مقدمة

أن الولاية في عقد الزواج من الموضوعات التي طرحت تساؤلات منذ القدم و كانت محل اختلاف بين الطوائف و المذاهب الفقهية و إن موضوع الولاية في الزواج من القضايا التي أثارت جدلا بين فقهاء التشريع الإسلامي منذ بزوغ الفقه الإسلامي، تبعا للنصوص الواردة في مجالها، من حيث الثبوت أولا، ثم من حيث الدلالة ثانيا، حيث اعتبر أغلب الفقهاء الولاية ركنا من أركان عقد النكاح، بينما اكتفى البعض باعتبارها شرطا فقط.

نحن نستطيع القول بان الولاية هي سلطة شرعية يملك بها الولي حق التصرف في شؤون غيره الذي تحت ولايته ورغم اهمية الولاية عقد الزواج جاء قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتضمن مايشير الى الولاية فلم يعرفها ولم يتناول الاحكام الخاصة بها ، ماعدا اشتراط موافقة الولي عند زواج من اكمل الخامسة عشرة من عمره لذا سنسترشد بأحكام الشريعة الاسلامية لمعرفة احكام الولاية.

ومما زاد هذا الموضوع جدلا واختلافا تأثر أفراد المجتمعات الإسلامية بثقافات وتشريعات النظم الاوروبية عندما فُتِح العالم الإسلامي على غيره من الثقافات والتشريعات، وخصوصا لما استعمرت أرضه، ثم انبهرت عقول بعض أبنائه بما عند الغير، فانبرت تقلده وتنقل منه دون غربلة ولا تمحيص، واتسع هذا النقل والتقليد حتى شمل مجال تشريع نظام الأسرة . ثم تطور على مستوى الشك والارتياب في صلاحية ذاك التشريع للحكم والتطبيق، خصوصا لما هاجرت مجموعات لا يستهان بها من المسلمين من بلدانهم الأصلية إلى مجتمعات غير إسلامية، فوجدوا أنفسهم في مجتمعات لا تؤمن بنفس المبادئ، ولا تخضع لنفس التقنينات التي يخضع لها المسلمون . مما أتاح فرصةً لهجوم الغير على هذا التشريع من جهة، وتَفَلُّتَ بعض أبناء المسلمين من الاحتكام إلى التشريع الإسلامي، جهلا به أو رفضا له من جهة ثانية.

وأمام هذا الواقع ـ حياة المسلمين في غير المجتمعات الإسلامية ـ الذي لا يمكن رفضه ولا الانفلات منه إضافة إلى ضعف الوازع الديني لدى بعض الشرائح الإسلامية، ولجوء بعض المسلمين إلى الاحتكام إلى قوانين جديدة. يلزمنا كباحثين لدراسة هذا الموضوع وانطلاقا من الأسس الشرعية التي انبنى عليها، ومراعاة للواقع المعيش الذي احتوى هذه الشريحة من أبناء المسلمين .

تلبية لهذه الاحتياجات تاتي هذه المساهمة بهذا الموضوع في مدارسة محور " الولاية في الزواج، وتطبيقاتها في الواقع العملي و بيان حكم حضور الولي في الشريعة والقانون.

وقد اخترت جانبا من محور الولاية في الزواج في الشرع الإسلامي والقانون الوضعي، ألا وهو جانب العضل فيها، كيف نفهمه، وما مجالاته، وكيف تعامل الفقه الإسلامي معه، وما العلاج إن وقع ذلك التعسف، وما النتائج المفضية إليه، وكيفية تجاوز سلبياتها، والاستفادة من فوائده إن كانت فيه فوائد.

اولا// اهمية البحث و اسباب اختياره

الزواج مما أحكمه الله شرعا وتنظيما وجعله صلة بين بني آدم وسببا للقربى بينهم ورتب لعقده وفسخه أحكاما معلومة، ولأهميته فقد اعتنى الشارع به اعتناء بالـغا فجعل له شروطا من أهمها أن يكون بولي بالغ عاقل يعرف الكفؤ من الناس ومصالح النكاح، والا كان النكاح باطلا بغير ولي.

و لقد جاء هذا الموضوع ليقف على حقيقة حضور الولي المعتبرة والأحكام المترتبة عليها والمعالجات الشرعية التي تمضي بعقد النكاح من غير توقف في حالة غيبة الولي وفق ضوابط شرعية محددة.

ثانيا// اهداف البحث

أن الهدف من هذه الدراسة هو الوصول الى التعرف على حكم حضور الولي في عقد الزواج وفق ماجاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل..

ثالثا// منهجية البحث

اتبعت في كتابة هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن ليكون القارئ على دراية بجميع جوانب الموضوع.

رابعا// خطة البحث

وقد قسمت بحثي إلى : مقدمة و المبحث التمهيدي (مفهوم عقد الزواج شروطه و اركانه) ضمن مطلبين : في المطلب الأول : تعريف عقد الزواج و في المطلب الثاني : أركان و شروط عقد الزواج مع مبحثين يتضمن المبحث الأول : ماهية الولاية في القانون والشريعة الاسلامية، والمبحث الثاني : حكم تزويج الأولياء وحضور الولي في عقد الزواج وفي خاتمة البحث نشير الى مجموعة من الاستنتاجات و المقترحات التي توصلنا اليها.

المبحث التمهيدي

مفهوم عقد الزواج شروطه واركانه

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنتطرق الى تعريف عقد الزواج في المطلب الأول، وسنتناول في المطلب الثاني شروطه و أركانه.

المطلب الأول

تعريف عقد الزواج

الزواج في اللغة : إقتران أحد الشيئين بالآخر وإزدواجها أي صيرورتها زوجا بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر ، و من ذلك قوله تعالى : ﴿وإذا النفوس زوجت﴾[١] ، أي قرن كل فرد بقرينه .

وفي الإصطلاح : عرف قانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٨) قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل في اقليم كوردستان الزواج في المادة الثالثة كالآتي : ((الزواج عقد تراضي بين رجل وإمرأة يحل به كل منهما للآخر شرعا غايته تكوين الأسرة على أسس المودة و الرحمة و المسؤولية المشتركة طبقا لأحكام القانون)).[٢]

طبقا لهذا التعريف فأن الزواج عقد قائم على أساس رضا الطرفين ومن آثاره حل كل من الرجل والمرأة للآخر ، وهذا العقد يستهدف أنشاء الاسرة على أساس أم التوادد والتراحم وتحمل الواجبات والإلتزامات داخل الأسرة بصورة مشتركة بين الطرفين . و إذا رجعنا إلى كتب الفقه الأسلامي نجد أن للفقهاء تعريفات عديدة للزواج من حيث العبارة تتقارب من المضمون[٣] أرجعها البعض إلى التعريف الآتي :

(الزواج عقد وضعه الشارع ليفيد حل إستمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع)[٤] يؤخذ من هذا التعريف والتعريفات الفقهية بوجه عام أن الغاية من العقد هو الإستمتاع ، بينما التعريف القانوني نص على أن الغاية منه تكوين الأسرة ، ونرى أن التعريف القانوني هو الأدق لأن عبارة

---

[١] سورة التكوير، الأية (٧).

[٢] د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (التعديلات الخاصة باقليم كوردستان)، ط٣، مكتبة يادكار للكتب القانونية، السليمانية، ٢٠١٩، ص ٤١.

[٣] دكتور فاروق عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٤٢.

[٤] مصدر سابق، ص ٤٣.

(تكوين الاسرة) تشمل ما قال به الفقهاء وتزيد عليه ، فطبقا للتعريف القانوني يكون إنشاء الأسرة والتناسل أساسا وغاية والإستمتاع وسيلة موصلة لتلك الغاية ، بينما التعريفات الفقهية انصبت على الوسيلة لوحدها ، والناظر في الآيات القرآنية الكريمة التي ترد لاحقا بشأن الحكمة من تشريع الزواج يجد أنها تؤكد على السكينة والمودة و الرحمة و التناسل.[٥]

يستخلص من التعريف القانوني السابق الذكر مايأتي : ـ

١.أن الزواج عقد بموجب القانون شأنه شأن باقي العقود له صفته المدنية ، ولا يحتاج إبرامه إلى طقوس دينية أو مكان ورجل معينين ، ومتى توافرت أركانه وشروطه أنتجت آثاره وفي مقدمتها حل إستمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر .

٢.أن الزواج المقبول شرعا وقانونا عقد بين رجل وامرأة حصرا .

٣.أن هذا العقد شرع ليكون دائميا ، فهو غير قابل للتوقيت مادامت تستهدف تكوين الأسرة وكون العقد دائمياً لا يعني أنه عقد أبدي غير قابل للإنحلال .

٤. أن عقدا يكون هذا شأنه لابد من أن تتوافر فيه عناصر الرضا وإلا لم يصح.[٦]

وقد اضاف التعديل إلى عقد الزواج عدة أمور نذكرها فيما يأتي مع ذكر ما عليها من ملاحظات : ـ

أولا : ـ أضاف عبارة (تراضي) الى العقد مع أن عبارة (عقد) الواردة في التعريف تغني عن الإشارة إلى الرضا ، فالعقد في القانون يستلزم وجود الرضا ولا ينعقد بدونه.

ولعل وجود رأي في الفقه الاسلامي بصحة عقد الزواج القائم على الإكراه هو السبب في التنصيص على الرضا ، لكن التعديل في موضع آخر وفي الفقرة الأولى من المادة السادسة أقر بصحة عقد الزواج القائم على الإكراه بعد الدخول واعتبره موقوفا ، والعقد الموقوف نوع من أنواع العقد الصحيح ، ولذلك كان الأولى الإكتفاء بإطلاق عبارة (عقد) دون إضافة عبارة (تراضي).[٧]

ثانيا : ـ أن عبارة (يحل به كل منهما للآخر شرعا) أثر من آثار عقد الزواج ولا حاجة إلى التنصيص عليه ، وعبارة (تحل له شرعا) الواردة في تعريف العقد في القانون قبل التعديل ، لم يكن يقصد به الإحلال الذي هو أثر العقد ، بل كان المقصود منه ذكر شرط أساسي يجب توافره في العاقدين (الرجل والمرأة) بأن لاتكون بينهما علاقة محرمية ، كأن يكونا ضمن الأصول أو الفروع أو سائر

---

[٥] د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (التعديلات الخاصة باقليم كوردستان)، ط٣، المكتبة يادكار للكتب القانونية، السليمانية، ٢٠١٩، ص ٤٢.

[٦] عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، ٧٨/١-٧٩.

[٧] د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٤٣.

محرمات عقد الزواج ، وعليه كان يجب أن يرد التعريف كالآتي (عقد بين رجل وأمرأة يحلان لبعضهما شرعا).

ثالثا : - أن عبارة (المسؤولية المشتركة) نص عام كانت تفيد فيما لو لم يرد في القانون ما يخصصه ، ولكن الحال هو أن القانون قد حدد الواجبات والإلتزامات على الطرف المطلوب في كل ما يتعلق بالمهر والنفقة والحضانة وسائر الواجبات والإلتزامات ، فعلى سبيل المثال لوكان القانون ساكتا عن تحديد الطرف الذي يجب عليه الإنفاق لكان الإنفاق حينئذ واجبا على الزوجين بصورة مشتركة استنادا الى عبارة (المسؤولية المشتركة) الواردة في التعريف ، ولكن القانون قد حدد الطرف الذي يجب عليه الانفاق ، وهكذا في سائر الواجبات والالتزامات الزوجية ، ولذلك فإن تلك العبارة تخلو من فائدة قانونية تذكر سوى إشعارها بنفي فكرة القوامة في وقت لم يكن في القانون قبل التعديل ما يدل على منح الزوج القوامة على زوجته.[٨]

[٨] د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٤٤.

المطلب الثاني

أركان و شروط عقد الزواج

سوف نبين في هذا المطلب اركان وشروط عقد الزواج بالشكل التالي :

أولا// أركان عقد الزواج

نصت المادة الرابعة على انه :

(ينعقد الزواج بايجاب - يفيده لغة او عرفا - من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه).[٩]

جمع المشرع في هذه المادة أركان عقد الزواج حينما حددها بالايجاب والقبول لأنهما يستلزمان وجود عاقدين، و وجود عاقدين يستلزم وجود معقود عليه، و هذا مسلك فقهاء الحنفية حينما يقتصرون في تحديد اركان عقد الزواج على ذكر الايجاب والقبول دون التصريح بالعاقدين والمعقود عليه، كما هو متبع من قبل جمهور الفقهاء، هذا ما يخص اركان العقد.

ثانيا// شروط عقد الزواج

اما الشروط التي يجب توافرها في العقد فقد جاءت في الفقرة الاولى من المادة السادسة وعلى النحو الاتي :

١-لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطا من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي:

ا- اتحاد مجلس الايجاب والقبول

ب- سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج .

جـ - موافقة القبول للايجاب

د- شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج ويستوي في ذلك الرجل والمرأة.

انتقد بعض الشراح هذه المادة من زاويتين :

اولاهما : انها لم تكن موفقة في تغطية الشروط الشرعية لعقد الزواج.

ثانيتهما : انها سوت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فاعتبرت العقد باطلا اذا تخلف شرط من شروط اي منهما، مع ان هذا غير صحيح، لان تخلف شرط من شروط الانعقاد يؤدي الى بطلان العقد

---

[٩] المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

اما تخلف شرط من شروط الصحة فانه يؤدي الى فساد العقد لا بطلانه.[١٠] فاذا كان الشرط باطلا او فاسدا فان الزواج صحيح والشروط يبطل وحده.[١١]

اضافة الى ذلك، لابد من عدم وجود مانع من الموانع الشرعية والقانونية للزواج لان انشاء عقد الزواج هو تصرف شرعي قانوني ولا يكون صحيحا الا بأستيفاء نوعين من الشروط الاولى شروط موضوعية (شرعية) والثانية شروط قانونية (شكلية) نص عليها قانون الاحوال الشخصية في المادة (٥) منه.

اما الشروط الموضوعية للعقد، فهناك شروط انعقاد وشروط صحة العقد الزواج وشروط النفاذ وشروط لزوم، والتي اخذ القضاء بها بكثير من احكام، وهذا ما سنتناوله كما يأتي :

١ـ شروط الانعقاد

هي التي يتم العقد بوجودها وينعدم بأنعدامها , ويكون باطلا في حالة تخلف اي منها وهي كثيرة ومنها ما يتعلق بالعاقد واخرى بالمعقود عليها ومنها ما يخص صيغة العقد و كالتالي :

أـ ان يكون العاقد اهلا لمباشرة العقد : وتتحقق الاهلية بالعقل والتمييز لان العقد يعتمد على الارادة والقصد والرضا من العاقد، عليه لا ينعقد زواج المجنون والصبي غير المميز, ونصت المادة (١/٧) من قانون الاحوال الشخصية على ذلك.[١٢]

بـسماع كل من العاقدين لكلام الاخر واستعابهما بأن المراد منه اجمالا عقد الزواج , عليه لا ينعقد زواج الاصم الا اذا افهم المقصود منه بطريقة ثانية

جـاتحاد مجلس الايجاب والقبول : اي ان يحضر كلاهما في المجلس ويصدر فيه الايجاب والقبول مع ارتباط احدهما بالاخر ولا يقع بينهما ما يدل على الانشغال والاعراض عن العقد.

دـموافقة القبول للايجاب ومطابقته له : وذلك من خلال الاتحاد للايجاب والقبول في موضوع العقد ومقدار المهر , ولا ينعقد العقد اذا كان القبول يحوي على اختلاف في مبلغ المهر (المعجل او المؤجل) ولو قليلا.

هـ ـان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة : اي ان يصدر الايجاب والقبول بصيغة مطلقة غير مقيدة ولا يعلقان احدهما على احد ادوات الشرط او على حصول امر ما في المستقبل وبعكسه لا ينعقد العقد (لان عقد الزواج من عقود التمليكات التي لا تقبل الاضافة الى المستقبل).

---

[١٠] د.احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الاول الزواج و الطلاق واثارهما، المكتبة القانونية ، بغداد، ص ٤١.

[١١] د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٥٤.

[١٢] بين السيد سالم روضان الموسوي / في المحاضرة التي القاها على طلبة المرحلة الاولى للمعهد القضائي بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٧م من ان الجنون هو عارض من عوارض الاهلية وهنا يحال الى لجنة طبية في المستشفى لبيان كون الزواج لا يضر بمصالحه وانه يحقق الفائدة له وان تكون الزوجة على علم بذلك (ارشيف الباحث).

والشرط اذا كان ملائما للعقد ومن مقتضياته او ما جرى عليه العرف يكون العقد والشرط صحيحا مثلا اختيار السكن وغيرهما .. حيث نصت المادة (٣/٦) قانون الاحوال الشخصية على ان الشروط لا تكون معتبرة ولا يلزم الوفاء بها مالم تدرج ضمن عقد الزواج، اما الشروط غير المشروعة والتي لا تقتضيها طبيعة العقد كشرط الزوجة في العقد بأن يطلق ضرتها او يتخلى عن الانفاق تجاه ابويه او ان يسكنها في بيت اهلها فهنا العقد صحيح والشرط باطل ولا يجبر الزوج على الوفاء به .وقد نصت المادة (٣/٦) قانون الاحوال الشخصية الى ان (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها) ونصت الفقرة (٤) من المادة نفسها عليها حق الزوجة في طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن العقد.[١٣]

٢-شروط الصحة

هي التي تؤثر على صحة العقد وبتخلف احدها تجعل العقد فاسدا، وهي :

أ-ان لا تكون الزوجة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا ولا مؤقتا.

ب-وجود الولي : اي موافقة الولي اذا كانت المرأة صغيرة او مجنونة , ولا يشترط ذلك للبالغة العاقلة , كما يجوز بنص القانون لمن اكمل الـ ١٥ سنة الزواج بموافقة وليه (الاب) واذن من القاضي[١٤].

ج-حضور شهود العقد : اختص الشارع عقد الزواج من بين سائر العقود بأشتراط الشهادة عليه (شاهدين بالغين عاقلين عادلين) يسمعان كلام المتعاقدين وان يفهما المراد منه عقد زواج حتى يتحقق الغرض من الشهادة لان الشهادة شرط في عقد الزواج , وقد اختلف الفقهاء المسلمون في كون الشهادة شرط انعقاد ام صحة ؟ فبعضهم رأى صحة العقد والدخول بدونها وهي مستحبة واخر رأى العكس واخرون كالمالكية رأوا ان الاشهاد على الدخول وليس العقد . وقد نصت المادة (٦/د) من قانون

---

[١٣] وقد بين السيد سالم روضان الموسوي / في المحاضرة التي القاها على طلبة المرحلة الاولى للمعهد القضائي بما يلي :

١- اذا تخلف ركن من اركان عقد الزواج بطل العقد , ولكن اذا تخلف الشرط فلا يبطل , كأن يعلق الزواج على شيء اخر , بأستثناء شروط الانعقاد . واضاف الموسوي بأنه في حال كتابة الشرط في عقد الزواج فأنه ملزم بالتنفيذ ولكن اذا لم ينفذ بعد العقد فلا يجوز للزوجة المطالبة بتنفيذه بعد مدة.

٢- تاعذر حول عدم سفر الزوجة مع زوجها يخضع لتقدير المحكمة , مثلا ان تكون مهنة الزوجة طبيبة وتقدم خدمة للناس ويريد زوجها السفر معه او اليه في بلد اخر وتمتنع عن ذلك بسبب مهنتها , فهنا العذر مشروع ، وبكل الاحوال يعود تقدير ذلك الى المحكمة المختصة (أرشيف الباحث).

[١٤] د. عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، ص١٠٢.

الأحوال الشخصية العراقي على وجوب الشهادة , ويشترط ان يكونا مسلمين اذا كان الزوجان مسلمين.[١٥]

د-ان يكون العقد مؤبدا غير مؤقت بمدة معينة او غير معينة

عليه فأن تخلف اي من هذه الشروط يجعل العقد فاسدا وبالتالي لا يحق الدخول وان دخل بها وجب التفريق بينهما والا فرق القاضي جبرا بينهما , مع ترتب بعض الاثار على العقد الفاسد كالنسب ووجوب العدة ومهرالمثل.

٣- شروط النفاذ

وهي التي يكون للعاقد الولاية في انشاء العقد , ولكن اذا لم يكن له الاهلية كالصغير والمجنون او تم العقد من الغير دون ولاية او وكالة كتصرف الفضولي فهنا العقد موقوف غير نافذ.[١٦] وعمليا تندرج هذه العقود امام المحاكم .

وقد نصت المادة (١٠) من قانون الاحوال الشخصية على الية تسجيل عقد الزواج في المحكمة المختصة وهي عديدة منها الاستمارة الخاصة بالمعلومات عن الخاطبين ثم التقرير الطبي الذي يؤيد سلامتهما من الامراض السارية ،وبطاقة الاحوال المدنية وشهادة الجنسية العراقية وموافقة الجهة المختصة اذا كان من المتطوعين في وزارة الدفاع والداخلية والخارجية (اذا كان موظف دبلوماسي) ويعفى اذا اعاد مطلقته الى عصمته اذا كان قد تزوج بأخرى. واذا كانت المرأة مطلقة فهنا يطلب اعلام الطلاق المكتسب للدرجة القطعية للمطلق وشهادة الوفاة او القسام الشرعي للولي اذا كان متوفيا او الزوج السابق للتأكد من انتهاء العدة للأرملة او المطلقة.

(١٥) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٦٧.
(١٦) المصدر نفسه.

٤ـ شروط اللزوم

وهي الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد وإستمراره ، وعند توفرها لايحق لأحد من العاقدين أو غيرهما الإعتراض على العقد وطلب فسخه ، وسمى العقد حينئذ بالعقد اللازم.[١٧]

هذه الشروط هي :_

أـ أن يتولى الأب أو الجد زواج ناقص الأهلية أو فاقدها ، أما إذا تولاه غير الأب و الجد كالأخ والعم فإن الصبي إذا بلغ و المعتوه إذا عقل و المجنون إذا أفاق يحق لكل واحد منهم طلب فسخ العقد. ولقد فرق بعض الفقهاء بين أن يكون الأب أو الجد معروفين بحسن التصرف و بين أن يكونا معروفين بسوء التصرف ، فإعتبروا عقد الزواج في الحالة الأولى لازما ، و في الحالة الثانية غير لازم ، ولكن القضاء إتجه إلى إعتبار العقد لازما إذا تولاه الأب أو الجد دون تفرقة بين أن يكونا حسني التصرف أو سيئي التصرف)[١٨].

ب- أن يكون العقد خاليا من التغرير . فإذا غرر الزوج الولي أو موليته بأنه كفء لها ، كأن يدعي نسبا معينا أو مكانة اجتماعية معينة أو وظيفة معينة وتم العقد على هذا الأساس ثم ظهر خلاف ذلك كان للزوجة ولأوليائها الحق في فسخ العقد ، لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح .أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع من لزوم العقد لأنه يملك الحق في إيقاع الطلاق .

ج- أن يكون الزوج كفئاً للزوجة فإذا لم يتحقق ذلك فللولي حق الإعتراض و طلب فسخ العقد ، فإن سكت حتى ظهر عليها الحمل أو ولدت فلا حق له في طلب فسخ العقد حفاظا على الولد من الضياع. ويمكن القول في ضوء المادتين الرابعة والتاسعة من قانون الأحوال الشخصية أن المشرع العراقي عد الكفاءة حقا خالصا للمرأة دون أوليائها أخذا بما ذهب إليه فقهاء الجعفرية ،[١٩] و بناء عليه إذا تزوجت البالغة العاقلة من غير كفء تكون بذلك قد أسقطت حقها وحينئذ لايبقى للأولياء حق الإعتراض وطلب فسخ العقد .

دـ أن يكون المهر مهر المثل ، فإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل و كان لها ولي عاصب لم يرض قبل العقد بأقل من مهر المثل كان للولي الحق في طلب فسخ الزواج. وما تقدم بشأن الشرط الثالث وارد هنا ومن باب أولى ، فإذا كان المشرع إتجه إلى إعتبار الكفاءة حقا خالصاً لها دون أوليائها فالمهر يكون حقا خالصا لها وحدها من باب اولى وإذا إنعدم شرط من شروط اللزوم يحق لكل

---

[١٧] الدكتور احمد علي واخرون ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
[١٨] د. فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق، ص ٧٧.

[١٩] د. عبد المجيد محمود مطلوب , الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (الزواج – فرق الزواج – حقوق الأولاد والأقارب) ، دراسة مقارنة فقها وقضاء ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٤م.

العاقدين وغيرهما ممن يعنيهم الأمر الإعتراض على العقد وطلب فسخه ، و حكم هذا العقد أنه يثبت به كل آثار الزواج إلا إذا فسخ قبل الدخول فإن المرأة لاشيء لها من المهر ان المواضيع المتعلقة بالشروط المقترنة بالعقد سبق القول بأن عقد الزواج لا يقبل التعليق على حادثة غير محققة ولا الإضافة إلى زمن مستقبلي ، لذا يجب أن تأتي الصيغة بصورة منجزة ، والصيغة قد تأتي الإشارة نفسها ، ويذكر الفقهاء شرطا آخر وهو خلو الزوج عن عيب الجب و العنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما غير أن هذين العيبين جعلهما القانون سببا من أسباب التفريق من المادة ٤٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.[٢٠]

[٢٠] د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ٧٧ -٧٨.

المبحث الأول
الولاية في القانون والشريعة الاسلامية

نقسم هذا المبحث الى مطلبين، بحيث سنشرح في المطلب الأول تعريف الولاية، وفي المطلب الثاني سنتعرض الى انواع الولاية وشروطها و اقسامها و ترتيبها.

المطلب الأول
تعريف الولاية في الشريعة والقانون

الولاية : لغة

الولاية في اللغة يعني المعونة ، والمحبة ، والنصرة.[٢١]

اما اصطلاحا ، يراد بها حق تنفيذ القول على القاصر ومن في حكمه - كالمجنون والمعتوه والسفيه - والتصرف والاشراف على شؤونه وتشمل ولاية البالغة في الزواج.

وحيث أن الزواج عقد و رباط مقدس بين الرجل والمرأة وأثره خطير في المجتمع ، لذا أكدت الشريعة الإسلامية أن يتولاه الولي حسن الرأي والتصرف تحقيقا للنفع والمصلحة المرجوة منه ودفعا للضرر ودليل على هذه الكلمة،[٢٢] قول الرسول صلى الله عليه والسلم، (لا نكاح إلا بولي...).[٢٣]

فقد عرفه شيخ الإسلام ابن تيمية فقال:

(إن الولي سمي ولياً من موالاته للطاعات أي متابعته لها ويقابل الولي العدو على أساس من القرب والبعد). وقال الإمام الشوكاني في تفسيره: والمراد بأولياء الله خلقه المؤمنين كأنهم قربوا من الله سبحانه بطاعته

---

[٢١] لسان العرب المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ عدد الأجزاء: ١٥.

[٢٢] محمد حسن كشكول و عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته دراسة مقارنة، فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٥٦.

[٢٣] عن أبي موسى رَضِيَ اللهُ عنه، أنَّ (النبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم) قال (لا نِكاحَ إلَّا بوَلِيٍّ)، أخرجه البخاري (٥١٣٠).

واجتناب معصيته وقد فسر هؤلاء الأولياء بقوله سبحانه ﴿الَّذِينَ آمَنُواْ وَكَانُواْ يَتَّقُونَ﴾[٢٤] يونس: ٦٣ [أي يؤمنون بما يجب الإيمان به ويتقون ما يجب عليهم اتقاؤه من معاصي الله سبحانه.

وقال الدكتور إبراهيم هلال:

وهذا المعنى الذي يدور بين الحب والقرب هو الذي أراده القرآن الكريم من كلمة ولي ومشتقاتها في كل موضع أتى بها فيه سواء في جانب أولياء الله أو في جانب أولياء أعداء الله وأعداء الشيطان.

ويشترط قانون الأحوال الشخصية ما رأينا لأهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر ولكنه أجاز للمراهق لمن أكمل السادسة عشرة من عمره أن يطلب من المحكمة الأذن له بالزواج بعد موافقة وليه (المادة ٨ من القانون)[٢٥] ، وعلى الرغم من أهمية الولاية في عقد الزواج ، لم نجد نصاً في قانون الأحوال الشخصية العراقي يعرف من هو الولي.[٢٦]

وبالرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هناك عدة آراء بهذا الصدد فالمذهب الحنفي يحصر الولاية على النفس في العصبات من جهة الأبوة والبنوة والأخوة والعمومة مرتبين على ترتيب الإرث ليحجب أقربهم الأبعد فإن لم تكن عصبة انتقلت الى الأم والى النساء بعدها على ترتيب ذوي الأرحام فإن لم يوجد كانت الولاية للقاضي، أما في المذهب الجعفري فإن الولاية للأب والجد لأب ومن بعدهما للقاضي حصراً . وللمذاهب الأخرى آراء تقرب من رأي أحد المذهبين المذكورين .

فقد عرفها عبدالقاهر الجرجاني بقوله : تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أم أبى .(كما عرفها أحد المعاصرين " الدكتور عبد الكريم زيدان " بأنها) : قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله).[٢٧]

وهذا تعريف عام للولاية في الاصطلاح الشرعي، وهي ضربان؛ ولاية قاصرة، وولاية متعدية . فالولاية القاصرة هي : قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه . والولاية المتعدية هي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره.

والولاية المتعدية أيضا قسمان : الولاية على المال، والولاية على النفس . والولاية على الزواج هي من باب الولاية على النفس.

والولاية على النفس تشمل مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه وهي بهذا المعنى سلطة يملكها الولي على المولى عليه؛ تخوله الحق في : تزويجه، وتأديبه، وتعليمه، وتطبيبه، والعناية

---

[٢٤] سورة يونس ، آلآية ٦٣.

[٢٥] المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، الفقرة اولا /٢ من المادة ٤ في قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨.

[٢٦] محمد حسن كشكول و عباس السعدي، مصدر سابق، ص ٥٧.

[٢٧] المصدر نفسه، ص ٥٨.

به في كل ما تحتاجه نفسه مادام تحت الولاية شاء المولى عليه ذلك أم أبى، وذلك توفيرا لمصلحة المولى عليه نفسه . فيدخل فيها الولاية الخاصة بالزواج.

ولعل هذا ما عناه الزيلعي في تبيين الحقائق لما قال : الأولياء جمع ولي، وهو من الولاية " أي الولاية المتعدية على النفس " وهي تنفيذ الحكم على الغير شاء أم أبى.[٢٨]

[٢٨] محمد حسن كشكول و عباس السعدي، مصدر سابق، ص ٥٨.

المطلب الثاني

انواع الولاية في الشريعة و القانون

الولاية ثلاثة أنواع : الولاية على المال وحده ومثالها الوصاية والقوامة، الولاية على المال والنفس . ومثالها ولاية الأب والجد الولاية على النفس فقط ومثالها ولاية العاصب وهي الولاية في عقد الزواج التي هي موضوع بحثنا . فالولاية على النفس تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه . كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في تزويجها اذا لم يوجد الأب والجد ، أو وجد أحدهما ولكنه كان غير أهل للولاية . هذا ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج على نوعين :

أولا// ولاية الاختيار : (الاستحباب) :

تثبت هذه الولاية - عند الحنفية - للولي على المرأة الكبيرة البالغة الرشيدة ولها أن تعقد زواجها بإرادتها وحدها بلا وساطة الولي ، ويكون زواجها نافذاً لازماً إذا كان الزوج كفئاً والمهر مهر المثل .وقال فقهاء الشافعية : أن الولاية شرط في صحة زواج الصغيرة والكبيرة، والإمام احمد[٢٩] يقول اذا عقدت المرأة زواجها بنفسها ولها ولي كان عقدها موقوفاً على إجازة وليها ، حرصاً على كرامتها ومكانتها .وذهب الجعفرية ، الى أنه يصح عقد زواج الكبيرة البالغة الرشيدة ، من غير أذن وليها ولو بأقل من مهر المثل.

ثانيا// الولاية إلاجبارية :

المقصود بهذا النوع يعني أساس ثبوتها وجود علة السن أو الجنون أو العته، واجمع الفقهاء على أن الولي شرط لصحة عقد زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه والمعتوهة. أي بمعنى آخر ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع الى أحد . ولهذا يُعد باطلاً شرعاً وقانوناً عقد زواج البنت الصغير الذي يجريه أخوها اذا كان الأب موجوداً على قيد الحياة.[٣٠]

---

[٢٩] أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي(٧٨٠-٨٨٥ ميلادي) فقيه ومحدِّث مسلم.

[٣٠] د.فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ١٢٣.

سنتحدث عن شروط و اقسام و ترتيب الولاية في الشريعة و القانون في النقاط الثلاث الاتية :

١ـ شروط الولي

ينعقد الزواج بإرادة المرأة البالغة العاقلة الرشيدة وحدها ، ويفضل اجتماع رأيها ورأي الولي لاختيار الزوج الكفء ، وللولي في عقد الزواج شروط هي :

أ_يشترط في الولي العقل والبلوغ وإكمال الأهلية - وبعضهم يشترط الذكورة - فلا تصح ولاية الصغير ولا المجنون ولا المعتوه ولا فاقد التعبير عن الإرادة والوعي .

ب_ان يكون الولي متحداً في الدين مع المولى عليه ، وعليه لا تصح ولاية غير المسلم على المسلم ولا المسلم على غير المسلم وبالأخص في عقد الزواج .

وقاعدة اتحاد الدين لا تشمل القاضي[٣١] - الذي يُعد ولي من لا ولي له - لأن ولايته عامة وليست خاصة ، بيد أنه ليس له أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله ولا من فروعه .ولما كانت الولاية تثبت للأولياء الأقرب فالأقرب ، فإن القاضي يستطيع أن يفصل في قبول ولاية الأبعد إذا غاب أو فقد أو منع (عزل) الولي الأقرب ، وكانت هناك مصلحة للمخطوبة في عقد زواجها ، كالزوج الكفء ومهر المثل ويخشى فوات الفرصة المناسبة .هذا ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية لم يأخذ بالولاية على الكبيرة بل منع تدخل حتى الأب وعاقب الإكراه على الزواج أو منعه[٣٢] في المادة التاسعة التي صدرت بالتعديل الثاني من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ .

٢ـ اقسام الولاية

يقسم الفقهاء الولاية في عقد الزواج الى نوعين :

أـ ولاية اجبار : وفيها ينفرد الولي بانشاء عقد الزواج دون الرجوع الى احد ، واساس ثبوتها وجود العلة من صغر السن او الجنون او العته ، كتزويج الاب ابنه او ابنته الصغيرين ومن في حكمهما.

بـ ولاية ندب : وهي التي لا ينفرد فيها الولي بانشاء العقد بل يشترط مشاركة غيره في الرأي والتدبير كتزويج الاب ابنه او ابنته البالغين.

---

[٣١] د. محمد سماره ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨م، ص ٧٦.

[٣٢] محمد حسن كشكول و عباس السعدي، مصدر سابق، ص ٦٥.

٣- ترتيب الاولياء

أ- **العصبية النسبية** : وهو كل قريب ذكر لا تنفرد انثى بالتوسط بينه وبين قريبه. كالأبناء والاخوة والاعمام.

ب- **الاقارب** من غير العصبية النسبية، كأن يكونوا عصبة بالغير ام مع الغير او من ذوي الأرحام، وهو : الأم ، والجدات، والبنات، وبنات الابن او البنت، والجد للأم، والاخت الشقيقة او الاب، والأخوة لام، والاعمام والعمات لأم، والأخوال والخالات، وتثبت الولاية لهؤلاء على اساس الأقرب فالاقرب، فلا صلاحية لولي في ابرام العقد اذا كان هناك من هو اقرب منه للمعقود له ، فان عقد البعيد مع وجود القريب كان العقد موقوفا على اجازته.[٣٣]

تثبت الولاية عند الامامية للاب والجد من جهة الاب ثم للحاكم الشرعي دون غيرهم فلا تثبت للام او الاخ ، اما فقهاء الحنفية فتثبت الولاية عندهم الى كل قريب ذكر لا تنفرد او انثى بالتوسط بينه وبين قريبه هولاء هم : البنوة والابوة والاخوة والعمومة ، فتثبت للاقرب فالاقرب بحسب الترتيب الذي ذكرناه وقانون الاحوال الشخصية العراقي لم يأخذ بالولاية على الكبيرة بل منع تدخل حتى الاب ومنع الاكراه على الزواج وعاقب عليه اذ نصت المادة (٩) من قانون الاحوال الشخصية على ان " لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ، ذكراً كان ام انثى على الزواج دون رضاه" ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلاً اذا لم يتم الدخول كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج .[٣٤]

اضافة الى ذلك، اخذ المشرع العراقي بولاية الأم بموجب الفقرة (ثالثاً) من المادة (الخامسة) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في الاقليم بموجب المادة الخامسة من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من المجلس الوطني لكوردستان / العراق.[٣٥]

---

[٣٣] د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية و تعديلاته، الجزء الأول، شركة العاتك، مصر، القاهرة، ص ٦٤.

[٣٤] د.فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص ١٢٥وما بعدها.

[٣٥] اضفت الفقرة (٣) من المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في الاقليم بموجب المادة الخامسة من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر المجلس الوطني لكوردستان – العراق.

المبحث الثاني

حكم تزويج الاولياء و حضور الولي في عقد الزواج

سنتناول في هذا المبحث حكم تزويج الاولياء في الشريعة الاسلامية و القانون في المطلب الأول، و في المطلب الثاني نتحدث عن موقف القانون في تزويج الاولياء، وفي المطلب الثالث نتعرض لحكم حضور الولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون.

المطلب الأول

أحكام تزويج الأولياء في الشريعة الاسلامية والقانون

ان الولاية شرعت للنظر في مصالح المولى عليه ، وإن الشارع قد أثبت هذه الولاية في الأصل للأقارب نظراً للشفقة الباعثة على رعاية مصالح ذويهم. ولما كان عنصرا الشفقة والحرص على المصلحة يختلفان من ولي الى آخر حسب درجة قرابته من المولى عليه وتبعاً لتفاوت رأي الولي كمالاً وقصوراً ، فقد إختلفت أحكام الزواج تبعاً لإختلاف الولي الذي تولاه. فقد يكون لازماً ، وقد يكون غير لازم، كما قد يكون غير صحيح أحياناً. لهذا قسم الفقهاء الأولياء في هذا الخصوص الى قسمين:

الأول: الأب والجد والإبن ، وهم بصورة عامة الأصول والفروع.

والثاني: من عداهم ، الأخ والعم وغيرهم من الأقارب ولو كانت الأم.[٣٦]

فإن كان الولي من النوع الأول ، ولم يعرف بسوء الاختيار، انعقد عقده صحيحاً نافذاً لازماً لا يثبت معه خيار فسخ للمولى عليه عند زوال سبب الولاية عليه. فلا خيار بلوغ بالنسبة للصغير ، ولا يثبت خيار إفاقة بالنسبة للمجنون ، سواء كان الزواج من كفء وبمهر المثل أم لم يكن. وذلك لان وفور شفقة هؤلاء الأولياء وعدم اشتهارهم بما يتنافى مع حسن الرأي ، ورعاية المصلحة ، جعل تزويجهم غير مقيد بأي قيد. أما إذا كان الولي من النوع الأول معروفاً قبل العقد بسوء الإختيار، فإن زوج بالكفء والمهر المناسب لزم العقد ، وان كان بغيرهما لم يصح العقد ، وقيل انه صحيح غير لازم. وهناك من ذهب الى ان العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً على إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته سواء كان بالكفء ومهر المثل أو بغيرهما. وان كان الولي المزوج من النوع الثاني ، كالأخ أو العم ، فإن الزواج لا يصح الا بكفء وبمهر المثل. ذلك لان نقص الشفقة في هؤلاء إقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ولو كان المزوج الأم ، لأنها وان كانت موفورة الشفقة الى أقصى حد ، فإن تدبيرها غير كامل. فإذا كان

---

[٣٦] د.مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن-دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص ١٤٣.

الزواج من كفء وبمهر المثل ، كان صحيحاً نافذاً ، لكنه غير لازم، فللمولى عليه الخيار في إمضاء هذا العقد أو فسخه متى زال عنه سبب الولاية عليه. وهناك من يرى بأنه لو زوج الصغيرة غير الأب والجد وقف على رضاها عند البلوغ ، وكذا الصغير.[٣٧]

وقبل ان ننتقل الى بيان موقف القانون من تزويج الأولياء ، لابد من الإشارة الى مسألة إنتقال الولاية. فكما هو معروف ان ولاية الزواج تثبت للولي الأقرب فالأقرب ، فليس للبعيد مع وجود القريب صلاحية عقد العقد ، فإن فعل كان موقوفاً على إجازة الولي القريب. ولكن قد يوجد ما ينقل هذه الولاية من الولي القريب الى الولي البعيد ، كما لو غاب الولي القريب غيبة يخشى منها فوات الكفء إذا انتظر حضوره. فقد قال الفقهاء ، بإنتقال الولاية في مثل هذه الحالة الى من يليه في المرتبة من الأولياء ، ويكون عقده نافذاً ، وليس للولي الغائب إذا عاد بعد ذلك الحق في الإعتراض ، لأن ولاية التزويج صارت حقاً لمن يليه ، وأعتبر الغائب كالمعدوم. كذلك إذا عزل الولي القريب من تحت ولايته عن الزواج من الكفء وبمهر المثل دونما سبب معقول ، إنتقلت الولاية عنه الى الولي الأبعد ، وهو القاضي دون غيره، وذلك لان العزل مادام بغير حق فهو ظلم يجب رفعه. والقاضي دون غيره ، هو المكلف برفع المظالم عن الناس. ويجدر التنبيه هنا، الى ان ولاية القاضي التي يتولاها باعتباره ولي الزواج ومرتبته آخر المراتب يثبت فيها خيار البلوغ أو الإفاقة. أما ما يتولاه القاضي من عقود رفعاً لظلم إمتناع الولي عن التزويج من غير مبرر شرعي، فهنا تتبع قوة ولايته ولاية الولي العازل. فإن كان الممتنع الأب أو الجد أو الإبن لم يكن للمولى الفسخ عند زوال سبب الولاية عليه ، وان كان العازل غير هؤلاء فللمولى الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة.[٣٨]

وما ذهب اليه هؤلاء القضاة وارد بشان الفسخ لا التفريق، فالتفريق يرد على عقد صحيح اما الفسخ فانه يحصل لخلل مقارن او طارئ على العقد اما اذا كان الولي هو الأب، وايد هذا الرأي بقرار صادر من محكمة تمييز اقليم كوردستان (ان ابرام عقد زواج المدعية عندما كانت صغيرة السن وعن طريق والدها بصفة الولي المجبر صحيح شرعا فلا يجوز فسخه بحجة انها كانت صغيرة السن ولها ان تتخذ سبل قانونية اخرى).[٣٩] ونرى ان نص المادة التاسعة من قانون الاحوال الشخصية ورد

---

[٣٧] ساهرة حسين كاظم آل ربيعة، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، بحث نشر على الموقع الالكتروني https://almerja.net/ في ٢٠١٦/٢/٢

[٣٨] د.مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق،ص ١٥٦.

[٣٩] من كتاب القاضي صباح حسن رشيد، الجزء الثاني، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان / قسم الاحوال الشخصية، العدد ٨٣٠/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٧ المؤرخ ٢٠١٧/١٢/٤

مطلقا في غير النظر الى الولي، كذلك فان ابرام عقد من لم يكمل الثالثة عشرة من العمر يجب ان يكون بموافقة القاضي.[٤٠]

المطلب الثاني
موقف القانون من تزويج الأولياء

بالنظر لخطورة الزواج لسريان آثاره على الإنسان في مدى الحياة وعلى أولاده ، ومدى تبعاته الجسام. فقد قيدت أغلب قوانين الأحوال الشخصية الزواج بسن معينة. في العراق والاقليم اكمال الثامنة عشرة من العمر، وفي مصر ، صدر سنة ١٩٢٣ قانون تحديد سن الزواج ذي الرقم ٥٦، الذي يقضي بمنع الموثقين من توثيق عقد الزواج إذا ثبت لديهم إن سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، أو إن سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة ، كما منع القضاة من سماع دعوى الزوجية وما يتعلق بها إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت انشاء العقد دون هذه السن المحددة. ثم عدل هذا القانون سنة ١٩٣١، بأن قصر المنع من سماع الدعوى على حالة ما إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة وقت التقاضي، وذلك تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية.[٤١]

وتناول المشرع السوري ، موضوع الولاية في الزواج وما يتعلق بها في الفصل الثاني والثالث والرابع من قانون الأحوال الشخصية. حيث نص في المادة (١٥) منه على إن: (للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية ان زواجه يفيد في شفائه). ونص في المادة (١٨) على إنه: (١-إذا إدعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما. ٢- إذا كان الولي هو الأب أو الجد أشترطت موافقته). كما نص في المادة (٢٠) على إن: (الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار ياذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة).

وجاء في المادة (٢٧): (إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح). يتضح من هذه النصوص المتقدمة ، ان القانون السوري يشترط في زواج المولى عليه ان كان مجنوناً أو معتوهاً الحصول على إذن القاضي لتقدير ضرورة إجراء مثل هذا العقد ، على إن يكون إذن القاضي مقيدا برأي فني من هيئة أطباء مختصين يقررون فيما إذا

---

[٤٠] المصدر نفسه، ص ١٢٣.

[٤١] قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الملغي.

كان في زواج هذا المريض عقلياً فائدة في شفائه أم لا. أما إذا كان المولى عليه مراهقاً قد أكمل الخامسة عشرة من العمر ، وبالنسبة للمراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة من العمر ، فقد إشترط القانون في هذا الزواج إذن القاضي أيضاً وللحصول على هذا الإذن لابد من تحقق أمرين: الأول ، ان يتحقق القاضي من البلوغ وان الحالة الصحية والجسمية لطالبي الزواج تسمح بذلك. والثاني موافقة الولي إن كان أباً أو جداً.[٤٢]

فإذا أكمل المراهق تمام الثامنة عشرة من العمر أصبحت له الأهلية الكاملة للزواج. وبالنسبة للفتاة إذا أتمت السابعة عشرة من العمر ورغبت في الزواج أن تطلب من القاضي الإذن لها بذلك وعلى القاضي في هذه الحالة أن يطلب من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فإذا إنقضت المدة ولم يعترض الولي خلالها أو كان إعتراضه لا يستند الى مبرر شرعي معقول أجرى عقد الزواج على إن يتوافر في الزواج شرط الكفاءة. ومع ذلك فقد أجازت المادة (٢٧) للفتاة الكبيرة ان تزوج نفسها من غير موافقة الولي، ولكن العقد لا يكون لازماً في هذه الحالة إلا إذا كان الزوج كفؤاً، فإن لم يكن الزوج كذلك، كان لولي الفتاة طلب فسخ النكاح. وقد سار المشرع الأردني على منوال نظيره السوري فيما يتعلق بتزويج المولى عليه للجنون أو العته فإشترط الحصول على إذن القاضي لإجراء مثل هذا العقد ، إذا ثبت بتقرير طبي ان في زواجه مصلحة له.

وهو ما نصت عليه المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها: (للقاضي ان يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي ان في زواجه مصلحة له). كذلك منع المشرع الأردني زواج الصغير أو الصغيرة حيث إشترط في أهلية الزواج ان يكون كل من الزوجين بالغين عاقلين ، فنص في المادة (٥) من قانون الأحوال الشخصية على إنه: (يشترط في أهلية الزواج ان يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وان يتم الخاطب السادسة عشرة وان تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر). كما إشترط المشرع الأردني في تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها رضا وليها ، فإن إمتنع الولي من غير الأب أو الجد من تزويجها بلا سبب مشروع أعتبر عازلا ، وللقاضي حينئذ أن يتولى العقد رفعاً للظلم. أما إذا كان العزل من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلب الزواج إلا إذا كانت المولى عليها قد أتمت الثامنة عشرة من العمر وكان العزل بلا سبب مشروع. وعلى ذلك نصت المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها: (أ- للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفوء في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب

[٤٢] د.جمعة محمد براج، الولي في عقد الزواج، جامعة كويت، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة كويت- مجلة الشريعة والدراسات الأسلامية، ٢٠١٧، ص٩٧.

مشروع. ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع).[٤٣]

وقد أجازت المادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني للمرأة العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً ، تزويج نفسها من غير رضا وليها ، إذا كانت شيباً. أما إذا كانت بكراً فقد أجازت المادة (٢٢) من القانون نفسه للمرأة العاقلة البالغة من العمر ثمانية عشر عاماً ، تزويج نفسها دون حاجة الى إذن وليها، ولكن بشرط الكفاءة في العقد. فإن زوجت نفسها من غير كفء ، كان لوليها طلب فسخ النكاح. وقد قيد القانون طلب الفسخ بعدم حمل الزوجة ، فإن حملت فلا مجال لطلب الفسخ حفاظاً على الولد. حيث جاء في المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، ما نصه: (للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج). أما بالنسبة للقانون التونسي ، فقد إشترط في زواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني. سواء كان ذكراً أم أنثى الحصول على موافقة الولي، فإن إمتنع الولي عن هذه الموافقة لزم رفع الأمر الى القاضي. فإن بلغ المولى عليه تمام العشرين سنة فلا تكون ثمة ولاية تزويج عليه، وله أن يتولى زواجه بنفسه ، وهو ما أشار إليه الفصل (٩) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. ويلتقي القانون المغربي في بعض وجوهه مع القانون التونسي، فلا زواج قبل الخامسة عشرة للفتاة ، والثامنة عشرة للفتى. وبعد بلوغ هذه السن تكون الولاية للولي، ذكراً كان المولى عليه أم أنثى، حتى يبلغ الرشد ، فإن إمتنع الولي عن التزويج رفع الأمر الى القاضي. وبعد بلوغ الرشد تكون للفتى ولاية تزويج نفسه، وتكون الولاية الإختيارية على الفتاة.[٤٤]

وقد نصت على ذلك المواد (٨-١٢) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، حيث جاء في الفصل (٨) منها ما نصه: (تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة فإن خيف العنت رفع الأمر الى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر). وجاء في الفصل الذي يليه ما يأتي: (الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة الولي فإن إمتنع عن الموافقة وتمسك كل برغبته رفع الأمر الى القاضي). ونص الفصل (٤/١٢) من المدونة على إنه: (لا يسوغ للولي ولو أباً أن يجبر إبنته البالغة ولو بكراً على النكاح إلا بإذنها ورضاها). وقد تعرض المشرع المغربي للكفاءة في الزواج فنص في الفصل (١٤) من المدونة على إن: (أ- الكفاءة المشترطة في لزوم الزواج حق خاص بالمرأة والولي. ب- الكفاءة تراعى حين العقد ويرجع في تفسيرها الى العرف). والملاحظ على هذا النص، ان الكفاءة تثبت بالإشتراط، وأثرها أن تجعل العقد غير لازم بالنسبة للزوجة والولي إن تخلفت. وتفيد الفقرة الثانية منه، إن العبرة في الكفاءة بالعرف السائد في البلد. ويتفق قانوننا للأحوال الشخصية مع الإتجاه العام

---

[٤٣] سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الأسلامية والقانون، بحث الماجيستير، ٢٠١٨، ص ٨٨.
[٤٤] سعود الساسي، المصدر السابق، ص ٨٩.

لأكثر تشريعات الدول العربية، برفع سن الزواج، نظراً لما يتطلبه هذا العقد من إستعداد وأهلية. فنص المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية. على إنه: (١- يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة). وبموجب هذا النص لابد لمريد الزواج أن يكون قد أتم الثامنة عشرة من العمر، فإن أتم هذه السن غير مصاب بعاهة عقلية، كان له مباشرة عقد زواجه بنفسه وان كان أنثى، أخذاً بما ذهب إليه الحنفية ، من إعتبار الفتاة البالغة العاقلة كاملة الأهلية بتزويج نفسها. ومع هذا فقد أجاز المشرع العراقي لمن أكمل السادسة عشرة من العمر طلب الزواج، وللقاضي أن يجيبه الى ذلك بشرطين: ١- أن يتحقق القاضي من البلوغ وإن الحالة الصحية والبدنية لطالب الزواج تسمح بذلك. ٢- موافقة الولي الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب إليه القاضي الموافقة خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض خلال هذه المدة، أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار، اذن القاضي بإجراء العقد.[٤٥] أما بالنسبة لزواج المولى عليه بسبب المرض العقلي فقد أجاز المشرع العراقي للقاضي ان يأذن له بالزواج إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

الأول – أن يثبت بتقرير طبي إن زواجه لا يضر بالمجتمع.[٤٦]

والثاني – أن يكون الزواج في مصلحة المصاب عقلياً، فإن كان فيه ضرر عليه، كإن تعتل صحته أو تستغل ثروته فلا يؤذن له بالزواج.

والثالث– أن يكون الطرف الآخر عالماً بحالة المصاب موافقاً على الزواج منه موافقة صريحة. وجدير بالذكر إن الشروط المذكورة في جميع قوانين الأحوال الشخصية العربية، وبضمنها القانون العراقي النافذ في الاقليم، هي شروط تنظيمية وليست شروطاً لإنعقاد الزواج، لأن الشريعة الإسلامية أجازت زواج الصغير والصغيرة إذا توافرت شروطه، وتلك القوانين لم تخالف هذه الشريعة الغراء، غير إنه في بعض الحالات إذا تخلف شرط السن يجوز لمن عمره دون السن المشترطة حق فسخ العقد.[٤٧]

وقد سار القضاء في العراق على ما هو سائد في الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، حيث قضت محكمة التمييز بأن: (الفقه الإسلامي أقر صحة عقد النكاح الجاري من الولي الإجباري للبنت القاصرة ولم يرد نص صريح في قانون الأحوال الشخصية يمنع ذلك).[٤٨]

كذلك قضت بأنه: (إذا زوج الأب إبنته الصغيرة صح الزواج ونفذ ولزم وليس للزوجة خيار الفسخ عند البلوغ). أما إذا كان المزوج غير الأب، فقد قضت محكمة التمييز بأنه: (إذا زوج الصغيرة الولي غير الأب فلها أن تختار نفسها عند البلوغ).

---

[٤٥] المادة الثامنة الفقرة (١) من قانون الاحوال الشخصية النافذ في اقليم كوردستان –العراق.

[٤٦] المادة السابعة الفقرة (٢) من قانون الاحوال الشخصية النافذ في اقليم كوردستان – العراق

[٤٧] د. على عبدالعالي الأسدي، المرجع الجامع في الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢٠، ص ١٠٦.

[٤٨] سعود الساسي، المصدر السابق، ص ٨٩.

ويسقط خيار البلوغ أو الإفاقة بالنسبة للمرأة الثيب والرجل، بكل ما يدل على الرضا بالزواج من قول أو فعل بعد البلوغ أو الإفاقة، كطلب الزفاف أو تسلم النفقة. أما البكر فإن كانت تعلم بالزواج وسكتت ولم تطلب الفسخ فور بلوغها أو إفاقتها، كان ذلك دلالة على رضاها بالزواج وليس لها بعد ذلك خيار. أما إذا كانت لا تعلم بالزواج فإن إختيارها لا يبطل ما دامت لا تعلم فإن علمت بعد ذلك وسكتت فور علمها سقط حقها. وقد قضت محكمة التمييز في هذا الخصوص، بأن: (الدخول واستمرار الحياة الزوجية مدة أكثر من سنتين يعتبر موافقة من الزوجة على عقد الزواج وإسقاط لخيارها بالتفريق بموجب الفقرة ٣ من المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية).[٤٩]

[٤٩] د.احمد الكبيسي، المصدر السابق، ص ١٨٨.

المطلب الثالث

حكم حضور الولي لعقد الزواج في الشريعة والقانون

إن عقد الزواج من العقود المسماة التي خصها الشارع الحكيم وبين أركانها وشروطها وحدد الحقوق والواجبات المترتبة عليها ، فالزواج عقد من نوع خاص ، ونظرا لأهميته وخطورته في الحياة فإنه يلزم لتمام عقد الزواج أن يتبادل الزوجان التعبير عن إرادتين متطابقتين ويتحقق ذلك بإيجاب يتضمن عرضا من أحد الزوجين ، وقبول من جانب الزوج الآخر يفيد الموافقة على العرض وعندئذ يلزم تطابق الإيجاب والقبول ويتم العقد باقتران التعبيرين . فالإيجاب ، هو التعبير المبين لإرادة أحد العاقدين معلناً فيه رغبته في ايجاد الرابطة الزوجية . والقبول ، عبارة تصدر من العاقد الثاني للتدليل على رضاه وموافقته بما أوجبه الطرف الأخر ، وباجتماع الإرادتين على إيجاد المعنى المقصود يتحقق العقد . ولا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب الزوج أو الزوجة ، فإذا قال الرجل للمرأة ، تزوجتك . فقالت المرأة قبلت . كان الرجل موجباً والمرأة قابلة . ويمكن أن تقول المرأة للرجل ، زوجتك نفسي أو وليها أو وكيلها يقول زوجتك فلانة . . . فقال الرجل قبلت ، كانت المرأة موجبة والرجل قابلا أو كما يقول وكيل الزوجة زوجت نفس موكلتي فلانة بنت فلان إلى نفس موكلك فلان ابن فلان ، ويقول وكيل الزوج قبلت تزويج نفس موكلتك فلانة بنت فلان من نفس موكلي فلان بن فلان ، وقس على ذلك .[٥٠]

الأصل في عقد الزواج أن يقع بألفاظ صحيحة دالة على المقصود كغيره من العقود ، فينعقد الزواج بالإيجاب والقبول ويجب أن يكون لفظهما بصيغة الماضي أو أحدهما للماضي والثاني للمضارع الدال على الحال . وعند الجعفرية ينبغي أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الماضي فقط ، على الأرجح . وتطبيقا لذلك نصت المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال) . وينعقد بألفاظ صريحة تدل على الزواج والنكاح كما ينعقد بأية لغة كانت ما دام كل من الزوجين والشهود يعرف أن المراد بذلك عقد الزواج . بعد أن فرغنا من دراسة الإيجاب والقبول علينا أن نبحث في نقطة التقاء الإرادتين وذلك عندما يكون الزوجان (العاقدان) في مجلس واحد أي مجلس العقد وعلى اتصال مباشر. ولا توجد فترة تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به . وقد يتحقق ذلك على الرغم من اختلاف مكان كل من العاقدين (الزوجين) وأساليب التعبير عن الإرادة كثيرة منها، الاذن وفق المادة ٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل، تنص على حكم الولي في عقد الزواج في هذه الحالة

---

[٥٠] د.احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ١٨٨ و ١٨٩.

: ١- اذا طلب من اكمل السادسة عشرة 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 اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج . ٢- للقاضي ان ياذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجد ضرورة قصوى تدعو الى ذلك, ويشترط لاعطاء الاذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية.[٥١]

اما في الشريعة الاسلامية، يقول النبي ﷺ: ﴿ لا نكاح إلا بولي[٥٢] ليس لأحد أن يعقد على امرأة بدون وليها لا صغيرة ولا كبيرة لا نكاح إلا بولي﴾ يقول ﷺ:﴿ لا تزوج المرأة نفسها، ولا تزوج غيرها ليست محرمًا لنفسها ولا لغيرها، وعليها أن تطلب من وليها أن يزوجها أو يوكل إذا كان له شغل أو بعيد يوكل من يقوم مقامه﴾.

ووليها أقرب الناس إليها من العصبة أبوها ثم جدها وإن علا، ثم ابنها وابنه وإن نزلوا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب.. وهكذا الأقرب فالأقرب، فأقربهم وأقدمهم الأب، ثم الجد وإن علا، ثم بعد هذا إذا فقد الأب والجد يكون الابن القريب، ثم بعده ابن الابن.. وهكذا.

وليس لها أن تزوج نفسها، وليس للأبعد أن يزوج مع وجود الأقرب، وإذا كان للأقرب عذر وكل من يقوم مقامه، فإن لم يتيسر بأن كان محله بعيد ولم يقدر عليه زوج الذي يليه، زوج القريب الذي يليه زوج موليته.

تعد مسألة عدم مشورة ولي الأمر في عقد الزواج هو أكثر شيء جدلا سواء في القوانين أو التشريعات الفقهية.. فهل يجوز الزواج بدون الولي على الإطلاق أم أن هناك استثناءات؟ وما هي الحالات الخاصة التي يجوز فيها ذلك؟، وما رأي الدين فيها ؟، وكيف ينسب الأطفال في حال أن تم الزواج بدون ولي؟

ذهبت آراء جُمهور الفقهاء في أمر تزويج الفتاة نفسها بغير إذن ولي إلى مذهبين

المُمانعون : وهم من قالوا بأن الولي شرط في صحة عقد الزواج للبكر باتفاق العلماء، لا يصح الزواج بدونه، وقد اتفق العلماء على ذلك في زواج البكر، وقال جمهورهم بذلك في حق الثيب، وذلك استناداً الى الحديث الشريف الذي رواه أحمد وأبو داوود وابن ماجه عن الرسول ﷺ:﴿أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل﴾.

---

[٥١] د.احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ١٨٩.

[٥٢] عن أبي موسى رَضِيَ اللهُ عنه، أنَّ النبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم قال : ﴿ ا نِكاحَ إلَّا بوَليّ﴾ أخرجه البخاري (٥١٣٠).

المُجِيزون :يرى الفقيه أبي حنيفة النعمان أن المرأة إذا زوجت نفسها زوجاً كفؤاً بشاهدين فذلك نكاح جائز، وفسّر القائلون بمذهب الزهري وأبي حنيفة والشعبي قول الرسول ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»؛ أي على الكمال لا على الوجوب، كما قال عليه الصلاة والسلام في حديث آخر: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»، على افتراض أن الحديث صحيح.

وقال الإمام النووي في كتاب المهذّب: أنّ عقد النكاح بغير ولي به حكمان :-

أحدهما أنه يُنقض حكمه لأنه مخالف لنص الخبر.

والثاني أنه لا ينقض وهو الصحيح لأنه مختلف فيه.[٥٣]

وقد لخَّص الإمام النووي في شرحه لصحيح مسلم حكم النِّكاح الذي لا يتولاه الولي فقال: إن العلماء اختلفوا في اشتراط الولي في صحة النكاح، فقال مالك والشافعي: يشترط، ولا يصح نكاح إلا بولِي، وقال أبو حنيفة: لا يُشترط في الثَّيِّب ولا في البِكْر البالغة، بل لها أن تُزوِّج نفسها بغير إذن وَلِيِّها. وقال أبو ثور: يجوز أن تزوّج نفسها بإذن وَلِيِّها، ولا يجوز بغير إذنه.[٥٤]

---

[٥٣] محمد محي الدين عبد الحميد , الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية , المكتبة العلمية , بيروت , ٢٠٠٧ م ، ص ٤٨.

[٥٤] د. على عبدالعالي الأسدي، مصدر سابق، ص ١٠٩.

الخاتمة

وختاماً لبحثنا تحت عنوان (**الولاية في عقد الزواج في قانون الاحوال الشخصية العراقي الرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل –دراسة مقارنة-**) المتواضع هذا اصبح لزاماً علينا، بيان ما توصلنا اليه من خلاله باسطر بسيطة بعد ان حاولنا فيه الوقوف على كل النقاط التي اثارت صعوبة أو جدلاً فقهياً وعرض الاراء الفقهية التي عالجتها بامانة علمية وباسلوب الوصفي و تحليلي بمواد القانون – كما قدمنا ذلك- كما حاولنا الاحاطة بجميع النصوص التشريعية المتعلقة بالموضوع ولقلة المصادر الخوض في الموضوع، كما حاولنا الاجابة على التساؤلات التي اثيرت في نهاية هذا البحث فقد توصلنا الى مجموعة من الأستنتاجات و المقترحات، نلخصها في عدة نقاط، كما يأتي :

أولا : الأستنتاجات

١- الولي كل من له الحق شرعا ان يتولي عقد النكاح ولا يدعم وليته تستبد بهذا العقد دونه.

٢- لايصح النكاح الا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ، فان فعلت فالنكاح باطل لتوافر الأدلة على النهي.

٣- الزواج عقد شرعه الإسلام ورغب فيه لغاية عظمى هي الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج وجعل له أركاناً، قال تعالي «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة» صدق الله العظيم، سورة الروم، الاية ٢١.

٤- وهذه الأركان هي الولي والمحل والإيجاب والقبول كما نصت على ذلك المادة ٤ من قانون الأحوال الشخصية على «أركان عقد الزواج ١- العاقدان الزوج والولي. ٢- المحل. ٣- الإيجاب القبول.

٥- بعد بحثي في محاكم اقليم كوردستان وعمل احصاء عن حول زواج اقل من سن ١٨ من العمر تبين وجود ابرام عقد الزواج في سن اقل من ١٨ سنة اكثر في محاكم الاطراف.

ثانيا : المقترحات

- نقترح على المشرع بتعديل قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل باضافة مواد خاصة باحكام ما يتعلق بالولاية في عقد الزواج.

قائمة مصادر والمراجع

*** القرآن الكريم**

أولاً// الكتب القانونية

١. د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية و تعديلاته، الجزء الأول، شركة العاتك، مصر، القاهرة.

٢. د.احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء والقانون، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٠.

٣. سالم روضان الموسوي ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية التي القاها على طلبة المرحلة الاولى للمعهد القضائي بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٧.

٤. د.فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (التعديلات الخاصة باقليم كوردستان)، ط٣، المكتبة يادكار للكتب القانونية، السليمانية، ٢٠١٩.

٥. د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، القسم الثاني ((الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد))، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦ م.

٦. د. عبد المجيد محمود مطلوب , الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (الزواج – فرق الزواج – حقوق الأولاد والأقارب) ، دراسة مقارنة فقها وقضاء ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٤م.

٧. د. على عبدالعالي الأسدي، المرجع الجامع في الأحوال الشخصية، مكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢٠.

٨. د.عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطبعة الأولى، حلب، دار النهضة للنشر والطبع،٢٠٠٩.

٩. د.مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن-دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠١١.

١٠. محمد حسن كشكول و عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته دراسة مقارنة، فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.

١١. محمد محي الدين عبد الحميد , الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية , المكتبة العلمية , بيروت , ٢٠٠٧ م .

١٢. د. محمد سماره ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨م .

ثانيا// القواميس

- لسان العرب المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ عدد الأجزاء: ١٥.

ثالثا// البحوث والرسائل

- د.جمعة محمد براج، الولي في عقد الزواج، جامعة كويت، بحث مقدم الى جامعة كويت- مجلة الشريعة والدراسات الأسلامية، ماجيستير، ٢٠١٧.
- سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الأسلامية والقانون، بحث الماجيستير، ٢٠١٨.

رابعا// المواقع الالكترونية

- ساهرة حسين كاظم آل ربيعة، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، بحث نشر على الموقع الالكتروني https://almerja.net/ في ٢٠١٦/٢/٢
- القاضي سالم روضان الموسوي، قانون الأحوال الشخصية النافذ والحاجة إلى تعديله، نشرت المقالة على الويب في ٢٠٠٨/٥/٢٦.

خامسا// الاحكام القضائية

- المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان / قسم الاحوال الشخصي، العدد ٨٣٠/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٧ المؤرخ ٢٠١٧/١٢/٤، من كتاب القاضي صباح حسن رشيد ، الجزء الثاني.

سادسا// القوانين

- قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م المعدل .
- قانون التطبيق تعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ في اقليم كوردستان / العراق.
- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة (١٩٥٣).

الفهرست

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	**١**
المبحث التمهيدي **مفهوم عقد الزواج شروطه واركانه**	٣
المطلب الأول تعريف عقد الزواج	٣
المطلب الثاني أركان و شروط عقد الزواج	٦
المبحث الأول **الولاية في القانون والشريعة الاسلامية**	١٢
المطلب الأول تعريف الولاية في الشريعة والقانون	١٢
المطلب الثاني انواع الولاية في الشريعة و القانون	١٥
المبحث الثاني **حكم تزويج الاولياء و حضور الولي في عقد الزواج**	١٨
المطلب الأول أحكام تزويج الأولياء في الشريعة الاسلامية والقانون	١٨
المطلب الثاني حكم حضور الولي لعقد الزواج في الشريعة والقانون	٢٠
الخاتمة	**٢٥**
قائمة المصادر والمراجع	٣٠