المبحث الثاني

الولاية والوكالة والكفاءة في عقد الزواج

سنفرد هذا المبحث للكلام عن الولاية والوكالة والكفاءة في عقد الزواج كلاً في مطلب مستقل.

المطلب الاول

الولاية في الزواج

ان بحث الولاية في الزواج وتسليط الضوء على صلاحيات وسلطات الولي يستلزم تعريف الولاية وتحديد معناها ومعرفة شروط الولي ومواصفاته ليكون منطلقًا لدراسة احكام تزويج الاولياء.

الفرع الاول

تعريف الولاية في الزواج

الولاية هي قدرة الشخص شرعاً على انشاء العقود والتصرفات النافذة على نفسه او ماله او على نفس الغير او ماله [107]. والولاية نوعان هما: الولاية القاصرة: وهي قدرة الشخص على انشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه، والولاية المتعدية: وهي قدرة الشخص على انشاء التصرف الصحيح النافذ على غيره.

وتنقسم الولاية المتعدية على نوعين هما: الولاية على المال وهي القدرة على انشاء العقود والتصرفات المالية النافذة بحق الغير، والولاية على النفس

[107] د.عبد الكريم زيدان،مرجع سابق،ص٣٣٩.

Scanned by CamScanner

وهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه [108].

ويتركز بحثنا على الولاية على النفس وهي تنقسم ايضاً على نوعين هما: ولاية اجبار، وولاية ندب.

فولاية الاجبار تجعل للولي القدرة على الانفراد برايه في تزويج من تحت ولايته كالصغير والمجنون من غير حاجة الى اختياره ورضاه، ويكون العقد نافذا وملزماً للصغير عند بلوغه ودون ان يكون له حق الرفض او الاعتراض [109].

اما ولاية الندب او الاستحباب فهي تثبت للولي على المولى عليه على وجه الندب وليس على وجه الاجبار، من مثل الحق في تزويج المرأة العاقلة البالغة، فالولي لا يستطيع اجبارها على الزواج بل لابد ان يستحصل موافقتها ورضاها على الشخص الذي يريد ان يزوجها به. [110]

وقد بينا عند حديثنا عن شروط الصحة في عقد الزواج اراء فقهاء المسلمين في اشتراط الولاية في الزواج فلا نكرر ما ذكرناه سابقاً. اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فلم ينظم الولاية في عقد الزواج من حيث تعريف الولي او شروطه، او استلزام موافقته على ابرام عقد الزواج الا في زواج من اكمل الخامسة عشرة من عمره وعلى نحو محدود اذ بينا سابقاً ان القاضي يستطيع ان يمنح الاذن بالزواج حتى في حالة رفض الولي اذا كان اعتراضه لاسباب غير

---

(108) د. أحمد بخيت الغزالي و د. عبد الحليم محمد منصور ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص٤٦٨، د. عبد العزيز رمضان سمك ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، القاهرة ، ٢٠٠٦ م ، ص١٣١.

(109) د.عبد الكريم زيدان،مرجع سابق،ص٣٤٥، د.عبلة عبد العزيز عامر ، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠،ص ٦٨.

(110) د.فاروق عبد الله كريم،مرجع سابق،ص٨٧.

Scanned by CamScanner

جديرة بالاعتبار، اما الولاية على المرأة العاقلة البالغة فلم يأخذ المشرع العراقي بها، واعطاها الحق في تزويج نفسها بنفسها، بل منع تدخل حتى الاب وعاقب على الاكراه على الزواج.[111]

اولاً-شروط الولي

يشترط في الولي ما ياتي:

١-ان يكون بالغاً عاقلاً اي كامل الاهلية، فلا ولاية للمجنون او المعتوه وفاقد الوعي لمرض او شيخوخة على غيره، كما لا ولاية للصبي ولو كان مميزاً لانه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره من باب أولى.[112]

٢-اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، لقول الله تعالى في كتابه العزيز:((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً))[113] لان الولاية تبنى على الميراث هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان الولاية هي نوع من السيادة ولا يجوز ان يكون للكافر سيادة على المسلم لما في ذلك من اذلال لهذا الأخير.[114]

ثانيا-ترتيب الاولياء

يقصد بترتيب الاولياء ذكر من له الاولوية في الولاية على غيره سواء عند الانفراد او الاجتماع.

---

[111] انظر المواد (٨) و (٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

[112] منذر عبد العزيز الشمالي ، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،٢٠٠٦ ، ص ١٩٧.

[113] سورة النساء الآية (١٤١).

[114] السيد سابق ، فقه السنة ، ج٢، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، بلا سنة الطبع ، ص١٩٧.

Scanned by CamScanner

قال فقهاء الامامية تثبت الولاية للأب والجد للأب، واذا لم يكن للمرأة أب او جد من جهة الاب انتقلت الولاية الى الحاكم الشرعي، واذا اختار الأب شخصاً واختار الجد شخصاً غيره قدم اختيار الجد على اختيار الاب [115].

وقال فقهاء الحنفية بان الولاية تثبت للاقارب من العصبة النسبية وهم اربعة اصناف:

١- البنوة ويراد منها الابن وابن الابن وان نزل

٢- الابوة ويراد منها الاب واب الاب وان علا

٣- الأخوة ويراد منها الاخ وابن الاخ وان نزل لابوين كانا او لاب

٤- العمومة ويراد منها العم وابن العم وان نزل لابوين او لاب.

ومما تقدم نجد انهم قدموا البنوة فولاية الابن اولا ثم تأتي الابوة بعدها اي ولاية الاب والجد ثم الاخوة الاخ الشقيق والأخ للأب ثم العمومة. [116]

الفرع الثاني

احكام تزويج الاولياء

ينبغي قبل الدخول في تصرفات الاولياء في ابرام عقد الزواج وبيان حكم كل منها ان نلاحظ هذين الامرين:

الأول: ان الشارع المقدس قد جعل الولاية على الصغير ومن في حكمه قصداً لمصلحته فلا بد ان يكون التصرف نافعاً له محققاً لهذه المصلحة او على الاقل ان لا يكون ظاهر الضرر عليه.

---

[115] مهذب الاحكام للسيد السبزواري،مرجع سابق،ص٣٠٢ ومابعدها.

[116] د.عبد الكريم زيدان،مرجع سابق،ص٣٦٣.

Scanned by CamScanner

الثاني: ان الاب والجد اوفر اقارب الصغير شفقة عليه واكثرهم عناية بما فيه الخير له، ولهذا لايكونا عادة موضع التهمة ويقبل منهما من التصرفات ما لا يقبل من سائر الاولياء غيرهم.

ولو رجعنا الى احكام الفقه الاسلامي نجد ان فقهاء الامامية قالوا اذا زوج الولي الصغيرة بدون مهر المثل،او زوج الصغير باكثر منه،فمع المصلحة في ذلك يصح العقد والمهر، ولايحق للصغير او الصغيرة اذا ما بلغا ان يفسخا العقد اما اذا تبين ان هذا الزواج ليس فيه مصلحة فان العقد يكون موقوفاً اذا كان للصغير مال حيث يكون المهر عليه واما اذا لم يكن له مال فان المهر يكون عندئذ من الأب فلا مجال للحكم بالوقف لعدم ترتب أي ضرر عليه.[117]

اما فقهاء الحنفية فذهبوا الى ان الاب او الجد اذا زوجا الصغير او الصغيرة وكانا معروفين بحسن التصرف، فان عقدهما صحيح نافذ ولازم حتى ولو كان بغير كفء او بأقل من مهر المثل، لانتفاء تهمة الاضرار ولتوافر دواعي الرحمة والشفقة على المولى عليه، واذا بلغ الصغير فلا يحق له ان يفسخ العقد.

اما اذا كان الولي معروفاً بسوء التصرف فان زوج موليه بكفء ومهر المثل نفذ عقده وكان لازماً وان كان بغير كفء او بغبن فاحش في المهر كان العقد غير صحيح.[118]

وقال ابو حنيفة اذا كان الولي غير الاب والجد والابن فان كان الزواج من غير كفء وبغبن فاحش فالعقد غير صحيح، وان كان من كفء وبمهر المثل فالعقد صحيح ولكنه موقوف على اجازة المولى عليه بعد اكتمال اهليته.[119]

---

(117) الشيخ محمد جواد مغنية،مرجع سابق،ص٣٢٤.

(118) د.محمد يوسف،مرجع سابق،ص١٥٧.

(119) د.احمد الكبيسي،مرجع سابق،ص٨٥.

Scanned by CamScanner

المطلب الثاني

الوكالة في عقد الزواج

لم يعالج قانون الاحوال الشخصية العراقي موضوع الوكالة في الزواج واكتفى بالاشارة اليها بشكل موجز في المادة الرابعة التي نصت على ان ((عقد الزواج بايجاب يقوده لغة او عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه)). ومعنى ذلك ان المشرع العراقي احال القاضي الى احكام الفقه الاسلامي لاستنباط الاحكام المتعلقة بالوكالة في الزواج. وللمزيد من التفصيل سنبحث في تعريف الوكالة ثم احكام تصرفات الوكيل.

الفرع الاول

تعريف الوكالة في الزواج

عرفت الوكالة بانها ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)).[120] وتطبق على الوكالة قاعدة شرعية وقانونية مفادها ان من يملك أهلية التصرف يملك توكيل غيره في ابرامه، فاذا كان الشخص يملك ابرام عقد الزواج بنفسه اصالة جاز له ان يوكل غيره في ابرامه، واذا ابرم الوكيل العقد فتنصرف الحقوق والالتزامات المترتبة على هذا العقد الى الموكل مباشرة.[121]

ذهب جمهور فقهاء المسلمين الى ان المرأة وان كانت عاقلة بالغة فانها تملك حق توكيل غيرها في زواجها لانها لا تملك عندهم حق مباشرة العقد

---

(120) المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي.

(121) بدائع الصنائع للكاساني، ج٦، مرجع سابق، ص٢٠. مغني المحتاج للرملي، ج٢، مرجع سابق، ص٢١٧.

منشورات مكتبة
دار السلام القانونية الجامعة

Scanned by CamScanner

بنفسها[122]، بينما ذهب فقهاء الامامية والحنفية الى جواز توكيلها لغيرها لانها تملك عندهم حق مباشرة العقد بنفسها[123] وبهذا الراي اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي. وتاسيسا على ما تقدم لا يجوز توكيل فاقد الاهلية او ناقصها، كما لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره الا اذا اذن له الموكل. وتنتهي مهمة الوكيل بتمام ابرام العقد، ولا يجوز له ان يطالب بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد الزواج كتسليم المهر مثلا الا اذا كان موكلاً في المطالبة بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد الزواج.[124]

الفرع الثاني

احكام تصرفات الوكيل

تصرفات الوكيل اذا كانت في حدود الوكالة فانها تكون صحيحة ونافذة في حق الموكل اما اذا خالف الوكيل تعليمات الموكل او تجاوز حدود وكالته فان العقد يكون موقوفا على اجازة الموكل.

ويمكن تصنيف احكام تصرفات الوكيل على النحو الاتي:

١- اذا كان الموكل هو الرجل وكانت الوكالة مقيدة بأمرأة بعينها او بصفة بعينها فلم يراع الوكيل القيد كان العقد موقوفا على اجازة الموكل، فان اجاز نفذ

---

[122] المغني لابن قدامة، ج٥، مرجع سابق، ص٨٠، مغني المحتاج للرملي، ج٢، مرجع سابق، ص٢١٧، حاشية الدسوقي لابن عرفة، مرجع سابق، ص٢٣٠.

[123] الفتاوى الهندية ج١ ص٢٩٥، مهذب الاحكام للسبزواري، مرجع سابق، ص٣٣٧.

[124] محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية-بغداد، ١٩٥٨، ص١١١.

Scanned by CamScanner