تقديم الولي الأبعد مع وجود الأقرب في النكاح
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

د٠ أحمد راشد المحيلبي (*)
د٠ عبد الرحمن محمد البالول (*)

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين، المبعوث رحمة للعالمين، عليه وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بهدي وإحسان إلى يوم الدين.. وبعد:

فإن مسائل الأحوال الشخصية عمومًا من أهم مسائل الفقه؛ وذلك لحاجة الناس في كل زمان ومكان إليها، ويحتاج إلى معرفتها الأمي والمتعلم، وطالب العلم، والرجل والمرأة وغيرهم، ذلك أن تلك المسائل غالبا ما يقع الناس فيها في إشكاليات كبيرة، ويحتاجون حينئذ للوقوف على رأي الشرع ورأي القانون خشية الحرمة أو الوقوع تحت طائلة العقوبة.

وتمتاز مسائل الأحوال الشخصية أيضًا بأنها متجددة؛ إذ إن مع متغيرات العصر وتقدم الناس في مختلف العلوم والفنون تُستجد مسائل ونوازل لا بد من الوقوف على الحكم فيها.

ومن تلك المسائل الهامة التي لا غنى عن معرفتها مسألة الولاية في النكاح، ومعرفة ترتيب الولاة وإنابة بعضهم عن بعض، ومتى يتقدم الولي الأبعد على الولي الأقرب، ومتى تؤول الولاية إلى القاضي أو الحاكم، وغير ذلك مما يتعلق بهذه المسائل.

(*) معلم بقسم الفقه بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – دولة الكويت.
(*) عضو هيئة التدريس المنتدب في الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب – دولة الكويت.

وقد استعنت بالله تعالى في جمع المسائل والقضايا المتعلقة بتقديم الولي الأبعد على الأقرب، وغيبته وعضله، وترتيب الأولياء، مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي. وأسأل الله تعالى العون السداد والتوفيق إنه نعم المولى ونعم النصير.

**

أهمية الموضوع:

تأتي أهمية هذا الموضوع من عدة أمور، منها:

١- أن هذا الموضوع يتعلق تعلقا مباشرًا بالحياة الاجتماعية للناس، مما لا ينبغي التهاون فيه.

٢- استجلاء آراء الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بغياب الولي أو عضله وترتيب الأولياء.

٣- أن الولاية في النكاح يترتب عليها في بعض الأحيان فساد النكاح أو بطلانه.

٤- الحاجة لمعرفة موقف القانون الكويتي من المسائل المتعلقة بتقديم الأولياء ونقل الولاية من الولي الأقرب لغيره، ومدى موافقته أو مخالفته لآراء الفقه الإسلامي في تلك القضايا.

مشكلة الدراسة:

تبرز مشكلة الدراسة في المقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية الأربعة مع ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مسألة تقديم الولي الأبعد مع وجوب الأقرب في النكاح، بغية بيان نقاط الاتفاق والاختلاف، واقتراح ما يلزم من تعديل إن اقتضت المصلحة ذلك.

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث المنهج الوصفي المقارن، وذلك من خلال جمع المسائل المتعلقة بنقل الولاية وترتيب الولاة، ووصف تلك المسائل وتحليلها تحليلًا مقارنًا بين المذاهب الفقهية الأربعة، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ثم المنهج الاستنباطي في الوقوف على أهم النتائج التي يشير إليها البحث.

وقد راعيت المنهج العلمي المتعارف عليه، وذلك من خلال اتباع الإجراءات الآتية:

- تخريج الآيات القرآنية وعزوها للسور والآيات.
- تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الصحيحة، والحكم عليها.

- عزو الأقوال والآراء الفقهية لأصحابها.
- ترتيب المذاهب الفقهية تاريخيا.
- ترتيب البحث وتقسيمه تقسيمًا علميا يبدأ بمقدمة، ومباحث، وينتهي بخاتمة ونتائج.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والاستقراء والسؤال من خلال بحثي المتواصل في مظان البحث والفهارس العلمية والبحث في كثير من الدوائر والمكتبات البحثية لم أطلع على بحث بهذا العنوان، وإن كانت هناك دراسات وبحوث تناولت جانباً من جوانب البحث كولاية النكاح أو شروط النكاح واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ولم أقف على بحث تطرق لهذا الموضوع بشكل مؤصل ومفصل –حسب اطلاعي– ولم أجد باحثا قصد هذا البحث في أبوابه، وقام بدراستها دراسة تأصيلية تطبيقية، ومن هذه الدراسات:

الدراسة الأولى: "شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى"، وهو بحث مقدم إلى كلية الفقه وأصوله بجامعة الشارقة، إعداد: خلود بدر الزمانان.

يتناول البحث شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي مع ذكر اختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤م مع بعض القوانين الأخرى، وفيه سبعة مباحث: المبحث الأول: فيه شروط عقد النكاح. والمبحث الثاني: ويتناول شرط الركن لجهة الانعقاد مع اختيارات القانون. والمبحث الثالث: ويتناول شروط ركن العاقدين والمعقود عليه مع اختيارات قانونية. والمبحث الرابع: ويتناول شروط صحة عقد النكاح واختيارات القانون. والمبحث الخامس: الإشهاد والإعلان في عقد الزواج مع اختيارات القانون. والمبحث السادس: ويتناول شروط نفاذ عقد النكاح. والمبحث السابع: ويتناول الشروط الجعيلة لعقد النكاح.

ثم ختم البحث بخاتمة تناولت النتائج والتوصيات. ولم توافق هذه الدراسة موضوعي.

الدراسة الثانية: "مفهوم الولاية في الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)" وهو بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة بابل، إعداد: أنغام محمود شاكر.

يتناول هذا البحث مفهوم الولاية في الزواج من خلال دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية. ويضم ثلاثة مباحث: تناول المبحث الأول مفهوم الولاية في الزواج، وتناول المبحث الثاني أصناف الولاية، وتناول المبحث الثالث شروط الولاية. ثم ختم البحث بخاتمة تناولت النتائج والتوصيات. ولم توافق هذه الدراسة موضوعي.

الدراسة الثالثة: "الولاية في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه والقانون"وهو بحث مقدم إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمام المهدي، إعداد: فاطمة الزهراء البشير أحمد.

يتناول هذا البحث مفهوم الولاية في عقد الزواج من خلال دراسة مقارنة بين الفقه والقانون فالبناء الشرعي الذي تقوم عليه الأسرة المسلمة هو نظام الزواج في الشريعة الإسلامية وهو الشكل الوحيد للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، وقد اهتمت به الأديان السماوية ، والقواني الوضعية والنظم الاجتماعية، ووضعت له نظماً وتشريعات، وقد اشتمل البحث على أربعة فصول: الفصل الأول تعريف الولاية وبيان أسبابها وأنواعها ومراتبها ومقاصدها، الفصل الثاني: شروط الولي وحقوقه وواجباته وأثر فقدانه في الزواج، الفصل الثالث : مفهوم الإجبار والعضل وبيان أحكامهما، والفصل الرابع: بعض صور العضل الواقع على فتيات المسلمين ونتائجها. وقد اشتمل البحث على نتائج وتوصيات ضمنت في نهايته. ولم توافق هذه الدراسة موضوعي.

الدراسة الرابعة: "دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" وهو بحث مقدم إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، إعداد: قارون فازية.

يتناول هذا البحث دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. ويتناول البحث فصلين: الفصل الأول: طبيعة عقد الزواج، ويتناول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأنواع الولاية في عقد الزواج. ويتناول الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط، ويتناول مكانة الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية، ويتناول مكانة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري. ثم ختم البحث بخاتمة تناولت النتائج والتوصيات. ولم توافق هذه الدراسة موضوعي.

الدراسة الخامسة: "ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن"وهو بحث مقدم إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، إعداد: مراح سعيد.

يتناول هذا البحث ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن. ويتناول البحث فصلين: الفصل الأول: الولاية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية المقارنة، وفيه مفهوم الولاية، وتمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها، وأحكام الولاية عن الكفالة. ويتناول الفصل الثاني: دور الولي في التزويج، وفيه أقسام ولاية التزويج، ومشروعية ولاية التزويج وحكمها، وأثر تخلف الولي. ثم ختم البحث بخاتمة تناولت النتائج والتوصيات. ولم توافق هذه الدراسة موضوعي.

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، ونتائج.

المقدمة: وتشمل مقدمة عامة، وأهمية الموضوع، ومنهج البحث، وخطة الدراسة.

المبحث الأول: مفهوم الولى، وحكمه في الزواج، وترتيب درجة الولاية.

المبحث الثاني: أقوال الفقهاء في حكم تقديم الولي الأبعد مع وجود الأقرب.

المبحث الثالث: عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

الخاتمة والنتائج.

المبحث الأول

مفهوم الولي، وحكمه في الزواج، وترتيب درجة الولاية

المطلب الأول: المقصود من الولي:

الولي في اللغة: ذكر ابن فارس أن: "الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب. ومن ذلك الولي: القرب"(١).

وَلِيَ الشيءَ ووَلِيَ عَلَيْهِ وِلايةً ووَلايةً، وَقِيلَ: الوِلاية الخُطة كالإمارة، والوَلايةُ الْمَصْدَرُ(٢). والولاية بالكسر: السلطان. والولاية: النصرة. يقال: هم على ولاية، أي مجتمعون في النصرة. والولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الأمارة والنقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به(٣).

والوَلِيُّ: ولِيُّ الْيَتِيمِ الَّذِي يَلِي أَمرَه وَيَقُومُ بكِفايته. ووَلِيُّ المرأَةِ: الَّذِي يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا وَلَا يَدَعُها تسْتَبِدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ دُونَهُ(٤).

وَالْمَوْلَى ابْنُ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى الْعَصَبَةُ وَالْمَوْلَى النَّاصِرُ وَالْمَوْلَى الْحَلِيفُ وَهُوَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ: مَوْلَى الْمُوَالَاةِ وَالْمَوْلَى الْمُعْتِقُ وَهُوَ مَوْلَى النِّعْمَةِ وَالْمَوْلَى الْعَتِيقُ(٥).

---

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، دار الفكر، ١٩٧٩م، ١٤١/٦، مادة (ولي).

(٢) لسان العرب، جمال الدين بن منظور، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ٤٠٧/١٥، مادة (ولي).

(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٨٧م، ٢٥٣٠/٦، (ولي).

(٤) لسان العرب، جمال الدين بن منظور، مرجع سابق، ٤٠٧/١٥، مادة (ولي).

(٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م، ٦٧٢/٢، مادة (و ل ي).

الولي في الاصطلاح:

تقاربت تعريفات الفقهاء لمفهوم الولي، وهي من حيث الجملة لا تختلف كثيرا عن معناها اللغوي، وقد ورد تعريف الولي بعدة تعريفات، نذكر منها:

- **الولاية عند الحنفية:** هي "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"(١).

- **والولي عند المالكية:** قال ابن عرفة: "الولي: من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام"(٢).

- **وعند الشافعية:** لم أجد –بحسب اطلاعي– من عرف الولي من فقهاء الشافعية، إلا أنه يفهم من عباراتهم أنهم يقصدون بالولي: "من يتولى أمر المرأة وهو: المسلم العاقل البالغ العدل الذكر الرشيد"(٣).

- **والولي عند الحنابلة:** عرف ابن المبرد الولي بأنه: "من له ولاية على المرأة"(٤).

ولم ينص –فيما اطلعت عليه– غيره من فقهاء الحنابلة على تعريف الولي إلا أنه يفهم من عباراتهم أنهم يقصدون بالولي: من يلي أمر المرأة وهو المسلم العاقل البالغ العدل الذكر الرشيد(٥).

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م، ١١٧/٣، حاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر عابدين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، عالم الكتب، ٢٠٠٣م، ٥٥/٣.

(٢) شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع ، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ، ٢٤١/١.

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ – ١٩٩١م، ١٥٤/٣.

(٤) الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، ط١، ١٩٩١م، ٦١٦/٣.

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٥هـ – ١٩٥٦م، ٧٢/٨، ٧٣، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م، ٥٣/٥، ٥٤.

- **وقيل في تعريفه أيضًا:** "الولي اللازم الولاية، القائم بها، الدائم عليها لمن تولاه بإسناد أمره إليه فيما ليس بمستطيع له"(١).

- **الولي في القانون الكويتي:**

جاء تعريف الولي في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (٢٩)، في الفقرة (أ)، بقولها: "الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين، هو: العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي"(٢).

المطلب الثاني: حكم الولي في النكاح:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في النكاح على قولين:

القول الأول: لا يشترط الولي في النكاح، فيصح أن تباشر المرأة عقد النكاح بنفسها، إلا أنه خلاف المستحب، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً لها. وهو قول أبي حنيفة(٣).

القول الثاني: يشترط الولي في النكاح، فلا يصح أن تباشر المرأة بنفسها عقد النكاح، فلا تزوج نفسها ولا تزوج غيرها. وهو قول جمهور الفقهاء، المالكية(٤)، والشافعية(٥)، والحنابلة(٦).

---

(١) التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرءوف بن تاج العارفين، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ١٩٩٠م، ص٣١٩.

(٢) قانون الحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١، لسنة ١٩٨٤م.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٢٤٧/٢، الاختيار لتعليل المختار، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧م، ٩٠/٣.

(٤) الشرح الكبير، الشيخ الدردير، ٢١٦/٢، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢م، ٣٣٥/٢.

(٥) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م، ٢٣٦/٧، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ٢٢٤/٦.

(٦) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ٣٣٧/٧، شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، ط١، ١٩٩٣م، ٦٣٧/٢.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول:

١ – قوله تعالى: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوف}(١).

الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي. الثاني: أن الله سبحانه نهى الأولياء عن العضل، وهذا النهي يدل على إبطال ولايتهم(٢).

نوقش هذا الدليل:

بأنه أضاف النكاح إليها لأنها محل له. ثم إن عضلها هو الامتناع عن تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي فزوجها(٣).

٢ – قوله تعالى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}(٤).

وجه الدلالة:

أنه أضاف النكاح إلى المرأة، وهذا يقتضي تصور النكاح منها مما يدل على صحة النكاح بلا ولي، كما أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها(٥).

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ٢٤٨/٢، أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م، ١٠٠/٢.

(٣) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ٣٣٧/٧.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٥) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ٣٣٨/٧.

٣ – حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها) [١].

وجه الاستدلال من الحديث:

أن الْأَيِّمُ: هِيَ من لَا زَوْجَ لها بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا فَأَفَادَ أَنَّ فيه حَقَّيْنِ، حَقَّهُ وهو مُبَاشَرَتُهُ عَقْدَ النِّكَاحِ بِرِضَاهَا وقد جَعَلَهَا أَحَقَّ منه وَلَنْ تَكُونَ أَحَقَّ إلَّا إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ رِضَاهُ[٢].

نوقش الاستدلال بما يلي:

لأهل اللغة في الأيم قولين:

أحدهما: التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، وإن لم تنكح قط، يقال: امرأة أيم، إذا كانت خلية من زوج ورجل أيم إذا كان خلياً من زوجة.

والثاني: أنها لا يقال لها: أيم إلا إذا نكحت ثم حلت بموت أو طلاق بكراً كانت أو ثيباً.

فأما الأيم في هذا الخبر فالمراد بها الثيب من الخاليات الأيامى دون الأبكار[٣].

٢ – حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة أبي سلمة فخطبني إلى نفسي فقلت: يا رسول الله إنه ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال: "إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك"،

---

(١) صحيح مسلم، ١٠٣٧/٢، رقم (١٤٢١)، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والترمذي في سننه، ٤١٦/٣، رقم (١١٠٨)، كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ١١٧/٣، فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ١٤١٤هـ، ٢٥٩/٣.

(٣) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩م، ٤٣/٩.

قالت: قم يا عمر فزوج النبي صلى الله عليه وسلم، فتزوجها[١].

وجه الدلالة من الحديث:

أَنَّ رَسُولَ اللَّـهِ صلى الله عليه وسلم خَطَبَهَا إِلَى نَفْسِهَا فَفِي ذلك دَلِيلٌ أَنَّ الأَمْرَ في التَّزْوِيجِ إِلَيْهَا دُونَ أَوْلِيَائِهَا وعندما قالت له: إِنَّهُ ليس أَحَدٌ من أَوْلِيَائِي شَاهِدًا، قال إِنَّهُ: ليس منهم شَاهِدٌ وَلاَ غَائِبٌ يَكْرَهُ ذلك فقالت: قُمْ يا عُمَرُ فَزَوِّجْ النبي عليه السلام وَعُمَرُ هذا ابْنُهَا وهو يَوْمئِذٍ طِفْلٌ صَغِيرٌ غَيْرُ بَالِغٍ[٢].

نوقش الاستدلال:

بأنه على فرض صحة الرواية، فقد قيل: إن الذي زوجها هو ابنها سلمة بن أبي سلمة، وهو أكبر ولدها. وساغ هذا لأن أباه ابن عمها، فللابن ولاية أمه إذا كان سببا لها من غير جهة البنوة بالإجماع، وكذا إذا كان معتقا أو حاكما[٣].

٣- من المعقول:

وَالْأَصْلُ هُنَا أَنَّ كُلَّ من يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ في مَالِهِ بِوِلَايَةِ نَفْسِهِ يَجُوزُ نِكَاحُهُ على نَفْسِهِ، وَكُلُّ من لَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ في مَالِهِ بِوِلَايَةِ نَفْسِهِ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ على نَفْسِهِ[٤].

---

(١) رواه النسائي في سننه، ٨١/٦، رقم (٣٢٥٤)، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن لأمه، ورواه الإمام أحمد في مسنده، ٢٩٥/٦، والحاكم في المستدرك، ١٨/٤، رقم (٦٧٥٩)، والبيهقي في سننه، ٢٨٦/٣، باب إنكاح الابن لأمه، وقال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ٢٢٠/٦.

(٢) شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، عالم الكتب، ط١، ١٩٩٤م، ١١/٣.

(٣) السيرة النبوية، إسماعيل بن عمر بن كثير، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٦م، ١٧٤/٣.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ١١٧/٣.

ويدل عليه اتفاق الجميع على جواز نكاح الرجل إذا كان جائز التصرف في ماله كذلك المرأة لما كانت جائزة التصرف في مالها وجب جواز عقد نكاحها، والدليل على أن العلة في جواز نكاح الرجل ما وصفنا أن الرجل إذا كان مجنونا غير جائز التصرف في ماله لم يجز نكاحه فدل على صحة ما وصفنا[1].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلين باشتراط الولي، بما يلي:

١ – قوله تعالى: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ}[2].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى ذكره منع الولي من عضل المرأة إن أرادت النكاح ونهاه عن ذلك، فلو كان للمرأة إنكاح نفسها بغير إنكاح وليها إياها أو كان لها تولية من أرادت توليته في إنكاحها لم يكن لنهي وليها عن عضلها معنى مفهوم؛ إذ كان لا سبيل له إلى عضلها وذلك أنها إن كانت متى أرادت النكاح جاز لها إنكاح نفسها أو إنكاح من توكله إنكاحها فلا عضل هنالك لها من أحد فينهى عاضلها عن عضلها[3].

٢ – قوله تعالى: {وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا}[4].

---

(١) أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، مرجع سابق، ١٠٢/٢-١٠٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٣) جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري)، محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م، ٢٧/٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا خطاب للأولياء بأن لا ينكحوا المسلمات المشركين ولو فرض أنه يجوز لها إنكاح نفسها لما كانت الآية دالة على تحريم ذلك عليهن[١]. قال القرطبي: في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي[٢].

٣ – عن أبي بردة عن أبيه رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي) [٣].

وجه الدلالة من الحديث:

أنه يدل بمنطوقه على نفي النكاح بدون ولي، ويدل بمفهومه على عدم جواز مباشرة المرأة لعقد النكاح لنفسها أو لغيرها. قال الخطابي: فيه نفي ثبوت النكاح على معمومه ومخصوصه إلا بولي[٤].

٢ – حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) [٥].

---

(١) سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٤، ١٩٦٠م، ١٢٠/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، شمس الدين القرطبي، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م، ٧٢/٣.

(٣) رواه أبو داود في سننه، ٦٣٥/١، رقم (٢٠٨٥)، كتاب النكاح، باب في الولي، والترمذي في سننه، ٤٠٧/٣، رقم (١١٠١)، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه في سننه، ٦٠٥/١، رقم (١٨٨١)، باب لا نكاح إلا بولي، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ٢٣٥/٦.

(٤) معالم السنن، أبو سليمان الخطابي، تحقيق محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط١، ١٩٣٢م، ٥٦٨/٢.

(٥) رواه أبو داود في سننه، ٦٣٤/١، رقم (٢٠٨٣)، والترمذي ي سننه، ٤٠٧/٣، رقم (١١٠٢)، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، وقال أبو عيسى: حديث حسن، وصححه الألباني في مشكاة المصابيح، ٢١٠/٢.

وجه الدلالة:

أن هذا نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز[1].

قال الخطابي: "فيه بيان أن العقد إذا وقع بلا إذن الأولياء كان باطلا، وإذا وقع باطلا لم يصححه إجازة الأولياء، وفي إبطاله هذا النكاح وتكراره القول ثلاثا تأكيد لفسخه ورفعه من أصله"[2].

الترجيح:

من خلال ما سبق من عرض الأقوال وأدلتها، يتبين أن الأدلة الواردة في المسألة تحتمل أكثر من وجه، فكلا الوجهين له محل من النظر المعتبر، ولذلك اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في النكاح، إلا أن القول باشتراط الولي أرجح؛ وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها في مقابل القول الآخر.

المطلب الثالث: ترتيب درجة الولاية من حيث القرب والبُعد:

اتفق الفقهاء من حيث الجملة على أن ترتيب الولاية في النكاح هو ترتيبها في عصبة الميراث[3]، واختلفوا في ترتيب الأولياء في الزواج، وهو كما يلي:

---

(١) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ٤٠/٩.

(٢) معالم السنن، أبو سليمان الخطابي، مرجع سابق، ٥٦٦/٢.

(٣) المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ٢١٦/٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ١٢٧/٣، الفواكه الدواني، أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، دار الفكر، ١٩٩٥م، ٨/٢، منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م، ٢٧٨/٣، روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مرجع سابق، ٥٩/٧، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ١٢٩/٩، المبدع في شرح المقنع، برهان الدين بن المفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م، ٣٠/٧-٣١.

أولاً: ترتيب الأولياء عند الحنفية:

الترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث، والأبعد محجوب بالأقرب، فتقدم عصبة النسب وأولاهم[1]:

١- الابن وابنه وإن نزل، ولا يتصور ذلك إلا في المعتوهة.

٢- الأب ثم الجد "أبوه".

٣- الأخ الشقيق، ثم لأب.

٤- ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

٥- العم الشقيق، ثم العم لأب.

٦- ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب.

٧- أعمام الأب، ثم أبناؤهم.

٨- عم الجد الشقيق، ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه وإن نزلوا.

٩- المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن نزلوا.

١٠- عصبته من النسب على الترتيب.

١١- ذو الأرحام.

١٢- السلطان أو نائبه أو القاضي.

ثانياً: ترتيب الأولياء عند المالكية:

١- الابن، وابن الابن وإن سفل.

٢- الأب، ثم أخ الأب، ثم ابنه وإن سفل.

٣- جد لأب.

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغياني، تحقيق نعيم أشرف نور محمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط١، ١٤١٧هـ، ٢٧٧/٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ، ٧٦/١، حاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر عابدين، مرجع سابق، ١٢٢/٢.

٤- عم لأب، ثم ابنه.

٥- جد أب، فعمه "أي عم الأب" ثم ابنه.

٦- مولى أعلى "وهو من أعتق المرأة" ثم عصبته، ثم مولاه "وهو من أعتق معتقها وإن علا"، ثم مولى أبيها ثم مولى جدها.

٧- الكافل غير العاصب "وهو القائم بأمورها وتربيتها حتى بلغت عنده"، وذلك إن كانت دنيئة لا شريفة وإلا فوليها الحاكم، وشرط ولاية الكافل هو الزمن الذي تحصل فيه الشفقة والحنان عليها، ولا بد من ظهور الشفقة عليها منه بالفعل وإلا زوجها الحاكم.

٨- الحاكم "وهو السلطان أو القاضي".

٩- ولاية عامة المسلمين: أي إن لم يوجد أحد ممن ذكر تولى عقد نكاحها أي فرد من المسلمين بإذنها، ومن ذلك الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم، فهم من أهل الولاية العامة(١).

والأولى فيمن سبق تقديم الشقيق من كل صنف على الذي للأب، وإذا كان الأولياء في التعدد سواء في الرتبة كان أولاهم بذلك أفضلهم، فإن استووا في الدرجة والفضل كإخوة كلهم علماء، نظر الحاكم في ذلك فما رآه سداداً أو نظراً أنفذه وعقده، أورده إلى من يعقده منهم، وقيل أقرع بينهم(٢).

ثالثاً: ترتيب الأولياء عند الشافعية:

١- الأب، ثم الجد "أبو الأب"، ثم أبوه، وإن علا.

٢- الأخ لأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

---

(١) الشرح الصغير على حاشية الدسوقي، دار المعارف ٢/٣٥٩-٣٦١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، بيروت، دار الفكر، ط٢، ٢/٣٥٦-٣٥٨.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ص٢٣٣.

٣- العم من الأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

٤- سائر العصبات من القرابة، كما في ترتيب الميراث، إلا في الجد فإنه يقدم على الأخ هنا بخلاف الإرث، والابن فإنه يقدم في الميراث ولا ولاية له هنا.

ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب، وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب، وعم لأبوين على عم لأب... في الجديد لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وفي القديم هما وليان أي يستويان.

٥- إن عدمت العصبات ولم يوجد من الأولياء رجل زوج المعتق ثم عصبته على الترتيب كالميراث، سواء أكان المعتق رجلاً أم امرأة.

٦- إن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان المرأة التي في محل ولايته[1].

رابعاً: ترتيب الأولياء عند الحنابلة:

١- الأب: فإن أولى الناس بتزويج المرأة الحرة أبوها؛ لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها بلا خلاف.

٢- ثم أبوه وإن علا.

٣- ثم ابنها، ثم ابنه وإن نزل، فمتى عدم الأب وأباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزل.

٤- الأخ لأبوين ثم الأخ للأب، كالميراث.

٥- ثم أولادهم وإن نزلوا.

٦- ثم العمومة لأبوين ثم العمومة لأب ثم أولادهم وإن نزلوا.

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م، ٣/١٥١-١٥٢، روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مرجع سابق، ٧/٥٩، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط وطالب عواد، دار البشائر، ط٩، ٢٠٠١م، ٢/٩٣-٩٤.

٧- المولى المنعم أي المعتق؛ لأنه يرثها ويعقل عنها عند عدم عصبتها من النسب، ثم أقرب عصبته فأقربهم، ثم مولى المولى، ثم عصباته من بعده، كترتيب الميراث، وإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب، وقدم أبو النسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته، وهذا معدوم في أب المعتق فرجع فيه إلى الأصل.

٨- ثم السلطان: فلا خلاف بين أهل العم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، لقوله عليه الصلاة والسلام: (فالسلطان ولي من لا ولي له) [١].

٩- فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان زوجها رجل عدل من المسلمين[٢].

خامساً: ترتيب الأولياء في القانون الكويتي:

نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن ترتيب الأولياء في النكاح، هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث، حيث جاء في المادة (٢٩) ما نصه: "الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين، هو: العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي"[٣].

ويلاحظ أن ترتيب العصبة بالنفس في الإرث في قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أخذ بما ذهب إليه الحنفية والمالكية من تقديم البنوة على الأبوة.

---

(١) الحديث رواه أبو دواد في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، ٢٢٩/٢، رقم (٢٠٨٣)، والترمذي في سننه، كتاب أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٣٩٩/٣، رقم (١١٠٢) ، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ٦٠٥/١، رقم (١٨٧٩) ، وقال أبو عيسى: حديث حسن، وصححه الألباني في مشكاة المصابيح ٩٣٨/٢.

(٢) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ٤٥٦/٦-٤٦٢، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ٥٠/٥-٥٢.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١، لسنة ١٩٨٤م.

وقد نص القانون على ترتيب العصبة بالنفس في الميراث، حيث جاء في المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١، لسنة ١٩٨٤م، ما نصه:

"للعصبة بالنفس جهات أربع، مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي: ١) البنوة، وتشمل الأبناء وأبناء الإبن وإن نزل. ٢) الأبوة، وتشمل: الأب، والجد العاصب وإن علا. ٣) الأخوة، وتشمل: الأخوة للأبوين، والأخوة لأب، وأبنائهما وإن نزلوا. ٤) العمومة، وتشمل: أعمام الميت لأبوين، أو لأب، وأعمام أبيه كذلك، وأعمام جده العاصب وإن علا، وأبناء من ذكروا وإن نزلوا".

ويتبين من هذا النص أن القانون الكويتي، قد رتب الأولياء على النحو التالي:

١- الأبناء وإن نزلوا.

٢- الآباء وإن علوا.

٣- الأخوة لأبوين أو لأب وأبناؤهم.

٤- الأعمام.

٥- القاضي عند عدم وجود الولي ممن ذكروا.

*** استواء الأولياء في الرتبة:**

إذا استوى الأولياء في الرتبة وتعددوا، فقد ذهب العلماء إلى أنه يستحب تقديم الأسن، والأعلم، والأورع[١].

(١) الولاية على النفس، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٩٤م، ص٩٠.

المبحث الثاني

أقوال الفقهاء في حكم تقديم الولي الأبعد مع وجود الأقرب

سبق بيان أقوال الفقهاء في ترتيب الأولياء، ورأي كل مذهب من المذاهب الأربعة في ذلك، ولكن هل يجوز تجاوز هذا الترتيب فتنتقل الولاية من الولي القريب إلى البعيد؟

ولبيان ذلك ينتظم الحديث في هذا المبحث في ثلاث نقاط رئيسية: الأولى: غيبة الولي الأقرب. الثانية: عضل الولي الأقرب. الثالثة: حكم الزواج إذا عقده الولي الأبعد مع وجود الأقرب.

المطلب الأول: غيبة الولي الأقرب:

إذا غاب الولي الأقرب فإنه ينظر أولًا إلى غيبته، فإما أن تكون غيبة قريبة، وإما أن تكون غيبة منقطعة بعيدة.

أ- غيبة الولي القريبة:

إذا كانت غيبة قريبة يمكن عودته منها، أو مراسلته، فإن الولاية لا تنتقل إلى الولي الأبعد في هذه الحالة، وإنما اختلف الفقهاء في الولاية في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أن الولاية لا تنتقل إلى غيره، بل ينتظر حتى يعود، وإنما يكتب إليه الحاكم ويطلب منه الحضور أو توكيل من ينوب عنه في هذا الأمر، وبهذا قال الحنفية، والمالكية، والأصح عند جمهور الشافعية والحنابلة[1].

---

(١) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣م، ٢٨٨/٣، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب الرُّعيني، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ٤٣٢/٣، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٧/٣، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، مرجع سابق، ٧٦/٨.

قال الدسوقي في حاشيته: "إذا كان غائبًا غيبة قريبة كعشرة أيام أو كان حاضرًا، ثم إن الحاكم أو غيره من الأولياء زوج ابنته أو أمته بغير إذنه ولم يفوض له أموره، فإن النكاح يفسخ أبدًا"(١).

وقال الشيرازي: "أما فيما دون المرحلتين فلا يزوج إلا بإذن الولي الأقرب في الأصح لقصر المسافة، فيراجع ليحضر أو يوكل كما لو كان مقيمًا"(٢).

وحجة هذا القول:

أن الولي غائب غيبة قريبة، فكان في حكم الحاضر، والولاية ثابتة له لا تسلب منه مع أهليته إلا بإذنه(٣).

القول الثاني: أن للحاكم إذا غاب الولي غيبة قريبة أن يزوجها بغير إذن الولي، وبهذا قال الشافعية.

قال الإمام الشافعي رحمه الله: "ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء، وأولى منه حي، غائبًا كان أو حاضرًا، بعيد الغيبة منقطعها، وقريبها مرجو الإياب غائبًا، ولا يزوجه إلا السلطان"(٤).

وحجة الإمام الشافعي:

حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (السلطان ولي من لا ولي له)(٥).

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ٢٢٩/٢.

(٢) المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م، ٣٧/٢.

(٣) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ١١١/٩.

(٤) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، ٣٨/٦، باختصار يسير.

(٥) رواه أبو دواد في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، ٢٢٩/٢، رقم (٢٠٨٣)، والترمذي في سننه، كتاب أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٣٩٩/٣، رقم (١١٠٢) ، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ٦٠٥/١، رقم (١٨٧٩) ، وقال أبو عيسى: حديث حسن، وصححه الألباني في مشكاة المصابيح ٩٣٨/٢.

وذلك أن الولي غائب وإن كان غيبة قريبة، قياسًا على ما إذا عضل الولي وامتنع عن تزويج موليته البالغة العاقلة بكفء زوَّجها السلطان بغير إذنه[1].

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القياس على العضل قياس مع الفارق؛ لأن العاضل تعذر الإنكاح منه مع بقاء الولاية له، فوجب انتقالها دفعا للضرر عن المخطوبة، أما الولي الغائب غيبة قريبة فلم يتعذر الإنكاح منه وإنما تعطلت مؤقتًا[2].

الترجيح:

يترجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، ومن قال بقولهم بأنه ينتظر إياب الولي إن غاب غيبة قريبة، وبخاصة في هذا الزمن؛ لتيسر وسائل النقل، فهي سهلة ميسورة، وكذلك وسائل التواصل المختلفة مما يسهل التواصل مع الولي واستدعائه. أما إذا رأى السلطان تعنتا من الولي في عدم الحضور وترتب عليه ضرر على الخاطبين، فيجوز للسلطان أن يزوجها.

ب- غيبة الولي غيبة منقطعة:

إذا غاب الولي غيبة منقطعة بعيدة، يخشى معها فوات الكفء إن انتظروا حضوره أو استطلاع رأيه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه إذا غاب الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، وبهذا قال الحنفية والحنابلة[3].

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مرجع سابق، ٥٨/٧.

(٢) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ١١١/٩.

(٣) حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٢م، ٨٢/٣، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ٥٥/٥.

القول الثاني: أنه ينتظر رجوع الولي الأقرب ولا يزوج الأبعد في غيابه، وبهذا قال زفر[١].

القول الثالث: أنه في حال غياب الولي تنتقل الولاية إلى السلطان فيزوج دون غيره، وبهذا قال المالكية والشافعية[٢]. غير أنه عند الشافعية يستحب للسلطان في هذه الحالة أن يأذن للولي الأبعد بانتقال الولاية إليه والتزويج بدلا عن الولي الأقرب الغائب، قال الإمام الشافعي رحمه الله: "ولا يزوجها إلا السلطان الذي يجوز حكمه فإذا رفع ذلك إلى السلطان فحق عليه أن يسأل عن الولي فإن كان غائبا سأل عن الخاطب فإن رضي به أحضر أقرب الولاة بها وأهل المحرم من أهلها وقال: هل تنقمون شيئا؟ فإن ذكروه نظر فيه فإن كان كفئا ورضيته أمرهم بتزويجه فإن لم يفعلوا زوجه وإن لم يأمرهم وزوجه فجائز"[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل الحنفية والحنابلة على انتقال الولاية للأبعد، بما يلي:

١- حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) [٤].

---

(١) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، مرجع سابق، ٢٨٨/٣.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مرجع سابق، ٢٣٤/٢، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ١١١/٩.

(٣) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ١٥/٥.

(٤) تقدم تخريجه.

وجه الدلالة:

أن من لا ولي لها في النكاح فالسلطان وليها، ومفهوم المخالفة يفيد أن من كان لها ولي فلا يجوز للسلطان أن يتولى تزويجها، والولي هنا موجود وهو الولي الأبعد فلا تنتقل الولاية إلى السلطان(١).

أدلة القول الثاني:

استدل زفر على القول بأنه ينتظر رجوع الولي الأقرب ولا يزوج الأبعد في غيابه، بما يلي:

أن ولاية الأقرب قائمة وإن غاب بسبب القرابة القريبة، وقد ثبتت حقًا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولا تسلب عنه شرعًا(٢).

ونوقش هذا القول:

بأن القول بأن ولاية الأقرب قائمة غير صحيح، قال الكاساني: "قوله: "إن ولاية الأقرب قائمة"، ممنوع ولا نسلم أنه يجوز إنكاحه، بل لا يجوز فولايته منقطعة بواحدة، وقد روي عن أصحابنا ما يدل على هذا فإنهم قالوا: إن الأقرب إذا كتب كتابا إلى الأبعد ليقدم رجلا في الصلاة على جنازة الصغير فإن للأبعد أن يمتنع عن ذلك.

ولو كانت ولاية الأقرب قائمة لما كان له الامتناع كما إذا كان الأقرب حاضرا فقدم رجلا ليس للأبعد ولاية المنع، والمعقول يدل عليه وهو أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته برأي الأقرب لخروجه من أن يكون منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كأنه جن أو مات؛ إذ الموجود الذي لا ينتفع به، والعدم الأصلي سواء"(٣).

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ٥٥/٥.

(٢) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، مرجع سابق، ٢٨٩/٣.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ٢٥١/٢.

أدلة القول الثالث:

استدل المالكية والشافعية على أن الولاية تنتقل للسلطان، بما يلي:

القياس على العضل؛ ذلك أن ولاية الأقرب الغائب باقية، وإنما تعذر التزويج من جهته كالعاضل الذي امتنع من تزويج موليته، فيقوم السلطان مقامه(١).

ونوقش هذا القول:

بأن نقل الولاية إلى السلطان باطل؛ لأن السلطان ولي من لا ولي له، وههنا لها ولي أو وليان، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولي ولم يوجد(٢).

الترجيح:

الراجح من أقوال الفقهاء في انقطاع الغيبة وبعدها للولي بأن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى الولي الأبعد؛ إذ أن انتقال الولاية إلى السلطان لمن لا ولي له، والولي الأبعد هنا يقوم مقام الأقرب.

ج- انتقال الولاية للأبعد إذا عضل الأقرب:

مفهوم العضل:

العضل في اللغة يراد به: الحبس والمنع(٣).

وفي الاصطلاح: عرفه الكاساني بأنه: منع الحرة البالغة من الإنكاح بكفء طلبته(٤).

وعند المالكية: هو "منع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها"(٥).

وعرفه الشربيني، بقوله: "أن تدعو البالغة إلى كفء فيمتنع الولي"(٦).

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مرجع سابق، ٣٧/٢.
(٢) حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، مرجع سابق، ٢٥١/٢.
(٣) لسان العرب، جمال الدين بن منظور، مرجع سابق، ٥٣٩/١١، مادة (عضل).
(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ٣٧٦/٢، بتصرف.
(٥) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، مرجع سابق، ٢٨٣/٣.
(٦) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٣/٣.

وعرفه ابن قدامة، بأنه: "منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"(١).

والأصل فيه قوله تعالى: {وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ}(٢).

المطلب الثاني: انتقال الولاية إذا عضل الولي الأقرب:

اختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه الولاية إذا عضل الولي الأقرب على قولين:

القول الأول: أن الولي الأقرب إذا عضل، فإن الولاية تنتقل إلى السلطان، وبهذا قال الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، والشافعية إذا كان العضل أقل من ثلاث مرات(٥)، ورواية عند الحنابلة(٦).

القول الثاني: أن الولي الأقرب إذا عضل انتقل الولاية إلى الولي الأبعد، فإن عضلوا جميعًا انتقلت الولاية إلى الحاكم، وهو قول عند الحنفية(٧)، وقول عند المالكية(٨)، والشافعية إذا كان العضل أكثر من ثلاث مرات(٩)، والحنابلة(١٠).

---

(١) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ١٥٧/٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ١٣٦/٣.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مرجع سابق، ٣٧٦/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ٣٧٦/٢.

(٥) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٣/٣.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ١٣/٣، المبدع في شرح المقنع، برهان الدين بن المفلح، مرجع سابق، ٣٦/٧.

(٧) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ١٣٦/٣، حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، مرجع سابق، ٨٢/٣.

(٨) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مرجع سابق، ٣٧٦/٢.

(٩) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٣/٣.

(١٠) شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ١٩/٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدلوا على انتقال الولاية للسلطان إذا عضل الولي القريب، بما يلي:

١- حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[١].

وجه الدلالة:

الحديث فيه دلالة واضحة على أن الولاية تنتقل للسلطان عند عضل الولي القريب، حيث ذكر النبي صلى الله عليه وسلم أن الولاية للسلطان إذا تشاجر الأولياء، وهذا يدل على أن المرأة إذا تنازع أولياؤها في أمر النكاح تصبح الولاية للسلطان لفض النزاع وتفادي الشقاق[٢].

٢- القياس على أن السلطان له حق انتزاع الدين من الولي الممتنع لصالح المرأة، فكذلك يحق للحاكم استيفاء حق النكاح للمرأة المتعذر من جهة وليها[٣].

٣- استدلوا بالمعقول: أن العضل ظلم، وولاية رفع الظلم عن الناس إنما هي من اختصاص الحاكم[٤].

٤- واستدل الشافعية على أن العضل إذا كان أقل من ثلاث مرات انتقلت الولاية للسلطان، بأن الولي العاضل لا يحكم بفسقه إلا إذا تكرر منه العضل ثلاث

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفورى، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ٢٢٨/٤.

(٣) المجموع شرح المهذب، محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ٢٥٩/١٧.

(٤) حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، مرجع سابق، ٨٢/٣.

مرات، وبالتالي لا تسقط وريته بدعوى الفسق فلا تنتقل للأبعد؛ وإنما ينظر له على أنه ظالم فيأمره السلطان بالتزويج فإن لم يفعل زوج السلطان لرفع الظلم عن المرأة[1].

أدلة القول الثاني:

استدلوا على انتقال الولاية للولي الأبعد إذا عضل الولي الأقرب، بما يلي:

١- حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[2].

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل على أن الولاية تنتقل للولي البعيد عند عضل الولي القريب؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الولاية للسلطان عند انعدام أولياء المرأة، وهذه لها ولي حاضر وهو الولي البعيد. وقول النبي صلى الله عليه وسلم (فإن اشتجروا) فيه دلالة على أنه إذا عضل جميع الأولياء[3].

٢- استدلوا بالقياس على ولاية شارب الخمر، بجامع أن كلا منهما فاسق وتسقط ولايته، فكما أن شارب الخمر تنتقل ولايته للولي الأبعد فكذلك العاضل[4].

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٣/٣.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ١٥٦/٩.

(٤) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ١٥٦/٩.

٣- استدل الشافعية على أنه إن عضل أكثر من ثلاث مرات تنتقل إلى الولي الأبعد، لأنه إن عضل أكثر من ثلاث مرات أصبح فاسقًا، وتسقط ولايته، ويصبح كالمعدوم فتنتقل ولايته للأبعد(١).

الترجيح:

الراجح من أقوال الفقهاء هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ومن قال بقولهم بأن الولاية تنتقل إذا عضل الولي إلى السلطان؛ لأن السلطان هو الأقدر على معرفة الكفء من غيره، فربما كان الولي الأقرب مصيبًا، وربما اختلف الأولياء – الأقرب والأبعد – فيكون المرجع في ذلك هو السلطان.

المطلب الثالث: حكم الزواج إذا عقده الولي الأبعد مع وجود الأقرب:

إذا قام الولي الأبعد بتزويج المولية ورضيت هي بالزواج، وذلك في حضور الولي الأقرب، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

– **القول الأول:** إذا عقد الولي الأبعد النكاح مع حضور الأقرب صح النكاح، وتوقف على إجازة الولي الأقرب، إن أجازه أجاز، وإن رده بطل النكاح. وبهذا قال الحنفية(٢).

– **القول الثاني:** إذا عقد الولي الأبعد النكاح مع حضور الأقرب وكان الأقرب مجبرا لم يصح النكاح، وإن لم يكن مجبرا يتوقف على إجازته، فله الاعتراض والفسخ ما لم يرض صريحا أو دلالة كقبضه المهر مثلا، وما لم يسكت حتى تلد أو تحبل. وبهذا قال المالكية(٣).

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٣/٣.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، مرجع سابق، ٢١٧/٣، حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، مرجع سابق، ٨١/٣.

(٣) شرح مختصر خليل، محمد الخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، ط٢، ١٣١٧هـ، ١٨٥/٣-١٨٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ٢٢٨/٢ . ٢٢٩.

- **القول الثالث:** أن النكاح لا يجوز بذلك، ويبطل. وبهذا قال الشافعية[1]، والحنابلة[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل الحنفية على القول بجواز النكاح وتوقفه على إجازة الورثة، بما يلي:

١- أن النكاح صحيح لأنه مكتمل الأركان، إلا أنه يتوقف على إجازة الولي الأقرب؛ لأن هذا الحق ثابت للولي الأقرب حتى في حالة ما إذا زوجت البكر البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، فإن له أن يجيزه فينفذ، وله أن يعترض عليه فيفسخ[3].

٢- القياس على عقد الأجنبي وتزويجه، فيتوقف على إجازة الولي؛ لأن الولي الأبعد في حضور الولي الأقرب في منزلة الأجنبي، فيتوقف أيضًا على إجازة الأقرب[4].

أدلة القول الثاني:

استدل المالكية على التفرقة بين إجبار الولي الأقرب أو عدم إجباره، بما يلي:

---

(١) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ١٤/٥، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ١٥٤/٣.

(٢) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ٢٨/٧، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، مرجع سابق، ٨١/٨، المبدع في شرح المقنع، برهان الدين بن المفلح، مرجع سابق، ٣٩/٧.

(٣) حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، مرجع سابق، ٨١/٣.

(٤) المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، مرجع سابق، ٢٢٠/٤.

١- قول عمر رضي الله عنه: (لا تُنْكَح المرأة إلاّ بإذن وليّها أو ذي الرّأي من أهلها أو السلطان)[١].

وجه الدلالة:

قال في المدوّنة:سألت مالكاً عن قول عمر بن الخطاب (أو ذي الرّأي من أهلها). من ذو الرّأي من أهلها؟ قال مالك: الرجل من العشيرة أو ابن العمّ، أو المولى، وإن كانت المرأة من العرب فإنّ إنكاحه جائز. قال مالك: وإن كان ثمّ من هو أقعد منه فإنكاحه إيّاها جائز، إذا كان له الصلاح والفضل، إذا أصاب وجه النّكاح"[٢].

٢- قالوا: أنّ كلاً من الوليّ الأقرب والأبعد وليّ في النّكاح، وإنّما يقدّم الأقرب منهم استحباباً من باب الأولى والأفضل، وهذا جائز بين الأولياء[٣].

القول الثالث:

استدل الشافعية والحنابلة على القول ببطلان النكاح، بما يلي:

١- ما روي عن أبي بُرْدَةَ، عن أبي موسَى رضِيَ اللهُ عنه، قال: قال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ: (لا نِكاحَ إلَّا بوَلِيٍّ) [٤].

---

(١) رواه مالك في الموطأ، باب نكاح، باب استئذان البكر والأيِّم في أنفسهما، ١٢٧/٣، والدارقطني في سننه، ٢٢٩/٣، والبيهقي في السنن الكبرى، ١١١/٧، وانظر: إرواء الغليل ٢٥٠/٦. وقد أعلَّه بالانقطاع بين سعيد بن المسيَّب وعمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ١٤٤/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ٢٢٧/٢.

(٣) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، مرجع سابق، ١٤٣/٢.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، رقم (٢٠٨٥)، والترمذي في سننه، رقم (١١٠١)، وابن ماجه في سننه، رقم (١٨٨١)، وأحمد، رقم (١٩٥١٨). وقال ابن حجر في (موافقة الخبر الخبر) (٣٧٢/٢): حسَنٌ صحيح. وقال الشوكاني في (نيل الأوطار) (٢٤٩/٦): اختُلِفَ في وصله وإرساله.

وجهُ الدَّلالة:

أن (الولي) وصف مشتق من الولاية؛ فيقتضي أن يكون الأحقّ الأولى فالأولى، وكل حكم علق على وصف فإنه يقوى الحكم بقوة هذا الوصف فيه؛ فما دام أنه علق الحكم بالولاية فمن كان أولى فهو أحق، ولا حق لمن وراءه مع وجوده وهو أهل(١).

٢- لأن عقد النكاح مستحق بالتعصيب؛ فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب، كالميراث، وبهذا فارق القريب البعيد(٢).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم النكاح إذا عقده الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب دون توكيل منه، يتبين أن الراجح من الآراء هو ما قاله الشافعية والحنابلة من أن النكاح لا يصح ما دام الأقرب موجودا، ولم يحصل منه عضل ولم يكن غائبًا؛ إذ أن اعتبار الولي شرطا من شروط النكاح والقول بجواز عقد الأبعد يعد إلغاءً لشرط الولي.

كما أن القول بجواز النكاح بذلك يعتبر مدخلا للفوضى بين الأولياء، ولهذا يترجح القول بإبطال النكاح.

**

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢ - ١٤٢٨هـ، ٩١/١٢، ٩٢.

(٢) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ٢٨/٧.

المبحث الثالث

عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب

في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

أشار قانون الأحوال الشخصية الكويتي – كما سبق – في المادة (٢٩) أن الولي بالنسبة لزواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث.

أما عقد الأولياء – الأقرب والأبعد –، فإن القانون في مادته (٣١) أشار إلى حالة عضل الولي، وهو أن يمتنع عن التزويج بكفء، حيث نصت المادة على:

[إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعًا أو اختلفوا] (١).

ومن خلال هذه المادة يتبين ما يلي:

أولاً: أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد وافق القول الراجح عند جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، وقول عند الحنابلة، والشافعية إذا عضل الولي أقل من ثلاث مرات)، وهو أنه إذا عضل الولي فإن الولاية تنتقل إلى السلطان(وحصره القانون في القاضي)؛ وحينئذ فإن للقاضي أن يأمر أو لا يأمر بالتزويج. وبهذا يتبين أن الولاية تنتقل عند العضل للقاضي.

ثانياً: إذا تعدد الأولياء وعضلوا جميعًا أو تشاجروا واختلفوا فالولاية تنتقل أيضًا للقاضي(٢)؛ وهذا القول موافق لما ورد في الحديث عن أم المؤمنين عائشة

---

(١) انظر: المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٢) مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص٢٢٨.

رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (...فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[1].

هذا بالنسبة للفتاة البكر، وهي كما حددها القانون بأنها التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين.

أما بالنسبة للثيب، فقد نصت المادة (٣٠) من قانون الأحوال الشخصية على: [الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها، واستثناء من الفقرة السابقة يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه] [2].

وتشير هذه المادة إلى أن الثيب يجوز لها أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق بعد إخطار الولي وسماع رأيه، وهذا استثناء من أنها لا تباشر العقد بنفسها وإنما وليها هو من يتولى ذلك[3].

**

(١) رواه أبو داود في سننه، ٦٣٤/١، رقم (٢٠٨٣)، والترمذي ي سننه، ٤٠٧/٣، رقم (١١٠٢)، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، وقال أبو عيسى: حديث حسن، وصححه الألباني في مشكاة المصابيح، ٢١٠/٢.

(٢) انظر: المادة (٣٠) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٤ لمشروع القانون بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٩٨٤/٥١ في شأن الأحوال الشخصية.

الخاتمة

الحمد لله في البدء وفي الختام، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيد الخلق ورحمة الله للأنام سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، والتابعين له بإحسان.
أما بعد:

فقد وصلت إلى نهاية هذا البحث، وبعد استفراغ ما في وسعي من جهد، وما قضيته من وقت، أبين أهم النتائج التي وقفت عليها من خلال مطالعة أجزاء هذا البحث، وهي الآتي:

١- أن القول باشتراط الولي في النكاح هو الأولى، وهو قول جمهور الفقهاء خلافًا للحنفية، وهو ما أخذ به القانون الكويتي.

٢- أن الفقهاء متفقون من حيث الجملة على اعتبار العصبة بالنفس في ولاية النكاح، واختلفوا في بعض تفصيل ذلك، وقد وافق قانون الأحوال الشخصية الكويتي الفقهاء في ذلك ونص عليه.

٣- وافق قانون الأحوال الشخصية الكويتي الحنفية والمالكية في تقديم البنوة على الأبوة في الولاية في النكاح.

٤- إن غاب الولي غيبة قريبة، ينتظر إيابه وبخاصة في هذا الزمن وقت تيسرت وسائل النقل وأصبحت سهلة ميسورة، وكذلك وسائل التواصل المختلفة مما يسهل التواصل مع الولي واستدعائه، غير أنه إن رأى الحاكم تعنت من الولي في عدم الحضور وترتب عليه ضرر على الخاطبين، فيجوز للسلطان أن يزوج موليته.

٥- إن غاب الولي غيبة منقطعة انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد.

٦- إذا عضل الولي تنتقل الولاية إلى السلطان؛ لأن السلطان هو الأقدر على معرفة الكفء من غيره.

٧- إذا عقد الولي الأبعد النكاح مع حضور الولي الأقرب دون توكيل منه، لا يصح النكاح؛ إذ إن اعتبار الولي شرطا من شروط النكاح والقول بجواز عقد الأبعد يعد إلغاء لشرط الولي.

٨- وافق قانون الأحوال الشخصية الكويتي (الحنفية، والمالكية، وقول عند الحنابلة، والشافعية إذا عضل الولي أقل من ثلاث مرات)، في أنه إذا عضل الولي فإن الولاية تنتقل إلى السلطان (وحصره القانون في القاضي)؛ وحينئذ فإن للقاضي أن يأمر أو لا يأمر بالتزويج. وبهذا يتبين أن الولاية تنتقل عند العضل للقاضي.

٩- إذا تعدد الأولياء وعضلوا جميعًا أو تشاجروا واختلفوا فالولاية تنتقل أيضًا للقاضي.

١٠- إن الثيب لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها، ولكن يجوز لها أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه.

المصادر والمراجع

-أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

-الاختيار لتعليل المختار، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧م.

-الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م،

-البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.

-تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

-تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.

-التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرءوف بن تاج العارفين، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ١٩٩٠م.

-جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري)، محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

-الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، شمس الدين القرطبي، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
-حاشية ابن عابدين، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٢م.
-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، بيروت، دار الفكر، ط٢.
-حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢م.
-حاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر عابدين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، عالم الكتب، ٢٠٠٣م.
-الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.
-الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، ط١، ١٩٩١م.
-روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م،
-سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٤، ١٩٦٠م.
-السيرة النبوية، إسماعيل بن عمر بن كثير، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٦م.
-الشرح الصغير على حاشية الدسوقي، دار المعارف.
-الشرح الكبير، الشيخ الدردير، دار الفكر.

-الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢ - ١٤٢٨هـ.
-شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع ، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ.
-شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣م.
-شرح مختصر خليل، محمد الخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، ط٢، ١٣١٧هـ.
-شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، عالم الكتب، ط١، ١٩٩٤م.
-شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، ط١، ١٩٩٣م.
-الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٨٧م.
-فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ١٤١٤هـ.
-الفواكه الدواني، أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، دار الفكر، ١٩٩٥م،
-الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
-الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
-كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

-كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسينى الحصني، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط وطالب عواد، دار البشائر، ط٩، ٢٠٠١م.

-لسان العرب، جمال الدين بن منظور، دار صادر،بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.

-المبدع في شرح المقنع، برهان الدين بن المفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م.

-المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م،

-المجموع شرح المهذب، محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة.

-المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.

-معالم السنن، أبو سليمان الخطابي، تحقيق محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط١، ١٩٣٢م.

-معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، دار الفكر، ١٩٧٩م.

-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م.

-المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.

-مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.

-منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م.

-المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

-مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب الرُّعيني، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

-الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغياني، تحقيق نعيم أشرف نور محمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط١، ١٤١٧هـ.

-الولاية على النفس، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٩٤م.

* * *