صورة

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

اسم الطالب: زهراء سرمد صبار

عنوان البحث: الولاية في عقد الزواج

اسم المشرف: م.م نادية علي حسين

ملخص البحث: يعد عقد الزواج من العقود المهمة إذ أن له خطورة بالغة نابعة من خصوصيته المرتبطة بشخص الإنسان وفطرته ، فضلاً عن أن الآثار المترتبة عليه تجعل هذا العقد أهم من بقية العقود التي تتعلق بالمعاملات المالية ، لذا يجب توخي الدقة في إبرامه حتى ينتج العقد غاياته التي من أجلها شرعه الله تعالى . وليكون عقد الزواج قائم على الألفة والرحمة قال تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)) وفي سعي الإسلام لصيانة المرأة وضع الله سبحانه وتعالى في عقد الزواج عدداً من الأحكام التي تحفظ حقوقها وتدفع استغلال المستغلين عنها وخاصة ما توصف به بعض

النساء من سرعة التأثر بالمظاهر، أو التأثر بالعاطفة وعدم تغليب العقل ، وفي مقدمة هذه الأحكام الولاية في الزواج فهذا العقد يحتاج إلى ترو وتمحيص فجعلت موافقة الولاية على اختلاف درجاتها بين الفقهاء المسلمين اعتباراً هاماً يتناسب مع أهمية هذا العقد لما يعكسه من أثر طيب يخيم على الأسرة ويبقي على وشائج القربى ، وفي الوقت يكون للمرأة كامل الحرية في قبول الزوج أو رفضه ، ولكن هذا لا يعني رفض الولاية عليها ولكن تضييق لنطاق ولاية. وبما إن المرأة قد تكون غير قادرة على إدراك وجه المصلحة فقد لا تحسن اختيار زوجها خاصة وإنها قد طبعت على خلق وغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل وما أحوج هذا العقد إلى التروي والتبصر قبل إبرامه ، من هنا عد فقهاء المسلمين البكارة سببا من أسباب الولاية على النفس لحماية ورعاية المولى عليها وحفظا لحقوقها ، وتحقيقا لهذا الهدف أهتم الفقه الإسلامي بطرق اختيار الأولياء ولتسليط الضوء على ما تقدم وزعنا البحث في هذا الفصل على ثلاثة مباحث ؛ تناولنا في المبحث الأول مفهوم الولاية في الزواج أما المبحث الثاني فأفردناه لأصناف الولاية وخصصنا الثالث الاحكام المترتبة على الولاية في الزواج

رئيس القسم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

الولاية في عقد الزواج

بحث مُقدم إلى مجلس كلية الحقوق- جامعة ألنهرين
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

إعداد الطالبة

زهراء سرمد صبار

بإشراف

م.م نادية علي حسين

1445هـ بغداد 2024 م

الاية القرآنية

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

{{ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَلِيًّا وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ نَصِيرًا}}

سورة النساء الاية(45)

صدق الله العظيم

الاهداء

إلى من ادبني ورباني صبيا وصادقني شابا الى من تحمل المشاق والصعاب

من اجلي الى الذي اعطاني كل شي ولم ياخذ مني ادنى شي الى

((ابي العزيز)) الغالي امد الله لي في عمره .. امين ..

الى من حملتني جنينا وارضعتني وربتني صغيرا وحنت علي كبيراً

الى نور عيني ومهجة فؤادي ومصدر الحنان والرحمة في حياتي الى منبع

الحب الصافي .. الى((امي الحبيبة)) الغالية امد الله في عمرها .. امين ..

الى صاحب الفضل الجميل الوافر والعطاء الجزيل المشكور الى الاب

والاخ والصديق الى الحبيب المخلص الذي لا يعطي بلا حدود

الباحثة:

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي به نستعين وعليه نتوكل وبتوفيق منه سبحانه وتعالى استطعنا إنجاز هذا العمل وأعتز بالفضل لأهله وعملاً بقول رسول الله صلى الله واله وسلم{ من صنع إليكم معروفاً فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكفئوه فأعدوا له حتى تروا أنه قد كافأتموه } صدق رسول الله صلى الله عليه والهة وسلم

لهذا ولا يسعني إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذنا المحترم المشرف على هذا البحث الأستاذة الدكتور { م.م نادية علي حسين} التي جادت علينا بتوجيهاتها السديدة وأعطتنا من وقتها الثمين إذ تفضل بقبولها الإشراف على هذه البحث رغم كثرة أعبائها وانشغالاتها فلم يمنعها ذلك من الاطلاع على كل صغيرة وكبيرة في هذا البحث فجزاها الله عنا خير الجزاء .

كما أتقدم إلى كل أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النهرين – كلية الحقوق بالشكر والتقدير وأتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل .

الفـــــــــهرســـــــت

الموضوع	ت
المقدمة	3-1
المبحث الأول:تعريف الولاية في الزواج	11-4
المطلب الاول:مفهوم الولاية لغاً واصطلاحاً	6-4
المطلب الثاني:مفهوم الولاية قانوناً	6
المطلب الثالث:شروط الولاية	11-7
المبحث الثاني:تصنيف الولاية	18-11
المطلب الاول:انواع الولاية	15-11
المطلب الثاني:ترتيب الاولياء في الولاية	18 -15
المبحث الثالث:الاحكام المترتبة على الولاية في الزواج	26-19
المطلب الاول:الاجبار ونطاقه	23-19
المطلب الثاني:غيبة الولي وعضلة في عقد الزواج	26-23
الخاتمة	28-27
النتائج	27
التوصيات	28
المصادر	30-29

اولاً:المُقدمة

يعد عقد الزواج من العقود التي عنى المشرع الإسلامي باحترامها وصيانتها لما له من خصوصية تكمن في الآثار المترتبة عليه والتي لا تقتصر على المرأة وحدها بل تمتد إلى جميع أفراد الأسرة إذ ينشأ قرابة مصاهرة تترتب عليها الكثير من أحكام الحل والحرمة.

ويعد 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 موليته بنفسه 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 واستعماله هذا الحق ليظلمها ويأذيها كعضله عن الموافقة في تزويج موليته البالغة العاقلة إذا ما رضيت الزواج برجل كفء منها يكون موضع فخر لها ولوليها.

وبما إن المرأة قد تكون غير قادرة على إدراك وجه المصلحة فقد لا تحسن اختيار زوجها خاصة وإنها قد طبعت على خلق وغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل وما أحوج هذا العقد إلى التروي والتبصر قبل إبرامه ، من هنا عد فقهاء المسلمين البكارة سببا من أسباب الولاية على النفس الحماية ورعاية المولى عليها وحفظا لحقوقها

ثانياً:اهمية 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 الأسرية بينهما مستقرة، مما كان سبباً في اختيار هذا الموضوع.

ثالثاً:منهجية البحث: استلزم دراسة هذا الموضوع اتباع المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي الحنيف وما سطره من أحكام بمذاهبه 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.

رابعاً:مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث أن المشرع العراقي لم يتناول موضوع الولاية ولم ينظمها في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 على 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.

خامساً:خطة البحث: سيتم تناول موضوع الولاية في الزواج وفق خطة مقسمة على النحو الاتي:

قسمنا مبحثنا الى ثلاث مباحث وكل مبحث مُقسم الى مطلبين او ثلاثة مطالب .

حسيث سندرس في المبحث الاول تعريف الولاية في الزواج وقسمناه الى ثلاث مطالب:

حيث سنبين في المطلب الاول مفهوم الولاية لغاً واصطلاحاً.

وفي المطلب الثاني سنبين مفهوم الولاية قانوناً.

وفي المطلب الثالث سنبين شروط الولاية.

وانتقالاً الى المبحث الثاني سندرس فية تصنيف الولاية وقسمناه الى مطلبين.

سنبين في المطلب الاول انواع الولاية.

وفي المطلب الثاني سنبين ترتيب الاولياء في الولاية.

واخيراً وليس اخراً في المبحث الثالث سندرس الاحكام المترتبة على الولاية في الزواج

حيث قسمنا مبحثنا هذا الى مطلبين.

وسنبين في المطلب الاول الاجبار ونطاقه.

وفي المطلب الثاني سنبين احكام تزويج الاولياء .

واخراً ننتقل الى خاتمة البحث التي تتضمن الاستنتاجات من بحثنا هذا والتوصيات.

المبحث الأول:تعريف الولاية في الزواج

إن الولاية في الزواج هي من أنواع الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس المولى عليه ، فهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه وبذلك تكون ولاية التزويج من الأمور الداخلة في الولاية على النفس وجزءا منها وإن دراسة أي موضوع في مجال البحث الشرعي والقانوني يتطلب منا الرجوع إلى المعجم العربي لبيان معنى الولاية لغةً، إلى جانب معناها اصطلاحاً، هذا ما سنتناولة في مبحثنا هذا في المطلب الأول، ومن ثم بيان الولاية قانوناً في المطلب الثاني وانتقالاً الى المطلب الثالث لبيان شروط الولاية .

المطلب الاول:مفهوم الولاية لغاً واصطلاحاً

الفرع الاول:مفهوم الولاية لغاً- الولاية بكسر الواو معناها السلطان ، وبفتح الواو وكسرها معناها النصرة وقال سيبويه : الولاية بالفتح المصدر ، والولاية بالكسر الاسم ، ومن معانيها أيضا الوصاية بالفتح والكسر - فيقال : أولى فلانا على اليتيم أوصاه عليه . وولي عليه ولاية أي ملك أمره وقام به فهو وليه . ويقال لكل من طرفي الولاية ولي . والولي قد يأتي بمعنى اسم الفاعل بقوله تعالى (الله ولي الذين أمنوا) وقد يأتي بمعنى اسم مفعول كقوله تعالى (وما لهم من دونه من وال) . وبناءً على ذلك يكون معنى الولي ضد العدو والولي في أسماء الله تعالى هو الناصر والمعين وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها كما في قوله تعالى (وكفى بالله ولياً وكفى بالله نصيراً) فولاية الله لعباده هي عبارة عن تدبير شؤونهم وتوليه أمورهم. وكل من ولي أمر أحد فهو وليه أي قائم بأمره. والولي القرب والدنو وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح بدونه .[1]

الفرع الثاني:مفهوم الولاية اصطلاحاً-

اهتم فقهاء الإسلام ، وتتبعتهم في ذلك بعض قوانين الأحوال الشخصية ببيان معنى الولاية في

الزواج كما سنبينه فيما يأتي :

أولاً: معنى الولاية في الفقه الإسلامي : لم يعط الفقهاء معنى معيناً للولاية في الزواج وإنما أوردوا بعض الألفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى الولاية في الزواج وهذا ما سنتولى بيانه تباعاً

1-ينظر.د.أنغام محمود شاكر.الولاية في الزواج .دراسة مقارنة (رسالة ماجستير).بابل.2012.ص7-8.

1 - الولاية عند الإمامية :لم يضع فقهاء الإمامية معناً محدداً للولاية في الزواج وإنما أشاروا في معرض كلامهم عنها إلى ما يستدل به على معناها .. فقد جاء في جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ما نصه : (لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد للأب وان علا والمولى والوصي والحاكم) ، كما عبر عن المعنى ذاته زين الدين بن علي العاملي ووافق على أولوية الأب والجد في الولاية في الزواج كل من الشهيد زين الدين العاملي والمحقق الحلي في المختصر النافع في فقه الإمامية.[1] يستخلص مما تقدم أن الولاية عند فقهاء الإمامية هي القدرة على إنشاء عقد الزواج لقصورالمولى عليه فيستقل الأب أو الجد أو وصيهما بولاية العقد. [2]

2- الولاية عند الحنفية : لم يحدد فقهاء المذهب الحنفي معنا للولاية في الزواج بشكل خاص وإنما أطلقوا الأمر وعبروا عن الولاية بشكل عام بأنها : (تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي) وهذا ما أورده ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، وعالج قسم من فقهاء الحنفية كشمس الدين السرخسي في مبسوطه ، والكاساني في بدائع الصنائع والسمرقندي في تحفة الفقهاء أحكام الولاية في عقد الزواج بشكل عام دون التطرق لتعريف محدد للولاية في الزواج .

وبالرغم من أن فقهاء الحنفية لم يعرفوا الولاية في الزواج إلا أنهم قسموا هذه الولاية على ولاية الإجبار في الزواج وولاية الاستحباب.

3- الولاية عند المالكية :لم يذكر فقهاء المالكية معناً معيناً للولاية في الزواج ولكن أوردوا ما يمكن أن يشير إليها بقولهم: (لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل) من خلال هذا النص يتبين لنا أن الزواج عند المالكية لا يكون إلا بولي .[3]

4- الولاية عند الشافعية : مع أن فقهاء الشافعية لم يخصصوا معناً للولاية في الزواج إلا أنهم عبروا عنها بلفظ: (ولا يكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف ولا للأخوال ولاية بحال أبدا إلا أن يكونوا عصبة وإذا لم يكن للمرأة عصبة ولها موال فمواليها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب الناس بمعتقها وليها كما يكون أقرب الناس به ولي ولد المعتق لها وقال اجتماع. الولاة من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب).[4]

1-ينظر.د. أنغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص9.
2-ينظر.د. أبو جعفرمحمد بن الحسن الطوسي، الخلاف ، ج1، مؤسسة النشر الإسلامية ، قم ، هـ.١٤١٤ص 250 . أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام .ج 1 وج 2، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص 515.
3-ينظر.د.انغام محمود شاكر.مصدر سابق.10.
4-ينظر.د.محمد بن ادريس الشافعي.الأم.ج5.ط1.دار الفكر للطباعة وانشر.بلا مكان طبع.1980.ص15.

ويبدو من هذا النص أن الولاية في الزواج في المذهب الشافعي تثبت للعصبات وإن لم يكن للمرأة عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب بالتعصب فيكون كالنسب في التزويج وإن لم يكن فوليها السلطان.

المطلب الثاني:مفهوم الولاية قانوناً

تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في تنظيم الولاية في الزواج ، فبعض منها نظم موضوع الولاية في الزواج في حين أغفل البعض الآخر الإشارة للولاية وفضل عدم الخوض فيها تاركاً ذلك للفقه الإسلامي الذي أفاض في تفصيل أحكامها .

لم يورد مشرعي قوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للولاية إنما أحالوا ذلك إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية [1].

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن يخصص فقرات في المادة (7) من الفصل الثالث (الأهلية) في قانون الأحوال الشخصية يتناول فيه موضوع الولاية بعد تعريفها ليكون النص بالشكل الآتي:

الولاية: السلطة التي تثبت لشخص بشروط معينة تخوله أن يتولى عقد الزواج لنفسه أو لغيره من دون حاجة إلى إجازة أحد).[2]

وعند رجوعنا الى احكام المادة (27) من قانون رعاية القاصرين رقم (87) لسنة 1980 والتي عرفت الولي بأنه : (ولي الصغير ابوه ثم المحكمة).

1-ينظر.الفقرة(2)من المادة(1)من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959.والمادة(325)من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (19) لسنة 2019.

2-ينظر.المادة(7)من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

المطلب الثالث:شروط الولاية

إن الولاية تحيط المولى عليه بسياج متين من الحماية، فالولي على النفس وبحكم ولايته يلزم برعاية المولى عليه والإشراف على مختلف شؤونه ، ولتحقيق هذا الهدف لابد من توفر مجموعة من الشروط فيمن يتولى أمور الولاية لقيامه بهذا العبء الملقى على عاتقه على أكمل وجه وقسمنا هذا المطلب الى فرعين في الاول بيان ذكر شروط الولاية في الفقه الاسلامي والثاني بيان الشروط القانونية.

الفرع الاول:شروط الولاية في الفقه الإسلامي: استلزم فقهاء الشريعة الإسلامية توافر مجموعة من الشروط في الولي ليكون قادرا على القيام بأمور الولاية، إلا أنهم اتفقوا على بعض الشروط واختلفوا في البعض الآخر ، لذا عرضنا هذه الشروط مبينين أوجه الاتفاق والخلاف كلا في موضعه

أولاً :اوجه الاتفاق 1- البلوغ :البلوغ لغةً : الإدراك، وبلغ المكان بلوغاً وصل إليه وكذا شارف عليه ومنه قوله تعالى : ((فإذا بلغن أجلهن)) والاسم من البلاغ وشيء بالغ أي جيد

أما البلوغ شرعاً : بالعلامات الطبيعية الدالة عليه التي تظهر على الذكر والأنثى أي بظهور علامات وأعراض الرجولة بالنسبة للذكر وأعراض الأنوثة بالنسبة للأنثى . ويسمى ذلك بالبلوغ الطبيعي وأدنى حد لهذا البلوغ هو أثنى عشرة سنة بالنسبة للذكر وتسع سنوات بالنسبة للأنثى لأن أقل سن يجيء فيه الحيض للأنثى هو تسع سنوات وأقل سن يحتلم فيه الذكر هو اثنتا عشرة سنة ، ويسمى هذا السن سن المراهقة إذ قد يحتمل بلوغ النكاح في هذا السن كما جاء في القرآن الكريم : ((وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)) لما كان الهدف من إثبات حق الولاية هو رعاية المولى عليه وإدارة مصالحه لذا كان من الطبيعي أن يكون الولي بالغا ، وذهب إلى هذا الشرط اغلب فقهاء المسلمين، ويعللون اشتراط هذا الشرط لأن الولاية إنما يعتبر فيها كمال الحال والرأي وحسن النظر فية مصلحة المولى عليه القاصر عاجز عن الولاية على نفسه فيحتاج إلى من يقوم بأمره ، فلا تثبت له الولاية على غيره من باب أولى سواء كان .

2- العقل: لا يكفي أن يكون الولي بالغاً بل يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون عاقلا ، وذلك لأن الولاية تثبت لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه والقيام بمصالحه والمجنون لا عقل له ولا يمكنه النظر لنفسه والقيام بشؤونه فكذا لغيره، وأجمع على هذا الشرط فقهاء المسلمين لأنه شرط التكليف فإذا فقَدَ العقل فقد التكليف كما انه يكون من ملازمات التمييز في تحقيق خير للمولى عليه، ويلحق بالمجنون المعتوه ، وكذلك يلحق بالمجنون والمعتوهمن حيث الحكم من نقص عقله المرض او كبر سن لانه . [1]

1-ينظر.د.انغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص56-57.

لا يعرف موضع الحظ فلا ولاية له وبذلك اجمع الفقهاء على سقوط الولاية من أصيب بضعف العقل لمرض أو جنون أوعته فمن اتصف بأحد هذه الأوصاف تكون سببا موجبا وعارضا من عوارض الولاية.

3- الحرية: يشترط الفقهاء فيمن يتولى أمور الولاية أن يكون حراً ، فلا تثبت الولاية للعبد المملوك لأن العبد مشغول بخدمة مولاه والقيام بمطالبه فليس لديه من الوقت ما يتسع للنظر في شؤون غيره ، ول أن العبد ليس له ولاية ينفذ بها عند نفسه فلا تكون له ولاية على غيره ، وعلى أية حال لا ينبغي الوقوف عند هذا الشرط كثيرا لزوال نظام العبودية

4- الإسلام (اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه): يشترط في الولي أن يكون مسلماً أي متحدا في الدين مع المولى عليه فإذا كان المولى عليه مسلما لابد من أن يكون الولي مسلما لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم لقول الله تعالى في كتابه العزيز: ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً)) ولذلك كان السبب في اشتراط هذا الشرط إن الله تعالى قطع الموالاة بين المؤمنين والكافرين بقوله تعالى ((لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين)) ، ولأن الولاية مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدين، ولما كان لولاية الكافر على المسلم إذلال لهذا الأخير ولأنه يخشى أن يحول الولي الكافر المولى من دين الإسلام إلى دين آخر ، لذلك أجمع فقهاء الإسلام على اشتراط هذا الشرط ، كما وقد منع الأمامية ولاية غير المسلم على المسلم ولكن أجازوا ولاية المسلم على الكافر ، لأن الله سبحانه وتعالى قطع الولاية بالدين، كما أجازوا الولاية للكافر على الكافر وإن اختلف دينهما حيث يجري التوارث بينهما لقوله تعالى : ((والذين كفروابعضهم أولياء بعض)) [1]

ثانياً:اوجه الخلاف

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

1-العدالة والرشد في الولي:يذهب فقهاء الحنفية (2) ، إلى عدم اشتراط العدالة والرشد لإثبات الحق في الولاية، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَا بِكُمْ﴾.[3] 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.

1-ينظر.د.انغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص58-59.
2-ينظر.د.علاء الدين الكاساني الحنفي.بدائع الصنائع.دار الكتاب العربي.بيروت 1982.ج2. ص240.
3-ينظر.سورة النور.الآية(32).

بينما يذهب فقهاء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة الى اشتراطهم العدالة لمن يثبت له الحق في الولاية، واستدلوا لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[1] ، ويدل الحديث برأيهم أن الرسول 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 .

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 نفسه 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 هن تحت ولايتهم برجل غير كفء دون اهتمامهم ما سيلحق بأنفسهم وأسرتهم العار من زواج موليتهم.

2- الذكورة في الولي: يرى فقهاء الحنفية.[2] ، عدم اشتراط الذكورة في ولاية النكاح، ويكون للمرأة أن تنكح نفسها وبناتها قياساً على توليها البيع والتجارة وما في معناه من التصرفات المالية، 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 ، أن الذكورة شرط في ولاية النكاح، لأنه يُعد فيها نوع من الكمال للرجال دون النساء، لأن النساء لا يثبت لهن الولاية على أنفسهن وبالتالي لا تثبت لهن الولاية على غيرهن من باب أولى.

3- أن لا يكون محرما بحج أو عمرة: يرى فقهاء الحنفية ، عدم اشتراط خلو ولي النكاح من الإحرام بحج أو عمرة، واستدلوا في ذلك ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي (تَزَوَّجَ مَيْمُونَةً فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ) ، 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، إلى اشتراط خلو ولي النكاح من الإحرام بحج أو عمرة.[3]

1- ينظر.رواه البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج 7. مكتبة دار الباز للنشر، مكة المكرمة، 1414هـ ، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (13423).ج 7. ص 111.

2-ينظر.الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة ، 1313 هـ ، ج 2، ص 99.

3-ينظر.د.نشوان زكي.سليمان الحليم.دراسة مقارنة مابين الشريعة الاسلامية والقانون.ج15.الموصل 2018ص414-415.

واستدلوا لما روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه عن الرسول ﷺ قال : (لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُبُ) ويدل الحديث برأيهم على أن النبي لم يجيز للمحرم أن يتولى تزويج غيره، أو تزويج نفسه، أو خطبته، ونفي الحل دليل على حرمة الفعل، وهذا يدل بصراحة على ضرورة خلو الولي من الإحرام بحج أوعمرة كشرط لازم

الفرع الثاني:الشروط القانونية: 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.[1] 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 غيرهما، فضلاً عن أن يكون الولي مسلماً إذا كان المولى عليه مسلم [2].

ولكن لا ولاية للمسلم على غير المسلم ولا لغير المسلم على المسلم ، 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 مسلمين [3]. لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص على فقرة خاصة بالشروط التي يلزم توافرها في الولي في المادة (7) المقترحة ليكون النص بالشكل الآتي(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).

وقد أغفلت بعض التشريعات الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى أمور الولاية ومن هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الذي سبق ذكرهِ إذ لم يتعرض للشروط الواجب توافرها في الولي اكتفاء بما ورد في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 من إشارات غير مباشرة فقد نصت المادة (94) على أنه(الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم)[4]

1-ينظر.الفقرة(2)من المادة(1)من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959
2- ينظر.المادة(224)من قانون الاحوال اشخصية الاردني رقم (19) لسنة 2019..
3--ينظر.د.احمد الكبيسي.شرح قانون الاحوال اشخصية.طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.1992.ص54.
4- ينظر. المادة(94)من القانون المدني العراقي رقم40 لسنة 1951.

وبموجب هذا النص جعل القانون المدني العراقي العقل شرطا لصحة تصرفات الإنسان وبالتالي لا يمكن للمجنون أن يتولى أمور الولاية لأن الولاية كما أشرنا تثبت للمولى عليه لعجزه عن النظر في شؤون نفسه والقيام بمصالحه، والمجنون لا عقل له ولا يمكنه النظر في شؤونه والقيام بمصالحه فلا يكون وليا على غيره من باب أولى.

كما جعل القانون المدني العراقي البلوغ شرطاً ليكون الشخص أهلا للتصرف في شؤونه وشؤون غيره كما يعد البلوغ شرطا لصحة التصرفات المالية وغير المالية وسن البلوغ على وفق القانون المدني العراقي هو إتمام الثامنة عشر من العمر وهذا ما أشارت إليه المادة (106) بقولها : (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)[1] وبحسب النص المذكور لا يمكن أن يكون الصغير وغير البالغ ولياً ، أما القدرة على القيام بأمور الولاية بأن لا يكون الشخص عاجزا لسبب معين عن القيام بأمور الولاية ك أن يكون مريضاً أو كبير السن ومع إن هذا الشرط لم ينص عليه المشرع العراقي لكن يخضع لتقدير القاضي من حيث توفره أو عدم توفره، وبخصوص شرط العدالة عبر عنها بالأمانة فيقتضي المشرع العراقي أن يكون الشخص معروف بالنزاهة وحسن الخلق وهذا ما يمكن أن نستنتجه من قرارات القضاء العراقي بهذا الخصوص حيث قضت محكمة التمييز في العراق بهذا الصدد في قرار لها أن (البنت الباكر الشابة ملزمة في السكنى مع وليها إن كان مؤمونا) وجاء في قرار آخر لها ما نصه (إصرار الأب على معاقرة الخمر والمجاهرة بشربها نقص في ولايته الشرعية وإخلال بشرط الأمانة).[2]

المبحث الثاني:تصنيف الولاية

سنتناول في بحثنا هذا انواع الولاية في المطلب الاول وهي التي قد ثبت فقهاء المسلمين على المرأة البالغة العاقلة ثلاث ولايات والتي سندرسها على ثلاث افرع في الفرع الاول سنتكلم عن ولاية الاجبار وفي الفرع الثاني سنتكلم ايضاً عن ولاية الاستحباب وفي الفرع الثالث الثالث ولاية المشاركة وفي المطلب الثاني سنتناول ترتيب الاولياء في الولاية.

المطلب الاول:انواع الولاية

قسم فقهاء المسلمين ولاية التزويج الى ولاية الاجبار.في الزواج وولاية الاختيار والاستحباب وولاية المشاركة من اجل بيان وتفصيل كل ولاية على وبيان تعريفها والاحكام الخاصة بها.قسمنا هذا المطلب الى ثلاثة افرع.

1-ينظر.المادة(106)من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2- ينظر.د. انغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص67.

الفرع الاول:ولاية الاجبار:- وهي التي تثبت لصاحبها جبراً عليه 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. [1]

ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره بلا رجوع إلى من له الولاية عليه فالمولى عليه ليس له أي اختيار في الزواج ، ولهذا سماها بعض الفقهاء بولاية الاستبداد .وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإجبار: فتثبت عند قسم من فقهاء الإمامية والمالكية وكذلك فقهاء الشافعية وفي رواية عن الحنابلة على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة وعلى البكر الكبيرة وقال القسم الآخر من فقهاء الإمامية والحنفية والحنابلة في الرواية الأخرى عندهم والزيدية وكذلك الظاهرية بثبوت ولاية الإجبار على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة أما البالغة العاقلة فلا تثبت عليها ولاية الإجبار بكراً كانت أم ثيباً. [2]

وسبب اختلاف الفقهاء في ذلك هو اختلافهم في المناط 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 رى فقهاء الحنفية. [3] ، أن سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو الصغر ومن في حكمه 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 لهن من فوات مصلحتهن، 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 إكراها 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) ويدل الحديث برأيهم أن اليتيمة البالغة ليس للمولى عليها إجبارها على الزواج دون رضاها.

1-ينظر.ابن الهمام السيواسي.كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الحنفي.شرح فتح القدير.دار الفكر للنشر.بيروت 1365هـ.ج3. ص157.

2- ينضر.د.انغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص248.

3-ينظر.ابن الهمام السيواسي.كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الحنفي.شرح فتح القدير.مصدر سابق.ص161.

الرأي الثاني: سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو بكارتها يذهب فقهاء المالكية ، 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 عليهن هو دفع الضرر عنهن، واستدلوا في ذلك عن الرسول ﷺ قال: (لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حتى تُسْتَأْمَرَ ولا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا يا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا قَالَ : أَنْ تَسْكُتَ).

الرأي الثالث : سبب ولاية إجبار الأنثى في النكاح هو البكارة والثيوبة وأما فقهاء الشافعية ، 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 زَوْجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذلكَ فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهُ).[1] ، 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 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 معتبر ، وللولي إجبار الباكر البالغة المجنونة على تزويجها دون إذنها ما لم يكن زواجها برجل فيه عيب يجعل لها خيار فسخ العقد بنفسها عند إفاقتها.[2]

مما تقدم أجد أن ولاية الإجبار على نفس الأنثى موافقاً للشريعة الإسلامية استدلالاً بقوله تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ).[1] ، 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.

1-ينظر. د.نشوان زكي.سليمان الحليم.مصدر سابق.408-409.
2-ينظر.عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي.دار الفكر للنشر.بيروت 1405.ج9. ص119.
3-ينظر.سورة النساء.الآية (34).

الفرع الثاني:ولاية الاستحباب:- وهي الولاية انتي تملك فيها المرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها من غير توقف على رأي الولي ورضاه فهي تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها . إلا أنه يستحب للمرأة أن تفوض أمر زواجها لوليها فإن ذلك من محاسن الشريعة التي يجب أن تراعي . وتحصيلاً لمقاصد النكاح على الوجه الأكمل)

وبذلك تثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء لكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك :

فبعض الإمامية والحنفية والزيدية والظاهرية لا يشترطون في هذه الولاية شيئاً فهي تثبت على المرأة العاقلة البالغة بكراً كانت أم ثيباً . فلا ينفذ عقد الولي عليها بغير رصاها.

يوافقهم بذلك الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم .

أما الشافعية فيشترطون فيمن تثبت عليه الولاية الاختيارية الثيابة فإذا كانت المرأة بكراً فالولاية عليها إجبارية وهي رواية عند الحنابنة ، ويوافقهم كذلك بعض الإمامية والمالكية في القول المشهور عندهم فيكون الاستئذان والاستئمار للبكر مستحب غير واجب والأجدر أن تستأذن وكذلك لأن الاستحباب تطيباً لخاطرها ، ويستدلون بما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) تستأذن البكر وإذنها صمتها قيل يا رسول الله إن البكر تستحي أن تتكلم قال إذنها سكوتها . فالحياء عند البكر مانع من النطق وبذلك لا يشترط أن تصرح البكر بالقول بل يكفي ما يدل على الرضا والقبول .

الفرع الثالث: ولاية المشاركة:- يقصد بولاية المشاركة هي الولاية التي يكون فيها أمر زواج المرأة العاقلة البالغة شركة بينها وبين وليها فرأي كل منهما معتبرفشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليها لا غير فلا يملك الولي تزويجها بغير رصاها وفي الوقت نفسه لا تملك تزويج نفسها بغير رضاه حيث يكون للولي ولاية الشركة والاختيار، وبهذا النوع من الولاية أخذ صاحب أبي حنيفة محمد بن الحسن في المشهور عنه وأبي يوسف في رواية أخرى عنه وأخذ بها الشافعية. ولكن اختلف كل منهما عن الآخر في مباشرة المرأة لنعقد حيث يحتم الشافعي أن يتولى أنوني العقد بنفسه ولا تباشره المولى عليها فعقد الزواج عنده لا يصح بعبارة المرأة مطلقاً.[1]

1- ينظر.انغام محمود شاكر.مصدر سابق.ص249-251.

أما صاحبا أبي حنيفة فقد ذهبا إلى جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها بنفسها بعد تحقق رضا وليها إلا أنه يستحسن أن تكل إلى وليها إجراء العقد حفاظاً عليها من التبذل .

الفرع الرابع: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. [1] 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.[1]

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (7) 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 بالشكلى الآتي:

2- تمارس الولاية لصالح المولى عليه. ولايصح تزويج المرأة البالغة العاقلة بدون رضاها ولا ان تتزوج بدون إذن وليها,وإذن البكر صماتها.

المطلب الثاني:ترتيب الاولياء في الولاية

ان للأولياء في عقد الزواج ترتيب تنتقل به ولاية التزويج من الأقرب إلى الأقرب، فما هو ترتيب الأولياء في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الاحوال الشخصية العراقي وقانون الاحوال الشخصية الاردني سوف نتطرق في مطلبنا هذا الى اصحاب الولاية من العصبة في المطلب الاول وفي المطلب الثاني اصحاب الولاية من غير العصبة.

الفرع الاول:اصحاب الولاية من العصبة:- قال جمهور أهل العلم: لا ولاية لغير العصبة بالنفس، لأن الفقهاء في ترتيبهم للأولى والأقرب في الولاية قد يتفقون وقد يختلفون لعدم علمهم بالأقرب يقول تعالى آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَائُكُمْ لَا تَدْرَوُنَ أَيُّكُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً)[3]، ومن اتفاقهم في هذا الموضوع تقديم الاب على الجد ولاخوة والاعمام,ولكنهم اختلفوا في أيهم المقدم,الا او الابن والجد او الاخوة.

1-ينظر.المادة(19)من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 15 لسنة 2019.
2-ينظر.المادة(8) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 - والمادة(18)من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 15 لسنة 2019.
3-ينظر.سورة النساء.الآية (11).

فمن هم اصحاب الولاية من العصبة وماترتيبهم؟

اولاً: عند المالكية: هناك ولي محبر وولي غير مجبر ، فأما الولي المحبر : فالأب أما الولي غير المجبر أو ولاية الاختيار فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة ، وكان مالك يقول : أولهم البنون، وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الأخوة للأب والأم ثم الإخوة للأب، ثم بنوا الاخوة للأب والأم، ثم بنوا الإخوة للأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة، ثم بنوهم وإن سفلو، وفي رواية المدنيين عن مالك أن الأب أولى من الابن)، مثل قول الشافعي وهو أحد قولي أبي حنيفة.

ثانياً: عند الشافعية: الولي إما مجبر أو غير مجبر، فأما الولي المحبر: فالأب، والجد. وأما الولي غير المحبر : فالأب والجد وباقي العصبات وترتيبهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، أي فإن كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها : الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم ، وقال الشافعي لا ولاية للابن

ثالثاً:عند الحنابلة: الولي عند الحنابلة إما مجبر أو غير مجبر، فأما المحبر : فالأب (1) وأما الولي غير المحجبر : بقية الأقارب العصبات، الأقرب فالأقرب كالإرث، وترتيبهم: الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة ، فأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها، ثم أبوه وإن علا ثم ابنها وابنه وإن سفل ثم الأخ الشقيق، ثم لأب ثم أولادهم ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا.[1]

رابعاً: عند الحنفية: الولاية عند الحنفية هي ولاية إجبار فقط، وتثبت للعصبة الأقرب فالأقرب: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، أي: الابن و ابنه وإن نزل الأب والجد وإن علا، الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، والعم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، وعند الاجتماع يقدم الأب تعظيما واحتراماً له .

1- ينظر.د.سعود الساسي.الولي في عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري.دراسة مقارنة رسالة ماجستير.الجزائر.ص26.

2- ينظر.عبدالله بن احمد بن قدامة.المغني في فقه الامام احمد.ج7. ط1. دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع.بيروت لبنان 2008. ص543.

الفرع الثاني: أصحاب الولاية من غير العصبة:- قال جمهور أهل العلم أنه لا ولاية لغير العصبة بالنفس، أي ليس للخال ولا للإخوة لأم، ولا لولد الأم، ولا لأي من ذوي الأرحام ولاية ، بخلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة إلى أن الولاية تنتقل إلى الأقارب حسب قوة قرابتهم ، فإن عدموا انتقلت الولاية إلى السلطان عند الجميع، فإن لم يوجد فرجل من جماعة المسلمين على رأي المالكية والحنابلة)، وعليه فمن هم أصحاب الولاية من غير العصبة، وما ترتيبهم ؟

اولاً: الوصي:- قال به المالكية والحنابلة في ولاية الإجبار بعد الأب (1)، إذن فهو يأتي عند هؤلاء في الدرجة الأولى من أصحاب الولاية من غير العصبة، ولم يقل به الشافعية والحنفية .

ثانياً: الكافل:- قال به المالكية خلافاً للجمهور، وهو من قام بتربية الفتاة، وهي صغيرة حتى بلغت عنده مدة توجب الحنان، والشفقة عليها عادة.

ثالثاً: ذَوُو الأرحام:- اختلف الفقهاء في ذوي الأرحام هل يكونوا من الأولياء؟

أ . فأما مذهب الجمهور : فإن أولياء النكاح هم العصبة، وليس لذوي الأرحام ولاية ، أي لا لاية لغير العصبة بالنفس فإن عدموا انتقلت إلى السلطان ، إلا في حالة الوصي عند المالكية الحنابلة، والكافل عند المالكية .

ب . وأما مذهب أبي حنيفة فإن ذوي الأرحام من الأولياء، أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبة، فالولاية للأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من الأصول، انتقلت الولاية إلى الفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها، ثم الجد الرحمي : أب الأم، ثم الأخوال والخالات وأولادهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام انتقلت الولاية إلى القاضي

رابعاً: السلطان:- لا خلاف بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أوليائها أو عضلهم، وبه يقول مالك والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي، ولا يريد أهل العلم بالسلطان إمام المسلمين وحده، وإنما يريدون به إمام المسلمين وولاته ونوابه وقضاته، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: «... فالسلطان ولي من لا ولي له» [1] .

خامساً:رجل من المسلمين:- إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، ولا ولي لها مطلقاً. فلرجل من المسلمين، أي زوجها رجل عدل بإذنها ، وهذا عند المالكية والحنابلة.

1- ينظر.د.سعود الساسي.مصدر سابق.ص29-30.

وخلاصة ماذكرناه في ترتيب اصحاب الولاية من غير العصبة,عند عدم وجود العصبة هو كألاتي.

أ . عند المالكية الوصي في ولاية الإجبار، أما في ولاية الاختيار الكافل إن وجد ثم السلطان

فإن عدموا جميعاً فلرجل من المسلمين بعد إذن المرأة.

ب . عند الحنابلة : الوصي في ولاية الإجبار، أما في ولاية الاختيار : السلطان، وإلا فرجل عدل.

ج . عند الحنفية : ذوو الأرحام الأقارب غير العصبات، ثم السلطان

د. عند الشافعية بعد أصحاب الولاية من العصبة، يأتي السلطان في محل ولايته

الفرع الثالث: 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 [1]، 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 المحكمة)[2]. في حين نص المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين على أن تثبت الولاية للأب ثم للمحكمة)[3] .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 [4].

ومن نافلة القول أن الولي لا يجوز له مباشرة حقه في الولاية إلا اذا كان أهلاً المباشرة هذا الحق في ماله.

1- ينظر.الفقرة(2)من المادة(1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
2- ينظر.المادة(192) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
3- ينظر.المادة(27) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
4- ينظر.المادة(34)من قانون رعاية القاصرين العراقي.

المبحث الثالث:الاحكام المترتبة على الولاية في الزواج

يترتب على الولاية في الزواج عدة أحكام ، فقد يمارس الولي استنادا للصلاحية المخولة إليه إجبار المرأة العاقلة البالغة على الزواج أو قد يمنع الولي المرأة من الزواج أي (يعضلها) وقد يكون امتناعه بحق أو بغير حق . ولما كانت الولاية مقررة لمصلحة المولى عليه فإنها مرتبة فليس للبعيد ولاية مع وجود من هو أقرب منه المتوفرة فيه شروط الولاية فقد تزول الولاية عن الولي القريب في حالة فقدانه أحد شروط الولاية أو طرأ عليه ما يسلب منه الولاية كالغيبة والجنون .قسمنا مبحثنا هذا الى ثلاثة مباحث تناولنا في الأول مفهوم الإجبار، وبينا في الثاني غيبة الولي وعضله واثره على انتقال الولاية، ودرسنا في الثالث احكام تزويج الاولياء وخيار الفسخ .

المطلب الاول:الاجبار ونطاقه

الفرع الاول : تعريف الاجبار: يعرف الإجبار لغةً بأنه القهر والإكراه ويقال جبر الرجل على الأمر يجبره جبرا وجبورا وجباره وجبر الله فلانا فأجتبره أي سد مفاقره وأجبره على الأمر أكرهه عليه وقد يكون الجبر خلاف الكسر بمعنى جبر العظم فيقال جبرت الكسير أجبره تجبيرا وجبرته جبرا وجبرت وأجبرت بمعنى قهرت .

أما الإجبار شرعاً فلم نجد تعريفاً مستقلاً له في كتب الفقه ، إلا أننا يمكن أن نعرفه : بأنه حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل تحقيقا لحكم الشرع ، ومن ذلك يتضح أن الإجبار يقع ممن خوله الشارع ممارسة هذا الحق تحقيقا لمصلحة أودفعا لظلم، ويلاحظ على التعريف الشرعي للإجبار انه أضيق من التعريف اللغوي له لأن الإجبار في اللغة يكون ممن له ولاية أو من غيره ، أما الإجبار الشرعي فلا يقع إلا من ذي ولاية يعمل بها بمقتضى من الشرع ، وان أن الإجبار قد يكون مشروعاً "بحق أو غير مشروع بغير حق ويستعمل الفقهاء عادةً مصطلح الإجبار ولاية الإجبار في الزواج ويقصدون بها حق الولي في مباشرة عقد الزواج لمن تحت ولايته دون توقف على إذنه ورضاه ، فالولي هنا هو الولي المجبر الذي تكون ولايته كاملة، لحاجة المولى عليه لتلك الولاية.[1]

لكن اختلفوا حول دواعي ولاية الإجبار، فعلة الإجبار عند قسم من فقهاء الإمامية والمالكية والشافعية وكذلك الحنابلة في رواية عندهم البكارة في الأنثى والصغر في الذكر والجنون فيهما وحجتهم أن أساس وجود الولاية الإجبارية هي حاجة المولى عليه لتلك للولاية فيملك الولي تزويج الصغير والمجنون والمجنونة جبرا عليهما ، سواء كانا كبيرين أوصغيرين لعدم قدرتهم على إدارة شؤونهم.

1- انغام محمود شاكر،مصدر سابق،ص112.

وكذلك البكر البالغة يزوجها وليها من دون توقف على رضاها واختيارها سواء كانت صغيرة أم كبيرة وذلك لأن البكر لا يسعها تقدير مصالح الزواج في حين ذهب القسم الآخر من فقهاء الإمامية والحنفية والحنابلة في رواية أخرى عندهم وكذلك الزيدية والظاهرية إلى منع ممارسة أي نوع من أنواع الإجبار على المرأة.

الفرع الثاني: نطاق الاجبار

لما كانت الغاية من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليهم ، فإن الشرع قد أثبت هذه الولاية لمن كان حريصاً على مصلحة المولى عليه . لذا يتحدد نطاق الولاية الإجبارية بالأشخاص الذين يحتاجون إلى الولي في إبرام عقد الزواج نيابة عنهم وبالأشخاص الذين لهم الحق في أن يكونوا أولياء على المولى عليهم ، وعرضنا فيما يلي لهذين النوعين من الأشخاص في مطلبين عرضنا في أولهما لنطاق الولاية الإجبارية بالنسبة للمولى عليهم ، وخصصنا ثانيهما لنطاق الولاية الإجبارية بالنسبة للأولياء.

اولاً: نطاق الولاية الإجبارية بالنسبة للمولى عليهم: انقسم فقهاء الإسلام في شان ثبوت الولاية الإجبارية على البكر البالغة على اتجاهين يرى أولهما : جواز استئذان البكر البالغة العاقلة في الزواج وثبوت الولاية الاختيارية عليها ، بينما يرى ثانيهما عدم الحاجة لاستئذان البكر البالغة العاقلة في الزواج وثبوت الولاية الإجبارية عليها وتكلمنا عن هذين الاتجاهين بشيء من التفصيل مخصصين لكل منهما فرعاً مستقلاً[1].

- أدلة المجيزين باستئذان البكر العاقلة في الزواج: يرى أغلب فقهاء المسلمين ضرورة استئذان البكر البالغة العاقلة في الزواج ، وهذا ما ذهب إليه قسم من فقهاء الأمامية والحنفية ورواية عن الحنابلة والزيدية والظاهرية الذين رأوا ضرورة استثمار البكر البالغة العاقلة وعدم إجبارها على النكاح بمن لا ترضاه. فقد جاء في الفتاوى الهندية: ((لا يجوز نكاح أحد على بالغة صحيحة العقل من أب أو سلطان بغير إذنها بكرا كانت أم ثيبا)) ، وفي الهداية للمرغيناني: ((لا يجوز للولي إجبار بكر بالغة على النكاح))، وذكر في المقنع لموفق الدين من فقهاء الحنابلة : ((أما البكر ففيها روايتان الأولى وهي الأصح من المذهب ليس للولي اجبار بكر بالغة على النكاح)) ،كما وبين ذلك زين الدين العاملي بقوله : ((لو زوجها أحدهما أي الأب أو الجد لم يمض عقده إلا برضاها)) ،وفي ذات المعنى ذهب فقهاء الزيدية حيث جاء في البحر الزخار : ((لا إجبار للبكر البالغة)) [2]

1- انغام محمود شاكر،مصدر سابق،ص119.

2- احمد بن يحيى بن المرتضى،البحر الزخار الجامع المذاهب العلماء الامصار،ج7،ط1،مطبعة انصار السنة المحمدية،مصر،بلا سنة طبع،ص120.

كما ذكر ابن حزم الظاهري في محلاه ما نصه: ((وإذا بلغت البكر لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها ، فإن وقع فهو مفسوخ أبدا)) [1]

ومن خلال التمعن بالنصوص الفقهية السابقة يتبين لنا عدم جواز إجبار البكر البالغة على النكاح بأي شكل من الأشكال وقد استند القائلون بالجواز الى أدلة من السنة والقياس وسنبحثها فيما يأتي

1: الادلة من السنة

أ- عن ابن عباس أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : ((الإيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)).

ب- عن ابن عباس قال : قال رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) : ((البكر تستأ مر من نفسها قيل يا رسول الله ان البكر تستحي أن تتكلم قال : إذنها سكوتها)).

ج- قول الباقر (عليه السلام) في خبر زرارة عنه: (إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز ، تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها ، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها)[2].

2: الادلة من القياس

أ- قياساً على عدم جواز تصرف الولي في مال البكر البالغة دون رضاها فلا يجوز له إجبارها على الزواج من باب أولى .

ب - قياساً على الغلام اذا بلغ عن عقل ارتفعت عنه الولاية الإجبارية لان الولاية كانت لقصور العقل وقد انتهى بالبلوغ فكذا البكر لو بلغت عن عقل ارتفعت الولاية الإجبارية عنها بجامع البلوغ وانتفاء ضرورة الولاية الإجبارية .

ثانياً: طاق الولاية الإجبارية من حيث الأولياء: يختلف الولي المجبر باختلاف المذاهب الفقهية فبعض الفقهاء قالوا بأن الولاية الإجبارية محصورة بالأب والجد فقط بينما أثبت البعض الآخر ولاية الإجبار لكل من الاب والجد وغيرهما من سائر الاقارب لذا سنتناول كل من هذين الرأيين في فرع مستقل :

1- ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم،كتاب النكاح،ج9،مسألة رقم 1823.

2- انغام محمود شاكر،مصدر سابق،ص121.

1- أدلة القائلين بولاية الاب

يرى الإمامية والشافعية أن ولاية الإجبار تثبت للأب والجد لوفور شفقتهما ، وأضافوا الحاكم اليهما في ثبوت الولاية الجبرية على المجانين والمعاتيه في حالة فقدهمان، على أن الأمامية قد جعلوا الاب والجد في مستوى واحد في حق الولاية فمن سبق تصرفه تصرف الآخر كان التصرف السابق هو النافذ ولو كان تصرف الجد ، بينما يلي الجد عند الشافعية الاب في حق الولاية ، والمالكية والحنابلة في المشهور عندهم يثبتون الولاية للأب ووصيه ، لأن الوصي يقوم مقام الأب فهو نائب عنه ، وقد اشترط الحنابلة في الوصاية بالزواج أن يكون الأب قد نص على الزواج وان هذا التخصيص معناه أن عمل الوصي هو إمتداد لإرادة الأب ، بذلك يعد الاب وكأنه هو الذي زوج ، في حين قصر فقهاء الظاهرية ولاية الاجبار على الاب وحده ونفوها عن غيره إطلاقا ، وقد استدل هذا الإتجاه الفقهي بالأدلة الآتية :

اولاً: الأدلة من السنة

1- عن ابن عباس (رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم) ، " البكر يزوجها ابوها " وجه الدلالة من الحديث أنه اثبت ولاية الإجبار للأب ويقاس الجد على الاب عند عدمه .

ثانياً : الأدلة من المعقول

1- كمال شفقة الأب ومعرفته بمصلحة أولاده والجد كالأب في كثير من الأحكام فيأخذ حكم الاب في الولاية أما غير الأب والجد فليسوا مثلهم لكونهم غير كاملي الشفقة فلا تثبت لهم الولاية قياسا ، جدير بالذكر أن القائلين بولاية الأب قد تعرضوا إلى انتقادات يمكن أن نوجزها بأن ما استدل عليه أصحاب هذا الرأي من المعقول هو كمال شفقة الأب والجد وقصور شفقة غيرهما ، فيمكن أن يرد على ذلك بأن أصل الشفقة موجود عند سائر العصبات ، وما في غير الأب والجد من قصور يمكن تلافيه بإعطاء الخيار لها إذا بلغت [2].

2- أدلة القائلين بولاية العصبات

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن ولاية الإجبار ثابتة لكل ولي من العصبات ويقدم الأقرب فالأقرب على النحو الذي سبق وبيناها عند كلامنا عن تحديد الاولياء ، ويوافقهم في رأيهم فقهاء الزيدية الذين أثبتوا الولاية الإجبارية للعصبات أنفسهم وقد استدل هذا الإتجاه بالأدلة الآتية :

أ- الأدلة من السنة قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم) " النكاح الى العصبات ".

1- انغام محمود شاكر،مصدر سابق،ص127.

2- محمد محي الدين عبد الحميد،الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،المكتبة العلمية،بيروت-لبنان،بلا سنة طبع،ص74.

هذا الحديث اثبت للعصبة ولاية الإجبار في النكاح ومن غير فصل الأب والجد وغيرهما من سائر الاقارب العصبة .

ب- الأدلة من المعقول إن مبنى الولاية وأساسها هو الشفقة وبما أن الشفقة هي سبب ثبوت الولاية فعلى هذا الاساس تكون الشفقة متوفرة لدى العصبات فلا موجب لحصرها بالأب والجد فقط .

المطلب الثاني:غيبة الولي وعضلة 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 الاول: 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 ، 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[1].

الرأي الثاني : تنقطع ولاية القريب وتنتقل إلى السلطان: بينما يرى فقهاء الشافعية والحنابلة [2] أن الولاية في النكاح عند غيبة الولي 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.

1- د.نشوان زكي سليمان الحليم،مصدر سابق،ص426.

2-السيوطي،جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي،الاشياه والنضائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار الكتب العلمية، ج1،بيروت 1403،ص388.

الرأي الثالث : التفريق بين الولي المجبر وغير المجبر: يذهب فقهاء المالكية ، 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 ينتظر 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[1].

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 ثبت له أهليتها وقابليتها البدنية [2]، 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 ، بينما نص المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية صراحةً أنه في حال[3].

غياب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال، أو في حال عدم وجوده، انتقل حق الولاية إلى القاضي [4].

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 فسخه.

1- الامام ماك،مالك ابن انس،المدونة الكبرى،ج2،دار صادر،بيروت،دون سنة نشر،ص163.
2- ينظر. الفقرة(1) من المادة(8) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
3- أ.د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ، 1990م، ج 1، ص 48.
4- ينظر : المادة (17) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

كذلك من الممكن أن تنتقل ولاية الزواج من الولي الأقرب في حال غيابه إلى القاضي، إذا كان في انتظاره تفويت لمصلحة المولى عليها، ولكن بشرط أن لا يزوجها القاضي من نفسه، لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (7) المقترحة بعض الفقرات ليكون النص بالشكل الآتي:

1- 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.

2- 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 ، 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 : ذهب فقهاء المالكية والشافعية ، 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 أكثر[1].

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 (1) 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 موليته متى كانت عاقلة وأتمت أهلية الزواج بإكمالها الثامنة عشرة من عمرها[2].

1- د.نشوان زكي سليمان الحليم،مصدر سابق،ص431.

2- ينظر الفقرة (1) من المادة(7) من قنون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

بعد أن رتب المشرع العراقي على مخالفة أحكام هذا النص جملة من العقوبات ، 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 .

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 دائرته ليتولى أمر تزويجها بنفسه، ولكن لا يجوز للقاضي أن يزوج المولى عليها من نفسه، لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (7) المقترحة في قانون الأحوال الشخصية على فقرة خاصة بنقل الولاية إلى القاضي في حالة عضل أو غياب ولي الزواج ليكون النص بالشكل الآتي:

1- 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.

2- القاضي ولي من لا ولي له.

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

الخاتمة

بعد ان توصلنا الى نهاية بحثنا في موضوع الولاية في الزواج توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وهي كالاتي:

اولاً: النتائج

1- إن الولاية هي سلطة شرعية تخول صاحبها فضلاً عن التصرف في شؤونه التصرف في شؤون غيره ولو جبرا عنه .

2 - إن للولاية أهميةً كبيرةً في حياة المولى عليها فهي حجر الأساس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليها فمن خلالها تضمن الاسرة استقرارها ودوامها ويقع علي الولي العبء الأكبر في هذه العملية فهو المسؤول شرعا وقانونا في حفظ المولى عليها وصيانتها ومشاركتها في اختيار زوجها لذا وكل أمر هذه الولاية إلى من هو أكمل نظرا وأكثر شفقة وواسع خبرة ودراية لمصلحة المرأة وهو الأب ، ثم الجد ، وان علت درجته .

3- يشترط لمن يصلح للولاية أن يتحقق فيه كمال الأهلية بأن يكون عاقلاً ، بالغا ، مسلما ، كما يشترط اتحاد الدين بينه وبين من تثبت عليه الولاية .

4- 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.

5- إن هناك نوعان من العضل عضل مشروع وعضل غير مشروع ، وقد أعطت الشريعة الإسلامية للولي حق الاعتراض وطلب فسخ العقد إذا زوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل أو من غير كفء دفعا لما قد يصيبه من عار ، أما إذا امتنع الولي عن مباشرة عقد زواج موليته بغير حق مع وجود خاطب كفء وبمهر المثل انتقلت الولاية إلى من يليه ولا تنتقل الولاية إلى السلطان إلا إذا عدم الولي عملاً بقول الرسول (صلى الله عليهوآله وسلم) " السلطان ولي من لا ولي له ".

ثانياً: المقترحات

1- بما أن المشرع العراقي لم يتعرض لأحكام الولاية في الزواج لذا نرجو من المشرع تدارك هذا الأمر بإدخال أحكام الولاية في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية نظراً لأهميتها ولتفادي النقص أسوة ببقية قوانين البلدان العربية الأخرى التي اهتمت بهذا الموضوع.

2- نقترح للمشرع العراقي تخصيص فقرات في المادة (7) من الفصل الثالث (الأهلية) يتناول موضوع الولاية بعد تعريفها ليكون النص بالشكل الآتي:

الولاية: هي (السلطة التي تثبت للشخص وتخوله أن يتولى عقد الزواج لنفسه أو لغيره من دون حاجة إلى إجازة أحد).

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

4- 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.

5- 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.

المصادر

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

1- احمد الكبيسي.شرح قانون الاحوال اشخصية.طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.1992.

أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ، 1990م، ج 1.

2- احمد بن يحيى بن المرتضى،البحر الزخار الجامع المذاهب العلماء الامصار،ج7،ط1،مطبعة انصار السنة المحمدية،مصر،بلا سنة طبع .

3- الامام ماك،مالك ابن انس،المدونة الكبرى،ج2،دار صادر،بيروت،دون سنة نشر.

4- أبو جعفرمحمد بن الحسن الطوسي، الخلاف ، ج1، مؤسسة النشر الإسلامية ، قم ، هـ1414.

5- أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام .ج 1 وج2 بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

6- ابن الهمام السيواسي.كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الحنفي.شرح فتح القدير.دار الفكر للنشر.بيروت 1365هـ.ج3.

7- السيوطي،جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي،الاشياه والنضائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار الكتب العلمية، ج1،بيروت 1403.

8- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة ، 1313 هـ ، ج 2.

9- رواه البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج 7. مكتبة دار الباز للنشر، مكة المكرمة، 1414هـ ، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (13423).ج 7.

10- سعود الساسي.الولي في عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري.دراسة مقارنة رسالة ماجستير.الجزائر.

11- عبدالله بن احمد بن قدامة.المغني في فقه الامام احمد.ج7. ط1. دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع.بيروت لبنان 2008.

12- علاء الدين الكاساني الحنفي.بدائع الصنائع.دار الكتاب العربي.بيروت 1982.ج2.

13- محمد بن ادريس الشافعي.الأم.ج5.ط1.دار الفكر للطباعة وانشر.بلا مكان طبع..1980

14- محمد محي الدين عبد الحميد،الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،المكتبة العلمية،بيروت-لبنان،بلا سنة طبع.

15- نشوان زكي.سليمان الحليم.دراسة مقارنة مابين الشريعة الاسلامية والقانون.ج15.الموصل 2018.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

1- أنغام محمود شاكر.الولاية في الزواج .دراسة مقارنة (رسالة ماجستير).بابل.2012.

رابعاً: القوانين والانظمة

1- القانون المدني العراقي رقم40 لسنة 1951.

2- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

3- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.

4- قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 19 لسنة 2019.