ولاية المرأة فى النكاح عند الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي

أحمد فرحان خير الله
leonel_aan@yahoo.co.id

Abstrak

Maksud dari kajian ini bertujuan untuk mengetahui lebih mendalam tentang pemikiran Imam Abu Hanifah dan Imam Syafi'I tentang kedudukan wali dalam pernikahan, oleh karenanya terdapat dua persoalan penting yang menjadi topic utama dalam kajian ini antara lain : (1) Bagaimana kedudukan wali dalam pernikahan menurut Imam Abu Hanifah dan Imam Syafi'I dan apakah wali termasuk dalam syarat sahnya pernikahan. (2) Apa yang menyebabkan perbedaan pendapat antara Imam Abu Hanifah dan Imam Syafi'I tentang kedudukan wali dalam pernikahan. Terdapat perbedaan pendapat antara Imam Abu Hanifah dengan Imam Syafi'I dalam persoalan kedudukan wali dalam pernikahan. Menurut Imam Abu Hanifah bahwa wali bukan termasuk syarat dalam pernikahan, oleh karena itu maka wanita yang sudah baligh dan dewasa ia boleh menikahkan dirinya sendiri, dengan syarat sekufu'. Dalam hal ini, maka tidak ada kewenangan bagi wali untuk memaksa anak wanitanya dalam menikah. Adapun menurut Imam Syafi'I bahwa wali merupakan syarat sah pernikahan, oleh karenanya tidak sah wanita yang sudah baligh dan dewasa menikah tanpa izin wali.Dalam hal ini maka wali mempunyai kewenangan untuk memaksa anak wanitanya dalam menikah. Adapun hal yang menyebabkan terjadinya perbedaan pendapat mengenai kedudukan wali dalam pernikahan, disebabkan oleh perbedaan 'illathukum. Imam Abu Hanifah menjadikan shigar sebagai penyebab tidak diperbolehkannya wanita untuk menikahkan dirinya sendiri, dengan begitu maka wanita yang masih kecil dan janda yang masih kecil wajib dinikahkan oleh walinya, dalam hal demikian itulah maka wali mempunyai hak untuk menikahkan anak wanitanya. Adapun Imam Syafi'I menjadikan bikr (perawan) sebagai penyebab tidak diperbolehkannya wanita menikahkan dirinya sendiri tanpa izin wali, dengan begitu maka wanita perawan yang masih kecil dan yang sudah dewasa ia wajib dinikahkan oleh walinya. Adapun wanita janda diberikan kebebasan untuk memilih lelaki yang sesuai bagi dirinya, dalam hal ini maka tidak ada paksaan bagi wali untuk memaksakan anak wanitanya dalam menikah.

المقدمة:

تعريف النكاح.

النكاح معناه في اللغة هو الوطء والضم والتداخل. يقال : تناكحت الأشجار إذا تمالت وانضم بعضها الى بعض.[1] وأما النكاح في الاصطلاح هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء.وقد اختلف العلماء في تعريف معنى النكاح، الأول- وهو حقيقة في العقد ومجاز في الوطء لقوله تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره)، وبه قال المالكية والشافعية. الثاني- وقال الحنفية وهو حقيقة في الوطء ومجاز في العقد لقوله صلى الله عليه و سلم : (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ إِلا مَا قد سَلَفَ).[2]

مشروعية النكاح

ثبتت مشروعية النكاح بالكتاب والسنة والإجماع.[3]

أما الكتاب :

قوله تعالى :

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى

1 الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي، الطبعة الثالثة، (بيروت-لبنان : دار الفكر، سنة 1951.

2 الأندلسي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ونفسه المسمى الزلفة إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الثالث، شرح وتعليق وتخريج : د. عبد الله العبادي، (القاهرة - الإسكندرية : دار السلام، 2002 م، ص 3321.

3 سابق، السيد، فقه السنة، المجلد الثاني، (القاهرة : دار الفتح)، ص 7 - 4.

وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ [النساء : 3]

وجه الدلالة: حثت الآية على مشروعية النكاح وذلك من خلال الأمر به، والأمر يقتضي الوجوب لكنه علق على الاستطاعة فكان ذلك صارفا له من الوجوب إلى الاستحباب، حيث إن الوجوب لا يعلق على رغبة المكلف.

أما السنة :

أ. قوله عليه الصلاة والسلام :عَنْ أَنَسٍ رضي الله عنه أَنَّ نَفَرًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم سَأَلُوا أَزْوَاجَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم عَنْ عَمَلِهِ فِي السِّرِّ فَقَالَ بَعْضُهُمْ لا أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ لا آكُلُ اللَّحْمَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ لا أَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ فَقَالَ: مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا لَكِنِّي أُصَلِّي وَأَنَامُ وَأَصُومُ وَأُفْطِرُ وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي.

ب. وقوله عليه الصلاة والسلام :يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.

أركان و شروط النكاح

١ اختلف العلماء في أركان النكاح :

١. المالكية قالوا أن اركان النكاح خمسة : أولا- ولـي للمرأة بشروطه، فلا ينعقد النكاح عندهم بدون ولـي. ثانيا- الصداق فلا بد من وجوده ولكن لا يشترط ذكره عند العقد. ثالثا- زوج. رابعا- زوجة حاليان من الموانع الشرعية كالاحرام والعدة. خامسا- الصيغة، وهي اللفظ الذي يتحقق به شرعا.

٢. الشافعية قالوا أن أركان النكاح خمسة : : اولا- الصيغة (ايجاب - قبول). ثانيا- الزوجة. ثالثا- الزوج. رابعا- الولـي. خامسا- الشاهدان.[٤]

أما شروط النكاح فيه اختلاف عند الأراء الائمة المذاهب، نذكرها فيما يلي :

- الحنفية : للنكاح شروط بعضها يتعلق بالصيغة وبعضها يتعلق بالعاقدين وبعضها يتعلق بالشهود.[٥]
- الشروط المتعلقة بالصيغة :

فأما الصيغة (عبارة عن الايجاب والقبول). فيشترط في الصيغة شروط أحدها. أن تكون بألفاظ مخصوصة، أما أن تكون صريحة وأما أن تكون كناية. فالصريحة هي ماكانت بلفظ تزويج وانكاح أي ما اشتق منهما كزوجت وتزوجت وزوجني ابنتك مثلا. فتقول : قبلت او سمعا و طاعة. فأما الكناية التي ينعقد بها النكاح تنقسم إلى أربعة أقسام :

القسم الأول. لا خلاف في الانعقاد به عند الحنفية وهو ماكان بلفظ الهبة أو الصدقة أو التمليك أو الجعل، فإذا قالت : وهبت نفسي لك ناوية معنى الزواج، وقال : قبلت، انعقد النكاح. القسم الثاني. في الانعقاد به خلاف ولكن الصحيح الانعقاد، وهو ما كان بلفظ البيع والشراء فلو قالت : بعت نفسي منك بكذا ناوية به الزواج فانه يصح، فقال : قبلت، فينعقد النكاح على الصحيح بلفظ البيع والشراء والسلم والصلح والقرض. القسم الثالث. فيه خلاف، والصحيح

٤ الزحيلي، محمد المصطفى في الفقه الشافعي، الجزء الرابع (دمشق : دار القلم، ٢٠٠٧)، ص ٩٦ - ٣٥.
٥ الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثاني، (القاهرة : مكتبة القاهرة التجارية، ٢٠٠٣).
٦ البغدادي، أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (بيروت - لبنان : دار الكتب العلمية، 1997)، ص 541.

عدم الانعقاد وهو ما كان بلفظ الاجارة والوصية، فلو قالت : اجرت لك نفسي أو قال : اوصيت لك بابنتي بعد موتي، أو قال : اوصيت لفلان بابنتي و لم يقل : بعد موتي، فقال : قبلت فإنه لا ينعقد بها النكاح وأولى إذا قال : قبلت بعد موته أما إذا قال له : اوصيت لك ببضع ابنتي الآن أو للحال أو حالا بألف مثلا فقال : قبلت فانه يصح وذلك لأنه لا يشترط أن يفيد اللفظ تمليك العين في الحال. والوصية المطلقة والمقيدة بما بعد الموت تفيد الملك مالا. القسم الرابع. لا خلاف في عدم الانعقاد به وهو ما كان بألفاظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع والاقالة. فلو قالت : أحللت لك نفسي او أعرتك او متعتك بنفسي فانه لا يصح. ثانيها. أن يكون الايجاب و القبول في مجلس واحد. ثالثها. أن لا يخالف القبول والايجاب. رابعها. أن تكون الصيغة مسموعة للعاقدين فلابد أن يسمع كل من العاقدين لفظ الآخر إما حقيقة. خامسها. أن لا يكون اللفظ مؤقتا بوقت.

- والشروط المتعلقة بالعاقدين و هما الزوج و الزوجة، فمنها :

١. العقل. وهو شرط في انعقاد النكاح - فلا ينعقد نكاح المجنون و الصبي الذي لا يعقل اصلا.
٢. البلوغ.
٣. الحرية.
٤. أن تكون الزوجة محلا قابلا للعقد.
٥. أن يضاف النكاح إلى المرأة أو إلى جزء يعبر عن الكل كالرأس والرقبة.

- و الشروط المتعلقة بالشهود منها :

١. نقل النصاب الشهادة في النكاح الثاني فلا يصح بواحد. ولا يشترط فيهما أن يكونا ذكرين بل تصح برجل وامرأتين.

٢. العقل.

٣. البلوغ.

٤. الحرية.

٥. الإسلام.

٦. أن يسمعا كلام العاقدين معا. فلا يصح شهادة الثالثين اللذين لم يسمعا كلام العاقدين.

- الشافعية : للنكاح شروط بعضها يتعلق بالصيغة وبعضها يتعلق بالولي وبعضها يتعلق بالزوجين وبعضها يتعلق بالشهود.

- الشروط المتعلقة بالصيغة :[٧]

فأما الصيغة فإنه يشترط لصحتها ثلاثة عشر شرطا أحدها. عدم التعليق (مثل : زوجتك ابنتي ان اعطيتني دار كذا،فانه لا يصح). ثانيها. فلا يصح التأقيت (مثل : زوجني نفسك مدة شهر). ثالثها. فلا يصح العقد بالكناية، لأنها تحتاج إلى نية. والشهود ركن ولابد لهم من الاطلاع على النية. رابعها. أن يكون مختارا، فلا يصح من مكروه. خامسها. أن يكون ذكرا فلا يصح من انثى و

٧ الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ص 69 - 53.

حنفي (لعدم صحة ولايتهما). سادسها. أن يكون محرما فلا يصح من غير محرم. سابعها. أن يكون بالغا فلا يصح من صبي (لعدم ولايته). ثامنها. أن يكون عاقلا فلا يصح من مجنون (لعدم ولايته). تاسعها. أن يكون عدلا فلا يصح من فاسق (لعدم ولايته). عاشرها. أن لا يكون محجورا عليه لسفه (لعدم ولايته). احد عشرها. أن لا يكون مختل النظر. اثنا عشرها. أن لا يكون مخالفا في الدّين (لعدم ولايتهما). ثالث عشرها. أن لا يكون رقيقا (لعدم ولايته).

- أما الشروط المتعلقة بالزوج منها :

١. أن يكون غير محرم للمرأة (المراد فلا يكون اخا لها أو ابنا أو خالا أو غير ذلك من المحارم سواء كانت من نسب أو مصاهرة أو رضاع).

٢. أن يكون مختارا (فلا يصح نكاح المكروه).

٣. أن يكون معينا (فلا يصح نكاح المجهول).

٤. أن لا يكون جاهلا حل المرأة له.

- أما الشروط المتعلقة بالزوجة منها :

١. أن لا تكون محرما له.

٢. أن تكون معينة.

٣. أن تكون خالية من الموانع الشرعية.

- أما الشروط المتعلقة بالشاهدين منها :

- الحرية.
- ذكرين. (فلا يصح مرأتين)
- العدالة.
- بمس الاشهاد على رضا غير المحجوة.
- الحنابلة : للنكاح أربعة شروط منها :

الشرط الأول. تعين الزوجين، كأيقول : زوجتك ابنتي فلانة. فاذا قال :

زوجتك ابنتي من غير تعين وكان له غيرها لم يصح العقد كما لا يصح إذا قال : قبلت نكاحها لابني وله غيره بل يلزم أن يقول لابني فلان – فلابد من ان تميز الزوج و الزوجة باسمه او بصفته التي لم يشاركه فيها غيره (مثل : بنتي الكبرى او الصغيرى او البيضاء او الحمراء). صيغة النكاح لابد أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج، أما القبول فيكفي فيه أن يقول : قبلت أو رضيت. ولا يشترط أن يكون اللفظ عربيا بل يصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الايجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح بالكتابة ولا بالاشارة إلا من الأخرس، فإنه يصح منه بالاشارة المفهومة.

الشرط الثاني : الاختيار و الرضا (فلا ينعقد نكاح المكروه إذا كان عاقلا بالغا ولو رقيقا لأن السيد ليس له اكراهه على الزواج، أما اذا لم يكن عاقلا بالغا فإن للأب اكراهه).

الشرط الثالث : الولي، يشترط فيه سبعة شروط منها الذكورة (إذ لا تصلح ولاية المرأة) – العقل (إذ من لا عقل له لا يمكنه النظر في شئون نفسه فلا يصلح ان

يتولى شئون غيره) – البلوغ (لأن الولاية لا تصلح من الصغير لقصر امره عن تدبير شئون غيره) – الحرية (فلا تصح ولاية العبد لأنه لا ولاية له على نفسه فلا يصح أن يكون له ولاية على غيره) – اتفاق الدين (فلا تصح ولاية كافر على مؤمن و لا ولاية مجوسي على نصراني إلا السلطان فإن له الولاية بصرف النظر عن اختلاف الدين) – الرشد.

الشرط الرابع : من شروط النكاح منها الشهادة لابد من ذكرين – بالغين – عاقلين – عدلين. أن يكونا متكلمين – مسلمين – سميعين. أن يكون من غير اصل الزوجين وفرعيهما (فلا تصح شهادة أب الزوجة أو الزوج أو ابنائهما لأن شهادتهما لا تقبل، و تصح شهادة الأعمين وعدوي الزوجين. الشرط الخامس : خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

موقف الولـــي في النكاح

تعريف الولـــي (الولاية)

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها تعني النصرة. أي ولـــي الشيء وولـــي عليه ولاية وولاية، والولاية الخطة كالإمارة، والولاية المصدر، ومن أسماء الله تعالـــى : الولـــي هو الناصر.

أما في الاصطلاح الشرعي القدرة على انشاء العقد أو التصرف بحيث يكون نافذا دون توقف على إذن أحد.[8] أي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه شاء أم أبى ويسمى صاحب الولاية وليا. لقول الله تعالى :

8 عبد، نظام الأسرة في الإسلام الجزء الأول، ص 053.

فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ.(سورة البقرة : 282)

أقسام الولـــي

تنقسم الولاية بصورة رئيسية إلى قسمين :[9]

١. ولاية قاصرة.

هي سلطة شرعية يتمكن صاحبها بواسطتها من انشاء العقد أو التصرف في حق نفسه، بحيث تترتب الآثار على ذلك التصرف دون توقف على اجازة أحد كولاية البالغ العاقل في تزويج نفسه.

٢. ولاية متعددة.

هي قوة شرعية يتمكن بها صاحبها من التصرف في شؤون غيره واجراء العقود له شاء الغير أم أبى كولاية الأب في تزويج ابنه الصغير أو المجنون.

وتنقسم الولاية المتعددة إلى ثلاثة أقسام :[10]

١. ولاية على المال هي سلطة الولـــي في انشاء العقود المتعلقة بالاموال لغيره دون توقف على إذن أحد.

٢. ولاية على النفس هي سلطة الولـــي في انشاء عقد الزواج للغير نافذا دون الحاجة إلى اجازة أحد.

٩ نفس المرجع، ص 053 - 153.
١٠ سابق، فقه السنة المجلد الثاني، ص 18.

٣. ولاية على النفس و المال معا هي سلطة انشاء عقود المال والزواج دون توقف على اجازة أحد.

والذي أقصد في هذا البحث عن الولاية في الزواج هو القسم الثاني يعني الولاية على النفس.

الولاية على النفس تتنوع باعتبارين :

الاعتبار الأول. العلاقة بين الولـــي والمولـــى عليه. تنقسم الولاية على النفس هذا الاعتبار إلى :

أ. ولاية الملك. ب. ولاية الولاء. ج. ولاية القرابة. د. ولاية العامة.

فالنوعان الأول والثاني مرتبطان بالرق وقد انقضى عهده بفضل الله.

الولاية القرابة هي أحد أسباب ثبوت الولاية.[11] وقد ذهب جمهور الفقهاء : إلى أن الولاية تثبت للأقارب العصبات. دليل الجمهور الفقهاء : أن العصبات هم الأصل في الولاية. وقال أبو حنيفة : الولاية تثبت لكل قريب عاصب أو غير عاصب. دليل أبو حنيفة : أن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة الحاملة على الشفقة. الولاية العامة هي ولاية السلطان أو نائبة كالقاضي، وتثبت له الولاية في حالتين [12]:

- عند عدم وجود ولـــي للرجل أو المرأة من الفئات الثلاثة الأولـــى. لقول النبي صلى الله عليه وسلم : فان اشتجروا فالسلطان ولـــي من لا ولـــي له. (رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم من عائشة)

١١ الدماميني، أبي عبي زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب المجلد السادس ومعه حاشية الشيخ أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير، ج جزوء ، لبنان : دار الكتب العلمية، 1002 م، ص 813 - 113.
١٢ سابق، فقه السنة المجلد الثاني، ص 98.

صماتها. لما روي أبو هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستأمر و لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا : يارسول الله و كيف إذنها؟ قال : أن تسكت. (رواه مسلم) لما روي ابن عباس رضي الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الأيم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صموتها. (رواه مسلم) لاستحيائها أن تأذن لأبيها بالنطق، فجعل صماتها علامة إذنها.و يشترط لصحة ولاية الإجبار أن لا يكون بين الأب أو الجد و بين البنت أو بنت الابن عداوة ظاهرة، و أن يزوجها من كفء، و أن يزوجها بمهر مثلها.[13]

أما الأولياء غير الأب و الجد، فلا يجوز تزويجها إلا أن تبلغ و تأذن، لما روي نافع [14] أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون، فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم و قالت : إن ابنتي تكره ذلك، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال : لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإن سكتن فهو إذنهن. (أخرجه مع القصة الإمام أحمد) لأنه ناقص الشفقة، لهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه و لا بيع مالها نفسه فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه. فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان :

١. أن إذنها بالنطق، لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب و الجد.

٢. أن إذنها السكوت، وهو المنصوص لحديث نافع.[15]

٢. ولاية الاختيار.

[13] الرملي، المعمد في الفقه الشافعي، دار، الزاوي، ص 66 - 56.
[14] الشوربجي، إسعاد الطلاب في فقه الإمام الشافعي، دار، الزاوي و صندو ، دار الطلب 6991 م، ص 621 - 521.

- في حالة عضل الولـي أي امتناعه من تزويج موليته البالغة العاقلة ظلما وتعسفا.

لكن تزويج الامام أو القاضي في حالة الثانية ليس باعتباره وليا، بل بحكم مركزه ووظيفته كراع للمسلمين ومن واجباته رفع الحيف والظلم عن الرعية.

الاعتبار الثاني. الذي تقسم الولاية على النفس بالنظر إليه فهو حال المولـى عليه. وهذا الاعتبار تقسم الولاية إلى :

١. ولاية الإجبار.

هي سلطة شرعية تعطي للولـي حق تنفيذ ارادته على المولـى عليه جبرا عنه. سبب ثبوت الولاية الاجبار هو كون المولـى عليه فاقد الأهلية أو ناقصها، وعليه تثبت هذه الولاية على المجنون والمجنونة صغيرين كانا أم كبيرين، بكرين أم ثيبين كما تثبت على الصغير والصغيرة مميزا كانا أم غير مميزين. علة ثبوت الولاية الاجبار اتفق الفقهاء للمجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة هو ضعف العقل الذي يجعل هؤلاء عاجزين عن مباشرة العقد وادراك وجهه المصلحة فيه. واتفقوا ايضا في ثبوت العلة على الصغير الذكر مميزا كان أم غير مميزاهو الصغر. لكنهم اختلفوا في ثبوت العلة على الصغيرة.

هذه الولاية تثبت للأب فقط، ثم إذا غاب الأب فتنتقل الولاية إلى الجد أي الأب، ولا ولاية إجبار لغير هما. روي ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر يستأمرها أبوها في نفسها. (أخرجه مسلم) دل على أن الولـي أحق بالبكر. إلا إذا كانت بالغة فالمستحبي ولاية الإجبار أن يستأذنها للخبر و تقديرا لها و تطييبا لقلبها، و إذنها

شروط الولـي

شروط الولـي خمسة، يعني :[12]

١. اتحاد الدين

يشترط في الولـي لتولـي زواج المسلمة أن يكون مسلما، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم أو مسلمة. قال تعالى وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً [النساء : ١٤١] .ولاية الزواج مبنية على التعصيب في الإرث، و لا توارث بين مسلم و كافر.

٢. العدالة

يشترط في الولـي في عقد النكاح أن يكون عدلا على الأظهر وهو من لا يرتكب كبيرة و لا يصر على صغيرة و لا يفعل ما يخل بالمروءة. لقوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولـي مرشد. (هذا الحديث رواه الشافعي بسند صحيح).

٣. التكليف

يشترط في الولـي أن يكون مكلفا بالغا عاقلا، فلا ولاية لصبي و لا لمجنون و لا لعبد لأن كل منهم لا يملك العقد لنفسه و لا ولاية لهم على أنفسهم.

١٢ الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ص 46 – 26.
يذكر في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص ٥٣.
يذكر الحنفية و على أن الشروط المرعية للولاية، يعني :
١. الإسلام،
٢. البلوغ،
٣. الحرية،
٤. الذكورية.

هي الولاية التي تخول صاحبها سلطة النظر في شؤون المولـى عليه بناء على اختياره ورغبته، ولكن يستطيع المولـى عليه أن يزوج نفسه من غير توقف على رأي الولـي و رضاه. تكون ولاية الإختيار في تزويج المرأة البالغة الثيب التي زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام. لقوله صلى الله عليه وسلم : الثيب أحق بنفسها من وليها. (رواه الدار قطني) و قوله صلى الله عليه وسلم : لا تنكح الأيم حتى تستأمر. (رواه مسلم) هذين حديثين تدلان على أن للولـي لابد من أخذ رأيها صراحة بالنطق، لأنها عرفت مقصود النكاح. لذا فلا تجبر و عاشرت الرجل و مارست الزواج، فلا تستحي من التصريح به و أن إذن البكر بالصمات فيكون إذن الثيب بالنطق. فإذا زوجها بغير رضاها و كانت كارهة فنكاحها مردود، لما روت خنساء بنت خدام الأنصارية : أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها. (رواه البخاري) الثيب الصغيرة فلا يزوجها أحد حتى تبلغ سواء احتملت الوطء أم لا، لأنه لا إجبار عليها (لأنها ثيب) ولا اعتبار لإذنها لأنها صغيرة، وثبت الإعتبار على إذنها في حال الكبر. لذا فلا يجوز الاقتيات عليها في حال الصغر، فتنتظر حتى تكبر.[13]

أما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة لها إلى النكاح. و إن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك، لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها. و إن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان، أحدهما : أنها كالموطوءة (لعموم الخبر)، و الثاني : أنها تزوج تزويج الأبكار، لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء و الحياء لا يذهب بغير الوطء.[14]

١٣ جلال، نظام الأسرة في الإسلام الجزء الأول، ص 853.
١٤ الشيرازي، ص 721.

٤. السلامة من الآفات المخلة بالنظر

يشترط في الولـي أن يكون سليما من الآفات المخلة بالنظر، فإن كان مختل بالنظر لهرم أو جنون أو مرض بلهيه فلا ولاية له.

٥. الحلال

يشترط في الولـي أن يكون حلالا أي ليس محرما بحج أو عمرة، لأن المحرم لا يزوج نفسه فلا يزوج غيره. لقول صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم و لا ينكح. (رواه مسلم)

مراتب الولـي في النكاح

هؤلاء الذين يستحقون حق الولاية في النكاح على المراتب :[١٨]

١- الأب

٢- الجد أبو الأب

٣- الأخ الشقيق

٤- الأخ لأب

٥- ابن الأخ الشقيق

٦- ابن الأخ لأب

٧- العم الشقيق

١٨ الرحيلي، ص 16.

٨- العم لأب

٩- ابن العم الشقيق

١٠- ابن العم لأب

١. فإن عدمت العصبات فالقاضي. قال في الحديث :

السلطان ولـي من لا ولـي له. (رواه ابو داود و الترمذى)

أما ابن وابن الابن ليس لهما حق الولاية في النكاح ولو نزل في الزواج، لأن الولاية تثبت في الزواج للأولياء لدفع العار عن النسب. و لا نسب بين الابن و الأم، لذا فلا يزوج ابن أمه و إن علت بنوة محضة لأن انتسابها إلى أبيها و انتساب الابن إلى أبيه. إلا إذا كان الابن هو ابن ابن عم للأم أو كان قاضيا أو محكما أو وكيلا عن وليها فيزوجها بهذه الصفة، وليس بصفة البنوة. و كذلك المجنون و الصبي هما لا يستحقان حق الولاية في النكاح، سواء على ذلك الكافر

لإختلاف الدين (سبب في انقطاع الولاية). لقول الله تعالى :

وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ

ولقول صلى الله عليه وسلم : لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم.[١٩]

أحكام الأولياء

١. العضل

١٩ الشوكاني، الظفر في الفقه الإمام الشافعي، ص 321 - 121.

هو منع المرأة من الزواج و يحصل العضل إذا طلبت امرأة بالغة عاقلة بكرا كانت أم ثيبا، رشيدة كانت أو سفيهة الزواج من كفء و امتنع الولـــي ولو أبا من تزويجها. في هذه الحالة لا تنتقل الولاية إلى الولـــي الأبعد، بل يزوجها السلطان. لأن تزويجها حق لها على وليها إذا طلبها الكفؤ فإن امتنع منه وفاه الحاكم. لقوله صلى الله عليه وسلم : السلطان ولـــي من لا ولـــي له. (رواه أبو داود و الترمذي). فإن عينت المرأة كفئا و أراد الأب تزويجها بكفء آخر كان له ذلك على الأصح إن كانت بكرا لأنه أكمل نظرا منها.

٢. غيبة الولـــي الأقرب

إذا غاب الولـــي الأقرب إلى مرحلتين فأكثر (المرحلتان ميسرة يوم و ليلة وهي مسافة القصر) و لم يكن له وكيل حاضر بالبلد فإن سلطان بلدها يزوجها و لا تنتقل الولاية إلى الولـــي الذي يليه لأن الغائب هو الولـــي و التزويج حق له، فإذا تعذر استيفاؤه منه ناب عنه الحاكم و إن كانت المسافة أقل من مرحلتين فلا يزوجها السلطان إلا بإذنه في الأصح لقصر المسافة و إمكان مراجعته ليحضر أو ليوكل كما لو كان مقيما إلا إذا تعذر الوصول إليه لفتنة أو خوف فيجوز للسلطان أن يزوج بغير إذنه و كذا يزوج القاضي عند فقد الولـــي لأن المفقود لا يعرف مكانه و لا موته و لا حياته فيتعذر نكاحه فيعتبر في حكم العضل.

٣. اجتماع الأولياء

إذا تعدد الأولياء و كانوا في درجة واحدة من النسب كإخوة أشقاء أو لأب – أعمام أشقاء أو لأب فيستحب تقديم الأفقه بباب النكاح، لأنه أعلم بشرائطه.

فإن استووا فيزوجها الأسن لزيادة خبرته و لكن يشترط رضا الباقين، لأنه أحوط للمصلحة لتجتمع الآراء و لا يقع التشويش باستبداد بعضهم بالعقد، فإن اختلفوا أقرع بينهم وجوبا قطعا للنزاع و من خرجت قرعته زوجها و لا ينتقل الحق إلى الحاكم فإن زوجها غير من خرجت له القرعة و قد أذنت لكل منهم أن يزوجها صح تزويجه. أما إن أذنت لهم بالتزويج فزوجها أحد الأولياء زيدا وهو كفء و الآخر عمرا فيقدم السابق إن عرف فإن وقعا معا أو جهل السابق فيبطل العقدان.

٤. فقدان الأولياء

إذا فقد جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى القاضي، لأنه معين لتحقيق مصالح المسلمين، و من ذلك تزويج من لا ولـــي لها. لقوله صلى الله عليه وسلم : السلطان ولـــي من لا ولـــي له. (رواه أبو داود و الترمذي)

٥. الوكالة من الولـــي

يجوز للولـــي المجبر فقط وهو الأب أو الجد أبو الأب أن يوكل غيره في تزويج موليته، بشرط أن يحتاط لمصلحة الزوجية سواء عين الولـــي له الزوج أو لا. أما الولـــي غير المجبر فلا يجوز له التوكيل في التزويج إلا بإذن الزوجة، لأنه لا يحق للولـــي أصلا أن يزوجها بغير إذنها فلا يوكل بذلك إلا بإذنها.

ولاية المرأة في النكاح عند الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي

ولاية المرأة في النكاح عند الإمام أبو حنيفة.

ذهب أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري على أن الولـــي ليس شرط في

صحة النكاح. يجوز للمرأة أن تعقد النكاح نفسها بغير ولـي، بشرط أن يكون الزوج كفئا. دليل ما لم يشترط الولاية قوله تعالـى :

فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ [البقرة : 234]. هذه الآية تدل على جواز تصرف المرأة في العقد على نفسها.[20]

أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى قسمين :

١. ولاية الاجبار.

هذه الولاية تثبت لكل قريب عاصب أو غير عاصب، لأنه مطلق القرابة الحاملة على الشفقة.والترتيب الأولياء الذين لهم الحق في تزويج المرأة :[21]

١. الأبناء وأبناؤهم وإن نزلوا.

٢. الآباء وآباء الآباء مهما علوا.

٣. الأخوة الأشقاء – فالاخوة لأب – فابناء الأخوة الأشقاء فلأب.

٤. الأعمام الأشقاء ثم لأب – ثم أبناء الأعمام الأشقاء ثم لأب – ثم عم الأب الشقيق ثم لأب – ثم ابن عم الأب الشقيق فلأب. (فإذا فقد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى الحاكم أو نائبه).

٢٠ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 13.
٢١ عبد الله نظام الأسرة في الإسلام، الجزء الأول، ص 363.

دليل ثبوت حق على الولاية الاجبار :[22]

قوله تعالـى :

وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا [النساء : 127] والآية تفيد أن اليتيمة هي الصغيرة التي مات أبوها،وقد يرغب وليها في الزواج منها دون أن يعطيها مهر مثلها. والولـي الذي يحق له الزواج منها لابد أن يكون غير الأب أو الجد كابن العم مثلا.

١. لأن الأخ و العم أولياء في الزواج، فكان لهم ولاية الاجبار كالأب.

العلة في إثبات الولاية الاجبار :

عند إمام أبو حنيفة العلة بالنسبة للصغيرة هي الصغر، فتثبت على الصغيرة بكرا كانت أم ثيبا.[23]دليلهم :

١. قوله تعالـى " وانكحوا الأيامى منكم ". الأيم اسم لكل أنثى لا زوج لها، فيقتضي ثبوت الولاية على كل أنثى إلا ما خصه الدليل.

٢. أن سبب ثبوت الولاية هو العجز الناشيء عن الصغر. ولذا تثبت على الصغير و الصغيرة.

٢٢ نفس المرجع، ص 853.
٢٣ الفقه الحنفية و الجمهور الفقهاء على ثبوت الولاية الاجبار على البكر الصغيرة و على الثيبات في حق الثيب البالغة .

فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير [البقرة : ٢٣٤]

فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن

فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره

٢. فهذه الآيات جعلت أمر نكاح المرأة وما تفعله في نفسها إليها. فدل ذلك على أن لها أن تزوج نفسها بغير اعتراض.

٣. ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها. فهذا الحديث يجعل للمرأة من الحق في تزويج نفسها ما لم يجعله لوليها، ولا يقال أن الحديث خاص بالثيب. لأن الأيم هي كل من لا زوج لها.

٤. لأن الولي تثبت له الولاية على المرأة في نفسها ومالها، وبالبلوغ ترفع ولايته عن مالها، فعن نفسها أولى لأنها أهم من مالها.

وقال أبو يوسف – من الحنفية – على أن البكر البالغة العاقلة لها أن تأذن لمن شاءت من الرجال في تزويجها، وإذا عقدت كان عقدها موقوفا على إذن وليها.[٢٧] دليل أبو يوسف :

١. فقد أجاز عقد النكاح برجل عن إذن المرأة لقصورها عن مباشرة العقد بنفسها، كما جعل العقد موقوفا على اجازة وليها مراعاة لحق وليها في اشتراط الكفء.

٢٧ عبد الله عظام الأسرة في الإسلام الجزء الأول، ص 953.

٣. لأن البالغة الرشيدة لها ولاية كاملة على مالها، فلأن تثبت لها الولاية على نفسها وهي أهم أولى.

وأما عند أبو يوسف و محمد الحسن : يجوز الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا، والولي هو العصبة. فإن زوجهما الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما، وإن زوجهما غير الأب أو الجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغا إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ.[٢٤]

٢. ولاية الاختيار.

البكر البالغة العاقلة أنها تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها، ولكن يستحب أن تجعل أمر زواجها إلى وليها من باب الحياء ومراعاة محاسن العادات، شريطة أن تزوج نفسها من كفء و بمهر المثل.[٢٥] ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة العاقلة على النكاح، أما اذا استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت أو بكت بغير صوت فذلك إذن منها وإن ابت لم يزوجها. وإذا استأذن الثيب فلابد من رضائها بالقول (النطق)، ولكن إذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنس فهي في حكم الابكار، وأن زالت بكارتها بالزنا فهي كذلك عند أبو حنيفة.[٢٦]

دليل الإمام أبو حنيفة على أن البكر البالغة العاقلة و الثيب البالغة العاقلة لهما أن تتزوج بنفسها :

١. بعض الآيات التي تسند أمر النكاح إلى المرأة كما في قول الله تعالى :»

٢٤ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، المختصر القدوري، (بيروت – لبنان : دار الكتب العلمية، 7991)، ص 641.

٢٥ عبد الله عظام الأسرة في الإسلام الجزء الأول، ص 853.

٢٦ القدوري، المختصر القدوري، ص 641.

فالسلطان ولـي من لا ولـي له ». (أخرجه أبو داود) فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل.[٢٦]

و أن الولـي هو رجل لا امرأة، فلا تكون المرأة وليا أبدا لغيرها. وإذا لم تكن وليا لنفسها كانت أبعد من أن تكون وليا لغيرها ولا تعقد عقد نكاح. عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال : لا تنكح المرأة المرأة فإن البغي إنما تنكح نفسها. (أخرجه ابن ماجه) إذا أرادت المرأة أن تزوج جاريتها لم يجز أن تزوجها هي و لا وكيلها إن لم يكن وليا للمرأة إذا لم تكن هي وليا لجاريتها لم يكن أحد منها وليا إذا لم يكن من الولاة كما لا يكون للمرأة أن توكل نفسها من يزوجها إلا وليا و يزوجوها هي إذا أذنت بتزويجها، و لا يجوز لولـي المرأة أن يولـي امرأة تزوجها إذا لم تكن وليا في نفسها لم تكن وليا بوكالة و لا يزوج جاريتها إلا بإذنها.[٢٧]

أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى قسمين :

١. ولاية الاجبار:

هذه الولاية ثبتت للأقارب العصبات. لأن العصبات هم الأصل في الولاية، لذا أمر صيانة القبيلة عما يلحق بها من عار موكولا إليهم. ترتيب الأولياء الذين لهم الحق في تزويج المرأة :

١. من الأقارب هو الآباء ثم الأجداد ثم الأخوة ثم الأعمام.

٢٦ الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، كتاب الأم، تحرير السندي، ضبط وتعليق : محمد إبراهيم الجفناوي (القاهرة : دار الحديث، 2002)، ص 43-13.
٢٧ نفس المرجع، ص 84-74.

وقال أبو ثور :[٢٨] إن أذن لها وليها جاز أن تعقد لنفسها، وإن لم يأذن لم يجز. دليل أبو ثور :

١. أن المرأة إنما منعت من مباشرة عقد النكاح رعاية لحق الولـي، فإذا أذن لها بالزواج فقد اسقط حقه وزوال المانع.

وقال محمد بن الحسن :[٢٩] إذا تولت العقد لنفسها وقع العقد موقوفا على اجازة الولـي مطلقا، سواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء بمهر المثل أم لا.

ولاية المرأة في النكاح عند الإمام الشافعي

ذهب الشافعي على أن الولـي هو شرط في صحة النكاح، لذا لا يكون النكاح إلا بولـي.[٣٠] دليل على اشتراط الولـي في قوله تعالى :

فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ (سورة البقرة : ٢٣٢)هذا الخطاب للأولياء،ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل. ومن اشهر ما احتج من الأحاديث عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشةرضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت[٣١] بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن أصابها فلها الصداق بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا

٢٨ نفس المرجع، ص 953.
٢٩ نفس المرجع، ص 953.
٣٠ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحرير الفاسي، ص 13.
٣١ قوله : نكحت بغير إذن وليها. يحتمل :
1. الولـي في الولاية على جميع النساء في نكاحهن.
2. الولـي أن يوكل لأن عنده لا يصح إلا توكيل بموجب عقد

الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب (هكذا سائر العصبات)

٢. القاضي. (السلطان ولـــي من لا ولـــي له)

دليل ثبوت حق على الولاية الاجبار :

تثبت ولاية الاجبار للأب و الجد فقط. أن الجد له حكم الأب؛ وأنه يشبه الأب من حيث أن سبب ولاية كل منهما هي الجزئية.وتثبت ولاية الاجبار على المجنونالمجنونة والمعتوه والمعتوهة والبكر صغيرة[٣٣] والبكر الكبيرة.[٣٤] لما روي ابن عباس رضي الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها (رواه مسلم) فدل على أن الولـــي أحق بالبكر .ويستحب على كل ولـــي في ولاية الاجبار لأن يأخذ إذن من البكر البالغة العاقلة في الزواج تقديرا لها وتطييبا لقلبها،[٣٥] لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستامر و لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا : يارسول الله و كيف إذنها؟ قال : أن تسكت. (رواه مسلم) لما روي ابن عباس رضي الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الأيم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صموتها. (رواه مسلم)

٣٣ يجبر الأب تزويج ابنه الصغيرة غير بعقد بأب لا إذن لها. وقد كرالأب عند الشافعية.
وبه يفتى فلا خيار لها في فسخه عند مالك والشافعي وسائر فقهاء الحجاز.
قال فقهاء العراق : لها الخيار إذا بلغت.
قال الشافعي وأبو ثور ومالك وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وابن وأبي عبيد و الجمهور : أنه غير الأب و الجد من الأولياء فلا يجبر ورجحها.
قال الأوزاعي وأبو حنيفة وأحمد وزيد من السلف : يجبر جميع الأولياء، ويصح وبها اختيار إذا بلغت. قال أبو يوسف : لا خيار لها.
٣٤ عبدالله نظام الأسرة في الإسلام (مقر، الأول، ص 653 - 753.
٣٥ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ص 521.

دليل الإمام الشافعي على أن البكر البالغة العاقلة ليس لها حق أن تزوج بنفسها :

البكر البالغة العاقلة لا تصح نكاحها إلا بإذن الولـــي سواء كان وليا خاصا كالأب أو الجد أو كان وليا عاما كالامام أو نائبه عند انعدام الولـــي الخاص. لذا لا تصح المرأة أن تتولـــى عقد الزواج بنفسها موجبة أو قابلة، لأنها لا تملك الانفراد بتزويج نفسها أو غيرها. وإن أذن لها وليها بذالك صغيرة كانت أم كبيرة - بكرا أم ثيبا، شريفة أم دنيئة - من كفء أم غيره. فإذا فعلت الزواج فعقدها باطل ولا يترتب عليه أثر مطلقا ولو أجازه الولـــي.[٣٦]

الدليل :[٣٧]

بعض الآيات القرآنية التي أمر الزواج إلى الأولياء ومن ذلك قوله سبحانه وتعالـــى :

فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ.

- الخطاب في هذه الآية موجه إلى الأولياء، يدعوهم إلى عدم العضل.
- قوله تعالـــى : فانكحوهن بإذن اهلهن. فقد طلبت الآية أن يتم الزواج بإذن الأهل على أن أذنهم ورضاهم شرط لا يصح النكاح بغيره.
- قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو موسى الاشعري : " لا نكاح إلا بولـــي ". هذا الحديث صريح في عدم صحة النكاح بغير إذن الولـــي.

٣٦ الزحيلي، المعتمد في فقه الشافعي، جزء الرابع، ص 56.
٣٧ عبدالله نظام الأسرة في الإسلام، ص 163.

وعمومه لا فرق بين الصغيرة أو الكبيرة والبكر أو الثيب.

- قوله صلوات الله عليه وسلامه فيما رواه عائشة : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - فنكاحها باطل - فنكاحها باطل. هذا الحديث صريح في بطلان النكاح بغير إذن الولـي دون تخصيص أو تمييز.
- ما رواه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها، فالزانية هي التي تنكح نفسها ". الحديث صريح في عدم مشروعية النكاح بغير ولـي، فدل على أن إذنه شرط.

العلة في إثبات الولاية الاجبار :

عند الجمهور الفقهاء العلة بالنسبة للصغيرة هي البكارة. فتثبت ولاية الاجبار على البكر صغيرة كانت أم كبيرة.دليل الجمهور :[39]

١. قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تنكح الثيب حتى تستأمر ". فدلّ على أن الابكار من اللاتي لا يؤخذ رأيهن. لذا تثبت عليهن ولاية الاجبار.
٢. أن سبب ثبوت الولاية هو الجهل بمصالح النكاح وقلة الخبرة بأحوال الرجال. هذا المعنى قائم في البكر ولو كانت بالغة و منتف في الثيب ولو صغيرة.

٢. ولاية الاختيار

هذه الولاية تثبت لكل الأولياء الذين مر ذكرهم على الترتيب، وتكون

٣٩ انظر بداية و الجمهور الفقهاء على ثبوت ولاية الاجبار على البكر الصغيرة و على انقطاعها في حق الثيب البالغة.

في تزويج الثيب البالغة العاقلة التي زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام، ويشترط في تزويجها إذنها ورضاها.[40] لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : الثيب أحق بنفسها من وليها (رواه الدار قطني) و قوله - صلى الله عليه وسلم - ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر)) (رواه مسلم)وجب على كل ولـي أن يأخذ رأيها صراحة بالنطق، لأنها عرفت مقصود النكاح. لذا لايجوز للولـي على احتارها وعاشرت الرجل ومارست الزواج. كما أن إذن البكر بالصمات، فيكون إذن الثيب بالنطق. فإن زوجها بغير رضاها، وكانت كارهة فنكاحها مردود. لما رووت خنساء بنت خذام الأنصارية : أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحها (رواه البخاري)[41]

أما الثيب الصغيرة فلا يزوجها أحد حتى تبلغ، سواء احتملت الوطء أم لا. فلا اجبار عليها؛ لأنها ثيب، ولا اعتبار لإذنها (لأنها صغيرة). إذن لابد على كل ولـي انتظارها حتى تكبر.[42]

الإستنتاج

الرأي المختار

بعد استعراض عن رأيان الفقيهان الكبيران هما الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي في مسألة ولاية المرأة في النكاح، يظهر لي أن أوافق على رأي الإمام الشافعي بأن الولـي شرط في صحة عقد النكاح. لقول الله تعالى

٤٠ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ص. 621.
٤١ الرملي، المقصد في الفقه الشافعي، ص. 66.
٤٢ نفس المرجع، ص. 66.

وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ

هذا خطاب على اعتبار للأولياء، ولو كان هذا الخطاب لما نهوا عن العضل. وحديث لما روي ابن مسعود رضي الله عنه : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : لا نكاح إلا بولـي وشاهدي عدل (رواه البيهقي) هذا الحديث دليل لا يصح النكاح بغير الولـي.

الولـي كله رجل، وليس امرأة؛ لأن الزواج له مقاصد متعددة، والمرأة كثيرا ما تخضع لحكم العاطفة وبطبيعتها البعيدة عن

مخالتها الرجال. لقول الله تعالى : الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ (سورة النساء : ٣٤)

لذا لا تصح المرأة أن تكون وليا لنفسها ولغيرها.فمنعت من مباشرة العقد وجعل إلى وليها لتحصل على مقاصد الزواج على الوجه الأكمل.فتدخل الولـي ضمان لمنع الخدوث زواج لا يكتب له النجاح والإستقرار وحماية المرأة وصيانتها. وروي أبو هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها (رواه ابن ماجه)وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات – وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولـي من لا ولـي له (رواه الترمذي) مفهوم من هذا الحديث، على كل امرأة إذا نكحت بغير إذن الولـي فلا نكاح لها.

يجب على كل ولـي أن يراعي رضا المولـى عليه إذا كانت المرأة

البالغة العاقلة، ليضمن فيها وكي لا يحدث الكراهة في المستقبل بينها وبين زوجها. لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستأمر و لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا : يارسول الله و كيف إذنها؟ قال : أن تسكت. (رواه مسلم) لما روي ابن عباس رضي الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الأيم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صموتها. (رواه مسلم) وكذالك الثيب البالغة العاقلة التي زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام، ويشترط في تزويجها إذنها ورضاها. لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : الثيب أحق بنفسها من وليها (رواه الدار قطني) و قوله – صلى الله عليه وسلم – ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر)) (رواه مسلم) وجب على كل ولـي أن يأخذ رأيها صراحة بالنطق، لأنها عرفت مقصود النكاح. لذا لايجوز للولـي على اجبارها وعاشرت الرجل ومارست الزواج. كما أن إذن البكر بالصمات، فيكون إذن الثيب بالنطق. فإن زوجها بغير رضاها، وكانت كارهة فنكاحها مردود. لما رووت خنساء بنت خذام الأنصارية : أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فرد نكاحها (رواه البخاري)

المراجع :

البغدادي، أبي الحسـأحمد. بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي. [١٩٩٧م]. **مختصر القدوري في الفقه الحنفي**. بيروت. لبنان : دار الكتب العلمية.

الشافعي، الإمام محمد بن إدريس. [٢٠٠٨م]. **كتاب الأم**. القاهرة : دار الحديث.

KETENTUAN PENULISAN *IJTIHAD*

Naskah atau artikel/tulisan yang akan dikirimkan ke redaksi jurnal Ijtihad, akan di pertimbangkan pemuatannya, jika memenuhi beberapa kriteria berikut ini:

1. Naskah/artikel bersifat ilmiah, berupa kajian atas masalah-masalah keagamaan kontemporer dalam masyarakat khususnya dalam bidang hukum dan ekonomi. Di samping itu, memuat gagasan-gagasan orisinil, yang merupakan ringkasan hasil penelitian, survey, dan review buku.
2. Naskah yang dikirim merupakan hasil tulisan orisinil dan belum pernah dipublikasikan dalam penerbitan apapun dan atau tidak sedang diminta penerbitannya oleh media lain
3. Naskah ditulis, secara berurutan terdiri atas judul, nama penulis, abstrak, kata kunci, dan daftar pustaka.
   a. Judul harus singkat dan luges.
   b. Abstrak ditulis dalam bahasa Indonesia yang memuat ringkasan artikel yang menggambarkan pengantara tulisan dan kesimpulan. Abstrak ditulis antara 150/200 kata.
   c. Kata kunci minimal 3 (tiga) dan maksimal 5 (lima) kata yang mencerminkan isi naskah.
   d. Isi naskah minimal 15 s/d 20 halaman ukuran A4 (spasi 1,5).
   e. Daftar pustaka disusun secara alfabetis dengan memuat nama penulis, judul buku, kota penerbit, dan tahun penerbitan.
4. Naskah ditulis dengan menggunakan *footnote* (catatan kaki) dengan ketentuan:

   Nama pengarang tanpa gelar, judul buku (italic), volume/jilid (jika ada), buka kurung kota penerbit, nama penerbit, tahun penerbitan, kurung tutup, dan halaman.

   Contoh kutipan dari buku:

   Ibnu Qayyim Al-jauziyah, *Miftah Dar al-Sa'adah*, Jilid II (Mesir: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 2001), h. 204

   Contoh kutipan dari Terjemahan:

   Roger Scrutton, *Sejarah Singkat Filsafat Modern Dari Descartes Sampai Wittgenstein*, terj. Zainal Arifin Tandjung (Jakarta: PT. Pantja Simpati, 1986) h.1

الشافعي، القاضي أبي يحي زكريا الأنصاريّ. [٢٠٠١م]. **أسنى المطالب شرح روض الطالب ومعه حاشية الشيخ أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير**. بيروت. لبنان : دار الكتب العلمية.

الشربيني، محمد الخطيب. **مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للامام أبي زكريا بن شرف النووي**. بيروت. لبنان : دار الفكر.

الشيرازي، أبي إسحاق. [١٩٩٦م]. **المهذب في الفقه الإمام الشافعي**. دمشق : دار القلم.

الزحيلي، محمد. [٢٠٠٧م]. **المعتمد في الفقه الشافعي**. دمشق : دار القلم.

الأندلسي، الإمام القاضي أبي الوليد محمد. بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. بيروت. لبنان : دار الكتب العلمية.

الأندلسي، الإمام القاضي أبي الوليد محمد. بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي.[٢٠٠٩م].**شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد وبهامشه السيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. شرح وتحقيق وتخريج : د. عبد الله العبادي. القاهرة.الإسكندرية : دار السلام.

عقلة، محمد. [٢٠٠٢م]. **نظام الأسرة في الإسلام**. عمان. الأردن : مكتبة الرسالة الحديثة.

سابق، الشيخ السيد. [١٩٨١م]. **فقه السنة**. بيروت. لبنان : دار الفكر.

Contoh kutipan dari jurnal/majalah:

Fara Dieva Huwaida, 2006, "Misteri Gender antara Idealisme dan Pragmatisme, Menelusuri Utopia Musdah Mulia", dalam Tsaqofah, Vol 4, Nomor 2,Gontor, Institut studi Islam Darussalam (ISID), h. 123

5. Semua artikel ditulis dalam format MS Word, dan diserahkan dalam bentuk soft copy dan hard copy dikirim melalui melalui pos, atau melalui email dengan alamat: ijtihad.syariah@gmail.com dengan menggunakan *attachment file*.
6. Penulis akan diberi fee sebagaimana ketentuan dan berhak memperoleh hardcopy sebanyak 2 (dua) eksemplar.
7. Tidak keberatan jika naskah yang dikirim mengalami penyuntingan atau perubahan tanpa mengubah isi.
8. Setiap kata asing yang bukan nama orang, tempat dan sebagainya ditulis *italic* (miring)