دراسة مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العراقي والمذاهب الفقهية في مسألة الولاية في النكاح

أ. نامق محمد إسماعيل

كوردستان ـ العراق

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى استقصاء المذاهب الفقهية في الأحوال الشخصية في في مسألة الولاية في النكاح، فيعرضها الباحث، بذكر أدلة كل قول، مع إسناد كل قول إلى قائله؛ ليعمد الباحث إلى مناقشة الأقوال المختلفة مبينًا الراجح منها، ومن ثم كان البحث - فضلاً عن تخصُّصه في المذاهب الفقهية - يقارن بين آراء الفقهاء في مسائل الأحوال الشخصية وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، وتكمن أهميته في أن الولاية ذات أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي، وحاجة المجتمع المسلم لفهمه فهماً سليماً وصحيحاً، للمحافظة على الأسرة من الإنهيار والتفكك والتشتت لأدنى سبب. وقد اعتمد الباحث منهجية علمية تجمع بين الوصفي، والتحليلي، والمقارن، معملاً هذه المناهج الثلاثة كلها، مجتمعة أو بعضها منفرداً، حسب سياق البحث وطبيعة المسائل التي جرى تناولها في الفصول المختلفة للرسالة. فالوصفي جرى توظيفه بصورة أساسية لمعرفة آراء جميع المذاهب الفقهية حول مسألة الولاية في النكاح، من الترجيحات والتحليلات، وكذلك القوانين العراقية في ذلك الصدد. وتم تحليل آراء العلماء ومذاهبهم المكونة لعناصر البحث ودراستها، أما المقارن فكان أساساً لمقارنة آراء المذاهب الفقهية مع قانون الأحوال الشخصية العراقي في مسألة الولاية في النكاح لمعرفة أوجه الشبه والاتفاق بينهما من خلال عرض المسائل المختلف فيها. وتوصل البحث إلى أنه لا ولاية إجبار لأحد على البكر البالغ العاقل على الزواج ممن لا يكافئها، فلا يجوز لوليها أباً كان أو غيره أن يزوجها إلا بإذنها ورضاها.

المقدمة:

قد ثبت بالتتبع والاستقراء على أن شرف العلم تابع لشرف معلومه، ولا ضير أن أشرف العلوم بعد معرفة الله هي معرفة الفقه، فإن خير ما صرفت فيه الأوقات النفيسة وتنافس فيه المتنافسون وشمّر إليه العاملون هو الاشتغال بعلم الفقه؛ إذ به يعرف الحلال والحرام، وتتبيّن مصابيح الهدى من ظلم الضلال، فكلما أنفق العالم من كنوزه، واستقى من ينبوعه، ازداد هدى ورشداً، ومهما تجافى عنه ازداد جهلاً وضلالاً، وأضلوا من اتخذوهم رؤساء فأفتوهم.

ولقد ترك لنا علماء الاسلام ذخيرة باهضة وتراثاً قيماً وثروة عظيمة من الأحكام الفقهية حيث لم يذروا صغيرة ولا كبيرة من المسائل الفقهية إلا وتناولوها وبينوا الأحكام منها، وسعوا في تحقيق المأمول، فكان لهم في كل علم محصول، فكانت الدقة مذهبهم في تحليل الأحكام وبيان المقصود منها فكان لهم باع طويل ومعرفة واسعة بجميع العلوم الشرعية النقلية والعقلية بما فيها علوم الآلة فتمكنوا بها من استقاء الأحكام الشرعية من المعين الذي لاينضب من الكتاب والسنة وبقية مصادر الشريعة الغراء، فوهبهم الله لهذه الأمة ليحفظوا لهم دينهم وليهيعوا لهم ماهم في إعواز له من أمور دينهم.

وبعد النظر في مصنفات العلماء ومذاهبهم، استشعر الباحث أن هناك جانباً مهمّاً في تراث العلماء يحتاج إلى مزيد من الدراسة والتحليل وما يظهر له من الترجيح في المسائل الفقهية المذكورة في بطون أمهات مصادر التشريع، في مسألة الولاية في النكاح لما لها من أهمية في حياة المجتمع واستقراره، وتقديراً لما تنطوي عليه أنظارُ علمائنا الكرام وآراؤهم بشأنها من إبراز لمقاصد الشريعة وما راعتهم في أحكامها من مصالح رامت جلبها ومفاسد رامت دفعها، ومن ناحية أخرى، رأى الباحث أنه من المناسب أن تكون دراسته لآراء العلماء الفقهية في الأحوال الشخصية من أفق المقابلة والمقارنة بقانون الأحوال الشخصية العراقي المعتمد أساساً على الفقه الحنفي، وذلك للنظر في إمكانية الاستفادة من تلك الآراء في إجراء عملية تقويم لبعض الجوانب في القانون المذكور واقتراح ما يمكن أن

يجعلها أكثر سداداً وتحقيقاً لما تغيته الشريعة في أحكام الأسرة من مقاصد ومصالح، وبخاصة في وجه التحديات الكثيرة التي تهدد نظام الأسرة في العراق وفي غيره من البلدان الإسلامية، ومن جانب آخر يتسائل كثير من الناس عما إن كان القانون العراقي هل يسير وفق الشريعة الاسلامية أو لا؟ حيث تنعدم الثقة لمن يقدم على النكاح في إحدى المحاكم في العراق هل نكاحه صحيح أو باطل وهكذا في مسائل الطلاق، وهذا مما يحفز الفرد العراقي لإعادة النكاح عند أحد علماء الشريعة خارج المحكمة.

المحور الأول: تعريف الولاية:

إن الولاية في الزواج هي من أنواع الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس المولى عليه، فهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه وبذلك تكون ولاية التزويج من الأمور الداخلة في الولاية على النفس وجزءا منها(١).

أولاً: تعريف الولاية لغة

الولاية: مصدر ولي، الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب. من ذلك الوَلْيُ: القرب. يقال تباعد بعد ولي: أي قرب. وجلس مما يليني: أي يقاربني(٢). والولاية - بكسر الواو - هي الخِطة، والإمارة، والسلطان، والولاية - بكسر الواو وفتحها - النصرة(٣). قال سيبويه: "الوَلاية "أي بالفتح" المصدر، والولاية "أي بالكسر" الاسم مثل الإمارة والنِقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا

---

(١) انظر: سمك. د. عبد العزيز رمضان، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، (القاهرة: د.ط، ٢٠٠٦م)، ص١٣١.

(٢) انظر: ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: "ولي"، ج٦، ص١٤١.

(٣) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة "ولي"، ج١٥، ص٤٠٧.

المصدر فتحوا"[١]، وأن للولي معان منها: القرب والدنو، والمطر بعد المطر، وأن الاسم منه: الوَلي، ومعناه: المحب والصديق والنصير[٢]. وقال ابن الأثير: "وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم يطلق عليه اسم الوالي"[٣].

ثانياً: تعريف الولاية في الاصطلاح

عرف الفقهاء الولاية بتعريفات عدة منها:

١- فعند الحنفية: لم يعرف فقهاء المذهب الحنفي الولاية في الزواج بشكل خاص وإنما أطلقوا الأمر وعرفوا الولاية بشكل عام بأنها: "الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[٤].

٢- وعند المالكية: "الآصرة الموجبة للإرث"[٥].

٣- أما عند الشافعية الولاية عندهم: أن فقهاء الشافعية لم يخصصوا تعريفاً للولاية في الزواج إلا أنهم عبروا عن الولاية في الزواج بلفظ"ولا يكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف ولا للأخوال ولاية بحال أبداً إلا أن يكونوا عصبة وإذا لم يكن للمرأة عصبة ولها موال فمواليها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب

---

(١) الفارابي، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، مادة: "ولي"، ج٦، ص٢٥٣.

(٢) انظر: الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مادة: "ولي"، ج١، ص١٣٤٤.

(٣) ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي – محمود محمد الطناحي، (بيروت: المكتبة العلمية، د.ط، ١٣٩٩ه/١٩٧٩م)، ج٥، ص٢٢٧.

(٤) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، (دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت)، ج٣، ص١١٧. ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٣، ص٥٥.

(٥) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٣٨٢.

الناس بمعتقها وليها كما يكون أقرب الناس به ولي ولد المعتق لها وقال اجتماع الولاة من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب"[١].

٤- أما عند الحنابلة فهي: لم يعط فقهاء كذلك تعريفاً محدداً وواضحاً للولاية في الزواج إلا أنهم تعرضوا إلى الولاية في الزواج بمعنى موافقة ولي المرأة على عقد زواجها بوصفة شرطاً لصحة العقد فلا يصح العقد بلا موافقته، وهذا المعنى ذكره ابن قدامة في الشرح الكبير"فإذا زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تمتلك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح"[٢].

٥- وعند الظاهرية هي: سار الفقه الظاهري على نهج باقي الفقهاء في عدم إيراد تعريف الولاية في الزواج لكنهم ضمنوا نصوصهم ما يشير إليها بقولهم: "لا يحل للمرأة نكاح ثيباً أو بكراً إلا بإذن وليها"[٣]. ومن خلال التمعن في هذا النص يرى الباحث أن صحة نكاح المرأة يتوقف على رضا الولي وإذنه.

ومن الفقهاء المعاصرون الذين عرفوا الولاية بأنها: (قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية)[٤].

كما تطرق عبد الكريم زيدان إلى تعريف الولاية أنها: (قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله)[٥].

---

(١) الشافعي، الأم، ج٥، ص١٥.

(٢) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٧، ص٤٠٨.

(٣) ابن حزم، أبو محمد علي بن سعيد، المحلى، (دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج٩، ص٤٥١.

(٤) الزرقا، مصطفى أحمد، الدخل الفقه العام، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٩٨٨م)، ص٨٤٣.

(٥) زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٧)، ص٣٣٩.

المحور الثاني: مسألة اشتراط الولي في عقد النكاح

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الولي لصحة عقد النكاح على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى اشتراط الولي في عقد النكاح، ولا يصح إلا به، أي إن عبارة المرأة لا تعتبر في عقد النكاح، وذلك لبيان عفتها، وحفظها لها عن مباشرة ما يشعر بشغفها وميلها إلى الرجال، فوجب ألا تباشر النكاح تحصيلاً لذلك(١)، وروى هذا القول عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، وعائشة، والحسن البصري، وابن المسيب، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والعترة وإسحاق، وجمهور أهل العلم، وقال ابن المنذر: إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك(٢).

---

(١) انظر: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، (بيروت: المكتب الإسلامي، د.ط، ١٤٠٠ه)، ج٧، ص٢٩.

(٢) انظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، **المدونة**، (دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه/ ١٩٩٤م)، ج٢، ص١٠٦. مالك بن بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، **الموطأ**، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، (أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ط١، ١٤٢٥ه/ ٢٠٠٤م)، ج٣، ص٧٤٩. ابن رشد، أبو وليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م)، ج٣، ص٣٦. أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، **الأم**، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٤١٠ه/١٩٩٠م)، ج٧، ١٦٥. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، (بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢ه، ١٩٩١م)، ج٧، ص٥٠. أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي، **متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، المعروف بمختصر الخرقي**، (دار الصحابة للتراث، د.ط، ١٤١٣ه/١٩٩٣م)، ج١، ص٩٩. ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٧. أبو محمد علي بن =أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، **المحلى بالآثار**، (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج٩، ص٢٥.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط الولي في النكاح، وإذا زوجت المرأة الحرة البالغة نفسها، أو أمرت غير الولي أن يزوجها، فنكاحها صحيح، وبه قال الزهري والشعبي(١).

القول الثالث: إن زوجت نفسها بإذن الولي صح النكاح، وإن تزوجت بغير إذنه لا يصح، وهذا ما ذهب إليه أبو ثور(٢).

استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة والأثر

أولاً: الكتاب

١- قال ﷻ: **(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ)** (البقرة: ٢٣٢).

وجه الدلالة: "وهذا دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح، وإنما هو حق الولي، ولولا ذلك لما نهاه الله عن منعها"(٣).

"وهي أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله - أي منعه - معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها إذ لو جاز للمرأة تزويج نفسها لما كان لعضله تأثير"(٤).

---

(١) انظر: محمد بن أحمد بن أبو سهل شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٤١٤ه/ ١٩٩٣م)، ج٥، ص١٠. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٢، ص٢٤٧. أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، **العناية شرح الهداية**، (دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج٣، ص٢٥٦.

(٢) انظر: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، **الحاوي الكبير**، (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج٩، ص٨٣. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، **المهذب في فقه الشافعي**، (دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٤٢٦. ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص١٨٧. ابن حزم، **المحلى**، ج٩، ص٣٣.

(٣) ابن عربي، **أحكام القرآن**، ج١، ص٢٧١-٢٧٢.

(٤) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، **فتح الباري شرح الصحيح**، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه:

وأجيب: "المراد بالعضل المنع حساً بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج فكان نهياً للأولياء لا المنع عن العقد بدليل **(أن ينكحن)** حيث أضاف العقد إليهن"[١].

٢- قال تعالى: **(فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)** (النساء: ٢٥).

وجه الدلالة: الخطاب موجه للأولياء، وهذا يدل أنه لهم حق الولاية، وأنها شرط في صحة النكاح[٢].

٣- قال تعالى: **(وَأَنْكِحُواْ الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمائِكُمْ)** (النور: ٣٢).

٤- قال تعالى: **(وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ)** (البقرة: ٢٢١).

وجه الدلالة: في هاتين الآيتين الخطاب موجه للأولياء لا للنساء، وهذا معناه عدم اعتبار عبارة المرأة لعقد النكاح، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي[٣].

وأن الله خاطبهم بصيغة الأمر الدالة على الوجوب فدل على أنهم هم المكلفون بتزويجهن[٤].

=محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٩ه)، ج٩، ص١٨٧. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤، ص٢٤٢-٢٤٣.

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٣، ص١١٧.

(٢) ينظر: محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعارفي الاشبيلي المالكي، **أحكام القرآن**، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٢٤ه/٢٠٠٣م)، ج٣، ص٣٩١.

(٣) ينظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٩، ص٢٥. ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج٣، ص٣٩١. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)**، تحقيق: احمد البردوني، إبراهيم أطفيش، (القاهرة: دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤ه/١٩٦٤م)، ج١٢، ص٢٣٩.

(٤) المصادر نفسه.

فقيل: إن الخطاب في قوله تعالى **(وأنكحوا)** هو للأزواج، فلا يكون فيها دليل على اعتبار الولي في النكاح ولا نفيه. ورُد هذا بأن الهمزة في قوله تعالى: **(وأنكحوا)** للقطع، إذ لو أراد الزواج لقال: "وانكحوا" بغير همز، وكانت الألف للوصل(١).

وقيل: إنه خطاب لجميع الأمة للتعاون على تيسير أسباب الزواج لطالبيه، وليس المراد بالإنكاح في الآية إجراء عقد الزواج(٢).

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

١- عن أبي موسى، أن النبي (ﷺ) قال: **"لا نكاح إلا بولي"**(٣).

وجه الدلالة: يدل الحديث بمنطوقه على نفي النكاح بدون ولي، ويدل بمفهومه على عدم جواز مباشرة المرأة لعقد النكاح لنفسها أو لغيرها، فيه نفي ثبوت النكاح على معمومه ومخصوصه إلا بولي(٤).

---

(١) ينظر: ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج٣، ص٣٩١. القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج١٢، ص٢٣٩.

(٢) شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، المحقق: علي عبد الباري عطية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه)، ج١٨، ص١٤٨.

(٣) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، د.ط، د.ت)، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج٣، ص٢٠، رقم الحديث: ٢٠٨٥، وقال حديث حسن، وقال ابن الملقن حديث صحيح، انظر: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار =الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، عبد الله بن سليمان، ياسر بن كمال، (الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م)، ج٧، ص٥٤٣.

(٤) انظر: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعرف بالخطابي، **معالم السنن شرح سنن أبي داود**، (حلب: المطبعة العلمية، ط١، ١٣٥١ه/١٩٣٢)، ج٣، ص١٩٨.

دل الحديث على أنه لا يصح النكاح إلا بولي، لأن الأصل في النفي، نفي الصحة لا الكمال، وهو الذي حمل عليه الجمهور كما يدل عليه حديث عائشة الآتي[١].

٢- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ﷺ): "أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[٢].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على أنه لا ولاية للمرأة في النكاح كبيرة أو صغيرة، لأن لفظ "أيما" من صيغ العموم فتفيد سلب الولاية عن النساء من غير تخصيص"[٣].

---

(١) انظر: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، **تحفة الحوذي بشرح جامع الترمذي**، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت)، ج٤، ص١٩١.

(٢) أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (فيصل عيسى البابي الحلبي: دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت)، كتاب النكاح، باب في الولي، ج٢، ص٢٢٩، رقم الحديث: ٢٠٨٣. أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، **سنن الترمذي**، المحقق: د. بشار عواد معروف، (بيروت - دار الجيل، ط٢، ١٩٩٨م)، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج٢، ص٣٩٢، رقم الحديث: ١١٠٢، وقال: (هذا حديث حسن)، وقال الزيلعي: (حديث حسن)، انظر: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيعلي، **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية اللمعي في تخريج الزيعلي**، قدم للكتاب: محمد يوسف البنورين صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط١، ١٤١٨ه/١٩٩٧م)، ج٣، ص١٨٤. قال ابن الملقن: (هذا الحديث صحيح)، انظر: ابن الملقن، **البدر المنير**، ج٧، ص٥٥٣.

(٣) محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٥ه)، ج٦، ص٧٠.

والحديث نص في بابه، على أنه لا بد من الولي في النكاح، وكل نكاح خلا من الولي فهو باطل غير صحيح.

واعترض على هذا الحديث بأنه صح عن عائشة رضي الله عنها مخالفتها لروايتها، "ومن مذهبها جواز النكاح بغير ولي، والدليل عليه ما روى أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق من المنذر بن الزبير وإذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروي حديثاً لا تعمل به، وهذا يدل على ضعف الحديث"(١).
وأجيب عن ذلك من وجهين:

أولاً: "بأنه لم يرد في الخبر التصريح بأنها باشرت العقد، فقد يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيباً، ودعت إلى كفء وأبوها غائب، فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، أو إلى السلطان"(٢).

ثانياً: حتى لو صح منها ذلك، فنحن مأمورون بأتباع ما صح عن رسول الله (ﷺ) دون قول غيره، "ثم صح عنها أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها فضربت بينهم الستر، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد، أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت ليس على النساء نكاح فصح يقيناً بهذا رجوعها عن العمل الأول، إلى ما نبهت عليه من أن نكاح النساء لا يجوز"(٣).

---

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦ه/١٩٨٦م)، ج٢، ص٢٤٩.

(٢) ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص ١٨٦.

(٣) أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، (الهند: المجلس العلمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣ه)، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، ج٦، ص٢٠١، رقم الحديث: ١٠٤٩٩. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، المعروف

٣- عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله (ﷺ): "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[١].

وجه الدلالة: "دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها، ولا لغيرها فلا عبرة لها في النكاح إيجاباً، ولا قبولاً فلا تزوج نفسها بإذن الولي، ولا غيره، ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة"[٢].

وأجيب بأن هذا محمول على وجه الكراهة، لحضور المرأة مجلس الأملاك، لأنه مأمور بإعلان النكاح، ولذلك يجمع له الناس، فكره

=بالطحاوي، **شرح معاني الآثار**، حققه وقدم له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، (الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية: عالم الكتب، ط١، ١٤١٤ه/١٩٩٤)، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي عصبة، ج٣، ص١٠، رقم الحديث ٤٢٦٩. قال الحافظ بن حجر العسقلاني: (إسناده صحيح)، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، **المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية**، تحقيق: مجموعة من الباحثين في ١٧ رسالة جامعية، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، (دار العاصمة للنشر والتوزيع؛ دار الغيث للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٩ه/١٩٩٨م)، ج٨، ص١٨٠.

(١) ابن ماجة، **السنن**، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج١، ص٦٠٦، رقم الحديث: ١٨٨٢. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، **السنن الصغير**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، (باكستان-كراتشي: دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، ط١، ١٤١٠ه/١٩٨٩م)، ج٣، ص١٨، رقم الحديث ٢٣٧٣. قال ابن حجر العسقلاني: (حديث صحيح)، انظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، **إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة**، تحقيق: مركز خدمة السنة والسيرة، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ومركز خدمة السنة والسيرة النبوية، ط١، ١٤١٥ه/١٩٩٤م)، ج١٥، ص٥٦٦.

(٢) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير، **سبل السلام**، (دار الحديث، د.ط، د.ت)، ج٢، ص١٧٥-١٧٦.

للمرأة حضور ذلك المجمع، ثم إن قوله "الزانية هي التي تنكح نفسها" من قول أبي هريرة، ومع هذا فالكل متفقون، أنه ليس بزنا؛ لأن لا يجيز مباشرتها، جعل نكاحها فاسداً يوجب المهر، والعدة، ويثبت النسب، ولا يوجب الحد(١).

٤- قال رسول الله (ﷺ): "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"(٢).

٥- عن ابن عباس ﷺ أن رسول الله (ﷺ) قال: "الأيم(٣) أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"(٤).

وجه الدلالة: وقد جعلها النبي (ﷺ) على أن ولي البكر أحق بها من نفسها وإن كانت بالغة، وذلك من طريق دلالة المفهوم لأن الشيء إذا

---

(١) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه/١٩٩٤م)، ج١، ص٤٨٥.

(٢) الترمذي، **السنن**، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ج٣، ص٣٨٦، رقم الحديث: ١٠٨٤. وقال: (هذا حديث حسن غريب)، ونقل صاحب كنز العمال أنه (حسن غريب)، انظر: علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي، **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، تحقيق: بكري حياني- صفوة السقا، (مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠١ه/١٩٨١م)، ج١٦، ص٣١٨.

(٣) اختلف العلماء في المراد بالأيم هنا فقال علماء الحجاز المراد الثيب واستدلوا بأنه مفسراً في الرواية الأخرى بالثيب كما ذكرناه وبأنها جعلت مقابلة للبكر وبأن أكثر استعمالها في اللغة للثيب وقال الكوفيون وزفر الأيم هنا كل امرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً كما هو مقتضاه في اللغة، انظر: الخطابي، **معالم السنن شرح سنن أبي داود**، ج٣، ص٢٠٥.

(٤) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، ج٤، ص١٤١، رقم الحديث: ٣٥٤٣.

قيد بأخص أوصافه دل على أن ما عداه بخلافه، كما قيل: الأسماء للتعريف والأوصاف للتعليل[١].

ثالثاً: الأثر

ما رواه عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهّد، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: "زوِّج فإن المرأة لا تلي عقدة النكاح"[٢].

واستدل أصحاب القول الثاني بالكتاب والسنة والقياس والمعقول

أولاً: الكتاب

١- قال تعالى: **(فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ)** (البقرة: ٢٣٠).

وجه الدلالة: والدلالة في هذه الآية الكريمة من وجهين:

---

(١) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢ه)، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، ج٩، ص٢٠٤.

(٢) أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، **مسند الإمام الشافعي** (ترتيب سنجر)، رتبه: سنجر بن عبد الله الجالوي، أبو سعيد، علم الدين، حقق نصوصه وخرج احاديثه وعلق عليه ماهر ياسين فحل، (الكويت: شركة غراس للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م)، كتاب النكاح، باب المرأة لا تلي عقدة النكاح، ج٣، ص٤٢، رقم الحديث: ١١٣٧. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، **معرفة السنن والآثار**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، (كراتشي: جامعة الدراسات الإسلامية، دمشق-بيروت: دار قتيبة، حلب-دمشق: دار الوعي، المنصورة-القاهرة: دار الوفاء، ط١، ١٤١٢ه/١٩٩١م)، ج٣، ص١٨، رقم الحديث: ٤٠٦٨. قال ابن عيينة: ثقة جليل، وقد روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **تقريب التهذيب**، حققه وعلق حواشيه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج١، ص٤٩٥. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، (حيدر آباد الدكن: دائرة المعارف النظامية، ط١، ١٣٢٥ه)، ج٦، ص٢٥٤.

الوجه الأول: "إضافة عقد النكاح إليها من غير ذكر الولي في قوله تعالى: **(حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ)**".

الوجه الثاني: "الدلالة أيضاً على جواز النكاح بغير ولي، لأنه أضاف التراجع إليهما، فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي في قوله تعالى: **(فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ)**"[١].

٢- قال تعالى: **(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ)** (البقرة: ٢٣٢).

وجه الدلالة: "وقد دلت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها، إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي"[٢].

٣- قال تعالى: **(فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِى أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)** (البقرة: ٢٣٤).

وجه الدلالة: "فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي لموجب الآية"[٣].

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأن إضافة النكاح إلى المرأة لأنها محل النكاح وهي المتسببة فيه لا أنه صادر منها[٤].

ولذلك قال الشافعي: "وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقاً"[٥].

---

(١) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١، ص٤٨٤.

(٢) المصدر نفسه، ج١، ص٤٨٣-٤٨٤.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) ينظر: ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٧.

(٥) الشافعي، **الأم**، ج٥، ص١٣.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله (ﷺ) قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"[١].

وجه الدلالة: "أن النبي (ﷺ) بين أن أمر الأيم في تزويج نفسها إليها لا إلى وليها"[٢].

وهذا يدل على أن للمرأة أن تزوج نفسها دون الولي لأنها أحق بنفسها من وليها، ولا تكون هذه الأحقية إلا إذا كان تزويجها نفسها بغير رضا الولي صحيحاً.

٢- عن عائشة رضي الله عنها "زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: مثلي يصنع هذا به ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ماكنت لأرد أمراً قضيته، فقرّت حفصة عند المنذر"، ولم يكن ذلك طلاقاً، إنما أريد به أنها مهدت تزويجها، ثم تولى عقد النكاح غيرها، فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها أسبابه[٣].

---

(١) سبق تخريجه، ص٦١.

(٢) الطحاوي، **شرح معاني الآثار**، ج٣، ص١١.

(٣) الإمام مالك، **الموطأ**، كتاب الطلاق، باب ما لايبين من التمليك، ج٢، ص٥٥٥، رقم الحديث: ١٥. البيقهي، **السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج٧، ص١٨٣. رقم الحديث: ١٣٦٥٣. قال ابن حجر: إسناده صحيح، ينظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٦٠.

وجه الدلالة: فقد أنكر عبد الرحمن عليها تزويج ابنته مع عدم حضوره، ولكن لم ينقل عنه أنه نقض النكاح، ولو كان الزواج بعبارتها لا يصح، لما غضب؛ لأن عقدها باطل ويلغو.

ثالثاً: القياس

واحتجوا بالقياس، وقاسوها على البيع بأنها تستقل به، والولاية ترتفع عن مالها بالبلوغ، فعن نفسها أولى، لأنها أهم من مالها وأصحاب هذا القول قالوا: ينفذ نكاح حرة مكلفة بلا رضا الولي، ولكن إذا كان لها ولي عاصب يشترط لصحة زواجها ولزومها ما يأتي:

أولاً: لا بد من أن يكون الزوج كفئاً.

ثانياً: ألا يقل المهر عن مهر المثل، وإذا تزوجت بغير كفء، أو بأقل من مهر المثل، فلوليها الاعتراض على الزواج، ويفسخه القاضي إلا أنه إذا سكت حتى ولدت، أو حملت سقط حق الولي في الاعتراض، وطلب التفريق وأيضاً قالوا مع أن لها تباشر عقدها، ولكن يستحب أن تجعل أمر زواجها إلى وليها من باب الحياء ومراعاة محاسن العادات[1].

رابعاً: المعقول

"أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى مولياً عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها،

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٠. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٢، ص٢٤٧. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٣، ص١١٧.

وكـون الأب قـادراً عليـه وبـالبلوغ عـن عقـل زال العجـز حقيقـة وقـدرت علـى التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها"[١].

واستدل أصحاب القول الثالث بالسنة والأثر والمعقول

أولاً: السنة النبوية الشريفة

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ﷺ): " أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[٢].

وجه الدلالة: مفهوم الحديث يدل على أنها إذا نكحت بإذن وليها فنكاحها صحيح، ولأن الولي إنما يراد ليختار كفؤاً لدفع العار وذلك يحصل بإذنه[٣].

وأجيب عن هذا الاستدلال: أن الحديث ورد أيضاً بلفظ: "أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل"[٤]، وهو صريح في اشتراط الولي وعدم إسناده العقد للمرأة حتى وإن أذن.

وأجيب: بأن اللفظ "لم ينكحها الولي" أي لم يأذن الولي بنكاحها، وإذا نكحت بإذن وليها فنكاحها صحيح[٥].

قال الصنعاني: "يفهم منه أنه إذا أذن لها جاز أن تعقد لنفسها، وأجيب بأنه مفهومه لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراطه"[١].

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٢، ص٢٤٨.

(٢) سبق تخريجه، ص٥٨.

(٣) انظر: النووي، **شرح على صحيح مسلم**، ج٩، ص٢٠٥.

(٤) سبق تخريجه، ص ٥٨.

(٥) ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، بشرح محمد فؤاد عبد الباقي، ج١، ص٦٠٥.

وقال الإمام الشوكاني في رده على الإمام أبي ثور: "ويجاب على ذلك بحديث أبي هريرة لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"(٢).

ثانياً: الأثر

عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"(٣).

ثالثاً: المعقول

" إن عبارة المرأة البالغة العاقلة البكر تصلح لإنشاء عقود البيع والإجارة والمضاربة وغيرها؛ لأن لها أهلية أداء كاملة وعقد النكاح من جملة هذه العقود التي يلزم لها أهلية أداء كاملة والمرأة متمتع بهذه الأهلية الكاملة"(٤).

---

(١) الصنعاني، **سبل السلام**، ج٢، ص١٧٣.

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الدين الصبابي، (مصر: دار الحديث، ط١، ١٤١٣ه/١٩٩٣م)، ج٦، ص١٤٣.

(٣) أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، **سنن الدارقطني**، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤ه/٢٠٠٤م)، كتاب النكاح، ج٤، ص٣٢٨، رقم الحديث: ٣٥٤٢. البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج٧، ص١٧٩، رقم الحديث: ١٣٦٤٠. قال الألباني: رجاله ثقات، وقد أعله بالانقطاع بين سعيد بن المسيب وعمر بن الخطاب ﷺ. ينظر: الألباني، **إرواء الغليل**، ج٦، ص٢٥٠.

(٤) عبد الكريم زيدان، **الجامع في الفقه الإسلامي المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، (مؤسسة الرسالة، ط٤ المزيدة، ١٤٣٣ه/٢٠١٢م)، ج٦، ص٤٥٥.

الترجيح

يرى الباحث بعد عرض أقوال الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشتها يتبين أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث وجوب إذن الولي وليس حضوره هو الراجح، وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، ووضوح دلالتها، وهو المعمول به.

موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من حضور الولي في عقد الزواج لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على اشتراط حضور الولي في عقد الزواج ولم يتطرق إليه.

وتصلح عبارة المرأة في إنشاء عقد زواجها؛ لأن قانون الأحوال الشخصية العراقي أخذ برأي الحنفية ومن وافقهم، وبناء على المادة "١" منه، حيث ينص على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"[(١)]، نرجع إلى الراجح من مذهب الحنفي فنجد أن عبارة المرأة تصلح لإنشاء عقد زواجها.

ونصت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم "٨٨" لسنة ١٩٥٩ على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب - يفيده لغة وعرفاً - من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"[(٢)].

فالمشرع العراقي جمع في هذه المادة أركان عقد الزواج حينما حددها بالإيجاب والقبول لأنهما يستلزمان وجود عاقدين، ووجود عاقدين يستلزم وجود معقود عليه، وهذا مسلك فقهاء الحنفية حينما يقتصرون في تحديد أركان عقد

---

(١) فاروق عبد الله، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، ص١٥.

(٢) **قانون الأحوال الشخصية العراقي** رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، ص٨٩٠.

الزواج على ذكر الإيجاب والقبول من دون التصريح بالعاقدين والمعقود عليه كما هو متبع من قبل جمهور الفقهاء[1].

وبهذا يتبين أن المشرع العراقي قد أخذ برأي الحنفية ومن وافقهم في تحديد أركان عقد الزواج ولم يحدد حضور الولي من أركان عقد الزواج.

(١) فعند المالكية أركان عقد الزواج خمسة هي: الزوج، والزوجة، والولي، والصداق، والصيغة.

وعند الشافعية أركان عقد الزواج خمسة هي: الزوج، والزوجة، والولي، والشاهدان، والصيغة.

وعند الحنابلة أركان الزواج ثلاثة هي: الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، والقبول الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه. انظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي، الكلبي، الغرناطي، **القوانين الفقهية**، ج١، ص١٣١. محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي**، (دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٢٢٠. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤، ص٢٢٦. الرملي. **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٢٠٩. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، **الإقناع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل**، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج٣، ص١٦٧-١٦٨. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٥، ص٣٧.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، أحمد الله تعالى، حمداً يليق بجلاله، وعظيم سلطانه، على ما وفقني إلى الانتهاء من هذا البحث، وأصلي وأسلم على رسوله الكريم، المبعوث رحمة للعلمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإنني بذلت جهدي في إخراج هذا البحث، فإن وفقت فيه إلى الصواب فهذا من فضل الله تعالى، وإن أخطأت، فأرجو الله عز وجل أن يغفر لي، إنه سميع قريب مجيب.

ففي نهاية هذا البحث أذكر أبرز ما توصلت إليه من أهم النتائج والتوصيات وتتلخص فيما يأتي:

أولاً: النتائج

١- أن منهج المقارنة منهج ذي فوائد متعددة، وهو منهج وسط بين المذهبية الضيقة، واللا مذهبية المنفلتة.

٢- أن موضوع النكاح عموماً يحتوي على ثروة فقهية وأصولية ولغوية وإصلاحية يحسن الالتفات إليها والعناية بها.

٣- إن للولاية أهمية كبيرة في حياة المولى عليها فهي حجر الأساس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليها فمن خلالها تضمن الأسرة استقرارها ودوامها ويقع عل الولي العبء الأكبر في هذه العملية فهو المسؤول شرعاً وقانوناً في حفظ المولى عليها وصيانتها ومشاركتها في اختيار زوجها لذا وكل أمر هذه الولاية إلى من هو أكمل نظراً وأكثر شفقة وواسع خبرة ودراية لمصلحة المرأة وهو الأب.

٤- حضور الولي في عقد الزواج ضروري لمصلحة المرأة ومستقبلها، لا سيما في هذا العصر.

٥- لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على اشتراط حضور الولي في عقد الزواج ولم يتطرق إليه، في حين هناك في القوانين من ذكر ذلك صراحة.

المصادر والمراجع

- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي – محمود محمد الطناحي، (بيروت: المكتبة العلمية، د.ط، ١٣٩٩ه/١٩٧٩م).
- ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، عبد الله بن سليمان، ياسر بن كمال، (الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م).
- ابن حزم، أبو محمد علي بن سعيد، المحلى، (دار الفكر، د.ط، د.ت).
- ابن رشد، أبو وليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م).
- ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: "ولي".
- ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٧. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت).
- ابن منظور، لسان العرب، مادة "ولي".
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت).
- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، (دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت).

- أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (بيروت: المكتب الإسلامي، د.ط، ١٤٠٠ه).
- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤ه/٢٠٠٤م.
- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت)
- أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الحوذي بشرح جامع الترمذي، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت).
- أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، حققه وعلق حواشيه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت).
- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت).
- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، تحقيق: مجموعة من الباحثين في ١٧ رسالة جامعية، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، (دار العاصمة للنشر والتوزيع؛ دار الغيث للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٩ه/١٩٩٨م).
- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، تحقيق: مركز خدمة السنة والسيرة، (المدينة

المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ومركز خدمة السنة والسيرة النبوية، ط١، ١٤١٥ه/١٩٩٤م).

- أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي، متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، المعروف بمختصر الخرقي، (دار الصحابة للتراث، د.ط، ١٤١٣ه/١٩٩٣م).

- أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي، الكلبي، الغرناطي، القوانين الفقهية.

- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، (الهند: المجلس العلمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣ه).

- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، (الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية: عالم الكتب، ط١، ١٤١٤ه/١٩٩٤).

- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، د.ط، د.ت).

- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢ه).

- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، (بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢ه، ١٩٩١م).
- أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعرف بالخطابي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، (حلب: المطبعة العلمية، ط١، ١٣٥١ه/١٩٣٢).
- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: احمد البردوني، إبراهيم أطفيش، (القاهرة: دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤ه/١٩٦٤م).
- أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٤١٠ه/١٩٩٠م).
- أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، مسند الإمام الشافعي (ترتيب سنجر)، رتبه: سنجر بن عبد الله الجالوي، أبو سعيد، علم الدين، حقق نصوصه وخرج احاديثه وعلق عليه ماهر ياسين فحل، (الكويت: شركة غراس للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥ه/٢٠٠٤م).
- أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (فيصل عيسى البابي الحلبي: دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت).

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، (باكستان-كراتشي: دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، ط١، ١٤١٠ه/١٩٨٩م).
- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، (كراتشي: جامعة الدراسات الإسلامية، دمشق-بيروت: دار قتيبة، حلب-دمشق: دار الوعي، المنصورة-القاهرة: دار الوفاء، ط١، ١٤١٢ه/١٩٩١م).
- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه/١٩٩٤م).
- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح الصحيح، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٩ه).
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، (حيدر آباد الدكن: دائرة المعارف النظامية، ط١، ١٣٢٥ه).
- أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، العناية شرح الهداية، (دار الفكر، د.ط، د.ت).
- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيعلي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية اللمعي في تخريج الزيعلي، قدم للكتاب: محمد يوسف البنورين صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد

عوامة، (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط١، ١٤١٨ه/١٩٩٧م).

- الزرقا، مصطفى أحمد، الدخل الفقه العام، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٩٨٨م).
- زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٧).
- شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه).
- عبد العزيز رمضان، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، (القاهرة: د.ط، ٢٠٠٦م).
- عبد الكريم زيدان، الجامع في الفقه الإسلامي المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (مؤسسة الرسالة، ط٤ المزيدة، ١٤٣٣ه/٢٠١٢م).
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦ه/١٩٨٦م).
- علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكري حياني- صفوة السقا، (مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠١ه/١٩٨١م).
- الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، (دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ه/ ١٩٩٤م).