مجلة الجامعة الأسمرية
المجلد الرابع ، ديسمبر 2004م

# ولاية المرأة على أولادها القُصَّر في التشريع الليبي

الدكتور جمعة محمود الزريقي
المستشار بالمحكمة العليا

عندما استقلت ليبيا عن إيطاليا، شرعت في إصدار التشريعات الخاصة بها، حيث صدر القانون المدني، وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة 1953 ف، كما صدرت تشريعات أخرى تنظم مختلف المجالات والعلاقات.

إلا أنه فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالوقف فقد نص قانون نظام القضاء رقم 29 لسنة 1962 ف على أن تطبق عليهما أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمشهور من مذهب الإمام مالك، وأعاد المشرع هذا الحكم في المادة 159من القانون رقم 51 لسنة 1976 ف بشأن إصدار نظام القضاء، ومن ثم فإن القانون الذي كان مطبقا آنذاك هو المشهور من مذهب الإمام مالك، واستمر الحال في مسائل الأحوال الشخصية إلى أن صدر القانون رقم 122 لسنة 1971 ف، بشأن تيسير الحصول على النفقات الشرعية، الذي نظم فيه المشرع الأوامر التي يصدرها القضاة بشأن النفقات، وطريقة الاعتراض عليها، كما أصدر المشرع القانون رقم 176 لسنة 1392 هـ 1972 م في شأن كفالة بعض حقوق المرأة في الزواج والتطليق للإضرار والخلع، حيث نظم المشرع بعض المسائل المتعلقة بهما .

ثم أصدر المشرع القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، تضمن الأحكام الخاصة بهاتين الواقعتين، وألغى بموجبه

القانونين السابقين، ونص في مادته الثانية والسبعين، فقرة 2 على أنه: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)، كما صدر القانون رقم 17 لسنة 1992 ف بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، ونص في المادة 82 على أن (تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة في مسائل الولاية والوصاية والقوامة، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون).

عالج القانون الأخير ضمن أحكامه موضوع الولاية على النفس والولاية على المال، فنص في المادة 32 على أن (الولاية على النفس للوالدين، ثم للعصبة بأنفسهم من المحارم حسب ترتيبهم في الإرث والقرابة، وعند التساوي تختار المحكمة أصلحهم للولاية، وإذا لم يوجد منهم مستحق عينت المحكمة من يصلح للولاية من أقارب القاصر، فإن لم يوجد فمن الغير)، كما نصت المادة 44 على أن (تكون الولاية على المال للوالدين أيهما أصلح، ثم لمن تعينه المحكمة، ويجوز للمحكمة ألا تتقيد بهذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك).

فهذه النصوص تطرح إشكالية عند تطبيقها على الواقع العملي، فقبل صدور هذا التشريع كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي يعود إليها القاضي في تحديد الولي، ويكاد يجمع رأي المذاهب الإسلامية على أن الأب عند وجوده هو الولي على النفس والمال، أما عند فقده، فهناك من يقدم الوصي، وهناك من يقدم الجد الصحيح، على خلاف في ذلك، أما الآن وقد صدر القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم[1]، فإن ما أورده المشرع من تقرير الولاية للوالدين على النفس، والولاية للوالدين أيهما أصلح على المال، فإن الأمر يحتاج إلى بحث التغيير الذي أدخله المشرع في مفهوم الولاية، ولا يهمنا في هذا المقام تناول بقية النص، لأن من عناهم المشرع في استحقاق الولاية بعد الوالدين، أوردهم بعد (ثم) وهي تفيد الترتيب على ما هو معروف في اللغة، وعلى ذلك

---

[1] سوف نقتصر على كلمة (قانون القاصرين) في الإشارة إلى القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، و (قانون الزواج والطلاق) في الإشارة إلى القانون رقم 10 لسنة 1984، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، تجنبا للإطالة.

سوف يقتصر البحث على ولاية المرأة باعتبارها الوالدة في الحالتين - الولاية على النفس والولاية على المال - وخاصة عند اختلاف النص القانوني، ففي الولاية على النفس نص المشرع على أن الولاية للوالدين، أما في الولاية على المال، فقد نص المشرع على أن الولاية للوالدين أيهما أصلح.

والأسئلة التي يمكن طرحها هي: هل يمتلك الوالد (الزوج) والوالدة (الزوجة) بانفراده كامل الولاية ؟، فإذا تصرف بمفرده بحكم الولاية يكون تصرفه صحيحا ؟ أم أن الولاية مكنة معطاة لكليهما، بحيث يتم التشاور والاتفاق بينهما في كل ما يجب القيام به لحماية القاصر ورعايته ؟ وهل تكون الولاية كاملة لكل واحد منهما عند افتراقهما (في السفر أو عند الطلاق) وعند اجتماعهما تكون مشتركة ؟، ما المقصود بعبارة المشرع (أيهما أصلح) هل يكون ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو عند وجودهما قرب القاصر ؟ أم عند الافتراق ؟، وعند اختلاف الرأي بينهما حول مصلحة القاصر، فأي الرأيين يجب الأخذ به ؟، ومن الذي يحدد الأصلح منهما المحكمة أو باتفاقهما، وكيف يكون ذلك ؟. كل هذه الأسئلة أو الإشكاليات يطرحها قانون القاصرين، وهي التي سوف تواجه القاضي والباحث، ويكون بحاجة إلى حلول عملية وقانونية لها، وسيحاول هذا البحث بعد التمهيد السابق - بإذن الله تعالى - أن يعالجها في المطالب التالية:

المطلب الأول: معنى الولاية لغة واصطلاحا وتحديد الولي في الشريعة الإسلامية.
المطلب الثاني: ولاية الوالدة (الزوجة) على نفس ولدها القاصر.
المطلب الثالث: ولاية الوالدة (الزوجة) على مال ولدها القاصر.
الخاتمة: ونعرض فيها نتائج الدراسة.

## المطلب الأول:

## معنى الولاية لغة واصطلاحا وتحديد الولي في الشريعة الإسلامية

الولاية لغة، من الولي: القرب والدنو، والولي: الاسم منه، الصديق والمحب والنصير، وولي الشيء وعليه، ولاية وولاية، الخطة، والإمارة، والسلطان، وأوليته

الأمر، وليته إياه، وتولاه اتخذه وليا، وأولى على اليتيم: أوصى،[1] أما في اصطلاح الفقهاء، فهي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها[2] والولاية قسمان: ولاية على النفس، وهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ، ونحو ذلك، والولاية على المال، هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره، وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال[3].

## الولاية على النفس

وتثبت الولاية على النفس في مذهب الإمام مالك للأب ووصيه، وللأخ وابنه، والجد وسائر الأقارب، ويكون ترتيبهم على النحو التالي: الابن وابنه وإن نزل، والأب ووصيه ووصي وصيه، الأخ الشقيق وابنه، الأخ لأب وابنه، وإن بعد، الجد أبو الأب، العم وابنه، وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء الأولياء، فللقاضي أن يعهد بالولاية إلى من يصلح للقيام بها سواء كان من الأقرب أو غيرهم[4].

أما في مذهب الحنفية، فهي للعصبات، الأقرب فالأقرب، ويكون ترتيبهم على النحو التالي: الابن وابنه وإن نزل، الأب والجد العصبي الصحيح وإن علا، الأخ الشقيق، والأخ للأب وأبناؤهما وإن نزلوا، العم الشقيق والعم لأب، وأبناؤهما وإن نزلوا، ثم القاضي[5]. ولدى مذهب الشافعية يكون الولي المجبر، الأب والجد وإن علا، وترتيبهم على النحو التالي: الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم أبوه وإن علا، ثم الأخ

---

(1) ترتيب القاموس المحيط، للشيخ الطاهر أحمد الزاوي، ص 658 ج 4، الدار العربية للكتاب، الطبعة الثالثة 1980.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، ص 139 ج 4، ط دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى، 1404 هـ 1984 ف.

(3) المصدر السابق، ص 141 ج 4، وكتاب الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، للأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان، ص 206، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، 1973 ف.

(4) المصدر السابق، ص 646.

(5) الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص 199 ج 7.

الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب وإن سفل، ثم العم، ثم سائر العصبة من القرابة كالإرث[1].

وترتيب الولاية على النفس في مذهب الحنابلة، الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الابن وابنه وإن سفل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب مثل الشقيق، ثم أولاد الأخوة وإن سفلوا، ثم العمومة وأولادهم، ثم القاضي[2].

## الولاية على المال

تتفق المذاهب الإسلامية الأربعة على أن الولاية على مال القاصر تكون للأب، فهو الذي أعطاه الشارع صلاحية حفظ مال القاصر واستثماره، إلا أنهم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية على مال القاصر بعد موت أبيه، فقالت الحنفية: تثبت أولا للأب ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم للقاضي، ثم لوصي القاضي، وعند المالكية والحنابلة: تكون ولاية المال للأب ثم لوصيه ووصي وصيه، وهكذا، ثم الحاكم ولمن يعينه الحاكم، ويسميه المالكية المقدم، ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد حاكم، وتثبت الولاية عند الشافعية للأب ثم للجد، ثم لوصي من تأخر موته منهما، ثم للحاكم ثم لمن يقيمه الحاكم، وقد راعى الشارع في هؤلاء الأشخاص أن يكونوا مدفوعين بعوامل العطف والرحمة والشفقة إلى إحسان التصرف في شؤون القاصرين ، فمن كانت شفقته أعظم وعطفه أوفر قدم على غيره، ومن هنا جاء تقديم الأب على غيره ، لأنه أقرب الناس إلى أولاده، وشفقته فوق كل شفقة، وبعد الأب تكون الولاية لمن يختاره وصيا على أولاده عند الحنفية والمالكية والحنابلة، فهو مقدم على الجد عندهم، وقد خالف الشافعية في هذا فقدموا الجد على الوصي، لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه[3].

يلاحظ مما سبق أن الفقهاء أعطوا الولاية على القاصر في نفسه وماله للرجال الذكور، وشرط الذكورة في الولي قال به الجمهور، لأن الولاية يعتبر فيها الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة، تثبت عليها الولاية لقصورها عن النظر لنفسها، فلا تثبت لها

---

[1] المصدر السابق، ص 206 ج 7.
[2] المصدر السابق، ص 207 – 208 ج 7.
[3] الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 651.

الولاية على غيرها من باب أولى، إلا أن المذهب المالكي استثنى المرأة في الولاية على النفس من شرط الذكورة إذا كانت عاقلة، أو وصية شرعية، أو معتقة لذكر، فيكون لها في هذه الأحوال تزويجه على المشهور، بأن تقبل له النكاح، أما تزويج الأنثى فلها أن توكل ذكرا مستوفيا للشروط في العقد عليها، لأن لكل منهن حقا في ولاية التزويج، إلا أنه لا يصح أن تباشره بنفسها [1].

ذلك فيما يتعلق بمعنى الولاية، وتحديد الولي في الشريعة الإسلامية، ومنه يتضح أن المرأة، أي أم القاصر لا تكون لها الولاية، وإنما يجوز أن تكون وصية على القاصر، إما من الأب مباشرة، أو من القاضي، وبصدور قانون القاصرين، الذي أعطى الولاية للأم، يكون المشرع قد أدخل تعديلا جوهريا في مفهوم الولاية يتعين علينا بحثه لمعرفة حدود هذه الولاية، وكيف تكون عندما يكون والد القاصر حيا ؟ وتكون ولاية الأم مستمدة من نص القانون فقط، أي أنها ليست وصية شرعية ؟.

## المطلب الثاني:
## ولاية الوالدة (الزوجة) على نفس ولدها القاصر

سبق القول إن الولاية على النفس تعني: الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، وهي تتعلق بعدة أمور منها الزواج، ولما كان الزواج له أحكام خاصة في القانون، لذلك نقوم ببحث ولاية المرأة (الأم) وصلاحيتها في زواج ابنتها أو ابنها من عدمه، ثم نبحث الأمور الأخرى التي تدخل في شؤون القاصر الشخصية وصلاحية المرأة (الأم) في القيام بها:

### الفرع الأول: ولاية المرأة (الأم) في تزويج القاصر

يقصد من ذلك بحث مدى صلاحية المرأة (الأم) في تولي زواج ابنتها أو ابنها القاصر، وفقا للتشريعات النافذة حاليا، فالمشرع حدد في القانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الزواج والطلاق وآثارهما، من هو الولي، حيث خصص المادة 7

---

[1] حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور بدران أبو العينين بدران، ص 153، طبع مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ـ ت. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ص 28 ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1417 هـ، 1996.

للولاية في الزواج، ونصت الفقرة (أ) منها على أن (الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث)، فقد اقتصر المشرع في هذا القانون على إعطاء حق الولاية في التزويج للعصبة بالنفس على ترتيب الإرث، فإن لم يكن منهم أحد كانت الولاية للقاضي، ويكون ترتيب العصبة بالنفس حسب المشهور من مذهب الإمام مالك المطبق في مسائل الميراث: الابن وابن الابن وإن نزل، والأب المباشر، الجد من قبل الأب وإن علا، والأخوة الأشقاء، والأخوة لأب، وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخوة لأب، وأبناؤهم وإن نزلوا، والأعمام أخوة الأب، وأعمام الأب، وأعمام الجد وإن علوا، وأبناؤهم، ويكون التقديم من هؤلاء باعتبار الجهة، فيقدم من كان من جهة البنوة ثم من كان من جهة الأبوة، ثم من كان من جهة الجدود والأخوة ، فإن اتحدت الجهة كان التفاضل بينهم بفرق الدرجة[1]، وإذا اجتمع وليان في درجة واحدة، فالولاية تثبت لكل واحد على جهة الكمال، فأيهم تولى عقد الزواج بشروطه فزواجه صحيح، وليس للآخر حق الاعتراض، وهناك رأي يقول: إن الولاية تكون لهما مجتمعين، والذي أخذ به المشرع الليبي هو الرأي الأول، ونصت عليه المادة 7 فقرة د[2].

وبصدور قانون القاصرين الذي أعطى الولاية للوالدين (الأب والأم) هل تتمكن المرأة الأم من تزويج بنتها أو ابنها القاصر ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول: إن قانون شؤون القاصرين جاء متأخرا في صدوره عن قانون الزواج والطلاق، فقانون الزواج والطلاق صدر سنة 1984، أما قانون القاصرين فقد صدر سنة 1992، فالتشريع الأخير نص على أن (الولاية في النفس للوالدين ثم للعصبة بأنفسهم من المحارم حسب ترتيبهم في الإرث والقرابة ...)، مادة 32، والولاية على النفس تشمل عدة أمور تتعلق بالحالة الشخصية للقاصر، ومن ثم يكون النص عاما يشمل ولاية الزواج وصلاحيات أخرى تدخل في شؤون القاصر الشخصية، ويبقى نص

---

[1] أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، للأستاذ الدكتور سعيد محمد الجليدي، ص 74 ج 1، منشورات كلية القانون جامعة ناصر، 1993 ف.

[2] قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 1984 وأسانيده الشرعية، للأستاذ الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم، ص 57، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، الطبعة الأولى 1990 ف.

المادة 7 من قانون الزواج والطلاق نصا خاصا فيما يتعلق بولاية الزواج، ومن ثم يمكن القول: إن ولاية المرأة المنصوص عليها في قانون القاصرين لا تمكنها من القيام بتزويج ابنتها أو ابنها القاصر، لأن المشرع حدد بنص خاص من هم أصحاب الولاية في التزويج ، والقاعدة هي تقديم النص الخاص على النص العام، ومن ثم فلا يكون للأم ولاية تزويج القاصر تحت رعايتها.

ذلك فيما يخص ولاية التزويج، وهي جزء من الولاية على النفس، وفقا لما تبينه كتب الفقه الإسلامي، أما فيما يخص بقية الصلاحيات، فإن المشرع نص في المادة 33 من القانون المذكور على أن (يقوم الولي على النفس بالإشراف على شؤون القاصر ورعايته وتربيته وتعليمه وإعداده إعدادا صالحا ) وهذا النص يؤكد ما ذهبنا إليه من أن ولاية الزواج إنما ينظمها النص الخاص، وهو قانون الزواج والطلاق، ولذلك اقتصر على تحديد ولاية النفس في الإشراف على شؤون القاصر ورعايته وتربيته وتعليمه وإعداده إعدادا صالحا، ولعله بذلك أراد أن يجعل مسؤولية القاصر على عاتق الوالدين معا، وأن يحملهما في نفس الوقت مسؤولية التقصير إن وجدت، فيقع عليهما واجب القيام بذلك، والمشكلة لا تثار إذا اتفق الوالدان على هذه الرعاية والإشراف، ولكنهما قد يختلفان فيها، أو يحدث بينهما نزاع حولها، أو يحدث الفراق بينهما بالطلاق، ويتمسك كل منهما بحقه في الولاية على النفس بحكم النص القانوني، فكيف السبيل إلى فض ذلك النزاع أو بيان حقوق كل منهما في الولاية ؟ ذلك ما سوف نبحثه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني: ولاية المرأة (الأم) في الإشراف على شؤون القاصر

يتضح من نص المادة 33 من قانون القاصرين أن الولاية على نفس القاصر تتحدد بالإشراف على شؤون القاصر ورعايته وتربيته وتعليمه وإعداده إعدادا صالحا، فإذا كان القاصر يعيش بين الوالدين - كما سلف - فلا شك أن الرعاية المذكورة تكون لهما مجتمعين أو منفردين، كل يمارس دوره فيها، ويكون كل منهما مكمل للآخر، وباتفاقهما على ممارسة دور الرعاية والتعليم والإشراف، يكونان قد باشرا الولاية على نفس القاصر بما يحقق الغرض الذي سعى إليه المشرع من تقرير الولاية للوالدين، ولم يجعلها حكرا على الأب وحده، وقد سبق

للمشرع وأن أكد على أن حضانة الأولاد تكون حقا مشتركا بين الأبوين في حالة قيام الحياة الزوجية، (المادة 62 فقرة (ب) من قانون الزواج والطلاق).

أما في حالة الطلاق فالوالدة تكون لها الحضانة، وهي كما عرفها المشرع (حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى) -(مادة 62 فقرة (أ) - إلا أنها أردفت تلك الفقرة عبارة (بما لا يتعارض مع حق الولي)، كان ذلك متفقا مع ما كان معمولا به من تطبيق الشريعة الإسلامية، وقبل صدور قانون القاصرين، أما وقد صدر هذا القانون وأعطى حق الولاية للوالدين (الأب والأم) فهل يجوز لها بحكم ذلك النص القيام بدور الولي بمفردها مع قيام حق الحضانة ؟ وهل ما تقوم به من أمور تتعلق بالولاية على النفس في هذه الحالة يكون صحيحا ولا يتطلب موافقة الأب عليه ؟، وهل يغلب رأي الأب على رأي الأم عند الاختلاف ؟، ذلك فيما يخص وضع القاصر في حالة الطلاق، أما عند حدوث النزاع بين الأم والأب عند ممارسة دورهما في الولاية أثناء قيام الحياة الزوجية ، وهما بطبيعة الحال يستمدان حق الولاية من المشرع مباشرة، فعلى سبيل المثال إذا أراد الأب أن يدخل ابنه في مدرسة معينة، وترغب الأم في إدخاله في غيرها، وكل منهما له حق الولاية التي تعطيه متابعة شؤون القاصر وتربيته وتعليمه، ووقع النزاع بينهما ورفع الأمر للقضاء، فما هي المعايير التي يتم بها حسم النزاع أو تفضيل رأي على آخر ؟.

لم يسعفنا المشرع في باب الولاية على النفس بعبارة يستدل بها على تفضيل ولاية على أخرى، كما هو الحال في باب الولاية على المال عندما أضاف إليها عبارة (أيهما أصلح) ومع ذلك قد يقع الإشكال في تحديد الصلاحية والأسس التي يتم بها ذلك، فما بالك في الولاية على النفس عندما نص المشرع على أنها تكون للوالدين، وأمام هذا الغموض في تفسير النص لا مناص من الرجوع إلى قاعدة الإحالة المنصوص عليها في المادة 82 من قانون القاصرين، أي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة في مسائل الولاية والوصاية والقوامة، على اعتبار أن غموض النص يحمل في هذه الحالة على عدم ورود النص، وبالتالي فإن إجماع فقهاء الإسلام على أن الولاية للأب، هو الذي جرى به العمل في النوازل القضائية والفتاوى الشرعية على مضي الزمن، وسارت به الأعراف على مختلف العصور

الإسلامية، وبالتالي يمكن القول إنه حيث يوجد الأب حيا وقريبا من القاصر، فإن الولاية تكون له، ويقدم في ولايته على ولاية المرأة دون إخلال بحقها في الحضانة عند الافتراق، أما عند غياب الأب ــ بالوفاة أو السفر البعيد، فإن المرأة يحق لها ممارسة دورها في الولاية على النفس فيما عدا ولاية التزويج فيتولاها العصبة على النحو الموضح سابقا، لوجود نص قانوني خاص، وإلا فالمذهب المالكي يرخص لها في أحوال معينة تزويج القاصر على النحو الموضح سابقا، وفي غير الزواج لها عندئذ ممارسة كل ما أسنده القانون لولي النفس من أمور على ابنتها أو ابنها القاصر، ولا تحتاج في ذلك إلى تنصيب القاضي كما جرى بذلك العمل سابقا في المحاكم، لأن ولايتها مستمدة من القانون مباشرة.

## المطلب الثالث:

## ولاية الوالدة (الزوجة) على أموال أولادها القصر

نصت المادة 43 من قانون القاصرين على أن الولاية على المال مكنة قانونية توجب على من يتولاها العناية بمال القاصر والقيام بكل ماله علاقة بهذا المال، وفيما سبق ذكرت أن الشريعة الإسلامية تسند هذه الولاية إلى الأب إن وجد، ثم لوصي الأب، أو الجد الصحيح على خلاف في ذلك، وقد أخذ بذلك المشرع المصري حيث نص في المادة الأولى من القانون رقم 119 /1952 بأحكام الولاية على المال: (للأب ثم الجد الصحيح - إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا - الولاية على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة)[1]، كما أخذ بذلك أيضا المشرع السوري، حيث نصت المادة 170 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه (للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله، وهما ملتزمان بالقيام بها)[2].

أما الأم فلا تثبت لها الولاية على مال القاصر إلا بوصاية من قبل الأب أو القاضي، فلو أوصى الأب إلى الأم أو أقامها القاضي وصيا على أولادها صح ذلك،

---

[1] التعليق على قانون الولاية على المال، المستشار أحمد نصر الجندي، ص 9، دار الكتب القانونية، مصر، 1996 ف.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص 142 ج 4.

وكانت لها الولاية على المال بصفتها وصيا مختارة من قبل الأب أو معينة من قبل القاضي لا بصفتها أما[1]، فإذا لم يكن هناك وصاية من الأب، فإن ما جري به العمل في ليبيا، أنه يؤخذ بالعرف المعمول به استحسانا عند علمائنا ، ويعطى القريب والكافل الذي يرعى شؤون اليتيم حق الولي في النظر في حاله، لأنه يحدث كثيرا أن يموت الأب ولا يوصي لأحد على أولاده، فترعى شؤونهم أمهم، أو جدهم أو أخوهم، فلهم البيع والشراء، والتصرف في مال اليتيم، بما فيه صلاح أمره مع مراعاة الشروط التي وضعها الفقهاء في ذلك[2].

إن المشرع الليبي عندما أسند الولاية على مال القاصر للوالدين أيهما أصلح ثم لمن تعينه المحكمة، فإنه ساوى بين الولايتين، إلا أن هذا النص أيضا يطرح نفس الإشكاليات السابقة، ولكن ــ ربما ــ بدرجة أقل منها في الولاية على النفس، لأن المشرع وضع لنا معيارا يمكن تطبيقه عند التنازع بين الأب والأم في الولاية على المال، وهو أن الولاية تكون للأصلح منهما، ومع وجود هذا المعيار فإن الغموض ما زال يكتنف النص، وعلى رأي الدكتور محمد علي البدوي: فإن عبارة (أيهما أصلح) تصرف الذهن إلى أن الولاية على مال الصغير لا تعطى بقوة القانون للوالدين معا يقومان بشؤونهما بالاتفاق بينهما، وإنما تكون لمن هو أصلح منهما، وهذا التفسير يستدعي بالضرورة تدخل جهة ما لتحدد أيهما أصلح. وهذا الرأي يستدعي البحث عن الجهة التي تتولى الأمر.

ثم يتجه الأستاذ المذكور بالنقد للمشرع الليبي، فيقول: ولو اكتفى المشرع بعقد الولاية على المال للوالدين يقومان بشؤونها معا وباتفاقهما لخلق في القانون نوعا من التناسق والانسجام في الأحكام بين الولاية على المال والولاية على النفس، ولجنب الآباء والمحاكم مشقة التقاضي ومصاريفه ومتاهات إثبات أي الوالدين أصلح للقيام بمهمة الولاية[3]، فهنا يشير إلى الاختلاف الوارد بين النصين فيما يتعلق

---

[1] الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 652.

[2] السلسلة الفقهية، الرهن الحجر.، للأستاذ الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني، ص 39، الطبعة الأولى 1990، مطابع الجماهيرية – سبها ليبيا.

[3] أضواء على الولاية على المال، بحث للأستاذ الدكتور محمد علي البدوي، ص 14، مجلة القانون، تصدرها كلية القانون، جامعة الفاتح – طرابلس، العدد الأول، السنة الأولى، 2003 ف.

بالولاية على النفس إذ جعلها للوالدين، والولاية على المال نص على أنها للوالدين أيهما أصلح، الأمر الذي يحتاج معه إلى بيان صلاحية كل من الوالد والوالدة في ممارسة الولاية على مال القاصر. وينتهي الأستاذ المذكور في بحثه القيم إلى أن التفسير المعقول والذي ينسجم مع إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية، ومع ما استقر عليه العرف والقضاء، هو أن الولاية تثبت بإثبات الشارع لها ابتداء دون إذن أو إنابة من أحد، أي بحكم القانون، فهي تكون بحسب الأصل للوالدين معا ما لم تر المحكمة إسنادها إلى أحدهما باعتباره الأصلح لها[1].

ومع تأييدنا لهذا الرأي، إلا أنه في تقديرنا يحتاج إلى مزيد من البحث والتأصيل، ومحاولة استعراض بعض الفروض التي سوف تطرح على القضاء مستقبلا، إذ ستواجهه مشاكل واقعية ومنازعات قانونية تتعلق بنصوص قانون شؤون القاصرين، مما يستوجب التفكير في إيجاد الحلول المناسبة لها، ويمكن طرح المنازعات المتوقعة على فرضين، الأول: عند اتفاق الوالدين، والثاني: عند اختلافهما ، ويكون ذلك على النحو التالي:

## الفرض الأول: عند اتفاق الوالدين

إذا كان القاصر يعيش في رعاية الوالدين، وكانا متفقين على الطرق التي يتم بها رعاية القاصر في نفسه وفي ماله، ففي هذا الفرض لهما الولاية على مال الصغير، ويكون لأي منهما ممارسة حق الولاية على الولد، والمشرع تكفل بوضع النصوص التي تحمي مال القاصر من التصرفات التي قد تضر به، منها وجوب رعاية أموال القاصر حفظا وتصرفا واستثمارا (المادة 48) وأنه لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر تصرفا ناقلا لملكيته، أو منشئا عليه حقا عينيا إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة، وبإذن من المحكمة (المادة 49) وغني عن البيان أن الحظر يشمل الحق العيني الأصلي، كحق الارتفاق مثلا، والحق العيني التبعي كالرهن، ولكنه لا يشمل القسمة باعتبارها تصرفا كاشفا، كما أنه لا يجوز للولي أن يتصرف في المنقول من

---

[1] المصدر السابق، ص 14.

مـال القاصـر أو الأوراق المالية، إلا بإذن المحكمة (المادة 50) يضاف إلى ذلك أنه لا يجوز التبرع بمال القاصر أو منافع مانه، فإذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه بـاطلا، ومـوجب لضمانه ومسؤولياته (المادة 51) وهذا الحكم يسري على الأولياء والأوصـياء والقيمين، الخ ذلك من الضمانات التي أوجبها المشرع على ولي القاصر بصرف النظر عمن يقوم بها - الوالد أو الوالدة _ وعند اتفاقهما على كيفية إدارة مال القاصر، فلا يكون هناك أي إشكال يطرح، مع وجود الضمانات التي قررها المشرع لحماية مال القاصر.

## الفرض الثاني: حالة الاختلاف بين الوالدين

قـد يخـتلف الـوالدان في كيفـية ممارسـة ولايـة كل منهما على مال القاصر، فينفرد أحدهما بالتصرف دون موافقة الآخر وعدم رضاه، أو يكون لكل واحد منهما رأي يـريد أن يفرضـه في إدارة مـال القاصـر، أو يقـوم كـل مـنهما بتصرف في مال القاصـر يـتعارض مـع ما قام به الآخر، وقد يقول قائل إن هذه الفروض قد لا تقع، وإن وقعت فالضمانات التي وضعها المشرع والمتعلقة بالتصرف والتبرع يجب أخذ موافقة المحكمة عليها ؟ ومن هنا تكون هناك رقابة قضائية تضمن حماية القاصر.

إن الجواب على ذلك يتمثل في وجود أحوال أخرى لا تدخل في الضمانات الـتي وضعها المشرع، منها مثلا: استثمار أموال القاصر واختيار الطريقة التي يتم بها، فقـد يـرى أحد الوالدين وضعها في مصرف لتدر أرباحا، ويرى الآخر شراء سندات ماليـة بهـا، فهـذه الأمـور لا تـدخل في نطاق إذن المحكمة، فليست من التبرعات أو التصـرفات الـناقلة للملكية، لأن المقصود بذلك استثمار المال بما يعود على القاصر بالفائـدة، ومن ناحية أخرى فالمشرع حظر التصرف في عقارات القاصر إلا بشروط ومـنها إذن المحكمـة، والـنص في هـذا يخـتص بالتصرفات المنشئة للحقوق العينية علـى عقـار القاصـر، ولكـنه لا يشـمل التصرفات الكاشفة كالقسمة مثلا، فهنا يكون للولـي أن يقـوم بها دون إذن من المحكمة، يفهم ذلك من اشتراط المشرع الحصول علـى إذن المحكمة في حالة قسمة عقار القاصر إذا كان المتولي عليه وصيا أو قيما، سـواء كانـت القسـمة رضـائية أو قضـائية (المـادة 69) فـإذا تصرف الأب في عقار القاصـر بالقسـمة، وتصـرفت الأم في نفـس العقار بالقسمة، وبطريقة مغايرة للقسمة الأولى، فأي القسمتين يعتد بها ؟ وما التي تعتبر منهما صحيحة وفقا للقانون، خاصة

وأن المشرع يقرر أن تصرفات الولي من الوالدين في أموال أولاده القصر تحمل على السداد إلا إذا ظهر خلاف ذلك.

لا يمكن في هذه الحالة تطبيق المادة 790 من قانون المرافعات التي تنص على أنه (إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون) والمقصود هنا المحكمة الابتدائية، إلا أن قانون القاصرين لم يشترط مصادقة المحكمة إلا على القسمة الرضائية التي يقوم بها الوصي أو القيم وبعد الحصول على إذن منها، دون القسمة القضائية، أما إذا قام بالقسمة الولي، فلا لزوم لتصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة، لأن المشرع لم يشترط عليه حصول الإذن من المحكمة إلا في التصرفات المنشئة دون التصرفات الكاشفة[1]، وغني عن البيان أن المحكمة لها سلطة تقديرية في منح الإذن للوصي أو القيم في إجراء القسمة الرضائية من عدمها، فإذا قدرت أن القسمة الاتفاقية في مصلحة القاصر، فلها أن تعين الأسس التي تجرى عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها[2] وفي هذه الحالة أوجد المشرع ضمانة قضائية لمال القاصر، ولكنها تجاه تصرفات الوصي أو القيم دون الولي.

هناك رأي طرحه الأستاذ الدكتور محمد علي البدوي لحل هذه الإشكالية، عندما ذكر أنه قد يختلف الأبوان بشأن إدارة أموال القصر، وتكون العبرة بما يراه الأب، فهو رب الأسرة مصداقا لقولها تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (النساء: 34) ما لم يتبين للمحكمة أن رأي الأم هو الأصوب، وقد يتضح لها أنها هي الأصلح للولاية على مال الصغير فتسند لها الولاية)[3]، ويبدو أن هذا الرأي هو السديد في هذه المسألة، لأنه يجد سنده في نص المادة 82 من قانون القاصرين، فهو يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة في مسائل الولاية والوصاية

---

(1) الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، د جمعة محمود الزريقي، 138 الجزء الأول، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس 1993 ف.

(2) الوسيط في القانون المدني، للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ص 897 ج8.

(3) أضواء على الولاية على المال، المصدر السابق، ص 14.

والقوامة، كما أنه يتفق مع قصد المشرع نفسه عندما أسند الولاية على مال القاصر للوالدين أيهما أصلح ثم لمن تعينه المحكمة، ويجوز للمحكمة ألاّ تتقيد بهذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك، فالمشرع استصحب مصلحة القاصر في كل الأحكام، ومن ثم يمكن القول إن الولاية على مال القاصر تكون للوالدين معا بحكم القانون، طالما لا يوجد خلاف بينهما في ممارسة الولاية، فإذا تنازعا الأمر فيكون للمحكمة المختصة إسنادها للأب وحده، أو للأم، أو لغيرهما إن اقتضى الأمر، والمناط في ذلك مصلحة القاصر.

## الخاتمة

بعد هذه الجولة في نصوص القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال شؤون القاصرين ومن في حكمهم، وبحث موضوع الولاية على النفس والولاية على المال، التي أعطاهما المشرع الليبي للوالدين (الأب والأم) خلافا لما كان متبعا من إسنادها إلى الأب وليس للأم إلا إذا كانت وصية منه أو من القاضي، يمكن الإشارة إلى النتائج التالية:

### أولا: فيما يخص الولاية على النفس

إن المشرع حدد الأمور التي تدخل في نطاق الولاية على القاصر وهي الإشراف على شؤونه ورعايته وتربيته وتعليمه وإعداده إعدادا صالحا، وأسندها للوالدين، كل يمارس دوره فيها بما يحقق مصلحة القاصر، ولم يجعلها حكرا على الأب وحده، وهما يستمدان حق الولاية من المشرع ذاته دون حاجة إلى أي إجراء آخر. عند اختلاف الوالدين في ممارسة الولاية، سواء كانا منفردين أو مجتمعين، فإن الرأي الذي يبدو أكثر ملاءمة لنصوص القانون وفقا للشريعة الإسلامية، وما جرى به العمل، هو إعطاء الولاية على النفس للأب دون إخلال بحق المرأة في ممارسة دورها التربوي والإصلاحي، وحقها في ممارسة الحضانة عند الفراق. وإن ولاية المرأة على أولادها القصر لا تعطيها الحق في القيام بتزويج ابنتها أو ابنها القاصر، لأن ولاية الزواج قررها المشرع بنص خاص للعصبة من الرجال وفقا لترتيب الإرث الشرعي، وبالتالي فإن ولايتها على النفس لا تمكنها من ذلك.

**ثانيا: فيما يخص الولاية على المال**

إن الولاية على المال تثبت للوالدين (الأب والأم) من المشرع مباشرة دون حاجة إلى أي إجراء آخر، وعند اتفاقهما يقومان بها مجتمعين أو منفردين بما يوافق حفظ مال القاصر والعناية به والقيام بكل ما له علاقة بهذا المال، ويكون ذلك بالشروط والأوضاع المقررة في القانون. وعند التنازع على الولاية بين الأب والأم في شأن من شؤون القاصر المالية، فيكون للمحكمة المختصة صلاحية إسناد الولاية للأب استنادا إلى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، فإن لم يكن أهلا لها، قامت بإسنادها للأم، ولها عند الاقتضاء - وفقا لمصلحة القاصر - إسنادها لمن تراه أهلا لذلك، ولا تتقيد بالترتيب الذي وضعه المشرع.

**ثالثا: نتيجة عامة**

إن المشرع الليبي بإعطاء المرأة حق الولاية على أولادها القصر إنما يرفع من مكانة المرأة المسلمة، ويؤكد على قدرتها على تحمل المسؤولية والمشاركة في تنشئة الأسرة، وفي نظري أن ذلك لا يخالف الشريعة الإسلامية التي يكاد يجمع فقهاؤها على أن الولاية تكون للأب عند وجوده، وإنما يسير ذلك في نطاق مقاصد الشريعة، فالمرأة في الوقت الحاضر أصبحت قادرة على تحمل المسؤولية والمشاركة الفعلية في الحياة الأسرية، ومن ثم فإن إشراكها في الولاية على الصغير لا يعد افتئاتا على صلاحية الرجل أو تعارضا مع الأحكام الشرعية.

# مقاصد ولاية تزويج البالغة العاقلة في الشريعة والقانون

أفراح مختار العاتي
طالبة دراسات عليا . جامعة الفاتح

الحمد لله الذي كرم المرأة وأعزها فبين لها حقوقها التي هي واجبات مفروضة على الرجل وواجباتها التي هي حقوق للرجل، فجاءت الشريعة قواماً بين هذه وتلك فأعطت الشريعة لكل ذي حق حقه، وحتى ما يراه قاصرو البصر والبصيرة ظلماً وانتقاصاً من حقوق المرأة هو في حقيقته ما هو إلا تكريم وصون ورفع لمكانة المرأة وكرامتها.

فهناك من يرى وخصوصاً من يناصب الشريعة العداء، أنها غير صالحة للتطبيق في هذا العصر، يرى من ضمن ما يرى أن الشريعة لم تعطِ للمرأة الحق في أن تختار الزوج الذي يشاركها حياتها، وأنها لم تعطها الحق في أن تعقد عقد زواجها بعبارتها، كما يختار الزوج ويعقد بعبارته، وفي هذا مغالطة كبيرة، أو من يرى هذا يفتعل هذه المغالطة، لأن المرأة في الشريعة الإسلامية لها مطلق الحرية في أن تختار زوجها في حدود الأعراف والآداب الإسلامية، ولها حق فسخ عقد الزواج الذي أرغمت عليه، هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى، فإن المرأة البالغة العاقلة لا تعقد عقد الزواج بعبارتها، هذا ليس حكماً قطعياً في الشريعة لا يجوز تجازوه، لأن هذه المسألة فيها اجتهادات وآراء بحيث إن حكم هذه المسألة فيه من السعة والمرونة ما يناسب كل مجتمع وفي كل عصر على حسب ما جرت العادة والعرف به. وإن

تلك الاجتهادات لم توضع إلا لمقاصد روعيت فيها مصالح كل الأطراف في هذا الموضوع، لأن الزواج في الإسلام كما يتعلق بالمرأة والرجل، يتعلق كذلك بمن حولهما من الأهل والأقارب.

لذلك كله ارتأيت، ومن خلال هذه الورقة أن أزيل بعض ما يكتنف هذا الموضوع من غموض لدى البعض، وما يثار حوله من شبهات من خلال توضيح الآراء الفقهية التي قيلت فيه، والمقاصد التي بنيت عليها ولاية التزويج، وإتماماً للفائدة رأيت أنه من المناسب أن استعرض موقف المشرع الليبي من خلال الرأي الذي تبناه في هذا الموضوع، ومقاصده من تبني هذا الرأي، راجية من الله أن أوفق في عرض هذا الموضوع، بحيث تتجلى الصورة ويزال اللبس وتستشف المقاصد من ذلك. وكل ما أرجوه من كل من يقرأ أو يستمع أو يقيّم هذه الورقة، أن يغفر لي، إن كنت قد أخطأت أو قصرت، فأنا في أول الطريق ولن يكون عملي هذا شيئاً مذكوراً أمام عمالقة من تبحر وتمرس في هذا المجال، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وعليه فليتوكل المتوكلون.

## تأصيل ولاية التزويج

الولاية لغة: النصرة وهي قيام الشخص بأمر غيره. والولي: هو المحب والصديق والنصير[1]، والولاية في اصطلاح الفقهاء هي: القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد[2]،كما عرفت بأنها تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى[3].

وتنقسم الولاية إلى:

- قاصرة: تثبت للشخص على نفسه وماله وتكون لكامل الأهلية.
- متعدية: وهي ولاية الشخص على غيره ولا تثبت إلا لمن له ولاية على نفسه.

---

[1] الزاوي، الطاهر أحمد، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، 1983 – 1984 – دون عدد الطبعة، ص 670.

[2] بدران، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بيروت، دار النهضة، الجزء 1 دون ط أو سنة نشر، 134.

[3] أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي دار الفكر، دمشق سوريا، ط2 – 1988، ص390.

وتنقسم من حيث من تثبت له إلى:

- ولاية أصلية: وهي التي تثبت ابتداءً دون أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد.
- ولاية نيابية: وهي المستمدة من غيرهما، كولاية القاضي فإنه يستمدها من الحاكم أو الإمام، أو ولاية الوصي فهي مستمدة ممن أقامه وصياً.

كما تنقسم المتعدية إلى:

- ولاية عامة: تثبت للقضاة نيابة عن ولي الأمر.
- ولاية خاصة: تثبت للأفراد بصفتهم الشخصية، والخاصة مقدمة على الولاية العامة إذا كان متعلقهما واحد.

أما من حيث موضوع الولاية المتعدية فتنقسم إلى:

- ولاية على النفس.
- ولاية على المال.
- ولاية على النفس والمال.

والولاية على النفس تكون متعلقة بشخص المولى عليه كولاية الحفظ والتعليم وولاية التزويج وحسبنا من هذه الولايات ولاية تزويج المرأة العاقلة البالغة، والتي ستكون موضع البحث في هذه الورقة، وبالتالي فولاية التزويج هي التي تجعل الولي قادراً على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلي إجازة أحد[1]. هذا التعريف يتعلق بالولاية الإجبارية في التزويج والتي تثبت للولي على المولى عليه الصغير والمجنون، ولا يدخل ضمن هذا التعريف ولاية تزويج المرأة العاقلة البالغة[2] فولاية تزويجها إما:

- ولاية شركة واختيار، وهذا رأي الجمهور.
- ولاية ندب واستحباب، وهذا رأي الأحناف.

---

[1] بدران أبو العينين – المرجع السابق ص 134 – 135.

[2] الحصري أحمد، الولاية الوصاية، الضلاق في الفقه الإسلامي، بيروت دار الجيل، ط 2 سنة 1992 ص 1.

وحتى تكون الصورة أكثر وضوحاً نستعرض فيما يلي آراء الفقهاء وأدلتهم فيما يتعلق بولاية تزويج المرأة العاقلة البالغة.

## آراء الفقهاء وأدلتهم في ولاية تزويج المرأة العاقلة البالغة

إن الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المرأة هو مدى صلاحية عبارة المرأة واستقلالها في عقد الزواج دون رضى وليها، وفي هذا الأساس للفقهاء ثلاثة آراء:

### الرأي الأول

رأي الجمهور ويرى هؤلاء أنه لا بد من رضا الولي والمرأة، وأن الولي ينفرد بعقد زواج المرأة العاقلة البالغة بعبارته ولا يحق لها أن تعقد عقد زواجها ولا أن تزوج غيرها وأن لوليها سلطان عليها لا ينفرد دونها بالزواج ولا تنفرد به بل يشتركان ويتولى هو الصيغة[1] ولذلك سميت عندهم ولاية شركة واختيار، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الولي هو ركن من أركان عقد الزواج أو شرط من شروط صحته[2]، واستثنوا من ذلك البكر فاعتبروا ولاية الأب أو الجد عليها ولاية إجبار لأسباب وبشروط معينة سيأتي بيانها في موضعها.

### الرأي الثاني

رأي أبي حنيفة وزفر، ويرى هذا الرأي أن المرأة البالغة العاقلة ينعقد عقد الزواج بعبارتها ودون رضا وليها أو إذنه شريطة أن تكون قد تزوجت بكفء وبمهر مثلها[3]، فإن لم يكن كذلك كان لوليها العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج لاحتمال لحوق العار به بسبب هذا الزواج ويسقط حقه في الاعتراض إذا سكت حتى أنجبت ولداً محافظة على الولد لأن حق الولد أقوى من حق الولي وطالما تزوجت المرأة بكفءٍ فلا مظنة للحوق العار بالولي، لأن الذي فعلته حسن ولو كان

---

(1) بدران أبو العينين – المرجع السابق ص 136.

(2) الحصني، تقي الدين أبي بكر، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الجزء 2، بيروت، دار المعرفة – دون ط أو سنة نشر – ص 30.

(3) الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 3 سنة 2000 – ص 513.

سيختار لها لاختار هذا الشخص[1]، ومع هذا يرى أصحاب هذا الرأي أنه ومع قدرة المرأة حقيقة على مباشرة عقد زواجها إلا أنها عاجزة عن ذلك عجز ندب واستحباب لأنها تحتاج إلى الخروج إل محافل الرجال وعليه تثبت عليها ولاية استحباب[2].

**الرأي الثالث**

وهو رأي الإمام الأوزاعي وأبي ثور من مجتهدي الشافعية، ويرى هذا الرأي أنه لا بد من رضا الولي والمرأة وليس لأحدهما أن يستبد بعقد الزواج بدون إذن الآخر ورضاه، ومتى تحقق الرضا من كل منهما فأيهما قام بالعقد صح الزواج، سواء أكان الولي أو المرأة، لأنه لم يعهد في الشريعة أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقود، وقريب من هذا الرأي رأي الإمام محمد من أئمة المذهب الحنفي حيث يرى أن عقد زواج المرأة دون إذن وليها يعد صحيحاً ولكنه موقوف على إجازة الولي، أي أن الولي شرط من شروط النفاذ عنده لا من شروط الصحة وهذا الرأي كما يرى البعض وسط بين الرأيين السابقين[3].

## الأدلة التي استندت عليها هذه الآراء

### أولاً : أدلة الجمهور

استدل الجمهور على رأيهم بعدة أدلة هي:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة: 221)، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله عز وجل خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب به النساء، وكأنه يقول لا تنكحوا أيها الأولياء مولياتكم للمشركين[4].
2. قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾(البقرة: 232) وقد نزلت هذه الآية في معقل بن يسار، كانت له أخت فطلقها زوجها طلقة رجعية،وبعد

---

[1] عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 3 سنة 1966 ص 78 - 79.

[2] الكاساني، المرجع السابق – ص 505.

[3] الحصري. المرجع السابق ص 40.

[4] العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، كتاب النكاح من فتح الباري، بيروت دار البلاغة ومؤسسة العلا – ط 1 سنة 1986 – ص 120.

انقضاء عدتها جاء يخطبها مرة أخرى منه فحلف معقل بأن لا يزوجها أبداً فنزلت هذه الآية، وروي عن الشافعي أنه قال هي أصرح آية على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى[1]، وقال الشوكاني: إن حديث معقل هذا حجة في اعتبار الولي ويدل على أنه يشترط في النكاح الولي ولو لم يكن شرطاً لكانت رغبة الرجل في زوجته ورغبتها فيه كافيةً[2]، ومن ناحية أخرى رضى الولي في الآيات السابقة دليل على أن يكون له رأي في نكاح المرأة، لأن النكاح أسند إليه فلا يتصور أن يتولى الصيغة دون رضا منه.

3. حديث " لا نكاح إلا بولي" و" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل، وحديث " أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ 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 " وقال: " لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، قال: الزانية هي التي تزوج نفسها ".

4. قال الطبري في حديث حفصة حين تأيمت وعقد عليها عمر ولم تعقده هي، دليل على إبطال رأي من قال إن للمرأة البالغة العاقلة تزويج نفسها وعقد نكاحها دون وليها ولو كان ذلك لها لم يكن عليه الصلاة والسلام ليدع خطبة حفصة لنفسها، إذا كانت أولى بنفسها من أبيها، ويكون قد خطبها ممن لا يملك أمرها ولا العقد عليها[3]. من ناحية المعقول إن من مصلحة المرأة أن تشرك وليها في اختيار الزوج وهذا فيه مصلحة للمرأة وأسرتها.

---

[1] الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 3 مكتبة الجمهورية العربية دون ط او سنة نشر ص 156.

[2] انظر تخريج الأحاديث في صفحة ملحقة بهذا الموضوع بعد الخاتمة.

[3] سابق، سيد، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفكر بيروت لبنان، ط4 سنة 1983 – ص 113.

### مصلحة المرأة

أما مصلحة المرأة، فلأن الرجال صناديق مغلقة على النساء، وهذا العقد بمثابة عقد على الحياة، و النساء لا يعرفن أسرار الرجال لأن أغلبهن ينخدعن بالثناء ويؤثر فيهن الحس وتغلب عليهن العاطفة السريعة الزوال، وبالتالي من مصلحتها أن يشترك معها وليها في الاختيار، فهو ليس مأسوراً بعاطفة خاصة فيختبر ويبحث دون أن يغيره مظهر أو منظر.

### مصلحة الأسرة

أما مصلحة الأسرة، فلأن هذا العقد الخطير يعود على الولي والأسرة بالعار أو الفخار، فالأسرة تتأذى من زواجها بخسيس ويشرفها زواجها بشريف[1]، فالزواج رباط بين الأسر وله مقاصد شتى، وخبرة المرأة محدودة وتجربتها قليلة في عالم الرجال، لذلك في غالب الأحيان قد تنحرف عن هذه المصلحة وتبعد عن الهدف الذي من أجله شرع الزواج، وتنجر خلف هواها[2].

### ثانياً : أدلة الأحناف

1. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾(البقرة: 230) قالوا الضمير في تنكح يعود على المرأة وبالتالي لها أن تباشر عقد النكاح بنفسها دون حاجة إلى الولي[3].
2. قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ (الأحزاب: 50) قالوا هذا دليل واضح على انعقاد عقد الزواج بعبارة المرأة.
3. قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: 232). واستدلالهم بالآية على وجهين:
4. أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

---

[1] أبو زهرة، محمد، الولاية على النفس، بيروت، دار الرائد العربي (د. ط) سنة1980 ص 125

[2] الحصري، المرجع السابق ص 39 – 40.

[3] التونجي، عبد السلام، المرأة في القرآن، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ط 1 سنة 1999 ص 146.

5. أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه[1].
6. قوله تعالى: " فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ " (البقرة:23)، والمفهوم منه كما قال ابن رشد في البداية النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن، وليس هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون وليها إلا عقد الزواج، فظاهر هذه الآية أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إن لم يكن بالمعروف، وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو الاختصاص حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك[2].
7. قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " الأيم أحق بنفسها من وليها " قالوا إن هذا الحديث أثبت للولي والمرأة حقاً بدلالة " أحق " ومعلوم أن ليس للولي حق سوى العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به[3] كما استدلوا بما روي في زواجه من أم سلمة عندما جاء يخطبها إلي نفسه، قالت ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال عليه الصلاة والسلام " ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ". ووجه الدلالة أن أم سلمة تزوجت الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ دون حضور أحد من أوليائها كما هو قولها، وهذا القدر المذكور من الحديث هو محل اتفاق الرواة في زواج أم سلمة، أما الزيادة الأخرى من أمره ابنها أن يقوم فيزوجها فمحل شك لأنه كان صغيراً وليس من أهل التصرف، ولا يقال إن هذا من خصوصياته عليه الصلاة والسلام، لأن الخصوصية لا بد لها من دليل، وهنا لا دليل.

إن للزواج مقاصد أولية تختص المرأة بها لا يشاركها فيها أحد منها حل الاستمتاع والنفقة والسكن، ومقاصد وفوائد أخرى للأولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة وشرف الزوج، والأصل أن يتولى العقد صاحب المصالح الأصلية فيه،

---

[1] بدائع الصنائع، المرجع السابق ص 515.
[2] ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986 محقق ص 16.
[3] بدران أبو العينين، المرجع السابق ص 138.

ويكفي في مراعاة ما للغير من مصالح وحقوق أن يكون له حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن العقد مظنة للفوائد المرجوة[1]. القياس: طالما أن المرأة البالغة العاقلة لها الحق في أن تتولى أمر مالها دون سلطة عليها من أحد، فإن لها أن تنفرد بعقد نكاحها من كفء دون اعتراض من أحد، فلا فرق بين الأمرين، لأن العلة هي كمال الولاية بكمال العقل، فما دام قد أجيز لها التصرف المالي فمن باب أولى أن يسوغ لها عقد الزواج[2].

**ثالثاً : أدلة الرأي الثالث**

تقوم أدلة هذا الرأي على أن الأدلة متضافرة على إثبات ضرورة إشراك الولي في الاختيار ورضاه، ولا سبيل إلي إنكار النصوص الدالة على ذلك، أما كون أن الصيغة من المرأة لا تصلح لإنشاء العقد فلم يقم دليل على ذلك، بل إن النصوص توميء بأن تزويج المرأة نفسها جائز، لأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل"، وهذا يومئ إلي أن موضع البطلان هو الزواج بغير إذن وليس تولي الصيغة سبب بطلان العقد، ولا دليل من النصوص السابقة يدل على أن النكاح لا ينعقد بصيغة المرأة، فالنكاح أضيف إليها كما أن نكاحها أضيف إلى الرجال، وكان في إضافة النكاح إلي المرأة مرة وإلي الرجل مرة أخرى دليل على أنه لا دليل في النصوص يرجح أحد الأمرين، وحيث لا ترجيح فلا منع ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأساس في القضية هو رضا الولي، فما دام راضياً، يندر بل يبعد أن يتركها تتولى الصيغة، كما أنها لا تريد هي ذلك وإنما يتصور إنشاؤها للعقد إن كانت مراغمة له ولم يلتفت إلى رضاها.[3]

## مدى سلطة الولي في إجبار موليته على الزواج

يرى جمهور الفقهاء أنه ليس للولي أن يجبر موليته على زواج لا ترغبه سواء أكانت بكراً أم ثيباً، وأنه لا بد من الرجوع إليها وأخذ رأيها في موضوع زواجها، وحتى من رأى أن للأب وللجد على البكر ولاية إجبار كان يقصد من ذلك أن

---

[1] الحصري، المرجع السابق، ص 37.
[2] أبو زهرة، المرجع السابق ص 127 – 128.
[3] أبو زهرة، المرجع السابق ص 128.

البكر قد تجهل مصالح الزواج ومقاصده وقد لا تهتدي إلي اختيار الزواج المناسب أي جعل هذه الولاية مراعاة لمصلحة المرأة ، وإتماماً للفائدة نشرع في عرض ما قاله الجمهور ثم نوضح مفهوم ولاية الإجبار.

يرى الجمهور عدم جواز إجبار المرأة ثيباً كانت أم بكراً من قبل الولي علي الزواج بمن لا ترضاه زوجاً، فالرأي لا يكون للولي فقط بل الأساس هو الإيمان... ثم رأي الولي الذي يقيس بمقاييس إيمانية تضيء الحياة من خلال استبيان عاطفة المرأة، لضمان ألا تكون عاطفتها مصدودة عن زوج المستقبل، لأن هذا قد يفسد الزواج كله وقد تصاب بالضرر منه[1] ولذلك منع الشرع إكراه المرأة على الزواج وإجبارها على من لم ترغبه زوجاً لها وبالتالي فقد جعل الشرع للمرأة المكرهة حق المطالبة بالفسخ، إبطالاً لتصرفات الولي المستبد[2] والأدلة على ذلك كثيرة:

1. قوله عليه الصلاة والسلام " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها "[3].
2. حديث " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله: وكيف إذنها، قال: أن تسكت " .
3. وعن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فرد نكاحها[4].
4. عن ابن عباس " أن جارية بكراً، أتت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ".
5. عن أبي بريدة قال " جاءت فتاة إلي النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر إليها، فقالت أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء ".

---

(1) الشعراوي، محمد متولي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، مكتبة التراث – ط 2 سنة 2000 ص 80 .

(2) السيد سابق – المرجع السابق ص 115.

(3) أي أنها أحق بنفسها في أن الولي لا يعقد زواجها إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها دون وليها.

(4) العسقلاني، المرجع السابق ص 135.

## مفهوم ولاية إجبار البكر البالغة العاقلة

وهي أن يكون للولي حق تزويج موليته البكر البالغة العاقلة دون الرجوع إليها لأخذ رأيها ومع ذلك يستحب أن تستأذن في ذلك. فالإمام مالك يرى أنها تثبت على البكر البالغة العاقلة التي لم ترشد وتكون للأب فقط، ويرى الشافعي أنها للأب والجد، بينما يرى ابن حنبل أنها للأب فقط.

وقصرت ولاية الإجبار على الأب والجد لتحقيق توفر الشفقة فيهما دون غيرهما من الأولياء، والمقصود من هذه الولاية هو مراعاة مصلحة البكر لأنها لا تعرف مصالح النكاح لأن ذلك يتوقف على التجربة والممارسة، وهذه لم يسبق لها الزواج بعكس الثيب التي سبق لها وأن تزوجت.... ومع ذلك فقد وضع العلماء شروطاً لا بد من توافرها لثبوت ولاية الإجبار على البكر، وإلا سقط حق الولي في ذلك ونكتفي بالشروط التي وضعها الشافعية:

- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة.
- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة ولا باطنة.
- أن يكون الزوج كفؤاً.
- أن يكون موسراً قادراً على الصداق.

وهذه الشروط الأربعة لا بد منها لصحة العقد، فإن فقد أحدها اعتبر العقد باطلاً، إن لم ترض به المرأة.

- أن يزوجها بمهر مثلها.
- أن يكون المهر من نقد البلد وحالاً[1].

ويلاحظ على هذه الشروط أنها راعت مصلحة المرأة وتحرزت من بعض الأمور التي قد تضر بها، فأسقطت هذه الولاية في حالة الضرر سواء المعنوي أو المادي ونشير إلى نقطة هامة، وهي أنه طالما أن العلة في ولاية إجبار البكر البالغة العاقلة هي أنها تجهل مصالح الزواج ومقاصده، فإذا اختلفت هذه العلة، فلا تكون

---

[1] الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، الجزء 4، بيروت دار الفكر العربي ص 33 – 35.

للإجبار كما هو الحال بالنسبة للبكر المرشدة أو التي أقامت في بيت الزوج سنة ثم طلقها وهي بكر فلا إجبار على أي منهما[1]، ومع ذلك إن رضيت بهذا الزواج فهو ذاك، وإن لم ترضَ به لم يكن له أن يزوجها رغماً عن إرادتها، فإن فعل ذلك كان لها فسخ هذا الزواج، لما ذكرناه آنفاً من أدلة.

## مقاصد ولاية التزويج في الشريعة

ما من مصطلح شرعي في الشريعة إلا وله حكمة قطعاً، كون هذه الحكمة معلومة لدينا أم غير معلومة هذا شيء آخر، لكن إجمالاً لا تشرع الأحكام في الشريعة إلا لمقاصد وغايات والولاية ليست استثناءً من ذلك، فالشريعة بالنسبة لولاية التزويج لم تنظر إليها على أنها انتقاص من أهلية المرأة بدليل أنها أعطتها حق التصرف في أموالها الخاصة دون قيد من أحد، وإنما رأت فيها حماية وضمانة للمرأة، كما أنها لم تنظر إليها على أنها إذلال وقهر للمرأة أو أنها حق خالص للرجل وإنما رأتها حقاً مشتركاً بين المرأة وذويها بحيث لا يطغى حق على آخر، فحق المرأة في أن يكون لها من يأخذ بيدها ويرعاها ويحافظ عليها هو واجب على الولي، وحق الولي في ألا تتزوج موليته عنوة عنه، هو واجب على المرأة يجب أن تحترمه، ومن هنا كانت مقاصد الولاية والتي يمكن إجمالها في الآتي:

1. حماية المرأة من أن تتحكم فيها عاطفتها فتقفل بصيرتها عن رؤية الغد، أما الولي فينظر معها إلى مجموع الزوايا بحيث يبصرها بما قد يكون قد تجاهلته أو غفلت عنه[2] فتتزوج من لا يساوي شراك نعلها.
2. حماية سمعة المرأة من الابتذال والوقاحة، وحتى تظهر المرأة بمظهر الوقار والإكرام عندما يعقد لها وليها وهو يتشرف بذلك.
3. ولاية التزويج تضمن إشهار الزواج ولو في حدود الأسرة.
4. المحافظة على سمعة العائلة،فالولاية تضمن للأسرة أن يكون من سيصاهرهم كفؤاً لهم وللمرأة.

---

[1] الجليدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1 سنة 1986 ص 69.
[2] الشعراوي، المرجع السابق ص 81.

5. فيها تخفيف من مسئولية المرأة عند خطأ الاختيار، فهي إن تزوجت وعقدت بنفسها دون رضا وليها فستكون مسئوليتها كاملة عن هذا الاختيار وستتحمل جريرة هذا الخطأ وحدها.
6. ولاية التزويج فيها نوع من الاعتراف بالفضل لمن قام بالتربية والرعاية والحفظ لهذه المرأة فكما أن للمرأة الحق على وليها في النفقة والرعاية والحماية، فإن للولي حقاً عليها في أن تعترف له بهذا الفضل وأقل ما يمكن أن تعترف له به هو شرف تزويجها.
7. إظهار الولي أمام الناس أنه قد أدى أمانة وواجب رعاية وحفظ وحماية المولى عليها وأنه سلم هذه الأمانة لمن يحفظها.
8. تمييز النكاح عن السفاح المخادنة بالتشهير وبالإعلان، وحق التشهير أن يحضره أولياؤها[1].
9. المرأة إذا ما تزوجت برضا أوليائها ثم تغير حالها وتعرضت للأذى من جراء هذا الزواج، فإن الملاذ الأول والأخير لنصرتها ورفع الضيم عنها هم أولياؤها، وهذا غير متصور إذا تزوجت المرأة دون رضا أوليائها وعقدت زواجها بنفسها.

## معالجة الشريعة لبعض الحالات المترتبة على ولاية التزويج

الولاية عموماً وولاية التزويج خصوصاً هي نوع من أنواع قوامة الرجل على المرأة التي بينها الله تعالى بقوله: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ (النساء: 34)، وهذه القوامة ليست طوقاً محكماً تقيدُ به المرأة مطلقاً كما أنها ليست حقاً خالصاً للرجل، و عليه إذا ما باشر الولي هذا الحق بشكل مخالف لمقاصد الولاية شرعاً، أو اعتراه عارض يمنعه من استعمال هذا الحق، لم يكن لذلك في نظر الشريعة أي اعتبار، ورجحت مصلحة المرأة لأنها هي الأكثر اعتباراً في هذه الولاية وبالتالي فالولاية لا تعد عائقاً أمام المرأة في الزواج، ولذلك منعت الشريعة أي حالة من حالات الإضرار بالمرأة من جراء هذه الولاية سواء أكان الإضرار عمدياً كالعضل أو غير عمدي، كغيبة الولي

---

[1] العالم، عبد السلام الشريف، الزواج والطلاق في القانون الليبي، منشورات قاريونس بنغازي ط 2 سنة 1995 ص 66.

القريب ولم يكن لذلك أي تأثير على زواجها وبالتالي لم تعطل الولاية حق المرأة في هذا الموضوع، ولعل أفضل ما يوضح ذلك هو كيفية معالجة الشريعة لبعض الحالات التي قد تتضرر منها المرأة تبعاً لولاية التزويج وهي:

## عضل الولي

العضل في الشرع هو امتناع الولي عن تزويج موليته إذا كان الزوج كفؤاً للمرأة والمهر مهر المثل مع عدم وجود مبرر شرعي.

لقد تصدت الشريعة لمشكلة عدم رضا الولي وامتناعه عن الموافقة بدون سبب أو بسبب لا يصلح مبرراً لامتناعه وعدم رضاه[1] والذي يضر بحق المولى عليها ويوقع عليها الظلم ولذلك إذا امتنع الولي عن تزويج موليته من كفئها وبمهر مثلها، وكانت المرأة راغبة في هذا الزواج، فإن ذلك في نظر الشرع يعد عضلاً منه، أي ظلماً يستوجب رفعه، وعلى ذلك تنتقل ولاية التزويج إلى القاضي لأن القاضي هو الذي يتولى رفع الظلم عنها وبالتالي يزوج القاضي المرأة نيابة عن الولي الظالم ويكون عقده في قوة عقد الولي[2].

## غيبة الولي

إذا غاب الولي المستوفي لشروط الولاية بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه، فإن الشريعة لم تجعل لذلك تأثيراً على حق المرأة في الزواج، وإنما نقلت الولاية والحالة هذه إلى ولي آخر يليه في المرتبة فإن لم يكن للمرأة ولي آخر وغاب وليها انتقلت الولاية للقاضي.

## قبض الولي للمهر أو الحط منه

المهر بعد تمام عقد الزواج يصير حقاً خالصاً للمرأة لا يشاركها فيه أحد ولها دون غيرها ولاية قبضه، ولا يكون قبض الولي للمهر مبرئاً للزوج إلا إذا أذنت له المرأة في ذلك، كما أنه لا يجوز للولي أن يحط شيئاً من مهر موليته، لأن المهر يعد بعد الزواج ملكاً خاصاً بالمرأة، فلا يملك أن يسقط منه شيئاً لأن ذلك يعد

---

[1] الجليدي، المرجع السابق ص 295 – 296.

[2] عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي (د. ط) سنة 1984 ص 90 91.

تبرعاً وهو لا يملك التبرع عنها. وإجمالاً للقول إن الشريعة لا تقر أي حالة قد تضر بالمرأة من جراء ولاية التزويج إعملاً للقاعدة الفقهية المعروفة " لا ضرر ولا ضرار".

## موقف القانون رقم 10 لسنة 1984 من ولاية تزويج البالغة العاقلة

قسم القانون رقم 10 أهلية الزواج إلي قسمين أهلية جوهرية لا بد من توافرها ويترتب على فقدانها البطلان وهي العقل والبلوغ، وأهلية تنظيمية بأن جعل سن الزواج عشرين سنة، فمن كان دون هذه السن تثبت له ولاية المشاركة بعد إذن المحكمة، وعليه بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة والتي ما دون العشرين سنة تثبت لها ولاية المشاركة، حيث تنص م9 من القانون على أنه (يشترط لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه فإذا منع الولي صاحب الحق المولى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجاً، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر إلي المحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك).

والمقصود بالولي هو الولي الشرعي وهو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث، أي كل ذكر لم يدخل في نسبته للميت أنثى، وقد تبنى المشرع نظرية عدم الإجبار في الزواج لشهادة الأصول الشرعية لأكثر القائلين بها وذلك في م 8 أ بنصه على أنه (لا يجوز إجبار الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرادتهما) كما أن المشرع منع الولي من أن يعضل موليته من الزواج بمن ترضاه زوجاً لها م8ب، فإذا ثبت للقاضي أنه عضلها ورد عنها غير واحد من الأكفاء لها، وأن ما بذله الخاطب من مهر هو مهر مثلها وكانت المرأة راغبة فيه، أمر القاضي وليها بتزويجها، فإن رفض وتمادى قدم القاضي من يعقد نكاحها[1].

أما من بلغت سن العشرين وكانت بالغة عاقلة غير محجور عليها فإنه وحسب رأي كثير من الشراح، فإن الولاية عليها ولاية ندب واستحباب، وبالتالي يكون لها طبقاً للقانون أن تتولى عقد زواجها دون الحاجة لرضا الولي[2]، وإن كان

---

[1] العالم، عبد السلام الشريف، الزواج والطلاق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ط 2 سنة 1995 ص 59 – 67.

[2] الجليدي، المرجع السابق ص 68.

المشرع نفسه قد أعطى لبعض الأولياء في م 15 أ الحق في الكفاءة، وبالتالي فالمرأة التي تتزوج دون رضا وليها هي عرضة لفسخ عقد زواجها من قبل وليها إذا تزوجت من غير كفءٍ لها، وتجدر الإشارة هنا إلي أنه وإن كان المشرع قد أخذ بهذا الرأي في ولاية تزويج البالغة العاقلة إلا أن هذا الرأي معطل من الناحية العملية الواقعية، وذلك لأن العرف الأسري والاجتماعي في ليبيا لا يسمح بذلك.

## مقاصد المشرع من تبنيه لهذا الرأي

جاءت صياغة نصوص القانون رقم 10 غامضة وغير واضحة بالنسبة لولاية تزويج المرأة البالغة العاقلة، ولم تسعفنا المذكرة التوضيحية للقانون لمعرفة المقاصد من تبني بعض الأحكام، لعدم وجودها أصلاً، ولذلك حاولت الاجتهاد لاستنباط بعض المقاصد من وراء تبني المشرع لهذا الرأي أو ذاك، فبالنسبة لتبنيه ولاية المشاركة على المرأة البالغة العاقلة التي ما دون العشرين من العمر، لا ينبئ ذلك بأن مقصده اعتبار الأنوثة بذاتها سبباً لولاية المشاركة وذلك لأن صيغة النص جاءت شاملة للمولى عليه الذكر والأنثى، ولكن قد نلتمس له مقصداً من ذلك هو الأخذ بيد من هم دون هذه السن وتبصرته بهذا العقد وخاصة أن المولى عليه قد لا يسمح له تفكيره في هذه السن بمعرفة الكثير من الأمور المتعلقة بالزواج ويمكن القول إن هذه الولاية هي بمثابة المرحلة التمهيدية لاستقلال المولى عليه في هذا العقد.

أما من هي فوق العشرين سنة والتي لها أن تنفرد بعقد زواجها دون اعتبار لرضا وليها، فقد يكون مقصد المشرع من ذلك هو أنه وتمشياً مع ما استجد في المجتمع من تحولات اجتماعية تهدف إلي محاولة المساواة بين الرجل والمرأة، أن يكون قد أراد أن يسوي بينهما في موضوع تولي عقد الزواج وإن لم يصرح بذلك صراحة ولو على حساب العرف الاجتماعي، كما قد يكون المقصد من ذلك هو محاولة تغيير العرف السائد في هذا الموضوع بطريقة هادئة وبمرور الزمن يتوقع حدوث تطور في المستقبل في شكل المجتمع وأنماط حياته أو لإدراكه بأن المرأة ومع تزايد انتشار التعليم وتوليها للعديد من المناصب القيادية في المجتمع صارت قادرة على إدراك مصلحتها في هذا الموضوع دون حاجة لرضا شخص آخر إلا إذا أرادت هي ذلك. وأخيراً يمكن القول قد يكون المقصد من وراء عدم النص على أن

للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد بعقد زواجها هو محاولة التوفيق بين ما جرى به العرف في ليبيا والتوجهات الجديدة للمجتمع.

## الخاتمة

وهكذا ومن خلال هذا العرض لموضوع ولاية التزويج، رأينا كيف تعددت الآراء حول هذا الموضوع بين جمهور يرى أنه لا بد من رضا الولي والمولى عليها في عقد الزواج وأن العقد ينعقد بعبارة الولي، والأحناف رأوا أن للمرأة الحق في أن تعقد زواجها بنفسها دون رضا وليها طالما أنها ستتزوج بكفؤ لها وبمهر مثلها ولكن استحبوا لها وندبوا أن تشرك وليها في ذلك، وبين رأي ثالث وسطٍ بين هذا وذاك يرى أن رضا الولي والمرأة معتبر ولأي منهما تولي العقد بعبارته، وقد رأينا أنه ليس للولي أن يجبر موليته على زواج لا ترغبه و حتى في ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة، التي يقررها بعض العلماء للأب والجد، فإن مفهومها الصحيح لا يعني أن تجبر المرأة على زواج لا ترغبه، وإنما يكون ذلك لعلة عدم معرفة البكر لمصالح الزواج ومقاصده، فإذا تخلف هذا الغرض لا تكون البكارة علة للإجبار، ومع ذلك فقد روعيت شروط فيها مصلحة المرأة مراعاة تامة ويترتب على تخلف أي شرط منها سقوط ولاية الإجبار، كما بينا مقاصد ولاية التزويج في الشريعة، والمتمثلة إجمالاً في الأخذ بيد المرأة وتبصرتها بهذا العقد الخطير، وحمايتها من أن تنجر وراء عاطفتها فتتزوج من لا يساوي شراك نعلها وأن هذه الولاية ليست انتقاصاً من أهليتها وإنما هي لحماية سمعتها من أن توصف بالابتذال والوقاحة ولحماية سمعة أسرتها من أن يصاهرها من هو ليس بكفؤٍ لها، وغير ذلك من المقاصد التي ذكرت في موضعها.

وأوضحنا كيف عالجت الشريعة بعض الحالات التي قد تضر بحق المرأة في الزواج كحالة عضل الولي أو غياب الولي الأقرب. ثم عرجنا على موقف المشرع الليبي من ولاية التزويج والذي أخذ بولاية المشاركة بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة التي لم تكمل العشرين سنة حيث اشترط لصحة الزواج رضا الولي والمولى عليه في م9 من ق10 / 84، كما أن المشرع منع إجبار الفتاة على الزواج رغم إرادتها وبذلك يكون قد أخذ برأي من قال بعدم جواز إجبار المرأة في الزواج بمن لا ترضاه زوجاً لها، وجعل الأمر للمحكمة في حالة منع الولي المولى عليها من أن

تتـزوج بمـن هـو كفؤ لها وبمهر مثلها إذا رغبت في ذلك الزواج، أما من بلغت سن العشـرين سنة فإنـه وحسب ما هو موجود في القانون فإنه لا يوجد ما يمنع من أن تـتولى المـرأة البـالغة العاقلـة لعقـد زواجها برضا وليها أو عدمه أي أنه أخذ بولاية الندب والاستحباب و الحالة هذه، مع ملاحظة أن ذلك لا يتمشى مع عرف وعادات المجـتمع و أرجعـنا مقاصـد ذلـك إجمـالاً إلى محاولـة مواكـبة المشـرع في هـذا الموضوع للتوجهات الجديدة التي استجدت في المجتمع.

## تخريج الأحاديث

1. (( لا نكـاح إلا بولي )) أخـرجه ابن مـاجه في سـننه باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم "1881 "وأخرجه أبو داود في سننه باب في الولي حديث رقم (2000) سنن ابـن ماجـه، محمـد بـن يـزيد القـزويني ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبـنان، 1975، ج1 ص 605. مختصـر سـنن أبـي داوود، للحـافظ المـنذري ، دار المعرفة بيروت لبنان، 1980 ج3 ص 29.
2. (( لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطـل )) أخـرجه الـدارقطني في سـننه، كـتاب الـنكاح حـديث رقـم " 11 ". سـنن الـدارقطني، للإمـام علـى بن عمر الدارقطني، دار المحاسن للطباعة 1966 ج3 ص 221، 222.
3. (( أيمـا امـرأة نكحـت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولا ولـي لـه )) أخـرجه الترمذي في صحيحه، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم " 1102 ". عارضـة الأحـوذي بشـرح صـحيح الترمـذي، للإمـام ابن العربي المالكي، مكتبة المعارف، بيروت لبنان (د . ت) ج5 ص 12.
4. (( لا تـزوج المـرأة المـرأة ولا تـزوج المـرأة نفسـها، فـإن الـزانية هـي الـتي تزوج نفسها)) أخـرجه ابن ماجه في سـننه، باب لا نكاح إلا بولي حـديث رقم 1882 . سنن ابن ماجه، المرجع السابق ص 606.
5. (( الأيـم أحـق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها )) أخرجه مسلم في صـحيحه بـاب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت حديث رقـم " 1421 " ، وأبـو داود في سـننه، بـاب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها حديث رقم "2012". صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار المغني، ودار ابن جـزم ط1 سنة 1998 ص737. سنن أبي داود، المرجع السابق ص42.

6. (( لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال: أن تسكت )) أخرجه البخاري في صحيحه باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما حديث رقم "5136"، وأخرجه مسلم في صحيحه، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت حديث رقم "1419". فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن على بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت لبنان، (د . ت) م9 ص191. صحيح مسلم – المرجع السابق ص737.
7. حديث خنساء بنت خدام الأنصارية (( أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فرد نكاحها )) رواه البخاري في صحيحه باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود حديث رقم "5138". فتح الباري ، المرجع السابق ص194.
8. حديث ابن عباس (( أن جارية بكراً أتت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ )) رواه أبو داود في سننه باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها حديث رقم "2011". مختصر سنن أبي داود، المرجع السابق ص40.
9. حديث أبي بريدة (( أن فتاة جاءت إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال فجعل الأمر إليها، فقالت قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء )) أخرجه ابن ماجه في سننه، باب من زوج ابنته وهي كارهة حديث رقم "1874" وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح حديث رقم "45". سنن ابن ماجه، المرجع السابق ص 602 – 603. سنن الدارقطني، المرجع السابق ص 232.

## قائمة المراجع والمصادر

1. أبو زهرة، محمد، الولاية على النفس، بيروت، دار الرائد العربي 1980م.
2. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مكتبة الكليات الأزهرية 1986.
3. بدران، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بيروت، دار النهضة العربية، ج1 (د . ت).
4. التونجي، عبد السلام، المرأة في القرآن، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ط 1 سنة 1999 م.

5. الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، ج 4، بيروت، دار الفكر العربي (د . ت).
6. الجليدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2، 1986م.
7. الحصري، أحمد، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي، يروت، دار الجيل ط 2 سنة 1992 م.
8. الحصني، تقي الدين أبي بكر، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج2، بيروت دار المعرفة (د . ت).
9. الزاوي، الطاهر أحمد، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب دون طبعة، 1983 – 1984.
10. سابق، السيد، فقه السنة، المجلد الثاني – بيروت، دار الفكر – ط4 سنة 1983.
11. الشعراوي، محمد متولي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، مكتبة التراث – ط2 سنة 2000 م.
12. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار. شرح منتهى الأخبار ج6، بيروت دار الجيل 1973.
13. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، ج3 مكتبة الجمهورية العربية (د . ت).
14. عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاء " الزواج "، دار الفكر العربي 1984.
15. العالم، عبد السلام الشريف، الزواج والطلاق في القانون الليبي، منشورات جامعة بنغازي ط2 سنة 1995.
16. عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط3 سنة 1966م.
17. العسقلاني، أحمد بن على بن حجر، كتاب النكاح من فتح الباري، بيروت، دار البلاغة ومؤسسة العلا ط1 سنة 1986م.
18. الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط3 سنة 2000.