العضل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها

دراسة فقهية تطبيقية

د. سبتي بن مصيليت العنزي

الأستاذ المساعد في الفقه المقارن

جامعة حفر الباطن - كلية الآداب - قسم الدراسات الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

فلقد كرم الله المرأة، وجعل لها الحقوق الشرعية في جميع مجالاتها، ومنها حق النكاح، ورتب على ذلك الأحكام الشرعية والفقهية التي تستند عليها في المرافعات القضائية، وجعل لولي أمرها الحق في الولاية حسب الضوابط والأدلة الشرعية، ومتى ما أخل الولي بمقتضيات الولاية فقد رتب الله لها حق الترافع إلى القضاء، وللمحاكم الشرعية النظر في إسقاط الولاية أو نقلها من هذا الولي إذا ثبت للقاضي ظلم الولي لموليته وعضله لها.

وكل ذلك من تكريم الشريعة للمرأة ورفع الظلم عنها، والأصل أن الولي يحافظ على هذه المرأة، ويراعي مصالحها، ويسعى لتحقيق مبدأ العدل والرعاية التي وليها واستحقها؛ فهو راعٍ ومسؤول عن رعيته.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا الموضوع كونه يمس شريحة من المجتمع، حيث تظهر أهميته في بيان تماسك الأسرة المسلمة، وبيان حق المرأة في الإسلام، كما تظهر أهمية رعاية المرأة من قبل وليها، والحرص على رعاية مصالحها؛ ومنها قضية النكاح واختيار ما هو الأنسب لها من اختيار الكفء، وتظهر الأهمية في هذه الدراسة من حيث وجود قضايا العضل في المحاكم الشرعية وبيان دور

الحكم الشرعي الذي ينتهجه القاضي كولي للمرأة في حال العضل من قبل الأب بإسقاط ولايته أو نقلها للولي الأبعد.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

١. بيان تحقيق المصالح الشرعية المترتبة على الولاية والقيام بحقها على الوجه المطلوب شرعاً، وعدم الإخلال بالرعاية اللازمة من قبل الولي على النكاح.

٢. دراسة المسائل المتعلقة بعضل المرأة عن النكاح وحالات إسقاط الولاية وانتقالها.

٣. بيان حكم نقل الولاية للولي الأبعد وحكم نقلها للسلطان أو من ينيبه.

الدراسات السابقة:

هذا الموضوع قد بحث في رسائل علمية وأبحاث قدمت لمؤتمرات فقهية منها:

- **عضل الولي موليته عن النكاح -دراسة فقهية مقارنة معاصرة-**: د. هالة بنت محمد حسين جستنية، بحث محكم في مجلة العدل، العدد ٧٥ شوال ١٤٣٧هـ. لم يتطرق البحث لانتقال الولاية ولا إلى إسقاطها، وإنما تحدث عن حكم العضل والمفاسد المترتبة عليه وأثر العضل، حيث عرض أقوال الفقهاء، ثم خُتم البحث بالتطبيقات المعاصرة.

أما هذا البحث فسأتطرق فيه إلى سقوط الولاية وانتقالها، وأضيف التطبيقات القضائية من المحاكم الشرعية مبيناً حكم القاضي في القضية، ودراسة الحكم ومستنده.

- **عضل المرأة عن النكاح -دراسة فقهية مقارنة-**: للطالبة: سهاد حسن البياري، قُدم البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٧م. لم تتطرق الباحثة لشيء من مفردات البحث المقدم عدا التعريفات والحكم العام، وذكر الأسباب التي تؤدي إلى العضل.

- **دعوى العضل والدفوع الموضوعية الواردة عليها في الفقه الإسلامي**: بحث محكم منشور في مجلة (قضاء)، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد العاشر، ١٤٣٩هـ، للدكتور عبد الحافظ بن يوسف أبو حميدة، تطرق الباحث فيه إلى حكم العضل وأسبابه وأركانه وشروطه، ثم الدفوع لدعوى العضل؛ فهو مختلف اختلافاً كبيراً عن موضوع ومضمون هذه الدراسة، ولم يشترك معها إلا في بعض الأمور الفقهية العامة.

وقد تميز هذا البحث بالإضافة للأحكام الفقهية بختمه بتطبيقات قضائية من واقع المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية.

خطة البحث:

وقد رسمت لهذا البحث خطة مكونة من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، جاءت على النحو الآتي:

المقدمة:

وبينت فيها أهمية الموضوع وسبب اختياره والدراسات السابقة، وذلك على سبيل الإيجاز.

المبحث الأول: العضل وحكمه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العضل.

المطلب الثاني: حكم العضل.

المبحث الثاني: الولاية وأحكامها:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أقسام الولاية.

المطلب الثالث: حكم زواج المرأة بلا ولي.

المطلب الرابع: أثر زواج المرأة بلا ولي.

المبحث الثالث: أثر العضل في سقوط الولاية وانتقالها عن المرأة.

المبحث الرابع: تطبيقات قضائية.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

وكان منهجي في هذا البحث، مبنياً على المنهج الاستقرائي والتزمت فيه بما يلي:

١. توثيق الأقوال وعزوها لقائليها.

٢. عزو الآيات القرآنية إلى سورها.

٣. تخريج الأحاديث الواردة في البحث في الحاشية من مصادرها الأصلية، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها -إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما- فإن كانت كذلك لم أتعرض للحكم عليها.

٤. المعلومات التفصيلية للمصادر والمراجع اكتفيت بذكرها في ثبت المصادر والمراجع؛ حتى لا أثقل بها حواشي البحث.

٥. فهرس المصادر والمراجع.

المبحث الأول
العضل وحكمه

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: تعريف العضل:

العضل في اللغة:

قال ابن فارس: العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر، ومن ذلك العضل، وهو مأخوذ من العضلة والعضيلة كل عصبة معها لحم غليظ، عضل عضلاً فهو عضل وعضل إذا كان كثير العضلات، وقد استعمل الفقهاء العضل في النكاح بمعنى منع المرأة من الزواج[1].

العضل في الاصطلاح:

استعمل الفقهاء العضل بعدة معاني منها:

يستعمل: بمعنى المنع من التزويج، قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه[2].

ويستعمل: لمنع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها، وهذا تعريف المالكية[3].

(١) انظر: لسان العرب، مادة عضل (١١/ ٤٥١)، معجم مقاييس اللغة (٤/ ٣٤٥).
(٢) انظر: المغني (٧/ ٣١)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٧٦)، مغني المحتاج (٣/ ١٥٣).
(٣) انظر: شرح منح الجليل (٣/ ٢٨٣).

ويستعمل لفظ العضل بمعنى الإضرار بالزوجة.

ويستعمل في الخلع بمعنى الإضرار بالزوجة، قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود[1].

والتعريف المختار هو الأول.

شرح التعريف:

قوله: الكفء: يُخرج غير الكفء، فلو امتنع الأب من منع ابنته من التزويج بغير الكفء لا يعد عاضلاً لها.

قوله: إذا طلبت ذلك: إذا لم تطلب لا يعد عاضلاً.

قال ابن قدامة: إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود[2].

فلا يكون الولي عاضلاً للمرأة عند المالكية، إلا إذا تحقق عندهم الضرر، وهذا خلاف ما عليه جمهور العلماء، حيث عدوا الأب عاضلاً في حال الامتناع، ولم يفرقوا بين وقوع الضرر من عدمه.

(١) انظر: المغني (٧/ ٣٢٧).
(٢) انظر: المغني (٧/ ٥٤).

وعلى هذا؛ فإن كان الولي أباً مجبراً وامتنع من تزويج ابنته المجبرة، فلا يعد عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها، وظهر الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت.

المطلب الثاني: حكم العضل:

الأصل أن العضل الذي هو منع الولي موليته ظلم للمرأة، وهو حرام؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾﴾[1].

وجه الدلالة: نهى الله في هذه الآية عن العضل، والأصل أن النهي يقتضي التحريم.

وكذلك من أساء العشرة، وضيق على المرأة حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، فحكمه التحريم؛ لأنه ظلم لها بمنعها حقها من حسن العشرة ومن النفقة.

وقد نهى الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ الأزواج عن ذلك في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ

(١) سورة البقرة آية (٢٣٢).

﴿مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ١٩﴾[1].

قال معقل بن يسار: «زوجت أختاً لي من رجل فطلَّقها، حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله. قال: فزوجها إياه»[2].

ويباح العضل من الولي في حالات منها:

- إذا كان المنع لمصلحة المرأة، كأن تطلب النكاح من غير كفء، فيمتنع عن تزويجها لمصلحتها.

- وكذلك يباح العضل من الزوج، بالتضييق على الزوجة حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، في حال إتيان المرأة الفاحشة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾، فقد استثنى الله ذلك بهذا النص إذا وقعت المرأة في الفاحشة.

واختلف العلماء في المراد بالفاحشة المبيِّنة.

---

(١) سورة النساء آية (١٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب من قال: لا نكاح إلا بولي (٧/ ١٦) حديث رقم (٥١٣٠).

فقال جماعة منهم هي: الزنا، وقال آخرون هي: النشوز والعصيان وبذاءة اللسان والظاهر شمول الآية للكل[١].

وقال ابن كثير: إنه جيد، فإذا زنت أو أساءت بلسانها، أو نشزت جازت مضارتها؛ لتفتدي منه بما أعطاها على ما ذكرنا من عموم الآية[٢].

وقد اختلف الفقهاء هل للولي منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها:

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفية أن للولي منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها، لأن عليهم فيه عاراً، وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن[٣].

القول الثاني: مذهب الشافعية والحنابلة ليس للولي العضل لنقصان المهر، أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت به، فسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أم دونه، لم يجز العضل؛ لأن المهر عوض خاص بها وحق من حقوقها، فلم يكن للولي أن يعترض عليها فيه؛ ولأنها لو أسقطته بعد ما وجب سقط المهر كله، فبعضه أولى، ولأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لرجل أراد أن يزوجه:

(١) انظر: أضواء البيان (١/ ١٤٩).
(٢) انظر: تفسير القرآن العظيم (٢/ ٢٣٩)، أضواء البيان (١/ ١٤٩).
(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١١٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٢)، الجوهرة النيرة (٤/ ١٩).

((التمس ولو خاتماً من حديد))[1]، وقال لامرأة زوجت بنعلين: ((أرضيت بنعلين من نفسك؟))، قالت: نعم؛ فأجازه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2][3].

وأجيب عن تعليل أصحاب القول الأول:

وهو قولهم أن فيه عاراً عليهم، ليس الأمر كذلك؛ فإن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لو كان مكرمة في الدنيا، أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. يعني غلو الصداق.

فإن رغبت في كفء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته، كان عاضلاً لها، وأما إن طلبت التزويج بغير كفئها، فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها، ولأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى[4].

ولذلك فإن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح، باب السلطان ولي (٧/ ١٧)، حديث رقم (٥١٣٥).

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء (٣/ ٤١٢)، حديث رقم (١١١٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤/ ٤٥٠)، في سنده عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب، وهو ضعيف، وقال الترمذي: حديث عامر بن ربيعة، حديث حسن صحيح، قال الحافظ في «بلوغ المرام» بعد أن حكى تصحيح الترمذي هذا: إنه خولف في ذلك، انظر: جامع الأصول تعليق عبد القادر الأرنؤوط (٧/ ٧)، ضعفه الألباني في كتاب إرواء الغليل (٦/ ٣٤٦).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٣٦٨)، الشرح الكبير (٧/ ٤٢٧).

(٤) انظر: المغني (٧/ ٣٦٨).

المبحث الثاني
الولاية وأحكامها

وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح:

الولاية في اللغة:

قال ابن فارس: الواو واللام والياء، أصل صحيح يدل على قرب، ومن ذلك الولي: القريب، يقال: تباعد بعد ولي، أي قرب، وجلس مما يليني، أي يقاربني، والولي: المطر يجيء بعد الوسمي، سمي بذلك لأنه يلي الوسمي.

ومن الباب المولى: المعتق والمعتق، والصاحب، والحليف، وابن العم، والناصر، والجار؛ كل هؤلاء من الولي وهو القرب. وكل من ولي أمر آخر فهو وليه(١).

وتأتي الولاية لمعنيين هما:

المعنى الأول: بمعنى المحبة والنصرة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَلَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَإِنَّ حِزۡبَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡغَٰلِبُونَ ٥٦﴾(٢).

وقول سبحانه: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾(٣).

المعنى الثاني: بمعنى السلطة والقدرة.

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٦/ ١٤١).
(٢) سورة المائدة آية (٥٦).
(٣) سورة التوبة آية (٧١).

والولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا.

قال ابن الأثير: وكأن الولاية تُشعِر بالتدبير والقدرة والفعل وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي[1].

والمعنى في الحالتين متقارب؛ فإن المحبة والنصرة تستلزم القدرة على معرفة المصلحة من الولي.

والولاية في الاصطلاح:

هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد[2].

هذا تعريف الولاية على وجه العموم، فيدخل فيه جميع أنواع الولاية وأقسامها.

ولم أجد تعريفاً يخص التزويج، ولكن يمكن أن يعرف بأنه: السلطة التي منحها الشارع للعصبة من النسب أو من يقوم مقامهم، والتي يتوقف عليها عقد النكاح.

المطلب الثاني: أقسام الولاية:

تختلف الولاية في أصلها بحسب السلطة المنوطة بالولي، حيث قسم العلماء الولاية إلى قسمين: ولاية على النفس، وولاية على المال.

(١) انظر: لسان العرب (١٥/ ٤٠٥).
(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٧/ ٢٠٥).

فولاية النفس: وهي الإشراف على شؤون الصغير على وجه العموم، كالتأديب والتعليم والتزويج ونحو ذلك.

وأما الولاية على المال: فهي قيام الولي على الشؤون التي تتعلق بالنفقة، والأمور المالية، وحفظ مال الصغير والمحجور عليه واستثماره[1].

وعلى هذا يمكن أن نقسم الولاية في النكاح إلى قسمين هما:

ولاية الإجبار:

وهي الولاية الكاملة في تنفيذ عقد النكاح، فيباشر الولي العقد بنفسه، ويقوم بتنفيذه دون الرجوع للمولى عليه وأخذ رأيه، فالرأي النافذ هو رأي الولي في التزويج، وتسمى الولاية الشرعية أو ولاية الحتم والإيجاب[2]، والأصل فيها التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب، أو الجد، أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على القاصر، ومصدر هذه الولاية بالنسبة للأب أو الجد أو القاضي هو الشرع.

وأما مصدر الولاية للوصي فهي اختيار الأب أو الجد له، أومن قبل تعيين القاضي.

وعلى هذا فإن ولاية الإجبار تثبت لأربعة أسباب هي: القرابة، والملك، والولاء، والإمامة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٥٢)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٩٢).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١).

وقد اختلف الفقهاء لمن تثبت ولاية الإجبار:

فذهب الحنفية: إلى أنها تثبت عندهم للعصبة مطلقاً، فله إنكاح الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة[١].

وذهب المالكية: أنها تثبت لمالك الأمة أو العبد، فالأب، فوصي الأب عند عدم الأب.

وتثبت عندهم بأحد سببين: البكارة، والصغر؛ فيكون الإجبار للبكر وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب استئمارها[٢].

وذهب الشافعية: إلى أنها تثبت للأب، وللجد عند عدم الأب؛ فللأب تزويج البكر صغيرة كانت أو كبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذانها، ويكفي في البكر البالغة العاقلة إذا استؤذنت في تزويجها سكوتها في الأصح[٣].

وذهب الحنابلة: إلى أنها تثبت للأب، ووصيه، ثم الحاكم، ولا تثبت للجد وسائر الأولياء، وذلك عند تزويج الصغيرة فقط[٤].

ولاية الاختيار:

تسمى ولاية الاستحباب والندب، وهي حق الولي في تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١)، البحر الرائق (٣/ ١٢٧).
(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٠/ ٣٢٥).
(٣) انظر: الحاوي للماوردي (٩/ ١١٧)، المجموع (١٦/ ١٦٦)، مغني المحتاج (٣/ ١٤٩).
(٤) انظر: المغني (٧/ ٣٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٣٩٧).

وتثبت ولاية الاختيار لسائر الأولياء عند تزويج المرأة الحرة المكلفة ثيباً كانت أو بكراً بإذنها.

وإذن البكر: السكوت، وإذن الثيب: الكلام[1].

المطلب الثالث: حكم زواج المرأة بدون ولي:

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في حكم زواج المرأة بدون ولي على أقوال منها:

القول الأول: لا يصح النكاح بلا ولي:

وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[2].

القول الثاني: يصح النكاح بلا ولي:

وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية[3].

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٠٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٧)، مغني المحتاج (٣ / ١٤٩)، كشاف القناع (٥ / ٤٥).

(٢) انظر: المدونة (٥/ ٢٤٠)، بداية المجتهد (١/ ٣٩٩)، إرشاد السالك (١/ ١٠٧)، الفواكه الدواني (٥/ ٤٠)، روضة الطالبين (٥/ ٣٩٧)، الحاوي للماوردي (٩/ ٦١)، الإقناع للشربيني (٢/ ٤٠٨)، مغني المحتاج (٣/ ١٤٧)، المغني (٧/ ٣٣٧)، الفروع (٥/ ١٢٨).

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٧)، البحر الرائق (٣/ ١١٧)، العناية شرح الهداية (٤/ ٤٠٥)، بداية المجتهد (٣/ ٣٦).

القول الثالث: التفريق بين البكر والثيب، وهو أنه يشترط الولي في البكر ولا يشترط في الثيب.

وهو قول داود الظاهري[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2].

وجه الاستدلال: أن الله خاطب الأولياء في هذه الآية، ولو كان أمر المرأة إليها لما خوطب الولي، قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذه الآية أبين آية في كتاب الله عَزَّوَجَلَّ دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها[3].

ويمكن أن يناقش وجه الاستدلال بالآية: بأن الخطاب فيها للأزواج المطلقين وليس للأولياء، بدلالة أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ فدل على أن المخاطب بقوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأزواج وليس للأولياء.

أجيب عنه: بأن الآية نزلت في الأولياء كما سيأتي بيانه في قصة معقل بن يسار.

---

(١) انظر: المحلى (٩/ ٣٨).
(٢) سورة البقرة آية (٢٣٢).
(٣) انظر: الأم (٥/ ١٦٦).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّ﴾[1].

وجه الاستدلال بالآية من وجهين:

الأول: أن الخطاب في الآية للأولياء، ولو كان أمر تزويج المرأة لها لما خوطب به الأولياء.

الثاني: لو كان زواج المرأة إليها لما نهى الله أن تتزوج المشرك، لأنها غير مخاطبة بذلك، وزاوج المرأة بالمشرك غير جائز إجماعاً[2].

نوقش وجه الاستدلال بالآية: بأن الخطاب في الآية لولي أمر المسلمين وليس للأولياء.

وأجيب عنه: بأن الأظهر في الآية، أن المخاطب بها كافة المؤمنين المكلفين، فالمُراد بالآية لا يُنكحهن من إليه الإنكاح، وهم الأولياء، أو هو خطاب للأولياء، ومنهم الأمراء عند فقدهم، أو عضلهم لما عرف من قوله: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولِي من لا ولي لها))[3].

الدليل الثالث: عن أبي موسى أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا نكاح إلا بولي))، وفي الباب عن عائشة، وابن عباس، وأبي هريرة، وعمران بن حصين، وأنس[4].

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢١).

(٢) انظر: سبل السلام (٢/ ١٧٦).

(٣) المصدر السابق.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الولي (٢/ ٢٢٩)، حديث رقم (٢٠٨٥)، وأخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٣/ ٣٩٩)، رقم الحديث

ونوقش من وجهين:

الأول: عدم صحة الحديث، فالحديث مضطرب الإسناد بين الرفع والإرسال والوصل والانقطاع[١].

الثاني: بأنه يمكن حمل الرواية على نفي الكمال[٢].

وأجيب عنه بأمرين:

الأول: أنه قد صُحح الحديث عند جمع من الأئمة، قال الترمذي: والعمل في هذا الباب على حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا نكاح إلا بولي)) عند أهل العلم؛ من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم[٣].

الثاني: أن كلام الشارع يحمل على الحقيقة الشرعية؛ أي لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي، قال المروذي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: ((لا نكاح إلا بولي)) فقالا: صحيح، وهو لنفي الحقيقة الشرعية[٤].

(١١٠١)، وأخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١/ ٦٠٥)، حديث رقم (١٨٨٠).
هذا الحديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن خزيمة، قال الترمذي: وحديث أبي موسى فيه اختلاف، رواه إسرائيل وشريك بن عبد الله وأبو عوانة وزهير بن معاوية وقيس بن الرّبيع، عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى مرفوعاً. انظر: البدر المنير (٧/ ٥٤٣).

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٣/ ٢٥٩).
(٢) كشاف القناع (٥/ ٤٨).
(٣) انظر: جامع الترمذي (٣/ ٣٩٩).
(٤) المغني (٧/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٥/ ٤٨).

الدليل الرابع: وروي عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له))[(١)].

نوقش: بأن الزهري رواه وقد أنكره. قال ابن جريج: سألت الزهري عنه فلم يعرفه[(٢)].

وأجيب عنه: بما ذُكر عن يحيى بن معين، أنه قال لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن علية، وضعَّف يحيى رواية ابن علية عن ابن جريج[(٣)].

قال الإمام أحمد ويحيى: ولو ثبت هذا لم يكن حجة، لأنه قد نقله ثقات عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان[(٤)].

---

(١) أخرجه أبو داود كتاب النكاح، باب في الولي (٢/ ٢٢٩)، حديث رقم (٢٠٨٣)، وأخرجه الترمذي، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٣/ ٣٩٩)، رقم الحديث (١١٠٢)، وأخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١/ ٦٠٥)، حديث رقم (١٨٧٩)، قال الترمذي: حديث حسن، وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج، قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره قال: فضعفوا الحديث من أجل هذا، لكن ذكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن علية، وضعف يحيى رواية ابن علية عن ابن جريج. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٣٤٣).

(٢) انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٣٤٣)، المغني (٧/ ٣٣٧).

(٣) المصدر السابق.

(٤) انظر: المغني (٧/ ٣٣٧).

أدلة أصحاب القول الثاني - القائلين بصحة النكاح بلا ولي -:

الدليل الأول: قوله الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1].

وجه الدلالة: أضاف الله النكاح لهن ونهى عن منعهن منه، فهو من حقها وهي من أهل المباشرة فيصح منها.

ويمكن أن يناقش وجه الاستدلال بالآية: بأن المراد بالعضل هنا الامتناع من تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، حيث أن الآية نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فزوجها، ولو لم يكن له ولاية ولم يكن الحكم متوقف عليه لما عوتب عليه، وأما إضافة الفعل لهن لأنهن محل له ومقصوده.

الدليل الثاني: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾﴾[2].

وجه الدلالة: بأن المفهوم من الآية عدم التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن، وليس ها هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح، فظاهر هذه الآية -والله أعلم- أن لها أن تعقد النكاح، وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف[3].

(١) سورة البقرة آية (٢٣٢).
(٢) سورة البقرة آية (٢٣٤).
(٣) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٣٦).

ويمكن أن يناقش: بأن إضافة النكاح لهن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، بل الخطاب للأولياء ولولا أن العقد لا يصح إلا بولي لما كان للخطاب فائدة.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٍ يَعۡلَمُونَ ٢٣٠﴾[1].

وجه الدلالة: حيث أضاف النكاح لها بقوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾؛ فدل على أنها تباشر العقد بنفسها وكذا العقد الجديد بعد الرجعة.

ونوقش: بأن المراد بقوله حتى تنكح زوجاً غيره أن يعقد لها وليها، وإنما أضيف لها من باب إضافة السبب لسببه، لأنها محل له وسبب له.

ويمكن أن يناقش أيضاً: بأن المراد بالإنكاح هنا الوطء لا العقد.

الدليل الرابع: عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأيم أحق بنفسها من وليِها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها))[2].

وجه الاستدلال من هذا الحديث: قالوا: إن لفظ الأيم يدل على المرأة التي لا زوج لها، سواءً كانت بكراً أم ثيباً، كبيرة أو صغيرة، وذلك أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً

(١) سورة البقرة آية (٢٣٠).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت (٢/ ١٠٣٧)، حديث رقم (١٤٢١).

عليها، لأن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها(١).

وقد أجيب عنه: بأن الاستدلال بهذا الحديث لا يشمل البكر، لأن المقصود به الثيب بدلالة أن بعض ألفاظ الحديث جاءت بلفظ الثيب أحق بنفسها، والحديث فيه مقابلة بين الثيب والبكر، فيكون الاستدلال به قاصراً عما أراده أصحاب هذا القول.

ويمكن الجمع بين هذا كله بأن نقول باشتراط الولاية في النكاح جمعاً بين الأدلة، فللولي ولاية النكاح ولها الرضا به(٢).

الدليل الخامس: عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن فتاة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجاء رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للأولياء من الأمر شيء(٣).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٨).

(٢) انظر: معالم السنن (٣/ ٢٠٥).

(٣) أخرجه النسائي في السنن، كتاب النكاح البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٦/ ٨٩)، حديث رقم (٣٢٦٩)، وابن ماجه كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة (١/ ٦٠٢)، حديث رقم (١٨٧٤)، وأحمد في مسنده (٤١/ ٤٩٢)، حديث رقم (٢٥٠٤٣). قال البيهقي: هذا مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة. انظر: نصب الراية (٣/ ١٩٣).

ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بهذا الحديث -في حال صحته وثبوته-: بأنه غير صريح في محل النزاع، إذ النزاع في قضية الولاية، وهذا النص في قضية الإكراه وعدم الرضا، ثم قد يتوجه الحديث إلى عدم المكافأة بين الزوجين؛ بدلالة قولها: ليرفع بي خسيسته.

أدلة أصحاب القول الثالث - القائلين بالتفريق بين البكر والثيب، وهو أنه يشترط الولي في البكر ولا يشترط في الثيب -:

حديث عبد الله بن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأيم أحق بنفسها من وليِّها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها))[1].

وجه الدلالة: أن التفريق بين البكر والثيب ظاهر في هذا الحديث، وذلك أن كل واحدة منهما تستأذن فما الفائدة إذا لم يكن بينهما تفريق في العقد.

ويمكن أن يناقش: بأن يقال: التفريق بين البكر والثيب جاء في موضع السكوت والنطق فقط، وأن السكوت يكون كافياً في تنفيذ العقد بالنسبة للبكر، قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في شرح مسلم: «واحتج داود بأن الحديث المذكور في مسلم صريح في الفرق بين البكر والثيب، وأن الثيب أحق بنفسها والبكر تستأذن، وأجاب أصحابنا عنه بأنها أحق أي شريكة في الحق بمعنى أنها لا تجبر، وهي أيضا أحق في تعيين الزوج»[2].

ولا يعارض هذا الحديث الأحاديث الأخرى، لأن المراد أنها أحق بنفسها في تعيين من تريد نكاحه إن كانت ثيباً، والبكر يمنعها الحياء من التعيين فلا

(١) سبق تخريجه ص ١٢٧.
(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٩/ ٢٠٣).

بد من استئذانها، وليس المراد أن الثيب تزوج نفسها أو توكل من يزوجها مع وجود الولي، فعقد النكاح أمر آخر، وبهذا تعلم أن لا وجه لما ذهبت إليه الظاهرية من اعتبار الولي في البكر دون الثيب[1].

وفي المسألة أقوال أخرى أعرضتُ عن ذكرها لكونها لا تخرج عما ذكر في الأقوال السابقة والأدلة المتقدمة والاعتراضات المدونة في أدلة هذه الأقوال.

الترجيح:

القول الراجح -والله أعلم- هو القول الأول وهو لا نكاح إلا بولي وذلك للأسباب التالية:

أولاً: قوة أدلة القول الأول وصراحتها في الموضوع.

ثانياً: أدلة القول الأول فيها زيادة علم وناقلة عن الأصل ومثبتة، والمثبت مقدم على النافي.

ثالثاً: لم تخلُ أدلة القول الثاني من المناقشات التي أضعفت الاستدلال بها.

رابعاً: أن الأخذ بالقول الأول أبرأ للذمة وأحوط في الحكم، فإذا كانت الأدلة محتملة فما دل على التحريم مقدم على ما دل على الإباحة.

خامساً: إضافة إلى الأدلة السابقة فإن الولي في النكاح هو الذي عليه عرف الناس وعليه العمل، قال الترمذي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والعمل في هذا الباب، على حديث النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لا نكاح إلا بولي، عند أهل العلم من

(١) انظر: الروضة الندية (٢/ ١١).

أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم»[1].

سبب الخلاف:

أن الآيات والأحاديث التي استدل بها أصحاب هذه الأقوال كلها محتملة، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها لشرط الولاية من عدمها كذلك مختلف في صحتها[2].

المطلب الرابع: أثر زواج المرأة بلا ولي:

أثر زواج المرأة بلا ولي مبني على الخلاف في المسألة السابقة، وهي حكم نكاح المرأة بلا ولي، فهو ثمرة من ثمرات الخلاف السابق، وعليه فسأبين الأثر بناءً على القول الراجح وهو أنه لا نكاح إلا بولي، وأنه لا فرق بين الباطل والفاسد في عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، وكذلك عند الحنفية في باب النكاح، وكل من النكاح الباطل والفاسد يراد به عند الجمهور في مقابل النكاح الصحيح، فيعبرون عنه أحياناً بالباطل وأحياناً بالفاسد.

ويقصدون بالفاسد: ما كان مُختلَفاً في فساده بين المذاهب، كالنكاح بدون شهود، وكنكاح المحرم بالحج، والنكاح بدون ولِي.

(١) انظر: سنن الترمذي (٢/ ٤٩٧).
(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٣٦).

ويقصدون بالباطل: ما كان مُجمَعاً على فساده بين المذاهب، كنكاح الخامسة، أو المتزوجة من الغير، أو المطلقة ثلاثاً، أو نكاح المحارم[1].

ويمكن أن نبين الآثار المترتبة على عقد النكاح بلا ولي في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: وقوع الطلاق لمن عقد عليها بنكاح فاسد:

فإذا تزوجت المرأة زواجاً فاسداً فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة هل يلزم الطلاق أم يحصل التفريق بينهما دون وقوع الطلاق:

القول الأول: لا حاجة للفسخ والطلاق، لأن النكاح لم ينعقد أصلاً، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

القول الثاني: لا يجوز أن تزوج لغير من تزوجها حتى يطلق الأول، أو يفسخ النكاح من قبل الحاكم. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3].

وقد استدل أصحاب هذا القول: بأن هذا نكاح ساغ فيه الاجتهاد، فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة، كالصحيح المختلف فيه، وأن الزواج

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٥، الفقه الإسلامي وأدلته (١/ ٥٢).
(٢) انظر: الوسيط في المذهب (٧/ ٣٠٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٥٩).
(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ١٢١)، مواهب الجليل (٣/ ٤٤٧)، القوانين الفقهية ص١٤٠، المغني (٧/ ١١)، الشرح الكبير (٨/ ٩٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٣٠).

من غير فرقة يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه صحيح، ونكاح الآخر فاسد[١].

وعلى هذا فإن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني.

المسألة الثانية: هل للمعقود عليها بعقد باطل أو فاسد مهر؟

لا تخلو المسألة من أمرين:

إما أن يكون ذلك قبل الدخول، أو بعده.

فأما إن حكم ببطلان العقد قبل الدخول فلا مهر لها بالإجماع، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد، ولأن وجوده كعدمه ولم يستوف المعقود عليه[٢].

وأما إن كان بعد الدخول فلها المهر[٣]، بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فلها المهر بما استحل من فرجها))[٤].

وقد اختلف بالمراد بالدخول: هل هو مجرد الخلوة؟ أم لابد من الوطء؟

أما الوطء فمحل اتفاق لدلالة النص عليه، وأما الخلوة فمحل خلاف.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) انظر: مواهب الجليل (٣/ ٤١٢)، الحاوي الكبير (٩/ ٣٤٤)، حاشية العدوي (٢/ ٥٢)، المغني (٧/ ١١)، الشرح الكبير (٨/ ٩٧).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) سبق تخريجه ص ١٢٥.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر، لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما يوجبه الوطء، ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، ويرى المالكية أن المتلذذ بها من غير وطء تعوض وجوبًا بالاجتهاد، سواء أكان النكاح مختلفًا فيه أم متفقا على فساده[1].

وقد روي عن الإمام أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح، لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح والأول أولى[2].

المسألة الثالثة: هل تعتد المعقود عليها بعقد فاسد؟

لا عدة على المرأة قبل الدخول بالإجماع[3]، لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾[4].

فدلت الآية على أن العدة لا تجب إلا بالدخول.

وأما بعد الدخول فقد اتفق الفقهاء على وجوب العدة في النكاح المجمع على فساده والمختلف فيه بالوطء.

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٢٩)، المحيط البرهاني (٣/ ١٣٢)، شرح مختصر خليل للخرشي (٣/ ١٩٨)، حاشية العدوي (٢/ ٥٥)، الحاوي الكبير (٩/ ٤٦)، روضة الطالبين (٧/ ٢٦٣)، المغني (٧/ ٢١٥).

(٢) انظر: المغني (٧/ ٢٥١).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٣/ ١٠٨).

(٤) سورة الأحزاب آية (٤٩).

وأما مجرد الخلوة فمحل خلاف بينهم.

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة، لأنه ليس بنكاح صحيح إلا أنه ألحق بالنكاح من أجل استيفاء المنافع، وذلك لحاجة الناكح لذلك، والأصل أن يبقى على العدم، ولم تتحقق المنافع بمجرد الخلوة، لأن الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء، لبيان سلامة الرحم وبراءته من الحمل(١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾(٢).

قالوا هذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس، فأشبهت من لم يخل بها.

القول الثاني: ذهب المالكية والإمام أحمد إلى أن عليها العدة، لأن العقد ينفذ بحكم الحاكم فأشبه الصحيح، ولأنه أُجري مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة

وقد قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً، أو أغلق باباً، فقد وجب المهر، ووجبت العدة(٣).

---

(١) انظر: بدائع (٢/ ٣٣٥)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥١٦)، مغني المحتاج (٤/ ٣٧٤)، منهاج الطالبين (١/ ٢٥٣).

(٢) سورة الأحزاب آية (٤٩).

(٣) انظر: الذخيرة (٤/ ٣٧٥)، القوانين الفقهية (ص ١٥٦)، المغني (٨/ ٩٩)، الشرح الكبير (٩/ ٩٥).

والراجح هو القول الثاني:

لأنه عقد على المنافعِ، والتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة، كعقد الإجارة، ولأن الحكم علق على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل، لحقه نسبه[1].

المسألة الرابعة: لحوق النسب في النكاح الباطل:

اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح المجمع على فساده بالوطء تبعاً لثبوت العدة فيه وذلك مثل نكاح المعتدة، وزوجة الغير، والمحارم إذا كانت هناك شبهة تسقط الحد، كأن لا يعلم بالتحريم ولأن الأصل أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ نسباً[2].

وفي حال انتفاء الشبهة التي يسقط معها الحد كأن يكون عالماً بالتحريم.

فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية لا يلحقون النسب به فلا يلحق به الولد لأنه في هذه الحالة يثبت الحد، وإذا ثبت الحد ووجب فلا يثبت النسب[3].

وعند أبي حنيفة يثبت النسب لأن العقد عقد شبهة، وقيل الشبهة تنتفي إذا كان النكاح مُجمَعاً على تحريمه، والمعقود عليها محرمة على التأبيد، فلا

(١) انظر: المغني (٨/ ٩٩).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ١٢٢)، المبدع (٧/ ٦٤).
(٣) انظر: الذخيرة (١٢/ ٥)، القوانين الفقهية ص٢١٩، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٥٣٢)، نهاية المطلب (٧/ ٢٠٧)، روضة الطالبين (٥/ ٦١)، المغني (٧/ ١٣)، المبدع (٥/ ٣٤).

يثبت النسب عند أبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة وذلك فِي المحرمة على التأبيد، هذا بالنسبة للنسب فِي النكاح المجمع على تحريمه مع العلم بالتحريم[1].

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٦)، البحر الرائق (٤/ ١٧٩).

المبحث الثالث
أثر العضل في سقوط الولاية وانتقالها عن المرأة

يتحقق العضل إذا ترتب على المنع ضرر يلحق بالمرأة، وعلى هذا اختلف الفقهاء فيما يتحقق فيه العضل:

فيرى المالكية أن العضل يتحقق في مسألتين:

المسألة الأولى: إذا طلبها كفء ورضيت به.

الثانية: إذا دعت لكفء، ودعا وليها لكفء آخر[١].

وأما الشافعية والحنابلة فقد حصروا العضل فيما لو عينت المرأة كفؤاً، وأراد الأب غيره، فله ذلك في الأصح[٢].

ويرى بعض الحنابلة: إذا امتنع الخُطاب لشدة الولي، لكن الظاهر أنه لا حرمة على الولي هنا؛ لأنه ليس له فعل ذلك المنع[٣].

ويفسق الولي بالعضل إذا تكرر منه، ويترتب على ذلك أثره، وهو انتقال الولاية منه للأبعد، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب، فملكه الأبعد، كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل كما سبق.

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٣٢).
(٢) انظر: منهاج الطالبين (١/ ٢٠٧)، كشاف القناع (٥/ ٥٤).
(٣) انظر: الإنصاف (٨/ ٧٥).

وقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال تسقط ولايته وكان لها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في تزويجها[١].

وعلى هذا يتحقق سقوط الولاية وانتقالها عن الولي الأقرب.

واختلف الفقهاء إلى من تنقل الولاية بعد سقوطها عن الولي الأقرب:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الإمام أحمد إلى أن الولاية تنتقل إلى السلطان[٢].

القول الثاني: أنها تنتقل إلى الأبعد من عصباتها، وهو رواية عن الإمام أحمد[٣].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولِي من لا ولي لها))[٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٤٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٢)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٢٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٩)، القوانين الفقهية (١/ ١٣٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ٣٧٥)، الحاوي الكبير (٩/ ١١١) روضة الطالبين (٩/ ١٠١)، المغني (٧/ ٣٠).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٣٠)، الشرح الكبير (٧/ ٤٢٨)، المبدع (٦/ ١١٠).

(٤) سبق تخريجه ص ١٢٣.

الدليل الثاني: أن امتناع الولي من التزويج ظلم للمرأة، فقام الوالي مقامه لرفع الظلم، قياساً على من عليه دين وامتنع عن قضائه فيقوم القاضي بإجباره على السداد.

ويمكن أن تناقش أدلة الجمهور بما يلي:

- حمل الحديث على ما إذا عضل كل الأولياء، لأن قوله: ((فإن اشتجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.

- وأما القياس على الدين نقول أن الولاية تخالف الدين من ثلاثة أوجه:

الأول: أنها حق للولي، والدين حق عليه.

الثاني: أن الدين لا ينتقل عنه، والولاية تنتقل لعارض؛ من جنون الولي، أو فسقه أو موته.

الثالث: أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك[1].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها)).

وجه الاستدلال: أن هذه لها ولي وهو الأبعد، ولذلك يمكن حمل النص على ما إذا عضل جميع الأولياء، لأن قوله: ((فإن اشتجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.

---

(١) انظر: الولاية في النكاح (٢/ ١٤٤).

الدليل الثاني: أنه لو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه، لأن الحاكم يعرض عليه أن يزوج فإذا امتنع زوجها الحاكم.

الراجح:

هو القول الثاني وذلك لسلامة الدليل من المعارض، وفيه حفظ لحق الأولياء وبعدٌ عن التخاصم والمشاحنة.

إذا تحقق هذا فالولاية في النكاح تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب.

وعند عدم وجود الأولياء، أو عضلهم، أو منع الأقرب الأبعد، تنقل الولاية للسلطان، فله ولاية التزويج بدليل الحديث السابق وحديث أم حبيبة: أن النجاشي زوجها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكانت عنده[1]، ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال، ويحفظ الضوال، فكانت له الولاية في النكاح كالأب[2].

قال الصنعاني: «وانتقالها إلى السلطان مبني على منع الأقرب الأبعد، وهو محتمل، ودل على أن السلطان ولي من لا ولي لها لعدمه أو لمنعه، ومثلهما غيبة الولي»[3].

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب الصداق (٢/ ٢٣٥)، حديث رقم (٢١٠٨).
(٢) انظر: المغني (٧/ ١٧).
(٣) انظر: سبل السلام (٢/ ١٧٣).

المبحث الرابع
تطبيقات قضائية

وفيه ثلاثة تطبيقات:

التطبيق القضائي الأول:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

ادعت المدعية قائلة: إن الحاضر أخي الأكبر ووليي الشرعي؛ حيث قد توفي والدي، وقد بلغت مبلغ النساء، وتقدم لي خاطب وهو يصلح لي زوجاً، إلا أن المدعى عليه قد رده لأسباب غير شرعية، أطلب نقل الولاية منه إلى الحاكم الشرعي، هذه دعواي.

الإجابة:

وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: إن ما ذكرته المدعية من أنني ولي التزويج لها بعد وفاة والدي فهو صحيح، وما ذكرته من أنه تقدم لها الخاطب هذا، وقد كان أخي المسؤول عن زواجها، حيث إني مريض، وقد وافقنا عليه إلا أنه انسحب ولم يعد، والآن بعد أن تقدم مرة أخرى لا أريده زوجاً لأختي، هكذا أجاب.

المرافعة:

وبعرض جواب المدعى عليه على المدعية قالت: كما ذكر يرفض زواجي من هذا الرجل، ولا ينقم عليه في خلق ولا دين، وأنا أريد أن أعف نفسي بالحلال، والخاطب موظف حكومي، وهو سعودي الجنسية، هكذا قالت.

الأسباب:

ذكر القاضي أن المدعى عليه رفض تزويجها من الخاطب وهو لم ينقم عليه لا في خلقه ولا في دينه، وحيث أنهم قد وافقوا عليه سابقاً يعد تعديلاً له، وارتضاء به زوجاً لأختهم، ولأن نقل الولاية من الولي المدعى عليه ربما يفضي إلى نزاع وخصام وقطيعة رحم، وأن مذهب الجمهور أن الولاية تنتقل ممن عضل إلى الحاكم، وأن من وجب عليه شيء أمر به الحاكم فإن امتثل وإلا نفذه الحاكم إن أمكن، وأن المدعى عليه قد عضل المدعية.

الحكم:

لما تقدم من أسباب ثبت لدى القاضي صحة دعوى المدعية وأن أخاها قد عضلها عن الزواج ممن هو كفء لها، فقرر نقل الولاية من المدعى عليه إلى الحاكم الشرعي وبذلك حكم، وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥١٣٨١١٨ وتاريخ ٦/ ٢/ ١٤٣٥هـ[1].

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، مركز البحوث بوزارة العدل - الرياض، ١٤٣٨هـ، العدد الثامن، ص١٩٤.

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي ألزم القاضي المدعى عليه بتزويج أخته فرفض التزويج وعليه فقد نقل القاضي الولاية من أخيها إلى الحاكم الشرعي وبذلك حكم مستنداً على ما جاء في المغني «إذا عضلها وليها الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد»، نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان لأن امتناع الولي من التزويج ظلم للمرأة فقام الولي مقامه لرفع الظلم.

كما يلحظ في هذا التطبيق أن الأخوة قد يكون بينهما خلاف في التزويج، حيث ذكر في دعواه أنه كان مريضاً، وقال: قد كان أخي هو المسؤول عن زواجها، حيث أني مريض، مما يشعر بأن بينهما خلافاً على التزويج؛ ولذلك نقل القاضي الولاية للحاكم الشرعي مستنداً إلى حديث: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولِي من لا ولي لها))، فأسقط الولي الأبعد ونقلها للحاكم.

التطبيق القضائي الثاني:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

أقامت المدعية دعواها ضد والدها طالبة فسخ ولايته عليها ونقلها لأحد أخويها من أمها، وبسؤال المدعية عن تحرير دعواها قالت: إن دعواي قد حررها الوكيل الشرعي في ورقة وأطلب تدوين نصها في الضبط، وأبرز الوكيل الشرعي ورقة واحدة والمتضمنة ما نصه: «أن المدعى عليه والد

موكلتي ويقيم بالرياض حيث أن المدعية من مواليد ١٧/ ١٢/ ١٣٩٩هـ وتبلغ من العمر قرابة أربعة وثلاثين عاماً، ولديها طفل ذكر يبلغ من العمر ثلاثة عشر عاماً من زوج سابق، وهي مطلقة حالياً، تطلب المدعية إلزام المدعى عليه التنازل عن ولايتها في الزواج ورعاية شؤونها ونقلها للأخ من الأم...

وقد عضلها في زواجها أكثر من مرة، وتعرضها للطلاق من قبل بسبب إمساك المدعى عليه لكامل مهرها حال زواجها، وطلبه المال مقابل الإذن لها بالسفر لأي جهة، صاحب الفضيلة؛ بما تقدم تطلب المدعية فسخ ولايتها عن وليها ونقلها لمن تقدم بيانهم من قرابتها» أ.هـ. هكذا تضمنت دعواها.

الإجابة:

وبعرض ذلك على المدعى عليه قال: ما جاء في دعوى المدعية غير صحيح، كما أطلب صورة من الورقة التي أبرزها الوكيل. هكذا أجاب.

المرافعة:

وبعرض ذلك على المدعية قالت: الصحيح ما جاء في دعواي هكذا قررت.

وبمناقشة أطراف الدعوى من قبل القاضي قال المدعى عليه: إن ابنتي المدعية سبق أن تزوجت أربع مرات ومعها ابن اسمه (...) هكذا قرر.

وبعرض ذلك على المدعية قالت: إن ما ذكره والدي المدعى عليه كله صحيح، ووالد ابني ينفق عليه في الوقت الحاضر، هكذا قررت.

الأسباب:

بناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وما قرره الطرفان، ونظراً لكون المدعية بالغة فليس عليها ولاية سوى ولاية النكاح، ونظراً لإقرارها في هذه الجلسة أن تزوجت أربع مرات، ونظراً لأن من طلبت لهم الولاية هم إخوتها من الأم والأخوة من الأم لا تنعقد لهم ولاية النكاح كما هو معلوم في كتب أهل العلم.

الحكم:

لكل ما تقدم فقد رد القاضي دعوى المدعية وبذلك حكم، وأفهمها بأن لها الحق في تقديم دعوى عضل لدى المحكمة المختصة متى ما تقدم لها خاطب مرضي الدين والخلق ورفض وليها تزويجها.

وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥٣٧٩٧٦٠ وتاريخ ١٠/ ٩/ ١٤٣٥هـ[١].

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي رد القاضي دعوى نقل الولاية إلى الأخ لأم، وبذلك حكم بناءً على رأي جمهور الفقهاء أن جهة الأمومة لا مدخل لها في إثبات ولاية النكاح، ولذلك منع المالكية والحنابلة ولاية الأخ لأم، والخال، وغيرهما، من قرابة الأم، فليس الأخ لأم من العصبات، وإنَّما

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، العدد الثامن، ص٢٥٠.

تكون له الولاية عند عدم العصبات بصفة قرابة ذوي الأرحام، وكذلك يلي بالولاية العامة التي يستحقها بحقوق الإسلام[1].

قال ابن هبيرة: اتفقوا على أن الولاية في النكاح لا تثبت إلا لمن يرث بالتعصيب، وقد نص صاحب كشاف القناع على أنه لا ولاية لغير العصبات النسبية والسببية من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم وأبيها ونحوهم[2].

التطبيق القضائي الثالث:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

أقامت المدعية دعواها ضد والدها طالبة إلزامه بتزويجها من خاطبها، أو نزع ولاية التزويج منه وجعلها لأخيها الشقيق، قائلة في تقرير دعواها: إن الغائب عن مجلس القضاء هو والدي، وقد منعني من الزواج دون مسوغ شرعي، وقد حاولت معه كثيراً بالحسنى فلم يستجب، وقد تقدم لي الخاطب الكفء إلا أنه يرفض ذلك؛ لذا أطلب من فضيلتكم إلزامه بعقد نكاحي، أو نزع ولاية التزويج منه، هذه دعواي.

(١) انظر: الولاية في النكاح (٢/ ٩٦).
(٢) انظر: التلقين في الفقه المالكي (٢/ ١١٣)، كشاف القناع (٥/ ٥٢).

المرافعة:

وبطلب البينة من المدعية على دعواها ضد المدعى عليه، أحضرت للشهادة وأدائها (...) سعودي الجنسية وقال: أشهد بالله العظيم على أن المدعى عليه قد منع المدعية أختي من الزواج، وقد تقدم لها ثلاثة ممن ترضى أمانتهم وديانتهم فرفض تزويجها بغير عذر شرعي، وقد تدخلت في الإصلاح فرفض تزويجها، هذا ما لدي...

ثم قررت المدعية بقولها: أطلب جعل ولاية التزويج لأخي وشقيقي الأكبر؛ حيث إنه لا مانع لديه من تزويجي بعد نزع ولاية أبي عن طريق المحكمة الشرعية.

الأسباب:

وحيث أن عدم حضور المدعى عليه ولا من ينوب عنه، وتهربه عن الحضور ورفضه استلام صحيفة التبليغ يعد نكولاً، ومماطلة في الحضور، وبناءً على شهادة الشاهدين المعدلين شرعاً، وحيث أن امتناع المدعى عليه عن تزويج المدعية للخاطب الكفء يعد ضرراً عليها، وتعليقاً لها والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((لا ضرر ولا ضرار))، وحيث نص الفقهاء على أنه إذا امتنع الولي الأقرب عن تزويج الكفء جاز نزع الولاية منه وجعلها للأبعد إن وجد، وإلا فللحاكم الشرعي.

الحكم:

لذا فقد حكمت بنزع ولاية التزويج من المدعى عليه، وجعلها لشقيق المدعية وبذلك حكم.

وبعرض ذلك على المدعية قررت القناعة والرضا به، وقرر القاضي بعث نسخة من الحكم للمدعى عليه لتقديم اعتراضه خلال المدة المقررة نظاماً.

وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥٣٢٧١٨٤ وتاريخ ٢٣/ ٧/ ١٤٣٥هـ[١].

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي نزع القاضي الولاية من المدعى عليه والد المدعية ونقلها لأخيها الشقيق وبذلك حكم.

وقد استند على نزع الولاية وانتقالها إلى ما اتفق عليه الفقهاء من أنه ليس للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال كان لها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في تزويجها، حيث جاء في كشاف القناع: «وإن عضل الأقرب زوج الأبعد، والعضل منعها أن تتزوج كفؤاً إذا طلبت ذلك، ورغب كل منها في صاحبه»[٢].

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، العدد الثامن، ص٢٣٧.
(٢) انظر: كشاف القناع (٥/ ٥٤).

ولوجود ضرر يلحق بالمدعية والضرر يزال، كما أنه وجد الكفء المرضي في خلقه ودينه.

كما استند القاضي في نظر الدعوى حال عدم حضور المدعى عليه على نظام المرافعات الشرعية في المادة (٥٧) حيث نصت المادة على: «إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها، فيؤجل النظر في الدعوى إلى جلسة لاحقة يبلغ بها المدعى عليه، فإن غاب عن هذه الجلسة دون عذر تقبله المحكمة ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله، فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيابياً».

وعلى هذا يتحقق سقوط الولاية وانتقالها عن الولي الأقرب وهو والد المدعية إلى الأبعد وهو الأخ الشقيق بناءً على ترتيب الولاية في النكاح على ترتيب الإرث بالتعصيب ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب.

وعند عدم وجود الأولياء أو عضلهم أو منع الأقرب الأبعد تنقل الولاية للسلطان، فله ولاية التزويج.

الخاتمة

أحمد الله تعالى وأشكره على فضله وإنعامه، وأصلِّي وأسلِّم على خاتم النبيين والمرسلين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وبعد: فقد يسر الله إتمام هذا البحث، فإن وفقت فيه فمن الله وحده، وإن زللت فحسبي أني اجتهدت، وأسأل الله أن يتجاوز عن الخلل والنقصان.

وقد توصلت في خاتمته إلى النتائج الآتية:

١. تكريم الإسلام للمرأة ورفع الظلم عنها، والأصل أن الولي يحافظ على هذه المرأة، ويراعي مصالحها.

٢. أن العضل: هو منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

٣. الأصل في عضل المرأة التحريم وقد يباح في حالات محددة في الشريعة الإسلامية.

٤. ولاية الإجبار: وهي الولاية الكاملة في تنفيذ عقد النكاح.

٥. تثبت ولاية الاختيار لسائر الأولياء عند تزويج المرأة الحرة المكلفة ثيباً كانت أو بكراً بإذنها.

٦. القول الراجح أنه لا نكاح إلا بولي.

٧. سبب الخلاف في مسألة النكاح بلا ولي أن الآيات والأحاديث التي استدل بها أصحاب هذه الأقوال كلها محتملة.

٨. أثر زواج المرأة بلا ولي مبني على الخلاف في المسألة حكم نكاح المرأة بلا ولي، فهو ثمرة من ثمرات ذلك الخلاف.

٩. يظهر الأثر في مسألة وقوع الطلاق لمن عقد عليها بنكاح فاسد هل لابد من وقوع الطلاق أو أنه لا حاجة للفسخ والطلاق بناءً على أن العقد باطل.

١٠. إن حكم ببطلان العقد قبل الدخول فلا مهر للمرأة بالإجماع، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض.

١١. لا عدة على المرأة قبل الدخول بالإجماع.

١٢. الجمهور على أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة.

١٣. التحقيق في مسألة عدة المعقود عليها بعقد فاسد أن تستبرئ ولو بحيضة احتياطاً للحوق النسب.

١٤. اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح المجمع على فساده بالوطء تبعاً لثبوت العدة فيه إذا كانت هناك شبهة تسقط الحد.

١٥. الأصل أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ نسباً.

١٦. تحقق العضل إذا ترتب على المنع ضرر يلحق بالمرأة.

١٧. اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال تسقط ولايته.

١٨. جمهور الفقهاء أن الولاية تنتقل إلى السلطان.

١٩. من مقاصد الشريعة حفظ حق الأولياء والبعد عن التخاصم والمشاحنة.

٢٠. الأحكام القضائية مبنية على النصوص الشرعية والمصالح المرعية حيث أن للقاضي تقدير المصلحة في إسقاط الولاية ونقلها.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

تم صبيحة الأربعاء الموافق ١٦/ ٩/ ١٤٤٢هـ.

المصادر والمراجع

١. **الاختيار لتعليل المختار**، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.

٢. **إرشاد السالك إلى أَشرف المسالك في فقه الإمام مالك**، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.

٣. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٤. **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٥. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.

٦. **الأم**، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٧. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.

٨. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.

٩. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١٠. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١١. **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٢. **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)**، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، الناشر: دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٣. **البناية شرح الهداية**، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٤. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

١٥. **تفسير القرآن العظيم**، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.

١٦. **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.

١٧. **التلقين في الفقه المالكي**، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٨. **جامع الأصول في أحاديث الرسول**، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط - التتمة تحقيق بشير عيون، الناشر: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى.

١٩. **الجامع الكبير (سنن الترمذي)**، المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.

٢٠. **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه**، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢١. **الجوهرة النيرة**، المؤلف: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.

٢٢. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٣. **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، المؤلف: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٤. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٢٥. **رد المحتار على الدر المختار**، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٦. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٢٧. **الروضة الندية شرح الدرر البهية**، المؤلف: أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي، الناشر: دار المعرفة.

٢٨. **سبل السلام**، المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير، الناشر: دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٩. **سنن ابن ماجه**، المؤلف: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

٣٠. **سنن أبي داود**، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، بيروت.

٣١. **الشرح الكبير على متن المقنع**، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.

٣٢. **شرح مختصر خليل للخرشي**، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.

٣٣. **شرح منتهى الإرادات**، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٣٤. **العناية شرح الهداية**، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، الناشر: دار الفكر.

٣٥. **الفقه الإسلامي وأدلته**، المؤلف: وهبة الزحيلي الناشر: دار الفكر - سوريَّة - دمشق، الطبعة: الرابعة.

٣٦. **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، المؤلف: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣٧. **القوانين الفقهية**، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، تحقيق محمد سيدي مولاي، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ.

٣٨. **كتاب الفروع**، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٩. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية.

٤٠. **لسان العرب**، المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.

٤١. **المبدع في شرح المقنع**، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٤٢. **المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي**، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

٤٣. **المجموع شرح المهذب**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.

٤٤. **مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ**، مركز البحوث بوزارة العدل - الرياض، ١٤٣٨هـ، العدد الثامن.

٤٥. **المحلى بالآثار**، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري الناشر: دار الفكر - بيروت.

٤٦. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي، المحقق: عبد الكريم

سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٤م.

٤٧. **المدونة**، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.

٤٨. **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٤٩. **معالم السنن (وهو شرح سنن أبي داود)**، المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، الناشر: المطبعة العلمية – حلب، الطبعة: الأولى، ١٣٥١هـ – ١٩٣٢م.

٥٠. **معجم مقاييس اللغة**، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م.

٥١. **المغني**، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م.

٥٢. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.

٥٣. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر – بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ–١٩٨٩م.

٥٤. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.

٥٥. **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.

٥٦. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٧. **الوسيط في المذهب**، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

٥٨. **الولاية في النكاح**، أصل الكتاب: رسالة (ماجستير) - الجامعة الإسلامية، ١٤٠٣هـ، المؤلف: عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.