ISSN 2966-8048 Print
ISSN 2966-8056 Online

مجلة العلوم السياسية والقانون

دورية دولية محكمة

العدد 24 أكتوبر/تشرين الأول2020 . المجلد 04

مجلة العلوم السياسية والقانون
المركز الديمقراطي العربي

Journal of Political Science and Law

International scientific periodical journal

Issue :October 2020 . N° 24 Vol :04

مجلة العلوم السياسية والقانون
هي مجلة دولية محكمة تصدر من المانيا- برلين
وتعنى المجلة بمجال الدراسات والبحوث في العلوم السياسية
والعلاقات الدولية والقانون والسياسات المقارنة والنظم المؤسسية الوطنية
أو الاقليمية او الدولية
الترميز الدولي للمجلة:
الاصدار الالكتروني : ٨٠٥٦ -ISSN 2566
"***Journal of Political Science and Law***" is an international peer-reviewed journal
issued by the Democratic Arabic Center - Germany - Berlin
The journal is concerned with research studies and research papers in the fields of
political science, international relations, comparative law and policy, and national or
regional institutional systems
ISSN 2566-8056 Online
الناشر:
المركز العربي الديمقراطي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
برلين- المانيا
Germany :
Berlin 10315 GensingerStr: 112 Tel: 0049-Code Germany
030- 54884375
030- 91499898
030- 86450098
mobiltelefon : 00491742783717
E-mail : journal@democraticac.de

الهيئة المشرفة على المجلة

رئيس المركز الديمقراطي العربي

أ. عمار شرعان

رئيس التحرير واللجنة العلمية

د. عائشة عباش

مساعد رئيس التحرير:

د.أسية حمور

مدير التحرير

أ.بن حتة الياس

مساعد مدير التحرير

أ.أميرة حرزلي

ب.بدرة ثلجة

الإخراج الفني و التصاميم

أ.بن حتة الياس

الهيئة المشرفة على المجلة

اللجنة العلمية :

- أ.د ميلاد مفتاح الحراثي أستاذ زائر وباحث مقيم جامعة كيمبريدج بريطانيا
- أ.د. سالم برقوق جامعة الجزائر 3– الجزائر
- أ.دنداء مطشر صادق الشرفه أستاذة بكلية العلوم السياسية الجامعة المستنصرية العراقس
- د شاهر إسماعيل الشاهر أستاذ العلوم السياسية والعلاقات الدولية جامعة صن يات سين –الصين
- د. عمار كوسة أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2–الجزائر
- د.مسيح الدين تسعديت أستاذة بالمدرسة الوطنية للعلوم السياسية –الجزائر
- د. منال الريني أستاذة العلوم السياسية بأكاديمية العلاقات الدولية –تركيا
- د. يوسف ازرول الأستاذ في العلوم السياسية والعلاقات الدولية جامعة تبسة – الجزائر
- د. عبد الكريم كاظم عجيل أستاذ العلوم السياسية جامعة سومر– العراق
- د. عنترة بن مرزوق أستاذ العلوم السياسية والعلاقات الدولية جامعة المسيلة– الجزائر
- د. جواد الرباع أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية جامعةابن زهر اكادير –المغرب
- د. منير مباركية أستاذ بكلية العلوم السياسية والقانونية جامعة عنابة–الجزائر
- د.حسين عبد الحسن مويح أستاذ بكلية العلوم السياسية–جامعة ميسان –العراق
- د. علي بقشيش أستاذ بكلية العلوم السياسية والقانونية جامعة الأغواط –الجزائر
- د/ محمد عبد المعبود أبو سيد –استاذ مساعد – جامعة المنوفية – مصر.
- د/ شريفة فاضل –استاذة العلوم السياسية ببور سعيد – مصر.
- د/ سامية قلوشة– استاذة بجامعة ابو بكر بلقايد تلمسان – الجزائر.
- د/ أحسن غربي – جامعة سكيكدة – الجزائر.
- د/عبدلي نزار –أستاذ محاضر – جامعة الشاذلي بن جديد – الطارف – الجزائر.
- د/ عمار سعدون البدري –أستاذ العلوم السياسية–بغداد– العراق.

فهرس العدد

المحتوى	رقم الصفحة
حصانة القضاة والمستشارين القانونيين والمحامين في القانون وتطبيقات القضاء السوداني: دراسة مقارنة د. الوليد عبد الحق الصديق محمود / كلية الشرطة دولة قطر	01
أزمة نظرية الفصل بين السلطات د. عادل حميد الصلوي- كلية الحقوق - جامعة تعز تعز - اليمن	29
التفاعل بين القانون الدولي الخاص وحقوق الملكية الفكرية(الاختصاص القضائي الدولي) د.عبد النور أحمد/ أستاذ محاضر أ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر.	49
آليات إنفاذ القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة: دور إرادات الدول عبد الرحمن جمال يعقوب- مدرس مساعد، كلية القانون، الجامعة البريطانية في مصر	69
القانون التجاري للدول العربية بين مواكبة التطور و الحفاظ على الهوية د . ميساء صالح نصر / جامعة القديس يوسف (USJ) – دبي .	95
دور التجارة الإلكترونية في ظل جائحة كورونا (كوفيد 19) **ط /د فهد تيسير عبد الكريم فاخوري / جامعة محمد الأول –كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (المغرب –وجدة)**	113
مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة في التدبير المالي الترابي ط/د. مريم الحضري - جامعة محمد الأول وجدة- المغرب	127

فهرس العدد

العضل في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني 143

د. صايل أحمد حسن أمارة أستاذ مساعد بقسم الفقه والتشريع كلية الشريعة ـ جامعة النجاح الوطنية- فلسطين

الدور السياسي للنقابات المهنية وتأثيره على فاعلية العمل الحزبي في الأردن 2011-2019 *دراسة ميدانية مسحية* 168

عبد الحميد علي حمد عليمات أمين سر مجلس نقابة الصيادلة – الأردن

التدبير المالي الجهوي الجديد في ضوء تقارير المحاكم المالية بالمغرب . " الخطاب و الأعطاب التدبيرية " 190

أ/سيدي ابراهيم فعرس /كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الحسن الأول - سطات -" المغرب–

واقع ممارسة مجلس النواب الاردني الثامن عشر للدبلوماسية البرلمانية -دراسة تحليلية - 206

أ.طلعت رجا العبد السويلميين - الاردن

230

نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

د/صوفيان شعبان، دكتوراه في القانون العام، أستاذ بالمركز الجامعي عين تموشنت

ط/د. حاج امحمد صالح، طالب دكتوراه بجامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان-

ماهية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار والوسائل الوقائية للحد منه 249

د/عبدالكريم سالم علي العلوان lكلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية -مملكة البحرين

274

التمويل الإسلامي بالجزائر:البديل الجديد في الاستراتيجية المالية

د.حميدي فاطيمة / كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم – الجزائر

الجوانب القانونية لمشكلة البطالة وحق العمل 303

د. علي حسين الجيلاني حسين – أستاذ مشارك كلية القانون -جامعة الجزيرة –

د. بابكر عبدا لله محمدأحمد رحمة – أستاذ مساعد- كلية القانون- جامعة الجزيرة –

فهرس العدد

قراءات في أثر فيروس كورونا على عقود ايجار المحلات التجارية والمهنية في التشريع الجزائري 323

د.حمرالعين عبدالقادر/ أستاذ دائم بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون بتيارت – الجزائر

حقوق الطفل في الجزائر بين الاتفاقيات الدولية والنص الدستوري 337

د. غربي أحسن/كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة (الجزائر)،

اليمن: قضية الشمال والجنوب 360

د.احمد محمد سنان الجابري/ أستاذ إدارة الأزمات المساعد، كلية العلوم الإدارية جامعة الناصر- صنعاء

ربط الحقوق والالتزامات بجدول غلاء المعيشة في القانون والفقه الإسلامي 379

د.نضال جمال مسعود جرادة/ الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية- غزة فلسطين.

أثر شبكات التواصل الاجتماعي على الهوية الثقافية والوطنية الاردنية من وجهة نظر طلبة الدراسات العليا في الجامعة الاردنية 408

د.عبد السلام نمر العوامرة / كليةالعلوم التربوية -الجامعة الأردنية – الاردن

تفعيل القاعدة التجارية سيفCif وأثره على الروابط القانونية في البيع البحري الدولي 430

د .قرارية قويدر/ كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان (الجزائر)

The Socio-Political Situation of Palestinian Women Under Occupation 456

Dr. DANYA M. O ALSHIAKHAHMED Supervised by: Dr.HUANG MINXING Professor
Institute of Middle Eastern Studies THE NORTHWEST UNIVERSITY/CHINA

474 **Post Brexit Era & its Implication on UK's Economy and Politics**

Dr. Moufida BENLABIDI University professor, Faculty of Law and Political Science, University of Badji Mokhtar-Annaba, Republic of Algeria
Mr. Naim BENMERABET University professor, Faculty of Letters & Human Science, University of Badji Mokhtar-Annaba, Republic of Algeria

العضل في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

Preventing women from marriage in Islamic Fiqh and the Jordanian Personal Status Law

د. صايل أحمد حسن أمارة

أستاذ مساعد بقسم الفقه والتشريع كلية الشريعة ـ جامعة النجاح الوطنية- فلسطين

الملخص :

تناولت هذه الدراسة مشكلة اجتماعية، تؤثر على كيان الأسرة ووحدتها، لذلك فقد اهتم بها الشارع الحكيم، وأورد نصوصا قرآنية بخصوصها، وقد ناقشت مفهوم العضل عند الفقهاء، والمحددات التي تضبطه، وبينت موقف الفقه من علاج هذه المشكلة، ثم تطرقت لمفهوم العضل في قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ في الضفة الغربية، وكيف عالج القانون هذه المشكلة، وخلصت إلى أن القانون لم يعتبر من محددات الفقهاء غير الكفاءة، فلم يعتبر ولاية الإجبار ولا مهر المثل، إلا أنه ترك مساحة لتقدير القاضي عندما قيد مشروعية عضل الولي بوجود مسوغ شرعي، وقد ناقشت المحددات التي وضعها الفقهاء وبينت بالأدلة أنه لا اعتبار لها، وعليه خلصت إلى أنه ينبغي تعديل القانون، وأن يكون من حق كل فتاة تتعرض للعضل أن تتقدم بدعوى، والقضاء يدرس كل حالة على حدة.

الكلمات الدالة: عضل، ولي، كفاءة.

Abstract

This study addressed a social problem affects the unity of the family, therefore it has been considered in the Holy Qur'an.

It discussed the jurist's opinions about the concept of (Preventing women from marriage) and the determinants that control it, and how to solve this issue from the view of Islamic Fiqh.

Then it clarified the concept in the Jordanian Personal Status Law, which is applied in the West Bank, and how it deals with this problem.

The study concluded that only one of Jurists determinants was considered in the Law which is: Equity, however it leaves some space to the discretion of the Judge when it districts the legality of (Preventing women from marriage) by the guardian, with the existence of Legitimate justification, as a result I suggest to amend the law so that every woman exposed to preventing from marriage has the right to complain, Where the judge is supposed to study such complaints on a case by case basis.

Keywords: Preventing women from marriage, Guardian, Equity.

المقدمة

لقد اهتم الإسلام بالأسرة ووحدتها، وحرص على تماسكها، فهي اللبنة الاجتماعية الأولى، ولقوتها ووحدتها أثر في قوة ووحدة المجتمع المسلم. وحتى تبنى هذه الأسرة على أسس قوية، حرص الشارع أن يبنى عقد الزواج على الرضائية، فلا مجال للإكراه في الحياة الزوجية، فأين سيوجد الحب في ثنايا الإكراه؟

ولأن المرأة . غالبا . يمنعها حياؤها أن تباشر عقد الزواج بنفسها، فقد أوكل الشارع هذه المهمة بوليها، فهو أقدر على مقارعة الرجال وفهمهم، فهو جزء من منظومتهم السلوكية، وعلى الولي أن يباشر مهمته برضا من موليته، فالولاية شرعت لتحقيق مصالح المرأة، وهذا المقصد يمثل الروح المهيمنة على تشريع الولاية، إلا أن بعض الأولياء يتعسف في استخدام هذا الحق، ويتخذه وسيلة للإضرار بالمرأة والافتئات على حقوقها، فيمنعها من الزواج دون مبررات، أو لمبررات . في نظر الشرع . واهية، وقد نهى الشارع عن هذا السلوك بقوله:" ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "، غير أنه لا يمكن الاكتفاء بمخاطبة التقوى في قلوب الأولياء، فمنهم من لا يردعه هذا عن ممارسة الظلم، لذلك فقد عالج الفقه الإسلامي هذه الظاهرة بطريقة تضمن حق المرأة، وترفع الظلم عنها، مع عدم إهدار حق الولي، وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم العضل وحكمه

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من العضل

المبحث الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 (النافذ في الضفة الغربية)

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان محددات وقوع العضل من الناحية الفقهية، وكذلك من الناحية القانونية، ثم بيان كيفية علاج كل من الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية الأردني لظاهرة العضل.

مشكلة الدراسة

لقد جاءت هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة التالية: ما المقصود بمفهوم العضل؟ وما هي المحددات الفقهية لوقوع العضل؟ وما هي المحددات القانونية لوقوع العضل؟ وكيف عالج كل الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية وقوع العضل؟

الدراسات السابقة

لم أعثر إلا على دراسة واحدة في موضوع العضل وهي بعنوان:

عضل المرأة من النكاح دراسة فقهية مقارنة للباحثة سهاد حسن البياري

رسالة ماجستير. الجامعة الإسلامية . غزة

تتقاطع دراستي مع هذه الدراسة في الإطار الفقهي، مع اختلاف المناقشة والترجيح، وتتميز دراستي في الجانب القانوني.

منهجية الدراسة:

لقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي، حيث تتبعت أقوال الفقهاء في هذا الموضوع، وكذلك المنهج الاستنباطي، حيث استنبطت الأحكام من الأدلة بناء على قوتها.

حدود الدراسة

ناقش الباحث العضل في قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 1976 النافذ في الضفة الغربية، مع الإشارة إلى التعديلات التي تمت على القانون.

سبب اختيار الموضوع

إن موضوع حقوق الإنسان من أبرز ما يشكل الشخصية الإنسانية في العصر الحديث، فأردت أن أبرز مدى اهتمام الإسلام وقانون الأحوال الشخصية بأحد تجليات هذه الحقوق وهو حق المرأة في الزواج، وألا يمنعها أحد من ممارسة هذا الحق. فلا يمكن تأسيس مجتمعا ديمقراطيا يعنى بحقوق الإنسان في ظل منظومة حقوقية تحرم أحد طرفي عقد الزواج من أن يكون له الرأي الفصل في تقرير هذه المسألة.

المبحث الأول: مفهوم العضل وحكمه

العضل لغة:

" العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر. من ذلك العضل. والعضل من الرجال: القوي.

ومن الباب: الداء العضال، الأمر المعضل، وهو الشديد الذي يعيي إصلاحه وتداركه.

وقال عمر: أعضل بي أهل الكوفة ما يرضون بأمير، ولا يرضاهم أمير، أي أعياني أمرهم. والمعضلات: الشدائد. ويقال: عضلت عليه، أي ضيقت في أمره. وعضلت المرأة عضلا، وعضلتها تعضيلا، إذا منعتها من التزوج ظلما"[1].

وكأن هذه اللفظة تحمل مضامين المنع مع الشدة.

العضل اصطلاحا:

عرفه الفقه الحنفي:" المنع حبسا، بأن يحبسها في بيت وأن يمنعها من أن تتزوج"[2].

أما المالكية فعرفوه:" منعها أبوها من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها"[3].

وعرف الشافعية العضل:" أن تدعو إلى مثلها فيمتنع، فإذا دعت المرأة وليها إلى تزويجها فعليه إجابتها، وهو حَرِجٌ إن امتنع قصدا للإضرار"[4].

وعرفه الحنابلة:" منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه"[5].

من خلال استعراض تعريف المذاهب الفقهية للعضل، يتبين أنهم متفقون على أنه منع المرأة من الزواج من قبل وليها، وإن نص المالكية والشافعية في تعريفهم على تحقق عنصر الإضرار، فكل المذاهب متفق على توفر هذا العنصر في المنع ليتحقق وجود العضل، مع اختلافات في تحديد معيار الضرر، وسأتطرق لهذا المعيار في المبحث الثاني إن شاء الله.

[1] أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، دار الفكر، 1979، 354/4 . 346
[2] محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1993، 11/5
[3] محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 283/3
[4] علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999، 112/9
[5] عبد الرحمن بن محمد بن قدامة، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، 427/7

حكم العضل

اتفق العلماء على حرمة العضل، إلا أنهم اختلفوا هل يعد من الصغائر أم من الكبائر، يقول البجيرمي في حاشيته:" والعضل مرة أو مرتين صغيرة، وأفتى النووي بأنه كبيرة إذا تكرر ثلاث مرات بإجماع المسلمين، قال ابن حجر: ولا يأثم باطنا لمانع يخل بالكفاءة علمه منه باطنا ولم يُمْكِنْهُ إثباته، وإفتاء المصنف بأنه كبيرة بإجماع المسلمين مراده أنه في حكمها بإصراره عليه لتصريحه هو وغيره بأنه صغيرة"[1]، ويقول الزركشي:" وقال ابن عقيل في العضل: لا يفسق إلا أن يتكرر الخطاب وهو يمنع، أو يعضل جماعة من مولياته دفعة واحدة فإذا تصير الصغيرة في حكم الكبيرة"[2].

الأدلة الشرعية على حرمة العضل:

1 . قوله تعالى:" وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"[3].

وجه الدلالة: النص يدل بعبارته على حرمة العضل، حيث أن الشارع نهى عنه، والنهي يقتضي التحريم ما لم توجد قرينة تصرفه عن ذلك، كيف وإذا كانت القرائن تعزز حكم التحريم، وهو ما سأذكره في الأدلة التالية.

2 . قال النبي صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار"[4].

وجه الدلالة: النص النبوي ينهى عن إيقاع الضرر بالنفس أو بالغير، وينهى عن مقابلة الضرر بالضرر، ولا جرم أن العضل فيه ضرر كبير، يقول ابن عثيمين رحمه الله:" الرجل يعرف من نفسه أنه يريد هذه اللذة، هذه الشهوة، ثم يمنع الشابة التي تريدها مثل ما يريد أو أكثر، فبعض الشابات لولا الحياء والخوف من الله لحصل منهن مفاسد كثيرة، فكيف يمنعها؟! كيف يشبع من الخبز واللحم، ويدع ابنته أو أخته تموت جوعاً؟! فجوع الشهوة الجنسية قد يكون أشد من جوع الشهوة البطنية، وكلتاهما أمران ضروريان للإنسان"[5].

3 . المعقول: لقد شرع الله الولاية على المرأة في عقد الزواج لتحقيق مصلحتها وحمايتها، وهذه هي الروح المهيمنة على تشريع جميع أنواع الولاية، لذلك لا بد أن يكون هذا المقصد حاكما على الاجتهادات الجزئية فيما يتعلق بالولاية، وعليه لو تصرف الولي على الصغير مثلا تصرفا يلحق ضررا به فإن تصرفه يعد باطلا، لذلك فإن التبرع من مال الصغير

[1] سليمان بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي، بيروت، دار الفكر، 1995، 404/3
[2] محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، الطبعة الأولى، دار العبيكان، 1993، 56/5
[3] سورة البقرة، الآية: 232
[4] سنن ابن ماجة، باب من بنى في حقه ما يضر جاره: 3/ 430 برقم 2340 صححه الألباني، إرواء الغليل، 408/3
[5] محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، 1428، 88/12

يعد باطلا، لأن الولاية ما شرعت لألحاق الضرر بمن وجبت عليه، وإنما لتحقيق مصلحته، ولا شك أن الولي العاضل قد تعسف في استخدام الحق الذي منحه إياه الشارع، واستخدمه في غير ما شرع له، يقول الشاطبي:" قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع"[1]، ويقول أيضا:" كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"[2].

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من العضل

تبين في المبحث السابق أن الفقهاء متفقون على حرمة العضل، وفي هذا المبحث سأناقش مسألتين: الأولى كيف يتحقق العضل؟ والثانية إذا تحقق وجود العضل كيف عالج الفقه الإسلامي هذه المشكلة؟

حتى نكون أمام حالة عضل، لا بد أن تتوفر محددات معينة، وهذه المحددات هي:

1 . ألا يكون العاضل وليا مجبرا

قبل مناقشة موقف الفقهاء من هذا المحدد، لا بد من بيان المقصود بولاية الإجبار، ومناقشة موقف الفقهاء من مشروعيتها، وعلة ثبوتها.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ثبوت ولاية الإجبار لبعض الأولياء، ويقصد بها حق الولي تزويج نوع من النساء دون اعتبار لصدور الرضا من قبلهن، واختلفوا في تحديد علة ثبوت هذه الولاية، ولمن تثبت.

فذهب الفقه الحنفي[3] إلى أن علة ثبوت ولاية الإجبار هو الصغر، فتثبت على الصغيرة بكرا كانت أم ثيبا، وقد استدلوا على هذا الرأي بما يلي:

1 . قوله تعالى:"وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى" وهذا النص في نكاح اليتامى، ولا يتحقق معنى النص إلا بجواز نكاح اليتيمة، وقد نُقِلَ عن عائشة في تأول هذه الآية: "أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، يرغب في مالها وجمالها، ولا يقسط في صداقها، فَنُهُوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق"، ومعلوم أنه لا يتم بعد سن البلوغ، وبذلك يدل النص على مشروعية زواج الصغيرة، وحيث أنه لا عبارة لها لصغرها، فإن عبارة الولي تقوم مقام عبارتها.

2 . تثبت على الصغيرة بطريق النيابة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها، وبالبلوغ والعقل يزول العجز وتثبت القدرة الحقيقية.

[1] ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1997، 23/3
[2] الشاطبي، الموافقات: 28/3
[3] السرخسي، المبسوط: 214/4، 218 علاء الدين بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، 1968، 242/2

3 . ثبوتها للحاجة، فالكفء لا يتفق وجوده في كل وقت، فلو انتظر بلوغها ربما أدى لفواته.

وأولوا حديث " الثيب تشاور" أن المقصود البالغة، لأنه "علق به ما لا يتحقق إلا بالبلوغ، وهو المشاورة، وكونها أحق بنفسها، وذلك إنما يتحقق في البالغة دون الصغيرة، ولئن ثبت أن الصغيرة مراد، فالمراد المشورة على سبيل الندب دون الحتم، كما أمر باستئمار أمهات البنات".

ولكمال شفقة الآباء على البنات تثبت هذه الولاية للآباء دون خيار لها عند البلوغ، وينزل الجد منزلة الأب عند عدمه، وفي سائر الأولياء تثبت مع ثبوت الخيار لهن بعد البلوغ.

أما الفقه المالكي[1] فاعتبر علة الولاية الصغر أو البكارة، فكل واحد من الوصفين يثبت ولاية الإجبار، وإن اختلفوا في الثيب الصغيرة على أقوال، وكذلك اختلفوا في البكر المعنسة، لأن المعنسة يخلص إليها من العلم فيما يراد من ذلك مثل ما يخلص إلى الثيِّب، مع اختلافهم في تحديد سن العنوسة وإن أرجعوها إلى العادة على الراجح.

وأجابوا على حديث:" الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماتها"[2].أن المقصود بالبكر التي تستأمر اليتيمة، للحديث "اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز لها"[3].

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها"[4]. فدل بمفهومه على أن ذات الأب تنكح بغير إذنها.

أجابوا . أيضا . على معارضتهم بحديث: "والبكر يستأذنها أبوها" بعدم ثبوت لفظ "أبوها"، والصواب: "والبكر تستأذن في نفسها" وقد روي "والبكر تستأمر" وروايته أثبت ممن روى "يستأذنها أبوها"، ويجوز أن يحمل استئذان الأب إن صحت الرواية على الاستئذان المندوب.

وقد قصر المالكية هذه الولاية على الأب.

وذهب الفقه الشافعي[1] إلى أن علة ثبوتها البكارة، فتثبت للأب والجد لأب عند عدم الأب على البكر صغيرة أو كبيرة، وحجتهم في ثبوت ولاية الإجبار حديث:" الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا"، فالنص قسم النساء

[1] خليل بن إسحق بن موسى، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، الطبعة الأولى، مركز نجيبويه للمخطوطات، 2008، 3/ 513 . 515

علي بن محمد اللخمي، التبصرة، الطبعة الأولى، قطر ، وزارة الأوقاف، 2011، 4/ 1794 . 1997

أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني، بيروت، دار الفكر، 1995، 2/ 6 .

[2] صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق: 1037/2 برقم 1421

[3] صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب نفي جواز عقد الولي نكاح البالغة عليها إلا باستئمارها: 396/9 برقم 4085 قال الألباني: حسن صحيح ، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، 203/6

[4] سنن الدارقطني، كتاب النكاح، 332/4 برقم 3550

إلى فريقين، وأثبت لأحدهما الحق في نفسه، فاقتضى أن يكون القسم الآخر لا حق له، وإلا لم يكن لهذا التقسيم فائدة.

وحملوا حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" وَالْبِكْرُ يَسْتَأْمِرُهَا أَبُوهَا"[2] على الندب، فاستحبوا استئذانها إذا كانت مكلفة، أما غير المكلفة فلا إذن لها، واستحب أن لا تزوج البكر الصغيرة حتى تبلغ فتستأذن.

والفقه الحنبلي[3] اضطربت الروايات فيه، فتثبت ولاية الإجبار على البكر الصغيرة اتفاقا، أما البكر البالغة فهناك روايتان:

الأولى: ثبوت ولاية الإجبار للحديث:"الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها"، "فتقسيم النساء قسمين، وإثبات الحق لأحدهما دليل على نفيه عن الآخر، وهي البكر، فيكون وليها أحق منها، وإلا فلا فائدة من التفرقة، ولا يقال: الفائدة التفرقة في صفة الإذن، لأنا نقول: ظاهر الحديث أن الذي فرق فيه حق الولي، ألا ترى أنه ذكر صفة الإذن بعد، وعلى هذا فالإذن في حقها على سبيل الاستحباب، وعلى هذا فالعلة في الإجبار البكارة".

الثانية: لا تثبت ولاية الإجبار لقول النبي صلى الله عليه وسلم:"لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن"، قالوا: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال:"أن تسكت"[4]، وعن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -، قالت: قلت: يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال:"نعم" قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي؟ فقال: سكاتها إذنها"[5] وعن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – "أن جارية بكرا أتت رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –"[6].

والعلة على هذا القول البكارة مع صغر مخصوص.

وهذه الولاية تثبت للأب، وفي رواية أخرى تثبت لغير الأب من الأولياء تزويج الصغيرة، ولها الخيار إذا بلغت.

وقد قيد الفقهاء ثبوت ولاية الإجبار بقيود تضمن . في تصورهم . تحقق مصلحة الفتاة، وعدم تعسف الولي في استخدام هذا الحق، فاشترطوا عدم قصد الإضرار، وأن لا يكون بينها وبينه عداوة ظاهرة، لأن انتفاء العداوة يقتضي ألا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه مصلحة، واشترطوا كذلك أن يكون الزوج كفؤا وأن يكون موسرا بالصداق.

ومع قولهم بولاية الإجبار إلا أنهم استحبوا استئذان الفتاة خروجا من الخلاف وتطييبا لقلبها.

---

[1] محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، 246/4
محمد بن أبي بكر الأسدي، بداية المحتاج، الطبعة الأولى، جدة، دار المنهاج، 2011، 41/3

[2] سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الثيب: 232/2 برقم 2099 صححه الألباني بدون لفظ أبوها، إرواء الغليل، 232/6

[3] شرح الزركشي: 78/5 . 90 إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، 98/6 . 99
عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1968، 41/7 . 43

[4] صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها: 17/7 برقم 5136

[5] صحيح البخاري، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره: 21/9 برقم 6946

[6] سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها: 232/2 برقم 2096

المناقشة: من خلال استقراء أدلة ثبوت ولاية الإجبار يتبين أن عمدة أدلتهم هي:

1 . :"الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها"، "فتقسيم النساء قسمين، وإثبات الحق لأحدهما دليل على نفيه عن الآخر، وهي البكر، فيكون وليها أحق منها، وإلا فلا فائدة من التفرقة.

يتبين أن الاستدلال بمفهوم الحديث، ومن المقرر أصوليا أن المنطوق أقوى من المفهوم، وعند التعارض بينهما يقدم المنطوق، وقد ثبت بأكثر من نص أن المرأة لا تجبر على الزواج وأن رضاها ركن في هذا العقد، ومن هذه النصوص :"لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن"، قالوا: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال:"أن تسكت"، وعن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال:"نعم" قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي؟ فقال: سكاتها إذنها" وعن ابن عباس "أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي".

2 . حديث "اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز لها".

دل بمفهومه على أن ذات الأب تنكح بغير إذنها، ويجاب على هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أن المنطوق يقدم على المفهوم كما ذكرت سابقا.

الثاني: لماذا لا يكون تخصيص اليتيمة صيانة لحقها في الاختيار، خشية أن يفتات عليها من أوليائها لعدم وجود الأب، فمنهج الشارع تخصيص الضعفاء بمزيد عناية، كقوله تعالى:" الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا" فهل أكل مال غير اليتيم مباح؟

3 . مشروعية زواج الصغيرة، فإذا كان زواجها صحيحا، وهي فاقدة لأهلية الأداء، وليس لها عبارة، فلا بد أن يقوم وليها مقامها، وقد أثبتوا مشروعية زواج الصغيرة بدليلين: قوله تعالى:" واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن" فقد أثبت العدة للتي لم تحض، والعدة لا تكون إلا بعد طلاق. والدليل الثاني زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة وهي صغيرة.

والرد على هذا الدليل من وجهين:

الأول: إن انعدام عبارة الصغيرة يترتب عليه قيام عبارة الولي مقامها فيما فيه مصلحة، لذلك لو تبرع من مالها فإن تبرعه باطل، رغم أن هذا التبرع يكسبها الثواب العظيم، فكيف أبطلنا تصرفه في مالها، وأجزنا تصرفه في نفسها، بإلزامها بزواج وهي ليست أهلا لذلك، ودون رضى منها.

الثاني: الآية التي استدلوا بها على مشروعية زواج الصغير لا تصلح دليلا، لأن هناك من النساء من تكون بالغة ولا تحيض لفترة من الزمن نتاج خلل هرموني، فينطبق النص عليها، أما زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة فلو فرضنا ثبوته لا بد من اعتباره من خصوصيات النبي لأنه يتعارض مع الأدلة الأخرى.

لذلك فإنني أرى أنه لا ولاية إجبار في الإسلام، وأرجح الرواية الثانية عن الفقه الحنبلي الذي نفى ثبوت ولاية الإجبار على البالغة العاقلة، وأرى عدم ثبوتها على الصغيرة لعدم مشروعية زواجها.

أثر ثبوت ولاية الإجبار على العضل

ذهب الفقه المالكي إلى أن الولي المجبر لا يعد عاضلا مع المجبرة إلا أن يثبت منه قصد الضرر، يقول الدردير:" لا يعد الأب الْمُجْبِرُ عاضلا لمجبرته برده لكفئها ردا متكررا، وذلك لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته، ولجهلها مصالح نفسها، فربما علم الأب من حالها أو من حال الخاطب ما لا يوافق عليه، فلا يعد عاضلا بما ذُكِرَ حتى يتحقق عضله"[1].

أما المذاهب الفقهية لأخرى فلم تتعرض لبيان أثر ثبوت ولاية الإجبار على العضل، لذلك سأحاول أن أستنبط ذلك من خلال النصوص الفقهية وتعريفهم للعضل.

لم يعتبر الفقه الحنفي والحنبلي أن ثبوت ولاية الإجبار مانع من تحقق العضل، وبالتالي للمرأة حق في اللجوء إلى القضاء، جاء في البحر الرائق:" إذا كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجها القاضي"[2]، يدل هذا النص بمنطوقه على أن الصغيرة التي عليها ولاية الإجبار يتحقق عليها العضل، ومن حقها أن تلجأ إلى القضاء للزواج.

وجاء في الإنصاف في تعريف العضل:" منع المرأة التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل منهما في صاحبه، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه"[3]، وقد ورد هذا التعريف في كثير من مصنفاتهم، وقد ورد لفظ امرأة مطلقا دون تفريق فيحمل على إطلاقه.

أما الفقه الشافعي فقد قيد العضل بالمرأة بالبالغة العاقلة، فيفهم منه أن منع الصغيرة من الزواج لا يعد عضلا، جاء في أسنى المطالب:" فإن عضل الولي ولو مجبرا بالغة عاقلة من تزويجها أمره القاضي به"[4].

[1] أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، (مطبوع مع حاشية الدسوقي) دار الفكر، 2/ 232
[2] زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، 136/3
[3] علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، 75/8
[4] زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، دار الكتاب الإسلامي، 129/3

لقد كان الفقه المالكي منسجما مع ما ذهب إليه من ثبوت ولاية الإجبار، فمنح الأب الحق في الإجبار، يقتضي إعطاؤه الحق في المنع، أما الجمهور فالتناقض واضح في موقفهم، فكيف يعطى الولي الحق في الإجبار بحجة الشفقه، وأنه يدرك من مصالح المرأة ما لا تدركه هي، فإذا امتنع عن التزويج لعلة هو مقتنع بها، لا يستطيع أن يعبر عنها، لأنها لا تندرج تحت عناوين مادية، فكيف يعد عاضلا.

والذي أراه . بناء على ترجيحي عدم مشروعية ولاية الإجبار. أن للمرأة البالغة سن الزواج الحق في اللجوء إلى القضاء بدعوى العضل بغض النظر من هو العاضل، والقضاء هو الذي يحدد هل هناك عضل فينزع الولاية أم لا. أما الصغيرة فقد رجحت عدم مشروعية تزويجها، وبالتالي لا يثبت العضل عليها.

2 . أن يكون الخاطب كفؤا.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة أن العضل لا يتحقق إلا إذا كان الخاطب كفؤا، لأن للأولياء حقا في الكفاءة[1].

ولمناقشة هذا الضابط سأناقش مفهوم الكفاءة وموقف الفقهاء من مشروعيتها.

الكفاءة: هي المماثلة بين الزوجين في أمور معينة، يترتب على عدمها لحوق العار بالزوجة أو أوليائها[2].

وهي معتبرة في جانب الرجل، فالمرأة يلحقها العار بالارتباط بمن هو دونها بخلاف الرجل[3].

وقد ذهب جماهير الفقهاء من المذاهب الأربعة إلى أن الكفاءة شرط في عقد الزواج، مع اختلافهم هل هي شرط صحة أو لزوم، وكذلك اختلافهم في عناصر الكفاءة[4].

وقد استدلوا بما يلي:

1 . ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا يُزَوَّجْنَ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ"[1].

[1] محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، 1992، 3/ 82 مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، 2/ 107 الماوردي، الحاوي الكبير: 9/ 112 ابن قدامة، المغني: 7/ 31

[2] عبد الرحمن بن محمد داماد أفندي، مجمع الأنهر، دار إحياء التراث العربي، 339/1 الشربيني، مغني المحتاج: 272

[3] داماد أفندي، مجمع الأنهر: 339/1

[4] الكاساني، بدائع الصنائع: 2/ 317 السرخسي، المبسوط : 5/ 23 محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، 5/ 106

محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 3/ 205 الماوردي، الحاوي الكبير: 9/ 100

عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الطبعة الأولى، دار المنهاج، 2007، 12/ 152 عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، 3/ 21 ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع: 6/ 122

2 . قال صلى الله عليه وسلم:" قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ بَطْنٌ بِبَطْنٍ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ"[2].

3 . قال صلى الله عليه وسلم:" تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ"[3].

4 . قال صلى الله عليه وسلم:" يا علي ثلاثة لا تؤخرهم الصَّلَاةُ إِذَا أَتَتْ، وَالْجِنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالْأَيِّمُ إِذَا وَجَدَتْ كُفُؤًا"[4].

5 . " قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر، عتبة وشيبة والوليد، فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار، فقالوا لهم: انتسبوا فانتسبوا، فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكنا نريد أكفاءنا من قريش، فرجعوا إلى رسول الله فأخبروه بذلك، فقال: صدقوا، وأمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث بأن يخرجوا إليهم"[5].

فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى.

6 . قول عمر بن الخطاب:" لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الْأَكْفَاءِ"[6].

7 . لأن النكاح يُعْقَدُ للعمر، ويشتمل على أغراض ومقاصد من الصحبة والألفة والسكن والمودة والعشرة وتأسيس القرابات، وذلك لا يتم إلا بين الْأَكْفَاءِ، ويجري بين الزوجين مباسطات لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة، والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة، فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة، فلزم اعتبارها، والقاعدة أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع.

وجه الدلالة في النصوص السابقة واضح، حيث دلت النصوص بعبارتها على حصر النكاح بين الأكفاء.

وذهب الكرخي من الحنفية وابن حزم إلى أن الكفاءة ليست شرطا، ونسب البعض هذا الرأي إلى سفيان الثوري والحسن البصري، وروي عن مالك أن الكفاءة في الدين هي المعتبرة، وقد استدلوا بما يلي[7]:

1 . قوله تعالى:" إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ"[1]، وقوله أيضا:" إن أكرمكم عند الله أتقاكم"[2].

---

[1] السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة: 215/7 برقم 13761 قال الألباني: موضوع. إرواء الغليل: 264/6

[2] السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة: 217/7 برقم 13769 ضعفه الألباني: إرواء الغليل، 268/6

[3] المستدرك، كتاب النكاح: 176/2 برقم 2687 ضعفه الذهبي، قال الألباني بعد أن أورد له طرق متعددة: فالحديث بمجموع هذه المتابعات والطرق صحيح ، سلسلة الأحاديث الصحيحة، 57/3

[4] سنن الترمذي، باب ما جاء في الوقت الأول من الفضل: 238/1 برقم 171، قال الألباني: حسن، مشكاة المصابيح: 192/1

[5] مصنف عبد الرازق، 221/9

[6] مصنف عبد الرازق، 152/6 قال الألباني: ضعيف، إرواء الغليل، 265/6

[7] الكاساني، بدائع الصنائع: 317/2 السرخسي، المبسوط: 23/5 علي بن أحمد بن حزم، المحلى، بيروت، دار الفكر، 151/9 محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، 189/2 خلف بن أبي القاسم الأزدي، التهذيب في اختصار المدونة، الطبعة الأولى، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، 2002، 2/ 142

2 . قال صلى الله عليه وسلم:" لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا أَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ، وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى"[3]، وهذا نص في هذه المسألة.

3 . " أَنَّ أَبَا طَيْبَةَ خَطَبَ إِلَى بَنِي بَيَاضَةَ، فَأَبَوْا أَن يُزَوِّجُوهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: أَنْكِحُوا أَبَا طَيْبَةَ إِنْ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ، وَفَسَادٌ كَبِيرٌ"[4].

4 . أَنَّ بِلَالًا خَطَبَ إِلَى قَوْمٍ مِنْ الْأَنْصَارِ، فَأَبَوْا أَنْ يُزَوِّجُوهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ: قُلْ لَهُمْ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُزَوِّجُونِي"[5].

5 . "أَمَرَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ وَهِيَ قُرَشِيَّةٌ بِنِكَاحِ أُسَامَةَ وَهُوَ مَوْلًى لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم"[6].

6 . " أَنَّ الْمِقْدَادَ تَزَوَّجَ ضُبَاعَةَ بِنْتَ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَكَانَتْ قُرَشِيَّةً "[7] وَالْمِقْدَادُ لَيْسَ بِقُرَشِيٍّ، " وأَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ زَوَّجَ سَالِمًا مَوْلَاهُ لِابْنَةِ أَخِيهِ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ "[8].

7 . لأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء، لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب، ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع، فهنا أولى.

وجه الدلالة في النصوص النبوية أن الرسول أمرهم بالتزويج مع عدم تحقق الكفاءة، فلو كانت معتبرة لما أمر، لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به.

وقد أجاب الجمهور[1] على بعض أدلة القائلين بعدم المشروعية بألا حجة في الحالات التي أمر الرسول بالتزويج عند انعدام الكفاءة، "لأن الأمر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم إلى الأفضل، وهو اختيار الدين، وترك الكفاءة فيما سواه، والاقتصار عليه، وهذا لا يمنع جواز الامتناع.

---

[1] سورة الحجرات، الآية 10
[2] سورة الحجرات، الآية 13
[3] المعجم الأوسط، 86/5 قال الألباني: صحيح، غاية المرام، ص190
[4] لم أجد الحديث بهذا اللفظ، وهناك رواية:" يَا بَنِي بَيَاضَةَ، أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ» قَالَ: وَكَانَ حَجَّامًا، أخرجه الحاكم في المستدرك، 178/2 ، وكان أبو هند مولى لبني بياضة، صححه الألباني، صحيح موارد الظمآن، 504/1
[5] المراسيل لأبي داود: ص 193 واللفظ مختلف
[6] صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، 1114/2 برقم 1480
[7] صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، 7/7 برقم 5089
[8] صحيح البخاري، كتاب المغزي، 81/5 برقم 4000

ويحتمل أنه كان أمر إيجاب، أمرهم بالتزويج منهم مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم بذلك".

وأما حديث " لا فضل لعربي ..." ، فالمراد به أحكام الآخرة، إذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكامها.

والقياس على القصاص غير سديد، " لأن القصاص شرع لمصلحة الدنيا، واعتبار الكفاءة فيه يؤدي إلى تفويت هذه المصلحة، لأن كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه، فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص، وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي بَيَّنَّا، فبطل الاعتبار".

المناقشة:

النصوص التي اعتمد عليها القائلين باشتراط الكفاءة أكثرها موضوعة، أو ضعيفة لا تقوم بها حجة، وحتى التي حسنها الألباني ضعفها غيره، وعلى فرض صحتها لا بد من جمعها مع النصوص الأخرى التي احتج بها الذين لا يشترطون الكفاءة، وفهمها في سياقات النصوص الأخرى، فيتبين أنه شرط أفضلية، ولا عبرة لغير الدين والخلق في تحديد الكفاءة، أما احتجاجهم في المبارزة يوم بدر، فهو قياس مع الفارق، فهل يعقل أن يكون الأنصار الذين نصروا الدين، ليسوا أكفاء لأولئك المجرمين المتكبرين؟

إن أدلة القائلين بعدم اشتراط الكفاءة أقوى من أدلة الجمهور، وقد استندوا على نصوص صحيحة تقرر المساواة بين المسلمين، بل نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر البعض بتزويج من كانوا عبيدا أو موالي عندما رأى ترفعهم عن تزويجهم، وما ذلك إلا تقريرا لمبدأ المساواة، وأن مقدار وقيمة الإنسان بدينه وخلقه، ولا يمكن أن تكون هذه خصوصيات لهؤلاء . كما رد عليها الجمهور . فالخصوصية تحتاج إلى دليل.

إن أخوة المسلمين، ومساواتهم، تضافرت عليها نصوص شرعية كثيرة، حتى باتت تشكل مقصدا من مقاصد الشرع الحنيف، ألا ترى أن النبي غضب عندما عير أبو ذر بلالا بلون بشرته، إن أي اجتهاد جزئي يخرج عن هذا المقصد يعد خروجا عن مبادئ الشريعة، ومقاصدها العامة، وقيمها العليا، فوحدة المصدر التشريعي تقتضي وحدة المنطق التشريعي، "وقد خطب النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة فقال:" الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَذْهَبَ عَنْكُمْ عُبِّيَّةَ الْجَاهِلِيَّةِ، وَتَكَبُّرَهَا، يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا النَّاسُ رَجُلَانِ، مُؤْمِنٌ تَقِيٌّ كَرِيمٌ عَلَى اللَّهِ، وَفَاجِرٌ شَقِيٌّ هَيِّنٌ عَلَى اللَّهِ، مَنْ سَرَّهُ أَنْ يَكُونَ أَكْرَمَ النَّاسِ فَلْيَتَّقِ اللَّهَ"[2]، فجعل الالتفات إلى الأنساب من عبية الجاهلية وتكبرها، فكيف يعتبرها المؤمن، ويبني عليها

[1] الكاساني، بدائع الصنائع: 317/2 السرخسي، المبسوط: 23/5

[2] سنن الترمذي، أبواب التفسير، باب ومن سورة الحجرات، 242/5 برقم 3270 حسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير، 1299/2

حكما شرعيا؟ وفي الحديث: "أَرْبَعٌ مِنْ أُمُورِ الْجَاهِلِيَّةِ لَا يَتْرُكُهَا النَّاسُ. ثُمَّ ذَكَرَ مِنْهَا الْفَخْرَ بِالْأَنْسَابِ"[1]، يقول ابن حجر: "ولم يثبت في اعتبار الكفاءة بالنسب حديث"[2]، ويقول ابن تيمية تعليقا على اشتراط الكفاءة في النسب:"وليس عن النبي صلى الله عليه وسلم نص صحيح صريح في هذه الأمور"[3]، كيف ونحن نجد الرسول صلى الله عليه وسلم في نص صريح يدعونا ألا نلتفت لغير الخلق والدين، بل قرر أن عدم فعل ذلك يكون سببا للفساد، يقول النبي صلى الله عليه وسلم:" إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد" قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه؟ قال:" إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه" ثلاث مرات[4]، لذلك فإني أرى أن الراجح عدم الالتفات لشرط الكفاءة، وأنها غير معتبرة إلا في الدين، وقد فسر ابن العثيمين المقصود بالدين بقوله:" أداء الفرائض واجتناب النواهي، فليس شرطاً أن يكون الزوج مؤدياً لجميع الفرائض، مجتنباً لجميع النواهي، فيصح تزويج الفاسق.

وبناء على ترجيحي أن الكفاءة ليست شرطا في العقد، لا لزوم ولا صحة، لذلك أرى أن العضل يتحقق حتى لو كان الخاطب ليس كفؤا، طالما أن الفتاة البالغة سن الزواج قد قبلت به، وأن دعوى العضل ينبغي أن تسمع من القضاء، والقاضي ينظر في ملابساتها، ويقدر هل العضل متحقق، لأن المعايير التي وضعها الفقهاء للكفاءة . ليست الدراسة محلا لبحثها . قد تشكل بابا لتعسف الأولياء في استخدام هذا الحق، فيمارسوا العضل تحت مظلة عدم تحقق الكفاءة، ويؤكد ما ذهبت إليه أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ذهبوا إلى أن الفتاة إذا طلبت الزواج من كفء، وأراد الولي تزويجها من كفء آخر، فإنه لا يعد عاضلا، لأنه أكمل نظراً منها، والظاهر من شفقته أنه اختار الأنفع، لتفاوت الأكفاء أخلاقا وأوصافا[5]، ومع ملاحظة أن أكثر عناصر الكفاءة مادية، يتبين أن الفقهاء أغفلوا الجانب النفسي للفتاة، والذي يعد أكبر معيار لنجاح الحياة الزوجية.

3 . ألا يكون المهر أقل من مهر المثل

انفرد الفقه الحنفي بهذا الشرط، فاعتبروا أن الولي لا يكون عاضلا إن كان المهر أقل من مهر المثل، واحتجوا بقوله تعالى:" فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"[6]، "والباء تصاحب البدل. فكأنه قال: بمعروف في المهر؛ ولأنه يلحقهم الشين بنقصان المهر كما يلحقهم الشين بترك الكفاءة. فإذا ثبت لهم الاعتراض في أحد الموضعين كذلك الآخر؛ ولأن الكفاءة يلحقهم بتركها شين ونقصان المهر يلحق به شين وضرر لأنه إذا طالت المدة لم

[1] الصنعاني، سبل السلام: 189/2
[2] أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، بيروت، دار المعرفة، 1379، 133/9
[3] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1995، 29/19
[4] سنن الترمذي، ابواب النكاح، باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، 387/3 برقم 1085، قال الألباني: حسن، مشكاة المصابيح، 929/2
[5] ابن عابدين، الدر المختار: 3/ 83 عليش، منح الجليل: 3/ 293 الشربيني، مغني المحتاج: 4/ 253 ابن قدامة، المغني: 7/ 31
[6] سورة البقرة، الآية 234

يعلم أن ذلك نقصان. فاعتبر مهر نسائها لذلك فإذا ثبت الاعتراض فلأن يثبت للشين والضرر أولى ولأن من ثبت له الاعتراض في العوض ثبت له مقدار العوض كمولى الأمة"[1].

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يعتبروا المهر من المحددات لتحقق العضل، فيعد الولي عاضلا حتى وإن أرادت المرأة أن تتزوج بأقل من مهر مثلها[2]، "لأن المهر خالص حقها، وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه " التمس ولو خاتما من حديد"[3]، وقال لامرأة زوجت بنعلين " أرضيت من نفسك بنعلين؟ " قالت نعم: فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم[4]، وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك، فإن عمر قال: لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني غلو الصداق"[5].

والذي يترجح رأي الجمهور أن مهر المثل ليس من محددات تحقق العضل لقوة أدلتهم، فالمهر حق خالص للزوجة، وليس للولي حق فيه، وقد حضت الشريعة على عدم المغالاة في المهور.

4 . عدم وجود ولي آخر مساو للعاضل موافق على إجراء العقد[6]

حتى يتحقق العضل، ويكون بإمكان المرأة أن تلجأ إلى القضاء، يجب ألا يكون هناك ولي مساو للممتنع عن التزويج، فإن وجد ولي مساو كأن آلت الولاية للأخوة أو للأعمام مثلا، فإن امتنع أخ عن التزويج، بإمكان أخ آخر أن يقوم بتزويجها، ولا حاجة للجوء إلى القضاء، لأن امتناعه لا تأثير له بتوقف الزواج، جاء في الحاوي الكبير:" فإن عضلها، لم يخل أن يكون في درجته من العصبات غيره، أم لا ، فإن كان في درجة غيره كأنه واحد من إخوتها، أو واحد من بني عمها، عدلت عنه إلى من في درجته من إخوتها، أو بني عمها، وليس للحاكم معهم مدخل إذا زوجها غير العاضل من تساوا به في النسب".

كيفية علاج الفقه الإسلامي لمشكلة العضل

الإسلام دين الحق والعدل، ولما شرع الولاية على المرأة قصد تحقيق مصالحها، وصيانتها عن الاختلاط بالرجال، ولأن الولي أدرى منها بحال الرجال، لكنه ما قصد بذلك الافتئات على حقها، وإلحاق الظلم بها، لذلك لم يقف التشريع

[1] أحمد بن محمد القدوري، التجريد، الطبعة الثانية، القاهرة، دار السلام، 2006، 9/ 4331 ابن عابدين، الدر المختار: 82/3

[2] عبد الوهاب بن علي الثعلبي، التلقين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2004، 114/1
الشربيني، مغني المحتاج: 253/4 السنيكي، أسنى المطالب: 129/3
ابن قدامة، الشرح الكبير: 429/7

[3] صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب السلطان ولي، 17/7 برقم 5135

[4] معرفة السنن والآثار، كتاب النكاح، باب ما يجوز أن يكون مهرا، 215/10 برقم 14253

[5] ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 429/7 شرح الزركشي، 56/5

[6] السرخسي، المبسوط: 26/5 الماوردي، الحاوي الكبير: 112/9 المرداوي، الإنصاف: 88/8

الإسلامي عاجزا عن علاج هذه الحالة من الظلم، وإن اختلف الفقهاء في طريقة العلاج، ولأن القضاء شرع لرفع الظلم عن الناس، وتكريس قيم العدل، فالجميع متفق على تدخل القضاء في هذه الحالة، لكن الاختلاف هل يكون دور القضاء بعد العاضل مباشرة، أم تنتقل الولاية للأبعد ثم تؤول للقضاء؟

لقد ذهب الحنفية والشافعية والمالكية في قول والحنابلة في المعتمد إلى أن الولاية تنتقل إلى القاضي بالعضل، للأدلة التالية[1]:

1 . "أن رجلا زوج ابنته، وهي كارهة، وهي تريد عم صبيانها، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذي زوجها منه أبوها، ثم زوجها عم ولدها". فهذا الحديث دليل على أن الولي إذا امتنع عن التزويج، زوجها الإمام، فالرسول صلى الله عليه وسلم زوجها في هذه الحادثة بولايته العامة، أي بوصفه إماما للمسلمين.

2 . قال صلى الله عليه وسلم:" فإن اشْتَجَرُوا أَوْ قَالَ: اخْتَلَفُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ".

3 .العضل ظلم من الولي، فيقوم القضاء مقامه في الولاية لدفع الظلم، لأن مهمة القضاء رفع الظلم عن الناس، فلا يقاس العضل على السفر في انتقال الولاية للأبعد، لأن السفر ليس فيه ظلم.

4 . لأن التزويج بالعضل يحتاج إلى نظر وتقدير الظروف، والتأكد من تحقق العضل، وأن دفع الولي لدعوى العضل غير مقبول، وكل هذا لا بد أن يكون عن طريق القضاء.

5 . لأن العضل لم يزل الولاية، فلا يجوز الذهاب للأبعد مع وجود ولاية العاضل وعدم زوالها، وبالتالي تنتقل إلى القضاء.

وذهب المالكية في قول، والحنابلة في المعتمد إلى أن الولاية تنتقل للولي الأبعد، فإن لم يوجد أبعد انتقلت للقضاء، واحتجوا بالأدلة التالية[2]:

1 . قال صلى الله عليه وسلم:" فإن اشْتَجَرُوا أَوْ قَالَ: اخْتَلَفُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ".

[1] السرخسي، المبسوط، 5/ 9 ، 26 ابن نجيم، البحر الرائق، 3/ 136 الخرشي، شرح مختصر خليل، 3/ 189 عليش، منح الجليل، 3/ 293 الماوردي، الحاوي الكبير، 9/ 112

حاشية البجيرمي، 3/ 404

ابن قدامة، المغني، 7/ 30 المرداوي، الإنصاف، 8/ 88

[2] أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 2/ 376 عليش، منح الجليل، 3/ 293 ابن قدامة، المغني، 7/ 30 المرداوي، الإنصاف، 8/ 88

لقد علق الحديث انتقال الولاية للقضاء على عدم وجود الولي، وفي حالة العضل يوجد أولياء غير الولي العاضل، فتنتقل لمن هو أبعد منه، فإن اتفقوا جميعا على العضل، أو لم يوجد أولياء غيره تنتقل إلى القضاء، ويدل على ذلك قوله اشتجروا، وهذا يتناول الجميع.

2 . العضل ترتب عليه انعدام حق الولاية، فصار العاضل بمنزلة العدم، فينتقل الحق للأبعد.

3 . العضل معصية تؤدي إلى فسق فاعلها، وبالفسق تنتقل الولاية إلى الأبعد كما لو كان شارب خمر.

4 . قياسا على الجنون، فجنون الولي تنتقل للأبعد وليس للقاضي.

لا شك أن تحقق العضل يحتاج إلى نظر، وأن مجرد ادعائه لا يكفي لنقل الولاية، علاوة على أن قياس العضل على سفر الولي أو جنونه قياس مع الفارق، ففي حالة السفر يوجد عذر لعدم أخذ رأي الولي لتعذره في الحال، أم في حالة العضل فالولي موجود لكنه ممتنع لأسباب يراها، فلو انتقلت الولاية لمن هو أبعد منه، لأدى ذلك إلى حدوث إشكالات عائلية، لا تتفق ومقاصد الشرع في الحفاظ على تماسك الأسرة، لذلك فإني أرى أن الراجح رأي الجمهور في انتقال الولاية إلى القضاء.

المبحث الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 (النافذ في الضفة الغربية) من العضل

ذكرت سابقا أن العضل هو امتناع الولي عن تزويج من تحت ولايته، لذلك حري أن أذكر موقف قانون الأحوال الشخصية من اشتراط الولي في عقد الزواج.

نصت المادة (13) من القانون:" لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما".

يدل النص القانوني بعبارته على عدم اشتراط الولي عند تحقق قيدين:

الأول: أن تكون المرأة ثيبا، أي سبق لها الزواج.

الثاني: أن تكون متجاوزة ثمانية عشر عاما.

ويدل النص بمفهومة على اشتراط الولي عند انتفاء أحد القيدين، فمن المعلوم أن النص إذا قيد بقيد، فإن المسكوت عنه يأخذ خلاف حكم المنطوق به عند انتفاء القيد، لذلك فإن النص يدل على اشتراط الولي إذا كانت المرأة بكرا، أو ثيبا دون سن الثامنة عشرا.

ونصت المادة (22) من القانون:" إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها، وزوجت نفسها من آخر، ثم ظهر لها ولي، فإن زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفؤ فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح".

يدل هذا النص بعبارته أن المرأة البكر، والثيب التي لم تتجاوز ثمانية عشر عاما، لا يحق لها الزواج بدون ولي، وأن الولي شرط في تحقق الزواج، لكنه ليس شرط انعقاد ولا شرط صحة، حيث لم يرتب القانون على فقدانه بطلان العقد أو فساده، لكنه شرط للتحقق من عدم اعتراضه على فقدان شرط اللزوم، أي عدم اعتراضه على فقدان الكفاءة إذا كانت غير متحققة.

ونصت المادة (11) من القانون:" رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة ...".

ونصت المادة (6) من القانون:" أ . للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفؤ في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع.

ب . أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت الثامنة عشر عاما وكان العضل بلا سبب مشروع"[1].

يتبين من المواد السابقة أن معيار تحقق العضل في القانون هو:

---

[1] حسب القانون المعدل رقم 36 لعام 2010

لم يعدل القانون عدم اشتراط موافقة الولي في زواج الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما، وبالتالي لا يتحقق العضل على هذه الفئة من النساء، لأنه بإمكانهن أن مباشرة العقد دون موافقة الولي.

أما الثيب التي دون الثامنة عشرة من عمرها، أو البكر . مطلقا . فإنه يشترط موافقة الولي حسب مفهوم المادة (19)، وبالتالي يمكن أن يتحقق العضل، لذلك نصت المادة (18) على أنه " يأذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة سنة شمسية من عمرها من الكفؤ في حال عضل الولي إذا كان عضله بلا سبب مشروع". وبالتالي يتبين أن العضل ممكن أن يتحقق من أي ولي طالما أن الفتاة أكملت 15 سنة شمسية، حتى لو كان العاضل أبا ، أو جدا، بشرط مراعاة أحكام المادة 10 إذا كانت دون سن الثامنة عشرة، والتي نصت على سن الأهلية في الزواج وهو 18 سنة شمسية، وأبقت الباب مفتوحا لمن دون ذلك بناء على موافقة قاضي القضاة وفقا لتعليمات يصدرها لهذه الغاية إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة.

وقد أضاف القانون في المادة (20) معيارا جديدا لتحقق العضل وهو ألا يكون المهر دون مهر المثل.

1 . أن تكون المخطوبة بكرا، قد أتمت الخامسة عشرة من عمرها.

2 . إذا كانت ثيبا أن يكون عمرها ثمانية عشر عاما أو أقل.

3 . إذا كان العاضل الأب أو الجد، فيشترط أن تكون المخطوبة قد أتمت الثامنة عشرة من عمرها.

4 . أن يكون الخاطب كفؤا، وقد حدد القانون في المادة (20) معيار الكفاءة وهو المال، بأن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة.

5 . أن يمتنع الولي عن الموافقة على الخاطب بلا سبب مشروع.

6 . ألا يوجد ولي مساو للولي العاضل موافق على إجراء العقد، فإن وجد يتولى هو العقد.

7 . أن تطلب البكر من القاضي تزويجها[1].

" ويلاحظ أن نص المادة 6 لم تبين الحكم في حالة ما إذا كانت المرأة ثيبا ولم تتم الثامنة عشرة، ونرى أنها تأخذ حكم البكر من باب أولى"[2]، وهذا واضح من خلال إعطاء الثيب التي دون الثامنة عشرة من عمرها حكم البكر حسب نص المادة 22.

إلا أنه يؤخذ على المادة 6 عدم الوضوح في اشتراط أن يكون العضل بلا سبب مشروع، فما هو السبب المشروع الذي قصده المشرع؟ أهو الكفاءة؟ فيكون إضافة هذه الجزئية بلا فائدة، لأن المادة 6 نصت على أن يكون طلب الزواج من الكفؤ، والقانون نص على أن الكفاءة شرط لزوم وهي حق للأولياء كما هي حق للمرأة. أم أنه يرجع للراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في تحديد السبب المشروع حسب المادة 183، فيدخل مهر المثل في معايير تحقق العضل؟ وإذا كان مهر المثل مقصودا، فلماذا لم ينص عليه القانون في شرائط اللزوم، فيشترطه مع الكفاءة؟ وهل تدخل عناصر الكفاءة الأخرى التي نص عليها الفقه الحنفي من نسب وحرفة وغيرها؟ فإذا اعتبرناها نكون قد خالفنا منطوق المادة التي حصرت الكفاءة بالقدرة المالية.

وبالرجوع إلى قرارات محكمة الاستئناف الشرعية فقد تبين من الاجتهاد القضائي أن المسوغ الشرعي للامتناع عن التزويج هو فقدان شرط الكفاءة فقط، فقد جاء في قرارها رقم 13564 بتاريخ 1964/10/6:" قدم المستأنف استئنافه على الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنعه من معارضة ابنته المستأنف عليها البالغة اثنتين وعشرين

[1] انظر عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الطبعة الخامسة، عمان، دار الثقافة، 1432، ص 77

[2] التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص77

سنة في الزواج من خاطبها البالغ من العمر ثلاثين سنة، وبأن لها الحق في الزواج منه ما دامت راغبة في ذلك، بناء على إثباتها كفاءة خاطبها، من حيث المقدرة على أداء المهر المعجل، والإنفاق بالبينة الشخصية المقنعة ...

ولدى التدقيق تبين أن المستأنف قد بنى طلبه فسخ الحكم على ثلاثة أسباب:

1 . أن المادة (23) من قانون العائلة لم تحصر الكفاءة في المهر والنفقة.

2 . أن المحكمة الابتدائية لم تدخل الخاطب شخصا ثالثا حتى تكتمل الخصومة.

3 . أن البينة الشخصية لم تثبت بصورة مقنعة قدرة الخاطب المالية.

أما بالنسبة للسبب الأول: فإن المادة (23) المذكورة قد حصرت الكفاءة في شيئين: القدرة على المهر المعجل والنفقة، وبذلك ألغت مراعاة الشروط الأخرى، التي أشار إليها المستأنف ...

لذلك كان الحكم للمستأنف عليها على والدها المستأنف بعدم معارضته لها بالزواج من خاطبها ... بناء على ثبوت كفاءته، عملا بالمادة (23) من قانون حقوق العائلة[1] صحيحا موافقا للوجه الشرعي، فتقرر تصديقه"[2].

وبالنظر في هذه القرارات يتبين أن الدفع الوحيد الذي يستطيع به الولي أن يدفع دعوى العضل هو الطعن في الكفاءة، والتي حصرها القانون في الكفاءة المالية، بالقدرة على دفع المهر المعجل، والنفقة على الزوجة، ولم تتطرق المحكمة في حيثيات القرارات إلى أي دفع آخر، بل نصت على بطلان الدفوع الأخرى، وحصرت الدفع في الكفاءة، لذلك كان النقاش منصبا على الكفاءة، ولثبوت الكفاءة في الحالات السابقة تم الحكم للمرأة بالعضل.

ولأن القانون المعدل رقم 36 لعام 2010 قد نص على عنصر جديد لتحقق الكفاءة وهو التدين في المادة (21)، فقد صارت الدفوع التي ممكن أن يبديها الولي في دعوى العضل كالتالي:

1 . الدفع بعدم تحقق الكفاءة بأحد عنصريها، التدين أو المال.

2 . الدفع بنقصان المهر عن مهر المثل كما نصت المادة (20).

إلا أن الدفع بانعدام الكفاءة بسبب التدين، وكذلك الدفع بنقصان المهر عن مهر المثل غير مطبق في الضفة الغربية، لأن القانون النافذ هو قانون سنة 1976.

[1] حلت محلها المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية.

[2] أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة، 432، 647/1
وينظر القرار الاستئنافي رقم 32360 ورقم 32002

وهنا يبرز إشكال، وهو أن بعض القضاة يرفض دعوى العضل من الفتاة، رغم تحقق الكفاءة، ويحكم بحق الأب في الامتناع عن التزويج، على اعتبار أن المادة السادسة لم تحصر دفوع الولي بالكفاءة، بل نصت على (عدم وجود مسوغ شرعي) وهنا تتباين الآراء بتفسير المسوغ الشرعي، فيمكن اعتبار سوء خلق الخاطب مسوغا شرعيا لامتناع الولي، ويمكن اعتبار مرض الخاطب أيضا مسوغا شرعيا عند البعض، ولا شك أن ينجم عن هذا الالتباس في التفسير نوع من الفوضى في الأحكام، تزول بتفسير محدد للمسوغ الشرعي، ينسجم مع مواد القانون الأخرى.

وبالنظر في معايير تحقق العضل في القانون يتبين أن القانون أخذ برأي الجمهور في اشتراط الكفاءة في الخاطب ليتحقق العضل، وعدل عن رأي الحنفية باشتراط ألا يكون المهر أقل من مهر المثل، وقد عاد إلى تبني رأي الحنفية في القانون المعدل، ولأن القانون لم ينص على مشروعية ولاية الإجبار فإنه لا يرى لها أثر على تحقق العضل، وبهذا يكون انسجم مع الفقه الحنفي والحنبلي، إلا أنه خالف الفقه الحنفي في اشتراط أن تكون الفتاة تجاوزت الثامنة عشرة ليتحقق عضلها من الأب أو الجد.

وقد أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء بأن الولاية تنتقل إلى القاضي في العضل، ولا تنتقل إلى الولي الأبعد، وقد أحسن القانون في هذا الأخذ، حيث أن نقل الولاية إلى الولي الأبعد سيخلق ضغائن بين الأولياء بالإمكان درؤها.

في المبحث الثاني ناقشت المحددات التي ذكرها الفقهاء لتحقق العضل، وهي ألا يكون العاضل وليا مجبرا عند البعض، وأن يكون الخاطب كفؤا عند جمهور الفقهاء، وألا يكون المهر دون مهر المثل عند الفقه الحنفي، وقد ناقشت هذه المحددات، ورجحت عدم مشروعية ولاية الإجبار، وأن الكفاءة شرط لم يرد به نص صحيح، وأن المهر حق خالص للزوجة، ولم يعتبر القانون من هذه المحددات إلا الكفاءة، مع قصرها على الكفاءة المالية، وإضافة القانون المعدل لها عنصر التدين، وقد اعتبر القانون بوجه ما ألا يكون العاضل وليا مجبرا، وإن لم ينص على ذلك، فقد أعطى القانون الأب والجد حق المنع بدون ذكر سبب حتى سن الثامنة عشرة، إلا أن القانون المعدل عدل عن ذلك، ولم ينص القانون على مهر المثل، ونص عليه القانون المعدل.

بناء على النقاشات التي أجريتها في المبحث الثاني، أرى أن الأجدر بالقانون أن يلغي كل هذه المحددات، وأن يرفع سن الزواج المنصوص عليه في قانون سنة 1976، وأن يترك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير الظروف والملابسات، فالإسلام احترم المرأة وخياراتها، والزواج حق خالص لها، لذلك ينبغي قدر الإمكان تحرير العقد من سيطرة الغير عليه إلا بما يلحق بهم ضررا، وترك الفسحة للقضاء ليقرر حصول هذا الضرر.

النتائج

بعد الاستعراض الموجز لمسألة العضل وكيفية علاجها أخلص إلى أهم نتائج هذا البحث:

1 . أهم مقصد لتشريع الولي في عقد الزواج والروح المهيمنة عليه هو تحقيق مصلحة الفتاة.

2 . يحرم على الولي التعسف في استخدام حق الولاية بعضل موليته.

3 . لقد وضع الفقهاء معايير لتحقق العضل منها أن يكون الخاطب كفئا وألا يكون المهر أقل من مهر المثل عند الحنفية، وألا يكون الولي ممن له حق ولاية الإجبار عند المالكية، وقد ناقشت هذه المعايير وبينت أنه لا يوجد دليل عليها.

4 . ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الولاية تنتقل بالعضل إلى القاضي وليس إلى الولي الأبعد صيانة لتماسك الأسرة.

5 . قانون الأحوال الشخصية النافذ في فلسطين يعطي الحق للولي أن يمنع موليته إن كان الخاطب غير كفء، وكذلك يتيح للب والجد لأب منع الفتاة من الزواج دون إبداء السباب حتى سن الثامنة عشرة.

6 . تنتقل الولاية في القانون للقاضي وليس للولي الأبعد.

التوصيات

1 . صدور تعميم من مجلس القضاء الأعلى ليوضح قيد (المسوغ الشرعي) الوارد في المادة التي تعالج موضوع العضل.

2 . استبدال معيار المال في الكفاءة بالتدين، فالنصوص الشرعية أكدت أخوة المؤمنين، وألا فرق بينهم، أما التدين فلأنه يصعب على الفتاة المتدينة العيش مع زوج غير متدين.

3 . تعديل قانون الأحوال الشخصية لعام 2010 بإلغاء قيد ألا يكون المهر أقل من مهر المثل لتحقق العضل، فالمهر حق المرأة ولا ضرر على الولي من نقصانه.

المراجع

- الأزدي، خلف، التهذيب في اختصار المدونة، ط1، دبي: دار البحوث
- الأسدي، محمد، بداية المحتاج، ط1، جدة: دار المنهاج، 2011
- الأصبحي، مالك، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، 1994
- البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي، بيروت: دار الفكر، 1995
- التكروري، عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط5، عمان: دار الثقافة، 1432
- ابن تيمية، أحمد، مجموع الفتاوى، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد، 1995
- الثعلبي، عبد الوهاب، التلقين، ط1، دار الكتب العلمية، 2004
- الجويني، عبد الملك، نهاية المطلب في دراية المذهب، ط1، دار المنهاج، 2007
- ابن حجر،أحمد، فتح الباري، بيروت: دار المعرفة، 1379
- ابن حزم، علي، المحلى بالآثار، بيروت: دار الفكر
- الخرشي، محمد، شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر
- اللخمي، علي، التبصرة، ط1، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2011
- دامدا، عبد الرحمن، مجمع الأنهر، دار إحياء التراث العربي
- داود، أحمد، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط2، عمان: دار الثقافة، 1432
- داود، أحمد، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ط3، عمان: دار الثقافة، 1432
- الدردير، أحمد، الشرح الكبير، دار الفكر
- الزركشي، محمد، شرح الزركشي، ط1، دار العبيكان، 1993
- السرخسي، محمد، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، 1993
- السنيكي، زكريا، أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامي
- الشاطبي، إبراهيم، الموافقات، ط1، دار ابن عفان، 1997
- الشربيني، محمد، مغني المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية، 1994
- الصاوي، أحمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف
- الصنعاني، محمد، سبل السلام، دار الحديث
- ابن عابدين، محمد،رد المحتار، ط2، بيروت: دار الفكر، 1992
- ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984

- العبدري، محمد، التاج والإكليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1994
- العثيمين، محمد، الشرح الممتع، ط1، دار ابن الجوزي، 1428
- عليش، محمد، منح الجليل ، بيروت: دار الفكر

- ابن فارس، أحمد، مقاييس اللغة، بيروت: دار الفكر، 1979.
- ابن قدامة، عبد الرحمن، الشرح الكبير، ط1، القاهرة: هجر للطباعة والنشر
- ابن قدامة، عبد الله، المغني، القاهرة: مكتبة القاهرة، 1968
- ابن قدامة، عبد الله، الكافي، ط1، دار الكتب العلمية، 1994
- القدوري، أحمد، التجريد، ط2، القاهرة: دار السلام، 2006
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع ، ط2، دار الكتب العلمية، 1968
- الماوردي، علي، الحاوي الكبير، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1999
- المرداوي، علي، الإنصاف،ط2، دار إحياء التراث العربي
- ابن مفلح، إبراهيم، المبدع ، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997
- ابن موسى، خليل، التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات
- ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي
- النفراوي، أحمد، الفواكه الدواني، بيروت: دار الفكر، 1995