الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية
قسم: العلوم الإسلامية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه مقارن وأصوله.

موسومة بـ:

أحكام ولاية الكفيل والوصي في النكاح-دراسة فقهية مقارنة-

إعداد الطالبة :
شرالك بختة

إشراف الدكتور :
حاج عيسى محمد

السنة الجامعية: 1439 /1440هـ، 2018/ 2019م.

إهداء

إلى من حملتني وهنا على وهن وصارعت الليالي والزمن، أمي الغالية

حفظها الله...

إلى من أغدق في العطاء دون وهن لأنعم بالهناء الوسن أبي العزيز

حفظه الله...

إلى رفقة دربي إخوتي: عمر جودي هدى وياسين....

إلى صديقاتي وزميلاتي...

إلى كل أساتذتي الذين رافقوني طول مشواري الدراسي...

إلى كل من زرع لي الأمل بدعوة أوبسمة...

الطالبة شراك بختة

شكر وتقدير

عملا بقوله تعالى: ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ (إبراهيم:7).

أحمد الله تعالى على توفيقه إياي لإنجاز هذا البحث فيا ربي لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

كما لا يفوتني أتقدم بخالص الشكر والتقدير لفضيلة –الدكتور محمد حاج عيسى– على قبوله الإشراف على هذه المذكرة، الذي لم يبخل علي بإسداء النصائح والتوجيهات، حتى اكتملت هذه المذكرة واستوت في صورتها، أسأل الله أن يبارك في وقته وعلمه وأن يجازيه أفضل الجزاء إنه ولي ذلك والقادر عليه، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذين عضوي لجنة المناقشة:

الأستاذ طهراوي عبد القادر، والأستاذ منصوري محمد على قبولهما مناقشة مذكرتي وعلى ما أسدوه من ملاحظات وتصويبات، وأسأل الله تعالى أن ينفع بعلمهم ويبارك في وقتهم وجهدهم.

كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى كل أساتذتي بقسم العلوم الإسلامية.

والشكر موصول إلى كل من أعانني بفكرة أو مال أو جهد.

مُقدمّة

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أنّ لا إله إلا الله وأشهد أنّ محمدا عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم .

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ١٠٢﴾ (آل عمران 102).

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ١﴾ (النساء 01).

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١﴾ (الأحزاب71،70).

أمّا بعد:

فإن عقد النكاح في الشريعة الإسلامية رابطة ذو ميثاق غليظ بين المرأة و الرجل مبنية على حكم وغايات، وقائم على شروط وأركان يجب أن تتوفر فيه حتى يكون هذا العقد صحيحا بميزان الشريعة، ومن بين الشروط والأركان التي يجب أن تتوفر في عقد النكاح شرط الولاية وهي مماتميز به هذا العقد عن غيره في بقية الشرائع والملل، إذ تعتبر الولاية على النساء في النكاح مظهر من مظاهر التكريم للمرأة تصان به حقوقها وتحفظ به كرامتها، وقد اختلف الفقهاء قديما في تكييف الولاية و اشتراطها وصحة عقد النكاح من دونها، ومع تطور المجتمعات وتغير أعراف الناس وعاداتهم برزت كثير من المستجدات والقضايا في موضوع الولاية على المرأة أصبحت تستدعي بيان حكمها الشرعي ومما يتفرع على هذه الموضوع مسألة ولاية الكفيل والوصي لعقد النكاح فقد يعرض للمرأة أن تفقد وليها الشرعي فلا تجد من يتولى عقد نكاحها وقد اختلف الفقهاء في صحة ولاية الكفيل والوصي لنكاح من كان تحت كفالتهما، لذلك سأحاول في هذا البحث بيان ولاية الكفيل والوصي في النكاح من حيث المفهوم وشروط ولايتهما وأهم الأحكام المتعلقة بهما في عقد النكاح.

و لهذا فقد اخترت أن يكون عنوان بحثي موسوما ب:

أحكام ولاية الكفيل والوصي في النكاح _دراسة فقهية مقارنة_

إشكالية الموضوع:

ومما هو معلوم أنه قد يتعذر على المرأة إيجاد من يتولى عقد نكاحها إذا غاب عنها وليها الشرعي وتقدم لها من ترضاه زوجا لها ومن هذا المنطلق تبرز الإشكالية الآتية:

ما مدى صحة ولاية الكفيل والوصي في النكاح؟ وما هي أهم الأحكام الفقهية المتعلقة بهما في النكاح؟.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد اخترت هذا الموضوع الذي كان من مقترحات اللجنة العلمية للأسباب التالية:

1-أهمية موضوع الولاية وعلاقته بالواقع المعيش كونه يمس بشكل مباشر الاستقرار الأسري.

2-عدم إفراد هذا الموضوع ببحث خاص ومعمق.

3-بروز الكثير من المستجدات الفقهية في موضوع الولاية على المرأة التي تحتاج إلى بيان أحكامها الشرعية.

أهداف الدراسة:

وتتلخص أهداف الدراسة في النقاط التالية:

1-بيان مفهوم الكفيل وحكم ولايته في النكاح وشروطه.

2-بيان آراء الفقهاء حول ولاية الكفيل لمعلومة النسب ومجهولة النسب ثم استنباط حكم ولاية المستلحق لابنته من الزنا إذا كفلها.

3-بيان مفهوم الوصي وحكم ولايته في النكاح وشروطه.

4- بيان أهم الأحكام المتعلقة بالوصي في النكاح.

الدراسات السابقة لهذا الموضوع:

بعد النظر في الفهارس ومحركات البحث وجدت عدة دراسات قد تطرقت لموضوع الولاية في النكاح عموما ومن بين هذه الدراسات:

أ_الولاية في النكاح -دراسة مقارنة- لسعد بن حميد السبيعي رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه الإسلامي بجامعة أم القرى سنة 1401هـ، 1402هـ.

-بالرغم من أن الباحث قد أجاد في البحث وأبدع في بسط كلام الفقهاء في المسألة، إلا أنه مع مرور الوقت برزت الكثير من المستجدات في موضوع الولاية تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي، لذلك سأسعى في دراستي إلى بيان أهم المستجدات في الباب وبيان حكمها.

ب-الولاية في النكاح لعوض بن رجاء العوفي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير العالمية، الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، الطبعة الأولى سنة1423هـ،2002م.

-تطرق الباحث إلى ولاية الكفيل والوصي في النكاح وشروطه عند الفقهاء قديما دون التطرق إلى بعض المستجدات الحادثة.

ج-المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح-دراسة فقهية مقاصدية -بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني-المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة- معهد العلوم إسلامية جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي-إعداد الدكتور محمد حاج عيسى.

-تطرقت الدراسة إلى ولاية الكفيل في النكاح إجمالا دون تعمق وتفصيل، بينما سأحاول في هذه الدراسة التعمق أكثر في أحكام الكفيل والوصي في ولاية النكاح.

د-الولي في الزواج، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق من إعداد صادق سالم-جامعة محمد خيضر بسكرة- سنة 2015/2014م.

هـ-مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري —دراسة مقارنة- مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص من إعداد ديري دليلة و شنة سعاد —جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية-2014/2013م.

-أشارت هذه الدراسات إلى بعض أحكام الكفيل والوصي في الفقه الإسلامي إلا أنها لم تستوعب بعض الصور المستجدة في الموضوع، كما يلاحظ أن هذه المذكرات ركزت على الجانب القانوني، بينما سأحاول من خلال هذه الدراسة معالجة الموضوع في الفقه الإسلامي.

منهج البحث:

اقتضت طبيعة البحث إعمال المنهج التحليلي وذلك بتتبع أقوال الفقهاء وتحليلها، بالإضافة إلى إعمال المنهج المقارن حيث دعت الحاجة إليه في المسائل الخلافية.

منهجية البحث:

وقد سرت في هذا البحث وفق المنهجية الآتية:

1/ عزوت الآيات إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية في متن البحث، وذلك بالاعتماد على مصحف المدينة برواية حفص .

2/ خرجت الأحاديث النبوية من مصادرها من كتب السنة، بذكر رقم الحديث الجزء والصفحة وفق ما تيسر لي.

3/ عزوت النقول وكلام العلماء إلى مصادرها الأصلية بذكر اسم الكتاب ثم اسم مؤلفه يليه الجزء والصفحة ثم أما معلومات الطبع فقد ذكرتها في فهرس المصادر والمراجع تجنبا لإثقال الهوامش.

4/ استعملت بعض الرموز في البحث قصد التسهيل: (دط: كتاب دون طبعة، د.د.ن: بدون دار نشر، د.ت: بدون تحقيق، تح: تحقيق الكتاب، ح: رقم الحديث.....).

5/ ترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث، ماعدا اللغويين، كما أغفلت الترجمة للصحابة والفقهاء الأربعة لشهرتهم.

6/زودت البحث بفهارس لتعين القارئ على الاستفادة من البحث.

خطة البحث:

وقد جعلت خطة البحث كالتالي:

فصل تمهيدي: الولاية في النكاح عند الفقهاء.

المبحث الأول: مفهوم الولاية في النكاح.

المطلب الأوّل: تعريف الولاية.

المطلب الثاني:تعريف النكاح.

المطلب الثالث:تعريف الولاية في النكاح.

المبحث الثاني: حكم الولاية في النكاح.

المطلب الأول:أقوال الفقهاء وأدلتهم.

المطلب الثاني:مناقشة الأدلة والترجيح.

الفصل الأول: ولاية الكفيل في النكاح.

المبحث الأول: تعريف الكفيل وحكم ولايته في النكاح.

المطلب الأول:تعريف الكفيل.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في ولاية الكفيل وأدلتهم.

المبحث الثاني: شروط الكفيل في النكاح وولايته لمجهولة النسب

المطلب الأول: شروط الكفيل.

المطلب الثاني:ولاية الكفيل لمجهولة النسب

الفصل الثاني: ولاية الوصي في النكاح.

المبحث الأول: تعريف الوصي وحكم ولايته في النكاح.

المطلب الأول: تعريف الوصي.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في ولاية الوصي وأدلتهم.

المبحث الثاني: شروط وأحكام الوصي في النكاح.

المطلب الأول: شروط الوصي وترتيبه.

المطلب الثاني: ولاية الإجبار للوصي.

خاتمة.

وفي ختام هذه المقدمة أحمد الله تعالى على توفيقه لي في إنجاز هذا العمل وأسأله تعالى أن يكون خالصا لوجهه الكريم، كما أجدد شكري للأستاذ المشرف محمد حاج عيسى الذي جاد عليّ بعلمه وحلمه، ولم يدخر جهدا في تصحيحه وتصويبه لهذه المذكرة أسأل الله تعالى يبارك له في علمه ووقته.

تلمسان في 24 رمضان 1440هـ.

الموافق لـ 29 ماي 2019

الطالبة: شراك بختة.

فصل تمهيدي: الولاية في النكاح عند الفقهاء.

اعتنى الفقهاء بموضوع الولاية على المرأة في النكاح عناية كبيرة فقد تحدثوا عن مفهومها وشروطها وأنواعها، وقد اختلفوا في اشتراطها في النكاح، وارتأيت أن أذكر في هذا الفصل مذاهب الفقهاء وأدلتهم في اشتراط الولاية على المرأة، وذلك لأن حكم ولاية الكفيل والوصي في النكاح فرع عن اشتراط الفقهاء للولاية.

ولذلك سأتحدث أولا عن مفهوم الولاية في النكاح عند الفقهاء، ثم سأتطرق إلى حكمها وخلاف الفقهاء في اشتراطها في عقد النكاح وقد ضمنت ذلك في المبحثين التاليين:

- ✓ **المبحث الأول: مفهوم الولاية في النكاح.**
- ✓ **المبحث الثاني: حكم الولاية في النكاح.**

المبحث الأول: مفهوم الولاية في النكاح.

إن معرفة معنى الولاية في النكاح متوقف على معرفة معاني مفرداتها باعتبارها مركبا وصفيا لذلك يتناول هذا المبحث تعريف الولاية ثم تعريف النكاح ثم الانتقال إلى معرفة مفهوم الولاية في النكاح عند الفقهاء.

المطلب الأول: تعريف الولاية.

تعرضت في هذا المطلب إلى معنى الولاية من الجانب اللغوي ثم الشرعي لها مع بيان العلاقة بين المعنيين.

الفرع الأول: تعريف الولاية في اللغة.

الولاية من (وَلَيَ) وهي تدل على القرب والدنو

قال ابن فارس " الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب" [1].

والوَلِيُّ من أسماء الله ﷻ أي الناصر والمتولي لأمور العالم و الخلائق والقائم بها، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته[2].ومنه قوله تعالى:﴿ٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ (البقرة257).

والوِلايَة –بالكسر– تعني السلطان .

والوَلايَة والوِلايَة –بالفتح والكسر معا– تعني النصرة يقال هم على ولاية بمعنى مجتمعون في النصرة[3].

الفرع الثاني: تعريف الولاية شرعا.

أما الولاية في الشرع فهي قسمان عامة وخاصة:

أما العامة: فهي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة، وتصريف شؤون الناس، والأمر والنهي فيهم.

وأما الخاصة: فهي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتب آثارها دون توقف على رضا الغير ولا تعلق لها بتدبير الأمور العامة[4].

من خلال التعريف السابق يتبين أن الولاية العامة لها تعلق بشؤون البلاد والأمة كتعيين الحاكم أو السلطان لبلاد المسلمين وغيرها من أمور تنظيم الدولة والرعية، أما الولاية الخاصة فتكون على الأشخاص وقد عرفها بعضهم بأنها " قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"[5].

---

[1] / مقاييس اللغة لابن فارس(141/6).

[2] / ينظر لسان العرب لابن منظور (ص4920،4921).

[3] / الصحاح للجوهري(ص2530)، لسان العرب لابن منظور(ص4920).

[4] / معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمد عبد الرحمن عبد المنعم(500/3،501).

[5] / المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا(843).

وحسب هذا التعريف فإن الولاية الخاصة تنقسم إلى ولاية النفس وولاية على المال.

أما الولاية على النفس: فهي سلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل.

أما الولاية على المال: فهي سلطة على شؤونه المالية، من عقود وتصرفات، وحفظ وإنفاق[1].

ويتناسب معنى الوِلَاية اللغوي –السلطان– مع المعنى الاصطلاحي العام للولاية في كون أن تدبير شؤون الأمة لا يكون إلا من السلطان أو الولي العام.

بينما يتناسب معنى الوَلَاية– النصرة– مع المعنى الخاص للولاية في كون أن المباشر للعقود وسلطته على موليه تقتضي انحيازه لموليه ونصرته ورعايته.

[1] / المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا(845).

المطلب الثاني: تعريف النكاح.

يتضمن هذا المطلب معنى النكاح عند اللغويين و إطلاقاته في الشرع مع بيان مفهوم النكاح عند الفقهاء.

الفرع الأول: تعريف النكاح في اللغة والشرع.

أولا: النكاح في اللغة.

النِّكاح في اللغة من الفعل (نَكَحَ)

قال ابن فارس: " النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البِضاع، يقال امرأة ناكح في بني فلان أي ذات زوج، ونَكَحْتُ: تَزَوَّجْتُ"[1]، وكان يقال لأم خارجة عند الخِطْبَةِ: خِطْبٌ، فتقول :نِكْحٌ، فقالوا: "أَسْرَعُ من نِكَاحِ أُمِّ خَارِجَةَ"[2].

والنكاح في لغة العرب يدل على المعاني الآتية

أ- الوطء: نَكَحها، يَنْكِحُهَا: أي بَاضَعَهَا[3].

ب- العقد: كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ﴾ (الأحزاب:49) .

ج- الضم و التداخل: نكح المطر الأرض إذا دخلها واعتمد عليها[4].

وقد اختلف اللغويون في أيهما حقيقة وأيهما مجاز أم هو حقيقة للعقد والوطء معا؟

قال ابن فارس: "والنكاح يكون العقد دون الوطء"[5].

قال الجوهري: " النكاح الوطء، وقد يكون العقد"[6].

وقال الزبيدي: "(النِّكاح) بالكسر في كلام العرب (الوَطْءُ) في الأصل وقيل هو العقد، وهو التزويج لأنه سبب للوطء المباح"[7].

---

[1] / مقاييس اللغة لابن فارس(475/5).

[2] / القاموس المحيط للفيروزآبادي(1648).

[3] / لسان العرب لابن منظور(4537).

[4] / لسان العرب لابن منظور(4537)

[5] / مقاييس اللغة لابن فارس(475/5).

[6] / الصحاح للجوهري(413).

[7] / تاج العروس للزبيدي(195/7).

والراجح أن لفظ النكاح في اللغة يستعمل للعقد والوطء معا إلا أن الغالب في إطلاقات اللغويين هو الوطء[1].

ثانيا: النكاح في الشرع.

ورد لفظ النكاح في القرءان الكريم بمعنى العقد تارة وبمعنى الوطء تارة أخرى:

أ-الوطء: قال تعالى:﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ (البقرة:230)، " أي حتى يطأها زوج آخر في نكاح صحيح..."[2].

ب-العقد: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ﴾ (الأحزاب:49)، وقد ورد في تفسير الآية أنها حوت أحكاما كثيرة منها: "إطلاق النكاح على العقد وحده، وليس في القرءان آية أصرح في ذلك منها..."[3].

وعند النظر نجد أن أغلب الآيات الواردة القرءان الكريم بلفظ النكاح تدل على العقد لا على الوطء كقوله تعالى:﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ﴾ (النور:3)، وأيضا قوله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ﴾ (الأحزاب:49).

الفرع الثاني: تعريف النكاح عند الفقهاء.

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفاتهم للنكاح ولكنهم اتفقوا على أنه حقيقة في عقد التزويج ومن هذه التعريفات:

تعريف النكاح عند الحنفية:

النكاح هو" عقد وضع لتمليك منافع البضع"[4].

تعريف النكاح عند المالكية:

النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن

---

[1] / الصحاح للجوهري(413)، القاموس المحيط للفيروزآبادي(1648)، العين للفراهيدي(263/4).

[2] / تفسير القرءان العظيم لابن كثير(622،621/1).

[3] / تفسير القرءان العظيم لابن كثير (439/6).

[4] / شرح فتح القدير لابن همام(177/3).

حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر"[1].

تعريف النكاح عند الشافعية:

" هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمة والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعا"[2].

تعريف النكاح عند الحنابلة:

النكاح هو: "عقد يفيد ملك المتعة"[3].

الملاحظ على هذه التعريفات أنها اشتركت في ذكرهم أن النكاح هو:

-عقد: أي قائم على أركان وشروط.

-أن موضوع هذا العقد هو حلية الوطء بين المرأة والرجل.

-يلاحظ على تعريف الشافعية أنه أشار إلى الخلاف في حقيقة النكاح بين العقد والوطء.

-يلاحظ أن هذه التعريفات اكتفت بذكر الأمور الشكلية في هذا العقد فقط دون الإشارة إلى مقاصد هذا العقد و حكمه، وقد أشار إلى هذا الشيخ البشير الإبراهيمي[4]رحمه الله تعالى منتقدا جمود الفقهاء واقتصارهم على الأحكام دون تبيين الحكم والمقاصد للناس، مساهمين في ذلك في زيادة جهل الناس بأمور دينهم والحِكم التي تنطوي تحت أحكامه لأنهم إنما يعتمدون على كتب تعلم الأحكام ولا تبين الحِكم، مما يؤدي إلى اعتبار أن تلك الأحكام هي تعبدية تحفظ ألفاظها، ولا يتحرك الفكر في التماس عللها وطلب حكمها ومعرفة وجوه المصلحة والمفسدة منها[5].

ولعل أجود تعريف ذُكِرت فيه مقاصد الزواج وحِكَمَه هو تعريف الزواج بأنه "عقد بين الرجل والمرأة يبيح استمتاع كل منهما بالآخر ويبين ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات ويقصد به حفظ النوع الإنساني"[6].

---

[1] / شرح حدود ابن عرفة للرصاع (235).

[2] / مغني المحتاج للخطيب الشربيني(165/3).

[3] / رد المختار لابن عابدين(59/4).

[4] / هو محمّد بن بشير بن عمر الإبراهيمي مجاهد جزائري، من كبار العلماء، ولد ونشأ بدائرة سطيف (1306هـ،1989م)، انتخب رئيسا لجمعية العلماء المسلمين الجزائريين، سعى في تحفيظ القرءان واللغة العربية، كان من أعضاء المجامع العلمية العربية في القاهرة ودمشق وبغداد و رئيس جريدة البصائر، جمعت مقالاته في كتاب "عيون البصائر" توفي في(1385هـ،1965م)، الأعلام للزركلي (54/6).

[5] / الآثار للبشير الإبراهيمي(298/3).

[6] / مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني(491/2).

والملاحظ على التعريف أنه أشار إلى مقصد حفظ النسل، وهو مقصد دعت إليه الشريعة الإسلامية وحثت عليه.

كما أشار هذا التعريف أيضا إلى وجود حقوق تترتب على كل واحد من الزوجين.

الفرع الثالث: تعريف الولاية في النكاح.

عند النظر في كتب الفقهاء، نجد أنهم لم يتطرقوا إلى تعريف الولاية في النكاح، إلا أنهم قسموها، إلى ولاية عامة وخاصة، أما العامة فهي ولاية السلطان لمن فقدت وليها الشرعي، أما الخاصة فتشمل ولاية النسب والقرابة وقد عرفها بعضهم في هذا الباب بأنها:

"تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى"[1].

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه قاصر على ولاية الإجبار.

وقد عرف بعضهم الولي في النكاح بأنه " من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام"[2].

-ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن ولاية النكاح تكون إما لعصبة أو ذا قرابة، أو عن طريق الولاء كما تستفاد أيضا من وصية أو كفالة، أو عن طريق سلطة الإسلام.

- شمل التعريف الولاية العامة وهي ولاية السلطان وولاية الإسلام عند فقد الولاية الخاصة.

---

[1] / التعريفات للجرجاني(ص213).

[2] / شرح حدود ابن عرفة(241).

المبحث الثاني: حكم الولاية في النكاح.

الولاية على المرأة في النكاح مشروعة وهي محل وفاق بين الفقهاء، وقد وقع الاختلاف في مدى اشتراطها في عقد النكاح ومدى صحته من دونها وفيما يأتي ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها وبيان الراجح في هذه المسألة.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم.

اختلف الفقهاء في اشتراط الولاية في النكاح إلى مذاهب وفي المطلب الذي نحن فيه بيان أقوالهم وأدلتهم.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في اشتراط الولاية.

للفقهاء في حكم الولاية في عقد النكاح قولان:

القول الأول: اشتراط الولاية.

ذهب فريق من العلماء إلى القول بأن الولاية شرط في عقد النكاح ولا يصح إلا بها، وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة ﷺ، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف[1]، وجمهور أهل العلم و الفقهاء من المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5]، حيث لا يصح نكاحها من غير إذن وليها.

القول الثاني: عدم اشتراط الولاية.

ذهب الحنفية وأبي يوسف في ظاهر الرواية [6] إلى القول بعدم اشتراط الولاية على المرأة في، ويصح للمرأة أن تتولى عقد نكاحها بنفسها دون الحاجة إلى ولي.

---

[1] / الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر(14/5)، المغني لابن قدامة(345/9).

[2] /المدونة الكبرى لسحنون(165/4)، مواهب الجليل للحطاب(42/5).

[3] /الأم للشافعي(32/6)، مغني المحتاج للشربيني (198/3).

[4] /الكافي لابن قدامة(223/4)،كشاف القناع للبهوتي(45/4).

[5] /المحلى لابن حزم(451/9).

[6] /الهداية للمرغيناني(31/3)، المبسوط للسرخسي(10/5)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3)، البناية شرح الهداية(574/4).

الفرع الثاني: أدلة المذاهب.

لكل من الفريقين أدلة استدلوا بها نرتبها على النحو الآتي:

أولا:أدلة اشتراط الولاية.

استدل المانعون لصحة النكاح من دون ولي بأدلة من الكتاب والسنة والآثار منها:

01-أدلتهم من القرآن الكريم.

استدلوا بعموم الآيات المخاطبة للأولياء بإنكاح النساء منها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: 232).

ووجه الاستدلال من الآية أن الله ﷻ وجه خطابه للرجال" قال الشافعي: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ يعني أولياءهن"[1]، لأن العضل لا يكون إلا من الولي " وإلا لما كان لعضله معنى"[2].

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ (البقرة:221)، وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ (النور:32).

- وجه الاستدلال أن: " في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي"[3]، وفي الآية خطاب للأولياء بأن لا يُنْكِحُوا المسلمات من المشركين، وهو خطاب للأولياء لا للنساء[4].

ج- قوله تعالى:﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ﴾ (القصص:27).

وجه الاستدلال من الآية: أن في هذه الآية دليل على أن النكاح إلى الولي، ولا حظ فيه للمرأة، لأن صالح مَدْيَن تولاه[5].

---

[1] / الأم للشافعي(32/6).

[2] / سبل السلام للصنعاني(34/6)، كشاف القناع للبهوتي(45/4)، الفواكه الدواني للنفراوي(4/2).

[3] / الجامع لأحكام القرءان للقرطبي(462/3).

[4] / انظر المحلى لابن حزم(451/9)، سبل السلام للصنعاني(35/6).

[5] / أحكام القرآن لابن العربي(505/3).

02-أدلتهم من السنة والآثار.

كما استدلوا بأحاديث نبوية اشتهرت في الدلالة على عدم صحة النكاح من غير ولي منها:

أ-حديث" أبي موسى الأشعري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِي "[1][2] .

ب-"حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ " 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" "[3] "[4].

ج- "حديث أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: " لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا"[5]الحديث فيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها[6].

واستدلوا ببعض الآثار الواردة عن الصحابة ﷺ منها:

أ- ما روي عن عمر ﷺ أنه قال: "لاَ تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلاَّ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِى الرَّأْى مِنْ أَهْلِهَا أَوِ السُّلْطَانِ"[7].

ووجه الاستدلال من الحديث أن الحديث صريح في أن المرأة لا تنكح إلا بإذن وليها، وقالوا "ذو الرأي" الرجل من العشيرة كابن العم أو المولى[8].

ب- ما رواه عبد الرزاق عن بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن معبد: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ"رَدَّ نِكَاحَ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا"[9].

---

[1]/سنن أبي داود (ح2085)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102) وهو صحيح، (ص260)، سنن ابن ماجة وهو صحيح، (ح1880) ،(ص327).

[2] / المدونة الكبرى لسحنون(15/4)، كشاف القناع للبهوتي(45/4)، الكافي لابن قدامة(223/4)، المحلى لابن حزم(451/9)

[3] / سنن أبي داود (ح2083)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102)، (ص259)، سنن ابن ماجة(ح1879)،(ص327)، قال ابن حجر صحيح لغيره، بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني (254).

[4] / المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، الأم للشافعي(33/6)، المحلى لابن حزم(451/9)، الكافي لابن قدامة(223/4)، كشاف القناع للبهوتي(45/4).

[5]/ سنن ابن ماجة(ح1882)،(ص327)، صحيح دون جملة الزانية، وقال ابن حجر رجاله ثقات، بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني(254).

[6] / سبل السلام للصنعاني(33/6).

[7] / المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، الأم للشافعي(33/6)، المحلى لابن حزم(451/9).

[8] / الذخيرة للقرافي(248/4).

[9] / المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، الأم للشافعي(33/6)، المحلى لابن حزم(451/9).

ج- ما رواه عبد الرزاق " أَنَّ الطَّرِيقَ جَمَعَتْ رَكْبًا، فَجَعَلَتِ امْرَأَةٌ ثَيِّبٌ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْقَوْمِ غَيْرِ وَلِيٍّ، فَأَنْكَحَهَا رَجُلًا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَجَلَدَ النَّاكِحَ، وَالْمُنْكِحَ، وَرَدَّ نِكَاحَهَا"[1].

د- ما روي عن نافع أنه قال " وَلَّى عُمَرُ ابْنَتَهُ حَفْصَةَ مَالَهُ وَبَنَاتِهِ نِكَاحَهُنَّ، فَكَانَتْ حَفْصَةُ إِذَا أَرَادَتْ أَنْ تُزَوِّجَ امْرَأَةً أَمَرَتْ أَخَاهَا عَبْدَ اللَّهِ فَزَوَّج "[2].

وجه الاستدلال من الآثار: أن رد عمر ابن الخطاب ﷺ للنكاح من غير ولي دليل على اشتراطه في العقد، وأن انعقاد النكاح من غير ولي يقتضي بطلانه.

ثانيا:أدلة عدم اشتراط الولاية.

استدل الحنفية على عدم إيجاب الولاية في النكاح على المرأة بأدلة من القرءان والسنة والآثار منها:

01- أدلتهم من القرآن الكريم:

استدلوا بالآيات الآتية:

أ-قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: 232) وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة:230)وقوله أيضا : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة:234).

وجه الاستدلال من الآيات أن الله ﷻ أضاف العقد إليهن، كما أنه أجاز لها التصرف في نفسها، لذلك صح لها عقد نكاحها بنفسها وأنها تملك مباشرة العقد دون وليها[3].

د-قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾(الأحزاب:50).

وجه الاستدلال أنه أضاف الهبة إليها وهي النكاح بالإجماع[4].

02-أدلتهم من السنة:

أ- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي

---

[1] / المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، المحلى لابن حزم(451/9).

[2] / مصنف عبد الرزاق (ح10495)، (200/6).

[3] / انظر المبسوط للسرخسي (3/ 11)، التجريد للقدوري(4244/9)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3).

[4] / انظر التجريد للقدوري(4239/9).

نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا[1].

وجه الاستدلال من الحديث: أن المرأة لن تكون أحق منه إلا إذ زوجت نفسها من غير رضاه[2]، و الأيم من لا زوج لها بكرا أولا، فانه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به[3].

ب- ما روي عن النبي ﷺ أنه خطب أم سلمة، فقالت: "إنه ليس أحد من أوليائي شاهد وإني امرأة مصبية، فقال: ليس من أوليائك أحد إلا وهو يرضاني لك، فأمرت ابنها عمر فزوجها منه وكان صبيا"[4].

فقد تزوج النبي ﷺ أم سلمة رضي الله عنها ولم يكن لها ولي، ولا يقال إنه ﷺ كان وليها لأنه لو كان كذلك

لكان يقول" أنا وليك"[5].

ج- حديث عائشة رضي الله عنها أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي ونعم الأب هو زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فهل لي في نفسي من أمر؟ قالت عائشة: فجعل النبي ﷺ الأمر إليها، قالت: أجزت ما فعل بي أبي، ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمورهن شيء، ولم ينكر عليه السلام[6]، فلو كان العقد إليه حتى لايجوز أن يعقد غيره لم يجز أن يقرها على هذا القول[7].

ومن الآثار عن الصحابة:

أ- ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح[8].

ب- ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن، من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن كان بالشام، فلما قدم عبد الرحمن، قال: ومثلي يصنع هذا به، ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت لأرد أمرا قضيته، فقرت

---

[1] / صحيح مسلم (ح1421)،(1037).

[2] / البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3).

[3] / رد المحتار لابن عابدين(4/ 155).

[4] / سنن النسائي (ح5375)،(180/5).

[5] / انظر التجريد للقدوري(4239/9).

[6] / مصنف ابن أبي شيبة (ح16217)،(21/6)، حديث مرسل، وقال ابن حجر رجاله ثقات، تلخيص الحبير لابن حجر (330/3).

[7] / التجريد للقدوري(4248/9).

[8] / السنن الكبرى البيهقي(112/7).

حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقا[1].

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح.

يتناول هذا المطلب مناقشة الأدلة التي استدل بها الفريقين في اشتراط الولاية في النكاح وعدمها ومن ثمة ذكر الراجح من الأقوال .

الفرع الأول: مناقشة الأدلة.

ناقش كل فريق أدلة الآخر باعتراضات أوردوها على استدلالاتهم بالآيات والأحاديث كما يلي:

أولا: مناقشة أدلة القائلين باشتراط الولاية.

ناقش الحنفية أدلة جمهور الفقهاء في اشتراطهم للولاية في النكاح بما يلي:

01- مناقشة استدلالهم بالآيات:

أ- قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ نوقش استدلالهم بهذه الآية بما يلي:

- قالوا أن النهي في الآية الكريمة موجه للأزواج المطلقين عن المنع عن التزوج بعد العدة، وليس للأولياء[2].

وعلى فرض صحة أن الخطاب موجه للأولياء، قالوا أن المعنى الحقيقي للنهي هو النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح إذا أريد بالنكاح العقد[3].

ب-قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ قالوا أن هذا خطاب لأولي الأمر من المسلمين أو جميع المسلمين أحرى من أن يكون خطاب للأولياء، فهو عام يشمل أولي الأمر والأولياء ومن خصصه بالأولياء فعليه البيان، والمقصود من الآية تحريم نكاح المشركين والمشركات[4].

02- مناقشة استدلالهم بالأحاديث:

أ- حديث" أيما امرأة نكحت..." وحديث " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِي" قالوا إن الحديثين ضعيفان أو مختلف في صحتهما فلن يعارضا المتفق على صحته[5].

---

[1] / السنن الكبرى البيهقي(112/7).

[2] / انظر المبسوط للسرخسي (3/ 11)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3)، شرح فتح القدير للشوكاني(250/3).

[3] / انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3)، شرح فتح القدير للشوكاني(250/3).

[4] / بداية المجتهد لابن رشد(10/2).

[5] / البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3)، شرح فتح القدير للشوكاني(250/3).

وعلى فرض صحتهما فإنهم قالوا أن:

حديث " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ ..." محمول على الأمة والصغيرة والمعتوهة، أو على غير الكفء[1].

و أما حديث" لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِي" أن النهي محمول على نفي الكمال أو هي ولية نفسها وفائدته نفي نكاح من لا ولاية له كالكافر للمسلمة والمعتوهة والأمة[2].

ويجاب عنه: بأن الحديث روي عن أبي عمر عن عائشة رضي الله عنها بإسناد كلهم ثقات وعدول[3]، والمشهور عن أحمد تصحيحه وتثبيته، أما الحمل على نفي الكمال خلاف الظاهر، إذ الأصل والظاهر في النفي إنما هو لنفي الحقيقة، وهي هنا الشرعية، أي لا نكاح موجود في الشرع وإطلاق الولي ينصرف إلى الذكر[4].

ب- حديث " لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ..." ضعيف لأن فيه حيل بن سهل الهضمي ومسلم بن أبي مسلم لا يعرفان[5].

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بعدم اشتراط الولاية.

ناقش جمهور الفقهاء أدلة الحنفية في عدم اشتراطهم للولي في النكاح بما يلي:

01- مناقشة استدلالهم بالآيات:

أ-قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ النهي عن العضل في الآية عم الأولياء، ونهيهم عنه دليل على اشتراطهم، ويشهد له سبب نزول الآية حيث نزلت في معقل بن يسار حين امتنع عن تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها، ولو لم يكن لمعقل ولاية وأن الحكم متوقف عليه لما عوتب عليه إما إضافته إليهن فلأنهن محل له[6].

ب-قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ تدل الآية على ما يجب من النكاح الذي أمر الله ورسوله به

---

[1] / البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3).

[2] / البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (117/3).

[3] / الاستذكار لابن عبد البر(34/16).

[4] / انظر الكافي لابن قدامة(223/4)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي(17/5).

[5] / البناية شرح الهداية للعيني(580/4).

[6] / المغني لابن قدامة(346/9)، انظر كشاف القناع للبهوتي(45/4)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي(16/5).

ومنه الولي والصداق[1]، أما إضافة العقد إليها هو لتعلقه بها[2].

ج- قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أبيح لها التصرف في نفسها بالمعروف والفعل بالمعروف إنما يكون بولي[3].

د- قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ ظاهر الآية يدل على أن هذا مما اختص به النبي ﷺ دون أمته أن أحل له الموهوبة ولا تحل لأحد بعده، كما اختص أيضا ﷺ بالنكاح بغير ولي[4].

02- مناقشة استدلالهم بالأحاديث:

أ- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: " الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا..." ورد الحديث للفرق بين الثيب والبكر في الإذن في النكاح عند الشافعية أما عند المالكية فهو في اليتيمة بكرا أو ثيبا [5]، كما أنه قد أثبت حقا للولي كما يفيده لفظ"أحق" وأحقيته هي الولاية، وأحقيتها رضاها، فإنه لا يصح عقده بها إلا بعده، فحقها بنفسها آكد من حقه لتوقف حقه على إذنها[6].

ب- أما استدلالهم بحديث أم سلمة رضي الله عنها فيمكن مناقشته بما يلي:

- أن الحديث مروي من طريق ابن عمر ابن أبي سلمة وهو مجهول[7].

- ومع فرض صحته فإنه لا حجة لهم فيه لأن الله تعالى يقول: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾(الأحزاب:6)، وهو خارج من قوله ﷺ " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل " [8].

-ويمكن أن يقال أيضا أن هذا القول من رسول الله ﷺ وهو زائد على معهود الأصل لأن الأصل بلا شك أن تنكح المرأة من شاءت بغير ولي فالشرع الزائد لا يجوز تركه، لأنه شريعة واردة[9].

---

[1] / التمهيد لابن عبد البر(96/19).

[2] / شرح الزركشي على مختصر الخرقي(16/5).

[3] / انظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي(16/5).

[4] / انظر أحكام القرءان لابن العربي(594/3).

[5] / انظر التمهيد لابن عبد البر(97/19).

[6] / انظر سبل السلام للصنعاني(37/6).

[7] / انظر المحلى لابن حزم(457/9).

[8] /انظر المحلى لابن حزم(457/9).

[9] / انظر المحلى لابن حزم(457/9).

– ومما يدل على أنه لا يجوز نكاح بلا ولي خبر زينب بنت جحش رضي الله عنها كانت "تقول زوجكن أهلوكن وزوجني الله من فوق سبع سموات"هذا سند صحيح مبين على أن جميع أزواجه ﷺ إنما زوجهن أولياؤهن[1].

–كما أنه من خصائصه ﷺ النكاح من غير ولي، وأن الأصح عدم اشتراط الولي في حقه ﷺ [2].

الفرع الثاني: الترجيح.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم الولاية في النكاح ومناقشتها ترجح لدي القول بأن الولي شرط في النكاح، وأن هذا العقد لا يصح إلا بوجود ولي للمرأة يتولى عقد نكاحها، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك لما يلي:

–قوة الأدلة التي استدلوا بها، حيث دلت الآيات بعمومها على أن الخطاب للأولياء وأن المرأة لا تلي عقد نكاحها بنفسها بل وكل الشارع الحكيم ذلك لوليها، وكذلك صحة الأحاديث وصراحتها في اشتراط الولي.

–كذلك لما نقل من أعراف الصحابة ﷺ في اشتراط الولي في النكاح وهم الذين عاشوا زمن التنزيل ومنها: قول عائشة رضي الله عنها " يخطب الرجلُ إلى الرجلِ وليته..." وكذلك قول أم سلمة رضي الله عنها للنبي ﷺ "ليس أحد من أوليائي حاضرا..." دليل على أن الولي شرط في النكاح عندهم ولا يصح إلا به[3].

– اشتراط الولي في النكاح ضروري وذلك لضعف المرأة عن اختيار الكفء، وسرعة ميلها للرجال وعدم خبرتها بهم لعدم مخالطتها لهم[4].

– اشتراط الولي في النكاح يميزه عن السفاح لقوله ﷺ " الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا"[5]، فإذا عَقَدَ نكاح المرأة وليها كان نكاحها شرعيا وصحيحا.

---

[1] / انظر المحلى لابن حزم(457/9).

[2] / انظر أحكام القرءان لابن العربي(599/3)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي(16/5).

[3] / انظر سبل السلام للصنعاني(37/6).

[4] / انظر محاسن الشريعة للقفال الشاشي(603/2).

[5] / سنن ابن ماجة(ح1882)،(327)، صحيح دون جملة الزانية، وقال ابن حجر رجاله ثقات، بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني(254).

-اشتراط الولي في النكاح موافق لمقصود الشارع في تحقيق عفة المرأة وصونها عن الخوض في مجالس الرجال ولئلا تنسب للوقاحة وقلة الحياء.

الفصل الأول: ولاية الكفيل في النكاح.

تعتبر الكفالة صورة من صور التكافل والتضامن داخل المجتمع المسلم، وهي عقد تبرع يحفظ حق اليتيم، سواء كان معلوم النسب أو مجهوله، فإن الكافل يكون وليا عليه حتى يبلغ رشده ذكرا كان أو أنثى وفي كل شؤونه المالية والشخصية من تعليم وتربية وزواج وغيرها.

وسأحاول في هذا الفصل بيان مفهوم الكافل وحكم ولايته لعقد النكاح لمعلومة النسب، بالإضافة إلى تخريج حكم ولايته لمجهولة النسب وابنة الزنا المستلحقة من أبيها

كما سأتطرق إلى الشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى تصح ولايته في النكاح، وبيان ذلك في المبحثين التاليين:

- ✓ **المبحث الأول: تعريف الكفيل وحكم ولايته في النكاح.**
- ✓ **المبحث الثاني: شروط الكفيل وولايته لمجهولة النسب**

المبحث الأول:تعريف الكفيل وحكم ولايته في النكاح.

يتناول هذا المبحث تعريف الكفيل وحكم ولايته على المكفولة التي علم نسبها وفقدت وليها.

المطلب الأول:تعريف الكفيل.

قبل معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة بالكفيل في ولاية النكاح لابد أولا من معرفة معنى الكفيل في اللغة وكذا معرفة تعريفه عند الفقهاء ولذلك سيتضمن هذا المطلب معنى الكفيل في اللغة والاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف الكفيل في اللغة.

الكفيل لغة من-كَفَلَ، يَكْفُلُ، يَكْفِلُ، كَفَالَةً، وللكفيل في اللغة معان منها:

-الضم والالتزام: تكفلت بالشيء ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة[1].

- الضامن: الكفيل الضامن للشيء .

كقوله تعالى:﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾(آل عمران: 37)، كَفَّلَها الله زكريا، بمعنى ضمَّها الله إليه[2].

-العائل و القائم بأمر اليتيم والمربي له: كما في الحديث "الربيب كافلٌ" أي كفل إنسانا يعوله وينفق عليه [3]، وقوله ﷺ "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا"[4]، أي الذي قام بأمره في تربيته وجميع شؤونه.

الفرع الثاني: تعريف الكفيل اصطلاحا.

الكفيل في اصطلاح العام للفقهاء هو الضامن وقد تعرضوا له في باب ضمان الدين، أما الكفيل في باب النكاح :

فهو من يتولى أمر البنت وتربيتها إذا مات أبوها وغاب أهلها، وبقيت عنده حتى بلغت، فله الولاية عليها في عقد النكاح فيزوجها بإذنها[5]، أو هو من قام بأمورها حتى بلغت عنده وهو أجنبي عنها[6].

- مما يلاحظ على التعريفين أن أغلب الفقهاء الذين عرفوا الكفيل هم من المالكية ذلك لأنهم اختصوا بإثبات الولاية للكافل إذا تكفل بصبية سواء كانت معلومة أو مجهولة النسب.

---

[1] / انظر لسان العرب لابن منظور(3906).

[2] / جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري (345/5).

[3] / انظر مقاييس اللغة لابن فارس(187/5)، لسان العرب لابن منظور(3906)، العين للفراهيدي (41/4).

[4] / صحيح البخاري(92/4)،(ح6005).

[5] / مدونة الفقه المالكي للغرياني(565/2).

[6] / منح الجليل لعليش(279/3).

-ومن خلال التعريف يتضح أن الكافل قد يكون شخصا أجنبيا عن المرأة المكفولة سواء كان من الحاضنين أو غيره.

- يمكن تعريف الكافل بأنه هو الذي يقوم بتربية ورعاية اليتيم الذي فقد والديه والالتزام بحقوقه والقيام بكل ما يلزمه حتى يبلغ رشده.

أما المكفولة فهي التي مات أبوها أو غاب أهلها[1].

والكفالة في نظر قانون الأسرة الجزائري هي" التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقه وتربية ورعاية، قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي"[2].

من خلال التعريف نستنتج أن الكفالة هي:

التزام: يكون على وجه المسؤولية للقيام بأمر اليتيم.

تبرع: يكون من شخص قادر على رعاية اليتيم، يتم على شكل عقد شرعي.

[1] / حاشية الخرشي على خليل(181/3).

[2] / المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري(23).

المطلب الثاني: حكم ولاية الكافل في النكاح.

اختلف الفقهاء في استحقاق الكافل لولاية النكاح لمكفولته إذا لم يوجد من يتولى عقد نكاحها إلى مذاهب وهذا ما سنبينه في المطلب التالي:

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في ولاية الكافل.

للفقهاء في ولاية الكفيل على اليتيمة قولان:

أولا: صحة ولاية النكاح للكافل.

ذهب أصحاب هذا القول على أنه من تكفل بصبية حتى بلغت النكاح عنده فإنه يصح له أن يتولى عقد نكاحها وهو مذهب المالكية[1]، وقال مالك رحمه الله "أن تزويجه عليها جائز"[2]، واتفقوا في جوازها على الدَّنِيئَةِ[3] واختلفوا في الشريفة[4] هل تصح ولاية الكافل لها أم لا؟.

فقال بعضهم أن الدنيئة يصح أن يتولى الكافل نكاحها أمّا الشريفة فلا يتولى نكاحها إلا السلطان[5].

و قال بعضهم أن ولاية الكافل تكون على الدنيئة والشريفة على حد سواء[6].

وظاهر كلام مالك في المدونة أن من كانت ذات بال وغنى وقدر لا يزوجها إلا الأولياء أو السلطان[7]، و هو الأصح لأن الظاهر كالنص [8].

ثانيا: عدم صحة ولاية الكفيل.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الكافل لا يصح له أن يتولى عقد نكاح اليتيمة التي بلغت عنده، وأن من لا ولي لها يزوجها السلطان، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، وولاية النكاح عندهم تكون من

---

[1] / المدونة الكبرى لسحنون(20/4)، منح الجليل لعليش(279/3)، كفاية الطالب الرباني للعدوي(95/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، شرح الخرشي على مختصر خليل(181/3)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(226/2).

[2] / المدونة الكبرى لسحنون(20/4).

[3] / الدَّنِيئَةِ: هي التي لا قدر لها ولا يرغب فيها لنسب ولا حسب ولا جمال كالسوداء أو المسلمانية، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(226/2).

[4] / الشريفة: هي المرأة صاحبة القدر والمال والجاه والنسب، شرح الخرشي على خليل(182/3)

[5] / حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني للعدوي(95/3).

[6] / شرح الخرشي على خليل(181/3).

[7] / المدونة الكبرى لسحنون(20/4).

[8] / منح الجليل لعليش(279/3).

العصبة أو المعتق أو السلطان[1].

بينما نص قانون الأسرة الجزائري في المادة(11) على أن الأولياء هم الأقارب فإن لم يكن فالقاضي ولي من لاولي له[2].

الفرع الثاني: أدلة الفريقين.

أولا: أدلة المجيزين.

استدل المالكية على صحة ولاية الكافل لمكفولته بالأدلة الآتية:

-استدلوا بالقياس على قول مالك بصحة بيع الكافل فتصح ولايته [3]، قال إنه يصح بيعه لذلك فإن ولايته لنكاح من كانت تحت كفالته جائزة.

-أن الكفالة موجبة للشفقة والحنان على اليتيمة فيكون الكافل كالأب فيورث له عقد نكاحها[4]، ولأن الكافل صار أحرص الناس على مصلحتها فيستحق الولاية عليها في النكاح[5].

ولأنه أنظر الناس وأعرفهم بمصلحتها[6]، وذلك بطول رعايتها والقيام بأمورها ومصالحها فيصير كالأب في معرفة الأصلح والأليق بها.

ثانيا: أدلة المانعين.

استدل جمهور الفقهاء على منع ولاية الكافل لمكفولته في النكاح بالأدلة الآتية:

عموم الأحاديث توجب الولاية للسلطان عند فقد الولي من النسب أو القرابة أو العتق فإن الولاية تنتقل إلى السلطان منها:

-قوله ﷺ " 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"[7].

---

[1] / نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني(45/12)، البحر الرائق لابن النجيم (118/3)،شرح فتح القدير لابن همام (246/3)، المبدع شرح المقنع لابن المفلح(107/6)، رد المحتار لابن عابدين(190/4)، الكافي لابن قدامة(227،226/4)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي(33،32/5).

[2] / قانون الأسرة الجزائري(6).

[3] / التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(563/3).

[4] / حاشية الخرشي على خليل(181/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3).

[5] / المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح لمحمد حاج عيسى(13).

[6] / المدونة الكبرى لسحنون(20/4)، الذخيرة للقرافي (240/4).

[7] / سنن أبي داود (ح2083)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102)،(ص259)، سنن ابن ماجة(ح1879)،(ص327).

وجه الدلالة من الحديث: أنه أثبت الولاية للسلطان عند فقد وليها، والولاية تكون من العصوبة فكل من استحق الميراث استحق الولاية[1]، فإذا عدم الولي من العصبة أو العتق تنتقل الولاية للسلطان ولا تكون للكافل بحال.

ويجاب عليه بأن الكافل هو ولي من الأولياء، لأنه صار كالأب في حصول الشفقة والحنان فيصح له أن يتولى نكاحها[2].

الفرع الثالث: الترجيح بين الأقوال.

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم نجد أن قول المالكية بولاية الكفيل له وجه من الصحة حيث أنهم يجعلون الكفيل ضمن الأولياء[3]، وذلك اعتبارا لمصلحة المكفولة من جهة، وتحقق علة الولاية في الكفيل من جهة أخرى وهي حصول الشفقة والحنان عليها فيكون أحرص على مصلحتها[4].

لكن يجب تخصيص ولاية الكافل بحالة فقد الأولياء من العصبة لأن الكافل لا يقدم على الأب أو بقية الأولياء قال التسولي[5] "ومع هذا فلا يزوجها الكافل مع وجود الأب أو غيره من الأولياء على المشهور إلا أن يجعل له نكاحها عند إعطائها له أو بعده فيكون وكيلاً عنه فيه"[6]، وعلى هذا فإن مرتبة الكفيل تكون بعد ولاية العصبة والمعتق، فإذا عدم هؤلاء زوجها الحاكم.

---

[1] / نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني(46/12)، بدائع الصنائع للكساني(241/2)، شرح فتح القدير لابن همام (246/3)، رد المحتار لابن عابدين(190/4،191).

[2] / التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، حاشية الخرشي على خليل(181/3).

[3] /انظر منح الجليل لعليش (179/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، تسهيل المسالك للأحسائي (1166/4)، المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح لمحمد حاج عيسى(14).

[4] / المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح لمحمد حاج عيسى(14).

[5] / هو القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الفقيه النوازلي الحامل لواء المذهب المطلع على أسراره المحقق العلامة المتفنن المؤلف المتقن مع صلاح ودين متين وزهد وورع ويقين، أخذ عن الشيخ محمَّد بن إبراهيم وهو عمدته والشيخ حمدون ابن الحاج وغيرهما، من تآليفه: "شرح على التحفة، وحاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق، وشرح الشامل في عدة أسفار..." توفي سنة 1258 هـ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية محمد بن محمد مخلوف(397/1).

[6] / البهجة في شرح التحفة للتسولي (403/1).

المبحث الثاني: شروط الكفيل وولاية مجهولة النسب

شرع الإسلام الكفالة ورعاية مجهولي النسب حتى البلوغ وقد اشترط عدة شروط لتصح كفالتهم، وفي هذا المبحث سنبين أهم ما اشترطه الفقهاء لصحة هذه الولاية، بالإضافة إلى بيان حكم الولاية على مجهولة النسب.

المطلب الأول: شروط الكفالة في النكاح.

اشترط الفقهاء عدة شروط لولاية الكفيل في النكاح بعضها يتعلق بالكافل وبعضها بالمكفولة والبعض الآخر يتعلق بزمن الكفالة وفي المطلب التالي بيان هذه الشروط:

الفرع الأول: شروط الكافل.

يشترط في الكفيل ما يشترط في ولي المرأة في النكاح:

-الإسلام: فلا تصح ولاية الكافل الكافر على المسلمة لقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١ ﴾(النساء141).

-البلوغ: لأنه لا تصح ولاية الصغير لنفسه فلا تصح ولايته على غيره، ولأن الكفالة عقد تبرع للقيام بمسؤولية اليتيم فلا تصح إلا من بالغ.

-العقل: فلا تصح ولاية الغير العاقل لنفسه فمن باب أولى ألا تصح لغيره، ثم أن الكفالة قائم على النظر في مصلحة اليتيم وإدراك المصلحة لا يتم إلا من عاقل.

-الحرية: فلا تصح ولاية العبد لولاية النكاح لمن كان تحت كفالته[1]، ولأن العبد لا تصح ولايته لنفسه فلا تصح ولايته على غيره.

-الذكورة: يجب أن يكون الكافل ذكرا فلا ولاية للأنثى الكافلة، وقيل لها ولاية ولكنها لا تباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها[2]، ولأن ولايتها لنفسها لا تجوز فمن باب أولى ألا تجوز ولايتها على غيرها.

-أن يستحق الولاية بعد العصبة والقرابة والولاء: فإذا فقدت المرأة أولياءها من العصبة والقرابة والولاء صح أن يتولى الكافل عقد نكاحها[3]، لأنه لا ولاية للكفيل مع وجود الولي الأقرب فلا يصح أن يقدم عليه .

---

[1] / كفاية الطالب الرباني(77/3)، تسهيل المسالك للأحسائي(1163/4).

[2] / منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، تسهيل المسالك للأحسائي (1163/4).

[3] / منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، تسهيل المسالك للأحسائي (1163/4).

الفرع الثاني: شروط المكفولة وزمن كفالتها.

نص الفقهاء على أن الولاية في النكاح على المرأة اليتيمة لا يكون إلا بتوفر شروط في هذه المرأة وأخرى ترجع إلى زمن الكفالة.

أولا: شروط المكفولة.

يشترط لولاية النكاح على المرأة المكفولة ما يلي:

-أن تكون مجهولة النسب: فإن كانت معلومة النسب لا تصح ولاية الكافل عليها[1]، لأنه لا يجوز الولاية على من عرف أبوها أو وجد وليها من النسب أو القرابة فهو أولى من الكافل بتزويجها إلا إذا وكله فتصح ولايته باعتباره وكيلا عليها.

-أن تكون دنيئة: يشترط في المرأة أن لا تكون ذات مال أو جمال أو حسب فإن كانت كذلك فلا يزوجها إلا السلطان[2].

_أن يزوجها بإذنها: فلا يصح للكافل أن يزوجها دون رضاها[3].

ثانيا: الشروط المتعلقة بزمن الكفالة.

اشترط بعض الفقهاء في الزمن الذي تجب به ولاية الكافل أن يكون أربع سنين [4]، وقال بعضهم المدة التي تصح بها الكفالة في النكاح عشر سنين[5]، وقال بعضهم أنه لا حد لها.

والراجح أنه لاحد لزمن الكفالة وإنما العبرة في ذلك بحصول الشفقة والحنان على المكفولة[6]، لأن الكافل يقوم بأمر اليتيمة ويتعهد رعايتها وتربيتها وهو مظنة حصول الشفقة والحنان حتى وإن قصرت مدة الكفالة فإن الكافل يكون حريصا على مصلحتها لأنه التزم القيام بشؤونها.

---

[1]/حاشية الدسوقي(226/2)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، البيان والتحصيل لابن رشد(362/4).

[2]/المدونة الكبرى لسحنون(20/4)، منح الجليل لعليش(279/3)، حاشية الدسوقي(226/2)، كفاية الطالب الرباني للعدوي(95/3).

[3]/ منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، حاشية الدسوقي(226/2)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، كفاية الطالب الرباني للعدوي(95/3).

[4]/ منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، حاشية الدسوقي(226/2)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3).

[5]/ منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3).

[6]/ منح الجليل لعليش(279/3)، شرح الخرشي على خليل(181/3)، حاشية الدسوقي(226/2) التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(562/3)، كفاية الطالب الرباني للعدوي(95/3).

المطلب الثاني: ولاية الكافل لمجهولة النسب.

قبل معرفة حكم ولاية الكافل على مجهولة النسب المتبناة يجب معرفة المقصود بمجهولة النسب .

الفرع الأول: تعريف مجهولة النسب.

يتناول هذا الفرع تعريف مجهولة النسب عند الفقهاء وحكم ولاية من تكفل بها في عقد النكاح.

إن مصطلح مجهول النسب مصطلح جديد لم يتعرض الفقهاء إلى تعريفه إلا أنهم تطرقوا إلى ما هو في معناه كاللقيط وابن الزنا، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف اللقيط:

فعرف الحنفية اللقيط: بأنه هو"اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة"[1].

أما المالكية فقد عرفوه بأنه: " صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه"[2].

بينما عرفه الشافعية بأنه: "كل طفل يلقى منبوذا "[3].

وأما الحنابلة فعرفوه بأنه: "كل طفل منبوذ لا مميز لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في شارع، أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز"[4].

– والملاحظ على هذه التعريفات أنها اختلفت في تسمية اللقيط فقط أما من حيث المفهوم فالفقهاء متفقون على أن اللقيط هو كل طفل لم يعرف أبواه فهو إذا مجهول النسب لا يعرف له أب أو أم .

–يعبر الفقهاء في كثير من الأحيان عن النسب ويقصدون به النسبة إلى الأب حتى وإن وجدت الأم فإن الطفل يبقى مجهول النسب، لأن النسب إنما يكون للأب و هو صاحب الفراش كما في قوله ﷻ: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾(الأحزاب:5).

ويمكن تعريف مجهول النسب بأنه: " اسم لحي مولود ضل أو طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من تهمة الريبة"[5].

الفرع الثاني:حكم ولاية النكاح على مجهولة النسب.

إذا تكفل رجل بابنة لا يعرف لها نسب وتولى رعايتها وتربيتها حتى بلغت عنده النكاح فهل يصح له أن يكون هو وليها أم أن السلطان هو من يتولى عقد نكاحها؟.

---

[1]/المبسوط للسرخسي(209/10)، البحر الرائق لابن النجيم(241/5).

[2]/الشرح الكبير للدردير(124/4).

[3]/ الحاوي الكبير للماوردي(34/8).

[4]/المبدع شرح المقنع لابن المفلح(135/5)،كشاف القناع للبهوتي(434/3).

[5]/أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي لوجيه لله سليمان أبو معيلق(5).

يمكن تخريج المسألة في مذهب مالك على فرعين التاليين:

أولا: التخريج على نص الإمام:

نص بعض الفقهاء على أن المسألة السابقة محمولة على المجهولة التي لا يعرف نسبها، وقد أشار القاضي عياض[1]، أن المسألة التي طرحت على الإمام مالك رحمه الله تعالى تتعلق بأهل البوادي والأعراب في الشدائد والحروب ثم يصيبهم الموت أو الجلاء فيبقى هؤلاء الأطفال مجهولين، ولا يعرفون هم ذلك لصغر أسنانهم فحكمهم حكم المحضونين سواء[2]، و بناءا على هذا فإن تخريج المسألة يكون على نص الإمام مالك وهو صحة ولاية الكافل على مجهولة النسب[3]، بينما يبقى مذهب الجمهور في ولاية الكافل على المنع وينقلون الولاية للسلطان.

ثانيا: التخريج بالمفهوم الأَوْلَوي:

بناءا على ما سبق ترجيحه في المسألة السابقة بأن ولاية الكفيل على من فقدت وليها وعلم نسبها جائزة وذلك لأنه يكون أنظر الناس وأحقهم بولايتها، فإن الولاية على من لم يعرف نسبها يكون من باب أولى[4]، فيكون ثبوت ولاية الكافل عليها بالمفهوم الأَوْلَوي ذلك لأن مجهولة النسب أدعى وأحوج إلى الشفقة والحنان فيصح للكافل أن يزوجها.

الفرع الثالث: الولاية على ابنة الزنا المعترف بها:

من بين المسائل المستجدة في الوقت الحاضر مسألة إقرار القوانين الوضعية للنسب بالنسبة للأطفال المولودين خارج إطار الزواج الصحيح –أبناء الزنا– فإذا تكفل رجل بابنته من الزنا و تم استلحاقها به وبلغت عنده النكاح فهل يصح له أن يتولى عقد نكاحها؟

إن مسألة ولاية الكفيل في النكاح على ابنة الزنا مبني على مسألة الإقرار بولد الزنا، وبالتالي فإنه يمكن تخريج هذه المسألة في مذهب الإمام مالك على الفرعين التاليين:

أولا: تخريج المسألة على القول بعدم ثبوت النسب بالإقرار:

---

[1]/ هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي العالم العلامة أندلسي الأصل، فقيه ونحوي و لغوي، حافظا لمذهب مالك له تصانيف كثيرة منها: " ترتيب المدارك، إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم، الشفا بصحيح المصطفى والتنبيهات المستنبطة..."، الديباج المذهب لابن فرحون (46/2).

[2]/ التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة للقاضي عياض(569/4).

[3]/ المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح لمحمد حاج عيسى(14).

[4]/ المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح لمحمد حاج عيسى(14).

ذهب جمهور العلماء و أصحاب المذاهب الأربعة أن النسب لا يثبت بالإقرار[1]، فلا تقبل دعوى من ادعى أن له ابنة من الزنا من امرأة ويريد أن يتكفل بها ولا يثبت نسب البنت منه.

وعلى هذا القول يتخرج لدينا القول بأن ولاية الأب المستلحق لابنته من الزنا غير جائزة، وتنتقل ولايتها لأخوالها أو لمن تختاره من المؤمنين أو السلطان[2].

ثانيا: تخريج المسألة على القول بثبوت النسب بالإقرار:

نص قانون الأسرة الجزائري على أن من بين الوسائل التي يثبت بها النسب الإقرار[3]، وعلى مذهب هؤلاء فإن ولاية الأب المستلحق تثبت على ابنته باعتبار الأبوة [4].

وعلى هذا القول يتخرج لدينا القول بأن ولاية الأب المستلحق لابنته من الزنا صحيحة وجائزة، و هي أول مراتب الأولياء في النكاح.

أما القول المخرج على قول المانعين فيبقى فيه مجال للنظر، في ظل تطبيق القوانين الوضعية التي أثبتت النسب لابنة الزنا فأقصى ما يمكن القول في هذه الحالة "أنه كفلها بإذن الحاكم وأعطاها لقبه ومنه فإن العقد الذي يليه يكون صحيحا، ولاينازعه في الولاية السلطان، لأنه هو من أثبت له النسب وكل ما يترتب عليه من حقوق"[5]، فيكون القول بصحة ولايته عليها هو القول الأقوى باعتبار مصالح الابن المستلحق من جهة وباعتبار كونه كافلا لها من جهة أخرى.

---

[1]/ البيان والتحصيل لابن رشد(406/6)، المبسوط للسرخسي(154/17)،الحاوي الكبير للماوردي(218/9).

[2]/ المستجدات المعاصرة في الولاية في النكاح على المرأة لمحمد حاج عيسى(15).

[3]/ المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري 84-11(10).

[4]/ المستجدات المعاصرة في الولاية في النكاح على المرأة لمحمد حاج عيسى(15).

[5]/ المستجدات المعاصرة في الولاية في النكاح على المرأة لمحمد حاج عيسى(15).

الفصل الثاني: ولاية الوصي في النكاح.

إن الولاية على المرأة في النكاح حق أثبتته الشريعة الإسلامية للولي، وبالتالي يمكن له أن يتصرف فيه حسب ما يراه كأن يوكل غيره على ولاية هذه المرأة أو يوصي لغيره أن يتولى إنكاحها إذا غاب أو مات ليحفظ حقها.

لذلك سأتحدث في هذا الفصل عن مفهوم الوصي وحكم ولايته في النكاح والشروط التي يجب أن تتوفر فيه لتصح ولايته وكذا ترتيبه بين الأولياء، بالإضافة إلى بيان حكم ولاية الإجبار على موليته وبيانه في المبحثين التاليين:

- ✓ **المبحث الأول: مفهوم الوصي وحكم ولايته في النكاح.**
- ✓ **المبحث الثاني: شروط الوصي وحكم إجباره.**

المبحث الأول:تعريف الوصي وحكم ولايته في النكاح.

يتناول هذا المبحث تعريف الوصي في اللغة والاصطلاح، ثم نأتي على حكم ولايته في النكاح لموليته إذا مات وليها وبيانه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الوصي.

قبل معرفة حكم الوصي في ولاية النكاح لابد أولا من تصور معنى الوصي في النكاح عند الفقهاء، ولذلك سأتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوصي في اللغة واصطلاح الفقهاء.

الفرع الأول: الوصي في اللغة.

الوصي في اللغة من وصى يقال: أوصَيْتُ، ووَصَّيتُه، تَوصِيةً، والاسم وصية.

والوصية تكون بعد الموت[1]، وللوصية معان:

-وصل الشيء بالشيء: ووَصَيْت الشيء وصلته[2].

-العهد: أوصى الرجل إذا عهد إليه[3].

ومنه فإن معاني الوصية في اللغة هي: الوصل والعهد وما يكون من الميت إلى الحي.

الفرع الثاني: الوصي اصطلاحا.

لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف واضح للوصي في النكاح إلا أننا نجدهم يعرفون الوصية بأنها: "الأمر بالتصرف بعد الموت" كأن يوصي إلى إنسان بتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه [4].

كما نجد بعض الفقهاء يذكرونه في صفة الإيصاء بأن يقول الولي للوصي"أنت وصي على بناتي أو على بضع بناتي"[5]، أو يقول له "جعلتك وصيا في نكاح بناتي"[6].

ويمكن تعريف الوصي في النكاح: هو من عهد إليه الولي بتزويج مؤلِيَّته بعد مماته[7].

من خلال التعريف نستنتج أن:

---

[1]/ العين للفراهيدي(377/4)، لسان العرب لابن منظور(4854).

[2]/ مقاييس اللغة لابن فارس(116/6).

[3]/ لسان العرب لابن منظور(4854).

[4]/ كشاف القناع للبهوتي(335/4).

[5]/ شرح الخرشي على خليل(178/3).

[6]/ كشاف القناع للبهوتي(58/5).

[7]/ الولاية في النكاح لعوض بن رجاء العوفي(187/2).

-أن الفرق بين الوكالة والوصي هو أن الوكالة تكون في حياة الأب أما الوصية فتكون بعد وفاته[1].

- الوصية بالإنكاح تكون بعد موت ولي المرأة .

-ولاية الوصي لا تستفاد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح.

المطلب الثاني: حكم ولاية الوصي في النكاح.

اختلف الفقهاء في استحقاق ولاية النكاح بالوصية إلى أقوال وبيانها مع أدلتها في المطلب التالي:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في ولاية الوصي.

للفقهاء في ولاية الوصي أقوال نجملها كالأتي:

القول الأول:جواز ولاية الوصي.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن ولاية النكاح تستفاد بالوصية، وهو مذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد رحمهم الله[2].

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد رحمه الله أنها تصح إذا لم يكن للمرأة عصبة أما إذا كان لها عصبة فلا يصح أن يقدم الوصي عليهم. [3].

القول الثاني: عدم جواز ولاية النكاح للوصي.

ذهب أصحاب هذا القول بأن الولاية في النكاح لا تكون بالوصية وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية وإحدى الروايتين عن الإمام احمد رحمهم الله تعالى [4].

الفرع الثاني: أدلة الفقهاء في ولاية الوصي.

استدل الفقهاء بأدلة نوردها كالآتي:

أولا أدلة المجيزين:

استدل المالكية على إجازة ولاية الوصي في النكاح بما يلي:

---

[1]/ انظر التفريع لابن جلاب(322/2).

[2]/ المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، القوانين الفقهية لابن جزي(333)، شرح الخرشي على خليل(178/3)، الشرح الكبير للدردير مع شرح الدسوقي(224/2)، المختصر الفقهي لابن عرفة(201/3).

[3]/ الكافي لابن قدامة (12/4)،المغني لابن قدامة(365/9)، الإنصاف للمرداوي(86/7).

[4]/ الأم للشافعي(20/5)، نهاية المطلب للجويني(42/12)، المحلى لابن حزم(464/9)، روضة الطالبين(315/6)، الكافي لابن قدامة (12/4)، شرح فتح القدير(277/3)، الإنصاف للمرداوي(86/7)، رد المحتار لابن عابدين(197/4).

1-استدلوا بالقياس على جواز الوصية بالمال لأنها ولاية ثابتة للولي فجازت وصيته بها كولاية المال وهي حق ثبت له في حياته، فكان له نقله إلى غيرة بعد مماته[1].

2-قالوا أنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته ويكون نائبه قائما مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته ، ولأن الأب أنزله منزلته فصار كأنه هو فكان له ما كان للأب[2].

أما من خصصوا ولاية الوصي بغياب العصبة فاستدلوا بالأدلة الآتية:

1-أن إنكاح الوصي للمرأة مع وجود أولياءها فيه إسقاط لحقهم، فإذا لم يوجد أولياءها فيكون بمنزلة الأب فيجوز له أن يتولى نكاحها[3].

2-إنكاح المرأة من الوصي بوجود أولياءها مخالف لقوله ﷺ " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِي "[4]، وقوله ﷺ " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ"[5]، والوصي ليس من الأولياء فلا يكون وليا على المرأة إلا إذا فقد أولياءها.

ثانيا: أدلة المانعين.

استدل المانعون لصحة ولاية النكاح بالوصية بالأدلة الآتية:

1- عموم أحاديث الولاية على المرأة:

كقوله ﷺ " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ"[6].

قال الشافعي: الأولياء هم من العصبة بلا خلاف والوصي ليس من العصبات فلا ولاية له على المرأة [7].

2-استدلوا بحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: توفي عثمان بن مظعون ﷺ عنه وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون ﷺ قال

---

[1]/التفريع لابن جلاب (322/2)، الكافي لابن عبد البر(233/1)، الكافي لابن قدامة (12/4)، المبدع لابن المفلح(114/6)، كشاف القناع للبهوتي(58/5).

[2]/ المبدع لابن المفلح(114/6)، الكافي لابن قدامة (12/4).

[3]/ التفريع لابن جلاب (322/2)،المبدع لابن المفلح(114/6)، الكافي لابن عبد البر(233/1)،الكافي لابن قدامة (12/4).

[4] / سنن أبي داود (ح2085)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102)،(ص260)، سنن ابن ماجة(ح1880)،(ص327).

[5] / سنن أبي داود (ح2083)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102)،(ص259)، سنن ابن ماجة(ح1879)،(ص327).

[6] / سنن أبي داود (ح2083)،(ص361)، سنن الترمذي(ح1102)،(ص259)، سنن ابن ماجة(ح1879)،(ص327).

[7] / الأم للشافعي(19/5).

عبد الله: وهما خالاي – قال: فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون، فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة ﷺ يعني: إلى أمها – فأرغبها في المال، فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبيا، حتى ارتفع أمرهما إلى رسول اللهﷺ فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي، أوصى بها إلي، فزوجتها ابن عمتها عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة , وإنما حطت إلى هوى أمها، فقال رسول الله ﷺ : " هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها " , قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة[1].

قالوا: أن الحديث فيه دليل على أن اليتيمة لا يجبرها وصي ولا غيره[2].

ويجاب عليه بأن الحديث ليس فيه دليل على منع ولاية الوصي، وإنما يدل على منع تزويج اليتيمة دون إذنها

3-لأنها ولاية نكاح فلم يجز الوصية بها كولاية الحاكم [3].

4-الوصي يكون كالأجنبي فلا ضرر عليه في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها، ولا يلحقه عار في ذلك [4].

و يجاب عليه بأن الأب أو غيره من الأولياء لا يوصي عليها إلا من يثق بنظره وأمانته وحسن اختياره[5].

5-أن الصغيرة إذا مات أبوها صارت يتيمة وقد جاء النص بأن لا تنكح اليتيمة حتى تستأذن[6].

و يجاب عليه بأن الوصي لا يزوج الصغيرة إلا إذا عين الأب الزوج[7].

6-لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا فلم يجز أن يوصي بها إلى غير مستحقها كالحضانة [8].

الفرع الثالث: الترجيح.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في ولاية النكاح للوصي ومناقشتها، يترجح لدينا القول بصحة ولاية الوصي في النكاح وهو مذهب المالكية والرواية الصحيحة عن الإمام أحمد، ومستند قول الجمهور أن الوصي

---

[1] / مسند أحمد(284/10)،(ح6136).

[2] / نيل الأوطار للشوكاني(82/12).

[3] / المبدع لابن المفلح(114/6)، المغني لابن قدامة(365/9).

[4] / الأم للشافعي(20/5)، المغني لابن قدامة(365/9)، المبدع لابن المفلح(114/6)

[5] / الولاية في النكاح رجاء بن عوض العوفي(191/2).

[6] / المحلى لابن حزم(464/9).

[7] / الفواكه الدواني للنفراوي(14/2،15).

[8] / المغني لابن قدامة(365/9).

ليس من العصبات ولا القرابات فلا يعتبر من الأولياء ولا يتولى النكاح، أما مذهب المالكية فيعتبرون أن الوصي من الأولياء فهو يقوم مقام الأب وأن ولايته مستفادة بالنيابة عن طريق توكيل الأب له ذلك، فهو وكيل الأب بعد وفاته، ويتقوى هذا القول بعد فقد الأولياء ومع هذا فإن هذا القول يجب أن يخصص بحال فقد العصبات، ويجب أن تستفاد ولايته بلفظ الإنكاح أو التزويج[1] لتصح ولايته لأن تقديم الوصي على الأولياء مخالف لعموم أحاديث الولاية على المرأة، وفيه أيضا إسقاط لحقهم[2].

[1] / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(224/3).

[2] / التفريع لابن جلاب (322/2)،المبدع لابن المفلح(114/6)، الكافي لابن عبد البر(233/1)،الكافي لابن قدامة (12/4).

المبحث الثاني:شروط الوصي وحكم إجباره.

بعد بيان مفهوم الوصي و حكم ولايته في النكاح ننتقل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة به في النكاح من خلال بيان شروطه، وترتيبه في الولاية مع وجود الأولياء، وحكم إجباره لموليته، وهذا ما سأبينه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:شروط الوصي في النكاح وترتيبه.

يتناول هذا المطلب الشروط التي نصها الفقهاء لصحة ولاية الوصي في النكاح، ثم بعد ذلك نأتي إلى بيان ترتيبه بين الأولياء.

الفرع الأول: شروط الوصي.

اشترط الفقهاء في الوصي في النكاح بعض الشروط وهي كالآتي:

-الإسلام: يجب أن يكون الوصي مسلما فلا يصح لكافر أن يتولى نكاح المسلمة، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١﴾(النساء141).

-العقل: لا تصح الوصية ممن لا تمييز له، فمن صح تصرفه في المال صحت وصيته[1]، ولأن الوصية نيابة للقيام بأمور الغير فلا تصح إلا من جائز التصرف.

-البلوغ: لأن الصغير لا تصح ولايته لنفسه فلا تصح ولايته على غيره .

-الحرية: فلا يتولى عقد النكاح عبدا، فإن كان الوصي عبد فله أن يختار الأزواج و يفرض الصداق، ويتولى أولياؤه النكاح أو السلطان[2].

-الذكورة: فإن كانت المرأة وصية على يتيمة فلا تتولى نكاحها ولها اختيار الأزواج وفرض الصداق ويتولى أولياءها أو السلطان عقد النكاح، ولها أن توكل في عقد النكاح[3].

-أن تكون ولايته بعد موت الموصي: يشترط أن تكون ولاية الوصي بعد موت الأب وذلك لأن الوصية هي إذن بعد الموت فإن كانت في حياته فهي وكالة وليست وصية [4].

---

[1] / الكافي لابن عبد البر(234).

[2] / الكافي لابن عبد البر(234)، البهجة شرح التحفة للتسولي(403/1).

[3] / القوانين الفقهية لابن جزي(333)، الكافي لابن عبد البر(234)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(565/3)، الفواكه الدواني للنفراوي(14/2).

[4] / انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/2)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل(565/3).

-أن تكون ولايته على من فقدت عصبتها: وهذا شرط عند الحنابلة فإن ولاية الوصي لا تكون إلا عند فقد الأولياء من العصبة، لأن ولايته بوجودهم هو مخالف لعموم النصوص الدالة على اشتراط الولي، وهو مظنة إسقاط حقهم في الولاية[1].

الفرع الثاني: ترتيب الوصي بين الأولياء.

بعد أن سبق القول بترجيح صحة ولاية الوصي وأنه يقوم مقام الولي في النكاح وهو المختار من قول المالكية ومشهور مذهب الحنابلة نخلص الآن إلى ترتيب الوصي بين الأولياء.

أولا: ترتيب الوصي عند المالكية.

مذهب المالكية أن الوصي يقوم مقام من أوصاه، وهو الأب خاصة وليس لغير الأب أن يوصي بإنكاح بناته، وهو مقدم على سائر الأولياء وهو الأولى بالإنكاح عند وجودهم معه[2]، وقال بعضهم يقدم في البكر وهو كسائر الأولياء في الثيب[3]، وكذلك عندهم وصي الوصي يقوم مقام وصيه في ولاية النكاح[4]. وخلاصة الكلام في ترتيب الأولياء عند المالكية أن الوصي يأتي بعد الأب فإذا مات الأب قام الوصي مقامه وكان له ما كان للأب من الولاية في حياته.

ثانيا: ترتيب الوصي عند الحنابلة.

الوصي عند الحنابلة يقوم مقام من أوصاه من الأولياء، إلا أنه لا يقدم على الأولياء من العصبة[5]، وسواء كان الولي الأب أو غيره من الأولياء فلا يخصص الموصي عندهم بالأب بل يصح لكل ولي من الأولياء أن يوصي بنكاح من كان تحت ولايته، إذا نص له على التزويج[6].

---

[1] / المغني لابن قدامة(365/9).

[2] / المدونة الكبرى لسحنون(16/4)، شرح الخرشي على خليل(178/3)، القوانين الفقهية لابن جزي(333)، الكافي لابن عبد البر(335)مواهب الجليل(55/5).

[3] / المدونة لسحنون(16/4)، شرح الخرشي على خليل للخرشي(178/3).

[4] / الذخيرة للقرافي(224/4)، مواهب الجليل للحطاب (57/5).

[5] / الكافي لابن قدامة(12/4)، المغني لابن قدامة(365/9).

[6] / انظر كشاف القناع للبهوتي(58/5).

ومن خلال ترتيب الأولياء عند المالكية والحنابلة نستنتج أن الوصية في النكاح عند المالكية لا تكون إلا من طرف الأب أما عند الحنابلة فيصح أن تكون الوصية من سائر الأولياء، كما أن ولاية الوصي لا تستفاد إلا بلفظ التزويج وهو ظاهر شرط الحنابلة.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص على أن مرتبة الوصي تكون بعد الولي الشرعي والقرابة، وهم الأقربون كالابن المولود من زواج سابق[1].

[1] / الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري لديري دليلة (49).

المطلب الثاني: حكم ولاية الإجبار للوصي.

ولاية الإجبار هي أن يزوج من له الحق في تزويج من كان تحت رعايته من البنات بغير إذنهن[1]، وقد اختلف الفقهاء في جبر الوصي موليته على النكاح إلى قولين نذكرها على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: تزويج البكر.

القول الأول: أنه يجوز للوصي أن يجبر من كانت تحت وصايته على النكاح سواء كانت بالغة أو غير بالغة، وهو مذهب الحنابلة واختيار الإمام مالك رحمه الله [2].

القول الثاني: أنه لا يجوز للوصي أن يجبر موليته البكر البالغة على النكاح وهو اختيار عبد الوهاب البغدادي[3] في المعونة[4].

و الراجح أنه يجوز جبر الوصي للبكر سواء كانت صغيرة أو بالغة إذا أمره الأب بذلك أو عين له الزوج[5]، أما إذا لم يجز له الولي الجبر فلا جبر له [6].

الفرع الثاني: تزويج الثيب.

الثيب إما أن تكون صغيرة أو كبيرة، والوصي في نكاح الثيب البالغة ولي من الأولياء فلا يجوز له تزويجها إلا برضاها[7]، أما الثيب الصغيرة والثيب البالغة التي ثيبت بعارض كالزنا فله إجبارها[8]، أما غيرها فلا يجبرها الوصي.

---

[1] / انظر مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني(559/2).

[2] / المدونة لسحنون(17/4)، القوانين الفقهية لابن جزي(333)، المغني لابن قدامة(366/9)، كشاف القناع للبهوتي(58/5).

[3]/ هو القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي الفقيه الحافظ الحجة، ولد سنة363هـ، من أعيان علماء الإسلام، أخذ عن أبي بكر الأبهري وحدث عنه وأجازه، تفقه عن كبار أصحابه كابن القصار وابن الجلاب والباقلاني، له تآليف كثيرة منها: "شرح رسالة أبي زيد القيرواني، شرح المدونة والمعونة في مذهب عالم المدينة..." توفي في421هـ، شجرة النور الزكية لمحمد بن محمد مخلوف(104،103/1).

[4]/ المعونة عبد الوهاب البغدادي (1/ 484).

[5]/ شرح الخرشي على خليل للخرشي(178/3)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/3).

[6]/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/2).

[7]/ شرح الخرشي على خليل للخرشي(178/3).

[8]/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/3).

والراجح أنه يجوز للوصي الإجبار بشرط أن يجيز له الأب ذلك، إن ذكر له البضع أو النكاح أو التزويج، بأن يقول له أنت وصي على بضع بناتي أو أنت وصي على نكاح بناتي أو أنت وصي على تزويجهن[1]، أو أن ذكر له ذلك ضمنا بأن يقول له زوجها قبل البلوغ وبعده أو على أي حالة شئت، أو يقول له زوجها أو أنكحها ممن أحببت أو لمن ترضاه[2].

وخلاصة الكلام في جبر الوصي أنه يجبر كل من يجبرها الأب: وهي المجنونة مطلقا والبكر ولو عانسا والثيب الصغيرة، والثيب البالغة، إذ ثيبت بعارض كالزنا[3]، ووصي الوصي يقوم مقام من أوصاه فهو ولي في النكاح أيضا[4].

---

[1] / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/3).

[2] / الولاية في النكاح دراسة مقارنة لسعد بن حميد السبيعي(117).

[3] / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير(224/3).

[4] / المدونة الكبرى لسحنون(17/4)، المختصر الفقهي لابن عرفة(203/3).

خاتمة

بعد منّ الله تعالى وتوفيقه لي في إنجاز هذا البحث الموسوم بأحكام ولاية الكفيل والوصي في النكاح- دراسة فقهية مقارنة- وبعد جهد وعناء بحث في مدونات الفقه وكتب الفقهاء يمكن الإجابة عن الإشكالية المطروحة في هذا البحث – ما مدى صحة ولاية الكفيل والوصي في النكاح؟ – كالآتي:

أولا: صحة ولاية الكفيل عند المالكية حيث يعتبر الكافل عندهم ولي من الأولياء، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بالمنع وتنتقل الولاية عندهم للسلطان عند فقد الولي.

ثانيا: صحة ولاية الوصي في النكاح عند المالكية وأصح الروايات عند الحنابلة، أما مذهب الجمهور فيبقى على المنع وينقلون الولاية للسلطان.

أما النتائج الجزئية في هذا البحث فهي:

أولا: الكفيل هو كل من يتولى تربية ورعاية اليتيمة سواء كانت معلومة أو مجهولة النسب حتى بلغت النكاح عنده.

ثانيا: قسم الفقهاء شروط الكفالة في النكاح إلى شروط تتعلق بالكفيل وشروط تتعلق بالمكفولة وشروط أخرى تتعلق بزمن الكفالة، أما شروط الكافل فهي: الإسلام والبلوغ الحرية والذكورة وأن تكون ولايته بعد أولياء العصبة والقرابة، أما شروط المكفولة فهي: أن تكون مجهولة النسب وأن تكون دنيئة وأن يزوجها برضاها، أما الشروط المتعلقة بزمن الكفالة فالراجح فيها أن تمضي مدة تحصل فيها الشفقة والحنان على المكفولة.

ثالثا: صحة ولاية الكافل على مجهولة النسب وابنة الزنا المستلحقة وذلك لتوفر علة الولاية في الكافل وهي حصول الشفقة والحنان على المكفولة، حيث يصبح أحرص الناس على مصلحتها.

رابعا: ترتيب الكافل في الولاية على معلومة النسب يكون بعد فقد الولي الشرعي، أو موته ولا يقدم على الأولياء، أما في مجهولة النسب فيكون هو وليها لعدم وجود ولي عليها.

خامسا: الوصي عند الفقهاء هو من عهد إليه الولي بتزويج مؤلِيَّته بعد مماته.

سادسا: يشترط في الوصي في ولاية النكاح أن يكون مسلما عاقلا بالغا حرا، وأن تكون ولايته بعد موت الولي الموصي وأن يستحق الولاية بعد العصبات.

سابعا: يقوم الوصي مقام من أوصاه، وهو عند المالكية الأب، وهو مقدم على سائر الأولياء، أما عند الحنابلة فيصح لغير الأب أن يوصي بنكاح بناته، ولا يقدم الوصي على الأولياء من العصبة.

ثامنا: ولاية الإجبار للوصي تكون على من يجبرها الأب وهي: المجنونة مطلقا والبكر ولو عانسا والثيب الصغيرة، والثيب البالغة، إذ ثيبت بعارض كالزنا.

تاسعا: الوصية بالنكاح لا تستفاد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج فقط.

الفهارس العامّة:

أولا: فهرس الآيات القرآنية.

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثا: فهرس الآثار.

رابعا: فهرس الأعلام المترجم لهم.

خامسا: فهرس المصادر والمراجع.

سادسا: فهرس الموضوعات.

أولا: فهرس الآيات القرآنية.

السورة	الآية	رقمها	الصفحة
البقرة	﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾	221	23
	﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾	230	.20
	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾	232	22،21،19
	﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾	234	21
	﴿ٱللَّهُ وَلِىُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾	257	13
آل عمران	﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾	37	28
	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾	102	06
النساء	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾	01	06
	﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾	141	44،33
إبراهيم	﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾	07	04
النور	﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾	32	15
القصص	﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ﴾	27	25،19

الأحزاب	﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾	05	35
	﴿ٱلنَّبِيُّ أَوۡلَىٰ بِٱلۡمُؤۡمِنِينَ مِنۡ أَنفُسِهِمۡۖ وَأَزۡوَٰجُهُۥٓ أُمَّهَٰتُهُمۡ﴾.	06	24
الأحزاب	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ﴾	49	15
	﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾	50	21
	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا﴾	71،70	06

ثانيا: فهرس الأحاديث النبويّة.

طرف الحديث	الراوي	الصفحة
" الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا..."	ابن عباس	25،21
"أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي ونعم الأب..."	عائشة	22
"أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا..."	سهل ابن سعد	28
"أنه خطب أم سلمة، فقالت: "إنه ليس أحد من أوليائي..."	أم سلمة	25،21
" أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا..."	عائشة	41،31،20
" لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ..."	أبي هريرة	26،24،20
" لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِي..."	أبي موسى الأشعري	41،23،19

ثالثا: فهرس الآثار.

طرف الأثر	الصفحة.
" أَنَّ الطَّرِيقَ جَمَعَتْ رَكْبًا..."	20
"أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها ..."	22
" أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ: رَدَّ نِكَاحَ امْرَأَةٍ ..."	20
"توفي عثمان بن مظعون ﷺ عنه وترك ابنة له من خويلة ..."	41
" لاَ تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلاَّ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا..."	20
"ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن، من المنذر بن الزبير، وعبد..."	22
" وَلَّى عُمَرُ ابْنَتَهُ حَفْصَةَ مَالَهُ وَبَنَاتِهِ..."	20

رابعا: فهرس الأعلام المترجم لهم.

العلم	الصفحة
الإبراهيمي	16
التسولي	32
عبد الوهاب البغدادي	47
القاضي عياض	36

رابعا: فهرس المصادر والمراجع.

01 القرءان الكريم برواية حفص عن عاصم.

الرقم	الكتـــــــــــــــاب
02	آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، تح أحمد طالب الإبراهيمي، دار الغرب الإسلامي، ط1-1997م.
03	الأعلام للزركلي، دار العلم للملايين، ط15 مايو،2002م.
04	أحكام القرءان لابن العربي، تح محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3-1424هـ-2003م.
05	أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة لوجيه عبد الله سليمان أبو معيلق، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية-1427هـ-2006م.
06	الاستذكار لابن عبد البر، تح عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة ودار الوغى، ط1-1414هـ.
07	الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، دار ابن القيم ودار ابن عفان،ط1-1429هـ-2008م.
08	الأم للشافعي، تح محمد زهري النجار، دار المعرفة.
09	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، تح محمد حامد الفقي، ط1-1375هـ،1956م، د.د.ن.
10	البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن النجيم، د.ت، د.د.ن، د.ط.
11	بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، دار المعرفة، ط6-1402هـ-1982م.

12	بدائع الصنائع للكاساني، تح علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية،ط2-1424هـ،2003م.
13	بدائع الصنائع للكاساني، دار الكتب العلمية ، ط2-1406هـ-1986م.
14	بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، تح عصام موسى هادي، دار الصديق، ط-1423هـ،2002 م.
15	البناية في شرح الهداية للعيني، دار الفكر، ط2-1411هـ، 1990م.
16	البهجة شرح التحفة للتسولي، تح محمد عبد القادر شهين، دار الكتب العلمية، ط1-1418هـ-1998م.
17	تاج العروس للزبيدي، تح عبد السلام محمد هارون د.د.ن-1385هـ-1965م.
18	التجريد للقدوري، تح مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد احمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، ط1-1425هـ-2004م.
19	تسهيل المسالك للأحسائي، تح عبد الحميد، مكتبة الإمام الشافعي، ط1-1416هـ-1995م.
20	التعريفات للجرجاني، تح محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، د.ط.
21	التفريع لابن جلاب، تح حسن بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط1-1408هـ-1987م.
22	تفسير القرءان العظيم لابن كثير، تح سامي بن محمد السلامة، دار طيبة، د.ط.
23	تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني، علق عليه أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، دار المشكاة، ط1-1416هـ-1995م.
24	التمهيد لابن عبد البر، د.ت، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
25	التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة لأبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، تح محمد الوثيق، دار ابن حزم، ط1-1432هـ-2001م.

26	التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب لخليل، تح أحمد بن عبد الكريم نجيب، د.د.ن-1329هـ-2008.
27	جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط1-1422هـ-2001م.
28	الجامع لأحكام القرءان للقرطبي، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط1-1427هـ-2006م.
29	الحاوي الكبير للماوردي، تح علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية،ط1414هـ-1994م.
30	الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون، تح محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث.
31	الذخيرة للقرافي، تح محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1-1994م.
32	رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، تح عادل أحمد عبد الموجود ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط1-1418هـ-1994م.
33	روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، المكتب الإسلامي، ط3-1412هـ-1991م.
34	سبل السلام للصنعاني، تح محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي،ط2-محرم 1421هـ
35	سن ابن ماجة، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، ط1.
36	سنن أبي داود، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، د.ط.
37	سنن الترمذي، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، ط1.
38	السنن الكبرى للبيهقي، د.ت، د.د.ن، ط1- 1353هـ.
39	سنن النسائي، تح حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، ط1-1421هـ-2001هـ.
40	شجرة النور الزكية لمحمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية، القاهرة 1349هـ.

41	شرح الخرشي على خليل للخرشي، ط2-1317هـ.
42	شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تح عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، ط1-1413هـ-1993م.
43	الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، د.ت، دار إحياء الكتب العلمية، د.ط.
44	شرح حدود ابن عرفة للرصاع، تح محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1-1993م.
45	شرح فتح القدير لابن همام، تح الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية-ط1424هـ-2003م.
46	الصحاح للجوهري، تح أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، د.ط.
47	صحيح البخاري، تح محب الدين خطيب، المكتبة السلفية، ط1-1400هـ.
48	صحيح مسلم، تح فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دار الكتب العلمية، ط1-1412هـ-1991م.
49	العين للفراهيدي، تح عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، ط1-1424هـ-2003م.
50	الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني للنفراوي، تح عبد الوارث محمد، دار الكتب العلمية، طبعة-1418هـ-1997م.
51	القاموس المحيط للفيروزآبادي، تح أنس محمد الشامي ، زكريا جابر أحمد -1329هـ-2008م.
52	قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط4-2005م.
53	القوانين الفقهية لابن جزي، تح محمد بن سيدي محمد مولاي.
54	الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، دار الكتب العلمية، ط2-1413هـ-1992م.
55	الكافي لابن قدامة، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي،دار هجر، ط1-1418هـ-1997م.

56	كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، دار عالم الكتب-1403هـ-1983م.
57	كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني، لعلي ابن خلف المنوفي، تح أحمد حمدي إمام ط1-1409هـ-1997م.
58	لسان العرب لابن منظور، تح محمد أحمد حسن الله هاشم، عبد الله علي كبير، محمد الشاذلي.
59	المبدع شرح المقنع لابن مفلح، تح محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية،ط-1418هـ-1997م.
60	المبسوط للسرخسي، دت، دار المعرفة، د.ط.
61	محاسن الشريعة للقفال الشاشي، تح كمال الحاج علتول العروسي، ط1412هـ-1992م.
62	المحلى لابن حزم، تح محمد منير الدمشقي، ط1351هـ.
63	المختصر الفقهي لابن عرفة، تح حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط1-1435هـ-2004م.
64	المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، دار القلم، ط1-1425هـ-2004م.
65	مدونة الفقه المالكي وأدلته للصادق الغرياني، د.ت، مؤسسة الريان، ط1-1323هـ-2002م.
66	المدونة الكبرى لسحنون، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد د.د.ن،دط.
67	المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح دراسة فقهية مقاصدية لمحمد حاج عيسى، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني-المستجدات الفقهية لأحكام الأسرة- معهد العلوم الإسلامية بجامعة حمة لخضر –الوادي- 15،16صفر1440هـ-24،25 أكتوبر2018م.
68	مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح شعيب الأرناؤط، مؤسسة الرسالة، ط1-1416هـ-1996م.
69	مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة- لديري دليلة وشنة سعاد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، إشراف الأستاذة

	مقنانة مبروكة جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية-2013م،2014م.
70	مصنف ابن أبي شيبة، ت حابي محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد ط1-1429هـ-2008م.
71	مصنف عبد الرزاق، تح حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، ط2-1403هـ-1983م.
72	معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمد عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، د.ط.
73	مغني المحتاج للشربيني، تح محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، د.ط.
74	المغني لابن قدامة، تح عبد الله ابن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ط3-1417هـ-1997م.
75	مقاييس اللغة لابن فارس، تح عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.ط.
76	المقدمات الممهدات لابن رشد، تح محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1-1408هـ-1988م.
77	المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب، تح محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1-1418هـ-1998م.
78	منح الجليل على مختصر خليل لعليش، دار الفكر، ط2-1404هـ-1984م.
79	نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تح عبد العظيم محمود الديب، ط1-1428هـ-2007م.
80	نيل الاوطار للشوكاني، تح محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، ط1-1427هـ.
81	الهداية على بداية المبتدي للمرغيناني، تح نعيم أشرف ونور أحمد، ط1-1417هـ.
82	الولاية في النكاح دراسة مقارنة لسعد بن حميد السبيعي، رسالة دكتوراه بقسم الدراسات الشرعية من جامعة أم القرى-1401هـ-1402هـ.

83	الولاية في النكاح لعوض بن رجاء العوفي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير من الجامعة الإسلامية، ط1-1423هـ-2002م.

خامسا: فهرس الموضوعات.

الموضـــــــــــــــــــوعات	الصفحة
البسملة	02
إهداء.	03
شكر وتقدير.	04
مقدمة.	05
فصل تمهيدي: الولاية في النكاح عند الفقهاء.	11
المبحث الأول: تعريف الولاية في النكاح.	12
المطلب الأول: تعريف الولاية.	12
الفرع الأول: الولاية لغة.	12
الفرع الثاني: الولاية اصطلاحا.	12
المطلب الثاني: تعريف النكاح.	14
الفرع الأول: النكاح لغة.	14
الفرع الثاني: النكاح اصطلاحا.	15
الفرع الثالث: تعريف الولاية في النكاح.	17
المبحث الثاني: حكم الولاية في النكاح .	18
المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم.	18
الفرع الأول: أقوال الفقهاء.	18
الفرع الثاني: أدلة الفقهاء.	19
المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح.	23
الفرع الأول: مناقشة الأدلة.	23
الفرع الثاني: الترجيح.	26

الفصل الأول: ولاية الكفيل في النكاح.	27
المبحث الأول: تعريف الكفيل وحكم ولايته في النكاح	28
المطلب الأول: تعريف الكفيل.	28
الفرع الأول: الكفيل لغة.	28
الفرع الثاني: الكفيل اصطلاحا.	28
المطلب الثاني: حكم ولاية الكفيل في النكاح.	30
الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في ولاية الكفيل.	30
الفرع الثاني: أدلة الفقهاء.	31
الفرع الثالث: الترجيح.	32
المبحث الثاني: شروط الكفيل وولايته على مجهولة النسب.	33
المطلب الأول: شروط الكفالة في النكاح.	33
الفرع الأول: شروط الكفيل	33
الفرع الثاني: شروط المكفولة وزمن كفالتها.	34
المطلب الثاني: ولاية الكفيل على مجهولة النسب.	35
الفرع الأول: تعريف مجهولة النسب وحكم ولاية الكافل عليها.	35
الفرع الثاني: حكم الولاية على ابنة الزنا المستلحقة.	35
الفصل الثاني: ولاية الوصي في النكاح.	38
المبحث الأول: تعريف الوصي وحكم ولايته في النكاح.	39
المطلب الأول:تعريف الوصي.	39
الفرع الأول: الوصي لغة.	39
الفرع الثاني: الوصي اصطلاحا.	39
المطلب الثاني: حكم ولاية الوصي في النكاح.	40

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في ولاية الوصي.	40
الفرع الثاني: أدلة الفقهاء ومناقشتها.	40
الفرع الثالث الترجيح.	42
المبحث الثاني: شروط الوصي وحكم إجباره في النكاح.	44
المطلب الأول: شروط الوصي وترتيبه.	44
الفرع الأول: شروط الوصي.	44
الفرع الثاني: ترتيب الوصي بين الأولياء.	45
المطلب الثاني: حكم ولاية الإجبار للوصي.	47
الفرع الأول: إجبار البكر.	47
الفرع الثاني: إجبار الثيب.	47
خاتمة.	49
الفهارس العامة.	52
فهرس الآيات القرآنية.	53
فهرس الأحاديث النبوية.	55
فهرس الآثار.	56
فهرس الأعلام المترجم لهم.	57
فهرس المصادر والمراجع.	58
فهرس الموضوعات.	64

الملخص:

يتناول هذا البحث موضوع ولاية الكفيل والوصي في النكاح إذا غاب الولي الشرعي للمرأة، ولذلك فقد كان الهدف الذي تسعى إليه هذه الدراسة هو بيان الأحكام الفقهية المتعلقة بهما في النكاح، وذلك بذكر تعريف الكفيل والوصي في النكاح وبيان حكم ولايتهما على المرأة، والشروط التي يجب أن تتوفر فيهما لتصح ولايتهما، ثم تخريج حكم ولاية الكفيل على مجهولة النسب وابنة الزنا المستلحقة، وبيان ترتيب الوصي بين الأولياء وحكم ولاية الإجبار على موصيته.

الكلمات المفتاحية: الولاية، النكاح، الكفيل، الوصي.

Résumé:

Cette étude traite du sujet du mandat du parrain et du tuteur légaux en cas d'absence du tuteur légal des femmes et a pour objectif de clarifier les dispositions jurisprudentielles relatives au mariage en mentionnant la définition du parrain et du tuteur légaux, Et puis la graduation de la règle de l'état du répondant sur la descendance inconnue et la fille de l'adultère de la souffrance, et l'ordre du tuteur entre les parents et la règle du mandat pour forcer son commandement.

Mots-clés: état, mariage, parrain, tuteur.

Summary:

This study deals with the subject of the mandate of the sponsor and the guardian in marriage if the legal guardian of women is absent. Therefore, the objective of this study is to clarify the jurisprudential provisions related to marriage, by mentioning the definition of the sponsor and the guardian in marriage, And then the graduation of the rule of the state of the sponsor on the unknown descent and the daughter of the adultery of the affliction, and the order of the guardian between the parents and the rule of the mandate to force his command.

Keywords: state, marriage, sponsor, guardian.