

موضوع رقم (12) الولاية في الزواج

129- المقصود بالولاية :

الولاية هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

والولاية قسمان :

ولاية على النفس، وهي في الزواج، القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير توقف على إجازة أحد.

وولاية على المال، وهي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال، نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

والولاية على النفس تنقسم إلى نوعين :

ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

والولاية القاصرة هي قدرة الإنسان على إنشاء العقد لنفسه وتنفيذ أحكامه.

والولاية المتعدية هي قدرة الإنسان على إنشاء العقد لغيره.

والولاية المتعدية تنقسم إلى قسمين :

ولاية إجبار: وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرة أو ثيبا ومن يلحق بهما من الكبار غير كامل الأهلية.

وولاية ندب أو استحباب أو اختيار عند جمهور الحنفية - أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في ظاهر الرواية - وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا.

وولاية مشاركة عند جمهور الفقهاء وهي الولاية على الثيب العاقلة البالغة، وولاية إجبار عند الشافعية والمالكية وأحمد في رواية على البكر البالغة العاقلة.

وتتولى دراسة الولاية في الزواج بالتفصيل على النحو الآتي:

130- الولاية القاصرة على النفس :

الولاية القاصرة على النفس - كما ذكرنا سلفا - هي قدرة الإنسان على

إنشاء العقد لنفسه وتنفيذ أحكامه. ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الولاية على النفس للرجل البالغ العاقل، فله أن يزوج نفسه من يشاء، وزواجه نافذ، وليس لأحد أن يعترض عليه.

أما المرأة البالغة العاقلة، فقد اختلف في ولايتها في تزويج نفسها.

فذهب جمهور الأحناف - أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في ظاهر الرواية - إلى ثبوت الولاية لها في تزويج نفسها - سواء كانت بكرا أو ثيبا ويكون عقدها صحيحا، إلا أنه يستحب أن يقوم وليها بمباشرة العقد نيابة عنها، صونا لها عن التبذل إذا هي تولت العقد بمجلس الرجال، فذلك ما يخالف التقاليد المرعية ويعرض تصرف المرأة للاستتكار.

وليس لوليها العاصب الاعتراض على زواجها إلا في حالات معينة - سيرد ذكرها في موضعها من الكتاب - وهذه الولاية تسمى ولاية ندب أو ولاية استحباب أو ولاية اختيار.

وهذه الولاية في حقيقتها توكيل من المرأة للولى في عقد زواجها لأن الولي يباشر عقد زواج المرأة كاملة الأهلية باعتباره وكيلها عنها وإنما سمي وليا لما له من القرابة⁽¹⁾.

وقد استدل جمهور الحنفية على رأيهم بما يأتي:

1- دليل عقلي: وهو أن المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها بنفسها فإنها تكون قد تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف. وقد اتفق الفقهاء على أن لها حق التصرف في مالها، أما حق وليها العاصب في المهر فيكفله اشتراط أن يكون مهرها مهر المثل حتى يكون العقد لازما، وحقه في الكفاءة، يكفله اشتراط أن تكون قد زوجت نفسها من كفاء لها، وإلا كان العقد أيضا عقد لازم.

2- الكتاب والسنة: فقد استدلوا على أن هناك من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ما أسند فيها عقد الزواج إلى المرأة، والأصل في إسناد الشيء

(1) عمر عبد الله ص 215.

وإضافته إلى شخص، أن يكون مختصا به ومالكا له، إلا أن يقوم الدليل على خلافه.

ومن هذه الآيات القرآنية:

قوله تعالى:

1- ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽¹⁾، فإن المفهوم من الآية النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أولياتهن، وليس هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح⁽²⁾.

2- ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ

أَزْوَاجَهُنَّ ﴾⁽³⁾.

3- ﴿ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽⁴⁾.

ومن الأحاديث النبوية قول النبي عليه السلام: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» والأيّم المرأة التي لا زوج لها، بكرا أو ثيبا⁽⁵⁾.

(1) الآية رقم 234 من سورة البقرة.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص11.

(3) الآية رقم 232 من سورة البقرة.

(4) الآية رقم 230 من سورة البقرة.

(5) أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأحمد فقد ذهبوا إلى أن عقد الزواج لا ينعد بعبارة المرأة ولو كانت كاملة الأهلية، إنما يشترط لصحة الزواج أن يتولى ولي المرأة العقد، فإذا لم يكن لها ولي تولى القاضى عقد زواجها. وتشترك المرأة الكاملة الأهلية مع وليها فى اختيار زوجها قبل العقد إذا كانت ثيبا أما البكر فلوليها أن يستبد بتزويجها لأن الولاية عليها إجبارية عند مالك والشافعي وأحمد فى رواية وقد استدلوا على رأيهم بالمعقول والكتاب والسنة.

أما المعقول: فهو أن مباشرة المرأة لعقد الزواج لا يليق بمحاسن العادات، كما أن العقد له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر، وقلة التجربة عند المرأة ونقص اختيارها وميلها =

ونشير إلى ما ذكرناه سلفا من أن بلوغ الفتى يتحقق بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب، وبلوغ الفتاة يتحقق بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل.

= إلى العاطفة يجعلها لا تحسن الاختيار، فقد تتحكم فيها عاطفتها ويخفى عليها وجه الحقيقة فتضيع عليها المصلحة.

أما الكتاب والسنة: فقد استدلوا بأن بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية أضافت عقد الزواج إلى الأولياء وليس إلى المرأة ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ - سورة النور آية 32.

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ - سورة البقرة الآية 221. ووجه الاستدلال أن الله خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب النساء فكأنه يقول: لا تتكحوا أيها الأولياء موليائكم للمشركين.

أما عن قوله تعالى: ﴿ فَبَلَّغْنَا أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾، فقد قالوا أن هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق الولاية لما كان لعضله معنى ومن كان أمره إليه لا يقال أن غيره منعه.

وقد روى البخارى عن الحسن قال: حدثنى معقل بن يسار أن الآية السابقة نزلت فيه قال: زوجت أختا لى من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها!! لا والله لا تعود إليها أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية..

أما عن الحديث، فعن عائشة رضى الله عنها أن الرسول عليه السلام قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشترجوا فالسلطان ولى من لا ولى له» وعن أبى موسى أن الرسول عليه السلام قال: «لا نكاح إلا بولي» واستدل مالك والشافعى وأحمد فى رواية على ثبوت الإيجاب على البكر البالغة بحديث الرسول عليه السلام: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها» فقد خص النبى عليه السلام الثيب بأنها أحق بنفسها من وليها فدل على ذلك أن البكر ليست أحق بنفسها من وليها فيكون وليها أحق منها وبالتالي تكون الولاية إجبارية، أما استئذنها فى الزواج فهو لإرضائها وتطبيب خاطرها، فضلا عن أن البكر ولو كانت كبيرة تجهل أمر الزواج لعدم خبرتها فهى عاجزة عن إدراك مصلحتها فى الزواج وعن اختيار الزوج الملائم لها ولأسرتها.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشر سنة للفتى وتسع سنين للبنات طبقاً لرأى
الصاحبين المفتى به. وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجري.
(راجع فى التفصيل بند 8).

131- الولاية المتعدية:

الولاية المتعدية هى قدرة الإنسان على إنشاء عقد الزواج نافذاً لغيره.
وتنقسم هذه الولاية عند جمهور الحنفية إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية
ندب أو استحباب أو اختيار.

وولاية الإجبار: هى التى يكون للولى الحق فى أن يزوج من له الولاية
عليه بمن يختاره الولى - سواء رضى المولى عليه بذلك أو لم يرض، فالولى
هنا يستبد بعقد الزواج، وهذه الولاية تعتبر ولاية كاملة.

وولاية الندب أو الاستحباب أو الاختيار: هى التى يكون فيها للمرأة البالغة
العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها وبناء على اختيارها. وإنما يندب أو يستحب أن
تترك لوليها عقد الزواج نيابة عنها.

أما عند جمهور الفقهاء فهى ولاية مشاركة على الثيب البالغة العاقلة، وولاية
إجبار - عند الشافعية والمالكية وأحمد فى رواية - على البكر البالغة العاقلة.
وقد سبق أن تناولنا بالشرح النوع الأخير من الولاية، ونتناول فيما يلى
النوع الأول وهو ولاية الإجبار.

132- من تثبت عليه ولاية الإجبار؟

تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية ومعهم جمهور الفقهاء على الصغير
والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة⁽¹⁾.

(1) وقد استدلت الجمهور ومن بينهم الأحناف على إجازة تزويج الصغار بالمعقول وبأدلة من
الكتاب والسنة.

أما عن المعقول، فإن الحاجة إلى الزوج الكفء ثابتة، لأن مقاصد الزواج لا تتم إلا به،
والكفء لا يظهر فى كل الأوقات، وإنما فى وقت دون وقت، ولذلك أجاز للولى تزويج
الصغير والصغيرة بالكفء خوفاً من فواته حتى لا تضيع مصلحة الصغير.
=

= أما عن الكتاب، فاستدلوا بقوله تعالى في بيان العدة: ﴿وَأَلَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾، فإنه يبين منه عدة الصغيرة التي لا تحيض، وهذا دليل على زواج الصغيرة إذ لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح.

وبقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَ وَرُيْعٌ﴾ - فوضح من هذه الآية أن الله منع الأولياء من نكاح اليتيمات عند خوف عدم العدل معهن، ومعنى ذلك جواز نكاحهن عند عدم الخوف. وقد قالت عائشة رضي الله عنها: «إن هذه الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها، فنهوا عن نكاحهن، حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق».

وقوله تعالى في سورة النساء: ﴿فِي يَتَامَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ﴾، فقد نزلت الآية كما قالت عائشة رضي الله عنها في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها، ولا يزوجه من غيره، حتى لا يشاركه في مالها.

وأما عن السنة، فقد استدلوا بما روى من أن النبي عليه السلام زوج أمامة بنت عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهي صغيرة.

وأن أبا بكر زوج ابنته عائشة من رسول الله عليه السلام وهي صغيرة. وما روى عن ابن عباس من أن جارية بكرا أتت النبي عليه السلام فنكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي عليه السلام.

كما استدلوا في ذلك بان ابن عمر زوج بنتا له صغيرة من عروة ابن الزبير. وقد ذهب ابن شيرمة وأبو بكر الأصبم، إلى أن مناط ثبوت الولاية الحاجة إلى الزواج مع العجز عن اختيار من يتحقق معه المقصود من الزواج، فثبتت على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، لحاجتهم إلى الزواج، ولا تثبت على الصغيرة والصغير لعدم حاجتهما إلى الزواج، لأن الحاجة إلى الزواج لا تكون إلا بعد البلوغ، وفي تزويجهما قبله إضرار بهما، إذ يبلغ الواحد منهما فيجد نفسه مربوطا بعقد دائم لم يكن له رأى في إنشائه، كما ذهب ابن حزم إلى أنه لا ولاية في الزواج على الصغير للسبب المتقدم. (راجع في التفصيل وفي مسلك التشريع بند 85 وما بعده).

وهذه الولاية، ولاية إجبار فالولى هو الذى يتولى تزويج هؤلاء دون إشراك المولى عليه فى ذلك. وقد قدمنا أن عقد زواج عديم الأهلية باطل وعقد زواج ناقص الأهلية موقوف حتى يجيزه الولي.

وعلة ثبوت الولاية - عند الحنفية - على الصغير والصغيرة هى الصغر، إذ الصغر هو سبب العجز عن اختيار الزوج الملائم، وبناء على ذلك لا تثبت هذه الولاية على البكر العاقلة البالغة، ومن باب أولى لا تثبت على الثيب البالغة، ولكن تثبت على الثيب الصغيرة لوجود العلة وهى الصغر - ولا شأن للبكاره والثيوبه فى هذا.

أما الشافعى ومالك وأحمد فى رواية، فمذهبهم أن العلة فى ثبوت الولاية على الصغير هى الصغر، أما بالنسبة للصغيرة فالعلة فى ثبوتها هى البكاره فطالما بقيت البكاره استمرت الولاية ولو بلغت المرأة، وإذا زالت البكاره ولو قبل بلوغها زالت الولاية، وذلك لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح ولا تدرك التفاوت بين الأزواج، وفهم الرجال، وقد انبنى على هذا الرأي، أن الصغيرة إذا زوجت، ثم طلقت أو مات عنها زوجها قبل أن تبلغ، امتنع تزويجها حتى تبلغ وتستشار فى نفسها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للولاية على المجنون والمجنونة والمعته والمعته، فعلنها - باتفاق - هو ضعف العقل الذى هو سبب العجز عن تولى عقد الزواج وإدراك المصلحة المرجوة منه.

وقد أصبحت مسألة الولاية فى الزواج فى مصر قليلة الأهمية، بعد أن نصت المادة 31 مكرراً من القانون رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية المضافة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 فى فقرتها الأولى على أنه لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة. إذ أصبحت الولاية فى الزواج لا تثور إلا فى حالة زواج المجانين

(1) غير أن بعض المالكية يذهبون إلى أن ولاية الإجبار تزول عن البكر إذا بلغت الثلاثين (راجع بحث الأستاذ محمد أبو زهرة فى الولاية على النفس المشار إليه).

والمعتوهين لأن الولي هو الذى يتولى زواجهم، أو حالة زواج الصغار زواجا عرفيا سواء كان شفهيًا أو ثابتًا بمحرر عرفي.

133- رضا المرأة بالزواج:

إذا كانت المرأة صغيرة، بكرا أو ثيبا فإنه لا يلزم - كما سلف بيانه - رضاها بالزواج، لثبوت ولاية الإيجاب عليها. أما إذا كانت المرأة بالغة بكرا أو ثيبا، فهي التى تتولى عقد زواجها بنفسها - عند الأحناف - إلا أنه يستحب أن يتولى الولي تزويجها.

وقد أفتت دار الإفتاء بتاريخ 1989/4/3 بأن:

«... لما كان ذلك وكان عقد الزواج الذى تباشره المرأة بنفسها أصيلة عن نفسها أو وكيلة عن غيرها صحيحا شرعا متى كانت هذه المرأة بالغة عاقلة طبقا لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة الذى عليه العمل بالمحاكم الشرعية، وهو لازم على الأولياء متى كان الزوج كفتا وكان المهر مهر المثل أما بالنسبة للنص الوارد فى الحديث الشريف لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل الذى رواه أبو داود وغيره، فالمراد به نفى الكمال لا نفى الصحة، وتحمل الولاية فى الحديث على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب، أى يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كيلا تنسب إلى الوقاحة، وهى فى الحقيقة ولاية وكالة، والله سبحانه وتعالى أعلم».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «وفقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى الواجب العمل به - إعمالا لنص المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 الصادر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - أنه إذا أراد الولي تزويج المرأة البالغة العاقلة فلا بد لنفاد هذا العقد عليها من طلب الإذن وحصول الرضا منها بالزواج، وكان البلوغ بالسن - على ما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض - يكون ببلوغ خمس عشرة سنة بالنسبة للولد والبنات، لما كان ذلك وكان الطاعن قدر أقر بصحيفة طعنه بأن المطعون ضدها الأولى من مواليده 13 مارس 1970 - أى أنها كانت بالغة وقت

العقد عليها - فيشترط لنفاذ العقد عليها حصول الرضا منها، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بفسخ العقد على ما استخلصه من أقوال شاهدي المطعون ضدها الأولى من عدم حصول هذا الرضا فإنه لا يكون قد خالف القواعد الشرعية».

(طعن رقم 56 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/2/25)

2- «الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت بكراً أو ثيباً.... الخ».

(طعن رقم 194 لسنة 44 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/10/19)

3- «إن الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً - سواء كانت بكراً أو ثيباً.... الخ».

(طعن رقم 463 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/23)

وعلى ذلك يجب رضا المرأة البالغة بكراً أو ثيباً بالزواج⁽¹⁾.
والتعبير عن الرضا يختلف فيما إذا كانت المرأة بكراً أو ثيباً.
والمقصود بالبكر، المرأة التي لم توطأ أى لم يدخل بها سواء أتزوجت وفارقت الزوج قبل الدخول، أم لم تتزوج. وسواء أبقىت عذريتها أم زالت بغير الوطء كوثبة أو حيض أو جراحة أو تعنيس، أم لم تكن لها عذرة بأصل الخلقة وهذا نادر⁽²⁾.

(1) ودليل ذلك حديث الرسول عليه السلام: «لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن...» الذي سيرد في المتن. وما روى عن حسناء بنت خدام: «أن أباهاً زوجها وهى ثيب فأنت رسول الله عليه السلام فرد نكاحها».
وما روى عن ابن عباس: «أن جارية بكراً أتت رسول الله عليه السلام فذكرت له أن أباهاً زوجها، وهى كارهة فخيرها النبي».

(2) حاشية ابن عابدين ج3 ص63- على حسب الله ص135.

والبكر التي زالت بكارتها بالزنا إذا لم تحد أو لم يتكرر منها الزنا فهي عند أبي حنيفة بكر حكما، فتزوج كما يزوج الأبكار سترا عليها⁽¹⁾.
أما المقصود بالثيب فهي من زالت بكارتها بدخول في زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة، وكذلك من زالت بكارتها بالزنا وحدث أو تكرر منها الزنا عند أبي حنيفة.

ورضا البكر بالزواج لا يلزم أن يكون صريحا، لأن البكر يغلب عليها الحياء وتستحي عادة من التصريح بموافقتها على الزواج. فيعتبر سكوتها عند أخذ رأيها في الزواج رضا به لقول الرسول عليه السلام: «الثيب أحق من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» وفي رواية: «والبكر يستأمرها أبوها»، وفي رواية «الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁽²⁾.

كما يعتبر رضا منها بالزواج تبسمها، أو بكاؤها بلا صوت لأن ذلك تعبير عن حزنها لمفارقة أهلها، أما إذا ضحكت استهزاء أو بكت بصياح كان ذلك رفضا⁽³⁾.

ومحل اعتبار السكوت وما يشابهه رضا أن يكون الولي الذي استأمرها هو وليها الأقرب الذي له الولاية الفعلية عليها بنفسه أو بواسطة رسول منه، أما لو استأذنها ولي بعيد مع وجود من هو أقرب منه لم يدل سكوتها أو ما يشابهه على الرضا بالزواج ولا يكتفى به، ولا بد حينئذ من التصريح بالرضا، لأنه يحتمل أن

(1) الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح فتح القدير ج3 ص 27 - وهي عند الصحابين ومحمد والشافعي ثيب.

(2) وقد جاء بالأشباه والنظائر لابن نجيم ص 154 وما بعدها، أن قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول» يخرج عنها سبعة وثلاثون مسألة يكون السكوت فيها كالنطق أولها «سكوت البكر عند استئثار وليها قبل التزويج وبعده» - راجع أيضا جامع الفصولين ج2 ص138.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص59 - ويرى الشافعي أن السنة في الاستئذان أن يرسل الولي إلى المرأة نسوة تقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها.

يكون سكوتها مثلاً لعدم التعويل على استئذان ذلك الولي البعيد الذي غيره أحق منه بالاستئذان.

أما الثيب فلا يعرف رضاها بالزواج إلا بالموافقة الصريحة إما بالقول كقولها: (نعم) أو (رضيت) أو (بارك الله لنا) أو (أحسننت) أو بالدلالة، كأن تطلب المهر أو النفقة أو تقبل التهنة.

والعلة في ذلك أن الثيب قد مارست الرجال وقل حياؤها بهذه الممارسة، فلا تخجل في إبداء رغبتها صراحة في الزواج⁽¹⁾.

ورضا المرأة بالزواج كما يكون قبل العقد، يكون أيضاً بعده، فإذا لم يستأذن الولي المرأة في زواجها قبل العقد، ثم أجازته المرأة بعد العقد نفذ الزواج.

134- الشروط الواجب توافرها في الولي:

يشترط فيمن تثبت له الولاية على غيره توافر الشروط الآتية:

1- العقل: فلا ولاية لمجنون على غيره، لأنه ليس له ولاية ينفذ بها عقده لنفسه فلا تكون له ولاية على غيره.

2- البلوغ: فلا ولاية للصبى غير المميز على غيره، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال والصغير محتاج إلى من يقوم بأمره، فلا يصح أن يتولى أمر غيره. ويأخذ المعتوه حكم الصبى غير المميز.

3- الحرية: لأن العبد ليس له ولاية ينفذ بها عقد نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره.

وقد زال الرق الآن.

4- الإسلام: فيجب أن يكون الولي مسلماً إذا كانت الولاية على مسلم أو مسلمة، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم لما بينهما من خلاف ديني، كما أن الولاية في الزواج تتبع التوريث بالتعصيب ولا ميراث بين المسلم وغير المسلم.

(1) شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه ج3 ص 270.

أما غير المسلم فتثبت ولايته على نفسه وعلى مثله أى غير المسلم، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكٰفِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽²⁾.

ولا يشترط فى ثبوت الولاية العامة للشخص كولاية القاضي: الاتحاد فى الدين لأن ولايته مستمدة من ولاية رئيس الدولة الذى هو ولى من لا ولى له من رعيته المسلمين وغيرهم⁽³⁾.

5- ألا يكون مشهورا بسوء الاختيار - عند الحنفية - فإذا عرف عنه ذلك، فلا يكون الزواج لازما إذا زوج من كان تحت ولايته بغير كفاء وبمهر المثل، ويكون لها الحق فى رد النكاح عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته⁽⁴⁾.

(1) الآية 28 من سورة آل عمران.

(2) الآية 73 من سورة الأنفال.

(3) عمر عبد الله - ص 712 - على حسب الله - ص 127.

(4) ولا يشترط فى الولى العدالة - عند الحنفية والحنابلة فى رواية - فيصح أن يكون الولى فاسقا لأن له ولاية كاملة على نفسه، فلا مانع من أن يتولى أمر غيره، ولأن عماد هذه الولاية - كما سنرى - هو الشفقة ورعاية المصلحة وفق الفاسق لا يمنع شفته بانبه، ولا يحول دون رعاية المصلحة لقربيه - والخطاب وارد لكل المكلفين بتزويج من فى ولايتهم كقول الرسول عليه السلام: (زوجوا أبناءكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعدل. أما الشافعية والحنابلة - فى رواية - فقد اشترطوا العدالة فى الولى استنادا إلى حديث الرسول عليه السلام: (لا نكاح إلا بولى مرشد)، وما روى عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل، وأيما امرأة أتكحها ولى مسخوط عليه، فنكاحها باطل).

وقالوا إن المرشد معناه الرشيد، والفاسق ليس برشيد، فلا تكون له ولاية على غيره، وقد أجاب الحنفية عن ذلك الاستدلال بأن الحديث ضعيف مضطرب الإسناد اضطرابا شديدا فلا يصح الاستدلال به على أن هذا الاضطراب واقع فى رواية ليس فيها كلمة (مرشد) الذى يتعلق بها فى اشتراط العدالة فى الولى، فهى زيادة غير ثابتة حتى مع اضطراب الحديث، وعلى فرض ثبوتها فيه فالمرشد ليس معناه الرشيد، وإنما هو الذى يرشد غيره ويختار له وجه المصلحة. فالفاسق أهل لهذا المعنى بما له من العقل والشفقة والحرص على ما يصلح لابنه أو قربيه. (الدكتور أحمد الحصري، ص 503 وما بعدها - الدكتور عبد الرحمن تاج ص 93).

135- من تثبت له الولاية؟

اتفق جمهور الحنفية على أن ولاية الإيجاب تكون للأب والجد ولغيرهما من العصابات.

وقال الإمام أبو حنيفة تثبت الولاية للأب والجد ولغيرهما من العصابات، وإذا لم يوجد أحد من العصابات تثبت لذوى الأرحام.

وقد استند جمهور الحنفية في رأيهم إلى الكتاب والسنة. أما الكتاب، فقوله

تعالى: ﴿ وَسَتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ

فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ

تَنكِحُوهُنَّ ۗ ﴾⁽¹⁾، فقد ذكرت عائشة رضى الله عنها أن هذه الآية نزلت فى اليتيمة

تكون فى حجر وليها ويرغب فى نكاحها ولا يقسط لها صداقها. والولى الذى

يتزوجها لا يمكن أن يكون الأب أو الجد، وإنما من غيرهما كابن العم مثلاً.

وقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

وَأِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ۗ ﴾⁽²⁾،

فمن أنكح أئمة من نفسه برضاها فقد فعل ما أمره الله تعالى به، ولم يمنع الله

تعالى من يكون المنكح لأئمة هو الناكح لها.

أما السنة، فقد روى أن النبى عليه السلام زوج بنت عمه حمزة وهى

صغيرة، وجعل لها الخيار إذا بلغت، ولم يكن هذا إلا بالعصوبة، إذ لم يؤثر عنه

عليه السلام أنه زوج أحدا بولاية اقتضتها النبوة، ولو كان ذلك ما أثبت لها الخيار

إذا بلغت، لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ

أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْحَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ ﴾⁽³⁾.

(1) سورة النساء الآية 127.

(2) سورة النور الآية 32.

(3) سورة الأحزاب - الآية 36.

وبما روى عن النبي عليه السلام أنه قال: النكاح إلى العصابات من غير فصل، وهو ما يفيد إطلاق الولي دون تفرقة بين الأب والجد وغيرهما⁽¹⁾. وقد استدل أبو حنيفة لرأيه، بأن الولاية إنما شرعت للنظر فى مصالح المولى عليه، وتفويض النظر فى مصلحته إلى ذوى الأرحام أولى من تفويضه إلى الإمام (القاضى الآن) لانشغاله، فضلا عن توافر الشفقة لديهن، وذوى الأرحام يعيرون بغير الكفاء كما يغير العصابات بل يكون ذلك أشد فى ذوى الأرحام إذا كانوا أقرب من العصابات.

كما أنه أثر عن الصحابى الفقيه عبد الله بن مسعود أنه أجاز لامرأته أن تتولى عقد زواج ابنه لها من غيره، وما كان لمثله أن يجيز دون أن يعلم مصدر ذلك فى الدين⁽²⁾.

(1) شرح فتح القدير وشرح العناية على هامشه جـ3 ص 277.

(2) أما الصحابان فقد ذهبا إلى أن الولاية لا تثبت لذوى الأرحام وحجتهم فى ذلك أن سبب الولاية هو التعصيب، والعصابات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو فخاره ولأن النبي عليه السلام قال: (النكاح إلى العصابات)، فإذا لم يوجد عاصب تكون الولاية لولى الأمر، ولما كان ولى الأمر لا يتولى بنفسه عقود الزواج فإن الولاية عليه تكون للقاضى.

وفى رواية أن أبا يوسف مع أبى حنيفة فى رأيه، وقد قال ابن عابدين إن هذا هو الأصح (حاشية ابن عابدين جـ3 ص78).

أما باقى المذاهب الأخرى:

فقد ذهب مالك وأحمد بن حنبل إلى أن الولاية على الصغير والصغيرة تثبت للأب ولوصية فى التزويج إذا كان قد عين الزوج أما إذا كان الأب قد عين وصيا للتزويج ولم يعين الزوج فلا تثبت له وصاية التزويج.

وسندهما فى ذلك أن ثبوت الولاية على الغير خلافا للأصل لأن الأصل فى الإنسان ألا يكون لغيره سلطة عليه والولاية نوع من السلطة، إلا لحاجة ولا حاجة لكل من الصغير والصغيرة إلى الزواج لانعدام الشهوة وكان هذا يقتضى عدم ثبوت الولاية عليهما أصلا، غير أن ولاية الأب تثبت بنص من الشارع وما روى من أن أبا بكر رضى الله عنه زوج بنته عائشة وهى صغيرة من النبي عليه السلام، والجد ليس فى معنى الأب حتى يلحق به لقصور شفقته بالنسبة إليه.

136- العصابات:

العاصب النسبي، هو القريب الذكر الذى لا تكون قرابته للمولى عليه بواسطة الأنتى وحدها. والعصبة بالنفس جهات أربع، وهى تقوم على الترتيب فى الميراث، ولا تثبت الولاية لمن يحجب فى الميراث، ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى حالتين كانتا موضع خلاف سنعرض لهما فى البند التالي.

والجهات الأربع المشار إليها هي:

- 1- البنوة: وتشمل الابن، وابن الابن وإن نزل.
- 2- الأبوة: وتشمل الأب وأبو الأب وإن علا.
- 3- الإخوة: وتشمل الأخ الشقيق، والأخ لأب وأبنائهما وأبناء أبنائهما.
- 4- العمومة: وتشمل الأعمام، وأعمام الأب، وأعمام الجد الصحيح، وأبناء هؤلاء الأعمام سواء لأبوين أو لأب فقط.

137- المفاضلة بين الأولياء من العصابات:

إذا كان للمولى عليه عاصب واحد ممن سبق ذكرهم انفرد هذا العاصب بالولاية.

أما إذا كان للمولى عليه أكثر من عاصب، كانت المفاضلة بينهم بالجهة، فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة، وجهة الأبوة على جهة الأخوة، ثم جهة الأخوة على جهة العمومة.

وإن اتحدت الجهة، فضل أقرب الأولياء درجة، فيقدم مثلا الابن على ابن الابن، والأب على الجد، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ الشقيق.

وإن اتحدت الدرجة قدم الأقوى قرابة، والقرابة الأقوى هى التى تكون من جهة الأب والأم، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، والعم الشقيق على العم لأب وهكذا.

= وذهب الإمام الشافعى إلى أن الولاية تثبت للأب والجد.

وحجته فى ذلك أن النص أثبت الولاية للأب، والجد كالأب لتوافر الشفقة، وقد اعتبر الشارع الجد كالأب فى كثير من المسائل، أما غيرهما فلا تثبت لهما الولاية لبعدها القرابة وقصور الشفقة.

أما إذا اتحدت جهة القرابة والدرجة والقوة، كانت الولاية لكل منهم، لأن الولاية لا تقبل التجزئة، لأن سببها القرابة وهي لا تقبل التجزئة. فإن عقد أحدهم كان عقده صحيحا ولو لم يجزه باقى الأولياء⁽¹⁾.

وإن عقد أكثر من واحد منهم كان عقد الأسبق هو الصحيح، وإن تعذر تحديد الأسبق أو وقع العقدان فى وقت واحد، بطل العقدان لتعذر ترجيح أحدهما على الآخر.

وهناك مسألتان حدث فيهما خلاف فى المذهب الحنفى يتعارض مع قاعدة تفضيل الأولياء على أساس مرتبتهم فى الميراث هما:

1- الولاية على المجنونة:

فمقتضى القاعدة السابقة يفضل ابن المجنونة على أبيها فى الولاية عليها لأن جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة، لأن قوة التعصيب فى الابن أكثر من الأب وذلك هو ترتيب العصابات فى التوريث.

وبهذا رأى قال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف). غير أن محمدا يفضل الأب لأنه أوفر شفقة وأكثر خبرة فكانت ولايته أقوى، ولأن الأب له الولاية على النفس والمال معا، بينما لا تثبت ولاية الابن على المال، فصلة الأب من حيث الولاية أقوى، وإن كانت من حيث الميراث أقل والعرف فى كل الأمصار على ذلك⁽²⁾.

وروى عن أبى يوسف أنهما من حيث الولاية فى درجة واحدة، وأيهما زوج فزواجه صحيح.

(1) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية الجزء الأول ص 20 ما يأتى:

(سئل) فى بئيمة قاصرة ليس لها سوى أم وابنى عم عصبية وابن عم آخر عصبية والكل فى الدرجة والقوة سواء ولابن العم الآخر المذكور ابن صغير. كفاء يريد عقد نكاحه على البئيمة المذكورة بمهر المثل متبرعا لها به من ماله فهل له ذلك. (الجواب) نعم كما فى البحر والدرر ثم إذا اجتمع فى الصغير والصغيرة وليان فى الدرجة على السواء فزوج أحدهما جاز أجاز الآخر أو فسخ بخلاف الجارية... الخ).

(2) الولاية على النفس للأستاذ محمد أبو زهرة البحث المشار إليه - الهداية شرح بداية المبتدى جـ 1 ص 200.

ويقول صاحب البدائع الأفضل أن يفوض الابن الإنكاح إلى الأب احتراماً له واحترازاً عن موقف الخلاف.

ورأى الشيخين هو المفتى به.

2- المفاضلة بين الأخ الشقيق والأخ لأب:

طبقاً للقاعدة السابقة في المفاضلة بين الأولياء، فإن الأخ الشقيق يفضل عن الأخ لأب، لأنه الأقرب درجة ويفضل في الميراث. وبهذا الرأي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد. إلا أن زفر جعل الولاية للثنتين، واعتبرهما في درجة واحدة، وحثه في ذلك أن سبب الولاية هو العصوبة لأب، وهما في درجة واحدة بالنسبة له، ولا عبرة بقرب الدم⁽¹⁾.

138- الأقارب من المحارم:

ذكرنا سلفاً أن قول أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب، أنه إذا لم يوجد ولى من العصابات النسبية تثبت الولاية للأقارب من غير العصابات، أى من المحارم.

وترتيب هؤلاء في الولاية يكون بحسب درجة القرابة ثم بقوة القرابة، وقد اتفق الفقهاء على ترتيب الأولياء من المحارم على النحو الآتي:

1- الأم.

2- أم الأب (وقد قدمت على أم الأم مع أنها في درجة واحدة لقوة القرابة لأنها تنتسب بالعاصب وهو الأب).

3- أم الأم.

4- البنت.

5- بنت الابن.

6- بنت البنت.

7- بنت ابن الابن.

(1) الولاية على النفس للأستاذ محمد أبو زهرة - البحث المشار إليه.

- 8- بنت بنت البنت.
- 9- الجد أبو الأم.
- 10- الأخت الشقيقة.
- 11- الأخت لأب.
- 12- الأخ والأخت من الأم على سواء.
- 13- أولاد الأقارب سالفى الذكر على الترتيب المذكور.
- 14- الأعمام لأم.
- 15- العمات.
- 16- الأخوال.
- 17- الخالات.
- 18- أبناء الأقارب سالفى الذكر على الترتيب المذكور⁽¹⁾.

139- ولاية القاضى فى التزويج:

إذا لم يكن للمولى عليه عصابات ولا أرحام انتقلت ولاية تزويجه إلى ولى الأمر يتولاها القاضى الذى ذكر له ذلك فى مرسوم تعيينه، ويقوم مقام النص على ذلك فى مرسوم تعيين القاضى - فى نظرنا - أى نص تشريعى يخول القاضى هذه الولاية.

وليس للقاضى الذى انتقلت إليه ولاية التزويج أن يزوج المولى عليه من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادته له، كأصله وفرعه، لأن ما يصدر من القاضى بمقتضى وظيفته يعتبر حكماً، ولا يصح للقاضى أن يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له.

وقد نصت المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن تختص المحكمة الجزئية (لولاية على النفس) بالإذن بزواج من لا ولى له (فقرة أولاً/8)، وأصبح الاختصاص الآن لمحكمة الأسرة.

(1) راجع فى هذا الترتيب: الدكتور عبد الرحمن تاج ص 100 - الدكتور محمد محبوب

وكانت المادة 28 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغاة) تنص على أن: «الإذن بالخصومة في غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم»، وبعد إلغاء المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 أصبحت المحكمة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية - ولاية على النفس) هي المختصة بتزويج الصغير والصغيرة اللذين لا ولى لهما.

وقد نصت المادة 33 (أ/1) من لائحة المأذونين على أنه لا يجوز مباشرة عقد زواج البتيمات القاصرات اللاتي لهن معاش أو مرتب في الحكومة أو لهن مال تزيد قيمته على مائتى جنيه إلا بعد صدور تصريح من محكمة الأحوال الشخصية المختصة ويجب إخطار الجهة التي تتولى صرف المرتب أو المعاش بالعقد. ويصدر هذا التصريح من دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال (محكمة الأسرة الآن).

140- غياب الولى:

إذا كان الولى الأقرب غائبا غيبية منقطعة بحيث لا ينتظر الزوج الكفاء حضوره أو استطلاع رغبته، فقد ذهب أبو حنيفة والصاحبان إلى أن الولاية تنتقل إلى الولى الذى يليه حتى لا يفوت الزوج الكفاء ولا يجوز للولى الغائب الاعتراض على هذا الزواج بعد حضوره، وليس له الحق فى المطالبة بفسخه لأنه تولى العقد من له الحق الشرعى فيه⁽¹⁾.

141- عضل الولى:

إذا كان الولى القريب حاضرا وامتنع عن تزويج المولى عليه بغير حق شرعى، كان عاضلا وعضل ظلم، وولاية رفع الظلم إلى القاضى ومن ثم لا تنتقل

(1) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج1 ص 18 - الهداية مطبوعة مع شرح فتح القدير ج3 ص 288 وما بعدها - أما زفر فيقول باستمرار ولاية الغائب، وعلى الولى الذى يليه الانتظار لحين حضوره لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، وقال الشافعى أن الولاية تنتقل إلى السلطان.

الولاية إلى من يليه من الأولياء، بل إلى القاضى لقول النبى عليه السلام: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» - فالمراد بالاشتجار هو منع الأولياء من العقد على المولى عليه، وهذا هو العضل. وجرت العادة على أن السلطان لا يتولى هذا الأمر بنفسه وإنما يتولاه القاضى نيابة عنه، وهذا هو المعمول به الآن⁽¹⁾.

ويكون تزويج القاضى للمولى عليه نيابة عن هذا الولى الظالم، ومن ثم فإن عقد القاضى يكون فى قوة عقد هذا الولى ويأخذ حكمه من لزوم العقد وعدم لزومه.

فإذا كان الولى هو الأب كان عقد القاضى فى قوة عقد الأب، وإن كان هو الأخ كان عقد القاضى فى قوة عقد الأخ وهكذا.

142- أحكام تزويج الأولياء:

مبنى ولاية الإجماع على فاقدى الأهلية وناقصيهما أمران:

الأول: الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة عند الأولياء جميعاً، بل هم يختلفون فيها.

الثانى: حسن الرأى وتخير أوجه النفع، وهو ما يختلف فيه الأولياء أيضاً. وعلى ذلك تختلف الولاية، فهى تكون كاملة إذا اجتمع للمولى مع قوة الشفقة حسن الرأى وتخير أوجه النفع، وهى لا تكون كاملة وتكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة إذا نقص أحد الأمرين المذكورين⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم حكم تزويج الأولياء إلى ثلاث مراتب.

(1) الدكتور محمد على محبوب ص 245 وما بعدها - وقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج 1 ص 20 ما يأتى:

(سئل) فيما إذا عضل الأب عن تزويج صغيرته من كفاء بمهر المثل هل للقاضى أن يزوجها؟

(الجواب) نعم إذا عضل الأب فللقاضى تزويجها حيث لا ولى لها غيره لكن ينبغى أن يأمر الأب بتزويجها فإن امتنع ناب منابه فيه...الخ).

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 92.

المرتبة الأولى: الأب أو الجد أو الابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار، ولم يشتهروا بالمجانة والفسق قبل العقد. ويكون عقدهم صحيحا نافذا لازما، فلا يثبت خيار فسخه للمولى عليه عند زوال الولاية، ولو كان الزواج من غير كفاء وبأقل من مهر المثل مما يتغابن فيه الناس أو لا يتغابنون إذا كان المولى أنثى، أو بأكثر من مهر المثل إذا كان المولى عليه ذكرا، وذلك لوفور شفقة هؤلاء وكمال عقلهم وشدة حرصهم على المولى عليه، لأن للزواج مقاصد أخرى أهم من الكفاءة والمهر منها توافق الأخلاق وتوسيع النفقة والمعاشرة بالمعروف ومن ثم فإن هؤلاء الأولياء قد يجدون هذه المصلحة أجدى للمولى عليه من الكفاءة ومهر المثل وهذا رأى الإمام أبى حنيفة، وهو المفتى به فى المذهب⁽¹⁾.

المرتبة الثانية: الأب أو الجد أو الابن، الذين عرفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالمجانة والفسق. وهؤلاء لا يكون عقدهم صحيحا⁽²⁾ إلا إذا كان الزواج من كفاء وبمهر المثل سواء كان المولى عليه ذكرا أو أنثى، لأن هؤلاء وإن توفرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم بل ساء تدبيرهم واشتهروا بذلك. فاشتراط الزوج الكفاء ومهر المثل للتقيد بالمصلحة الظاهرة. أما إذا زوج بكفاء ومهر المثل فإن العقد يكون صحيحا نافذا لازما.

المرتبة الثالثة: إذا كان الولي من غير هؤلاء، سواء من العصابات أو من ذوى الأرحام ولو كانت الأم، أو كان الولي هو القاضي، فالعقد لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزويج بالكفاء ومهر المثل إذا كان المولى عليه أنثى، وبالكفاء وبمهر المثل لا يزيد بأكثر مما يتغابن فيه الناس إذا كان المولى عليه ذكرا وعلّة ذلك

(1) ويرى الصاحبان أنه لا بد من الكفاءة ومهر المثل لأنه يجب التقيد بالمصلحة الظاهرة، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر أو عدم الكفاءة.

(2) ويذكر الأستاذ محمد أبو زهرة فى مؤلفه الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 116 هامش (1) أنه اختلفت عبارات الكتب فى فساد هذا العقد، فعبارة ابن عابدين أنه لا ينعقد فاسدا، ولكن يكون للمولى عليه إبطاله بعد زوال سبب القصر، ولكن جاء فى البحر ما نصه: «قد وقع فى أكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل، فظاهر أنه لم ينعقد، وفى الظهيرية يفرق بينهما، ولم يقل باطل، وهو الحق».

نقص شفقة الأولياء العصابات من غير الأب والجد والابن مما يقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة، وإن الأم وأن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد إلا أن تدبيرها غير كامل فكانت ولايتها غير كاملة، ولأن الشفقة ناقصة لدى القاضي⁽¹⁾.

وإذا صح العقد للتزويج بالكفء ومهر المثل، فإنه لا يكون مع ذلك لازماً للمولى عليه ذكراً أو أنثى - على الراجح من المذهب الحنفى - وإنما يكون له حق الفسخ بخيار البلوغ إذا كان سبب الولاية الصغر وخيار الإفاقة إذ كان سبب الولاية هو الجنون أو العته وهذا ما سنعرض له تفصيلاً فى البند التالى.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 4 رمضان سنة 1321هـ بأن:

«سوء اختيار الأب ومجانته تجعلانه بمنزلة غير الأب. فإن سوء الاختيار والمجانة مما يضعف الرأى. وقد صرحوا فى تزويج الأم بأنه صحيح ويجوز للزوج أو للزوجة أن يختار الفسخ عند البلوغ. وعللوا ذلك بأن الشفقة وإن توفرت فالرأى غير كامل فضعف الرأى فيها سوغ جواز الفسخ للصغيرة إذا بلغت. والوالد الماجن السيئ الاختيار قد يفقد الشفقة مع الرأى خصوصاً من أهل زماننا الذين فشا فيهم فساد الرأى وغلب على وجدانهم حتى إن الرجل الذى لا دين له لا يبالى بما يكون فى شأن بنته فى مستقبل قريب فضلاً عن بعيد وليس من الفقه أن يسوى بين كامل الرأى حسن الاختيار وبين الماجن السيئ الاختيار فى لزوم العقد على أن الذى يظهر من كلام عم الزوج فى هذه الحادثة أن أباه مات ولا مال له فالوالد فقير لا يملك نفقة ولا مهراً. ولو بقيت البنت فى عصمته أصابها من الضرر ما هو معلوم فالزوج فى هذه الحالة غير كفء لشدة فقره. وفقر البنت لا مدخل له فى الكفاءة عند العجز عن النفقة بالفقير غير كفء وإن كانت الزوجة فقيرة بنت فقراء كما هو صوابه لأن لزوم النكاح يقضى بالنفقة. فالعاجز عنها عاجز عن توفية حق الزوجة فهو غير كفء لها على كل حال.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص 84 - عمر عبد الله ص 243 - محمد أبو زهرة فى

الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 117 وما بعدها.

فللبنات بعد أن اختارت فسخ النكاح أن ترفع الأمر إلى القاضى ليقضى به متى صح عنده جميع ما ذكر فى السؤال. والله أعلم».

143- خيار البلوغ وخيار الإفاقة:

خيار البلوغ هو الحق الذى يثبت للصغير والصغيرة عند بلوغهما فى إجازة أو فسخ عقد زواجهما الذى أبرمه الولى غير الأب أو الجد أو الابن، سواء كان من العصابات أو من ذوى الأرحام.

وخيار الإفاقة هو الحق الذى يثبت للمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فى إجازة أو فسخ عقد زواجهم الذى أبرمه الولى غير الأب أو الجد أو الابن، سواء كان من العصابات أو من ذوى الأرحام.

وثبوت خيار البلوغ وخيار الإفاقة هو رأى أبى حنيفة ومحمد وأبى وسف فى رأيه الأول، أما قوله الأخير والمشهور أن هذا الخيار لا يثبت، لأن الولى نائب بحكم الشارع عن المولى عليه فكأن المولى عليه هو الذى عقد، ولا يجوز له نقض ما قام به نائبه الذى كشخصه⁽¹⁾.

والرأى الأول هو الراجح فى المذهب.

وإذا اختار المولى عليه عند بلوغه أو إفاقته فسخ العقد فلا بد من رفع دعواه إلى القاضى للقضاء به، أما قبل القضاء بالفسخ فالزواج قائم والحقوق المترتبة عليه قائمة، فللزوج على زوجته حق الطاعة ولها عليه حق النفقة، يتوارثان إن مات أحدهما، قبل القضاء بالفسخ، ويتأكد بموته وجوب المهر بتمامه.

والسبب فى وجوب القضاء بالفسخ، أن حق الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة حق ضعيف لأنه مختلف فيه ومبنى على سبب خفى هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فسخ العقد رفع له من أساسه، وهدم لأصله بعد أن كان صحيحا نافذا تترتب عليه جميع الأحكام، وهدم الأصل من أجل أمر هو من قبيل الأوصاف المتممة وهو اللزوم لا يملكه إلا القاضى بما له من الولاية العامة⁽²⁾.

(1) شرح فتح القدير - ج 3 ص 278.

(2) الأستاذ على حسب الله ص 141 - الدكتور عبد الرحمن تاج ص 109.

والخيار هنا ليس طلاقاً، لأن الخيار يصح من الأنثى وهى لا طلاق لها، ولا يرد على ذلك بأن النكاح لا يحتمل الفسخ لأن النكاح الذى لا يحتمل الفسخ هو النكاح بعد التمام أى الصحيح النافذ اللازم، أما قبل التمام فإنه يقبل الفسخ⁽¹⁾.

144- سقوط خيار البلوغ والإفاقة:

إذا بلغت الصغيرة البكر، وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح فيظل حق الخيار ثابتاً لها حتى تعلم فتسكت، فالعلم بالنكاح شرط لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به والولى ينفرد به فعذرت بالجهل، ولا تعذر بجهلها أن لها خيار البلوغ شرعاً، لأنها تفرغ لمعرفة أحكام الشرع لأن الدار دار إسلام ووسائل التفقه فى الدين موفورة فيها⁽²⁾، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فإنه يبقى لها حق الخيار.

ويجب على البكر أن تختار الفسخ بمجلس بلوغها أو مجلس علمها بالزواج إذا كانت قد علمت بالنكاح بعد البلوغ. والمراد بمجلس البلوغ، المجلس الذى رأت فيه الحيض، فإذا رأت الحيض وسكتت ولو برهة يسيرة غير مكرهة سقط الخيار، فلا يمتد الخيار إلى آخر مجلس البلوغ أو العلم، لأن سكوتها يعتبر رضا بالزواج.

ويجب على البكر أن تشهد شاهدين على اختيار الفسخ، وهذا الإشهاد ليس شرطاً لاختيارها الفسخ بل شرط لإثباته بالبينة ليسقط اليمين عنها وتحليفها على اختيارها الفسخ.

وإذا رأت الحيض فى وقت لا تتمكن فيه من الإشهاد على اختيارها الفسخ، وجب عليها أن تقرر نفسها اختيارها فسخ العقد بأن تقول: فسخت نكاحي، ثم تشهد على ذلك فى أول وقت تتمكن فيه من الإشهاد، وتقول للشهود رأيت الدم الآن⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد العزيز عامر ص 95.

(2) وذلك بعكس المعتقة لأنها بانشغالها بالخدمة لا تفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة.

(3) وقيل لمحمد كيف وهو كذب، وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال لا تصدق فى الإسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها (شرح فتح القدير جـ3 ص 282).

وإذا اختارت الفسخ وأشهدت فإنه لا يضيرها التأخر في رفع دعوى الفسخ. والرضا من الغلام يكون بالقول الصريح أو بفعل ما يدل على الرضا، كأن يقول: رضيت وأن يطلب زفاف امرأته إليه أو ينفق على امرأته، ولا يبطل خياره بالسكوت لأن سكوت الرجل لا يعتبر رضا بالعقد.

والثيب مثل الغلام في هذا، فلا يدل سكوتها على رضاها باستمرار الزواج كما لا يدل على الرضا به في الابتداء، وإنما يكون رضا الثيب بالقول الصريح أو بفعل ما يدل على الرضا، كأن تمكن الزوج من الوطاء أو تطلب منه المهر. ومادام السكوت لا يعد رضا من الغلام إذا بلغ ولا من الأنثى التي بلغت وهى ثيب، فإن خيارهما يمتد إلى آخر المجلس وبعد انتهاء المجلس، ولا يقع خيارهما حتى يكون منهما ما يدل على الرضا بالزواج من قول أو فعل مهما طال الزمن.

وخيار الفسخ حق للصغيرين أثبته الشارع لهما بالبلوغ، لأنه هو الذى تتحقق به أهلية الاختيار، وعلى هذا إذا اختارا قبل البلوغ الاستمرار على الزواج، لم يكن اختيارا صحيحا، ولا يمنع من ذلك من ثبوت الخيار لهما عند البلوغ، فإن رضيا الزواج حينئذ لزمهما.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12 رمضان سنة 1324 هجرية بأن:

«إذا كان الأمر كما ذكر فى هذا السؤال وقالت البنت المذكورة فور بلوغها لا أرضى به زوجها ولو قطع عنقى بالسيف وأشهدت على ذلك كان ما ذكر ردا للنكاح لكنه لا يفسخ إلا بقضاء القاضى كما يستفاد من كتب المذهب. ففى رد المحتار إذا كان المزوج الصغير والصغيرة غير الأب والجد فلهما الخيار بالبلوغ فإذا اختارا الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء انتهى ملخصا. وفى البحر ما نصه «وإذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة نقول أطلب الحقين ثم تبتدئ

= وجاء بحاشية ابن عابدين جـ3 ص 74 وما بعدها: «... تشهد فى الصبح وتقول رأيت الدم الآن لأنها لو أسندت أفسدت وليس هذا بكذب محض بل من قبيل المعاريض المسوغة لإحياء الحق لأن الفعل المعتاد لدوامه حكم الابتداء والضرورة داعية إلى هذا لا إلى غيره».

فى التفسير بخيار البلوغ» انتهى وكتب عليه بحاشية العلامة ابن عابدين ما نصه «قال الرملى هذا قول وقيل بالشفعة. وفى جامع الفصولين ولو ثبت للبكر خيار البلوغ والشفعة تقول طلبت الحقين ثم تفسر وتبدأ بالاختيار وقيل بالشفعة وقيل تطلب الشفعة وتبكى صراخا فيصير هذا البكاء ردا للنكاح على قول من يجعله ردا له أقول لا أدرى ما وجه تعين البدء بأحدهما فى التفسير بعد طلب الحقين جملة فإننا حيث اعتبرناه هو المانع من السقوط فلا يضر تقديم أحدهما على الآخر ولا يبطل المؤخر لأنه ثبت بالإجمال المتقدم والألف واللام فيه جامعة لهما. ولو قيل لا حاجة إلى التفسير بعده أصلا لكان له وجه وجيه وأيضا فيه تضييق وتفسير ونوع حرج وذلك مرفوع والظاهر أن متقدمى أئمتنا ذكروا المسألة ومنهم من قال على سبيل المثال تقول طلبتهما لنفسى والشفعة ومنهم من قال على سبيله الشفعة ونفس فتوهم بعض المتأخرين أن ذلك على سبيل الحتم واللزوم وليس كذلك بل تقدم فى التفسير أيا شاعت تأمل، انتهى ونحوه فى الدر وحواشيه وصرحوا أيضا بأن البكر إذا زوجها وليها فبلغها الخبر فقالت لا أرى كان ردا والله تعالى أعلم».

145- تحديد الأولياء ومراتبهم فى المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس :

المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس - كما يبين من تسميته - خاص بحالات سلب الولاية على النفس قد حددت المادة (12) منه الأولياء على النفس فى تطبيق أحكام هذا القانون، فقد جرى نصها على أن: «يقصد بالولى فى تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص».

والواضح من المادة أنها تعين مراتب الأولياء على الترتيب الوارد بها، وعلى ذلك تكون قد حددت الأولياء على النفس وعينت مراتبهم على النحو الآتى:

1- الأب.

2- الجد.

3- الأم.

4- الوصي.

5- كل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص. والمادة بنصها على الأم ضمن الأولياء تكون قد أخذت بأى الإمام أبى حنيفة الذى يجعل الولاية لذوى الأرحام بعد العصابات.

وقد قصرت المادة الولاية على الأب والجد دون باقى العصابات، ومن ثم لا يجوز الأخذ بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى فى ترتيب الأولياء من العصابات بعد الجد، طالما أن المادة وضعت تحديدا وترتبا للأولياء يخالف هذا الرأى، وجعلت الولاية بعد الجد، للأب ثم للوصى⁽¹⁾.

والمقصود بالوصى، وصى المال، الذى يعين طبقا للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال.

ولم يشترط المرسوم بقانون المذكور أن يكون الوصى من عصابات الموصى عليه أو من ذوى أرحامه.

وقد جعلت المادة المرتبة الأخيرة فى الأولياء لكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص، ولم تشترط المادة أن يكون الشخص الذى يضم إليه الصغير من عصابته أو محارمه، وقد اتضح ذلك أيضا من نص المادة الخامسة فقرة أولى من المرسوم بقانون المذكور التى تنص على أنه إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ولو لم يكن قريبا متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا للقيام على تربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية.

(1) فى هذا المعنى: الأستاذ محمد أبو زهرة فى بحثه الولاية على النفس المشار إليه.