

## عضل الولي دراسة مقارنة في قانوني الأحوال الشخصية العراقي والليبي

م.م. محمد جعفر هادي الخفاجي  
جامعة بابل /كلية القانون

### مقدمة:

لاشك في أن الزواج عقد يشترك في مفاخره جميع أفراد العائلة ، والتشريع الإسلامي يعتبر المجتمع وحدة متماسكة ، وحيث ان للزواج أثره وخطره في المجتمع ، فقد فوض أمره إلى الأولياء تحقيقاً للنفع ودفعاً للضرر الذي كثيراً ما ينشأ عن العاطفة والاندفاع ، فالمرأة ، في الغالب ، سريعة التأثر ، قليلة التجربة ، فقد تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق وعليه فان الغاية من اشتراط اخذ موافقة الأولياء هو بالنتيجة غايته ومصلحته الأولى والأساسية هو حماية البنت من الانزلاق وصونا لمصلحتها ، وليس تقييداً لحريتها وتكبيلاً لإرادتها .

ولكن مع ذلك من قال أن الولي دائماً يعرف المصلحة ويقتفي أثرها ، ومن قال أن الولي سوف لن يتعسف في استعمال حقه في رفض المتقدمين للاقتتران بابنته ، ومن قال انه سوف لن ينجس وراء مصالحه هو – لامصالحها هي – في إجبارها على الزواج بمن لا ترضاه حليلاً لها . من هنا جاءت الشريعة الإسلامية ، بحلول متوازنة ، تستلزم لإبرام الميثاق الغليظ ، موافقة الولي والمولى عليها ابتداء ، فليس للولي أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضاه ، وليس لها أن تستقل بقرارها دون اخذ موافقة وليها . أما إذا رفض هذا الأخير وكان رفضه غير مبرر ولا ينسجم مع المصلحة ، فان الشارع المقدس جعلها خلية من قيدها وحررة في قرارها . لان القيد قد فرض لمراعاة مصلحتها ، باعتبار أنها قليلة خبرة وتجربة ويجب عليها الاستعانة بوليها ، فإذا ظهر أن وليها لا يريد لها خيراً ويهدر مصلحتها ، عندئذ يهدر حقه في الرفض ، وتملك قرارها هي بنفسها وتزوج نفسها بنفسها ، شريطة أن تكون بالغة عاقلة . رفض الولي في تزويج ابنته البالغة العاقلة يصطلح عليه الفقهاء **بالعضل** ، سنحاول من خلال هذا البحث المتواضع أن نسلط الضوء عليه وفق نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي والليبي مع الإشارة إلى جذور هذين القانونين في الفقه الإسلامي ، مقتفين اثر ما يرتبط بموضوع العضل من نصوص تتعلق بالكفاءة في التزويج ، للعلاقة الموضوعية بينهما ، كما سيتضح . ومن خلال استعراض النصوص والتعليق عليها وبيان نقاط قوتها وضعفها . وقد قسمنا البحث إلى ثلاثة مطالب ، بينا في الأول ماهية الولاية من خلال التعريف بالولاية وبيان شروط ثبوتها في الفرع الأول ، وترتيب الأولياء في الفرع الثاني ، وأنواع الولاية من خلال الفرع الثالث . اما المطلب الثاني فقد خصصناه لبيان أحكام الولاية في القانون العراقي والتي يرجع في تحديدها إلى أحكام الشريعة الإسلامية لعدم تنظيمها من قبل المشرع بنصوص خاصة ومن ثم كان لزاماً علينا تبيان طبيعة الإحالة إلى قواعد الشريعة في فرع أول ، وموقف القضاء الأخذ بتلك الإحالة في فرع ثاني . اما المطلب الثالث والأخير فقد بينا فيه أحكام الولاية في القانون الليبي من حيث تعريف الولاية في فرع أول ، وبيان معيار العضل في فرع ثاني ، وحكم العضل في فرع ثالث وأخير .

### المطلب الأول :- ماهية الولاية

ونبين في هذا المطلب ماهية الولاية من حيث تعريفها وشروط ثبوتها في فرع أول ، وترتيب الأولياء في فرع ثاني ، وأنواع الولاية في فرع ثالث وكما يلي :-

### الفرع الأول:- التعريف بالولاية وبيان شروط ثبوتها :

#### أولاً :- تعريف الولاية

الولاية لغة بالفتح والكسر هي المحبة والنصرة والمعونة والسلطان والإلزام ، وفي اصطلاح الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وهي سلطة شرعية من مباشرة العقود وترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضا أحد<sup>١</sup> . والذي يعنينا منها هنا هي الولاية على النفس في الزواج ، فهي مبنية على ان الزواج عقد يشترك في مفاخره ومعانيه جميع أفراد الأسرة ، لذا وكل أمره عند جمهور المسلمين الى العصابات من اهل الزوجين . ولكن الفقهاء اختلفوا في سبب الولاية على النفس في الزواج ، فعند الحنفية هو الصغر ، وعند الشافعية البكارة في البنت والصغر في الولد وعند المالكية سببها الصغر والبكارة معاً<sup>٢</sup> . وعند الامامية<sup>٣</sup> سببها الصغر والجنون والسفه ، اما البالغين العاقلين فلا ولاية اجبار عليهم ذكورا وإناثا .

#### ثانياً:- شروط ثبوت الولاية

يشترط لثبوت حق الولاية مايلي :-

١ . أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، وواصل علاء الدين احمد ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ، القاهرة ، دار الجمهورية للطباعة ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٩ .

٢ . احمد عبد السلام الشريف ، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ، طرابلس ، الجامعة المفتوحة ، د . ت . ص ٦٠ .

٣ . محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط ٧ ، طهران ، منشورات مؤسسة الامام الصادق (ع) ، ١٤١٦ هـ ، ص ٣٢٢ .

أ:- كمال الأهلية ، وتحقق بالبلوغ والعقل والحرية ، وعلى هذا لا تثبت الولاية للصبي ولو كان مميزا ولا للمجنون والمعتوه . لانه لا ولاية لاحد منهم على نفسه ، لقصور ادراكه وعجزه عن تحقيق المصالح لنفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره .

ب :- اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه : فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم . فلو كان للفتاة شقيقان احدهما مسلم والاخر مسيحي ، فالولاية لاختها المسلم ان كانت مسلمة ولاخيها المسيحي ان كانت مسيحية . وقد استثنى الفقهاء من هذا الشرط الحاكم الاعلى او من ينوب عنه ، فتثبت له الولاية على جميع افراد رعيته من المسلمين وغيرهم ، لان ولايته ولاية عامة هذا هو رأي جمهور فقهاء اهل السنة ، اما الجعفرية فلا ولاية اصلا للعصبات انما الولاية محصورة في الاب والجد للاب عند غياب الاول وللحاكم الشرعي في بعض الاحيان<sup>١</sup> .

### الفرع الثاني :- ترتيب الأولياء

تثبت الولاية عند الحنفية للاقارب ولغيرهم على الترتيب التالي<sup>٢</sup> :-

اولا:- العصبية النسبية ، وهو كل قريب ذكر لا تنفرد انثى بالتوسط بينه وبين قريبه ، وهم جهات أربع ( ١ . البنوة ولو من الزنا ٢ . الابوة ٣ . الاخوة ٤ . العمومة ) وذلك لقوله (ص) : ( الانكاح الى العصبيات ) . ويقدم العصبات على غيرهم لان الولاية حفظ وصون . وهما يتحققان من العصبية . لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيدعوهم ذلك الى صيانة القريب وحفظه عن غير الكفء

ثانيا :- الاقارب من غير العصبات وهم مرتبون على الراجح من مذهب الحنفية كما يلي :- ( ١ . الاصول وهم الام ، ثم ام الاب ، ثم ام الام ٢ . الفروع وهم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، ثم الجد لام ٣ . فروع الابوين : وهم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخ والاخت لام على سواء ٤ . فروع الجددين : وهم العمات مطلقا والاعمام لام ، ثم الاخوال والخالات ، ثم اولادهم .

ثالثا :- الامام او من ينوب عنه ، لقوله (ص) : ( السلطان ولي من لا ولي له ) هؤلاء هم الاولياء وترتيبهم عند ابي حنيفة وليس بعدهم من له حق ولاية التزويج ولو كان وصيا . لان الوصي على المال لا على النفس .

وقال المالكية<sup>٣</sup> : الولي هو الاب ، ووصي الاب ، ثم الابن ولو من الزنا ، ان كان للمرأة ابن ، ثم الاخ ، ثم ابن الاخ ، ثم الجد ، ثم العم ، ثم ابن العم ، ثم تنتقل الى الحاكم . وقال الشافعية<sup>٤</sup> : الاب ، ثم الجد لاب ، ثم الاخ الشقيق ، ثم الاخ لاب ، ثم ابن الاخ ، ثم العم ، ثم ابن العم وهكذا الى ان تنتقل الى الحاكم . وقال الحنابلة<sup>٥</sup> : الاب ووصي الاب ، ثم الاقرب فالاقرب من العصبيات كالارث ، ثم الحاكم .

وقال الامامية<sup>٦</sup> : لا ولاية الا للاب ، والجد للاب ، والحاكم في بعض الحالات ، فكل من الاب والجد مستقل بولاية العقد على الصغير والصغيرة ، وعلى من بلغ مجنونا او سفيا ، أي اتصل الجنون او السفه بالصغر ، ولو بلغا راشدين عاقلين ، ثم طرا عليهما الجنون او السفه لم يكن للاب ولا للجد ولاية العقد على احدهما ، بل مستقل الحاكم بذلك مع وجود الاب والجد . واذا اختار الاب شخصا واختار الجد اخر قدم اختيار الجد . اما البالغ والبالغة العاقلين فكما ظهر مسبقا يستقلان بتزويج نفسيهما ولا ولاية لاحد عليهما .

### الفرع الثالث :- انواع الولاية

يمكن تقسيم الولاية تقسيمات متعددة حسب الجهة التي يتم النظر للولاية من خلالها وهي كما يلي :-

#### اولا : الولاية على النفس والولاية على المال

تقسيم الولاية هنا مبني على اساس محلها او موضوعها الذي ترد عليه ، فتقسم الى ولاية على النفس وولاية على المال . الولاية على المال تنقسم الى ولاية الاصلية وولاية الوكالة ، الاولى تظهر في تصرف الشخص بامواله ، والثانية في تصرف الشخص باموال غيره . اما الولاية على النفس فهي ايضا يمكن ان تقسم الى ولاية قاصرة وهي سلطة تزويج الانسان نفسه دون توقف على رضا احد ، ومتعدية وهي سلطة تزويج الانسان غيره جبرا عنه<sup>٧</sup> .

٤ . ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الثاني ، بيروت ، مؤسسة الوفاء ، ١٩٨٣ ، ص ٤٩٩ . وايضا محمد جواد مغنية ، مصدر

سابق ، ص ٣٢٣ .

٥ . كمال الدين محمد بن عبد المعروف بابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٣ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ص ٢٦٠ . و احمد الكبسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، بغداد ،

مطبعة الرشاد ، ١٩٧٥ ، ص ٧٧

٦ . احمد بن محمد الصاوي ، بلغة السالك لاقرب المسالك ، ج ١ ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٢ هـ ، ص ٣٨٠ .

٧ . ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج ٧ ، دمشق ، المكتب الاسلامي ، ص ٥٣ .

٨ . ابي الفرج عبد الرحمن بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج ٧ ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ص ٣٨٠ .

٩ . ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام ، مصدر سابق ، ص ٤٩٩ .

١٠ . صباح المفتي ، احكام الزواج ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٦ .

## ثانيا :- ولاية النذب وولاية الاجبار

تقسم الى الولاية الى ولاية اجبار وولاية نذب ، بالنظر الى مدى الزاميتها. تعرف الولاية الاجبارية ، بانها التي ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع الى احد كتزويج الاب ابنته او ابنه الصغيرين او المعتوهين<sup>١</sup>. اما ولاية النذب فتعرف بانها ، الولاية التي لا ينفرد فيها الولي بإنشاء العقد ، بل يشترك معه غيره في الراي والتدبير . كتزويج الاب ابنه البالغ او ابنته البالغة العاقلة<sup>٢</sup>. وقد اتفق الفقهاء على ثبوت الولاية القاصرة على النفس للرجل البالغ العاقل ، فاذا زوج نفسه بمن يشاء كان زواجه صحيحا . اما المرأة العاقلة البالغة ( موضوع البحث ) ، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية على اتجاهين هما :-

## أ : - ليس للبالغة العاقلة ولاية تزويج نفسها

فذهب الشافعية<sup>٣</sup> والمالكية<sup>٤</sup> والحنابلة<sup>٥</sup> ، انه ليس لها ان تزوج نفسها بنفسها ، ولا ان تزوج غيرها ، وانما الذي يزوجه هو وليها . وقد استدلو بما يلي :-

١. قوله تعالى :- (( وانكحوا الايامى منكم ))<sup>٦</sup>. وقوله تعالى (( ولا تتحكما المشركين حتى يؤمنوا ))<sup>٧</sup>. فالخطاب في الايتين موجه الى الاولياء ، فكان دليلا على ان الزواج اليهم لا الى النساء . وقال تبارك وتعالى (( واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ))<sup>٨</sup>. والعضل انما يصح ممن اليه عقد النكاح .

٢. ماورد في السنة النبوية الشريفة من احاديث ، منها ما رواه احمد واصحاب السنن ، عن ابي موسى ، ان النبي ( ص ) قال (( لانكاح الا بولي )) . وما رواه الخمسة ( احمد بن حنبل وابو داود والترمذي والنسائي ، وابن ماجة عن عائشة ان النبي (ص) قال (( ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل )) . وقوله ( ص ) : (( الايم احق بنفسها من وليها )) . تدل على ان له معها حقا<sup>٩</sup>.

٣. الزواج له مقاصد سامية ، لا تتحقق مع كل زوج ، ويتطلب خبرة باحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن منهم لا يصلح ، والمرأة لا يتيسر لها الوقوف على احوال الرجال ، لقلة تجاربها وسرعة تأثرها ، وانخداعها بزخرف القول ، وقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح للزواج ، فكان من المصلحة جعل الزواج بيد الرجال لانهم اخبر بذلك من النساء ، لكثرة اختلاطهم وممارستهم لشؤون الحياة<sup>١٠</sup>.

ولذلك يذهب المالكية ان من لهم حق الاجبار هم ثلاثة (( فالمجير ثلاثة : الاول المالك لامة او عبد له جبره على النكاح ولو كان المالك انثى . والثاني الاب له الجبر على ابنته ولو بدون صداق المثل ولو لاقل حال منها او لقبيح منظر ، وله جبر البكر مادامت بكرا ولو عانسا بلغت من العمر ستين سنة او اكثر الا اذا اطلق الحجر عنها ، وله جبر ثيب لم تبلغ فتأيمت بعد ان ازال الزوج بكارتها ، وله جبر مجنونة بالغة ثيبا لعدم تمييزها . والثالث هو وصي الاب حيث ان له حق الجبر فيما للاب فيه جبر بشرط تعيينه من قبل الاب كل يقول له زوجها من فلان .<sup>١١</sup> اما الشافعية<sup>١٢</sup> فيجعلون للجد حق الاجبار كذلك مثل الاب ، الا انهم يسقطون الاجبار اذا كانت هناك عداوة ظاهرة بين الاب والبنت البكر البالغة . اما الحنابلة<sup>١٣</sup> فيرون راى المالكية في ان الاجبار لا يكون للجد ، ويقررون الاجبار بالنسبة للبكر الصغيرة اذا زوجها الاب من كفاء ، اما البكر البالغة العاقلة فليس له اجبارها . كما يرون بان للسيد اجبار امته على النكاح وليس له اجبار عبده البالغ .

١. احمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

٢. وقد استقر القضاء في العراق على ان العقد الذي اجراه اب الزوجة معتبر وان كانت بالغة . مادامت لم تجبر عليه ولم تكره على السكوت عن رده وحصل دخول بعده . انظر قرار محكمة

التمييز رقم ٤٤٣ / شرعية / ١٩٦٤ في ٢٨ - ٦ - ١٩٦٤ .

٣. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

٤. احمد بن محمد الصاوي ، بلغة السالك لا قرب المسالك ، مرجع سابق ، ص ٣٧٩ .

٥. ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد قدامة المقدسي ، المغني ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨ .

٦. النور / الاية ٣٢ .

٧. البقرة / الاية ٢٢١ .

٨. البقرة / الاية ٢٣٢ .

٩. احمد حمد ، الاسرة ( التكوين - الحقوق والواجبات ) ، طنطا ، دار الكتب الجامعية ، ١٤٠٦ هـ ، ص ٨٣ .

١٠. صباح المفتي ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

١١. احمد بن محمد الصاوي ، بلغة السالك لا قرب المسالك ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠ .

١٢. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، مرجع سابق ، ص ٣١٢ .

١٣. ابي الفرج عبد الرحمن بن احمد قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق ، ص ٣٩٩ .

وقد ايد الظاهرية راي المالكية والشافعية والحنابلة ، حيث عبر ابن حزم عن عدم صحة النكاح بعدم الحل في قوله ( ولا يحل للمرأة نكاح – ثيبا كانت ام بكر – الا باذن وليها الاب او الاخوة او الجد او الاعمام او بني الاعمام – وان بعدوا – والاقرب فالاقرب اولى )<sup>١</sup>.

**ب :- للبالغة العاقلة ولاية تزويج نفسها :-**

وهو راي كل من الاحناف والجعفرية ، حيث ذهب ابو حنيفة وزفر وابو يوسف<sup>٢</sup> ، بان لها حق تزويج نفسها ، فللبالغة العاقلة ان تتولى عقد زواجها بنفسها ، متى كان الزوج كفأ ، والمهر مهر المثل ، واستدلوا بما يلي :-  
١ . قوله تعالى (( فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ))<sup>٣</sup> . وقوله تعالى (( واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ))<sup>٤</sup> . وقوله تعالى (( فاذا بلغن اجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف ))<sup>٥</sup> . فالآيات الكريمت تدل على ان نكاح المرأة ومراجعتها ، وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ، ويترتب اثره من غير توقف على اذن الولي ولا مباشرته اياه .

٢ . ماورد في السنة النبوية من احاديث تدل على ان للمرأة حق الولاية على نفسها منها ، مارواه ابن عباس عن النبي ( ص ) انه قال (( الثيب احق بنفسها من وليها ، والبكر تستاذن في نفسها ، واذنها صمتها )) . فقد دل على ان العقد لا يتوقف صحته على مباشرة الولي ، وانه ليس للاولياء الاعتراض ، حيث تتحقق الكفاءة .

٣ . ان المرأة حين تبشر عقد زواجها بنفسها انما تتصرف في حق خالص لها ولا اعتراض لاحد عليها في ذلك مادامت بالغة عاقلة ، وتزوجت الكفء وبمهر المثل ، وانما يطالب الولي بمباشرة العقد استحبابا ، وصونا للمرأة من حضور مجالس الرجال الاجانب عنها وقال الامامية اكثر من ذلك وهو ان البالغة الرشيدة تملك ببلوغها ورشدها جميع التصرفات من العقود وغيرها حتى الزواج بكرًا كانت او ثيبا ، فيصح ان تعقد لنفسها ولغيرها مباشرة وتوكيلا ايجابا وقبولا ، سواء اكان لها اب او جد او غيرها من العصبيات او لم يكن ، وسواء رضي الاب او كره ، وسواء كانت رفيعة او وضعية ، تزوجت بشريف او وضع ، وليس لاحد كائنا من كان ان يعترض ، فهي تماما كالرجل دون أي فرق . واستدلوا على ذلك بالقران الكريم (( ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ))<sup>٦</sup> . وبالحديث عن ابن عباس عن النبي الاكرم ( ص ) قوله (( الايم احق بنفسها من وليها )) والايام من لزوج له رجلا كان او امرأة بكرًا كانت او ثيبا . واستدلوا ايضا بالعقل حيث يحكم بان لكل انسان الحرية التامة بتصرفاته ، وليس لغيره أي سلطان عليه قريبا كان او بعيدا . فالاصح عند الامامية انه لا ولاية (( على البكر البالغة الرشيدة ... وماورد من الاخبار الدالة على انها لا تتزوج الا باذن الولي محمولة على كراهة الاستبداد جمعا بين الادلة ، اذ لو عمل بها لزم مادل على انتفاء الولاية . ومنهم من جمع بينهما<sup>٧</sup> وبالتشريك بينهما في الولاية<sup>٨</sup> . ومنهم من جمع بحمل احدهما<sup>٩</sup> على المتعة والآخرى على الدوام ، وهو تحكم ))<sup>١٠</sup> . وعبارة ( او قول ) المرأة معتبرة بلا خلاف (( فيجوز تولي المرأة العقد عنها وعن غيرها ايجابا وقبولا بغير خلاف عندنا ))<sup>١١</sup> ولذلك فان ولاية الاجبار عند الامامية مقصورة على الاب والجد ولكن ليس على البكر البالغة العاقلة الرشيدة وانما على الصغيرة والمجنونة او البالغة السفهية وكذا الذكر المتصف باحد الاوصاف الثلاثة .. وللمولى تزويج رقيقه ذكرا كان ام انثى ، رشيدا كان ام غير رشيد ، ولا خيار له معه ، وله اجباره عليه مطلقا ))<sup>١٢</sup> ويعتقد البعض<sup>١٣</sup> انه لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها . بكرًا كانت ام ثيبا ، لان الزواج لا يربط بين زوجين فقط ، بل بين أسرتين برباط اللفة والمحبة ويضيف الى اسرة الزوجة عضوا جديدا يختلط بها ويطلع على اسرارها ، فلا يصح في عقد هذا شأنه ان يهمل فيه راي الولي . او يتغاضى فيه عن راي المرأة وبذلك تنتظم العلاقات الاسرية على

١ . ابن حزم الاندلسي ، المحلى ، ج ١١ ، القاهرة ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٣٩٠ هجرية ، ص ٢٣ .

٢ . كمال الدين محمد بن عبد المعروف بابن الهمام ، فتح القدير ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .

٣ . البقرة / ٢٣٠ .

٤ . البقرة / ٢٣٢ .

٥ . البقرة / ٢٣٤ .

٦ . محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ .

٧ . البقرة / ٢٣٢ .

٨ . أي الاخبار الدالة على اشتراط الولي والاخبار الدالة على انتفائه .

٩ . أي الولي والبنات البكر العاقلة الرشيدة .

١٠ . أي الاخبار الدالة على انتفاء الولاية .

١١ . زين الدين الجبجي العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٢ ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ص ٧١ .

١٢ . المصدر السابق ذاته ، ص ٧٠ .

١٣ . زين الدين الجبجي العاملي ، الروضة البهية ، مرجع سابق ، ص ٧٢١٣ .

١٤ . صباح المفتي ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .

اسس صحيحة . ويستدل صاحب هذا القول بما يجري من واقع الحال في مجتمعنا حيث على من يريد خطبة امرأة عليه التوجه الى وليها ليطالب يدها منه وليس اليها مباشرة . ومن جهتنا نتحفظ على هذه المقولة ، فالضابط والبوصله التي يجب ان تحدد من خلالها اتجاهات الحلال والحرام شرعا واتجاهات الجائز قانونا من غيره هي النصوص التي تحكم الموضوع ولاشيء غيرها ، اما اذا اردنا ان نرد الموضوع الى الاعراف الاجتماعية في مجتمع يستتكف ذكوره من ذكر النساء على ألسنتهم ، فالاكيد هو اننا نكون قد ضيعنا البوصله واتجهنا الى العصبية القبلية . لذلك اقول حيث ان هنالك نصوصا حاكمة للموضوع يجب ان نتجه صوبها ، وهذه النصوص وان اختلف الفقهاء في تفسيرها او تاويلها ، فانه علينا ان ننتخب مانراه مناسباً منها لعصرنا ، والقدر المتيقن في الموضوع ان هنالك اجماع شرعي على ان الثيب هي ولية نفسها ، فلا معنى للعودة بها الى قفص الولاية ثانية . اما البكر البالغة العاقلة فقد وجدنا ان الاحناف والجعفرية يقولون بولايتها على نفسها اذا كان من تقدم لها كفأ لها واعطى مهر مثلها ، عندئذ يجب ان نكون ملتزمين بمناهجنا الفقهية التي الزمنا انفسنا بها وتعبينا ربنا على اساسها ، ونعطى للبالغة العاقلة ولاية نفسها . نعم ربما المجتمع له آلياته الاجتماعية المعتمدة ، هذا يجب الا يتعارض مع نصوص الشريعة فقيام اهل الشاب بخطبة البنت من ابوها لا يعني بالمرّة ان يتعسف الاب ويتصور ان له سيفا مسلطا على ابنته ، وانما على الاب ان يساعد ابنته في الاختيار لجهة انه يسال عن الخاطب اصله واخلقه ودينه ، فاذا تبين ان رجل حسن كفاء ، يمضي في العقد ، والا فالرفض اولى منها قبل ان يكون من ابوها .

### المطلب الثاني :- احكام الولاية في القانون العراقي

جاءت نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي خالية من أي اشارة الى احكام الولاية بعكس بعض القوانين العربية المقارنة التي فصلت احكام الولاية ، كالقانون الليبي الذي سنفرده له مطلباً خاصاً<sup>١</sup> ، والقانون السوري<sup>٢</sup> والقانون التونسي<sup>٣</sup> والقانون المغربي<sup>٤</sup> . ولا يعني خلو القانون العراقي من الاشارة الى احكام الولاية ، انه غادرها ولم ياخذ باحكامها ، وانما نرجع الى احكام الشريعة الاسلامية تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة الاولى والتي تنص على وجوب العودة الى احكام الشريعة الاسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه . ولذلك وجدنا القضاء قد سار على هذا المنهج ولم يتورع في تقرير احكام الولاية المتعددة في قراراته المختلفة والتي سوف نستعرض جانباً منها لغرض التعليق عليها في محاولة لاستجلاء الموقف بصورته الفعلية والصحيحة . ولذلك سنقف اولاً عند طبيعة الاحالة التشريعية الى احكام الشريعة الاسلامية في فرع اول ، وموقف القضاء العراقي وسعيه للبحث عن الحلول في هذه المسألة مع التعليق على بعض القرارات القضائية في فرع ثان ، وكما يلي :

### الفرع الاول : الاحالة الى احكام الشريعة

نصت المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على انه ( ١ . تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فحواها . ٢ . اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون . ٣ . تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية . ) . هناك جملة مسائل تستفاد من النص يمكن توضيحها فيما يلي :

### اولاً : \_ التفسير

وهو ما ركزت عليه الفقرة الاولى والقاعدة فيه هو ان نصوص القانون تسري على جميع المسائل المشار اليها باللفظ او بالفحوى ( المعنى ) ، وهو مصداق لقاعدة ان العبرة بعموم النص لا بخصوص اللفظ ، فالنص يمكن ان يشتمل على معنيين ، احدهما خاص والآخر عام ، الاول هو المعنى المباشر للفظ او هو المعنى القريب . اما المعنى العام فهو الذي يستفاد من النص لجهة عموميته واشتماله على معاني اخرى يمكن ان تدرك بالفحوى اكثر من ادراكها بالمبنى اللفظي لما فيها من معان كلية يمكن ان تنطبق على الواقعة التي شكلت سبباً للتشريع بالاضافة الى مايمكن ان يتحد معها في الموضوع من مسائل تحدث في المستقبل . ويرتبط بهذه القاعدة قواعد فرعية

<sup>١</sup> . انظر الصفحة ١٨ من البحث .

<sup>٢</sup> . نظم قانون الاحوال الشخصية السوري في الفصل الثالث منه احكام الولاية في مجموعة من المواد هي المادة ٢١ التي جاء فيها (( الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على ترتيب الارث بشرط ان يكون محرم )) . والمادة ٢٢ وجاء فيها (( ١ . يشترط ان يكون الولي عاقلًا بالغًا ٢ . اذا استوى وليان في القرب فايهما تولى الزواج بشرائطه جاز )) . والمادة ٢٣ جاء فيها (( اذا غاب الولي الاقرب ورأى القاضي ان في انتظار رايه فوات مصلحة الزواج انتقلت الولاية لمن يليه )) . والمادة ٢٤ وجاء فيها (( القاضي ولي من لا ولي له )) . والمادة ٢٥ والتي جاء فيها (( ليس للقاضي ان يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من اصوله ولا من فروعه )) .

<sup>٣</sup> . انظر الفصل الثامن من مجلة الاحوال الشخصية التونسية .

<sup>٤</sup> . انظر الفصل الحادي عشر من مدونة الاحوال الشخصية المغربية .

كثيرة . يستطيع القاضي من خلال ضم بعضها الى بعض ان يفهم غاية المشرع او مقصده من نص ما . ومن تلك القواعد لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح ويقصد بها ان على القاضي ياخذ بالمعنى الواضح والصريح اذا كان النص يمكن ان يشتمل على معنيين احدهما يستفاد صراحة والاخر دلالة . ومن القواعد القريبة من هذا المعنى ايضا قاعدة الاصل في الكلام الحقيقة ، ويقصد بها ان المفردات اللغوية يجب ان تؤخذ ابتدا بمعناها الحقيقي ، لان الاصل ان يكون للمفردة معناها الحقيقي او الواقعي ، اما اذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي عندئذ لا يكون امام مفسر النص الا ان ياخذ بمعناه المجازي . وايضا من القواعد المهمة في مجال التفسير قاعدة العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني ، حيث يجب الوقوف عند المعاني التي ارادها واضع النص وعدم الوقوف فقط عند المباني اللفظية للمفردات . وبذلك يكون للتشريع روحا تحركه حيثما تنشأ حاجة الى تلك الحركة لسد فراغ او لحل مشكلة جديدة ، هذه الروح مبعثها المعاني العامة التي ياتي بها النص وليس المباني الجزئية للالفاظ .

**ثانيا :- البحث في احكام الشريعة**

وهو ما عالجته الفقرة الثانية من المادة الاولى حيث اشارت الى انه في حالة خلو قانون الاحوال الشخصية من نص يحكم مسألة معينة يجب على القاضي ان يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون . وفي الحقيقة هناك نقاط حسنة يمكن ان تسجل للمشرع في هذا النص وبنفس الوقت لا يخلوا ايضا من الغموض ، فبخصوص الحسن فيه هو انه لم يحدد مذهباً معيناً يجب على القاضي العودة اليه وانما ترك الباب مفتوحاً للقاضي ليختار من أي من المذاهب الاسلامية المتعددة ، ولم يقيد بشيء سوى انه وضع له ضابطاً واحداً هو ان يختار من تلك المذاهب حكماً ينسجم او يتلائم مع نصوص قانون الاحوال الشخصية فماذا يقصد بتعبير ( الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ) ؟ ان المتتبع لنصوص قانون الاحوال الشخصية يجده تارة ياخذ من مذهب معين واخرى من مذهب اخر وثالثة ياتي بحكم وضعي لا علاقة له بأي مذهب ، وكأن المشرع في هذا المنهج يريد ان يختار من المذاهب الاسلامية احكام تنسجم وتتلائم مع روح العصر ومتطلباته وفق رؤيته هو ووفق الفلسفة التي يعتنقها ، لذلك فان اختياراته للاحكام غير مطبوعة بطبعة طائفية او مذهبية مبنية على تعصب او ميل لمذهب دون غيره انما هو يقدر الانسب لهذا العصر دون الاهتمام بالمذهب الذي ياخذ منه الحكم . وقد جاء في الاسباب الموجبة لقانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ مانصه ( لم تكن الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من اقوال الفقهاء ما هو متفق عليه واكثر ملائمة للمصلحة الزمنية . وكان القضاء الشرعي يستند في اصدار احكامه الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها والى قضاء المحاكم في البلاد الاسلامية . وقد وجد ان في تعدد مصادر القضاء واختلاف الاحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الافراد غير مضمونة فكان هذا دافعا للتفكير في وضع قانون يجمع فيه اهم الاحكام الشرعية المتفق عليها ) . ومع ذلك نجد المشرع احيانا يغادر المذاهب الاسلامية ليضع حكماً وضعياً متأثراً بفلسفات هنا او هناك تسود المجتمعات الحديثة وتكون بالنتيجة بعيدة عن رؤية الشارع المقدس ، وحتى لا يكون الكلام مجرداً نضرب بعض الامثلة . ففي الطلاق بلفظ الثلاث لم ياخذ برأي جمهور مذاهب اهل السنة التي تقول بوقوعه باناً بينونة كبرى<sup>١</sup> ، ولم ياخذ برأي الامامية الذين يقولون بعدم وقوعه بالمرّة<sup>٢</sup> ، وانما اوقعه طلاقاً واحدة<sup>٣</sup> . هذا المثال يوضح ان المشرع احيانا لا ياخذ في تشريعه للاحوال الشخصية بالاحكام الواردة في الفقه الاسلامي وانما يختط له منهجاً مغايراً ويأتي برأي جديد ينسجم مع طبيعة الفلسفة السائدة فيه . هذه الاخيرة هي التي يكون لها دورها الحاسم في رسم تلك السياسة . فبسبب تعقد الحياة وكثرة المشاكل والضغوط التي تقع على الزوج لم يسمح للزوج بايقاع الطلاق بلفظ الثلاث لانه سوف يؤدي الى خراب المجتمع اذا ما تجرأ الرجل واطلق لفظ الطلاق بالثلاث . وفي محل اخر راعى المشرع الاتجاهات الاجتماعية الحديثة التي تسعى لمساواة المرأة بالرجل ، فنجد قد شرع قانوناً اخرج فيه توزيع الاراضي الزراعية من دائرة قواعد الشرع الحاكمة للارث بالنسبة للاولاد والتي تنبني على قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين ، اخرجها من تلك الدائرة ووضع لها قانوناً خاصاً اسماء بقانون حقوق الانتقال اعطى بموجبه للبنات مثل حصة الرجل في انتقال الاراضي الزراعية<sup>٤</sup> . لكن خروج المشرع عن احكام الشريعة الاسلامية في بعض الاحيان وانتخاب اراء وضعية من هنا او هناك ، هو حق قصره المشرع على نفسه وليس للقاضي ان يختار من خارج الفقه الاسلامي حكماً في مسألة غير منصوص عليها بدعوى انها الاكثر ملائمة ، لان الضابط هو الاكثر ملائمة لنصوص القانون من احكام الشريعة وليس من خارجها . ومع ذلك يبقى السؤال قائماً ماذا يعني بالملائم ؟

١. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

٢. محمد جواد مغنية ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

٣. انظر نص المادة ٣٧ / ٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء فيها ( ٢. الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة لا يقع الا واحدة).

٤. انظر المادة ٢ من قانون حقوق الانتقال للاراضي الزراعية رقم لسنة ١٩٨٠ .

الملائم هو المناسب ، وهذا الاخير لا يكون الا اذا جاء غير متعارض مع أي نص من نصوص القانون ، ثم يجب ان يكون واقعا ومنسجما مع الفلسفة التي يراد تحقيقها من وراء نصوص القانون بالجملة، بمعنى ان المشرع اذا كان يهدف في مجمل سياسته التشريعية في قانون الاحوال الشخصية الى ان يساوي في الحقوق بين الرجال والنساء ، وعرضت مسألة على القاضي لم يرد لها حكم في القانون ، فعلى القاضي ان يختار من احكام الشريعة ما ينسجم مع سياسته الاولى التي اتبعها في نصوص مماثلة او مقاربة وهي محاولة المساواة بين الجنسين في بعض الحقوق . وعليه ليس للقاضي ان ياتي بحكم يخالف تلك السياسة العامة التي تحكم التشريع بمجمله . ومع ذلك هذا لا يلغي حالة الغموض التي قد تكتنف الموضوع ، فعملية تقدير ان هذه السياسة التي هدف لها المشرع دون غيرها ، وهذه هي الفلسفة التي ارادها المشرع من النصوص دون غيرها ايضا سوف تكون من تقدير القاضي نفسه ، ومن ثم سوف تختلف التقديرات وتبعاً لذلك تختلف الاحكام التي تصدر عن المحاكم في القضايا التي لم ينص المشرع عن حكم معين فيها . يضاف الى ذلك كله البعد الشخصي الذي يكتنف الموضوع حيث تبقى التوجهات والميول الشخصية والعقائد الخاصة لكل قاضي هي المحور الاساسي الذي يتحكم في طبيعة الاحكام الصادرة ، ومن ثم تتعدد الاحكام ربما بتعدد القضاة انفسهم .

### ثالثا : الاسترشاد

وهو ما بينته الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون حيث قضت بان على المحاكم ان تسترشد بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية . والغريب في هذا النص انه يجعل للفقه الاسلامي تصنيفا جديدا لم يعهد له من قبل بقوله ( الفقه الاسلامي في العراق ) فكما هو معلوم ان الفقه الاسلامي لا يصنف قطريا خاصة وان العراق هو ليس من مذهب واحد حتى يقال تجوزا هذا الوصف ، وانما العراق هو منبع غالبية المذاهب ان لم نقل جميعها . ولذلك كان على المشرع ان يرفع هذه المفردة ويكتفي بالقول ( الاحكام التي اقرها القضاء في العراق ..... ) . لان الفقرة السابقة وهي الفقرة الثانية قد تكلمت عن الاحالة الوجوبية الى الفقه الاسلامي بمجمل مذاهبه كما بينا سابقا وليس على نحو الاسترشاد كما هو الحال في الفقرة الثالثة المتعلقة باحكام المحاكم ، ونفس الشيء يقال عن حالة الغموض في المعيار الذي دعت اليه الفقرة الثالثة موضوع الكلام حيث اخذ بمعيار الرجوع الى القوانين المتقاربة من القوانين العراقية ، فالمعيار يعتمد على التقدير الشخصي للقاضي ومن ثم تكتنفه كل العيوب التي ذكرت في الفقرة السابقة ، يضاف الى ذلك انه يتطلب ابتدا ان يحيط القاضي بكل القوانين العربية والاسلامية حتى يستطيع ان يعرف من هو المتقارب فياخذ به ومن هو المتباعد فينبه جانبا، ثم ماذا يقصد بالتقارب هل في الفلسفات العامة التي تقوم عليها القوانين ام في الاحكام التفصيلية لكل مسألة تعرض على القاضي ولا يكون امامه حكم فيها . فاذا كان الجواب في الفلسفات العامة فهي عموما واحدة في مجمل القوانين العربية والاسلامية وهي انها تعتمد الشريعة الاسلامية في تقنينها لاحكام قانون الاحوال الشخصية ، واذا قيل ان المقصود بالمتقاربة هو في المسألة المعروضة والتي يخلو القانون من نص ينظمها ، فهذه ايضا هي بالنتيجة مأخوذة من الشريعة ، والاخيرة فقهايا تتمثل بمجموعة مذاهب بعضها يذهب يميناً والآخر شمالاً في المسألة الواحدة لا بل في المذهب الواحد تجد عشرات الاراء المتعارضة في المسألة الواحدة ، فكيف يصل القاضي الى المتقارب مع هذه التنوع الكبير اذا لم نقل الاختلاف الشديد .

### الفرع الثاني: نماذج لقرارات قضائية مع التعليق عليها

ونستعرض هنا مجموعة من القرارات ونقوم بالتعليق عليها تباعا وكما يلي :-

اولا:- القرار الاول / رقم ٥٢٠ / شرعية / ١٩٦٣ في ٢٦ / ١٢ / ١٩٦٣

جاء في حيثيات قرار محكمة التمييز المرقم ٥٢٠ / شرعية / ١٩٦٣ والمؤرخ في ٢٦ - ١٢ - ١٩٦٣ ( تشكلت هيئة المواد الشخصية واصدرت القرار الاتي : ادعى المدعي لدى محكمة شرعية الناصرية ان المدعى عليه قد عقد على ابنته القاصرة التي تبلغ من العمر ١١ سنة دون علمه . طلب ابطال العقد وتحميله المصاريف . فاصدرت المحكمة حكما وجاهيا بتاريخ ٢٥ - ٨ - ١٩٦٣ ببطالان العقد والتقريب بين المدعى عليه وابنة المدعي المسماة ( نجية ) واعتبار العقد كان لم يكن . ولدى التدقيق والمداولة وجد ان المدعى عليه دفع بعد تحرير الدعوى في الجلسة الاولى بان المدعي الولي الشرعي ووالد البنت هو الذي اجري عقد نكاح ابنته له . وله بينة على ذلك ، وحيث لم يكن نص تشريعي في قانون الاحوال الشخصية لعقد نكاح الولي لمن هو تحت ولايته يكون الحكم في ذلك بمقتضى الاحكام الشرعية . ولما تقدم ، قرر نقض الحكم واعادته الى محكمته . لفسح المجال لاثبات الدفع المشار اليه . ومن ثم اصدار الحكم حسب الموازين الشرعية.

ان التعليق يمكن ان يكون من عدة وجوه :-

الاول / ان خلو قانون الاحوال الشخصية من نصوص تنظم مسألة تزويج الولي للمولى عليه ، والعودة في ذلك الى الاحكام الشرعية بموجب احكام الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون ، لا يعني باي حال من الاحوال

القفز على سن البلوغ الذي حدده المشرع في ذات القانون وهو سن الثامنة عشر واستثناء الخامسة عشر بانذ  
 الولي وموافقة المحكمة ، فقد نصت المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدلة بموجب المادة  
 الاولى من التعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ٧٨ على انه ( ١ . يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة  
 عشرة .. ) . ومن ثم فان مجاء في هذه الفقرة يشكل الاصل . اما الاستثناء فقد جاءت به المادة الثامنة المعدلة  
 بموجب المادة الثانية المشار اليه ، حيث جاء فيها مانصه ( ١ . اذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج  
 فللقاضي ان ياذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي ، فاذا امتنع الولي طلب القاضي  
 منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض او كان اعترضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج ) .  
 هذه المادة تمثل برأي البعض<sup>١</sup> عودة الى احكام الشريعة الاسلامية التي تقضي بان سن البلوغ هي نفسها سن  
 الرشد ، والغالب فيما ذكره الفقهاء هي الخامسة عشرة سنة ، ومع ذلك جعل المشرع الزواج موقوفاً على اذن  
 الولي الشرعي.

وقد جاء في الاسباب الموجبة للتعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ٧٨ مايتي : ( بعد ان حدد القانون اهلية الزواج على  
 الوجه المتقدم راعى الاوضاع الاجتماعية في القطر ولاسيما خارج المدن حيث يكثر الزواج في سن مبكر فاجاز  
 لمن اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج بموافقة وليه (( الاب )) واذن من القاضي . وعليه فمن اجل اجراء  
 عقود الزواج بموجب النص الجديد بالنسبة لمن اكمل الخامسة عشر من العمر لابد من توفر الشروط الاتية : ١ .  
 ان يكون الشخص – ذكراً او انثى – قد اكمل سن الخامسة عشرة من العمر ٢ . ان يتقدم بطلب الزواج الى القاضي  
 ٣ . موافقة وليه الشرعي وهو الاب ٤ . اذن القاضي بعد تثبته من اهليته وقابليته البدنية على انه اذا امتنع الولي عن  
 الزواج طلب القاضي من خلال مدة يحددها له . فاذا لم يعترض او كان اعترضه غير جدير بالاعتبار ، اذن  
 القاضي بالزواج . ومع ذلك يتضح ان اذن القاضي بزواج من اكمل الخامسة عشر من العمر ولم يتم الثامنة عشر  
 شرط جوهري في عقد الزواج ، لان انعدام هذا الاذن يجيز التفريق بمقتضى الفقرة ٣ من المادة الاربعين من  
 القانون . ومن ثم فهو في ادنى حالاته لن يكون باقلاً من (١٥) سنة . وهذا كافي من وجهة نظرنا للمحكمة لكي  
 تبطل عقد الزواج المبرم قبل بلوغ البنات هذا التاريخ . بعيداً عن أي دفع اخر يمكن ان يتقدم به المدعى عليه.

اما اذا اريد القول بان المذاهب الفقهية تجيز الزواج قبل هذا التاريخ وان سكوت المشرع فيه احالة الى احكام  
 تلك المذاهب ، رغبة من المشرع في عدم تحديد مذهب ما ومحاولة للانفتاح على كل المذاهب باعتبارها ثروة  
 فقهية يمكن ان ننهل منها دون عقدة من مذهب او تيار فقهي معين . نقول نعم هذا الكلام صحيح في حد ذاته ولكن  
 اذا اردنا ان نجمعه من النصوص التي حددت سن البلوغ سوف يكون هناك تعارض بين نصوص الاحالة الى  
 الشريعة وبين تطلب القانون لسن معين للبلوغ يجوز معه اجراء العقد . لذلك نتساءل هل كان المشرع يريد الجمع  
 بين تلك النصوص الظاهرة التعارض من خلال القول بان المشرع قد احال احكام تزويج الاولياء الى الاحكام  
 الشرعية ولكن وفق سقف السن الذي وضعه ؟ نعم يمكن القول بان المشرع اراد ان يسير على نهج الفقه  
 الاسلامي فعمد الى احالة تزويج الاولياء للمولى عليهم الى احكام الشريعة ، ولكن بنفس الوقت نص صراحة  
 على سن معين للبلوغ يكون فيه للمولى عليه الحق في ان يختار امضاء العقد او فسخه . وفي كل الاحوال لن  
 يكون ابرام العقد قبل الخامسة عشر مبيحاً للدخول . وهنا فارق المشرع الفقه الاسلامي الذي اجاز تزويج الصغير  
 من قبل وليه قبل ان يبلغ ، واعطى له الخيار عندما يكبر وبشرط عدم الدخول قبل البلوغ . في حين ذهب المشرع  
 الى وضع حدا ادنى للبلوغ هو سن الخامسة عشرة بخلاف المذاهب الفقهية الاسلامية التي في الغالب جعلت ادناه  
 التسع سنوات للبنات والخامسة عشر للذكور بشرط ظهور علامات البلوغ من الاحتلام والاحبال ونبت الشعر للفتى  
 ، والاحتلام والحيض والحبل وتجدد الاعضاء للفتاة .

**الثاني /** ولكن مع هذا التخريج يبقى شبح المشكلة قائماً لان الذي يحصل هو واقعة مادية ذات ابعاد اجتماعية  
 كبيرة الاثر ، لا يمكن التعامل معها بنصوص جامدة ، لنأخذ ان الفترة الممتدة من سن التاسعة الى سن الخامسة  
 عشرة والتي يعتبرها الفقه الاسلامي مناسبة للزواج ويتوقف عندها المشرع الوضعي ليقضي بعدم صحة الزواج  
 خلالها تكون هي موطن المشكلة . حيث يقوم الشيخ باجراء عقد تزويج البنات خلال هذه الفترة ويتم الدخول  
 والانجاب ، ليجد المولى عليه بعد بلوغه سن الخامسة عشر ان من حقه الاقتراق عن صاحبه ، بعد ان حصل ما  
 حصل من دخول وانجاب . فهنا لا يمكننا ان نلغى كل ما سبق من وقائع قانونية مادية واجتماعية ونسبية . ونقضي  
 ببطلان كل الآثار بناء على قاعدة مابني على باطل فهو باطل وعليه فقد تنبه القضاء الى هذه الاشكالية الخطيرة  
 على استقرار المجتمع ، خاصة وانها ليست حالات فردية او منعزلة هنا وهناك ، لا تشكل خطراً على استقرار  
 الاوضاع الاجتماعية بين الناس ، انما هي تكاد ان تكون ظاهرة في الكثير من المناطق الريفية ، ومن ثم يجب  
 التعامل معها بواقعية وبرؤية مفتوحة للحيلولة دون تفكيك عرى المجتمع وهدم نواته الاساسية والمتمثلة بالاسرة.

١ . فريد فتيان ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ط ٢ ، لندن ، دار واسط ، ١٩٨٦ ، ص ٥٤ .

ازاء هذا الوصف لابد للقضاء ان يقول كلمته المتوازنة التي توفق بين المقتضيات الاجتماعية والواقعية التي تحصل على الارض وبين النصوص التي تحكم الموضوع . وهو ما نلتبس بعضا منه في القرار التالي .

**ثانياً:- القرار الثاني / رقم ٤٤٣ / شرعية ١٩٦٤ في ٢٨-٦-١٩٦٤**

ادعت المدعية لدى محكمة شرعية السليمانية ان المدعى عليه زوجها الداخل بها . وان والدها كان قد عقد نكاحها حالة كونها بالغة وكبيرة دون رضاها . وطلبت الحكم ببطلان نكاحها . لانه باطل ولم يستجمع كل شرائطه الشرعية . ولا اعتراف المدعى عليه بالزوجية والدخول ، ودفع برضاها بالعقد ، وقدم بينة لم تكن كافية ، ولم يحلفها اليمين على ذلك ، ولا اعتراف والد المدعية بعدم رضاها بالعقد اصدرت المحكمة حكماً وجاهياً بتاريخ ٤-٥-١٩٦٤ ببطلان العقد الجاري بين الطرفين وتحميل المدعى عليه المصاريف . ولدى التدقيق والمداولة ، وجد ان المحكمة اصدرت حكماً ببطلان العقد الجاري بين الطرفين لاسباب ذكرتها فيه دون ان تلاحظ ان اب المدعية هو الذي عقد نكاحها على المدعى عليه ولم يثبت للمحكمة اجبار المدعية على هذا العقد ولا سكوتها عن رده مكرهه ، وان المدعى عليه دخل بها . لذا يكون الحكم بالبطلان قبل ثبوت ما يوجب غير صحيح . لذا قرر نقض الحكم .

**التعليق / يمكن التعليق على القرار من وجوه هي :-**

**الاول /** يتفق القضاء في العراق مع المذهبين الامامي والحنفي في : ان ولاية الاب على ابنته البالغة العاقلة . انما هي ولاية ندب وليست ولاية اجبار كما مر معنا مسبقاً . وذلك يعني ان للبننت في هذه الحالة ان تطالب ببطلان العقد في حالة اكراه الاب لها على زوج لا ترتضيه . وان ماورد في قرار محكمة التمييز من نقضها لقرار المحكمة الشرعية في السليمانية كان لضرورة سعي المحكمة اكثر في البحث عن واقعة رضا الاب وابنته الذي لم يثبت فيه او تاييده بصورة كافية لبناء الحكم ، ولم يكن نقض القرار لكون المحكمة تأخذ بولاية الاب الاجبارية لابنته العاقلة البالغة . لذلك كان الاعتراض التمييزي عن مسالة عرضية اجرائية الغرض منها التحقق من واقعة ما وليس نقضا يتعلق بمسالة موضوعية ، فالموضوع الذي يتعلق بالولاية في التزويج للبننت العاقلة البالغة متفق عليه بين القضاء والفقهين الجعفري والحنفي في ان ولاية من تلك النوع هي ولاية ندب يمكن للبننت الخروج عنها وتزويج نفسها بنفسها ومن ثم ليس للاب الاجبار عليها . واذا حصل الاخير يكون من حقها والحالة هذه ان تطالب القضاء للحكم ببطلان العقد لانه فقد ركنه وهو رضا البننت . ومحكمة التمييز قد اقرت ضمناً بانه اذا ثبت ان تزويج البننت لم يكن برضاها فعندئذ يكون من حقها فسخ العقد ، واعتراضها كان كما قدمت لعدم اهتمام المحكمة بالدفع التي قيلت خلال المرافعة ولم يتم التاكيد منها على نحو يقيني . وليس لانها تختلف في المبدأ مع محكمة شرعية السليمانية .

**الثاني /** لكن مع كل ذلك يجب ان نعترف بانه من الناحية العملية تكاد ان تكون ولاية الاب اجبارية خاصة في المناطق الريفية اذا رضي الاب تم العقد من الناحية العملية وتتحول باقي الموافقات الى اعراف اجتماعية لها طابع شكلي لا تغير من الواقع الفعلي شيئاً . من هنا تبقى مقولة ان البننت قد وافقت محل للشك والريبة ، لان طبيعة الاعراف السائدة والسلطة الابوية النافذة تجعل البننت في محل المكرهه اذا لم تشا الصدف ويكون المتقدم قد لامس شغاف قلبها ، فكلنا يعلم ان البننت اسيرة تفكير ابائها وميراث هو ويفضله يجب ان تقتنع به هي دونما تفكير منها ، واذا ارادت ان تتجرا وترفض فهي تكون قد جلبت لنفسها تهمة جاهزة هي ان وراء رفضها علاقة بشخص اخر تهواه ومن ثم تكون قد وضعت نفسها بخطر ربما يطال حياتها احياناً . لذلك لانستطيع ان نسترسل في الاستدلال بقاعدة السكوت التي تقضي بان السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبول ، فيكون سكوتها قبولاً عند سؤالها عن رغبتها الزواج من فلان او لا ، لان هذا السكوت في الظروف الاعتيادية يمكن ان يفسره بالقبول لجهة وجود الحياء الذي يمنعها من اعلان القبول صراحة ، اما مع وجود هذه السطوة والرهبة ، فلا يمكن اعمال هذه القاعدة ، والسكوت هنا جاء عن خوف وليس عن حياء ، لذلك كانت اشارة القرار التمييزي بضرورة البحث في رضاها وفيما اذا كان سكوتها عن اكراه او عن غيره في محله . حتى لاتستغل قاعدة السكوت في تمرير الظلم والاجبار في الارتباط بمن لاترغب عنوة .

**ثالثاً : القرار الثالث / رقم ٣٠ / شرعية ٧٤ / موحدة بتاريخ ٢-٧-١٩٧٤**

ادعى المدعي في دعواه المرقمة ١٠١ / ٩٧٣ لدى محكمة شرعية الفاو ، بان المدعى عليها زوجها الداخل بها ، ولعدم الانسجام فانه يطلب طلاقها ، وطلب الاستماع الى صيغته والحكم بالطلاق وتحميلها المصاريف . كما ادعت المدعى عليها في دعواها المرقمة ١١٤ / ٩٧٣ لدى المحكمة ذاتها ، بان المدعي في الدعوى الاولى زوجها الداخل بها ، وقد عقد عليها خارج المحكمة ، وامام العالم الديني ، ولم يصدق زواجها امام المحكمة ، طلبت الحكم

١ . اشار اليه الدكتور احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

٢ . النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ص ٩٦ .

بتصديق زواجها منه . قررت المحكمة توحيد الدعوتين واعتبار الدعوى ١٠١ / ٩٧٣ هي الاصل لاتحادهما طرفا. ولتصادقهما على الزوجية والدخول ، وكون المدعي من اتباع المذهب الجعفري ، ولدفع وكيل المدعى عليها ، من ان عقد زواج موكلته بالمدعي باطل ، لكونها كانت دون العاشرة من عمرها ، وفاقدة للاهلية . ولدى اطلاع المحكمة على صورة عقد النكاح الصادرة من العالم الديني ، المتضمنة عقد زواج الطرفين بتاريخ ١٩٦٩/٤/٢ ، على مهر معجله مائة وخمسون ديناراً ، ومؤجله خمسون ديناراً ، ولتايبيد الطرفين مندرجات العقد المبرز ، وبعد ملاحظة المحكمة لدفتر نفوس المدعى عليها فقد تبين انها من موليد ١٩٥٦/٧/١ ، أي انها عند العقد كان عمرها ثلاثة عشر عاماً ، وحيث ان عقد الزواج قد وقع في ظل قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الذي اعطى ولاية التزويج للقاضي فقط ، وبموافقة الولي في حالتين ، هما : حالة زواج المريض عقلياً ، وحالة زواج من عمرها فوق الخامسة عشرة و اقل من الثامنة عشر<sup>٢</sup> . وانه لم يجز زواج الصغار الذين هم دون سن السادسة عشرة من عمرهم ، وسلب ولاية الولي المجرى ، او القاضي ، في تزويجهم . وعليه فان عقد الزواج موضوع الدعوى باطل ، لفقده ركنا من اركانه وهو : اهلية الزوجة للزواج . لانها كانت دون سن البلوغ ، وواقع خلافا لاحكام المادتين ١٧ف١ و ٨ من قانون الاحوال الشخصية ولدى التدقيق والمداولة وجد : ان الحكم الصادر في الدعويين الموحدين ( بابطال عقد زواج المدعي على المدعى عليها الواقع بتاريخ ١٩٦٩/٤/٢ ونفي العلاقة الزوجية بينهما ، والزام كل واحد منهما بان يفترق عن الآخر ) مخالف للشرع والقانون للأسباب الآتية :

أ . ان الزوجة (ك) قد اقامت الدعوى المرقمة ١١٤ /ش/ ٩٧٣ بتاريخ ٩٧٣/٦/٦ ، وادعت فيها بان المدعى عليه في هذه الدعوى زوجها الداخل بها شرعاً وطلبت الحكم بتصديق الزواج . وحيث ان المدعية بالغة عاقلة بتاريخ اقامة الدعوى بتجاوزها الخامسة عشرة من العمر والمدعى عليه كذلك ، وقد تصادقا على الزوجية والدخول ، لذا كان على المحكمة الحكم بصحة الزوجية بين المتداعيين على ذلك ، ولا يسمع قول وكيل الزوجة بعد ذلك ، بان موكلته كانت صغيرة حين العقد او غيرها من الدفوع التي تتناقض من تصديق الطرفين على الزوجية والدخول .

ب . وعلى فرض ان الزوجة لم تصادق على الزوجية والدخول ولم تقم الدعوى بهذا الشأن ، وادعت بانها كانت صغيرة عند العقد في ١٩٦٩ /٤/٢ ، فانها قد بلغت شرعاً باتمامها الخامسة عشرة من العمر ، في ١٩٧١/٦/٣٠ ، وحيث انها لم تبد في نفس يوم بلوغها عدم رضاها بالزواج واستمرت علاقتها الزوجية بالمدعى عليه بعد بلوغها الى تاريخ اقامة المدعى عليه الدعوى الشرعية . لذا سقط حقها في الخيار ، اذا كان العاقد غير الاب والجد . اما اذا كان احدهما فليس لها الخيار ولذلك فان دفع وكيل الزوجة بكون موكلته صغيرة حين العقد ، غير وارد ، في كل الاحوال ، هذا فضلاً عن ان عمر الزوجة حين العقد بتاريخ ١٩٦٩/٤/٢ كان اثنتي عشرة سنة وتسعة اشهر ، ويصح بلوغ الانثى شرعاً بعد اتمامها التاسعة من العمر ، فيما اذا ظهرت عليها علامات البلوغ . وان مصادقة الزوجة على الزوجية وطلبها الحكم بصحة الزوجية وهي عاقلة بالغة ، بتجاوزها الخامسة عشرة من العمر ، اقرار منها بصحة العقد ، أي وقوعه بين عاقلين بالغين.

ج . ان ماركنت اليه المحكمة الشرعية من قانون الاحوال الشخصية قد سلب ولاية تزويج الصغير ، غير صواب ، اذ ان ولاية الاولياء لاتزال نافذة ، وعلى الاخص ولاية الاب والجد ، التي هي ولاية خاصة ، اهم من ولاية القاضي العامة . فلاب والجد تزويج الصغيرة وليس لهما خيار عند بلوغها ، ولغيرهما تزويجها ، ولها الخيار عن البلوغ بالسن ( وهو خمسة عشر سنة ) او بالامارات الدالة على البلوغ قبل اتمام الخامسة عشر . ويسقط هذا الحق بسكوته ولو مدة يسيرة .

د . في دعوى الزواج يجب تصديق الواقعة التي تدعى بسبها المتداعيين امام القضاء ، لان السير في دعوى الطلاق يستتبع ابتدا تصديق الزواج واثباته وبالتالي حرمان اولاد المدعي الثلاثة من التسجيل في سجلات النفوس وحماية مستقبلهم وضياح نسبهم . فكان والحالة هذه على المحكمة البحث اولا في دعوى اثبات الزواج وهل بالامكان من عدمه ، وردها بشكل مستقل اذا تعذر الفصل فيها . وان الزواج يكفي فيه اعتراف الزوجين بواقعة الزواج ، وهم في سن البلوغ الكافي لانعقاد الزواج . لذلك فقد القرار اكبر ركن لاصداره وهو العدالة لانه نسي الاولاد الذين نتجوا عن هذا العقد ، فعليه كان على المحكمة ملاحظة هذه الناحية واصدار قرارها متخذة بنظر الاعتبار الابناء الذين جاءوا للحياة نتيجة لهذه العلاقة الزوجية .

انظر نص الفقرة ٢ من المادة السابعة المعدلة بموجب المادة الاولى من التعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ٢٨<sup>١</sup>

. انظر نص المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدلة بموجب المادة الثانية من التعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ٧٨<sup>٢</sup> .

وبناء على ماتقدم قرر نقض الحكم الصادر واعادة والاوراق الى محكمتها للسير في الدعوى وفق ماذكر اعلاه ، واصدار حكم جديد فيها ، فاصل في الدعوتين الموحدين وموافق للشرع والقانون . وصدر القرار بالاتفاق .

#### يمكن التعليق على القرار من وجوه عدة هي :-

**الاول /** تعارض قول الوكيل مع قول الموكل : عند تعارض قول الوكيل مع قول الموكل ياخذ بقول الموكل او الاصيل على اعتبار ان صاحب الولاية والمصلحة في الموضوع هو الموكل وهو ما اشار اليه قرار محكمة التمييز في معرض رده لقرار المحكمة الشرعية ، وهو رد يبدو في اغلب الاحوال منطقي وينسجم مع طبائع الاشياء . لكن من وجهة نظرنا يمكن ان يكون غير عادل في بعض الاحيان والاخذ به ينفي فائدة وجود توكيل اصلا . هذه الفائدة تظهر في امرين الاول ، تفرغ الوكيل لاتمام موضوع الوكالة لجهة ممارسة العمل وامتثانه سبيلا للكسب ومن ثم فهو متفرغ لانجاز كل مايتعلق بعمله من متابعات تقتضيها طبيعة العمل ، يقابله انشغال الموكل بشانه الخاص . والثاني احتراف الوكيل للعمل لموضوع التوكيل ومن ثم علمه المتقن بكل صغائره وكبائره لامكانيته العالية في فهم نصوص القانون والتحريك من خلالها لحماية حق الموكل ، يقابله جهل في الغالب من قبل الموكل لتلك الامور التي توصله بايسر الطرق الى حقه . كل ذلك يجعل الوكيل اقدر على حماية حقوق الموكل من الموكل ذاته اذا قام الاخير بمتابعة الدعوى بنفسه . وبالتالي فان الاخذ في حالة التعارض بقول الموكل قد يؤدي الى ضياع مصلحة الاخير وتنتفي فائدة التوكيل . وعليه نعتقد هنا بضرورة تحكيم معيار (مصلحة الموكل) والاخذ عند التعارض بقول الوكيل او الموكل ايهما اكثر حماية لتلك المصلحة .

**الثاني /** الواقعة المادية واهميتها في توجية الدعوى :- على الرغم من ان القانون قد حدد ادنى يمكن الزواج فيه وهو اكمال الخامسة عشر من العمر مع موافقة الولي الشرعي واذن المحكمة، الا ان القضاء يميل الى محاولة تصحيح العلاقات المشوبة بشبهة ابتداء او حتى الباطلة محاولة منه لسد الذرائع التي يمكن ان تنجم عن هذه العلاقات التي علفت بها شبهة ما . فالحفاظ على تماسك الاسرة وحفظ الانساب من المقاصد السامية التي نجد المشرع احيانا يهدر صراحة النصوص محاولة منه لايجاد مخارج شرعية او قانونية يمكن ان تساهم في حسم الخلافات الناشئة عن وقائع مادية كانت قد ترتبت عليها اثار خطيرة لايمكن تجاهلها من دخول ونسب ونحو ذلك . لذلك وجدنا قضاء محكمة التمييز قد تجاهل صراحة النصوص القاضية بان السن الادنى لابرار عقد الزواج هو اكمال الخامسة عشر ، وتجاهل ايضا قاعدة ان ما بني على باطل فهو باطل ، ومن المخارج التي اجتهدت محكمة التمييز في تقديمها في القرار المتقدم لتضعه امام صراحة النصوص للوصول لغاية حفظ الانساب ودفع المجتمع الى التماسك وابعاده عن التفكك هو مايلي :

أ . انها لم تأخذ بمبدأ الاستدامة للعقد من لحظة انعقاده ولحين تولد اثاره ، لان هذا المبدأ قد يؤدي الى الوصول الى نتائج غير مقبولة اجتماعيا عندما يكون العقد باطلا في انعقاده الذي يستتبع بطلان كل نتائجه المترتبة عليه ، لذلك نجدنا تفرق بين وقت الانعقاد الباطل لصغر السن وبين وقت تصحيح العقد الواقع في سن اخر يكون داخلا في سن البلوغ الذي يعتد به القانون . وهي محاولة تقع في سياق التصحيح والا مع صراحة النصوص يفترض ان يكون العقد في اوله واخره صحيحا وليس في اخره فقط .

ب . ايضا من المخارج موضوع الخيار فكما هو معلوم ان للولي شرعا تزويج الصغير مع اعطاء الاخير حق الخيار عند البلوغ . وهذا الحكم من الناحية الشرعية يقتضي ان يتم العقد دون ان يتم الدخول ، ومن ثم لا يؤثر كثيرا في مستقبل هذا الصغير على اعتبار ان الزواج سوف يبقى عاريا عن نتائجه الخطيرة فلا دخول ولا اولاد . خاصة وان سن البلوغ سوف يكون حاسما في تحديد مستقبل هذه العلاقة في دوامها او انتهائها عندما يخير الشخص ، فاذا اختار بقاء العلاقة ودوامها عندئذ يكون للزوج الاخر حق الدخول ويصبح العقد مولدا لاثاره الطبيعية وحاصلا على مقدماته الشرعية التي تجعله صحيحا لاشائبة فيه ولايمكن لاحد الزوجين بعد ذلك ان يرجع عنه . اما اذا اختار عدم المضي بالعقد ، فينتهي العقد دون ان تكون هناك نتائج لايمكن تجاوزها . غير ان مايحصل في القانون هو غير ذلك ، فالأخير يضع سن معين للبلوغ وهو في حده الأدنى اكمال الخامسة عشر وبنفس الوقت يحيل الى احكام الشريعة في موضوع الولاية التي تجيز الزواج والدخول لمن هي بلغت التاسعة من النساء ولمن بلغ الخامسة عشر من الرجال . مما يخلق تناقضا بين طبيعة الاحالة الى نصوص الشريعة في موضوع تزويج الاولياء وبين تطلب القانون لسن ادنى للبلوغ كما تبين لنا في القرارات السابقة .

**المطلب الثالث :- احكام العضل في القانون الليبي**

نصت المادة ٨ ف ١ : من قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنه. ( لا يجوز للولي أن يعضل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجها لها ) .و نصت م ٩ ( يشترط لصحة الزواج ، اجتماع رأي الولي والمولى عليه ، فإذا منع الولي صاحب الحق من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجها. كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك) .

تنظم النصوص المتقدمة موضوع الولاية وحكم العضل في القانون الليبي ، لذلك سنقوم بدراستها في هذا المطلب ونقسمه الى ثلاثة فروع نبين في الاول طبيعة الولاية في القانون الليبي ، ونعالج في الثاني المعايير التي وضعها المشرع لمعرفة العضل ، ونبين في الفرع الاخير حكم العضل عند وقوعه وكما يلي :-

**الفرع الاول :- طبيعة الولاية في القانون الليبي .**

يظهر من النصوص المتقدمة لقانون الاحوال الشخصية الليبي انه أقرب إلى المالكية منه إلى المذاهب الأخرى حيث أن الولاية بموجب نصوص القانون الليبي ثنائية ( للبننت والولي ) لا يستطيع أن يستقل بها أحدهما بمفرده ، فكما لا يحق للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم أرادتها كذلك لا يحق للبننت أن تزوج نفسها بنفسها دون أخذ موافقة الولي . فقد جاء في المادة التاسعة منه ( يشترط لصحة الزواج ، اجتماع رأي الولي والمولى عليه ، فإذا منع الولي صاحب الحق ، من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجها. كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك) .

كما يظهر من النص أن المشرع الليبي لا يميز كما يميز المشرع الإسلامي بين البكر والثيب في اشتراط موافقة الولي للبكر وعدم موافقته للثيب ، حيث جاء النص مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه كما تقضي القاعدة العامة. ثم أنه يساوي بين الذكر والأنثى في شروط صحة عقديهما حيث أشتراط اجتماع رأي الولي والمولى عليه ( المولى عليها ) فالقاعدة العامة في القانون هو أن اللفظ يأتي بصيغة التذكير ولا يقصد منه التذكير فقط وأنها يشمل المذكر والمؤنث إلا إذا أريد صرف المعنى إلى المذكر حصراً بقرينة. فالمولى عليه اسم جنس يشمل المذكر والمؤنث على حد سواء ، ولذلك فإن المقصود بكلمة ( المولى عليه ) الذكر والأنثى. ومن هنا يشترط لصحة العقد اجتماع رأي الولي والمولى عليه بغض النظر عن جنس المولى عليه. والمهم من النص هو أن الولاية ثنائية الجانب تعتمد على رضا الجانبين معا الولي والمولى عليه ولكن حق الولي هنا يمكن أن يتعسف فيه فيرفض تزويج المولى عليه. من هنا تنشأ مشكلة العضل والذي يقصد به منع الولي للمولى عليها البالغة في الزواج ظلماً بكفئتها إذا طلب ذلك ورغب كل واحد منهما في الآخر<sup>١</sup>. علماً أن القول بثنائية الموافقة لا يعني إتحاد الأثر لكلا جانبيها فغياب موافقة الولي بالنسبة للحالة موضوع البحث ( البننت البالغة العاقلة ) . يجعل العقد غير لازم يستطيع الولي المطالبة بفسخه أمام المحكمة المختصة، أما في حالة غياب موافقة البننت فإن ذلك يجعل العقد باطلاً لتحقق مورد الإكراه بتخلف ركن العقد. ولذلك فالقول بثنائية الموافقة لا يعني إتحاد الأثر عند تخلف أو حضور أحدهما كما سيوضح عند بحث أثر الولاية في العقد. لذلك فإن الأمر الجوهري، هو تحديد متى يكون الولي عاضلاً ، وكذلك تحديد معيار العضل ، وهو ما نبينه في الفقرة الآتية.

**الفرع الثاني :- معيار العضل**

من خلال التمعن في نصي المادتين ٨/أ ، و ٩ أحوال شخصية ليبي ، نجد أن المشرع يضع معياراً للعضل يتمثل في رضا البننت ( المولى عليها ) حيث اعتبرت م ٨/أ ، الولي عاضلاً للمولى عليها إذا منعها من الزواج بمن ترضاه زوجها لها. ونفس الشيء ما ورد في م ٩ حيث أعطت الحق للمولى عليه إذا منعه الولي من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجها أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتأذن بالزواج. والحقيقة أن اعتماد معيار رضا المولى عليه للقول بحصول العضل من قبل الولي فيه تناقض من جهتين:-

**الجهة الأولى:-** التناقض بين اعتبار الولاية ثنائية للولي والمولى عليه واعتبار معارضة الولي عضلاً إذا كان المولى عليه موافقاً أو راضياً ، فاعتماد رضا المولى عليه كمعيار للعضل يسقط ولاية الولي من الناحية العملية وتكون الولاية حقيقة موكولة إلى رضا المولى عليه ، إذا رفض لا يستطيع الولي إجباره وإذا رضي لا يستطيع الولي الاعتراض عليه لان اعتراضه وفقاً للمفهوم المتقدم يعتبر عضلاً.

**الجهة الثانية:-** التناقض بين اعتبار رضا المولى عليه معياراً وبين ما يقضي به القانون الليبي من اعتبار الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي معا حيث نصت م ١٥ على أنه (أ. الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي. ب: الولي في الكفاءة الابن ثم الأب ثم الجد الصحيح ثم الأخ الشقيق دون سواهم. ج: ترعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد

١. عبد السلام الشريف ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

ويرجع في تفسيرها إلى العرف<sup>د</sup>: إذا ادعى الرجل الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفاء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ما لم تحمل الزوجة أو تقضي سنة بعد النكاح أو يسبق الرضا صراحة أو ضمنا ممن يطلب الفسخ) فكما هو واضح من النص تقرير حق الاعتراض على عدم وجود الكفاءة للولي كما للزوجة وتخويل الولي طلب الفسخ عند تحقق المورد المتقدم (عدم الكفاءة) . وهذا بالنتيجة يخلق نوع من التعارض فرضا المولى عليها بالزواج كما أنه يسقط حق الولي في الاعتراض على الزواج أصلا ويجعل اعتراضه عضلا باعتبار الولاية شرط صحة ، يسقط كذلك حق الولي في الاعتراض على عدم وجود الكفاءة من باب أولى.

### الفرع الثالث : حكم العضل :-

كما قدمنا سابقا أن موضوع العضل قد تكفلت بحكمه المادتين ٨ و ٩ السابقين ومن خلال النظر في النصين نجد أن المادة م ٨/ ب منعت عضل المولى عليها من قبل الولي إذا منعها بمن ترضاه لنفسها زوجا. واختصت هذه المادة بالكلام عن عضل المولى عليها ( البنت ) أما المادة ٩ فبعد أن اشترطت لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه ، قضت بحق ( المولى عليه ) أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا منع الولي ( المولى عليه ) من الزواج بمن يرضاه لنفسه ومن خلال الجمع بين حكم النصين نجد ما يلي:-

١ . أن كلا النصين قد جعلتا معيار العضل رضا المولى عليه بالزواج.  
٢ . أن نص م ٨ تكلمت عن المولى عليها ( أي الأنثى ) فقط أما المادة ٩ فصحيح أن النص جاء بصيغة التذكير في لفظة ( المولى عليه ) ولكن كما ذكرت سابقا هو يشمل المذكر والمؤنث لعدم وجود ما يدل على صرف معناه إلى المذكر فقط.

٣ . اعتبرت المادة ٩ اجتماع رأي الولي والمولى عليه من شروط الصحة بالنص على أنه يشترط لصحة الزواج اجتماع... الخ . والحال أن المجمع عليه في الفقه الإسلامي أن أمر الولاية من شروط اللزوم وليس الصحة ، وفرق كبير بين الاثنين ، فغياب شرط الصحة يجعل العقد فاسدا والعقد الفاسد ، هو ما كان صحيحا بأصله وفاسدا بوصفه. ويكون عقد الزواج فاسدا عندما يكون محله محرما تحريما مؤبدا أو مؤقتا ، وكذلك يكون فاسدا عندما لا يعقد بحضرة شاهدين حرين عاقلين بالغين أو بحضرة حر وحرتين. ويترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي. أما العقد غير اللازم فهو عقد صحيح بأصله ووصفه ولكن غير لازم باعتبار أن هناك من يستطيع أن يفسخ العقد أو ينهيه ممن تقررت له تلك المصلحة. وهي هنا غياب إذن الولي لذلك كان الأحرى أن يكون التعبير ما يلي ( يشترط ، للزوم العقد) وليس لصحته.

٤ . ان اعتبار غياب موافقة الولي يعطي الحق بالفسخ نستدله من نصوص الكفاءة التي تقرر ذات الأثر المتقدم في إعطاء الحق بالفسخ بالنسبة لغياب الكفاءة في الزوج ، حيث سمح للزوجة وللولي أن يفسخ أي منهما العقد إذا وجد غياب كفاءة الزوج حسب ما رأيناه في نص م ١٥. والحقيقة أن الكفاءة هنا بالنسبة للولي هي أحد مصاديق الرفض من قبله وعدم الإذن بالإضافة إلى الأسباب الأخرى للرفض التي تختلف باختلاف ثقافة الولي ودينه ومستواه الاجتماعي... الخ. من هنا أقول أن عدم الكفاءة هو السبب المشروع والأبرز للرفض لان غالبية المعايير تكاد تتجمع فيه لان الكفاءة تعني فيما تعنيه حسب المعايير التي يعتمدها الفقه التماثل في جملة مسائل أهمها ( النسب، والإسلام، الحرية، المال، الديانة، الحرفة )<sup>١</sup> ولذلك فإن الرفض المشروع من قبل الولي هو بالنتيجة سوف يكون لأحد هذه الأسباب أو أغلبها لذلك نستطيع أن نستعيض عن القول بالرفض من الولي بالقول بان الرفض كان لعدم الكفاءة ، ألا إذا كان الولي متعسفا في الرفض عندئذ يكون الرفض غير مبني على سبب مشروع بأن يكون المتقدم كفئا عرفا. ولذلك أحتاط المشرع من مسألة التعسف في الرفض من قبل الولي وأباح للمولى عليه أن يرجع للمحكمة لكي تأذن بالزواج إذا رأت مناسبة ذلك كما تقضي م/ ٩ ولكن ما هي المعايير التي تتخذها المحكمة لقياس مدى المناسبة فتأذن بالزواج أو ترفضه. وما هو حكم الزواج إذا حصل بدون موافقة الولي ؟ يمكن مناقشة ذلك والجواب عليه من خلال الفروض الآتية:

**الفرض الأول:-** أن يوافق الولي والمولى عليه على الزواج ، فإذا جاء الأمر بهذه الصورة لا مشكلة باعتبار تحقق ثنائية الموافقة.

**الفرض الثاني:-** موافقة الولي ورفض البنت ( المولى عليه ) وهنا ليس للولي أجبار الفتاة على الزواج رغم أرادتها، حسب ما نصت م ٨/ أ الأنفة الذكر.

فإذا تم الإجبار يكون العقد فاسدا لاختلال ركنه ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول . ويترتب عليه بعد الدخول الأقل من المهر المسمى ( مهر المثل ) النسب، العدة ، نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد) ، حسب نص م ١٦/ ب التي عرفت العقد الفاسد بأنه ( العقد الفاسد ما أختل بعض شروطه وأركانه ولا يترتب عليه

أي أثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي: ١ . الأقل من مهر المسمى ومهر المثل ب . النسب وحرمة المصاهرة . ج . العدة . د . نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد ) .  
**الفرض الثالث:** موافقة البنت ورفض الولي وهنا نكون أمام حالتين هما:-  
**الحالة الأولى:- أن يكون المتقدم كفناً.**

ويكون المتقدم كفناً إذا اعتبر عرفاً كذلك فقد أعتمد المشرع الليبي معيار (ما يقضي به العرف) لتحديد كفاءة الزوج من عدمه حيث نصت م ١٥ / ج الأنفة على أنه ( ترعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف ) . عليه إذا كان الزوج كفناً بحسب ما يقضي به العرف ورفض الولي تزويجه المولى عليها. ورفعت تلك البنت أمرها للقضاء عندئذ تقوم المحكمة بالتأكد من كفاءة الزوج بحسب عرف البلاد فإذا وجدت أنها حاصلة تأذن بالزواج أما إذا وقع الزواج بدون إذن فيكون وبحسب نص م ١٥ / د أحوال شخصية ليبي ، للولي الاعتراض لدى المحكمة بطلب فسخ ما لم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يتم الرضا صراحة أو ضمناً ممن تقرر الفسخ لمصلحته ، وللزوجة كذلك الاعتراض إذا وعد الزوج بأنه كفناً وظهر خلاف ذلك.

ان مغادرة المشرع الليبي للمعايير التي نص عليها الفقهاء المسلمون في تحديد الكفاءة واعتماد المعيار العرفي هو مسلك حسن لان نظرة الناس لضوابط الكفاءة تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى غيره ، فلا يعقل مثلاً أن نعتد معياراً حصرياً أفتى به جماعة من الفقهاء قبل ألف عام في اعتبار الحجامة أو الدباغة أو الحلاقة أو حتى الخياطة مهن حقيرة وممتنهنها لا يمكن أن يكون كفناً للزوجة التي أبوها لا يعمل هذه الأعمال أنما يعمل مثلاً في التجارة أو الزراعة. ومن ثم يكون اعتماد العرف أكثر واقعية ومنطقية في كشف الكفاءة أو التماثل بين الزوجين من عدمه.

يضاف الى ذلك ان بعض هذه المعايير المعتمدة فقهاً للكفاءة هي خارجة عن مفهوم الكفاءة حكماً أو أثراً ، فلنرى ماهو المقصود بالكفاءة وماهي معاييرها :-

#### ١. معنى الكفاءة

الكفاءة لغة : المساواة والمماثلة . والكفاء النظير . اما اصطلاحاً فيقصد بها : ان يتساوى الرجل مع المرأة في جملة امور. وقد اعتبروا الكفاءة في الرجال دون النساء ، لان الرجل لايعبر بزواج من هي ادنى منه . وللعلماء في اعتبار الكفاءة آراء هي:- أ- فمنهم من لا يعتبرها أصلاً مستدلاً بما روي عن النبي (ص):- ( الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على أعجمي ألا بالتقوى ) ومن ذهب إلى ذلك الثوري والحسن البصري والكرخي كما في فتح القدير وابي بكر الجصاص . ب - ومنهم من اعتبرها في الدين وهم الامامية والمالكية ودليلهم قوله تعالى (( أن أكرمكم عند الله اتقاكم )) . والحديث الشريف ( من جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ان لاتفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير ) . ج - ومنهم من اعتبرها في أربعة أشياء ( الدين والحرية والنسب والصناعة ) ونسب الشوكاني هذا القول لأكثر العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة . د- ومنهم من أعتبر السلامة من العيوب شرط الكفاءة<sup>١</sup> .

#### ٢. معايير الكفاءة

أ. **النسب :-** وهو معتبر عند العرب لجريان التفاخر بالانساب فيما بينهم ومحافظتهم عليها . ومعتبر عند غير العرب ايضاً . ولكن ليت شعري هل ان عراقة نسب الشخص تعصمه من الخطا وتجعله وارثاً لاخلاق المورث . الجواب بالتأكيد كلا فلا يوجد اعرق واطهر من نسب الانبياء والائمة ولكن خرج من اصلاهم من هو في عداد الشياطين ، ماذا نفعلهم نسبهم في الدنيا قبل الاخرة ، لم يجعلهم في منأى عن التقويم الاجتماعي والتاريخي . اذن كون الشخص ابن فلان صاحب المجد لايعني انه قد ورث مجد ابيه فيقال عنه كفاء ، ومن ثم فان هذا المعيار مدحوض بضعف دليله اولا ، ومعارضة الواقع ثانياً .

ب. **الاسلام :-** ان القول بان الاسلام معيار للكفاءة ، قول فيه تساهل واضح لان الإسلام ركن في العقد وليس شرط لزوم بالنسبة للزوجين المسلمين. أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فأن الأمر أيضاً لا ينهض لاعتماده ، لان الكفاءة تشترط في الزوج وليس في الزوجة وإباحة الزواج بالكتابية ثابتة بالنصوص ولا تبطل بالكفاءة. أما زواج المسلمة بالكتابي فهذا الأمر باطل بلا خلاف والبطلان راجع إلى النصوص الصريحة وليس إلى فتوى فقيه عند من يعتمد التعداد الحصري لمعايير أو ضوابط الكفاءة ، ولا راجع إلى عرف الناس لمن يعتمد المعيار العرفي ، اما القول بان الكفاءة في الاسلام تكون من خلال السبق اليه او الاقدمية فيه . وان هذا خاص بغير العرب لانهم يتفاخرون فيه فيما بينهم وهو موضع شرفهم . فهو ايضاً كلام غريب ، ومنافي للإسلام ، وكأنه يشير الى ابعاد قومية وعنصرية ، وهو ان للعرب قومية تمنحهم الشرف والمجد ، وليس لغيرهم من القوميات الاخرى هذا

١ . أنظر في تفصيل ذلك أحمد إبراهيم بك، مرجع سابق، ص ١٤٥ ، أحمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٨٣ . ومحمد جواد مغنية ، مرجع سابق ، ص

الشرف ، ومن ثم ليس لغير العرب ان يفخروا الا بالاسلام . ولا ادري ما هو شان العرب ، الا يفخرون مثل غيرهم بالاسلام ؟! الا يعتبر الاسلام هو شرفهم لانه نور قلوبهم بالايمان وهداهم الى الصراط المستقيم وخلق لهم حضارة بعد ان كانوا ضعاف يتخطفهم الناس ، ماذا فعلت لهم قوميتهم قبل ان يتحولوا الى الاسلام ، ألم يكونوا قبائل متناحرة فألف الاسلام بين قلوبهم . واذا فرضنا جدلا بوجود هكذا معيار ، فهل العرب كلهم امنوا في يوم واحد ، حتى ينتقي عمل المعيار معهم ، ولا يوجد من سبق الاخر . واذا كان هناك من امن قبل غيره فهل هذه الحالة تعطيه مزية عن غيره ، هذا مع الاخذ بنظر الاعتبار ان السبق للاسلام للذين يدخلون الاسلام حديثا كالذين دخلوا اول مرة في صدر الاسلام او من يؤمن به الان من الشعوب المختلفة ، فالذي يتزوج من مسلمة وكان قد دخل حديثا الى الاسلام ، يكون للاب والبنات ان يستخدمهما حقهما في فسخ العقد لان الزوج ليس كفئا لهما لجهة اسبقيتهم في الاسلام !! فهل هذا الكلام من الاسلام في شيء ؟! انما هي عصبية قبلية غلفت بفتاوى شرعية .

**ج. الحرية :-** فمن كان له ابوان حران كفاء لمن لها اباء احرار . ومن ليس له ابوان في الحرية ليس كفئا لمن لها ابوان فيها . وهذا المعيار على فرض صحته ايضا لا يمكن العمل به الان لعدم وجود عبيد ، فكما هو معلوم ان كل القوانين الدولية والوطنية تمنع الاستعباد ، نعم في الازمنة الاولى للاسلام كان هناك عبيد ، وكان الناس انذاك باعراهم الاجتماعية السائدة يستنكفون من العبيد ، ويمتهنون كرامتهم . ولكن الاسلام قضى على هذا الظاهرة تدريجيا من خلال حزمة من المعالجات المتعددة بعضها يتعلق بجعل كفارة الذنب عتق العبيد ككفارة اليمين الكاذبة وكفارة الافطار المتعمد ونحو ذلك او من خلال الترغيب على عتق العبيد ابتغاء للاجر والثواب .

**د. الحرفة :-** فقد ذهب صاحبنا ابي حنيفة ابو يوسف الثقفي محمد ابن الحسن الشيباني الى ان صاحب المهنة المزدرية اجتماعيا كالحجامة والكناسة ونحو ذلك ليس كفئا لابن صاحب الحرفة المحترمة<sup>١</sup> . اما ابو حنيفة فقد ذهب الى عدم اعتبار الكفاءة في الحرفة . لان الزمان حول قلب . والله يعطي ويمنع ، ويبدد الغيير والتبديل . والحرفة وصف مفارق فلا تبني عليها الاحكام<sup>٢</sup> . وبدورنا نعتقد بان الكثير من هذه المهن اما غير موجودة أو تطورت عملية ممارستها بحكم التطور التكنولوجي أو موجودة ولكن لا ينظر الناس إليها النظرة القديمة هذا اولا ، ثم ان الاسلام لم يميز بين الناس على اساس مهنتهم ، لان من شان هذا التمييز اذا حصل سوف ان يخلق فواصل اجتماعية وطبقات بين الناس تؤدي الى ضعف المجتمع وعدم تماسكه . ونحن نعلم قبل كل ذلك ان رسول الله وهو اعظم الناس شانا واكبرهم قدرا عند الله سبحانه وتعالى عمل راعيا عند الآخرين ، فاذا كان في ذلك منقصة لما ارتضاه الله لصفوة خلقه عليه وعلى آله افضل الصلاة والسلام . انما هذه اعراف اجتماعية فاسدة ، اراد البعض شرعنتها بفتاوى لا دليل لها او بأدلة غير ناهضة .

**هـ . المال :-** والمراد فيه ان يكون الزوج قادرا على المهر والنفقة . اذ المهر من احكام العقد ، والنفقة من ضروراته . والظاهر في هذا المعيار ان يخلط بين مسائل لارابط بينها ، فالمهر كما هو معلوم دين للزوجة في ذمة الزوج ورضا الزوجة ابتدا على زواجها بمهر معين ، يجعل الامر ينتقل من شرط صحة للعقد الى التزام في العقد ، فاذا اعسر الزوج ولم يتمكن من الوفاء بجزئه المؤجل ينظر الى ان يصيبه اليسار ، ولا يمكن ان يستتبع الامر انهاء العقد او فسخه لعدم الوفاء او التأخر فيه ، لان عقد الزواج هو ليس عقد معاوضة يجعل المهر عوضا مقابل المرأة ، هذه اراء تسيء للمرأة ، وتنتال من قدسية هذا الميثاق الغليظ ، اما بخصوص النفقة نقول ان اليسار والاعسار لا يمكن ان يضمنا احد فهو مرتبط بحال الدنيا المتقلب فهل يمكن ان نقبل مقولة ان الزوج اليوم كفاء لانه موسر ، وغدا غير كفاء لمجرد اعساره او خسارته في تجارة ما ، أي منطق يمكن ان يتقبل هكذا طروحات. فهذا سوف يجعل حال عقد الزواج كحال البورصة المتقلبة.

**و. الديانة :-** أي التقوى والصلاح فالفاسق ليس كفئا للمرأة الصالحة<sup>٣</sup> . لان المرأة تعير بفسق الرجل اكثر مما تعير بانحطاط نسبه ، وقال بعض الحنفية بعدم اعتبار الديانة . لانها من امور الآخرة فلا تبني عليها احكام الدنيا . الا اذا كان مستهترا يستهزئ الناس به<sup>٤</sup> .

### الرأي الراجح /

نعتقد ان الكفاءة اذا كان لها مورد ودليل في الاسلام فلن تكون الا في الدين والاخلاق لما ورد عن النبي (ص) قوله ( اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ان لا تغفلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير ) . فالحديث الشريف يشير الى اعتماد معيار الدين والاخلاق في تحديد الكفاء من غيره . وهنا نتساءل عن العلة التي تم الربط فيها بين الدين والاخلاق ، فهل هذا الربط يقتضي التلازم بمعنى ان يكون من يملك الدين خلوقا حكما ، ولذلك

<sup>١</sup> . كمال الدين محمد بن عبد المعروف بابن الهمام ، فتح القدير ، مرجع سابق ، ص ٤٢٤ .

<sup>٢</sup> . ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج ٢ ، بيروت دار إحياء التراث العربي ، ص ٣٣١ .

<sup>٣</sup> . زين العابدين ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ص ١٤٢ .

<sup>٤</sup> . احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

يمكن الاكتفاء بشرط التدين لجهة استيعاب الاخلاق ضمنا ؟ ام انه لاتتلازم بين الامرين بحيث يمكن ان يكون المتدين غير خلاق ويمكن ان يكون الخلق غير متدين ؟

الظاهر عدم وجود هذا التلازم لسببين ، الاول يستفاد من نص الحديث الشريف ، فالنبي الاعظم (ص) وهو افصح من نطق بالضاد ، فلو كان التدين يمكن ان يكتفى به لشمول الحالة الاخلاقية ، لما عطف في حديثه الشريف الدين على الاخلاق واكتفى بذكر الدين فقط . اما السبب الثاني فهو يستفاد من القراءة الواقعية للتدين والتي هي ليست ببعيدة عن رؤية الشارع المقدس بل هي منسجمة معها تماما ، وهي ان التدين بمعناه البسيط : قيام الشخص بالواجبات الشرعية ، وهذا له بعدين ، الاول ظاهري مادي يتمثل في القيام بكل التكاليف ببعدها الايجابي والسلبي أي في القيام باعمال معينة والامتناع عن اعمال اخرى . والثاني باطني روحي يظهر في اثر هذه السلوكات في تهذيب النفس . القراءة الواقعية للتدين تشير الى ان هناك عدم تلازم بين التدين بمعناه الظاهري وبين معناه الروحي او الباطني ، وذلك بسبب انعدام الاثر الواقعي الحسن على سلوك المتدينين احيانا ، فيكون التدين ظاهريا بعيدا عن الفضائل الاخلاقية التي تنسجم معه وتعطي صورته الحقيقة . ويمكن ايضا ان يكون العكس بان يظهر من الشخص النبل الاخلاقي دون ان يكون ملتزما دينيا بالواجبات الشرعية العبادية من صوم وصلاة ونحو ذلك . ولذلك كأن النبي الاعظم (ص) يريد ان يقول للاولياء ، عليكم بالنظر في الامرين معا الدين والاخلاق ، لان الظاهر المتدين للشخص لايعكس بالضرورة واقعا اخلاقيا حسنا ، ومن ثم عليكم بمعرفة صحة او فاعلية التدين بمقياس الاخلاق او السلوك الحسن للشخص . اما اذا كان الشخص حاملا للاخلاق دون ان يكون ملتزما دينيا بالواجبات الشرعية فهذا ايضا لاتزوجه ، فصحيح ان صنو الدين هي الاخلاق ، ولكن الصحيح ايضا ان كمال الاخلاق ودوامها يكون بالوازع الديني ، وغياب الاخير يجعل هذه الاخلاق منقوصة اولا ومهددة بالزوال وعدم الدوام ثانيا .

#### الحالة الثانية:- لا يكون المتقدم كفئا .

والحكم هنا أن الزوج إذا لم يكن كفئا فمن حق الولي أن يعترض ولا يأذن بالزواج فإذا رفعت المولى عليها الأمر للقضاء للإذن بالزواج عندئذ تتأكد المحكمة من قول الولي في عدم كفاءة الزوج فإذا ثبت لها ذلك ترد طلب المولى عليها ولا تأذن بالزواج. والحكم ذاته ينطبق إذا وقع الزواج بدون إذن الولي والمحكمة. وللزوجة كذلك إذا ادعى الزوج الكفاءة وظهر خلاف ذلك. ويسقط هذا الحق إذا حملت الزوجة أو أنقضت سنة بعد النكاح أو تم الرضا صراحة أو ضمنا ممن يطلب الفسخ. حسب م تقضي به م ١٥ / ٣ من القانون الليبي. وقد أخرج المشرع الليبي موضوع نفقات المهر عن مهر المثل من ضوابط الكفاءة. ومن ثم ليس للولي الاعتراض بأن العرف لا يسمح بزواج البنت بأقل من المهر المثل. بعدم أماكن نشوء العرف أصلا لوجود النص الصريح الذي يقضي بخلافه. حسب ما قضت به م ١٥ / هـ ( ليس للولي طلب الفسخ لنقصان مهر المثل ).

#### الخاتمة

وفي نهاية البحث أجد نفسي أمام مجموعة من النتائج أجملها بالاتي :-

أولا :- الولاية لغة بالفتح والكسر هي المحبة والنصرة والمعونة والسلطان والإلزام ، وفي اصطلاح الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وهي سلطة شرعية من مباشرة العقود وترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضا أحد .

ثانيا :- العضل :- هو منع الولي للمولى عليها البالغة العاقلة من الزواج تعسفا بكفئها إذا طلب ذلك ورغب كل واحد منهما في الآخر .

ثالثا :- يشترط ثبوت حق الولاية كمال الأهلية اولا، بالبلوغ والعقل والحرية ، واتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ثانيا ، فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم .

رابعا :- تقسم الولاية تقسيمات متعددة بحسب جهة النظر اليها ، فتقسم الى ولاية على النفس ولاية على المال ، على اساس محلها او موضوعها الذي ترد عليه وتقسم الى ولاية الاجبار وولاية النذب ، بالنظر الى مدى الزاميتها . تعرف الاولى ، بانها التي ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع الى احد كتزويج الاب ابنته او ابنه الصغيرين او المعتوهين. اما ولاية النذب فتعرف بانها ، الولاية التي لا ينفرد فيها الولي بإنشاء العقد ، بل يشترك معه غيره في الراي والتدبير . وقد اتفق الفقهاء على ثبوت الولاية الفاصرة على النفس للرجل البالغ العاقل ، فاذا زوج نفسه بمن يشاء كان زواجه صحيحا . اما المرأة العاقلة البالغة ( موضوع البحث ) ، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية على اتجاهاين هما:-

أ . - ليس للبالغة العاقلة ولاية تزويج نفسها ، وهو راي كل من الشافعية والمالكية والحنابلة ، حيث افتوا بان ليس للبالغة العاقلة تزويج نفسها ، ولا ان تزوج غيرها ، وانما الذي يزوجه هو وليها . وقد استدلوا بادلة كثيرة ذكرت في محلها .

ب . للبالغة العاقلة ولاية تزويج نفسها وهو راي كل من الاحناف والجعفرية ، حيث افتى الاحناف ، بان للبالغة

العاقلة ان تتولى عقد زواجها بنفسها ، متى كان الزوج كفئا ، والمهر مهر المثل ، وذهب الامامية اكثر من ذلك فافتوا بان البالغة الرشيدة تملك ببلوغها ورشدها جميع التصرفات من العقود وغيرها حتى الزواج بكرة كانت او ثيبا ، فيصح ان تعقد لنفسها ولغيرها مباشرة وتوكيلا ايجابا وقبولا ، سواء اكان لها اب او جد او غيرها من العصبيات او لم يكن ، وسواء رضي الاب او كره ، وسواء كانت رفيعة او وضيفة ، تزوجت بشريف او وضع ، وليس لاحد كائنا من كان ان يعترض ، فهي تماما كالرجل دون أي فرق واستدلوا بادلة كثيرة ذكرت في محلها .

**خامسا :-** جاءت نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي خالية من أي اشارة الى احكام الولاية بعكس بعض القوانين العربية المقارنة التي فصلت احكام الولاية ، كالقانون الليبي والقانون السوري و التونسي و المغربي . ولا يعني خلو القانون العراقي من الاشارة الى احكام الولاية ، انه غادرها ولم يأخذ باحكامها ، وانما يرجع في تحديدها الى احكام الشريعة الاسلامية تطبيقا للفقرة الثانية من المادة الاولى والتي تنص على وجوب العودة الى احكام الشريعة الاسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه .

**سادسا :-** يجب على القاضي عند عدم وجد نص في التشريع ان يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون . ومن النقاط الحسنة في هذا النص انه لم يحدد مذهباً معيناً يجب على القاضي العودة اليه ، وانما ترك الباب مفتوحاً للقاضي ليختار من أي من المذاهب الاسلامية المتعددة ، ولم يقيد بشيء سوى انه وضع له ضابطاً واحداً هو ان يختار من تلك المذاهب حكماً ينسجم او يتلائم مع نصوص قانون الاحوال الشخصية . ومع ذلك هذا لا يرفع حالة الغموض التي قد تكتنف النص ، فعملية تقدير الملائم من غيره تعود لتقدير القاضي ، الذي يتحكم به الطابع الشخصي ، حيث تبقى التوجهات والميول الشخصية والعقائد الخاصة لكل قاضي هي المحور الاساسي الذي يتحكم في طبيعة الاحكام الصادرة ، ومن ثم تتعدد الاحكام ربما بتعدد القضاة انفسهم .

**سابعا:** بالعودة الى احكام القضاء وجدنا مجموعة من النقاط التي تجدر الاشارة اليها وهي:-  
أ. ان خلو قانون الاحوال الشخصية من نصوص تنظم مسألة تزويج الولي للمولى عليه ، والعودة في ذلك الى الاحكام الشرعية بموجب احكام الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون ، لا يعني باي حال من الاحوال القفز على سن البلوغ الذي حدده المشرع في ذات القانون وهو سن الثامنة عشر واستثناء الخامسة عشر باذن الولي وموافقة المحكمة .

ب. ولكن مع هذا التخريج يبقى شبح المشكلة قائماً لان الذي يحصل هو واقعة مادية ذات ابعاد اجتماعية كبيرة الاثر ، لا يمكن التعامل معها بنصوص جامدة ، لناعية ان الفترة الممتدة من سن التاسعة الى سن الخامسة عشرة والتي يعتبرها الفقه الاسلامي مناسبة للزواج ويتوقف عندها المشرع الوضعي ليقضي بعدم صحة الزواج خلالها تكون هي موطن المشكلة . حيث يقوم الشيخ باجراء عقد تزويج البنت خلال هذه الفترة ويتم الدخول والانجاب ، ليجد المولى عليه بعد بلوغه سن الخامسة عشر ان من حقه الافتراق عن صاحبه ، بعد ان حصل ما حصل من دخول وانجاب. فهنا لا يمكننا ان نلغى كل ما سبق من وقائع قانونية مادية واجتماعية ونسبية . ونقضي ببطلان كل الاثار بناء على قاعدة مابني على باطل فهو باطل .

ج. يتفق القضاء في العراق مع المذهبين الامامي والحنفي في : ان ولاية الاب على ابنته البالغة العاقلة . انما هي ولاية نذب وليست ولاية اجبار كما مر معنا مسبقا . وذلك يعني ان للبنت في هذه الحالة ان تطالب بابطال العقد في حالة اكراه الاب لها على زوج لا ترتضيه .

د. تكاد ان تكون ولاية الاب من الناحية العملية ولاية اجبارية خاصة في المناطق الريفية اذا رضي الاب تم العقد من الناحية العملية وتتحول باقي الموافقات الى اعراف اجتماعية لها طابع شكلي لا تغير من الواقع الفعلي شيئاً . من هنا تبقى مقولة ان البنت قد وافقت محل للشك والريبة، لان طبيعة الاعراف السائدة والسلطة الابوية النافذة تجعل البنت في محل المكرهه اذا لم تشأ الصدف ويكون المتقدم قد لامس شغاف قلبها . لذلك لانستطيع ان نسترسل في الاستدلال بقاعدة السكوت التي تقضي بان السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبول ، فيكون سكوتها قبولا عند سؤالها عن رغبتها الزواج من فلان او لا ، لان هذا السكوت في الظروف الاعتيادية يمكن ان نفسره بالقبول لجهة وجود الحياء الذي يمنعها من اعلان القبول صراحة ، اما مع وجود هذه السطوة والرهبه ، فلا يمكن اعمال هذه القاعدة ، والسكوت هنا جاء عن خوف وليس عن حياء

هـ. ومن المخارج التي استعان بها القضاء لتصحيح العقود انه لم يأخذ بمبدأ الاستدامة للعقد من لحظة انعقاده ولحين تولد اثاره ، لان هذا المبدأ قد يؤدي الى الوصول الى نتائج غير مقبولة اجتماعيا عندما يكون العقد باطلا في انعقاده الذي يستتبع بطلان كل نتائجه المترتبة عليه ، لذلك نجدنا تفرق بين وقت الانعقاد الباطل لصغر السن وبين وقت تصحيح العقد الواقع في سن اخر يكون داخلا في سن البلوغ الذي يعتد به القانون . وهي محاولة تقع في سياق التصحيح والا مع صراحة النصوص يفترض ان يكون العقد في اوله واخره صحيحا وليس في اخره فقط .

و. ومن المخارج ايضا موضوع الخيار فكما هو معلوم ان للولي شرعا تزويج الصغير مع اعطاء الاخير حق

الخيار عند البلوغ . وهذا الحكم من الناحية الشرعية يقتضي ان يتم العقد دون ان يتم الدخول ، ومن ثم لا يؤثر كثيرا في مستقبل هذا الصغير على اعتبار ان الزواج سوف يبقى عاريا عن نتائجه الخطيرة فلا دخول ولا اولاد . خاصة وان سن البلوغ سوف يكون حاسما في تحديد مستقبل هذه العلاقة في دوامها او انتهائها عندما يخير الشخص ، فاذا اختار بقاء العلاقة ودوامها عندئذ يكون للزوج الاخر حق الدخول ويصبح العقد مولدا لاثاره الطبيعية وحاصلا على مقدماته الشرعية التي تجعله صحيحا لاشائبة فيه ولا يمكن لاحد الزوجين بعد ذلك ان يرجع عنه . اما اذا اختار عدم المضي بالعقد ، فينتهي العقد دون ان تكون هناك نتائج لا يمكن تجاوزها . غير ان ما يحصل في القانون هو غير ذلك ، فالأخير يضع سن معين للبلوغ وهو في حده الأدنى اكمال الخامسة عشر وبنفس الوقت يحيل الى احكام الشريعة في موضوع الولاية التي تجيز الزواج والدخول لمن هي بلغت التاسعة من النساء ولمن بلغ الخامسة عشر من الرجال . مما يخلق تناقضا بين طبيعة الاحالة الى نصوص الشريعة في موضوع تزويج الاولياء وبين تطلب القانون لسن ادنى للبلوغ .

**ثامنا :-** أن الولاية بموجب نصوص القانون الليبي ثنائية ( للبننت والولي ) لا يستطيع أن يستقل بها أحدهما بمفرده ، فكما لا يحق للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم أرادتهما كذلك لا يحق للبننت أن تزوج نفسها بنفسها دون أخذ موافقة الولي .

**تاسعا :-** أن القول بثنائية الموافقة لا يعني إتحاد الأثر لكلا جانبيها فغياب موافقة الولي بالنسبة للحالة موضوع البحث ( البننت البالغة العاقلة ) . يجعل العقد غير لازم يستطيع الولي المطالبة بفسخه أمام المحكمة المختصة، أما في حالة غياب موافقة البننت فإن ذلك يجعل العقد باطلا لتحقق مورد الإكراه بتخلف ركن العقد.

**عاشر:-** أن المشرع الليبي لا يميز كما يميز المشرع الإسلامي بين البكر والثيب في اشتراط موافقة الولي للبكر وعدم موافقته للثيب ، حيث جاء النص مطلقا والمطلق يجري على إطلاقه كما تقضي القاعدة العامة .

**حادي عشر :-** نجد أن المشرع الليبي يضع معيارا للعضل يتمثل في رضا البننت ( المولى عليها ) حيث اعتبرت م ٨ / أ ، الولي عاضلا للمولى عليها إذا منعها من الزواج بمن ترضاه زوجها لها. ونفس الشيء ما ورد في م/٩ حيث أعطت الحق للمولى عليه إذا منعه الولي من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجها .

**ثاني عشر:-** أن اعتماد معيار رضا المولى عليه للقول بحصول العضل من قبل الولي بموجب نصوص القانون الليبي فيه تناقض من جهتين:- الأولى:- التناقض بين اعتبار الولاية ثنائية للولي والمولى عليه واعتبار معارضة الولي عضلا اذا كان المولى عليه موافقا أو راضيا ، فاعتماد رضا المولى عليه كمعيار للعضل يسقط ولاية الولي من الناحية العملية وتكون الولاية حقيقة موكولة إلى رضا المولى عليه والثانية:- التناقض بين اعتبار رضا المولى عليه معيارا وبين ما يقضي به القانون الليبي من اعتبار الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي معا ، فرضا المولى عليها بالزواج كما أنه يسقط حق الولي في الاعتراض على الزواج أصلا ويجعل اعتراضه عضلا باعتبار الولاية شرط صحة ، يسقط كذلك حق الولي في الاعتراض على عدم وجود الكفاءة من باب أولى.

**ثالث عشر :-** اعتبرت المادة ٩ اجتماع رأي الولي والمولى عليه من شروط الصحة بالنص على أنه يشترط لصحة الزواج اجتماع... الخ . والحال أن المجمع عليه في الفقه الإسلامي أن أمر الولاية من شروط اللزوم وليس الصحة ، وفرق كبير بين الاثنين ذكرناه في محله .

**رابع عشر:-** أن عدم الكفاءة هو السبب المشروع والأبرز للرفض لان غالبية المعايير تكاد تتجمع فيه لان الكفاءة تعني فيما تعنيه حسب المعايير التي يعتمدها الفقه التماثل في جملة مسائل أهمها ( النسب، والإسلام، الحرية، المال، الديانة، الحرفة ) . ولذلك فإن الرفض المشروع من قبل الولي هو بالنتيجة سوف يكون لأحد هذه الأسباب أو أغلبها لذلك نستطيع أن نستعيز عن القول بالرفض من الولي بالقول بالرفض لعدم الكفاءة ألا إذا كان الولي متعسفا في الرفض عندئذ يكون الرفض غير مبني على سبب مشروع ، لذلك أحاط المشرع الليبي من مسألة التعسف في الرفض من قبل الولي وأباح للمولى عليه أن يرجع للمحكمة لكي تأذن بالزواج إذا رأت مناسبة ذلك كما تقضي م/ ٩

**خامس عشر :-** يكون المتقدم كفنا إذا اعتبر عرفا كذلك فقد أعتمد المشرع الليبي معيار ما يقضي به العرف لتحديد كفاءة الزوج من عدمه حسبما قضت به م ١٥ / ج ، وهو مسلك حسن لان نظرة الناس لضوابط الكفاءة تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى غيره . فإذا كان الزوج كفنا بحسب ما يقضي به العرف ورفض الولي تزويجه ، عندئذ تقوم المحكمة بالتأكد من كفاءة الزوج بحسب عرف البلاد فإذا وجدت لها حاصلة تأذن بالزواج. أما إذا وقع الزواج بدون إذن فيكون وبحسب نص م ١٥ / د أحوال شخصية ليبي ، للولي الاعتراض لدى المحكمة بطلب فسخ ما لم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يتم الرضا صراحة أو ضمنا ممن تقرر الفسخ لمصلحته ، وللزوجة كذلك الاعتراض إذا وعد الزوج بأنه كفنا وظهر خلاف ذلك.

أما إذا لم يكن المتقدم كفنا ، فالحكم هنا أنه للولي أن يعترض ولا يأذن بالزواج فإذا رفعت المولى عليها الأمر للقضاء للإذن بالزواج عندئذ تتأكد المحكمة من قول الولي في عدم كفاءة الزوج فإذا ثبت لها ذلك ترد طلب

المولى عليها ولا تأذن بالزواج. والحكم ذاته ينطبق إذا وقع الزواج بدون إذن الولي والمحكمة .  
**سادس عشر :-** وقد رجحنا في محله بان الكفاءة اذا كان لها مورد ودليل في الاسلام فلن تكون الا في الدين والأخلاق لما ورد عن النبي (ص) قوله ( اذا جاءكم من ترضون دينه وخلفه فزوجوه ان لا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير ) .فالحديث الشريف يشير الى اعتماد معيار الدين والأخلاق في تحديد الكفاءة من غيره .  
 ولذلك كأن النبي الاعظم (ص) يريد ان يقول للاولياء ، عليكم بالنظر في الامرين معا الدين والأخلاق ، لان الظاهر المتدين للشخص لايعكس بالضرورة واقعا اخلاقيا حسنا ، ومن ثم عليكم بمعرفة صحة او فاعلية التدين بمقياس الاخلاق او السلوك الحسن للشخص . اما اذا كان الشخص حاملا للاخلاق دون ان يكون ملتزما دينيا بالواجبات الشرعية فهذا ايضا لا تزوجه ، فصحيح ان صنو الدين هي الاخلاق ، ولكن الصحيح ايضا ان كمال الاخلاق ودوامها يكون بالوازع الديني ، وغياب الاخير يجعل هذه الاخلاق منقوصة اولا ومهددة بالزوال وعدم الدوام ثانيا .

### قائمة المصادر والمراجع

**أولا :- القرآن الكريم**

**ثانيا :- الكتب**

- ١ . أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، وواصل علاء الدين احمد ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ، القاهرة ، دار الجمهورية للطباعة ، ٢٠٠٣ .
- ٢ . احمد عبد السلام الشريف ، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ، طرابلس ، الجامعة المفتوحة ، د . ت .
- ٣ . احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، بغداد ، مطبعة الرشاد ، ١٩٧٥ .
- ٤ . احمد حمد ، الاسرة ( التكوين – الحقوق والواجبات ) ، طنطا ، دار الكتب الجامعية ، ١٤٠٦ هجرية .
- ٥ . احمد بن محمد الصاوي ، بلغة السالك لا قرب المسالك ، ج ١ ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٢ هجرية .
- ٦ . ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج ٧ ، ، دمشق ، المكتب الاسلامي
- ٧ . ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد قدامة المقدسي ، المغني ، ج ٧ ، بيروت ، دار الكتاب العربي .
- ٨ . ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الثاني ، بيروت ، مؤسسة الوفاء ، ١٩٨٣ .
- ٩ . ابن حزم الاندلسي ، المحلى ، ج ١١ ، القاهرة ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٣٩٠ هجرية
- ١٠ . ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج ٢ ، بيروت دار إحياء التراث العربي .
- ١١ . زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٢ ، بيروت ، دار العلم للملايين .
- ١٢ . زين العابدين ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، د . ت .
- ١٣ . كمال الدين محمد بن عبد المعروف بابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٣ ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، د . ت .
- ١٤ . محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط ٧ ، طهران ، منشورات مؤسسة الامام الصادق (ع) ، ١٤١٦ هجرية .
- ١٥ . محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، القاهرة ، مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية ج ٦ ، د . ت .
- ١٦ . فريد فتیان ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط ٢ ، لندن ، دار واسط ، ١٩٨٦ .
- ١٦ . صباح المفتي ، احكام الزواج ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٥ .

### ثالثا :- القوانين

- ١ . قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
- ٢ . قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية قم ٢١ لسنة ١٩٧٨
- ٣ . قانون الأحوال الشخصية الليبي .
- ٤ . قانون الأحوال الشخصية السوري
- ٥ . مجلة الأحوال الشخصية التونسية .
- ٦ . مدونة الأحوال الشخصية المغربية