عنوان البحث

أثر المصلحة في الأحكام الفقهية المتعلقة بالنكاح عند الحنفية(دراسة مقارنة)

م. د. عمر طه خضير

Research Title

The effect of interest in the jurisprudence rulings related to marriage according to the Hanafi school

M. Dr.. Omar Taha Khudair

Summary

Praise be to God, who freed people from His slaves of desires and did good to them when He brought them out of darkness and tyranny to justice and benevolence, and placed them on a white pilgrimage, its night as its day.

Then.

The jurists of Islamic Sharia did not base their rulings on texts only, because the texts are finite, and the developments of the facts are infinite, and the partial facts because they have an end, as well as the rulings of the facts are endless. Other subordination, including interest, and if and if Imam Abu Hanifa - may God have mercy on him - He did not mention from the origins of his doctrine of interest, but the fact that appears is that the Great Imam and followers of his doctrine take the interest based on the rulings they issue, and this result is based on data including that we find that many of the rulings that the Hanafi jurists issued are different aspects of life. This includes their jurisprudential rulings on marriage, which we will discuss through our research on the evidence of the impact of this interest in these rulings.

الملخص

الحمد لله الذي اعتق الناس من عباده الأهواء واحسن بهم إذ أخرجهم من الظلمات والطغيان إلى العدل والإحسان وجعلهم على محجه بيضاء ليلها كنهارها واصلي واسلم على المبعوث رحمه للعالمين وآله وصحبه أجمعين.

أمّا بعد

فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستندوا في أحكامهم إلى النصوص فقط؛ لأن النصوص متناهيه والمستجدات من الوقائع غير متناهية وان الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها مما حدى بالفقهاء أن يجتهدوا في إيجاد الأحكام في الوقائع التي لم ينص على أحكامها فاستندوا إلى مصادر التشريع التبعية الأخرى ومنها المصلحة واذا كان الإمام أبي حنيفة – رحمه الله – لم يذكر من

أصول مذهبه المصلحة إلا أن الحقيقة التي تظهر هي أن الإمام الأعظم واتباع مذهبه يأخذون بالمصلحة مستندا في الأحكام التي يصدرونها وهذه النتيجة مبنية على معطيات منها أننا نجد كثيرا من الأحكام التي افتى بها فقهاء الحنفية هي مختلف مناحي الحياه لقد راعو فيها مصلحة المكلف ومن ذلك أحكامهما الفقهية في النكاح التي سنتناولها في بحثنا على مدللين على اثر هذه المصلحة في هذه الأحكام.

وقد تكون البحث من أربعة مباحث تناول:

المبحث الأول: أثر المصلحة في الأحكام الفقهية المتعلقة بتزوجه فاقدي الأهلية (ولاية الإجبار).

المبحث الثاني في أثر المصلحة في الأحكام الفقهية المتعلقة بزواج البالغة العاقلة.

المبحث الثالث أثر المصلحة في بعض الأحكام الفقيه المتعلقة بعضل الأولياء في النكاح.

المبحث الرابع: أثر المصلحة في بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بالكفاءة في النكاح .

المبحث الأول

مراعاة المصلحة في الأحكام الفقهية المتعلقة بتزويج فاقدي الأهلية (ولاية الإجبار)

سنتناول في هذا المبحث المصلحة في إيجاد ولاية الإجبار على الصغار

المطلب الأول

المصلحة في إيجاد ولاية الإجبار على الصغار

الفرع الأول: التعريف بالإجبار

الإجبار في اللغة: "حمل الغير على فعل ما يريد بالجبر والإكراه" [١].

تعريف ولاية الإجبار في الاصطلاح: عرفت بأنَّها " ولاية ينفرد بها الولي بإنشاء عقد زواج من له الولاية عليه دون التوقف على إذنه ورضاه "[٢].

أو أنها "ولاية الأب والجد المقربين على الفتاة البكر والصغير والمجنون وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه احد"[٣].

المصلحة في ايجاد ولاية الإجبار:

بما أنَّ الإسلام يَعُدُّ المجتمع وحدة متماسكة، فإنَّه في حال وجود أشخاص عاجزين عن رعاية مصالحهم، كناقصي الأهلية أو عديميها فإنَّ الشارع الحكيم أقام لهم من يحقق لهم النفع ويدفع عنهم الضرر، ولما كان للنكاح مصالح قد تفوت على هؤلاء أقامت الشريعة من ينوب عنهم لتحقيق هذه المصالح [٤]، فقد

---

(١) المعجم الوسيط، عصام نور الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ٢٠٠٥، باب الألف، ص ٤٨ .

(٢) أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، دار الجامعة الجديدة – مصر، (د.ط)، ٢٠١٠، ص٨٤ .

(٣) أحكام الزوجية وآثارها، العربي بلحاج، دار هومه – الجزائر (د . ط)، ٢٠١٣، ص٤٠١.

(٤) ينظر: ولاية الإجبار والاختيار في عقد الزواج فقها وقانونا (رسالة ماجستير)، منيرة مداحي، جامعة العقيد أكلي محند، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٧ .

جاء في بدائع الصنائع "إنَّ ولاية الحتم والإيجاب في حالة الصغر إنما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها" [١].

الفرع الثاني: أثر المصلحة في جواز تزويج الصغير و الصغيرة.

اختلف الفقهاء في جواز تزويج الصغير والصغيرة من قبل الأولياء وكان لهم في ذلك ثلاثة آراء:

الرأي الأول: جواز تزويج الصغير والصغيرة دون إذنهما اذا كان في الزواج مصلحة واليه ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية[٢].

واستدلوا على رأيهم بـ:

١-بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [٣].

وجه الدلالة: جعل الله عدة للنساء اللاتي لم يحضن وهن الصغيرات، واليائسات، ولا عدة بلا نكاح صحيح[٤].

٢- زواج النبي (ﷺ) من عائشة -رضي الله عنها- وهي في سن لا يمكن اعتبار إذنها فدل على تزويج وليها لها [٥].

٣- تزويج علي بن أبي طالب ابنته أم كلثوم [٦]، من عمر بن الخطاب وهي صغيرة -رضي الله عنهم جميعاً- [١].

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود بن احمد الكاساني (ت. ٥٧٨هـ). دار الكتب العربي، بيروت – لبنان، ط (٢) ، ١٩٨٢م، ٢ / ٢٤١ .

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، ١٢١/٢، وحاشية الدسوقي ١٧/٣ والأم، الشافعي، ٢٠/٥، وكشاف القناع، البهوتي، ٤٥/٥.

(٣) سورة الطلاق، من الآية (٤).

(٤) ينظر: المغني، ابن قدامه، ٣٩٨/٩.

(٥) ينظر: المصدر نفسه، ٣٩٨/٩.

(٦) هي أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب ولدت في حياة جدها رسول الله (ﷺ)، تزوجها عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) طمعاً في مصلحة الانتساب إلى نسب النبي (ﷺ) واصدقها أربعين ألفاً، ينظر: المقتنى في سرد الأسماء والكنى، الذهبي، ١٥٥/٢.

٤- قياس نكاح الصغير على نكاح الصغيرة بجامع علة الصغر فيهما.

الرأي الثاني: إنَّ للولي تزويج البكر الصغيرة دون الذكر الصغير واليه ذهب الظاهرية [٢].

واستدل أصحاب هذا الرأي: بزواج النبي بعائشة -رضي الله عنها- وهي بنت ست سنين [٣]، وهو القدوة للعالمين بدليل قوله تعالى:﴿لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [٤].

وجه الدلالة/ وجوب التأسي به بما لم يرد به نص يدل على الخصوصية [٥].

أما بالنسبة للصغير فقالوا لا يوجد في القرآن ولا السنة نص في جواز إنكاح الصغير.

الرأي الثالث: عدم جواز تزويج الصغير والصغيرة واليه ذهب ابن شبرمة [٦]، وأبو بكر الأصم[٧].

١-واستدلوا لرائيهم بأدلة منها: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [٨].

وجه الدلالة: لا يجوز الزواج قبل بلوغ سن النكاح [٩].

٢- إنَّ الصغير لا حاجة له إلى النكاح؛ لأنَّه لا شهوة له [١٠].

---

(١) مصنف عبد الرزاق-كتاب النكاح-باب نكاح الصغير (١٠٣٥٠)، ١٦٢/٦، و مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي الدمشقي، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوفاء – المنصورة، ط(١)، ١٤١١هـ، ٣٩٠/١ وقال عنه" فهذه طرق جيدة مفيدة للقطع في هذه القضية".

(٢) ينظر: المحلى، ابن حزم، ٤٥٩/٩.

(٣) ينظر: المحلى، ابن حزم، ٤٥٩/٩.

(٤) سورة الأحزاب، من الآية (٢١).

(٥) ينظر: المحلى لابن حزم، ٤٦٠/٩.

(٦) هو عبد الله بن شبرمة الظبي الكوفي الفقيه القاضي، وثقه الإمام أحمد والنسائي وقال عنه سفيان الثوري انه كان عفيفا حازما شاعرا حسن الخلق، (ت ١٤٤هـ)، ينظر: تهذيب التهذيب، ابن حجر ٢٥٠/٥.

(٧) هو عبد الرحمن بن كيسان، شيخ المعتزلة كان ديناً وقوراً له تفسيرٌ في القرآن وله كتاب (خلق القرآن)، ينظر، سير أعلام النبلاء، الذهبي، ٤٠٢/٩.

(٨) سورة النساء جزء من الآية (٦).

(٩) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢١٢/٤.

(١٠) ينظر: المحلى، لابن حزم ٤٥٩/٩.

٣- إنَّ وزواج النبي (ﷺ) من عائشة -رضي الله عنها- وهي صغيرة من خصوصياته، كما هي الحال بزواجه بأكثر من أربعة نساء [١].

وجه المصلحة والترجيح: الذي يظهر رجحانه هو رأي الحنفية ومن وافقهم من الجمهور وذلك لما فيه من مصلحة تعود على فاقدي الأهلية من الصغار والمجانين، وعدم وجود دليل ينص على منعهم من النكاح وتظهر المصلحة في الجوانب الآتية:

١-إنَّ في النكاح مصالح للذكور والإناث لا يمكن تحصيلها إلا بزواج الأكفاء، ووجود الكفء قد لا يتوافر في كل وقت فكان لإثبات الولاية بتزويج الصغيرة فيه مصلحة تحصيل زواجها من الكفء؛ لأنه قد لا يوجد مثله عند البلوغ [٢].

٢- قد تكون هنالك مصلحة معتبرة في تزويج الصغير يقدرها الولي، كأن يزوج الصغير بامرأة أجنبية بالغة لرعايته لعدم وجود امرأة قادرة على خدمته فتكون مصلحة له بحفظة ورعايته [٣].

٣- وعلى فرض أنَّ هناك من يرى أن في تزويج الصغير مفسدة لكونه لا يعقل شيئا وغير قادر على تحمل مسؤولية الزواج نقول له إنَّ مصلحة تزويج الصغير أيدها مفهوم النص في آية العدة تقابلها مفسدة موهومة فتقدم المصلحة [٤]؛ لأنَّ الولي مسؤول عن كل كبيرة وصغيرة في زواج الصغير حتى وقت البلوغ والرشد.

٥- من مراعاة المصلحة للصغير والصغيرة إنَّ الزواج لا يصح إذا كان غير كفء أو بأقل من مهر المثل إذا كان الولي غير الأب والجد، أما إذا كان الولي هو الأب أو الجد صح النكاح لأنهما معروفان بالشفقة مما يعني وجود مصلحة في هذا النكاح [٥].

---

(١) ينظر: المصدر نفسه، ٤٥٩/٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي ٢١٢/٤-٢١٣.

(٣) ينظر: الشرح الصغير، للدرير ٣١٦/٢، المفصل في أحكام الأسرة د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة-بيروت٣٩١/٦.

بيروت٣٩١/٦.

(٤) ينظر فقه الأولويات دراسة جديدة في ضوء الكتاب والسنة، د. يوسف القرضاوي، مكتبة وهبه - القاهرة، ط (٣)، ١٩٩٤، ١٩٩٤، ٢ / ٣٣٩.

(٥) ينظر: الأحوال الشخصية، احمد الحجي، ص (٧٨).

المطلب الثاني

أثر المصلحة في إجبار الولي الثيب الصغيرة في النكاح.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول/ عدم اشتراط كون الصغيرة بكراً لإجبار الولي لها بالتزويج واليه ذهب فقهاء الحنفية[١].

ووجه اعتبارهم للولاية في التزويج هو الصغر وليس الثيوبة ومعنى الصغر باقي في الثيب واستدلوا لرايهم بـ:

١-الثيب الصغيرة فيها معنى العجز عن ولاية نفسها ومالها لذلك أقام الشرع الولي مقام رأيها تحصيلاً لمصلحتها [٢].

٢- قياس الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة والذكر الصغير؛ لأنَّ الجامع بينهما هو الصغر.

الرأي الثاني/ أنَّ الثيب الصغيرة لا يجبرها الولي على الزواج واليه ذهب الشافعية والحنابلة في أحد الروايتين[٣]، واستدلوا على ذلك:

١- بما روى أبو هريرة (ﷺ)عن النبي (ﷺ) قوله: ((لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ)) [٤].

وجه الدلالة: إنَّ الحديث لم يفصّل في كون الثيب كبيرة أو صغيرة فدل ذلك على أنَّ الصغيرة داخلة في النهي عن انكحاها بغير استئمار، أي: استئذان وقبول [٥].

٢- بما روى ابن عباس عن النبي (ﷺ) قوله ((لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ)) [٦].

وجه الدلالة: إن الولي لا يمكن أن يجبر الثيب فأمرها لها وليس للولي [١].

---

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢١٨/٤.

(٢) ينظر: المبسوط، السرخسي ٢٢٨/٤.

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشربيني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، (د. ط)، ١٤١٥هـ ٢٤٧/٤، والمغني ابن قدامة٣٩٨/٩.

(٤) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب النكاح - باب لا ينكح الأب وغيره الثيب- رقم (١٠٣٩)، ٢٣/٧.

(٥) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني، ٢٤٧/٤.

(٦) أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب النكاح-باب تزويج الثيب بغير إذنها رقم (٥٣٧٠)، ١٧٨/٥، وسنن أبي داود- كتاب النكاح-باب في الثيب، رقم (٢١٠٢)، ١٩٦/١٠٠، وصحيح ابن حبان، رقم (٤٠٨٩)، ٩ / ٣٩٩، والبدر المنير، ابن الملقن، رقم(١٤٧٢)، ٧/ ٥٧١، وقال عنه هذا حديث صحيح.

وجه المصلحة والترجيح: الذي نميل إلى ترجيحه من الرأيين هو راي الحنفية ومن وافقهم والقاضي بإجبار الثيب الصغيرة وذلك لأمرين:

الأمر الأول: أنَّ الأحاديث التي استدلوا بها بالاستئمار هي في حق البالغة؛ لأنَّ لها عقل وقد خبرت الحياة الزوجية في زواجها الأول، أما الثيب الصغيرة فلا عقل لها حتى تحصل لها استفادة من تجربتها الأولى.

الأمر الثاني: أنَّ الولي جعل لتحصيل مصلحتها وهو لا يزوجها إلا من كفء، ولا يزوجها إلا بمصلحة له ولها ومتى ما لم توجد هذه المصلحة فإنَّه يمنعها من النكاح فكانت المصلحة هي المعيار في الحكم عند الحنفية في المسألة.

---

(١) ينظر: المحلى، ابن حزم، ٩/٤٦٠.

المبحث الثاني

أثر المصلحة في ولاية تزويج البالغة العاقلة (ولاية الاختيار)

إنَّ من أسباب الولاية على النفس الأنوثة [١]، بذاتها من غير أنْ تكون مرتبطة بصغر أو عارض من عوارض الأهلية من صغر وجنون وعته، لذا ذهب جمهور الفقهاء[٢] إلى بقاء الولاية عليها بعد البلوغ وأطلق عليها بعض الفقهاء ولاية الضم، ولكون المرأة بطبيعة تكوينها عرضه لآفات المجتمع، ومتى أصيبت بأفه منها كان ذلك أعمق تأثيراً في نفسها ولأجل مصلحتها بحفظ شرفها وسمعتها، كان لابد أن يكون لها شريك في ولايتها على نفسها من أسرتها يضمن حسن اختيارها، وهذه الولاية هي ولاية (اختيار) على البالغة العاقلة.

وسنتناول تزويج المرأة البالغة العاقلة في الفروع الآتية:

المطلب الأول

المصلحة في عدم انفراد البكر البالغة العاقلة بتزويج نفسها.

قبل عرض آراء الفقهاء في المسألة لابد من التعريف بالبكر

البكر في اللغة: "أول كل شيء، والبكر أو ولد الرجل غلاماً أو جارية، والبكر من النساء هي من لم يقربها الرجال" [٣].

البكر في الاصطلاح الفقهي: عرفها الحنفية بأنَّها" اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا بغيره"[٤]،

لقد اختلف الفقهاء في جواز أنْ تتولى المرأة عقد زواجها وكان لهم في ذلك رأيان:

---

(١) ينظر: الولاية على النفس. أبو زهرة، ص (٤٢).

(٢) ينظر: حاشية رد المختار على درر المختار، محمد أمين عمر، تحقيق: حسام فرفور بن عابدين، دار الفكر للطباعة- بيروت، ط (١)، ٢٠٠٠م، ٥٦٨/٣، والشرح الكبير، الدردير ٢٦٥/٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ٤٩٥/٣، والمغني لابن قدامه، ٦١٤/٧.

(٣) لسان العرب، ابن منظور، -بكر- ٤ / ٨٧، ومعجم مقاييس اللغة، -بكر – ص (١٨٧).

(٤) حاشية، ابن عابدين، ٣ / ٦٣.

الرأي الأول: إنَّ المرأة لها الحق في أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح ولا يحق لاحد الاعتراض إلا إذا زوجت نفسها من غير كفء، أو بأقل من مهر المثل وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر[١] -رحمهم الله-، وأستدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

أولا: الكتاب

أ- بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾[٢].

ب- بقول سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[٣].

وجه الدلالة من الآيتين: إنَّ الله قد أضاف النكاح إلى المرأة دون ذكر الولي في الاستدلال الأول وأضاف المراجعة إليها وللزوج من غير ذكر الولي في الاستدلال الثاني [٤].

ثانيا: السُنّة

أ- بما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي (ﷺ) قوله: ((الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)) [٥].

وجه الدلالة: إنَّ الحديث الشريف دل على " أن لها في نفسها في النكاح حقاً ولوليها حقاً وحقها أوكد من حقه فإنه لو أراد تزويجها كفؤا وامتنعت لم تجبر"[٦]

ب- بما رواه ابن عباس -رضي الله عنهما- أنَّه قال: إنَّ جارية بكرا أتت النبي (ﷺ) فذكرت أنّ أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي(ﷺ) [٧].

---

(١) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدئ، لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، ت (٥٩٣هـ)، ١٩٦/١، المكتبة الإسلامية، بيروت – لبنان، ط (١)، وحاشية ابن عابدين، ٥٦/٣.

(٢) سورة البقرة، من الآية (٢٣٠).

(٣) سورة البقرة، من الآية (٢٣٠).

(٤) ينظر: أحكام القرآن: لأبي بكر احمد بن على الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ) تحقيق: محمد صادق، ٤٠٠/١، دار إحياء التراث العربي، بيروت . لبنان، (ط١) ١٤٠٥هـ.

(٥) أخرجه مسلم في المسند الصحيح المختصر، باب استئذان البكر، رقم (٣٥٤١)، ١٤١/٤.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي، ٩/ ٢٠٤ .

(٧) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب من زوج ابنته وهي كارهه، رقم (١٨٠٧)، ٧٤/٣، و النسائي في سننه، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهه، رقم (٥٣٩٠)، ٢٨٤/٣، و أبو داود في سننه، باب بَابٌ فِي الْبِكْرِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا، رقم (٢٠٩٦)،

وجه الدلالة: إنَّ النبي (ﷺ) خيرها بين فسخ العقد أو إبقائه وهذا يعني أنَّ الأمر جُعل إليها[١].

ثالثا: بالقياس

إنَّ المرأة البالغة لها حق التصرف في أموالها وأنَّ لها الحق في إبرام العقود والمعاملات المالية، فيرى فقهاء الحنفية قياساً على ذلك القول بجواز تصرفها في حق نفسها، ومنه إبرام عقد النكاح لها أو لغيرها [٢] ، "إنَّ ولاية الحتم والإيجاب في حالة الصغر إنما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها، وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع إلا أنها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب؛ لأنها تحتاج إلى الخروج إلى محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة والخروج إلى محفل الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها على حسب العجز – وهي ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وإيجاب " [٣] .

الرأي الثاني: إنَّ المرأة ليس لها أن تتولى عقد زواجها ولا زواج غيرها وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[٤]لأنَّها لا تملك ولاية ذاتية على نفسها في الزواج، ولوليها سلطان عليها، أي: أنَّها لا تملك مباشرة عقد النكاح بنفسها، والذي يباشره هو الولي نيابة عنها يوافقهم محمد بن الحسن– رحمه الله – من الحنفية في كون العقد موقوف على إجازة الولي [٥]، ووافقهم داود الظاهري[٦] في البكر وخالفهم في الثيب [٧]، واستدلوا على هذا الرأي من الكتاب والسنة:

أولا: الكتاب.

٢٦/٣، وقال عنه أبو داود " روَاهُ النَّاسُ مُرْسَلاً غير متصل[غير منكر] "، و، الخطابي في معالم السنن، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ٢٠٣/٣، وقال عنه:" في هذا الحديث حجة لمن لم ير نكاح الأب ابنته البكر جائزاً إلا بإذنها".

(١) ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م، ٦ / ٦٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ٢٤٩/٢.

(٣) المصدر السابق، ٢٤٢/٢.

(٤) ينظر: حاشية العدوي، ٢/ ٤٩، ومغني المحتاج الشربيني، ١٤٧/٣، وكشاف القناع، البهوتي، ٤٨/٥.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ٢ / ٢٤٧.

(٦) هو أبو سليمان، داود بن علي بن خلف الظاهري فقيه مجتهد، ولد في الكوفة سنة (٢٠٢هـ)، كان له مذهب مستقل وتبعه خلق كثير يعرفون بالظاهرية (ت ٢٧٠) ينظر: وفيات الأعيان، ابن خلكان، ٢٥٥/٢.

(٧) ينظر: المحلى، ابن حزم، ٩ / ٤٥٥.

أ- بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [١].

وجه الدلالة: إنَّ فيها دليلاً على أنَّه لا يجوز النكاح بغير ولي، لأنَّ الخطاب﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء وأنَّ الأمر إليهم في التزويج مع رضاهن [٢].

أ- بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾ (٣).

وجه الدلالة: إنَّ الخطاب موجه للأولياء وهذا يدل على أنَّ الولاية لهم في تزويجهنَّ ولو كانت لهنَّ الولاية على أنفسهنَّ لما كان الخطاب موجه للأولياء [٤].

ثانيا: بالسنة المطهرة

أ- بما رواه أبو موسى الأشعري (ﷺ) عن النبي (ﷺ) قوله: ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)) [٥].

ب- بما روته أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)) [٦].

---

(١) سورة البقرة: من الآية، (٢٢٧).

(٢) ينظر: تفسير القرطبي: ١٥٨/٣.

(٣) سورة البقرة: من الآية، (٢٢١).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة ، ٦/٧، ومغني المحتاج، الشربيني، ١٤٧/٣.

(٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه، لأبي حاتم محمد بن حبان بن احمد بن حبان بن معاذ (ت ٣٤٥) تحقيق: شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط (٢)، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م، باب بطلان النكاح بغير ولي، رقم(٤٠٧٥)، ٣٨٦/٩، ، والترمذي في سننه، بَابُ مَا جَاءَ لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ، رقم (١١٠١)، ٤٠٧/٣، والحاكم في المستدرك على الصحيحين، ، كتاب النكاح، رقم (٢٧١٧)، ٢/ ١٨٨، وقال الحاكم حديث صحيح.

(٦)أخرجه ابن حبان في صحيحه، رقم (٤٠٧٤)، ٩ /٣٨٤، ، وسنن الدار قطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن احمد بن مهدي بن مسعود بن نعمان، (ت ٣٨٥ هـ)، تحقيق: عبدالله بن هشام يماني المدني، ، دار المعرفة، بيروت – لبنان، (د. ط)، ١٩٦٦م، باب لا نكاح إلا بولي رقم (١٠)، ٣ / ٢٢٦، وسنن الترمذي، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١١٠٢)، ٤٠٨/٣، وقال عنه هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ.

جـ- بما روي عن أبي هريرة (ﷺ) قال: قال رسول(ﷺ): (لاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا) [١].

وجه الدلالة من الأحاديث: إنَّ المرأة لا يمكن، أنْ تزوج نفسها بغير موافقة وليها .

ثالثاً: بالمعقول: إنَّ الزواج من العقود التي تراد لأغراض ومصالح لا تتحقق مع كل زوج، فهو أمر يتطلب العناية والدقة والدراسة الواسعة لأحوال الرجال، من يصلح منهم ومن لا يصلح، وهذه الأمور غير متيسرة للنساء، لقلة خبرتهنَّ، وسرعة تأثرهنَّ وانخداعهنَّ، فلا تتحقق مقاصد الزواج إذا ما باشرت المرأة بنفسها عقد الزواج [٢].

وجه المصلحة والترجيح في اشتراط الولي في عقد الزواج.

والذي نميل إلى اختياره هو رأي محمد بن الحسن من الحنفية الولاية في تزويج المرأة البالغة العاقلة الذي عدَّ عقد النكاح موقوف على إجازة الولي للعقد " إنَّ الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا --لأن العادة أن الأب يضم إلى الصداق من خالص ماله ويجهز بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك وإذا كان الرضا في نكاح البالغة شرط الجواز فإذا زوجت بغير إذنها توقف التزويج على رضاها فإن رضيت جاز وإن ردت بطل" [٣].

الأول: لصراحة حديث النبي **(ﷺ)** بنفي صحة النكاح من دون ولي.

الثاني: المصالح المتحققة للمرأة ووليها، والتي يمكن أن نوجزها في النقاط الآتية:

١- إنَّ عدم مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها فيه مصلحة، بأن لا تنسب إلى الوقاحة وفي ذلك حفظاً لحيائها وأدبها، وصيانة لعفتها، من أن تظهر وكأنها متشوقة للرجال [٤].

٢- تقوية جانب المرأة في كون أوليائها سنداً لها حين تلجأ لهم مع حصول الخلافات الزوجية [٥].

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه الكبرى: رقم (١٨٨٢)، ٦٠٦/١، والبيهقي في سننه، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١٣٤١٢)، ٧ /١١٠، الدار قطني في سننه: رقم (٢٩)، ٣ /٢٢٧، وخلاصة البدر المنير، ابن الملقن، رقم(١٩٣٨)، ١٨٧/٢ وقال عنه : "رواه ابن ماجه من رواية أبي هريرة كذلك بسند ضعيف"

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي، ٢/ ٣٦، والمغني لابن قدامه ٧/ ٦.

(٣) بدائع الصنائع الكاساني ٤/ ٢٤٢.

(٤) ينظر: شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٦٨١هـ)، دار الفكر- بيروت، (د. ط) (د.ت)، ٣٥٧/٣، ومغني المحتاج، الشربيني، ٢٤٠/٤.

(٥) ينظر: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د. عبد القادر داودي، دار البصائر-الجزائر، ط (٢)، ٢٠١٠، ص (١١٣).

٣- إنَّ ولي المرأة يسعى دائماً إلى تحقيق مصلحتها، وذلك بالبحث عما ينفعها، واذا منعها من الزواج فذلك لمصلحتها غالباً [١].

٤- إنَّ الناظر في واقع الناس اليوم من فساد الذمم وقلة التدين وكثرة المشاكل التي تحدث من التسرع أو الإهمال في اختيار الزوج يجد أنَّ الولاية ضرورة لإزالة الضرر الذي قد يقع على المرأة وأوليائها.

٥- اذا كان في انفراد المرأة في تزويج نفسها مصلحة لها فهي مصلحة خاصة مقابل مصلحة جزئية عامة للأولياء في أن لا يعيروا في حال زواجها بغير الكفء أو باقل من مهر المثل والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة[٢]، واختم بما قال الدهلوي[٣] رحمه الله: "اعلم أنَّه لا يجوز أنْ يُحَكّم في النكاح النساء خاصة لنقصان عقلهن وسوء فكرهن، فكثيراً ما لا يهتدين المصلحة، ولعدم حماية الحسب منهن غالباً، فربما رغبنَّ في غير الكفء وفي ذلك عار على قومها، فوجب أن يُجعل للأولياء شيء من هذا الباب لتُسد المفسدة، وأيضاً فإن السنة الفاشية في الناس من قبل ضرورة جبلية أن يكونوا الرجال قوامين على النساء"[٤].

المطلب الثاني

أثر المصلحة في عدم جواز إجبار البكر البالغة على النكاح.

اتفق الفقهاء [٥]، على استحباب استئذان البكر في أمر نكاحها فإنَّهم اختلفوا في جواز إجبار الولي للبكر للبكر البالغة في النكاح وكان لهم في ذلك ثلاثة آراء:

الراي الأول: عدم جواز إجبار البكر البالغة على الزواج واليه ذهب الحنفية [١]؛ لأنَّ الولاية هي ولاية للندب والاستحباب فقد جاء في بدائع الصنائع" ولاية الحتم والإيجاب في حالة الصغر إنما تثبت بطريق النيابة عن

---

(١) ينظر: دور الولي، إيمان حميدي ص (٢٠)

(٢) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني، ٢٤١/٤.

(٣) أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بشاه ولي الله الدهلوي، الهندي، العمري، الحنفي، هندي المولد، جمع بين الفقه والحديث وأسرار السنن ومصالح الأحكام وقد أثنى عليه أكابر العلماء ومنهم شيخه أبو طاهر محمد بن إبراهيم المدني، من مصنفاته (حجة الله البالغة) توفي(سنة ١١٦٧ هـ)، ينظر: نزهة الخواطر وبهجة المسامع، الطالبي، ٦ /٨٥٦ .

(٤) حجة الله البالغة، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ الدهلوي» (ت ١١٧٦هـ)، تحقيق : السيد سابق، دار الجيل، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥م، ٢ /١٦٩.

(٥) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢/٥، البحر الرائق، ابن نجيم، ١١٨/٣ والفواكه الدواني، النفراوي، ٦/٢، والمجموع، النووي ١٦٥/١٦ والمقنع، ابن قدامه ١٥/٣، والمغني، ابن قدامه، ١٧٤/٩.

الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها، وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع إلا أنَّها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب؛ لأنَّها تحتاج إلى الخروج إلى محافل الرجال والمرأة مخدرةٌ مستورةُ والخروج إلى محفل الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها على حسب العجز – وهي ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وإيجاب" [٢]واستدلوا:

١- بما رواه ابن عباس (ﷺ): أنَّ جارية بكر أتت الرسول (ﷺ) وذكرت أنَّ أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي (ﷺ)[٣].

وجه الدلالة: عدم إجبار البكر البالغة على النكاح بدليل تخيير النبي (ﷺ) لها [٤].

٢- بما روي عن أم المؤمنين عائشة –رضي الله عنها- قالت:سالت رسول الله (ﷺ) عن الجارية يُنْكحها أهْلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله:((نعم تستأمر)) فقالت عائشة له فإنَّها تستحي، فقال رسول الله ((فذلك إذنها إذا هي سكتت)) [٥].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة صحيحة على وجوب الاستئذان وهذا يعني عدم جواز الإجبار [٦].

الرأي الثاني: عدم جواز إجبار غير الأب البكر البالغة على النكاح واليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية [٧]، فقالوا " إنَّ البكر وإن كانت عاقلة بالغة فلا تعلم بمصالح النكاح؛ لأنَّ العلم بها يقف على التجربة"[٨]، ولأنَّ الأب في الغالب لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها.

واستدلوا لذلك بـ:

---

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢/٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجم الحنفي (ت. ٩٧٠ هـ). دار المعرفة. بيروت – لبنان، ط (٢) (د.ت)، ١١٨/٣.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ٢ /٢٤٢.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب من زوج ابنته وهي كارهه، رقم (١٨٠٧)، ٧٤/٣، و النسائي في سننه، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهه، رقم (٥٣٩٠)، ٢٨٤/٣، و أبو داود في سننه، باب بَابٌ فِي الْبِكْرِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا، رقم (٢٠٩٦)، ٢٦/٣، وقال عنه أبو داود " رَوَاهُ النَّاسُ مُرْسَلاً غير متصل[غير منكر] "، و، الخطابي في معالم السنن، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ٢٠٣/٣، وقال عنه:" في هذا الحديث حجة لمن لم ير نكاح الأب ابنته البكر جائزاً إلا بإذنها".

(٤) ينظر: سبل السلام، الصنعاني، ٣٢٦/٣.

(٥) أخرجه مسلم في المسند الصحيح المختصر كتاب النكاح – باب استئذان البنت للنكاح–رقم (٣٤٥٩)، ١٤٠/٤.

(٦) ينظر: فتح الباري، ابن حجر، ٢٣٤/٩.

(٧) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)، تحقيق :محمد عليش، دار الفكر بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ٢٢٢/٢، والمجموع شرح المهذب، النووي، ١٦٥/١٦، والكافي، ابن قدامه، ١٩/٣.

(٨) بدائع الصنائع، الكاساني، ٢ /٢٤٢.

١- بما رواه ابن عباس (ﷺ) عن النبي (ﷺ)بقوله: ((الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)) [١].

وجه الدلالة: جواز إجبار البكر بدليل التفريق بين البكر والثيب فجعل الثيب أحق بنفسها من الولي دليلاً على إنَّ البكر ليست كالثيب والولي أحق بتزويجها.

٢-حديث النبي (ﷺ): ((تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا)) [٢]، فدل الحديث، على أنَّ غيرها خلافها، أي: لا تستأمر وهي البكر البالغة، لأنَّ الولي عليها" ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، ولا يبيع مالها من نفسه، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه "[٣].

٣- قياس البكر البالغة على البكر الصغيرة التي اتفقوا على جواز إجبار الولي لها لعلة البكارة الموجودة في كليهما [٤].

الرأي الثالث: إنَّ الولاية على البكر البالغة هي ولاية مشاركة بين الولي والمرأة فلا يمكن للولي إجبارها ولا يمكن أن تزوج نفسها بدون رضاه و هو رأي محمد بن الحسن وابن حزم الظاهري- رحمهما الله- [٥]، واستدلا على ذلك بـ:

١- بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)) [٦]، **وجه الدلالة:** إنَّ للأولياء حقا في النكاح، والتصرف في حق الإنسان يقف جوازه على إجازة صاحب الحق [٧].

٢ - إنَّ الرضا في نكاح البالغة شرط الجواز فإذا زوجت بغير إذنها توقف التزويج على رضاها فإن رضيت جاز وإن ردت بطل [٨].

وجه المصلحة والترجيح: الراجح من الآراء هو رأي محمد بن الحسن من الحنفية القائل بعدم إجبار البكر البالغة على الزواج وأنَّها ولاية مشاركة بينها وبين وليها لما لهذا الراي من إعمال النصوص التي تمنع انعقاد

---

(١) أخرجه مسلم في المسند الصحيح المختصر -كتاب النكاح، باب استئذان البنت، رقم (٣٤٦٠)، ١٤١/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، بَابٌ فِي الِاسْتِئْمَارِ، جزء من الحديث رقم (٢٠٩٤)، ٣ /٢٤، ومسند احمد، مسند مسند أبي هريرة، رقم (٧٥١٩)، ٢٥٩/٢، مايجب على الأولياء من استئمار النساء، رقم (٤٠٧٩)، ٣٩٢/٩، المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب النكاح، رقم(٢٧٠٢)، ١٨٠/٢، وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٣) المجموع شرح المهذب، النووي، ١٦/ ١٦٥.

(٤) ينظر: تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، يوسف بن دوناس الفندلاوي ت(٥٤٣هـ) تحقيق د. احمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي-تونس-ط (١) ٢٠٠٩م، ٣٧٣/٢.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ٢ /٢٤٢ والمحلى، ابن حزم، ٩ /٤٥٩.

(٦) سبق تخريجه، ص (١٤).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ٢ /٢٤٢.

(٨) ينظر: المصدر نفسه، ٢ /٢٤٢.

النكاح دون موافقة الأولياء ولما فيه مراعاة لمصلحة المرأة في اعتبار عبارتها ومصلحة الولي في عدم نفاذ عقد الزواج دون رضاه وهذه المصلحة يمك بيانها عن طريق النقاط الآتية:

١- أنَّ الأدلة النقلية التي أُستُدل بها على عدم الإجبار للبكر البالغة اقوى دلالةً، إلا أنّي لا أرجح كونها ولاية استحباب لقوة الأدلة التي توجب الولاية وتبطل النكاح بدونها فهي ولاية مشاركة.

٢-استند القائلون بالإجبار على مفهومات الاحاديث والمصلحة التي رأوا تحققها من الإجبار.

٣- من أجازوا الإجبار أجازوه للاب دون غيره من الأولياء، ولا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها [١]، وهذا مبني في زمنهم على المصلحة التي تعود على المرأة البكر البالغة إذ لم تكن للفتاة معرفة بالرجال إلا ما يعرفه أهلها فهم أعرف بمصلحتها، باختيار الكفء لها [٢].

٤- من قالوا بالإجبار منعوه متى كان فيه ضرر فقد منع المالكية إجبار الأب تزويج البكر من ذي عاهة، أو من عبد إلا برضاها [٣]، ووضع الشافعية شروطاً لإجبار الأب البكر على النكاح منها: أنْ لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة، وأن يكون الزوج كفؤاً، وأن يكون موسراً [٤]، فدل على انطلاقهم من مراعاة مصلحة البكر.

٥- إنَّ الرأي الثالث أكثر واقعية في تحقيق المصلحة للبكر البالغة وذلك عن طريق الأمور الآتية:

أ- أنَّ الولي يراعي مصلحة المرأة والإجبار قد يتسبب بضرر لها إذا زوجها بمن تكره قال ابن القيم:" وموجب هذا الحكم، أنه لا تجبر البالغ على النكاح، ولا تزوج إلا برضاها، وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأمره، ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته"[٥]، وعدَّ العز بن عبد السلام الإكراه مفسدة فقال: قال "وكذلك إجبار النساء مفسدة "[٦].

---

(١) ينظر مغني المحتاج، الشربيني، ١٤٩/٣.

(٢) ينظر: فقه الأسرة المسلمة، محمد الكدي العمراني، دار الكتب العلمية بيروت، ١ /٣٤١ .

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي، ٢٢٢/٢.

(٤) ينظر: المصدر نفسه١٤٨/٣.

(٥) زاد المعاد، ابن القيم، ٥ /٩٦.

(٦) قواعد الأحكام، عبد العزيز بن عبد السلام، ١/ ٨٩.

إنَّ الإجبار يتنافى مع المودة والسكينة والرحمة التي تحقق مصالح النكاح والتي شرع لأجلها، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ (١).

ج- دور الولي في إسداء النصح والمشورة للبكر التي لم تعرف مخالطة الرجال وأخلاقهم والتي قد تغتر بكلامهم الخادع (٢).

د – من المصلحة أن تزوج المرأة بمن ترغب وتحب، ووليها موافق "، فلا يخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه. فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح، وقواعد الشريعة، لا تقتضي غيره "(٣).

(١) سورة الروم الآية (٢١).
(٢) ينظر: زاد المعاد، ابن القيم، ٤٩٩/٥.
(٣) المصدر السابق ٥ /٩٨.

المطلب الثالث

أثر المصلحة في استئذان الثيب البالغة العاقلة.

ذهب جمهور الفقهاء [١]، إلى القول بعدم جواز إجبار من زالت بكارتها بنكاح صحيح، واستدلوا لذلك:

١- بما روي عن خنساء بنت خذام الأنصارية [٢]أنَّ أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فجاءت إلى رسول الله(ﷺ) فذكرت ذلك له فرد نكاحها[٣].

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم جواز إجبار الثيب البالغة على النكاح، لفسخ النبي (ﷺ) نكاحها [٤].

٢- بما روي عن أبي هريرة (رضي الله عنه)إنَّ النبي (ﷺ) قال ((لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ [٥]،وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا قَالَ أَنْ تَسْكُتَ)) [٦].

وجه الدلالة: دل الحديث على أنَّه "لا يعقد عليها حتى يطلب الأمر منها" [٧].

وجه المصلحة في آراء الفقهاء.

فضلاً عمّا لما سبق النصوص من وجوب استئذان الثيب فإنَّ في هذا الأمر مصلحة راجحة فلما كانت الثيب قد خاضت تجربة الزواج وعرفت الرجال وأي الصفات التي تختارها فإنَّ جعل قرار الزواج لها فيه مصلحة بأن تحسن الاختيار بالتشاور مع وليها بما يحقق أهداف الزواج وتحقيق مصلحة حفظ مقصد النسل الذي أمرت الشريعة بالمحافظة عليه.

---

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٩/٥، بدائع الصنائع، ٣٦٨/٢، ومنح الجليل، ٢٧٣/٣، وروضة الطالبيين، النووي ٥٤/٧، والكافي، ابن قدامه ٣/ ١٩، والمحلى، ابن حزم، ، ٩ /٤٥٩ والبحر الزخار، المرتضى، ٣ /٢٨، الروضة البهية، العاملي، ٣ /١٦٤.

(٢) هي الصحابية خنساء بنت خذام، الأنصارية تزوجت، فقتل زوجها في معركة بدر، ثم أراد أبوها أن يزوجها رجلا آخر لا ترضى به، وأراده نكاح عم ولدها، فشكت ذلك للنبي صلى الله علية سلم، فرد النبي صلى لله عليه وسلم ذلك النكاح، ينظر :فتح الباري، ابن حجر، ٩ /١٩٥.

(٣) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح المختصر، باب لا يجوز نكاح المكره، رقم (٦٩٤٥)، ٢٦/٩.

(٤) فتح الباري، ابن حجر ١٦٩/٩.

(٥) الإستئمار هي المشاورة وتعني موافقتها الصريحة، لسان العرب، ابن منظور، ٤ /٣٠.

(٦) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح-كتاب النكاح باب لا ينكح الأب ولا غيره-رقم (٥١٣٦)، ٢٣/٧.

(٧) فتح الباري، ابن حجر، ١٩٢/٩.

المبحث الثالث

أثر المصلحة في بعض الأحكام الفقهية الخاصة بعضل الأولياء في ولاية التزويج

المطلب الأول/ تعريف العضل.

العضل في اللغة: "المنع والشدة، وعضل المرأة منعها الزواج ظلماً " [١].

العضل في الاصطلاح الفقهي: عرف الحنفية بانه منع الحرة البالغة من الإنكاح بكفء طلبته[٢]

المطلب الثاني/ حكم العضل: لا يجوز للولي عضل موليته من التزوج بكفؤها أو بصداق مثلها وهو باتفاق

من اشترطوا الولاية بالتزويج [٣]، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [٤].

وجه الدلالة: "الخطاب للأولياء وإنَّ الأمر إليهم في التزويج مع رضاهنَّ" [٥].

المطلب الثالث/أثر المصلحة في انتقال الولاية إلى السلطان في حال عضل الولي.

اختلف الفقهاء فيمن تنتقل له الولاية في حال كان الولي عاضلاً؟ وكان لهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: في حال كون العضل أقل من ثلاث مرات تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى السلطان واليه ذهب الحنفية [٦].

واستدلوا لرأيهم:

١-بما روت عائشة -رضي الله عنها-أن النبي (ﷺ) قال: في اختلاف الأولياء في النكاح: ((فإن اشتجروا فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)) [٧].

وجه الدلالة من الحديث: إنَّ الولاية تنتقل إلى السلطان عند عضل الولي القريب؛ لأنَّ السلطان له السلطة لفض النزاع عند شجار الأولياء [٨].

---

(١) تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: الترزي، وزارة الإعلام الكويتية، الكويت ط (١)، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م -عضل-١/٣٠، ومعجم لغة الفقهاء ٣١٥/١.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ٢/ ٣٧٦

(٣) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد٧/٢، مغني المحتاج، الشربيني، ٢٤٢/٤ والمغني ٣٣٦/٦.

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٣٢)

(٥) تفسير القرطبي ١٥٩/٣.

(٦) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم ١٣٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٨٢/٣، .

(٧) سبقه تخريجه ص (٣٧).

(٨) ينظر: تحفة الأحوذي، المبارك فوري، ٢٢٨/٤.

٢- قياس النكاح على دين الولي من موليته لعلة إن كلاً منهما حقاً للمرأة، فكما ينزع السلطان الدين من الولي كذلك ينزع حق النكاح من الولي [١].

الرأي الثاني: لا تنتقل الولاية إلى السلطان إلا اذا كان الرد أكثر من ثلاث مرات واليه ذهب ابن القاسم[٢]، من من المالكية، والشافعية والمذهب عند الحنابلة[٣].

واستدلوا على ذلك بـ:

١- بحديث أم المؤمنين عائشة-رضي الله عنها-عن النبي (ﷺ) قوله: ((فان اشتجروا فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)) [٤].

وجه الدلالة: إنَّ الولاية تنتقل من الأقرب إلى الأبعد وإنَّه لا ولاية للسلطان إلا في حال عُدِمَ الأولياء بدليل قوله (ﷺ) ((لا ولي له)) [٥].

٢-استدلوا بقياس العاضل على المجنون لأنَّ المجنون تنتقل ولايته إلى الأبعد فكذلك العاضل [٦].

أما الشافعية فتفريقهم بين العضل ثلاث مرات فأكثر فإنَّ تكرار العضل يدل على فسق العاضل، فأصبح كالمعدوم فتنتقل الولاية إلى الأبعد [٧].

وجه المصلحة والترجيح

بعد التأمل في الرأيين أجد أنَّ الراجح من الرأيين هو الرأي الأول القائل بانتقال ولاية العاضل إلى السلطان، وذلك لأمور منها:

١- العضل ظلم والحاكم هو من له ولاية رفع المظالم.

٢- إنَّ امتناع الولي القريب عن التزويج؛ لأنه يرى الزوج غير كفء، ويرى البعيد أنَّه كفء، فإن تنازعا فإنَّه لا يفصل في ذلك إلا السلطان [٨].

٣- إنَّ تزويج الولي الأبعد يورث أحقاداً وقطعاً للأرحام بين الأولياء إذا ما زوج الأبعد خلاف إرادة الأقرب، فكان في تقديم السلطان في التزويج في حال العضل مراعاةً لكل هذه المصالح،.

---

(١) ينظر: المجموع، النووي ٢٥٩/١٧.

(٢) هو عبد الرحمن بن قاسم بن جنادة، فقيه مالكي صحب الإمام مالك عشرين سنة، وانتفع به أصحاب مالك بعد موت الإمام، هو صاحب كتاب (المدونة)، في الفقه، ت(١٩١هـ)، ينظر: وفيات الأعيان، ابن خالكان، ١٢٩/٣.

(٣) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم ١٣٦/٣، ومغني المحتاج، الشربيني ١٥٣/٣، ومنتهى الإرادات، ابن النجار ١٩/٣.

(٤) سبقه تخريجه ص (٣٧).

(٥) ينظر: المغني، ابن قدامه، ١٥٦/٩.

(٦) ينظر: المصدر نفسه، ١٥٦/٩.

(٧) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني، ١٥٣/٣.

(٨) قانون الأحوال الشخصية، الأردن، السرطاوي، ص (٦٦).

المطلب الرابع/ أثر المصلحة بتزويج الولي الأبعد بغياب الولي الأقرب:

إذا غاب الولي الأقرب فمن يملك حق التزويج هل هو الولي الأقرب أم السلطان؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول: إنَّ الولاية تنتقل إلى الولي الذي يليه بغياب الأقرب وإليه ذهب الحنفية [١].

واستدلوا بـ:

١- بقوله (ﷺ) ((السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)) [٢].

وجه الدلالة: من الحديث أنَّ السلطان تكون له الولاية عند عدم وجود الولي القريب [٣].

٢- إنَّ المقصود من الولاية النظر لتحقيق المصلحة، ولا مصلحة بتفويض السلطان؛ لأنَّه لا ينتفع برأيه في ولاية التزويج' بالتفاضل بين الأكفاء[٤].

الرأي الثاني: إنَّ الولاية تنتقل إلى السلطان واليه ذهب الشافعية[٥]؛لأنَّه لا ولاية لاحد إذا غاب الولي غيبة منقطعة وأصبح ميؤوساً منه فلا يزوج إلا السلطان [٦].

الرأي الثالث: يجب انتظار الولي وهو مذهب الظاهرية؛ لأنَّ الضرورة لا تبيح الفروج [٧].

وجه المصلحة والترجيح:

الراجح هو الرأي الأول القاضي بانتقال الولاية إلى الولي البعيد بغياب القريب وذلك للأمور الآتية:

١- لأنَّ الولاية هدفها تحقيق المصلحة بالنظر وذلك متحقق بنظر الولي الأبعد بغياب الولي الأقرب كتحصيل الخاطب الكفء وغيره، بخلاف ماذا كان موجود.

٢- أنَّ انتقال الولاية إلى الولي الأبعد يحقق مصلحة عدم فوات الخاطب الكفء؛ لأنَّ الكفء لا ينتظر عودة الولي الغائب وهذا يعني أنَّ رأي الظاهرية مرجوح.

---

(١) ينظر: الهداية، المرغيناني، ٤٨٣/٢.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية – بيروت، كتاب النكاح، باب الولي، رقم الحديث (٢٠٨٣)، ٢ / ١٩٠، و والحاكم في المستدرك على الصحيحين، للحافظ أبو عبدالله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، (ت٤٠٥هـ)، إشراف: يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، (د. ط) (د.ت)، كتاب النكاح، باب الولي، رقم (٢٧٠٦)، ١٦٨/٢، وقال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، والترمذي في السنن، بَابُ مَا جَاءَ لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ، رقم (١١٠٢)، ٢٩٨/٢، وقال الترمذي عنه حديث حسن..

(٣) فتح الباري، ابن حجر، ١٩١/٩.

(٤) ينظر: كشاف القناع، البهوتي ٥٥/٥.

(٥) ينظر: كتاب الأم، الشافعي، ١٤/٥.

(٦) ينظر: المصدر نفسه، ١٤/٥.

(٧) ينظر: المحلى، ابن حزم، ٣٨/٩.

٣- أنَّ ذهاب الشافعية إلى انتقال الولاية إلى السلطان يصح في حال عدم الأولياء الأقارب وكذلك حال التنازع بينهم أو في حال عضل الولي دون سبب أما مع وجود الولي الأبعد وغيبة الولي الأقرب فإنَّ رأي الجمهور هو الراجح لما يحقق من مصلحة حسن الاختيار.

المطلب الرابع

أثر المصلحة باعتبار ما يتحقق به العضل في نظر الفقهاء؟

يتحقق العضل في نظر الفقهاء في أَن يمنع الولي المرأة من أن تتزوج بالرجل الكفء وبمهر المثل وهذه الصورة محل اتفاق بين الفقهاء فقال الحنفية: "متى ما منع زواجها من الكفء وبمهر المثل فإنَّه يعد عاضلاً"[١]، أما المالكية فإنَّهم يعدونه عضلاً لكنهم يشترطون تكرار ذلك من الولي[٢]، والسبب في ذلك؛ لأنَّ الرد قد يكون لمصلحة المرأة، فإنَّ الأب بما جُبل عليه من الشفقة والحنان قد يرى في الخاطب ما لا تراه الفتاة، لذلك قد يكون رده لدفع الضرر عنها، لكن لما تكرر الرد منه فإنَّ ذلك يلحق الضرر بالفتاة فترفع أمرها إلى السلطان[٣]، أما الشافعية فيعدون رد الخاطب الكفء عضلاً من الولي ولو كان الخاطب مجبوباً أو عنيناً بشرط اختيارها له[٤]، وذهب الحنابلة إلى أنَّ الولي اذا منع المرأة زواج الكفء ولو بأقل من مهر المثل يعد عاضلاً[٥].

وجه المصلحة في اعتبار رد الخاطب عضلاً.

إنَّ في رفض الولي زواج المرأة من الكفء وبمهر مثل فيه تعسف من قبل الولي في استعمال حقه؛ لأنَّ السبب في إعطائه هذا الحق هو الإشراف على مصالحها وتدبير أمورها، ومتى أساء استعمال ذلك الحق وتحقق الضرر في استعماله لحقه وجب دفع ذلك الضرر.

المطلب الخامس/ أثر المصلحة في تقديم خيار المرأة على خيار الولي.

اذا رغبت المرأة في الزواج من كفء، ورغب الولي بزواجها من كفء آخر فهل يعد ذلك عضلاً؟.

١- **مذهب الحنفية:** كان للحنفية في ذلك رأيان:

---

(١) حاشية ابن عابدين، ٨٣/٣.

(٢) ينظر: المدونة الكبرى ، مالك بن أنس مالك بن أنس، دار صادر- بيروت، ١٤٥/٢ .

(٣) ينظر: شرح مختصر الخليل محمد بن عبد الله الخرشي (ت ١١٠١هـ)، دار الفكر-بيروت، (د.ط) (د.ت)، ١٨٩/٣.

(٤) ينظر: الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، ابن حجر، ١٢٠/٤.

(٥) ينظر: شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ٧٥/٨.

الرأي الأول: إنَّه يعد عضلاً [١]؛ لأنَّ الكفء الذي اختارته لا يختلف عن الكفء الذي اختاره بل يزيد عليه باختيارها له.

الرأي الثاني: إنَّه لا يعد عضلاً لأنَّ العاضل ترفع عنه الولاية إلى القاضي ليدفع الضرر [٢] .

وجه المصلحة في هذا الرأي.

عند الموازنة بين المصالح المتحققة من تزويج المرأة بالكفء الذي اختاره الولي أو بالكفء الذي اختارته المرأة يظهر لنا رجحان تقديم خيار المرأة؛ لأنَّ الضرر بمنعها من الزواج بمن ترغب إذا كان كفء أكبر من الضرر المترتب على تزويجها بالكفء الذي رغب به الولي؛ لأنَّ الزواج عقد دائم ينبغي أن يسوده الوفاق والوئام من بدايته، وهي إنْ رأت أنَّ من خطبها خيراً من الذي اختاره وليها فهي أدرى بنفسها واعلم بمصلحتها وخصوصا وهي بالغة عاقلة[٣]، فاذا كانَ الضرر بعدم تزويجها ممن ترغب اكبر من تزويجها بمن يختاره الولي فإنَّ الضرر الأشد يُدفع بالضرر الأخف[٤].

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٨٣/٣.

(٢) المصدر نفسه، ٨٣/٣.

(٣) ينظر : عضل المرأة من النكاح (رسالة ماجستير)، سهاد حسن الإيباري، الجامعة الإسلامية – غزة ، ٢٠٠٧، ص ٥٢ .

(٤) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر– دمشق، ط(١)، ٢٠٠٦، ١٣٢/٧.

المبحث الرابع

أثر المصلحة في بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بالكفاءة في ولاية التزويج

الفرع الأول/ تعريف الكفاءة والمصلحة فيها .

الكفاءة في اللغة: المساواة [١]، والكفؤ هو النظير والمساوي [٢].

الكفاءة في اصطلاح الفقهاء: مساواة الرجل للمرأة في أمور خاصة كالنسب والدين والحرية [٣].

المصلحة في اعتبار الكفاءة:

إنَّ المصلحة في اعتبار الكفاءة تتجلى في وجوه منها:

١- أنَّ اعتبار الكفاءة يحقق مقاصد النكاح؛ لأنَّ مراعاتها تُهيء لأسباب الألفة بين الزوجين مما يعني دوام العشرة وبقاء رابطة الزوجية.

٢- أنَّ النفس تأنس بما يماثلها وتنفر مما يخالفها ولقد جاءت الشريعة مراعيةً لأحوال الناس لذلك فقد جاء في بدائع الصنائع " ولأن مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة لأنَّها لا تحصل إلاَّ بالإستفراش والمرأة تستنكف عن إستفراش غير الكفء وتعيَّر بذلك فتختل المصالح ولأنَّ الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها"[٤].

الفرع الثاني/ مراعاة المصلحة في اعتبار الكفاءة حق للولي والمرأة.

ليست الكفاءة معتبرة في حق المرأة وحدها بل للأولياء معها؛ لهذا كان لهم حق الاعتراض على عقد النكاح وفسخه اذا تزوجت بغير كفء، ولو لم يكن لهم حق لما كان لهم ذلك ولم يخالف في هذا إلا الظاهرية فكانت آراء الفقهاء على النحو الآتي .

الرأي الأول: إنَّ الكفاءة حق مشترك بين المرأة وأوليائها واليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة [٥].

---

(١) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ٧٩٧/٢.

(٢) مختار الصحاح، لأحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦هـ) تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت – لبنان، طبعة جديدة ، ١٤١٥هـ / ١٩٨٩م- كفأ – ص (٥٧٣)، و المصباح المنير، الفيومي، _ كفأ _ ص(٥٣٧).

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحم الجزيري، ٥٤/٤.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني، ٣١٧/٢.

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٣١٧/٢، وحاشية الدسوقي، ٢٤٩/٢، ومغني المحتاج، الشربيني ١٦٤/٣، وكشاف القناع، البهوتي ٣٨/٣.

الرأي الثاني: إنَّ الكفاءة غير معتبرة للزوجة ولا للأولياء واليه ذهب الظاهرية[١]، معتبرين أنَّ المسلمين كلهم سواسية فيحل للزنجي تزوج ابنة الخليفة واستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلۡمُؤۡمِنُونَ إِخۡوَةٞ﴾ [٢]، واستدلوا بعموميات آيات النكاح كقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [٣]، والتي لم تفرق بين مسلم وآخر[٤].

وجه المصلحة والترجيح: الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور من اشتراط الكفاءة وذلك لما يأتي:

١- إنَّ من مقاصد الزواج التبعية التقارب بين عائلتي الزوج والزوجة، وما يترتب من ذلك من تعاضد وتعاوناً، وهذا لا يتحقق إلا إذا وجد الأولياء أنَّ الرجل الذي يخطب ابنتهم كفء لهم وهذا يعني محبة وتعاون بين أولياء الأسرتين مما يعني حصول المصلحة في تحقيق مقاصد النكاح [٥].

٢- دفع الضرر عن الأولياء لأنهم يعيرون بمصاهرة غير أكفائهم [٦].

الفرع الثالث/ أثر المصلحة في إسقاط الأولياء والمرأة حقهم في الكفاءة:

لو رضيت المرأة وأولياؤها بالزواج بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل مع علمهم بذلك من دون تغرير، يكون العقد صحيحاً؛ لأنَّه حقهم [٧]، مع أنَّ الأصل أنَّه لا يصح؛لأنَّه في هذه الحالة لابد من وجود مصلحة تفوق مصلحة الكفاءة تجعلهم يرضون بهذا النكاح وإن لم يكن في الزوج كفاءة وهم بلا شك أعرف بمصالحهم وأحرص عليها من غيرهم [٨].

---

(١) ينظر: المحلى، ابن حزم ١٥١/٩.

(٢) سورة الحجرات، من الآية (١٠).

(٣) سورة النساء، من الآية (٣).

(٤) ينظر: المحلى، ابن حزم، ١٥٢/٩.

(٥) ينظر: فتح القدير، السيواسي، ٢٩٤/٣.

(٦) ينظر: المصدر نفسه، ٢٩٤/٣.

(٧) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢٦/٥، وحاشية الدسوقي ٢١٩/٢، ومغني المحتاج، ١٦٤/٣، وكشاف القناع، ٦٧/٥، والمفصل في أحكام الأسرة، زيدان ٣٣٨/٧.

(٨) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢٦/٥، وحاشية الدسوقي ٢١٩/٢، ومغني المحتاج، ١٦٤/٣، وكشاف القناع، ٦٧/٥، والمفصل في أحكام الأسرة، زيدان ٣٣٨/٧.

الفرع الرابع/ سقوط حق الأولياء في الكفاءة لمصلحة الولد.

للأولياء حق في الكفاءة بفسخ عقد النكاح متى ما زوجت المرأة نفسها من غير كفء أو بأقل من مهر وقد اختلفوا في سقوط هذا الحق في أحوال معينة ومنها إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء ولم يفسخ العقد حتى حملت أو وضعت وكان لهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول/ عدم سقوط حق الأولياء في الكفاءة واليه ذهب جمهور الفقهاء؛ لأنَّهم لا يجيزون تزويج المرأة نفسها [١].

الرأي الثاني/ سقوط حق الأولياء في الكفاءة متى ما لم يفسخ العقد حتى حملت المرأة أو وضعت واليه ذهب فقهاء الحنفية مراعاةً لمصلحة الطفل في أنْ يتربى في كنف والديه؛ لأنَّ فسخ النكاح قد يؤدي إلى ضياعه أو هلاكه [٢].

وجه المصلحة في رأي الحنفية: إنَّ مصلحة الأولياء في اعتبار الكفاءة في النكاح بأنَّ لا يعيرون بزواج غير الكفء وهي مصلحة في حفظ النسل وهي في مرتبة الحاجيات، أما تربية الولد وحفظة من الضياع فهي في مرتبة ضروريات حفظ النفس وحفظ النفس مقدم على حاجي حفظ النفس [٣].

(١) يُنظر: القوانين الفقهية، ابن جزي، ١ / ١٣٣، والأم، الشافعي ٥ / ١٨، والإقناع، للشربيني ٢ / ٤١٢، والمغني لابن قدامة: ٧ / ٥.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٨٦/٣.

(٣) ينظر : الموافقات، الشاطبي، ٢٣٧/١، وعلم مقاصد الشريعة، الكبيسي ص ١٤٧.

الخاتمة

وجدت أنَّ فقهاء المذهب الحنفي قد راعوا في مذهبهم مصلحة المكلف في أحكامهم بصورة عامة وان لم يسموها لكنا عرفنا ذلك من تعليلهم للحكم الذي غالبا ما يجلب مصلحة للمكلف أو يدفع عنه مضرة.

كما أن فقهاء الحنفية رحمهم الله قد أثرت المصلحة في أحكامهم الفقهية في موضوع النكاح فنجد كثيراً من هذه الأحكام بنيت على ما يجلب المصلحة للزوجين أو يدفع الضرر عن أحدهما أو كلاهما .

لابد لكل فقيه حين يصدر حكمه أن ينظر إلى مصلحة المكلف في هذا الحكم بشرط أن لا تخالف هذه المصلحة نصوص الشريعة.

مصادر البحث

- القرآن الكريم.

١. أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، دار الجامعة الجديدة – مصر.

٢. أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د. عبد القادر داودي، دار البصائر–الجزائر، ط (٢)، ٢٠١٠.

٣. أحكام الزوجية وأثارها، العربي بلحاج، دار هومه – الجزائر (د . ط)، ٢٠١٣.

٤. أحكام القران: لأبي بكر احمد بن على الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ) تحقيق: محمد صادق، دار إحياء التراث العربي، بيروت . لبنان، (ط١) ١٤٠٥هـ.

٥. الأم، محمد بن إدريس بن شافع المطلبي، دار المعرفة–بيروت، (د. ط)، ١٤١٠هـ –١٩٩٠م.

٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجم الحنفي (ت. ٩٧٠ هـ). دار المعرفة. بيروت – لبنان، ط (٢) (د.ت).

٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود بن احمد الكاساني (ت. ٥٧٨هـ). دار الكتب العربي، بيروت – لبنان، ط (٢)، ١٩٨٢م.

٨. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: الترزي، وزارة الإعلام الكويتية، الكويت ط (١)، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.

٩. تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، يوسف بن دوناس الفندلاوي ت(٥٤٣هـ) تحقيق د. احمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي–تونس–ط (١) ٢٠٠٩م.

١٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)،تحقيق: محمد عليش، دار الفكر بيروت،(د. ط)،(د.ت).

١١. حاشية رد المختار على درر المختار، محمد أمين عمر، تحقيق: حسام فرفور بن عابدين، دار الفكر للطباعة- بيروت، ط (١)، ٢٠٠٠م.

١٢. حجة الله البالغة، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ الدهلوي» (ت ١١٧٦هـ)، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥م.

١٣. سنن الدار قطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن احمد بن مهدي بن مسعود بن نعمان، (ت ٣٨٥ هـ)، تحقيق: عبدالله بن هشام يماني المدني،، دار المعرفة، بيروت – لبنان، (د. ط)، ١٩٦٦م.

١٤. شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٦٨١هـ)، دار الفكر- بيروت، (د. ط) (د.ت).

١٥. شرح مختصر الخليل محمد بن عبد الله الخرشي (ت ١١٠١هـ)، دار الفكر-بيروت، (د.ط) (د.ت).

١٦. صحيح ابن حبان بترتيب بلبان، لأبي حاتم محمد بن حبان بن احمد بن حبان بن معاذ (ت ٣٤٥هـ) تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط (٢)، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

١٧. عضل المرأة من النكاح (رسالة ماجستير)، سهاد حسن الإيباري، الجامعة الإسلامية – غزة ،٢٠٠٧.

١٨. عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٥م.

١٩. فقه الأسرة المسلمة، محمد الكدي العمراني، دار الكتب العلمية بيروت.

٢٠. فقه الأولويات دراسة جديدة في ضوء الكتاب والسنة، د. يوسف القرضاوي، مكتبة وهبه – القاهرة، ط(٣)،١٩٩٤.

٢١. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط(١)، ٢٠٠٦.

٢٢. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة – بيروت، (د. ط)، (د.ت).

٢٣. مختار الصحاح، لأحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦هـ) تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت – لبنان، طبعة جديدة ، ١٤١٥هـ / ١٩٨٩م.

٢٤. المدونة الكبرى، مالك بن أنس مالك بن أنس، دار صادر- بيروت.

٢٥. المعجم الوسيط، عصام نور الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)،٢٠٠٥.

٢٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشربيني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، (د. ط)،١٤١٥هـ.

٢٧. المفصل في أحكام الأسرة د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة-بيروت.

٢٨. الهداية شرح بداية المبتدئ، لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، ت (٥٩٣هـ)، المكتبة الإسلامية، بيروت – لبنان، ط (١).

٢٩. ولاية الإجبار والاختيار في عقد الزواج فقها وقانونا (رسالة ماجستير)، منيرة مداحي،جامعة العقيد أكلي محند، الجزائر، ٢٠١٥.

Research sources

- The Holy Quran

1. Family Provisions for Marriage in Islamic Jurisprudence, Jaber Abdel Hadi Salem Al-Shafei, New University House - Egypt.

2. Family provisions between Islamic jurisprudence and Algerian family law, d. Abdelkader Daoudi, Dar Al-Baseer - Algeria, I (2), 2010.

3. The Rulings of Marriage and Its Effects, Elaraby Belhaj, Dar Houma - Algeria (Dr. i), 2013.

4. Rulings of the Qur'an: by Abu Bakr Ahmed bin Ali Al-Razi Al-Jassas (d. 370 AH), investigation: Muhammad Sadiq, House of Revival of Arab Heritage, Beirut - Lebanon, (1st ed. 1405 AH).

5. The mother, Muhammad bin Idris bin Shafi' al-Muttalib, Dar al-Maarifa - Beirut, (d. i), 1410 AH-1990 AD.

6. The Clear Sea, Explanation of the Treasure of Minutes, by Zain al-Din Ibn Ibrahim Ibn Najm al-Hanafi (d. 970 AH). Knowledge House. Beirut - Lebanon, i (2) (d.t).

7. Badaa' al-Sana'i in the Order of Laws, by Abu Bakr bin Masoud bin Ahmed al-Kasani (d. 578 AH). Dar al-Kutub al-Arabi, Beirut - Lebanon, I (2), 1982.

8. The Crown of the Bride from the Jewels of the Dictionary, by Muhammad bin Muhammad bin Abdul Razzaq Al-Husseini Al-Zubaidi (died 1205 AH), investigation: Al-Tarazi, Kuwaiti Ministry of Information, Kuwait, edition (1), 1392 AH / 1972 AD.

9. Refining the Paths in Support of the Doctrine of Malik, Youssef Bin Dunas Al-Fandlawi, d. (543 AH), investigated by Dr. Ahmed Al-Boshikhi, Dar Al-Gharb Al-Islami - Tunis - I (1) 2009 AD.

10. Al-Desouki's footnote on the great explanation, Muhammad Arafa Al-Desouki (d. 1230 AH), investigative by: Muhammad Alish, Dar Al-Fikr Beirut, (Dr. T.), (D. T.).

11. A footnote to Al-Mukhtar's response to Dorar Al-Mukhtar, Muhammad Amin Omar, investigation: Hussam Farfour bin Abdeen, Dar Al-Fikr for Printing - Beirut, I (1), 2000 AD.

12- The Hujjat Allah al-Bagheh, Ahmed bin Abd al-Rahim bin al-Shahid Wajih al-Din bin Moazzam bin Mansour, known as al-Dahlawy" (died 1176 AH), investigation: Sayed Sabiq, Dar al-Jeel, Beirut - Lebanon, 2005 AD.

13. Sunan Al-Dar Qatni, by Abu Al-Hasan Ali bin Omar bin Ahmed bin Mahdi bin Masoud bin Noaman, (d. 385 AH), investigation: Abdullah bin Hisham Yamani Al-Madani, Dar Al-Maarifa, Beirut - Lebanon, (d. i), 1966 AD.

14. Explanation of Fath al-Qadeer, Kamal al-Din Muhammad bin Abdul Wahed al-Siyasi (d. 681 AH), Dar al-Fikr - Beirut, (d. i) (d. t).

15. Brief explanation of Al-Khalil Muhammad bin Abdullah Al-Kharshi (d. 1101 AH), Dar Al-Fikr - Beirut, (d. i) (d. t).

16. Sahih Ibn Habban, arranged by Balban, by Abu Hatim Muhammad Ibn Habban Ibn Ahmad Ibn Habban Ibn Muadh (d. 345 AH), investigation: Shuaib Arnaout, Foundation of the Resala, Beirut - Lebanon, Edition (2), 1414 AH, 1993 AD.

17. Women's muscle from marriage (Master's Thesis), Suhad Hassan Al-Ibari, Islamic University - Gaza, 2007.

18. Awn al-Ma'bood Sharh Sunan Abi Dawood, Muhammad Shams al-Haq al-Azeem Abadi, Dar al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut, 1995 AD.

19. The Jurisprudence of the Muslim Family, Muhammad Al-Kadi Al-Omrani, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, Beirut.

20. Jurisprudence of Priorities, a new study in the light of the Qur'an and Sunnah, d. Youssef Al-Qaradawi, Wahba Library - Cairo, I (3), 1994.

21. Jurisprudence rules and their applications in the four schools of thought, d. Muhammad Mustafa Al-Zuhaili, Dar Al-Fikr - Damascus, I (1), 2006.

22. Al-Mabsout, Muhammad bin Ahmed bin Abi Sahl Shams Al-Imaam Al-Sarkhi, Dar Al-Maarifa - Beirut, (d. i), (d. t).

23. Mukhtar Al-Sahah, by Ahmed bin Abi Bakr bin Abdul Qadir Al-Razi (d. 666 AH), Edited by Mahmoud Khater, Library of Lebanon Publishers, Beirut - Lebanon, new edition, 1415 AH / 1989 AD.

24. Al Mudawwana Al Kubra, Malik bin Anas Malik bin Anas, Dar Sader - Beirut.

25. Al-Mu'jam Al-Wasit, Issam Nour Al-Din, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, Beirut, I (1), 2005.

26. The singer in need of knowing the meanings of the words of the curriculum, by Muhammad bin Ahmed Al-Sherbini, Mustafa Al-Babi Al-Halabi Press - Cairo, (d. i), 1415 AH.

27. Detailed family provisions d. Abdel Karim Zeidan, Al-Resala Foundation - Beirut.

28. Al-Hedaya Explanation of the Beginning of the Beginner, by Abu Al-Hasan Ali bin Abi Bakr bin Abdul Jalil, d. (593 AH), the Islamic Library, Beirut - Lebanon, i (1).

29. Jurisprudence and Choice in the Jurisprudence and Choice of Marriage Contract (Master's Thesis), Munira Madahi, Colonel Akli Mohand University, Algeria, 2015.