشير إلى هذا الترجيح الواضح في المسألة.

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية^(٣): " (سئل) فيما إذا كان زيد وصياً مختاراً على ابن أخيه القاصر اليتيم بموجب حجة شرعية، وهو أمين كاف لمصالح اليتيم، أهل للوصاية من كل وجه، مباشر لأمر اليتيم بما فيه المصلحة والنفع له، فنصب القاضي أم اليتيم ناظراً على الوصي بدون مصلحة لليتيم، ولا خيانة ظهرت من الوصي، فقامت تعارض الوصي في تعاطي أمور اليتيم بدون وجه شرعي زاعمة أنه ليس له ذلك إلا بمعرفتها ورأيها، فهل تمنع من ذلك؟ (الجواب): نعم، وفي القنية: لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان منصبه".

وجاء في البحر الرائق^(٤): "وينبغي أن يشترط لجواز الإقراض عدم وصي لليتيم فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يجز؛ لأنه من التصرف في ماله، وهو ممنوع منه مع وجود وصيه". وقال في الحاشية^(٥): "إن الوصي إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضي علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته، بل بقي للقاضي، فلم يكن ممنوعاً منه مع وجود الوصي، كما لو نصب وصياً على يتيمة ليس لها ولي فللقاضي أن يزوجه بنفسه أو يأذن للوصي بتزويجها، وليس للوصي ذلك بدون إذن؛ إذ لا يدخل تحت وصايته، بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه، فليس للقاضي فعله مع وجود الوصي".

وقد ورد عن الشافعية والحنابلة ما يدل على الترجيح الواضح في المسألة.

(١) نشر في كتاب فتاوى إسلامية من جمع محمد المسند (٤/٣٥١).

(٢) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن نجيم المصري (٣/٢٧١)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم (٧/٢٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/٤١٧).

(٣) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٧/٢٩٩).

(٤) البحر الرائق (٧/٢٣).

(٥) حاشية ابن عابدين (٥/٤١٧).

جاء في بغية المسترشدين^(١) - وهو من كتب الشافعية -: "ليس للناظر العام - وهو القاضي أو الولي - النظر في أمر الأوقاف وأموال المساجد مع وجود الناظر الخاص المتأهل".
وجاء في الإقناع وشرحه كشف القناع^(٢) - وهو من كتب الحنابلة -: "ولا نظر للحاكم مع ناظر خاص".

ثالثاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

إن الوصي هو صاحب الولاية الخاصة على مال اليتيم سواء أنصبه الموصي أو الحاكم، وبالتالي فإنه ليس للحاكم بولايته العامة التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه صاحب الولاية الخاصة؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) بغية المسترشدين، جمع عبد الرحمن باعلوي (ص: ١٧٥).

(٢) كشف القناع شرح الإقناع للبهوتي (٤٥٩/٢).

المطلب الثاني: إذا كان الوصي فاسقاً فحُكْمُهُ حُكْمُ من لا وصي له، وينظر الحاكم في مال الموصى له:

أولاً: المراد بالفسق:

في اللغة الفسق: العصيان، والتترك لأمر الله عزّ وجل، والخروج عن طريق الحق. فسق يفسق ويفسق فسقاً وفُسوقاً، وقيل: الفسق: الخروج عن الأمر، والفسوق: الخروج عن الدين، وكذلك الميل إلى المعصية كما فسق إبليس عن أمر ربه. وفسق عن أمره ربه أي جار ومال عن طاعته، وقيل: خرج، والعرب تقول إذا خرجت الرطبة من قشرها: "قد فسقت الرطبة من قشرها"، وكذا الفأرة إنما سميت "فويسقة"؛ لخروجها من جحرها على الناس. والفواسق من النساء: الفواجر^(١). وفي الاصطلاح قال في نهاية المحتاج: "والذي يظهر أن المراد بالفسق هنا ارتكاب كبيرة، أو إصرار على صغيرة أو صغائر، ولم تغلب طاعاته معاصيه"^(٢).

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

الأصل في الوصي العدالة اتفاقاً، ولكن لو أوصى أحدهم لفاسق وهو يعلم بفسقه، أو أن فسقه طراً بعد الوصية، فهل تصح الوصية؟ أم تنتقل الوصية إلى الحاكم وهو يتصرف في مال الموصى إليه؟

ثالثاً: أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: "إن الوصية إلى غير العدل وهو الفاسق لا تصح سواء أكان يعلم الموصي بفسقه أو لا، وينظر في مال الموصى له الحاكم". وهذا قول جمهور الشافعية^(٣) ورواية عن الإمام أحمد^(٤). جاء في المغني: "إذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له، وينظر في ماله الحاكم"^(٥).

(١) لسان العرب (٣٠٨/١٠).

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لابن شهاب الدين الرملي (٣٨٦/٥).

(٣) مغني المحتاج (٧٤/٣).

(٤) المغني (٥٥٥/٨).

(٥) المرجع السابق.

القول الثاني: "إن العدالة ليست بشرط في الوصي، فيصح الإيصال للفاسق متى كان يحسن التصرف، ولا يخشى منه الخيانة".

وهذا قول جمهور الحنفية^(١) والمالكية^(٢).

القول الثالث: "إن الوصية إلى وصي فاسق صحيحة على أن يضم إليه أمين".
روي هذا عن الإمام أحمد^(٣) في رواية^(٤).

قال في المغني: "ظاهر هذا صحة الوصية إلى الفاسق ويضم إليه أمين. وكذلك إن كان عدلاً فتغيرت حاله إلى الخيانة لم يخرج منها، ويضم إليه أمين"^(٥).

رابعاً: أدلة الأقوال:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بأن الوصية ولاية وأمانة، والفاسق ليس من أهلها^(٦).

واستدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بقولهم: المراد بالعدالة التي هي شرط في الوصي: الأمانة، والرضى فيما يشرع فيه ويفعله، بأن يكون حسن التصرف، حافظاً لمال الصبي ويتصرف فيه بالمصلحة، وهذا يكون من الفاسق^(٧).

وعَلَّلَ الإمام أحمد صحة الوصية إلى وصي فاسق على أن يضم إليه أمين؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين، وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية، فيكون جمعاً بين الحقين^(٨).

(١) حاشية ابن عابدين (٦/٧٠٠).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٠٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٤٨٤).

(٣) هو الإمام العلامة المحدث أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، أبو عبد الله. من بني ذهل بن شيبان الذين ينتمون إلى قبيلة بكر بن وائل. إمام المذهب الحنبلي، وأحد أئمة الفقه الأربعة. أصله من مرو، وولد ببغداد. امتحن في أيام المأمون والمعتمد؛ ليقول بخلق القرآن، فأبى، وأظهر الله على يديه مذهب أهل السنة. ولما توفي الوائق وولي المتوكل أكرم أحمد، ومكث مدة لا يولي أحداً إلا بمشورته. توفي سنة (٢٤١هـ). من مؤلفاته: "المسند" و"الأشربة". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (١/١٩٢)، وطبقات الحنابلة لأبي يعلى (ص: ٣-١١).

(٤) المغني (٨/٥٥٥).

(٥) المرجع السابق.

(٦) المغني المحتاج (٣/٧٤)، والمغني (٨/٥٥٥).

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٠٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٤٨٤).

(٨) المغني (٨/٥٥٦).

خامساً: الترجيح:

أرى أنه إذا كان فسق الوصي موجوداً حال الوصية ورضي الموصى به مع علمه بحاله وفسقه، صَحَّحت الوصية إليه كما قال الحنفية والمالكية في وجه لهما، إذ إن هذا يشعر بأن الموصى علم أن عند الوصي من الشفقة على الموصي له ما يمنعه من التفريط فيه وخيانة في ماله. وبالتالي ليس للحاكم إزالة الوصي، لأن الولاية الخاصة التي اختار بها الموصي الوصي أقوى من ولاية الحاكم العامة.

وهذا ليس على إطلاقه، بل متى ثبت للحاكم خلاف ذلك من الوصي، فله بولاية العامة في حفظ النفوس والأموال أن يزيل الوصي مراعاة للمصلحة^(١)، بخلاف ما إذا طرأ الفسق على الوصي، فإن رأي الإمام أحمد في رواية له وجيه، بأن يبقى الوصي الفاسق وصياً ويضم الحاكم إليه أميناً جمعاً بين الحقين. والله أعلم.

سادساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

اتفق العلماء على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، والوصي في هذه المسألة هو صاحب الولاية الخاصة، فأساس الترجيح في هذه المسألة قام على هذه القاعدة.

(١) المرجع السابق.

المطلب الثالث: إذا تغير حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوصى إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم:

أولاً: تعريف الجنون والكفر والسفه:

١ - تعريف الجنون: هو زوال العقل، أو اختلافه، أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون، والعته، وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي إلى انعدام الإدراك، وسأبين فيما يلي حالات الجنون وما يلحق بها:

أ - الجنون المطبق: هو الذي لا يعقل صاحبه شيئاً، أو هو الجنون الكلي المستمر، ويستوي أن يكون عارضاً للإنسان، أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته، ويسمى بالجنون المطبق إما؛ لأنه يستوعب كل أوقات الجنون، وإما؛ لكونه مجنوناً كلياً لا يفقه صاحبه شيئاً، ويعبر بعض الفقهاء عن الجنون جنوناً مطبقاً بالجنون المغلوب، ولكن يرى البعض أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كلياً بحيث لا يعقل شيئاً ما، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر. والمريض بهذه الحالة لا يسأل عن تصرفاته؛ لأن جنونه تام ومستمر.

ب - الجنون المتقطع: هو الذي لا يعقل صاحبه شيئاً ولكنه جنون غير مستمر، فهو يصيب الشخص تارةً ويرتفع عنه أخرى، فإذا أصابه بعد عقله تماماً، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا في الاستمرار، فمتى عاد له الإدراك صار مسئولاً، وإذا أفاق وكان في إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه في هذه الحالة حكم المعتوه.

ج - الجنون الجزئي: إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير الجنون بحيث يفقده الإدراك في هذه الناحية أو هذه النواحي فقط مع بقاءه متمتعاً بالإدراك في غيرها من النواحي فهذا هو الجنون الجزئي.

والجنون جزئياً مسئول عن تصرفاته فيما يدركه، وغير مسئول في النواحي التي ينعدم فيها إدراكه^(١).

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي للعودة (١٤٢/٢).

٢ - تعريف الكفر: الكفر لغة، فأصل الكفر تغطية الشيء، وسمى الفلاح كافرًا؛ لتغطية الحب، وسمى الليل كافرًا؛ لتغطية كل شيء. قال تعالى: ﴿كَمَثَلِ غَيْثٍ أَعْجَبَ الْكُفَّارَ﴾ [الحديد: ٢٠]، وقال لييد بن ربيعة^(١): "حتى إذا ألفت يداً في كافر"^(٢)، يريد الليل؛ لأنه يغطي كل شيء، والكفر جحود النعمة وهو نقيض الشكر، وكفره بالتشديد، نسبه إلى الكفر، أو قال له كفرت بالله، وأكفره إكفاراً: حكم بكفره^(٣).

أما تعريف الكفر اصطلاحاً يقول ابن تيمية: "الكفر: عدم الإيمان باتفاق المسلمين، سواء اعتقد نقيضه وتكلم به، أو لم يعتقد شيئاً ولم يتكلم"^(٤).

ويعرف ابن حزم^(٥) الكفر فيقول: "وهو في الدين: صفة من جحد شيئاً مما افترض الله تعالى الإيمان به بعد قيام الحجة عليه ببلوغ الحق إليه بقلبه دون لسانه، أو بلسانه دون قلبه، أو بهما معاً، أو عمل عملاً جاء النص بأنه مخرج له بذلك عن اسم الإيمان"^(٦).

٣ - تعريف السفه: السفه في اللغة: هو الخفة والتحرك، يقال تسفهت الرياح الثوب إذا استخففته وحركته^(٧).

وفي الشرع: هو عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل

(١) هو لييد بن ربيعة، الشاعر المشهور، أدرك الإسلام، وهو صحابي جليل، كان فارساً شجاعاً سخياً توفي سنة (٤١هـ). انظر: في ترجمته: الإصابة (٦٧٥/٥).

(٢) وعجز هذا البيت: وأجن عورات الثغور ظلامها. انظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة (ص: ١٥٦).

(٣) انظر: لسان العرب (١٤٤/٥ - ١٤٥)، والمصباح المنير (ص: ٦٤٧ - ٦٤٨)، والمفردات للأصفهاني (ص: ٦٥٣ - ٦٥٥).

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية (٨٦/٢٠).

(٥) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل القرطبي الظاهري، كان أولاً شافعيًا ثم تحول ظاهرياً، وكان صاحب فنون، وورع، وزهد، وإليه المنتهى في الذكاء، والحفظ، وسعة الدائرة في العلوم أجمع مع توسعه في علوم اللسان، والبلاغة، والشعر، والسير، والأخبار، قال فيه الحافظ الذهبي في كتابه سير النبلاء بعد ذكر مناقبه ومعانيه: "وأنا أميل إلى محبة أبي محمد؛ لحبته للحديث الصحيح ومعرفته به، وإن كانت لا أوافقه في كثير مما يقوله في الرجال، والعلل، والمسائل البشعة في الأصول والفروع، وأقطع بخطئه في غير مسألة، ولكن لا أكفره ولا أضلله، وأرجو له العفو والمسامحة، وأخضع لفرط ذكائه وسعة علمه". توفي سنة (٤٥٦هـ). من مؤلفاته: "المحلي". انظر: طبقات الحفاظ (١/٤٣٥)، وفهرس الفهارس والأثبات، ومعجم المعاجم والمسلسلات (٣٥٩/١).

(٦) انظر: المحلي (٤٣٧/١٣).

(٧) انظر: تهذيب اللغة (٢/٢٨٥)، والمحيط في اللغة (١/٢٩٣)، والتعريفات (١/١٥٨).

والشرع مع قيام العقل حقيقة^(١)، ولكن في اصطلاح الفقهاء غلب هذا الاسم على ما يقابل الرشد: وهو تضييع المال وإتلافه على خلاف مقتضي الشرع والعقل. وقد عرّفه بعضهم بالتبذير والإسراف في النفقة، وورد أن السّفية هو: المبدّر، والأصل أن السفه سبب التبذير والإسراف^(٢).

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

هذه المسألة وردت بحكمها في حال ما إذا تغيرت حال الوصي بجنون، أو كفر، أو سفه بعد الوصية وموت الموصي، وعلى أن الموصى إليه مسلماً، إذ بقي الحاكم هو صاحب القدرة على عزل الوصي.

واتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن الوصي إذا تغيرت حاله بجنون - بجميع حالاته التي ذكرناها - أو كفر، بعد الوصية وموت الوصي، زالت ولايته وصار كأنه لم يوصى إليه، ويرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أميناً ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يُخلف وصياً^(٣). وقد نُقل في الحاشية على الشرح الكبير عن البدر القراني أن القاضي لا يعزل ناظراً إليه إلا بجنحه أ.هـ^(٤).

وقال الشافعي^(٥) - رحمه الله - : "فإن تغيرت حاله أخرجت الوصية من يده"^(٦). وقال في شرح زاد المستقنع: "فلا يجوز تولية الكافر على المسلم في الوصية، والإجماع منعقد على هذا"^(٧).

(١) انظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٤/٥١٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/٩٢)، والشرح الصغير (٣/٣٩٣)، وأسنى المطالب (٢/٢٠٥).

(٣) المغني (٨/٥٥٦)، والمجموع للنووي (١٥/٥١٣)، وروضة الطالبين (٥/٢٧٤).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٨٨).

(٥) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع. من بني المطلب من قريش. أحد أئمة المذاهب الأربعة، وإليه ينتسب الشافعية. جمع إلى علم الفقه، والقراءات، وعلم الأصول، والحديث، واللغة، والشعر. قال الإمام أحمد بن حنبل: "ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا وللشافعي عليه منة". كان شديد الذكاء. نشر مذهبه بالحجاز والعراق. ثم انتقل إلى مصر (١٩٩هـ) ونشر بها مذهبه أيضاً وبها توفي. توفي سنة (٢٠٤هـ). من مؤلفاته: "الأم" و "الرسالة". انظر في ترجمته: تاريخ بغداد (٢/٥٦ - ١٠٣).

(٦) ذكره الماوردي في الحاوي في فقه الشافعي (٨/٣٣٤).

(٧) درس صوتي لشرح زاد المستقنع للعلامة محمد المختار الشنقيطي (رقم الدرس: ٢٦٧).

ولكن اختلفوا في ما إذا تغيرت حال الوصي بسفه هل تزال ولايته أم لا؟

ثالثاً: أقوال العلماء في مسألة إذا تغيرت حال الوصي بسفه:

القول الأول: لا يجوز إزالته من الوصية.

وهذا روي عن أبي حنيفة ^(١) ^(٢) - رحمه الله -.

القول الثاني: يجوز إزالته من الوصية، ويرجع الأمر إلى الحاكم.

وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية ^(٣)، والشافعية ^(٤)، والحنابلة ^(٥)، وهو قول الصحابان

أبيوسف ^(٦) ومحمد ^(٧) من الحنفية ^(٨).

رابعاً: أدلة القولين:

يرى أبو حنيفة أن إزالة ولاية الوصي من الوصية فيه إهدار لكرامته.

(١) هو النعمان بن ثابت بن زوطا بن كاوس بن هرمز، يكنى بأبي حنيفة. ينتسب إلى تيم بالولاء. الفقيه المجتهد المحقق الإمام، أحد أئمة المذاهب الأربعة، قيل: أصله من أبناء فارس، ولد ونشأ بالكوفة كان يبيع الخبز ويطلب العلم، ثم انقطع للدرس والإفتاء. قال فيه الإمام مالك: "رأيت رجلاً لو كلمته في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقم بحجته"، وعن الإمام الشافعي أنه قال: "الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة". توفي سنة (١٥٠هـ). من مؤلفاته: "الفقه الأكبر" و "العالم والمتعلم". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٤/٩).

(٢) انظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي الحنفي (ص: ١٤٨٩).

(٣) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/٣٨٢).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٧٦ - ٢٧٩)، ومغني المحتاج (٢/١٧٠).

(٥) المغني (٨/٥٥٦).

(٦) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف. القاضي الإمام. من ولد سعد الأنصاري صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - . أخذ الفقه عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، وهو المقدم من أصحابه جميعاً. ولي القضاء للهادي، والمهدي، والرشيد. وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زياً خاصاً، روي عنه أنه قال: "ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه"، قيل: "إنه أول من وضع الكتب في أصول الفقه". توفي سنة (١٨٢هـ). من مؤلفاته: "الخراج" و "أدب القاضي". انظر في ترجمته: تاريخ بغداد (٤/٢٤٢).

(٧) هو محمد بن الحسن بن فرقد. نسبته إلى بني بالولاء. أصله من (خرستا) من قرى دمشق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المنتسبين. هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة. ولي القضاء للرشيد بالرقعة، ثم عزله واستصحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان، فمات محمد بالري. توفي سنة (١٨٩هـ). من مؤلفاته: "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٦/٣٠٩).

(٨) انظر: الدر المختار (٥/١٠٢)، التقرير والتحبير (٢/٢٠١).

ويرى جمهور الفقهاء أن في إزالته رعاية لمصلحة الموصى إليه ومحافظة على ماله. وأيضاً عملاً

بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَوَدُّوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمْ ﴾ [النساء: ٥].

خامساً: الترجيح:

أرى أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأصل للموصى إليه في حفظ مصلحته وماله فهو الرأي الراجح في هذه المسألة. والله أعلم.

سادساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

الأصل أن الوصي - صاحب الولاية الخاصة - هو أقوى بولايته في الوصية من الحاكم - صاحب الولاية العامة - بمقتضى أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة اتفاقاً. ولكن لما طرأ على الوصي الجنون، أو الكفر، أو السفه زالت ولايته الخاصة - القوية - وبقيت الولاية العامة؛ لما أدخل الولاية الخاصة من مخلات أدخلت بها. وإلا فإن الوصي أقوى من الحاكم اتفاقاً؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المبحث الثاني: النكاح

وفيه اثنا عشر مطلباً:

المطلب الأول: لو زوج الحاكم امرأة لغيبة الولي وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد وثبت ذلك بالبينة قدم الولي.

المطلب الثاني: ليس للحاكم أن يزوج المرأة الحرة ولكن يزوجها أبوها، ثم جدها، ثم الأقرب تعصياً.

المطلب الثالث: إن الحاكم لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح.

المطلب الرابع: إن النكاح لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة توكيل الحاكم في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، ويزوجها وليها.

المطلب الخامس: إن كان للأمة مؤلّيان واشتجرا فيمن يكون ولياً عليها لم يكن للحاكم أن ينوب عنهما.

المطلب السادس: لو كان الحاكم ولي المرأة كان تصرفه بالولاية مقدماً على تصرفه بالحكم.

المطلب السابع: إذا كان الحاكم ولي المرأة وجعل غيره نائباً له، فهل تقدم الولاية الخاصة على الولاية العامة؟

المطلب الثامن: إذا تزوج المسلم ذمية فولّيتها الكافر يزوجها إياه، ولو كان الزوج حاكماً.

المطلب التاسع: إذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن فالحاكم.

المطلب العاشر: إذا زوج الحاكم غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج.

المطلب الحادي عشر: تنتقل الولاية إلى الحاكم إذا عضل الولي موليته.

المطلب الثاني عشر: للحاكم أن يعترض على ولي القاصرة إذا زوجها.

توطئة:

أولاً: تعريف النكاح:

النكاح في اللغة: مصدر نكح، يقال: نكح ينكح الرجل والمرأة نكاحاً، من باب ضرب، قاله ابن فارس وغيره، ويطلق على الوطاء، وعلى العقد دون الوطاء، ويقال: نكحت المرأة: تزوّجت، ونكح فلان امرأة: تزوّجها، قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]، ونكح المرأة: باضعها^(١).

وفي الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريف النكاح:

فقال الحنفية: النكاح عقد يفيد ملك المتعة بالأنتى قصداً، أي يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي^(٢).

وقال المالكية: النكاح عقد لحل تمتع بأنتى غير محرم، ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة^(٣).

وقال الشافعية: النكاح عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح، أو تزويج، أو ترجمته^(٤).

وقال الحنابلة: النكاح عقد التزويج، أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح، أو تزويج، أو ترجمته^(٥).

ثانياً: أنواع الولاية في النكاح:

ذهب الفقهاء إلى أن الولاية في النكاح بحسب المولى عله نوعان:

الأول ولاية إجبار: وهي تنفيذ القول بالإنكاح على الغير، أي أن يباشر الولي العقد فينفذ على المولى عليه شاء أم أبي.

والثاني ولاية اختيار: أو تسمى ولاية ندب واستحباب، أو ولاية شركة، على اختلاف بين الفقهاء في تسميتها.

وليس في هذه الولاية تنفيذ القول على الغير أو إجباره^(٦).

(١) انظر: المصباح المنير (٤٧٥/٩)، ولسان العرب (٦٢٥/٢)، والمعجم الوسيط (٩٥١/٢).

(٢) الدر المختار (٢٥٨/٢ - ٢٦٠).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٣٢/٢ - ٣٣٤).

(٤) مغني المحتاج (١٢٣/٣)، ونهاية المحتاج (١٧٤/٦).

(٥) كشف القناع شرح الإقناع (٥/٥).

(٦) انظر: الدر المختار (٢٩٦/٢)، وفتح القدير (١٦١/٣)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٥١/٢ - ٣٥٥)، ومغني

المحتاج (١٤٩/٣، ١٥٠، ١٧٢)، وكشف القناع (٤٢/٥، ٤٤، ٤٥).

المطلب الأول: لو زوج الحاكم امرأة لغيبة الولي، وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة قدم الولي:

أولاً: المراد بالغيبة:

الغيبة بالفتح مصدر غاب، ومعناها في اللغة: البعد، غاب الشيء يغيب غيباً، وغيبة، وغياباً، أي بعد، وتستعمل بمعنى التواري. يقال: "غابت الشمس": إذا توارت عن العين.

والغيبة بالكسر ذكر عيوب شخص غائب بهتاناً^(١).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

ثانياً: أنواع الغيبة، وآراء الفقهاء في تقديرها:

الغيبة عند الفقهاء نوعان:

النوع الأول الغيبة المنقطعة: وهي عند الحنفية أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة، وقيل: أدنى مدة السفر؛ لأنه لا نهاية لأقصاه^(٢).

وأما المالكية: فقد فرقوا في الغيبة المنقطعة بين الولي المجر والولي غير المجر:

أ - الولي المجر: وله عندهم ثلاثة أضرب من الغيبات:

- الغيبة القريبة: وحدّها مسافة عشرة أيام ذهاباً.

- والغيبة البعيدة: حدّها مسافة ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر على اختلاف القولين.

- والغيبة المتوسطة: حدّها بين هذين الحدّين السابقين، قال في الحاشية على الشرح الكبير:

"والظاهر أنه يحتاط فيه - أي الغيبة المتوسطة - ، ويلحق بالغيبة القريبة".

ب - أما غيبة الولي غير المجر: فحدّها ثلاثة أيام فما فوقها^(٣).

وقال الشافعية: هي إلى مرحلتين^(٤) وأكثر^(٥).

(١) انظر: لسان العرب (٢/٦١٤)، والمصباح المنير (٢/٤٤٩)، ومختار الصحاح (١/٤٨٨)، مادة [غ ي ب].

(٢) فتح القدير (٢/٤١٦).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٢٩).

(٤) "مرحلتين": أي مسافة القصر وهي بما يعادل المسافة بين مكة وعسفان (تقريباً ما بين ٨٥ كم - ٧٥ كم)، و"عسفان": قرية بين مكة المكرمة والمدينة المنورة.

(٥) المنهاج شرح مغنى المحتاج (٣/١٥٧).

وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة المنقطعة هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، إذ إن التحديد بابه التوقيف ولا توقيف، وتكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر؛ لأن من دون ذلك في حكم الحاضر^(١).

وأما مدة الغيبة المنقطعة في كتاب النكاح فإنها تعود إلى تقديرات فردية؛ فالبعض يعد الشهر غيبة منقطعة، والبعض يعد السنة غيبة منقطعة، والبعض الآخر يرى أن السنتين والثلاثة ليست غيبة منقطعة، والخلاصة في هذا يرجع إلى قدرة المرأة على تحمل الغيبة المنقطعة للولي بعدم فساد شيء منها^(٢).

النوع الثاني الغيبة غير المنقطعة: وهي ما كانت دون ما ذكره الفقهاء من مسافة، كلاً حسب تقديره.

ثالثاً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

أ - إن الغيبة الظاهرة في هذه المسألة والتي عليها الخلاف هي غيبة منقطعة؛ إذ إنه اتفاقاً لا تنتقل الولاية في الغيبة غير المنقطعة، غير أن مذهب الشافعية يرى أن الولي إذا غاب غيبة غير منقطعة - بأن يعلم أنه حي - نظرت، فإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة جاز للسلطان تزويجها؛ لأن في استئذانه مشقة فصار كالمفقود، وإن كان على مسافة لا تقصر فيه الصلاة فالمذهب أنه يجوز للحاكم تزويجها؛ لأن في استئذانه إلحاق مشقة كما لو كان على مسافة القصر.

والمالكية لهم رأي يوافق ما يراه الشافعية ولكن في الولي غير المجر^(٣). واتفقوا ألا يكون للغائب وكيل مفوض بالتزويج، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج؛ لأنه مقدم على غيره؛ إذ هو بمثابة الأصيل.

وأيضاً المولى عليها في المسألة هنا والتي عليها الخلاف هي امرأة حرة؛ إذا الأمة اتفاقاً للحاكم تزويجها؛ لأنه له النظر في مال الغائب^(٤).

(١) كشف القناع (٥٥/٥).

(٢) خلاصة الإطلاع على آراء الفقهاء المعترين.

(٣) فتح القدير (٤١٦/٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤٥٤/٤)، والمنهاج (١٥٧/٣)، وكشف القناع (٥٥/٥)، والمجموع (١٦٣/١٦-١٦٤).

(٤) الإنصاف للمرداوي (٥٨/٨).

ب - إن وقت الزواج من الوليين حصل في وقت واحد، إذ اتفاقاً لو تقدم إنكاح أحدها فسخ النكاح الثاني إذا كانت الغيبة منقطعة^(١).

ج - إن الحاكم في هذه المسألة رَوَّج المولى عليها بطريق النيابة لا الولاية؛ إذ لو كانت بالولاية لكان الأبعد من قرابة المولى عليها مقدماً على الحاكم كما عند الحنفية عدة زفر^(٢) والمالكية في الولي المجبر والأصح عند الشافعية والحنابلة^(٣). وهو ما لا يظهر في نص المسألة. قال السيوطي الشافعي^(٤): "والأصح أن تزويجه بالنيابة بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد".

إذاً لو زوج الحاكم بالنيابة امرأة حرة؛ لغيبة وليها غَيْبَةً منقطعة وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة فنكاح من يقدم؟

رابعاً: أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: قدم نكاح الولي.

وهو قول الجمهور من الحنفية^(٥) والمالكية إذا كان الولي مجبراً^(٦) والأصح عند الشافعية^(٧) والحنابلة^(٨).

قال السيوطي^(٩): "لو زوج الإمام لغيبة الولي، وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة قدم الولي، إن قلنا إن تزوج الحاكم كان بطريق النيابة عن الولي الغائب".

(١) انظر: المغني (٩/٤٢٩ - ٤٣٠).

(٢) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري. أصله من أصبهان. فقيه وإمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة. وهو أقيسههم. وكان يأخذ بالأثر إن وجدته. قال: "ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به". لقد أجمع معاصروه على أنه كان من بحور الفقه وأذكياء الوقت، وممن جمع بين العلم والعمل. فقد شهد له علماء البصرة حين حل عليهم بالفقه الواسع والعلم الغزير فقالوا: "ما رأينا مثل زفر في الفقه، هو أعلم الناس". تولى قضاء البصرة، وبها مات. وهو أحد الذين دونوا كتب أبي حنيفة. توفي سنة (١٥٨هـ). لم يذكر له تأليف باسمه. انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (٣/٧٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/٣٨٤-٣٨٦)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/٤٥٤-٤٥٥)، والإنصاف للمرداوي (٨/٥٨).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١٥٤).

(٥) المبسوط للسرخسي (٢/٢٢١ - ٢٢٢).

(٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/٤٥٤)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص: ٢٠٠).

(٧) المجموع للنووي (١٦/١٦٣ - ١٦٤).

(٨) المغني لابن قدامة (٩/٣٨٥).

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١٥٤).

القول الثاني: قدم نكاح الحاكم.

وهو رواية عند الشافعية^(١).

قال في مغني المحتاج^(٢): "ولو زوجها الحاكم لغيبة وليها ثم قدم وقال كنت زوجتها في قدم نكاح نكاح الحاكم".

خامساً: أدلة القولين:

يرى الجمهور أن ولاية الولي باقية بعد الغيبة؛ إذ لا تأثير للغيبة في قطع الولاية، وأن الولاية من حق الولي؛ ليطالب به الكفاءة فلا يبطل شيء من حقوقه بالغيبة.

وأصحاب القول الثاني يقولون لما تعذر على المولى عليها الوصول إلى حقها من جهة الأقرب مع بقاء ولايته صار للحاكم تزويجها وتقدم وليته كما لو عضلها الأقرب.

سادساً: الترجيح:

أرى أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح؛ لقوة حججهم، ولأن ولاية الولي الخاص - حتى في غيبته - أقوى من ولاية الحاكم العامة. والله أعلم.

سابعاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

إن الراجح في المسألة تُوَيْدُهُ هذه القاعدة إذ قدم نكاح الولي لموليته؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) مغني المحتاج (١٥٧/٣).

(٢) المرجع السابق.

المطلب الثاني: ليس للحاكم أن يزوج المرأة الحرة ولكن يزوجها أبوها، ثم جدّها، ثم الأقرب تعصياً:

أولاً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

هذه المسألة هي في المرأة الحرة البالغة العاقلة؛ إذ الأمة لا ولاية لأبيها عليها اتفاقاً^(١)، وكذلك المرأة الحرة الصغيرة يلزم في نكاحها وليها اتفاقاً؛ لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وكون الصغيرة عاجزة عن إحرازه، لزم وجود وليها؛ لقدرته عليه^(٢).

فهل للحاكم تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة؟

هذه المسألة تقوم على مسألة فيها خلاف معروف وهي: هل يلزم وليّ للمرأة الحرة البالغة العاقلة لتزويجها؟ أم أنّها تزوج نفسها؟

ثانياً: أقوال العلماء في مسألة لزوم ولي للمرأة الحرة البالغة العاقلة لتزويجها:

القول الأول: "إنه لا يصح النكاح إلا بوليّ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليّها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح". وهو ما ذهب إليه المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: "إن الوليّ ليس شرطاً لصحة نكاح الحرة البالغة العاقلة، فيجوز لها أن تتولى عقد نكاحها بنفسها، وأن توكلّ به من تشاء إذا كان حراً عاقلاً بالغاً، وهو صحيح نافذ بلا وليّ". وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٤١١/٧)، وما سبق الحديث عنه في توطئة المبحث.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٨/٢)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني لعلي العدوي المالكي (٣٥/٢)، والمجموع للنووي (٣٦/٢)، وشرح منتهى الإرادات (١١/٣).

(٣) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرياني (٣٥/٢)، والقوانين الفقهية لابن الحزري (ص: ٢٠٣).

(٤) كفاية الأختيار (٣٠ / ٢)، والمجموع للنووي (٣٦/٢).

(٥) المغني (٣٤٥/٩)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٦/٣).

(٦) المبسوط للسرخسي (١٢/٥)، وبدائع الصنائع (٢٤٧/٢).

وقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، فأخبر تعالى أن للرجال حق القوامة على النساء، ومن القوامة الولاية عليهن.

من السنة النبوية الشريفة:

الحديث الأول: قول النبي - ﷺ -: "لا نكاح إلا بولي"^(١)، وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشتراط الولي.

وقد نوقش من وجهين: الوجه الأول: أورد المخالفون ضعف الحديث بسبب إرساله. وأجاب المستدلون عن هذا، فقد ورد بالجامع لأحكام القرآن: "من يقبل المراسيل يلزمه قبوله، وأما من لا يقبل المراسيل فيلزمه أيضاً، لأن الذين وصلوه من أهل الحفظ والثقة، وممن وصله إسرائيل وأبو عوانة، كلاهما عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي - ﷺ - ، وإسرائيل ومن تابعه حفاظ، والحافظ تقبل زيادته، وهذه الزيادة يعضدها أصول"^(٢).

بل قد ذكر ابن القيم الاحتجاج على قبوله من خمسة وجوه، هي:

- تصحيح من تقدم من الأئمة له وحكمهم لروايته بالصحة كالبخاري، وعلي بن المدني، والترمذي، وبعدهم الحاكم، وابن حبان، وابن خزيمة.
- ترجيح إسرائيل في حفظه وإتقانه لحديث أبي إسحاق، وهذا شهادة الأئمة له وإن كان شعبة والثوري أجل منه لكنه لحديث أبي إسحاق أتقن وبه أعرف.
- متابعة من وافق إسرائيل على وصله كـشريك و يونس بن أبي إسحاق، قال عثمان الدارمي: "سألت يحيى بن معين: شريك أحب إليك في أبي إسحاق، أو إسرائيل أحب إليك، فقال: كل ثقة".
- ما ذكره الترمذي، وهو أن سماع الذين وصلوه عن أبي إسحاق كان في روايات مختلفة، وشعبة والثوري سمعا منه في مجلس واحد.

(١) قال الشوكاني: "وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي - ﷺ - عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد جمع الإشارة الديمياطي من المتأخرين، وقد اختلف في وصله وإرساله، فرواه شعبة والثوري عن أبي إسحاق مرسلًا، ورواه إسرائيل عنه فأسنده، وأبو إسحاق مشهور بالتدليس، وأسند الحاكم من طريق علي بن المدني، ومن طريق البخاري، والذهلي، وغيرهم أنهم صححوا حديث إسرائيل". انظر: نيل الأوطار: (٢٤٩/٦)، سنن الدار قطني: (٢٢٠/٣)، صحيح ابن حبان: (٣٨٩/٩)، أبو داود (٢٢٩/٢)، المستدرک: (١٨٣/٢)، سنن ابن ماجه: (٦٠٥/١).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٧٢/٣)، وانظر: التمهيد لابن عبد البر (٨٩/١٩).

● إن وصله زيادة من ثقة ليس دون من أرسله، والزيادة إذا كان هذا حالها فهي مقبولة كما أشار إليه البخاري^(١).

الوجه الثاني: إن المخالفين أولوا الحديث على أن معناه: نفي الكمال لا نفي الصحة. وأجاب المستدلون عن هذا بقولهم: " إن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية، أي لا نكاح موجود في الشرع إلا بولي"^(٢).

الحديث الثاني: قول النبي - ﷺ - : " كل نكاح لم يحضره أربع فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل " ^(٣).

الحديث الثالث: قول النبي - ﷺ - : " لا تنكح المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها ، وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها " ^(٤).

الحديث الرابع: قول النبي - ﷺ - : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، فإن أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ^(٥).

(١) حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (٧٤/٦)، وانظر: التحقيق في أحاديث الخلاف لأبي الفرج بن الجوزي (٢٥٧/٢).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٥٠/٤١).

(٣) حديث ضعيف رواه البيهقي والدارقطني ، وانظر : مغني المحتاج (١٦٣/٣) .

(٤) قال ابن حجر : رواه ابن ماجه والدارقطني من طريق ابن سيرين عن أبي هريرة ، وفي لفظ : وكنا نقول : إن التي تزوج نفسها هي الزانية ، ورواه الدارقطني أيضاً من طريق أخرى إلى ابن سيرين، فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة ، ورواه البيهقي من طريق عبد السلام بن حرب عن هشام عنه بما ، تلخيص الحبير (١٥٧/٣) ، وانظر : التحقيق في أحاديث الخلاف (٢٥٩/٢) ، والدراية في تخريج أحاديث الهداية (٨٠/٢) .

(٥) الحديث حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان، وأخرجه ابن عدي، كلهم من طريق سليمان بن موسى عن ابن جريج عن الزهري عن عروة عن عائشة قال في رواية ابن عدي ، قال : ابن جريج فلقبت الزهري ، فقال : أخشى أن يكون سليمان وهم ، قال الترمذي: وضعف يحيى بن معين رواية إسماعيل هذه ، وقال ابن حبان : ليس هذا مما يقدر في صحة الخبر؛ لأن الضابط قد يحدث ثم ينسى، فإذا سئل عنه فلا يكون نسيانه دالاً على بطلان الخبر ، وقال الحاكم نحو ذلك ، ثم أسند عن أبي حاتم الرازي عن أحمد، أنه ذكر هذه الحكاية فقال ابن جريج : له كتب مدونة وليس هذا فيها، وذكر البيهقي في المعرفة عن بعض الناس : أنه أعل هذا الحديث بهذه الحكاية ، ثم رد عليه بتوهم أحمد وابن معين ، انظر : الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٦٠/٢) ، التحقيق في أحاديث الخلاف (٢٥٥/٢) ، نصب الراية : (١٨٤/٣) .

من الأدلة العقلية :

إن النكاح عقد عظيم ، خطره كبير ، ومقاصده شريفة ، ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات ، فلاظهار خطره يُجْعَل مباشرة مفوضة إلى أولى الرأي الكامل من الرجال .

إن النساء ناقصات عقل ودين ، فكان نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمنزلة نقصها عقلها بصفة الصغر ، والدليل على اعتبار نقصان عقلها أنه لم يجعل إليها من جانب رفع العقد شيء، بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق .

واستدل أصحاب القول الثاني بالكتاب، والسنة، والعقل :

من القرآن الكريم :

ورود آيات قرآنية كثيرة تصرح بأن الزواج يعقد بعارة النساء ؛ لأن الزواج المذكور فيها منسوب إلى المرأة ، ومن قال بعدم انعقاده بعارة النساء فقد رد نص الكتاب ، ومنها :

قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۗ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۗ ﴾ [البقرة: ٢٣٤] .

ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى أجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي ^(١).

وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبْنَنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۗ ﴾ [البقرة: ٢٣٢]

ووجه الاستدلال بالآية من وجوه ^(٢) : منها إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي ، ومنها نهي عن العضل إذا تراضى الزوجان، والنهي أن يمنع أن يكون له حق فيما نهي عنه.

(١) استدلال الشافعي بالآية على عكس ذلك فقال : "وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي؛

لأنه نهي الولي عن المنع وإنما يتحقق المنع، منه إذا كان المنوع في يده . " الأم (١٦٦/٥) .

(٢) انظر : تفصيل الوجوه في ذلك أحكام القرآن للحصص (١/٥٤٥) .

وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٣٠]

ووجه الاستدلال بالآية من وجهين :

أحدهما :إضافته عقد النكاح إليها في قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] .

والثاني : قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فنسب التراجع إليهما من

غير ذكر الولي .

من السنة المطهرة:

ورود الأحاديث الدالة على صحة الزواج من دون ولي ، ومنها :

الحديث الأول : قول النبي - ﷺ - : " الأيم أحق بنفسها من وليها " (١) وقد فسروا الأيم بأنه

اسم لامرأة لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً ، قال السرخسي : " وهذا هو الصحيح عند أهل

اللغة ، وهو اختيار الكرخي ، قال : الأيم من النساء كالأعزب من الرجال بخلاف ما ذكر

محمد أن الأيم اسم للثيب " . (٢)

واستدلوا على ذلك من اللغة بما ورد في الأمثال: (كل ذات بعل ستثيم)، وهو يضرب لتحول

الزمن بأهله ، وبقول الشاعر :

أفاطم إني هالك فتشتي ولا تجزعي كل النساء تثيم (٣)

وهذا الحديث من أقوى ما يستدل به أصحاب هذا القول ، ويعتبرونه معارضاً للأحاديث التي

ساقها أصحاب القول الأول ، ويترجح عليه بقوة سنده ، قال في حاشية ابن عابدين : " الأيم

من لا زوج لها بكرة أو لا ، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت ، وقد جعلها أحق منه

به ، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته ، بخلاف الحديثين الأولين - يقصد ما

سبق ذكره من أحاديث - فإنهما ضعيفان أو حسانان ، أو بأن النفي للكمال ، أو بأن يراد

بالولي من يتوقف على إذنه ، أي لانكاح إلا بمن له ولاية " (٤) .

(١) روي عند مسلم (١٠٣٧/٢) ، والموطأ (٥٢٤/٢) .

(٢) المبسوط (١٢/٥) .

(٣) أمثال أكثم بن صيفي ، وانظر: شرح فتح القدير (٢٥٩/٣) .

(٤) حاشية ابن عابدين (٥٦/٣) .

الحديث الثاني : إن أم سلمة لما انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر - ﷺ - يخطبها عليه ، فلم تزوجه ، فبعث إليها رسول الله - ﷺ - عمر بن الخطاب - ﷺ - يخطبها عليه ، فقالت : " أخبر رسول الله - ﷺ - أني امرأة غيري ، وأني امرأة مصيبة ، وليس أحد من أوليائي شاهد " ، فأتى رسول الله - ﷺ - فذكر ذلك له ، فقال : " ارجع إليها فقل لها : أما قولك إني امرأة غيري ، فسأدعو الله لك فيذهب غيرتك ، وأما قولك إني امرأة مصيبة فستكفين صبيانك ، وأما قولك أن ليس أحد من أوليائي شاهد فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك " ، فقالت لابنها : " يا عمر ، قم فزوج رسول الله - ﷺ - فزوجه " (١) .

الأدلة العقلية:

- إنها تصرفت في خالص حقها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها؛ لأن النكاح من الكفاء بمهر المثل خالص حقها، بدليل أن لها أن تطالب الولي به، ويجبر الولي على الإيفاء عند طلبها.
- إنها من أهل استيفاء حقوق نفسها، فإنما استوفت بالمباشرة حقها، وكفت الولي الإيفاء، وقاسوا ذلك على صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاءه صحيحا.
- إن اختيار الأزواج إليها باتفاق الفقهاء، والتفاوت في حق الأغراض والمقاصد إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج.
- إنها تعامل معاملة الكبير بدليل اعتبار رضاها في مباشرة الولي العقد، ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها.
- إن حق مطالبة الولي لأجل المروءة؛ لأنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها، ويعد هذا وقاحة منها، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها.
- إنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ.
- إن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً؛ لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن

(١) رواه النسائي (٢٨٦/٣) ، وابن حبان (٢١٢/٧) ، والبيهقي (١٣١/٧) ، وأحمد (٣١٧/٦) .

إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادراً عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدردت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها.

● إن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظراً، فتزول بزوال الضرورة؛ لأن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ، وتثبت الولاية له.

واستدل أصحاب القول الثالث بقول النبي - ﷺ - : "أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل" (١). يقولون: "فمفهومه صحته بإذنه". ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح؛ لقصور عقلها، فلا يؤمن الخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها.

رابعاً: الترجيح:

أرى أن القول الأول الذي يوجب الولي في النكاح هو القول الراجح لعموم قوله: "لا نكاح إلا بولي". وهذا يقدم على دليل الخطاب، والتخصيص هاهنا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بإذن وليها، والعلة في منعها، صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة. والله أعلم.

قال في الإنصاف وكشاف القناع (٢): "إن حكم بصحة عقد النكاح بدون ولي حاكم لم ينقض حكمه، أو كان متولي العقد حاكماً يراه لم ينقض، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة إذا حكم بها من يراها لم ينقض؛ لأنه يسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم بها". هذا؛ لأن الحنابلة يرون أن الولي شرط في صحة النكاح لا ركناً فيه كما عند المالكية والشافعية.

خامساً: هل للحاكم تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة؟

بناءً على الترجيح السابق في مسألة لزوم الولي لتزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة، فإنه ليس للحاكم تزويجها إلا إذا وجدت موانع في الولي (٣) إذ الولاية تنتقل من الولي الأقرب إلى الأبعد على

(١) سبق تخرجه.

(٢) الإنصاف للمرداوي (٦٦/٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٨/٥ - ٤٩).

(٣) يقصد بموانع الولي بأن لا يكون الولي عضواً لموليته أو أن يكون الولي في غيبة منقطعة أو لا يكون هناك ولي خاص للمرأة، فإن الولاية في هذه الحالات تنتقل للحاكم بالنيابة وبالتالي يصح تزويج الحاكم للمرأة الحرة البالغة العاقلة. وقد سبق

حسب الترتيب لكل مذهب.

سادساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

لما كان للمرأة الحرة البالغة العاقلة ولي كانت ولايته الخاصة مقدمة على ولاية الحاكم العامة، لذلك لم يكن للحاكم بولايته العامة تزويجها مع وجود وليها الخاص؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المطلب الثالث: أن الحاكم لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح:

أولاً: المراد باليتيم واليتيمة:

لقد سبق الحديث عنهما في المبحث الأول من هذا الفصل.

ثانياً: هذه المسألة قائمة على أساس أن صاحب الولاية الخاصة لا يتقدم عليه صاحب الولاية العامة اتفاقاً^(١).

ونص هذه المسألة ورد عند الحنفية^(٢) إذ إنه ليس للحاكم أن يتقدم على ولي اليتيم واليتيمة في إنكاحهما.

وهذا هو ما ذهب إليه أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف^(٣)، وخالفهم محمد بن الحسن في أنه إذا لم يكن عصبة لليتيم واليتيمة زوجهما الحاكم^(٤).

وما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحبه أرجح في المذهب^(٥).

ثالثاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

لقد قامت هذه المسألة على أساس أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) سبق الحديث عن القاعدة في التمهيد.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ص: ١٦٠).

(٣) تبين الحقائق للزبلي (٣٣٩/٥)، والبحر الرائق (٣/١٣٣ - ١٣٤).

(٤) حاشية ابن عابدين (٣/٧٧ - ٧٨).

(٥) المرجع السابق.

المطلب الرابع: إن النكاح لا يصح إلا بولي وليس للمرأة توكيل الحاكم في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، ويزوجها وليها:

أولاً: تحرير محل النزاع في المسألة:

هذه المسألة في المرأة الحرة البالغة العاقلة، إذ الأمة لا يملك ولايتها إلا سيدها اتفاقاً^(١)، والمرأة الحرة الصغيرة يلزم في نكاحها وليها اتفاقاً^(٢).

إذاً هل للمرأة الحرة البالغة العاقلة توكيل الحاكم في تزويجها مع وجود وليها في النكاح؟ هذه المسألة قائمة على الخلاف الذي سبق بحثه في المطلب الثاني من هذا المبحث، وهو "حكم الولي في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة"، فعليها يقاس الخلاف في هذه المسألة. وبناءً على الترجيح في مسألة "حكم الولي في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة"، وأنه "يلزم الولي"^(٣)، وعلى أن هذا الولي خالياً من الموانع^(٤)، هل للمرأة الحرة العاقلة توكيل الحاكم في تزويجها مع وجود وليها في النكاح؟

ثانياً: توكيل المرأة الحرة البالغة العاقلة الحاكم في تزويجها مع وجود وليها في النكاح.

بناءً على الترجيح في مسألة لزوم ولي للمرأة الحرة البالغة العاقلة؛ لتزويجها، وبناءً على خلو الولي من موانع، فإنه ليس للمرأة توكيل الحاكم في تزويجها؛ لأن ولاية وليها في النكاح قائمة عليها؛ ولأنه ليس لها ولاية على نفسها^(٥)، فكذلك ليس لها التوكيل في تزويجها إذ الولاية ليست بيدها.

ثالثاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

لما كان الولي قائماً بولايته الخاصة بلا موانع لم يكن للمرأة توكيل الحاكم صاحب الولاية العامة في تزويجها؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) كما سبق توضيحه في تحرير محل النزاع في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٢) نفس السابق.

(٣) التي سبق بحثها بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٤) يقصد بموانع الولي بأن لا يكون الولي عاضلاً لموليته، أو يكون الولي في غيبة منقطعة، أو لا يكون هناك ولي خاص للمرأة، فإن الولاية في هذه الحالات تنتقل للحاكم بالنيابة وبالتالي يصح توكيل المرأة للحاكم في تزويجها. وقد سبق الحديث عن الغيبة المنقطعة للولي في المطلب الأول من المبحث، وسيأتي بحول الله الحديث عن العزل بالتفصيل في المطلب الحادي عشر.

(٥) كما سبق دراسته في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الخامس: إن كان للأمة مؤلّيان واشتجرا فيمن يكون ولياً عليها لم يكن للحاكم أن ينوب عنهما:

أولاً: المراد بالأمة:

الأمة في اللغة: خلاف الحرّة، والجمع: إماء، وآم.

قال الشاعر:

محلّه سوء أهلك الدهر أهلها فلم يبق فيها غير آمٍ خوالفٍ

وتجمع أيضاً على إموانٍ، وتصغيرها أمية^(١).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن اللغوي.

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

هذه المسألة وردت في ولاية النكاح فإذا كان للأمة مؤلّيان فالأصل أن الولاية لهما وليس لأحدهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه؛ لأنه لا يملك إلا نصفها^(٢).

ولكن إذا اشتجرا فيمن يكون ولياً عليها، هل ينوب الحاكم عنهما؟

ثالثاً: إذا كان للأمة مؤلّيان واشتجرا فيمن يكون ولياً عليها هل للحاكم أن ينوب عنهما؟

إذا اشتجرا المؤلّيان لزم منهما أن يتفقا أو يوكل أحدهما الآخر، وليس للحاكم أن ينوب عنهما؛ لأن تزويجها تصرف في المال، بخلاف الحرّة فإن نكاحها حق لها ونفعه عائداً إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائداً إليه، فلا يُنوب السلطان عنه فيه^(٣).

رابعاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

إن في عدم جواز نيابة الحاكم عن المؤلّيين على الرغم من أنهما مشتجران في ولاية النكاح على الأمة قائم على أصل أن الولاية الخاصة التي هي للمؤلّيين أقوى من الولاية العامة التي هي للحاكم، إذ إنه ورد اتفاقاً^(٤) أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) الصحاح في اللغة (٢٤/١).

(٢) المغني لابن قدامة (٣٧٣/٩).

(٣) المرجع السابق.

(٤) سبق الحديث عنها في التمهيد.

المطلب السادس: لو كان الحاكم ولي المرأة كان تصرفه بالولاية مقدماً على تصرفه

بالحكم:

أولاً: محل تحرير النزاع في هذه المسألة:

- أ - يقصد بالمرأة في هذه المسألة هي المرأة الحرة إذ الأمة اتفاقاً ليس لغير سيدها الولاية^(١).
- ب - إذا كان ولي المرأة الحرة يحل له نكاحها كالحاكم في هذه المسألة فإن تصرفه بالولاية الخاصة مقدماً على تصرفه بالحكم على أنه صاحب الولاية العامة، وهذا اتفاقاً بين أهل العلم^(٢).
- ج - ولكن الخلاف بين أهل العلم والذي قامت عليه هذه المسألة هي أنه: هل للحاكم صاحب الولاية الخاصة والعامة لهذه المولى عليها إذا أراد نكاحها أن يلي طرفي العقد بنفسه؟

ثانياً: تولى الولي طرفي العقد:

وصورة ذلك^(٣) أن تكون للولي ولاية من الجانبين، سواء كانت ولايته أصليته كالولاية الثابتة بالملك والقربة، أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى إذا زوج أمته من عبده، أو كان وليا من الجانبين كالجدة إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، أو كان أصيلاً وولياً كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه، أو كان وكيلاً من الجانبين، أو رسولاً من الجانبين، أو كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من الولاية على أقوال:

القول الأول: ينعقد الزواج بعاقد واحد.

وهو قول الحنفية^(٤) والمالكية^(٥)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

(١) سبق الحديث عنها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٢) كما سبق توضيحه في التمهيد.

(٣) انظر: الإنصاف: (١١٠/٨)، أسنى المطالب: (١٣٧/٣)، الفتاوى الفقهية الكبرى: (٩٧/٤)، الفتاوى الهندية: (٢٩١/١).

(٤) رد المختار (٣٢٦/٢).

(٥) انظر: التاج والإكليل (٢٨٢/١).

- قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُولَدْنَ لَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبْنَ أَنْ يَنْكِحَهُنَّ وَالْمُتَضَعَفِينَ مِنَ الْوَالِدِينَ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا﴾ [النساء: ١٢٧]، وقد نزلت هذه الآية في اليتيمة تكون في حجر وليها، ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن قوله تعالى: ﴿لَا تُولَدْنَ لَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبْنَ أَنْ يَنْكِحَهُنَّ﴾ [النساء: ١٢٧]، خرج مخرج العتاب، فدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده، إذ لو لم يقد وحده به لم يكن للعتاب معنى، لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق.
- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، فقد أمر تعالى بالإنكاح مطلقاً من غير فصل بين الإنكاح من غيره أو من نفسه.
- ما روي أن النبي - ﷺ - قال لرجل: "أترضى أن أزوجهك فلانة، قال: نعمن وقال للمرأة: أترضين أن أزوجهك فلاناً قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه"^(١).
- قال عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - لأم حكيم بنت قارظ: "أجعلين إلي، قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك"^(٢).
- إن الوكيل في باب النكاح ليس بعاقده بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه، بدليل أن حقوق النكاح والعقد لا ترجع إلى الوكيل، وإذا كن معبرا عنه وله ولاية على الزوجين، فكانت عبارته كعبارة الموكل، فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة، وقبوله كلاماً للزوج، فيقوم العقد باثنين حكماً والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة.
- إنه ليس للتعبد مدخلا في هذا، وإنما أعلم الله تعالى الخلق ارتباط العقد بالولي.

(١) تنمة الحديث: "ولم يفرض لها صداقا، ولم يعطها شيئاً، وكان ممن شهد الخديبية، وكان له سهم بخير، فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - زوجني فلانة، ولم أفرض لها صداقا، ولم أعطها شيئاً، وإن أشهدكم أي أعطيتها صداقها سهمي بخير، فأخذت سهماً فباعته بمائة ألف"، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، انظر: المستدرک: (١٩٨/٢)، أبو داود: (٢٣٨/٢)، ابن حبان: (٣٨١/٩)، البيهقي: (٢٣٠/٧).

(٢) أخرجه البخاري: (١٩٧٢/٥).

القول الثاني: لا يجوز له أن يتولى طرفي العقد بنفسه، فيكون ناكحاً منكحاً حتى يقوم الولي من ينكحها.

وهو قول الشافعية^(١) وزفر من الحنفية^(٢)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- إن تعديد الناكح والمنكح والولي تعبد، فإذا اتحد اثنان منهم سقط واحد من المذكورين في الحديث حين قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"^(٣)، وقوله - ﷺ -: "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح الخاطب، والولي، وشاهدا عدل"^(٤).

- إن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو: الإيجاب، والقبول، فلا يقومان إلا بعاقدين كشطري البيع.

القول الثالث: وهو للحنابلة، قالوا: "وليّ المرأة التي يحل له نكاحها وهو: ابن العمّ، أو المولى، أو الحاكم، أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك"، وفي تولى طرفي العقد روايتان: إحداهما: له ذلك؛ لما روى أن عبد الرحمن بن عوف قال لأُمّ حكيم: "أتجعلين أمرك إليّ؟ قالت: نعم، قال: قد تزوّجتك"، ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما^(٥). قال في الإنصاف: "وهذا المذهب"^(٦).

ثانيهما: لا يجوز أن يتولى طرفي العقد، ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها؛ لما روي أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً زوجه امرأة المغيرة^(٧)؛ ولأنه عقدٌ ملكةٌ بالإذن فلم يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع^(٨).

قال في المغني مرجحاً^(٩): "فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له، كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته".

(١) انظر: حاشية القليوبي وعميرة (٢٣٢/٣).

(٢) الفتاوى الهندية (٢٩١/١).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري في باب إذا كان الولي هو الخاطب من كتاب النكاح (٢١/٧).

(٦) الإنصاف للمرداوي (٩٨/٨).

(٧) أخرجه البخاري في باب إذا كان الولي هو الخاطب من كتاب النكاح (٢١/٧).

(٨) المغني (٣٧٤/٩ - ٣٧٥).

(٩) المرجع السابق.

والراجع في مسألة تولي الولي طرفي العقد:

أرى أن القول الثاني هو الراجح؛ لاحتمال التهمة بسبب ولايته عليها، فيتزوجها من غير استثمارها رغبة في مالها أو جمالها، مع كون غيره أكفأ لها منه. والله أعلم.

أما الدليل القرآني الذي ساقوه عن جواز تولي الولي زواجه من اليتيمة التي تكون في حجره فإن قصة نزوله تؤيد ما ذكرنا من ترجيح.

فعن عروة بن الزبير - رضي الله عنه - أنه سأل عائشة - رضي الله عنها - عن قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبِئِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنِي وَتِلْكَ وَرُبِعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [النساء: ٣]، فقالت: "يا ابن أخي، هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله، فيعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقتها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن تقسطوا لهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن، قالت عائشة: ثم إن الناس استفتوا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعد هذه الآية فيهن فأنزل الله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَّى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ﴾ [النساء: ١٢٧]، قالت: والذي ذكر الله تعالى أنه يتلى عليكم في الكتاب الآية الأولى التي قال الله فيها: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبِئِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنِي وَتِلْكَ وَرُبِعٌ ﴾ [النساء: ٣]، وقول الله تعالى في الآية الأخرى: ﴿وَرَغِبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ﴾ [النساء: ١٢٧] رغبة أحدكم عن اليتيمة التي تكون في حجره حين تكون قليلة المال والجمال، فنهوا أن ينكحوا ما رغبوا في مالها وجمالها من يتامى النساء إلا بالقسط من أجل رغبتهم عنهن" (١).

ولذلك فإن الحكم الشرعي في المسألة لا يمكن استنباطه من الآية الثانية مبتورة عن القيود التي وضعتها الآية الأولى، والقيود التي نراها ونلمسها في واقعنا لا تتعلق فقط بمقدار الصداق، وإنما تتعلق فوق ذلك بالكفاءة والرغبة، فلا يصح أن يتزوج شيخ عجوز يتيمة شابة، فيعقد قرانه عليها من غير إحضار أطراف أخرى تتحقق من ملابسات هذا الزواج، ومدى صدق رغبة اليتيمة في الزواج

(١) رواه البخاري (٨٨٣/٢)، ومسلم (٢٣١٣/٤).

بوليها.

ثالثاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

إذا كان الحاكم ولي المرأة كان تصرفه بهذه الولاية الخاصة عليها أقوى من تصرفه بالولاية العامة؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المطلب السابع: إذا كان الحاكم ولي المرأة وجعل غيره نائباً له، فهل تقدم الولاية الخاصة على الولاية العامة؟

أولاً: إذا كان الحاكم ولي المرأة^(١) وجعل غيره نائباً له في إنكاحها، فهل تقدم ولاية هذا النائب على ولاية الحاكم في تزويجها؟

هذه المسألة قائمة على الاتفاق الوارد في أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(٢)، فإن من أنابه الحاكم في إنكاح موليته كانت ولايته الخاصة في الإنكاح مقدمة على الحاكم صاحب الولاية العامة؛ لاختصاصه.

وللترجيح الوارد في المطلب السادس من هذا المبحث في حكم تولى طرفي العقد إذا أراد الحاكم أن يتزوجها.

ثانياً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

إن الترجيح في هذه المسألة قام على أساس أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) إما لعزل الولي لموليته، أو يكون الولي في غيبة منقطعة، أو لا يكون هناك ولي خاص للمرأة.

(٢) سبق الحديث عنها في التمهيد.

**المطلب الثامن: إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه ولو كان الزوج حاكماً:
أولاً: المراد بالذمية:**

الذمية في اللغة: مذكرها ذمّي، أي: له عهد. فالذمة: العهد، والأمان، والكفالة. وفي الحديث: "المسلمون تتكافأ دماءهم ويسعى بذمتهم أدناهم"^(١). والذمّي: المعاهد الذي أعطي عهداً يأمن به ماله، وعرضه، ودينه. وعند الفقهاء: معنى يصير الإنسان به أهلاً، لوجوب الحق له أو عليه. وأهل الذمة: المعاهدون من أهل الكتاب ومن جرى مجراهم^(٢).

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

في المسألة زواج المسلم بالذمية، فيخرج غير المسلم إذ إنه يصح لغير المسلم أن يتزوج الذمية ووليها كافر؛ لأن بعضهم أولياء بعض. ثم إذا كانت الذمية ليس لها ولي فالحاكم وليها إذ "السلطان ولي من لا ولي له"^(٣).

إذاً إذا تزوج المسلم ذمية ولها ولي كافر هل له أن يزوجها إياه؟
وبناءً على الترجيح، ما الحكم لو كان هذا الزوج هو الحاكم؟
ثالثاً: أقوى العلماء في مسألة:

إذا تزوج المسلم ذمية ولها ولي كافر، هل له أن يزوجها إياه؟
القول الأول: نعم، يزوجها إياه.
وهو قول أبو حنيفة والشافعي^(٤).
القول الثاني: لا يزوجها إلا الحاكم.
ورد عن أحمد بن حنبل^(٥).

(١) سنن أبو داود (٨٠/٣)، برقم (٢٧٥١).

(٢) المعجم الوسيط (٣١٥/١).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) كفاية الأختيار (ص: ٣٥٧). والمغني (٣٧٨/٩).

(٥) المغني (٣٧٨/٣).

رابعاً: أدلة القولين:

يرى أبو حنيفة والشافعي أنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافر، ولأن هذه امرأة لها وليّ مناسب، فلم يجز أن يليها غيره، وعموم قوله تعالى: ﴿يَتَّأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١].

ويرى أحمد ألا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح مسلم ولا مسلمة. ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين، فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين. ونوقش هذا: بأن الشهود يُرادون؛ لإثبات النكاح عند الحاكم، بخلاف الولاية.

خامساً: الترجيح:

أرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول هو الراجح؛ لقوة حججهم، ولأن وجود وليها الخاص، هو أقوى من غيره. والله أعلم.

سادساً: وبناءً على الترجيح، فلا فرق بين أن يكون هذا الزوج المسلم من عامة الناس، أو هو الحاكم؛ إذ الولاية تثبت لولي الذمية الكافر.

سابعاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

لقدم قدم ولي الذمية الكافر في إنكاحها لمسلم على غيره؛ لثبوت ولايته الخاصة، وذلك؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المطلب التاسع: إذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب

عنه، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن، فالحاكم:

أولاً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

إن العيبة الظاهرة في هذه المسألة -والتي عليها الخلاف- هي غيبة منقطعة^(١)؛ إذ إنه اتفاقاً لا تنتقل الولاية في الغيبة غير المنقطعة، غير أن مذهب الشافعية يرى أن الولي إذا غاب غيبة غير منقطعة -بأن يُعلم أنه حي- نُظر: فإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة جاز للسلطان تزويجها؛ لأن في استئذانه مشقة فصار كالمفقود، وإن كان على مسافة لا تقصر فيه الصلاة فالمذهب أنه يجوز للحاكم تزويجها؛ لأن في استئذانه إلحاق مشقة، كما لو كان على مسافة القصر.

والمالكية لهم رأي يوافق ما يراه الشافعية، ولكن في الولي غير المجبر^(٢). واتفقوا ألا يكون للغائب وكيل مفوض بالتزويج، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج؛ لأنه مقدم على غيره إذ هو بمثابة الأصل.

وأيضاً المولى عليها في المسألة هنا -والتي عليها الخلاف- هي امرأة حرة؛ إذا الأمة اتفاقاً للحاكم تزويجها؛ لأنه له النظر في مال الغائب^(٣).

إذاً إذا غاب ولي المرأة الحرة - المولى عليها - غيبة منقطعة، هل يزوجه الحاكم؟

ثانياً: أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: يزوجه الأبعد منه من العصابات.

وهو ما ذهب إليه الحنفية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) سبق الحديث عن الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة في المطلب الأول من هذا المبحث.

(٢) فتح القدير (٤١٦/٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤٥٤/٤)، والمنهاج (١٥٧/٣)، وكشاف القناع (٥٥/٥)، والمجموع (١٦٣/١٦ - ١٦٤).

(٣) الإنصاف للمرداوي (٨٥/٨).

(٤) بدائع الصنائع (٣٨٤/٥ - ٣٨٦).

(٥) المغني (٣٨٥/٩).

القول الثاني: يرى أن تزويجها يكون بحسب غَيِّبَةِ الولي المحبر، وغيِّبَةِ الولي غير المحبر:

أ - فإن كان الغائب هو الولي المحبر: فإما أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة. فإن كانت الغيبة قريبة فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود، إذا كانت النفقة جارية عليها أي تجدد النفقة

الكافية، ولم يخش عليها الفساد، وكانت الطريق مأمونة، وإلا زوجها الحاكم.

وإن كانت الغيبة بعيدة فلا تزوج المرأة حتى يعود إن كان يرجى قدومه - كمن خرج لتجارة أو حاجة - . وإن كان لا يرجى قدومه فللحاكم دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إذا كانت بالغاً.

فإن لم تكن بالغاً لا يزوجه ما لم يخف عليها الفساد، فإن خيف فسادها زوجها.

ب - وإن كان الغائب هو الولي غير المحبر: فإن كانت الغيبة قريبة، وادعت إلى الزواج بكفاء،

وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة زوجها الحاكم دون الولي الأبعد؛ لأن الحاكم

وكيل الغائب. وإن لم تدعي زوجها الولي الأبعد دون الحاكم.

وإن كانت الغيبة بعيدة فللحاكم أن يزوجه؛ لأنه وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح

مع الكراهة.

وهو رأي المالكية^(١).

القول الثالث: يزوجه الحاكم.

وهو ما ذهب إلى الشافعية^(٢).

القول الرابع: يرى ألا ولاية للأبعد مع قيام الأقرب بحال، فالحاكم أولى ألا تنتقل الولاية إليه.

وهو قول زفر من الحنفية^(٣).

ثالثاً: أدلة الأقوال ومناقشتها:

استدل أصحاب القول الأول بقوله ﷺ: "فالسُلطان ولي من لا ولي له"^(٤).

وهذه لها ولي، فلا يكون السلطان ولياً لها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه، فثبتت الولاية

لمن يليه من العصبات، كما لو جن أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان

(١) انظر: الشرح الكبير (٢/٢٢٩)، والقوانين الفقهية (ص: ٢٠٠).

(٢) المجموع: (١٦٣/١٦-١٦٤)، ومعني المحتاج (٣/١٥٧).

(٣) بدائع الصنائع (٥/٣٨٤-٣٨٦).

(٤) سبق تخرجه.

ذلك للأبعد كالأصل^(١).

واستدل صاحب القول الثالث بأن الغائب ولي، والتزويج حق له، فإذا تعذر استيفاؤه منه ناب عنه الحاكم. وبدليل أنه لو زوجها في مكانه لصح، وإنما تعذر بغيبة فتاب الحاكم عنه، كما لو غاب وعليه دين، فإن الحاكم ينوب عنه في الدفع من ماله دون الأب^(٢).

واستدل زفر بأن ولاية الأقرب قائمة؛ لقيام سبب ثبوت الولاية - وهو القرابة القريبة-، ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز، فقيام ولايته تمنع الانتقال إلى غيره^(٣).
ونوقش استدلال القول الثالث والرابع^(٤):

وأما قوله: "إن ولاية الأقرب قائمة" فممنوع ولا نسلم أنه يجوز إنكاحه، بل لا يجوز؛ فولايته منقطعة بواحدة، وقد روي عن أصحابنا ما يدل على هذا، فإنهم قالوا: إن الأقرب إذا كتب كتاباً إلى الأبعد ليقدم رجلاً في الصلاة على جنازة الصغير فإن الأبعد أن يتمتع عن ذلك.

ولو كانت ولاية الأقرب قائمة لما كان له الإمتناع كما إذا كان الأقرب حاضراً فقدم رجلاً ليس للأبعد ولاية المنع، والمعقول يدل عليه، وهو أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه، ولا مدفع لحاجته برأي الأقرب؛ لخروجه من أن يكون منتفعاً به بالغبية فكان ملحقاً بالعدم، فصار كأنه جنّ أو مات، إذ الموجود الذي لا ينتفع به، والعدم الأصلي سواء؛ ولأن القول بثبوت الولاية للأبعد مع ولاية الأقرب يؤدي إلى الفساد؛ لأن الأقرب ربما يزوجه من إنسان حيث هو ولا يعلم الأبعد بذلك فيزوجها من غيره فيطؤها الزوج الثاني ويجيء بالأولاد ثم يظهر أنها زوجة الأول وفيه من الفساد ما لا يخفى، ثم إن سلمنا على قول بعض المشايخ فلا تنافي بين الولايتين، فأيهما زوج جاز كما إذا كان لها أخوان أو عمّان في درجة واحدة، وفيه كمال النظر في حق العاجز؛ لأن اتفق حيث الأبعد زوجها منه وإن اتفق حيث الأقرب زوجها منه فيكمل النظر إلا أن في حال الحضرة يرجح الأقرب باعتبار زيادة الشفقة؛ لزيادة القرابة وبه تبين أن نقل الولاية إلى السلطان باطل؛ لأن السلطان وليّ من لا وليّ له، وههنا لها وليّ أو وليّان، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولي ولم يوجد.

(١) المغني (٣٨٥/٩).

(٢) المجموع (١٦٣/١٦-١٦٤)، ومغني المحتاج (١٥٧/٣).

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٤/٥-٣٨٦)، وفتح القدير (٤١٥/٢).

(٤) بدائع الصنائع (٣٨٤/٥-٣٨٦).

رابعاً: الترجيح:

أرجح القول الأول الذي يرى أن يزوج المرأة الحرة الأبعد منه من العصبات؛ لوجاهة استدلالهم ولمناقشتهم أدلة الأقوال الأخرى؛ ولأنه أقوى في الشفقة بها من غيرها. والله أعلم.

خامساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

انتقلت - في الترجيح - الولاية من الولي الأقرب للمولى عليها إلى الأبعد - وهم أصحاب الولاية الخاصة - ولم تنتقل للحاكم - صاحب الولاية العامة - وذلك؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المطلب العاشر: إذا زوج الحاكم غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصى ناظر له في التزويج:

أولاً: المراد بالبلوغ، ومتى يكون؟

البلوغ لغةً: الوصول: يقال بلغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى.

ويبلغ الصبي: احتلم وأدرك وقت التكليف، وكذلك بلغت الفتاة^(١).

وإصطلاحاً: انتهاء حدّ الصغر في الإنسان؛ ليكون أهلاً للتكاليف الشرعية. أو هو: قوّة تحدث في الصبي، يخرج بها عن حالة الطفولية إلى غيرها^(٢).

ويكون البلوغ بعلامات طبيعية في الذكر، والأنثى أو يكون بالسن:

أ - البلوغ بالعلامات الطبيعية:

للبلوغ علامات طبيعية ظاهرة، منها ما هو مشترك بين الذكر والأنثى، ومنها ما يختصّ بأحدهما.

وفيما يلي بيان العلامات المشتركة:

١ - الاحتلام:

وهو خروج المنيّ من الرجل أو المرأة في يقظة أو منام.

٢ - الإنبات:

وهو ظهور شعر العانة، وهو الذي يحتاج في إزالته إلى نحو حلق، دون الزغب الضعيف الذي ينبت للصغير.

وتختص الأنثى من علامات البلوغ بـ:

١ - الحيض، إذ هو علم على بلوغها.

وخصّ المالكية الحيض بالذي لم يتسبّب في جلبيه، وإلا فلا يكون علامةً.

٢ - والحمل علامة على بلوغ الأنثى.

(١) انظر: المصباح المنير (١ / ٦١)، ولسان العرب (٨ / ٤١٩)، والمعجم الوسيط (١ / ٧٠). "مادة: بلغ"، ورد المختار على الدر المختار (٩٧/٥).

(٢) شرح الزرقاني على موطأ مالك (٥ / ٢٩٠)، والشرح الصغير على أقرب المسالك (١ / ١٣٣).

- واعتبر المالكية من علامات البلوغ في الذكر والأنثى - زيادة على ما تقدّم - نبت الإبط، وفرق الأرنبة، وغلظ الصوت.

- واعتبر الشافعية أيضاً من علامات البلوغ في الذكر - زيادة على ما سبق - نبات الشعر الخشن للشارب، وثقل الصوت، وتواء طرف الحلقوم، ونحو ذلك. وفي الأنثى نهود الثدي^(١).

ب - والبلوغ بالسن: يكون عند عدم وجود علامة من علامات البلوغ قبل ذلك، واختلف الفقهاء في سن البلوغ.

فيرى أبو حنيفة أن البلوغ بالسن للغلام هو بلوغه ثماني عشرة سنة، والحارية سبع عشرة سنة؛ لأنها أسرع بلوغاً فنقصت سنة.

ويرى المالكية أن البلوغ يكون بتمام ثماني عشرة، وروي خمس عشرة. ويرى الشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية أن البلوغ بالسن يكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى، كما صرح الشافعية بأنها تحديدية^(٢).

ثانياً: المراد بالعتّه، والفرق بينه وبين الجنون:

في اللغة: نقصان العقل من غير جنون أو دهش^(٣).

وفي الاصطلاح^(٤): آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبها مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين.

عرف ابن عابدين المعتوه بقوله: "هو القليل الفهم، المختلط الكلام، الفاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون".

والفرق بين المعتوه والمجنون، أن المعتوه قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٩٧/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٩٣)، والشرح الصغير على أقرب المسالك (٤/٤٠٤)، وشرح المنهاج (٤/٣٤٦)، ونهاية المحتاج (٦/٣٤٨)، والشرح الكبير (٤/٥١٢ - ٥١٣).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤/٥١٢ - ٥١٤)، ورد المختار على الدر المختار (٥/٩٧، ١١٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٣)، مواهب الجليل (٥/٩٥).

(٣) انظر: المصباح المنير (٢/٣٩٢)، والمحيط في اللغة (١/٧)، والمصباح في اللغة (١/٤٤٥)، [مادة: عته].

(٤) انظر: كشف الأسرار (٤/٢٧٤)، وحاشية ابن عابدين (٣/٢٣٤)، والتقريب والتحبير (٢/١٧٦).

ثالثاً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

هذه المسألة على شقين:

الشق الأول: تزويج الغلام غير البالغ:

اتفق الفقهاء على جواز تزويج الغلام غير البالغ، وأما البالغ فلا يجوز إلا بإذنه اتفاقاً^(١).

واختلفوا فيمن يلي تزويج الغلام غير البالغ:

أ - من غير الوصي.

ب - من الوصي، وتفصيلهما على النحو التالي:

١ - من يلي تزويج الغلام غير البالغ من غير الوصي؟

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز لكل الأولياء تزويج الصغير، بدون إذنه، وله الخيار إذا بلغ.

وهو قول الحنفية وأحمد^(٢).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

● قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣]، ومعناه الآية في نكاح اليتامي، وإنما

يتحقق هذا إذا قيل بجواز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية

أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها، ولا يقسط في صداقها،

فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بمن أعلى سنتهن في الصداق.

● قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ

فِي يَتَمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبْنَ أَنْ يَنْكِحُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٢٧]، قالت

عائشة - رضي الله عنها - : "إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في

نكاحها لدمامتها، ولا يزوجه من غيرهن كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية

فأمر الأولياء بتزويج اليتامي أو بتزويجهم من غيرهم". فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة.

(١) انظر: المغني (٤١٥/٩)، والإجماع لابن المنذر (ص: ٩١).

(٢) المبسوط: (٢١٤/٤)، وشرح فتح القدير (٢٧٦)، والمغني (٤١٥/٩).

- أن اليتيمة هي الصغيرة التي لا أب لها بدليل قوله - ﷺ -: " لا يتم بعد الحلم" (١).
- زوج رسول الله - ﷺ - بنت عمه حمزة - ﷺ - من عمر بن أبي سلمة - ﷺ - وهي صغيرة.
- الآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود، وابن عمر - ﷺ -.
- إنه وليها بعد البلوغ، فيكون وليا لها في حال الصغير كالأب والجد.
- إن الحاجة إلى الكفء ثابتة؛ لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه، وإنما يظفر به في وقت ودون وقت، والولاية لعلة الحاجة، فيجب إثباتها إحرازها لهذه المصلحة، مع أن أصل القرابة داعية إلى أن في هذه القرابة قصورا أظهرناه في إثبات الخيار لها إذا بلغت.
- القول الثاني: لا يجوز تزويج الصغار إلا للأصول.
- وهو قول المالكية والشافعية، وقد اختلفوا في من يتولى تزويجها من الأصول على رأيين: الرأي الأول: ليس لأحد سوى الأب تزويج الصغير والصغيرة، وهو رأي المالكية، واستدلوا على ذلك بالقياس على أنه لا يجوز تزويجها إلا أنهم تركوا القياس في حق الأب للآثار المروية فيه، فبقي ما سواه على أصل القياس.
- الرأي الثاني: ليس لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة، وهو رأي الشافعية. واستدلوا على ذلك بما يلي:
- قوله - ﷺ - : " لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر" (٢)، فقد نفى في هذا الحديث نكاح اليتيمة حتى تبلغ فتستأمر.
- عن عبد الله - ﷺ - قال: توفي عثمان بن مظعون، وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، فخطبت إلى قدامة ابنة عثمان بن مظعون، فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها بالمال،

(١) في إسناد الحديث حرام بن عثمان، قال عنه ابن حزم: ساقط مطرح لا تحل الرواية عنه، المحلي: (٤٩/٨)، وانظر: مسند الحارث "زائد الهيثمي" (٤٣٩/١)، والأشبه أن الحديث في حال صحته موقوف على علي رضي الله عنه فهو أشبه بتعبيره، وقد قال الثوري لراوي الحديث: "يا أبا عروة، إنما هو عن علي موقوف، فأبي عليه معمر إلا عن النبي - ﷺ -"، انظر: مصنف عبد الرزاق: (٤١٦/٦).

(٢) ورد في المسند المستخرج على صحيح مسلم (٨٥/٤)، ورواه أبو داود: (٢٣١/٢)، والنسائي: (٢٨٢/٣).

فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله - ﷺ -، فقال قدامة بن مظعون: " يا رسول الله، أخي أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمها عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة، وإنما حطت إلي هوى أمها"، فقال رسول الله - ﷺ -: "هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها"، قال: "فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة"^(١).

إن مزوج اليتيمة قاصر الشفقة عليها، ولقصور الشفقة لا تثبت ولايته في المال، وحاجتها إلى التصرف في المال في الصغر أكثر من حاجتها إلى التصرف في النفس، فإذا لم يثبت للولي ولاية التصرف في مالها مع الحاجة إلى ذلك؛ فلأن لا يثبت له ولاية التصرف في نفسها أولى.

القول الثالث: للحاكم تزويجه إذا ظهرت منه شهوة.

وهو رأي القاضي أبو يعلى^(٢) من الحنابلة.

قال: " ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري، وإذا لم يكن ثمة شهوة فلا تثبت لغير الأب لأنها ولاية إجبار"^(٣).

والراجع:

أرى أن الأرجح في المسألة هو قول الإمام مالك من أنه لا يتولى زواج الصغار قبل البلوغ إلا آبؤهم؛ لأن الصغار قد يحمل غررا كثيراً، وذلك الغرر لا ينفي إلا بولي وافر الشفقة ووافر العلم بحال موليته، وليس ذلك لغير الأب. والله أعلم.

٢ - هل يلي الوصي تزويج الغلام غير البالغ؟

اختلف الفقهاء في جواز تزويج الوصي للصغير على قولين:

(١) قال في مجمع الزوائد: روى ابن ماجه طرفا منه رواه أحمد ورجاله ثقات، مجمع الزوائد: (٢٨٠/٤)، وانظر: البيهقي:

(١١٣/٧)، الدار قطني: (٢٣٠/٣)، أحمد: (١٣٠/٢).

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء شيخ الحنابلة في وقته. وعالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون. من أهل بغداد. ولاة القائم العباسي قضاء دار الخلافة والحريم وحران وحلوان توفي سنة (٤٥٨هـ). من مؤلفاته: "المجرد" و "الأحكام السلطانية". انظر في ترجمته: طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى (١٩٣/٢ - ٢٣٠)، والأعلام للزركلي (٢٣١/٦).

(٣) المغني (٤١٥/٩).

القول الأول: لا يجوز لغير الولي تزويج الصغير والصغيرة.

وهو مذهب الحنفية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- قوله - رحمته الله -: "لا نكاح إلا بولي"^(١)، والوصي ليس بولي في التزويج.
- قوله - رحمته الله -: "النكاح إلى العصبات"^(٢)، والوصي ليس بعصبة إذا لم يكن من قرابته فهو كسائر الأجانب في التزويج، وإن كان الوصي من القرابة بأن كان عما أو غيره فله ولاية التزويج بالقرابة لا بالوصاية.

القول الثاني: يجوز للوصي أن يزوج الصغير.

وهو قول ابن أبي ليلى، وقال مالك: إن نص في الوصاية على التزويج فله أن يزوجه كما لو وكل بذلك في حياته، وإن لم ينص على ذلك فليس له أن يزوجه، وقال مالك: ووصي الوصي بمنزلة الوصي في النكاح وغيره^(٣)، واستدلوا على ذلك بأن وصي الأب قائم مقام الأب فيما يرجع إلى النظر للمولى عليه بدليل أنه في التصرف في المال يقوم مقامه، فكذلك في التصرف في النفس.

الترجيح:

أرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني. والله أعلم.

الشق الثاني: تزويج الغلام المعتوه:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي للمعتوه، بحسب الحالتين التاليتين:

أ - المعتوه الصغير.

ب - المعتوه البالغ.

وفي المعتوه البالغ اتفقوا أنه لا يجوز تزويج صاحب الجنون المتقطع إلا بإذنه؛ لأنه أمكن أن يتزوج لنفسه فلم تثبت عليه الولاية.

واختلفوا في جواز تزويج الأب للبالغ المعتوه عتياً دائماً.

(١) سبق تخرجه.

(٢) ورد في بعض كتب الحنفية هكذا: "عن علي رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم": قال في الدراية: لم أحده، الدراية: (٦٢/٢)، وذكره في نصب الراية، ولم يشر إلى تخرجه، نصب الراية: (١٩٥/٣)، ولو كان صحيحاً لكان حاجة في أكثر مسائل الولاية في الزواج، ويظهر أنه من الأحكام الفقهية التي حولها البعض إلى أحاديث، كالقاعدة الفقهية المشهورة: "اجعلوا الأخوات مع البنات عصبات".

(٣) المدونة: (٣٣١/٤).

وكلا الحالتين تفصيلهما على النحو التالي:

١ - حكم تزويج المعتوه الصغير:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي للمعتوه الصغير على قولين:

القول الأول: أن لأبيه تزويجه.

وهو قول جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي:

● إنه غير بالغ، فملك أبوه تزويجه، كالعاقل.

● إنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز

تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى.

القول الثاني: لا يجوز لأبيه تزويجه.

وهو قول الشافعية، واستدلوا على ذلك بأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم

حاجته، فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء.

الترجيح:

أرى أن الأرجح في المسألة هو تأخير زواج الصغير مطلقاً، فكيف بالصغير المعتوه؟ أولى.

والله أعلم.

٢ - حكم تزويج البالغ المعتوه عنها دائماً.

واختلفوا على أقوال:

القول الأول: ليس للأب تزويجه بأي حالة من الحالات.

وهو رواية في مذهب أحمد، واستدلوا على ذلك بأنه رجل، فلم يجز إجباره على النكاح

كالعاقل.

القول الثاني: إن طراً عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه، وإن كان مستداماً جاز، وهو قول

زفر.

القول الثالث: أن للأب تزويجه.

وهو قول الجمهور، واختلفوا في اشتراط الحاجة وعدم اشتراطها على رأيين:

الرأي الأول: أن للأب تزويجه مطلقاً مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها، وهو ظاهر كلام

أحمد، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- إنه غير مكلف، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة، فهاهنا أولى.
 - إنه معنى يثبت الولاية، فاستوى طارئه ومستدامه كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله، فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام.
 - إن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ، وربما كان دواء له، ويترجى به شفاؤه، فجاز التزويج له كقضاء الشهوة.
- الرأي الثاني: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة بإتباع النساء ونحوه، وهو مذهب الشافعي، واستدل على ذلك بأن في تزويجه مع عدم حاجته إضراراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في التزامها.

الترجيح:

أرى أن الأرجح في المسألة هو التفريق بين أنواع الحالات التي يكون بها الشخص معتوهاً، فإن كانت حالة المعتوه الصحية تسمح له ولزوجته بحياة عادية، أو قريبة من العادية، وكان في حاجة إلى هذا الزواج فالأولى تزويجه بشرط بيان حاله، وإلا كان ذلك من العيوب التي توجب التفريق، والأولى في تزويجه إن كانت له قدرة على التمييز تعيين من يزوج بها، والتعرف على علامات إذنه أو عدم إذنه، فلا يزوج إلا بإذنه وعلمه.

وأرى أن هذه من المسائل التي يمكن للطبيب أن يتدخل فيها، فالطبيب العدل الخبير هو الذي يمكنه أن يفتي في هذه المسألة بوجوب التزويج أو بعدم وجوبه، بل لو أفتى بجرمة التزويج خوفاً على الزوجة، أو الأولاد، أو صحة المعتوه كان الأخذ بقوله في كل ذلك حتماً لازماً. والله أعلم.

٣ - من يتولى تزويج المعتوه:

اختلف الفقهاء في من يتولى تزويج المعتوه على أربعة أقوال:

القول الأول: إن الغلام الصغير لا يزوجه أحد أبداً حتى يبلغ، فيزوج نفسه، فإن زوجه أبوه أو غيره، فالنكاح مفسوخ.

وهو قول ابن حزم^(١).

(١) انظر: المحلى (٤٤/٩).

واستدل من الكتاب:

بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

فهذه الآية مانعة من جواز عقد أحد إلا أن يوجب نفاذ ذلك نص قرآن أو سنة، ولا نص ولا سنة في جواز إنكاح الأب لابنه الصغير^(١).
ومن المعقول:

منع قياس تزويج الأب لابنه الصغير على تزويجه ابنته الصغيرة فقال: "وأجازته قوم لا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة، والقياس كله باطل، ولو كان القياس حقاً لكان قد عارض هذا القياس قياس آخر مثلهن وهو أنهم أجمعوا على أن الذكر إذا بلغ لا مدخل لأبيه ولا لغيره في إنكاحه أصلاً، وأنه في ذلك بخلاف الأنثى التي له فيها مدخل بإذن وإما بإنكاح وإما بمراعاة الكفاءة، فكذلك يجب أن يكون حكمهما مختلفين قبل البلوغ"^(٢).

القول الثاني: إن لأبيه أو وصيه أو الحاكم تزويجه دون غيرهم.
وهذا ظاهر مذهب المالكية والحنابلة^(٣).

واستدلوا من السنة:

ما روي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه زوج ابنه وهو صغير، فاختصما إلى زيد، فأجازته جميعاً^(٤).

ومن المعقول:

١ - لأن الأب يتصرف في مال ابنه الصغير شرعاً فكذلك تزويجه^(٥).

٢ - الإجماع على ذلك، قال ابن قدامة: "لا نعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه، كذلك ابن المنذر"^(٦).

(١) انظر: المحلي (٤٥/٩).

(٢) انظر: المحلي (٤٤/٩).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٦/٢)، الكافي (٤٣٣/١)، المغني (٣٩٢/٧ - ٣٩٣)، الإنصاف (٥٢/٨ - ٦١)، المبدع (٢٢/٧).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣١/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٣/٧). وقد صحح الألباني إسناده في إرواء الغليل. انظر: إرواء الغليل (٢٢٨/٦).

(٥) انظر: المبدع (٢٢/٧)، كشف القناع (٤٣/٥).

(٦) انظر: المغني (٤١٦/٩).

- ٣ - ومن ألحق الجد بالأب؛ فالأب أب أعلى، وافر الشفقة، تام الولاية كالأب الأدنى.
- ٤ - ومن ألحق الوصي بالأب؛ فلقيامه مقام الأب عند من قال بصحة ولايته في النكاح، فهو بمنزلة وكيه في حياته.
- ٥ - ومن ألحق الحاكم بالأب دون سائر الأولياء؛ فلأن له ولاية عامة في النظر له وحفظ ماله. ومن ألحق سائر الأولياء بالأب وأثبت له الخيار إذا زوجه غير أبيه أو جده؛ فلأن قرابة الولي داعية إلى الشفقة والنظر، والصغير إنما يزوج إذا كان مصلحة له، وجميع الأولياء من أهل الحرص على تحقيق مصلحته إلا أنه لما كان الأب والجد أوفر شفقة من سائر الأولياء لم يجعل له خياراً؛ لوفور شفقتهم، وتام ولايتهما على النفس والمال بخلاف سائر الأولياء^(١).
- ٦ - ولأنه إن بلغ وهو محتاج إلى النكاح وجد قرينة تحته يستمتع بها، وينتفع بخدمتها، وتقوم على حوائجه، فيكون ذلك سكناً له، وإن بلغ وهو غير محتاج إلى النكاح فإن المرأة تكون سكناً له^(٢).

القول الثالث: يزوجه أبوه أو جده دون سائر الأولياء، وكذلك لا يزوجه سلطان ولا وصي. وهذا مذهب الشافعية^(٣).

القول الرابع: إن لأبيه وجده وسائر الأولياء تزويجه.

وهذا مذهب الحنفية إلا أنه زوجه أبوه وجده فلا خيار له عند البلوغ بلا خلاف عندهم^(٤).
الراجح:

أرى أن الراجح - والله أعلم - هو القول القائل بصحة تزويج الأولياء للصغير ولا خيار له إذا بلغ؛ لأن الزواج مصلحة له والولي - وإن بعد - فهو ناظر لهذه المصلحة فمتى ظهرت له المصلحة في تزويج الغير كان إحرازها هو الأولى، ثم إن الأصل في نكاح الأولياء حمله على الصحة ما لم يرق دليل على تخصيص بعضهم دون البعض.

كما أن الإجماع منعقد على صحة إنكاح الأب لابنه الصغير، ولم أجد دليلاً ناهضاً على تخصيصه بذلك دون سائر الأولياء.

(١) انظر: الأم (٢١/٥)، المبسوط (٢١٢/٤ - ٢١٣)، كشف القناع (٤٥/٥ - ٤٦)، المغني (٣٨٢/٧).

(٢) انظر: المجموع (٢٩٣/١٧).

(٣) انظر: الأم (٢١/٥)، روضة الطالبين (٩٥/٧)، نهاية المحتاج (٢٦٣/٦).

(٤) انظر: فتح القدير (٢٤٧/٣)، المبسوط (٢١٢/٤)، تبين الحقائق (١٢١/٢).

فعلى من خصه بذلك أو ألحق به بعض الأولياء دون بعض إقامة الحجة على ذلك، ولن يجد إلا المنع من تزويجه مطلقاً كما قال ابن حزم، أو القول بصحة تزويجه مطلقاً كما قال الحنفية ومن وافقهم، وهو ما رجحته.

رابعاً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

على اختلاف الأقوال لم يتقدم الحاكم بولايته العامة على أصحاب الولاية الخاصة لا في تزوج الغلام غير البالغ ولا في تزويج المعتوه وذلك؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المطلب الحادي عشر: تنتقل الولاية إلى الحاكم إذا عضل الولي موليته:

أولاً: المراد بالعضل:

العضل في اللغة من: عضل الرجل حرمة عضلاً - من باب قتل وضرب - منعها التزويج، وعضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل بهم المكان: ضاق، وأعضل الأمر: اشتدّ، ومنه: داءً عضال، أي: شديد^(١).

وقد استعمل الفقهاء العضل في النكاح بمعنى منع التزويج، قال في المغني^(٢): "معنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه". وكذلك استعملوا العضل في الخلع بمعنى: الإضرار بالزوجة. قال في المغني أيضاً^(٣): "إن عضل زوجته، وضارّها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك؛ لتفتدي نفسها منه، ففعلت فالخلع باطل والعود مردود".

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

الأصل أن عضل الولي - من له ولاية تزويج - لموليته من الزواج بكفاء حرام باتفاق الفقهاء؛ لأنه ظلم، وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزوج بمن ترضاه، وذلك؛ لنهي الله تعالى عنه في قوله مخاطباً الأولياء: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ويباح عضل الولي إذا كان مراعاة مصلحة المرأة كأن تطلب المرأة النكاح من غير كفاء فيمتنع عن تزويجها؛ لمصلحتها، ولاشك في إباحة هذا النوع من العضل^(٤).

(١) انظر: المصباح المنير (٢١٤/٦٧)، ولسان العرب (٤٥١/١١).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١٥٣/٣)، والمغني (٤٧٧/٦).

(٣) المغني (٥٤/٧ - ٥٥).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٣١٥/٢ - ٣١٦)، وحاشية الدسوقي (٢٣١/٢ - ٢٣٢)، وتفسير القرطبي (١٥٨/٢) و (٩٤/٥)، وأحكام القرآن لابن العربي (١٩٤/١، ٢٠١)، ومغني المحتاج (١٥٣/٣)، ونهاية المحتاج (٢٢٩/٦)، وكشاف القناع (٥٤/٥ - ٥٥، ٢١٣)، والمغني (٤٧٧/٦)، (٥٤/٧ - ٥٥).

واتفق الفقهاء على أنه إذا دعت المرأة الولي إلى تزويجها من كفاء، أو خطبها كفاء، وامتنع الولي من تزويجها دون سبب مقبول فإنه يكون عاضلاً، ولا يعتبر الولي عاضلاً إذا امتنع من تزويجها من غير كفاء. لكن قال المالكية: إن الأب المجبر لا يعتبر عاضلاً برّد الخاطب - ولو تكرّر ذلك-؛ لما جبل الأب عليه من الحنان والشفقة على ابنته، ولجلهها بمصالح نفسها، إلا إذا تحقق أنه قصد الإضرار بها.

ولو ادعت المرأة كفاءً وأراد الولي تزويجها من كفاءٍ غيره فعند المالكية وهو قول الشافعية في الأصح: "كفاء الولي أولى إذا كان الولي مجبراً؛ لأنه أكمل نظراً منها، فإن لم يكن الولي مجبراً فالمعتبر من عينته".

وعند الحنابلة وهو مقابل الأصح عند الشافعية: "يلزم الولي إجابتها إلى كفاءها إعفافاً لها، فإن امتنع الولي عن تزويجها من الذي أرادته كان عاضلاً"، وهو رأي للحنفية كما قال ابن عابدين^(١). وذهب الفقهاء إلى أنه إذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره. لكن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية.

ثالثاً: أقوال العلماء في مسألة من تنتقل إليه الولاية إذا عضل الولي موليته:

القول الأول: إن الولاية تنتقل إلى الحاكم.

وهذا قول الجمهور من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وفي رواية عن أحمد^(٥).

لكن ذلك مقيد عند الشافعية بما إذا كان العضل دون ثلاثة مرات.

(١) انظر: لكل ما سبق: حاشية ابن عابدين (٣١٥/٢ - ٣١٦)، وحاشية الدسوقي (٢٣١/٢ - ٢٣٢)، ومغني المحتاج

(٢/٣ - ١٥٤)، وكشاف القناع (٥٤/٥ - ٥٥)، والمغني (٤٧٧/٦ - ٤٧٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٥١/٢ - ٢٥٢)، والمبسوط (٢٢١/٤).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٣١٥/٢ - ٣١٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣١/٢ - ٢٣٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج (١٥٣/٣)، ونهاية المحتاج (٢٢٩/٦).

(٥) انظر: كشاف القناع (٥٤/٥ - ٥٥)، والمغني (٤٧٦/٦ - ٤٧٧).

القول الثاني: إنه إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد. وهذا هو المذهب عند الحنابلة، نص عليه أحمد^(١)، وقال به ابن عبد السلام^(٢) من المالكية^(٣).

رابعاً: أدلة القولين ومناقشتها:

استدل الجمهور بقول النبي - ﷺ -: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"^(٤)؛ لأن الولي قد امتنع ظلماً من حق توجب عليه، فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه.

ونوقش الحديث "فالسلطان ولي من لا ولي له": بأنه ضمير جمع يتناول الكل. واستدل أصحاب القول الثاني بأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن؛ ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم. وقال ابن عبد السلام من المالكية: إنما يزوجه الحاكم عند عدم الولي غير العاضل، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد؛ لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم، فينتقل الحق للأبعد، وأما الحاكم فلا يظهر كونه وكياً له إلا إذا لم يظهر منه امتناع، كما لو كان غائباً.

خامساً: الترجيح:

أرى أن الراجح يعود إلى الأصلح للمعضول - المولى عليها - فإن كان الأصلح هو الحاكم؛ لرفع الظلم عنها قدم الحاكم، وإن كان الأبعد من أولياءها فهو أولى. والله أعلم.

سادساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

الأصل أن ولاية ولي المولى عليها أقوى من غيره؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، ولكن انتقلت منه لغيره؛ بسبب عضله، وإلا فإن الأصل أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(١) المرجع السابق.

(٢) هو أبو الحسن علي بن هبة الله بن عبد السلام بن عبد الله بن يحيى البغدادي الكاتب، ولد سنة اثنتين وخمسين وأربع مئة. قال السمعاني: شيخ كبير من بيت الرئاسة والتقدم، واسع الرواية، صاحب أصول حسنة مليحة، سمع بنفسه، وأكثر، ونقل، وجمع أكثر سماعه بقراءة ابن الخاضبة، قرأ عليه الكثير، وكان ينحدر إلى واسط من جعة الخليفة على الأعمال التي بها توفي سنة (٥٣٩هـ). انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (١٤٧/٢٠).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٢/٢).

(٤) سبق تخرجه.

المطلب الثاني عشر: للحاكم أن يعترض على ولي القاصرة إذا زوجها:

أولاً: المراد بالقاصرة:

القاصرة في اللغة: يقال امرأة قاصرة الطرف خجلة حبيبه، وفي التنزيل الحكيم: ﴿وَعِنْدَهُمْ قَصْرَتُ الْأَطْرَفِ عَيْنٌ﴾ [الصفات: ٤٨]، والفتاة التي لم تبلغ سن الرشد قاصرة.

والمعنى الاصطلاح ليس بعيداً عن اللغوي، فالقاصرة: البكر التي لم تبلغ سن الرشد^(١).
ثانياً: أجمع أهل العلم على أن إنكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء^(٢). ولم يخالف في ذلك إلا ابن شبرمة^(٣)، وعثمان البتي^(٤)، والأصم^(٥)، فقد نقل عن ابن شبرمة أنه قال بعدم صحة تزويج الأب ابنته التي لا يوطأ مثلها، ونقل عنه، وعن عثمان البتي، وأبي بكر الأصم المعتزلي أنهم قالوا: "لا يجوز للأب إنكاح ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن"^(٦).

(١) المعجم الوسيط (٢/٧٣٩).

(٢) حكي إجماع العلماء على ذلك الإمام أحمد. انظر: مسائل أحمد رواية ابنه صالح (٣/١٢٩)، والمروزي في اختلاف العلماء (ص: ١٢٥)، وابن المنذر في الإجماع (ص: ٩١)، وابن عبد البر في التمهيد (١٩/٩٨)، والبعوي في شرح السنة (٩/٣٧)، والموفق ابن قدامة في الكافي (٣/٢٦)، والنووي في شرح صحيح مسلم (٩/٢٠٦)، والحافظ ابن حجر في فتح الباري (١٢/٣١٩)، والرملي في تحاية المحتاج (٦/٢٢٨)، والشقيطي في مواهب الجليل (٣/٢٧)، إجماع الصحابة على صحة تزويج الأب الصغيرة. وحكي الزركشي في شرح مختصر الخرقني (٥/٧٨)، وابن أبي عمر في الشرح الكبير (٤/١٧٤)، والمرداوي في الإنصاف (٨/٥٤)، إجماع العلماء على أن للأب أن يزوج ابنته التي لم تبلغ تسع سنين بغير إذنها، بشرط أن يزوجها من كفاء. وهذا الإجماع إنما هو في حق من لم تبلغ تسع سنين - كما ذكر الزركشي وغيره - أما من بلغت تسع سنين فقد ذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يجوز لأبيها أن يزوجها بغير إذن، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر مسائل أحمد رواية ابنه عبد الله (ص: ٣٢٦)، الإفصاح (٢/١١٢)، المغني (٦/٤٩٠).

(٣) هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل الضبي، أبو شبرمة، الكوفي، الفقيه، وكان ثقة في الحديث، ولم يكن من المكثرين منه، له نحو من ستين أو سبعين حديثاً، وهو من صغار التابعين، توفي سنة (١٤٤هـ). انظر ترجمته: سير أعلام النبلاء (٦/٣٤٧-٣٤٩).

(٤) هو عثمان بن مسلم - وقيل: ابن أسلم، وقيل ابن سليمان - البتي، الكوفي ثم البصري، الفقيه، كان قليل الحديث، قال في التقريب: "صدوق، عابوا عليه الإفتاء بالرأي"، وهو من صغار التابعين. توفي سنة (١٤٣هـ). انظر ترجمته: التقريب (٢/١٤).

(٥) هو أبو بكر الأصم شيخ المعتزلة، وكان فيه ميل عن الإمام علي بن أبي طالب - عليه السلام -، فهو معتزلي، ناصبي. توفي سنة (٢٠١هـ). له مؤلفات كثيرة، منها: "خلق القرآن". انظر ترجمته: سير أعلام النبلاء (٩/٤٠٢).

(٦) انظر: المحلي (٩/٤٥٩)، والمبسوط (٤/٢١٢)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/٣٤٦)، وبداية المجتهد (٦/٣٦٧).

وخلاف هؤلاء في هذه المسألة خلاف شاذ، لا يعتد به؛ لأنه لا دليل عليه، ولمخالفته الكتاب والسنة، وما روي عن أكابر الصحابة، ولمخالفته النظر الصحيح.
فالدليل من القرآن الكريم:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي بَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ^٤﴾ [الطلاق: ٤].

فجعل سبحانه للآئي لم يحضن - وهن الصغيرات - زواجاً وطلاقاً وعدة؛ إذ العدة لا تكون إلا بعد فراق، والفراق لا يكون إلا بعد زواج.

٢ - ويقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنًا وَتِلْكَ وَرِيعٌ^٥ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ^٦﴾ [النساء: ٣].

قالت أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - في تفسير هذه الآية عندما سأها عنها ابن أختها عروة بن الزبير: "يا ابن أختي، هي اليتيمة تكون في حجر وليها، تشاركه في ماله، فيعجبه مالها وجمالها، فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن، ويلغوا بمن أعلى سنتهن في الصداق" (١).

فقولها رضي الله عنها: "فيريد أن يتزوجها... فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن"، يدل على مشروعية زواج الصغيرة التي لم تبلغ، إذ لم يتم بعد البلوغ، وإنما يتم ما كان قبل البلوغ.

٣ - ويقول الله عز وجل: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ^٧﴾ [النساء: ١٢٧].

قالت أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - : "هي اليتيمة تكون في حجر الرجل قد شركته في ماله، فيرغب عنها أن يتزوجها، ويكره أن يزوجه غيرها، فيدخل عليه في ماله فيحبسها، فنهاهم الله عن ذلك" (٢).

(١) أخرجه البخاري (١٩٤٩/٥)، برقم (٤٧٧٧).

(٢) المرجع السابق.

وأما الدليل من السنة:

حديث عائشة -رضي الله عنها- : " أن النبي - ﷺ - تزوجها وهي بنت ست سنين، وبني بها وهي بنت تسع سنين" (١).

وأما الإجماع: فقد انعقد على جواز تزويج الصغيرة البالغة.

قال ابن قدامة في "المغني" (٢) : "أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها". وقال في الإجماع (٣): "أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها".

وأما أعمال الصحابة: فالآثار الدالة على اشتهاار الزواج المبكر بينهم من غير نكير كثيرة، فلم يكن ذلك خاصاً بالنبي - ﷺ - كما يتوهمه بعض الناس، بل هو عام له ولأمته، نذكر طرفاً منها:

١ - زوج علي بن أبي طالب - ﷺ - ابنته أم كلثوم من عمر بن الخطاب - ﷺ -، وقد ولدت له قبل موت النبي - ﷺ -، وتزوجها عمر - ﷺ - وهي صغيرة لم تبلغ بعد (٤).

٢ - عن عروة بن الزبير - ﷺ - : "أن الزبير - ﷺ - زوج ابنة له صغيرة حين ولدت" (٥). وقد اعترض ابن شبرمة على الاستدلال بحديث عائشة السابق بأن ذلك من خصائصه - ﷺ - (٦).

ويمكن أن يجاب عن اعتراضه بأن الأصل في أقواله وأفعاله - ﷺ - أنه تشريع لأمته، إلا إذا جاء دليل يدل على أن هذا الأمر خاص به - ﷺ -؛ لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ [الأحزاب: ٢١]، ولا دليل على أن هذا الحكم خاص به - ﷺ -، وعلى هذا فيكون عاماً في حقه - ﷺ - وفي حق غيره (٧)، ولو كان خاصاً به - ﷺ -

(١) أخرج في صحيح البخاري (٣١٥/٢)، برقم (٤٨٤١)، وصحيح مسلم (٣١٥/٢)، برقم (١٤٢٢).

(٢) المغني (٤٩٠/٦).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص: ٩١).

(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف، وابن سعد في "الطبقات".

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه.

(٦) المحلي (٤٥٩/٩)، فتح الباري (١٩٠/٩).

(٧) المحلي (٤٦٠/٩).

ما فعله بعض الصحابة - ﷺ - (١).

وأما مخالفته للنظر الصحيح فإنه من المعلوم أن الكفء عزيز وجوده، وقد يكون هناك حاجة ماسة للصغيرة تقتضي تزويجها في وقت من الأوقات، كأن تكون في زمان أو مكان كثرت فيه الفتن، أو يكون والدها فقيراً معدماً، أو عاجزاً عن الكسب، أو عن رعاية أسرته لأي سبب من الأسباب، فتحتاج الصغيرة إلى من يحفظها ويصونها وينفق عليها.

ولذلك، فإنه من المصلحة للصغيرة أن يعطى من لديه الحرص على مصلحتها والشفقة عليها كأبيها الحق في تزويجها من يرى أن مصلحتها في الزواج منه، وعدم تضييع وتفويت الكفء الذي لا يوجد في كل وقت، والذي يحصل لها غالباً بزواجها منه مصالح كثيرة في حاضرها ومستقبلها في دينها ومعيشتها وغير ذلك (٢).

ثالثاً: حكم تزويج القاصرة من غير الأكفاء أو بأقل من صداق المثل:

اختلف الفقهاء في ما لو زوج الأب ابنته الصغيرة ممن لا يكافئها، أو بأقل من مهر المثل :
القول الأول: جواز ذلك.

وهو قول الحنفية (٣)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- إن رسول الله - ﷺ - تزوج عائشة - رضي الله عنها - على صداق خمس مئة درهم (٤)، زوجها منه أبو بكر - ﷺ -، ومعلوم أن ذلك لم يكن صداق مثلها، وقد ثبت أن رسول الله - ﷺ - تزوج عائشة وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، وتوفي عنها وهي بنت ثماني عشرة سنة (٥).

(١) فتح القدير لابن الهمام (٢٧٤/٣).

(٢) المبسوط (٢١٢/٤، ٢١٣)، والمستصفى (٢٨٩/١، ٢٩٠).

(٣) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى: (٩٧/٤)، الفتاوى الهندية (٢٩١/١).

(٤) رواه مسلم (١٠٤٢/٢)، والحاكم (٢٣/٤).

(٥) قال في مصباح الزجاجة: هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع فأبو عبيدة لم يسمع من أبيه قاله شعبة وأبو حاتم وابن حبان في الثقات والترمذي في الجامع والمزي في الأطراف وغيرهم وله شاهد من حديث عائشة رواه النسائي في الصغرى وغيره، انظر: مصباح الزجاجة: (١٠٢/٢).

- إن علياً - عليه السلام - تزوج فاطمة - رضي الله عنها - بأقل من صداق مثلها، فعن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: "ما استحل علي فاطمة رضي الله عنهما إلا ببدن من حديد"^(١).
- إن النكاح يشتمل على مصالح، وأغراض، ومقاصد جمّة، والأب وافر الشفقة، ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فالظاهر أنه إنما قصر في الكفاءة والصداق؛ ليوفر سائر المقاصد عليها، وذلك أنفع لها من الصداق والكفاءة، فكان تصرفه واقعا النظر، فيجوز كالوصي إذا صانع في مال اليتيم جاز ذلك؛ لحصول النظر في تصرفه.
- إنه لم يحق للمرأة تزويج نفسها من غير كفاء؛ لأنها سريعة الانخداع، ضعيفة الرأي متابعة للعاطفة عادة، فيكون تقصيرها في الكفاءة والصداق لمتابعة الهوى، لا لتحصيل سائر المقاصد، زيادة على ذلك أن سائر المقاصد تحصل لها دون الأولياء، وبسبب عدم الكفاءة والنقصان في الصداق يتغير الأولياء، وليس بإزاء هذا النقصان في حقهم ما يكون جابراً، فلهذا يثبت لهم حق الاعتراض.

القول الثاني: عدم جواز ذلك.

وهو قول أبي يوسف ومحمد^(٢)، واستدلوا على ذلك بالقياس، ووجه الاستدلال به كما يلي:

- إن ولاية الأب مقيدة بشرط النظر، ومعنى الضرر في هذا العقد ظاهر، فلا يملكها الأب بولايته كما لا يملك البيع والشراء في ماله بالغبن الفاحش.
- إنه لو زوجت هي نفسها من غير كفاء أو دون صداق مثلها يثبت حق الاعتراض للأولياء، فهذا أولى.

الترجيح:

أرى أن الأرجح في المسألة هو جواز تزويج الأب لابنته الصغيرة إذا دعت الضرورة لذلك بشرط تحقق الكفاءة، كما أوضح الإجماع في المسألة السابقة، أما مهر المثل فلا يشترط؛ لأن المهر ليس من الأسس التي يقوم عليها الزواج بخلاف الكفاءة. والله أعلم.

(١) البيهقي: (٢٣٤/٧).

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى: (٩٧/٤)، الفتاوى الهندية: (٢٩١/١).

رابعاً: بناءً على ما سبق: "هل للحاكم أن يعترض على ولي القاصرة إذا زوجها" ؟
إن كان زوجها وليها بكفء فإجماعاً - كما سبق - لا يحق للحاكم الاعتراض عليه، ولكن لو
زوجها لغير الكفء فإنه يحق للحاكم الاعتراض عليه ولا يملك فسخ نكاحها؛ لتنفيذ نكاح وليها
الخاص.

خامساً: علاقة هذه المسألة بالقاعدة:

لم يكن للحاكم حق الاعتراض على الولي الخاص إذا زوج القاصرة بكفء أو الفسخ للنكاح
إذا زوج الولي الخاص القاصرة بغير الكفء وذلك؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المبحث الثالث: الطلاق والإيلاء

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: ليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه، سواءً كان ممن يملك التزويج كوصي الأب والحاكم ، أو لا يملكه .
المطلب الثاني: إن المُوَلِّي إذا اَمْتَنَعَ من الفَيْئَةِ بعد التبرص أمر بالطلاق ، وإن امتنع من الطلاق طَلَّقَ الحاكم عليه .

توطئة :

أولاً : تعريف الطلاق :

الطلاق في اللغة : الحل ورفع القيد ، وهو مصدر طلق - بفتح اللام وضمها - يقال : طلقت المرأة من زوجها طلاقاً دون هاء : أي بانت ، وروي بالهاء (طالقة) إذا بانت من زوجها ، ويرادفه الإطلاق ، يقال : طلقت وأطلقت بمعنى سرحت ، وقيل : الطلاق للمرأة إذا طلقت ، والإطلاق لغيرها إذا سرح ، فيقال : طلقت المرأة وأطلقت الأسير ، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق ، فقالوا : "بلفظ الطلاق يكون صريحاً ، ولفظ الإطلاق يكون كناية" .

وجمع طالق: طُلُق ، وطالقة تجمع على: طواق ، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مطلقاً، ومطلقاً^(١).

والطلاق في عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه^(٢).

أو كما قال الحنابلة : حل قيد النكاح أو بعضه - أي بعض قيد النكاح - إذا طلقها طلقة رجعية^(٣) ، والصلة بينهما أن الطلاق حل لقيد النكاح .

(١) انظر : المصباح المنير (٤٢٣/٥) ، والقاموس المحيط (١٦٥٢/١) ، والدر المختار (٢٢٦/٣) .

(٢) الدر المختار (٢٢٦-٢٢٧/٣) ، وانظر الشرح الكبير (٣٤٧/٢) ، والمغني (٢٩٦/٧) ، ومغني المحتاج (٢٧٩/٣) .

(٣) كشاف القناع (٢٣٢/٥) .

ثانياً : تعريف الإيلاء :

الإيلاء في اللغة: الحلف ، من آلى على كذا يُؤلى إيلاءً وألية ، إذا حلف على فعل شيء أو تركه، سواء أكان على ترك قربان الزوجة أم على شيء آخر .^(١)

والإيلاء في الاصطلاح :

يعرفه الحنفية : أن يحلف الزوج بالله - ﷻ - ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها ، ألا يقرب زوجته أربعة أشهر أو أكثر ، أو أن يعلق على قربانها أمراً فيه مشقة على نفسه ، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو ستة ، أو يقول : والله لا أقربك أبداً ، أو مدة حياتي ، أو والله لا أقربك ولا يذكر مدة ، وهذه صورة الحلف بالله تعالى ، أما صورة التعليق فهو أن يقول : إن قربتك فله علفي صيام شهر ، أو حج ، أو إطعام عشرين مسكيناً ، ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس ، فإذا قال الزوج شيئاً من هذا اعتبر قوله إيلاءً . أما إذا امتنع الرجل من قربان زوجته دون يمين فإنه لا يكون إيلاء ، ولو طال مدة الامتناع حتى بلغت أربعة أشهر أو أكثر، بل يعتبر سوء معاشرة يتيح لزوجته طلب الفرقة عند بعض الفقهاء ، إذا لم يكن هناك عذر يمنع من قربانها . وكذلك لو حلف الزوج بغير الله - ﷻ - كالنبي والولي ألا يقرب زوجته فإنه لا يكون إيلاءً ؛ لأن الإيلاء يمين ، والحلف بغير الله - ﷻ - ليس يميناً شرعاً^(٢) .

ومثل هذا لو علق الرجل على قربان زوجته أمراً ليس فيه مشقة على النفس كصلاة ركعتين أو إطعام مسكين لا يكون إيلاءً .

وكذلك لو كانت المدة التي حلف على ترك قربان الزوجة فيها أقل من أربعة أشهر لا يعتبر

إيلاءً، وذلك؛ لقول الله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

رَحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ [البقرة: ٢٢٦] .

وقد وافق الحنفية - في أن الإيلاء يكون بالحلف بالله وبالتعليق - المالكية ، والشافعي في

الجديد ، وأحمد بن حنبل في رواية .

وخالف في ذلك الحنابلة في الرواية المشهورة ، فقالوا : الإيلاء لا يكون إلا بالحلف بالله ، أما

تعليق الطلاق، أو العتق، أو المشي إلى بيت الله - ﷻ - على قربان الزوجة فإنه لا يكون إيلاءً؛

(١) المصباح المنير (١/١٢٠) ، ومختار الصحاح (١/٢٠) .

(٢) لقول النبي - ﷺ - : " من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت " ، أخرجه مسلم (٣/١٢٦٧) .

لأن الإيلاء قسم ، والتعليق لا يسمى قسماً شرعاً ولا لغة ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ، ولا يجاب بجوابه ، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم ، وعلى هذا لا يكون إيلاء^(١).

المطلب الأول : ليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه ، سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الأب والحكم ، أو لا يملكه :

أولاً : المسألة :

أ- تَكْيِيفُهَا : حيث إنها تكون بهذه الصورة : (هل لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه؟)
ب- ذكر في المغني^(٢) : " لا نعلم في هذا خلافاً " أي: لا يجوز لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه.

وقال في المدونة^(٣) : " قلت : أيجوز أن ينكح الوصي أو يطلق عليه أحد من الأولياء سوى الأب ؟ قال : لم يقل لي مالك إنه يجوز إلا الأب " .

ثانياً : علاقة هذه المسألة بالقاعدة :

المسألة ذكرت أنه ليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه وذلك؛ لولايته الخاصة بناءً على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٧١/٣) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٧/٢) ، ومغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، والمغني (٣٢٥-٣٢٣/١٠) .

(٢) المغني (٤٢١/٩) .

(٣) المدونة الكبرى لمالك المدني (٢٥٥/٢) .

المطلب الثاني : إن المُولِي إذا اَمْتَنَعَ من الفَيْئَةِ بعد التربص أمر بالطلاق ، وإن امتنع من الطلاق طَلَّقَ الحاكمُ عليه :

أولاً : معنى الفَيْئَةِ ومعنى التربص :

أ- الفَيْئَةُ في اللغة : الرجعة ، ويقال : فاء إلى الله فَيْئَةً حسنة : تاب توبة حسنة ، والحين يقال : جاء بعد فَيْئَةٍ والطير يهاجر ويعود في مواسم له ^(١) .

وفي الاصطلاح : نقل عن ابن المنذر ^(٢) قوله : أجمع كل من نحفظه عنه من أهل العلم على أن الفئ: الجماع، كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي ، وابن مسعود، وأصحاب الرأي، وغيرهم ، قال في كشف القناع : سمي جماع المولى فَيْئَةً؛ لأنه رجوع إلى فعل ماترك بحلفه من الفئ - وهو الظل بعد الزوال-؛ لأنه رجع من المغرب إلى المشرق ^(٣) .

ب- والتربص في اللغة : الترقب والانتظار ، رَئِصَ الشيء رَئِصاً وتربص به: انتظر به خيراً أو شراً . مصدر : تربص ، وهو مقلوب التبصر .

قال الشاعر :

تربص بها ريب المنون لعلها تطلق يوماً أو يموت حليلها
والمتربص : المحتكر ^(٤) .

وليس المعنى الاصطلاحي ببعيد عن المعنى اللغوي .

(١) المعجم الوسيط (٧٠٧/٢) .

(٢) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، ويكنى أبا بكر ابن المنذر ، ومشهور بابن المنذر ، كان المفسر المدقق ، والمحدث الثقة والراوي لآثار الصحابة - رضوان الله عليهم - في الفقه وآراء التابعين ، وأئمة المجتهدين مع عرض أدلتهم والموازنة بينها ، فترجحت له بالتحقيق الآراء ، فلا يلتزم التقيد في الاختيار بمذهب أحد بعينه ، ولا يتعصب لأحد ولا على أحد - على عادة أهل الخلاف - بل يدور مع ظهور الدليل ودلالة السنة الصحيحة يقول بما مع من كان قال الإمام الذهبي عنه : " شيخ الحرم ، وصاحب الكتب التي لم يصنف مثلها ككتاب الإجماع وغير ذلك ، وكان غاية في معرفة الاختلاف والدليل وكان مجتهداً لا يقلد أحداً " ، توفي بمكة المكرمة سنة ٣١٨ هـ ، من مؤلفاته : " الإجماع " و " إثبات القياس " ، انظر في ترجمته : من مقدمة كتاب ابن المنذر " الإجماع " ، محققه د. فؤاد عبد المنعم أحمد .

(٣) انظر : المغني (٣٨/١١) ، وكشاف القناع (٤٩٠/١٨) .

(٤) انظر : البحر المحيط (٣٨٣/٢) ، ولسان العرب (٣٩/٧) ، والصحاح في اللغة (٢٣٦/١) .

ثانياً : تحرير محل النزاع في هذه المسألة :

أ- ليس للحاكم أن يأمر المولى بالطلاق إلا أن تطلب المرأة ذلك ، ولا أن يطلق عليه إلا أن تطلب المرأة ذلك من الحاكم ؛ لأنه حق لها فلا تستوفيه دون طلبها ^(١) .

ب- إذا طلق المولى الممتنع من الفيئة وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة؛ لأنه يحصل الوفاء بحقها، ويفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره ^(٢) .

ج- إن امتنع المولى من الفيئة بعد التبرص وامتنع من الطلاق ، فهل يطلق الحاكم عليه؟

ثالثاً : أقوال العلماء في هذه المسألة :

القول الأول : طلق الحاكم عليه .

وهو قول مالك ^(٣) ، والشافعي في الجديد ^(٤) ، ورواية عن أحمد ^(٥) .

القول الثاني : لا يطلق الحاكم عليه .

وهو قول الشافعي في القديم ^(٦) ، ورواية أخرى عن أحمد ^(٧) .

القول الثالث : إن الطلاق يقع بعد مضي المدة من غير فيء .

وهو ما ذهب إليه الحنفية ^(٨) .

رابعاً : أدلة الأقوال :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين ، فعلى هذا يطلق عليه .

قال في نهاية المحتاج ^(٩) : " إذ لا سبيل إلى دوام ضررها ولا إجباره على الفيئة؛ لعدم دخولها

(١) المغني (٤٦/١١) ، وكشاف القناع (٣٦٧/٥-٣٦٨) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بداية المجتهد (١٠٨/٢) .

(٤) المجموع (٣٣٠/١٧) .

(٥) المغني (٤٦/١١) .

(٦) المجموع (٣٣٠/١٧) .

(٧) المغني (٤٦/١١) .

(٨) بدائع الصنائع (١٧٦/٣) .

(٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (٨٠/٧-٨٢) .

تحت الإيجاب ، والطلاق يقبل النيابة فناب فيه عنه الحاكم عند الامتناع كما يزوج عن العاضل".
 واستدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بقوله - ﷺ - : " الطلاق لمن أخذ بالساق "(١)،
 "(١)، فليس لغير الزوج ذلك ، ولأن ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه في
 الاختيار ، كما لو أسلم وتحتة أختان ، فعلى هذا يجبس ويضيق عليه حتى يطلق أو يفئ.
 واستدل إلى ما ذهب إليه الحنفية بأنه بالإيلاء عزم على منع نفسه من إيفاء حقها في الجماع
 في المدة وأكد العزم باليمين ، فإذا مضت المدة ، ولم يفئ إليها مع القدرة على الفئ فقد حقق العزم
 المؤكد باليمين بالفعل ، فتأكد الظلم في حقها ، فتبين منه عقوبة له جزاءً على ظلمه ومرحمة عليها،
 ولايمهل ؛ لأن الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر وإمهاله يوجب الزيادة على المدة المنصوص
 عليها .

ونوقش هذا بقوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءَ وَإِنَ اللَّهُ غَفُورٌ

رَحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ [البقرة: ٢٢٦].

وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر ؛ لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ، ثم قال

تعالى : ﴿وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٧]، ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى
 عزم عليه . (٢)

خامساً : الترجيح :

أرى أن ما ذهب إليه القول الأول هو الراجح؛ لوجهة تعليلهم ، وأيضاً لأن فيه تعجيل رفع
 الظلم والضرر عن الزوجة إذ الأمر يفصل به عند الحاكم في اللحظة . والله أعلم.

سادساً : علاقة هذه المسألة بالقاعدة :

الأصل أن ولاية الطلاق للزوج أو من أنابه، وولايته في ذلك ولاية خاصة وبالتالي فإن الولاية
 الخاصة أقوى من الولاية العامة، ولكن انتقلت منه لغيره بسبب امتناعه عن الفيئة أو الطلاق ولرفع
 الظلم عن الزوجة، وإلا فإن الأصل أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٧٠/٧)، ورقمه (١٤٩٥٦) .

(٢) انظر : بداية المجتهد (١٠٨/٢) ، والأم (٢٦٩/٥-٢٧١) .

الفصل الثاني

تطبيقات القاعدة في فقه الجنايات

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : للولي استيفاء القصاص، أو الصلح على المال، أو العفو مجاناً ، وليس للحاكم العفو مجاناً .

المبحث الثاني : إذا كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشاحوا في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم ، وإن لم يتفقوا منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا ، ولم يجز للحاكم التولي عنهم .

المبحث الثالث : إذا قتل قتيل وكان الوارث واحداً صغيراً فالقصاص له وليس للحاكم استيفاؤه .

المبحث الأول : للولي استيفاء القصاص، أو الصلح على المال،

أو العفو مجاناً ، وليس للحاكم العفو مجاناً

أولاً : المراد بالقصاص :

القصاص من القص ، وهو في اللغة بمعنى القطع .
والقصاص في الشرع هو القود ، وهو أن يفعل بالجاني مثل ما فعل ^(١) . فإذا قَتَلَ قَتِيلَ مثله، وإذا جَرَحَ جُرْحَ مثله .

ثانياً : معنى العفو وشروطه :

من معاني العفو : الحو، والإسقاط، وترك المطالبة ، يقال : عفوت عن فلان إذا تركت مطالبته بما عليه من الحق، ومنه قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ [آل عمران: ١٣٤]، أي التاركين مظالمهم عندهم لا يطالبونهم بها ^(٢) . فالعفو الذي يستعمل في ترك الحق مساو للإسقاط في المعنى ، إلا أن العفو على إطلاقه أعم؛ لتعدد استعمالاته .

ومعنى العفو عند الحنفية والمالكية ^(٣) : هو إسقاط القصاص مجاناً ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو صلح لا عفو ؛ لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية، فلا تثبت الدية عندهم إلا بتراضي الفريقين أي الولي والقاتل ، وليس للولي إلا أن يقتص أو يعفو عن غير ديته إلا أن يرضى القاتل بإعطاء الدية .

والعفو عند الشافعية والحنابلة ^(٤) : هو التنازل عن القصاص مجاناً ، أو إلى الدية ، وولي الدم بالخيار: إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ الدية ، رضي القاتل أم لم يرض ، عملاً بحديث أبي هريرة :

(١) التعريفات للجرجاني (١٣٤/١) ، والمصباح المنير .

(٢) المصباح المنير مادة (عفو) ، وشرح غريب المهذب (٦٧/١) ، والمغني (٦٥٩/٥) ، ط الرياض ، شرح منتهى الإرادات (٢٨٨/٣) ، والبدائع (١٢٠/٦) .

(٣) تبين الحقائق (١٠٧/٦) وما بعدها ، البدائع (٢٤٧/٧) ، بداية المجتهد (٣٩٤/٢) ، الشرح الصغير (٣٦٨/٤) ، الشرح الكبير (٢٦٢/٤) وما بعدها .

(٤) مغني المحتاج (٤٩/٤) ، كشاف القناع (٣٦٦/٥) .

" من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين: بين أن يأخذ الدية ، وبين أن يعفو " (١).

شروط العفو : يشترط شرطان في العفو : (٢)

١- أن يكون العافي بالغاً عاقلاً ، فلا يصح عفو الصبي والمجنون ؛ لأنه تصرف ضار بهما ضرراً محضاً فلا يملكه كالطلاق والهبة .

٢- أن يصدر العفو من صاحب الحق فيه ؛ لأن العفو إسقاط الحق، وإسقاط الحق لا يقبل ممن لا حق له .

وصاحب الحق في العفو هو: الورثة رجالاً ونساءً عند الجمهور، والعاصب الذكر عند المالكية، ومن لاحق له في العفو هو: الأجنبي غير الوارث عند الجمهور ، وغير العاصب عند المالكية .

ثالثاً : تحرير محل النزاع في المسألة :

اتفق الفقهاء على أنه إذا كانت الجناية على ما دون النفس فإن مستحق القصاص هو المجني عليه ؛ لأنه صاحب الحق . كما اتفقوا أيضاً على أن الحق في استيفاء القصاص، والعفو عنه، والصلح فيه لولي الدم ، ولكن الفقهاء اختلفوا في ولي الدم من هو ؟

أرجحها رأي الجمهور، وهو أن أولياء الدم هم كل وارث وقت قتله سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً وسواء كانت الوراثة بالنسب أو بالسبب . يستوفي فيه العاصب، وصاحب الفرض، والذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، فإذا مات مديناً بدين مستغرق أو مات لا عن تركة فالقصاص لورثته أيضاً، وإن لم يرثوا شيئاً ؛ لأن فيهم قوة الإرث ، وأنه لو كان له مال زائد عن الدين لورثه منه ، فكذلك القصاص .

وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد، وعطاء، والنخعي، والثوري، وحماد، وغيرهم (٣).

وبالتالي فليس لغير هؤلاء استيفاء القصاص، أو الصلح على المال، أو العفو مجاناً .

ولكن إذا لم يكن للمقتول ولي قريب منه فمن وليه ؟

(١) سبق تخرجه .

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٦/٧) ، وبداية المجتهد (٥٩٣/٢) ، والشرح الكبير (٢٥٨/٤) ، ومغني المحتاج (٤٨/٤) ، وكشاف القناع (٦٣٤/٥) ، المغني (٧٤٣/٧) .

(٣) بدائع الصنائع (٢٤٩-٢٤٨/٧) ، وتبيين الحقائق (١١٤/٦) ، ونيل الأوطار (٢٨/٧) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٤٠/٤) ، ومغني المحتاج (٣٩/٤) ، والمغني (٤٦٥/٩) .

إذا لم يكن للمقتول ولي قريب فيرثه المسلمون جميعاً ، ويمثلهم الحاكم ؛ لأن الحاكم ولي من لا ولي له .

وبالتالي فالحاكم هو من يستوفي القصاص إجماعاً لحديث : "فالسُلطان ولي من لا ولي له" (١) .
ولكن هل للحاكم الصلح عن القصاص ؟
رابعاً : هل للحاكم الصلح عن القصاص ؟
أ- أما عفوه على غير مال (مجاناً) فلا يجوز إجماعاً (٢) .

ب- اختلف الفقهاء فيما لو صالح الإمام في هذه المسألة على مال ، والصحيح الراجح في هذه المسألة هو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الصحيح من المذهب ، وأصحاب الرأي، وهو أنه يجوز للإمام أن يصلح عن الدم في هذه الحالة ، وعلى الإمام مراعاة الأصلح لعامة الناس من القصاص أو الصلح ؛ وذلك لقيام الأدلة على أن الإمام ولي من لا ولي له فهذا يعني أن أحكام الولي قد انتقلت إلى الإمام ، وإلا لما صار هناك فائدة من كونه ولي من لا ولي له (٣) .

خامساً : علاقة هذه المسألة بالقاعدة :

لما كان ولي الدم صاحب ولاية خاصة كان له الخيار بين استيفاء القصاص، أو الصلح على المال، أو العفو مجاناً ، أما الحاكم - فلأنه صاحب ولاية عامة- لم يكن له للمصلحة العامة أن يعفو مجاناً ، وسبب التفريق بين الولايتين قائم على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

(١) سبق تخرجه .

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٥/٧) ، والمبسوط (١٦/٢١) ، والمجموع (١٨٩/٢) ، والمغني (٤٧٧/٩) .

(٣) المرجع السابق .

المبحث الثاني : إذا كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحوا

في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم ، وإن لم يتفقوا منعوا

الاستيفاء حتى يوكلوا ، ولم يجز للحاكم التولي عنهم

أولاً : إن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحوا في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم ؛ لما فيه من تعذيب الجاني ، وتعدد أفعالهم . فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا ، وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ؛ لأن الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا إلى القرعة ، كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة أمر الباقيون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنهم ؛ لأن الحق لهم ، فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم .

وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا^(١) .

قال أبو محمد - رحمه الله -^(٢) : "وإذا تشاح الأولياء في تولي قتل قاتل وليهم قيل لهم: إن اتفقتم على أحدكم أو على أجنبي فذلك لكم وإلا أقرعنا بينكم، فأياكم خرجت قرعته تولى القصاص، وهذا قول الشافعي - رحمه الله - ، قال أبو محمد - رحمه الله - : برهان هذا أنه ليس بعضهم أولى من بعض، ولا يمكن أن يتولى القود إثنان معاً، فإذا لابد من أحدهما أو من غيرهما بأمرهما ولا سبيل إلى ثالث فأمر غيرهما بالقود إسقاط لحقهما معاً في تولي ذلك الحكم، والحكم ههنا بالقرعة إسقاط لحق أحدهما وإبقاء لحق الآخر، ولا يجوز إسقاط حق ذي حق إلا لضرورة مانعة لا سبيل معها إلى توفية الحق، فإذا كان ذلك سقط الحق؛ لقول الله تعالى : ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾ [الأأنعام: ١١٩] .

(١) المغني (١١/٥١٧-٥١٨) .

(٢) وهو ابن حزم الظاهري وقد تقدمت ترجمته .

ونحن محرم علينا منعهما من حقهما، ونحن مضطرون إلى إسقاط حق أحدهما؛ إذ لا سبيل إلى غير ذلك، ولسنا مضطرين إلى إسقاط حقهما جميعاً فلا يجوز لنا ما لم نضطر إليه؛ فقد بطل أن نأمر بغير رضاهما، ولا يجوز أن نقصد إلى أحدهما فنسقط حقه هكذا مطارفة؛ فيكون جوراً ومحاباة فوجبت القرعة، ولا بد؛ لأن الضرورة دفعت إليها ولا يحل إيقاف الأمر حتى يتفقا؛ لأن في ذلك منعهما جميعاً من حقهما، وهذا لا يجوز" (١).

ثانياً : علاقة هذه المسألة بالقاعدة :

لما كانت ولاية أولياء الدم أقوى من غيرهم لم يكن لغيرهم أن يتقدم عليهم حتى وإن تشاجروا في استيفاء القصاص؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

(١) الخلى (٤٢/١١) .

المبحث الثالث : إذا قتل قتيل وكان الوارث واحداً صغيراً

فالقصاص له وليس للحاكم استيفاؤه

أولاً : تحرير محل النزاع :

إن كان ولي الدم واحداً كبيراً فله استيفاء القصاص اتفاقاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا
الْنَفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي
الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ [الإسراء: ٣٣] .

إن كان ولي الدم واحداً صغيراً هل يُنتظر لاستيفاء القصاص ؟ أم يقوم غيره عنه ؟

ثانياً : أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

القول الأول : إن كان صغيراً ينتظر بلوغه أو كماله .

وهو رأي عند الحنفية^(١) ، وقول عند الشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) .

القول الثاني : يستوفي القاضي القصاص نيابة عن الصغير .

وهو رأي عند الحنفية .^(٤)

القول الثالث : بأن الولي إذا كان أباً أو جداً يستوفي القصاص عن الصغير ، وليس ذلك

للوصي .

وهو رأي ثالث عند الحنفية .^(٥)

القول الرابع : لا ينتظر بلوغه .

وهو قول المالكية .^(٦)

(١) بدائع الصنائع (٢٤٣/٧) .

(٢) مغني المحتاج (٤٠/٤) .

(٣) المغني (٢٤٣/٧) .

(٤) بدائع الصنائع (٢٤٣/٧) .

(٥) فتح القدير (٢٦٥/٨) ، بدائع الصنائع (٢٤٣/٧) .

(٦) الشرح الكبير للرددير (٢٥٨/٤) .

ثالثاً : أدلة الأقوال :

يرى أصحاب القول الأول بأن القصد من القصاص هو التشنفي ، وترك الغيظ ، ولا يحصل المقصود باستيفاء الأب أو غيره ، بخلاف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفائه . ويرى أصحاب القول الثاني أن السلطان ولي من لا ولي له ^(١) ، والصغير ليس بولي على نفسه فعلى غيره أولى .

وبهذا يرى أصحاب القول الثالث ، وكذلك أصحاب القول الرابع على أن لولي الصغير أو وصيه النظر بالمصلحة في استيفاء القصاص ، أو في أخذ الدية كاملة .

رابعاً : الترجيح :

أرى أن ما ذهب إليه القول الأول هو الراجح؛ لوجهة تعليلهم؛ ولأن الأصل في القصاص للورثة حتى وإن كانوا صغاراً أو كان واحداً صغيراً. والله أعلم.

خامساً : علاقة هذه المسألة بالقاعدة :

تقدمت ولاية الوارث الواحد الصغير في استيفاء القصاص على الحاكم؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

(١) حديث " فالسلطان ولي من لا ولي له " سبق تخريجه .

الخاتمة

١. تبين من خلال البحث أهمية القواعد الفقهية وكيف أن قاعدة واحدة ذات كلمات معدودة جمعت مسائل متعددة من أبواب شتى.
٢. تبين من خلال البحث أن قاعدة " الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة " من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء، وأنها أكثر تعلقاً بمسائل القضاء وفصل المنازعات.
٣. تبين من خلال البحث أن الولاية الخاصة كانت أقوى من العامة، وكانت هي الأصل في كل المسائل.

وأوصي في ختام هذا البحث:

- ١ - أن تبحث القاعدة كتطبيقات فقهية على أبواب فقه المعاملات الأخرى كالبيوع والقضاء .
- ٢ - أن تبحث القاعدة كتطبيقات قضائية على الأحكام الصادرة من المحاكم العامة ومحاكم الأحوال الشخصية والجزائية.

وبالله التوفيق،،،

فهارس الآيات القرآنية الكريمة

الصفحة	الآية
١٢	﴿وَإِذِ بَرَّعُوا إِزْهَامُ الْقَوَاعِدِ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا﴾ [البقرة: ١٢٧]
١٢	﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَنَّ اللَّهَ بَدَّلَ إِسْمَهُمْ مِنْ الْأَقْوَامِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [النحل: ٢٦]
١٥	﴿يَقْفُوهَا قَوْلِي﴾ [طه: ٢٨]
١٩	﴿اللَّهُ وَرِثَةُ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ [البقرة: ٢٥٧]
٢١ ١٠٨-٢٢-	﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]
٥٤-٢٧	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]
٣٥	﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرٰءِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبٰنِي وَالْيَتٰمٰنِي وَالْمَسْكِينِ﴾ [البقرة: ٨٣]
٣٥	﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ ۗ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتٰمٰنِي وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [البقرة: ٢١٥]
٣٥	﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي تَمْتَلِكُ ۗ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَاطَبُوا فِي خَوٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]
٣٦	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتٰمٰنِي إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]
٤٢	﴿كَمَثَلِ غَيْثٍ أَعْجَبَ الْكُفَّارَ﴾ [الحديد: ٢٠]
٤٥	﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]
- ٦٧ - ٤٧ ٩١ - ٧٨	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتٰمٰنِي فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنٌ وَثَلَاثٌ وَرُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَذَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾ [النساء: ٣]
- ٥٦ - ٥٣ ٨٧	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٢]

٥٣	﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥]
٦٥ - ٥٣	﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]
٥٣	﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ وَإِنِّي خَشِيْتُ أَنْ تُكَلِّمَنِي إِذْ جِئْتَنِي بِهَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً مِّنْ عِنْدِكُمْ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أُشْقِقَ عَلَيْكَ سِتْرِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [القصص: ٢٧]
٥٦	﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرِيضَنَّ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٤]
٥٧	﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٠]
- ٦٧ - ٦٥ ٩١ - ٧٨	﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَّىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبُونَ أَنْ يُنكِحَهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوَالِدِينَ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا﴾ [النساء: ١٢٧]
٧١	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصْرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنَّهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: ٥١]
٨٥	﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]
٩٠	﴿وَعِنْدَهُمْ قَصْرٌ مِّنَ الْأَطْرَافِ عِيبٌ﴾ [الصفات: ٤٨]
٩١	﴿وَالَّتِي يَلِيسَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِيضْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا مِّنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٤]
٩٢	﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَذِكْرًا﴾ [الأحزاب: ٢١]
١٠١-٩٧	﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]
١٠١	﴿وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]
١٠٣	﴿الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالنَّصْرَاءِ وَالْكُطَيْبِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٤]
١٠٦	﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لِّيُضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾ [الأنعام: ١١٩]

فهارس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

الصفحة	النص
١٠٤-٢٢	" من قتل له قتيل... "
١٠٩-١٠٥-٧٣-٧٠-٢٢	" ... فالسلطان ولي من لا ولي له "
٨١-٦٦-٥٤	" لا نكاح إلا بولي "
٦٦-٥٥	" كل نكاح لم يحضره أربع ... "
٥٥	" لا تنكح المرأة المرأة ... "
٥٩-٥٥	" أيما امرأة نكحت بغير ... "
٥٧	" الأيم أحق بنفسها "
٥٨	" إن أم سلمة لما انقضت عدتها ... "
٦٥	" أترضى أن أزوجك فلانة ... "
٦٥	" أتجعلين لي ... "
٩١-٧٨-٦٧	" يا ابن أخي ، هي اليتيمة ... "
٧٠	" المسلمون تكافأ دماؤهم ... "
٧٩	" لا يتم بعد الحلم "
٧٩	" زوج الرسول ﷺ بنت عمه حمزة ... "
٧٩	" لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر "
٧٩	" توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له ... "
٨٠	" ... هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها ... "
٨١	" النكاح بالعصبات "
٩٢	" أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست ... "
٩٢	" زوج علي ابنته أم كلثوم ... "
٩٢	" إن الزبير زوج ابنة له ... "

٩٣	"... تزوج عائشة على صداق خمس مئة درهم ..."
٩٤	"إن علياً تزوج فاطمة بأقل من صداق مثلها ..."
٩٧	"من كان حالفاً فليحلف بالله ..."
١٠١	"الطلاق لمن أخذ بالساق"

فهارس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
١٣	عبد الله بن مسعود المجبوبي
١٣	أحمد بن محمد الفيومي
١٣	مسعود بن عمر التفتازاني
١٣	علي بن محمد الجرجاني
١٣	محمد بن أحمد المحلي
١٤	محمد بن أحمد الفتوحى
٢٠	أحمد بن فارس
٢٠	يعقوب بن يوسف بن جزى
٢١	أبو العباس أحمد بن تيمية
٢٣	عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطى
٢٣	زين الدين بن إبراهيم بن نجيم
٢٣	محمد بن عبد الله الزركشى
٢٣	أبو بكر بن أبي القاسم الأهدلى
٢٣	علي حيدر أفندي
٢٤	محمد محمد الخادمى
٢٤	محمد أمين بن عمر بن عابدين
٢٥	أحمد بن محمد الزرقا
٢٥	علي عبد الكافي بن علي بن السبكي
٣٠	محمد بن أحمد السرخسى

٣١	أبوبكر بن حسن الكشناوي
٣١	عبد الله بن أحمد بن قدامة
٣٢	منصور بن يونس البهوتي
٣٩	أحمد محمد بن حنبل
٤٢	ليبد بن ربيعة
٤٢	علي بن محمد بن حزم
٤٣	محمد بن إدريس الشافعي
٤٤	أبو حنيفة النعمان بن ثابت
٤٤	يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف القاضي
٤٤	محمد بن الحسن
٥٠	زفر بن الهذيل
٨٠	محمد بن الحسين الفراء
٨٩	أبو الحسن بن عبد السلام
٩٠	عبد الله بن شبرمة
٩٠	عثمان بن مسلم البتي
٩٠	أبو بكر الأصم
١٠٠	محمد إبراهيم بن المنذر

المصادر والمراجع

- ١ . الإجماع لابن المنذر ، تحقيق : الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد الطبعة الأولى ، ١٤٠١ هـ.
- ٢ . أحكام القرآن ، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان .
- ٣ . أحكام القرآن أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ .
- ٤ . إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت - دمشق ، ١٤٠٥ هـ .
- ٥ . أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، زكريا الأنصاري ، تحقيق : محمد محمد تامر ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ .
- ٦ . الأشباه والنظائر ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ .
- ٧ . الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة ، زيد بن إبراهيم بن نجيم ، تحقيق : عادل سعد، الناشر : المكتبة التوفيقية .
- ٨ . الإصابة في تمييز الصحابة ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق : علي محمد البحراوي ، دار الجيل ، بيروت ، ١٤١٢ هـ .
- ٩ . إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين ، أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي ، الناشر : دار الفكر ، بيروت .
- ١٠ . الأعلام ، خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٤٠١ هـ .
- ١١ . الإقناع لطالب الانتفاع ، تأليف : شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي تحقيق : الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ) ، دار هجر .
- ١٢ . الأم ، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٣ هـ .
- ١٣ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

- ١٤ . أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، تحقيق : د. أحمد بن عبد الرازق الكبيسي ، دار الوفاء ، جدة ، ١٤٠٦ هـ .
- ١٥ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تأليف : زين الدين ابن نجيم الحنفي ، دار النشر : دار المعرفة ، بيروت .
- ١٦ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٢ م .
- ١٧ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد ، دار النشر : دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة ، ١٤٠٥ هـ .
- ١٨ . بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين ، عبد الرحمن بن محمد باعلوي ، دار الفكر .
- ١٩ . تاج العروس من جواهر القاموس ، تأليف : محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تحقيق مجموعة من المحققين ، دار الهداية .
- ٢٠ . التاج والإكليل لمختصر خليل ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨ هـ .
- ٢١ . تاريخ التشريع الإسلامي ، يوسف بن أحمد البدوي ، مكتبة الرشد ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٩ هـ .
- ٢٢ . تاريخ بغداد ، تأليف : أحمد بن علي الخطيب ، طبع دار الكتب العلمية بيروت (١٣٧٣ هـ).
- ٢٣ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، وبهامشه حاشية شهاب الدين الشلبي ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .
- ٢٤ . التشريع الجنائي الإسلامي ، عبد القادر عودة ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ن ١٤٢٦ هـ .
- ٢٥ . تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية في مجال الأحوال الشخصية "قواعد وضوابط وفروع مختارة ، سعود بن عبد الله الغديان ، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن ، بالمعهد العالي للقضاء للعام الجامعي ١٤١١ هـ ، ١٤١٢ هـ .
- ٢٦ . التعريفات ، علي بن محمد بن علي الجرجاني ، دار الكتاب العربي ، تحقيق : إبراهيم الإيباري ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ .

٢٧. التقرير والتحبير شرح التحرير ، محمد بن محمد الحلبي بن أمير الحاج ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٠٣ هـ .
٢٨. تكملة فتح القدير (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لشمس الدين أحمد ابن قودر المعروف بقاضي زاد أفندي ، طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .
٢٩. التمهيد لما في الموطأ من العاني والأسانيد ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ، تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، ١٣٨٧ هـ .
٣٠. تهذيب اللغة ، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى ، تحقيق : محمد عوض مرعب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١ م .
٣١. التوقف على مهمات التعاريف ، عبد الرؤوف تاج العارفين ، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان ، نشر عالم الكتب ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٤١٠ هـ .
٣٢. جامع الترمذي ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، بيت الأفكار الدولية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ١٤١٩ هـ .
٣٣. الجامع لأحكام القرآن ، تأليف أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار النشر: دار الشعب ، القاهرة .
٣٤. حاشية ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، تحقيق : عبد المجيد طعمه الحلبي ، الناشر : دار المعرفة : بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠ هـ .
٣٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد عرفة الدسوقي ، تحقيق : محمد عlish ، دار النشر : دار الفكر ، بيروت .
٣٦. حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الخلوقي الشهير بالصاوي ، دار النشر : دار المعارف .
٣٧. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، علي الصعيدي العدوي المالكي ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٢ هـ .
٣٨. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على شرح منهاج الطالبين ، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، وأحمد البرلسي عميرة ، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر ، لبنان - بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩ هـ .

٣٩. الحاوي الكبير ، للعلامة أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٨ هـ .
٤٠. الدرر البهية في إيضاح القواعد الفقهية ، محمد نور الدين المالكي ، نشر المكتب الفني للدعاية والإعلام ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥ هـ .
٤١. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الكتب العلمية ، تحقيق : تعريب المحامي : فهمي الحسيني ، لبنان ، بيروت .
٤٢. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، الحافظ ابن حجر العسقلاني ، تحقيق : محمد عبد المعيد ضان ، مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد ، الهند ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٢ هـ .
٤٣. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٤٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، محي الدين النووي ، الناشر : المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ .
٤٥. السلسلة الصحيحة ، محمد ناصر الدين الألباني ، الناشر : مكتبة المعارف ، الرياض .
٤٦. سنن ابن ماجه ، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ، بيت الأفكار الدولية ، الطبعة الأولى ، الرياض ١٤٢٠ هـ .
٤٧. سنن أبي داود ، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، بيت الأفكار الدولية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ١٤١٩ هـ .
٤٨. سنن البيهقي الكبرى ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ .
٤٩. سنن الدراقطني ، علي بن عمر الدراقطني البغدادي ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، الناشر : دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ هـ .
٥٠. سنن النسائي ، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، بيت الأفكار الدولية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ١٤٢٠ هـ .
٥١. سنن سعيد بن منصور للحافظ سعيد بن منصور الخراساني ، تحقيق : سعد بن عبد الله الحميد ، دار العصيمي ، الرياض ، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ .
٥٢. سير أعلام النبلاء ، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، وحسين

- الأسد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الحادية عشر ، ١٤٢٢ هـ .
- ٥٣ . شرح التلويح على التوضيح ، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٦ هـ .
- ٥٤ . الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، لأبي البركات أحمد الدردير ، وبالهامش : حاشية الصاوي ، تحقيق : الدكتور مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف ، مصر ، ١٣٩٣ هـ .
- ٥٥ . شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١ هـ .
- ٥٦ . شرح الزركشي على مختصر الخرقى ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، قدم له ووضع حواشيه : عبد المنعم خليل إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٢٣ هـ .
- ٥٧ . شرح القواعد الفقهية ، تأليف : أحمد بن الشيخ الزرقا ، الطبعة الأولى ، دار القلم دمشق .
- ٥٨ . الشرح الكبير ، أحمد الدردير أبو البركات ، تحقيق : محمد عيش ، الناشر : دار الفكر ، بيروت .
- ٥٩ . شرح الكوكب المنير ، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار ، دار النشر : مطبعة السنة المحمدية .
- ٦٠ . شرح مجلة الأحكام ، محمد خالد بن محمد الأتاسي ، المكتبة الحبيبية ، كانسي رود ، باكستان .
- ٦١ . شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٦ م .
- ٦٢ . الصحاح ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق محمد زكريا يوسف ، دار العلم للملايين بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٩٩٠ .
- ٦٣ . صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان التميمي البستي ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، الناشر : مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤ هـ .
- ٦٤ . صحيح البخاري ، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، اعتنى به : أبو صهيب الكرمي ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٩ هـ .

٦٥. صحيح سنن الترمذي ، تأليف : محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة دار المعارف .
٦٦. صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، اعتنى به : أبو صهيب الكرمي ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩ هـ .
٦٧. صحيح مسلم بشرح الإمام محي الدين النووي ، المسمى المنهاج شرح صحيح مسلم بن حجاج ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة العاشرة ، ١٤٢٥ هـ .
٦٨. طبقات الشافعية الكبرى ، تأليف : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت .
٦٩. طبقات الشافعية لجمال الدين عبد الرحيم الاسنوي تحقيق كمال يوسف الحوت ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٧٠. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، تحقيق : سيد عمران ، الناشر : دار الحديث ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٣ هـ .
٧١. غمز عيون البصائر ، أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، شرح كتاب الأشباه والنظائر ، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .
٧٢. فتاوى إسلامية لأصحاب فضيلة العلماء : سماحة الشيخ : عبد العزيز بن باز ، فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين ، فضيلة الشيخ : عبد الله بن عبد الرحمن بن الجبرين ، إضافة إلى اللجنة الدائمة وقرارات المجمع الفقهي ، جمع وترتيب ، محمد بن عبد العزيز المسند ، دار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .
٧٣. الفتاوى الفقهية الكبرى ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، المكتبة الإسلامية .
٧٤. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، الشيخ : نظام الدين البلخي ، مصطفى الزرقا ، اعتنى بها : محمد أحمد مكّي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثالثة ، ١٤٢٥ هـ .
٧٥. فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق : عبد القادر شيبه الحمد ، طبع على نفقة صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز آل سعود ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١ هـ .
٧٦. فتح التقدير على الهداية ، لمحمد بن علي الشوكاني المعروف بابن همام ، مكتبة ومطبعة

- مصطفى البابي الحلبي بمصر ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٩ هـ .
٧٧. الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ، محمود بن محمد نسيب حمزة ، نشر دار الفكر، دمشق ، ١٤٠٦ هـ .
٧٨. الفروق اللغوية ، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل العسكري ، ضبط وتحقيق حسام الدين القدسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٧٩. القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ، بيروت .
٨٠. القواعد الفقهية ، يعقوب الباسين ، مكتبة الرشد ، الطبعة الخامسة ، ١٤٣١ هـ .
٨١. القوانين الفقهية لابن جزي المالكي ، طبع المكتبة الثقافية ، بيروت .
٨٢. الكافي ، تأليف : موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي ، تحقيق : الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، طبع دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، الطبعة الأولى .
٨٣. كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، تحقيق : هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر ، ، بيروت ، ١٤٠٢ هـ .
٨٤. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، تأليف : علاء الدين عبد العزيز البخاري ، طبع مطبعة الصنائع .
٨٥. لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى .
٨٦. المبسوط ، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد أبو سهل السرخسي ، دار النشر : دار المعرفة ، بيروت .
٨٧. مجلة الاحتكام العدلية ، طبع دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى .
٨٨. المجموع ، شرح المهذب للشيرازي ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤١٥ هـ .
٨٩. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور ، دار الكتب لعلمية ، لبنان - بيروت ، الطبعة: الأولى ، ١٤١٩ هـ .
٩٠. المحلى ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري ، الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر .

٩١. المحيط في اللغة ، إسماعيل بن عباد بن العباس الطالقاني ، تحقيق محمد حسن ، عالم الكتب - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٤ هـ.
٩٢. مختار الصحاح ، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الحادية عشر ، ١٤٢٦ هـ.
٩٣. المدونة الكبرى ، مالك بن انس بن مالك الأصبحي ، دار النشر: دار صادر ، بيروت.
٩٤. مستدرک الحاكم ، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .
٩٥. مسند الإمام أحمد بن حنبل ، اعتنى به : أبو صهيب الكرمي ، بيت الأفكار الدولية ، الطبعة الأولى ، الرياض سنة ١٤٢٢ هـ.
٩٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المكتبة العلمية .
٩٧. مصنف عبد الرزاق لأبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن العظيمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٤٠٣ هـ.
٩٨. معجم المؤلفين - تراجم مصنفي الكتب العربية ، عمر رضا كحالة ، المكتبة العربية ، دمشق ، ١٣٧٦ هـ.
٩٩. معجم مقاييس اللغة ، لأب الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الجليل ، بيروت.
١٠٠. المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد علي النجار ، المكتبة الإسلامية ، استانبول.
١٠١. المغني ، ابن قدامة ، تحقيق : د. عبد الله التركي ، و د. عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتاب الرياض ، طبعة ١٤٣٢ هـ ، طبعة ١٤١٩ هـ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١٤٠٥ هـ ، ط دار الهجرة ١٤١٢ هـ .
١٠٢. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، محمد الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت.
١٠٣. منتهى الإرادات ، تأليف : محمد بن أحمد الفتوحى ابن النجار ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، طبع مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الأولى.
١٠٤. المنتور في القواعد ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله ، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ .
١٠٥. المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : الشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي

الشيرازي ، طبع شركة أحمد بن سعد نبهان باندونيسيا.

١٠٦. الموطأ للإمام مالك بن أنس ، دار المعرفة ، تحقيق : خليل مأمون شيحا ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ .

١٠٧. موسوعة القواعد الفقهية ، محمد صدقي البورنو ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤ هـ .

١٠٨. الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف الإسلامية ، الكويت ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٦ هـ .

١٠٩. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبدالله الخطاب ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨ هـ .

١١٠. نصب الراية لأحاديث الهداية ، لعبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، تحقيق : محمد يوسف البنوري ، دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧ هـ .

١١١. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤ هـ .

١١٢. الهداية شرح بداية المبتدي ، تأليف : أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، دار النشر ، المكتبة الإسلامية .

١١٣. الوجيز في أصول الفقه ، عبد الكريم زيدان ، دار الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٢	أهمية الموضوع
٢	أسباب اختيار الموضوع
٢	الدراسات السابقة
٤	منهج البحث
٦	خطة البحث
١٠	شكر وتقدير
١١	الفصل التمهيدي
١٢	المبحث الأول: التعريف بالقواعد الفقهية وأهميتها
١٢	المطلب الأول: معنى القواعد الفقهية
١٦	المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية
١٧	المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة
١٩	المبحث الثاني: التعريف بقاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"
١٩	المطلب الأول: بيان مفردات القاعدة
٢٢	المطلب الثاني: معنى القاعدة
٢٢	المطلب الثالث: تأصيل القاعدة، وتوثيقها، وذكر ألفاظها
٢٤	المطلب الرابع: مراتب الولاية
٢٦	المطلب الخامس: ألفاظ ذات صلة
٢٩	المبحث الثالث: التعريف بفقه الأسرة وفقه الجنائيات
٢٩	المطلب الأول: معنى فقه الأسرة
٣٠	المطلب الثاني: معنى فقه الجنائيات
٣٣	الفصل الأول: تطبيقات القاعدة في فقه الأسرة
٣٤	المبحث الأول: الوصايا
٣٥	المطلب الأول: لا يملك الحاكم التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان نُصَّبَ به

٣٨	المطلب الثاني: إذا كان الوصي فاسقاً فحُكِّمَهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي مَالِ الْمُوصَى لَهُ
٤١	المطلب الثالث: إذا تغير حال الوصي بجنون، أو كفر، أو سفه زالت ولايته ، وصار كأنه لم يوصى إليه، ويرجع الأمر إلى الحاكم
٤٦	المبحث الثاني: النكاح
٤٨	المطلب الأول: لو زوج الحاكم امرأة لَغَيِّبَةِ الْوَلِيِّ ، وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة، قدم الولي
٥٢	المطلب الثاني: ليس للحاكم أن يزوج المرأة الحرة، ولكن يزوجها أبوها، ثم جدّها، ثم الأقرب تعصياً
٦١	المطلب الثالث: إن الحاكم لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح
٦٢	المطلب الرابع: إن النكاح لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة توكيل الحاكم في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، وزوجها وليها
٦٣	المطلب الخامس: إن كان للأمة مَوْلِيَانِ ، واشتَجَرَ فِيمَنْ يَكُونُ وُلِيًّا عَلَيْهَا لَمْ يَكُنْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَنْوِبَ عَنْهُمَا
٦٤	المطلب السادس: لو كان الحاكم ولي المرأة كان تصرفه بالولاية مقدماً على تصرفه بالحكم
٦٩	المطلب السابع: إذا كان الحاكم ولي المرأة، وجعل غيره نائباً له ، فهل تقدم الولاية الخاصة على الولاية العامة ؟
٧٠	المطلب الثامن: إذا تزوج المسلم ذميمة فوليها الكافر يزوجها إياه، ولو كان الزوج حاكماً
٧٢	المطلب التاسع: إذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الْكِتَابُ أو يصل فلا يُجِيبُ عَنْهُ ، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالحاكم
٧٦	المطلب العاشر: إذا زوج الحاكم غلاماً غير بالغ، أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده، أو وصي ناظر له في التزويج
٨٧	المطلب الحادي عشر: تنتقل الولاية إلى الحاكم إذا عضل الولي موليته
٩٠	المطلب الثاني عشر: للحاكم أن يعترض على ولي القاصرة إذا زوجها

٩٦	المبحث الثالث: الطلاق والإيلاء
٩٨	المطلب الأول: ليس لغير الأب تَطْلِيقُ امرأةِ المُوَلَّى عليه ، سواءً كان مَمَّنْ يَمْلِكُ التَّرْوِيحَ كوصيِّ الأب والحاكم ، أو لا يَمْلِكُهُ
٩٩	المطلب الثاني: إن المُوَلَّى إذا امْتَنَعَ من الفَيْئَةِ بعد التَّرْطُصِ أُمِرَ بالطَّلَاقِ، وإن امتنع من الطلاق طَلَّقَ الحاكمُ عليه
١٠٢	الفصل الثاني: تطبيقات القاعدة في فقه الجنايات
١٠٣	المبحث الأول: للولي استيفاء القصاص، أو الصلح على المال، أو العفو مجاناً ، وليس للحاكم العفو مجاناً
١٠٦	المبحث الثاني: إذا كان القصاص لجماعةٍ من الأولياء ، وتَشَاحُّوا في المَتَوَلَّى منهم للاستيفاء أَمَرُوا بِتَوَكُّيلِ أَحَدِهِمْ، وإن لم يَتَّفِقُوا مُنِعُوا الاستيفاء حتى يُوكَّلُوا ، ولم يجز للحاكم التولي عنهم
١٠٨	المبحث الثالث: إذا قُتِلَ قَتِيلٌ، وكان الوارث واحداً صغيراً فالقصاص له، وليس للحاكم استيفاؤه
١١٠	الخاتمة
١١١	الفهارس
١١٧	المصادر والمراجع
١٢٦	فهرس الموضوعات