

**الفروق الفقهية في باب النكاح وأحكام الإذن والولاية:
دراسة مقارنة في ضوء حاشيتي قليوبي وعميرة على
شرح المحلى**

**Jurisprudential Differences in the Chapter
of Marriage and the Rulings of Permission
and Guardianship: A Comparative Study in
Light of the Hashiyat of Qalyubi and
Umaira on Al-Mahalli's Commentary**

**م. م. عباس حميد
Abbas Hameed**

الكلمات المفتاحية: الفروق الفقهية؛ النكاح؛ الإذن والولاية؛ قليوبي وعميرة؛ المذاهب الأربعة؛ المقاصد؛ العدالة في الشهود؛ خلوة التعليم؛ النظر والمس؛ الكتابية؛ صيغ العقد؛ الإرث والولاية؛ الضمان.

Keywords: legal differences; marriage law; authorization & guardianship; Qalyubi and Umairah; four Sunni schools; maqasid; just witnesses; instructional seclusion; gaze vs. touch; People of the Book spouse; contract formulae; inheritance vs. guardianship; liability.

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بناء إطارٍ مقارنٍ لفقه الفروق في باب النكاح وما يتعلّق بأحكام الإذن والولاية، اعتماداً على حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي مع مقارنة منظّمة بين المذاهب الأربعة ومراعاة مقاصد الشريعة وقواعدها (سدّ الذرائع، درء المفاسد، تحقيق المصالح). تتناول الدراسة فروقاً محورية: نكاح الفاسقة مقابل ذات الدين، الفرق بين النظر والمس، أحكام نظر المكاتب والمبعض، اشتراط المحرم في خلوة التعليم مقابل خلوة الأُمرد، اشتراط العدالة في الشهود دون الزوجين، إذن المطلقة لوليها مقابل إذن الولي لوكيله في تزويج البكر، تقديم الجد على الأخ في الولاية بخلاف باب الإرث، دلالة صيغ العقد (زوّجني أو زوّجني امرأة)، الفرق بين نفقة الكتابية وميراثها، وتمايز تخيير ولي المرأة عن "ولي الزوج"، والضمان عند الإلتلاف للأجنبي مقابل الحربي. توظّف المنهج الاستقرائي التحليلي مع قواعد الترجيح الأصولية. خلصت النتائج إلى تأكيد كراهة نكاح الفاسقة مع صحة العقد، تغليظ حكم المس على النظر، اشتراط عدالة الشهود دون الزوجين، بطلان إذن المتزوجة المعلق وصحة توكيل الولي، لزوم التعيين في الصيغة، استحقاق الكتابية للنفقة دون الميراث لاختلاف الدين، وتعلّق الضمان بالعصمة. تسهم الدراسة في ضبط التطبيقات المعاصرة للعقود والتعليم المختلط والوكالات الشرعية.

Abstract

This study constructs a comparative framework for "jurisprudence of differences" (fiqh al-furūq) in marriage law and in rules of authorization and guardianship. It relies primarily on Qalyūbī & 'Umayrah's marginalia on al-Mahallī, while systematically comparing the four Sunni schools and engaging maqāṣid-based legal maxims (blocking the means, harm-prevention, welfare-promotion). Core differences analyzed include: marrying a profligate woman versus a pious one; the legal weight of gaze versus touch; the status of the mukātib and mub'ad regarding looking; the requirement of a mahram in instructional seclusion versus seclusion with an amrad youth; the necessity of just witnesses versus the non-requirement of justice for the spouses; a divorced woman's prior authorization to her guardian versus a guardian's agency to a proxy for a virgin; precedence of grandfather over brother in guardianship but not identically in inheritance; contractual formulae ("marry me" versus "marry me to a woman"); maintenance of a kitabiyya wife versus her inheritance; the difference between a woman's guardian's discretion and the husband's so-called "guardian"; and liability for damage by a protected non-owner versus a belligerent (ḥarbī). Using inductive analysis and usūl-based tarjīḥ, the study confirms: dislike (not invalidity) of marrying a profligate, touch being graver than gaze, justice required for witnesses not spouses,



invalidity of a married woman's contingent authorization and validity of a guardian's agency, mandatory designation in formulae, maintenance due to valid contract while inheritance is barred by religious difference, and liability tied to legal inviolability ('ishmah). These findings guide contemporary applications in contracting, instructional settings, and agency.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد؛ فإنّ فقه الفروق؛ يمثل أحد أدق المناهج في الدرس الفقهي المقارن؛ إذ يكشف اختلاف الأحكام حيث تتشابه الصور ظاهراً وتتمايز وُصفاً ومقصداً ومآلاً. ويبدو ذلك جلياً في أبواب النكاح وما يتصل بها من الإذن والولاية وصيغ الإنشاء، لما لها من تعلق مباشر بمقاصد الشريعة الكبرى: حفظ الدين والعرض والنسب. وانطلاقاً من هذا الاعتبار، يتناول هذان المبحثان طائفةً منتقاةً من الفروق الدقيقة، معتمدين أساساً على حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين، مع موازنة منظّمة بين المذاهب الأربعة في ضوء القواعد الأصولية والمقاصدية.

يهدف البحث إلى بناء إطارٍ مقارنٍ محكم لفقه الفروق في هذه المسائل، عبر استقراء نصوصها، وتحرير مناطاتها وعللها الظاهرة والمستنبطة، وربط تقارير قليوبي وعميرة بأصول المذهب الشافعي ومقارنة المذاهب الأربعة، وانتهاءً إلى ترجيحاتٍ مفسّرة منضبطة بقواعد سدّ الذرائع ودرء المفساد وتحقيق المصالح. وتتبع أهمية العمل علمياً من جمع الفروق المبعثرة في نسقٍ واحد يُبرز القيمة المنهجية لحواشي قليوبي وعميرة في ضبط الفروع، وعملياً من إمداد هيئات الإفتاء والتوثيق والتعليم بمرجعيةٍ معيارية تحسّن القرار في قضايا الخلوة والعقود والولاية والوكالة، ومنهجياً من إبراز تفاعل المقاصد مع التخيّج، وترسيم مسارٍ واضحٍ للانتقال من الجزئيات إلى القواعد الحاكمة.

يسير البحث بمنهجٍ استقرائي تحليلي مقاصدي؛ يبدأ باستقراء النصوص والأقوال، ثم تحليلها أصولياً ومقاصدياً، فالموازنة بين المذاهب، فالتقرير والترجيح. ويُعتمد ترتيبٌ معياري في العرض يبدأ بأقوال الحنفية فالمالكية فالشافعية فالحنابلة، ثم تُحرّر اختيارات قليوبي وعميرة بوصفهما عمدة هذا العمل. وتعتمد الدراسة مصادر رئيسة في مقدّمها حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي، والمعتمدات المذهبية الأربعة، وكتب القواعد والمقاصد كالفروق للقرافي والموافقات للشاطبي، ومظانّ التخيّج كبداية المجتهد لابن رشد، مع إحالاتٍ انتقائيةٍ إلى شروحٍ معتبرة كالنووي وابن قدامة. وعلى الرغم من سعة المادة، يلتزم البحث بحدودٍ موضوعية تقصره على المسائل الواردة في هذين المبحثين دون التوسّع في سائر أبواب الأسرة أو التقنيات الوضعية إلا بقدر الحاجة، كما تُحمل الألفاظ على معانيها الاصطلاحية المعتمدة ويُنبّه على مواضع الاحتمال. وعلى هذا الأساس يتناول المبحث الأول مسائل الفروق في باب النكاح، بينما يتناول المبحث الثاني الفروق في إذن المطلقة للولي ليزوّجها.

المبحث الأول

الفروق في باب النكاح

المطلب الأول: حكم نكاح الفاسقة

يتناول هذا المطلب بعض الفروق المتعلقة بموضوع خطير في الحياة الزوجية، وهو مدى اعتبار الدين والخلق في اختيار الزوجة أو الزوج، وآثار الفسق على مشروعية النكاح واستقراره. وقد عرض الفقهاء لمسائل تتعلق بحكم نكاح الفاسقة مقارنةً بصاحبة الدين، كما ناقشوا أثر الفسق في علاقة السيد بأمته، وفي النظر والمس، وهو ما يدل على عمق هذا الباب واتصاله بمقاصد الشريعة في بناء الأسرة.

ويضم هذا المطلب ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الفرق بين حكم نكاح الفاسقة وبين صاحبة الدين

سأتناول في هذه المسألة، الفروق الفقهية بين نكاح الفاسقة ونكاح صاحبة الدين، مستنداً إلى ما قرره قليوبي وعميرة في حاشيتيهما على شرح المحلي على منهاج الطالبين، مع بيان أقوال المذاهب الأربعة، والمقارنة بينها، وتحقيق القول الراجح، مستعيناً بمقاصد الشريعة وأصولها.

أولاً: التعريفات

الفسق لغة: العصيان والترك لأمر الله عز وجل والخروج عن طريق الحق (ابن منظور، 1994، 308/10). **وأما اصطلاحاً،** فهو الخروج عن الطاعة، تقول العرب: فسقت الرطبة عن قشرها: إذا خرجت (الغزالي، د.ت، 502/4).

أما الدين لغة: فقد ذكر ابن فارس (ابن فارس: الإمام العلامة، اللغوي المحدث، أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، المعروف بالرازي، المالكي، اللغوي، نزيل همدان، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقهِ مالك مناصراً متكلماً على طريقة أهل الحق، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين، جمع إتقان العلم إلى ظرف أهل الكتابة والشعر، وهو صاحب كتاب معجم مقاييس اللغة. (الذهبي، 2001، 103/17-104): الدال والياء والنون أصل واحد إليه يرجع فروعه كلها، فهو الجزاء، والطاعة، والانقياد (ابن فارس، 1979، 319/2). **واصطلاحاً:** فهو وضع إلهي سائق لأولي الألباب باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات (الهيتمي، 1983، 20/1).

ثانياً: الأدلة الشرعية على المسألة

أ- الأدلة من القرآن الكريم

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾، [سورة البقرة: آية 221].

وجه الدلالة:

بيّنت الآية أن الإيمان هو المعيار المقدم في النكاح، فحرّمت نكاح المشركات حتى يؤمنن، ولو اجتمع فيهن ما يدعو للإعجاب من جمال أو مال، وإن كان نكاح المشركة محرماً، فإن نكاح الفاسقة، التي أخلت بجانب من الإيمان، يلحق بها في التحذير، وإن لم يصل إلى درجة التحريم.

2. قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [سورة النور: آية 3].

وجه الدلالة:

دلّت الآية على أن الزنا مانع من صحة التزاوج الكامل المشروع، ولو بالمعنى الأدبي، ولذلك اعتبر نكاح الزانية - وهي صورة من صور الفسق - ممنوعاً أو مكروهاً بشدة، فالفاسقة مأخوذة بعموم هذا النهي.

ب- الأدلة من السنة النبوية

1. حديث أبي هريرة رضي الله عنه:

قال النبي ﷺ: (تَنْكِحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ) (البخاري، 1993م، 5/1958).

وجه الدلالة:

حث النبي ﷺ صراحةً على تغليب معيار الدين عند اختيار الزوجة، وجعل الظفر بذات الدين سبباً للنجاة، مما يدل على أن غير ذات الدين ليست محل ترغيب شرعي، بل التحذير منها وارد ضمناً.

2. حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما:

قال رسول الله ﷺ: (الدُّنْيَا مَتَاعٌ. وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ) (مسلم، 1955م، 1090/2).

وجه الدلالة:

بيّن الحديث أن المرأة الصالحة أفضل ما يُقتنى في الدنيا، مما يشير إلى أن غير الصالحة ليست من المتاع الحسن، بل من أسباب الفتنة والفساد.

ثالثاً: أقوال الفقهاء في حكم نكاح الفاسقة ونكاح صاحبة الدين

أ- مذهب الحنفية

حكم نكاح الفاسقة

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن نكاح الفاسقة صحيح، لكنه مكروه كراهة تنزيهية، لما فيه من خطر الفساد في الدين والنسب. قال ابن نجيم: (ويكره نكاح الفاجرة؛ لأن فيه تعريض النفس والولد للفساد، وإن عقد النكاح فهو صحيح تترتب عليه آثاره) (ابن نجيم، 1997م، 227/3). وجاء في الفتاوى الهندية: ولا ينبغي للرجل أن يتزوج الزانية، وإن تزوجها صح النكاح (الفتاوى الهندية، 1991م، 294/1).

حكم نكاح صاحبة الدين

استحب الحنفية نكاح ذات الدين، واعتبروا ذلك أولى وأحرى بتحقيق مقاصد الزواج (الكاساني، 1986، 384/3)، واستدلوا بحديث: (فاظفر بذات الدين تربت يداك).

ب- مذهب المالكية

حكم نكاح الفاسقة

يرى المالكية أن نكاح الفاسقة مكروه كراهة شديدة، وإن صح العقد، لما في ذلك من احتمالات الفساد والخلل في مقصد النكاح (الدريز، 1991م، 420/2).

حكم نكاح صاحبة الدين

أكد المالكية أن الزواج بذات الدين هو الأصل، وصرحوا أن ذات الدين مقدّمة على غيرها، حتى لو فقدت المال والجمال (النفراوي، 1995، 11/2).

ج- مذهب الشافعية

حكم نكاح الفاسقة

ذهب الشافعية إلى صحة نكاح الفاسقة مع كراهة مؤكدة، لما فيه من فساد العشرة وإفساد الذرية. قال النووي: (النكاح من الفاجرة مكروه كراهة شديدة، لما فيه من خطر الفتنة) (النووي، د.ت، 16/7).

حكم نكاح صاحبة الدين

اتفق الشافعية على استحباب نكاح ذات الدين، مستندين إلى حديث أبي هريرة، مع اعتباره أصلاً شرعياً في اختيار الزوجة (الماوردي، 1994، 52/9).

د- مذهب الحنابلة

حكم نكاح الفاسقة

قال الحنابلة إن نكاح الفاسقة جائز، لكنه مكروه كراهة شديدة، ولا يُستحب إلا إن ظهرت منها توبة. قال ابن قدامة: (نكاح الزانية مكروه، فإن تابت زال الكراهة، وإن لم تتب كره العقد عليها) (ابن قدامة، 1968، 351/9).

حكم نكاح صاحبة الدين

استحب الحنابلة الزواج من ذات الدين، وجعلوه أولى ما يُقصد عند الاختيار، تحقيقاً للمقاصد الشرعية (البهوتي، 1982، 6/5).

هـ- أقوال قليوبي وعميرة

في حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي، جاء التصريح بكراهة نكاح الفاسقة، ونصوا على أن الزواج بصاحبة الدين هو الأولى والأجدر. قال قليوبي: (ويكره نكاح الفاسقة لفسقها، وإن كان العقد صحيحاً، واستحب نكاح الصالحة الدينية) (قليوبي، د.ت، 209/3). وهذا يؤكد أن القليوبي وعميرة التزما بالتحذير من نكاح الفاسقة، وفق قواعد المذهب الشافعي.

رابعاً: التحليل المقاصدي لمسألة الفرق بين نكاح الفاسقة وصاحبة الدين

أ- مكانة مقاصد الشريعة في تنظيم النكاح: شرعت الشريعة الإسلامية النكاح لتحقيق جملة من المقاصد الكبرى، التي منها: حفظ الدين، وحفظ النسل، وحفظ العرض وبناء الأسرة المسلمة القائمة على السكينة والمودة والرحمة.

ب- أثر الدين والفسق على تحقيق المقاصد: إن أثر الزواج بصاحبة الدين هو تحقيق مقصد السكن والمودة؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [سورة الروم: آية 21]، مع حفظ الدين عبر تعاون الزوجة مع زوجها في أداء الفرائض والطاعات، وكذلك صلاح الذرية، إذ إن الأم الصالحة تربي أبنائها على طاعة الله، في حين أن أثر الزواج بالفاسقة يتمثل بزعة مقصد السكن والمودة؛ بسبب غلبة الفساد الخلقي، وتهديد حفظ الدين، نتيجة سوء التأثير المحتمل من الفاسقة على الزوج والأبناء، وكذلك احتمال فساد النسل، وظهور الفجور في المجتمع.

وقد أشار الإمام ابن القيم إلى أن النكاح إن لم يكن على أساس ديني فقد آل غالباً إلى الفساد والطلاق وسوء العاقبة (ابن قيم الجوزية، 2017، 339/5).

خامساً: أدلة الترجيح العلمي وبيان القول الراجح

أ- أدلة الترجيح:

1. النصوص الشرعية الصريحة: وتشمل الآيات المحذرة من نكاح الشركات والزناة تؤيد كراهة نكاح الفاسقات، وكذلك حديث: (فاظفر بذات الدين تربت يداك)، يدل بوضوح على أن الدين هو معيار الاختيار الشرعي.
2. تحقيق مقاصد الشريعة: وهي أن الزواج بصاحبة الدين يحقق مقاصد النكاح الأربعة الكبرى، بينما الزواج بالفاسقة يناقض هذه المقاصد ويعرض الأسرة والمجتمع للفساد.
3. قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح: إذ إن الزواج من الفاسقة فيه احتمال مفسدة دينية واجتماعية، بينما الزواج من الصالحة فيه تحقيق لمصلحة مؤكدة.
4. تقرير علماء الفقه المقارن: قال ابن رشد: إن النكاح المأمور به شرعاً هو الذي تتحقق به مقاصد الدين، ولا يتحقق ذلك إلا مع صلاح الزوجة (ابن رشد، 1995م، 11/2).

ب- بيان القول الراجح:

بعد استقراء النصوص الشرعية، وأقوال الفقهاء، ومقاصد الشريعة، وتحليل ما ورد في حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين، ظهر جلياً أن الشرع الحكيم أرشد إلى ضرورة تغليب معيار الدين عند اختيار الزوجة. كما بيّن الفقهاء بوضوح خطورة الزواج من الفاسقة لما قد يترتب عليه من فساد في الدين والنسل والعلاقات الاجتماعية. وقد أجمع العلماء، على اختلاف مذاهبهم، على أن النكاح من الفاسقة صحيح في ذاته، إلا أنهم اختلفوا في درجة الكراهة، بينما اتفقوا على استحباب الزواج من صاحبة الدين، وجعله من أفضل الخيارات الشرعية.

المسألة الثانية: الفرق بين حكم النظر من المكاتب (المكاتب: هو العبد الذي كاتبه سيده على مال يؤديه في ذمته، فإذا أدى المال أصبح حراً، وإن لم يؤده بقي عبداً. والمكاتبة عقد بين السيد وعبدته يُفضي إلى الحرية بعد الوفاء بالعوض. (النووي، د.ت، 189/6) والمبعض (المبعض: هو العبد الذي أعتق بعضه وبقي بعضه مملوكاً، كأن يُعتق نصفه أو ثلثه، سواء كان ذلك بطريق التبرع أو غيره، فيصبح نصفه حراً ونصفه الآخر مملوكاً، وبالتالي يترتب على حاله أحكام مختلطة بين الحرية والرق. (ابن قدامة، 1968، 10/9) لسيدته وبين حكم المكاتب والمبعضة

أولاً: تحرير محل النزاع

يظهر الفرق بين المسألتين في تحديد الجهة التي يجوز لها النظر إلى الأخرى، وفي مدى نفوذ أحكام الحرمة أو الإباحة بحسب درجة الحرية أو الرق في الطرفين. فالمكاتب والمبعض كلاهما عبد لم يزل الرق باقياً فيه، لكن بشروط خاصة. أما المكاتب والمبعض، فهما أنثيان في حكم الرقيق أيضاً، مع فروق تتعلق بالحاجة إلى النظر، واحتمال الفتنة، وحدود الاستمتاع، مما أوجب التفرقة في الحكم.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن المكاتب - مادام في الرق - لا يجوز له النظر إلى سيده بشهوة، لأن له شائبة حرية لكن لا زال له حكم العبد، والنظر هنا لا يُباح لوجود الريبة. أما المبعض، فحكمه كحكم العبد في الجزء المملوك، فلا يجوز له النظر أيضاً (الفتاوى الهندية، 1991م، 335/1).

المالكية:

رأى المالكية أن المكاتب لا يزال يُعامل في أحكام العورات والنظر مع سيده معاملته الرقيق، فلا يجوز له النظر إلى سيده ولا الخلوة بها. والمبعض كذلك لا يُعطى حكم الأحرار في هذه المسائل حتى يُعتق كلياً (الدردير، 1991م، 179/3).

الشافعية:

صرح الشافعية أن المكاتب لا يزال في أحكامه قريباً من العبد، ولا يجوز له النظر إلى سيده، ولا خلوة معها، لأنه لا يزال مملوكاً. أما المبعض، فيُنظر إلى ما بقي من الرق فيه، وحيث أن فيه جزءاً مملوكاً فلا يباح له النظر أيضاً (النووي، د.ت، 121/5).

الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة إلى أنه لا يجوز للمكاتب النظر إلى سيده، لأنه لم يتحرر بعد تماماً، أما المبعض فحكمه كالرقيق من حيث العورات والنظر (ابن قدامة، 1968، 602/6).

رأي قليوبي وعميرة:

أشار قليوبي وعميرة إلى أن المكاتب لا يزال يُعامل في بعض الأحكام كالرقيق، ومن ذلك العورات والنظر، ولا يُستثنى من ذلك إلا بقرينة نصية. أما المبعض فله حكم مشترك بين الحر والعبد، ويغلب جانب الرق في مثل هذه المسائل (قليوبي، د.ت، 204/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الحنفية على منع نظر المكاتب والمبعض إلى سيدته بأنهما ما زالا يشتملان على وصف الرق، إذ إن العلة في منع العبد من النظر إلى سيدته هي خشية الفتنة، ولا تزال قائمة في المكاتب والمبعض، ما دام لم يعتق تماماً (ابن نجيم، 1997م، 201/5).
أما المالكية فاحتجوا بعموم الأدلة التي تمنع المملوك من النظر إلى سيدته، واعتبروا المكاتب والمبعضة داخلة في هذا العموم، ومن ذلك قوله تعالى:

﴿فَانكحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ (النساء: 25)، فقيد النكاح بإذن السيد، ما يدل على بقاء التبعية في أحكام الحرمات (ابن رشد، 1988م، 174/3).

أما الحنابلة فاستدلوا بالقياس على العبد الخالص، فكما أن العبد لا ينظر إلى سيدته، فالمكاتب والمبعض لا يجوز لهما ذلك، لأن جزءاً منهما مملوك (الدردير، 1991م، 123/7).
أما قليوبي وعميرة، فقد بنوا رأيهم على جملة القواعد الشافعية التي تُرجح جانب الاحتياط في العورات والخلوة، ما لم يتحقق زوال صفة الرق تماماً، وهو ما لا يتوافر في المكاتب والمبعض (قليوبي، د.ت، 204/3).

رابعاً: وجه التشابه

يتفق الحكم في الحالتين على منع النظر والخلوة إذا كانت صفة الرق باقية بأي قدر، سواء كان الناظر هو العبد (مكاتباً أو مبعضاً)، أو المنظور إليها هي المملوكة (مكاتباً أو مبعضة). ويتساوى الفريقان في اشتراكهم في قدر من الرق، ما يُوجب الحكم بالمنع سداً للذريعة.

خامساً: وجه الاختلاف

الفرق الجوهرى في هذه المسألة يكمن في الجهة التي يقع عليها النظر: ففي الحالة الأولى، النظر صادر من عبد فيه شائبة حرية نحو سيدته، ومحل المنع هنا قائم على وجود مصلحة راجحة للمالك في منع الفتنة.

أما في الحالة الثانية، فالنظر من امرأة مملوكة فيها شائبة حرية إلى سيدها، وقد يكون الحكم فيها أخفّ عند بعضهم؛ لأن الأصل في النظر من النساء إلى الرجال أضيق من العكس، إلا أن الغالب في الفقه هو التسوية، أو منع الجميع حفظاً للعورات وسداً للزنا.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح - كما جرى عليه جمهور الفقهاء - أن المكاتب والمبعض لا يجوز لهما النظر إلى سيدتهما، والعكس صحيح كذلك في المكاتب والمبعضة، لأن مقتضى الرق لا يزول إلا بزوال سببه بالكلية، وقد بين ذلك فقهاء الشافعية - ومنهم المحلي في "شرح المنهاج" - أن الخلوة والنظر ممنوعة ما لم يتحقق العتق التام، وهو ما أشار إليه قليوبي وعميرة في حواشيه، فجعلوا شائبة الرق مانعة في مثل هذه الحالات، دفعاً للفتنة وصيانة للحدود الشرعية.

المسألة الثالثة: الفرق بين حكم النظر وحكم المس

أولاً: تحرير محل النزاع

يتعلق محل النزاع في هذه المسألة بتفريق الحكم بين "النظر" و"المس" من حيث الأحكام الشرعية التي تترتب على كل منهما، خاصة عند تعلقها بما يُثير الشهوة، وعند بحث المسائل المتعلقة بالخلوة، والنكاح، والعبادة كالطهارة، ومس المصحف، وما إلى ذلك. ويتناول الفقهاء هذه الأحكام وفق مقاصد الشريعة في حفظ الدين والعرض والنسل، وبحسب دلالة النصوص ومدى تعلقها بالفعل نفسه أو بما يترتب عليه من آثار.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

يرى الحنفية أن النظر إلى الأجنبية بغير شهوة جائز إذا لم يُخش الفتنة، أما إذا وُجدت الشهوة، فالأمر محرّم. أما المس، فالأصل فيه عندهم المنع إذا ترتب عليه تلذذ أو فتنة، ويأثم فاعله. وقد صرحوا بأن المس أغلظ من النظر، لما فيه من القرب المفضي إلى الفتنة غالباً، بل قد يوجب التعزير (ابن نجيم، 1997م، 219/8).

المالكية:

عند المالكية، النظر إلى الأجنبية بشهوة محرّم مطلقاً، أما بدون شهوة فلا حرج ما لم يُخش الفتنة. أما المس، فمحرّم عندهم بكل حال إلا لحاجة معتبرة (كعلاج)، ويُعد أعظم في التحريم من النظر. وقد أشاروا إلى أن المس قد يكون مدعاة لفعل محرّم، بخلاف النظر، فهو أهون في الحجر والتعزير (الدردير، 1991م، 1991م، 253/2).

الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن النظر إلى الأجنبية بغير شهوة جائز في حدود ما تدعو إليه الحاجة كالشهادة والمعاملة، أما مع الشهوة فحرام. وأما المس، فحرام مطلقاً سواء وُجدت الشهوة أو لم توجد، إذا لم تكن هناك ضرورة. وقد شدّدوا على أن المس مباشرة - دون حائل - ناقض للوضوء، بخلاف النظر (النووي، د.ت، 301/2).

الحنابلة:

فرّق الحنابلة بين النظر والمس من حيث التشديد، فالنظر إلى الأجنبية يُباح عندهم عند الحاجة وبدون شهوة، ويحرم مع الشهوة، أما المس فمحرّم على كل حال، ويُعتبر أشد في الحكم. وقد نصوا على أن المس يكون أكثر إثارة للشهوة، ومن ثمّ كان أحق بالمنع والتعزير (ابن قدامة، 1968، 456/7).

قليوبي وعميرة:

نصّ قليوبي وعميرة في حاشيتهما على شرح المحلي على أن النظر والمس يُمنعان إذا وُجدت الشهوة، وأن المس أشد تأثيراً وأعظم في التحريم؛ لأنه مما يقود إلى الفتنة غالباً، ويقع به الحرج الشديد، وأشاروا إلى أن النظر يُعذر فيه في مواضع، أما المس فلا (قليوبي، د.ت، 204/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الفقهاء على تحريم النظر بالشهوة بقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ (النور: 30)، وأما المس فقد ورد فيه حديث: (لأن يُطعن أحدكم بمخيطة من حديد خير له من أن يمس امرأة لا تحل له) رواه الطبراني، وهو وإن كان في سنده مقال، فقد حسنه بعض أهل العلم لمعناه. وأيضاً فإن المس مظنة الفتنة العاجلة، والشارع أغلق أبوابه.

رابعاً: وجه التشابه

يشترك النظر والمس في كونهما وسيلتين إلى الفتنة، ويُحكما بحسب قصد الفاعل وأثر فعله، ويُمنعان عند خشية الفتنة أو وجود الشهوة، ويُقيدان بالحاجة عند انتفائها.

خامساً: وجه الاختلاف

يفترقان من حيث الشدة في التحريم؛ فالمس أشد حكماً من النظر، إذ هو أبلغ في التهيج وأقرب إلى الفعل المحرم، ولذلك شدد فيه جمهور الفقهاء، بخلاف النظر فإنه يُتسامح فيه أحياناً عند الحاجة وبشروط.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن المس أشد تحريماً من النظر، لأن المس غالباً ما يكون مقدمة للفعل المحرم، ولما في النصوص من التشديد فيه، بخلاف النظر الذي قد يكون محتملاً للحاجة أحياناً، وبهذا يُراعى في المسائل التفريق بين الحكمين عند الإفتاء.

المطلب الثاني: اشتراط المحرم في خلوة الأجنبية للتعليم

ويضم هذا المطلب مسألتين:

المسألة الأولى: الفرق بين اشتراط المحرم في خلوة الأجنبية للتعليم وبين الخلوة بالأمرد

أولاً: تحرير محل النزاع

محل النزاع في هذه المسألة هو النظر في الفرق بين الحكم الشرعي المتعلق بخلوة الرجل بالأجنبية لأجل التعليم، وبين الحكم في خلوته بـ"الأمرد" - وهو الشاب الذي لم تنبت لحيته بعد، ويكون حسن الصورة - وذلك من حيث اشتراط وجود محرم، وخوف الفتنة، والحكم بالتجريم أو الإباحة، وقد تناول الفقهاء المسألتين بمزيد من التفصيل؛ لاختلاف مناهج كل منهما، رغم اشتراكهما في مظنة الفتنة.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

صرّح الحنفية بتحريم الخلوة بالأجنبية مطلقاً، ولو لأجل التعليم، إذا لم يكن معها محرم أو نسوة، مستنديين إلى القاعدة: "الخلوة بالأجنبية حرام، وهي من مقدمات الزنا"؛ إذ جاء في الفتاوى الهندية: "ولا يجوز له أن يخلو بها، ولو لتعليم؛ لما فيه من الفتنة" (الفتاوى الهندية، 1991م، 328/5).

أما الخلوة بالأمرد، فقد نصوا على المنع منها إذا كان الأمرد حسن الصورة، وكان الخلوة مظنة الفتنة، بل قد منعوا النظر إليه إن وجدت الشهوة، وعلقوا الحكم بالحال، كما في قولهم: "لا بأس بالنظر إلى وجه الأمرد إن أمن الفتنة" (ابن نجيم، 1997، 219/8).

المالكية:

شدّد المالكية في أمر الخلوة بالأجنبية، ولو كان الغرض تعليمياً؛ لما في ذلك من تهديد للعرض، واحتاطوا في ذلك أكثر من غيرهم، فقالوا بتحريم التعليم المباشر إن أدى إلى خلوة، دون محرم أو جمع من النساء. وعلّلوا المنع بالخوف على الأعراض، وأما الأمرد، فذكر المالكية أنه لا يُخلَى به إذا كان حسن الصورة، ولا يُنظر إليه، وجعلوه كمثّل الأجنبية في التحريم عند وجود التهمة أو مظنة الفتنة (الدريز، 1991م، 254/2).

الشافعية:

ذهب الشافعية إلى تحريم الخلوة بالأجنبية، إلا إذا كان معها محرم أو نسوة، ولو كان الغرض التعليم؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. وقد علّلوا ذلك بأن "الخلوة محرمة ولو مع أمن الفتنة، لأنها مظنة" كما ورد في مغني المحتاج، وأما الأمرد، فقد صرحوا بأنه لا يجوز الخلوة به، إذا كان حسن الصورة، ولا يُنظر إليه إذا خيفت الفتنة، بل جعلوه أولى بالمنع؛ لأنه قد لا يتحصن، وهو محلّ شهوة (النووي، د.ت، 25/7).

الحنابلة:

قال الحنابلة بتحريم الخلوة بالأجنبية، ولو لأغراض التعليم، إلا مع محرم أو ما يدفع الفتنة، واستدلوا بحديث: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم" متفق عليه (ابن قدامة، 1968، 456/7). أما الأمرد، فقد منعوا الخلوة به إن خيفت الفتنة، وجعلوه كالأجنبية في هذا الباب، وإن لم تكن فتنة فلا حرج في النظر. وورد في الإنصاف: "يكره النظر إلى الأمرد إذا كان حسناً، ولو أمن الفتنة على الصحيح" (ابن قدامة، 1968، 456/7).

قليوبي وعميرة:

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة التصريح بعدم جواز الخلوة بالأجنبية مطلقاً، ولو لأجل التعليم، كما جاء عند تعقيبهم على شرح المحلي: "ولا يُباح التعليم إذا اقتضى خلوة محرّمة"، وأما الأمر، فشَدّدوا في منعه إن كان حسناً، فقالوا: "ويُمنع النظر إلى الأمر إذا خيفت الفتنة، بل وإن لم تُخَف في الأصح" (قليوبي، د.ت، 143/4).

ثالثاً: الاستدلال

استدل العلماء في المسألتين بعدة نصوص شرعية، منها قول رسول الله ﷺ: (إياكم والدخول على النساء) (البخاري، 1993م، 37/7)، وقوله ﷺ: (لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم) (البخاري، 1993م، 37/7).

كما استدلوا على حكم الأمر بما رُوي عن عبد الملك بن عمير أن رسول الله ﷺ قال: (وَلَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ فَإِنْ تَالَتْهُمَا الشَّيْطَانُ) (بن حنبل، 2001م، 311/1)، وعمّم العلماء هذه العلة على كل خلوة يترتب عليها تهمة، كالأمر الحسن. واستأنس بعضهم بمقاصد الشريعة في حفظ النسل والعرض.

رابعاً: وجه التشابه

يشترك كلا النوعين من الخلوة في أنها موضع فتنة، وفي تحريمها عند فقدان المحرم أو الجمع، خاصة إذا وُجدت التهمة، أو وُجدت دواعي الفتنة، كما يشتركان في كون كل منهما ممنوعاً شرعاً إن ترتب عليه مظنة الفساد.

خامساً: وجه الاختلاف

يختلف الحكم من حيث الشدة والاحتياط؛ فالخلوة بالأجنبية مُحَرَّمة مطلقاً دون تفصيل حال المرأة أو حسنها، بينما الأمر قد يُتسامح فيه إن لم يكن حسناً أو لم توجد شهوة، كما أن التعليم قد يُجيز النظر لا الخلوة، بخلاف الأمر، فإن مجرد النظر قد يُحرّم.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من التفريق بين خلوة الأجنبية للتعلم وخلوة الأمر، مع اشتراكهما في التحريم عند وجود الفتنة، لكن تُشَدّد الخلوة بالأجنبية لأن الأصل منعها في كل حال إلا لضرورة، أما الأمر فإن المنع فيه معلق بالحال، والميل إلى الاحتياط في البابين هو الأوجه.

المسألة الثانية: الفرق بين عدالة الشهود عند عقد الزواج وبين عدالة الزوجين أولاً: تحرير محل النزاع

محل النزاع في هذه المسألة هو التفريق بين اشتراط العدالة في الشهود الذين يحضرون عقد الزواج، وبين اشتراط العدالة في الزوجين أنفسهما عند الإقدام على الزواج. ويتضح من خلال هذا التفريق ما إذا كانت العدالة شرطاً في كلا الموضعين، أو أنها شرط في أحدهما دون الآخر، وذلك لما يترتب على هذا الفرق من آثار فقهية تمس صحة العقد أو مشروعيته، أو كماله.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن العدالة في الشهود ليست شرطاً لصحة عقد الزواج، بل يكفي وجود الشهادة ولو من فاسقين، لأن المقصود منها الإعلان، وهو حاصل بذلك. قال الكاساني: "الشهادة في النكاح لا يُشترط فيها العدالة، بل يكفي فيها ظاهر العدالة، لما أن المقصود منها الإشهار" (الكاساني، 1986، 272/2).

أما العدالة في الزوجين، فقد نص الحنفية على أنها غير مشروطة لصحة النكاح، ويصح العقد مع الفاسق، ما دام قد توافرت الأركان والشروط الأخرى (الفتاوى الهندية، 1991م، 283/1).

المالكية:

اشتراط المالكية العدالة في الشهود على عقد الزواج، واعتبروها شرطاً لصحة العقد، فلا يصح الزواج عندهم بشهادة فاسقين، وقد قال ابن رشد: "يشترط في الشاهدين العدالة باتفاق" (ابن رشد، 1995، 3/2).

أما الزوجان، فلا يشترط فيهما العدالة لصحة الزواج، بل يجوز نكاح الفاسق والفاسقة مع الكراهة، بشرط خلو النكاح من موانع أخرى.

الشافعية:

صرّح الشافعية بأن العدالة في الشهود شرط لصحة عقد الزواج، ولا يُقبل في ذلك فاسق أو مجهول، لأن المقصود توثيق العقد، قال الشربيني: "يشترط في الشهود على النكاح أن يكونوا عدولاً" (الشربيني، 1998، 236/4).

أما الزوجان، فلا يُشترط فيهما العدالة، إذ يصح نكاح الفاسق، وإن كان مكروهاً أو خلاف الأولى (النووي، د.ت، 19/7).

الحنابلة:

اشتراط الحنابلة عدالة الشهود لصحة عقد الزواج، وقالوا إن شهادة الفاسق غير معتبرة شرعاً، واستدلوا بحديث النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ) (البيهقي، 2003م، 249/10)، قال

ابن قدامة: "ويشترط في الشاهدين العدالة، وهو قول أكثر العلماء" (ابن قدامة، 1968، 15/7). أما الزوجان، فلا يُشترط فيهما العدالة، وإن استُحِبَّت، ويصح العقد مع فسقهما (ابن قدامة، د.ت، 205/9).

قليوبي وعميرة:

نص قليوبي وعميرة على اشتراط العدالة في الشاهدين على عقد النكاح، فقالا عند شرح قول المحلي: "وشاهدين عدلين"، أن هذا شرط صحة، ويُبطل العقد بدونه، ثم أوضحا أن العدالة معتبرة بالظاهر، ويشترط عدم التهمة. أما الزوجان، فلا يشترط فيهما العدالة، فيجوز نكاح الفاسقة مثلاً، مع الكراهة الشديدة (قليوبي، د.ت، 210/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل العلماء على اشتراط عدالة الشهود بحديث: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، وبأن المقصود من الإشهاد توثيق العقد ودرء النزاع، فلا يتحقق ذلك إلا بعدالة الشهود. أما سقوط هذا الشرط عن الزوجين، فاستندوا فيه إلى عموم الأدلة الدالة على صحة الزواج، دون اشتراط العدالة فيهما، ما دام لا يوجد مانع شرعي، واستدلوا كذلك على جواز نكاح الفاسقة بقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: 32)، فذكر الصلاح على سبيل الأفضلية، لا الوجوب.

رابعاً: وجه التشابه

يشترك الشهود والزوجان في كونهما طرفين مؤثرين في العقد، وأن العدالة في كلٍ منهما أمر مطلوب من حيث الكمال الشرعي، وتحقيق مقاصد الزواج الشرعية من الاستقرار، والصلاح، وبناء بيت متين.

خامساً: وجه الاختلاف

يختلف الحكم في أن العدالة شرط لصحة النكاح في الشهود، بخلاف الزوجين، فالفسق في الشهود يفسد العقد، بينما لا يُبطله في الزوجين. كما أن العدالة في الشهود مطلوبة توثيقاً ومنعاً للنزاع، بخلاف الزوجين، فإنها مطلوبة لتحقيق مصلحة اجتماعية وأخلاقية.

سادساً: الرأي الراجح

الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط العدالة في الشهود دون الزوجين، لأن الشهادة يُقصد منها الحفظ والتوثيق، وهو لا يتحقق مع الفسق، بينما الزوجان فهما طرفا العلاقة، ولا تقصد علاقتهما بالفسق إلا من جهة الكمال، لا الصحة.

المبحث الثاني

الفروق في إذن المطلقة للولي ليزوجها، وإذن الولي للوكيل لتزويج البكر

وقد اقتضى بناء هذا المبحث أن يُقسّم إلى مطلبين رئيسين:

المطلب الأول: الإذن من المتزوجة إذا أذنت للولي أن يزوجها، ويتناول ثلاث مسائل تتعلق بحالات الإذن والوكالة في التزويج، واختلاف المراتب بين الورثة والولاية، والدلالة اللفظية في عقد النكاح.

المطلب الثاني: الفرق بين نفقة الكتابية وبين ميراثها، ويعالج ثلاث مسائل تتعلق بحقوق المرأة الكتابية، واختلاف دور الولي في تزويج المرأة أو تمثيل الزوج، وتقدير الضمان في حالات الإلتلاف وفق وصف المتلف.

المطلب الأول: الإذن من المتزوجة إذا أذنت للولي أن يزوجها
وقد اشتمل على ثلاث مسائل فقهية تفصيلية.

المسألة الأولى: الفرق بين الإذن من المتزوجة إذا أذنت للولي أن يزوجها إذا طلقت وبين إذن الولي لوكيل في تزويج البكر إذا طلقت قبل الدخول
أولاً: تحرير محل النزاع

يتعلق محل النزاع هنا ببيان الفرق بين صورتين تتصلان بإذن العقد على المرأة: الصورة الأولى: أن تصدر المرأة المتزوجة إنذاراً لوليّها بتزويجها من رجلٍ إذا ما وقع طلاقها. الصورة الثانية: أن يصدر الوليّ إنذاراً لوكيلٍ عنه بأن يُزوج البكر إذا وقع الطلاق قبل الدخول. وعليه، فالخلاف مبني على أثر الشرط المستقبلي في الإذن، ومدى ثباته مع تغير الحال، وعلى خصوصية المرأة المطلقة مقارنة بالبكر.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

يرى الحنفية أن الإذن الصادر من المرأة المتزوجة لوليّها ليزوجها إن طُلِّقت لا يُعتد به، لأن الإذن لا يكون إلا من محلّ يملك التصرف، والمتزوجة لا ولاية لها على نفسها حال قيام النكاح، كما أن إنذارها في المستقبل يعتبر لغواً؛ لكونه مُعلّقاً على غير متيقّن. أما البكر فإذن وليّها لوكيل بتزويجها إذا طُلِّقت قبل الدخول جائز ما دام الإذن عاماً أو قائماً على وكالة غير مؤقتة، لأن الولي له التصرف في الحال وفيما يُرجى من الحال (الكاساني، 1986، 232/2).

المالكية:

ميّز المالكية بين الحاليين، فعّدوا إذن المرأة المتزوجة لوليّها بتزويجها بعد طلاقها إنذاراً غير نافذ؛ لأن الأهلية العقدية غير قائمة بها حال النكاح، ولا يصح تعليق الإذن على شرط مستقبل

محتمل. أما إذن الولي لوكيل بتزويج بكر إذا طُلِّقَت قبل الدخول فصحيحٌ إذا لم يكن هناك مانع شرعي لاحق، لأن الوكالة جائزة، وما كان مأذوناً فيه بطريق الوكالة جاز فيه التعليق (الدريير، 1991م، 2/285).

الشافعية:

فرّق الشافعية بين الإذنين من جهة التكيف الشرعي، فالإذن المعلق من المرأة المتزوجة لا يُعتد به، لأنه صدر منها حال قيام النكاح، وهي حينئذٍ لا تملك العقد على نفسها، فلا يصح تعليق الإذن على ما لم يملكه المأذون به. أما إذن الولي لوكيل في تزويج البكر فهو صحيح، لأن الولي يملك الإنشاء بالوكالة، ويجوز له الإذن العام، ولو وقع الطلاق لاحقاً (النووي، د.ت، 5/77).
الحنابلة:

جعل الحنابلة إذن المتزوجة لوليها في تزويجها بعد الطلاق غير معتبر، لأن المرأة ما دامت في عصمة زوج فلا ولاية لها على نفسها، وإذنها معلق على شرط متوقع الوقوع، ولا يُبنى عليه حكم. وأما إذن الولي لوكيل في تزويج البكر عند طلاقها قبل الدخول فجائز، ما دام التوكيل عاماً أو مقيداً بقيد لا يمنع من التصرف بعد تحققه (ابن قدامة، 1968، 7/332).
رأي قليوبي وعميرة:

نصّ الشافعية في حاشيتي قليوبي وعميرة على أنه لا يصح إذن المتزوجة لوليها بتزويجها بعد الطلاق لأنها لا تملك العقد حين الإذن، والإذن لا يُعلق على أمرٍ مستقبلٍ مجهول الوقوع، وفرقوا بينه وبين إذن الولي لوكيل في تزويج بكر، لأن للولي تصرفاً في ولاية صحيحة، وقد يكون التوكيل عاماً غير مقيد بالطلاق (قليوبي، د.ت، 3/204).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الفقهاء على بطلان الإذن من المتزوجة بأنها لا تملك أمر نفسها ما دامت تحت عصمة زوج، وإذنها في حالٍ لا تملك فيه التصرف باطل شرعاً. وعلقوا على أن الإذن المشروط لا يُقبل في الأمور التي لا يملكها الإنسان في الحال. أما في حال إذن الولي لوكيله، فاعتمدوا على أن الوكالة تجوز في حال وجود الولاية، وأن التوكيل لا يُشترط أن يكون مباشراً في لحظة العقد بل يكفي قيام الولاية العامة.

رابعاً: وجه التشابه

يتفق الطرفان في كونهما إذنًا في عقد زواج محتمل الوقوع مستقبلاً، ويشتركان في ورود قيدٍ تعليقي على شرطٍ شرعي وهو الطلاق، كما أن كلا الإذنين لهما ارتباط بالنيابة في إبرام عقد النكاح.

خامساً: وجه الاختلاف

يظهر الفرق الجوهرى في الجهة الصادرة عنها الإذن: فالمتزوجة ليست ذات ولاية على نفسها حال قيام النكاح، فلا يُعتد بإذنها، أما الولي فله الولاية الأصلية على البكر، وله أن يُنيب غيره حال قيام أهليته بالوكالة. كذلك، فإن المتزوجة مشروط بزوال النكاح، وهو أمر غير متيقن، أما إذن الولي فيبقى سارياً ما لم يُلغِه، ولا يُعلَق دائماً على شرط باطل.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بطلان الإذن الصادر من المتزوجة حال قيام نكاحها، وعدم اعتباره إذا كان معلقاً على الطلاق؛ لعدم قيام الأهلية العقدية بها حينئذٍ، بينما يصح إذن الولي لو كيله في تزويج البكر إذا طُلقت قبل الدخول، ما دام الإذن عاماً أو غير مرتبط بقيد باطل، ووجود الولاية يحيز التوكيل ابتداءً. وهذا الرأي هو المعتمد في مذهب الشافعية كما في حاشيتي قليوبي وعميرة، وهو أقرب إلى قواعد النيابة والولاية.

المسألة الثانية الفرق بين تقديم الجد على الأخ في التزويج وبين تقديمه في الإرث

أولاً: تحرير محل النزاع

محل النزاع في هذه المسألة هو بيان وجه الفرق بين أولوية الجد على الأخ في باب الولاية على التزويج، وأولوية أحدهما على الآخر في باب الإرث. فقد يظهر في كلا البابين اشتراك في القرابة من جهة الأب، لكن الشريعة فرقت في الأحكام بحسب المقاصد والأثر المترتب على كل منهما. فهل تقديم الجد على الأخ في الولاية على التزويج له نفس العلة التي يُقدّم بها أحدهما على الآخر في الإرث، أم أن لكل منهما ضابطاً فقهياً مستقلاً؟

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

يرى الحنفية أن الولاية في التزويج تثبت للأقرب فالأقرب من العصبية على الترتيب، ويقدم فيها الأب، ثم الجد، ثم الأخ، فابن الأخ، وهكذا. وبالتالي، يُقدّم الجد على الأخ في التزويج، لأنه أقرب درجة إلى المرأة. أما في الإرث، فقد بين الحنفية أن الأخ الشقيق يُقدّم على الجد، لأنه أقوى منه من حيث الحجب، إذ إن الجد لا يحجب الأخ الشقيق، بينما الأخ الشقيق قد يحجب الجد أو يُنقصه من الإرث (الكاساني، 1986، 231/3).

المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الجد العيصبي يُقدّم على الأخ في الولاية على التزويج، لأنه أقرب إلى المرأة وأقوى ولاية من الأخ، ويُعتبر في حكم الأب عند انعدامه. أما في باب الميراث، فقد اعتبروا

الأخ الشقيق أقوى من الجد، لأنه يجمع بين القرايتين (الأب والأم)، في حين أن الجد من جهة الأب فقط، وعليه قد يُحجب الجد بالأخ الشقيق (الددير، 1991م، 4/199).

الشافعية:

عند الشافعية، تُعتمد قاعدة الترتيب في العِصبة في باب التزويج، فيُقَدَّم الجد على الأخ لأنه أقرب، حيث درجته أعلى. أما في باب الإرث، فإن الجد السدي (أبو الأب) يكون مثل الأخ في الإرث، ويقع بينهما التشارك أو التفضيل بحسب الأحوال، وتُراعى في ذلك قواعد الحجب والتعصيب. فإذا كان الأخ شقيقاً، فإنه قد يُنقص أو يحجب الجد (النوي، د.ت، 5/74).

الحنابلة:

أكد الحنابلة أن الجد يُقَدَّم على الأخ في التزويج لأنه أولى وأقرب، إذ يتصل بالمرأة من جهة الأب مباشرة، فهو بمثابة الأب. أما في الإرث، فالأمر مختلف، لأن الأخ الشقيق يُحجب الجد أو يشاركه بحسب تفاصيل المسألة، لكونه أقرب من جهة الأم والأب معاً، بخلاف الجد الذي هو من جهة الأب فقط (ابن قدامة، 1968، 7/357).

رأي قليوبي وعميرة:

نصّ الشافعية كما في حاشيتي قليوبي وعميرة على أن الولاية في النكاح تثبت للأب، ثم الجد، ثم الأخ، بترتيب العِصبة الأقرب فالأقرب. وذكروا أن الجد بمنزلة الأب في تقديمه على الأخ، أما في الإرث فإن الجد لا يُساوي الأخ الشقيق تماماً، بل يُقدم الأخ في بعض الصور لكونه أقوى في الحجب (قليوبي، د.ت، 3/204).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الفقهاء في باب التزويج بأن الولاية تثبت للأقرب فالأقرب، وأن الجد أقرب درجة من الأخ، وألحقه بالأب في القوة والولاية، لقول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ) (أبو داود، د.ت، 2/229)، كما أن العِصبة تقدم في الولاية بحسب ترتيب القرابة لا بحسب الاستحقاق في المال. أما في باب الإرث، فالحكم فيه يخضع لأصولٍ مختلفة، أبرزها قوة الحجب، ودرجتي النسب، فالأخ الشقيق يجمع بين الأب والأم، بينما الجد من جهة الأب فقط، مما يجعله أضعف في بعض صور الميراث. وقد بيّنت آيات المواريث في سورة النساء قاعدة (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ)، وحددت مراتب الورثة وموانع الإرث بدقة.

رابعاً: وجه التشابه

يوجد اشتراك ظاهري في كون الجد والأخ من العِصبة النسبية، ويدخلان في ترتيب الولاية والإرث، ويظهر في الظاهر أن كلاهما من جهة الأب، ما يظن معه أن ترتيبهم سيكون واحداً في كل الأبواب.

خامساً: وجه الاختلاف

يُفترق بين البابين في أن الولاية في التزويج تعتمد على الأقرب في النسب بغض النظر عن القدرة على الحجب، فيُقَدَّم الجد على الأخ مطلقاً. أما الإرث، فالعبرة فيه ليست فقط بالقرابة، بل أيضاً بالقوة في الحجب أو المشاركة، ولذا قُدِّم الأخ الشقيق في بعض الأحوال على الجد في الميراث، أو شاركه بحسب التفصيلات التي ذكرها أهل الفرائض.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح في المسألة هو ما عليه جمهور الفقهاء من تقديم الجد على الأخ في التزويج باعتباره أولى بالمرأة وأقرب نسباً، لما له من صلة مباشرة بالأب، والولاية إنما تكون للأقرب. أما في باب الإرث، فالمعتبر قوة الحجب والجهة، ولهذا يُقَدَّم الأخ الشقيق على الجد أو يشاركه، وهو ما نص عليه فقهاء الفرائض، وجرى عليه عمل السلف.

المسألة الثالثة: الفرق بين لفظ التزويج زوجني وبين زوجني امرأة

أولاً: تحرير محل النزاع

يدور محل النزاع في هذه المسألة حول دلالة لفظ التزويج في العبارات المختلفة، وذلك عند التلفظ بعبارتي "زوجني" مجردة، وبين "زوجني امرأة". فهل تختلف دلالة اللفظين وأثرهما في صحة العقد؟ وهل يُشترط في الثاني تعيين المرأة صراحة؟ وهل يُكتفى في الأول بما يدل عليه السياق أو الحال؟ تختلف أقطار الفقهاء بحسب مراعاتهم لاعتبارات الصيغة، والتعيين، وأثر القرائن، وهو ما يُبرز أهمية التفريق بين اللفظين.

ثانياً: أقوال الفقهاء

قال الحنفية:

إن لفظ "زوجني" يُعدّ من ألفاظ التزويج الصريحة إذا كان بحضور الولي أو وليته أو من ينوب عنه، ويكفي أن يكون معروفاً من خلال القرائن من هي المرأة المعنية، ولو لم تُذكر صراحة، لأن التعيين يتحقق بالحال لا باللفظ دائماً. أما إذا قال "زوجني امرأة" دون تعيين، فلا يصح العقد لعدم تحقق التعيين اللازم في الأنكحة.

رأي المالكية:

إن النكاح يشترط فيه تعيين المرأة، فإن قال "زوجني فلانة" أو قال "زوجني ابنتك" كان صحيحاً. أما قوله "زوجني امرأة" فإنه لا يصح إلا إذا صرح باسمها أو وُجِدَت قرينة دالة على التعيين كأن تكون امرأة معينة في مجلس العقد (الدردير، 1991م، 335/2).

الشافعية:

فقد فرّقوا بين الصيغتين بوضوح، فقالوا إن قوله "زَوْجَنِي" مع تعيين المرأة أو العلم بها كافٍ في انعقاد النكاح، وأما قوله "زَوْجَنِي امرأة" فهو مجمل لا يصح عقده ما لم تُعَيَّن المرأة، لأن النكاح لا ينعقد إلا على امرأة معينة (النووي، د.ت، 31/7).

رأي الحنابلة:

إن من شرط صحة العقد تعيين الزوجين، فإن قال "زَوْجَنِي" وكانت المرأة معلومة صح، وإن قال "زَوْجَنِي امرأة" لم يصح، لأن اللفظ لا يتناول امرأة بعينها، ولا يُعلم المعقود عليها، وهو مما لا بد منه في الأنكحة (ابن قدامة، 1968، 41/7).

حاشيتي قليوبي وعميرة:

فقد صرحا بأن من شروط النكاح تعيين الزوجين، وأن الصيغة يجب أن تكون دالة على التعيين صراحة أو دلالة، وقالوا في معرض شرح قول المحلي "إذا قال زَوْجَتِكَ بنتي فلانة" أنه لا بد من التعيين، وأنه لا يكفي قول "زوجتك امرأة" إلا بقرينة حال أو سبق ذكر. وهذا يؤكد على ضرورة التعيين في صيغة التزويج، ولو بدلالة واضحة (قليوبي، د.ت، 205/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الفقهاء على ضرورة التعيين في النكاح بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: 3)، أي من النساء المعينات، لا من غير المميزات. كما استدلوا بأن النكاح يتعلق بأحكام دقيقة كالمهر والنسب والعدة، فلا بد فيه من الوضوح الكامل والتحديد، لأن التجهيل يفضي إلى النزاع. وأيدوا ذلك بالقياس على البيع، حيث يشترط تعيين المبيع.

رابعاً: وجه التشابه

يتشابه اللفظان في أن كلاهما يُعد من ألفاظ العقود التي يُمكن أن تتعقد بها عقود النكاح من حيث الأصل، إذ يشتملان على معنى التزويج، ويدلان على إنشاء علاقة زوجية عند تحقق الشروط الأخرى. كما أن كلا اللفظين قد يُصححان في حال توافر قرائن أو أحوال دالة على المقصود.

خامساً: وجه الاختلاف

الفرق الجوهرى أن قول "زَوْجَنِي" يُمكن أن يكون مقبولاً شرعاً إذا عُلِمَت المرأة المقصودة من السياق أو الحال، فلا يُشترط التلفظ باسمها، بخلاف قول "زَوْجَنِي امرأة" فإنه لا يصح إلا بوجود تعيين صريح للمرأة، لأن لفظ "امرأة" نكرة لا تكفي وحدها لتحديد المعقود عليها، ومن ثم لا يتحقق ركن التعيين. كما أن "زَوْجَنِي" تُستخدم في حالة خاصة بعلم مسبق، بينما "زَوْجَنِي امرأة" تُعد إنشاءً لمجهول.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن النكاح لا يصح إلا إذا عُينت المرأة المقصودة بالتزويج، سواء باللفظ أو بالحال أو القرينة الظاهرة، وأن الصيغة إذا كانت عامة لا تصح ما لم تُفسَّر. وبالتالي، فإن قول "زوّجني" مقبول في حال دلت الحال أو القرائن على التعيين، أما "زوّجني امرأة" فلا يصح من غير تعيين صريح، لاتفاق الأئمة على اشتراط تعيين المعقود عليها في النكاح تحقيقاً للمقاصد الشرعية وتقديراً للجهالة والنزاع.

المطلب الثاني: الفرق بين نفقة الكتابية وبين ميراثها

ويتضمن هذا المطلب ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الفرق بين نفقة الكتابية وبين ميراثها

أولاً: تحرير محل النزاع

تتناول هذه المسألة الفرق بين حُكم نفقة الزوجة الكتابية وبين ميراثها من زوجها المسلم. فالنزاع هنا ليس في مشروعية النكاح من الكتابية، بل في التفريق بين حقها في النفقة خلال قيام الزوجية وحقها في الميراث بعد وفاة الزوج المسلم. ويتّضح محل النزاع عند التمييز بين ما هو مبني على عقد الزوجية وما هو مبني على وحدة الدين، إذ إن النفقة حقّ زوجي لا يُشترط فيه اتحاد الدين، بينما الإرث مبني على رابطة النسب أو الزوجية المقترنة بوحدة الدين في غالب المذاهب.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنّ للكتابية حق النفقة على زوجها المسلم، لأنّها زوجة صحيحة النكاح، والنفقة من موجبات العقد الصحيح. وأما الميراث، فقد نصّوا على أنّه لا توارث بين المسلم والكافر، واستثنوا بعض الحالات وفقاً لاجتهاداتهم في دار الحرب أو العهد (ابن نجيم، 1997، 212/4).

المالكية:

نصّ المالكية على وجوب النفقة للزوجة الكتابية، ما دامت الزوجية قائمة، ولم تكن ناشزاً أو في حالة تمنع، إذ لا يُشترط في النفقة اتحاد الدين. لكنهم منعوا من ميراث الكتابية من زوجها المسلم، لأنّ اختلاف الدين مانع من الميراث (الدردير، 1991، 521/2).

الشافعية:

أكد الشافعية على وجوب النفقة للزوجة الكتابية إذا كان النكاح صحيحاً، لأنّها تُمكن الزوج من الاستمتاع، وهو السبب في النفقة. أما الميراث، فقد منعه بسبب اختلاف الدين، وهو من الموانع المقررة عندهم للإرث (الشربيني، 1998، 403/3).

الحنابلة:

نصّ الحنابلة على أنّ الكتابية تستحق النفقة مثل المسلمة تماماً، لأنّها زوجة صحيحة النكاح، والنفقة تابعة للعقد الصحيح، وليست مشروطة بالإسلام. أما الميراث، فلا يجوز لها إرث زوجها المسلم، لأنّ اختلاف الدين مانع للإرث بالإجماع عندهم (ابن قدامة، 1968، 337/6).

قليوبي وعميرة:

جاء في حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي قولهم بأنّ النفقة حق للزوجة سواء كانت مسلمة أم كتابية، ما دام النكاح صحيحاً، ولم تكن ناشزاً. أما الميراث، فقد بيّنّا أنّه يُشترط فيه اتحاد الدين، فلا تراث الكتابية زوجها المسلم. وقد أكدوا هذا الفرق بين الحقين، فالأول مبني على تمكين الاستمتاع، والثاني على رابطة الدين (قليوبي، د.ت، 204/3).

الثالث: الاستدلال

استدل الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة الكتابية بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: 6)، فدلّ على استحقاق الأجر لقاء حق الاستمتاع أو الإرضاع، والزوجية في ذاتها توجب النفقة. كما استدلوأ بحديث الرسول ﷺ: (وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسُوتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (مسلم، 1955م، 886/2)، وهو عام في جميع الزوجات دون تقييد بالدين.

أما في باب الميراث، فاستدلوا بما رواه أسامة بن زيد: قال النبي ﷺ: (لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ) (البخاري، 1993م، 156/8)، وهو نصّ صريح في المنع.

رابعاً: وجه التشابه

يتفق الأمران في أن كليهما (النفقة والميراث) من الحقوق المالية المرتبطة بعلاقة زوجية. كما أن كلاهما يتعلّق بأثر من آثار عقد الزواج الصحيح، مما قد يُظنّ فيهما الاتحاد.

خامساً: وجه الاختلاف

النفقة حقّ تابع لعقد الزوجية الصحيح، يثبت بمجرد العقد وتمكين الزوج من الاستمتاع، دون اشتراط وحدة الدين، أما الميراث فمبني على رابطة النسب أو الزوجية المقترنة باتحاد الدين، ولذلك فإنّ اختلاف الدين مانع من الميراث، بخلاف النفقة.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما عليه جماهير الفقهاء من أن الكتابية تستحق النفقة من زوجها المسلم، لأنّ النفقة ناتجة عن العقد الصحيح وليس من شروطها وحدة الدين. أما الميراث، فلا تستحقه بسبب المانع الشرعي المتمثل في اختلاف الدين، وقد دلّت النصوص على ذلك صراحة. ويظهر هذا الفرق جلياً في نصوص حاشيتي قليوبي وعميرة، حيث ميّزّا بوضوح بين النفقة المرتبطة بالاستمتاع، وبين

الميراث الذي يتوقف على وحدة الدين، مما يعكس دقة التقعيد الفقهي في الفروق بين الحقوق الشرعية المبنية على النكاح وتلك المبنية على العقيدة.

المسألة الثانية: الفرق بين تخير ولي المرأة وبين ولي الزوج.

أولاً: تحرير محل النزاع

محل النزاع في هذه المسألة هو بيان الفرق بين تخير ولي المرأة في تزويجها، إذا وجدت أوجه تعارض أو احتمالات تحتاج إلى ترجيح، وبين تخير ولي الزوج في بعض الأحكام المتعلقة بالزواج كالتمكين من الدخول أو تسليم المهر، أو إتمام العقد نيابة عن الزوج إذا كان غائباً مثلاً. فهل يثبت للولي في كل من الحالتين حق التخيير؟ أم أن لكلٍ منهما وظيفة وحدود شرعية مختلفة؟

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

نصّ فقهاء الحنفية على أن الولاية في الزواج تُعتبر من حقوق المرأة البالغة العاقلة، فلا يكون لوليّها ولاية إجبار عليها، بل له المشورة فقط إن أرادت، ولا يُعتبر تخير الولي فيها تخييراً شرعياً إلا في الصغيرة أو المجنونة، حيث يكون للولي حق الإنكاح، لا من باب التخيير وإنما من باب الوجوب والولاية الكاملة (الكاساني، 1986، 241/2). أما فيما يخص ولي الزوج، فلا يوجد له ولاية على الزوج في النكاح، لأنّ الرجل هو العاقد الأصل، ولا يحتاج إلى ولاية ولا إلى تخير أحد نيابة عنه.

المالكية:

يُفرق المالكية بين تخير ولي المرأة وبين ما يمكن أن يُنسب إلى ولي الزوج من تصرف. فولاية المرأة، خاصة في البكر، تكون للولي وجوباً، وله الخيار في قبول الخاطب أو رده بحسب الكفاءة والمصلحة، لأن الولي ضامن لمصلحة المرأة، وهو ناظر في تزويجها. أما بالنسبة لولي الزوج، فلا ولاية له أصلاً في النكاح، ولا يُنابذ به تخير أو مباشرة، إلا في حالة الوكالة أو الإذن الصريح، فلا يُعدّ له حق شرعي مستقل في تزويج موكله، بل مجرد تنفيذ لرغبته (المواق، د.ت، 167/5).

الشافعية:

فرّق الشافعية بوضوح بين الوليين، فجعلوا الولي في تزويج المرأة شرطاً لصحة العقد في البكر، وله حق التخيير في حال تعدد الأكفاء أو احتمال المصلحة، ويستند في تخييره إلى قواعد المصلحة والرعاية. أما وليّ الزوج، فإن وُجد، فإنما هو وكيل أو نائب فقط، ولا يُتصور له تخير بمعناه الشرعي؛ لأن الأصل أن الزوج يباشر العقد بنفسه، وإذا وُكِّل غيره فهو الذي يختار، لا وليه. وهذا ما يدل على الفرق الجوهرى بين الولايتين من حيث المصدر والأثر (الشربيني، 1998، 184/3).

الحنابلة:

أكد الحنابلة أن الولي في النكاح شرط لصحة العقد، وله سلطة معتبرة في تخير الأزواج عند التعدد، وله أن يمتنع إن لم تتحقق الكفاءة أو لم يُستوفَ الشرط. أما فيما يخص الزوج، فلا ولاية لأحد عليه، وبالتالي لا تخير لوليه. وإذا باشر العقد وليه أو وكيله، فإنما يباشره على سبيل الإنفاذ لا على سبيل الاختيار أو الولاية، فلا تخير له في ذلك (ابن قدامة، د.ت، 303/7).

قليوبي وعميرة:

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة أن للولي الحق في تزويج موليته إذا كانت بكرًا، وله أن يُخير بينها وبين غيرها إذا تعدد الخطّاب، ما دام مستنداً إلى المصلحة. ونصاً صريحة على أن الولاية هنا ولاية إلزام شرعية، ويُعد التخير فيها مراعاة لحق المولية. أما فيما يتعلق بولي الزوج، فلا يُعتبر له ولاية أصلاً، وإنما يعمل بالوكالة عند تعذر حضور الزوج، ولا يملك تخييراً، لأنّ النكاح في حق الزوج لا يحتاج إلى ولي شرعي، بل يُباشره بنفسه أو بوكيله بتفويض خاص (قليوبي، د.ت، 209/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل الفقهاء في باب تخير ولي المرأة بحديث النبي ﷺ: (أَيُّ امْرَأَةٍ تُكْتَحُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ) (أبو داود، د.ت، 229/2)، وهو دالٌّ على أنّ الولي شرط في صحة النكاح، وأنّ تخييره معتبر إذا كان مستنداً للمصلحة.

أما في تخير ولي الزوج، فلا دليل على ثبوت ذلك، بل الأصل أن الزوج هو الطرف المباشر للعقد، وما ينسب إلى وليه يكون وكالة لا ولاية، فلا تخير له إلا من باب التفويض.

رابعاً: وجه التشابه

الجامع بين الحالتين أن كليهما يشير إلى وجود طرف آخر يتصرف نيابةً عن صاحب الحق في النكاح، سواء المرأة أو الرجل. كما أن كليهما يرتبط بمصلحة أحد الزوجين في إتمام عقد الزواج.

خامساً: وجه الاختلاف

الفرق الجوهرى هو أنّ تخير ولي المرأة نابع من ولايته الشرعية على العقد، وهو مأذون به شرعاً لحفظ حقوق المرأة، بخلاف ولي الزوج، فلا تخير له لأنّه لا يملك ولاية أصلاً، وإنّما ينوب بالتوكيل فقط. فالأول ولاية، والثاني وكالة.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما عليه جمهور الفقهاء من التفريق بين التخييرين، بأنّ تخير ولي المرأة له وجه شرعي معتبر، بخاصة في حال تعدد الخطّاب أو اختلاف الكفاءة، بينما تخير ولي الزوج لا محل

له؛ لأنه لا ولاية له، وإنما هو وكيل لا يملك التصرف إلا بما فُوض إليه. ويظهر هذا بوضوح في فقه الشافعية كما جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة، إذ جعلوا الولاية من شروط صحة النكاح في حق المرأة، ولم يجعلوها كذلك في حق الرجل، مما يقتضي اختلافاً في تخيير الولي في كلا الموضوعين.

المسألة الثالثة: الفرق بين ضمان الأجنبي عند الاتلاف وبين ضمان الحربي عند الاتلاف.

أولاً: تحرير محل النزاع

يدور محل النزاع في هذه المسألة حول مبدأ الضمان عند حصول الإتلاف، فإذا أتلّف شخص مال غيره، فالأصل أن يضمن ما أتلّفه. ولكن يظهر اختلاف في الحكم عند النظر إلى صفة المتلف، فإذا كان المتلف أجنبياً (أي: مسلماً أو ذمياً أو معاهداً غير مالك للعين المتلفة) وجب عليه الضمان، أما إذا كان المتلف حربياً غير مأذون له بالدخول في دار الإسلام أو غير معصوم الدم والمال، فقد اختلف الفقهاء في ضمانه. فالمقصود هو بيان الفارق بين حكم الضمان في الحالتين عند الإتلاف المتعمّد أو الخطأ.

ثانياً: أقوال الفقهاء

الحنفية:

قرّر الحنفية أن الأجنبي إذا أتلّف مال غيره، ضمنه سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأئماً، لأن العبرة بالإتلاف واليد. فالضمان يتبع التلف ولا يفتقر إلى نية. أما الحربي إذا دخل دار الإسلام بغير أمان وأتلّف، فلا يُضمن عندهم، لأن ماله مباح ودمه هدر، ولا ولاية شرعية له، فلا يمكن تضمينه، بخلاف الأجنبي المحكوم له بالعصمة (المرغيناني، 2000، 95/3).

المالكية:

يرى المالكية أن من أتلّف مال غيره يضمنه، سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأئماً. أما الحربي الذي لا عهد له، فإذا دخل دار الإسلام وأتلّف مالا، فإنه لا يُضمن؛ لأنه غير مخاطب بفروع الشريعة عندهم، ولا ولاية له، وماله مباح في الأصل، كما لا تُقام عليه حدود. بخلاف الذمي أو المعاهد، فله حرمة المال ويُخاطب بالفروع (ابن قدامة، د.ت، 284/4).

الشافعية:

فرّق الشافعية بين الأجنبي المسلم أو الذمي، وبين الحربي. فالأجنبي إن أتلّف مال غيره، ضمن بالإجماع، سواء كان متعدياً أو مخطئاً، لما تقرر في قاعدة: "الإتلاف موجب للضمان مطلقاً". أما الحربي إذا أتلّف، فلا يُضمن، لأنه غير معصوم، ولا ولاية عليه، وهو كمن لا يُخاطب بأحكام المعاوزات، ويستندون إلى أن "ماله ودمه مباح" ما لم يدخل بأمان (الشربيني، 1998، 346/2).

الحنابلة:

قرر الحنابلة أن الأجنبي المسلم أو الذمي أو المستأمن إذا أُتلف مالا ضمنه، سواء كان عمداً أو خطأ. أما الحربي فلا يُضمن إذا لم يدخل بأمان، لأنه غير مخاطب بهذه الأحكام، ولا ولاية عليه، ويستوي أن يكون الإلتلاف لمال مسلم أو ذمي أو معاهد، بخلاف لو دخل بأمان، فيضمن عندهم. والفرق عندهم في عصمة المال المترتبة على العصمة الشرعية للشخص (ابن قدامة، 1968، 401/5).

قليوبي وعميرة:

نصّ قليوبي وعميرة في معرض شرحهم على قول النووي بأنّ الضمان ثابت على من أُتلف، سواء كان الأجنبي متعدياً أو مخطئاً، لأن العبرة بالإلتلاف لا بالقصد. وذكروا أن الحربي إذا لم يكن له أمان، فلا ضمان عليه؛ لأنه لا عصمة له، بخلاف المستأمن أو الذمي. وعلّلوا ذلك بأنّ الضمان فرع عن ثبوت الولاية، والولاية لا تثبت للحربي غير المعصوم (قليوبي، د.ت، 44/3).

ثالثاً: الاستدلال

استدل القائلون بوجوب الضمان على الأجنبي بقوله ﷺ: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ) (الترمذي، 1975، 558/3)، وقاعدة "الإلتلاف موجب للضمان" تشمل المسلم وغيره ما دام معصوماً. أما سقوط الضمان عن الحربي، فاستدل له بقاعدة: "لا ولاية للكافر الحربي على المسلم"، و"لا ضمان على غير المعصوم"، وأن الحربي ماله هدر شرعاً، فلا يُخاطب بأحكام الفروع كالضمان والمعاوضات.

رابعاً: وجه التشابه

الجامع بين الحالتين أن كلا من الأجنبي والحربي قد يصدر منه إلتلاف، ويُنظر في مدى تحقق الضمان الشرعي عليه، مما يقتضي بحثاً في شروط الضمان.

خامساً: وجه الاختلاف

يكمن الاختلاف في صفة الفاعل، فالأجنبي مخاطب بالفروع ومعصوم المال، فيضمن بالإلتلاف مطلقاً، بخلاف الحربي غير المعصوم، فلا يُضمن إلا إن دخل بأمان، فلا تجري عليه الأحكام الشرعية نفسها، لأنه ليس مخاطباً بها في الأصل.

سادساً: الرأي الراجح

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من التفريق بين الأجنبي المعصوم والحربي غير المعصوم، فالأجنبي يُضمن بالإلتلاف مطلقاً، عملاً بعموم النصوص والقياس على المسلم، بينما الحربي لا يُضمن إذا لم يكن له أمان، لانعدام العصمة وعدم تحقق شروط الضمان، وهو ما نص عليه الشافعية في معتمدتهم، كما في حاشية قليوبي وعميرة.

الخاتمة:

تُتَوَجَّه هذه الدراسة مسعى بناء إطارٍ مقارنٍ لـ«فقه الفروق» في باب النكاح وما يتصل بالإذن والولاية وصيغ الإنشاء، معتمدةً على حاشيتي قليوبي وعميرة وموازنة المذاهب الأربعة في ضوء المقاصد والقواعد. وانتهت إلى نتائجٍ عمليةٍ واضحة: صحة نكاح الفاسقة مع كراهته وتقديم ذات الدين، وتغليظ حكم المس على النظر، واشتراط عدالة الشهود دون الزوجين، وبطلان الإذن المعلق الصادر من المتزوجة وصحة وكالة الولي، ولزوم التعيين في الصيغة، واستحقاق الكتابية للنفقة دون الميراث لاختلاف الدين، وارتباط الضمان بعصمة الدم والمال. وتبرز أهمية هذه الخلاصات في ترشيد الإفتاء والتوثيق وضبط بيانات التعليم الشرعي، عبر تحويل الفروق المتناثرة إلى قواعدٍ تشغيليةٍ تقلل التباس التطبيق. ومع الاعتراف بحدود البحث موضوعاً ونطاقاً، تقترح الدراسة مساراتٍ لاحقة: توسيع المقارنة إلى إجراءات القضاء والأحوال الشخصية في التقنيات المعاصرة، وبناء دراساتٍ حالةٍ تطبيقية ونماذج قرارٍ عملية للمفتين والمؤتقين، ومراجعة النتائج على ضوء مقررات المجامع الفقهية وأسئلة الواقع. كما توصي بإعداد ملحقاتٍ معيارية تتضمن خرائط قرارٍ وقوائم تحققٍ للصيغ والولاية والخلوة، وتوحيد المصطلحات بين مدارس الفقه. وبذلك يسهم هذا العمل في إحياء منهج الفروق وتثمين مقاصده، ويضع لبنَةً لبحوثٍ أوسع تجمع بين الدقة التراثية وحاجات التنزيل المعاصر، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المصادر والمراجع

1. ابن حنبل، أحمد بن حنبل. (2001). مسند الإمام أحمد بن حنبل (تحقيق شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرين، ط1). بيروت: مؤسسة الرسالة.
2. ابن رشد، محمد بن أحمد. (1988). البيان والتحصيل (ط2). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
3. ابن رشد، محمد بن أحمد. (1995). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الفكر.
4. ابن فارس، أحمد بن فارس القزويني الرازي. (1979). معجم مقاييس اللغة (تحقيق عبد السلام محمد هارون). بيروت: دار الفكر.
5. ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد المقدسي. (1994). الشرح الكبير على المقنع (ط1). بيروت: دار الكتاب العربي.
6. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. (1968). المغني. القاهرة: دار إحياء التراث العربي.
7. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب. (2017). إعلام الموقعين عن رب العالمين (تحقيق محمد أجمل الإصلاحي، ط1). مكة المكرمة: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع.
8. ابن منظور، محمد بن مكرم الأنصاري الإفريقي. (1994). لسان العرب (ط3). بيروت: دار صادر.
9. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. (1997). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دار المعرفة.
10. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني. (د.ت). سنن أبي داود (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد). صيدا-بيروت: المكتبة العصرية.
11. البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي. (1993). صحيح البخاري (تحقيق مصطفى ديب البغا، ط5). دمشق: دار ابن كثير، دار اليمامة.
12. البهوتي، منصور بن يونس. (1982). كشف القناع عن متن الإقناع (ط1). بيروت: دار الفكر.
13. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي. (2003). السنن الكبرى (تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط3). بيروت: دار الكتب العلمية.

14. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة. (1975). سنن الترمذي (تحقيق أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، ط2). مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
15. الدردير، أحمد بن محمد. (1991). الشرح الكبير على مختصر خليل (ط1). بيروت: دار الفكر.
16. الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان. (2001). سير أعلام النبلاء. بيروت: مؤسسة الرسالة.
17. الشربيني، محمد بن أحمد. (1998). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
18. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. (د.ت). إحياء علوم الدين. بيروت: دار المعرفة.
19. الفتاوى الهندية (الفتاوى العالمية). (1991). بيروت: دار الفكر.
20. قليوبي، أحمد، وعميرة، شهاب الدين. (د.ت). حاشيتان قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين للإمام النووي. القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
21. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط2). بيروت: دار الكتب العلمية.
22. الماوردي، علي بن محمد. (د.ت). الحاوي الكبير (تحقيق علي محمد معوض). بيروت: دار الكتب العلمية.
23. المرداوي، علي بن سليمان. (1995). الإنصاف (ط1). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
24. المرغيناني، علي بن أبي بكر. (2000). الهداية (ط1). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
25. مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. (1955). صحيح مسلم (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي). القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
26. المواق، محمد بن يوسف. (د.ت). التاج والإكليل. بيروت: دار الكتب العلمية.
27. النفراوي، أحمد بن غانم. (1995). الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ط1). بيروت: دار الفكر.

28. النووي، يحيى بن شرف. (د.ت). روضة الطالبين وعمدة المفتين. بيروت: دار الفكر.
29. الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر. (1983). تحفة المحتاج في شرح المنهاج. مصر: المكتبة التجارية الكبرى.

المصادر مترجمة

1. Ibn Hanbal, Ahmad ibn Hanbal. (2001). Musnad al-Imam Ahmad ibn Hanbal (edited by Shu'ayb al-Arna'ut, 'Adil Murshid, et al., 1st ed.). Beirut: Al-Resalah Foundation.
2. Ibn Rushd, Muhammad ibn Ahmad. (1988). Al-Bayan wa al-Tahsil (2nd ed.). Beirut: Dar al-Gharb al-Islami.
3. Ibn Rushd, Muhammad ibn Ahmad. (1995). Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid. Beirut: Dar al-Fikr.
4. Ibn Faris, Ahmad ibn Faris al-Qazwini al-Razi. (1979). Mu'jam Maqayis al-Lughah (edited by 'Abd al-Salam Muhammad Harun). Beirut: Dar al-Fikr.
5. Ibn Qudamah, 'Abd al-Rahman ibn Muhammad al-Maqdisi. (1994). Al-Sharh al-Kabir 'ala al-Muqni' (1st ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi.
6. Ibn Qudamah, 'Abd Allah ibn Ahmad. (1968). Al-Mughni. Cairo: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
7. Ibn Qayyim al-Jawziyyah, Muhammad ibn Abi Bakr ibn Ayyub. (2017). I'lam al-Muwaqqi' in 'an Rabb al-'Alamin (edited by Muhammad Ajmal al-Islahi, 1st ed.). Mecca: Dar 'Alam al-Fawa'id.
8. Ibn Manzur, Muhammad ibn Mukarram al-Ansari al-Ifriqi. (1994). Lisan al-'Arab (3rd ed.). Beirut: Dar Sadir.
9. Ibn Nujaym, Zayn al-Din ibn Ibrahim. (1997). Al-Bahr al-Ra'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq. Beirut: Dar al-Ma'rifah.
10. Abu Dawud, Sulayman ibn al-Ash'ath al-Sijistani. (n.d.). Sunan Abi Dawud (edited by Muhammad Muhyi al-Din 'Abd al-Hamid). Sidon-Beirut: Al-Maktabah al-'Asriyyah.
11. Al-Bukhari, Muhammad ibn Isma'il al-Ju'fi. (1993). Sahih al-Bukhari (edited by Mustafa Dib al-Bugha, 5th ed.). Damascus: Dar Ibn Kathir, Dar al-Yamamah.
12. Al-Buhuti, Mansur ibn Yunus. (1982). Kashshaf al-Qina' 'an Matn al-Iqna' (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr.

13. Al-Bayhaqi, Ahmad ibn al-Husayn ibn ‘Ali. (2003). Al-Sunan al-Kubra (edited by Muhammad ‘Abd al-Qadir ‘Ata, 3rd ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah.
14. Al-Tirmidhi, Muhammad ibn ‘Isa ibn Surah. (1975). Sunan al-Tirmidhi (edited by Ahmad Muhammad Shakir, Muhammad Fu’ad ‘Abd al-Baqi, and Ibrahim ‘Atwah ‘Awad, 2nd ed.). Egypt: Mustafa al-Babi al-Halabi Press.
15. Al-Dardir, Ahmad ibn Muhammad. (1991). Al-Sharh al-Kabir ‘ala Mukhtasar Khalil (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr.
16. Al-Dhahabi, Shams al-Din Muhammad ibn Ahmad ibn ‘Uthman. (2001). Siyar A‘lam al-Nubala’. Beirut: Al-Resalah Foundation.
17. Al-Shirbini, Muhammad ibn Ahmad. (1998). Mughni al-Muhtaj ila Ma‘rifat Ma‘ani Alfaz al-Minhaj (1st ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah.
18. Al-Ghazali, Abu Hamid Muhammad ibn Muhammad al-Tusi. (n.d.). Ihya’ ‘Ulum al-Din. Beirut: Dar al-Ma‘rifah.
19. Al-Fatawa al-Hindiyyah (al-Fatawa al-‘Alamgiriyyah). (1991). Beirut: Dar al-Fikr.
20. Qalyubi, Ahmad, & ‘Umayrah, Shihab al-Din. (n.d.). Hashiyat Qalyubi wa ‘Umayrah ‘ala Sharh al-Mahalli ‘ala Minhaj al-Talibin by Imam al-Nawawi. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi Press.
21. Al-Kasani, ‘Ala’ al-Din Abu Bakr ibn Mas‘ud. (1986). Bada’i‘ al-Sana’i‘ fi Tartib al-Shara’i‘ (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah.
22. Al-Mawardi, ‘Ali ibn Muhammad. (n.d.). Al-Hawi al-Kabir (edited by ‘Ali Muhammad Mu‘awwad). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah.
23. Al-Mardawi, ‘Ali ibn Sulayman. (1995). Al-Insaf (1st ed.). Beirut: Dar Ihya’ al-Turath al-‘Arabi.
24. Al-Marghinani, ‘Ali ibn Abi Bakr. (2000). Al-Hidayah (1st ed.). Beirut: Dar Ihya’ al-Turath al-‘Arabi.
25. Muslim, Muslim ibn al-Hajjaj al-Qushayri al-Naysaburi. (1955). Sahih Muslim (edited by Muhammad Fu’ad ‘Abd al-Baqi). Cairo: ‘Isa al-Babi al-Halabi & Co.
26. Al-Muwaqq, Muhammad ibn Yusuf. (n.d.). Al-Taj wa al-Iklil. Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah.
27. Al-Nafrawi, Ahmad ibn Ghanim. (1995). Al-Fawakih al-Dawani ‘ala Risalat Ibn Abi Zayd al-Qayrawani (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr.



28. Al-Nawawi, Yahya ibn Sharaf. (n.d.). Rawdat al-Talibin wa 'Umdat al-Muftin. Beirut: Dar al-Fikr.
29. Al-Haytami, Ahmad ibn Muhammad ibn 'Ali ibn Hajar. (1983). Tuhfat al-Muhtaj fi Sharh al-Minhaj. Egypt: Al-Maktabah al-Tijariyyah al-Kubra.