بسم الله الرحمن الرحيم

الولاية في النكاح

قال القرطبي رحمه الله: "قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم فيه إحدى عشرة مسألة الأولى قوله تعالى ولا تنكحوا أي لا تزوجوا المسلمة من المشرك وأجمعت الأمة على أن المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام والقراء على ضم التاء من تنكحوا الثانية في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولى قال محمد بن على بن الحسين النكاح بولي في كتاب الله ثم قرأ ولا تنكحوا المشركين قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وقد اختلف أهل العلم في النكاح بغير ولى فقال كثير من أهل العلم لا نكاح إلا بولي روى هذا الحديث عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى بن أبى طالب وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن المبارك والشافعى وعبيد الله ابن الحسن وأحمد وإسحاق وأبو عبيد قلت وهو قول مالك رضى الله عنهم أجمعين وأبى ثور والطبرى قال أبو عمر حجة من قال لا نكاح إلا بولي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت عنه أنه قال لا نكاح إلا بولي روى هذا الحديث شعبة والثورى عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا فمن يقبل المراسيل يلزمه قبوله وأما من لا يقبل المراسيل فيلزمه أيضا لأن الذين وصلوه من أهل الحفظ والثقة وممن وصله إسرائيل وأبو عوانة كلاهما عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم وإسرائيل ومن تابعه حفاظ والحافظ تقبل زيادته وهذه الزيادة يعضدها أصول قال الله عز وجل فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وهذه الآية نزلت في معقل بن يسار إذ عضل أخته عن مراجعة زوجها قاله البخارى ولولا أن له حقا في الإنكاح ما نهى عن العضل قلت ومما يدل على هذا أيضا من الكتاب قوله فانكحوهن بإذن أهلهن وقوله وأنكحوا الأيامى منكم فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال ولو كان إلى النساء لذكرهن وسيأتي بيان هذا في النور وقال تعالى حكاية عن شعيب في قصة موسى عليهما السلام إنى أريد أن أنكحك على ما يأتي بيانه في سورة القصص وقال تعالى الرجال قوامون على النساء 9 فقد تعاضد الكتاب والسنة على أن لا نكاح

إلا بولي قال الطبرى في حديث حفصة حين تأيمت وعقد عمر عليها النكاح ولم تعقده هى إبطال قول من قال إن للمرأة البالغة المالكة لنفسها تزويج نفسها وعقد النكاح دون وليها ولو كان ذلك لها لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدع خطبة حفصة لنفسها إذا كانت أولى بنفسها من أبيها وخطبها إلى من لا يملك أمرها ولا العقد عليها وفيه بيان قوله عليه السلام الأيم أحق بنفسها من وليها أن معنى ذلك أنها أحق بنفسها في أنه لا يعقد عليها إلا برضاها لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد عقد النكاح على نفسها دون وليها وروى الدار قطنى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها قال حديث صحيح وروى أبو داؤد من حديث سفيان عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له وهذا الحديث صحيح ولا اعتبار بقول ابن علية عن ابن جريج أنه قال سألت عن الزهرى لم يذكروا ذلك ولو ثبت هذا عن الزهرى لم يكن في ذلك حجة لأنه قد نقله عنه ثقات منهم سليمان بن موسى وهو ثقة إماموجعفربن ربيعة فلو نسيه الزهرى لم يضره ذلك لأن النسيان لا يعصم منه ابن آدم قال صلى الله عليه وسلم نسي آدم فنسيت ذريته وكان صلى الله عليه وسلم ينسى فمن سواه أحرى أن ينسى ومن حفظ فهو حجة على من نسى فإذا روى الخبر ثقة فلا يضره نسيان من نسيه هذا لو صح ما حكى ابن عن ابن جريج فكيف وقد أنكر أهل العلم ذلك من حكايته ولم يعرجوا عليه قلت وقد أخرج هذا الحديث أبو حاتم محمد بن حبان التميمي البستى في المسند الصحيح له على التقاسيم والأنواع من غير وجود قطع في سندها ولا ثبوت جرح في ناقلها عن حفص بن غياث عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له قال أبو حاتم لم يقل أحد في خبر ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى هذا وشاهدى عدل إلا ثلاثة أنفس سويد بن يحيى الأموى عن حفص بن غياث وعبد الله بن عبد الوهاب الجمحي عن خالي بن الحارث وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس ولا يصح في الشاهدين غير هذا الخبر وإذا ثبت هذا الخبر فقد صرح الكتاب والسنة بأن لا نكاح إلا بولى فلا معنى لما خالفهما وقد كان الزهرى والشعبى يقولان

إذا زوجت المرأة نفسها كفؤا بشاهدين فذلك نكاح جائز وكذلك كان أبو حنيفة يقول إذا زوجت المرأة نفسها كفؤا بشاهدين فذلك نكاح جائز وهو قول زفر وإن زوجت المرأة نفسها غير كفء فالنكاح جائز وللأولياء أن يفرقوا بينهما قال ابن المنذر وأما ما قاله النعمان فمخالف للسنة خارج عن قول أكثر أهل العلم وبالخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نقول وقال أبو يوسف لا يجوز النكاح إلا بولي فإن سلم الولي جاز وإن أبى أن يسلم والزوج كفء أجازه القاضي وإنما يتم النكاح في قوله حين يجيزه القاضى وهو قول محمد بن الحسن وقد كان محمد بن الحسن يقول يأمر القاضي الولى بإجازته فإن لم يفعل استأنف عقدا ولا خلاف بين أبى حنيفة وأصحابه أنه إذا أذن لهاوليها فعقدت النكاح بنفسها جاز وقال الأوزاعى إذا ولت أمرها رجلا فزوجها كفؤا فالنكاح جائز وليس للولي أن يفرق بينهما إلا أن تكون عربية تزوجت مولى وهذا نحو مذهب مالك على ما يأتي وحمل القائلون بمذهب الزهرى وأبي حنيفة والشعبى قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولى على الكمال لا على الوجوب كما قال عليه السلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد لاحظ في الاسلام لمن ترك الصلاة واستدلوا على هذا بقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف وبما روى الدار قطنى عن سماك بن حرب قال جاء رجل إلى علي رضى الله عنه فقال امرأة أنا وليها تزوجت بغير إذني فقال علي ينظر فيما صنعت فإن كانت تزوجت كفؤا أجزنا ذلك لها وإن كانت تزوجت من ليس لها بكفء جعلنا ذلك إليك وفى الموطأ أن عائشة رضى الله عنها أنها أنكحت رجلا هو المنذر بن الزبير امرأة من بنى أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس على النساء إنكاح فالوجه في حديث مالك أن عائشة قررت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد عصبتها ونسب العقد إلى عائشة لما كان تقريره إليها الثالثة ذكر ابن خويز منداد واختلف الرواية عن مالك في الأولياء من هم فقال مرة كل من وضع المرأة في منصب حسن فهو وليها سواء كان من العصبة أو من ذوي الأرحام أو الأجانب أو الإمام أو الوصي وقال مرة الأولياء من العصبة فمن وضعها منهم في منصب حسن فهو ولي وقال أبو عمر قال مالك فيما ذكر ابن القاسم عنه إن المرأة إذا زوجها غير وليها بإذنها فإن كانت شريفة لها في الناس حال كان وليها بالخيار في فسخ النكاح وإقراره وإن كانت دنيئة كالمعتقة والسوداء والسعاية والمسلمانية ومنلا حال لها جاز نكاحها ولا خيار لوليها لأن كل واحد كفء لها وقد

روى عن مالك أن الشريفة والدنيئة لا يزوجها إلا وليها أوالسلطان وهذا القول اختاره ابن المنذر قال وأما تفريق مالك بين المسكينة والتي لها قدر فغير جائز لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد سوى بين أحكامهم في الدماء فقال المسلمون تتكافؤ دماؤهم وإذا كانوا في الدماء سواء فهم في غير ذلك شيء واحد وقال إسماعيل بن إسحاق لما أمر الله سبحانه بالنكاح جعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض فقال تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض والمؤمنون في الجملة هكذا يرث بعضهم بعضا فلو أن رجلا مات ولا وارث له لكان ميراثه لجماعة المسلمين ولو جنى جناية لعقل عنه المسلمون ثم تكون ولاية أقرب من ولاية وقرابة أقرب من ولاية وقرابة أقرب من قرابة وإذا كانت المرأة بموضع لاسلطان فيه ولا ولي لها فإنها تصير أمرها إلى من يوثق به من جيرانها فيزوجها ويكون هو وليها في هذه الحال لأن الناس لابد لهم من التزويج وإنما يعملون فيه بأحسن ما يمكن وعلى هذا قال مالك في المرأة الضعيفة الحال إنه يزوجها من تسند أمرها إليه لانها ممن تضعف عن السلطان فأشبهت من لا سلطان بحضرتها فرجعت في الجملة إلى أن المسلمين أولياؤها فأما إذا صيرت أمرها إلى رجل وتركت أولياءها فإنها أخذت الأمر من غير وجهه وفعلت ما ينكره الحاكم عليها والمسلمون فيفسخ ذلك النكاح من غير أن يعلم أن حقيقته حرام لما وصفنا من أن المؤمنين بعضهم أولياء بعض ولما في ذلك من الاختلاف ولكن يفسخ لتناول الأمر من غير وجهه ولانه أحوط للفروج ولتحصينها فإذا وقع الدخول وتطاول الأمر وولدت الأولاد وكان صوابا لم يجز الفسخ لأن الأمور إذا تفاوتت لم يرد منها إلا الحرام الذي لا يشك فيه ويشبه ما فات من ذلك بحكم الحاكم إذا حكم بحكم لم يفسخ إلا أن يكون خطأ لاشك فيه وأما الشافعي وأصحابه فالنكاح عندهم بغير ولى مفسوخ أبدا قبل الدخول وبعده ولا يتوارثان إن مات أحدهما والولي عندهم من فرائض النكاح لقيام الدليل عندهم من الكتاب والسنة قال الله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم كما قال فانكحوهن بإذن أهلهن وقال مخاطبا للأولياءفلا تعضلوهن وقال عليه السلام لا نكاح إلا بولي ولم يفرقوا بين دنية الحال وبين الشريفة لأجماع العلماء على أن لافرق بينهما في الدماء لقوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم وسائر الاحكام كذلك وليس في شيء من ذلك فرق بين الرفيع والوضيع في كتاب ولا سنة الرابعة واختلفوا في النكاح يقع على غير ولى ثم يجيزه الولى قبل الدخول فقال مالك وأصحابه إلا عبد الملك ذلك جائز إذا كانت إجازته لذلك بالقرب وسواء دخل أو لم يدخل هذا إذا عقد النكاح غير ولي ولم

تعقده المرأة بنفسها فإن زوجت المرأة نفسها وعقدت عقدة النكاح من غير ولي قريب ولا بعيد من المسلمين فإن هذا النكاح لا يقر أبدا على حال وإن تطاول وولدت الأولاد ولكنه يلحق الولد إن دخل ويسقط الحد ولابد من فسخ ذلك النكاح على كل حال وقال ابن نافع عن مالك الفسخ فيه بغير طلاق الخامسة واختلف العلماء في منازل الأولياء وترتيبهم فكان مالك يقول أولهم البنون وإن سفلوا ثم الأباء ثم الأخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم بنو الإخوة للأب ثم الأجداد للأب وإن علوا ثم العمومة على ترتيب الإخوة ثم بنوهم على ترتيب بنى الأخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان أو قاضيه والوصى مقدم في إنكاح الأيتام على الأولياء وهو خليفة الأب ووكيله فأشبه حاله لو كان الأب حيا وقال الشافعى لا ولاية لأحد مع الأب فإن مات فالجد ثم أب أب الجد لأنهم كلهم أباء والولاية بعد الجد للإخوة ثم الأقرب وقال المزني قال في الجديد من انفرد بأم كان أولى بالنكاح كالميراث وقال في القديم هما سواء قلت وروى المدنيون عن مالك مثل قول الشافعى وأن الأب أولى من الابن وهو أحد قولي أبى حنيفة حكاه الباجى وروى عن المغيرة أنه قال الجد أولى من الإخوة والمشهور من المذهب ما قدمناه وقال أحمد أحقهم بالمرأة أن يزوجها أبوها ثم الابن ثم الأخ ثم ابنه ثم العم وقال إسحاق الابن أولى من الأب كما قاله مالك واختاره ابن المنذر لأن عمر بن أم سلمة زوجها بإذنها من رسول الله صلى الله عليه وسلمقلت أخرجه النسائي عن أم سلمة وترجم له إنكاح الابن أمه قلت وكثيرا ما يستدل بهذا علماؤنا وليس بشيء والدليل على ذلك ما ثبت في الصحاح أن عمر بن أبى سلمة قال كنت غلاما في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت يدي تطيش في الصحفة فقال يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك وقال أبو عمر فى كتاب الاستيعاب عمر بن أبى سلمة يكنى أبا حفص ولد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة وقيل إنه كان يوم قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قلت ومن كان سنه هذا لايصلح أن يكون وليا ولكن ذكر أبو عمر أن لأبى سلمة من أم سلمة ابنا اخر اسمه سلمة وهو الذي عقد لرسول الله صلى الله عليه وسلم على أمه أم سلمة وكان سلمة أسن من أخيه عمر بن أبى سلمة ولا أحفظ له رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى عنه عمر أخوه السادسة واختلفوا في الرجل يزوج المرأة الأبعد من الأولياء كذا وقع والأقرب عبارة أن يقال اختلف في المرأة أن يزوجها من أوليائها الأبعد والأقعد حاضر فقال الشافعى النكاح باطل وقال مالك النكاح جائز قال ابن عبد البر

إن لم ينكر الأقعد شيئا من ذلك ولا رده نفذ وأن أنكره وهى ثيب أو بكر بالغ يتيمة ولا وصى لها فقد اختلف قول مالك وأصحابه وجماعة من أهل المدينة في ذلك فقال منهم قائلون لا يرد ذلك وينفذ لأنه نكاح انعقد بإذن ولى من الفخذ والعشيرة ومن قال هذا منهم لا ينفذ قال إنما جاءت الرتبة في الأولياء على الأفضل والأولى وذلك مستحب وليس بواجب وهذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه وإياه اختار إسماعيل بن إسحاق وأتباعه وقيل ينظر السلطان في ذلك ويسأل الولى الأقرب على ما ينكره ثم إن رأى إمضاءه أمضاه وإن رأى أن يرده رده وقيل بل للأقعد رده على كل حال لأنه حق له وقيل له رده وإجازته ما لم يطل مكثها وتلد الأولاد وهذه كلها أقاويل أهل المدينةالسابعة فلو كان الولي الأقرب محبوسا أو سفيها زوجها من يليه من أوليائها وعد كالميت منهم وكذلك إذا غلب الأقرب من أوليائها غيبة بعيدة أو غيبة لا يرجى لها أوبة سريعة زوجها من يليه من الأولياء وقد قيل إذا غاب أقرب أوليائها لم يكن للذي يليه تزويجها ويزوجها الحاكم والأول قول مالك الثامنة وإذا كان الوليان قد استويا في القعدد وغاب أحدهما وفوضت المرأة عقد نكاحها إلي الحاضر لم يكن للغائب إن قدم نكرته وإن كانا حاضرين ففوضت أمرها إلى أحدهما لم يزوجها إلا بإذن صاحبه فإن اختلفا نظر الحاكم في ذلك وأجاز عليها رأي أحسنهما نظرا لها رواه ابن وهب عن مالك التاسعة وأما الشهادة على النكاح فليست بركن عند مالك وأصحابه ويكفي من ذلك شهرته والإعلان به وخرج عن أن يكون نكاح سر قال ابن القاسم عن مالك لو زوج ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح لأنه نكاح سر وإن تزوج بغير بينة على غير استسرار جاز واشهدا فيما يستقبلان وروى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمهما قال يفرق بينهما بتطليقة ولا يجوز النكاح ولها صداقها إن كان أصابها ولا يعاقب الشاهدان وقال أبو حنيفة والشافعى وأصحابهما إذا تزوجها بشاهدين وقال لهما اكتما جاز النكاح قال أبو عمر وهذا قول يحيى بن يحيى الليثى الأندلسى صاحبنا قال كل نكاح شهد عليه رجلان فقد خرج من حد السر وأظنه حكاه عن الليث ابن سعد والسر عند الشافعى والكوفيين ومن تابعهم كل نكاح لم يشهد عليه رجلان فصاعدا ويفسخ على كل حال قلت قول الشافعى أصح للحديث الذى ذكرناه وروى عن ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة فيما علمته واحتج مالكلمذهبه أن البيوع التي ذكرها الله تعالى فيها الأشهاد عند العقد وقد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع والنكاح الذي

لم يذكر الله تعالى فيه الأشهاد أحرى بألا يكون الإشهاد فيه من شروطه وفرائضه وإنما الغرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعى والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أعلنوا النكاح وقول مالك هذا قول ابن شهاب وأكثر أهل المدينة" (تفسير القرطبي ج 3 ص 72- 80)

قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: "باب النكاح بغير ولي

قال الله تعالى وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن الآية وقوله تعالى فبلغن أجلهن المراد حقيقة البلوغ بانقضاء العدة والعضل يعتوره معنيان أحدهما المنع والآخر الضيق يقال عضل الفضاء بالجيش إذا ضاق بهم والأمر المعضل هو الممتنع وداء عضال ممتنع وفي التضييق يقال عضلت عليهم الأمراء أضيقت وعضلت المرأة بولدها إذا عسر ولادها وأعضلت والمعنيان متقاربان لأن الأمر الممتنع يضيق فعله وزواله والضيق ممتنع أيضا وروى الشعبي سئل عن مسألة صعبة فقال زباء ذات وبر لا تنساب ولا تنقاد ولو نزلت بأصحاب محمد لأعضلت بهم وقوله تعالى ولا تعضلوهن معناه لا تمنعوهن أو لا تضيقوا عليهن في التزويج وقد دلت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها أحدها إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي والثاني نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان فإن قيل لولا أن الولي يملك منعها عن النكاح لما نهاه عنه كما لا ينهى الأجنبي الذي لا ولاية له عنه قيل له هذا غلط لأن النهي يمنع أن يكون له حق فيما نهى عنه فكيف يستدل به على إثبات الحق وأيضا فإن الولي يمكنه أن يمنعها من الخروج والمراسلة في عقد النكاح فجائز أن يكون النهي عن العضل منصرفا إلى هذا الضرب من المنع لأنها في الأغلب تكون في يد الولي بحيث يمكنه منعها من ذلك ووجه آخر من دلالة الآية على ما ذكرنا وهو أنه لما كان الولي منهيا عن العضل إذا زوجت هي نفسها من كفؤ فلا حق له في ذلك كما لو نهى عن الربا والعقود الفاسدة لم يكن له حق فيما قد نهى عنه فلم يكن له فسخه وإذا اختصموا إلى الحاكم فلو منع الحاكم من مثل هذا العقد كان ظالما مانعا مما هو محظور عليه منعه فيبطل حقه أيضا في الفسخ فيبقى العقد لا حق لأحد في فسخه فينفذ ويجوز فإن قيل إنما نهى الله سبحانه الولي عن العضل إذا تراضوا بينهم بالمعروف فدل ذلك على أنه ليس بمعروف إذا عقده غير الولي قيل له قد علمنا أن المعروف مهما كان من شيء فغير جائز أن يكون عقد الولي وذلك لأن في نص الآية جواز عقدها ونهي الولي عن منعها فغير جائز أن يكون

معنى المعروف أن لا يجوز عقدها لما فيه من نفي موجب الآية وذلك لا يكون إلا على وجه النسخ ومعلوم امتناع جواز الناسخ والمنسوخ في خطاب لأن النسخ لا يجوز إلا بعد استقرار الحكم والتمكن من الفعل فثبت بذلك أن المعروف المشروط في تراضيهما ليس هو الولي وأيضا فإن الباء تصحب الإبدال فإنما انصرف ذلك إلى مقدار المهر وهو أن يكون مهر مثلها لا نقص فيه ولذلك قال أبو حنيفة إنها إذا نقضت من مهر المثل فللأولياء أن يفرقوا بينهما ونظير هذه الآية في جواز النكاح بغير ولي قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا قد حوى الدلالة من وجهين على ما ذكرنا أحدهما إضافته عقد النكاح إليها في قوله حتى تنكح زوجا غيره والثاني فلا جناح عليهما أن يتراجعا فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي ومن دلائل القرآن على ذلك قوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي الموجب الآية فإن قيل إنما أراد بذلك اختيار الأزواج وأن لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها قيل له هذا غلط من وجهين أحدهما عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره والثاني أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح وأيضا فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذكر الاختلاف في ذلك اختلف الفقهاء في عقد المرأة على نفسها بغير ولي فقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها كفوا وتستوفي المهر ولا اعتراض للولي عليها وهو قول زفر وإن زوجت نفسها غير كفو فالنكاح جائز أيضا وللأولياء أن يفرقوا بينهما وروي عن عائشة أنها زوجت حفصة بنت عبدالرحمن بن أبي بكر من المنذر بن الزبير وعبدالرحمن غائب فهذا يدل على أن من مذهبهما جواز النكاح بغير ولي وهو قول محمد بن سيرين والشعبي والزهري وقتادة وقال أبو يوسف لا يجوز النكاح بغير ولي فإن سلم الولي جاز وإن أبى أن يسلم والزوج كفو أجازه القاضي وإنما يتم النكاح عنده حين يجيزه القاضي وهو قول محمد وقد روي عن أبي يوسف غير ذلك والمشهور عنه ما ذكرناه قال الأوزاعي إذا ولت أمرها رجلا فزوجها كفوا فالنكاح جائز وليس للولي أن يفرق بينهما وقال ابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح والشافعي لا نكاح إلا بولي وقال ابن شبرمة لا يجوز النكاح وليس الوالدة بولي ولا أن تجعل المرأة وليها رجلا إلا قاض من قضاة المسلمين وقال ابن القاسم عن مالك إذا كانت امرأة معتقة أو مسكينة أو دنية لا حظ لها فلا بأس

أن تستخلف رجلا ويزوجها ويجوز وقال مالك وكل امرأة لها مال وغنى وقدر فإن تلك ينبغي أن يزوجها إلا الأولياء أو السلطان قال وأجاز مالك للرجل أن يزوج المرأة وهو من فخذها وإن كان غيره أقرب منه إليها وقال الليث في المرأة تزوج بغير ولي أن غيره أحسن منه يرفع أمرها إلى السلطان فإن كان كفوا أجازه ولم يفسخه وذلك في الثيب وقال في السوداء تزوج بغير ولي أنه جائز قال والبكر إذا زوجها غير ولي والولي قريب حاضر فهذا الذي أمره إلى الولي يفسخه له السلطان إن رأى لذلك وجها والولي من قبل هذا أولى من الذي أنكحها قال أبو بكر وجميع ما قدمنا من دلائل الآي الموجبة لجواز عقدها تقضي بصحة قول أبي حنيفة في هذه المسألة ومن جهة السنة حديث ابن عباس حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا عبدالرزاق قال حدثنا معمر عن صالح بن كيسان عن نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس للولي مع الثيب أمر قال أبو داود وحدثنا أحمد بن يونس وعبدالله بن مسلمة قالا حدثنا مالك عن عبدالله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها فقوله ليس للولي مع الثيب أمر يسقط اعتبار الولي في العقد وقوله الأيم أحق بنفسها من وليها يمنع أن يكون له حق في منعها العقد على نفسها كقوله صلى الله عليه وسلم الجار بصقبه وقوله لأم الصغير أنت أحق به مالم تنكحي فنفى بذلك كله أن يكون له معها حق ويدل عليه حديث الزهري عن سهل بن سعد في المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم مالي في النساء من أرب فقام رجل فسأله أن يزوجها فزوجها ولم يسألها هل لها ولي أم لا ولم يشترط الولي في جواز عقدها وخطب النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة فقالت ما أحد من أوليائي شاهد فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم ما أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكرهني فقالت لابنها وهو غلام صغير قم فزوج أمك رسول الله صلى الله عليه وسلم فتزوجها صلى الله عليه وسلم بغير ولي فإن قيل لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان وليها وولي المرأة التي وهبت نفسها له لقوله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم قيل له هو أولى بهم فيما يلزمه من اتباعه وطاعته فيما يأمرهم به فإما أن يتصرف عليهم في أنفسهم وأموالهم فلا ألا ترى أنه لم يقل لها حين قالت له ليس أحد من أليائي شاهد وما عليك من أوليائك وأنا أولى بك منهم بل قال ما أحد منهم يكرهني وفي هذا دلالة على أنه لم يكن وليا لهن في النكاح ويدل عليه من جهة النظر اتفاق الجميع

على جواز نكاح الرجل إذا كان جائز التصرف في ماله كذلك المرأة لما كانت جائزة التصرف في مالها وجب جواز عقد نكاحها والدليل على أن العلة في جواز نكاح الرجل ما وصفنا أن الرجل إذا كان مجنونا غير جائز التصرف في ماله لم يجز نكاحه فدل على صحة ما وصفنا واحتج من خالف في ذلك بحديث شريك عن سماك عن أبي أخي معقل بن يسار عن معقل أن أخت معقل كانت تحت رجل فطلقها ثم أراد أن يراجعها فأبى عليها معقل فنزلت هذه الآية فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقد روي عن الحسن أيضا هذه القصة وأن الآية نزلت فيها وأنه صلى الله عليه وسلم دعا معقلا وأمره بتزويجها وهذا الحديث غير ثابت على مذهب أهل النقل لما في سنده من الرجل المجهول الذي روى عنه سماك وحديث الحسن مرسل ولو ثبت لم ينف دلالة الآية على جواز عقدها من قبل أن معقلا فعل ذلك فنهاه الله عنه فبطل حقه في العضل فظاهر الآية يقتضي أن يكون ذلك خطابا للأزواج لأنه قال وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن فقوله تعالى فلا تعضلوهن إنما هو خطاب لمن طلق وإذا كان كذلك كان معناه عضلها عن الأزواج بتطويل العدة عليها كما قال ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وجائز أن يكون قوله تعالى ولا تعضلوهن خطابا للأولياء وللأزواج ولسائر الناس والعموم يقتضي ذلك واحتجوا أيضا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل وبما روي من قوله لا نكاح إلا بولي وبحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها فأما الحديث الأول فغير ثابت وقد بينا علله في شرح الطحاوي وقد روي في بعض الألفاظ أيما امرأة تزوجت بغير إذن مواليها وهذا عندنا على الأمة تزوج نفسها بغير إذن مولاها وقوله لا نكاح إلا بولي لا يعترض على موضع الخلاف لأن هذا عندنا نكاح بولي لأن المرأة ولي نفسها كما أن الرجل ولي نفسه لأن الولي هو الذي يستحق الولاية على من يلي عليه والمرأة تستحق الولاية والتصرف على نفسها في مالها فكذلك في بعضها وأما حديث أبي هريرة فمحمول على وجه الكراهة لحضور المرأة مجلس الإملاك لأنه مأمور بإعلان النكاح ولذلك يجمع له الناس فكره للمرأة حضور ذلك المجمع وقد ذكر أن قوله الزانية هي التي تنكح نفسها من قول أبي هريرة وقد روي في حديث آخر عن أبي هريرة هذا الحديث وذكر فيه أن أبا هريرة قال كان يقال الزانية هي التي تنكح نفسها وعلى أن هذا اللفظ خطأ بإجماع المسلمين لأن تزويجها نفسها ليس بزنا عند أحد من المسلمين والوطء غير مذكور فيه

فإن حملته على أنها زوجت نفسها ووطئها الزوج فهذا أيضا لا خلاف فيه أنه ليس بزنا لأن من لا يجيزه إنما يجعله نكاحا فاسدا يوجب المهر والعدة ويثبت به النسب إذا وطئ وقد استقصينا الكلام في هذه المسألة في شرح الطحاوي وقوله عز وجل ذلكم أزكى لكم وأطهر يعني إذا لم تعضلوهن لأن العضل ربما أدى إلى ارتكاب المحظور منهما على غير وجه العقد وهو معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير وحدثنا عبدالباقي بن قانع قال حدثنا محمد بن شاذان قال حدثنا معلى قال حدثنا حاتم بن إسماعيل قال سمعت عبدالله بن هرمز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" (أحكام القرآن للجصاص ج 2 ص 100- 104)