التعسف في ولاية التزويج (دراسة مقارنة)

أ.م.د. قيس عبد الوهاب الحيالي
جامعة الموصل/كلية الحقوق
جامعة عجمان/ كلية القانون

م.م. فراس جرجيس خلف الخاتوني
جامعة الموصل
كلية التربية الأساسية

Arbitrariness in the guardianship of marriage (A Comparative study)

Assist. Prof. Dr. Kays Abdulwahhab Issa
University of Mosul\college of Rights
University of Ajman\college of law
Assist. Lecturer. Firas Jarjees Khalaf Al-Khatony
University of Mosul\college of Basic Education

المقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم المرسلين، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

أولًا: مدخل تعريفي بموضوع البحث:

لقد شرع الله تعالى حق الولاية في التزويج حتى يشترك الولي مع المرأة في إنشاء عقد النكاح ولا تستبد به لوحدها؛ نظرًا لما لهذا العقد من أهمية كبيرة عند الشارع؛ وذلك لأن الولي أكمل نظرًا من المرأة، الأمر الذي يضمن قيام الزواج على أسس سليمة ومتينة، وهذه هي أهم الغايات التشريعية لحق الولاية في التزويج، فإذا حاد الولي عن هذه الغاية عند استعماله لحقه هذا وامتنع من تزويج موليته دون مسوغٍ مقبول فإنه يصبح في هذه الحالة عاضلًا؛ أي أنه يكون متعسفًا في استعمال حقه المذكور.

ثانيًا: أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في عدة أمور أهمها ما يأتي:

١- إن هذا البحث سيكشف عن مدى أحقية الولي في الامتناع عن تزويج موليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٢- سيكشف هذا البحث عن تطبيق مهم من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية.

٣- إن هذا البحث سيعين المشرع العراقي على الوقوف على وجوه التعسف في استعمال ولاية التزويج؛ أي وجوه التعسف في عضل الولي، وبالتالي تشريع النصوص الكفيلة بمنعه وفرض الجزاء المناسب عليه.

ثالثًا: أسباب اختيار موضوع البحث:

ثمة أسباب علمية عديدة تكمن وراء اختيار موضوع البحث، يمكن إيجاز أهمها بالنقاط الآتية:

١- معرفة مدى أحقية الولي في منع المرأة من التزوج وفقا للفقه الاسلامي والقانون الوضعي.

٢- التعرف على مدى امكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على موضوع عضل الولي على الرغم من خصوصية هذا الموضوع باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية.

٣- معرفة فيما اذا كان المشرع العراقي موفقًا في تشريع النصوص النافذة حاليًا والمتعلقة بموضوع الولاية وعضل الولي أم لا؟ وكذلك معرفة فيما إذا كان المشرع المذكور قد استفاد من نظرية التعسف في استعمال الحق وطبقها على موضوع عضل الولي بشكل صحيح أم أنه كان غير موفق في هذا الخصوص؟

رابعًا: مشكلة البحث:

هناك العديد من المشكلات الفقهية والقانونية التي نحاول من خلال هذا البحث

تشخيصها والوقوف على حلول لها، والتي يمكن إجمالها واختصارها بما يأتي:

١- اختلاف المذاهب الفقهية في مدى احقية المرأة في تزويج نفسها ومدى حق الولي في اجبارها على الزواج أو المنع منه، وكذلك اختلاف القوانين المقارنة في المسائل المذكورة وهذه القوانين هي: القانون العراقي والقانون المصري والقانون الإماراتي والقانون الجزائري.

٢- محاولة تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على موضوع عضل الولي باعتبارها نظرية مستقلة عن نظرية الخطأ من حيث الطبيعة والمعايير والجزاء.

٣- تشخيص أهم النواقص والعيوب التشريعية التي تشوب قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بموضوعي الولاية وعضل الولي واقتراح النصوص الكفيلة بسد ومعالجة تلك النواقص والعيوب.

خامسًا: منهجية البحث:

يقوم هذا البحث على منهج الدراسة المقارنة في كل موضوع من الموضوعات التي سيتناولها، ووفقًا للشكل الذي سنوضحه في الفقرات الآتية:

١- المقارنة بين مواقف المذاهب الفقهية، ولاسيما المذاهب الأربعة، وترجيح ما نراه راجحًا، استنادًا إلى ما يظهر لدينا من أدلة شرعية أو حجج قوية.

٢- المقارنة بين الفقه الإسلامي الذي يتمثل في المذاهب الفقهية من جهة، وبين القانون الوضعي الذي يتمثل بالقانون العراقي والقوانين المذكورة سابقًا، من جهة ثانية.

٣- المقارنة بين القوانين المذكورة آنفًا، للوقوف على القانون الموفق منها، وفقًا لما رجحناه في الفقه الإسلامي، مع الإشارة إلى موقف القضاء في بلدان تلك القوانين لاسيما موقف القضاء العراقي.

سادسًا: هيكلية البحث:

يقوم هيكل هذا البحث على مبحثين وكما يلي:

المبحث الأول: ولاية تزويج المرأة الرشيدة.

المطلب الأول: التعريف بالولاية.

المطلب الثاني: شروط الولي.

المطلب الثالث: ولاية تزويج المرأة الرشيدة.

المطلب الرابع: موقف القانون العراقي.

المبحث الثاني: وجوه التعسف في عضل الولي.

المطلب الأول: التعريف بالعضل.

المطلب الثاني: حقيقة العضل وشروطه وصوره.

المطلب الثالث: تمييز العضل عن التحجير.

المطلب الرابع: وجوه التعسف في عضل الولي.

المطلب الخامس: حكم العضل.

المطلب السادس: مواقف القوانين المقارنة من عضل الولي.

الخاتمة.

المصادر والمراجع.

وبعد، فإننا سنبذل في هذا العمل وسعنا وقصارى جهدنا، ونحاول فيه تقصي الحقيقة، ملازمون مراقبة الله عز وجل، فإن أصبنا فبتوفيقٍ من الرحمن، وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان، ونسأل الله أن يسدد خطانا، ويتقبّل منا، ويهدينا سواءَ السبيل، إنه نعم المولى ونعم الوكيل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

ولاية تزويج المرأة الرشيدة

إن البحث في مدى تحقق تعسف الولي في استعمال حقه في ولاية التزويج– وذلك من خلال البحث في موضوع عضل الولي– يتطلب منا أن نبحث ابتداءً في موضوع ولاية تزويج المرأة الرشيدة، لأن هذا البحث سيساعد على تبيين مدى أحقية الولي– وبحسب كل مذهب– في منع المرأة من الزواج، فثمة فرق بين أن تكون مباشرة

الولي لعقد الزواج حقاً من حقوقه، وواجبة لصحة العقد، وبين أن تكون تلك المباشرة مستحبة فقط لا واجبة.

والبحث في موضوع ولاية تزويج المرأة الرشيدة يلزم أن يسبقه أولًا التعريف بالولاية، وثانيًا بيان شروط الولي، ثم نبحث بعد ذلك ولاية تزويج المرأة الرشيدة في الفقه الإسلامي، ونعقبه ببيان موقف القانون العراقي منها، ونخصص لكل موضوع مما سبق مطلبًا مستقلًا، وعلى ذلك ستكون خطة هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول

التعريف بالولاية

سنعرف الولاية أولًا في اللغة، ثم نلي ذلك بتعريفها في الاصطلاح، وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولا: الولاية لغة:

الولاية لغةً –بكسر الواو– هي الخطة والإمارة والسلطان، والولاية –بكسر الواو وفتحها، النُّصرة[١]، وعلى هذا فإن الولاية في اللغة تعني السلطة التي يمتلكها الإنسان.

أما الوَليُّ لغةً فهو اسم من أسماء الله تعالى، ويعني: الناصر[٢]، والولي: ضد العدو[٣]، والولي: المحب والصديق والنصير[٤]، وكل من ولي أمر واحد فهو وليه[٥]، وولي المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[٦].

ثانيا: الولاية اصطلاحا:

لم يعرف الفقهاء الولاية، لذلك عرفها أحد المختصين بأنها: "سلطة شرعية يملك

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج١٥، ص٤٠٧. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط٤، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠١٣، ص١٣٥٠.
(٢) ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ص٤٠٦.
(٣) ينظر: الجوهري، الصِّحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٢٧٠.
(٤) ينظر: الفيروز آبادي، المصدر السابق، ص١٣٥٠.
(٥) ينظر: الجوهري، المصدر السابق، ص١٢٧٠.
(٦) ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ص٤٠٧.

بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره"[١].

وتتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة: فتتنوع أولًا من حيث ذاتها إلى ولاية عامة، وولاية خاصة؛ فالعامة كولاية القاضي، والخاصة كولاية الأب والجد. وتتنوع ثانيًا من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة، وولاية تامة (متعدية)؛ فالقاصرة: هي ولاية الشخص على نفسه، وهي لا تنفك عن أهلية الأداء. والولاية التامة: هي التي تخول الشخص – فضلا عن التصرف في شؤون نفسه– التصرف في شؤون غيره ولو جبرًا على ذلك الغير[٢]. والولاية الخاصة تتنوع بدورها الى: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معًا[٣]. والذي يهمنا في هذا البحث هي الولاية على النفس، وعلى الأخص ولاية التزويج أو النكاح، والتي لم أقف على تعريف لها عند الفقهاء يمكن الاعتماد عليه، وكل ما وجدته هو تعريف صاحب الدر المختار من الحنفية من أنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[٤].

وقد اعترض على هذا التعريف كونه قاصرًا على أحد نوعي الولاية، وهي ولاية الإجبار[٥]، والمقصود بولاية الإجبار هي التي يملك فيها الولي مباشرة عقد نكاح المولى عليه دون توقف على إذنه ورضاه، ويقال لصاحبها ولي مُجبِر. أما ولاية الاختيار أو الشركة فهي التي يمتلك فيها الولي مباشرة عقد نكاح المرأة الرشيدة، بإذنها ورضاها، بكرًا كانت أو ثيبًا، ويقال لصاحبها ولي مُخَيِّر (غير مجبر)[٦]. وتعريف ولاية

(١) ينظر: د. عَوض بن رجاء العَوفي، الولاية في النكاح، ج١، ط١، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ٢٠٠٢، ص٢٥.
(٢) ينظر: د. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ص١٩١-١٩٢. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١٠، ط٤، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٧، ص٦٦٩١.
(٣) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار" حاشية ابن عابدين"- على الدر المختار للحصكفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، ج٤، ط١، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٤٩.
(٤) ينظر: الحصكفي، الدر المختار بأعلى رد المحتار لابن عابدين، مصدر سابق، ج٤، ص١٤٨-١٤٩.
(٥) ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، ص١٤٨.
(٦) ينظر: د. أحمد فراج، مصدر سابق، ص١٩٢.

ولاية الاختيار هذا جاء بحسب مذهب جمهور الفقهاء، خلافًا للحنفية الذين سموها ولاية الاستحباب. كما اعترض على تعريف الولاية السابق ذكره كونه غير مانع ايضًا، فهو شامل للولاية عمومًا؛ أي يشمل الولاية على النفس والولاية على المال معًا[١]، وأن الولاية صفة تقوم في الشخص أما التنفيذ المذكور فهو أثرها[٢]، وقد اعتمد تعريف الحنفية المذكور آنفًا أغلب المختصين بالأحوال الشخصية[٣]، وذلك إما لأن المقصود بيان الولاية على المشهور من مذهب الإمام أبي حنيفة – وهو الظاهر–، وإما لأنه الراجح في نظرهم. في حين أن الولاية في المذهب الحنفي هي في الحقيقة ولاية إجبار فقط، والتي تثبت على القاصرين لصغر أو جنون أو عته.

وأما التي يعد فيها إذن المولى عليه فهي تسمى ولاية ندب واستحباب، وهي تقابل ولاية الاختيار المشار إليها آنفًا عند جمهور الفقهاء، وهي تثبت على المرأة الرشيدة، وهي في حقيقتها وكالة وليست ولاية، وإنما سمي وليًا لما له من القرابة[٤]؛ وذلك لأن المرأة الرشيدة –عندهم– لها حق تزويج نفسها، وهذا بخلاف مذهب جمهور الفقهاء –كما سيأتي– فإن الولاية تثبت على المرأة مطلقًا ولا تلازم بين الولاية والإجبار، لذا فإن التعريف المذكور غير جامع، فهو لا يشمل معنى الولاية عند الجمهور، وعلى ذلك فإن التعريف الذي نعتمده هو تعريف أحد المختصين، وهو أن الولاية " سلطة شرعية، لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلًا لعقده"[٥].

(١) ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، ص١٤٨.
(٢) ينظر: الرافعي، تقريراته، بهامش رد المحتار لابن عابدين، المصدر السابق، ص١٤٨.
(٣) ينظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط٣، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٥٧، ص١٢٢. أحمد فراج، المصدر السابق، ص١٩١. زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط٦، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ١٩٩٣، ص٢٠٥. نظام الدين عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ج١، ط١، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص٧٣. د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، ط٢، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص٧٥. د.يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٢، ص١٧٦. د. جمعة محمد براج، الولاية في عقد النكاح، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (١١)، السنة الخامسة، جامعة الكويت، ١٩٨٨، ص٧٠.
(٤) ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، ص١٤٩. زكى الدين شعبان، المصدر السابق، ص٢١٢.
(٥) ينظر: د. عوض بن رجاء العوفي، مصدر سابق، ص٢٩.

أما الولي فقد عرفه الحنفية بأنه: "البالغ العاقل الوارث ولو فاسقًا على المذهب"[١]. ويلاحظ على تعريف الحنفية أنه يوحي إلى أن مفهوم الولي يقتصر فقط على ذي القرابة. وعرفه ابن عرفة المالكي بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب[٢] أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[٣]. ولم يعرف الشافعية الولي، ومع ذلك يمكن القول– وبالاستناد الى أسباب الولاية عندهم– إنهم يريدون بالولي: من له ولاية على المرأة بسبب أبوة أو تعصيب أو ملك أو ولاء (إعتاق) أو سلطان[٤]. وذات المفهوم قال به الحنابلة بالاستناد إلى أسباب الولاية عندهم أيضًا[٥]، وإن كان ابن ابن المَبْرد الحنبلي قد عرف الولي بأنه: "من له ولاية على المرأة"[٦]، إلا أنه تعريف غير كاف، فهو تعريف الشيء بالشيء ذاته.

المطلب الثاني

شروط الولي

ليس كل ولي يحق له مباشرة ولايته على موليته، بل لابد من توافر شروط معينة فيه اشترطها الفقهاء[٧]، إلا أن هناك شروطًا متفقًا عليها، وشروطًا مختلفًا فيها، نتناولها بإيجازٍ شديد فيما يلي:

(١) وهذا تعريف صاحب الدر المختار وهو الحصكفي. ينظر: ابن عابدين، مصدر سابق، ج٤، ص١٤٧.

(٢) العصبة (بالنفس): هو كل ذكر يتصل بـ (المولى عليها) بلا توسط أنثى. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق- ومعه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص٢١٠.

(٣) ينظر: محمد الأنصاري الرصَاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، القسم الأول، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣، ص٢٤١.

(٤) ينظر: أبو بكر الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج٣، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١، ص٥١٠،٤٨٦،٤٨٥،٤٨١.

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني- ويليه الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي، ج٧، طبعة جديدة، دار الكتاب الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢، ص٣٤٦-٣٥٠، ٣٦٠.

(٦) ينظر: ابن المَبرْد، الدّر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ط١، دار المجتمع، جدة، ١٩٩١، ص٤١٦.

(٧) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٣٤٦-٣٥٢. ابن الهمام، شرح فتح القدير- على الهداية شرح بداية المبتدئ =

أولًا: الشروط المتفق عليها: وهي ما يأتي:

١- كمال الأهلية: وذلك بالبلوغ، والعقل، والحرية. على أن شرط الحرية لم يعد له تطبيق حاليًا.

٢- الإسلام: فلا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١﴾[1].

ثانيًا: الشروط المختلف فيها: وهي ما يأتي:

١- الذكورة: وهو شرط عند جمهور الفقهاء.

٢- العدالة: هي شرط عند الشافعية -على المذهب- ورواية عن الإمام أحمد، والمراد بالعدالة في حق الولي عدم الفسق فقط، بخلافها في الشاهد فإن المراد بها ملكة في النفس تمنع اقتراف الذنوب الكبائر والصغائر ومن الرذائل المباحة. كما يراد بالعدالة هنا العدالة الظاهرة، فيكفي مستور الحال الظاهر العدالة؛ لأن اشتراط العدالة ظاهرًا وباطنًا حرج ومشقة، ويفضي إلى بطلان غالب الأنكحة، والفسق لا يسلب الولاية على المشهور في مذهبي الحنفية والمالكية، وفي قول للشافعي، ورواية عن الإمام أحمد، وهو الراجح -والله أعلم- للأدلة التي اعتمدوا عليها.

٣- الرشد: وهو شرط عند الشافعية والحنابلة فقط، ومعناه ليس واحدًا في المذهبين، فالشافعية حملوه على معناه التقليدي وهو عدم تبذير المال، وعكس الرشيد: السفيه، وقيدوا ذلك بأن يكون السفيه محجورًا عليه. أما معناه عند الحنبلية فهو معرفة

= للمرغيناني- ومعه العناية شرح الهداية لأكمل الدين البابرتي وحاشيتا سعدي جلبي وسعدي أفندي على شرح العناية وعلى الهداية، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٢٢-٢٢٣، ٢٧٤-٢٧٥. أبو بكر الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج٢، ط١، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٨. الدسوقي، حاشية الدسوقي -على الشرح الكبير للدردير، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٨-٣٠. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدي، ج٦، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٣٦-٢٤١. أبو بكر الدمياطي، مصدر سابق، ج٣، ص٤٧٦-٤٨٠. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع لأبي النجا المقدسي، ج٧، دار عالم الكتب، الرياض، ص٢٤٠٧-٢٤٠٩. ابن قدامة المقدسي، الكافي، ط١، المكتب الإسلامي – دار بن حزم، بيروت، ٢٠٠٣، ص٦٠٠-٦٠١. ابن تيمية، المحرر، ج٢، وزارة الأوقاف السعودية، ص١٥.

(١) سورة النساء، من الآية: ١٤١.

الكفء ومصالح النكاح. وليس هو حفظ المال؛ لأن رشد كل مقام بحسبه، وليس الرشد بمعنى حسن التصرف بالمال شرطًا في ثبوت الولاية عند الحنفية وعلى الراجح عند المالكية.

٤- عدم إحرام الولي بحج أو عمرة: وهو شرط عند المالكية والشافعية والحنبلية، علمًا أن الإحرام لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر، وإنما يمنع صحة النكاح. بينما أجاز الحنفية للولي تزويج موليته وهو مُحرِم.

المطلب الثالث

ولاية تزويج المرأة الرشيدة

أشرنا فيما سلف إلى أن بحث موضوع عضل الولي يعتمد أساسًا على معرفة هل أن مباشرة عقد النكاح هي حق للولي أم أنها مستحبة فقط؟ ويمكن حصر آراء الفقهاء في ولاية تزويج المرأة الرشيدة -مهما كانت درجتها من العلم والرشد- في سبعة آراء[١]، نعرضها فيما يلي مع الشرح الموجز لكل رأي:

الرأي الأول: اشتراط الولاية في عقد النكاح مطلقًا:

يعد الولي وفقًا لهذا الرأي شرطًا في نكاح المرأة الرشيدة، لا يصح العقد بدونه، وليس لها أن تنفرد بالعقد على نفسها حتى وإن أذِن لها وليها، فلا عبارة لها في النكاح مطلقًا. وعليه فإن مباشرة عقد النكاح بموجب هذا الرأي هي حق من حقوق الولي، وهذا هو مذهب جمهور أهل العلم من الصحابة (ﷺ) والتابعين[٢]، وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية[٣]، والشافعية[١]، والحنبلية[٢]، والظاهرية[٣]، وهو قول لأبي يوسف صاحب

(١) ينظر: الكاساني، مصدر سابق، ج٣، ص٣٦٩-٣٧٦. بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٧٠-٨٠. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢، ص٨-١٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص٣٨-٤٨. ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٣٧-٣٤٠.

(٢) ينظر: ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج٥، ط١، مكتبة مكة الثقافية، ٢٠٠٥، ص١٤. العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٩، ط١، دار الريان للتراث، القاهرة، ١٩٨٦، ص٩٤.

(٣) ينظر: ابن جزيّ، القوانين الفقهية، ت: محمد بن سيدي، ص٣٣٢-٣٣٣.

أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية[٤]. وقد ظهر لي أن هذا الرأي هو الراجح –والله أعلم– لما أستند إليه من أدلة قوية وواضحة وصحيحة وغير مؤولة لا يتسع المقام لعرضها[٥]، وأبرزها حديث:((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))[٦]، هذا أولًا، وثانيًا لأنه مذهب جمهور أهل العلم من الصحابة (ﷺ) والتابعين والفقهاء.

الرأي الثاني: عدم اشتراط الولاية في النكاح مطلقًا:

يجوز للمرأة الرشيدة مباشرة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقًا، بكرًا كانت أو ثيبًا، إلا أنه خلاف المستحب؛ أي: أن الولاية في نكاحها مستحبة وليست واجبة، وللولي حق الاعتراض في غير الكفء وطلب فسخ العقد. وهذا هو المعتمد عند الإمام أبي حنيفة وأصحابه[٧]، وهو رواية عن الإمام أحمد [٨].

الرأي الثالث: اشتراط الولاية باعتبار كفاءة الزوج أو عدمها:

فإن كان الزوج كفؤًا لها صحّ عقد النكاح ونفذ بدون ولي، وليس له الاعتراض

---

(١) ينظر: د. محمود مطرجي، المجموع شرح المهذب للنووي، ج١٧، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٠٤.

(٢) ينظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٢، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٤، ص١٣٥٤.

(٣) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج٩، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ١٩٢٦، ص٤٥١، ٤٦٩.

(٤) ينظر: بدر الدين العيني، المصدر السابق، ص٧٠.

(٥) ينظر: د. عوض بن رجاء العوفي، مصدر سابق، ج١، ص٦٨-٢٤٧. د. محمد جمعة براج، مصدر سابق، ص٨١-٩٦.

(٦) أخرجه الترمذي في ابواب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (١١٠٨) عن عائشة (رضي الله عنها)، وقال الترمذي فيه: حديث حسن. ينظر المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ج٤، دار الفكر، ص٢٢٧- ٢٢٨.

(٧) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ص١٠. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢١٣. ابن الهمام، مصدر سابق، ج٣، ص٢٤٦-٢٤٧. الكاساني، مصدر سابق، ج٣، ص٣٦٩-٣٧٠.

(٨) ينظر: المرداوي، مصدر سابق، ج٢، ص١٣٥٤.

عليه، وإن لم يكن كفؤًا لها فالنكاح غير صحيح أصلًا. وهذا القول هو رواية عن الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو المختار للفتوى لفساد الزمان، ودفع الضرر عن الأولياء، فكان الأحوط سد باب التزويج عليها من غير كفء، لأنه كم من واقع لا يرفع[١].

الرأي الرابع: انعقاد نكاح المرأة على نفسها موقوفًا على إجازة الولي:

يرى أصحاب هذا الرأي صحة عقد نكاح المرأة على نفسها بدون إذن وليها، ولكنه ينعقد موقوفًا على إجازته، سواء كان الزوج كفؤًا أو لا. وهذا الرأي هو الرواية المشهورة عن محمد بن الحسن، وهو أيضًا إحدى الروايات عن أبي يوسف، وقد قيل برجوعهما على رواية ظاهر المذهب[٢].

الرأي الخامس: صحة عقد المرأة على نفسها بإذن وليها:

يفرق هذا الرأي بين المرأة التي أذن لها وليها في عقد نكاحها، وبين التي لم يأذن لها؛ فإن أذن لها صح توليها عقد نكاحها، وإلا فلا. وقد ذهب إلى ذلك الإمام أبو ثور[٣].

الرأي السادس: اشتراط الولاية في النكاح على البكر دون الثَّيبّ:

يفرق هذا الرأي بين البكر والثيب؛ فإن كانت بكرًا فلا نكاح لها إلا بولي، وان كانت ثيبًا صح لها أن تولي أمر نكاحها رجلًا من المسلمين فيزوّجها، وليس للولي في ذلك اعتراض. وهذا رأي داؤد الظاهري[٤].

(١) ينظر: السرخسي، المصدر السابق، ص١٣. ابن الهمام، المصدر السابق، ص٢٤٦. بدر الدين العيني، مصدر سابق، ج٥، ص٧٩-٨٠. ابن عابدين، رد المحتار- على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جـ٤، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٣، ص١٥٦-١٥٧.

(٢) ينظر: المرغيناني، المصدر السابق، ص٢١٣. ابن الهمام، المصدر السابق، ص٢٤٦. الكاساني، الكاساني، المصدر السابق، ص٣٦٩-٣٧٠. بدر الدين العيني، المصدر السابق، ص٧٠-٨٠.

(٣) ينظر: د. محمود مطرجي، مصدر سابق، ج١٧، ص٣٠٤-٣٠٥. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٩، ص٣٨، ٤٥.

(٤) ينظر: ابن حزم، مصدر سابق، ج٩، ص٤٠٥.

الرأي السابع: اشتراط الولاية في النكاح على الشريفة دون الدنيئة:

يقول هذا الرأي بالتفريق بين المرأة الشريفة والمرأة الدنيئة أو الوضيعة؛ فإن كانت دنيئة ولم يكن لها ولي خاص مجبر[١]، وتعذر عليها رفع أمرها الى الحاكم، صح نكاحها بالولاية العامة؛ بأن تولي رجلا من المسلمين فيعقد نكاحها، ويصح نكاحها ولو تولى الزوج العقد بنفسه، وهذه رواية مشهورة عن الإمام مالك[٢]، إلا أنها منكرة عند بعض المالكية[٣]. والمراد بالدنيئة هي التي لا يرغب فيها لعدم مالها وجمالها وحسبها[٤]. وللعمل بهذه الرواية يشترط ألا يكون للمرأة ولي خاص مجبر، بمعنى أن عقد نكاحها يصح بالولاية العامة حتى لو كان لها ولي خاص غير مجبر كالأخ، والعم مثلا[٥]. وفي رواية عن الإمام مالك أن الدنيئة هي التي ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية[٦]؛ أي ليس لها ولي بقرابة مطلقا، مجبرا أو غير مجبر، والمعتمد هو القول الأول الأول المشهور.

المطلب الرابع

موقف القانون العراقي

على الرغم من أهمية الولاية في عقد النكاح، فإن قانون الأحوال الشخصية العراقي جاء خاليًا من الإشارة إلى أحكامها، سوى ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة

(١) المراد بالولي الخاص عند المالكية العصبة بنسب، أو ولاء، والكافل، والسلطان، وهو يقابل الولي العام، وهو من يستحق الولاية بالإسلام وحده. والمجبر يقابل غير المجبر، والمراد بالولي الخاص المجبر: الأب على ابنته البكر أو الصغيرة مطلقا، وكذلك وصيه. ينظر: الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص١٦، ٢٠-٢٢.

(٢) ينظر: الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج٤، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٠٦، ص١٧٠. النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص١١. الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ط١، دار الرضوان، نواكشوط، ٢٠١٠، ص٢٤٤.

(٣) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٣، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٩١٩، ص٢٧٠.

(٤) ينظر: النفراوي، المصدر السابق، ص١١.

(٥) ينظر: الدسوقي، المصدر السابق، ص٢٢. الخرشي، حاشية الخُرشي- على مختصر سيدي خليل – وبأسفله حاشية علي العدوي، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص١٥٤-١٥٥.

(٦) ينظر: الباجي، المصدر السابق، ص٢٧٠.

(٨) من اشتراط موافقة الولي الشرعي على زواج من أكمل الخامسة عشرة من العمر، لذا ليس أمام القاضي والحال هذه سوى الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع وفقًا للفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المذكور، والتي نصت:" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون". وذلك سدًا لهذا النقص التشريعي، وإن كانت هذه الإحالة غير دقيقة؛ لأن الأدق هو أن يحيل الى الفقه الإسلامي. وخلافًا للقانون العراقي، فقد اهتمت قوانين أغلب البلاد العربية بموضوع الولاية، وأفردت موادًا خاصة عالجت العديد من مسائلها؛ فقد اعتبر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[١] الولي ركنًا من أركان عقد الزواج[٢]، وعرفه بأنه: الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنًا ثم أخًا ثم عمًا[٣]، أخذًا برأي الحنابلة في ترتيب الأولياء بالنسبة لتزويج المرأة، وتقديم الأب على الابن لأنه أكمل نظرًا واشد شفقة[٤]، واشترط في الولي أن يكون ذكرًا عاقلًا بالغًا، غير محرم بحج أو عمرة، مسلمًا إن كانت الولاية على مسلم[٥]، موافقًا بذلك مذهب الجمهور الجمهور في الشروط المذكورة، ورأي الحنفية والمالكية –الذي رجحناه– في عدم أخذه بشرط العدالة، كما اعتمد مذهب الجمهور أيضًا في اشتراط الولاية في نكاح المرأة الرشيدة، وأوجب رضاها بأن توقع على العقد، واعتبر العقد باطلًا بغير ولي[٦]، وجعل القاضي وليًا لمن لا ولي له[٧]. هذا، ولا يعني خلو القانون العراقي من الإشارة الى أحكام الولاية أن القضاء العراقي لا يحفل بالولاية ولا يشترطها، بل العكس هو الصحيح، تطبيقًا للفقرة (٢) من المادة (١) المتقدم ذكرها، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز:" وجد أن المحكمة أصدرت حكمها ببطلان العقد الجاري بين الطرفين لأسباب

(١) رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، صادر في ١١/١٩/ ٢٠٠٥، ومنشور في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٣٩، في٢٠٠٥/١١/٣٠.
(٢) ينظر: نص الفقرة (١) من المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٣) ينظر: نص المادة (٣٢) من القانون نفسه.
(٤) ينظر: د. علي أبو الخير، الواضح في فقه الإمام أحمد، ط٢، دار الخير، دمشق-بيروت، ١٩٩٦، ١٩٩٦، ص٣٧٨-٣٨٨.
(٥) ينظر: نص المادة (٣٣) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٦) ينظر: نص المادة (٣٩) من القانون ذاته.
(٧) ينظر: نص المادة (٣٥) من القانون نفسه.

ذكرتها فيها دون أن تلاحظ أن أب المدعية هو الذي عقد نكاحها على المدعى عليه ولم يثبت للمحكمة إجبار المدعية على هذا العقد ولا سكوتها عن رده مكرهة. وأن المدعى عليه دخل بها. لذا يكون الحكم بالبطلان قبل ثبوت ما يوجبه غير صحيح. لذا قرر نقض الحكم"[١]. يتبين من القرار المذكور أن القضاء العراقي يتفق مع المذهب الحنفي في أن ولاية الأب على ابنته الرشيدة إنما هي ولاية ندب[٢]؛ إذ يفهم من القرار اتجاه محكمة التمييز الى إبطال عقد الزواج فيما لو ثبت إجبار (المدعية) عليه. ويمكن أن نستخلص ذلك أيضًا من الجمع بين مفهومي المادة (٤) والفقرة (٢) من المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية، إذ نصت المادة (٤):" ينعقد الزواج بإيجاب- يفيده لغةً أو عرفًا- من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه". والوكيل هو الولي بالنسبة للمرأة؛ لأنه يسمى وليًا لما له من القرابة كما يقول الحنفية. ونصت الفقرة (٢) من المادة (٦): "ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تُقرِؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه". وهذا ما يؤيده بعض الشراح أيضًا[٣].

المبحث الثاني

وجوه التعسف في عضل الولي

إن بحث وجوه التعسف في عضل الولي يستوجب بادئ الأمر التعريف به في اللغة والاصطلاح في مطلبٍ أول، وبيان حقيقته وشروطه وصوره في مطلبٍ ثانٍ، وتمييزه عن التحجير في مطلبٍ ثالث، ثم بعد ذلك نشرع ببيان وجوه التعسف فيه في مطلبٍ رابع، ليبقى بعد ذلك تبيين حكم العضل في مطلبٍ خامس، خاتمين هذا المبحث

(١) القرار رقم ٤٤٣ /شرعية/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٦/٢٨. نقلًا عن: د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٨٢-٨٣.
(٢) ينظر: د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٨٢.
(٣) ينظر: د. أحمد علي الخطيب، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص٣٣.

بمطلب سادس نتناول فيه مواقف القوانين المقارنة من عضل الولي، وبناءً على ذلك ستكون هيكلية هذا المبحث بالشكل الآتي:

المطلب الأول

التعريف بالعضل

وسنبدأ بتعريفه كالمعتاد في اللغة أولًا، ثم بعد ذلك في الاصطلاح، وكما يأتي:

أولًا: العضل لغةً:

العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر[١]، وأصل العضل المنع والشدة والتضييق[٢]، يقال عضل الرجل أيمَهُ إذا منعها من التزويج[٣]، وعضل المرأة عن الزواج حبسها وعضل الرجل أيمَهُ يعضُلُها ويعضِلها عضلًا، وعضَّلها منعها الزوج ظلمًا[٤]، وعَضَلت تعضيلًا، إذا منعتها من التزوج ظلمًا[٥]. يتضح مما سبق أن المعنى اللغوي لعضل الولي هو منع المرأة من التزوج ظلمًا، وقد ورد هذا المعنى في أغلب المراجع اللغوية، ولكن الفراهيدي خالف ذلك فقال: "وعُضِلت المرأة بالتخفيف إذا لم تطلَّق، ولم تترك، ولا يكون العضل إلا بعد التزويج"[٦].

ثانيًا: عضل الولي اصطلاحًا:

لم أعثر على تعريف صريح لعضل الولي عند الحنفية، ولا عند المالكية والشافعية، ولكن يفهم من كتب الحنفية أنهم يقصدون به: امتناع الولي عن التزويج من كفء[٧] بمهر المثل[٨]. ويستخلص أيضًا من كتب المالكية أنهم يريدون به: امتناع

(١) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٤، دار الفكر، ١٩٧٩، ص٣٤٥.
(٢) ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج١١، ص٤٥٢.
(٣) ينظر: الجوهري، مصدر سابق، ص٧٨٠.
(٤) ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ص٤٥١.
(٥) ينظر: ابن فارس، المصدر السابق، ص٣٤٦.
(٦) ينظر: الفراهيدي، كتاب العين، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٧٨.
(٧) الكفاءة: هي المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور، أو كون المرأة أدنى، وهي معتبرة في النكاح. ينظر: ابن نجيم، مصدر سابق، ج٣، ص٢٢٥.
(٨) ينظر: ابن عابدين، ط. العلمية، مصدر سابق، ج٤، ص٢٠١.

الولي (المُجبِر) من تزويج المرأة بكفء رغبت التزوج منه، أو دعت إليه ولو بدون مهر المثل، مع تحقق الإضرار بها[١]. وعرفوا العاضل بأنه:" الراد للأكفاء مرة بعد مرة"[٢]. أما الشافعية فيؤخذ منهم أنهم يقصدون به: منع الولي (ولو مجبرًا) امرأة بالغة عاقلة من التزويج بكفءٍ دعت اليه ولو بدون مهر المثل[٣]. والحنابلة فقط هم من عرف العضل صراحةً على أنه: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، سواء كان ذلك بمهر مثلها أو دونه[٤].

يلاحظ مما تقدم أن القدر المتفق عليه عند جميع المذاهب المذكورة آنفًا في معنى عضل الولي أو حقيقته، هو المنع من التزويج بكفء، كما يلاحظ أن هناك اتفاقًا بين الشافعية والحنابلة على معنى العضل بشكل عام، ويتبين أيضًا أن هناك اتفاقًا بين المالكية والشافعية والحنابلة على عدم اشتراط مهر المثل من الكفء المتقدم للزواج، خلافًا للحنفية، وفيما عدا ذلك نجد أن المالكية يختلفون عن بقية فقهاء المذاهب في معنى العضل.

المطلب الثاني

حقيقة العضل وشروطه وصوره

ذكرنا سابقًا أن المعنى المتفق عليه للعضل عند الفقهاء هو المنع من التزويج بكفء، وهذا ما يثير تساؤلًا مفاده: هل أن كل منع من التزويج يأخذ وصف العضل، وتترتب عليه الأحكام الخاصة بالعضل التي سياتي ذكرها؟ أم أن العضل هو منع من نوع خاص؟ وهذا بدوره يثير تساؤلًا آخر وهو: متى يكون امتناع الولي من التزويج مشروعًا، أي بحق، ومتى لا يكون كذلك؟ وهذا أيضًا يقودنا إلى تساؤل آخر وهو: هل أن هذا المنع يختلف باختلاف نوع الولي أو الولاية، أم أنه منع واحد يأخذ وصف العضل مهما كان نوع الولي؟ لذلك فإن الأمر كما يبدو يتعلق بشروط تحقق العضل

(١) ينظر: الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص٣١-٣٢. ابن جزي، مصدر سابق، ص٣٣٥،٣٣٩.
(٢) ينظر: الرصَّاع، مصدر سابق، ص٢٤٦.
(٣) ينظر: أبو بكر الدمياطي، مصدر سابق، ج٣، ص٤٩٤.
(٤) ينظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٦٨. المرداوي، مصدر سابق، ج٢، ص١٣٥٨.

في كل مذهب، يضاف إلى ذلك أن معاني العضل عند المذاهب– سالفة الذكر– تثير فروضًا أو تساؤلات هي: هل أن حكم المنع يختلف بين ما إذا تقدم الخاطب الكفؤ ورغبت المرأة الزواج منه، وبين ما إذا دعت هي إلى كفء، ودعا وليها الى كفء آخر؟ وهذا الأمر كما يظهر يتعلق بصور عضل الولي، وفي كل مذهب ايضًا. وللإجابة على تلك التساؤلات، وبيان تلك الشروط والفروض أو الصور، لا بد من عرض المذاهب الفقهية في هذا الخصوص تباعًا، وكما يأتي:

أولًا: المذهب الحنفي:

إن الولي عند الحنفية – كما رأينا – إما أن يكون وليا مُجبِرًا؛ أي على الصغيرة أو المجنونة، وإما أن يكون غير مجبر؛ أي ذا ولاية مستحبة على الرشيدة. وهذا تفريق له أثره في اختلاف عضل الرشيدة عن عضل الصغيرة .

فالصورة الأولى للعضل في هذا المذهب تتحقق إذا منع الولي المرأة الرشيدة من التزويج أو من إجازة التزوّج إذا ما تزوجت فعلًا من كفء رغبت به، وبمهر المثل، وهنا يصير عقدها – والحال هذه–؛ أي بعد العضل، بمنزلة عقده بنفسه[١]؛ أي كما لو تولى هو عقد نكاحها. أما اذا تخلف أحد هذين الشرطين؛ أي الكفاءة ومهر المثل، فإنه لا يصير عاضلًا؛ لثبوت حقه فيهما؛ لأن الأولياء يتعيرون بنسبة من لا يكافئهم[٢]، كما أنهم يتعيرون بنقصان مهرها عن مهر المثل كما لو زوجت نفسها من غير كفء، وفيه إلحاق الضرر بنساء العشيرة أيضًا؛ فإن مهرها سيصبح مقياسًا لتقدير مهر من تتزوج بعدها بغير تسمية مهر[٣]. وعند أبي يوسف ومحمد لا يحق للولي الامتناع عن التزويج لنقصان المهر عن مهر المثل؛ لأن المهر من خالص حقها[٤]. ولا يشترط تكرار المنع من التزويج حتى يتحقق العضل، بل يكفي مرة واحدة فقط . أما الصورة

(١) ينظر: الكاساني، مصدر سابق ج٣، ص٣٧٢. ابن عابدين، ط. العلمية، مصدر سابق، ج٤، ص٢٠١.
(٢) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ط. العلمية، مصدر سابق، ج٤، ص٢٠١-٢٠٢. الكاساني، مصدر سابق، ج٣، ص٣٧٢.
(٣) ينظر: السرخسي، مصدر سابق، ج ٥، ص١٤.
(٤) ينظر: المصدر نفسه، ص١٤.

الثانية للعضل في المذهب، فهي تتحقق إذا امتنع الولي من تزويج المرأة من الكفء الحاضر ليزوجها بكفء غيره، ولكن هنا يجب التفريق بين الصغيرة والكبيرة أي الرشيدة. أما الصغيرة فهناك قولان في منعها؛ الأول: أن الولي يكون عاضلًا إذا امتنع من تزويجها من الخاطب الكفء الحاضر الذي رضيت به ليزوجها من كفء غيره[١]. والقول الثاني : أنه لا يعد عاضلًا؛ لان الولاية بالعضل تنتقل إلى القاضي نيابة لدفع الإضرار بها، ولا يوجد – أي الإضرار – مع إرادة التزويج بكفء غيره[٢]. وقد تعقب ابن عابدين القول الأخير وقال: "وفيه نظر؛ لأنه متى حضر الكفء الخاطب لا ينتظر غيره خوفًا من فوته"[٣]. لذا قيده بأن يكون الكفء الآخر حاضرًا أيضًا، فإذا امتنع الولي الأقرب من تزويجها من الكفء الأول لا يكون عاضلًا؛ لأن الظاهر من شفقته على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع؛ لتفاوت الأكفاء أخلاقًا وأوصافًا[٤]. وهذا هو الراجح. أما الكبيرة، فيبدو أن ما ذُكر في الصغيرة لا ينطبق عليها؛ لاختلاف نوع الولاية على كل منهما، فاختيار الكبيرة مقدم على اختيار وليها بخلاف الصغيرة المجبرة، لذا فإن الولي إذا امتنع من تزويج المرأة الكبيرة من الكفء الذي عينته وبمهر المثل، فإنه يصير عاضلًا قولًا واحدًا، وهذا يشبه القول الأول المرجوح في الصغيرة، وقد استخلصناه من أحكام الولاية على الكبيرة، ولم يصرح به الحنفية، وقد لوحظ أن كثيرًا ممن كتب في الأحوال الشخصية أو بحث في موضوع الولاية أو عضل الولي قد غفل عن هذا الفرق، أو لم يتبينه[٥]، بل إن منهم من أخذ الكلام المذكور في حق الصغيرة على أنه للكبيرة، خالطًا بين حال الاثنتين[٦].

(١) ينظر: ابن نجيم، مصدر سابق، ج٣، ص٢٢٣.
(٢) ينظر: ابن عابدين، منحة الخالق بهامش البحر الرائق لابن نجيم، المصدر السابق، ص٢٢٤.
(٣) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، المصدر السابق، ص٢٠٢.
(٤) ينظر: المصدر نفسه، ص٢٠٢.
(٥) ينظر: د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج١٠، ص٦٧٢١-٦٧٢٢. د. أحمد فراج، مصدر سابق، ص٢٠٧. نظام الدين عبد الحميد، مصدر سابق، ص٨٥. د. عوض بن رجاء العوفي، مصدر سابق، ج٢، ص١٣٨-١٤٠. د. جمعة محمد براج، مصدر سابق، ص١١٨-١٢٢.
(٦) ينظر: د. محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمان، ٢٠٠٨، ص٧١. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمان، ٢٠٠٧، ص٩١.

ثانيًا: المذهب المالكي:

يفرق المالكية في مسألة العضل بين الولي المجبر، والولي غير المجبر. والولي المجبر ينحصر في الأب أو وصيه عند عدمه، والحاكم عند الحاجة ولاسيما عند غياب الأب[١].

أما الولي غير المجبر فيشمل العصبة؛ وهي تبتدأ عندهم بالابن وإن سفل ثم الأب، ثم الأخ ثم ابنه، ثم الجد، ثم العم، ثم ابنه، ثم المولى ثم عصبته، ثم الكافل، ثم الحاكم، ثم ولاية عامة المسلمين. وتثبت ولاية الإجبار بأسباب ثلاثة: البكارة، والصغر، والجنون؛ فللأب إجبار البكر وما في حكمها؛ أي الثيب بلا وطء، وإن كانت بالغًا، بل وعانسًا على المشهور، ولكن يستحب استئذانها. وكذلك له إجبار الصغيرة وإن كانت ثيبًا، ويستحب استئمارها، وكذلك المجنونة ولو كانت بالغًا ثيبًا. أما ولاية الاختيار فتثبت على غير هؤلاء، كالبكر المرشدة؛ أي التي أرشدها أبوها، بأن قال لها مثلًا: أرشدتك، أو أطلقت يدك .. وكذلك الثيب الكبيرة، وغيرهن[٢].

أما فيما يتعلق بالصورة الأولى للعضل في هذا المذهب؛ فيكون الأب عاضلا إذا تحقق الضرر بمنعه لابنته؛ بأن يمنعها من التزوج ولو لمرة من كفء رضيت به ولو كان بدون مهر المثل، بل إنه يكون عاضلا بمجرد تحقق الإضرار بها، وان لم يحصل منه منع أصلا، كمن علم من حاله منعه إياها من النكاح، تكرر خاطبها أو لا. أما إذا لم يتحقق إضراره بالامتناع فإنه لا يكون عاضلا ولو كان امتناعه متكررا، سواء تعدد الخاطب أو اتحد، ولكنه رده ردا متكررا، ووجه هذا القول هو لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، ولجهلها بمصالح نفسها؛ فربما علم الأب من حالها أو من حال الخاطب عدم توافقهما، وقد روي عن الإمام مالك أنه منع بناته وقد رغب فيهن

(١) ينظر: الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص٢٧.
(٢) ينظر: أبو بكر الكشناوي، مصدر سابق، ج٢، ص٥٩ – ٦١. الخرشي، مصدر سابق، ج٤، ص١٤٣–١٦٠. الدسوقي، المصدر السابق، ص١٦-٢٤،٢٧. ابن جزي، مصدر سابق، ص٣٣٣-٣٣٤.

خيار الرجال، وفعله العلماء قبله وبعده، وحاشاهم أن يقصدوا به الضرر[١]. أما وصي الأب فإنه يكون عاضلا برد أول كفء فليس هو كالأب، وفي بعض الشروح هو في حكم الأب[٢]. أما الولي غير المجبر كالأب في ابنته الثيب البالغ أو البكر المرشدة، فإنه يعد عاضلا إذا امتنع من تزويجها وبدون وجه صحيح من أول خاطب كفء رضيت به؛ سواء طلبت التزويج به أو خطبها هو فرضيت به، ومثله الأب المجبر المتحقق عضله. أما وجه هذا القول فهو إن عدم الاستجابة إلى رغبتها مع كونها مضطرة إلى عقده يعد اضرارا بها[٣]. وأما فيما يتعلق بالصورة الثانية للعضل في هذا المذهب؛ وهي إذا ما دعت المرأة الى كفء ودعا وليها إلى كفء آخر، فإن الأمر يختلف أيضا باختلاف نوع الولي؛ فاذا كان الولي مجبرا (أي الأب) فإنه لا يجب عليه الإجابة لكفئها؛ لأنه يجبرها في الأصل إلا لذي عاهة أو عيب، مالم يتحقق عضله أي ضرره، فإنه ملزم بالإجابة الى كفئها والا كان عاضلا، أما الولي غير المجبر فإنه إذا امتنع من الإجابة إلى كفئها بدون وجه صحيح، صار عاضلا؛ لأن كفأها أولى؛ وذلك لأنه أدوم للعشرة[٤]. وقد اعتبر المالكية غيبة الولي المجبر غيبة بعيدة – بحيث لا يرجى قدومه بسرعة غالبا، بأن تكون مسافتها عشرة أيام فأكثر من بلد العقد أو المرأة – في حكم العضل، وكذلك الحكم إذا غاب غيبة قريبة دون عشرة أيام وتبين ضرره بالمرأة، لغيبته؛ بأن جعلتها بحاجة الى النكاح إما لعدم النفقة، واما لخوفها على نفسها من عدم الصون، وكذلك غيبة الولي غير المجبر مسافة ثلاثة أيام فأكثر من بلد المرأة[٥]. وهناك من أفاد بأن هذه المسألة لا تعتبر في هذا العصر لسهولة

(١) ينظر: الخرشي والعدوي، المصدر السابق، ص١٦٩– ١٧٠. الدسوقي، المصدر السابق، ص٣١-٣٢.
(٢) ينظر: الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ص٣١-٣٢.
(٣) ينظر: مبارك بن علي التميمي، التسهيل، ج٤، ط٢، دار ابن الحزم، بيروت، ٢٠٠١، ص١١٨٢. العدوي، حاشيته بأسفل حاشية الخرشي، المصدر السابق، ص١٦٩.
(٤) ينظر: الدسوقي والدردير، مصدر سابق، ج٣، ص٣١. الخرشي والعدوي، مصدر سابق، ج٤، ص١٦٩.
(٥) ينظر: الخرشي والعدوي، المصدر السابق، ص١٦٣-١٦٤.

المواصلات[١]، ونؤيده في ذلك، إلا إذا تعذر قدوم الولي بالسرعة المطلوبة مع تلك السهولة، والله أعلم.

ثالثًا: المذهب الشافعي:

ابتداءً يجب بيان الولي المجبر وغير المجبر، وتحديد من تثبت عليها ولاية الإجبار وولاية الاختيار في المذهب؛ وذلك لاختلاف الحكم باختلاف نوع الولاية، فولاية الإجبار تثبت للأب وإن علا – أي الجد– والحاكم عند الحاجة والمصلحة، كما في تزويج المجنونة، ولسببين: البكارة وما في حكمها؛ أي الثيوبة بلا وطء، وكذلك الجنون؛ فللأب والجد عند عدم الأب تزويج البكر أو الثيب بلا وطء، بغير إذنها، وإن كان مستحبًا، بالغة كانت أو صغيرة، عاقلة أو مجنونة. أما ولاية الاختيار فإنها تثبت للعصبات؛ وهي تُبتدأ بالأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، ولا ولاية بسبب البنوة، ثم للمعتق ثم عصبته، ثم السلطان، ثم محكم عدل، وذلك على الثيب بوطء والبالغة العاقلة بالنسبة لجميع الأولياء المذكورين، وعلى البكر البالغة العاقلة بالنسبة لجميعهم ايضًا عدا الأب والجد[٢].

فالصورة الأولى للعضل في المذهب هي منع الولي تزويج موليته من كفء دعت إليه، مجبرًا كان الولي أو غير مجبر، ولو كان بدون مهر المثل، أو لكونه من غير نقد البلد؛ لأن المهر محض حقها، أو كان الخاطب عنينًا[٣]، أو مجبوبًا[٤]؛ إذ لاحق له– أي الولي– في المنع، بخلاف ما إذا دعته الى أجذم أو أبرص أو مجنون لأنه يُعيِّر بذلك، وإذا امتنع من نكاحها في تزويج التحليل فإنه يُعد عاضلًا وإن كان لا

(١) ينظر: مبارك التميمي، مصدر سابق، ج٤، ص١١٧٧.
(٢) ينظر: سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٤٠٠-٤٠٢. أبو بكر الدمياطي، مصدر سابق، ج٣، ص٤٨١، ٤٨٤-٤٨٧، ٤٩٠، ٤٩٦-٤٩٧. الرملي، مصدر سابق، ج٦، ص٢٤٦.
(٣) العنين: هو الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن. ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج١٣، ص٢٩١.
(٤) المجبوب: هو الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه. ينظر: المصدر نفسه، ج١، ص٣٤٩.

يؤثم على ذلك، على المعتمد، وقال بعضهم لا يكون عاضلًا[١]. وهو الراجح- والله أعلم- لأنه من غير المقبول أن يزج بموليته في زواج محرم وباطل عند جمهور أهل العلم[٢]. وقد اعتبر الشافعية الولي عاضلًا أيضًا إذا امتنع من تزويج المجنونة التي ظهرت حاجتها إلى النكاح- بظهور علامة شهوتها أو توقع شفائها بقول عدلين من الأطباء[٣]. أما الصورة الثانية للعضل، فالحكم فيها يختلف باختلاف نوع الولي؛ فلو عينت للولي المجبر كفؤًا وعين هو لها كفؤًا غيره، فله ذلك في الأصح، ولا يكون بذلك عاضلًا، ولو كان مُعيِّنَها يبذل أكثر من مهر المثل؛ لأن نظره أعلى من نظرها، فقد يكون معينه أصلح من معينها، ولأن له حقًا في الكفاءة. وفي قول بعض الشافعية يكون عاضلًا؛ لأنه ملزم بإجابتها اعفافًا لها. أما الولي غير المجبر فلا يزوجها إلا ممن عينته، وإلا صار عاضلًا، لأن أصل تزويجها متوقف على إذنها[٤]، وقد ذكر الشافعية صورًا أخرى للمنع من التزويج تأخذ حكم العضل، ويمكن القول باعتبارها صورًا أخرى للعضل، وهي: تواري الولي، وتعزُّزِه، وحبسه، بحيث لا يمكن الاجتماع به، أو وصول الناس إليه بمنع الحابس، وإلا وكَّل غيره في التزويج. والفرق بين التواري والتعزُّز أن التواري هو الامتناع مع الاختفاء أو الهروب، والتعزُّز هو الامتناع مع الظهور والقوة؛ بأن يمتنع من غير توارٍ معتمداً على الغلبة، ومن ذلك كأن يقول عند طلب التزويج منه: أزوجها غداً، وهكذا فكلما يُسأل في ذلك يوعد[٥].

(١) ينظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠، ص٢٥٢- ٢٥٣. أبو بكر الدمياطي، مصدر سابق، ج٣، ص٤٩٤. الرملي، مصدر سابق، ج٦، ص٢٣٥-٢٣٦.

(٢) ينظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٧٤. د. محمد نعيم محمد، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ج٢، ط٢، دار السلام، مصر، ٢٠٠٧، ص٦٩٠.

(٣) ينظر: الشربيني، المصدر السابق، ص٢٥٣، ٢٧٩.

(٤) ينظر: أبو بكر الدمياطي، المصدر السابق، ص٤٩٤- ٤٩٥. الرملي، المصدر السابق، ص٢٣٦. الشربيني، المصدر السابق، ص٢٥٣.

(٥) ينظر: الشبراملسي، حاشيته بأسفل نهاية المحتاج للرملي، المصدر السابق، ص٢٣٤-٢٣٥. الجاوي، قوت الحبيب الغريب توشيح على فتح القريب المجيب لابن القاسم الغزي شرح غاية التقريب لأبي شجاع الأصفهاني، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٨، ص٣١٤. سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة "تحفة الحبيب" على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل الفاظ أبي شجاع، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، =

رابعًا: المذهب الحنبلي:

إن المذهب الحنبلي لا يفرق في مسألة العضل بين الولي المجبر وغير المجبر، ومع ذلك سنبينهما بشيء من الإيجاز للفائدة، وأسوة بما صنعناه في بقية المذاهب. فالولي المجبر هو الأب ووصي الأب عند عدمه، والحاكم عند الحاجة ولاسيما في تزويج المجنونة، والإجبار إنما يكون بسببين: البكارة (وما في حكمها) والصغر معًا، والجنون، وكذلك البلوغ في رواية. فللأب أو وصيه تزويج البكر الصغيرة جبرًا بغير إذنها بلا خلاف، وكذلك المجنونة مطلقًا، وفي رواية عن الإمام أحمد– وهي الصحيح من المذهب– أن للأب إجبار البكر (وما في حكمها أي الثيب بلا وطء) البالغة على النكاح ولكن يستحب استئذانها تطييبًا لخاطرها وخروجًا من الخلاف. وللأب أيضًا تزويج ثيب دون تسع سنوات جبرًا؛ لأنها صغيرة. أما ولاية الاختيار فتكون للعصبات؛ وهي تبدأ بالأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة، ثم للمعتق ثم عصبته، ثم للسلطان، ثم لرجل عدل إن عُدم ما سبق، وذلك في تزويج المرأة البالغة الثيب بالنسبة للأب، وفي تزويج المرأة البالغة العاقلة بكرًا او ثيبًا بالنسبة لسائر الأولياء[١].

أما فيما يخص الفرضية الأولى للعضل، يعد الولي عاضلًا إذا منع المرأة من التزويج بكفء، إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه بما صح مهراً، ولو كان بدون مهر مثلها؛ لأن المهر خالص حقها وعوض يختص بها[٢]. وأما في الصورة الثانية، فإنه إذا عينت المرأة كفؤًا، وعين الولي المجبر كفؤًا آخر، أُخِذَ بتعيين المرأة لا بتعيين المجبر، فإن امتنع المجبر من تزويج من عينته، فهو عاضل؛ لأن النكاح يراد

= ص١٤٨-١٤٩، إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، ج٢، ط١،دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٦، ص١١٥.

(١) ينظر: ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ص٦٠٥-٦٠٦. ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٤٦-٣٥٢، ٣٧٩-٣٨٢، ٣٨٤-٣٨٦، ٣٨٨-٣٩٠. البهوتي، مصدر سابق، ج٧، ص٢٣٩٦-٢٣٩٧، ٢٣٩٩، ٢٤٠٤-٢٤٠٧. د. علي أبو الخير، مصدر سابق، ص٣٨٥-٣٨٨. المرداوي، مصدر سابق، ج٢، ص١٣٥٠-١٣٥٢.

(٢) ينظر: ابن قدامة، المصدر السابق، ص٣٦٨-٣٦٩. البهوتي، المصدر السابق، ص٢٤٠٩.

للرغبة، فلا تجبر على من لا ترغب فيه[١]. واذا كان هذا الحكم في الولي المجبر، فإنه في الولي غير المجبر أولى. وهناك صورة ثالثة للعضل نص عليها الحنابلة، وهي ما لو امتنع الخطّاب من خطبة المرأة لشدة الولي، غير أنه لا حرمة على الولي هنا لأنه ليس له فعل في ذلك[٢].

خلاصة وترجيح:

يتبين مما سلف أن عضل الولي له صورتان في الفقه الإسلامي، كما أن له شروطًا تختلف باختلاف المذاهب، وإن كان هناك بعض الشروط المتفق عليها بين جميع المذاهب أو بعضها، بالنسبة للصورتين معًا، أو بالنسبة لكل صورة على حدة، ونلخص ذلك في النقاط الآتية ثم نبين الراجح في كل صورة:

١. إن جميع المذاهب اشترطت الكفاءة في التزويج، وجعلتها سببًا أو عذرًا مشروعًا لامتناع الولي من التزويج وعدم اكتسابه صفة العضل، سواءٌ كان ذلك في الصورة الأولى أم الثانية.
٢. انفراد المذهب الحنفي في اشتراط مهر المثل في التزويج إضافة للكفاءة وجعله أيضًا عذرًا مشروعًا لامتناع الولي من التزويج وعدم اكتسابه وصف العضل، وفي الصورتين معًا.
٣. اتفاق المالكية والشافعية والحنابلة على عدم اشتراط مهر المثل في التزويج، وبالتالي عدم اعتباره عذرًا مقبولًا لامتناع الولي، وصيرورته عاضلًا، وفي كلتا الصورتين أيضًا.
٤. تفرد المالكية في اشتراط تحقق الإضرار من الولي المجبر عند المنع كي يعد عاضلًا في الصورة الأولى، بل وحتى لو لم يصدر منه منع أصلاً؛ أي أنهم ربطوا العضل بتحقق الضرر، فإذا لم يتحقق هذا الضرر فإنه لا يعد عاضلًا حتى لو منع من التزويج مرارًا وتكرارًا. أما الولي غير المجبر فإنه يعد عاضلًا من أول منع

(١) ينظر: البهوتي، المصدر السابق، ص٢٣٩٨.
(٢) ينظر: المصدر نفسه، ص٢٤٠٩. المرداوي، المصدر السابق، ص١٣٥٨.

إذا لم يُبد وجهاً صحيحًا لامتناعه. إذن فإن حقيقة العضل عند المالكية تقوم على تحقق الإضرار؛ أي أنهم أقاموا العضل على معيار مهم من معايير التعسف ألا وهو معيار قصد الإضرار. في حين أن حقيقة العضل عند جمهور الفقهاء تقوم على مجرد الامتناع من التزويج بكفء على أساس أن ذلك بحد ذاته إضرار، وبذلك نكون أمام اتجاهين في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحقيقة العضل، وهذه هي أهم النتائج.

٥. اتفاق الشافعية والحنابلة على عدم اشتراطهم في الصورة الأولى والثانية سوى الكفاءة في الخاطب، بل إن الشافعية ألزموا الولي بتزويج المرأة من كفء ولو كان عنينًا أو مجبوبًا، وإلا عد عاضلًا؛ لأنه لا حق له في التمتع، وهذا في الصورة الأولى.

٦. اتفاق الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية في الصورة الثانية للعضل على تقديم مُعَيَّن المرأة على مُعَيَّن الولي، واعتبار امتناعه من تزويجها ممن اختارته عضلًا، أما المالكية فإنهم قالوا بذلك فقط في حق الولي غير المجبر الذي امتنع بدون وجه صحيح، أو الولي المجبر الذي تحقق منه الضرر.

٧. اتفاق المالكية والشافعية في الصورة الثانية على الأخذ بتعيين الولي دون تعيين المرأة، وبالتالي عدم اعتبار الولي عاضلًا إذا امتنع من تزويجها ممن عينته، وهذا بالنسبة للولي المجبر فقط عند المذهبين.

٨. انفراد الشافعية في اعتبار الولي عاضلًا إذا امتنع من تزويج المجنونة التي دعت حاجتها أو مصلحتها إليه.

٩. أضاف الحنابلة صورة أخرى إلى صور العضل؛ وهي ما إذا امتنع الخطاب من خطبة المرأة لشدة الولي، واعتبروه عاضلًا بذلك قضاءً لا ديانةً؛ لأنه لا دخل لإرادته في ذلك. أما المالكية فقد اعتبروا غيبة الولي المجبر غيبة بعيدة بحيث لا يرجى قدومه بسرعة غالباً، في حكم العضل، وقدروها بمسافة أو مسيرة عشرة أيام فأكثر من بلد المرأة والعقد، وكذلك غيبته غيبة قريبة دون مسافة عشرة أيام إذا

تبين ضرره بالمرأة بسبب غيبته. وكذا الحكم في غيبة الولي غير المجبر مسافة ثلاثة أيام فأكثر من بلد المرأة، إلا أن هذه المسافة لا يمكن الأخذ بها في هذا العصر لسهولة المواصلات إلا إذا تعذر قدوم الولي بسرعة مع تلك السهولة. في حين ذكر الشافعية صورًا للمنع من التزويج تأخذ حكم العضل؛ وهي: تواري الولي، وتعزُّزِه، وحبسه بحيث لا يمكن الوصول إليه ولقاؤه. إلا أنه إن كان حبسه ظلمًا فينبغي ألا يعد في حكم العضل وذلك لأنه لا دخل لإرادته في هذا الامتناع، والله أعلم. وبذلك، وبالجمع بين صور العضل التي ذكرناها في المذاهب، يمكن القول إن العضل له نوعان: عضل صريح مباشر؛ وهو يشمل الصورتين او الفرضيتين المذكورتين في جميع المذاهب، وهي امتناع الولي من التزويج بكفء، وامتناعه من تزويجها بالكفء الذي عينته. وعضل ضمني غير مباشر، ويندرج تحته الصورة التي أشار إليها الحنابلة؛ وهي امتناع الخطاب لشدة الولي، وكذلك الصورة التي ذكرها المالكية؛ وهي غيبة الولي، والصور التي نص عليها الشافعية؛ وهي تواري الولي وتعززه وحبسه، ففي جميع هذه الصور الخمسة نجد امتناعا ضمنيا غير مباشر من التزويج؛ ففي صورة الحنابلة امتناع بسبب طبيعة الولي، وفي صورة المالكية امتناع من التزويج بالغيبة، وفي صور الشافعية امتناع بالاختفاء وهو التواري، وامتناع بالمماطلة وهو التعزز، وامتناع باستحالة الاجتماع بالولي وهو الحبس.

والراجح في الصورة الأولى– والله اعلم– هو المذهب المالكي وذلك للأسباب الآتية:

١– إنهم ربطوا العضل بتحقق الإضرار من الولي، فحيثما تحقق هذا الإضرار تحقق العضل.

٢– إنهم لم يلغوا دور الولي (الأب خاصة) في تزويج ابنته وفقًا لمصلحتها، بل أعطوه مساحة كافية في ذلك لأنه أخبرُ منها وأعلم بمن يتوافق معها من الخطاب، وأن

الإمام مالك (رحمه الله) قد منع بناته من خيار الرجال وفعل ذلك العلماء قبله وبعده، فهل كانوا يقصدون الضرر بذلك المنع؟

٣- إنهم لم يبالغوا كالشافعية، حين اعتبروا الولي عاضلًا إذا امتنع من تزويج موليته حتى من العنين والمجبوب، وذلك لتحقق ضررها بذلك[١]. أليس في هذا منافاة لمقاصد الزواج؟

أما الراجح في الصورة الثانية فهو – والله أعلم- محكوم بالضوابط الآتية وهي: خبرة الولي بالرجال ومعرفتهم، وشفقته على ابنته، وعدم تحقق إضراره بها. فإذا توفرت هذه الضوابط جميعها معًا أرى الأخذ بمذهب المالكية والشافعية في تقديم الكفء الذي عينه الولي على الذي عينته المرأة، وأما إذا لم تتوافر هذه الأمور فإنه يصار إلى العمل بمذهب الحنفية والحنابلة بتقديم من عينته المرأة- وهو مذهب المالكية أيضًا إذا ما تحقق الإضرار من الولي المجبر-، لذلك فإن الأمر هنا يختلف من حالة إلى أخرى بحسب توافر الأمور المشار إليها من عدمه، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث

تمييز العضل عن التحجير

ثمة مصطلح حديث ظهر في الآونة الأخيرة يقترب من العضل ويشتبه به، ألا وهو التحجير على المرأة في النكاح، والذي يسمى باللهجة العراقية بـ "النهوة"، نرى لزامًا علينا تمييز العضل عنه وتفريقه عنه.

فالتحجير لغة هو من الحجر وهو المنع[٢]، أما التحجير في الاصطلاح فهو- كما ورد في الفقرة الأولى من قرار مجلس[٣] هيئة كبار العلماء في السعودية- :"إجبار

(١) ينظر: عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل – وبهامشه حاشيته تسهيل منح الجليل، ج٢، ص١٥.

(٢) ينظر: الجوهري، مصدر سابق، ص٢٢٧.

(٣) وهو القرار رقم ١٥٣ في ١٤٠٩/٨/١٥هـ الموافق ١٩٨٩/٣/٢٢م. ينظر: النسخة الإلكترونية من صحيفة الرياض اليومية، العدد ١٣٤٤٢ في ٤ ربيع الأول ١٤٢٦ هـ الموافق ٢٠٠٥/٤/١٣ م. موقع على الانترنت: www.alriyadh.com ، تاريخ الزيارة ٢٠١٥/١٠/١.

المرأة على الزواج ممن لا توافق عليه ومنعها من الزواج بمن رضيت هي وولي أمرها به ممن تتوافر فيه الشروط المعتبرة شرعًا..". ويبدو من التعريف أن الولي مشمول أيضًا مع موليته بالتحجير والمنع، وهذا يعني أن التحجير هنا لا يقع من الولي بل من غيره، والظاهر ومن خلال استقرائي لهذا الموضوع أن المجلس المذكور إنما أراد بيان الحال الغالبة في التحجير، أي أن التحجير قد يقع أيضًا من الولي ذاته، كما جاء في الفقرة الثانية من القرار المذكور التي سنوردها لاحقاً.

وبذلك يتضح الفرق بين العضل والتحجير، فبينما يقوم العضل على المنع من التزويج فقط، يقوم التحجير على المنع والإجبار معًا؛ المنع من تزويجها ممن رضيت به، وإجبارها على التزوج بمن لا ترغب به كابن عمها، أو قريبها. أما الفرق الآخر فهو أن العضل يكون فقط من ولي المرأة، في حين لا يشترط ذلك في التحجير؛ فقد يكون من الولي وقد يكون من غيره وهذا ما يتضح من القرار المذكور آنفا الذي عرف التحجير في فقرته الأولى، وأكد على نهي النصوص الشرعية عنه، ثم نص في فقرته الثانية على أنه:" من يصر على تحجير الأنثى ويريد أن يقهرها ويتزوجها أو يزوجها بغير رضاها فإنه عاص لله ولرسوله ومن لم ينته عن هذه العادة الجاهلية التي أبطلها الإسلام تجب معاقبته بالسجن وعدم الإفراج عنه إلا بعد تخليه عن مطلبه المخالف لأحكام الشرع المطهر والتزامه بعدم الاعتداء على المرأة أو ولي أمرها أو من يتزوجها وبعد كفالته من شيخ قبيلته أو أحد ذوي النفوذ فيها بالالتزام وعدم الاعتداء"[1]. ومع ذلك يمكن القول إن التحجير نوع خاص أو صورة خاصة من العضل؛ وذلك لأن التحجير أخص من العضل؛ فكل تحجير عضل ولكن ليس كل عضل تحجيرًا. كما يمكن اعتبار التحجير سببًا من أسباب العضل، فالتحجير كما قيل عضل من نوع آخر[2].

(١) ينظر: المصدر الالكتروني السابق.
(٢) ينظر: بلال بن عبد الصابر قديري، عضل النساء وأد متجدد، مقال منشور على الموقع الالكتروني: www.alukah.net تاريخ الزيارة: ٢٠١٥/١٠/١.

المطلب الرابع

وجوه التعسف في عضل الولي

بعد أن بحثنا حقيقة العضل في الفقه الاسلامي، وتبين لنا الأحوال التي يحق أو لا يحق للولي فيها الامتناع من التزويج، وبحسب اختلاف المذاهب في ذلك، وترجيح ما رأيناه راجحًا من تلك المذاهب في صور العضل، سنتقصى الآن وجوه التعسف في عضل الولي استنادًا الى ذلك البحث والترجيح، وذلك من خلال تطبيق معايير التعسف الشرعية التي درسناها فيما سبق، وكما يلي:

أولا: المعيار الغرضي او مناقضة قصد الشارع (المصلحة غير المشروعة):

إذا كان منع الولي لموليته من الزواج لسبب مشروع كانعدام الكفاءة، أو نقصان المهر عن مهر المثل– إذا افترضنا الأخذ بالمذهب الحنفي مثلًا– كان هذا الامتناع موافقاً لقصد الشارع، ومن ثم لا يمكن اعتباره عضلًا، وخلا بالتالي من أي وجه للتعسف. أما إذا كان المنع لغرض غير مشروع كأن يمتنع لسبب شخصي بينه وبين الخاطب، أو تكون البنت موظفة يأخذ راتبها على أساس: أنت ومالك لأبيك!![1] ويخشى أن يفقد هذا الراتب لو تزوجت، أو أن تكون قائمة بخدمته، فيريد إبقاءها على ذلك[2]. ففي مثل هذه الأحوال ونظائرها يظهر من الولي قصدٌ مناقضٌ لقصد الشارع في منحه حق الولاية، فيكون بذلك متعسفاً في استعمال حقه في ولاية التزويج لمناقضته قصد الشارع.

ثانيا: انعدام التوازن بين المصالح المتعارضة:

يظهر تطبيق هذا المعيار في الصورة الثانية من صور العضل المباشر، وهي

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات (٦٤) باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم (٢٢٩١) جابر، وقال فيه الألباني: صحيح. ينظر: ابن ماجه، سنن ابن ماجه- حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه الألباني، طبعة جديدة، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٩٧، ص٣٩٢.

(٢) ينظر: ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج١٢، ط١، دار ابن الجوزي، ٢٠٠٦، ص٨٨. زكي الدين شعبان، مصدر سابق، ص٢٢٨.

إذا ما عينت كفؤًا رغبت به، وعين لها وليها (غير الأب أو الجد) كفؤًا غيره، فإن مصلحتها في الزواج ممن عينته ورغبت به أرجح من مصلحتها في الزواج ممن عينه الولي لها. وذلك لأن النكاح– كما يقول الفقهاء– إنما يراد للرغبة فلا يمكن جبرها على من لا ترغب فيه، كما أن في ذلك اعفافًا لها بسبب تلك الرغبة، وهو أقرب إلى دوام العشرة، وإنما قلنا غير الأب؛ نظرًا لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة ولكونه أكمل نظرًا منها.

ثالثا: معيار قصد الإضرار:

يظهر تطبيق هذا عندما يتحقق قصد الإضرار عند الولي بموليته، فيتحقق قصد الإضرار بها مثلًا عندما يمتنع من تزويجها حسدًا لها كيف يخطبها مثل هذا الرجل الفاضل؟![1]، وقد صرح المالكية بهذا المعيار كما تقدم.

رابعا: معيار الضرر الفاحش:

إن المرأة اذا تكررت خطبتها، وتكرر بالمقابل المنع من وليها من دون وجه صحيح مشروع، وكانت هي راغبة في الزواج ممن تقدم، فإن ذلك قد يلحق بها ضررًا فاحشًا عندما يستمر ذلك المنع وتكبر فتقل الرغبة فيها وقد تُعدم، بل وقد تعنس وهي على هذه الحال، فيكون المنع قد عطل مصالحها في النكاح وأضَرَّ بها ضررًا فاحشًا، وهذا هو التعسف بعينه. ولا يقتصر تطبيق هذا المعيار على حالة المرأة العاقلة، وإنما يمكن تطبيقه أيضًا على المرأة المجنونة، فإذا ما دعت حاجتها الى النكاح؛ بأن كان هذا النكاح اعفافًا لها، أو دعت مصلحتها اليه بأن كان هذا النكاح سببًا في شفائها وبرئها من الجنون؛ بأن ظهرت عليها أمارات التوقان إليه، وتوقع الشفاء به، بشهادة أهل الطب، فإنه يجب على الولي هنا تزويجها عند الشافعية، وإذا ما امتنع فإنه يصير

(١) ينظر: ابن عثيمين، مصدر سابق، ج١٢، ص٨٨.

عاضلًا[١]. كما أجاز الحنابلة للولي أو– للحاكم عند عدم الولي– تزويجها للحاجة أو المصلحة المذكورتين[٢]. ولا يخفى أن الضرر المترتب على امتناعه سيكون أشد فُحشًا على المرأة إذا اجتمعت في حالها الحاجة والمصلحة المذكورتين معًا، فيكون بذلك متعسفًا في استعمال ولايته، ولذلك أوجب الشافعية على الحاكم تزويجها عند عدم الولي أو امتناعه[٣].

المطلب الخامس

حكم العضل

إن العضل كوصف شرعي له حكمان؛ حكم تكليفي، وحكم وضعي، وكلاهما يعتبر في ذات الوقت جزاءً على عضل الولي؛ أي تعسفه في استعمال حق الولاية في التزويج، وفيما يلي توضيح لهذين الحكمين، ثم نعقبهما بتشخيص أنواع الجزاء المذكور، وكما يأتي:

أولًا: الحكم التكليفي للعضل:

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٤]. أفادت الآية الكريمة حكما بتحريم العضل أي المنع من الزواج[٥]؛ لأن النهي في معناه الحقيقي هو التحريم[٦]. ويعد العضل في حكم الكبيرة،

(١) ينظر: الشربيني، مغني، مصدر سابق، ج٤، ص٢٥٣، ٢٦٤، ٢٧٨-٢٧٩. سليمان البجيرمي وزكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠٩-٤١٠. الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج٩، ص٦٧.
(٢) ينظر: البهوتي، مصدر سابق، ج٧، ص ٢٣٩٩. ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٩٠.
(٣) ينظر: البُجيرمي، المصدر السابق، ص٤٠٩.
(٤) سورة البقرة، من الآية: ٢٣٢.
(٥) ينظر: محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج٢، ط٢، مطبعة المنار، مصر، ١٩٣٢، ص٤٠١.
(٦) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، ج١، ط١، دار الفضيلة، الرياض، ٢٠٠٠، ص٤٦٩. د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط٢٣، إحسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، ٢٠١٤، ص٣٥٧.

وذلك إذا أصر عليه الولي وتكرر منه ثلاث مرات مع غلبة معاصيه على طاعاته[١]، لأن الولي يفسق بتكرار العضل منه ثلاث مرات عند الشافعية[٢]، وبتكراره مطلقا عند الحنابلة[٣]. واذا فسق الولي ترتبت عليه الأحكام المترتبة على الفسق؛ فلا تقبل شهادته عند جمهور أهل العلم[٤]، ولا ولايته في النكاح عند بعض المذاهب كالشافعية والحنابلة والحنابلة كما سلف[٥]، ولا آذانه عند بعض المذاهب كالمالكية والحنابلة[٦]، ولا تصح الصلاة خلفه كإمام في غير الجمعة والعيدين في رواية عن الإمام مالك، وهو المذهب عند الحنابلة[٧]، ولا يقبل منه أي عمل تشترط فيه العدالة[٨].

ثانيًا: الحكم الوضعي:

إن الحكم الوضعي للعضل هو أن العضل سبب لسقوط أو سلب الولاية من العاضل؛ فقد اتفق الفقهاء على أن الحكم المترتب على عضل الولي هو سقوط حقه في الولاية إذا ثبت عضله، وانتقالها الى غيره، ثم اختلفوا بعد ذلك فيمن تنتقل إليه، على قولين:

القول الأول: أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد:

(١) ينظر: ابن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج٢، المطبعة المصرية ببولاق، ١٨٦٨، ص٢٨. أبو بكر الدمياطي، مصدر سابق، ج٣، ص٤٩٤. البُجيرمي، تحفة الحبيب، مصدر سابق، ج٤، ص١٤٧.
(٢) ينظر: أبو بكر الدمياطي، المصدر السابق، ص٤٩٤.
(٣) ينظر: البهوتي، مصدر سابق، ج٧، ص٢٤٠٩.
(٤) ينظر: ابن المنذر، مصدر سابق، ج٤، ص٢٦٩. صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج٢، المكتبة الثقافية، بيروت، ص٢٣٢. البجيرمي، على شرح المنهج، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠٦. سراج الدين الدجيلي، الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤، ص٥٦٨.
(٥) يراجع ما سبق من شروط الولي.
(٦) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالِم المدينة، ج١، ط١، دار الغرب الإسلامي، الإسلامي، السعودية، ١٩٩٥، ص٢٠١. المرداوي، مصدر سابق، ج١، ص١٨٣.
(٧) ينظر: الباجي، مصدر سابق، ج١، ص٢٣٦. المرداوي، المصدر السابق، ج٢، ص٣٠٢-٣٠٣. ٣٠٣. ابن قدامة، مصدر سابق، ج٢، ص٢٤-٢٦.
(٨) ينظر: ابن عثيمين، مصدر سابق، ج١٢، ص٨٨. فوفانا آدم، الأحكام المترتبة على الفسق، ج١،ج٢، مكتبة دار المنهاج، الرياض.

وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[١]، وبه قال الشافعية إذا تكرر العضل منه ثلاث مرات فأكثر وكانت معاصيه غالبة على طاعاته؛ لان الولي يفسق بهذه الشروط ولا ولاية للفاسق[٢]، وقد جوّز هذا القول بعض المالكية أيضاً[٣]. وتبرير ذلك أن عضل عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيَّرهُ بمنزلة العدم، فينتقل الحق للأبعد[٤]. ولأن ولأن التزويج تعذّر من جهة الأقرب- بعضله الذي صيره بمنزلة العدم كما لو جُنَّ- فملكه الأبعد؛ لأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر[٥].

القول الثاني: أن الولاية تنتقل إلى القاضي أو الحاكم:

وبه قال الحنفية، والمالكية على المذهب، والشافعية إن كان العضل دون ثلاث مرات، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد[٦]، وسند هذا القول ما يلي:

١- حديث: " فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[٧].

٢- إنَّ النكاح حق للمرأة، وحق على الولي، فإن امتنع عن أدائه قام الحاكم مقامه ووفاه عنه كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه[٨].

٣- إنَّ العاضل ظالم بالامتناع فقام السلطان مقامه في دفع الظلم[٩].

وقد اعترض ابن قدامة على الاحتجاج بالحديث المذكور لانتقال الولاية للسلطان واعتبره حجة لمذهبه، لأن الحديث يقول: "السلطان ولي من لا ولي له". وهذه

(١) ينظر: المرداوي، المصدر السابق، ص١٣٥٧.
(٢) ينظر: الشربيني، مغني، مصدر سابق، ج٤، ص٢٥٢.
(٣) ينظر: العدوي، حاشيته بأسفل حاشية الخرشي، مصدر سابق، ج٤، ص١٦٩.
(٤) ينظر: الدردير، الشرح الكبير بأسفل حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص٣١.
(٥) ينظر: البهوتي، مصدر سابق، ج٧، ص٢٤٠٩. ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٦٨.
(٦) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ط. العلمية، مصدر سابق، ج٤، ص٢٠١. الدسوقي، المصدر السابق، ص٣١. البجيرمي، على شرح المنهج، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠٣-٤٠٤. المرداوي، المصدر السابق، ص١٣٥٨.
(٧) سبق تخريجه، ينظر: ص٦٨.
(٨) ينظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ج٧، ص٣٦٨. الشربيني، مغني، مصدر سابق، ج٤، ص٢٥٢. ص٢٥٢. كمال الدين الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج٧، ط١، دار المنهاج، بيروت- جدة، ٢٠٠٤، ص٨٢.
(٩) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ط. العلمية، مصدر سابق، ج٤، ص٢٠١. البجيرمي، على شرح شرح المنهج، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠٤.

لها ولي، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكُل؛ لأن قوله "اشتجروا" ضمير جمع يتناول الكل[١]. وكذلك اعترض على قياس الولاية على الدَّين؛ لأن الولاية تخالف الدّين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق للولي والدين حق عليه. (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته. (الثالث) أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك[٢]. إلا أن الفرق الثالث غير لازم لمن لا يشترط عدالة الولي.

وإذا فرضنا الأخذ بالقول الثاني، فهل أن القاضي يزوج بالولاية العامة أم بالنيابة الشرعية عن الولي؟ أفاد الشافعية أنه يزوج بالنيابة لا بالولاية، وذلك لبقاء الولي على ولايته، ولأن التزويج حق عليه فاذا امتنع منه وَفَّاهُ الحاكم. وعليه لو ثبت العضل بالبينة، ثم قامت بينة برجوع الولي عن العضل قبل تزويج الحاكم، كان انعزال الحاكم كانعزال الوكيل؛ لأن ولايته لا تستمر إلا حيث دام الولي على العضل، فإن رجع عنه كان التزويج للولي[٣]، ونحو ذلك قال الحنفية، والمالكية[٤]. ومن الجدير بالذكر هو أنه أنه لابد من ثبوت العضل وتحققه عند الحاكم حتى يزوج المرأة، ولا يتحقق العضل حتى يمتنع الولي بين يدي القاضي؛ وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي، ويأمره القاضي بالتزويج فيمتنع صراحةً، أو ضمنًا بأن يسكت، فحينئذٍ يزوجها القاضي، وهذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي، فأما إذا تعذر، فيجوز إثبات امتناعه بالبينة كسائر الحقوق[٥]، فإن زوجها القاضي قبل تحقق العضل أو ثبوته فُسخ العقد[٦]، ولا يشترط عند المالكية أن يقوم القاضي بنفسه بالتزويج بل يجوز له أن يرد العقد لغير العاضل من الأولياء[٧].

(١) ينظر: ابن قدامة، المصدر السابق، ص٣٦٨.
(٢) ينظر: المصدر نفسه، ص٣٦٨.
(٣) ينظر: البجيرمي والأنصاري، المصدر السابق، ص٤٠٤. كمال الدين الدميري، المصدر السابق، السابق، ص٨٣.
(٤) ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، ص٢٠١. مبارك التميمي، مصدر سابق، ج٤، ص١١٨٢.
(٥) ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٤٠٥.
(٦) ينظر: مبارك التميمي، المصدر السابق، ص١١٨٢.
(٧) ينظر: الخرشي، مصدر سابق، ج٤، ص١٦٩.

الترجيح:

إن القول بانتقال الولاية من الولي العاضل إلى من يليه من الأولياء فيه قوة لا تخفى متى أمكن تزويجها من طريق أوليائها، كأخيها أو عمها أو ابن أخيها، وذلك لأنه لا موجب للعدول عنهم متى أمكن التزويج من طريقهم، إذ إن السلطان ليس بولي لمن لها ولي كما هو صريح الحديث. وأما إذا لم يمكن تزويجها من طريق أوليائها؛ بأن لم يستطيعوا تعدي الأب أدباً أو خوفاً، أو خشية وقوع فتنة، فحينئذ يرفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالولاية لمن يستحقها من الأولياء، ويعينه على استعمالها– كما يقول المالكية–، فإن تعذر ذلك إلا مع خوف الفتنة والعداوة بين الأولياء زوجها القاضي[١]. وقد راق لي ما تفضل به الشيخ ابن عثيمين من أن: "مشكلتنا هي أنه لا أحد من الأقارب يجرؤ أن يزوجها وأبوها أو أخوها موجود، وهذا غلط، ويعتبر ظلمًا لهذه المسكينة، وفي هذه الحال لو أن أباها أبى، وكل العصبة، وكذلك القاضي صار جبانًا، فحينئذٍ نقول بالقول الثاني، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله)، تزوج نفسها وينتهي الإشكال، مع أن هذا سيكون أندر من الكبريت الأحمر"[٢].

ثالثًا: أنواع الجزاء على تعسف الولي:

يتضح لنا بعد عرض حكمي العضل، التكليفي والوضعي، أن أنواع الجزاء المفروضة على تعسف الولي في استعمال ولاية التزويج(العضل) هي ما يأتي:

١. الجزاء الأخروي:

وهو اعتبار الولي العاضل آثمًا وفاسقًا، ومرتكبًا لكبيرة إذا ما أصرَّ على عضله.

٢. الجزاء التعزيري (الدنيوي):

ويتمثل في عدم قبول شهادة الولي العاضل عند جمهور أهل العلم، وعدم قبول آذانه أو إمامته في الصلاة في غير الجمعة والعيدين عند بعض المذاهب كما سبق.

(١) ينظر: ابن عثيمين، مصدر سابق، ج١٢، ص٨٧.
(٢) ينظر: المصدر نفسه، ص٨٧.

٣. الجزاء العيني(الدنيوي):

ويكمن في سلب الولاية من الولي العاضل ونقلها إلى الولي الأبعد منه، أو إلى القاضي على الخلاف الذي تقدم.

المطلب السادس

مواقف القوانين المقارنة من عضل الولي

لقد تباينت مواقف القوانين المقارنة من مسألة عضل الولي، ولتوضيح ذلك لابد من تناول هذه القوانين تباعاً، و نبدأها بالقانون العراقي.

أولا: القانون العراقي:

جاءت نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي مقتضبة فيما يتعلق بموضوع الولاية وأحكامها كما رأينا، وكذلك الحال بالنسبة لموضوع عضل الولي، وجل ما نص عليه المشرع العراقي فيما يخص العضل نجده في المادة (٩) من القانون المذكور. حيث نصت على أنه:"١- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار اكراه اي شخص، ذكرًا كان أو انثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلًا، إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلًا للزواج، بموجب أحكام هذا القانون، من الزواج. ٢- يعاقب من يخالف احكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريبًا من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات. ٣- على المحكمة الشرعية او محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة، ولها توقيفه لضمان حضوره أمام السلطات المذكورة، ويحق لمن تعرض للإكراه أو المنع، مراجعة سلطات التحقيق مباشرةً بهذا الخصوص".

لقد أراد المشرع– بهذه المادة– أن يعالج حالات الزواج بالإكراه أو المنع منه لاعتبارات قبلية أو عصبية أو مادية غير مشروعة، لكنه لم يوفق في ذلك، إذ جاءت هذه المادة في صياغتها تتضمن الغموض والتناقض والاضطراب والركاكة، لاسيما فيما يتعلق بالمنع من الزواج، وبيان ذلك في الملاحظات الآتية:

١– لقد جعل المشرع من المنع من الزواج جريمة يعاقب عليها الشخص سواء كان قريبًا أم بعيدًا، ولم يفرق بين القريب والغريب، ولم يقف على حق الأقارب من الدرجة الأولى أو الثانية في المنع إذا ما كان الخاطب غير كفء، أو كان معروفاً بفسقه، وتردي أخلاقه، كما أشار الفقهاء المسلمون.

٢– إن صنيع المشرع في هذه المادة يؤدي الى تقويض الترابط الأسري والقطيعة بين الأرحام بإطلاقه إبطال حق الاعتراض والمنع في مسائل الزواج؛ فالاعتراض والمنع إذا كان يستند إلى أسباب سليمة موضوعية فأين المصلحة من منعه أو العقاب عليه؟ ما دام أن أثر الزواج لا يقف عند طرفيه فقط بل يتعداهما إلى الأقارب بالنفع أو الضرر[١]، فالكفاءة ولا سيما في الدين معتبرة لدى جميع المذاهب، لذا كان الأجدر بالمشرع أن يقيد المنع بالمنع التعسفي الذي ليس له وجه صحيح كما رأينا في الفقه الإسلامي.

ثانيًا: القانون المصري:

لقد جاءت قوانين الأحوال الشخصية المصرية[٢] خالية من الإشارة إلى ولاية التزويج، وعضل الولي، لذا ينبغي العمل بالمادة ٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي

(١) ينظر: د. احمد علي الخطيب، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، مصدر سابق، ص٤٥-٤٦.

(٢) وهي كل من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

نصت على أنه: "تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة".

وبناءً على ذلك فإن ما ذكرناه آنفا في المذهب الحنفي بخصوص ولاية التزويج، وعضل الولي، هو الذي يمثل موقف القانون المصري في المسائل المذكورة، لذا نحيل إلى ذلك. وهذا ما فعله القضاء المصري فعلاً، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: "أن عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بكرًا أم ثيبًا بدون إذن وليها، صحيح، شرطه أن يكون بكفء على صداق مثلها أو أكثر دون لزوم رضا وليها.."[1].

ثالثًا: القانون الإماراتي:

لقد نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة (٣٠) منه على أنه: "٣- إذا طلب من أكمل الثامنة عشرة من عمره الزواج وامتنع وليه عن تزويجه جاز له رفع الأمر الى القاضي٤- يحدد القاضي مدة لحضور الولي بعد إعلانه يبين خلالها أقواله، فإن لم يحضر أصلًا أو كان اعتراضه غير سائغ زوّجه القاضي".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: "نظرًا للحاجة التي قد تطرأ لمن أكمل الثامنة عشرة من عمره في الزواج فإن القانون قرر في الفقرة الثالثة من هذه المادة أنه إذا طلب من أكمل هذه السن الزواج فإن من حق القاضي الذي يقدر الظروف، ويرى الصالح، أن يأذن به، طالما تبين له النضج الجسمي لدى الفتى أو الفتاة، بعد موافقة الولي. ولكن الواقع يشهد أن هنالك حالات يقف فيها الولي موقفًا سلبيًا من التزويج تحت ولايته دون أن يقدر الظروف حق قدرها، فيمتنع عن الإدلاء برأيه مطلقًا أو يتذرع بما لا طائل تحته، وقد نهت الشريعة الإسلامية عن العضل، وهنا أجاز القانون في الفقرة الثالثة لمن هذا حاله أن يرفع أمره الى القاضي لينظر في أمره. وقرر القانون في الفقرة الرابعة أن على القاضي أن يطلب من الولي الحضور إلى

(١) الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٧٣ قضائية، أحوال شخصية- جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٣. نقلا عن: شريف طه حافظ الحكيم، أحكام نقض في الأحوال الشخصية، موقع على الأنترنت: http://kenanaonline.com ، تاريخ الزيارة ٢٠١٥/١٠/١٥.

مجلس القضاء ليبين وجهة نظره وسبب امتناعه من تزويج من هو تحت ولايته ويمهله مدة معينة، فإذا لم يحضر خلال تلك المدة بعد التأكد من إعلانه، أو حضر ولم تكن المبررات التي يستند اليها في المنع سائغة، ومقبولة، فإن إذن القاضي وحده بالزواج يكون كافيًا في هذه الحالة"[١].

فالقانون الإماراتي صريح في منع التعسف في استعمال حق الولاية وذلك من خلال منعه لعضل الولي، وسلبه الولاية منه عند العضل، متى ما كان الخاطب كفؤاً وفقا لمفهوم المادة (٢١)[٢] من القانون المذكور، حتى لو كان المهر يقل عن مهر المثل طبقا لمفهوم المادة (٢٦)[٣] من القانون نفسه، أخذاً بمذهب جمهور الفقهاء، وصاحبي أبي حنيفة[٤] كما سبق. وقد وكل القانون الأمر في حالة العضل إلى القاضي بولايته العامة ليأذن بالزواج أو لا على ضوء ما يظهر له من المصلحة، أخذاً بما نص عليه جمهور الفقهاء من انتقال الولاية حينئذ إلى القاضي لا إلى الولي الأبعد[٥]، كما سلف، حيث نصت المادة (٣٤) من القانون المذكور على أنه: "... وفي حالة العضل تنتقل(أي الولاية) إلى القاضي".

رابعًا: القانون الجزائري:

أما القانون الجزائري فإن له موقفين من عضل الولي؛ موقفه قبل تعديل قانون الأسرة، وموقفه بعد تعديله، نتناولهما على التوالي:

أ- قبل التعديل:

نصت المادة ١١ من قانون الأسرةرقم ٨٤- ١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل[٦] على

(١) ينظر: المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٢) ينظر: نص المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٣) ينظر: نص المادة (٢٦) من القانون نفسه.
(٤) ينظر: المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٥) ينظر: المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
(٦) الصادر بموجب الأمر رقم ٨٤- ١١ في ١٩٨٤/٦/٩، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ٢٤، السنة الحادية والعشرون، في ١٩٨٤/٦/١٢.

أنه: "يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، ونصت المادة (١٢) منه على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة احكام المادة ٩ من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". وقد كانت المادة (٩) قبل تعديلها تنص على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

لقد أكد المشرع بالمادة (١١) المذكورة آنفًا أهمية الولي في عقد الزواج باعتباره ركنًا من أركانه، تماشيًا مع نص المادة (٩)، والولي هو الأب عند وجوده، وعند غيابه حقيقةً أو حكمًا تنتقل الولاية إلى الولي الأقرب، كما أن المشرع لم يُميِّز بشأن المرأة بين أن تكون بكرًا أو ثيبًا، راشدة أو غير راشدة[١].

ويتضح من المادة (١٢) أن القانون منع صراحةً عضل الولي لموليته من الزواج متى رغبت فيه وكان في مصلحتها، وقرر بأنه إذا وقع العضل من الولي فمنع موليته من الزواج بمن رضيت وكان كفؤًا لها، يكون بذلك ظالمًا (متعسفًا)، وعندئذ يحق للمولى عليها أن ترفع أمرها الى القاضي ليرفع الظلم عنها. فإذا ثبت للقاضي عضل الولي؛ بأن عجز عن تقديم أي مبرر مقنع لامتناعه فإنه يأمره بأن يتولى تزويج موليته من كفئها باعتباره وليها الخاص، فإن رفض، تولى القاضي أمر تزويجها. إلا أن القانون في الوقت ذاته خص الأب بحق منع ابنته البكر من الزواج من شخص معين إذا كان في هذا المنع مصلحة للبنت؛ بأن كان الخاطب لا يناسبها مثلًا، ولا يكون هذا المنع عضلًا، ولثبوت هذا الحق للأب يلزم توافر الشرطين الآتيين: أن تكون المكلفة بكرًا لا ثيبًا، وأن يثبت الأب أن في منعه مصلحة للبنت، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين كان اعتراض الأب عضلًا يجب دفعه ومنعه. كما أكد القانون في الشق الأخير من المادة (١١) المذكورة آنفًا على المبدأ الشرعي: "السلطان ولي من لا ولي له". فكل

(١) ينظر: سعيد قاضي، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى قسم الشريعة والقانون في كلية العلوم الاسلامية/ جامعة الجزائر،٢٠١٠- ٢٠١١، ص١٧٣.

امرأة أياً كانت صفتها وقعت تحت طائلة عضل الولي، فإن القاضي هو الذي يتولى أمر تزويجها من كفئها وفق الضوابط المنصوص عليها في المادة (١٢) سالفة الذكر[١].

يتبين جليًا مما سبق أن موقف القانون الجزائري من عضل الولي قبل تعديله متوافق مع موقف الفقه الإسلامي في هذا الخصوص ولا سيما الفقه المالكي.

ب. بعد التعديل:

لقد عدل قانون الأسرة بالأمر رقم (٠٥- ٠٢) الصادر في ٢٠٠٥/٢/٢٧[٢]، وقد مس هذا الأمر إحدى وأربعين مادة ما بين الإلغاء والتعديل والإضافة[٣]، ومن ضمن المواد التي طالها التعديل، المواد: ٩ و١١و ١٢.

فالمادة (٩) أصبحت بعد تعديلها تنص على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبذلك فقد اختزل المشرع أركان عقد الزواج في ركن واحد هو:" تبادل رضا الزوجين"، ولم يعد الولي ركنا من أركان الزواج، وانما أصبح من شروطه وفقا للمادة (٩) مكرر، المضافة بالتعديل الجديد، والتي نصت على أنه: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج- الصداق- الولي- شاهدان- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

ومن تطبيقات المادة (٩) المعدلة المذكورة، ما جاء في قرار للمحكمة العليا في الجزائر، ونصه: "حيث إن عقد الزواج بصفة عامة مبني أساسًا على الرضا، وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة (٠٩) من ق.أ، إضافة إلى ذلك فالمادة (٤) من نفس القانون تعرف الزواج بأنه عقد رضائي.. وحيث بناء على المادتين المشار

(١) ينظر: المصدر نفسه، ص١٧٣-١٧٤.
(٢) منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (١٥)، السنة الثانية والأربعون، في ٢٠٠٥/٢/٢٧.
(٣) ينظر: مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة ابي بكر بلقائد- تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٩- ٢٠١٠.

إليهما لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به.."[1].

أما المادة (١١) فقد اضحت بعد تعديلها تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد اقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة ٧ من هذا القانون، يتولى زواج القصّر أولياؤهم، وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

يتضح من هذه المادة أنها قد أسندت عقد الزواج إلى المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها، فهي بذلك جاءت مؤكدة لما ورد في تعديل المادة (٩) المتعلقة بأركان الزواج في ركن واحد فقط هو: "تبادل رضا الزوجين" وبالتالي صارت بقية الأركان شروطًا لعقد الزواج بما فيها الولي، وهذا الولي وفقا للمادة (١١) هو: أبوها او أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وهذا يعني أن المرأة الراشدة تختار من تقدمه وليًا في زواجها، فحرف (أو) يفيد التخيير لا الوجوب، وبذلك قد يكون هذا الولي شخصًا أجنبيًا عن الأسرة، تختاره المرأة الراشدة بنفسها، كما أن المادة (١١) المذكورة اكتفت باشتراط حضور الولي عند عقد زواج المرأة الراشدة دون أن يكون له دور معلوم، وأكثر من ذلك، فإن تخلُّف شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة لا يترتب عليه أي أثر، خلافا للشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة (٩) مكرر، وليس لصنيع المشرع هذا من دلالة سوى تجريد الولي من كافة السلطات الفعلية، وفي مقدمتها سلطة الإجبار، وسلطة الاعتراض على الزواج. ولعل أهم ما مسه التعديل في المادة (١١) هو مجال إعمال مبدأ " القاضي ولي من لا ولي له" حيث كان مجال تطبيقه قبل التعديل هو كل امرأة، بكرًا كانت أو ثيبًا، راشدة كانت أو غير راشدة. أما بعد التعديل فقد تم تقلص هذا المجال، وانحصر في حق القاصرة، اي الصغيرة التي لم تبلغ سن اهلية الزواج المنصوص عليها في المادة (٧) وهي (١٩) سنة كاملة، والتي ليس لها ولي أمر يتولى

(١) قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- رقم ٤١٥١٢٣ في ٢٠٠٨/٠٣/١٢. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية- قرارات المحكمة العليا، ج٣، ط١، اصدار منشورات كليك، الجزائر، ٢٠١٣، ص١٤٤٩-١٤٥١.

أمر تزويجها، دون المرأة المكلفة الراشدة!!!. وبالنسبة للمادة (١٢) فإن المشرع الجزائري قد كفى نفسه عناء تعديلها، واختصر الطريق، واكتفى بإلغائها الغاءً كاملاً! وبالتالي لم يبق في قانون الأسرة الجزائري، اليوم، أية مادة تعالج مشكلة "عضل الولي"[١]؛ لانعدام دوره تقريبًا في إبرام عقد الزواج.

وقد انتقد موقف القانون الجزائري من عضل الولي بعد التعديل المذكور، على أساس أنه تأكيد لمسعى إضعاف دور الولي في عقد الزواج، وذلك استجابة لضغوط العولمة وإرضاء المنظمات الدولية والجمعيات التي تدعو الى تحرير أكبر للمرأة[٢]، وهو انتقاد وجيه؛ لأن المادتين (١١و١٢) بصياغتهما قبل التعديل تعتبران خير علاج قانوني لمشكل العضل، وتعبران عن موقف دقيق ومتطور للمشرع الجزائري في هذا الخصوص لاستعانته بالفقه الإسلامي، وهو بموقفه الأخير هذا يكون قد خطا خطوة إلى الوراء لا إلى الأمام.

وخاتمة بحث موضوع عضل الولي تكون بدعوة المشرع العراقي إلى إعادة النظر في موقفه الحالي من الولاية وعضل الولي، وذلك بأن يتدارك النقص والقصور التشريعيين اللذين يعتريان قانون الأحوال الشخصية في هذا الخصوص، من خلال تعديل النصوص القائمة وإضافة نصوص جديدة معتمدًا في ذلك على الفقه الإسلامي، ومستأنسًا بنصوص القانون الإماراتي.

(١) ينظر: سعيد قاضي، مصدر سابق، ص١٥١-١٥٢، ١٧٥.
(٢) ينظر: سعيد قاضي، مصدر سابق، ص١٧٦.

الخاتمة

إن خاتمة هذا البحث تتضمن أهم النتائج والتوصيات، وكما يأتي:

أولًا: النتائج:

١- يعد الولي ركنا مهما لانعقاد نكاح المرأة الرشيدة، لا يصح العقد بدونه، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، وهو الراجح، والذي أخذ به القانون الإماراتي، خلافا للحنفية الذين أجازوا للمرأة تولي عقد نكاحها، وان استحبوا في الوقت نفسه مباشرة الولي لعقد النكاح، وهو الذي أخذ به القانون العراقي.

٢- إن عضل الولي هو أبرز تطبيق للتعسف في استعمال حق الولاية في التزويج، وله صورتان رئيستان في الفقه الإسلامي: الأولى هي المنع من التزويج بكفء وبمهر المثل، وهذا عند جميع المذاهب. أو المنع من التزويج بكفء ولو دون مهر المثل، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة، خلافًا للحنفية. غير أن المالكية اشترطوا لتحقق العضل من الولي تحقق الإضرار منه بموليته؛ أي أنهم اقاموا العضل على معيار مهم من معايير التعسف، ألا وهو معيار قصد الإضرار. أما العضل عند جمهور الفقهاء فهو يقوم على مجرد الامتناع من التزويج، على أساس أن ذلك بحد ذاته إضرار، والراجح هو مذهب المالكية. أما الصورة الثانية للعضل فهي امتناع الولي من تزويجها من الكفء الذي عينته ليزوجها من الكفء الذي عيّنه هو، وهذا عند الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، وكذلك المالكية بالنسبة للولي غير المجبر الذي امتنع بدون وجه صحيح، وكذلك الولي المُجبر الذي تحقق إضراره. في حين اتفق المالكية والشافعية على الأخذ بتعيين الولي المُجبر –الأب عند المالكية، والأب او الجد عند الشافعية– دون تعيين المرأة؛ لأنه أكمل نظرًا منها، ولأنه مجبول على الشفقة كما يقول المالكية، إلا أن المالكية اشترطوا هنا أيضًا عدم تحقق الإضرار منه، وإلا فإنه يصير عاضلًا –كما تقدم–، والراجح في هذه الصورة محكوم بالضوابط أو الشروط المتقدمة، فإذا توافرت أخذنا برأي المالكية والشافعية، وإلا فإنه يجب العمل بالرأي الذي سبقه. هذا ويمكن تحديد

وجوه التعسف في عضل الولي من خلال تطبيق أي معيار من معايير التعسف، وحسب كل حالة على حدة.

٣- أما مواقف القوانين المقارنة من مسألة عضل الولي فقد جاءت متباينة؛ فالقانون العراقي جاءت نصوصه قاصرة ومقتضبة فيما يتعلق بأحكام الولاية، وعضل الولي، وكل ما نص عليه هو اعتبار المنع من الزواج جريمة يعاقب عليها الشخص المانع سواء كان قريبا أم بعيدا. أما القانون المصري فقد جاء خاليا من الإشارة إلى أحكام ولاية التزويج، وعضل الولي، لذا وجب العمل بأرجح الأحوال من مذهب أبي حنيفة في هذا الصدد وفقا للإحالة المقررة بالقانون. أما القانون الإماراتي فقد صرح بمنع التعسف في استعمال حق الولاية، وذلك بمنعه العضل، وسلبه الولاية من الولي العاضل، متى كان الخاطب كفؤا، حتى لو كان المهر المقدم دون مهر المثل، أخذا بمذهب الجمهور، كما وكل الأمر في حالة العضل إلى القاضي بولايته العامة ليأذن بالزواج أو لا على ضوء ما يظهر من المصلحة، اعتمادا على مذهب جمهور الفقهاء أيضا من انتقال الولاية حينئذ إلى القاضي لا إلى الولي الأبعد. أما القانون الجزائري فلم يبق فيه أية مادة تعالج عضل الولي بعد التعديل الأخير؛ لأنه أعطى للمرأة حق تزويج نفسها بحضور من تختاره وليا في زواجها، ولو كان شخصا أجنبيا عن الأسرة، وهو موقف منتقد أيضا.

ثانيا: التوصيات:

١- أن يقوم بتعديل المادة (١/ف٢) من القانون المذكور التي تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند خلو القانون المذكور من نص يعالج مسألة معينة، بأن يحيل القاضي الى الفقه الإسلامي بدلا من الشريعة الإسلامية.

٢- فيما يخص الولاية نقترح على المشرع أن يضيف مادة تحدد الولي وشروطه وترتيب الأولياء ويجعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج لا يصح العقد بدونه، ويعتبر القاضي وليا لمن لا ولي له.

٣- أما فيما يتعلق بالعضل فنوصي المشرع بأن يضيف مادة تقرر منع العضل وسلب الولاية من الولي العاضل إلا إذا كان المنع من الزواج لمصلحة المرأة، ولا بأس أن يقتبس هذه المادة من الفقرتين (٣،٤) من المادة (٣٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، إذ نصت الفقرة (٣) على أنه:" إذا طلب من أكمل الثامنة عشرة من عمره الزواج وامتنع وليه عن تزويجه جاز له رفع الأمر الى القاضي". ونصت الفقرة (٤) على أنه:" يحدد القاضي مدة لحضور الولي بعد إعلانه يبين خلالها أقواله، فإن لم يحضر أصلا أو كان اعتراضه غير سائغ زوجه القاضي". كما نقترح أن يقوم المشرع بتعديل الفقرة (١) من المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية، ويجعلها على النحو الآتي:" ١- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه شخص ذكرا كان أو أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج باطلا إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون، من الزواج، إلا إذا كان المنع من الولي ولمصلحة المولى عليها".

المصادر

أولًا: كتب التفسير:

- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج٢، ط٢، مطبعة المنار، مصر، ١٩٣٢.

ثانيًا: كتب الحديث وشروحه:

١- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه الألباني، طبعة جديدة، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٩٧.
٢- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، (ج١، ج٣)، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٩١٩.
٣- العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٩، ط١، دار الريان للتراث، القاهرة، ١٩٨٦
٤- المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ج٤، دار الفكر.

ثالثًا: كتب اللغة:

١- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٤، دار الفكر، ١٩٧٩.
٢- ابن منظور، لسان العرب، (ج١، ج١١، ج١٣، ج١٥)، دار صادر، بيروت.
٣- الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤- الفراهيدي، كتاب العين، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٥- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

رابعًا: كتب أصول الفقه:

١- الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج١، ط١، دار الفضيلة، الرياض، ٢٠٠٠.
٢- مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط٢٣، إحسان للنشر والتوزيع، كردستان العرق، ٢٠١٤.

خامسًا: كتب الفقه الإسلامي:

أ. كتب المذهب الحنفي:

١- ابن الهمام، شرح فتح القدير، على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني، ومعه العناية شرح الهداية لأكمل الدين البابرتي وحاشيتا سعدي جلبي وسعدي أفندي على شرح العناية وعلى الهداية، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢- ابن عابدين، رد المحتار "حاشية ابن عابدين" على الدر المختار للحصكفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، ج٤، ، ط١، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠.
٣- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٤- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
٥- بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
٦- السرخسي، المبسوط، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١.
٧- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٨- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

ب. كتب المذهب المالكي:

١- ابن جُزيّ، القوانين الفقهية، ت: محمد بن سيدي.
٢- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج١، ط١، دار الغرب الإسلامي، السعودية، ١٩٩٥.
٣- أبو بكر الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك، ج٢، ط١، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ٢٠٠٣.
٤- الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج٤، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٠٦.
٥- الحطّاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ط١، دار الرضوان، نواكشوط، ٢٠١٠.
٦- الخُرشي، حاشية الخُرشي على مختصر سيدي خليل – وبأسفله حاشية علي العدوي، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
٧- الدسوقي، حاشية الدسوقي –على الشرح الكبير للدردير، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٨- صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج٢، المكتبة الثقافية، بيروت.
٩- عُليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل –وبهامشه حاشيته تسهيل منح الجليل، ج٢.
١٠- مبارك بن علي التميمي، التسهيل، ج٤، ط٢، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠١.
١١- محمد الأنصاري الرصّاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣.

١٢- النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

ج. كتب المذهب الشافعي:

١- إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزّي، ج٢، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٦.

٢- ابن حجر الهيتمي، الزواج عن اقتراف الكبائر، ج٢، المطبعة المصرية ببولاق، ١٨٦٨.

٣- أبو بكر الدمياطي، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، (ج٣، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١.

٤- الجاوي، قوت الحبيب الغريب، توشيح على فتح القريب لابن قاسم الغزّي شرح غاية التقريب لأبي شجاع الأصفهاني، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.

٥- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج –ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدي، ج٦، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٦- سليمان البُجيرمي، حاشية البُجيرمي على الخطيب المسماة "تحفة الحبيب على شرح الخطيب" المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦.

٧- سليمان البُجيرمي، حاشية البُجيرمي على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٨- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٩- كمال الدين الدميري، النجم الوهّاج في شرح المنهاج، ج٧، ط١، دار المنهاج، بيروت، جدة، ٢٠٠٤.

١٠- الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤.

١١- محمود مطرجي، المجموع شرح المهذب للنووي، ج١٧، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠.

١٢- النووي، روضة الطالبين، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

د. كتب المذهب الحنبلي:

١- ابن المبَرْد، الدّر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ط١، دار المجتمع، جدة، ١٩٩١.

٢- ابن تيمية، المُحرَّر، ج٢، وزارة الأوقاف السعودية.

٣- ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج١٢، ط١، دار ابن الجوزي، ٢٠٠٦.

٤- ابن قدامة المقدسي، الكافي، ط١، المكتب الإسلامي، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٣.

٥- ابن قدامة، المغني، ويليه الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي، (ج٢، ج٧)، طبعة جديدة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢.

٦- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع لأبي النجا المقدسي، ج٧، دار عالم الكتب، الرياض.
٧- سراج الدين الدجيلي، الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤.
٨- علي أبو الخير، الواضح في فقه الإمام أحمد، ط٢، دار الخير، دمشق، بيروت، ١٩٩٦.
٩- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ج١، ج٢)، بيت الأفكار الدولية، بيروت، ٢٠٠٤.

هـ. كتب المذهب الظاهري:

- ابن حزم، المحلى، ج٩، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ١٩٢٦.

سادسًا: كتب الفقه الإسلامي المقارن:

١- ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، (ج٤، ج٥)، ط١، مكتبة مكة الثقافية، ٢٠٠٥.
٢- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢.
٣- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١٠، ط٤، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٧.

سابعًا: الكتب الفقهية والقانونية:

١- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط٣، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٥٧.
٢- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، ط٢، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٢.
٣- أحمد علي الخطيب، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
٤- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية.
٥- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، ج٣، ط١، اصدار منشورات كليك، الجزائر، ٢٠١٣.
٦- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط٦، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ١٩٩٣
٧- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمان، ٢٠٠٧.
٨- عَوض بن رجاء العَوضي، الولاية في النكاح، ج١، ط١، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ٢٠٠٢.
٩- فونانا آدم، الأحكام المترتبة على الفسق، ج١، ج٢، مكتبة دار المنهاج، الرياض.

١٠- محمد نعيم محمد، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ج٢، ط٢، دار السلام، مصر، ٢٠٠٧.
١١- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمَّان، ٢٠٠٨.
١٢- نظام الدين عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ج١، ط١، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦.
١٣- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٢.

ثامنًا: الدراسات والبحوث:

١- جمعة محمد براج، الولاية في عقد النكاح، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (١١)، السنة الخامسة، جامعة الكويت، ١٩٨٨.
٢- سعيد قاضي، رضا المكلفة في أنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الشريعة والقانون في كلية العلوم الإسلامية/ جامعة الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١.
٣- مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقائد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٩-٢٠١٠.

تاسعًا: الدوريات:

١- جريدة الوقائع العراقية: العدد ٢٨٠، في ١٩٥٩/١٢/٣٠.
٢- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة: العدد ٤٣٩، في ٢٠٠٥/١١/٣٠.
٣- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية:
- العدد ٢٤، السنة الحادية والعشرون، في ١٩٨٤/٦/١٢.
- العدد ١٥، السنة الثانية والأربعون، في ٢٠٠٥/٢/٢٧.

عاشرًا: القوانين:

١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٢- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
٣- القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المصري بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

٤- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
٥- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
٦- قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل والمُتمَّم بالأمر (٠٥-٠٢) لسنة ٢٠٠٥.

أحد عشر: مواقع الانترنت:

1- www.alriyadh.com
2- www.alukah.net
3- http://kenanaonline.com

المـلخـص:

إن عضل الولي هو أبرز تطبيق للتعسف في استعمال حق الولاية في التزويج في الفقه الإسلامي، وقد بحثنا حقيقته وشروطه وصوره وأحكامه في الفقه الاسلامي ووجدنا شيئًا من الاختلاف بين المذاهب الفقهية في هذه المسائل، إلا أن عضل الولي مع ذلك له صورتان رئيستان في الفقه الإسلامي. وقد اختلفت القوانين المقارنة في معالجتها لهذه الموضوع؛ فالعراقي تعاني نصوصه من النقص والقصور، والمصري اكتفى بالإحالة إلى المذهب الحنفي، والإماراتي كان موفقًا عمومًا إذ صرح بمنع العضل وسلب الولاية من الولي العاضل، أما القانون الجزائري فلم يبق فيه أية مادة تعالج عضل الولي بعد التعديل الأخير.

ABSTRACT :

The guardian's prevention is the most prominent application for the arbitrariness which is used to marry by guardianship in Islamic jurisprudence . We have discussed its concept conditions, images and its rulings in the Islamic jurisprudence, and we found some difference between the doctrines of jurisprudence in these matters, but the guardian prevention nevertheless has two main images in Islamic jurisprudence. Whereas, the comparative laws have different situations. For instance, the Iraqi law texts are suffering from shortcomings and deficiencies while the Egyptian law has depended completely to the Hanafi school. However, the UAE law texts were good in general, the UAE law expressly forbids the guardian prevention and decided to withdraw this authority from the guardian. In contrast, the Algerian law does not leave any material to treat the guardian prevention after the last amendment.