

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 فتنقل 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 الكفاءة 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 ونبيينا 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 أقر 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 الوَلَّى وهو القرب والدنو، يقال: وليه ولياً، أي دنا منه، وأوليته إياه، أي أدنيته منه، وتباعداً بعد ولي، وتولى فلاناً، أي اتخذه ولياً.

والولي فعيل، بمعنى فاعل من وليه إذا قام به، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾^(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 عبد السلام 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 واصله»^(٦).

والمقصود هنا الولي في النكاح الذي يحصل منه إما بنفسه أو بوكيله العقد للنكاح^(٧).

(١) سورة البقرة، الآية (٢٥٧).

(٢) أنيس الفقهاء، للتهانوي (ص ١٤٤)، ط. مكتبة الرشد - الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص ٨٤٦)، ط. دار الضياء - الكويت. التوفيق على مهمات التعاريف للمناوي (ص ٧٣٤)، ط. دار الفكر، التعريفات للجرجاني (ص ٢٥٤).

(٣) أنيس الفقهاء (ص ١٤٤).

(٤) تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب (ص ٨٤٦).

(٥) التوفيق على مهمات التعاريف (ص ٧٣٤).

(٦) التوفيق على مهمات التعاريف (ص ٧٣٤).

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

المبحث الأول

اشتراط الولي في صحة عقد النكاح

نعرض في هذا المبحث لأختلاف الفقهاء في كون الولي ركنًا من أركان النكاح أو شرطًا في صحته أو شرطًا في جوازه ونفذه.

وقد اشتهر الخلاف في جواز تولي المرأة عقد النكاح.

وفيما يلي إيضاح ذلك، فنقول:

المعتمد عند المالكية والشافعية: أن الولي ركن من أركان عقد النكاح، فلا يصح النكاح بدون الولي بشرطه المعتمدة، فالولي عندهم من أركان عقد النكاح التي لا يتحقق وجوده إلا بها، والمُراد بالولي من له ولاية ولو تولّى العقد غيره بإذنه، وعده الحنابلة شرطًا في صحة النكاح.

ولا يصح عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة تولي عقد النكاح من أنثى، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه، ولا غيرها لا بولاية ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح لا بولاية ولا بوكالة^(١).

فلو زوجت امرأة نفسها، أو زوجت غيرها كبنتها وأختها، أو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها، لم يصح النكاح في الصور الثلاث.

واستدل الجمهور على ذلك بعدة أدلة:

الأول: حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا نكاح إلا بولي"^(٢).

وجه الاستدلال: أن النفي هنا للحقيقة الشرعية بدليل ما ورد عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله: "أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل،

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

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

فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ" (١).

ولا يُقالُ يُمكنُ حُملُ النِّفْيِ فِي قَوْلِهِ: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ " عَلَى نَفْيِ الْكَمَالِ - كما سيأتي عند الحنفية -، لِأَنَّ كَلَامَ الشَّارِعِ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَقَائِقِ الشَّرْعِيَّةِ، أَيْ لَا نِكَاحَ مُوجُودٌ فِي الشَّرْعِ إِلَّا بِوَلِيِّ.

الدليل الثاني من المعقول: إِنَّ النِّكَاحَ لَا يَصِحُّ بِدُونِ وَلِيِّ لِعَدَمِ وُجُودِ شَرْطِهِ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ غَيْرَ مَأْمُونَةٍ عَلَى الْبُضْعِ لِنَقْصِ عَقْلِهَا وَسُرْعَةِ انْخِذَاعِهَا، فَلَمْ يَجَزُ تَفْوِضُهَا إِلَيْهَا كَالْمَبْدَرِ فِي الْمَالِ، وَلَمْ يَصِحَّ أَنْ تُوكَّلَ فِيهِ وَلَا أَنْ تَتَوَكَّلَ فِيهِ، وَرَوَى هَذَا عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (٢).

وقال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةً نَفْسَهَا أَيْ لَا تَمْلِكُ مُبَاشَرَةً ذَلِكَ بِحَالٍ لَا بِإِذْنٍ وَلَا بِغَيْرِهِ سَوَاءً الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ؛ إِذْ لَا يَلِيقُ بِمَحَاسِنِ الْعَادَاتِ دُخُولُهَا فِيهِ لِمَا قُصِدَ مِنْهَا مِنَ الْخِيَاءِ وَعَدَمِ ذِكْرِهِ أَصْلًا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (٣). قال الشافعي رضي الله عنه: وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (٤) أَصْرَحُ دَلِيلٍ عَلَى اغْتِبَارِ الْوَلِيِّ وَإِلَّا لَمَا كَانَ لِعَضْلِهِ مَعْنَى، وَلِخَبَرِ: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ "، وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ خَبَرٌ: " لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا " وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ (٥).

إِلَّا أَنْ الْوَطْءَ فِي نِكَاحٍ بِشُهُودٍ بِلَا وَلِيِّ كَتَرُويجِهَا نَفْسَهَا، يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ لِفَسَادِ النِّكَاحِ وَلِلْخَبَرِ الْمَتَقَدِّمِ: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ثَلَاثًا، 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 ٣/٣٩٨، كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠٢، وابن ماجه ١/٦٠٥، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٧٩، وابن حبان في صحيحه ٩/٣٨٤-الإحسان رقم ٤٠٧٤، والحاكم في المستدرک ٢/١٦٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/١٠٥، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، والبغوي في شرح السنة ٥/٣٣، من حديث عائشة، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وصححه ابن حبان.

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

(٣) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

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

بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا.."، وَلَا يُوجِبُ الْوُطْءُ فِي النِّكَاحِ الْمَذْكُورِ الْحَدَّ سِوَاءَ أَصَدَرَ مِمَّنْ يَغْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ أَمْ لَا لِشُبْهَةِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، كَمَا سَيَأْتِي عِنْدَ ذِكْرِ رَأْيِ الْحَنَفِيَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ، لَكِنْ يُعَزَّزُ مُغْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ لِارْتِكَابِهِ مُحَرَّمًا^(١).
وقد نص الحنابلة على أن الحاكم لو حَكَمَ بِصِحَّةِ هذا النكاح فإن هذا الحكم لم يُنْقَضْ، وذلك مراعاة لمن قال به وهو الحنفية^(٢).

وأما مذهب الحنفية فقد ذكروا فيه رَوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ:
الأولى: تَجُوزُ مُبَاشَرَةُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ عَقْدَ نِكَاحِهَا وَنِكَاحَ غَيْرِهَا مُطْلَقًا - أَيُّ مِنْ كُفٍّ أَوْ مِنْ غَيْرِ كُفٍّ - إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الْمُسْتَحَبِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ عِنْدَهُمْ.
ودليل الإمام أبي حنيفة على ظاهر المذهب هو الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسَّنَةُ وَالِاسْتِدْلَالُ:

أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾^(٣)، وجه الاستدلال: أَنَّ آيَةَ الشَّرِيفَةِ نَصٌّ عَلَى انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهَا فَكَانَتْ حُجَّةً.

وقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرْجِعَا﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أَنَّهُ تَعَالَى أَضَافَ النِّكَاحَ فِي قَوْلِهِ ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ إِلَيْهَا فَيَقْتَضِي تَصَوُّرَ النِّكَاحِ مِنْهَا، وَأَضَافَهُ إِلَى الزَّوْجَيْنِ فِي قَوْلِهِ ﴿أَنْ يَرْجِعَا﴾، أَيُّ يَنْتَاحَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْوَلِيِّ.

وقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْصِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(٥).

وَالِاسْتِدْلَالُ 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، كشف القناع ٤٨/٥.

(٣) سورة الأحزاب، الآية (٥٠).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

وَالثَّانِي: أَنَّهُ نَهَى الْأَوْلِيَاءَ عَنِ الْمُنْعِ عَنْ نِكَاحِهِنَّ أَنْفُسَهُنَّ مِنْ أَرْوَاجِهِنَّ إِذَا تَرَاضَى الرُّوْجَانِ، وَالنَّهْيُ يَفْتَضِي 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 هذا قَطْعٌ لولاية الولي عنها.
وَوَرَدَ عَنْهُ أَيْضاً عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا"^(٢)،
وَالْأَيِّمُ اسْمٌ لَامْرَأَةٍ لَا زَوْجَ لَهَا.

وَأَمَّا الاستدلال بالقياس فَهُوَ أَنَّهَا لَمَّا بَلَغَتْ عَنْ عَقْلِ وَحُرِّيَّةٍ صَارَتْ وَلِيَّةً نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ فَلَا تَبْقَى مُوَلِّياً عَلَيْهَا كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا بَلَغَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ وِلَايَةَ الْإِنِّكَاحِ إِنَّمَا تَبَيَّنَتْ لِلْأَبِ عَلَى الصَّغِيرَةِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا شَرْعاً، لِكُونِ النِّكَاحِ تَصَرُّفاً نَافِعاً مُتَضَمِّناً مَصْلَحَةَ الدِّينِ وَالْدُّنْيَا، وَحَاجَتَهَا إِلَيْهِ خَالاً وَمَآلاً، وَكُونِهَا عَاجِزَةً عَنْ إِحْرَازِ ذَلِكَ بِنَفْسِهَا وَكُونِ الْأَبِ قَادِراً عَلَيْهِ، وَبِالْبُلُوغِ عَنْ عَقْلِ زَالِ الْعُجْزِ حَقِيقَةً وَقَدَرَتْ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهَا حَقِيقَةً، فَتَزُولُ وِلَايَةُ الْغَيْرِ عَنْهَا وَتَبَيَّنَتْ الْوِلَايَةُ لَهَا، لِأَنَّ النِّيَابَةَ الشَّرْعِيَّةَ إِنَّمَا تَتَّبْتُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ نَظراً فَتَزُولُ بِزَوَالِ الضَّرُورَةِ، وَإِذَا صَارَتْ وَلِيَّةً نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ لَا تَبْقَى مُوَلِّياً عَلَيْهَا بِالضَّرُورَةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِسْتِحَالَةِ.
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ: عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ أَنَّهُ إِنْ عَقَدْتُ مَعَ كُفٍّ جَارَ وَمَعَ غَيْرِهِ لَا يَصِحُّ^(٣).

وقد ناقش الحنفية أدلة الجمهور المارة:

أَمَّا حَدِيثُ "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ" وَحَسَنُهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَدِيثُ "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ" رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ، فَمُعَارِضٌ بِقَوْلِهِ "الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا" الَّذِي رَوَاهُ مُسْلِمٌ، وَالْأَيِّمُ مَنْ لَا زَوْجَ لَهَا بِكَرّاً أَوْ لَا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ إِلَّا مُبَاشَرَةُ الْعَقْدِ إِذَا رَضِيَتْ وَقَدْ جَعَلَهَا أَحَقَّ مِنْهُ بِهِ.
قال ابن عابدين: وَيَتَرَجَّحُ هَذَا بِقُوَّةِ السَّنَدِ وَالِاتِّفَاقِ عَلَى صِحَّتِهِ، بِخِلَافِ الْحَدِيثَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فَإِنَّهُمَا ضَعِيفَانِ أَوْ حَسَنَانِ.

(١) أخرجه أبو داود ٥٧٨/٢ - ٥٧٩، كتاب النكاح: باب في الثيب، حديث ٢١٠٠، والنسائي ٦/

٨٥، كتاب النكاح: باب استئذان البكر في نفسها، حديث ٣٢٦٣، وابن حبان ٣٩٩م، الإحسان، رقم ٤٠٨٩، والدارقطني ٢٣٩/٣، رقم ٦٦، والبيهقي ١١٨/٧.

(٢) رواه مسلم ١٠٢٧/٢، كتاب النكاح: باب استئذان الثيب في النكاح، حديث ١٤٢١/٦٧.

(٣) انظر ما سبق في فتح القدير للكمال ابن الهمام ١٥٧/٣، حاشية الدر المختار ٢/٣٩٥.

أَوْ يَجْمَعُ بِالتَّخْصِصِ، أَوْ بَأَنَّ النَّفْيَ لِلْكَمَالِ، أَوْ بَأَنَّ يُرَادَ بِالْوَلِيِّ مَنْ يَتَوَقَّفُ عَلَى
إِذْنِهِ، أَيْ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِمَنْ لَهُ وَلَايَةٌ لِيَنْفِي نِكَاحَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمَةِ وَالْمَعْتُوهِ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ،
وَالْمُرَادُ بِالْبَاطِلِ حَقِيقَتُهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ لَمْ يُصَحَّحْ مَا بَاشَرَتْهُ مِنْ غَيْرِ كُفٍّ، أَوْ حُكْمُهُ
عَلَى قَوْلٍ مَنْ يُصَحِّحُهُ أَيْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُبْطِلَهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ سَائِعٌ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ
وَيَجِبُ اذْتِكَابُهُ لِنَفْعِ الْمُعَارَضَةِ^(١).

المبحث الثاني

شروط صحة الولاية

وَشَرَطُ صِحَّةِ الْوَلِيِّ الَّذِي يَتَوَلَّى الْعَقْدَ لِلزَّوْجَةِ سِتَّةٌ: الذُّكُورَةُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ أُنْثَى.

والثاني: الْحُرِّيَّةُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ عَبْدٍ وَلَوْ بِشَائِبَةٍ.

والثالث: الْبُلُوغُ: فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنْ صَبِيٍّ.

والرابع: الْعَقْلُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ وَمَعْتُوهٍ وَسَكَرَانَ.

والخامس: الْإِسْلَامُ فِي الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَلَّى عَقْدَ نِكَاحِهَا كَافِرٌ وَلَوْ كَانَ أَبَاهَا، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١)، وَأَمَّا الْكَافِرَةُ الْكِتَابِيَّةُ فَيَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ فَيَجُوزُ لِأَبِيهَا الْكَافِرِ أَنْ يَفْقِدَ لَهَا عَلَيْهِ، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٢).

والسادس: الْخُلُوفُ مِنَ الْإِحْزَامِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، فَالْمُحْرِمُ بِأَحَدِهِمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ تَوَلَّى عَقْدَ النِّكَاحِ.

السابع: العدالة: فلا ينعقد بولي فاسق لقوله: " لا نكاح إلا بولي مرشد"، وخالف في ذلك الحنفية والمالكية، فلا تُشترطُ العدالة في الولي عندهم، إذ فسقُه لا يُخرِجُه عَنْ الْوِلَايَةِ، فَيَتَوَلَّى غَيْرُ الْعَدْلِ عَقْدَ نِكَاحِ ابْنَتِهِ أَوْ ابْنَةِ أَخِيهِ أَوْ مَعْتُوقَتِهِ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ لَهَا غَاصِبٌ نَسَبٍ، واختاره الغزالي من الشافعية إذا كانت الولاية ستنتقل إلى الحاكم الفاسق كما سيأتي^(٣).

إلا أن هذا الموضوع قد بحث فيه الحنفية في بعض صوره وهي إذا كان الفاسق متهتكاً موعلاً في الفسق، ولذا قال ابن عابدين: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْفُسْقَ وَإِنْ كَانَ لَا يُسْلِبُ الْأَهْلِيَّةَ عِنْدَنَا، لَكِنْ إِذَا كَانَ الْأَبُ مُتَهَتِّكًا لَا يَنْفَعُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِشَرَطِ الْمَصْلَحَةِ^(٤).

(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 أمة امرأة، ولو بأكثر من مهر مثلها، أو كانت هي غير كفاء 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 استئذائها؛ 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 خلاف بينهم،

(١) الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص ٨٨).

(٢) السابق (ص ٩٢).

(٣) الدر المختار (١٤٩/٤)، الاختيار لتعليل المختار (٧٢/٣)، خلاصة الدلائل (٦١٨/١)،

التجريد للقُدوري (٤٣٠١/٩)، نظرية الولاية، د. نزيه حماد (ص ٨١).

(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 والحنبلة، 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 تبشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها فإن امتنع أو لم يوجد فللقاضي 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 (ص ٨١)، الزواج وموجباته (ص ٩٤).

- 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 العصباء 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: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ 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 والحبس 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 عصبنة تنتقل ولاية النكاح للأم، ثم لأب، 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 لأب، ثم للأخت لأم، ثم لولد الأم، ثم لأولادهم، ثم لباقي نوي الأرحام العمات، ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولادهم بهذا الترتيب.

وقد خالف صاحبان 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 أبناءهم، ثم عم الأب فابنه، ثم عم الجد، وفي قول: يقدم الجد على الأخ وابنه^(٣).

(ج) 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 بالبنة، وإن قدم في الإرث^(٤).

(١) التوضيح لخليل ابن إسحاق (١١٣/٣)، مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف 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 (ص ٨٥)، الزواج وموجباته (ص ٩٣).

(٣) الثمر الدواني (٤٦٨/٢)، الكافي لابن عبد البر (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 وتعصياً، ثم الابن وابنه وإن نزل، فالأخ لأبوين كالميراث، ثم لأب فابن أخ لأبوين، فلأب، فعم، فابنه ثم بنوهما كذلك ثم أقرب عصة^(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 وتامم الخامسة والعشرين هو العصة بالنفس على ترتيب الإرث».

كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (٢١) أن «الولي في الزواج هو العصة 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 العصة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة».

(١) مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف 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 لحمّة؛ كحمّة 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 وقاضيه مجرى حكم الإمام والقاضي^(٥).
- وسنبسط الكلام على هذا السبب في المبحث القادم - إن شاء الله تعالى.

- (١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٧٩٩٠) (٤/٣٤١)، البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٢/١٠)، وصححه الحاكم وابن حبان (٤٩٢٩).
- (٢) ابن عابدين (٢٩٦/٢)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج (١٠٨/٤)، مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٣٥/٥).
- (٣) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وقال حديث حسن وابن ماجه (١٨٧٩)، وأحمد (٢٤٢٠٥)، من حديث عائشة رضي الله عنها.
- (٤) ابن عابدين (٢٩٦/٢)، الاختيار (٧٦/٣)، مجمع الأنهر (٤٠٤/١)، عقد الجواهر الثمينة (٤١٥/٢).
- (٥) مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٥٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٦/٤).

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 يخرج من 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 يزوجه 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 كفاء، ولذا قال النووي: ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجه السلطان بغير كفاء ففعل لم يصح.

قال الرملي شارحاً له: لو طلبت فلم يجبه القاضي، فهل لها أن تحكم عدلاً ليزوجه 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، (ص ٣-٤) مخطوط.

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

(٣) التوضيح لخليل بن إسحاق (١٤٢/٣)، عقد الجواهر الثمينة (١٧/٢).

(٤) الثغر البسام (ص ٧)، المفتاح لباب النكاح للسيد محمد بن سالم بن حفيظ مع شرحه للخطيب (ص ٣٨).

(٥) نهاية المحتاج (٢٥٥/٦).

وأيده الشهاب ابن حجر الهيتمي، وقال: هو الأقرب، ثم قال: ورأيت جمعاً متأخرين بحثوا أنها لو لم تجد كفواً 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 العصبه، فقالت: «الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتامم الخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس على ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبه 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 قذافي 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 عدت 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 المصابيح شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح لبأ مخرمة (ص١٥٧)، زيتونة الإلقاح في أحكام النكاح لبأسودان (ص١٥٦).
- (٢) انظر: فتح القدير (٢٨٧/٣)، الفتاوى الهندية (٤٤٨/٣).
- (٣) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (١/١٢٥).

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 أقرب 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 الأبعد 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)، كشف القناع (٥/٥٨)، هداية الراغب (ص ٤٥٥)، 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^(١).

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 المجر - وقد تقدم معناه - وبين الولي غير المجر.

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 يزوجه 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 يزوجه باعتباره وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهية لاقتنائه على القاضي^(١).

(ج) 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 ويزوجه الحاكم حينئذ، لكن يستحب له أن يطلب منها بيعة بذلك، فإن لم تجد حلفها ندباً، فإن لم تأت بالبيعة ولا حلفت وألجأت مع ذلك في طلب التزويج بلا بيعة ولا يمين فإنها تجاب على الأوجه، كما ذكره الشهاب ابن حجر الهيثمي، وإن كان رأي القاضي تأخير زواجها لما يترتب على عدم الإجابة من المفساد، 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 عبد البر (٢/٦٧٣)، الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص ٩٧)، نظرية الولاية لنزيه حماد (ص ٨٥).

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

(٣) تحفة المحتاج (٧/٣٠٥)، نهاية المحتاج (٦/٢٤٢)، الثغر البسام (ص ١٢).

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 المجرى 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 المؤرخين، 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 المصابيح (ص ٣٣٢)، روضة الطالبين (٤/٧٠٨).

(٢) الثغر البسام (ص ١٠-١١)، المشكاة (ص ٣٣٥)، زيتونة الإلحاق (ص ١٥٩).

(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشاف القناع (٥/٥٨).

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٦٤).

(٥) الثغر البسام (ص ١٠-١١)، المفتاح مع شرحه (ص ٣٨).

وضبط الشافعية الحبس بحيث لا يصل إليه أحد إلا السجنان، 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 - توارى الولي القريب:

وهذه الصورة الخامسة مما تنتقل الولاية فيه للسلطان، وهي أيضاً مما أقرده 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 تنتقل الولاية فيه إلى السلطان حسب التفصيل الآتي:

تعريف العضل: هو الامتناع من تزويج^(٣).

وعرفه الحنابلة بأنه: منع المرأة من كفاء رضىته، ورغب فيها بما صح مهر^(٤). وإيضاح معناه أن يمتنع الولي وإن كان مجبراً من تزويج البالغة العاقلة إذا دعت إلى تزويجها من كفاء، ولو كان بمهر دون مهر المثل، وإن قال: لا أزوج إلا من هو أكفاً منه، أو أنه - أي الكفاء - أخوها من الرضاع أو حلف بالطلاق أنه لا يزوجه 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 كفاً.

٣ - أن تكون المرأة بالغة.

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

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

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

(٤) مطالب أولي النهي (٦٨/٧).

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

٤ - أن تكون المرأة عاقلة.

٥ - أن يكون من دعت إليه معيناً لا مبهماً^(١).

ومما يتصل بالشرط الثاني وهو الكفاءة أن المرأة إذا دعت إلى غير كفاء فإن الولي لا تلزمه الإجابة؛ لأن له حقاً في الكفاءة، ويؤخذ من ذلك أنها لو دعت إلى عنين أو محبوب لزمه إجابته، فإن امتنع كان عاضلاً، إذ لاحق له في التمتع، بخلاف ما إذا دعت 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 كفاء ودعي إلى غيره، فلا تلزمه الإجابة، وقيل تجاب هي لإعافها واختاره السبكي وغيره^(٢).

وشرط الحنفية لثبوت عضل الصغيرة أن يكون الزوج كفاً لها وأن يكون بمهر مثلها^(٣).

وأما المالكية فاشتروا لتحقيقه 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 لا بد من حصوله بين يدي القاضي أو إقامة البينة عليه^(٥).

أثر العضل:

العضل محرم، ويأثم العاضل؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَجهُنَّ﴾^(٦). ويترتب عليه الأمران التاليان:

- (١) المفتاح مع شرحه (ص ٤٠)، المشكاة لبأ مخزمة (ص ٣٣٣)، زيتونة الإلقاح (ص ١٥٩).
- (٢) مغني المحتاج (١١٦/٤)، فتح الرحمن شرح الزبد (٣٣٢/١)، النهاية (٢٣٤/٦).
- (٣) رواه ابن ماجه (ص ٢٣٤١)، والطبراني في الكبير (١١٥٧٦)، وأبو يعلى (٢٥٢٠)، وانظر: عقد الجواهر الثمينة (٤١٦/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
- (٤) نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، المفتاح مع شرحه (ص ٤٠).
- (٥) نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، المفتاح مع شرحه (ص ٤٠).
- (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، والعاقل 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 (٢٣٤/٦)، مغني المحتاج (١١٣/٤)، مطالب أولي النهى (٦٨/٧)، كشف القناع (٥٨/٥).

(٢) الدر المختار (١٩١/٤)، مجمع الأنهر (٤٠٥/١)، التجريد للقدوري (٤٣٥/٩)، المادة (٤١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مغني المحتاج (١١٣/٤)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، التوضيح لخليل بن إسحاق (١٤١/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦٦).

(٣) مطالب أولي النهى (٦٨/٧)، كشف القناع (٥٨/٥)، هداية الراغب (ص ٤٥٥)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، مغني المحتاج (١١٣/٤).

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 أفردته بعض الشافعية بالذكر، فإذا تعزز الولي القريب عن مباشرة العقد، فإن تيسر إحضاره مجلس القاضي فإنه يحضر 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، فتنقل 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 التحليلين، 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 يزوجه عند فقد الأب والجد، وإنما يكون ذلك بسبب الحاجة، لا للمصلحة،

(١) انظر: الثغر البسام للكردى (ص١٨)، زيتونة الألقاح لبأ سودان (ص١٦٠).

(٢) انظر: الثغر البسام (ص١٤).

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

(٤) البحر الرائق (٣/١٣٦)، 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 الأبعد إذا فقد الأب والجدة، ويستحب له مع ذلك أن يستأذن أقاربها تطبيقاً لخواطريهم.

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

١١ - تشاجر الأولياء:

إذا كان الأولياء في درجة واحدة، وقصد كل 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 (ص ٢١)، مشكاة المصابيح (ص ٣٣٦)، زيتونة الإلفاح (ص ١٦٣)، روضة الطالبين (٧٣٢/٤).

(٢) الجوهرة النيرة (٩/٢)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مادة (٤٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٧٣/٢)، التوضيح (١٤٤/٣)، الكافي لابن عبد البر (١/٦٧٢)، عقد الجواهر الثمينة (٤٢٦/٢)، الثغر البسام (ص ٢٢)، تحفة المحتاج (٢٦٨/٧).

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 زَوْج 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 متعديّة، وتنقسم المتعديّة 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 المصابيح (ص٣٣٩).

(٢) انظر: مشكاة المصابيح 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 الموصللي، ت ٦٨٣هـ، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت.
- ٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشرييني (٩٧٧هـ). بيروت: دار الفكر. (١٤١٥هـ).
- ٣ - أنيس الفقهاء، للتهانوي ط. مكتبة الرشد - الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص ٨٤٦)، ط. دار الضياء - الكويت.
- ٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ت ٥٨٧هـ، ط. الثانية، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥ - تحفة المحتاج. لعمر بن أحمد بن الملقن (٨٠٤هـ). تحقيق عبدالله بن سعاد اللحياني. دار حراء - مكة المكرمة. الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ).
- ٦ - التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، ت ٨١٦هـ، 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 (ت ١٣٩٣هـ). مطبعة - تونس، الطبعة الأولى (١٣٤١هـ).
- ٩ - الثغر البسام عن معاني الصور التي يزوج فيها الحكام، لمحمد بن سليمان الكردي، مخطوط.
- ١٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ت ١٢٣٠هـ، 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، ت ١٢٥٢هـ، ط. الثانية، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.
- ١٣ - سنن أبي داود. لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، 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 عبد الرحمن النسائي، تحقيق الدكتور/ عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٦ - سنن النسائي، للإمام أحمد بن شعيب النسائي، ت ٣٠٣هـ، ط. الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، حققه مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دارالمعرفة، بيروت.
- ١٧ - شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي - المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١هـ، ط. الثالثة، دار الفكر، بيروت.
- ١٨ - صحيح ابن حبان، لمحمد بن حبان بن أبي حاتم البستي (ت ٣٥٤هـ). تحقيق شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- ١٩ - صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله 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 عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٢١ - عقد الجواهر الثمينة في مذاهب عالم المدينة: عبد الله بن محمد بن شاش، تحقيق: محمد أبو الأجفان، وعبد الحفيظ منصور، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٥م.
- ٢٢ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، للإمام محمد بن علي الشوكاني، ت ١٢٥٠هـ، ط. الأولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م، دار الخير، بيروت.
- ٢٣ - الكافي، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت ٦٣٠هـ، ط. الخامسة، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، تحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي.
- ٢٤ - الكشاف عن حقائق التنزيل وعلوم 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 عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر. دت.
- 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).

