الولاية في الزواج
(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون)

د. نشوان زكي سليمان الحليم
جامعة الموصل/كلية الحقوق

State in Marriage
(Comparative study between Islamic law and law)

Dr. Nashwan Zaki Suleiman Al - Halim
University of Mosul / Faculty of Law

المقـــدمـــة

أولاً: مقدمة البحث :

يُعد الزواج من أهم الموضوعات التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية ومشرعي قوانين الأحوال الشخصية اهتماماً بالغاً لتعلقها بحياة الإنسان وشرفه، باعتباره أحد المقاصد التي حثت الشريعة الإسلامية على حفظه، لذلك أوكلت الولي أمر مباشرة عقد زواج موليتهِ بنفسهِ على أن يتجسد دور الولي لمصلحة موليته وإبعادها عن أي ضرر قد يلحق بها، بعد أن دفع الحرج عن المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها، إلا أن ذلك مشروط بعدم تعسف الولي لها واستعمالهِ هذا الحق ليظلمها ويأذيها كعضلهِ عن الموافقة في تزويج موليتهِ البالغة العاقلة إذا ما رضيت الزواج برجل كفء منها يكون موضع فخر لها ولوليها.

ثانياً: أهمية البحث :

إن اختيار موضوع بحث الولاية في الزواج لما له من الخصوصية والأهمية وللصلة الوثيقة التي تربط الولاية بعقد الزواج وتؤثر فيه، والتي تندرج ضمن حق اختيار

المرأة لزوج المستقبل الكفء قبل الإقدام على إتمام عقد الزواج بينهما مما يساهم هذا الاختيار في توثيق الصلة الزوجية بين الطرفين لتكون الحياة الأُسرية بينهما مستقرة، مما كان سبباً في اختيار هذا الموضوع.

ثالثاً: مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث أن المشرع العراقي لم يتناول موضوع الولاية ولم ينظمها في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩على الرغم من أهمية الولاية في أهم عقد يسعى الإنسان لإبرامه في حياته، إنما أحال هذه المسألة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أن المشرع العراقي قد تناول موافقة الولي في موضع واحد وهو تزويج القاصر لمن أكمل الخامسة عشر من عمره، لذلك كان من الضروري البحث في هذا الموضوع واقتراح النصوص القانونية بشكل يلائم واقع الحياة في الوقت الحاضر، ومعالجة المشكلات التي قد تظهر نتيجة تطور الحياة الاجتماعية، خاصة وأن المشرع العراقي قد رتب عقوبات جزائية على الولي العاضل عن زواج موليته.

رابعاً: فرضية البحث:

تكمن فرضية البحث من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية:

١-ما المقصود بالولاية وما هي أقسامها؟
٢-هل تفرض الولاية على المرأة البكر أم الثيب؟ صغيرة كانت أم بالغة أم الأثنين معاً؟
٣-هل أن من حق الولي عضل زواج موليته في كل الأحوال حتى وإن كان دون سبب مشروع ؟
٤-ماذا لو غاب الولي القريب وكان في غيابه تفويت لمصلحة المولى عليها في الزواج؟
٥-هل يمكن للقاضي أن يحل محل الولي القريب أو البعيد في تزويجها عندما تلجأ إليه المولى عليها وتطلب منه تزويجها ورفع الظلم أو الضرر عنها حسب ادعائها؟

خامساً: منهجية البحث:

استلزم دراسة هذا الموضوع اتباع المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي الحنيف وما سطره من أحكام بمذاهبِهِ الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والاستئناس بآراء المذهبين الجعفري والظاهري عند الحاجة، والقوانين محل الدراسة العراقي والأردني في إطار قانون الأحوال الشخصية وما قيل بشأن موضوع الولاية من آراء فقهية ونصوص في القوانين المقارنة، واقتراح ما يتيسر لنا من النصوص القانونية بما يتلاءم وواقع مصلحة الولي والمولى عليها عند ابرام عقد الزواج في هذا المجال من الدراسة.

سادساً: خطة البحث:

سيتم تناول موضوع الولاية في الزواج (دراسة مقارنة) ضمن خطة البحث وفق الشكل الآتي:

المبحث الأول: ماهية الولاية ومشروعيتها أقسامها وشروطها

المطلب الأول: مفهوم الولاية ومشروعيتها

المطلب الثان: أقسام الولاية وشروطها

المبحث الثاني: ترتيب الأولياء وغيبتهم وعضلهم في عقد الزواج

المطلب الأول: ترتيب الأولياء في الولاية

المطلب الثاني: غيبة الولي وعضله في عقد الزواج

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المبحث الأول

ماهية الولاية ومشروعيتها أقسامها وشروطها

لبيان ماهية الولاية ومشروعيتها وأنواعها وشروطها لا بد من تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول مفهوم الولاية ومشروعيتها في المطلب الأول، ومن ثم أقسام الولاية وشروطها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الولاية ومشروعيتها

إن دراسة أي موضوع في مجال البحث الشرعي والقانوني يتطلب منا الرجوع إلى المعجم العربي لبيان معنى الولاية لغةً، إلى جانب معناها اصطلاحاً وقانوناً، هذا ما نتناوله في الفرع الأول، ومن ثم مشروعية الولاية شرعاً وقانوناً في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً وقانوناً

أولاً: الولاية لغة: بفتح الواو وكسرها مصدر ولي الرجل يليه وولي عليهِ وذلك إذا نصره وأعانه أو قام بأمرهِ وتولى شؤونه، فالولي في اللغة معنيان:

الأول الناصر والمعين، والثاني القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونهِ[١].

ثانياً: تعريف الولاية اصطلاحاً: فقد وردت بشأنها تعريفات كثيرة منها :

عرفها الكاساني من فقهاء الحنفية[٢]، بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، أو هي عبارة عن سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها[١].

---

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين بن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، مادة ولي، دار صادر للنشر، بيروت، ١٩٥٦م، ج١٥، ص٤٠٩.

(٢)ابن الهمام السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٣٦٥هـ، ج٣، ص١٦١؛ ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن=

بينما استعمل فقهاء المالكية[٢]،الولاية كآصرة موجبة للإرث، فقد جاء لابن جزي الغرناطي قولهِ (أن الولاية خمسة أنواع: ولاية الإسلام ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها، وولاية الحلف، وولاية الهجرة، وكان يتوارث بها أول الإسلام ثم نسخ، وولاية القرابة، وولاية العتق، والميراث بهما ثابت)[٣].

وعرفها فقهاء من الشافعية[٤]، بانها حق الولي في أن يتولى عقد نكاح المرأة التي تحت ولايته.

وعرفها فقهاء من الحنابلة[٥]، بأنها نفاذ تصرف الولي في حق موليته شاءت أم أبت.

وعرفت الولاية من الفقهاء المعاصرين[١]، بأنها سلطة شرعية يمتلك بها صاحبها حق التصرف في شؤون غيره، باعتبار أن هذه السلطة مبنية على أن عقد الزواج

= نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للنشر، دون سنة نشر، ج٣، ص١٩٢؛ ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الحنفي، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر للنشر، بيروت،٢٠٠٠م، ج٦، ص٥٥.

(١) الكاساني، علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت،١٩٨٢م،ج٢، ص٢٤٠.

(٢) ابن عرفة ،محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر، ج٢، ص٢٣٠؛ الحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر للنشر، بيروت ،١٣٩٨هـ، ج٢، ص٤٢٦ ؛ ابن جزي، ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دون مكان أو سنة نشر، ج١، ص٢٤٨.

(٣)ابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق ،ج١، ص٢٤٨.

(٤) الشربيني، محمد الشربيني الخطيب الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار أحياء التراث العربي، بيروت ، ١٣٤٣هـ، ج٣، ص١٥٥.

(٥) ابن قدامة،عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر للنشر، بيروت ،١٤٠٥هـ ،ج٧، ص٢٣.

يشترك في مفاخرهِ ومعايبه جميع أسرة المولى عليها فيكون من الإحسان الإعتراف لهم بالولاية في الزواج .

بينما عرفها آخرون بانها سلطة تخول لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات بحيث ترتب آثارها الشرعية بمجرد صدورها منه[٢]، أو أنها تنفيذ القول على إمرأة أو القاصر ومن في حكمهِ في الزواج والإشراف على شؤونهِ في العقد من طرف شخص له المقدرة على ذلك[٣].

مما تقدم يمكن تعريف الولاية بشكل عام بأنها سلطة مباشرة للتصرف من غير توقف على إجازة أحد باعتبارها حق منحته الشريعة الإسلامية لأشخاص ضمن شروط معينة يكتسب لمن تثبت له حق تنفيذه على غيره.

ثالثاً: تعريف الولاية في القوانين المقارنة: لم يورد مشرعي قوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للولاية إنما أحالوا ذلك إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية[٤].

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن يخصص فقرات في المادة (٧) من الفصل الثالث (الأهلية) في قانون الأحوال الشخصية يتناول فيه موضوع الولاية بعد تعريفها ليكون النص بالشكل الآتي:

---

(١) د.احمد الكبيسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،١٩٩٢م، ص٥٤.

(٢) حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الاحوال الشخصية، دون مكان أو سنة نشر،ج٢، ص٤٠٧.

(٣) محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر. القاهرة، ٢٠٠٠م،ج١، ص١٩١.

(٤) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨، والمادة (٣٢٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردنيرقم٣٦ لسنة٢٠١٠ المعدل، والمادة (٣٠٥) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم٥٩ لسنة ١٩٥٣المعدل.

١-الولايـة: (السلطة التـي تثبـت لشـخص بشـروط معينـة تخولـه أن يتـولى عقد الزواج لنفسهِ أو لغيرهِ من دون حاجة إلى إجازة أحد).

الفرع الثاني: مشروعية الولاية شرعاً وقانوناً

أولاً- مشروعية الولاية شرعاً:

وردت مشروعية الولاية في القرآن الكريم والسنة النبوية التي تدل عليها وعلى النحو الآتي:

فمن القرآن الكريم: قولهِ تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾[١]، فالآية صريحة باشتراط طلب إذن الأهل في النكاح، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ٣٢﴾[٢]، وظـــاهر الأمر الوجوب على ما بيناه مراراً فيدل على أن الولي يجب عليه تزويج موليته؛ لأن الله تعالى في هذه الآية لم يخاطب إلا الرجال ولو كان هذا الأمر إلى النساء لذكرهنَ في الآيـة[٣]، وقولـه تعـالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَـٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَـٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ ٢٧﴾[٤].

وقال القرطبي أن في هذه الآية دليل على ان النكاح إلى الولي ولا حظ للمرأة

(١) سورة النساء الآية (٢٥).

(٢) سورة النور الآية (٣٢).

(٣) الرازي الشافعي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية ،بيروت،١٤٢١،هـ ،ج٢٣، ص١٨٣ .

(٤) سورة القصص الآية (٢٧).

فيه[١]، وقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾[٢]، فأخبر الله تعالى أن للرجال حق القوامة على النساء ومن القوامة الولاية عليهنَ.

ومن السنة النبوية: ما روى عن الرسولﷺ قال: **(لَا نِكَاحَ إلا بِوَلِيٍّ)**[٣]، وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشراط الولي في عقد النكاح[٤].

وعن أبي عباس رضي الله عنه عن النبيﷺ قال: **(لا نكاح إلا بأربع خاطب وولي وشاهدين)**[٥]، والحديث فيه خبر بأن كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح[٦].

وما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها وقال أبو هريرة وكان يقال الزانية تنكح نفسها)[٧]،وقال الحسن عنه سراً الزنا ووصله[١].

(١) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب للنشر، القاهرة، دون سنة نشر،ج١٣، ص٢٧٢.

(٢) سورة النساء الآية (٣٤).

(٣) رواه أبو داؤد، سليمان بن الأشعث أبو داؤد السجستاني الأزدي، سنن أبو داؤد، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر، باب في الولي، رقم الحديث(٢٠٨٥)،ج٢، ص٢٢٩.

(٤) المناوي ،عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير،المكتبة التجارية الكبرى، مصر،١٣٥٧هـ، ج٦،ص٤٣٧.

(٥) رواه البيهقي، محمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز للنشر، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ، باب لا يزوج نفسه امرأة هو وليها كما لا يشتري من نفسه شيئا هو ولي بيعه، رقم الحديث (١٣٥٩٣) ،ج٧، ص١٤٣.

(٦)الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٣، ص١٦٣.

(٧) رواه الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٣٨٦هـ، رقم الحديث(٣١)، ج٣، ص٢٢٨.

وروى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي(ﷺ) قال: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دخل بها فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ من فَرْجِهَا فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ من لَا وَلِيَّ له) [٢] .

مما تقدم من أدلة لمشروعية الولاية أجد أن الزواج عقد وميثاق غليظ وأهميته كبيرة ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع أهميته باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر عقود المعاوضات، لذلك جعل مباشرته بموافقة الولي صاحب الرأي السديد من الرجال.

ثالثاً: مشروعية الولاية في القوانين المقارنة: إن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لم يشترط صراحة حضور الولي في عقد زواج موليته ما دامت عاقلة وأكملت الثامنة عشرة من عمرها[٣].

وأما المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية فقد أعطى هو الآخر الحق للمرأة التي أكملت الثامنة عشر من عمرها تزويج نفسها، ولكن برجل كفء و بمهر المثل، إلا أن المرأة إذا إدعت بأنه لا ولي لها وزوجت نفسها برجل غير كفء أو بأقل من مهر المثل، يكون لوليها الحق في مراجعة محكمة الأحوال الشخصية وطلب فسخ عقد زواج موليته، وفي حال عضل الولي بتزويج البكر لمن أتمت الخامسة عشرة بلا عذر مشروع أذن القاضي بتزويجها ولكن ذلك مشروط بأن لا يقل المهر عن مهر المثل[٤]، بخلاف المرأة الثيب إذا كانت عاقلة وتجاوزت الثامنة عشرة من عمرها فإن

---

(١) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل، الدراية في تخريج احاديث الهداية، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة للنشر، بيروت، رقم الحديث (٥٩٧)، ج٢، ص٨٠.

(٢) رواه الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت بَاب ما جاء لَا نِكَاحَ إلا بِوَلِيٍّ، رقم الحديث(١١٠٢) ،ج٣، ص٤٠٨.

(٣) ينظر الفقرة (١) من المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٤) ينظر المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الاردني.

المشرع الأردني لم يشترط موافقة وليها وحضوره عقد زواجها[١].

المطلب الثاني

أقسام الولاية وشروطها

تقسم الولاية إلى أقسام عديدة، هذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الأول، وان الشخص ليكون مولياً لا بد من أن يتوفر فيه شروط معينة، وهذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أقسام الولاية شرعاً وقانوناً

أولاً: **أقسام الولاية شرعاً:**

تقسم الولاية من حيث مداها إلى قسمين:

الأولى: الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص وقدرتهِ شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه[٢].

الثانية: الولاية المتعدية: وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره[٣] وتنقسم هذه الولاية بدورها إلى ثلاثة أقسام:

أ: ولاية على المال: وهي قدرة على انشاء العقود الخاصة المتعلقة بالمال وتكون نافذة بحقه كولاية الوصي على الموصي.

ب: ولاية على النفس: وهي ما تكون متعلقة بشخص المولى عليه كولاية التزويج، فالولي في هذه الولاية له حق إنشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه، كولاية

---

(١) ينظر المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية الاردني.

(٢)ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق،ج١، ص١٨٣؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٢، ص٣٥٥ .

(٣)عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، ١٤١٧هـ، ج٦، ص٣٣٩ .

الأخ الشقيق على اخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في التزويج في حالة عدم وجود الأب أو الجد، أو وجد أحدهما مع عدم أهليته للولاية.

ج: الولاية على النفس والمال معا: كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصيها(١).

وما يهمنا في هذا المقام موضوع بحثنا الولاية على النفس التي تجعل من الولي قادراً على إنشاء عقد الزواج نافذاً على الغير من دون حاجة إلى إجازة أحد.

وتقسم الولاية حسب حال المولى عليه إلى قسمين:

الأولى: ولاية الإجبار: وهي التي تثبت لصاحبها جبراً عليهِ وتخوله الحق في تزويج المولى عليه من غير توقف على رضاه واختياره، كالولاية على الصغير والمجنون من باب المصلحة المرجوة منه، والمحافظة على محاسن العادات، ومنع المرأة من حضور هذا العقد بمحضر من الرجال وحدها حفاظاً على حياء المرأة وصيانتها(٢).

الثانية: ولاية اختيار أو شراكة أو ندب: وهي التي تخول صاحبها النظر في شؤون المولى عليه بناء على اختياره ورغبتهِ ومشاركة الولي وموليته في الرضا بالزواج ،لأن الولي لا ينفرد ويستبد بتزويج موليته كولايته في تزويج المرأة الحرة البالغة(٣) .

والسؤال هنا ما هي أسباب ولاية الإجبار عن نفس الأنثى ؟ اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين بشأن هذه المسألة إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو الصغر

(١) محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دون مكان أو سنة نشر، ص١٥٤.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق،ج٣، ص١٥٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٢، ص٢٤٨.

يرى فقهاء الحنفية[١]،أن سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو الصغر ومن في حكمهِ كالجنون والعته ولا دخل للأنثى الباكر أو الثيب في ذلك، فالباكر البالغة العاقلة لا تثبت عليها الولاية لإنتفاء صغرها وجنونها، ولكن تثبت الولاية على الثيب الصغيرة لتحقق سبب ثبوت الولاية عليها وأيضا المجنونة والمعتوهة بسبب قصور عقلهما لما فيه من ضعف إحتياطاً لهنَ من فوات مصلحتهنَ، وأما الأنثى الكبيرة لا ولاية عليها وليس للأب أو الجد أن ينكحها بغير رضاها باعتبار أن شرط زواج الأنثى البالغة بكراً كانت أم ثيباً يكون برضاها، وإلا كان عقد نكاحها إكراهاً غير صحيح، واستدلوا في ذلك ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (الْأَيِّمُ أَوْلَى بِأَمْرِهَا وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)[٢]، ويدل الحديث برأيهم أن اليتيمة البالغة ليس للمولى عليها إجبارها على الزواج دون رضاها.

الرأي الثاني: سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو بكارتها

يذهب فقهاء المالكية[٣]، إلى أن سبب ولاية إجبار الأنثى بكارتها حتى وإن كانت عانسة وكذلك الثيب الصغيرة والمجنونة وإن كانت بالغة لعدم تمييزها، إلا أنها تستأذن عند إفاقتها، وسبب ولاية الإجبار عليهنَ هو دفع الضرر عنهنَ، واستدلوا في ذلك عن الرسولﷺ قال: (لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حتى تُسْتَأْمَرَ ولا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حتى تُسْتَأْذَنَ قالوا يا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا قال: أَنْ تَسْكُتَ)[٤].

---

(١)ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق،ج٣، ص١٦١؛ الكساني بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٢٤٢.

(٢) رواه النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي (المجتبي)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٤٠٦هـ، باب اسْتِئْذَانُ الْبِكْرِ في نَفْسِهَا رقم الحديث (٣٢٦٢)، ج٦، ص٨٤.

(٣) الإمام مالك انس بن مالك، المدونة الكبرى، دار صادر للنشر، مصر،١٣٢٣هـ، ج٢، ص١٥٥.

(٤) اخرجه مسلم، بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، بَاب اسْتِئْذَانِ الثَّيِّبِ في النِّكَاحِ بِالنُّطْقِ وَالْبِكْرِ بِالسُّكُوتِ، رقم الحديث (١٤١٩)، ج٢، ص١٠٣٦.

الرأي الثالث: سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو البكارة والثيوبة

وأما فقهاء الشافعية[١]، يرون أن سبب ولاية الإجبار بكارة الأنثى ولا اعتبار للصغير عندهم، إنما الاعتبار يكون للبكارة والثيوبة فقط، واستدلوا في ذلك ما روى عن(خَنْسَاءَ بِنْتِ خِذَامٍ الْأَنْصَارِيَّةِ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذلك فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّـهِ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهُ)[٢]، وهذا يدل برأيهم على أن ولاية الإجبار للبكارة ولا اعتبار للصغير فيها.

الرأي الرابع: سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو بلوغ سن معينة

بينما يرى فقهاء الحنابلة[٣] أن ولاية إجبار تثبت على الأنثى الصغيرة بكراً كانت أم ثيب من كانت دون التاسعة من عمرها، أما إذا بلغت التاسعة وكانت ثيب فليس عليها ولاية إجبار، لأن إذنها في الزواج مُعتبر، وللولي إجبار الباكر البالغة المجنونة على تزويجها دون إذنها ما لم يكن زواجها برجل فيه عيب يجعل لها خيار فسخ العقد بنفسها عند إفاقتها.

مما تقدم أجد أن ولاية الإجبار على نفس الأنثى موافقاً للشريعة الإسلامية

---

(١) الحصيني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير للنشر، ط١، دمشق، ١٤١٤هـ، ج٢،ص٣٣؛ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠٤هـ، ج٦، ص٢٢٩.

(٢)اخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار إبن كثير، بيروت ،١٤٠٧ هـ، بَاب لَا يُنْكِحُ الْأَبُ وَغَيْرُهُ الْبِكْرَ وَالثَّيِّبَ إلا بِرِضَاهَا، رقم الحديث(٤٨٤٥)،ج٥، ص١٩٧٤ .

(٣)ابن قدامة ،عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي،المغني، دار الفكر للنشر، بيروت ،١٤٠٥هـ ،ج٩، ص١١٩؛ ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، المُبدع شرح المُقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ، ج٧، ص٢٧.

استدلالاً بقولهِ تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ﴾[١]، وهذه القوامة ليست قهراً ولا تحكماً وإذلالاً بالأنثى، إنما هي حماية ورعاية لها باعتبار أن الانثى بطبيعتها تكون عرضة لكثير من آفات رجال المجتمع، ومن أجل المحافظة على سمعتها وشرفها كان لا بد أن يكون لها شريك في ولايتها على نفسها ومن أسرتها التي تتأثر من المؤكد بزواجها، فإن علت بزواجها علت وصانت اسرتها وإن دنت دنت معها أسرتها سواء كانت الأنثى صغيرة أم كبيرة حتى وإن كانت بالغة عاقلة، فلا بد من إستئذان ومشاورة وليها في أمر زواجها، ولأن المرأة سريعة الاختيار والغيرة والإغترار، لذلك تحتاج إلى من يساعدها في الرأي والاختيار وبيان مصلحتها ولا شك أن ولي الأمر من أكثر الناس حرصاً في الرأي لبيان مصلحتها .

ثانياً: ولاية الإجبار أو الندب على نفس الأنثى في القوانين المقارنة: نجد أن المشرعين العراقي والأردني في قانون الأحوال الشخصية لم ينصا على إجبار الأنثى الباكر ووجوب تزويجها من وليها ما دامت عاقلة وبلغت من العمر تمام الثامنة عشرة من عمرها، ولم يشترط المشرع الأردني موافقة الولي في زواج الأنثى الثيب العاقلة ما دامت قد تجاوزت الثامنة عشر من عمرها[٢]، بخلاف ما إذا كانت المرأة قاصرة وبلغت الخامسة عشر من عمرها فإن زواجها يتطلب موافقة وليها بعد الحصول على إذن من قاضي محكمة الأحوال الشخصية بزواجها[٣].

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية أن تكون هناك فقرة خاصة تلزم الأنثى عند تزويجها بحضور وليها حتى وإن كانت بالغة باعتبار أن الولاية وجدت أساساً لمصلحة المولى عليه ليكون النص بالشكل الآتي:

---

(١) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٢) ينظر: المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٣) ينظر: المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة (١٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

٢-تمارس الولاية لصالح المولى عليه، ولا يصح تزويج المرأة البالغة العاقلة بدون رضاها ولا أن تتزوج بدون إذن وليها، وإذن البكر صماتها.

الفرع الثاني: شروط الولاية شرعاً وقانوناً

أولاً: شروط الولاية شرعاً:

إن الولي لإثبات حقه في الولاية لا بد أن تتوفر فيه من الشروط التي إتفق الفقهاء المسلمين على بعضها، واختلفوا في البعض الآخر، والتي يمكن إيجازها على النحو الآتي:

أ: الشروط المتفق عليها لإثبات الولاية:

يتفق الفقهاء المسلمين[١] على أن الشروط التي يلزم توافرها في الولي لإثبات حقه في الولاية هي:

أولاً: كمال الأهلية: حيث تكتمل الأهلية عند الفقهاء المسلمين بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصغير والمجنون والمعتوه ومن في حكمهم لقصور عقلهم، لأن هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم فليس لهم ولاية على غيرهم.

ثانياً: اتحاد الدين: يشترط لإثبات الحق في الولاية اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، واستدلوا في ذلك لقولهِ تعالى:

(١) ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٣، ص١٣٢؛الكاساني بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٥٥؛ ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للنشر، بيروت،ج٤، ص٢٢٣؛ الدردير، ابي البركات احمد بن محمد المالكي، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت ،١٤١٧هـ، ج٢، ص٣٦٩؛ القيلوبي، شهاب الدين الشافعي، حاشية القيلوبي وعميرة، المكتبة التوفيقية، دون سنة أو مكان نشر،ج٣، ص٢٢٥؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص١٤١.

﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[١] ،وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٢]، ولا ولاية لأحد في تزويج من ارتد عن الإسلام لبطلان زواج المرتد[٣].

ب: الشروط المختلف عليها لإثبات الولاية:

وأما الشروط التي اختلف الفقهاء المسلمين على توافرها في الولي لإثبات حقه في الولاية وهي:

أولاً: العدالة والرشد في الولي:

يذهب فقهاء الحنفية[٤]، إلى عدم اشتراط العدالة والرشد لإثبات الحق في الولاية، واستدلوا بقولهِ تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٥]، وتدل الآية برأيهم أن خطاب الله تعالى كان موجهاً إلى الأولياء بصورة عامة دون أن يفرق بين من كان عادلاً منهم وغير العادل فدل على عدم اشتراط العدالة في الولي.

بينما يذهب فقهاء المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[١]،الى اشتراطهم العدالة لمن يثبت له الحق في الولاية، واستدلوا لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن

---

(١) سورة التوبة، الآية(٧١) .

(٢) سورة الانفال، الآية (٧٣) .

(٣) السرخسي، شمس الدين السرخسي الحنفي، المبسوط،دار المعرفة للنشر،بيروت، دون سنة نشر،ج٥، ص٤٨.

(٤) الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٥٨؛ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٥، ص٤٨.

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

(٦) الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٢، ص٣٧١؛ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج٤، ص٢٢٣.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٥٤؛ القيلوبي، حاشية القيلوبي وعميرة، مصدر سابق، ج٣، ص٢٢٧.

النبي ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[٢]، ويدل الحديث برأيهم أن الرسولﷺ قد نفى حقيقة النكاح الشرعية وجعله باطلاً بدون حضور الولي وأن اشتراط صفة الرشد في الولي ضروري، لأن من فقد رشده يفقد عدالته وحقه في إثبات الولاية[٣].

مما تقدم يتبين أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو النظر إلى فسق الولي فمن نظر إلى الفسق على أنه يقلل من قدرة الولي في الحفاظ على مصالح موليته إشترط فيه العدالة، ومن نظر إلى أن الفسق بأنه لا يقلل من حرص الولي على مصالح موليته لم يشترط في الولي العدالة، ومن وجهة نظري أنه في الوقت الحاضر ومع الأسف أن الفاسق يُعد من أهل الولاية على نفسهِ وبالتالي يكون أهلاً للولاية على غيره، باعتبار أن فسقه لا يمنعه من الميراث، كذلك لا يمنعه من الولاية، وهناك الكثير من الأولياء وهم غير عدول يزوجون من هنَ تحت ولايتهم برجل غير كفء دون اهتمامهم ما سيلحق بأنفسهم وأسرتهم العار من زواج موليتهم.

ثانياً: الذكورة في الولي:

يرى فقهاء الحنفية[٤]،عدم اشتراط الذكورة في ولاية النكاح، ويكون للمرأة أن تنكح نفسها وبناتها قياساً على توليها البيع والتجارة وما في معناه من التصرفات المالية،

---

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٩، ص١٤٢؛ البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب الازهرية، مكة المكرمة، ١٣٩٤هـ، ج٥، ص١٥٤.

(٢) رواه البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى،ج٧، مكتبة دار الباز للنشر، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (١٣٤٢٣)، ج٧، ص١١١.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٥٥.

(٤) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة،١٣١٣هـ، ج٢، ص٩٩.

لأنهم أثبتوا ولاية الإجبار للأم والبنت وبنت الابن والاخت من النساء إذا لم يكن هناك عصبة من الأولياء الرجال، باعتبار أن الولاية تثبت لعامة الأقارب ذكوراً وإناثاً.

بينما يرى جمهور الفقهاء المسلمين[١]،أن الذكورة شرط في ولاية النكاح، لأنه يُعد فيها نوع من الكمال للرجال دون النساء، لأن النساء لا يثبت لهنَ الولاية على أنفسهنَ وبالتالي لا تثبت لهنَ الولاية على غيرهنَ من باب أولى.

ثالثاً: أن لا يكون محرما بحج أو عمرة:

يرى فقهاء الحنفية[٢]، عدم اشتراط خلو ولي النكاح من الإحرام بحج أو عمرة، واستدلوا في ذلك ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبيﷺ (تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ في عُمْرَةِ الْقَضَاءِ)[٣]، ويدل الحديث على أن المحرم بعمرة يجوز له أن يتولى مباشرة عقد النكاح، لأن فعل النبي ﷺ دليل على جواز ذلك.

بينما يذهب جمهور من الفقهاء المسلمين[٤]، إلى اشتراط خلو ولي النكاح من الإحرام بحج أو عمرة، واستدلوا لما روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه عن الرسولﷺ قال: (لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُبُ)[٥]، ويدل الحديث برأيهم على أن

(١) ابن عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق ،ج٤، ص٤٦٥ ؛ النووي، يحيى بن شرف النووي الشافعي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ ،ج١، ص٩ ؛ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٩، ص١٤١.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج٢، ص٣٧١؛ النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج٢، ص٢٩؛ قيلوبي، حاشية قيلوبي، مصدر سابق ، ج٣، ص٢٢٨؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٤، ص٤٦٣؛ البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٢، ص٤٤١ .

(٣)اخرجه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، باب عمرة القضاء، رقم الحديث (٤٠١١)، ج٤، ص١٥٥٣.

(٤) السرخسي المبسوط، مصدر سابق،ج٤، ص١٩١

(٥) اخرجه مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، بَاب تَحْرِيمِ نِكَاحِ الْمُحْرِمِ وَكَرَاهَةِ خِطْبَتِهِ، رقم الحديث(١٤٠٩)، ج٢، ص١٠٣٠.

النبيﷺ لم يجيز للمحرم أن يتولى تزويج غيره، أو تزويج نفسه، أو خِطبته، ونفي الحل دليل على حرمة الفعل، وهذا يدل بصراحة على ضرورة خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة كشرط لازم .

مما تقدم أتفق مع من ذهب إلى اشتراط خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة باعتبار أن الإحرام شُرع للحاج أو المعتمر لأن يكون مهياً لعبادة عظيمة تغسل ما تقدم له وما تأخر من ذنوبه وخطاياه، لذلك عليه أن يبتعد عن كل ما يُذكره بملذات الدنيا، باعتبار أن الزواج وما يشتمل عليه من جماع وغيره، تُعد من بين هذه الملذات لأنها تشغله عن عبادة الله خلال فترة إحرامه بالحج أو العمرة.

ثانياً: شروط إثبات الولاية في القوانين المقارنة: لم ينص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية على أية شروط يلزم توافرها في الولي لإثبات حقه في الولاية وأحال هذه المسألة إلى مقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية(١) .

بينما إشترط المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية لإمكان إثبات الحق في الولاية للرجل أن يكون عاقلاً غير مصاب بجنون، وأن يكون بالغاً غير صغير ولو كان مميزاً ،لأن المجنون والصغير لا ولاية لهما على نفسهما فلا تكون لهما ولاية على غيرهِما، فضلاً عن أن يكون الولي مسلماً إذا كان المولى عليه مسلم(٢).

ولكن لا ولاية للمسلم على غير المسلم ولا لغير المسلم على المسلم(٣)، فإذا كان لأنثى شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي، فالولاية للمسلم إذا كانت مسلمة، والولاية لأخيها المسيحي إذا كانت مسيحية، ويستثنى من ذلك صاحب الولاية العامة، القاضي الذي له الولاية العامة، متى تعينت ولايته على من هم في دائرة سلطته مسلمين وغير

(١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) ينظر: المادة (٢٢٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٣) لم يشترط المشرع السوري من بين التشريعات العربية في قانون الأحوال الشخصية رقم٥٩ لسنة ١٩٥٣المعدل على شرط الإسلام لتولي الشخص الولاية فقد نص في المادة (٢٢) على أن(يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً).

مسلمين[١].

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص على فقرة خاصة بالشروط التي يلزم توافرها في الولي في المادة (٧) المقترحة ليكون النص بالشكل الآتي:

٣-يشترط لمن تثبت له الولاية في الزواج أن يكون ذكراً عاقلاً بالغاً مسلماً إذا كانت المولى عليه مسلم، وأن يكون الولي غير محرم بحج أو عمرة.

المبحث الثاني

ترتيب الأولياء وغيبتهم وعضلهم في عقد الزواج

لبيان ترتيب الأولياء في مراتب الولاية ومدى صحة عقد الزواج في حضور الأولياء أو عضلهم أو غيابهم، لا بد من تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ترتيب الأولياء في الولاية في المطلب الأول، وغيبة الولي وحضوره وعضله في عقد الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول

ترتيب الأولياء في الولاية

إن إثبات الولاية يكون بسبب القرابة أو الولاء، وترتيب الأولياء فيها يكون للأقرب فالأقرب، هذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الأول، ومن ثم ولاية السلطان أو القاضي وترتيب الأولياء فيها، وهذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ولاية القرابة وترتيب الأولياء شرعاً وقانوناً

أولاً: ولاية القرابة وترتيب الأولياء شرعاً:

يتفق جمهور الفقهاء المسلمين[٢]على أن الولاية يكون سببها القرابة أو الولاء أو

(١) د.احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٥٥.

(٢) ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٣، ص١٢٧؛ عليش، محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠٩هـ، ج٣، ص٣٩٦؛ النووي،=

السلطان ويقدمون ولاية القرابة ثم الولاء[١]، ثم ولاية السلطان، ومن الفقهاء المسلمين[٢] من يرى بأنه يكون ترتيب ولاية القرابة على نفس ترتيبها في الميراث[٣]، إلا انهم اختلفوا في ترتيب الأقرب من الأولياء في عقد النكاح وإنحصر خلافهم في هذه المسألة في أي من الأولياء يقدم على الآخر وعلى النحو الآتي:

المسألة الأولى: تقديم الأب أو الابن في ولاية النكاح:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في تقديم الولي الأب أو الابن في ولاية النكاح إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: تقديم الابن على الأب في الولاية:

يذهب فقهاء الحنفية[٤] إلى تقديم الأب على الابن في الولاية، واستدلوا في ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول:

فمن القرآن الكريم: قولهِ تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾[٥]، وقوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى

= روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج٧، ص٥٩-٦٠؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٧، ص١٧.

(١) سأرجي الحديث عن ولاية الولاء لعدم واقعيتها وندرة وجودها في الوقت الحاضر.

(٢)الكاساني،بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٧٣؛ابن نجيم البحر الرائق، مصدر سابق ،ج٣، ص١٢٧.

(٣) العصبية النسبية وهو كل قريب ذكر لا تنفرد انثى بالوسط بينه وبين قريبه وهؤلاء هم البنوة والابوة والاخوة والعمومة والاقارب من غير العصبة النسبية كأن يكون عصبة بالغير أو عصبة مع الغير أو من الأرحام. ينظر: ابن عابدن، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق ،ج٦، ص١٢٢.

(٤)الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٧٣؛ابن نجيم البحر الرائق، مصدر سابق،ج٣، ص١٢٧.

(٥) سورة الأنبياء، الآية (٩٠) .

ٱلۡكِبَرِ إِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَۚ﴾[٢]، وتدل الآيات الكريمة برأيهم على أن الله سبحانه وتعالى قد جعل الابن موهوب لأبيه وإثبات الولاية للموهوب له على الهبة أولى من العكس، وبذلك يكون الأب أولى بولاية نكاح المرأة من الابن.

ومن السنة النبوية: ما روى عن جَابِرِ بن عبد اللَّهِ أَنَّ رَجُلًا قال: (يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لي مَالًا وَوَلَدًا وَإِنَّ أبي يُرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي فقال أنت وَمَالُكَ لِأَبِيكَ)[٣]، ويدل الحديث على ان الابن هو هبة لأبيه، ولا يقدم الابن على الأب في ولاية النكاح.

ومن المعقول: إن أغلب الأولياء يدلون بالأب، أي أن صلة القرابة التي تجمعهم كانت بسبب الأب بالدرجة الأولى فيقدم عليهم جميعاً، فضلاً عن أن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة على ولدهِ من غيره فوجب تقديمه في الولاية[٤].

الرأي الثاني: تقديم ولاية الابن في النكاح على ولاية الأب:

يرى فقهاء المالكية والحنابلة[٥]، بأن تقدم ولاية الابن في النكاح على ولاية الأب، واستدلوا برايهم من أن الولاية بالنسب كالتعصيب في الميراث، والابن أقوى من الأب تعصيبا، لأنه يحجب الأب نقصاً وبذلك يقدم الابن على الأب في ولاية النكاح.

---

(١) سورة آل عمران، الآية (٣٨) .

(٢) سورة ابراهيم، الآية (٣٩) .

(٣) رواه ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر، باب ما للرجل مال ولده، رقم الحديث (٢٢٩١)، ج٢، ص٧٦٩.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٣، ص١٢٧.

(٥) النفراوي ،أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤١٥هـ،ج٢، ص٩؛ عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق،ج٣، ص٢٧٨؛ البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الارادات ،عالم الكتب للنشر، بيروت ،١٩٩٦م ،ج٣، ص١٧٥؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق،ج٧، ص١١.

الرأي الثالث: تقديم ولاية الأب والابن لا ولاية له مطلقاً:

يرى فقهاء الشافعية[١]، بأن الولاية للأب وأن الابن لا ولاية نكاح له على أُمهِ مطلقاً، إلا أن يكون الابن إبن عم لها أو سلطان فيليه بذلك لا بالبنوة، واستدلوا برأئيهم بأن ولاية النكاح إنما شرعت لأجل رعاية للمرأة ومصالحها، وهذا لا يتحقق مع الابن، لأنه يعتقد أنه بتزويج أمه يكون عار عليه، والولاية ثبت لدفع العار عن النسب، وهو بذلك لن يسعى لتحقيق مصالحها، إذا رغبت تزويجها بكفء، لذا لا يستحق الولاية.

ومن فقهاء الحنفية[٢] من يرى بأن الأب والابن سواء وأيهما تولى عقد نكاح موليته جاز، وعند اجتماعهما يقدم الأب على الابن تعظيماً وإحتراماً له وإحترازاً من موضع الخلاف.

مما تقدم يتبين لي أن تقديم ولاية الأب في النكاح على الابن أولى، ذلك أن الأب أكمل نظراً ورشداً على ولدهِ من غيره فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد، فضلا عن أن الأب تثبت له الولاية على النفس والمال معاً، بينما الابن لا تثبت له الولاية إلا على النفس، باعتبار أن الولاية إحتكام وحكم الأصل على فرعهِ أولى.

المسألة الثانية: تقديم الابن أو الجد في ولاية النكاح:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في تقديم الولي الابن أو الجد في ولاية النكاح إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: تقديم الابن على الجد في الولاية:

يرى فقهاء الحنفية والمالكية[١] بأن الابن يقدم في الولاية على الجد، باعتبار أن الولاية بالنسب كالتعصيب في الميراث والابن أقوى من الأب والجد تعصيباً، لأنه يحجب الأب والجد نقصاً، لذلك يقدم الابن على الأب والجد في ولاية النكاح.

(١) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٣، ص١٥١؛ الغزالي، محمد بن محمد الغزالي ابو حامد الشافعي، الوسيط في المذهب، دار السلام للنشر، القاهرة، ١٤١٧هـ، ج٥، ص٦٨.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق ،ج٢، ص٣٧٣ .

الرأي الثاني: تقديم الجد على الابن في الولاية:

يذهب فقهاء الشافعية والحنابلة[٢] إلى أن الجد يقدم على الابن في الولاية، باعتبار أن الجد ينزل منزلة الأب بمرتبتهِ في عصبة الميراث بعد الأب ويورث بنفس طريقة الأب، فالولاية للجد في النكاح أولى من الابن[٣] .

مما تقدم أجد أن الجد أصل والابن فرع، وأن تقديم الأصل وهو الجد في ولاية النكاح أولى من الفرع الابن، لأنه ينزل منزلة الأب في الرعاية والحفاظ على مصالح المولى عليه.

المسألة الثالثة تقديم الجد أو الأخ في ولاية النكاح:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في تقديم الولي الجد أو الأخ في ولاية النكاح إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: يقدم الجد على الأخ في ولاية النكاح:

يرى فقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة[٤]، بأن الجد يقدم على الأخ في ولاية النكاح، باعتبار أن بين الجد وحفيده الابن ولادة وتعصيب فيقدم على الأخ كالأب

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٣، ص١٩٢؛ النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق ،ج٢، ص٩ ؛ عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج٣، ص٢٧٨.

(٢)الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الشافعي، الاقناع في الفقه الشافعي، دون مكان أو سنة نشر،ج١، ص١٣٤-١٣٥؛ البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق ،ج١، ص٣٥٨.

(٣) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج٥، ص٣٩٠.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٧٢ ؛ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب للنشر، بيروت، ١٩٩٤م،ج٤، ص٢٤٨؛ الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٦٠؛ ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج٣، ص١١.

تماماً، ولأن الأخ يقاد بإختهِ ويقطع بسرقة مالها، أما الجد فلا، لذلك وجب تقديم الجد في ولاية النكاح على الأخ .

الرأي الثاني: تقديم الأخ على الجد في الولاية:

يرى فقهاء المالكية[١]، أن الأخ أولى من الجد في ولاية النكاح، لأنهم أخذوا بقياس ولاية الأخ في النكاح على ولايته في الولاء والصلاة، فكما يقدم الأخ في الولاء والصلاة يقدم في النكاح، وأن العلة الجامعة بينهما هي الاخوة .

مما تقدم أجد بأن الجد يقدم في الولاية على الأخ، باعتبارهِ أصلا للأخ ولا يقدم عليه إحتراماً وتقديراً له، ولأن الجد أكمل نظراً وأوفر شفقة وأوسع خبرة فيكون أولى من الأخ في ولاية نكاح موليته.

ولكن السؤال هنا ماذا لو تساوى الأولياء في المرتبة أيهما يقدم من بينهم في تولي نكاح موليته؟

إن المرأة اذا كان لها ولي واحد يكون هو وليها في النكاح ولم ينازعه أحد في ولايتهِ، وأما إذا كان لها عدد من الأولياء وكانوا في مرتبة واحدة فانه يستحب منهم الأكبر سناً وأعلمهم وأورعهم[٢]، لما جاء عن الرسولﷺ قال: (كَبِّرْ الْكُبْرَ أو قال: ليبدأ الْأَكْبَرُ فَتَكَلَّمَا في أَمْرِ صَاحِبِهِمَا)[٣]، ويدل الحديث على فضيلة السن من الأولياء، فيقدم الولي الأسن، لأنه أقرب إلى إجابة الدعاء وأعظم عند الله قدرا[٤].

(١) الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق ،ج٤، ص١٦١؛ ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٢، ص٢٣٢.

(٢) النووي ،ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت،١٣٩٢هـ،ج١١، ص١٤٦.

(٣) اخرجه مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، باب القسامة، رقم الحديث (١٦٦٩)، ج٣، ص١٢٩٢.

(٤) النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق ، ج١١، ص١٥٢.

وإذا تشاحوا الأولياء في عقد نكاح موليتهم، يذهب الحنفية والمالكية[١]،الى أن الولاية تكون لمن يعينه السلطان، أو يُقرع بينهم عند عدم وجوده.

بينما يرى الشافعية والحنابلة[٢] بأن الولاية في النكاح تكون لمن تعينه المولى عليها فإن أذنت لهم جميعاً أقرعَ بينهم إذا تساووا الأولياء جميعاً في حق الولاية.

ثانياً: ولاية القرابة وترتيب الأولياء في القوانين المقارنة: لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى مسألة ولاية القرابة وترتيب الأولياء فيها، إنما إكتفى بإحالة هذه المسألة إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون[٣].

بينما إعتمد المشرع الأردني لترتيب أولياء النكاح في قانون الأحوال الشخصية على العصبة بالنفس في الرأي الراجح من مذهب الحنفية[٤]، أي يكون ترتيب الأولياء في النكاح، البنوة والأبوة والأخوة والعمومة، ومن وجهة نظري كان الأولى بالمشرع الأردني أن يقدم ولاية الأب ثم الجد على الابن في ترتيب الأولياء في الزواج، وأما إذا إستوى الأولياء فأيهما تولى مباشرة زواج موليته بشرائطهِ جاز.

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (٧) على فقرة خاصة بترتيب أولياء الزواج ليكون النص بالشكل الآتي:

١- الولي في الزواج العاصب الأب، فالجد العاصب، فالابن، فالأخ الشقيق، ثم لأب، فالعم الشقيق، ثم لأب، ثم القاضي.

---

(١) السرخسي، المبسوط، مصدرسابق،ج٤،ص٢١٦؛ ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد،مصدر سابق،ج٥، ص٤١٨.

(٢)الشربيني،مغني المحتاج،مصدر سابق،ج٣،ص١٥١؛ بن مفلح،المبدع شرح المقنع،مصدر سابق،ج٧، ص٣٢.

(٣) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٤) ينظر: المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

٢- إذا إستوى الأولياء في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطهِ جاز.

الفرع الثاني: ولاية القاضي وترتيب الأولياء شرعاً وقانوناً

أولاً: ولاية السلطان وترتيب الأولياء شرعاً:

يرى فقهاء من الحنفية[١]،بأن الولاية تنتقل لكل من يرث ولذوي الأرحام، بينما يرى جمهور من الفقهاء المسلمين[٢]،بأن ولاية النكاح تنتقل إلى السلطان في حال عدم وجود العصبات من الرجال، واستدلوا جمهور الفقهاء على جواز إنتقال ولاية النكاح إلى السلطان، لما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول اللهﷺ قال: (السلطان ولي من لا ولاية له)[٣]، إلا أنه في حال عدم وجود العصبات الرجال، أو عدم وجود سلطان، أو وجوده، إلا أنه بعيد يتعذر الوصول إليه فانه يجوز أن يتولى العقد أي رجل من عامة المسلمين بعد إستئذان المرأة ورضاها في تولى العامة عقد نكاحها ويدخل في عامة المسلمين الخال والجد من جهة الأم وغيرهم[٤].

ثانياً: ولاية القاضي وترتيب الأولياء في القوانين المقارنة: إن المشرع العراقي على الرغم من أهمية الولاية وترتيب الأولياء فقد أحال هذه المسالة إلى مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه[٥]، إلا أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع العراقي قد نص على أن (ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٧٢.

(٢)ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق،ج٣، ص٩٨ ؛ الامام مالك ،المدونة الكبرى، مصدر سابق،ج٤، ص١٦٢؛ الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق،ج٢، ص١٧٣؛ ابن قدامة، المغني ،مصدر سابق ،ج٦، ص٣٨.

(٣) رواه الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، باب لا نكاح الا بولي، رقم الحديث(١١٠٣) ،ج٣، ص٤٠٧.

(٤) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ج٤، ص٢٤٠؛ ابن قدامة، مصدر سابق،ج٩، ص١٣٧.

(٥) ينظر الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المحكمة)[١]، في حين نص المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين على أن(تثبت الولاية للأب ثم للمحكمة)[٢]، أي أنه إستبعد ولاية الجد الصحيح التي نص عليها في القانون المدني، وهذا يعني أنه في مجال تطبيق إثبات الولاية يكون لقانون رعاية القاصرين، باعتبار أن المبدأ القانوني ينص على أن القانون الخاص يقيد العام.

وبهذا النص فان الولاية تثبت للأب وفي حال عدم وجوده تكون للمحكمة لأنها صاحبة الولاية العامة على جميع من في دائرتها، وقد تطرق قانون رعاية القاصرين إلى احكام الوصاية فأشار إلى أنها تثبت أولا لمن يختاره الأب ويطلق عليه (الوصي المختار)، ثم من تنصبه المحكمة ويطلق عليه(الوصي المنصب)، ثم أورد هذا القانون عبارة (على أن تقدم الأم على غيرها)، وهذا يعني أن للأم الأولوية في الوصاية التي يتم تنصيبها من قبل المحكمة[٣].

ومن نافلة القول أن الولي لا يجوز له مباشرة حقه في الولاية إلا اذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق في مالهِ[٤].

---

(١) ينظر المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) ينظر: المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل .

(٣) ينظر: المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

وقد عرفت الوصاية بأنها سلطة قانونية تخول صاحبها حق التصرف في شؤون غيره.

ويشترط في الوصي ذات الشروط الخاصة بالولي وتتشابه الولاية والوصاية في ان كل منهما سلطة تخول صاحبها حق التصرف في شؤون غيره ،إلا انهما يختلفان في بعض الأمور منها: ١-ان الولاية هي سلطة شرعية، وأما الوصاية سلطة قانونية تمنحها المحكمة ٢-الولاية تكون لها علاقة بالقرابة والنسب فتثبت للأب والجد والابن، بينما الوصاية قد يكون الوصي قريباً أو غريباً من غير الأقرباء ٣-المولى عليه في الولاية ناقص الأهلية بسبب السن على الأغلب، بينما الموصى عليه في الوصاية هو ناقص الأهلية بسبب أحد عوارض الأهلية. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق ،ج٧، ص٣٣٣.

(٤) الموصلي ،عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، كتاب أدب القاضي، تحقيق علي عبد الحميد أبو الخير، دار الخير، بيروت، ١٤١٨هـ، ج٣، ص٩٦.

المطلب الثاني

غيبة الولي وعضله[١] في عقد الزواج

يتطلب عقد الزواج حضور الولي إلا أنه قد يتغيب، مما يخشى فوات الزواج بكفء في حال الانتظار، هذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الأول، وقد يحضر الولي إلا أنه يعضل عن مباشرة عقد الزواج، وهذا ما نتناوله شرعاً وقانوناً في الفرع الثاني.

الفرع الأول: غيبة الولي في عقد الزواج شرعاً وقانوناً

أولاً: غيبة الولي في مباشرة عقد النكاح شرعاً:

ان الولي القريب في حالة غيابه غيبة يخشى معها فوات تزويج المولى عليها بكفء إذا انتظرت طويلا ففي مثل هذه الحالة نتساءل لمن تنتقل الولاية في النكاح ؟ اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد:

يرى فقهاء الحنفية[٢]،بأن الولاية تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد إذا غاب غيبة منقطعة يخشى معها فوات النكاح بكفء، وتكون الولاية لمن يليه من العصبات الرجال، وتزول ولاية القريب الغائب، لأن الولاية تثبت لمصلحة المولى عليها، وفي حال غياب الولي القريب تكون هناك خشية من غياب مصلحة موليته.

الرأي الثاني: تنقطع ولاية القريب وتنتقل إلى السلطان:

بينما يرى فقهاء الشافعية والحنابلة[٣]، أن الولاية في النكاح عند غيبة الولي

---

(١) العضل في اللغة من عضل يعضل عضلا والعضل الحبس والمنع وعضل عليه في امره تعضيلا اي ضيق عليه في امره وحال بينه وبين ما يريد. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ،ج١١، ص٥٣٩؛ الفيومي، المصباح المنير،ج٢، ص٦٥. والعضل اصطلاحا هو منع الحرة البالغة من إنكاحها بكفء طلبته. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٢، ص٣٧٦

(٢) الامام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٢، ص١٦٣.

(٣) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠٣هـ، ج١، ص٣٨٨؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص١٥٨.

القريب تنقطع وتنتقل إلى السلطان ،لأن ولاية الغائب القريب حق له، فإذا تعذر حضوره ناب عنه السلطان، لأن الولي الأبعد محجوب بولاية الأقرب، ولا يجوز له التزويج كما لو كان قاصراً .

الرأي الثالث: التفريق بين الولي المجبر وغير المجبر:

يذهب فقهاء المالكية[١]، إلى وجوب التفريق بين الولي المجبر وغير المجبر، ويرون أنه إذا غاب الولي المجبر وكانت غيبته قريبة بقيت ولايته حتى يعود، وأما إذا كانت غيبته بعيدة، إلا أنه يرجى حضوره فلا تزوج المولى عليها ما لم يحضر لتزويجها، فإذا كانت المرأة بالغة عاقلة تولى إنكاحها السلطان، وأما إذا كانت قاصرة يُنتظر حضوره، إلا إذا خاف عليها الفساد، وأما إذا غاب الولي القريب غير المجبر غيبة قريبة وتقدم إليها رجل كفء وأثبتت المولى عليها ما تدعيه من كفء الخاطب مع غيبة الولي القريب وحاجتها للنكاح، زوجها السلطان حتى من دون حضور الولي الأبعد، وكذلك إذا غاب الولي القريب غيبة بعيدة، إلا أنه إذا باشر الولي الأبعد عقد نكاحها جاز ذلك.

ولكن السؤال هنا هل أن المرأة يمكنها تزويج نفسها دون الحاجة إلى موافقة وحضور وليها ؟ اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في الإجابة على هذه المسألة إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: عدم اشتراط مباشرة الولي لعقد النكاح:

يرى فقهاء الحنفية[٢] والجعفرية[١]، عدم اشتراط مباشرة الولي عقد النكاح، ويكون للمرأة البالغة العاقلة تزويج نفسها، سواء كانت بكراً أم ثيباً، ولكن بشرط لزوم عقد نكاحها، بأن يكون من رجل كفء وبمهر المثل، فإذا لم يكن كذلك، جاز للأولياء

(١) الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٢، ص١٦٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق،ج٢، ص٣٦٩؛ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق،ج٥، ص١٠ .

عند فقهاء الحنفية حق طلب فسخ العقد، بينما لم يجيز فقهاء الجعفرية[٢]هذا الحق للأولياء بفسخ العقد، باعتبار أن الكفاءة والمهر حقان خاصان للمرأة دون أولياؤها، فإن تنازلت عنهما ليس لأولياؤها حق الاعتراض على عقد نكاحها، واستدلوا في عدم اشتراط مباشرة الولي عقد النكاح بقولهِ تعالى:﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾﴾[٣]، وتدل الآية برأيهم بأنه ما كان محرم على المرأة في مدة عدتها من وفاة زوجها، كالزينة، والتطيب، والنكاح، يباح لها ذلك بعد إنقضاء عدتها، منها مباشرة عقد نكاحها بنفسها[٤].

الرأي الثاني: اشتراط مباشرة الولي لعقد النكاح:

يرى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[٥]، ضرورة مباشرة الولي عقد النكاح كشرط لصحتهِ، ولا يجوز للمرأة تزويج نفسها سواء كانت بكراً أم ثيباً، واستدلوا بذلك ما جاء بقولهِ تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ﴾[٦]،

(١) الطوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة، دار التعارف، بيروت ، ١٩٩٢، ج٧، ص٣٣٧؛ الحلي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، مختلف الشيعة،ج٧، مؤسسة النشر الإسلامي للنشر، قم ،١٤١٨هـ .

(٢)الطوسي،ابو جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الامامية، المكتبة المرتضوية، بيروت ، ١٤٠٤هـ، ج٨، ص٨٧.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٤).

(٤) المبسوط، السرخسي، مصدر سابق، ج٥، ص١١.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق ،ج٤، ص٢١٤؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق ،ج١ ص١٣٤؛ الشافعي محمد بن ادريس بن عبد المطلب بن مناف القرشي، الأم، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٤١٠هـ، ج٥، ص٣٢؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق ،ج٧، ص٢٧؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص١١٩.

(٦) سورة النور ،الآية (٣٢).

وتدل الآية على أن الله سبحانه وتعالى أمر الأولياء بتزويج الأيامى من لا زوج لهم وهذا يدل على اشتراط الولي مباشرة عقد نكاح موليته[١].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول اللهﷺ قال: (لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها)[٢]، ويدل الحديث على أن المرأة ليس لها تزويج نفسها وغيرها وإن فعلت ذلك كانت زانية، وهذا دليل على أن مباشرة الولي عقد نكاح موليته شرط لصحتهِ[٣].

بينما يذهب بن حزم الظاهري[٤]، إلى اشتراط الولي مباشرة عقد نكاح البكر دون الثيب، واستدل لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبيﷺ قال: (الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا من وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ في نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا قال نعم)[٥]، ويدل الحديث أن أن النبيﷺ جعل الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا من وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ يَسْتَأْمِرُهَا أَبُوهَا والبكر تستأذن ويكون أمر نكاحها بيد وليها[٦].

مما تقدم يتبين لي أن النظر في أدلة ما ذهب اليه الفقهاء المسلمين مجتمعة تجعلنا أن نأخذ برأي وسط وهو أن عقد الزواج من الحقوق المشتركة بين المرأة ووليها

(١) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي الجامع لاحكام القران، دار الشعب، القاهرة، دون سنة نشر، ج٦، ص٥٢٧.

(٢) رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، باب لا نكاح الا بولي، رقم الحديث(١٨٨٢)،ج١،ص٦٠٦.

(٣) الصنعاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار احياء التراث العربي، بيروت ،١٣٧٩هـ، ج٣، ص١٣١٦.

(٤) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٩، ص٣٣.

(٥)اخرجه مسلم، صحيح مسلم،، مصدر سابق، باب استئذان الثيب، رقم الحديث(١٤٢١)،ج٢، ص١٠٣٧.

(٦) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح صحيح البخاري، دار المعرفة للنشر، بيروت، دون سنة نشر،ج٩، ص١٩٢.

لا بد فيه من رضا المرأة وإذن وليها، وعلى الولي أن يقبل بالرجل الذي يتقدم إلى موليته إذا كان كفئاً فإذا إمتنع عُد الولي عاضلاً، فتنتقل الولاية إلى السلطان.

ثانياً: غيبة الولي في مباشرة عقد الزواج في القوانين المقارنة: لم يشترط المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية مباشرة الولي عقد زواج موليته إذا كانت عاقلة بالغة، وأما إذا كانت صغيرة وقد أتمت الخامسة عشرة من عمرها فيكون زواجها بموافقة وليها وإذن القاضي لها، إذا ثبتَ له أهليتها وقابليتها البدنية[١]، فاذا عضل الولي عن تزويجها طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي لها بالزواج[٢].

بينما نص المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية صراحةً أنه في حال غياب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليهِ في الحال، أو في حال عدم وجوده، انتقل حق الولاية إلى القاضي[٣].

والملاحظ أن المشرع الأردني قد ذهب إلى أنه في حال غياب الولي الأقرب لتولي عقد الزواج وخوفاً من فوات مصلحة المولى عليها بالزواج وعدم تضررها، يتولى أمر تزويجها لمن يليه من الأولياء في المرتبة، وأما في حالة عدم وجود أي منهما، فالقاضي ولي من لا ولي له.

مما تقدم يتبين أنه في حال غياب ولي المرأة الأقرب وتولى عقد زواجها الولي الأبعد جاز ذلك ويكون العقد صحيحاً، ما لم يكن الولي الأقرب أب للمولى عليها وموجود فعلاً، فالعقد في مثل هذه الحالة يكون موقوف على إجازته وله الحق في طلب

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) أ.د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ،١٩٩٠م، ج١، ص٤٨.

(٣) ينظر: المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

فسخه، كذلك من الممكن أن تنتقل ولاية الزواج من الولي الأقرب في حال غيابه إلى القاضي، إذا كان في انتظارهِ تفويت لمصلحة المولى عليها، ولكن بشرط أن لا يزوجها القاضي من نفسه، لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (٧) المقترحة بعض الفقرات ليكون النص بالشكل الآتي:

١- إذا تولى عقد الزواج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب إنعقد الزواج نافذاً ما لم يكن الولي الأقرب أب للمولى عليه فينعقد موقوفاً على إجازته، فإن لم يجزه كان له طلب فسخه.

٢- إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أنه في انتظار رأيه فوات لمصلحة زواج المولى عليه انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء.

الفرع الثاني: عضل الولي مباشرة عقد الزواج شرعاً وقانوناً

أولاً: عضل الولي مباشرة عقد النكاح شرعاً:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في من له الحق من أولياء النكاح العضل إلى عدة آراء وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: عضل الولي يكون مع الصغيرة:

يرى فقهاء الحنفية والجعفرية[١]، أن العضل لا يتصور إلا في الصغيرة التي يجوز للأب إجبارها، أما المرأة البالغة العاقلة فلها الحق في مباشرة عقد نكاحها بنفسها من دون حاجة إلى مباشرة الولي نكاحها أو إجبارها.

الرأي الثاني: عضل الولي يكون مع البالغة مراراً وتكراراً:

(١) الكاساني، بدئع الصنائع ،ج٢، مصدر سابق، ص٣٧٣ ؛ السرخسي، المبسوط،ج٤، مصدر سابق، ص٢١٦ ؛ الطوسي،الأمام ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى، الخلاف، تحقيق، السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني وآخرون، مؤسسة النشر الإسلامي للنشر، النجف،١٤١٤هـ.

ذهب فقهاء المالكية[١] والشافعية[٢]، إلى أن العضل يكون من الولي غير المجبر لأكثر من مرة، أما الولي المجبر فله أن يعضل موليته لما له عليها من سلطة الولاية لإجبارها، باعتبار أن العضل مع العاقلة البالغة لا يتحقق ما لم يعضل ولي النكاح مرتين أو اكثر.

وقد جاء عن الإمام مالك قولهِ(أرأيت البكر إذا رد الأب عنها خاطباً واحداً أو خاطبين وقالت الجارية في أول من خطبها للأب زوجني فأني أريد الرجال فأبى الأب أيكون الأب في أول خاطب رد عنها عاضلاً لها قال: أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الإبكار إلا أن يكون مضاراً أو عاضلاً لها مراراً وتكرارا فإن عرف ذلك منه وأرادت الجارية النكاح فإن السلطان يقول له أما أن تُزوج واما أن أزوجها عليك)[٣].

ويرى الدسوقي أنه(إذا تكرر العضل في الولي الأقرب فإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للولي الأبعد ويُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ غَيْرِ الْعَاضِلِ وَأَمَّا عِنْدَ وُجُودِهِ فَيَنْتَقِلُ الْحَقُّ لِلْأَبْعَدِ لِأَنَّ عَضْلَ الْأَقْرَبِ وَاسْتِمْرَارَهُ على الِامْتِنَاعِ صَيَّرَهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَدَمِ فَيَنْتَقِلُ الْحَقُّ لِلْأَبْعَدِ، وَأَمَّا الْحَاكِمُ فَلَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ وَكِيلًا له إلَّا إذَا لم يَظْهَرْ منه امْتِنَاعٌ كما لو كان غَائِبًا)[٤].

الرأي الثالث: عضل الولي يكون مع الصغيرة والبالغة:

بينما يرى فقهاء الحنابلة[٥]، أن العضل يمكن أن يكون من الولي المجبر وغير المجبر، فإذا امتنع الولي المجبر من تزويج من عينته فهو عضل، وتسقط ولايته

(١) الامام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٢، ص١٤٤ .

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٥٣.

(٣) الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٤، ص١٦٤.

(٤) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مصدر سابق،ج٢، ص٢٣٢ البهوتي، كشاف القناع ،مصدر سابق ،ج٥،ص٤٤.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق ،ج٥، ص٤٤ .

لفسقه، وإن تكرر عضله يكون قد فسق بحقها، لأن العضل إذا وقع من الولي المجبر الموصوف بالعطف والشفقة على موليته الصغيرة، فيكون وقوع العضل من الولي الغير مجبر على موليته الكبيرة العاقلة أولى. واستدلوا بقولهِ تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، وتدل الآية على أن الخطاب موجه إلى الأولياء الذين يعضلون من هم تحت ولايتهم[٢]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾﴾[٣]، وتدل الآية على أن الله سبحانه وتعالى نهى الرجل من قهر امرأته إذا كان كارهاً لصحبتها، ولها من المهر على زوجها، فيضرها لتفتدي بهِ وتنأى بنفسها[٤].

مما تقدم أجد أن ولي النكاح الأقرب يُعد عاضلاً بامتناعهِ عن تزويج موليته، إذا كان رجل كفء وبمهر المثل قد رغبت بهِ، باعتبار أن عقد النكاح حق يشترك فيه الولي وموليته ما دام الخاطب كفء ولم يتضرر أو يعار من هذا النكاح الولي وموليته.

ثانياً: عضل الولي مباشرة عقد الزواج في القوانين المقارنة: لم يستعمل المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لفظ العضل، إنما استعمل لفظ يدل على معناه وهو المنع، فقد نص في الفقرة (١) من المادة (٩) منه على أن(... كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج)، وهذا يعني أن المشرع العراقي لم يجيز عضل الولي زواج موليتهِ متى كانت عاقلة وأتمت أهلية الزواج بإكمالها الثامنة عشرة من عمرها[٥]، بعد أن رتب المشرع

(١) سورة البقرة ،الآية (٢٣٢).

(٢)القرطبي، الجامع لاحكام القران، مصدر سابق،ج٣، ص١٠٥ .

(٣) سورة النساء، الآية (١٩).

(٤) ابن كثير، عماد الدين ابو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القران العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ، ج٢، ص٢١٠.

(٥) ينظر: الفقرة (١) المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

العراقي على مخالفة أحكام هذا النص جملة من العقوبات[١]، إلا أن عضل الولي يمكن أن يكون مشروعاً وجدير بالاعتبار متى كانت المولى عليها قد أتمت الخامسة عشر من عمرها وترغب في الزواج، ويكون لها ذلك بعد موافقة وليها وإذن القاضي بزواجها متى ثبت له أهليتها وقابليتها البدنية[٢].

وأما المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية فقد جعل من رضا أحد الأولياء بالخاطب إسقاط لحق اعتراض الآخرين من الأولياء، إذا كانوا متساوين في الدرجة، وجعل المشرع الأردني من رضا الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب بمثابة إسقاط لحق الولي الغائب في الاعتراض على عقد الزواج، كما يُعد رضا الولي في زواج موليته دلالةً كرضاه صراحةً[٣].

والملاحظ أن المشرع الأردني قد منح قاضي الأحوال الشخصية سلطة تقديرية فيما يتعلق بمسائل الولاية في الزواج، بعد أن أعطى القاضي حق تزويج البكر من رجل كفء متى أتمت الخامسة عشرة من عمرها عند الطلب في حالة عضل الولي غير الأب أو الجد بدون سبب مشروع، ولكن إذا كان العضل من الولي الأب أو الجد، فإن المحكمة المختصة لا تنظر في طلبها ما دامت ناقصة الأهلية، إلا بموافقة وليها، وأما إذا أتمت الثامنة عشر من عمرها وكان عضل وليها بدون سبب مشروع، ففي مثل هذه الحالة يمكن لمحكمة الموضوع النظر في طلبها، ويتولى القاضي أمر تزويجها

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن(يعاقب من يخالف احكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما اذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)، ونصت الفقرة (٣) من المادة (٩)على أن (على محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لإتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة اولاً)

(٢) ينظر: الفقرة (١) المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣) ينظر: المادة (١٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

قياساً على الباكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها اذا عضل وليها دون سبب مشروع، ولكن بشرط أن يكون مهرها لا يقل عن مهر مثلها[١].

مما تقدم أجد أنه من غير الصائب إعطاء المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي في مسائل الولاية في الزواج ما دام أولياء المرأة موجودين الأقرب فالأقرب، إلا في حالة عضل الولي دون سبب مشروع وغيابه، ففي مثل هذه الحالة، يمكن للقاضي أن يتدخل لتحقيق مصلحة المولى عليها، باعتبار أن ولايته عامة على من هم في دائرتهِ ليتولى أمر تزويجها بنفسهِ، ولكن لا يجوز للقاضي أن يزوج المولى عليها من نفسهِ، لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (٧) المقترحة في قانون الأحوال الشخصية على فقرة خاصة بنقل الولاية إلى القاضي في حالة عضل أو غياب ولي الزواج ليكون النص بالشكل الآتي:

١- اذا عضل الولي الأقرب بسبب غير مشروع أو غاب ورأى القاضي بعد اللجوء إليه من قبل المولى عليه أن في عضل الولي وانتظاره تفويت لمصلحة الزواج، انتقلت الولاية إلى القاضي.

٢-القاضي ولي من لا ولي له.

٣-لا يجوز للقاضي أن يزوج نفسه ممن هنَ تحت ولايته من النساء .

(١) ينظر: المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في موضوع الولاية في الزواج دراسة مقارنة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

اولاً: النتائج:

١-الولاية بصورة عامة قاصرة ومتعدية، فالولاية القاصرة، هي التي تثبت للشخص على نفسهِ وماله، وأما الولاية المتعدية فهي قدرة الشخص على إنشاء العقد نيابةً عن غيره بحكم الشرع وتثبت للولي بالتصرف والإشراف في شؤون مال القاصر، وولاية على النفس وتختص بشؤون القاصر الخاصة بالتزويج.

٢- شترط الفقهاء المسلمين والبعض من مشرعي قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة جملة من الشروط التي يلزم توفرها بالشخص ليكون مولياً على غيره، فمن الشروط متفق عليها ، كالعقل، والبلوغ، والإسلام، ومن الشروط ما هو مختلف عليها، كالذكورة، وإحرام الولي بحج أو عمرة.

٣-ليس للولي إجبار موليته الأنثى العاقلة البالغة سواء كانت بكراً أم ثيباً دون رضاها .

٤- يجوز عضل الولي في نكاح موليته إذا كان بسبب مشروع ولمصلحة المولى عليها.

٥- للولي إجبار موليته الصغيرة على الزواج ان كان الزواج في مصلحتها من رجل كفؤ وبمهر المثل، ولها الخيار في فسخ العقد أو الإبقاء على حياتها الزوجية عند البلوغ.

٥- يتفق الفقهاء المسلمين ومشرعي قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة على أنه ليس للأنثى الصغيرة أو المجنونة مباشرة عقد زواجها بنفسها إلا بإذن القاضي ووليها.

٦-أما إذا كانت المرأة عاقلة بالغة، فمن الفقهاء المسلمين من أجازوا مباشرة أمر تزويجها بنفسها وأيدهم في ذلك مشرعي قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة،

بينما أصر آخرون من الفقهاء المسلمين، بأن عقد النكاح لا يعد صحيحا، ما لم يكن بموافقة الولي ومباشرته العقد بنفسه.

ثانيا: التوصيات:

نقترح للمشرع العراقي تخصيص فقرات في المادة (٧) من الفصل الثالث (الأهلية) يتناول موضوع الولاية بعد تعريفها ليكون النص بالشكل الآتي:

١- الولاية: هي (السلطة التي تثبت للشخص وتخوله أن يتولى عقد الزواج لنفسهِ أو لغيرهِ من دون حاجة إلى إجازة أحد).

٢-تمارس الولاية لصالح المولى عليه، ولا يصح تزويج المرأة البالغة العاقلة بدون رضاها ولا أن تتزوج بدون إذن وليها، ويكون إذن البكر صماتها.

٣-يشترط لمن تثبت له ولاية الزواج أن يكون ذكراً عاقلاً بالغاً مسلماً إذا كان المولى عليه مسلم، وأن يكون الولي غير محرم بحج أو عمرة.

٤-الولي في الزواج العاصب الأب، فالجد العاصب، فالابن، فالأخ الشقيق ثم لأب، فالعم الشقيق ثم لأب، ثم القاضي.

٥-إذا استوى الأولياء في القرب، فأيهما تولى الزواج بشرائطهِ جاز .

٦-إذا تولى عقد الزواج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج نافذاً، ما لم يكن الولي الأقرب أب للمولى عليه فينعقد موقوفاً على إجازته فإن لم يجزه كان له طلب فسخه.

٧-إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أنه في انتظار رأيه فوات لمصلحة زواج المولى عليه انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء.

٨-اذا عضل الولي الأقرب بسبب غير مشروع أو غاب ورأى القاضي بعد اللجوء إليه من قبل المولى عليه أن في عضل الولي وانتظاره تفويت لمصلحة الزواج انتقلت الولاية إلى القاضي.

٩-القاضي ولي من لا ولي له.

١٠- لا يجوز للقاضي أن يزوج نفسه ممن هنَ تحت ولايته من النساء.

المصادر

** القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير:

١-القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب للنشر، القاهرة، دون سنة نشر.

٢-ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للنشر، بيروت ،١٤٠١هـ.

٣- الرازي الشافعي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية ،بيروت ١٤٢١،هـ .

ثانياً: كتب الأحاديث والشروح والاصول:

١-البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ،صحيح البخاري، دار إبن كثير للنشر، بيروت ،١٤٠٧هـ.

٢-أبو داؤد، سليمان بن الأشعث أبو داؤد السجستاني الأزدي، سنن ابو داؤد، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

٣-البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز للنشر، مكة المكرمة، ١٩٩٤م.

٤-الصنعاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام، دار احياء التراث العربي للنشر، بيروت، ١٣٧٩هـ.

٥-ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

٦-الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة للنشر، بيروت ،١٩٦٦م.

٧- النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي (المجتبي)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٤٠٦هـ .

٨-الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

٩-ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل، الدراية في تخريج احاديث الهداية، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة للنشر، بيروت.

١٠_____، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة للنشر، بيروت، دون سنة نشر

١١- النووي ،ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت،١٣٩٢هـ.

١٢-المناوي ،عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،١٣٥٧هـ.

١٣- مسلم، بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

ثالثاً: الفقه الإسلامي:

الفقه الحنفي:

١-ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر للنشر، بيروت .

٢-ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للنشر، دون سنة نشر.

٣-الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، دار الكتب الإسلامي للنشر،القاهرة ،١٣١٣هـ.

٤-السيواسي، محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ١٣٦٥هـ.
٥-السرخسي، شمس الدين السرخسي الحنفي، المبسوط،، دار المعرفة للنشر، بيروت، دون سنة نشر.
٦-الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود بن احمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي للنشر، بيروت ، ١٤٠٢هـ.
٧- الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار الخير، بيروت ، ١٤١٨هـ.

الفقه المالكي:

١-الامام مالك، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
٢-الدردير، ابو البركات احمد الدردير المالكي، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت ،١٤١٧هـ .
٣-الحطاب، شمس الدين ابو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٩٩٢م.
٤-ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر.
٥- ابن جزي، ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دون مكان أو سنة نشر.
٦- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للنشر، بيروت،ج٤ .
٧-عليش، محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للنشر، بيروت،١٤٠٩هـ.
٨-النفراوي ،أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤١٥هـ.

٩-القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب للنشر، بيروت، ١٩٩٤م.

الفقه الشافعي:

١-الشافعي، محمد بن ادريس بن عبد المطلب بن مناف القرشي، الأم، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٤١٠هـ.

٢. الحصيني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير للنشر، دمشق،١٤١٤هـ.

٣-القيلوبي، شهاب الدين الشافعي، حاشية القيلوبي وعميرة، المكتبة التوفيقية، دون مكان أو سنة نشر.

٤-الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠٤هـ.

٥-الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية للنشر، القاهرة ،١٩٩٤م.

٧-الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي ،الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق الشيخ علي محمد معوض واخرون، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م.

٨- _____،الاقناع في الفقه الشافعي، دار إحسان للنشر، ايران، ٢٠٠٠م.

٩-الغزالي، محمد بن محمد الغزالي ابو حامد الشافعي، الوسيط في المذهب، دار السلام للنشر، القاهرة، ١٤١٧هـ.

١٠- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي للنشر ، عمان، ١٤١٢هـ.

١١-السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ.

الفقه الحنبلي:

١-ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الحنبلي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، وآخرون، عالم الكتب للنشر، الرياض، ١٤١٧هـ .

٢-_____عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي للنشر، بيروت ، ١٤٠٨هـ.

٣-ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الحنبلي الدمشقي الحنبلي، زاد المعاد في هدى خير العباد، مكتبة المنار الإسلامية للنشر ،بيروت ،١٤٠٧هـ .

٤-البهوتي، منصور ابن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٥، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال، دار النشر للفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٥-_____، شرح منتهى الارادات، عالم الكتب للنشر، بيروت، ١٩٩٦م.

٦-المرداوي، علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

٧-ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، المُبدع شرح المُقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.

الفقه الظاهري :

- ابن حزم الظاهري ،علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الفكر للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

الفقه الجعفري:

١-الطوسي،الأمام ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى، الخلاف، تحقيق، السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني وآخرون، مؤسسة النشر الإسلامي للنشر، النجف،١٤١٤هـ.

٢-_____، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة، دار التعارف للنشر، بيروت، ١٩٩٢م.

٣-الحلي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، مؤسسة النشر الإسلامي للنشر، قم ،١٤١٨هـ .

رابعاً: كتب المعاجم اللغوية:

١-ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين بن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت، ١٩٥٦م.

٢-الفيومي، حمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية للنشر، بيروت، دون سنة نشر .

٣-الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي للنشر، ١٩٩٥م.

خامساً: كتب الفقه المعاصر والقانون الحديث:

١- د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ،١٩٩٠م.

٢-عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٠م.

٣- حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الاحوال الشخصية، دون مكان أو سنة نشر.

٤-فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دون مكان نشر، ٢٠٠٤م.

٥-مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، اربيل، ٢٠١٢م.
٦-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، دار الفكر للنشر، ط٤، دمشق ،١٩٩٧م.
٧-محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دون مكان أو سنة نشر.
٨-محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر. القاهرة، ٢٠٠٠م .

سادساً: القوانين المقارنة:

١-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨.
٢-قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣-قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
٤-قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم٦١ لسنة١٩٧٦المعدل بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ .
٥-قانون الاحوال الشخصية السوري رقم٥٩ لسنة١٩٥٩المعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥.

المـلخـص:

تُعد الولايـة مـن المسـائل التـي وجـدت مـن أجـل صـيانة حقـوق المـرأة وكرامتهـا والحفاظ عليها، وليس تحكماً أو إذلالاً بها، بعد أن أبعدت المرأة عن مجالس الرجال وخصوصياتهم لغاية يبتغيها الشارع الحكيم، لما في إختلاط المرأة بمجالس الرجال من هدر لكرامتها وتقليل من شأنها، لذلك فرضت الولايةعليها لتدفع عنها كل ما من شأنهِ أن يضر بها أو يجرح شعورها، فالولاية وإن كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام، إلا أن الشريعة الإسلامية وبعض مشرعي قوانين الأحوال الشخصية من بعدها نظمتها وجعلتها من ولاية إستبداد وتحكم يسعى ولي المرأة من ورائها للسيطرة على المرأة والتحكم بمصيرها وحرمانها الزواج برجل كفؤ بها، إلى ولاية إستحباب لها، بعد أن صان الإسلام المرأة وأعطاها قَدرها ومنع الولي عضل زواجها، إلا في حدود ضيقة بسبب مشروع تحقيقاً لمصلحتها، ولم يكتفي بذلك بل أجاز لها اللجوء إلى السلطان كما يسميه الفقهاء المسلمين، أو القاضي كما يسميه مشرعي قوانين الأحوال الشخصية ليرفع الظلم عنها ويتولى القاضي بنفسهِ أمر تزويجها.

ABSTRACT :

Guardianship is one of the matters found to seceure woman's rights and dignity rather than to be in control of her or humiliate her after she has been keep away from men's gatherings and privacy the purpose of which is known by the legislature, since a woman's mingling with men's gatherings leads to loss of her dignity and her degradation . Therefore, guardianship is imposed on her to protect her from what harms her or her feeling .though it was knoun to Arabs before the coming of Islam, Islamic law and then some legislators of personal status law regulated guardianship and changed it from a guardianship of despotism seeking to be in control of a woman and her desting in that she is deprived of being married to whom she is suitable to a guardianship of recommendation and desirability for her aftaer that Islam protects her and gives her the status she deserves and forbids the suitable to save in narrow limits for her interest .Moreover, it permits her ro resort to the sultan as called by muslim jurists or judge as called by law-makers to do justice with her and the sultan or judge himself undertakes the task of marrying her .