انتقال ولاية النكاح إلى القاضي في الشريعة والقانون

الدكتور/ أحمد خالد العبيد
اختصاصي رقابة شرعية - هيئة أسواق المال
دولة الكويت

ملخص:

هذا البحث يتعلق بمسألة فقهية مهمة وهي مسألة الولاية في التزويج، ومعلوم أن الولاية في الأصل هي للأقارب بحسب ترتيبهم المعروف، ولكن قد تعرض بعض الأسباب فتنتقل الولاية من القريب كالأب إلى القاضي، ومن أهم هذه الأسباب عدم وجود الولي من الأقارب، أو غيبته، ومنها العضل وهو الامتناع عن تزويج المرأة من الكفء المناسب لها، ويتناول هذا البحث هذه الأسباب بالدراسة التفصيلية مع مقارنة الآراء الفقهية بقوانين الأحوال.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فهذا بحث في انتقال ولاية النكاح إلى القاضي – وهو النائب عن الإمام – أو متولي عقود الأنكحة، أذكر فيه الصور التي تنتقل الولاية فيها من الولي الأقرب إلى القاضي، وهي صور عديدة من أهمها صورتا العضل والغيبة، ولم أر من أفرد هذا الموضوع بالبحث من المعاصرين، وإن كان الدكتور الفاضل نزيه حماد قد كتب في نظرية الولاية، لكنه لم يتوسع في هذا الجانب ولم يتكلم على أغلب هذه الصور.

وأسأل الله تعالى التوفيق لما يحبه ويرضاه،،،

التمهيد

معنى الولاية لغة واصطلاحاً:

أولاً – الولاية لغة:

الولي: ضد العدو، وفي المغرب: ولي اليتيم والقتيل مالك أمرهما، ومنه والي البلد.

والمصدر: الولاية بالكسر، مأخوذ من الوَلْي وهو القرب والدنو، يقال: وليه ولياً، أي دنا منه، وأوليته إياه، أي أدنيته منه، وتباعدنا بعد ولي، وتولى فلاناً، أي اتخذه ولياً.

والولي فعيل، بمعنى فاعل من وليه إذا قام به، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾[١].

وبمعنى مفعول في حق المطيع، ومنه: ولي الله[٢].

ثانياً – الولاية اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء للولاية اصطلاحاً، فقد عرفها الحنفية عند تعريفهم للولي بقولهم: هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى»[٣].

وهذا التعريف قد ذكره غيرهم أيضاً، فذكره محمد بن عبدالسلام الأموي المالكي حين عرف الولاية في كتابه «تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب»[٤].

وذكره المناوي الشافعي في كتابه التوفيق على مهمات التعاريف[٥].

وقد نقل المناوي تعريفاً آخر للولاية، نقله عن الحرالي وهو: «القيام بالأمر عن وصلة واصلة»[٦].

والمقصود هنا الولي في النكاح الذي يحصل منه إمّا بنفسه أو بوكيله العقد للنكاح[٧].

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٥٧).

(٢) أنيس الفقهاء، للتهانوي (ص١٤٤)، ط. مكتبة الرشد - الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص٨٤٦)، ط. دار الضياء - الكويت. التوفيق على مهمات التعاريف للمناوي (ص٧٣٤)، ط. دار الفكر، التعريفات للجرجاني (ص٢٥٤).

(٣) أنيس الفقهاء (ص١٤٤).

(٤) تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب (ص٨٤٦).

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف (ص٧٣٤).

(٦) التوقيف على مهمات التعاريف (ص٧٣٤).

(٧) الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٣٥)، الإمتاع على متن أبي شجاع (٢/١٠٣١)، ابن عابدين (٤/١٤٩).

المبحث الأول
اشتراط الولي في صحة عقد النكاح

نعرض في هذا المبحث لاخْتَلَاف الْفُقَهَاء فِي كَوْنِ الْوَلِيِّ رُكْناً مِنْ أَرْكَانِ النِّكَاحِ أَوْ شَرْطاً فِي صِحَّتِهِ أَوْ شَرْطاً فِي جَوَازِهِ وَنَفَاذِهِ.

وقد اشتهر الخلاف في جواز تولي المرأة عقد النكاح.

وفيما يلي إيضاح ذلك، فنقول:

المعتمد عند الْمَالِكِيَّة وَالشَّافِعِيَّة: أن الْوَلِيَّ رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَلا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِدُونِ الوَلِيِّ بِشُرُوطِهِ المعتبرة، فالولي عندهم مِنْ أَرْكَانِ عَقْدِ النكاح الَّتِي لا يَتَحَقَّقُ وُجُودُهُ إِلا بِهَا، وَالْمُرَادُ بِالْوَلِيِّ مِنْ لَهُ وِلايَةٌ وَلَوْ تَوَلَّى الْعَقْدَ غَيْرُهُ بِإِذْنِهِ، وعده الحنابلة شرطاً في صحة النكاح.

وَلا يَصِحُّ عِنْدَ جمهور الفقهاء من الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ والحنابلة تَوَلِّي عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ أُنْثَى، فَلا تُزَوِّجُ نَفْسَهَا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ وَلا بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلا غَيْرَهَا لا بِوِلايَةٍ وَلا بِوِكَالَةٍ، وَلا تَقْبَلُ النِّكَاحَ لا بِوِلايَةٍ وَلا بِوِكَالَةٍ(١).

فلَوْ زَوَّجَتِ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا، أَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا كَبِنْتِهَا وَأُخْتِهَا، أَوْ وَكَّلَتْ غَيْرَ وَلِيِّهَا فِي تَزْوِيجِهَا وَلَوْ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ فِي الصُّوَرِ الثَّلاثِ.

واستدل الجمهور على ذلك بعدة أدلة:

الأول: حَدِيث أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ- صلى الله عليه وسلم - قَالَ:" **لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ** "(٢).

وجه الاستدلال: أن النفي هنا لِلْحَقِيقَةِ الشَّرْعِيَّةِ بِدَلِيلِ مَا وَرَدَ عَنْ عَائِشَةَ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ : "**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ،**

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/٣٣٥. الإقناع للشربيني ٢/١٠٣٢، كشاف القناع ٥/ ٤٨، الإنصاف ٨/٦٦)

(٢) خرجه أبو داود ١/٦٣٥، كتاب النكاح: باب في الولي، حديث ٢٠٨٥، والترمذي ٣/٤٠٧، كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠١، والدارمي ٢/١٣٧، كتاب النكاح: باب النهي عن النكاح بغير ولي، وأحمد ٤/٣٩٤، ٤١٣، وابن ماجة ١/٦٠٥، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ٨١.

فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ"(١).

وَلا يُقَالُ يُمْكِنُ حَمْلُ النَّفْيِ فِي قَوْلِهِ: "**لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ**" عَلَى نَفْيِ الْكَمَالِ – كما سيأتي عند الحنفية –، لأَنَّ كَلامَ الشَّارِعِ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَقَائِقِ الشَّرْعِيَّةِ، أَيْ لا نِكَاحَ مَوْجُودٌ فِي الشَّرْعِ إِلا بِوَلِيٍّ.

الدليل الثاني من المعقول: إِنَّ النِّكَاحَ لا يَصِحُّ بِدُونِ وَلِيٍّ لِعَدَمِ وُجُودِ شَرْطِهِ، وَلأَنَّ الْمَرْأَةَ غَيْرُ مَأْمُونَةٍ عَلَى الْبُضْعِ لِنَقْصِ عَقْلِهَا وَسُرْعَةِ انْخِدَاعِهَا، فَلَمْ يَجُزْ تَفْوِيضُهُ إِلَيْهَا كَالْمُبَذِّرِ فِي الْمَالِ، وَلَمْ يَصِحَّ أَنْ تُوَكِّلَ فِيهِ وَلا أَنْ تَتَوَكَّلَ فِيهِ، وَرُوِيَ هَذَا عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ(٢).

وقال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: لا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا أَيْ لا تَمْلِكُ مُبَاشَرَةَ ذَلِكَ بِحَالٍ لا بِإِذْنٍ وَلا بِغَيْرِهِ سَوَاءٌ الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ؛ إِذْ لا يَلِيقُ بِمَحَاسِنِ الْعَادَاتِ دُخُولُهَا فِيهِ لِمَا قُصِدَ مِنْهَا مِنْ الْحَيَاءِ وَعَدَمِ ذِكْرِهِ أَصْلا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾(٣). قال الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾(٤) أَصْرَحُ دَلِيلٍ عَلَى اعْتِبَارِ الْوَلِيِّ وَإِلا لَمَا كَانَ لِعَضْلِهِ مَعْنًى، وَلِخَبَرِ: "**لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ**"، وَرَوَى ابْنُ مَاجَهْ خَبَرَ: "**لا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا**" وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ(٥).

إلا أن الْوَطْء فِي نِكَاحٍ بِشُهُودٍ بِلا وَلِيٍّ كَتَزْوِيجِهَا نَفْسَهَا، يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ لِفَسَادِ النِّكَاحِ وَلِلْخَبَرِ المتقدم: "**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ثَلاثاً، فَإِنْ دَخَلَ**

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده ١١/٢، رقم ١٩، وأحمد ٤٧/٦، ١٦٥، ١٦٦، وأبو داود ٢/ ٢٢٩، كتاب النكاح: باب في الولي، حديث ٢٠٨٣، والترمذي ٣٩٨/٣، كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠٢، وابن ماجة ٦٠٥/١، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٧٩، وابن حبان في صحيحه ٣٨٤/٩ -الإحسان رقم ٤٠٧٤، والحاكم في المستدرك ١٦٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٥/٧، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، والبغوي في شرح السنة ٣٣/٥، من حديث عائشة، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وصححه ابن حبان.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني ١٤٧/٣)

(٣) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

(٥) أخرجه ابن ماجة ٦٠٥/١-٦٠٦، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٨٢. والدارقطني في سننه (٢٨) وانظر: مغني المحتاج للشربيني ١٤٧/٣، الإقناع ١٠٣٢/٢، كفاية الأخيار ٤١٠.

بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا."، وَلا يُوجِبُ الْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الْمَذْكُورِ الْحَدَّ سَوَاءٌ أَصَدَرَ مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ أَمْ لا لِشُبْهَةِ اخْتِلافِ الْعُلَمَاءِ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، كما سيأتي عند ذكر رأي الحنفية في المسألة، لَكِنْ يُعَزَّرُ مُعْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ لارْتِكَابِهِ مُحَرَّماً[1].

وقد نص الحنابلة على أن الحاكم لَوْ حَكَمَ بِصِحَّة هذا النكاح فإن هذا الحكم لَمْ يُنْقَضْ، وذلك مراعاة لمن قال به وهو الحنفية[2].

وَأما مذهب الحنفية فقد ذكروا فيه رِوَايَتَينِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ:

الأُولَى: تَجُوزُ مُبَاشَرَةُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ عَقْدَ نِكَاحِهَا وَنِكَاحِ غَيْرِهَا مُطْلَقاً – أَيْ مِنْ كُفْءٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ – إلا أَنَّهُ خِلافُ الْمُسْتَحَبِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ عندهم.

ودليل الإمام أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ هو الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسَّنَةُ وَالاسْتِدْلالُ:

أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾[3]، وجه الاستدلال: أن الآيَة الشَّرِيفَة نَصٌّ عَلَى انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهَا فَكَانَتْ حُجَّةً.

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[4].

وجه الاستدلال: أنه تعالى أَضَافَ النِّكَاحَ فِي قَوْلِهِ ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾ إِلَيْهَا فَيَقْتَضِي تَصَوُّرَ النِّكَاحِ مِنْهَا، وَأَضَافَهُ إِلَى الزَّوْجَيْنِ فِي قَوْلِهِ ﴿أَن يَتَرَاجَعَآ﴾، أَيْ يَتَنَاكَحَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْوَلِيِّ.

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾[5].

وَالاسْتِدْلالُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ أَضَافَ النِّكَاحَ إِلَيْهِنَّ فَيَدُلُّ عَلَى جَوَازِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهِنَّ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْوَلِيِّ.

---

(١) انظر: مغني المحتاج للشربيني ١٤٧/٣ بتصرف.
(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦٦/٨، كشاف القناع ٤٨/٥.
(٣) سورة الأحزاب، الآية (٥٠).
(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).
(٥) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

وَالثَّانِي: أَنَّهُ نَهَى الأَوْلِيَاءَ عَنِ الْمَنْعِ عَنْ نِكَاحِهِنَّ أَنْفُسَهُنَّ مِنْ أَزْوَاجِهِنَّ إِذَا تَرَاضَى الزَّوْجَانِ، وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا وَرَدَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ – رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا – عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "**لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ**"(١).

وجه الاستدلال: وأن هَذَا قَطْعُ وِلايَةِ الْوَلِيِّ عَنْهَا.

وَوَرَدَ عَنْهُ أَيْضاً عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "**الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**"(٢)، **وَالأَيِّمُ اسْمٌ لامْرَأَةٍ لا زَوْجَ لَهَا.**

وَأَمَّا الاسْتِدْلالُ بالقياس فَهُوَ أَنَّهَا لَمَّا بَلَغَتْ عَنْ عَقْلٍ وَحُرِّيَّةٍ صَارَتْ وَلِيَّةَ نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ فَلا تَبْقَى مُوَلَّياً عَلَيْهَا كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا بَلَغَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ وِلايَةَ الإِنْكَاحِ إِنَّمَا ثَبَتَتْ لِلأَبِ عَلَى الصَّغِيرَةِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا شَرْعاً، لِكَوْنِ النِّكَاحِ تَصَرُّفاً نَافِعاً مُتَضَمِّناً مَصْلَحَةَ الدِّينِ وَالدُّنْيَا، وَحَاجَتُهَا إِلَيْهِ حَالا وَمَآلا، وَكَوْنِهَا عَاجِزَةً عَنْ إِحْرَازِ ذَلِكَ بِنَفْسِهَا وَكَوْنِ الأَبِ قَادِراً عَلَيْهِ، وَبِالْبُلُوغِ عَنْ عَقْلٍ زَالَ الْعَجْزُ حَقِيقَةً وَقَدَرَتْ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهَا حَقِيقَةً، فَتَزُولُ وِلايَةُ الْغَيْرِ عَنْهَا وَثَبَتَتِ الْوِلايَةُ لَهَا، لأَنَّ النِّيَابَةَ الشَّرْعِيَّةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ نَظَراً فَتَزُولُ بِزَوَالِ الضَّرُورَةِ، وَإِذَا صَارَتْ وَلِيَّ نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ لا تَبْقَى مُوَلَّياً عَلَيْهَا بِالضَّرُورَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ الاسْتِحَالَةِ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ أَنَّهُ إِنْ عَقَدَتْ مَعَ كُفْءٍ جَازَ وَمَعَ غَيْرِهِ لا يَصِحُّ(٣).

وَقد ناقش الحنفية أدلة الجمهور المارة:

أَمَّا حَدِيثُ "**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ**" وَحَسَّنَهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَدِيثُ "**لا نِكَاحَ إلا بِوَلِيٍّ**" رَوَاهُ أَبُو دَاوُد وَغَيْرُهُ، فَمُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ "الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا" الذي رَوَاهُ مُسْلِمٌ، وَالأَيِّمُ مَنْ لا زَوْجَ لَهَا بِكْراً أَوْ لا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ إلا مُبَاشَرَةُ الْعَقْدِ إِذَا رَضِيَتْ وَقَدْ جَعَلَهَا أَحَقَّ مِنْهُ بِهِ.

قال ابن عابدين: وَيَتَرَجَّحُ هَذَا بِقُوَّةِ السَّنَدِ وَالاتِّفَاقِ عَلَى صِحَّتِهِ، بِخِلافِ الْحَدِيثَيْنِ الأَوَّلَيْنِ فَإِنَّهُمَا ضَعِيفَانِ أَوْ حَسَنَانِ.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٥٧٨ - ٥٧٩، كتاب النكاح: باب في الثيب، حديث ٢١٠٠، والنسائي ٦/ ٨٥، كتاب النكاح: باب استئذان البكر في نفسها، حديث ٣٢٦٣، وابن حبان ٩م٣٩٩، الإحسان، رقم ٤٠٨٩، والدار قطني ٣/٢٣٩، رقم ٦٦، والبيهقي ٧/١١٨.

(٢) رواه مسلم ٢/١٠٣٧، كتاب النكاح: باب استئذان الثيب في النكاح، حديث ٦٧/١٤٢١.

(٣) انظر ما سبق في فتح القدير للكمال ابن الهمام ٣/١٥٧، حاشية الدر المختار٢/٣٩٥.

أَوْ يَجْمَعُ بِالتَّخْصِيصِ، أَوْ بِأَنَّ النَّفْيَ لِلْكَمَالِ، أَوْ بِأَنْ يُرَادَ بِالْوَلِيِّ مَنْ يَتَوَقَّفُ عَلَى إذْنِهِ، أَيْ لا نِكَاحَ إلا بِمَنْ لَهُ وِلايَةٌ لِيَنْفِيَ نِكَاحَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمَةِ وَالْمَعْتُوهَةِ وَالْعَبْدِ وَالأَمَةِ، وَالْمُرَادُ بِالْبَاطِلِ حَقِيقَتُهُ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَمْ يُصَحِّحْ مَا بَاشَرَتْهُ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ، أَوْ حُكْمُهُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يُصَحِّحُهُ أَيْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُبْطِلَهُ، وَكُلٌّ ذَلِكَ سَائِغٌ فِي إطْلاقَاتِ النُّصُوصِ وَيَجِبُ ارْتِكَابُهُ لِدَفْعِ الْمُعَارَضَةِ[1].

(١) الدر المختار ٢/٣٩٥.

المبحث الثاني
شروط صحة الولاية

وشَرْطُ صِحَّةِ الْوَلِيِّ الَّذِي يَتَوَلَّى الْعَقْدَ لِلزَّوْجَةِ سِتَّةٌ: الذُّكُورَةُ: فَلا يَصِحُّ مِنْ أُنْثَى.

والثاني: الْحُرِّيَّةُ: فَلا يَصِحُّ مِنْ عَبْدٍ وَلَوْ بِشَائِبَةٍ.

والثالث: الْبُلُوغُ: فَلا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنْ صَبِيٍّ.

وَالرابع: الْعَقْلُ: فَلا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ وَمَعْتُوهٍ وَسَكْرَانٍ.

والخامس: الإِسْلامُ فِي الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ فَلا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَلَّى عَقْدَ نِكَاحِهَا كَافِرٌ وَلَوْ كَانَ أَبَاهَا، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1]، وَأَمَّا الْكَافِرَةُ الْكِتَابِيَّةُ فيَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ فَيَجُوزُ لأَبِيهَا الْكَافِرِ أَنْ يَعْقِدَ لَهَا عَلَيْهِ، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[2].

والسادس: الْخُلُوُّ مِنْ الإِحْرَامِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، فَالْمُحْرِمُ بِأَحَدِهِمَا لا يَصِحُّ مِنْهُ تُوَلِّي عَقْدِ النِّكَاحِ.

السابع: العدالة: فلا ينعقد بولي فاسق لقوله : "**لا نكاح إلا بولي مرشد**"، وخالف في ذلك الحنفية والمالكية، فَلا تُشْتَرَطُ العدالة فِي الْوَلِيِّ عندهم، إِذْ فِسْقُهُ لا يُخْرِجُهُ عَنْ الْوِلايَةِ، فَيَتَوَلَّى غَيْرُ الْعَدْلِ عَقْدَ نِكَاحِ ابْنَتِهِ أَوْ ابْنَةِ أَخِيهِ أَوْ مَعْتُوقَتِهِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ لَهَا عَاصِبُ نَسَبٍ، واختاره الغزالي من الشافعية إذا كانت الولاية ستنتقل إلى الحاكم الفاسق كما سيأتي[3].

إلا أن هذا الموضوع قد بحث فيه الحنفية في بعض صوره وهي إذا كان الفاسق متهتكا موغلا في الفسق، ولذا قال ابن عابدين: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْفِسْقَ وَإِنْ كَانَ لا يُسْلَبَ الأَهْلِيَّةَ عِنْدَنَا، لَكِنْ إِذَا كَانَ الأَبُ مُتَهَتِّكاً لا يَنْفُذُ تَزْوِيجُهُ إلا بِشَرْطِ الْمَصْلَحَةِ[4].

---

(١) سورة النساء، الآية (١٤١).

(٢) سورة الأنفال، الآية (٧٣).

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٧، الدر المختار ٢/٣٩٥، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٣٣٥، الإقناع للشربيني ٢/١٠٣٢، كفاية الأخيار ٤١٠.

(٤) الدر المختار ٢/٣٩٥)

المبحث الثالث
أقسام الولاية

أولاً – الولاية القاصرة:

تتمثل في ولاية الرجل العاقل البالغ الرشيد في تزويج نفسه من أية امرأة، ولو بأكثر من مهر مثلها، أو كانت هي غير كفء له، ولا يحق لأحد من الناس أن يعترض عليه[١].

أما المرأة العاقلة البالغة ففي ثبوت هذا الحق لها خلاف بين الفقهاء تقدم قريباً.

ثانياً – الولاية المتعدية:

وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً أو اختياراً، فهي إذاً قسمان: ولاية إجبار، وولاية اختيار. وولاية الإجبار كاملة لعدم اعتبار رضا المولى عليه، وولاية الاختيار ناقصة؛ لأنه لا يكفي فيها رضا الولي؛ بل لابد فيها من رضا المولى عليه معه[٢].

أ) ولاية الإجبار:

وهي قدرة الولي على عقد زواج موليته وتنفيذه عليها جبراً عنها. واختلف الفقهاء في محل هذه الولاية على النحو التالي:

١ – ذهب الحنفية إلى جواز إنكاح الولي موليته الصغيرة والمجنونة جبراً دون البالغة، فلا يجوز للولي أن يزوج موليته البالغة العاقلة، وإن كانت بكراً، بل لابد من استئذانها؛ لأن الولاية على الصغيرة إنما تثبت لقصور العقل، وبعد البلوغ يكمل العقل بدليل توجه الخطاب إليها[٣].

ولا خيار للمرأة بعد بلوغها إذا زوجها الأب أو الجد وهي صغيرة، أما إذا زوجها غير الأب والجد، فلها الخيار إذا بلغت، إن شاءت أقامت على النكاح وإن شاءت فسخت النكاح، وكما تثبت هذه الولاية على الصغيرة، فإنها تثبت على الصغير أيضاً[٤].

٢ – ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة وعلى البكر وإن كانت بالغة، وأما الثيب الصغيرة ففيها الخلاف بينهم،

---

(١) الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص٨٨).
(٢) السابق (ص٩٢).
(٣) الدر المختار (١٤٩/٤)، الاختيار لتعليل المختار (٧٢/٣)، خلاصة الدلائل (٦١٨/١)، التجريد للقدوري (٤٣٠١/٩)، نظرية الولاية، د. نزيه حماد (ص٨١).
(٤) انظر: خلاصة الدلائل (٦٢٢/١).

وقد علل المالكية الإجبار بعلتين (الصغر والبكارة)، فيجبر الأب الصغيرة وإن كانت ثيباً، والبكر وإن كانت بالغة، ولا خلاف بين هذا الفريق في عدم إجبار الثيب البالغة.

وتثبت هذه الولاية للأب فقط عند المالكية والحنابلة، وتثبت للأب والجد عند الشافعية(١).

ب) ولاية الاختيار:

تقدم الخلاف في ولاية المرأة تزويج نفسها فإذا ثبت هذا، وعلمنا ما تقدم من محل ولاية الإجبار فما دونه هو محل ولاية الاختيار، فإما أن يكون محلها البكر البالغة العاقلة، كما هو مذهب الحنفية، وإما أن تكون المرأة ثيباً بالغة فحينئذ لا يجوز لأحد أن يجبرها على الزواج اتفاقاً.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يقارب رأي الجمهور في المادة (٣١)، حيث يقول: «الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها فإن امتنع أو لم يوجد فلقاضي التوثيق».

أما قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٧) فقد نص على ما يوافق مذهب الحنفية، حيث تنص المادة على أنه: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد، وإلا فللولي فسخ النكاح».

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني على قريب من ذلك، ولكنه خصه بالثيب فقط، فجاء في المادة (١٣) منه ما يلي: «لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً».

الولاية الخاصة والولاية العامة:

قسم بعض الفقهاء الولاية إلى قسمين: ولاية خاصة، وولاية عامة، وقد بين الفقهاء مرادهم بذلك على النحو التالي:

أ) الولاية الخاصة: المراد بها أنواع الولايات التي يحصل بها التزويج كالولاية بسبب القرابة أو الملك أو الولاء، إلا أن المالكية قد قسموا هذه الولاية تقسيماً حسناً:

(١) التوضيح على مختصر ابن الحاجب لخليل بن إسحاق (١١٨/٣)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٤١٥/٢)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦١/٢)، المهذب (٣٨/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٤/٣)، نظرية الولاية (ص٨١)، الزواج وموجباته (ص٩٤).

١ – **ولاية الأبوة:** وتفيد الإجبار كما تقدم.

٢ – **ولاية خلافة الأبوة:** وهي الوصاية، فإذا فوض الأب الولاية في إنكاح ابنته إلى الوصي ثبتت له الولاية، ولا نكاح للأولياء مع الوصي، بل وصي الوصي أولى من الأولياء.

٣ – **العصوبة**: كالبنوة والأخوة والجدوة على ما سيأتي تفصيله.

٤ – **الولاء:** فالمعتق يعد بمثابة العصبات عند فقدها.

٥ – **التولية:** والمراد بها تزويج السلطان أو نائبه عند عدم الولي أو عضله على ما سنوضحه.

وسنعود إلى بيان هذه الأقسام قريباً إن شاء الله.

ب) الولاية العامة: وأكثر ما يطلقها الفقهاء ويعنون بها ولاية السلطان، أو من ينوب عنه في التزويج للأسباب التي سنتحدث عنها.

وقد عرفها المالكية بأنها الولاية التي سببها الدين، والأصل في ثبوتها قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[١].

ولا يقدم على العقد بالولاية العامة مع وجود أفراد الولاية الخاصة، فإذا أقدم عليها الأجنبي مع وجود أحد ممن له حق الولاية الخاصة؛ فللولي والسلطان فسخ النكاح[٢].

(١) سورة التوبة، الآية (٧١).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/٤١٥)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦١)، نهاية المحتاج (٢/٢٣٢).

المبحث الرابع
أسباب الولاية

أولاً – الملك: فللمالك للأمة أن يجبرها على الزواج، وولي الأمة سيدها، وإن كان فاسقاً[١].

ثانياً – القرابة: وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الأقرباء على النحو التالي:

أ) مذهب الحنفية هو أن الولي هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث والحجب فيقدم الابن، ثم ابن الابن، وإن سفل، ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب.

فإن لم يكن هناك عصبة تنتقل ولاية النكاح للأم، ثم لأم الأب، ثم لأم الأم، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا، ثم للجد غير الصحيح، ثم للأخت الشقيقة، ثم للأخت للأب، ثم للأخت لأم، ثم لولد الأم، ثم لأولادهم، ثم لباقي ذوي الأرحام العمات، ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولادهم بهذا الترتيب.

وقد خالف الصاحبان أبو يوسف ومحمد في انتقال الولاية لغير العصبات وقالوا لا ولاية لغير العاصب[٢].

ب) مذهب المالكية، تقديم الابن، ثم ابنه، وإن بعد، ثم الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم الجد أبو الأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم أبناؤهم، ثم عم الأب فابنه، ثم عم الجد، وفي قول: يقدم الجد على الأخ وابنه[٣].

جـ) الشافعية: أولى الأقارب بالولاية هو الأب، ثم الجد، أبو الأب، وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهما، وإن سفلوا، ثم العم لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهما، وإن سفلوا، ثم سائر العصبات، والترتيب في التزويج كالترتيب في الميراث، إلا في الجد، فإنه يقدم على الأخ، وإلا في الابن فإنه لا يزوج بالبنوة، وإن قدم في الإرث[٤].

---

(١) التوضيح لخليل ابن إسحاق (١١٣/٣)، مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشاف القناع (٥٣/٥).
(٢) الاختيار (٧٦/٣)، الدر المختار (١٨١/٤)، مجمع الأنهر (٤٠٤/١)، المادة (٣٦) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدري باشا، نظرية الولاية (ص٨٥)، الزواج وموجباته (ص٩٣).
(٣) الثمر الداني (٤٦٨/٢)، الكافي لابن عبدالبر (٦٦٩/١)، حاشية الدسوقي (٣٦٣/٢).
(٤) نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج للشربيني (١٠٧/٤).

د) الحنابلة: والأحق بها عندهم الأب، فأبوه وإن علا؛ لأن للجد إيلاءً وتعصيباً، ثم الابن وابنه وإن نزل، فالأخ لأبوين كالميراث، ثم لأب فابن أخ لأبوين، فلأب، فعم، فابنه ثم بنوهما كذلك ثم أقرب عصبة(١).

ونلاحظ أن الجمهور قد اعتبروا الابن في الولاية خلافاً للشافعية، وذلك لحديث أم سلمة أن النبي – ﷺ – أرسل إليها، فقالت ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال النبي ﷺ: «ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»، فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله(٢).

أما الشافعية فقالوا إن كان الابن ابن عم أو معتقاً أو قاضياً زوج وإلا فلا ولاية له.

وأما حديث أم سلمة، فأجابوا عنه بأجوبة:

١ – أنه ليس المراد بعمر الوارد في الحديث، عمر ابن أم سلمة؛ لأنه كان صغيراً حينئذ، وعمره ثلاث سنين، فهو طفل لا يزوج، فالظاهر أن الراوي وهم، وأن المراد به عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – لأنه من عصبتها واسمه موافق لابنها، فظنه الراوي أنه هو، ورواية الحديث بلفظ "قم فزوج أمك" باطلة.

٢ – أن نكاحه ﷺ لا يحتاج لولي أصلاً، فهو استطابة لهم.

٣ – بتقدير أنه ابنها، وأنه كان بالغاً، فالجواب أنه لم يكن لها ولي أقرب منه، وحينئذ فلا منع من تزويجه كما تقدم(٣).

وقد نصت المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، على أن «الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس على ترتيب الإرث».

كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (٢١) أن «الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً».

وقد نص القانون الأردني صراحة على موافقة مذهب الحنفية على التفصيل المتقدم، فنصت المادة (٩) من الفصل الثاني من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن «الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة».

---

(١) مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشاف القناع (٥٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٦/٤).
(٢) رواه النسائي، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه (٣٢٥٤).
(٣) نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج (١٠٧/٤).

٣- السبب الثالث من أسباب الولاية: الولاء، فثبتت ولاية النكاح بولاء العتاقة لقول النبي ﷺ: «**الولاء لحمة؛ كلحمة النسب، لا تباع ولا توهب**»(١).

ولأن النسب سبب ثبوت الولاية، فكذا يكون الولاء سبباً لها، ولأن المعتق يرث ويعقل فكان ولياً كذلك(٢).

٤- الإمامة: فيزوج السلطان أو نائبه وهو القاضي؛ لقول النبي ﷺ: «**السلطان ولي من لا ولي له**»(٣).

ولأن السلطان نائب عن جماعة المسلمين(٤).

قال الحنابلة: ولو كان الإمام أو الحاكم من بغاة استولوا على بلد؛ لأن يجري فيه حكم سلطانهم وقاضيهم مجرى حكم الإمام والقاضي(٥).

وسنبسط الكلام على هذا السبب في المبحث القادم - إن شاء الله تعالى.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٧٩٩٠) (٤/٣٤١)، البيهقي في السنن الكبرى (١٠/٢٩٢)، وصححه الحاكم وابن حبان (٤٩٢٩).

(٢) ابن عابدين (٢/٢٩٦)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٥٩)، نهاية المحتاج (٦/٢٣٢)، مغني المحتاج (٤/١٠٨)، مطالب أولي النهى (٧/٦٢)، كشاف القناع (٥/٣٥).

(٣) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وقال حديث حسن وابن ماجه (١٨٧٩)، وأحمد (٢٤٢٠٥)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) ابن عابدين (٢/٢٩٦)، الاختيار (٣/٧٦)، مجمع الأنهر (١/٤٠٤)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤١٥).

(٥) مطالب أولي النهى (٧/٦٢)، كشاف القناع (٥/٥٣)، شرح منتهى الإرادات (٤/٦٦).

المبحث الخامس
أسباب انتقال الولاية إلى السلطان أو القاضي

تمهيد:

تقدم أن الولي إما أن يكون ولياً عاماً؛ كالسلطان أو نائبه، وإما أن يكون خاصاً، فحين يفقد الولي الخاص تكون الولاية للعام، أما إذا وُجد الخاص مستجمعاً للشروط، فيقدم على العام اتفاقاً، وحيث وجد من الخاص قريب وبعيد، كانت الولاية للقريب المستجمع للشروط دون البعيد ودون الحكام، فإن قام بالقريب مانع أخرجه عن الولاية بالكلية انتقلت للبعيد لا للحكام؛ لأن القريب حينئذ كالمفقود، وإن قام بالقريب مانع حسي أو شرعي من العقد ولم يخرجه عن الولاية بالكلية زوج الحاكم دون البعيد بطريق النيابة عن القريب كما سيظهر في الصور والأسباب التالية[١]:

١ – **عدم الولي**: وهذه الصورة متفق عليها إجمالاً، فقد نص الحنفية على انتقال الولاية للسلطان عند عدم الولي بالنسبة للصغيرة والمجنونة، وقد تقدم ذكر الخلاف حول ولاية البالغة[٢].

وكذلك نص المالكية، لكن قال ابن القاسم: لا يزوجها حتى يسألها عن وليها، فإن ثبت أنه لا ولي لها زوجها[٣].

قال الشافعية: عدم الولي بأن لم يوجد حساً سائر من تقدم من الأولياء، أو وُجد ولي، ولكن قام به مانع من التزويج، فتنتقل الولاية حينئذ إلى الحاكم[٤].

واشترط له الشافعية أن يكون زواجها من كفء، ولذا قال النووي: ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجها السلطان بغير كفء ففعل لم يصح.

قال الرملي شارحاً له: لو طلبت فلم يجبها القاضي، فهل لها أن تحكم عدلاً ليزوجها منه للضرورة أو يمتنع عليه كالقاضي؟ محل نظر، والأوجه الأول لئلا يؤدي ذلك إلى فسادها[٥].

---

(١) الثغر البسام عن معاني الصور التي يزوج فيها الحكام، لمحمد بن سليمان الكردي، (ص٣-٤) مخطوط.

(٢) الاختيار (٣/٧٦)، الدر المختار (٤/١٨٥).

(٣) التوضيح لخليل بن إسحاق (٣/١٤٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤١٧).

(٤) الثغر البسام (ص٧)، المفتاح لباب النكاح للسيد محمد بن سالم بن حفيظ مع شرحه للخطيب (ص٣٨).

(٥) نهاية المحتاج (٦/٢٥٥).

وأيده الشهاب ابن حجر الهيتمي، وقال: هو الأقرب، ثم قال: ورأيت جمعاً متأخرين بحثوا أنها لو لم تجد كفؤاً وخافت الفتنة، لزم القاضي إجابتها قولاً واحداً للضرورة[١].

ومقتضى ما ذكره عن الجمع المتأخرين عدم اعتبار الكفاءة في تزويج القاضي إذا خافت المرأة الفتنة على نفسها وهو وجيه.

وقد نصت المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ولاية القاضي عند عدم الولي من العصبة، فقالت: «الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس على ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي».

وكذلك جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري المادة (٢٤) وقانون الأحوال الشخصية القطري مادة (٣٢) أن «القاضي ولي من لا ولي له».

وقد جاء في المادة (٣٧) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا ما نصه: «السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له، ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره»، وهذا منصوص المذهب الحنفي، أي أن ينص السلطان على التولية للقاضي في منشوره»[٢].

قال شارح الأحكام، وهو محمد زيد الأبياني: "فإذا عدمت جميع الأقارب من العصبات وغيرهم، فالذي يزوج الشخص الصغير ومن يلحق به مولى الموالاة إن وجد وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه.. فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى السلطان.

ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره، ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نوابه إن أذن لهم بذلك"[٣].

٢ – غيبة الولي:

اختلف الفقهاء في أثر غيبة الولي في انتقال ولاية التزويج على النحو التالي:

---

(١) انظر: تحفة المحتاج (٣٢٠/٧)، مغني المحتاج (١٤٢/٤)، مشكاة المصباح شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح لبا مخرمة (ص١٥٧)، زيتونة الإلقاح في أحكام النكاح لباسودان (ص١٥٦).

(٢) انظر: فتح القدير (٢٨٧/٣)، الفتاوى الهندية (٤٤٨/٣).

(٣) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (١٢٥/١).

أ) ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الولي إذا غاب، فإن الولاية تنتقل إلى الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان أو القاضي.

وضبط الحنفية الغيبة بما يخاف معها فوت الكفء، بأن لا ينتظر الكفء في مثلها حضور الولي، ثم اختلفوا، فحددها أبو يوسف بمسيرة شهر، وعن محمد أنها مثل المسير من الكوفة إلى الري خمس عشرة مرحلة، وقال بعضهم إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل، والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهي غيبة منقطعة، قال القدوري: وهذا صحيح؛ لأن الخاطب لا ينتظر سنة(١).

وفي المادة (٤٠) من الأحكام الشرعية «لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية، فإذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه جاز لمن يليه في القرب أن يزوج الصغيرة».

قال الشارح: المعول عليه – أي في ضبط الغيبة – أنها بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء أخذ رأي الولي الغائب القريب، ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد(٢).

وضبط الحنابلة – الموافقون للحنفية في انتقال الولاية للأبعد لا للسلطان – الغيبة المتقطعة بأنها ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، سواء أكانت مسافة القصر أم دونها، وألحقوا بها ما إذا جهل مكانه بأن لم يعلم أقريب هو أم بعيد، ومنه أيضاً إذا علم أنه قريب ولم يحدد مكانه أو تعذرت مراجعته بأن كان مأسوراً أو محبوساً، وإن كان حبسه في مسافة قريبة، ففي هذه الأحوال كلها يزوج الأبعد عند الحنابلة ولا يزوج السلطان. وسيأتي ذكر بعض هذه الصورة مفردة عن الشافعية.

إلا أن الحنابلة قد استثنوا من ذلك وجود العضل من جميع الأولياء الأباعد فحينئذ يزوج القاضي، أما إذا زوج القاضي مع وجود ولي لها فلا يصح العقد(٣).

وإنما تنقل الولاية على هذا القول للأبعد دون السلطان أو نائبه؛ لأن السلطان ولي من لا ولي لها كما تقدم في الحديث، وهذه المرأة لها أولياء، فلا يقدم عليهم السلطان(٤).

---

(١) الاختيار للموصلي (٣/٧٨-٧٩)، الدر المختار (٤/١٨٩)، مجمع الأنهر (١/٤٠٥).

(٢) الأحكام الشرعية (١/١٢٩).

(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨)، هداية الراغب (ص٤٥٥)، منتهى الإرادات (٤/٦٧).

(٤) انظر: الاختيار للموصلي (٣/٧٨)، الدر المختار (٤/١٨٩)، شرح الأحكام الشرعية (١/١٢٩).

ولا يبطل تزويج الأبعد بعودة الأقرب من غيبته؛ لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل[1].

وإلى هذا الاتجاه ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نصت المادة (٢٣) بأنه: «إذا غاب الولي الأقرب ورأي القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه».

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٢): «إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإن تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي».

ب) مذهب المالكية: إذا غاب الولي وكان له وكيل مفوض تولى الوكيل الزواج، وإن لم يكن له وكيل فيفرق بين الولي المجبر – وقد تقدم معناه – وبين الولي غير المجبر.

١ – فإن كان الولي مجبراً، بأن كانت المرأة صغيرة، فينظر:

- إن كانت الغيبة قريبة والمسافة بين الولي وبينها أقل من ثلاثة أشهر، فإنها لا تزوج حتى يعود، إذا كانت تجد نفقة كافية ولا يخاف عليها الفساد.
  ولو زوجت قبل عودته بدون إذنه وقع الزواج باطلاً، ووجب فسخه.
  أما إذا كانت لا تجد نفقة كافية أو خشي عليها الفساد فللقاضي تزويجها بالغة كانت أو غير بالغة.
- وإن كانت الغيبة بعيدة، والمسافة ثلاثة أشهر وقدرها بعضهم بالسفر من مصر للأندلس، فإن كان يرجى قدومه في كل وقت، فإنها لا تزوج حتى يعود ما دامت تجد النفقة ولا يخشى عليها الفساد، وإن كان لا يرجى قدومه فللقاضي دون غيره تزويجها.
- وقيل للقاضي أن يزوجها مطلقاً وإن كانت نفقتها جارية وإن لم يخف عليها.
- وقيل لا تزوج إلا إن استوطن ذلك البلد البعيد.
- وقيل لا تزوج حتى يستوطن وتطول إقامته كعشرين سنة.

(١) شرح الأحكام الشرعية (١/ ١٢٩).

- وقيل لا تزوج أبداً.

وهذه أقوال عند المالكية، والمشهور هو الذي نقلناه أولاً من التفصيل.

٢ - إذا كان الولي غير مجبر:

فإن غيبته غير بعيدة، وضبطت بأقل من ثلاثة أيام أرسل إليه القاضي وأمره بالحضور أو توكيل أحد عنه، فإن لم يحضر ولم يوكل أحداً زوجها الأبعد لا الحاكم.

وإن كان بين البلدين ثلاثة أيام أو أكثر فللقاضي أن يزوجها باعتباره وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهية لاقتنائه على القاضي[١].

جـ) مذهب الشافعية: إذا غاب الولي القريب مسافة القصر - وهي مرحلتان - ولم يكن له ولي في البلد زوج الحاكم، فإن كان له ولي قريب فوكيله مقدم على الحاكم.

وإذا كان الولي الغائب قريباً أي دون مسافة القصر، فإن الحاكم حينئذ لا يزوج إلا بعد استئذانه؛ لأنه حينئذ كالمقيم بالبلد، فإن تعذر استئذانه كان للحاكم أن يزوج حينئذ.

وللشافعية قول آخر وهو أن الحاكم يلي التزويج ولو كان الولي غائباً بمسافة قريبة - دون مسافة القصر - لئلا تتضرر المرأة بفوات الكفء الراغب[٢].

وإذا ادعت المرأة غيبة وليها وأنها خالية من موانع النكاح، فإنها تصدق ويزوجها الحاكم حينئذ، لكن يستحب له أن يطلب منها بينة بذلك، فإن لم تجد حلفها ندباً، فإن لم تأت بالبينة ولا حلفت وألجت مع ذلك في طلب التزويج بلا بينة ولا يمين فإنها تجاب على الأوجه، كما ذكره الشهاب ابن حجر الهيتمي، وإن كان رأي القاضي تأخير زواجها لما يترتب على عدم الإجابة من المفاسد، لكن مال الشمس محمد الرملي إلى أن القاضي إذا رأى تأخير زواجها فإن له ذلك احتياطاً للأنكحة[٣].

---

(١) انظر: تفصيل ما تقدم من مذهب المالكية في: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦٨)، تهذيب المدونة للبرادعي (٢/١٤٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤١٧)، التوضيح لخليل (٣/ ١٥٤)، الكافي لابن عبدالبر (٢/٦٧٣)، الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص٩٧)، نظرية الولاية لنزيه حماد (ص٨٥).

(٢) نهاية المحتاج (٦/٢٤٢)، مغني المحتاج (٤/١٢٥)، روضة الطالبين (٤/٧٠٧).

(٣) تحفة المحتاج (٧/٣٠٥)، نهاية المحتاج (٦/٢٤٢)، الثغر البسام (ص١٢).

ويندب للقاضي إذا غاب الولي الأقرب وأراد تزويج المرأة أن يستأذن الولي الأبعد، أو يأذن القاضي للولي الأبعد ليعقد هو؛ خروجاً من الخلاف في هذه المسألة[١].

٣ – فقد الولي:

وهذا هو السبب الثالث في انتقال ولاية التزويج للقاضي، فإذا فقد الولي بحيث لا تعلم وفاته ولا حياته، فإن الحاكم يزوج نيابة عنه[٢].

وقد مر عن الحنابلة أنهم ألحقوا الفقد في الغيبة في الحكم، وأن الولاية تنتقل فيه إلى الأبعد لا إلى القاضي[٣].

وكذلك الحكم عند المالكية – في قول – فإن الولاية تنتقل عند فقد الولي الأقرب وهو الولي المجبر إلى الأقرب، فالأقرب من الأولياء دون الحاكم؛ لأن الفقد بمثابة الموت، والولاية تنتقل بالموت إلى الأقرب، ولا كلام للحاكم مع وجود الأولياء، ولكن نقل الصاوي بأن حكم الفقد هو حكم الغيبة البعيدة، فيزوج فيها الحاكم، وهو ما صوبه بعض الموثقين، وقال الصاوي: أي فرق بين الفقد والأسر وبعد الغيبة، فهو إذا موافق لما تقدم عن الشافعية[٤].

وقيد الشافعية الحكم السابق بكون الفقد لم ينته إلى مدة يحكم فيها بموته فقالوا: يزوج الحاكم إلى أن تمضي مدة يغلب على الظن عدم حياته إليها، فحينئذ يجتهد القاضي في ذلك فإن حكم بموته، فإن الولاية حينئذ تنتقل إلى الأبعد فيزوج دون القاضي لأنه صار الولي القريب، فلا يزوج السلطان مع وجوده[٥].

٤ – حبس الولي:

هذا هو السبب الرابع من أسباب انتقال الولاية إلى القاضي وهو قريب جداً من السببين السابقين، ولذلك ألحقه المالكية والحنابلة بهما في الحكم على نحو ما تقدم، وفصله عنهما كثير من الشافعية فأفردوه في الذكر وإن كان الحكم فيه وفيما قبله واحداً عندهم، وهو أن السلطان أو نائبه يزوجان في هذه الحالة نيابة عن الولي المحبوس.

---

(١) مشكاة المصباح (ص٣٣٢)، روضة الطالبين (٤/٧٠٨).
(٢) الثغر البسام (ص١٠-١١)، المشكاة (ص٣٣٥)، زيتونة الإلقاح (ص١٥٩).
(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨).
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٦٤).
(٥) الثغر البسام (ص١٠-١١)، المفتاح مع شرحه (ص٣٨).

وضبط الشافعية الحبس بحيث لا يصل إليه أحد إلا السجان، أما إذا لم يمنع من الوصول إليه في الحبس فإنه يباشر عقد النكاح بنفسه ولا تنتقل الولاية إلى غيره فضلاً عن انتقالها إلى السلطان[١].

٥ – تواري الولي القريب:

وهذه الصورة الخامسة مما تنقل الولاية فيه للسلطان، وهي أيضاً مما أفرده الشافعية، وهو مماثل في الحكم لما سبق، وقريب في المعنى أيضاً منه، وذلك أن الولي القادر المستجمع لشرائط الولاية إذا توارى واختفى ولم يقدر عليه مع وجوده بصفة الكمال زوج الحاكم نيابة عنه، ولا تنتقل الولاية بتواريه إلى الأبعد وفيه أيضاً قرب من صورة العضل الآتية[٢].

٦ – العضل:

وهذه هي الصورة السادسة مما تنقل الولاية فيه إلى السلطان حسب التفصيل الآتي:

تعريف العضل: هو الامتناع من التزويج[٣].

وعرفه الحنابلة بأنه: منع المرأة من كفء رضيته، ورغب فيها بما صح مهراً[٤].

وإيضاح معناه أن يمتنع الولي وإن كان مجبراً من تزويج البالغة العاقلة إذا دعته إلى تزويجها من كفء، ولو كان بمهر دون مهر المثل، وإن قال: لا أزوج إلا من هو أكفأ منه، أو أنه – أي الكفء – أخوها من الرضاع أو حلف بالطلاق أنه لا يزوجها فلا نظر لمثل هذه الأمور، بل يعتبر عاضلاً[٥].

شرط العضل: ذكر الشافعية شروطاً للعضل نذكرها على النحو التالي:

١ – أن تدعو المرأة إلى الزواج وتطلبه من الولي.

٢ – أن يكون الزوج الذي طلب الزواج به كفأً.

٣ – أن تكون المرأة بالغة.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٦٤)، مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨)، الثغر البسام (ص١٦)، زيتونة الإلقاح (ص١٦٠)، تحفة المحتاج (٧/٣٠٥).

(٢) زيتونة الإلقاح (ص١٦١)، الثغر البسام (ص١٧).

(٣) مغني المحتاج (٤/٢٥٢)، التوضيح لخليل من إسحاق (٣/١٤١).

(٤) مطالب أولي النهى (٧/٦٨).

(٥) مغني المحتاج (٤/١١٦)، نهاية المحتاج (٦/٢٣٤).

٤ – أن تكون المرأة عاقلة.

٥ – أن يكون من دعت إليه معيناً لا مبهماً[١].

ومما يتصل بالشرط الثاني وهو الكفاءة أن المرأة إذا دعته إلى غير كفء فإن الولي لا تلزمه الإجابة؛ لأن له حقاً في الكفاءة، ويؤخذ من ذلك أنها لو دعته إلى عنين أو مجبوب لزمه إجابتها، فإن امتنع كان عاضلاً، إذ لاحق له في التمتع، بخلاف ما إذا دعته إلى أجذم أو أبرص أو مجنون، فلا تلزمه الإجابة؛ لأنه يعير بذلك.

وليس له الامتناع من التزويج لنقص المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت المرأة بذلك؛ لأن المهر محض حق لها.

وإن دعت إلى كفء ودعي إلى غيره، فلا تلزمه الإجابة، وقيل تجاب هي لإعفافها واختاره السبكي وغيره[٢].

وشرط الحنفية لثبوت عضل الصغيرة أن يكون الزوج كفأ لها وأن يكون بمهر مثلها[٣].

وأما المالكية فاشترطوا لتحققه في البكر أن يتحقق برد خاطب أو خاطبين فيقول له الحاكم، إما أن تزوجها أو زوجناها عليك، لقول النبي –ﷺ–: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٤].

ثبوت العضل: يثبت العضل بالأمرين التاليين:

١ – امتناع الولي من التزويج.

٢ – سكوته بحضرة الحاكم بعد أمره به والخاطب والمرأة حاضران.

ومعلوم أنه لابد من حصوله بين يدي القاضي أو إقامة البينة عليه[٥].

أثر العضل:

العضل محرم، ويأثم العاضل؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[٦]. ويترتب عليه الأمران التاليان:

---

(١) المفتاح مع شرحه (ص٤٠)، المشكاة لبا مخرمة (ص٣٣٣)، زيتونة الإلقاح (ص١٥٩).

(٢) مغني المحتاج (٤/١١٦)، فتح الرحمن شرح الزبد (١/٣٣٢)، النهاية (٦/٢٣٤).

(٣) رواه ابن ماجه (ص٢٣٤١)، والطبراني في الكبير (١١٥٧٦)، وأبو يعلى (٢٥٢٠)، وانظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٤١٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

(٤) نهاية المحتاج (٦/٢٣٤)، المفتاح مع شرحه (ص٤٠).

(٥) نهاية المحتاج (٦/٢٣٤)، المفتاح مع شرحه (ص٤٠).

(٦) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

١ – فسق الولي إن تكرر هذا العضل منه، وضبطه الشافعية بثلاث مرات، فإذا تكرر منه العضل – بتعريفه المار – ثلاث مرات فهو مفسق، وذلك بملاحظة عدم غلبة طاعاته معاصيه، كما هو مقرر في شرط العدالة، ولهذا أثر في انتقال الولاية، فإن حكم بالفسق فإن الولاية تنتقل عندهم للأبعد لا إلى السلطان كما سيأتي[١].

٢ – انتقال الولاية، وقد اختلف الفقهاء في انتقال الولاية بسبب العضل على النحو التالي:

أ) ذهب الحنفية في المعتمد عندهم والشافعية والمالكية إلى أن العضل يتسبب في نقل الولاية إلى السلطان أو نائبه وهو القاضي، ولا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد.

وإنما يزوج القاضي في هذه الصورة؛ لأن النكاح حق الولي، فإذا امتنع من وفائه وفاه الحاكم نيابة عنه.

ففي العضل ظلم المولية، والعاضل ظالم بالامتناع عن التزويج، فقام السلطان أو نائبه وهو القاضي، مقامه في رفع الظلم الواقع عن المولية[٢].

وقد نص قانون الأحكام الشخصية الكويتي في المبحث الثاني «الولاية في الزواج» مادة (٣١)، على التالي: «إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا».

ب) ذهب الحنابلة إلى أن العضل يتسبب في نقل الولاية للأبعد ولا يزوج القاضي، إلا إذا عضل الأولياء جميعاً، أما إذا زوج مع وجود الولي، فالعقد غير صحيح، وقد ذهب إلى هذا الشافعية إذا وجد مقتضى الفسق في الولي، وهو تكرر العضل منه ثلاث مرات، فحينئذ يحكم بفسقه وتنتقل الولاية للأبعد[٣].

وإلى هذا الاتجاه مال قانون الأحوال الشخصية القطري، حيث نصت المادة (٣١) منه على التالي: «يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد، إذا:

---

(١) نهاية المحتاج (٦/٢٣٤)، مغني المحتاج (٤/١١٣)، مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨).

(٢) الدر المختار (٤/١٩١)، مجمع الأنهر (١/٤٠٥)، التجريد للقدوري (٩/٤٣٣٥)، المادة (٤١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مغني المحتاج (٤/١١٣)، نهاية المحتاج (٦/٢٣٤)، التوضيح لخليل بن إسحاق (٣/١٤١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٦٦).

(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨)، هداية الراغب (ص٤٥٥)، نهاية المحتاج (٦/٢٣٤)، مغني المحتاج (٤/١١٣).

أ – عضل الولي المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا.

ب – غاب الولي الأقرب وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج.

٧ – تعزز الولي:

وهذا السبب قريب جداً من معنى العضل وله حكم العضل، وقد أفرده بعض الشافعية بالذكر، فإذا تعزز الولي القريب عن مباشرة العقد، فإن تيسر إحضاره مجلس القاضي فإنه يُحضر ويأمره القاضي بالتزويج، فإن زوج وإلا فهو عاضل وحكمه ما تقدم، وإن لم يتيسر إحضاره مجلس القاضي أقيمت البينة عليه فإذا قامت زوج القاضي على ما تقدم من الخلاف[١].

٨ – إذا أراد القريب نكاح موليته، كأن رغب في الزواج من ابنة عمه مثلاً:

فإن كان في درجته ابن عم آخر زوجه لاشتراكه في الولاية، وإن لم يكن ثم من في درجته زوجه القاضي بالولاية العامة، ولا يزوجه الأبعد لحجبه به[٢].

٩ – إحرام الولي:

وهو من الأسباب التي ذكرها الشافعية، فإذا أحرم الولي القريب بحج أو عمرة، فتنتقل الولاية إلى الحاكم دون البعيد، لبقاء رشد القريب المحرم ونظره، وإنما منع من العقد تحريماً لما هو ملابس له من الإحرام بالنسك، فتأثير الإحرام يمنع الانعقاد للزواج مع بقاء الولاية.

ولو أحرم القاضي فلنوابه تزويج من في ولايته، بخلاف الولي إذا أحرم، فليس لوكيله أن يزوج بمقتضى الوكالة قبل التحللين، لأن الموكل لا يملك ذلك فالوكيل كذلك من باب أولى[٣].

١٠ – تزويج المجنونة البالغة:

وقد ذهب الحنفية إلى أن وليها الابن دون الأب[٤]. وذهب الشافعية إلى أن القاضي يزوجها عند فقد الأب والجد، وإنما يكون ذلك بسبب الحاجة، لا للمصلحة،

---

(١) انظر: الثغر البسام للكردي (ص١٨)، زيتونة الألقاح لبا سودان (ص١٦٠).

(٢) انظر: الثغر البسام (ص١٤).

(٣) مشكاة المصباح (ص٣٣٥)، مغني المحتاج (١٢٣/٤)، تحفة المحتاج (٣٠١/٧)، زيتونة الألقاح (ص١٦٠).

(٤) البحر الرائق (١٣٦/٣)، وانظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مادة (٣٤).

والفرق أن المصلحة هي المتعلقة بالنفقة، فإن وجد من ينفق عليها فلا تزوج بداعي النفقة، وإنما تزوج إذا ظهرت الحاجة للزواج بالقرائن.

ويستقل القاضي بتزويجها دون بقية الأولياء الأباعد إذا فقد الأب والجد، ويستحب له مع ذلك أن يستأذن أقاربها تطييباً لخواطرهم.

وإنما استقل القاضي بذلك لأن تزويجها يحتاج إلى نظر واجتهاد وهو ألصق به، وثمة قول آخر أن الولي القريب بعد الأب والجد يزوجها بإذن السلطان أو القاضي(١).

١١ – تشاجر الأولياء:

إذا كان الأولياء في درجة واحدة، وقصد كلٌّ التزويج وقد أذنت لهم في تزويجها، فإن أقدم أحدهم فزوجها صح تزويجه، وإن تنازعوا فإنها ترفع أمرها إلى القاضي فيزوجها، وقيل بل ينظر الحاكم في ذلك ويرده إلى من يعقده من هؤلاء الأولياء ولا يباشر العقد بنفسه وهو ما اعتمده المالكية(٢).

وقد نصت المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على الرجوع إلى القاضي في حال اختلاف الأولياء، حيث تقول: «إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا».

هل يزوج القاضي بالولاية العامة أو بالنيابة الشرعية عن الولي؟

ناقش الفقهاء هذه المسألة، ويدل على كل اتجاه عدد من النصوص، وذكر الشافعية الآثار المترتبة على هذا الخلاف:

أ – ضمن ذلك لو أراد القاضي نكاح من غاب عنها وليها، فإن قلنا إنه يزوج بالولاية العامة زوجها أحد نوابه، أو قاض آخر، أو بالنيابة لم يجز ذلك.

ب – لو كان للفتاة وليان والأقرب غائب، فإن قلنا بالولاية قدم على القاضي الولي الحاضر، أو بالنيابة الشرعية عن الولي قدم القاضي.

واعتمد الشافعية أن القاضي يزوج بالنيابة الشرعية التي تقتضيها الولاية العامة،

---

(١) الثغر البسام (ص٢١)، مشكاة المصباح (ص٣٣٦)، زيتونة الإلقاح (ص١٦٣)، روضة الطالبين (٤/٧٣٢).

(٢) الجوهرة النيرة (٢/٩)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مادة (٤٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٧٣)، التوضيح (٣/١٤٤)، الكافي لابن عبدالبر (١/ ٦٧٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٢٦)، الثغر البسام (ص٢٢)، تحفة المحتاج (٧/٢٦٨).

وهذا هو الأوجه في هذه المسألة، وقد صُرح في الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مادة (٤١) المتعلقة بالعضل على أن القاضي يزوج بالنيابة عن العاضل[١].

آداب متعلقة بتزويج القاضي:

ينبغي للقاضي أن لا يقدم على التزويج في الأحوال السابقة حتى يبحث عن شروط صحة النكاح من الخلو عن الموانع، كالنكاح والعدة، وكذلك ينبغي له أن يبحث عن غيبة الولي، فإذا تبين له حصول ذلك بالشهادة المقبولة المعتبرة زوَّج المرأة وإلا ترك التزويج احتياطاً حتى يستوثق من هذه الأمور.

وإن علم القاضي أنها كانت مزوجة من شخص معين اشترط لصحة تزويجها إثبات فرقتها منه قبل تزويجها مَنْ تدعو إلى الزواج منه[٢].

خاتمة بأهم نتائج البحث:

١ – الولي من أركان النكاح في الفقه الإسلامي، ولا تتولى المرأة البالغة هذه الولاية عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية.

٢ – تنقسم الولاية إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وتنقسم المتعدية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.

٣ – ذهب القانون الكويتي للأحوال الشخصية إلى رأي متوسط في الولاية على المرأة، حيث ربط الولاية عليها ببلوغ سن الخامسة والعشرين، ثم لها حق النظر في أمرها ولكن دون مباشرة العقد بنفسها، وهو قريب من رأي الجمهور.

٤ – للولاية أسباب أهمها القرابة، والإمامة (أي تولي القاضي).

٥ – تنتقل الولاية للقاضي بأسباب عديدة أهمها: غيبة الولي، وعضله.

٦ – اختلف الفقهاء وكذلك القوانين للأحوال الشخصية في بعض هذه الأسباب كالغيبة والعضل، هل تنقل الولاية للولي الأبعد أو للقاضي.

٧ – يزوج القاضي في المسائل المتقدمة بالنيابة الشرعية عن الولي القريب.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١١٣/٤)، نهاية المحتاج (٢٣٥/٦)، تحفة المحتاج (٢٥٩/٧)، زيتونة الإلقاح (ص١٦٦)، مشكاة المصباح (ص٣٣٩).

(٢) انظر: مشكاة المصباح مع حاشيته المسماة النقول الصحاح (ص٣١٥)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٠٥)، التوضيح لخليل أبي إسحاق (١٤٢/٣).

فهرس المراجع والمصادر

١ – الاختيار لتعليل المختار، للإمام عبد الله بن محمود الموصلي، ت٦٨٣هـ، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت.

٢ – الإقناع فـي حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني (٩٧٧هـ). بيروت: دار الفكر. (١٤١٥هـ).

٣ – أنيس الفقهاء، للتهانوي ط. مكتبة الرشد – الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص٨٤٦)، ط. دار الضياء – الكويت.

٤ – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ت٥٨٧هـ، ط. الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥ – تحفة المحتاج. لعمر بن أحمد بن الملقن (٨٠٤هـ). تحقيق عبدالله بن سعاف اللحياني. دار حراء – مكة المكرمة. الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ).

٦ – التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، ت٨١٦هـ، ط. الثالثة، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، دارالكتب العلمية، بيروت.

٧ – التوضيح في شرح التنقيح. تأليف: أحمد بن خلف بن حلولو القروي المغربي المالكي (٨٩٥هـ). المطبعة التونسية – تونس (١٣٣٨هـ).

٨ – التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، تأليف: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور (ت١٣٩٣هـ). مطبعة – تونس، الطبعة الأولى (١٣٤١هـ).

٩ – الثغر البسام عن معانـي الصور التي يزوج فيها الحكام، لمحمد بن سليمان الكردي، مخطوط.

١٠– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ت١٢٣٠هـ، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.

١١– حاشية الصاوي على الشرح الصغير – أحمد الصاوي ت:١٢٤١هـ – دار المعارف – مصر مطبوعة بهامش الشرح الصغير.

١٢– حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين– الشهير بابن عابدين، ت١٢٥٢هـ، ط. الثانية، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

١٣– سنن أبي داود. لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي، تحقيق محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر – بيروت.

١٤- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٥- السنن الكبرى، للنسائي أحمد بن شعيب أبي عبدالرحمن النسائي، تحقيق الدكتور/ عبدالغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت.

١٦- سنن النسائي، للإمام أحمد بن شعيب النسائي، ت٣٠٣هـ، ط. الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، حققه مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دارالمعرفة، بيروت.

١٧- شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي - المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١هـ، ط. الثالثة، دار الفكر، بيروت.

١٨- صحيح ابن حبان، لمحمد بن حبان بن أبي حاتم البستي (ت٣٥٤هـ). تحقيق شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).

١٩- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبي عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق الدكتور مصطفى أديب البغا، دار ابن كثير - اليمامة، الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).

٢٠- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢١- عقد الجواهر الثمينة في مذاهب عالم المدينة: عبدالله بن محمد بن شاش، تحقيق: محمد أبو الأجفان، وعبدالحفيظ منصور، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٥م.

٢٢- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، للإمام محمد بن علي الشوكاني، ت١٢٥٠هـ، ط. الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، دار الخير، بيروت.

٢٣- الكافي، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت٦٣٠هـ، ط. الخامسة، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، تحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي.

٢٤- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، للإمام جار الله محمود بن عمر الزمخشري، ت ٥٣٨هـ، دار المعرفة، بيروت.

٢٥- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الطبعة الأولى، لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني. تحقيق علي عبد الحميد بلطجي - محمد وهبي سليمان. دمشق: دار الخير. (١٩٩٤هـ).

٢٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، دون تاريخ.

٢٧- المسند، لأبي يعلى الموصلي (ت٣٠٧هـ)، تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

٢٨- المسند، للإمام أحمد بن حنبل أبي عبدالله الشيباني، (ت٢٤١هـ)، مؤسسة قرطبة - مصر.

٢٩- مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت.

٣٠- المصنف، لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، (ت٢٣٥هـ). تحقيق كمال يوسف الحوت. مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ).

٣١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: العلامة مصطفى السيوطي الرحيباني (١١٦٥-١٢٤٣هـ) طبع على نفقة الشيخ علي بن عبد الله بن قاسم آل ثاني، الطبعة الثالثة (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م).

٣٢- المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني، تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م).

٣٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، للشيخ محمد بن محمد الشربيني، ت٩٧٧هـ، دار الفكر، بيروت.

٣٤- المغني في الضعفاء، للإمام شمس الدين الذهبي (ت٧٤٨هـ). تحقيق نور الدين عتر.

٣٥- الموطأ، للإمام مالك بن أنس أبي عبدالله الأصبحي (ت١٧٩هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر. د.ت.

٣٦- نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية: لنزيه حماد، دار القلم - بيروت - ط. ١٩٩٤م.

٣٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس الرملي، ت١٠٠٤هـ، ط. الأخيرة، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، دار الفكر، بيروت.

٣٨- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تأليف: عثمان أحمد النجدي الحنبلي (ت١٠٩٧هـ). تحقيق حسنين محمد مخلوف. دار الصابوني - سوريا. الطبعة الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٧م).