

٢٠ - اقسام الولاية :

تنقسم الولاية في الزواج الى قسمين :

أولاً - ولاية اجبارية ، وهي التي ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع الى أحد كتزويج الأب ابنه او ابنه الصغيرين او المتوهين .
ثانياً - ولاية تدب : وهي التي لا ينفرد فيها الولي بإنشاء العقد ، بل يشترك معه غيره في الرأي والتدبير . كتزويج الاب ابنه البالغ العاقل أو ابنته البالغة العاقلة^(١) .

٢١ - شروط الولي :

يشترط لثبوت حق الولاية للولي ، ما يلي :

أولاً - كمال الاهلية ، وتنحقق بالبلوغ والعقل والحرية ، وعلى هذا لا تثبت الولاية للعسبي ولو كان مميزاً - ولا للمجنون والمعتوه .
لا ولاية لاحد مندم على نفسه ، لقصور ادراكه وعجزه عن تحقيق المصالح لنفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره .

ثانياً - اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه : فلا تثبت الولاية للمسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم . فلو كان للفقهاء شذوذ احدثها مسلم والآخر مسيحي ، فالولاية لأخيها المسلم ان كانت مسلمة ولأخيها المسيحي ان كانت مسيحية .

وقد استثنى الفقهاء من هذا الشرط الحاكم الاعلى أو من ينوب عنه

(١) وقد استقر القضاء في العراق على ان العقد الذي اجراه الزوجية معتبر ان كانت بالغة . ما دامت لم تجبر عليه ولم تكره السكوت عن رده وحصل دخول بعده . راجع قرار محكمة التمييز الشرعية/٤٤٣/١٩٦٤ والمؤرخ ٢٨-٦-١٩٦٤ .

فتبت له الولاية على جميع أفراد رعيته من المسلمين وغيرهم • لأن ولايته
ولاية عامة •

٢٢ - ترتيب الأولياء :

تبت الولاية - عند الحنفية - للأقارب جميعا ولغيرهم على الترتيب
التالي :

أولا - المعبة النسبية ، وهو كل قريب ذكر لا تفرد انثى بالتوسط
بينه وبين قريبه ، وهم جهات اربع ١ - البنوة ٢ - الأبوة ٣ - الاخوة
٤ - العمومة •• وذلك : لقوله عليه الصلاة والسلام: «الانكاح الى المعصيات»
ويقسم المعصيات على غيرهم لأن الولاية تحفظ وصون • وهما يتحققان من
المعبة • لانهم يعبرون بعدم الكفاءة فيدعوهم ذلك الى صيانة القريب
وحفظه عن غير الكف •

ثانيا - الاقارب من غير المعصيات - وهم مرتبون - على الراجح من
علم الحنفية - كما يلي : ١ - الأصول : وهم ، الأم ، ثم ام الأب ، ثم
ام الأم ٢ - الفروع : وهم ، البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت • وبعد
هؤلاء يأتي الجد الأم ٣ - فروع الابوين : وهم ، الاخت الشقيقة ، ثم
الاخت لأب ، ثم الاخ والاخت لأم على سواء ٤ - فروع الجدین : وهم
البنات مطلقا والاعمام لأم ، ثم الاخوال والمخالات ، ثم أولادهم •

ثالثا - الامام او من يتوب عنه • لقوله عليه الصلاة والسلام :
« السلطان ولي من لا ولي له » هؤلاء هم الاولياء وترتيبهم عند ابي حنيفة
بدرجته اقله عنه - وليس بعدهم من له حق ولاية التزويج ولو كان وصيا •
لأن ولاية الوصي على المال لا على النفس •

٢٥ - انتقال الولاية الى الوالي البعيد :

قلنا : ان ولاية الزواج تثبت للولي الاقرب فالاقرب . فليس للبعيد مع وجود اقرب صلاحية هذا المقدم . فان فعل كان موقوفا على اجسازة الولي القريب^(١) .

ولكن قد يوجد ما ينقل هذه الولاية عن الولي القريب السى الوالي البعيد في الحالات التالية :

أولاً - اذا وكل الولي القريب من هو ابعد منه .

ثانياً - اذا غاب الولي القريب ، أو اختفى . بحيث لا يستطع المخاطب الكفء حضوره : انتقلت الولاية الى البعيد ، ويكون المقدم نافذاً .

ثالثاً - اذا عضل الولي القريب ، من تحت ولايته عن الزواج من الكفء لغير سبب شرعي : انتقلت الولاية عنه الى الولي الأبعد ، وهو القاضي في هذه الحالة دون غيره من الاولياء - على الصحيح - لان العضل ما دام لغير حق ، فهو ظلم يجب دفعه . والمكلف بذلك القاضي دون غيره .

٢٦ - الولاية في القانون :

جاء قانون الاحوال الشخصية العراقي حالياً من الاشارة الى أحكام الولاية ، حيث لم يتعرض المشرع ليبحثها . على الرغم من أهميته ، وقد تعرضت له قوانين الاحوال الشخصية في البلدان الاسلامية الأخرى . فقد جاء في الفصل الثالث من قانون الاحوال الشخصية السوري ما يلي :-

(١) الا ان القضاء في العراق جرى على ان تزويج الاخ اخته الصغيرة مع وجود أبيها صحيح اذا جرى بغير المثل والكفء . وأما خيار الفسخ عند الباطل . راجع قرار محكمة التمييز الرقم ٢٣ والمؤرخ ١٨-١-١٩٦٢ .

تنوع أحكام تزويج الأولياء تبعاً لتنوع الأولياء على التفصيل التالي :

أولاً - إذا كان الولي الأب أو الجد أو الابن - على أمه أو أيسه المجنونين - وكان معروفاً بحسن التصرف فإن عقده لمن في ولايته عقد صحيح نافذ لازم ، ولو كان بغير كتب وبأقل من مهر المثل بالنسبة للزوجة^(١) . والسبب في ذلك : أن الأب والجد والابن يتوفر لديهم الشفقة والرحمه على من تحت ولايتهم ولا يتصور منهم الأضرار بهم . فإن تساهلوا في الكفاة أو المهر فلا بد وأن يكون وراء ذلك مصلحة للمعقود له مثل أن يكون سخياً كريماً شجاعاً أو أنه أكثر من الكتب غنة وخلقاً .
والمراد هنا ذهب الجعفرية .

ثانياً - إذا كان الولي الأب أو الجد أو الابن وكان معروفاً بسوء التصرف . فإن زوج من في ولايته بكتب وبمهر المثل ، كان العقد نافذاً لازماً ، وإن كان بغير كتب ، أو بغير فاحش في المهر : كان العقد غير صحيح . وقال الجعفرية : أن العقد موقوف على اجازة المولى عليه - بعد تحقق أهليته - .

ثالثاً - إذا كان الولي غير الأب والجد والابن ، كان يكون الأم أو القاضي . فإن كان الزواج من غير كتب ، وبغير فاحش في المهر فالعقد غير صحيح . لتحقق الضرر مع عدم وجود الحرص الأكيد على مصلحة المولى عليه كما هو الشأن في الأب والجد . وإن كان بكتب وبمهر المثل : فالعقد صحيح موقوف على اجازة المولى عليه ، بعد تحقق أهليته^(١) .

(١) هذا رأي ابن حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون العقد لازماً عند انعدام الكفاة . لأن الولاية مقيدة بشرط النظر لمصلحة المولى

أولاً - خيار البلوغ : هو الحق الذي يثبت للصغير والصغيرة اذا بلغا ، وكان قد زوجها غير الاب والجد .

ويسقط هذا الحق بالنسبة للمرأة الثيب والرجل : - بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل ، كطلب الزفاف أو تسليم النفقة أو تسلمها . ولا يطل خيارهما بالسكوت المجرد عن اشارة الرضا . لان سكوتهما لا يعتبر رضا بالعقد ابتداء فكذا بقاء .

اما البكر فان كانت تعلم بالزواج وسكت ولم تطلب الفسخ فور بلوغها كان ذلك دلالة على رضاها به وليس لها بعد ذلك خيار . لان سكوت البكر يعتبر رضاً منها ابتداء وبقاء . اما اذا كانت لا تعلم بالزواج فان اختيارها لا يطل ما دامت لا تعلم فان علمت بعد ذلك وسكت فور علمها بطل حقها . وان كانت تجهل ان لها حقاً في اختيار الفسخ فسكت ثم علمت ان لها حق الفسخ : بطل حقها لأن الجهل ليس بعذر في الشريعة الاسلامية كما هو الحال في القانون .

ثانياً - خيار الافاقة : وهو الحق الذي يثبت للكبير المجنون أو المعتوه أو الكبيرة المجنونة أو المعتوهة اذا زال الجنون أو العته . ويسقط هذا الحق بالنسبة للرجل والمرأة الثيب بما يدل على الرضا قولاً وفعلًا وبالسكوت فور الافاقية والعلم بالزواج بالنسبة للمرأة البكر . كما تقدم في خيار البلوغ .

(١) قال أبو يوسف : العقد لازم كما لو زوجها الاب أو الجد . والصحيح ما عليه مذهب الحنفية من انه موقوف على اجازتها بعد تحقق اهليتها لا صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - انه زوج امامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة ، وقال لها : لك الخيار اذا بلغت .

اللغاة : المساواة والمهاتلة .

اما في الاصطلاح ، فهي : ان يساوي الرجل المرأة - التي يريد الزواج بها - في أمور معينة ، بحيث لا تكون تلك المرأة ولا اولياؤها عرضة للنيل منهم بسبب هذه المصاهرة حسب العرف .

٢٨ - اشتراط الكفاة :

ذهب بعض الفقهاء الى أن الكفاة ليست شرطا في الزواج أصلا . وعلى هذا يصبح الزواج ويكون لازما ، سواء كان الزوج كفتا للزوجة أو لم يكن كفتا لها .

وقد استدك هؤلاء على ما ذهبوا اليه بقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس سواسية كأسنان المشط » لا فضل لعربي على عجمي الا بالقوى . وقالوا - أيضا - : لو كانت الكفاة معتبرة في الزواج . لكانت معتبرة في الجنائز - أيضا - . ولما كانت غير معتبرة في الجنائز . حيث يقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع . فان عدم اعتبارها في الزواج أولى . الا أن موقف هؤلاء - في عدم اشتراط الكفاة - ضعيف . لان الحديث الذي استدكوا به . إنما هو ، في المساواة بين الناس في الحقوق والواجبات والعقوبات وفي كل ما يتعلق بالنظام العام . ثم ان قياسهم الزواج على مسائل الجنائز قياس لا يستقيم . لان هذا يفرق عن تلك ، بانه : إنما شرع لتحقيق المصالح بين الزوجين من دوام العشرة ، واستمرار المودة والألفة . وهذه المصالح لا تتحقق الا اذا كان الزوجان متكافئين . اما العقوبات فانها إنما شرعت لمصلحة الحياة ، فلو اعتبرت الكفاة فيها . لأدى ذلك الى ضياع هذه المصلحة ، واختلال نظام الحياة . وتسلبت الاقوياء على الضعفاء . وفي ذلك مهلكة وفناء . وقد صح قوله عليه الصلاة والسلام : « أنا اهلك من كان قبلكم : انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف : أقاموا عليه الحد » .

وعلى هذا فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والجمهورية^(١) ، من أن الكفاة شرط في الزواج ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ، ولا يزوجهن الا من الأكفاء » . ولأن الزواج عتد على التأيد ، وهو مسيرة العمر المشتركة بين الزوج والزوجة . وعلى الطريق الدلويل مصالح عديدة أشىء الزواج من اجلها . ولا تتحقق تلك المصالح الا اذا كان هناك تقارب بين الزوجين يساعد على توثيق الصلات وربط عرى المودة بينهما . فان اتسعت الهوة بين الزوجين في الاخلاق ، أو في الحسب ، أو في المال ، أو في الدين والمعتقد . أو في الحرفة . فان الزواج يكون بذلك مهدداً بالانقصاص في الوقت الذي يراد له الاستمرار والبقاء .

ولا مجال للقول : بأن اشتراط الكفاة بين الزوجين ، يناهى الديمقراطية والمساواة بين الناس التي يدعو اليها الاسلام . لأن المساواة التي تعدّ مبدأ من أهم المبادئ الاسلامية ، انما هي المساواة في الحقوق والواجبات والعقوبات لا في الاعتبارات الشخصية التي تقوم على عسرف الناس وعاداتهم^(٢) . والا كان الجاهل كالعالم ، والشريف كالوضيع ، واللص كالأمين ، والعبد كالحر ، والكافر كالمؤمن ، واللقيط كالمنسوب . ولم تقل بذلك شريعة من الشرائع ، ولا يرتضي ذلك مذهب من المذاهب على الاطلاق . وانما انزوق في تلك الاحوال واقعة بين الناس ومعترف بها على العموم . وهو مقتضى الفطرة الالهية التي فطر الناس عليها :

٢٩ - الصفات المعتبرة في الكفاة :

يرى الحنفية أن الكفاة معتبرة في الامور التالية .

- (١) انظر الاحكام الجمفرية للشيخ عبدالكريم الحلبي ص ١٦ .
- (٢) الاحكام الشرعية... زكي الدين شعبان ص ٢١٧ .

أولاً - النسب : وهو معتبر عند العرب لجزريان التفاخر بالأنساب فيما بينهم
ومحافظتهم عليها • ومعتبر عند غير العرب - أيضاً - كما قاله الشافعي
رحمه الله لأن غير العرب يفخرون بأنسابهم كالعرب •

ثانياً - الاسلام : أي السبق اليه ، والأقدمية فيه • وهو خاص بغير العرب
لأنهم يتفاخرون فيما بينهم بالاسلام ، وهو موضع شرفهم • ويراد
ان جماعة من الصحابة تفاخروا بأنسابهم وسلمان الفارسي معهم
فسألوه : ابن من أنت ؟ فقال : أنا ابن الاسلام • فبلغ ذلك عمر
الخطاب رضي الله عنه ، فكفى وقال : وعمر ابن الاسلام •

ثالثاً - الحرية : فمن له ابوان في الحرية كف ، لمن لها آباء فيها • و
ليس له ابوان في الحرية ليس كفتا لمن لها ابوان فيها •

رابعاً - الديانة : أي التقوى والصالح • فالناسق ليس كفتا للمرأة الصالحة
بنت الصالح^(١) • لأن المرأة تعبر بفسق الرجل أكثر مما تعبر
باحتطاط نسبه • وقال محمد - صاحب امي حنيفة - لا تعتبر الدنيا
لأنها من أمور الآخرة • فلا تبني عليها أحكام الدنيا • الا اذا
مستهزأ يستهزئ الناس به •

خامساً - الحرقة : فقد ذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية الى ان صاحب
المهنة المزدرأة اجتماعيا كالبحارة والنكاسة ونحو ذلك ليس
لابن صاحب المهنة المحترمة^(٢) •

اما ابو حنيفة فانه على عدم اعتبار الكفاءة في الحرقة • لان ال
حول قلب • والله يعطي وينزع ، ويده التغيير والتبديل • وال

(١) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ١٤٢ •

(٢) انظر : الاحكام الجعفرية ص ١٦ وفتح القدير ج ٣ ص ٤

وصف مفارق فلا تبني عليها الأحكام (١) .
سادساً - المال : والمراد من الكفاة فيه أن يكون الزوج قادراً على المهر

والنفقة . إذ المهر من أحكام العقد ، والنفقة من ضروراته .

وقال أبو يوسف والجمهور (٢) : إن الشرط هو القدرة على الإنفاق
فقط دون النظر إلى قدرته على المهر .

هذه هي الصفات التي تعتبر فيها كفاة الرجل للمرأة ، عند الحنفية .
والجمهور ، في بعض دوايانهم ، والشافعية - فيمسأ عدا المال . فانهم
لا يشترطون الكفاة فيه .

أما المالكية فقد قالوا : إن الكفاة في الزواج لا تعتبر إلا في الدين
والقوى . لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

٣٠ - الجانب الذي تشترط فيه الكفاة :

تشترط الكفاة في جانب الزوجة فقط . بمعنى أنه يشترط أن يكون
الزوج كفاً للزوجة ، ولا يشترط في الزوجة أن تكون كفاً للرجل .
وهذا ذلك : إن الزوجة تغير بدناءة زوجها . ولا يعيد الزوج بزوجه إذا
ما كانت دونه في صفات الكفاة . ثم إن الرجل يقوم على المرأة ، وهو
ساحب السلطة الشرعية عليها . فلا بد من أن يكون مساوياً لها على الأقل .
كما تقبل توجيهاته وأوامره بيسر وسهولة . ولأن الرجل يملك الطلاق ،
ويعتبر يستطيع أن يتخلص من زوجته إذا ما رأى أنها ليست كفاً له لهذا
لا تشترط الكفاة من جانبها . أما المرأة فإنها لا تملك طلاق زوجها ، فإذا
ما كان غير كفاً لها ، فكيف لها أن تتخلص منه ؟

(١) شرح الدر المختار ج ٢ ص ٣٣١ .

(٢) انظر : مسائل الخلاف للعلوي ج ٢ ص ٦٠ .

- وقد استثنى الفقهاء حالتين لاشتراط الكفاءة في جانب الزوجة .
- الحالة الاولى - اذا زوج الصغير والمجنون غير الاب والجد . فان كفاءة الزوجة - حيثئذ - شرط من شروط لزوم العقد .
- الحالة الثانية - اذا وكل الرجل من يزوجه توكيلا مطلقا . فان الرأي المقتضى به : هو مراعاة كفاءة الزوجة لكي يكون العقد لازما . لان الكفاءة شرط في الوكالة عند اطلاقها - كما سيأتي .

٣١ - وقت اعتبار الكفاءة :

- تعتبر الكفاءة ، وقت انشاء العقد فقط . ولا يعتبر زوالها بعد ذلك .
- اذا أنه ليس من الوفاء ان تترك الزوجة زوجها ، اذا ما تعرضت حاله للتكبات والمصائب ، فاحترف المهن الذميمة واسابه الذل بعد أن كان عزيزا . لذا فانه لا خيار للمرأة ولا اولائها في هدم الزوجية القائمة . ويصير الأمر - حيثئذ - كما اذا تعيب المبيع عنه المشتري بعد العقد . الا اذا خدعت المرأة من غير الكفء ، ونم العقد ثم اكتشفت الخدعة . فلها - حيثئذ - حق فسخ العقد للتخلص من هذا التغيرير .

٣٢ - صاحب الحق في الكفاءة :

- ليس لله حق في الكفاءة مطلقا . لان الناس عند الله سواسية كأسنان المشط . واكرم الناس عند الله : أتقاهم .
- وانما الكفاءة حق للزوجة وحدها عند الجعفرية ، وحق للزوجة والاولياء من العصبة عند جمهور الفقهاء . فان بادرت المرأة بالنصرف في العقد ، ولم تنظر الى شرف العائلة ، وكرامة الأسرة ، ورضيت بالاستفراش بان هو دونها كفاءة ، ولم يرض الاولياء بهذه التقبص التي تهتمم مجده