المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح
ـ دراسة فقهية مقاصدية ـ

بقلم
د.محمد حاج عيسى
أستاذ محاضر "أ" بقسم العلوم الإسلامية
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ـ جامعة تلمسان
hadjaissa@islahway.com

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، أما بعد : فإن من أهمّ التشريعات التي اختصّت بها الشريعة الإسلامية الولاية على المرأة في النكاح، وهي شريعة مُحكمة مبنية على حِكم ومقاصد كثيرة راعاها الشارع الحكيم، وقد تحدَّث الفقهاء عن حُكم الولاية وفصَّلوا أحكام الأولياء وترتيبهم مع تعليل هذه الأحكام، ويتعلَّق بالولاية أحكامٌ فرعية؛ ربما كانت في العصور السابقة قليلة الوقوع، فتحدث عنها الفقهاء في نطاق محدود في الفروع المذهبية أو الفتاوى، إذ شغل البحث في العصبة وترتيبهم حيّزا لا بأس به، ويليه في البحث ولاية ذوي الأرحام التي قال بها الحنفية، ثم ولاية الكافل التي قال بها المالكية، وفي عصرنا هذا مع تغيُّر الأعراف وتحكيم قوانين الأحوال الشخصية؛ ظهرت مسائل مستجَّدة أو تغيَّرت صورة بعض البحوث، فبعد البحث في ولاية الخال في حق التي لا عصبة لها صرنا نبحث عن صحة ولايته في حال الإهمال العائلي للأب، وفي حال العضل الناتج عن الخلافات الأسرية، وبَحَثَ المتقدمون في صحة ولاية الكفيل لليتيمة المعلومة النسب، وفي عصرنا هذا تعين علينا البحث ولاية الكفيل لليتيمة مجهولة النسب، وخاصة مع إقرار بعض القوانين الوضعية لكفالة اللقيط مع إعطائه الاسم العائلي –كما هو حال القانون الجزائري– وكذا إقرارها لإثبات نسب ولد الزنا إذا استلحقه الأب.

ومن مسائل الولاية المستجدة: مسألة الولاية على المرأة الحديثة عهد بالإسلام أو المعدومة الأصول، وهل يصلح أن تكون المراكز الإسلامية والهيئات غير الحكومية وليا في البلاد الإسلامية أو غيرها، ومما يتبع هذا تحديد مفهوم السلطان الذي يصلح للولاية في عصرنا؛ هل هو الحاكم الإداري أو القاضي الشرعي؟ ومتى يُلْجأ إليه في ضوء التحولات التي عرفتها الأعراف في بلاد الإسلام، وكذا في ظل تعطيل الأحكام الشرعية.

وهذه القضايا كلها في تقديري جديرة بالدراسة وبعث النظر فيها على ضوء النصوص الشرعية والمقاصد المرعية، ولذلك اخترْت هذا الموضوع الذي عنوانه: " المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح –

دراسة فقهية مقاصدية-". للمشاركة به في الملتقى الدولي الثاني للمستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، الذي ينظمه معهد العلوم الإسلامية في جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، وقد قسمت هذا الموضوع إلى خمسة مباحث هي كالآتي :

المبحث الأول: وخصَّصته لبيان المقاصد الشرعية للنكاح ولإشتراط الولاية فيه، ليَكون ذلك مُمهِّدا لما يأتي بعده من مباحث.

المبحث الثاني: وتعرَّضت فيه لولاية السلطان من حيث مفهومها وتعليلها، وتحقُّق شرطها في العصر الحاضر.

المبحث الثالث: وتناولتُ فيه حكم ولاية ذوي الأرحام في حال عَدم العصبة، أو حال وجودهم مع عضْلهم أو غيابهم.

المبحث الرابع: وتناولت فيه حكم ولاية كافل اليتيمة المعلومة النسب، وأردفته بولايته لمجهولة النسب، ثم ولاية الأب غير الشرعي للابنة المعترف بها.

المبحث الخامس: وخصَّصته لحكم ولاية المراكز الإسلامية والهيئات غير الحكومية على المرأة المسلمة.

وقد اتَّبعت في هذا البحث المنهج التحليلي أساسا مع الاستعانة بالمنهج المقارن حيث دعت إليه الحاجة، وقد استوجب مني المنهجان تتبُّع النصوص الشرعية المتعلقة بالباب، ومحاولة الوقوف على أحكامها الظاهرة، ومقاصدها الباطنة التي على ضوئها يمكن إلحاق غير المنصوص، كما حاولت قد الإمكان تتبُّع الفروع المذهبية والنوازل المتعلقة بالموضوع؛ لجمع كلام العلماء المتقدمين في هذه المسائل أو نظائرها، للنظر في توجيهاتهم وتعليلاتهم، ومن ثَمَّ إمكان التخريج عليها.

المبحث الأول: مقاصد النكاح ومقاصد الولاية فيه

أوَّل شيء نستهل به هذه الدراسة، هو محاولة الوقوف على المقاصد الشرعية من تشريع الولاية في النكاح بمراتبها، وقد رأيت من المفيد أن يصحب ذلك بيان على مقاصد النكاح في حد ذاته، باعتبارها أصلا لغيرها، ولِمَا بَيْن مقاصد النكاح والولاية من ارتباط، حيث تترتَّب الثانية عن الأولى وتُكمِّلها، ولِيُعلم أنّه عند عدم إمكان تحقُّقِها كلِّها؛ تبقى مقاصد النكاح هي الأهم والأرجح.

المطلب الأول : مقاصد النكاح

إنَّ للنكاح مقاصد شرعية متعدِّدة دلّت عليها النصوص الشرعية، وسطَّرها العلماء في مدوناتهم، وهي مقاصد متفاوتة من حيث العموم والخصوص ومن حيث الأهمية، وهي منقسمة إلى مقصدٍ أصلي وهو حفظ النسل المعدود من الضروريات، ومقاصد تبعيّة دون الأول في الأهمية.

الفرع الأول : المقصد الأصلي العام : حفظ النسل

إنَّ أهم مقاصد النكاح وأعمِّها على الإطلاق؛ هو حفظ النسل أحد الضروريات الخمس التي بني عليها

الشرع، ومن أقدم من نص على هذا المقصد الدبوسي والماوردي[1]، وبعدهما السرخسي الذي ذكره مقرونا بغيره مؤخرا له في الذكر فقال:«يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية، من ذلك حفظ النساء، والقيام عليهن والإنفاق، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنى، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول ﷺ، وتحقيق مباهاة الرسول ﷺ»[2].

وبعده ابن عقيل الذي ذكر أيضا جملة من مقاصد النكاح وصرح باعتبار حفظ النسل أهم مقاصده[3]، وأكد نحو هذا الشاطبي في غير موضع ومن ذلك قوله: « النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول» [4].

ومن أصرح أدلة هذا المقصد قوله ﷺ:« تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»[5]، ويدل عليه أن الله سبحانه جعل الإضرار بالنسل من أكبر الفساد في الأرض، حيث قال: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهِدُ اللَّهَ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الخِصَامِ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لاَ يُحِبُّ الفَسَادَ) (البقرة: 204-205)"[6].

الفرع الثاني : المقاصد التبعية

وكون المقصد الأول للنكاح هو حفظ النسل لا ينفي تضمن هذه الشريعة لمقاصد أخرى، دونه في الدرجة وتابعة له[7]، ربما تصنف في الحاجيات أو التحسينيات، وقد حاولت استقصاء ما ذكره العلماء في هذا المضمار في النقط الآتية:

أولا : مقصد طلب السكن والمودة والرحمة [8]، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا، وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً، إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم: 21).

ثانيا : الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء[9]، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (النساء:24)، وفي الحديث: «الدُّنْيَا مَتَاعٌ، وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ» [10] .

1/ تقويم الأدلة في أصول الفقه للدبوسي (ص: 299) الحاوي الكبير للماوردي (9/ 6) وممن نص على هذا المقصد ابن القيم وولي الله الدهلوي ، انظر: إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786) حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (195/1).

2/ المبسوط للسرخسي (4/ 192-193)

3/ بدائع الفوائد لابن القيم (4/ 41)

4/ الموافقات للشاطبي (3/ 139) ونحوه في الموافقات (1/ 383، 540)

5/ رواه أبو داود (رقم: 2050) والنسائي (رقم: 3227) وصححه ابن حبان (رقم: 4056).

6/ انظر : المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي لبدر ناصر مشرع السبيعي (ص:51)

7/ الموافقات للشاطبي (2/160).

8/ الموافقات للشاطبي (1/ 383) و(3/ 139) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786).

9/ الموافقات للشاطبي (1/ 383) و(3/ 139) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786).

10/ رواه مسلم (رقم :1467).

ثالثا: التحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج، ونظر العين[1]، ويدل عليه قوله ﷺ :«مَنِ اسْتَطَاعَ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»[2]

رابعا: التعاون على المصالح الدنيوية والأخروية كالخدمة ونحوها[3]، وحفظ النساء، والقيام عليهن والإنفاق[4]. ويدل على هذه المعاني قوله ﷺ: ألا وَاسْتَوصُوا بالنِّساءِ خَيْراً، فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٍ عِنْدَكُمْ... ألاَ إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقّاً، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقّاً؛ فَحَقُّكُمْ عَلَيهِنَّ أَنْ لا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ، وَلا يَأْذَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ؛ ألاَ وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ»[5]

خامسا: مصاهرة أهل المرأة لشرفهم أو دينهم، أو التجمل بمال المرأة، أو الرغبة في جمالها، أو الغبطة بدينها[6]، ويدل على هذه المعاني حديث:« تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»[7].

سادسا: ومن مقاصد النكاح اتباع سنة النبي ﷺ وسنة الأنبياء عليه السلام قبله، قال الله تعالى : ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ (الرعد: 38) وقال ﷺ:«مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا؟ لَكِنِّي أُصَلِّي وَأَنَامُ، وَأَصُومُ وَأُفْطِرُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»[8].

سابعا : ومن العلماء من ذكر مقصد حفظ النسب بالعقد [9]، وهذا يمكن اعتباره مقصدا تبعيا للنكاح من جهة، ومقصدا أصيلا في العقد وفي الولاية من جهة أخرى كما سيأتي في المطلب التالي.

وقد ظهر من هذا الجمع أنَّ النكاح معدود من الضروريات التشريعية، وهو مشروع من عهد آدم عليه السلام وفي كل الشرائع، وحفظ النسل وبقاء النوع الإنساني هو أهمُّ مقاصده وهو مقصده العام القطعي، واحتفت به مقاصد شرعية أخرى معتبرة، لكنَّها دون الأوَّل في الرتبة رغم أهمية بعضها وشدة الحاجة إليها، لكنَّها لا تتَّصِف بالعموم والقطعية.

---

[1]/ الحاوي الكبير للماوردي (9/ 6) المبسوط للسرخسي (4/ 192-193) الموافقات للشاطبي (1/ 383) و(3/ 139) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786) حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (1/ 195) .

[2]/ رواه البخاري (رقم: 1905) ومسلم (رقم: 1400).

[3]/ الموافقات للشاطبي (1/ 383) و(3/ 139) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786) حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (1/195).

[4]/ المبسوط للسرخسي (4/ 192-193)

[5]/ رواه الترمذي (رقم: 1163) وصححه.

[6]/ الموافقات للشاطبي (1/ 383) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (2/ 786).

[7]/ رواه البخاري (رقم :5090) ومسلم (رقم :1466).

[8]/ رواه البخاري (رقم :5063) ومسلم (رقم :1404) واللفظ له.

[9]/ الحاوي الكبير للماوردي (9/ 6) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (6/ 176).

المطلب الثاني : مقاصد اشتراط الولاية في النكاح واستحقاقها

بعد أنْ أوضحنا مقاصد تشريع أصل النكاح؛ نأتي لنُحاول استكشاف مقاصد ركن الولي في عقده، فإنَّ مما هو معلوم أنَّ لكل ركن من أركان العقد حكمة اعتُبرت فيه، ولكل شرط فيه مصالح رُوعيت، ونحن في هذه البحث نَرمي إلى الوقوف على مقاصد اشتراط الولاية في النكاح لنبني عليها أحكاما فيما لا نص فيه، وقد تتبَّعت ما نُص عليه من مصالح تشريع الولاية؛ فوجدْتها منقسمة إلى مصالح متعلِّقة بأصل تشريع الولاية ومنع المرأة من أنْ تلي نكاحها، ومصالح متعلِّقة بسرِّ إسناد الولاية للعصبة من أقرباء المرأة دون غيرهم، وتوضيح القسمين في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: مقاصد تشريع الولاية في النكاح

أولا : تمييز النكاح عن السفاح

من مقاصد اشتراط الولاية في النكاح تمييزه عن السفاح، قد نصَّ على هذا غير واحد من أهل العلم، هو عندهم أيضا مقصدُ الايجاب والقبول والشهود أو الإعلان، وممَّن صرَّح بذلك القفال الشاشي والعز بن عبد السلام، وابن تيمية وابن القيم وولي الله الدهلوي والطاهر بن عاشور[1]، وقد صحَّ عن أبي هريرة قوله:«كُنَّا نَعُدُّ الَّتِي تُنْكِحُ نَفْسَهَا هِيَ الزَّانِيَة» [2]. وقال ابن عاشور في مقام تعليل الولاية: «أن يتولّى عقدَ المرأة وليٌّ لها خاصٌّ إن كان أو عامٌّ، ليظهر أن المرأة لم تتولَّ الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، لأن ذلك أول الفروق بين النكاح وبين الزنا والمخادنة والبغاء والاستبضاع»[3].

ثانيا : حفظ النسب

ومن العلماء من نصَّ على مقصد "حفظ النَّسب ودفع الشكوك عنه"، منهم القرافي الذي قال: «لأنَّ الولي شُرع لحفظ النَّسب؛ فلا يدخل فيه إلا من يكون من أهله» [4]، وكذا ابن تيمية الذي قال –وهو يعلل شروط النكاح التي تميز بها عن غيره من العقود–: «لأنَّ في الإخلال بذلك ذريعة إلى وقوع السفاح بصورة النكاح، وزوال بعض مقاصد النكاح من جحْد الْفِرَاشِ»[5]. وجاء في ضمن كلام ابن عاشور أن الشريعة راعت في العقد أمورا تميزه عن أنواع "المقارنة المذمومة المعرَّضة للشكِّ في النَّسب".

ثالثا: ضعف المرأة عن الاختيار

ومن المقاصد البارزة لجعْل الولاية لغير المرأة في النكاح: ضعْفها عن الاختيار لمنْ هو كفء لها، ولهذا

1/ انظر: محاسن الشريعة للقفال الشاشي– القسم الأول (603/2) وقواعد الأحكام في مصالح الأنام (90/2، 184) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (6/ 176) وأعلام الموقعين لابن القيم (17/5) وحجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (1/ 173) مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (3/ 427).

2/ رواه البيهقي في السنن الكبرى (7/ 110) وصححه الألباني وقد روي مرفوعا ولا يصح انظر إرواء الغليل (6/ 249).

3/ مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (3/ 427).

4/ الذخيرة للقرافي (4/ 226).

5/ الفتاوى الكبرى لابن تيمية (6/ 176) نحوه في أعلام الموقعين (17/5).

أسبابٌ جبلية متعلِّقة بِخِلْقة المرأة منْ ضَعف عقلها وحيائها أو سُرعة ميلها للرجال، ومنها أسباب واقعية وهي عدم معرفتها بالرجال بِحُكم القرار في البيت وعدم المخالطة، وقد قرَّر هذه المعاني القفال الشاشي (ت:365) فقال:« أن النساء جبلن على الحرص على الرجال وعلى ضعف العقول حتى لا يؤمن أن يذهب بذلك عليهن موضع الاختيار، فجعل أمر المرأة إلى والدها حتى يكون هو العاقد عليها لمن يختاره، لو كان لها الاختيار والعقد لم يؤمن من وضع نفسها في غير موضع كفاءتها»[1]. ومنتهى هذا التعليل راجع إلى المعنى الأول وهو خشية الزواج بغير كفء فيلحقها العار وأولياءها. وهذه المعاني ذاتها ذكرها القرافي[2] وولي الله الدهلوي حيث علَّل بنقصان عقل النساء وعدم اهتدائهن للمصالح؛ فربما غفلن عن الحسب أو رغبن في غير كفء، قال رحمه الله: «وفِي ذلك عَار على قَومهَا، فوَجَبَ أَن يُجْعَل للأولياء شَيْء من هذا البَاب لتسد الْمَفْسدَة»[3].

ربعا : حياء المرأة واحتجابها عن الرجال

ومما يتْبع المقصد السابق ويتفرَّع عنه حياء المرأة واحتجابها عن الرجال، ففضْلا عن حياء المرأة الذي يَمْنعها عن التصريح بالقبول، وقد يحجب عقلها عن حسن الاختيار حين خطبتها[4]، فإنَّها أيضا تستحيي أنْ تبرز أمام الرجال في الأمور العادية؛ فكيف في أمر النكاح، هذا هو الغالب في النساء[5]، وقد جاء التشريع على وفقه. قال الدهلوي :« واستبداد النِّسَاء بالنِّكَاحِ وقاحة منْهُنَّ، منشؤها قلَّة الْحَيَاء واقتضاب على الْأَوْلِيَاء وَعدم اكتراث لَهُم»[6].

الفرع الثاني : مقاصد إسناد الولاية للعصبة

أولا : دفع العار عن الأولياء

تفريعا على العلة الأولى والثانية السابقة كانت الولاية مسندة للعصبة الذين يلحقهم العار بفجور موليتهم، أو بزواجها بغير كفء، نصَّ على هذا المقصد الإمام الشافعي(ت:204) حيث قال-وهو يناقش ولاية الوصي-:« لأن الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبة للعار عليهم »[7]، وقال القفال الشاشي (ت:365): «ويزوجها أقرب عصبتها من آبائها وأولادهم وذلك لأن لهؤلاء حقا في نفسها بأن لا يضعها في غير كفاءتها فيحتم العار والغضاضة بخلط نسب الزوج الذي يأنف منه أنسابهم، ولا خفاء بما في هذا من الأضرار وإبطال

1/ محاسن الشريعة للفقال الشاشي -القسم الأول (2/ 603).
2/ الفروق للقرافي (3/ 136).
3/ حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (2/ 196).
4/ انظر : مجموع الفتاوى لابن تيمية (32/ 25).
5/ انظر : محاسن الشريعة للقفال الشاشي -القسم الأول (2/ 603).
6/ حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (2/ 196).
7/ الأم للشافعي (5/ 21).

الحقوق»[1] . وشرح الماوردي كلام الشافعي بما يتفق مع هذه المعاني[2]. وأكد أيضا القرافي على علة دفع العار عن الأولياء، وجعل أبرز فرق بين العقود المالية وعقد النكاح هو هذه الناحية[3].

ثانيا : الدفاع عن حقوق المرأة

وذكر الطاهر بن عاشور أيضا أن تولّي الوليّ عقد مولاته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها، وأن تكون عشيرتُه عوناً له في الذبّ عنها [4]. ولعل هذا المعنى هو الذي رمى إليه ولي الله الدهلوي حين قال: «وأيْضًا فإن السّنة الفاشية فِي النَّاس من قبل ضرورة جبلية أن يكُونُوا الرِّجَال قوامين على النِّسَاء، ويكون بيدهم الْحل والْعقد وعَلَيْهِم النَّفَقَات وإِنَّمَا النِّسَاء عوان بأَيْدِيهِم»[5]، وأحرص الناس على حراسة المرأة والنفقة عليها قبل زواجها ودفع الظلم عنها وتحصيلها لحقوقها بعد زواجها هم عصبتها ولا شك.

المطلب الثالث : ترتيب الأولياء، وتحليل ترتيب العصبة

الفرع الأول : ترتيب الأولياء في النكاح

أولا : ترتيب الولاية عند الحنفية

قال النسفي (ت:710): «والوليّ العصبة بترتيب الإرث، ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجدّ ...وإن لم تكن عصبةٌ فالولاية للأمّ، ثمّ للأخت لأبٍ وأمٍّ، ثمّ لأبٍ، ثمّ لوالد الأم، ثم لذوي الأرحام، ثم للحاكم»[6].

ثانيا : ترتيب الولاية عند المالكية

قال ابن جزي (ت: 741): «أما الذي يجبر فالأب ثم وصيه وأما الذي لا يجبر فالقرابة ثم المولى ثم السلطان والمقدم من الأقارب الابن ثم ابنه وإن سفل ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه وقيل الأب أولى من الابن ...وقيل الجد أولى من الأخ»[7].

ثالثا : ترتيب الولاية عند الشافعية

قال النووي (م:676): «فتقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب،

1/ محاسن الشريعة للقفال الشاشي- القسم الأول (2/ 603).
2/ الحاوي الكبير للماوردي (9/ 51).
3/ الفروق للقرافي (3/ 136).
4/ مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (3/ 427).
5/ حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي (2/ 196).
6/ كنز الدقائق للنسفي (ص: 254).
7/ القوانين الفقهية لابن جزي (ص: 134).

ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات»[1].

رابعا : ترتيب الولاية عند الحنابلة

قال الحجاوي (ت:960): «ويقدم أبو المرأة في إنكاحها ثم وصيه فيه ثم جدها لأب وإن علا ثم ابنها ثم بنوه وإن نزلوا ثم أخوها "لأبوين ثم لأب" ثم بنوهما كذلك ثم عمها لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذلك، ثم أقرب عصبته نسبا كالإرث، ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته نسبا، ثم ولاء، ثم السلطان»[2].

الفرع الثاني : تعليل ترتيب العصبة

تفريعا على مقاصد إسناد الولاية للعصبة وهو دفع العار عنهم، والدفاع عن المرأة، يقول القفال الشاشي (ت:365): «وإذا كان هو الأصل، وكان الغالب أن أقرب القرابة أشد حماية وأحمى أنفة وأبلغ مشقة، فوجب أن يكون مقدما على من تأخرت درجته عنه»[3]، ومما يندرج تحت دفع العار والحمية الحرص على زواج المرأة بمن هو كفء لها، فأحرص الناس على تزويج المرأة بالكفء أولاهم بالولاية ، وهذا ضابط مطرد في جميع الولايات لا يقدم فيها "إلا أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفاسدها، فيقدم في الأقوم بأركانها وشرائطها، على الأقوم بسننها وآدابها" كما نصَّ عليه العز بن عبد السلام، وقد فرَّع على ذلك تقديم الأقارب على الموالي والحكام، ثم تقديم أرفق الأقارب بالمرأة وهم الأب والجد[4].

المبحث الثاني : ولاية السلطان في العصر الحاضر

بعد تجلية المقاصد التشريعية للنكاح والولاية فيه، نأتي لأول نازلة وهي تحديد ولاية السلطان في عصرنا وأهليته لولاية النكاح، وينبني البحث في هذه القضية على نُقَط أوَّلها تحديد مفهوم السلطان الوارد في الحديث وتعليل ولايته، والنقطة الثانية النظر في شروط صحة ولايته ومدى تحقُّقها في عصرنا.

المطلب الأول : مفهوم السلطان وتعليل ولايته

الفرع الأول : مفهوم السلطان

نصَّ الحديث على ولاية السلطان واتفق عليه الفقهاء، ومعنى السلطان عند جميعهم هو الإمام وهو صاحب الولاية العامة أو القاضي ..قال ابن قدامة: « وَالسُّلْطَانُ هَاهُنَا هُوَ الْإِمَامُ، أَوْ الْحَاكِمُ، أَوْ مَنْ فَوَّضَا إلَيْهِ ذَلِكَ»[5]. فزاد من فُوِّض إليه أمر الأنكحة من قبل الإمام أو الحاكم .

أما الوالي وهو المسؤول عن الأمور الإدارية لا القضائية فليس بولي عند جميعهم، ونقل عن أحمد في رواية صحة ولايته للأنكحة ، وذلك أنه سئل عن ولاية الوالي إذا لم يكن في البلد قاض فقال: " أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ

1/ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (7/ 59).
2/ زاد المستقنع في اختصار المقنع للحجاوي (ص:60).
3/ محاسن الشريعة للقفال الشاشي –القسم الأول (2/ 605).
4/ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (1/ 76-77).
5/ المغني لابن قدامة (7/ 17).

بَأْسٌ" وقد عُلِّلت الرواية بأنه ذو سُلْطَانٍ، فَيَدْخُلُ فِي معنى الحديث[1]. وقد اختلفت مواقف الحنابلة تجاهها، فمنهم من تأولها وقال إنما يصح ذلك إذا فُوِّض الأمر إليه من الإمام، ومنهم من جعلها استثناء ونزَّلها منزلة الضرورة[2]، ومتأخِّروهم أدرجوا في مراتب الولاية بناء على هذه الرواية بعد القاضي؛ كلَّ ذي سلطان في المكان كأمير الأعراب أو سيد القرية، حتى ذكر بعضهم أمير القافلة [3].

وإذا نزَّلنا هذا على واقعنا فإنَّ الموكل بذلك هو القاضي [4]، وأما النواب في البلدية فليس لهم سلطة الولاية، وإنما مهامهم توثيق الحالات في السجلات فحسب.

الفرع الثاني : تحليل ولاية السلطان

إنَّ علة تنصيب السلطان وليا لمن لا ولي لها مختلفة عن علة اسناد الولاية للعصبة، وهي عند القفال الشاشي أن من مهامه الحفاظ على مصالح الرعية، واستيفاء الحقوق، ودفع المظالم [5].

وذكر الجويني لتزويجه علتين الأولى أنه نائب المسلمين، فحق الولاء راجع إليهم، والسلطان نائبهم، والعلة الثانية: الولاية العامة[6]، وهذه الثانية راجعة للمعنى الذي ذكره القفال الشاشي.

وقد زاد بعض الفقهاء حالات أخرى لولاية السلطان زيادة على حالة فقدان الولي؛ منها عضل الولي وغيبته مع وجود من دونه[7]، ولعلَّ من حججهم رفع الحرج عمَّن تأخَّر من الأولياء، وإعطاء الولاية شيئا من قوة السلطان حتى لا تُنقض، لأن الولي العاضل قد يعترض، والولي الغائب قد يرجع فلا يرضى بالنكاح .

المطلب الثاني : شروط صحة ولاية السلطان وتطبيقها في عصرنا

الفرع الأول : شروط صحة ولاية السلطان

قد تحدَّث الفقهاء عن شروط لصحة ولاية القاضي لنكاح المرأة، ومرجع هذه الشروط إلى العدالة وإقامة الشريعة.

أولا : شرط العدالة

اختلف العلماء في اشتراط العدالة في الأولياء على قولين، ومذهب الجمهور عدم اشتراطها[8].

ويدل على مذهب الجمهور النقل والنظر، فأما النقل فمنه ما احتج به الكاساني وهو إجماع الأمة؛ من جهة

1/ المغني لابن قدامة (7/ 17).
2/ شرح الزركشي (2/ 325).
3/ حاشية الروض المربع لعبد الرحمن بن قاسم (269/6) ، مجموع الفتاوى لابن تيمية (32/ 35) المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح (6/ 107).
4/ ونص الفقرة الثانية من المادة 11 التي تخص ولاية النكاح على القاصر جاءت العبارة :"والقاضي ولي من لا ولي له".
5/ محاسن الشريعة للقفال الشاشي –القسم الأول (2/604).
6/ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (12/ 88).
7/ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (12/ 45).
8/ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (12/ 50) بدائع الصنائع للكساني (239/2) الشرح الكبير للدردير (230/2).

أن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا؛ هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد من مختلف الأجناس من العرب والأكراد والأتراك دون بحث في عدالة الأولياء.

وأما النظر فإننا متفقون على أن الفاسق يلي نكاح نفسه كالعدل وهو أحد العاقدين؛ فدل على عدم تأثير وصف العدالة، ولأن هذه الولاية ثبتت بالقرابة ومن عللها دفع العار عن النفس والعشيرة والنظر في مصالح المرأة والدفاع عنها، وهذه أمور لا تتأثر بعدالة المرء وفسقه، قال العز بن عبد السلام: « إنما شرطت في الولايات لتزع الولي عن التقصير والخيانة، وطبع الولي في النكاح يزعه عن التقصير والخيانة في حق وليته، لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عارا عليه وعليهم، وطبعه يزعه عما يدخله على نفسه ووليته من الأضرار والعار»[1].

وأما عدالة السلاطين والقضاة فلم يشترطها كلُّ من يشترط العدالة في العصبة، ومن شرطها اختلفوا في عمومها للسلطان وهم بعض المالكية والشافعية والحنابلة[2]، ونحن نجد أشد المذاهب في هذا المالكية المتأخرون، وقد قال عليش في إحدى فتاويه: «ويبقى العقد على صحته لعدم القاضي الشرعي في هذا الزمان والذي فيه اسم بلا مسمى فلا ولاية له أصلا إنما الولاية لعامة المسلمين إذا فقد العاصب... ونقله من أئمتنا المالكية ابن فرحون والحطاب والبناني والعدوي وأقروه لموافقته قاعدة المذهب من اشتراط العدالة فيمن يولى»[3]. ولعل تشديد المالكية في ولاية السلطان نابع من وجود البديل؛ وهو الولاية العامة المنصوص عليها في المذهب وهي للصالحين من الأمة.

ثانيا : إقامة الشريعة

وهذا شرط مذكور في فروع المالكية ومن أقدم من نص عليه ابن لبابة الأندلسي حيث سئل عن الصبية التي لا وليَّ لها ، أترى أن يزوجها السلطان؟ فقال: « نعم ! السلطان وليُّ من لا ولي له ممن يجوز له العقد إذا كان يقيم السنة في العقدة ويتبل بذلك ويكشف عنه ويسأل عن أسباب ما يكون به العقد في النكاح . فإذا لم يتبل ولم ينظر فيما يجوز به العقد فلا عقد له». قيل له : وإن كان صاحب سوقهم ممن يسأل ويكشف عن مثل هذا ؟ فقال: «نعم ! يعقد النكاح ويكون عقده تامًا إن شاء الله»[4]، وممن اعتمد هذه الفتوى في شروحهم كالعدوي (1189) والتسولي (1258)[5].

الفرع الثاني : تطبيق ولاية السلطان في عصرنا

وفي عصرنا الحاضر فإنَّ البحث في ولاية السلطان –الذي هو القاضي لا القائم على الشؤون الإدارية كما سبق تقريره– يقسَّم إلى الحالين الآتيين :

1/ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (1/ 77-78).
2/ انظر : روضة الطالبين للنووي (7/64-65) والإنصاف للمرادوي (8/74).
3/ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لعليش (1/ 393).
4/ المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي (10/102).
5/ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (2/ 47) البهجة في شرح التحفة للتسولي (1/ 419) .

أولا : إذا كانت القوانين المحكَّمة في مجال الأسرة قوانين غير إسلامية؛ كما هو الشأن في البلاد الغربية، فإنَّ المسؤول المعين لا يصلح وليا للمسلمة ولو كان مسلما؛ إذ العبرة بالقوانين التي يسهر على تنفيذها، وهي غير إسلامية وتبقى هنا مصلحة التوثيق للعقد بعد إبرامه على الطريقة الشرعية؛ فلا مناص منه ولا خيار للمقيم في البلاد الغربية فيه؛ حفظا للحقوق المادية للزوجين، وحفظا للنسل وحقوقه من نسب ونحوه، وهذا التوثيق أمر إجرائي لا ارتباط له بالولاء ولا إقرار قوانين الغرب، كما أنه ليس العقد ذاته وإنما هو توثيق لعقد سبق إبرامه، سواء كان الولي هو أبو الزوجة أو رئيس مركز إسلامي أو إمام أو غيره.

ثانيا : إذا كانت القوانين المحكَّمة إسلامية في جملتها، وفيها التنصيص على الولي كما هو الشأن في البلاد الإسلامية، فهذه الحال تقسم أيضا إلى قسمين أيضا إذ هذه الصورة موجودة في البلاد الإسلامية وفي البلاد التي فيها أقليات مسلمة:

1- فأما البلاد الإسلامية فلابد أن يكون الحاكم العام المعين للقاضي مسلما، ولا اشكال هنا في صحة ولايته وتوليه للأنكحة وغيرها، وعلى مذهب الجمهور لا ينظر في قضية العدالة والتهاون في بعض أحكام الشريعة، وأما على مذهب المالكية المتأخرين فلا يصح التحاكم إليه بل وجوده كعدمه إلا بشرط عدالته وإقامته للسنة في أحكام الأنكحة وغيرها، وهذا رأي مبني على إثبات الولاية العامة للمسلمين واعتبارها بديلا عن القاضي، وأما على مذهب غيرهم فلا مناص من التحاكم إلى هؤلاء القضاة مهما كانوا فاسدين.

2- وأما في البلاد غير الإسلامية حيث يكون الحاكم العام غير مسلم، ويعيَّن للمسلمين قاض يحكمهم بشريعتهم، فإنَّ مذهب الأكثر عدم صحة هذا التعيين، لأنَّه لا ولاية للكافر على المسلمين، وذهب بعض الحنفية المتأخرين إلى تصحيح هذه الولاية؛ حيث جاء في الفتاوى الهندية: «..والإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يُقلِّد »[1]. وأيَّد هذا الرأي العز بن عبد السلام في قواعده فقال: «ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولَّوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها»[2]. ويشترط في هذا أن يكون المعيَّن قاضيا عالما بأحكام الشرع والنكاح "أهل لهذه الولاية" كما قال العز بن عبد السلام، وإلا تدرجنا إلى معان أخرى للولاية باعتبار كل ذي سلطان وليا ولو كان رئيس قبيلة أو رئيس تجمع إسلامي أو مركز إسلامي أو نائب عنه عالم بأحكام القضاء كما هو منصوص في فروع المتأخرين من أئمة المذاهب الأربعة وسيأتي تخريج ولاية المراكز الإسلامية عليه، ولا يجوز بحال تعطيل الأنكحة قال الجويني في هذا المعنى: «ومن أبدى في ذلك تشككا فليس

1/ الفتاوى الهندية لمجموعة من المؤلفين (3/ 307).
2/ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (1/ 85)

على بصيرة بوضع الشرع والمصير إلى سد باب المناكح يضاهي الذهاب إلى تحريم الاكتساب»[1].

المبحث الثالث : حكم ولاية ذوي الأرحام

القضية الثانية التي نتناولها بالدراسة مُتعلِّقة بحكم ولاية ذوي الأرحام على المرأة، ونقسمها إلى حالين الأول هو حال عدم وجود العصبة؛ وهي مسألة قديمة للفقهاء فيها خلاف يحتاج إلى تحقيقٍ على ضوء الأدلة الشرعية والمقاصد المرعية، والحال الثاني هو حال وجود العصبة مع عضلهم أو الاهمال العائلي؛ وهي المسألة التي تحتاج إلى تخريجِ حكمها في عصرنا.

المطلب الأول : حكم ولاية ذوي الأرحام في حال فقدان العصبة

اختلف العلماء في ولاية ذوي الأرحام على قولين؛ بيانها وأدلتها مع الموزانة بينها فيما يأتي.

الفرع الأول : مذهب القائلين بالمنع وأدلتهم

أما المذهب الأول فهو المنع مطلقا لولايتهم على المرأة، سواء في حال وجود العصبة أو حال فقدانهم، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة [2]، وقد استدل لهذا المذهب بجملة من الأدلة .

أولا: ما روي عن علي أنه قال:«إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى»[3]. قال ابن الأثير:«أصل النصّ: أقصى الشيء وغايته... أي إذا بلغت غاية البلوغ من سنّها الذي يصلح أن تحاقق وتخاصم عن نفسها فعصبتها أولى بها من أمّها»[4].

ثانيا : قولهم بأنَّ الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها، وهذه الصيانة إنما تثبت للعصبة لا لغيرهم، وأمَّا ذوو الأرحام فهم يُنْسبون إلى قبيلة أخرى؛ فلا يلحقهم عار نسب غير نسبهم [5].

ثالثا : قولهم أيضا بأنَّ الذي يرث الولاء هم العصبة دون ذوي الأرحام فكذلك عقدة النكاح، فلو كان لقرابتهم تأثير في استحقاق الولاية بها لكانوا مقدّمين [6].

الفرع الثاني : مذهب القائلين بالجواز وأدلتهم

وأما المذهب الثَّاني فهو مذهب إجازة ولاية ذوي الأرحام في حال في فقدان العصبة، وهو مذهب أبي حنيفة

1/ غياث الأمم في التياث الظلم للجويني (ص: 281).

2/ المبسوط للسرخسي (4/ 223) المغني لابن قدامة (7/ 16) الهداية للمرغناني (1/ 200).

3/ أخرجه أبو عبيد في الغريب (4/ 349-350) والبيهقي في الكبرى (7/ 195) (رقم:13695) وسنده صحيح .وقد ورد في كتب الحنفية بلفظ :"النِّكاح إلى العصبات". وذكر موقوفا ومرفوعا، وقد بيض له الزيلعي في نصب الراية (3/ 195)، وقال ابن حجر في الدراية (2/ 62): "لم أجده".

4/ النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (5/ 64)

5/ المبسوط للسرخسي (4/ 223) الهداية للمرغناني (1/ 200).

6/ فتح الباري لابن حجر (9/ 187) المبسوط للسرخسي (4/ 223).

ورواية ابن زياد عن مالك واختيار ابن تيمية وصديق حسن خان[1]. ومن أدلة هذا المذهب :

أولا: ما روي عن الثوري عن أبي قيس عن هزيل أن امرأة زوجتها أمها وخالها؛ فأجاز علي رضي الله عنه نكاحها[2].

ثانيا : أنَّ الأولياء هم قرابة المرأة الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفء وهذا المعنى لا يختص بالعصبات، ومنْ زعم الاختصاص فهو مطالب بالدليل[3].

ثالثا: أنَّ الشفقة المعتبرة في ولاية النِّكاح، توجد في قرابة الأم كما توجد في قرابة الأب توجد كذلك في قرابة **الأمّ؛ فلا معنى للتفريق بينهما[4].**

الفرع الثالث: الموازنة والترجيح على ضوء النصوص والمقاصد

لا تخفى وجاهة الأقيسة التي اعتمد الجمهور، ولذلك فإنّ الحنفية صرَّحوا بصحتها ضمنيا عندما قالوا إنَّ **القول بولاية ذوي الأرحام استحسانٌ[5]، وهو استحسان مؤيَّد بالقياس المذكور في حججهم، وكذا بالأثر** الذي صحَّ عن علي رضي الله عنه. وأمَّا الأثر المخالف الذي يحتجُّ به للجمهور فليس نصًّا في المسألة، بل هو **نصٌّ في مسألة أخرى هي إثبات الولاية للعصبة غير الآباء على المرأة بشرط البلوغ، وليس لغير أبيها تزويجها** قبل ذلك، هكذا فسَّره أبو عبيد بعد روايته.

والمعنى المذكور هو أهم مقاصد اشتراط الولاية ولا يشمل السلطان وهو ولي بالنص والإجماع، واطراد **المعنى يوجب علينا تقديم ذوي الأرحام على السلطان، لأن المرأة التي تنشأ وتتربى عند أخوالها وذوي رحمها** تُصبح كأنها منهم؛ وإن كان نسبها لعصبتها، ويلحق قرابتها النقص بنقص زوجها والعار بفسقها وفجورها، **لأنها إنما تُخطب منهم وتزفُّ من ديارهم.**

المطلب الثاني : حكم ولاية ذوي الأرحام مع وجود العصبة

بعد أنْ فرغنا من تأصيل ولاية ذوي الأرحام من حيث الجملة، نأتي إلى بيان تطبيق هذه الولاية في العصر الحاضر حسب الحالات الموجودة، ونقسمها إلى حالين بيانهما في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : حال عضل الولي العاصب

فأمَّا في حال العضل فإنَّه يجرى فيها الخلاف، هل تنتقل الولاية إلى الولي الأدنى أم تنتقل إلى السلطان، والأصحُّ في الدليل رجوعها إلى الولي الأدنى لا السلطان الذي لم تثبت له الولاية بالنص إلا في حال عدم الولي،

1/ بدائع الصنائع للكساني (2/238) تفسير القرطبي (3/75) التوضيح لخليل (3/511) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (4/530) وقارن بالمجموع (32/34).

2/ المصنف لعبد الرزاق (6/ 197) (رقم: 10479) وسنده صحيح.

3/ الروضة الندية لصديق حسن خان (2/12).

4/ المبسوط للسرخسي (4/223) بدائع الصنائع للكساني (2/238).

5/ المبسوط للسرخسي (4/223) الهداية للمرغناني (1/200) فتح القدير لابن الهمام (3/287) .

ويتأكد هذا الرأي للخلاف في ولاية السلطان في عصرنا؛ حيث أن القضاء الشرعي شبه معطَّل، والعدالة التي اشترطها بعض الفقهاء مفْقودة.

الفرع الثاني : حال الغيبة الطويلة أو الإهمال العائلي

قد تكلَّم الفقهاء في انتقال الولاية في حال الغيبة الطويلة، وهي غيبة يتعذر فيها الاتصال بالولي، فحتى لا تتعطل مصالح البنت نُقِلت الولاية إلى الولي الأدنى أو السلطان على خلاف، وبناء على ما تقرَّر فيما سبق فإنَّها تنتقل إلى ذوي الأرحام قبل السلطان، وصورة الإهمال العائلي حيث ينقطع اتصال الأب وبقية العصبة بالبنت؛ التي تربَّت عند أخوالها لا تختلف عن صورة غيبة الولي، سِوى أنّه يُعلم مكان وجوده، وهذا فرق غير مؤثر إذا ما وزن بعلَّة الولاية والترتيب فيها، فإنّ الأب المهمل والبعيد وربما المقاطع، لا تلحقه تلك الغضاضة التي تُخشى من الزواج بغير كفء، بل ولا نَجِد عنده ذلك الحرص الذي يجعله مقدما على غيره، ولذلك فإنَّه إذا لم تُلْغ ولايته كما ألغيت في العضل؛ فإنَّها تتأخر أمام ولاية ذوي الأرحام؛ الذين تلحقهم الغضاضة بالزواج بغير الكف، والعار بفجور بالبنت التي لا يعرف لها أقارب سواهم، كما أنهم هم الأحرص على مصلحة البنت، والأعلم بما يناسبها من الأزواج، ومن آثار الحكم بتأخير ولاية الأب هنا، تقديم اختيار ذوي الأرحام إذا ما أراد الأب أو العاصب أنْ يزوجها لرجل وأراد الخال أو ذو الرَّحم أنْ يزوجها لآخر.

وهذا التَّفريع لا يجري إلا على قول أبي حنيفة في إثبات ولاية ذوي الأرحام، وهو المتماشي مع عبارة قانون الأسرة الجزائري التي أطلقت لفظ القرابة ولم تقيدها بالعصبة[1].

وأمَّا على قول غيرهم فإمَّا أنْ تُنقل إلى السلطان أو جماعة المسلمين، بل في مذهب مالك والشافعي يزوجها السلطان ولا يزوجها بقية العصبة؛ فكيف بغيرهم من ذوي الأرحام[2].

المبحث الرابع: ولاية الكفيل لليتيمة وولاية الأب غير الشرعي

وفي هذا المبحث نعالج مسألة ولاية كافل اليتيمة في حالة كونها معلومة النسب، وهي مسألة قديمة وقع فيه اختلاف بين الفقهاء، وهي تحتاج إلى تحقيق على ضوء الأدلة والمقاصد، ثم نفرِّع عليها حالة كون اليتيمة المكفولة مجهولة النَّسب، ونتعرض بعدها لولاية الأب غير الشرعي الكافل لابنته من الزنا، وهذه من المسائل المستجدة في عصرنا؛ حيث أنَّ كثيرا من قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي أباحت كفالة مجهول النسب، مع إعطائه الاسم العائلي دون نسبته إلى أب معين، كما أنها جعلت النسب ثابتا لولد الزنا إذا استلْحقه والده واعترف به، والمسألتان المستجدتان كلاهما تُبنى على المسألة القديمة ولذلك نبدأ بها.

---

[1]/ نص المادة المادة 11 من قانون الأسرة:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره".

[2]/ ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام لابن سهل (ص: 191).

المطلب الأول : ولاية كافل اليتيمة

والكفيل من كفل الصبية التي مات أبوها حتى بلغت عنده. وقد اختلف العلماء في ثبوت الولاية له سواء كانت اليتيمة معلومة النسب أو مجهولته، وسواء وُجِد أولياء أو لم يوجدوا على قولين.

الفرع الأول : مذهب المانعين وأدلتهم

القول الأول لا تثبت ولاية الكفيل بإطلاق، سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، منهم من نصَّ على ذلك في باب اللقيط وأطلق، ومنهم من ذكر ذلك في ولاية السلطان وحصر الولاية في العصبة والمعتِق والسلطان[1].

ودليل هذا القول النصّ والمعنى، فأمَّا النصّ فهو حديث :«أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[2]. وجهه حصر الولاية في السلطان عند عدم الولي الذي عُلِم من أدلة أخرى أنه العاصب. وأمَّا المعنى فكلُّ ما ذُكر في نفي ولاية ذوي الأرحام مع قرابتهم؛ فهو حجة في نفي ولاية الكفيل سواء كان ذا قرابة أو أجنبيا.

الفرع الثاني : مذهب المجيزين وأدلتهم

وأما القول الثاني فهو إثبات الولاية للكفيل؛ وهو مذهب المالكية[3]، واختلفوا بعد هذا هل الحكم خاص بالدنيئة أم يعم الشريفة[4]، واختلفوا هل يُقدم العصبة على الكفيل، أو يقدم الكفيل على جميع العصبة، أو يقدم عليهم جميعا إلا الأب[5].

ومنْ حُجج هذا القول أنَّه صار أحرص الناس على مصلحتها بحكم كفالته التي دامت أعواما حُدِّدت بعشر أو أربع وقيل لا حد لها، وإنما العبرة بظهور الشفقة والحنان على الصبية[6]، وهي علة استحقاق الولاية.

الفرع الثالث : الموازنة والترجيح على ضوء النصوص والمقاصد

إنَّ مذهب الجمهور مبني على ظاهر الحديث الذي ينقل الولاية إلى السلطان عند فقد الأولياء، ولكن المالكية يناقشون في مفهوم الولاية ويدخلون الكفيل في معناها إذا عُدم العصبة وعند بعضهم إذا عدم الأب، والعلَّة عندهم هي كما هو منصوص ظهور الشفقة والحرص على مصالح الصبية. بل ورد في بعض الفتاوى ما

1/ بدائع الصنائع للكساني (6/199) فتح القدير لابن الهمام (6/ 116) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (12/ 45) المبدع شرح المقنع لابن مفلح (6/107).

2/ رواه أبو داود (رقم :2083) والترمذي (رقم :1102) وابن ماجة (رقم :1879) وصححه ابن حبان (رقم :4075).

3/ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل (3/ 562) شرح الخرشي على خليل (3/ 181) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (2/ 47) وانظر منح الجليل لعليش (3/279).

4/ شرح الخرشي على خليل (3/ 181) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (2/ 47).

5/ البيان والتحصيل لابن رشد (4/ 362) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل (3/ 562).

6/ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (3/ 561) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (2/ 47).

يدلُّ أنَّ العار يلحق الكفيل كما يلحق الولي في نقْص وليمة تزويجها[1]، فكيف بما يتعلق بالشرف ونحوه.

ومع ذلك فإنَّه ينبغي أنْ تُخصص ولاية الكفيل بحال عدم الأب وبقية الأولياء[2] حتى لا تُناقض ظواهر النصوص ومذاهب الجماهير، قال التسولي:« ومع هذا فلا يزوجها الكافل مع وجود الأب أو غيره من الأولياء على المشهور، إلا أن يَجْعل له نكاحها عند إعطائها له أو بعده فيكون وكيلاً عنه فيه »[3].

وفي عصرنا هذا مع وجود خلاف في ولاية السلطان وتحقق شروطه؛ فالأولى إسناد هذه الولاية للكفيل الذي تحققت فيه معاني الولاية أكثر من السلطان، وقد سبق في كلام العدوي أنَّ السلطان غير المعتني بالسنة وأحكام الشريعة فهو كالعدم.

المطلب الثاني : ولاية مجهولة النسب والمكفولة حسب القوانين المعاصرة

من المسائل المستجدة في عصرنا إقرار القوانين لكفالة اليتيم المجهول النسب مع إمكانية إعطائه الاسم العائلي[4]؛ وليس القصد هنا البحث في شرعية هذا، ولكن فيما يترتب عليه في خصوص الولاية على اليتيمة المكفولة على وفق هذه القوانين، ولعل تخريج حكم المسألة يكون واضحا بعدما رجحنا صحة ولاية الكفيل لمن علم نسبها وغاب أولياؤها لموت أو غيره، إذ ثبوت ولاية الكفيل لمن جُهل نسبها صحيحة من باب أولى.

وقد نقل القاضي عياض أن الشيوخ حملوا المسألة السابقة المنصوصة في الكفالة على مجهولة الأب؛ وخطَّأ من جعل معناها أن الكافل يزوج المكفولة في حياة أبيها حاضرا أو غائبا، وأيد هذا التوجيه بأن أصل القضية التي سئل عنها الإمام مالك متعلقة بالمصائب والموت الشديد يصيب الناس في البوادي؛ فيبقى هؤلاء الصبيان "مجهولون لا يُعرف آباؤهم ولا تتعين أنسابهم، ولا يَعرفون هم ذلك لصغر أسنانهم". قال:« فحكمهم حكم المحضونين سواء» [5]، وعلى هذا التأويل تؤخذ المسألة المستجدة من نص لمالك وليس بالمفهوم الألوي، وقد نقل جمع من المتأخرين رأي القاضي عياض من غير تعقب[6].

والخلاف ثابت في المذهب حيث جعل بعضهم أمرها إلى السلطان[7]، ولكن ولاية السلطان قد سبق الكلام فيها، ولخص القرافي الخلاف في ثبوت الولاية بالالتقاط بأن المانع تعلق بعدم القرابة، وأنَّ المجيز علل بأن

1/ المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي(3/ 43).
2/ الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (2/ 225).
3/ البهجة في شرح التحفة للتسولي (1/ 403).
4/ يجيز قانون الأسرة الجزائري المادة 120 كفالة المعلوم النسب الذي يحتفظ بنسبه الأصلي، وكفالة المجهول النسب ، الذي تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية، وفي هذه الأخيرة كما (الأمر 20-70) نص على ضرورة إعطائه لقبا عائليا ما، وعمليا يجوز أن يكون لقب الكافل نفسه.
5/ التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة (2/ 568-569).
6/ التاج والإكليل لمختصر خليل (5/ 57).
7/ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2/ 7).

الالتقاط يتضمن حسن النظر[1]، وهذا التعليل إذا ركب عليه إعطاء لقب العائلة ازداد قوة؛ من جهة زيادة وصف خشية لحوق العار بالكفيل والله أعلم.

المطلب الثالث : ولاية ابنة الزنا المعترف بها

ومن المسائل المستجدة أيضا في عصرنا إقرار القوانين لثبوت النسب بالإقرار في غير النكاح الصحيح ونكاح الشبهة، أي في حالة الزنا الصريح[2]، ليس المقصود في هذا البحث الخوض في الخلاف في شرعية استلحاق ولد الزنا وثبوت نسبه؛ ولكن البحث في صحة ولاية هذا الأب غير الشرعي لابنته في النكاح بناء على القولين معا، والأهم هو تخريج القول في المسألة بناء على مذهب المانعين من ثبوت النسب.

فأما من أثبت النسب؛ فقد أثبت الأبوة التي هي أوَّل أسباب الولاية وأقواها، ولا إشكال عنده.

وأما على قول المانعين وهو مذهب الجماهير من أتباع الأئمة الأربعة وغيرهم؛ فيطرح هذا السؤال بقوة في ظل تحكيم القضاء لقوانين مخالفة لما يعتقدونه، وفي ظل تحكيم الأعراف التي يجبر الزاني على الزواج بمن زنا بها إذا كانت بكرا، وقد تحمل من تلك الزنية، وفي هذه الحالات فإن البنت ستتربى مع أمها وأبيها المعترف بها، وإذا ما خُطبت فستخطب من أبيها لا من غيره، وسَيَلِي هذا الأب المستلحِق نكاحها في العقد الشرعي وفي العقد المدني؛ إذ القانون يُثبت له كل الحقوق والواجبات المتعلقة بالأبوة، وهنا يتحتَّم علينا أن نبحث في حكم هذا الزواج على مقتضى المذاهب الأربعة، وأن نجد للحُكم تخريجا فقهيا ملائما يحقق المقاصد الشرعية التي سبق تقريرها.

وبناء على التدرج الذي تدرجنا في هذا المبحث فإن ولاية الأب المستلحِق تكون صحيحة؛ وذلك أننا رجحنا صحة ولاية الكفيل في حال العلم النسب ووجود العصبة، باعتبار وجود معاني الشفقة والحرص على مصالح البنت ودفاعه عنها، وباعتبار علة لحوق العار به، ثم رجحنا صحة ولاية الكفيل في حالة الجهل بالنسب من باب أولى، للعلل نفسها ولتأخيرنا للسلطان مراعاةً للخلاف في اشتراط عدالته الذي يجعل الحُكم مختلفا من مكان إلى آخر. ومنه فإنَّ ثبوت الولاية هنا يكون أولويا أيضا، وأقلُّ ما يقال عمن استلحق ابنته من الزنا، أنَّه قد كفلها بإذن الحاكم وأعطاها لقبه، ومنه فإنَّ العقد الذي يليه يكون صحيحا، ولا ينازعه في الولاية السلطان؛ لأنه هو من أثبت له النسب وكل ما يترتب عليه من حقوق.

وأما على مذهب الجمهور ممن لم يصحح الولاية بالكفالة ولم يصحح النسب بالاستلحاق؛ فإنه لازم قولهم أن ولايتها لأخوالها أو لمن تختاره من المؤمنين أو السلطان، فأما من يرجع الولاية للأخوال فإن حجته في تقديمهم على السلطان هي مقاصد الولاية وتحققها فيهم أكثر من السلطان، وهي عينها حجة عليهم هنا خاصة مع غياب

1/ الذخيرة للقرافي (4/ 240).

2/ نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 40 منه على ما يلي : "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول".

كفالة الأخوال، ومن يرجعها إلى من تختاره أو السلطان، فهذا أضعف الأقوال من حيث الحجة، ومن جهة عدم تحقق أكثر مقاصد الولاية الثابتة للقرابة، ومن أثبت الولاية لعامة المسلمين فأولى هؤلاء المسلمين هو كافلها الذي خلقت من مائه، ومن أثبت الولاية للسلطان يقال له : إنَّ السلطان قد جعلها للأب المعترِف بها؛ فمثله مثل القاضي ومثل الشخص المعين لولاية النكاح الممنوح سلطة التنفيذ فيها، والعلم عند الله تعالى.

المبحث الخامس: ولاية المراكز الإسلامية والهيئات غير الحكومية

ومن المسائل المستجدة حكم ولاية المراكز الإسلامية والهيئات غير الحكومية، فأما في البلاد الإسلامية التي تحكم فيه قوانين الأحوال الشخصية وفق الشريعة الإسلامية، وكان حكمها مبسوطا على جميع أراضيها؛ فلا مجال للحديث عن سُلطة هذه الجمعيات والهيئات في مجال القضاء عموما وفي ولاية النكاح خصوصا، وإنما الحديثُ عنها في البلاد التي غاب عنها الحاكم لظرف ما، أو غاب عنها حكم الشريعة كالبلاد التي استولى عليها مستعمر كافر، أو البلاد الغربية التي أقامت بها أقليات مسلمة عن طريق الاغتراب، ففي هذه الأحوال يبحث في أمكانية تنزيل هذه المراكز والهيئات منزلة السلطان؛ فتكون وليا من لا ولي له من النساء، سواء من كانت معدومة الأقارب، أو كان أقاربها على غير ملة الإسلام. وسنحاول تخريج حكم في هذه القضية على المذاهب الفقهية حسب الفروع المقررة في كل مذهب ثم نجمل الآراء ونوازن بينها:

المطلب الأول : التخريج الفقهي للولاية المراكز والجمعيات على فروع المذاهب الفقهية

الفرع الأول : التخريج على مذهب الحنفية

أما في المذهب الحنفي فيمكن تخريج حكم المسألة على الفروع الآتية.

أولا: بناء على عدم اشتراط الولاية كما هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فإنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ويكون زوجها تاما نافذا [1]، ولا حاجة لتولية القاضي أو رجل رشيد من المسلمين، ومنه فإنها إن اختارت رجلا رشيدا من المسلمين يتولى نكاحها من غير هذه المراكز، أو منها ولو لو لم يكن رئيسا لها أو مكلفا بالقضاء فيها؛ فإنها تكون قد أحسنت.

ثانيا : وأما على مذهب الشيباني؛ بأن المرأة إذا زوجت نفسها فزواجها صحيح موقف على إجازة الولي أو السلطان[2]، فإننا نحتاج إلى إيجاد تخريج ولاية المركز الإسلامي أو غيره، وهنا يمكن البناء على جواز تعيين القضاة من طرف المجتمع المسلم في حال غياب الحكم الإسلامي، قال ابن الهمام: «وإذا لم يكن سلطان ولا مَنْ يجوز التقلُّد منه؛ كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة؛ ... يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا، أو يكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا يُنصِّبوا لهم إماما يصلي بهم الجمعة»[3].

1/ بدائع الصنائع للكساني (3/ 369)

2/ بدائع الصنائع للكساني (3/ 369)

3/ فتح القدير للكمال ابن الهمام (7/ 264)

ثالثا: ويمكن تخريج المسألة في المذهب الحنفي على مقتضى فتاوى بعض متأخريهم، وهو جواز تولي النكاح عند قضاة مسلمين ينصبهم الحكام الكفار[1]. وذلك في حال كون هذه المراكز الاسلامية نالت اعتماد النشاط في هذه البلاد من الجهات الرسمية في هذه البلاد وهي غير إسلامية؛ وحال كون إبرام عقود الزواج من ضمن النشاط المخوَّل لها قانونا.

الفرع الثاني : التخريج على قول المالكية

وأما على مذهب المالكية فيمكن تخريج تولي المراكز الإسلامية للأنكحة على الفرعين الآتيين:

أولا: جواز عقد ولاية القضاء من طرف "ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء"، وذلك حيث يتعذر التواصل مع الحاكم أو في حالات الضرورة التي تدعو إلى ذلك كما قرره المازري[2]. وعلى هذا فيجوز للمجتمع المسلم الذي كان نائيا بعيدا على مراكز الحكم الإسلامي تنصيب قاض يحكم في جميع شؤون الحياة، كما يجوز للجاليات المسلمة في بلاد الكفر تنصيب هيئة قضائية تحكم في شؤون الأسرة على وجه الخصوص.

ثانيا: أن ولاية النكاح في المذهب المالكي نوعان خاصة وعامة، فأما الخاصة وهي ولاية العصبة والكفيل والمعتق والسلطان، وأما الولاية العامة وهي: ولاية الدين، لجميع المسلمين وهي جائزة عند تعذر الولاية الخاصة [3]. وتفسير ذلك وتعليله كما قال إسماعيل القاضي: «وإذا كانت المرأة بموضع لا سلطان فيه ولا ولي لها فإنها تصير أمرها إلى من يوثق به من جيرانها، فيزوجها ويكون هو وليها في هذه الحال، لأن الناس لا بد لهم من التزويج، وإنما يعملون فيه بأحسن ما يمكن» [4].

وبناء على هذا قد يرى أنه فلا حاجة أصلا إلى هذه المراكز الإسلامية فالمرأة تختار أيَّ وليٍّ ترتضيه، وقد يقال إنما تولي أي عضو من أعضاء المركز ولا يشترط في المركز أن توجد فيه هيئة قضائية ذات علم وسلطان، وهذا أحوط لها ، وقد وجدت النوازل من هذا القبيل فأجاب فيها أبو جعفر أحمد بن نصر الدوادي: « إذا لم يكن في البلد قاضٍ فيجتمع صالحو البلد ويأمرون بتزويجها» [5]. ونحوه عن أبي عمران الفاسي[6].

الفرع الثالث : التخريج على قول الشافعية

وأما على مذهب الشافعية فيمكن تخريج مسألة على فرعين :

أولا : جواز تعيين القاضي من عموم الأمة أو أهل الاختيار منهم في حال انعدام الإمام الذي له سلطة

1/ الفتاوى الهندية لمجموعة من المؤلفين (3/ 307)

2/ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (1/ 19).

3/ المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب (ص: 729-730) .

4/ تفسير القرطبي (3/ 76).

5/ المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي (10/ 102).

6/ المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي (10/ 103).

التعيين ذكره الماوردي، وفرَّع عليه العز بن عبد السلام تنصيب القضاة في البلاد التي يستولي عليها الكفار[1].

وقد شرط الماوردي لتولية القاضي بهذه الطريقة تعذُّر وجود قضاء شرعي ولو في جهة قريبة يمكن الرجوع إليها، واجتماع أهل الاختيار حيث يجوز القاضي المنَصَّب القدرة على التنفيذ دون وجود منازعة[2]. ومقتضى التخريج بناء على هذه الشروط أنه لا يجوز للمراكز غير الحكومية التدخل في الشؤون القضائية والأسرية ما كانت هناك هيئات حكومية سواء في البلاد الإسلامية أو في الدول الأجنبية؛ بشرط كونها مخولة قانونا لأداء هذه المهام، فإذا كانت في السفارات من هو مؤهل للقيام بمهام قضائية فهو الولي؛ فإن يكن فنرجع إلى الهيئات التي يُنشؤها المسلمون في تلك البلاد.

ثانيا: جواز التحاكم إلى عالم من العلماء حتى لا تتعطل مصالح الناس وهو جائز في أحد قولي الشافعي كما حكاه الجويني وقال إنه متجه في القياس، وقال:« إن كان في الزمان عالم يتعين الرجوع إليه في تفاصيل النقض والإبرام ومآخذ الأحكام، فهو الذي يتولى المناكح التي كان يتولاها السلطان إذ كان»[3]. والفرق بين هذا التخريج وسابقه أنَّ الأوّل هو تعيين للقاضي فيصبح التحاكم إليه داخلا في معنى الحديث غير زائد عليه، وأمَّا على تخريج الجويني فهو تحاكمٌ إلى عالم دون تنصيبه قاضيا بدافع عدم تضييع مصالح الناس، وهذا قد يكون في بعض القضايا دون بعض، ولذلك أغفل ذكر شروط التولية.

الفرع الرابع : التخريج على قول الحنابلة

وأما على مذهب الحنابلة فتخرج ولاية المراكز على الفروع الآتية :

أولا : عند الحنابلة رواية مخرجة في تزويج المرأة نفسها، وهي رواية غير معتمدة، ومع ذلك حملها ابن قدامة على حال العذر وهو حال عدم الولي والسلطان[4]، والتخريج على الفرع المخرج ضعيف، ولكنَّه على توجيه ابن قدامة يصير نصًّا في مسألتنا، ويكون حكم المرأة أنها تزوج نفسها وتوكل، ولا حاجة لها للمراكز حيث عدم القضاء الإسلامي، وقد نص بعضهم أنه إن عدم السلطان أو ذو السلطان وكَّلت[5].

ثانيا : وعن أحمد أنه إن عدم القاضي يزوج النساء ذو السلطان في المكان كالأمير أو سيد القرية [6]، قال ابن تيمية:« وأما من لا ولي لها فإن كان في القرية أو الحلة نائب حاكم زوجها هو وأمير الأعراب ورئيس القرية. وإذا كان فيهم إمام مطاع زوجها أيضا بإذنها» [7]. وعلى هذا فإن المراكز الإسلامية إن تحقَّق فيها وصف السلطان من علم وقدرة على التنفيذ تكون بمثابة القاضي وتتولى الأنكحة، وتوليها من فروض الكفايات كما

1/ أدب القاضي للماوردي (1/ 139-140) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام(1/ 85).
2/ أدب القاضي للماوردي (1/ 139-140).
3/ غياث الأمم في التياث الظلم للجويني (ص:387-389).
4/ المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح (6/ 104).
5/ الفروع لشمس الدين ابن مفلح (8/ 218).
6/ المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح (6/ 107).
7/ مجموع الفتاوى لابن تيمية (32/ 35).

قال ابن تيمية، وعلى هذا التخريج اعتمدت اللجنة الدائمة للإفتاء في السعودية حيث علَّلت جواز تولي المراكز الإسلامية بأنه ذو سلطان في محله حيث لا وجود لقضاة مسلمين[1]. وقال محمد بن صالح العثيمين يُحَكَّم إذا رضيته الجماعة[2]

ثالثا : ظاهر كلام أكثر الحنابلة أنَّه لا ولاية إلا لمن ذكر في المتون وآخرهم السلطان[3]، وعلى هذا فلا يصحُّ لهذه المراكز تولي أنكحة من لا ولي لها، ومع ذلك يبقى مخرج الضرورة، لأن الزواج في أصله ضرورة من الضرورات، كما رأينا في مقاصده، وقد قال ابن تيمية: « تزويج الأيامى فرض كفاية، فإن أباه حاكم إلا بظلم كطلبه جُعْلا لا يستحقه، صار وجوده كالعدم، فقيل: توكل منْ يزوجها، وقيل: لا تتزوج، والصحيح ما نقل عن أحمد: يزوجها ذو السلطان في ذلك المكان كالعضل»[4].

المطلب الثاني : خلاصة الأقوال وأدلتها والموازنة بينها والترجيح

الفرع الأول : خلاصة الأقوال وأدلتها

بعد تأمُّل الفروع الفقهية السابقة من مختلف المذاهب؛ وما يمكن تخريجه عليها من أحكام في هذه النازلة، يمكن حصر الأقوال المخرجة في ثلاثة هي كالآتي:

القول الأول : جواز التزويج من غير حاجة إلى مراكز إسلامية، لأنه للمرأة الراشدة أن تلي نكاحها من غير حاجة إلى ولي. وهو مقتضى التخريج على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، والرواية غير المعتمدة عند الحنابلة، وعلى معنى الولاية العامة عند المالكية، وأدلة هذا القول هي أدلة المذهب في عدم اشتراط الولاية من ظواهر بعض النصوص والآثار، وكذا القياس على استقلال المرأة بالعقود المالية وغيرها، وأدلة إثبات الولاية العامة كقوله تعالى: «والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» (التوبة: 71).

القول الثاني : جواز التزويج من طرف القائمين على المراكز الإسلامية بناء على أنهم هم السلطان الذي يجب على المجتمعات الإسلامية تعيينه، وهذا مقتضى التخريج على قول المالكية والشافعية والشيباني وأحمد في رواية، وأيضا بناء على فتوى متأخري الحنفية فإنَّه يجوز اعتماد المراكز حتى لو كانت من تعيين الحكام غير المسلمين، لا من انتخاب أو تفويض من المجتمعات المسلمة.

القول الثالث : عدم جواز التزويج من طرف القائمين على المراكز أو غيرهم من الأئمة، إلا من باب الضرورة التي تبيح المحظورة؛ حتى لا تتعطل مصالح المسلمين وهو مقتضي التخريج على تحكيم العَالِم عند الشافعية، والتخريج على ظاهر قول أكثر الحنابلة، وحجة هذا القول عموم الأدلة الشرعية القاضية برفع الحرج

1/ فتاوى اللجنة الدائمة بالمملكة العربية السعودية (3/ 387).
2/ مدى مشروعية قيام المراكز الاسلامية بتطليق المسلمات من محاكم غير إسلامية (ص 4).
3/ المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح (6/ 107) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (2/ 325)
4/ المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح (6/ 107).

عن الأمة ورفع الضرر، وجلب المصالح ودرء المفاسد[1].

الفرع الثاني : موازنة الأقوال والترجيح على ضوء النصوص والمقاصد

قد اتفقت الأقوال المخرجة على الحفاظ على تشريع التزويج، ولا يعقل القول بتعطيل الزواج في حق المرأة مهما كان الوضع، لذلك نجد أن من يعتبر هذه المراكز في معنى السلطان المنصوص عليه والمتفق عليه فقد خرج من إشكال انعدام الولاية ويبقى عليه النظر في شروط السلطان، وأما من لم يعتبرها في معنى السلطان فيلزمه سلوك أحد الطريقين، فإما أن يكون ممن يجيز للمرأة تزويج نفسها أو يجيز لها ذلك في حالة عدم السلطان؛ فيكون للمرأة على القولين أن تختار أفضل من تعرفه من الناس ليتولى نكاحها، وإما أن يكون ممن لا يجيز للمرأة تزويج نفسها بحال فهو هنا يرجع إلى هذه المراكز من باب الضرورة ورفع الحرج، لأن المرأة لابد لها من تزويج.

وأرجح الأقوال أوسطها وهو القول بأن هذه المراكز تعتبر هي الولي الشرعي لمن عدم أقاربها من العصبة وذوي الأرحام، واعتمادها أولى من تولية للمرأة آحاد الناس ، وهذا القول هو الذي يحقق المقاصد الشرعية من الحفاظ على عرض المرأة والحفاظ على الأنساب، والحفاظ على حقوق المرأة والدفاع عنها في حالة غبن زوجها لها أو ظلمه، إذ لهذه المراكز من السلطان ما ليس للولي المختار منها فضلا عن ثباتها وعدم زوالها، وهذه المراكز حتى وإن افتقدت السلطة التنفيذية في أحوال؛ فهي تمتلك السلطة العلمية بالفتوى، وسلطة إعلامية تحفظ بها الأعراض والأنساب، وترفع بها الظلم على المرأة بتطليقها وإباحتها للأزواج وهذا ما لا يمتلكه الولي الذي تختاره حتى ولو كان إماما من أئمة المساجد فضلا عن إمكان زواله وتغير مكان عمله.

ويشترط لصحة تولية هذه المراكز إقامتها للشريعة في الأحوال الشخصية، وكوْن المكلفين من أهل العدل والعدالة مع التنبُّيه على أنَّ مفهوم العدالة أمرٌ نسبي يتغير حسب الزمان والمكان، ولجماعة المسلمين كامل النظر في تحديد حدودها؛ حتى لا تتعطَّل مصالحها باشتراط الكمال أو الصفات التي تنعدم في المكان والزمان، ومن هنا يتعيَّن على هذه المراكز أو الهيئات أن تفتح قسما خاصا بالقضاء يتوفَّر على كفاءات علمية متخصصة في الأحوال الشخصية وغيرها[2].

خاتمة البحث

وفي نهاية هذه الدراسة نسجل أهم النتائج المتوصل إليها .

أولا : للنكاح مقاصد كثيرة متفاوتةٌ في الرتبة والعموم والقطعية؛ وأهمُّ هذه المقاصد وأعمُّها هو مقصد حفظ النسل والنوع البشري، وهو أحد الضروريات الخمس القطعية التي اتفقت الشرائع عليها.

1/ انظر : المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي لبدر ناصر السبيعي (ص: 281)، والولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير الإسلامية، لشلبيك أحمد الصويعي، (ص: 70-72)

2/ مدى مشروعية قيام المراكز الإسلامية بتطليق المسلمات من محاكم غير إسلامية لبدر الحسن القاسمي (ص 4).

ثانيا : لتشريع الولاية مقاصد منها ما يرجع إلى أصل تشريعها ومنع المرأة من أنْ تلي نكاحها، وهو تمييز النكاح عن السفاح وحفظ النسب، وكذا ضعف المرأة وقلة خبرتها وحياؤها واحتجابها عن الرجال، ومنها مقاصد متعلِّقة بسرِّ إسناد الولاية للعصبة دون غيرهم؛ وهي لحوق العار بهم في حال السفاح أو الزواج بغير كفء والدفاع عن المرأة وحقوقها.

ثالثا : بناء مقاصد إسناد الولاية للعصبة جاء ترتيبهم حسب درجة القرب وإن اختلف العلماء في الترتيب.

رابعا : السلطان هو الحاكم العام أو القاضي أو من له توكيل من أحدهما بحيث تكون له سلطة تنفيذية للأحكام، وذلك أن علة كونه وليا في النكاح كنه مكلفا بالحفاظ على مصالح الرعية واستيفاء الحقوق، ودفع المظالم. وبناء عليه فالسلطان في عصرنا هو وكيل الجمهورية في سلك القضاء، وأما النواب في البلدية فليس لهم سلطة الولاية وإنما مهامهم توثيق فحسب.

خامسا : لولاية السلطان شرط أساسي وهو تحكيمه للشرع والسنة في أمر النكاح، وأما شرط العدالة فالصواب عدم اعتباره، وتشديد المالكية المتأخرين فيه لتسهيلهم بتشريع الولاية العامة وهو البديل عندهم.

سادسا : وتخريجا على هاتين المسألتين فإنه لا تصح ولاية السلطان في البلاد التي لا تحكم فيها الشريعة في أحكام الأسرة، وإذا كانت الشريعة محكمة فلا نظر في عدالة القاضي ويكفي كونه مسلما، وتصح ولايته ولو كان الذي ولاه كافرا كما هو الأقليات المسلمة في بلاد الكفر.

سابعا : إعمالا للمقاصد المقررة للولاية من الشفقة على المرأة والدفاع عنها ولحقوق العار في حال الزواج بغير الكف أو غيره يترجح صحة ولاية ذوي الأرحام مع تأخيرهم عن العصبة ، وتخريجا على ذلك فإنهم مقدمون في الولاية في حال عضل العصبة على السلطان، وهذا مذهب الحنفية .

ثامنا : وإذا صحت ولاية ذي الرحم في حال العضل فإنها تصح حال الغيبة أو حال الإهمال العائلي، ولا تسند للسلطان.

تاسعا: إعمالا للمقاصد المقرر للولاية من الشفقة على المرأة والدفاع عنها ولحقوق العار في حال الزواج بغير الكف أو غيره يترجح صحة ولاية الكافل لليتيم مع تأخيرهم عن العصبة، ويقدم عليهم وعلى السلطان في حال العضل أو القطيعة.

عاشرا: تفريعا على ما سبق فإن ولاية المكفولة المجهولة النسب تصح من باب أولى، وكذا الولاية على البنت غير الشرعية المعترف بها، وذلك إذا تربت عند الأب المستلحق لها.

الحادي عشر: خلاصة الأقوال المخرجة في ولاية المراكز الإسلامية والهيئات غير الحكومية وخاصة في البلاد غير الإسلامية هي ثلاثة أقوال عدم صحة ولايتها مع إسناد الولاية لمن تختاره المرأة من الصالحين، عدم صحة ولايتها في الأصل مع اللجوء إليها من باب الضرورة فقط، والثالث وهو صحة ولايتها باعتبارها هي السلطان في هذه البلاد.

الثاني عشر: ويشترط لصحة تولية هذه المراكز إقامتها للشريعة في الأحوال الشخصية، وكوْن المكلَّفين من أهل العدل والعدالة مع التنبيه على أن مفهوم العدالة أمر نسبي يتغَّير حسب الزمان والمكان .

هذا وما كان في هذا البحث من صواب فمن توفيق الله سبحانه، وما كان من خطأ وتقصير فهو مني ومن الشيطان، واستغفر الله العظيم وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

فهرس المراجع

1-أدب القاضي للماوردي، تحقيق محي هلال السرحان ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، سنة 1391
2-إرواء الغليل للألباني، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط2، 1405 هـ - 1985م
3-أعلام الموقعين لابن القيم ، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي ، الرياض، ط1، 1423 هـ.
4-إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم ، تحقيق محمد عزير شمس، دار عالم الفوائد، مكة، ط1، 1432 هـ
5-الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير الإسلامية، لشلبيك أحمد الصويعي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والانسانية، المجلد 4 العدد 1، محرم 1428 فبراير 2007 .
6-الأم للشافعي، دار المعرفة ، بيروت، ط- 1410هـ/1990م
7-الإنصاف للمرادوي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، بدون
8-بدائع الصنائع للكساني ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط2 ، 1424
9-بدائع الفوائد لابن القيم ، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون.
10-البهجة في شرح التحفة للتسولي، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1418هـ .
11-البيان والتحصيل لابن رشد، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ - 1988م.
12-التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الكتب العلمية، بيروت ، بدون.
13-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1423هـ.
14-تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م
15-تقويم الأدلة في أصول الفقه للدبوسي ، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ - 2001م
16-التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1432 هـ - 2011 م
17-التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ - 2008م
18-حاشية الروض المربع لعبد الرحمن بن قاسم، ط1397 بدون
19-حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ط 1414هـ - 1994م
20-الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419 هـ - 1999م
21-حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي، تحقيق السيد سابق، دار الجيل، بيروت ، ط1، 1426 هـ - 2005م
22-الدراية لابن حجر العسقلاني، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة بيروت، بدون.

23-ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام ، تحقيق يحيي مراد، دار الحديث، القاهرة ، ط1، 1428 هـ - 2007 م
24-الذخيرة للقرافي ، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1994 م
25-روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ / 1991م.
26-الروضة الندية لصديق حسن خان ، دار المعرفة بيروت ، بدون.
27-زاد المستقنع في اختصار المقنع للحجاوي، تحقيق عبد الرحمن بن علي العسّكر، دار الوطن للنشر - الرياض.
28-السنن لابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت
29-السنن لأبي داود، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بدون
30-السنن للترمذي، تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بدون
31-السنن الكبرى للبيهقي، فهرسة المرعشلي، دار المعرفة بيروت، بدون
32- السنن للنسائي ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب ط2 1406
33-شرح الخرشي على خليل ، دار الفكر بيروت ، بدون.
34-شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار العبيكان، ط1 ، 1413 هـ - 1993 م
35-الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر بدون.
36-صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت ط1-1408
37-صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار ابن حزم، بيروت، ط1-1421
38-صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت 1403
39-غريب الحديث لأبي عبيد، تحقيق محمد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، ط1، 1384 هـ - 1964 م
40-غياث الأمم في التياث الظلم للجويني، تحقيق عبد العظيم الديب ، مكتبة إمام الحرمين ط2 ، 1401
41-الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1، 1408هـ - 1987م
42-فتاوى اللجنة الدائمة ، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء ، الرياض
43-الفتاوى الهندية، تأليف لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر بيروت، ط2، 1310
44-فتح الباري لابن حجر ، تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379
45-فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لعليش، دار المعرفة بيروت ، بدون.
46-فتح القدير للكمال ابن الهمام ، دار الفكر بيروت ، بدون.
47-الفروع لشمس الدين ابن مفلح، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 ، 1424 .
48-الفروق للقرافي ، عالم الكتب، بيروت ، بدون.
49-الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر، ط: 1415هـ - 1995م.
50-قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005، منشورات دار الأستاذ للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1-2005
51-قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة
52-القوانين الفقهية لابن جزي ، بدون.

53-كنز الدقائق للنسفي، تحقيق سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط1، 1432هـ - 2011م.
54-المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح ، دار الكتب العلمية ، ط1، .1418
55-المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، ط: 1414هـ - 1993م
56-مجموع الفتاوى لابن تيمية، جمع عبد الرحمن بن قاسم، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب
57-محاسن الشريعة للفقال الشاشي، القسم الأول، تحقيق كمال الحاج العروسي، أطروحة دكتوراه، جامعة أم القرى 1412.
58-مدى مشروعية قيام المراكز الاسلامية بتطليق المسلمات من محاكم غير إسلامية لبدر الحسن القاسمي، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي ضمن الدورة التاسعة عشر سنة .2007
59-المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي ، لبدر ناصر مشرع السبيعي، طبع مجلة الوعي الإسلامي وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط1، 1435 هـ - 2014 م
60-المصنف لعبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط2، 1403
61-المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مكة المكرمة بدون.
62-المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي، تحقيق محمد الحجي دار الغرب الإسلامي ط1-1401 .
63-المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون.
64-مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور، تحقيق محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1425 هـ - 2004 م
65-منح الجليل لعليش ، دار الفكر بيروت، بدون.
66-الموافقات للشاطبي ، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ- 1997م
67-نصب الراية للزيلعي، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة ، ط1، 1418هـ-1997م
68-نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تحقيق عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ-2007م
69-النهاية في غريب الحديث لابن الأثير، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية بيروت، 1399هـ - 1979م.
70-الهداية للمرغناني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان، ط1-1417.