الباب الثاني
الإطار النظري

أ- الوكالة

١- تعريف الوكالة

أ- من حيث اللغة

المراد بالوكالة في اللغة هي الحفظ و التفويض.[٢٠] وهذان التعريفان مأخوذان من القرآن الكريم. أحدهما الحفظ، هو مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وقالوا حسبنالله و نعم الوكيل ﴾[٢١]، لأن المراد من الوكيل هنا الحافظ. ثم ثانيهما التوفيض، هو مأخوذ من قوله تبارك و تعالى : ﴿ إني توكلت على الله ربي و ربكم ﴾[٢٢] . و يقال أن الوكالة هي نيابة شرعية عن الغير حال الحياة[٢٣]. فالتوكيل هو تفويض التصرف إلى الأخر، وسمي الوكيل وكيلا؛ لأن موكله قد فوض إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر[٢٤].

ب- من حيث إصطلاح الفقهاء

أما عند إصطلاح الفقهاء ففيه تفصيل المذاهب كما يلي:

---

[٢٠] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، الطبعة الثانية، الجزء: ٤٥ (الكويت: دارالسلاسل) ،٥.

[٢١] سورة آل عمران: ١٧٣

[٢٢] سورة هود: ٥٦

[٢٣] سيد سابق، *فقه السنة*، ٣/٣.

[٢٤] محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، *لسان العرب والنهاية لابن الاثي* (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون ١٩٩٦ م)، ١٦٤.

١- المالكية : و هم قالوا: الوكالة هي أن يقيم شخص غيره في حق له يتصرف فيه كتصرفه بدون أن يقيد الإنانية بما يعد الموت.

٢- الحنفية : هم قالوا: إن الوكالة هي أن يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم على أن يكون الموكل ممن يملك التصرف.

٣- الشافعية : هم قالوا : أن الوكالة هي عبارة عن تعويض شخص شيئا إلى غيره ليفعله حال حياته.

٤- الحنابلة : إنهم قالوا : الوكالة هي استنابة شخص جائز التصرف شخصا مثله جاز التصرف فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى و حقوق الآدميين.[٢٥]

فمن التعريفات المذكورات لغة و إصطلاحا فعرف الباحث الوكالة بأنها هي تفويض الأمور الجائزة في الفقه الإسلامي من شخص إلى غيره أن يكون وكيلا في تصرفها حال حياته.

٢- مشروعية الوكالة

الوكالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. وسيبين الباحث عن مشروعيتها بالتفصيل كما يلي:

١- الكتاب

أما في الكتاب فإن فيه عدة أدلة وهي :

---

[٢٥] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، *الفقه على المذاهب الأربعة*، ٣/ ١٤٨.

أ- قول الله تبارك وتعالى ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾[٢٦]

ب- قول الله تبارك وتعالى ﴿ إنما الصدقات للفقراء و المساكين و العاملين عليها﴾[٢٧] فجوز تبارك وتعالى العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين[٢٨].

ت- قول الله تعالى ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها﴾.[٢٩] دلت هذه الأية على أن إذا حدث النزاع بين الزوجين فلابد عليهما أن يبعثا حكمين وكيلين عنهما.

ث- قول الله تبارك وتعالى عندما حكى عن يوسف عليه السلام : ﴿ اجعلني على خزائن الأرض﴾[٣٠] أي وكيلا

٢- السنة

أما السنة ففيها أحاديث كثيرة منها:

أ- عن جابر رضي الله عته قال : أردت الخروج إلى خيبر فقال النبي ﷺ : (إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة

---

[٢٦] سورة الكهف : ١٩

[٢٧] سورة التوبة : ٦٠

[٢٨] مجموعة من المؤلفين، *الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، الجزء: ١* (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف)، ٢٣٢.

[٢٩] سورة النساء :٣٥

[٣٠] سورة يوسف : ٥٥

عشر وسقا، فإن ابتغى منك آية، فضع يدك على ترقوته)[٣١]

ب- عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي ﷺ جلب، فأعطاني دينارا فقال : (يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة)[٣٢].

٣- الإجماع

أما الفقهاء فإنهم اتفقوا على أن الوكالة من العقود الجائزة في الجملة وأن كل ما جازت به النيابة من الحقوق جازت الوكالة فيه كالبيع والشراء وقضاء الدين والإجارة والخصومة في المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق وغير ذلك من العقود الجائزة التي تقبل النيابة.[٣٣]

٣- أركان الوكالة

لقد بحث الفقهاء الوكالة في كتاب من كتب الفقه بحثا كثيرا و واسعا و عميقا.و ظهر الإختلاف في أركان الوكالة عند الفقهاء الأربعة.

إن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن أركان الوكالة هي: الصيغة، والعاقدان (الموكل والوكيل،) الموكل فيه. و أما الحنفية ذهب إلى ركن

---

[٣١] أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الوكالة، رقم الحديث: ٤٣٠٤ و أخرجه أبو داود في سننه ، باب في الوكالة، رقم الحديث : ٣٦٣٢ ج:٣ ص. ٣١٤

[٣٢] أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث : ٣٦٤٢

[٣٣] يحيى بن هُبَيْرَة بن مُحَمَّد بن هبيرة الذهلي الشيبانيّ، أبو المظفر، عون الدين، *اختلاف الأئمة العلماء*، ٤٥٢/١.

الوكالة هو : الإيجاب و القبول، لأن وجود هذا الركن يستلزم بالضرورة وجود الركنين الآخرين[٣٤].

سيبحث الباحث أركان الوكالة عند الجمهور بالتفصيل كما يلي :

١) الصيغة

المراد بالصيغة هنا هي الإيجاب والقبول، ويعبر بهما عن التراضي الذي هو ركن في عقد الوكالة كسائر العقود الأخرى. و إن الوكالة هي عقد تعلق به حق الوكيل والموكل. فافتقر إلى رضاهما.[٣٥] أما البيان للإيجاب و القبول سيبينهما الباحث كما يلي :

أ) الإيجاب

إن الجمهور قد ذهبوا إلى أن الإيجاب هو ما صدر من المالك. فالمراد بالإيجاب هنا كل ما يصدر عن الموكل ويدل على إذنه بالتوكيل. و أما الحنفية فإنهم ذهبوا إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين للدلالة على رغبته في إنشاء العقد.[٣٦] ويكون الإيجاب متحققا بكل ما يدل على الرضا بالوكالة سواء باللفظ، أو بالكتابة أو بالرسالة أو بالإشارة من الأخرس أو بغيرها.

---

[٣٤] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، الطبعة الثانية، الجزء:٦ (بدون الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ /١٩٨٦م)،٢٠.

[٣٥] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٤٥/ ٨.

[٣٦] شمس الدين مُحَمَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، الطبعة الأخرة، الجزء: ٥ (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤م)، ١٦.

ب) القبول

ينقسم القبول إلى قسمين، إما أن يكون باللفظ أو بغير اللفظ. أما القبول باللفظ فإن الفقهاء اتفقوا على أن القبول متحقق باللفظ، كما لو قال الموكل لآخر: قد وكلتك بهذه القضية، فقال له الوكيل: قبلت، أو قال كلاما آخر غير لفظ قبلت، مشعرا بالقبول.[٣٧] و الحنفية والشافعية قد زادوا أن قبول الوكيل لفظا وإن لم يكن شرطا في صحة الوكالة إلا أنه يشترط عدم الرد، فلو رد الوكيل الوكالة بعد الإيجاب بأن قال: لا أقبل أو لا أفعل، فلا يبقى حكم الإيجاب، ولا تنعقد الوكالة، وإن قبل بعد ذلك ما لم يجدد الإيجاب والقبول.[٣٨]

٢) العاقدان

المراد بهما هو الموكل والوكيل. الموكل هو من يقيم غيره مقام نفسه في تصرف جواز معلوم، ويشترط فيه أن يكون ممن يملك ذلك التصرف، وتلزمه الأحكام.[٣٩] وعلى ذلك إن الفقهاء اتفقوا على أنه لا تجوز الوكالة من المجنون، والمعتوه، والمغمى عليه، والنائم، والصبي غير المميز مطلقا مهما كان نوع التصرف محل الوكالة.[٤٠] أما الوكيل فهو

---

[٣٧] شمس الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، الطبعة اثالثة، الجزء: ٥ (دون الناشر: دار الفكر، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م)، ١٩٠.

[٣٨] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، *روضة الطالبين وعمدة المفتي*، الطبعة الثالثة، الجزء: ٤ (بيروت: المكتب الإسلامي:١٤١٢هـ/ ١٩٩١ م)، ٣٠٠.

[٣٩] زين الدين بن إبراهيم بن مُحَمَّد، المعروف بابن نجيم المصري، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، الطبعة الثانية، الجزء: ٧ (دون المكان: دار الكتاب الإسلامي)، ١٤٠.

[٤٠] شمس الدين مُحَمَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، ٥ / ١٦.

من وكل إليه الموكل بأمر ما لتنفيد الوكالة، ويشترط في الوكيل ما يشترط في الموكل من العقل، كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز توكيل المجنون والمعتوه والصبي غير المميز.[٤١]

٣) محل الوكالة

المراد بمحل الوكالة هو التصرف المأذون فيه من الموكل للوكيل بملك أو ولاية.

وقد نص فقهاء الشافعية على أن لمحل الوكالة شروطا ثلاثة:

أ) أن يكون معلوما من بعض الوجوه، ولا يشترط علمه من كل وجه، فإذا لم يكن كذلك بطلت الوكالة، لأنها لا تصح مع الجهالة.

ب) أن يكون قابلا للنيابة.

ت) أن يملكه الموكل حال التوكيل.[٤٢]

٤- شروط الوكالة

لا تصح الوكالة إلا باستكمال شروطها، والشروط منها أن تكون خاصة بالموكل و أن تكون خاصة بالوكيل و أن تكون خاصة بالموكل فيه أي محل الوكالة.

١. شروط الموكل

ويشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف فيما يوكل فيه، فإن لم يكن مالكا للتصرف فلا يصح توكيله: كالمجنون والصبي غير

---

[٤١] ابن قدامة المقدسي، *المغني لإبن قدامة*، ٨٨/٥.

[٤٢] شمس الدين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، ٢٣/٥.

المميز، فإنه لا يصح أن يوكل واحد منهما غيره، لان كلا منهما فاقد الاهلية، فلا يملك التصرف ابتداء.

أما الصبي المميز فإنه يصح توكيله في التصرفات النافعة له نفعا محضا، مثل التوكيل بقبول الهبة والصدقة والوصية. فإن كانت التصرفات ضارة به ضررا محضا مثل الطلاق والهبة والصدقة فإن توكيله لا يصح.

٢. شروط الوكيل

ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلا، فلو كان مجنونا أو معتوها أو صبيا غير مميز فإنه لا يصح توكيله.

أما الصبي المميز فإنه يجوز توكيله عند الاحناف لانه مثل البالغ في الاحاطة بأمور الدنيا، ولان عمرو ابن السيدة أم سلمة زوج أمه من رسول الله ﷺ، وكان صبيا لم يبلغ الحلم بعد.

٣. شروط الموكل فيه

ويشترط في الموكل فيه أن يكون معلوما للوكيل أو مجهولا جهالة غير فاحشة، إلا إذا أطلق الموكل كأن يقول له: اشتر لي ما شئت، كما يشترط فيه أن يكون قابلا للنيابة. ويجري ذلك في كل العقود التي يجوز للانسان أن يعقدها لنفسه: كالبيع والشراء والاجارة وإثبات الدين والعين والخصومة والتقاضي والصلح وطلب الشفعة والهبة والصدقة والرهن والارتهان والاعارة والاستعارة والزواج

والطلاق وإدارة الاموال، سواء أكان الموكل حاضرا أم غائبا وسواء أكان رجلا أم امرأة.[٤٣]

٥- انتهاء الوكالة

تنتهي الوكالة بأحد الأمور التالية.[٤٤]

١. انتهاء الغرض من الوكالة: بأن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل، إذ يصبح العقد غير ذي موضوع.

٢. قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره: كأن يبرم البيع الذي وكل فيه غيره.

٣. خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية: بموت، أو جنون استمر شهراً، أوحجر لسفه؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة. والوكيل يستمد ولايته من الموكل. ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخرعن الأهلية بهذه العوارض. وقال المالكية: الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به.

٤. استقالة الوكيل: إذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال، أو رفض الاستمرار في العمل، انتهت الوكالة؛ لأن الوكالة بغير أجر كما تقدم عقد غير لازم، يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت. لكن يشترط عند الحنفية في هذه الحالة أن يعلم الموكل

---

[٤٣] سيد سابق *فقه السنة* ٣/ ٢٣١-٢٣٢

[٤٤] وهبة بن مصطفى الزحيلي *الفقه الإسلامي و أدلته*، ٤/٣٠١١.

بهذا التنازل، حتى لا يتضرر بما فعل الوكيل، ولم يشترط الشافعي علم الموكل بعزل الوكيل نفسه

٥. هلاك العين الموكل بالتصرف فيها، بيعاً أو شراءً أو إيجاراً؛ لأن العقد يصبح غير ذي موضوع. فإذا انهدمت الدار الموكل في شرائها، أو ماتت المرأة الموكل في تزوجها، بطلت الوكالة، لعدم تصور التصرف في المحل المعقود عليه بعد هلاكه.

٦. عزل الموكل وكيله: لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم، فللموكل إنهاء الوكالة في أي وقت شاء.[٤٥]

٦- حكمة تشريع الوكالة

إن لكل شريعة من شرائع الإسلام حكم. و كذلك إن تشريع الوكالة له حكمة واضحة لحياة الناس. و من حكم تشريع الوكالة هي رعاية المصلحة وسد الحاجة و دفع الحرج عن الناس. إن القدرة و الكفاءة و الخبرة عند إنسان دون أخر متوافرة. وقد يكون الإنسان محقاً، ولكنه عاجز عن تقديم الحجة والبيان، وخصمه أقدر وأعرف بالحجج، فيكون محتاجاً لتوكيل غيره للدفاع عنه، وإظهار حقه.[٤٦]

ب. الولاية في الزواج

١- تعريف الولاية

في البداية أراد الباحث أن يبين تعريف الولاية لغة و إصطلاحا حتى الحصول على الفهم بها.

---

[٤٥] محمّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، الجزء:٣ (دار الفكر، دون التاريخ)، ٣٩٦.

[٤٦] وهبة بن مصطفى الزحيلي *الفقه الإسلامي و أدلته*، ٥ / ٤٠٦١.

أ- من حيث لغة

للولاية في اللغة عدة تعاريف، و هذه التعاريف حسب الألفاظ التي وردت بها. أما الولي في أسماء الحسنى فهو الناصر ومن أسماء الله تبارك وتعالى هو الولي، وهو مالك الأشياء جميعها و المتصرف فيها. إذا قيل فلان أولى بكذا أي أحرى به وأجدر، وفلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أحق به. والمولى عموما هو الرب والمالك والسيد والمنعم والمعتق والناصر والمحب.[٤٧]

أما الولاية فهي المحبة و الإعانة و الخطة[٤٨] و النصرة و القرابة و الإمارة و السلطان، والولي هو كل من ولي أمرا وقام به و هو عكس من العدو كما قال تبارك و تعالى ﴿ الله ولي الذين أمنوا ﴾[٤٩] وكذلك قال عز وجل ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾[٥٠] وقال تعالى أيضا ﴿والله ولي المؤمنين﴾[٥١]

---

[٤٧] أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد، *لسان اللسان تهذيب لسان العرب*، الجزء:٢ (لبنان: دار الكتب العلمية ١٩٩٣)، ٧٦١-٧٦٢.

[٤٨] أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسي، *معجم مقاييس اللغة*، الجزء: ٢ (دون المكان: دار الفكر، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م)، ١٥٤.

[٤٩] سورة البقرة :٢٥٧

[٥٠] سورة التوبة : ٧١

[٥١] سورة آل عمران : ٦٨

ب- من حيث إصطلاحا

المراد بالولي هو الشخص الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه، وهو الأب و وصيه و القريب و العاصب و السلطان والمالك.[٥٢]

يعرفها العلماء بأنها هي قيام الولي بما يصلح أمر من تحت ولايته و تصرف الولي بشئون المولى عليه مطلقا.[٥٣]

٢- مشروعية الولاية في الزواج

الولاية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. وسيبين الباحث عن مشروعيتها بالتفصيل كما يلي :

١- الكتاب

أ- و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن[٥٤]

ب- ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا.[٥٥]

ت- و أنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم و إمائكم.[٥٦]

ث- إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين.[٥٧]

---

[٥٢] وحبة الزحيلي ، *الفقه الإسلامي و أدلته*، ١٨٩/٧.

[٥٣] محمد بن عبد العزيز السديس، *مقدمات النكاح*، ١/ ٢٥٧.

[٥٤] سورة البقرة : ٢٣٢

[٥٥] سورة البقرة ٢٢١

[٥٦] سورة النور : ٣٢

[٥٧] سورة القصص : ٢٧

ج- وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم.[٥٨]

٢- السنة النبوية

أ- عن أبي موسى ﷺ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولي.[٥٩]

ب- عن عائشة ﷺ قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.[٦٠]

ت- عن عائشة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : لا تنكح امرأة بغير أمر وليها فإن نكحت فنكاحها باطل- ثلاث مرات- فإن أصابها فلها مهر مثلها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.[٦١]

---

[٥٨] سورة الأنفال : ٧٥

[٥٩] مُحَمَّد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك ، الترميذي ، *الجامع الكبير*، الجزء:٢ (بيروت: دار الغرب الإسلامي)، ٣٩٨. رقم الحديث :١١٠١ باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.

[٦٠] أبو عبد الله أحمد بن مُحَمَّد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، *مسند الإمام أحمد بن حنبل*، الطبعة الأولى، الجزء: ٤٠ (مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى)، ٤٣٥ رقم الحديث : ٢٤٣٧٢.

[٦١] أبو مُحَمَّد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي ، *الجامع*، الطبعة الولى، الجزء: ١ (دالر الوفاء)،١٤١ باب من كتاب النكاح ،رقم الحديث : ٢٤٢

ث- قال رسول الله ﷺ : الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها و إذنها صماتها.[٦٢]

٣- الإجماع

لقد أجمع المالكية، والشافعية، والحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح فإن كل نكاح يقع بدون ولي أو من ينوب منابه يقع باطلاً، فليس للمرأة أن تباشر عقد زواجها بحال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة إلا أنها كانت ثيبة لا يصلح زواجها بدون إذنها ورضاها.[٦٣]

٣- شروط الولي في الزواج

المقصود بشروط الولي في النكاح هي صفات أهلية الشخص الذي تمنح له مسؤولية الولاية. و هي تلك الصفات المشروطة على كل ولي لصحة تصرفه في العقد.

إن الولي في الزواج له شروط. و هي الحرية، والعقل، والذكورة، والبلوغ إما أن يكون المولى عليه مسلما أو غير مسلم، و يزاد من الشروط هو الإسلام. فلا تجوز ولاية لعبد، ولا مجنون، ولا صبي، لانه لا توجد ولاية لواحد من هؤلاء على نفسه، فأولى ألا تكون له ولاية على غيره.[٦٤]

فسيبين الباحث تفاصيل الشروط كما يلي :

---

[٦٢] مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، *صحيح المسلم* ، (بيروت: دار إحياء التراث العربي) ج: ٢ ص: ١٠٣٧ رقم الحديث : ٦٨ باب: استأذان الثيب في النكاح بالنطق.

[٦٣] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري *الفقه على المذاهب الأربعة*، ٤/٥١

[٦٤] سيد سابق *فقه السنة*، ٢/ ١٢٥.

١- الحرية .

يشترط في مولى النكاح ان يكون حرا لأن المملوك لا يتصرف في شؤون نفسه ، فمن باب أولى أن لا يتصرف في شؤون غيره، (فلا يصح من عبد ولو بشائبة) كما يقول المالكية. ووجه اشتراط الحرية في ولي النكاح ان العبد مولي عليه في النكاح إجماعا، فهو ملك لسيده ولا يملك تزويج نفسه من غير إذن سيده ،ومن لا يملك تزويج نفسه فمن باب أولى ألا يملك تزويج غيره، ولأن ولاية النكاح يشترط لها النظر،و لا نظر في تفويض نكاح الحرة إلى مملوك.

٢- العقل

اتفق العلماء على أن العقل شرط من شروط الولي ،لأن الولاية تثبت نظرا للمولى عليه،ومن لا عقل له لا يمكن ان ينظر لنفسه ولا لغيره

٣- البلوغ

البلوغ يكون شرطا لأن الصغير الذي لم يبلغ يحتاج إلى من ينصر في شؤونه ولا ينصر في شؤون غيره. و هذا هو المذهب المشهور المعتمد عند المذاهب الأربعة.

٤- الذكورة

اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن الولاية في النكاح يشترط لها الذكورة، فلا تصح ولاية المرأة على أي حال[٦٥]. لا تجوز المرأة أن تكون وليا في الزواج لأن الولي شرط في صحة النكاح ولا

[٦٥] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، *الفقه على المذاهب الأربعة*، ٤/٥٣

يصح النكاح بدونه لحديث النبي صلى الله عليو وسلم : قال لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها والزانية التي تنكح نفسها بغير إذن وليها.[٦٦]

٥- المسلم

لا يجوز الكافر أن يكون وليا و شاهدا لقوله تعالى : لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ.[٦٧]

٤- أنواع أولياء النكاح

الأولياء في الزواج لها أربعة أنواع هي:

١- ولي النسب

هو الولي الذي تربط به المرأة ارتباطا نسبا. أما ترتيب ولي النسب[٦٨] كما يلي:

أ- الأب

ب- الجد

ت- الأخ الشقيق

ث- الأخ لأب

ج- إبن الأخ الشقيق

ح- أخ الأب

---

[٦٦] ابن ماجة أبو عبد الله مُحَمَّد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (سنن ابن ماجه) رقم الحديث : ١٨٨٢ ص: ٦٠٦ ج: ١

[٦٧] سورة آل عمران : ٢٨

[68] Slamet Abidin Dan Aminuddin, *Fiqih Munakahat* 1,(Bandung: Pustaka Setia 1999),89

خ- إبن أخ الأب

لو لم يكن الولي الأول فيستحق الولي الثاني أن يبدله. و إن لم يكن الولي الثاني فيستحق الولي الثالث أن يبدله. الشخص الذي يستحق له أن يكون الولي هو على حسب ترتيب الولي.[٦٩]

٢- ولي التحكيم

هو الولي الذي يأذن له الرجل المريد الزواج أو المرأة أن يكون وليا له. وهذا جواز لأن الولي الحقيقي لا يستطيع أن ينفد وظيفته. و كذلك إن يأب الولي الحقيقي أن يكون ولي المرأة.كما روي عن يونس بن عبد الأعلى أن الشافعي يقول: لو كانت المرأة توكل شخصا أن يكون وليا و هي لا ولي لها فذلك جائز.[٧٠]

٣- الولي المجبر

هو الولي الذي يستحق له إجبار المرأة للزواج دون رضاها.[٧١] لا يجوز للولي أن يجبر المرأة على الزواج بمن تكره، وكذلك لا يجوز له عضلها، أي: منعها من الزواج بمن ارتضته المرأة إذا كان كُفؤًا لها. إذا عضل الولي موليته فإن الولاية تنتقل عنه إلى غيره، وقد ذهب الشافعي وأحمد في رواية عنه إلى أن الولاية تنتقل في حالة العضل إلى الحاكم، وذهب أبو حنيفة في

---

[69] Tihami Sohari Sahrani, *Fiqih Munakahat (Kajian Fikih Nikah Lengkap)* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009) 89.

[70] Moh. Idris Ramulyo, *Tinjauan Beberapa Pasal Undang-Undang No 1 Tahun 1974, Dari Segi Hukum Perkawinan Islam* (Jakarta ind-Hillco, 1985), Hlm. 177.

[71] Abdul Rahmad Ghazali, *Fikih Munakahat*, (Jakarta:Kencana, 20018), Hlm 63

المشهور عنه إلى أنها تنتقل إلى الأبعد بشرط أن يكون كُفؤًا، فإن امتنع الأولياء جميعًا عن تزويجها وعضلوها، فإن الولاية تنتقل إلى الحاكم قولًا واحدًا

٤- ولي السلطان

هو الولي الذي إختاره السلطان ليدبر ما يتعلق بالزواج. أما الشخص الذي يستحق له أن يكون ولي السلطان فهو الإمام أو الحاكم. و هذا لا خلاف بين أهل العلم أن السلطان له ولاية تزويج المرأة إن لم يكن لها أولياء. وبه قال الشافعي و مالك وإسحاق و أبو عبيد و أصحاب الرأي[٧٢]. لحديث النبي ﷺ : "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[٧٣]

٥- مكانة الولي في النكاح

إن كون الولي في الزواج له مكانة مهمة فلا يصح عقد النكاح إلا بوجود الولي. وهو أصبح ركنا في الزواج بإجماع الفقهاء. و هذا يوافق بما ذكر في تصنيف الأحكام الإسلامية بفصل ١٩-٢٠. إن الولي في عقد النكاح قد يكون قائما على المرأة التي تريد الزواج. و قد يكون رجلا الذي طلب منه التقرير للزواج.

لقد ظهر الإختلاف عند الفقهاء في عمر المرأة. قد أجمع الفقهاء على أن يكون الولي ركنا و شرطا للصبي ذكرا كان أم أنثى. لأن الصبي لا يقدر على عقد النكاح بنفسه و لذلك يحتاج إلى الولي.

---

[٧٢] ابن قدامة المقدسي، *المغني لابن قدامة* ١٧/٧

[٧٣] أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي ، *الجامع* (دالر الوفاء الطبعة الولى) باب من كتاب النكاح ، ج: ١ ص: ١٤١ رقم الحديث : ٢٤٢

أما المرأة بكرا كان أم ثيبا فالعلماء إختلفوا في ذلك. وسبب إختلافهم هو عدم الدليل القطعي.[٧٤] ذهب الشافعي إلى أن النكاح دون ولي لا يصح. و هذا بناء على الحديث الصحيح و هو حدثنا إبن أبي عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن بن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات و إن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له و قال الله جل وعلا : ﴿ولا تَنكحوا الْمشرِكات حَتى يؤْمن وَلَأمَة مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾[٧٥] و ققوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾[٧٦]

في هذه الدلائل تبين الأمر الموجه للولي. قد أمره الله أن يزوج من لا زوج لها. ويشترط للمرأة التي تريد النكاح أن يكون لها الولي. لأن النكاح دون الولي باطل غير مقبول بإجماع الفقهاء. لكن ظهر الخلاف عنهم، وهو رأي أبي حنيفة أنه يرى بأن النكاح دون الولي

---

[74] PROF. DR. Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia Antara Fiqih Munakahat Dan Undang Undang Perkawinan* (Jakarta;Kencana Prenada Media Group,2014) hal 69

[٧٥] سورة البقرة : ٢٢١

[٧٦] سورة النور : ٣٢

صحيح و مقبول. لأن المرأة لها حق مطلق في نفسها لا يستحق بها الولي في قضية الزواج.[٧٧]

٦- ترتيب الأولياء

لقد اختلف العلماء في ترتيب الولاية. قال مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا. ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا. و قال المغيرة أن الجد وأباه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل، ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا، ثم المولى، ثم السلطان. أما شافعي اعتبر التعصيب، أي أن الولد ليس من عصبتها، لحديث عمر " لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان "[٧٨]

٧- أهمية الولي في الزواج

إن الولي في الزواج أصبح مهما و مطلوبا. وهذا كما رأى الإمام الشافعي أن لا يصح النكاح للمرأة دون الولي. أما للرجل لا يلزم له أن يكون الولي. و جاء الرأي الذي يقول أن الهدف من ولي النكاح هو أن يكون ولي النكاح وكيلا من المرأة. والصحيح أن الحاجة إلى ولي النكاح ليس موجودا إذا كان الرجل الذي يقول الإيجاب. ولكن الواقع عند الأولياء أن المرأة التي تقرر الإيجاب. وأما

---

[٧٧] أبو الفضل أحمد بن علي بن مُحَمَّد بن أحمد بن حجر العسقلان، *بلوغ المرام من أدلة الأحكام*، الطبعة السابعة، الجزء:١ (الرياض: دار الفلق، ١٤٢٤هـ)

[٧٨] ابن رشد الحفيد، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*،٣ / ٤٠.

الرجل الذي يقبل الإيجاب. لأن من طبيعة المرأة أنها مستحية ولذلك قول الإيجاب موكول إلى ولي النكاح. إذن هدف الوالي هو يكون وكيلا لأن المرأة أحق بنفسها.[٧٩]

ت- ولي النكاح في تصنيف الأحكام الإسلامية.

إن قضية ولي النكاح في تصنيف الأحكام الإسلامية لا تختلف بما في الفقه الإسلامي. الولي في تصنيف الأحكام الإسلامية أصبح ركنا لازما للمرأة التي تريد الزواج وكذلك في الفقه الإسلامي.

كما ذكر في تصنيف الأحكام الإسلامية بفصل ٢٠، ٢١، ٢٣ بأن للولاية مكانة عظيمة و مهمة لصحة عقد النكاح. سيفصل الباحث قضية الولاية في تصنيف الأحكام الإسلامية كما يلي :

١- يلزم أن يكون الولي في الزواج من الرجال و تكتمل فيه شروط الولي عند الفقه الإسلامي

٢- ينقسم الولي إلى قسمين :

أ- ولي النسب

ب- ولي السلطان

٣- يتكون الولي من أربعة أقسام. القسم الأقرب بالمرأة مقدم من الأقسام الثالثة الأخرى. أما الأقسام الأربعة المذكورة فهي كما يلي:

القسم الأول : الأبوة هم الأب و الجد و إن علا

القسم الثاني : الأخوة هم الأخ الشقيق أم لأب

---

[79] Idris Ramulyo, *Tinjauan Beberapa Pasal Undang Undang No 1 Tahun 1974, Dari Segi Hukum Perkawinan Islam* (Jakarta : Hillco, 1985), 214

القسم الثالث : العمومة هم العم الشقيق أو لأب وابن العم الشقيق أو لأب.

القسم الرابع : هم الأخ الشقيق من الجد و الأخ لأب الجد و ذريتهم من الذكورة.

٤- إن كان الولي في نفس القسم أكثر من واحد فالولي الأقرب درجة بالمرأة أولى من الولي الأبعد.