جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور الولي في عقد الزواج

مذكرة مقدّمة استكمالا لنيل درجة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة
قاسم مليكة

تحت إشراف الأستاذ
راشدي صابر

لجنة المناقشة

الأستاذ: شيهاني سمير.....رئيسًا

الأستاذ: راشدي صابر.....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ: غجاتي فؤاد.....عُضْوًا مُمْتَحِنًا

تاريخ المناقشة

12 / 03 / 2015

بســـم اللّـــه الرّحمــان
الرّحيـــم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل حمدا يليق بجلال وجهه، وعظيم منّه، المعروف بالإحسان، الموصوف بالجود والإمتنان، والمحمود بكل لسان.

واعترافا مني بالفضل لأهل الفضل، فإنني أقدم عظيم شكري، وخالص تقديري وجزيل امتناني للأستاذ المشرف راشدي صابر، لما تفضل به من إشراف على مذكرتي، وما بذله من جهد مبارك، وما أفادني به من توجيهات ونصائح جليلة، كان لها واسع الأثر في إخراج العمل بهذه الصورة.

شكر موصول كذلك للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لموافقتهم على مناقشة هذا العمل، والذين شرفوني بقبول قراءته وتقييمه.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى منارات العلم ورواد الفكر وورثة الأنبياء أساتذتي الكرام عبر مختلف أطواري الدراسية.

فجزاهم الله عني خير الجزاء.

الإهداء

إلى من كانا سببا في وجودي، والّذين لا يمكن للكلمات أن توفيهما حقهما مهما اخترت من ألفاظ، فلهما كامل تقديري لما علماني من الصبر والجلد وحب الارتقاء والتميز.

والـــــديّ حفظهما الله وأدامهما في طاعته.

إلى رئيس العائلة وكبيرها –جدي محمد– أطال الله في عمره وأدامه ذخرا للعائلة.

كما أهدي أجر هذه المذكرة إلى روح جدّتي الّتي كانت تأمل رؤيتي أرتقي درجات العلم درجة بعد درجة، وكذا جديّ لأبي، رحمهم اللّه جميعا وأسكنهم فسيح جنانه.

إلى جسور المحبة والعطاء والصدق والوفاء:

أخي أحمد الذي في شكره تضيع الكلمات وبه تذلل الصعوبات، وإلى زوجته.

أختي ذهبية رمز البذل والعطاء، وإلى زوجها.

أخي ياسين الذي يحكي بصمته جميع قصص الصدق والوفاء.

إلى أجمل زهرة في البستان وأبهى فراشة فيه–فريـال – .

إلى كل عائلتي الكبيرة كل باسمه.

إلى رفقاء الدرب وصديقات المسيرة الدراسية.

إلى كل مـن مـر بحيـاة مليـــكة، وتركت مليـــــكة أثرا في نفســـه

إلـــــى كـــــل ولـــــــي نصّـــــــــــبه الشـــــــارع وأقـــــــــاله المـشـــــرع.

إلى كلّ هؤلاء أهدي هذه الثمرة الزكية والباكورة الندية عربون محبّة، وصدق ووفاء.

قائمة المختصرات

تمّ استخدام بعض الرموز في البحث نوضح دلالتها كالآتي:

م: ملادي.

هـ: هجري.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.ر.ط: دون رقم طبعة.

ط: طبعة.

ص: صفحة.

مج: مجلد.

تح: تحقيق.

تص: تصحيح.

ترق: ترقيم.

إخ: إخراج.

ض: ضبط.

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

ق.أ.ج: قانون أسرة جزائري.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

م.ر: ملف رقم.

مقدمة

قدّس الإسلام الزواج وسماه ميثاقا غليظا، لما له من مقاصد عظيمة، لا يحققها إلا بدوامه واستمراره. لذلك وضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستقراره، فجعل التأقيت فيه مبطلا له، وأحاطه بكل الضمانات ليأتي بثماره الطيبة بعد توافق الطرفين، وسكن كل منهما إلى الأخر مصداقا لقول الحق تبارك وتعالى: **{وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ } [سورة الروم الآية:21]**.

وحتى يقع رباط النكاح صحيحا ومنتجا لكافة آثاره، وضعت له الشريعة الحنيفة مجموعة من الأسس: اتفق على ركنية تطابق رضا الزوجين لمواصلة مشوار الحياة معا بمعرفة كل منهما ما للآخر من حقوق وما عليه من واجبات. واختلف في ركنية باقي الأسس من صداق مدفوع من الزوج لزوجته عن طيب خاطر باعتباره واجب عليه من جهة، وحق شرعي لزوجته من جهة أخرى، تستحقه كاملا بتمام الدخول؛ إضافة إلى شاهدي عدل، يشهدان على إقامة حدود الله في إنشاء هذا الرباط المقدس، ويعلنان في الوقت نفسه عن ارتباط الطرفين بميثاق غليظ مصداقا لقوله تبارك وتعالى:**{وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ }[سورة النساء الآية: 21]**؛ ناهيك عن ولي ناصر، سديد التفكير، راجح العقل، يُحكّم العقل قبل المشاعر فيحسن الاختيار ليحمي بذلك حقوق المولى عليهم. مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، من خلال قانون الأسرة جعل لهذا العقد ركنا واحدا يتمثل في رضا الزوجين طبقا للماة التاسعة منه، واشترط ما تبقى من ولي وصداق وشاهدين في المادة التاسعة مكرر من نفس القانون.

وبالحديث عن الولي في عقد الزواج، فإن الولاية على المرأة في الزواج تعد من أهم ما جاء به الدين الإسلامي الحنيف، من أجل صيانة حقوق المرأة وحفظ كرامتها، والحفاظ عليها من اقتحام مجالس الرجال لجهلها به، ولما في ذلك من هدر لكرامتها وتقليل من شأنها؛ ودفع كل ما من شأنه أن يضر بها أو يخدش شعورها، إضافة إلى ترفيعها عن موضع الشبهات وتحصينها من الشائعات.

"والأصل في الولاية أنها لله عز وجل، لقوله سبحانه وتعالى في عظيم قرآنه: {إِنَّ وَلِيِّيَ ٱللَّهُ ٱلَّذِي نَزَّلَ ٱلۡكِتَٰبَۖ وَهُوَ يَتَوَلَّى ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩٦} [سورة الأعراف الآية: 196.]، كما يقول عز من قائل: {وَٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِأَعۡدَآئِكُمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَلِيّٗا وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ نَصِيرٗا ٤٥} [سورة النّساء الآية: 45]. ومن الدعاء لله بتنصيب خير الأولياء يقول الحق:{وَمَا لَكُمۡ لَا تُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلۡمُسۡتَضۡعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلۡوِلۡدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخۡرِجۡنَا مِنۡ هَٰذِهِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهۡلُهَا وَٱجۡعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا وَٱجۡعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرٗا ٧٥}. فالولاية ثابتة لله عز وجل يفوض بها من يشاء من عباده المؤمنين، وهي مسؤولية شرعية محدودة بحدود الله سبحانه، وفقا لأحكام المسؤولية الشرعية في الإسلام"[1]. وهي بهذا المعنى (مسؤولية شرعية)، تستمد مشروعيتها من تمام عناية الإسلام بعقد الزواج وصيانته ورفع مكانته، ورعاية مقاصده. لذلك تمسك بها المسلمون في مختلف عصورهم، إدراكا منهم لأهميتها في حياتهم الاجتماعية، وتمسكا بها في أكمل وأتم صورها، وهو ما سَمَا بهم فوق مواطن الخلاف في تحتم بعض صورها إيمانا منهم أنها إن لم تكن حتما واجبا- في بعض صورها- فإنها شرف لمن تمسك بها، وأن حفظ المكارم من نتائجها، وذلك موطن لا يناله محل الخلاف، ولا يرغب عنه ذووا الغيرة على أعراضهم وأنسابهم، ذلك أن المولى عليه في النكاح يكون عاجزا عن إدراك المصلحة لنفسه بنفسه، وعن درء المفسدة عنها كالصغار، والمجانين مطلقا (إناثا وذكورا)، والإناث مطلقا (صغيرات وكبيرات)، فهؤلاء تكون الولاية عليهم في النكاح ضمن ولاية أعم وأشمل لحفظ الأنفس والأموال، ورعاية المصالح، ودرء المفاسد، بحيث تكون تلك مسؤولية أوليائهم، بالإضافة إلى وازع الطبع الدافع إلى الشفقة والحرص على القيام بشؤون ذوي القربى والعاجزين، وتلك هي الرعاية الاجتماعية في أسمى مكانتها وأجل وأكمل وصفها[2].

ونحن إذ ندرس هذا الموضوع –دور الولي في عقد الزواج- فإننا نبحث في المهام التي أوكلت للولي بصفته وليا، مسؤولا على من تحت ولايته، خاضعا لواجب الحرص على القيام

(1)- ملكة يوسف زرار: موسوعة الزواج والعلاقات الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة (دار الفتح للإعلام العربي: مصر، ط: 1، 1420هـ/2000م)، ج: 1، ص: 270-271.

(2)- عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، رسالة ماجستير (الجامعة الإسلامية: المملكة العربية السعوديه، ط: 1، 1423هـ/2002م)، ج: 1، ص: 56-57.

بشؤونهم وتحقيق مصالحهم، ومن وهذا المنطلق، سنفصل في سلطات الولي ومسؤوليته، وحدود هذه السلطات بين الإطلاق والتقيد باختلاف نوع الولاية (إجبار أو اختيار) لنسقط كل هذه المبادئ على الجانب القانوني، فنتحدث عن دور الولي في قانون الأسرة الجزائري، وعن المهام المنوطة به، والتي يمارسها في إطار حضوره عقد زواج موليته. كما سنناقش مسألة تمكين المرأة من اختيار وليها، من منظور مقدار المصلحة من ذلك، أم أنه مجرد إجراء يؤدي إلى الإلغاء الضمني للسلطات الأبوية، ونداء صريح صارخ للتحرر من هذه السلطات التي تنبع في أصلها من الحماية والتدبر لا من الاستبداد والتجبر.

فننظر من خلال هذه الدراسة للولي بمنظار المهام المنوطة به، التي تعتبر أساسا لتحقيق مصالح المولى عليها وليس لاحتقارها أو الانتقاص من كرامتها وأهليتها، بعيدا عن صراع الركنية والشرطية (فيما يتعلق بمركز الولي) الذي أسال الكثير من الحبر، والذي تم تناوله من كل الجوانب.

من خلال هذا التمهيد نطرح الاشكالية التالية:

بعيدا عن الصّراع المحتدم بين المطالبين بركنية الولي في عقد زواج الراشدة، باعتباره واجب شرعي بحت؛ وبين الساعين إلى تحرير المرأة من قيوده باعتباره وسيلة للتسلط عليها، والحجر على إرادتها والانتقاص من كرامتها، هذا الصراع الّذي لا شكّ ناتج عن اختلاف تصوّر الطرفين لدور الوليّ، ففيم يتمثّل دور الوليّ في عقد الزّواج؟

أهمية الموضوع:

لا شك أن أهمية الموضوع تنبثق من أهمية الولاية في حد ذاتها، والتي (الولاية) عنيت بها الشريعة الإسلامية وأحاطتها بالقداسة والإحترام؛ لأنه لا يكاد أي إنسان أن يتجرد من التعاطي مع الولاية إن باعتباره وليا أو مولى عليه، لذلك يمكن تلخيص أهميته فيما يلي:

- موضوع حيوي يتعلّق باستقرار العلاقات الأسرية خاصّة، والعلاقات الإجتماعية عامة.
- الأهميّة البالغة الّتي يكتسيها الموضوع على الساحة الشّرعية والإجتماعية.
- إظهار وحصر التفصيلات الموجودة في الموضوع بطريقة يسهل الإطّلاع عليها.

أسباب اختيار الموضوع:

- تركيز الدراسات المتعلّقة بالموضوع على مركز الولي في عقد الزّواج دون الإشارة إلى دوره.
- حزّ في قلبي التهميش القانوني للولي في عقد زواج المرأة الراشدة، فأردت نصرته انطلاقا من كوني امرأة.
- إقتراح الأستاذ المشرف لفكرة الموضوع وتحمّسه إليها بشكل لافت، وهو ما زاد من إصراري على المضي في موضوع الوليّ.
- الميل الشخصي إلى الدراسات النقدية والبحث عن أصل المسائل.
- دراسة الولي في عقد الزواج بشكل جديد، وبطرح مميز، فأردته حجة عقلية، ردّا على دعاة تحرير المرأة؛ على أن الولي شُرع أساسا لمصلحة المرأة، محاولة مني الدعوة إلى سبيل ربي بالحكمة والموعظة الحسنة.

أهداف الدراسة:

- تسليط الضوء على أساس تشريع ولاية التزويج.
- إبراز مهام الولي في عقد الزواج.
- التنبيه والتأكيد على أهمية مباشرة الولي لعقد موليته باعتباره ناصر لها وأوسع خبرة منها.
- إظهار المفهوم الايجابي للولاية الشرعية على المرأة.
- إثبات أن الولي ليس عائقا للمرأة.
- التأكيد على أن الأحكام الشرعية تصب في مجملها في تحقيق مصالح العباد.
- إثراء المكتبة العلمية بدراسة جديدة.

منهج الدراسة:

فيما يتعلق بمنهج الدراسة، فقد اعتمدت المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية، ناهيك عن المنهج الجدلي الذي يظهر في الدراسة بشكل جلي، من خلال نقد النصوص القانونية كذلك.

أما فيما يخص المنهجية المتبعة في التهميش كانت على النحو التالي:

فيما يتعلّق بالكتب تمّ ذكر إسم ولقب المؤلّف: عنوان المؤلّف، المحقق، الترجمة (دار النشر: بلد النشر، الطبعة: رقم الطبعة، سنة النشر)، المجلد: رقم المجلد، الجزء: رقم الجزء، الصفحة: رقم الصفحة.

وبالنسبة للرسائل تمّ إدراج إسم ولقب المؤلّف: عنوان المؤلّف، رسالة؛ أطروحة (الجامعة/ الكليّة/ القسم: البلد، السنة الجامعية)، الجزء: رقم الجزء، الصفحة: رقم الصفحة.

وللتفصيل في هذا الموضوع اتبعنا الخطّة الآتية:

الفصل الأول: المقصد من تشريع الوليّ في عقد الزّواج.

المبحث الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المبحث الثاني: نطاق ولاية التزويج.

الفصل الثاني: ضوابط الوليّ في عقد الزّواج.

المبحث الأول: واجبات الوليّ في عقد الزّواج.

المبحث الثاني: المسؤولية التضامنية للوليّ.

الفصل الأول

المقصد من تشريع الولي في عقد الزواج

تثبت الولاية في حقّ الأنثى (باعتبار الأنوثة من أسباب الولاية على النفس بذاتها)، لكون هذه الأخيرة بطبيعة تكوينها عرضة لآفات المجتمع أكثر من الذكر، وإذا أصيبت بآفة من آفاته، كانت في نفسها أعمق تأثيرا، وفي كرامتها أبعد أثرا. لذلك يدعو الإسلام إلى أن لا تغشى المرأة مجتمعات الرّجال إلّا بقوة من الأخلاق الفاضلة والإرادة القوية.

وذلك كلّه لا يكون إلّا إذا كانت هناك مشاركة لها في الحفاظ على نفسها، والمحافظة على سمعتها وعلى شرفها، وكان لابدّ أن يكون الشريك لها في ولايتها على نفسها من أسرتها الّتي تتصل بها، في كلّ ما يعليها أو يخفضها، فإنّها إن علت، صانت أسرتها ولم تمسّها، وإن انخفضت، انخفضت معها سمعة الأسرة[1].

فما الولاية في النكاح إلّا تشريع يؤكّد عظم مكانة المرأة في الإسلام واهتمامه بها، وحرصه على أن لا تكون أداة طيّعة بيد الرّجال يسومونها سوء المعاملة ورديء الأخلاق[2].

(1)– محمد أبو زهرة: الولاية على النفس (دار الفكر العربي: مصر، د.ر.ط، 1994م)، ص: 45.

(2)– نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير (جامعة الخليل/كليّة الدّراسات العليا: فلسطين،1427 هـ/2006م)، ص: 38.

المبحث الأول

أساس ثبوت ولاية التزويج

للولاية أساس في الثّبوت من أجل بيان دور الوليّ، و منها يظهر جليّا اعتبار الولاية في عقد الزواج، الّتي هي مناط مهمّة الوليّ فيها، فلم يشرع هكذا هباء أو بلا أساس، بل هو لغاية مرجوة و لمقصد يراد تحقيقه. فكان هذا كلّه تأسيسا يوافق ذلك التشريع، و هو ما سنظهره في هذا المبحث.

المطلب الأول

ثبوت ولاية التزويج باعتبار شفقة الولي

السمعة والشّرف قد ذكرهما بعض علماء الشريعة في مقاصدها، معبّر عنهما بكلّية العرض، وعلى ذلك، ومن تناسق الأحكام والمبادئ في الشريعة الإسلامية، فقد وُضعت أحكام منها تشريع الولاية، الّذي يعتبر كأداة لتحقيق ذلك المقصد.

كما أنّ عنصري الشفقة والحنان لهما مكان في أخذ الأحكام باعتبار أنّ الشريعة الإسلامية شريعة رحمة وشفقة، وعلى ذلك الأساس نجد أنّ هذا الشعور تمّ مراعاته في أحكام الولاية، والحضانة، والشهادة وغيرها من الأحكام الّتي تتخّذ من الشفقة أساسا لثبوتها.

الفرع الأول

الحفاظ على سمعة المولّى عليها

الولاية شرّعت مراعاة لمصلحة المولّى عليها، بما جبل عليه الوليّ من الشفقة عليها، والحرص على تحقيق منفعتها، فقد مضت العادة بحرص الأولياء على تحقيق مجمل مصالح أقاربهم والشفقة عليهم[1].

(1)– سالم بن عبد الغني الرافعي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، أطروحة دكتوراه (دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع: لبنان ،ط: 1 ،1423هـ/2002م)، ص: 264 .

وعلى ذلك يكون ثبوت ولاية التزويج للرّجل على المرأة مشعرا بإضافة النصرة والحماية لها، لأنّها تجهل مصالح النّكاح، فكان اشتراط الوليّ رعاية لمصلحتها[1] واحتياطا لسعادتها[2].

وعدم ذكر النّكاح مقصود من المرأة بمقتضى محاسن الشريعة، ومكارم الأخلاق وصفات أهل الصّيانة، والغيرة والمروءة. وذكر النّكاح من قبل المرأة في مجلس الرّجال خصوصا مشعر بالوقاحة، والرعونة، والميل إليهم وعدم الحياء، وهذا يؤدي إلى نفور النّاس منها، وسمعة سيّئة لها خاصة عند الخُطاب وأهليهم. فلزمت الولاية صيانة للمرأة عمّا يشعر بوقاحتها، ورعونتها وميلها إلى الرّجال[3]؛ لذلك يطالب الوليّ بالتزويج كي لا تنسب هي إلى الوقاحة[4].

وعليه، ففي الولاية في النّكاح على الأنثى مطلقا: رعاية لحقّها، وصيانة لكمال أدبها وكرم حيائها، وإيصالها إلى مرادها على أتمّ وجه وأشرفه وأكمله. دون هضم لحقّها في اختيار من ترضاه زوجا لها. فيكون نكاحها شورى بينها وبين أوليائها، لرجالها فيه إبرام عقدته، ولها فيه إملاء شروطها حتّى تطيب نفسها[5].

فلا خلاف بين أهل العلم على أنّ الأجدر بكرامة المرأة، وكمال حشمتها وأدبها، أن تنأى بنفسها عن مواطن الرّيب، لتصون عرضها عمّا يشعر بوقاحتها أو ظهور ميلها إلى الرّجال[6]، وحتّى لا تتهم بقلّة الحياء و التطاول.

---

(1)- نضال محمد عبد المعطي: المرجع السابق، ص: 34.

(2)- نضال محمد عبد المعطي، المرجع نفسه، ص: 165 .

(3)- حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي (دار بلسنة للنشر والتوزيع: المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1420ه)، ص: 574؛ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية (دار الفكر العربي: مصر، ط: 3، 1957م)، ص: 119 .

(4)- أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية/فقه الأحوال الشخصية/لوائح دعاوى الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة و إجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتّى فصلها بالحكم والقرارات القضائية الإستئنافية والقوانين (دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن، ط: 1، 1430ه/2009م)، ج: 1و2، ص:156-159؛ صلاح محمد أبو الحاج: سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق (مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع: الأردن، د.ر.ط، 2005م)، ص: 122.

(5)- عوض بن رجاء العوفي: مرجع سابق، ص: 58.

(6)- عوض بن رجاء العوفي: المرجع نفسه، ص: 64.

الفرع الثاني

الحرص على حسن اختيار الزّوج

من الأسس الّتي وضعها الإسلام لبناء أسرة قويّة متماسكة حسن اختيار كلّ من الزوجين شريك حياته، ليكون الاختيار الصالح للزّوج سببا في العشرة الصالحة، الّتي يقطع بها الزوجان رحلة الحياة بهدوء واطمئنان[1].

فليس هناك من يمكن أن يختار لغيره ما يحبّه أكثر من الأقرب إليه، فكلّما صفت القرابة وخلصت من كلّ الشوائب، كان اختيار المحبّ للمحبوب في غاية الحسن، وعلى ذلك يعتمد الإنسان المسلم على اختيار ربّه لما علمه منه أنّ الخير فيما اختاره هو. ولهذا كان الوليّ الأكثر شفقة أكثر حرصا وأحسن اختيارا، وهو لون من ألوان مساعدة المرأة في تحقيق سبب من أسباب النّجاح في الأسرة الجديدة، وعليه تكون المرأة في غاية الراحة والاطمئنان لاختيار وليّها.

وهذا ما يفتقده دعاة تحرير المرأة لما ليس لهم من ضمان حسن الاختيار (لعدم الثّقة) وللأسف الشديد في مثل هذا المجتمع الّذي ذهبت فيه الثّقة بين الوليّ ومولّيته أعاذنا اللّه.

ووفور شفقة الوليّ على مولّيته وكمالها، يجعله يتخيّر الأصلح لمولّيته، ساعيا بذلك إلى تحصيل الشخص الأمثل الّذي يحفظ ويصون مولّيته باعتبارها أمانة عنده، لما جاء على لسان سيّدنا محمد صلّى اللّه عليه وسلّم في حجّة الوداع **{اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ، لَيْسَ تَمْلِكُونَ مِنْهُنَّ شَيْئًا غَيْرَ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمَ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا، إِنَّ لَكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ حَقًّا وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا، فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ، فَلَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ، وَلَا يَأْذَنَّ فِي بِيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُون، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ }**[2]

فيختار الوليّ لكريمته، فلا يزوّجها إلّا لمن له دين، وخلق، وشرف وحسن سمت، فإن

---

(1)- إبتسام رشا إبراهيم زريقة: عوامل استقرار الأسرة في الإسلام، رسالة ماجستير (جامعة النجاح الوطنية/كلية الدراسات العليا: فلسطين، 2010م)، ص: 29.

(2)- محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجه): كتاب النّكاح، باب حقّ المرأة على الزّوج، حديث رقم: 1851، ص: 322.

عاشرها عاشرها بمعروف، وإن سرّحها سرّحها بإحسان"[1].

وبذلك يجب على وليّ المرأة أن يتّقي اللّه فيمن يزوّجها به، وأن يراعي خصال الزّوج، فلا يزوّجها ممن ساء خَلقه أو خُلقه، أو ضعف دينه، أو قصّر عن القيام بحقّها، لأنّ النكاح يشبه الرقّ، لذلك وجب الاحتياط في حقّ المرأة لأنّها رقيقة بالنكاح. يذكر عن أسماء بنت أبي بكر– رضي اللّه عنهما– أنّها قالت: ((إنّما النّكاح رقّ، فلينظر أحدكم أين يرقّ عتيقته))[2]. وقال زيد ابن ثابت–رضي اللّه عنه–:((الزّوج سيّد في كتاب اللّه وقرأ قوله تعالى:{**وَٱسۡتَبَقَا ٱلۡبَابَ وَقَدَّتۡ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٖ وَأَلۡفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلۡبَابِ ... ﴿٢٥﴾ }**)). **[سورة يوسف الآية: 25]**[3] . قال رجل للحسن ابن علي–رضي اللّه عنه– إنّ لي بنتا، فمن ترى أن أزوّجها له؟ قال:((زوّجها لمن يتّقي اللّه فإن أحبّها أكرمها، وإن أبغضها لم يظلمها)). ومن زوّج ابنته ظالما، أو فاسقا، أوشارب خمر، فقد جنى على دينه وتعرّض لسخط اللّه لما قطع من الرحم وسوء الاختيار[4]؛ ليكون الهدف من رقابة الوليّ على اختيار الزّوج هو تسهيل الزواج، وتأمينه، وتوفير عوامل الاستقرار له ورعاية مصالح الفتاة التي ائتمنه اللّه عليها وإن قصر نظرها عن إدراكها، ومن هنا كان مبنى الولاية على حسن النّظر والشفقة[5].

لأجل هذه المعاني، نجد أنّ الإقدام على الزواج ينبغي أن يمنح المزيد من التروي والمشاورة، لأنّ اختيار الزّوجة أمر مهمّ، واختيار الزّوج المناسب أكثر أهميّة وأكبر إلحاحا، لأنّ الرجل إن فشل في زواجه فإنّه يتزوّج بأخرى، أمّا المرأة إن فشلت في زواجها فلا تستطيع تحقيق ذلك باليسير الّذي يتحقّق للزّوج، فتشقى ويشقى معها أهلها لما يترتب على ذلك من آثار سلبية وقطيعة رحم. لذلك كان على وليّ أمر الفتاة أن يحسن اختيار الزّوج المناسب الّذي يكرم زوجته، ويحفظها ويصونها، فيبحث عن الخاطب ذي الدّين والخلق، ليقوم بالواجب الأكمل في رعاية الأسرة ويؤدي حقّ زوجته الّذي شرّعه الإسلام اقتداء بسنّة المصطفى صلّى اللّه عليه

---

(1)– على أحمد عبد العال الطهراوي: شرح كتاب النكاح (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 1، 2005م)، ص: 32.

(2)– أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: كتاب النّكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، حديث رقم: 13481، ج: 7، ص: 133.

(3)– محمود المصري أبو عمار: الزواج الإسلامي السعيد (مكتبة الصفا: مصر، ط: 1، 1427هـ/2006م)، ص: 333.

(4)– على أحمد عبد العال الطهراوي: المرجع السابق، ص: 32.

(5)– محمود المصري: المرجع السابق، ص: 333.

وسلّم: ((**إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوه إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِير**)) [1]. وأيّ فتنة أعظم، وأيّ فساد أشمل على الدّين والأخلاق في الأسرة والمجتمع حين توضع الفتاة المؤمنة بين يدي زوج ملحد، أو رجل متحلّل لا يعرف معنى الشرف و الغيرة[2].

ومن هنا نجد أنّ حسن الاختيار بداية الاستقرار، وهو ما يسعى الوليّ إلى تحقيقه بالدرجة الأولى، انطلاقا من شفقته على مولّيته وحرصه على مصلحتها الّتي لا تتحقّق إلّا باستقرارها في بيت زوجها.

الفرع الثالث

ترتيب الأولياء و عنصر الشفقة

من المواطن الّتي يأخذ عنصر الشفقة فيها حظّا كبيرا، ترتيب الأولياء، باعتبار أنّ الترتيب هنا يكون بتقديم من هو أكثر حرصا على مصالح من يولّى عليها، فهنا الترتيب يتناسب طردا مع الشفقة، فكلّما حضرت الشفقة عند وليّ معين كان الأولى في الترتيب من غيره، وعلى هذا الأساس كان الأب غالبا هو متصدر القائمة في الترتيب باعتبار أنّه الأكثر حرصا من غيره، لأنّه أكثرهم شفقة.

فالمقصود بترتيب الأولياء ذكرهم حسب مراتبهم من جهة الأولوية، ويتقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية والتقدم على غيره. وبالتالي تكون له الولاية دون غيره[3].

لننظر مدى اعتبار عنصر الشفقة في ترتيب الأولياء، بين الشرع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

---

(1)- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: كتاب النّكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، حديث رقم: 13481، ج: 7، ص: 132.

(2)- إبتسام رشا إبراهيم زريفة: المرجع السابق، ص: 41-42.

(3)- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية (مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1413هـ/1993م)، ج: 6، ص: 362-363.

أولا: مراعاة عنصر الشفقة في الترتيب الشرعي

المعنى الفقهي للوراثة أنّها نوع ولاية، لأنّ الوارث يخلف المورث ملكا و تصرفا، فالوراثة هي الخلافة في التصرفات، و تثبت–الوراثة– بالفريضة، والعصوبة والقرابة. وأقوى هذه الأسباب العصوبة، لأنّ الإرث بها متّفق عليه، ويستحقّ بها الوارث جميع المال، فلهذا رُتّبت الولاية على أقوى أسباب الإرث وهو العصوبة [1].

ولأنّ الولاية إنّما تجب صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها، فإنّ ذلك الحرص لا يحصل إلّا من العصبة. كما أنّ الولاية تثبت للنظر[2]، ولا شكّ أنّ النظر يتحقق بالتفويض إلى المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة[3]. وهو محلّ اتفاق بين المذاهب– أنّ الولاية في التزويج للعصبات– مع اختلاف طفيف في التقديم والتأخير، ولكل وجهة نظر في ذلك.

فالحنفية يقومون بتقديم جهة البنوة، فالأبوة شاملة الأب والجد الصّحيح وإن علا، فالأخوة، فالعمومة(العصبة النسبية)، ثمّ العصبة السببية المتأتية من ولاء العتاقة، ثمّ الأقارب غير العصبات أو ما يعرف بذوي الأرحام، بعدها مولى الموالاة، وأخيرا السلطان.

ليستقرّ المالكية على أنّ الوليّ الّذي يجبر هو الأب ثمّ وصيّه، وأمّا الّذي ليست له سلطة الاجبار فالوليّ من القرابة (الابن ثمّ ابنه وإن سفل، ثمّ الأب، ثمّ الأخ ثمّ ابنه، ثمّ الجدّ، ثمّ العمّ ثمّ ابنه)، ثمّ مولى العتاقة ثمّ السلطان.

ويوسّع المالكية من نطاق الولاية لتشمل الكافل الّذي قام بأمور البنت حتّى بلغت عنده، فإنّه تثبت له الولاية عليها ويزوّجها بإذنها إن لم يكن لها عصبة، أمّا المدّة الّتي يستحقّ بها الكافل الولاية، فقد قالوا إنّها المدّة الّتي تحصل فيها للكافل الشفقة والحنان عليها عادة، مع وجوب ظهور هذه الشفقة عليها بالفعل[4].

---

(1)– شمس الدين السرخسي: المبسوط (دار المعرف: لبنان،د.ر.ط، د.س.ن)، ج: 4، ص: 220.

(2)– عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 364.

(3)– برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدئ (إدارة القرآن والعلوم الإسلامية: باكستان، ط: 1، 1417هـ)، مج: 2، ج: 3، ص: 48.

(4)– عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 363–366.

أمّا عند الشافعية: فأولى الأولياء الأب ثمّ الجدّ بعد الأب، لأنّ في الولاية معنى الشفقة معتبر، وشفقة الجدّ فوق شفقة الأخ، فتثبت للجدّ الولاية في المال والنّفس. وكذلك في حكم الميراث حال الجدّ أعلى حتّى لا ينقص نصيبه عن السدس بحال، فلهذا في حكم الولاية بمنزلة الأب لا يزاحمه الإخوة. ثمّ بعد الأجداد وإن علوا الأخ لأب وأم، ثمّ الأخ لأب، ثمّ ابن الأخ لأب وأم، ثمّ ابن الأخ لأب، ثمّ العمّ لأب وأم، ثمّ العمّ لأب، ثمّ ابن العمّ لأب وأم، ثمّ ابن العمّ لأب على قياس ترتيب العصوبة[1].

ليقدّم الحنابلة الابن وإن نزل (بعد الأب وإن علا) على الأخ الشقيق لحديث أم سلمة- رضي اللّه عنها- أنّها لمّا انقضت عدّتها أرسل إليها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم يخطبها، فقالت: ((يا رسول اللّه ليس أحد من أوليائي شاهدا))، قال: **{ لَيْسَ مِنْ أَوْلِيائِكِ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ}**، فقالت لابنها: ((يا عمر قم فزوّج رسول اللّه، صلّى اللّه عليه وسلّم، فزوّجه)) [رواه أحمد والنّسائي]. لأنّه -إبنها-عدل من عصبتها، فقدّم على سائر العصبات لأنّه أقربهم نسبا وأقواهم تعصيبا، ثمّ الأخ الشقيق فالأخ لأب، ثمّ الأقرب فالأقرب كالإرث لأنّ مبنى الولاية على الشفقة والنظر، فأقربهم أشفقهم، ولا ولاية لغير العصبات لقول عليّ -رضي اللّه عنه-((إذا بلغ النّساء نصّ الحقائق فالعصبة أولى، ومن شهد فليشفع بخير)) [2]، ثمّ السلطان أو نائبه لقوله صلّى اللّه عليه و سلم **{...وَ السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ }**[3]. فإن تعذّر من تقدّم، وكّلت المرأة من يزوجها[4].

ثانيا: عدم مراعاة عنصر الشفقة في الترتيب القانوني

قبل التطرق إلى الترتيب القانوني للأولياء، لابد من الإشارة إلى أنّ المادة القانونية المتعلّقة بترتيب الأولياء (المادة 11 ق أج) معدّلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 م، والّذي جاء نتيجة مجموعة من الظروف كان أبرزها تلك المطالب لجمعيات

(1)- شمس الدين السرخسي: المرجع السابق، ص: 219.

(2)- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: كتاب النّكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، حديث رقم: 13695، ج: 7، ص: 196.

(3)- محمد بن يزيد القزويني: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بولي، حديث رقم: 1880، ص: 327.

(4)- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تح: زهير الشاويش (المكتب الإسلامي: لبنان، ط:5، 1406هـ/1986م)، ج: 2، ص: 152-153.

نسوية وجمعيات المرأة، حيث تمّ بموجبه إدخال عدّة تعديلات على قانون الأسرة الجزائري والّتي من أبرزها إلغاء دور وليّ الأمر في عقد زواج البنت الراشدة، مؤكدين أنّهم- المشرع وأتباعه- أخذوا بمبادئ أبي حنيفة-رحمه اللّه- الّذي يجيز الزواج من دون وليّ [1]. واستنادا إلى هذا التعديل أصبحت تنص المادة 11 من الأمر 05-02 على ما يلي: ((تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له))[2]. وبناء على هذه المادة، صار ترتيب الأولياء في زواج الراشدة كالتالي:

"أ- **الأبوة:** هي القرابة الأولى الّتي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولّى عليها. وهنا حصر القانون الولاية في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنّه استبعد الجدّ.

ب- القرابة؛ فيفهم من نيّة المشرع أنّه ترك الحرّية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد درجة من يكون وليا في عقد زواجها، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الوليّ المؤهّل للزواج.

جـ- الوليّ المختار؛ في حالة عدم اختيار الأب أو أحد الأقارب، خول المشرع الحقّ للمرأة في اختيار الوليّ، وبهذا يكون قد خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عليها، لذا يفهم من النص أنّ المشرع حرر المرأة في مسألة اختار الوليّ"[3].

هذا الترتيب يثير عدّة نقاط من أنّه غير مبني على عنصر الشفقة باعتبار الأشخاص والترتيب الّذي جاءت به المادة، فليس هناك مراعاة للتدرج في القرابة وقوّة الإدلاء والدرجة، بل جاءت مجردة من كلّ ذلك، بذكر "أحد الأقارب" دون تحديد ضوابط لذلك. كذلك أنّ "'أو 'المذكورة

---

(1)- مسعود رزيق: إنعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري_دراسة حالة بمدينة باتنة_رسالة ماجستير (جامعة الحاج لخضر بباتنة/كلية العلوم الإجتماعية، والعلوم الإسلامية، والبحث العلمي والعلاقات الخارجية/ قسم علم الإجتماع والديمغرافيا: الجزائر، 1430هـ-1431هـ/2009م-2010م)، ص: 91-92.

(2)- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م.

(3)- عيسى حداد: عقد الزواج دراسة مقارنة (منشورات باجي مختار: الجزائر، د.ر.ط، 2006م)، ص: 147-148.

في النص تفيد التخيير. وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الوليّ(الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير"[1]. ليعزّز القضاء هذا الاتّجاه، حيث جاء قرار صادر عن المحكمة العليا(غ.أ.ش، م.ر: 381880) بتاريخ 2007/02/14م "لا يشترط أن يكون الوليّ محصورا في الأب فقط"[2].

"وبما أنّ الوليّ تختاره المرأة بإرادتها الكاملة، فمن الأكيد أنّها تختار الوليّ الّذي يشاطرها الرأي، وليس الوليّ الّذي يخالفها وإن كان رأيه صحيحا، وهذا يشبه إلى حدّ كبير رفع قيد الوليّ عنها ولذلك و في كلّ الأحوال، ستتزوّج بالشخص الّذي رغبت فيه، ولا يمكن لوليّها أن يمنعها، لأنّه في حالة المنع ستختار وليّا غيره. وهذا ما يتنافى مع الشرع أولا، ومع عادات وأعراف المجتمع الجزائري ثانيا"[3].

ناهيك على أنّه"استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة، فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتّى ولو كان لهذه المرأة أب، أو أخ، أو أي قريبا آخر،حيث أدى هذا التوسع غير المبرر من طرف المشرع إلى التباس الوليّ بالشاهد"[4].

والعنصر الأهم هو إغفال المشرع التنصيص على ضوابط الانتقال من وليّ إلى آخر، أو بالأحرى من الأقرب إلى الأبعد، الأمر الّذي أولته الشريعة اهتماما كبيرا، ووضعت له قواعد لا يمكن مخالفتها،"فقد اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد إلّا في حالة عدم توافر شروط الولاية في الوليّ الأقرب وهي فقد بعض شروط الولاية أو كلّها، أو غيبة الأقرب المنقطعة، أو عضله لمولّيته البالغة الرشيدة.

ومن هنا يمكن القول أنّ المشرع قد انفرد بهذا الرأي عندما اعتبر صحة اختيار المرأة لأي شخص أو الإذن له بتزويجها حال وجود الوليّ الأقرب أو الأبعد كما هو على إطلاقه في قانون الأسرة، وهذا الّذي ليس عليه جمهور الفقهاء الّذين حرصوا على اختيارها العدل والأصلح

---

(1)- الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية (دار الخلدونية للنشر والتوزيع: الجزائر، ط: 1، 1429هـ/2008م)، ص: 66.

(2)- مجلة المحكمة العليا، عدد: 2، سنة: 2007م، ص: 483.

(3)- مسعود رزيق: المرجع السابق، ص: 105.

(4)- أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة (دار الجامعة الجديدة: مصر، د.ر.ط، 2010م)، ص: 87-88.

أو كبير القوم، وليس أي شخص حال انعدام الوليّ الأقرب والأبعد ومن له صلة قرابة بالمرأة. ولذلك فقد خالف المشرع ما عليه جمهور الفقهاء في مراتب الأولياء وفي انتقال الولاية وضوابطها عند انتقالها لشخص من المسلمين، وهذا يتناسب مع إلغاء أيّ دور أو تأثير للوليّ في العقد"[1].

وخلاصة القول أنّ"المشرع أراد تهميش سلطة الوليّ بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد، بغية تجسيد تعاليم حقوق الإنسان بمنح المرأة نفس المركز القانوني للرجل في عقد الزواج، ولكن أخفق في ذلك، لأنّ العدل والقسط لا يتحقّق بالمساواة أحيانا، وخاصة إذا كنّا قد علمنا أنّ طبيعة المرأة تختلف اختلافا بينيا مع طببيعة الرّجل خلقا وفسيولوجيا وكلّ له تأثيره ومؤثّراته"[2].

المطلب الثاني

ثبوت ولاية التزويج باعتبار خبرة الوليّ

الوليّ في أغلب الأحيان يكون أكثر خبرة وتجربة من المولّى عليها، وعلى ذلك فرّق الحديث بين البكر والثيّب في طلب الزّواج، فالأولى تستأذن والثانية تستأمر، لما بينهما من فارق التجربة، وهو ما يجعل الذكر أكثر تجربة وخبرة في معرفة طبائع الرّجال من المرأة، وكذا المرأة أكثر خبرة في شؤون النّساء وهو ما نجده مثلا في إثبات الولادة وغيرها أين يقدّم الفقهاء المرأة على الرّجل لخبرتها و معرفتها أكثر.

فالرأي مطلوب من صاحب الخبرة، الأكثر رزانة وقوامة من غيره.

(1)- محفوظ بن صغير: الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه (جامعة الحاج لخضر بباتنة/ كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية/ قسم الشريعة: الجزائر، 1429هـ-1430هـ/ 2008م-2009م)، ص: 398-399.

(2)- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير (جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان/كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم قانون الأسرة: الجزائر، 2009م-2010م)، ص:27.

الفرع الأول

المعرفة بأحوال الرّجال

الهدف الأصلي من الزّواج هو السكن، والمودّة والرحمة، حيث قال جلّ جلاله في كتابه العزيز: **{وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١ }** **[سورة الروم الآية: 21]**، وكذا التعاون في أمور الحياة والتشارك فيها بحلوها ومرّها، إضافة إلى الحرص على تنشئة الأولاد تنشئة صالحة على اعتبار أنّ أهمّ مقصد للزّواج هو الحفاظ على النوع البشري مصداقا لما جاء في قول رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: **{...،وَتَزَوَّجُوا، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمْ،... }**[1].

وليس كلّ رجل صالح لتحقيق هذه المعاني، ولا قادر على تحمّل مسؤوليات الزواج، وإنّما الرّجال متفاوتون في هذا الشأن، ولذلك فاختيار الزّوج ليس بالأمر الهيّن ولا اليسير، وإنّما يحتاج ذلك إلى رويّة وطول سؤال، أو بعبارة أخرى يحتاج إلى خبرة خاصة، نادرة في المرأة إن لم تكن منعدمة لديها تماما؛ لذلك نصّب لها الشارع ممثّلا "يدافع عنها ويحامي عن حقوقها في عقد لو تولّته بنفسها لأسقطت كثيرا من حقوقها –هذا في الجانب المادي للعقد–. أمّا في الجانب الآخر الأهم– وهو اختيار الزوج المناسب، صاحب الخلق والدين، الّذي يسعد المرأة ويحافظ على حقوقها– فإنّ الوليّ أقدر على ذلك؛ لأنّه في الغالب أكثر تجربة من المرأة الّتي تريد الزّواج"[2] .

ولهذا كانت الولاية ولا تزال مظهر حماية للمرأة وتكريما لها، وليس إجحافا في حقّها لأنّها(الولاية) "مقيّدة بالمصلحة الظاهرة، والمصلحة في ذلك أنّ عقد الزواج عظيم الخطر، والرجال صناديق مغلقة لا تعرفهم النّساء المعرفة الحقّة، لأنّهنّ ملتزمات أخدارهنّ"[3].

فمما يدفعنا إلى عدم التسليم "بجعل الفتاة مثل الفتى في صحّة قبول النّكاح، هو أنّ الفتى

---

(1)– محمد بن يزيد القزويني: كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح، حديث رقم: 1846، ص: 321.

(2)– حسين مهداوي: المرجع السابق، ص: 22.

(3)– محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره (دار الفكر العربي: مصر، ط: 2، 1971م)، ص: 176.

يتعامل مع الرّجال ولا يخفى عليه شيء من أحوالهم، ويتصرّف على بيّنة من أمره بخلاف المرأة، فلطبيعتها وبعدها عن الرّجال، فهي تجهل أحوالهم، وليس لديها دراية بالتعامل معهم، وإذا صحّ للفتى الزّواج فإنّ عقدة النكاح بيده"[1].هذا النكاح الّذي يعتبر "عقدا خطيرا دائما ذو مقاصد متعدّدة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرار وغيرها، يتولاه الرجل(الوليّ) بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة، لأنّه الأقدر على مراعاة هذه المقاصد أما المرأة فخبرتها محدودة، وتتأثر بظروف وقتية، فاقتضت مصلحتها تفويض العقد لوليّها دونها"[2]. وذلك لقربه من الزوج من حيث الطبيعة، فيستطيع الوقوف على حاله دون الاغترار الّذي يمكن أن تتعرض له المرأة إذا انفردت بعقد زواجها. فتداركا لتحصيل مقاصد الزواج على الوجه الأكمل، تمّ تفويض العقد إلى وليّ المرأة[3].

من جهة أخرى، الوليّ أكثر اختلاطا بالنّاس وأعرف بهم، وأكثر إمكانية للسؤال والتحري عنهم. أمّا المرأة فهي قليلة خبرة بالرّجال لأنّها لا تخالطهم كما يفعل وليّها، وليست على قدرة كبيرة من التمييز بين الصادق و الكاذب من الرّجال، فهذه الأمور مجتمعة جعلت ترك الأمر بيد البنت وحدها من شأنه أن يجعلها لقمة سائغة للرّجال من حيث التغرير و الكذب و الغشّ والخداع.

فكان بذلك "الوليّ أقدر على متابعة شؤون الزّواج من حيث السؤال عن الخاطب، وجمع البيانات عنه حتّى تتكون عنه صورة كاملة يمكن الاعتماد عليها، ويمكن من خلالها وبناءا عليها قبول الخاطب أو رفضه، وإنّ المرأة لو تركت وحدها بمعزل عن وليّها و أهلها ففي الغالب لن توفّق إلى اختيار الزوج الكفء ".

وهذا ما يؤكّد أنّ ثبوت ولاية النّكاح للرّجل على المرأة يشعر بإضافة النصرة و الحماية لها، لأنّها تجهل مصالح النّكاح، ولا تجريب لها مع الرّجال، لذلك خشي من خداعها والتحايل عليها في زمن طغى عليه فساد ذمم النّاس[4].

---

(1)- محمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه (جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية: المملكة العربية السعودية،2003م)، مج: 1، ص: 206.

(2)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (دار الفكر: سوريا، ط: 2، 1405هـ/1985م)، ج: 7، ص: 195

(3)- محفوظ بن صغير: مرجع سابق، ص: 377.

(4)- نضال محمد عبد المعطي: مرجع سابق، ص: 32-34.

الفرع الثاني

الرزانة والتروي

النّكاح كما سبق القول يراد لتحقيق مقاصده من السكن والاستقرار و المحبّة و الألفة بين الزوجين، وإنجاب الأولاد، وتربيتهم، والمحافضة عليهم.

وهذه المقاصد المرجوة من رباط الأسرة تتوقّف على حسن النظر، ودقّة التأمل في اختيار الزّوج الّذي تعيش معه المرأة طوال حياتها. وتفويض عقد النّكاح إليها مخلّ بهذه المقاصد والأغراض المتوخاة من العقد، لأنّهنّ سريعات التأثّر والاغترار، يؤثّر فيهنّ أكيدا القول اللّين، والترغيب المصطنع، فيسرعن في الاختيار وإتمام العقد مع قلّة خبرتهنّ في هذا الأمر، فيخترن من لا يصلح لهنّ في معاشرتهنّ بالمعروف[1].

ونتيجة لسرعة تأثّر المرأة، وسهولة خداعها، فإنّها"غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها، فلم يجز تفويض النّكاح إليها كالمبذّر في المال ". وقد رُدّ على القائلين بأنّ: للمرأة حقّ التصرف في أموالها، وليس لأحد عليها سلطان مع بلوغها ورشدها ولا فرق بين الأمرين(عقد الزّواج وعقد التصرفات المالية)؛ لأنّ العلّة هي كمال الولاية بكمال العقل؛ بتبيين:"الفرق بين الزّواج والتصرفات المالية بالنسبة للمرأة ومنها:

1-أنّ الأبضاع أشدّ خطرا، والأموال خسيسة بالنسبة لها مهما عظمت قيمتها، فناسب في الأبضاع بالنسبة للمرأة أن يشترط وليّها معها.
2-أنّ الأبضاع يعرض لها تحمكّم الهوى الّذي يغطي عقل المرأة، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى.
3-أنّ المفسدة إن حصلت في الأبضاع بسبب زواج غير الكفء ، حصل الضرر وتعدى إلى الأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في الأموال لا يكاد يتعدى المرأة. وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فقال:" ((المرأة محلّ الزلل، والعار إذا وقع لم يزل)) "[2].

---

(1)- حافظ محمد أنور: مرجع سابق، ص: 573-574.

(2)- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص: 177.

"فالمرأة لقلّة تجربتها في المجتمع، وعدم معرفتها شؤون الرّجال وخفايا أمورهم، غير مأمونة حين تستبدّ بالأمر لسرعة انخداعها، وسهولة اغترارها بالمظاهر البراقة دون تروّ وتفكير في العواقب. وقد اشترط الوليّ مراعاة لمصالحها لأنّه أبعد نظرا، وأوسع خبرة، وأسلم تقديرا، وحكمه موضوعي لا دخل فيه للعاطفة أو الهوى، بل يبنيه على اختيار من يكون أدوم نكاحا وأحسن عشرة"[1].

وهذا(رجاحة العقل خاصة) فضل من اللّه عزّ وجل خصّ به الرّجل دون المرأة، وهو ما جاء في كتابه العزيز، فقال تعالى:**{... بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ ...}[سورة النساء الآية: 34]** . حيث أنّ من صفات التفضيل: زيادة العقل والدين، والحزم والعزم، وحسن التدبير، ورزانة الرأي، و الصبر والجلد، ومزيد القوة في الأعمال و الطاعات. ولأجل ذلك خُصّوا (الرّجال) بالنبوة و الإمامة الكبرى والصغرى، وإقامة الشعائر، وكمال الصوم والصلاة، والجهاد و الآذان والخطابة، والجمعة والجماعة، والولاية في القضاء وفي التزويج، وفي الطلاق والرجعة، وزيادة السهم في الميراث والديات والشهادات، وإليهم انتساب الأولاد، وكون منهم العلماء والخلفاء والأمراء والغزاة، إلى غير ذلك من الأمور. وفي هذا إشارة إلى أنّ الرجل أفضل من المرأة، ذلك أنّ الذكورة شرف وكمال، والأنوثة نقص خلقي طبيعي مصداقا لقوله تعالى:**{أَوَمَن يُنَشَّؤُاْ فِي ٱلۡحِلۡيَةِ وَهُوَ فِي ٱلۡخِصَامِ غَيۡرُ مُبِينٖ ١٨ }[سورة الزخرف الآية: 18]**. لأنّ نشأتها في الحلية دليل على نقصها الطبيعي المراد جبره، والتغطية عليه بالحلي، ولأنّ عدم إبانتها في الخصام إذا ظلمت دليل على الضعف الخلقي.

ففضل الرّجال على النّساء حاصل من وجوه كثيرة مردّها إلى أمرين هما: العلم و القدرة، فلا شكّ أنّ عقول الرّجال وعلومهم أكثر، ولا شكّ أنّ قدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل. فلهذين السببين حصلت الفضيلة للرّجال على النّساء في العقل والحزم والقوة. وهذا الفضل لم يكن إلّا في أمور يجب إقرارها لمصلحة الأفراد ومصلحة المجتمع، لأنّ نقصان عقل المرأة ما ينبغي أن يفهم أنّه ذمّ لها، فإن كان تميّز الرجل بكمال عقله، فتميّز المرأة بضعفها وقـوّة عاطفتها المكمل لما عند الرجل[2].

---

(1)– محمود المصري: مرجع سابق، ص: 332.

(2)– عبد الكريم بن صالح الكراني: القوامة وأثرها في استقرار الأسرة (دار القاسم للنّشر والتوزيع: المملكة العربية السعودية =

كما أنّ نقصان عقل المرأة مردّه نقصان شهادتها الّذي أشار إليه قوله تعالى: **{... وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ ...}** **[سورة البقرة الآية: 282]**، فدلّت قلّة ضبطها على نقصان عقلها، يقول ابن حجر العسقلاني-رحمه اللّه-((إنّ الاستظهار بأخرى في الشهادة مؤذن بقلّة ضبطها وهو مشعر بنقص عقلها)) [(1)]، كما يقول القرطبي- رحمه اللّه- في المفاضلة بين الرجل والمرأة:((إنّ الرّجال لهم فضيلة في زيادة العقل والتّدبير)) [(2)].

والمرأة مرهفة العاطفة، رقيقة الحسّ، قوية الانفعال، وناحية الوجدان لديها تسيطر سيطرة كبيرة على مختلف نواحي حياتها النفسية، وذلك حتّى يكون لها من طبيعتها ما يتيح لها القيام بوظيفتها الأساسية وهي الأمومة والزوجية على خير وجه. فيحين يدبّر الرّجل الأمور بعيدا عن قوة الانفعال واندفاع العاطفة، ويقدّر العواقب، ويستخلص النتائج بكلّ روّية واتزان، ذلك أنّ مزاج الرّجل أكمل وأقوى وأتم، ويتبع قوة المزاج وكمال الخلقة قوّة العقل وصحّة النظر في مبادئ الأمور وغاياتها، لأنّ طبع الرّجال غلب عليه الحرارة واليبوسة، فيكون فيه قوّة وشدّة، وطبع النّساء غلب عليه الرطوبة والبرودة، فيكون فيه معنى اللّين والضعف[(3)].

"ولا يعكّر على هذا أنّ المرأة اليوم ارتقت إلى مناصب عليا في سلّم الوظيفة العمومية، فاشتغلت محامية وطبيبة ومهندسة(...) فهذا شيء، وأمر الزّواج شيء آخر. وإنّه لواقع أنّ النّساء اليوم يشتغلن في الطب والقضاء والتعليم وغيرها من الوظائف على خلاف ما كان حالهنّ في السابق، لكنّ هذا لا يلغي أنوثتهنّ، وإنّه وإن كان من النّساء من يدرين في أمر النّكاح ما تتحقّق به مصلحتهن، فإنّ درايتهنّ ليست علّة مطردة في جميع النّساء، فالأمر لا ينظر إليه من جانب ما تزاوله المرأة من عمل مهما كان في نظر البعض راقيا.

=ط: 1، 1431هـ/ 2010م)، ص: 30- 45.

(1)- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تح وتص: عبد العزيز بن عبد اللّه بن باز، ترق: محمد فؤاد عبد الباقي، إخ: محبّ الدين الخطاب (دار المعرفة: لبنان، د.ر.ط، د.س.ن)، ج:1، ص: 406.

(2)- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد اللّه بن عبد المحسن التركي؛ شارك في تحقيق هذا الجزء: محمد رضوان عرقسوسي وماهر حبّوش (مؤسّسة الرّسالة: لبنان، ط: 1، 1427هـ/ 2006م)، ج: 6، ص: 280.

(3)- عبد الحميد بن صالح الكراني: المرجع السابق، ص: 30-45.

من أجل هذا كان إسناد الأمر إليها في الزّواج ينافي ضعفها العاطفي الّذي هو جانب جمالي فيها، فكانت ولاية التزويج مظهرا من مظاهر جبره"[1].

(1)- عبد الرحمان العمراني: الإجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة (مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث: الإمارات العربية المتحدة، ط: 1، 1430هـ/ 2009م)، ص: 350.

المبحث الثاني

نطاق ولاية التزويج

الولاية المتعدية هي سلطة تخوّل صاحبها تنفيذ قراراته وتصرفاته على المولّى عليه، والقيام بمختلف شؤونه. وهي بهذا المعنى(باعتبار شؤون المولّى عليه)، لا تخلو أن تكون ولاية على النفس، أو على المال أو عليهما معا. والولاية على النّفس في شقّها المتعلّق بالتزويج، ومن خلال منظار حالة المولّى عليه، لا تخرج هي الأخرى عن إطار ولاية الإجبار وولاية الإختيار.

وهذا ما سنفصّل فيه في هذا المبحث، إضافة إلى الوقوف على الحالات الّتي تعطي للوليّ حقّ الإعتراض على زواج المولّى عليها.

المطلب الأول

الولاية بالموافقة

الوليّ عندما يقوم بتزويج مولّيته، لا يعدو أن يكون وليّا مجبرا، أو ممارسا لحقّه في التزويج طبقا لولاية الاختيار، وفي كلتا الحالتين يكون جزءا من العقد وتكون موافقته معتبرة فيه. لنتناول في هذا المطلب كلّا من ولاية الإجبار وولاية الاختيار.

الفرع الأول

ولاية الإجبار

ولاية الإجبار "تعني أنّ الوليّ بهذه الولاية ينفرد برأيه في تزويج من تحت ولايته، دون أن يكون له حق الرفض والاعتراض، وهذه الولاية يسمّيها الحنفية: ولاية الحتم أو الإيجاب"[1].

(1)- عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص: 345.

أولا: موجب الإجبار

ثبوت ولاية الإجبار على المجانين هي محلّ اتفاق بين الفقهاء، لكنّ الخلاف بينهم يكمن في الأخذ بسبب ثبوتها على العاقلين، باعتبار أنّ سبب الاجبار لا يخرج عن البكارة و الصغر، فمنهم من قال بأنّ مردّها الصغر، ومنهم من قال أنّ أساسها البكارة، ليأخذ فريق آخر بالسببين معا فأي سبب وجد وفّى بالغرض. ولكلّ أدلّته ومستنداته في ذلك.

أ- الصغر: أنصار هذا الاتجاه يقولون بأنّ سبب ولاية الإجبار في النّكاح هو عدم بلوغ سنّ الرشد، ولا دخل في ذلك للبكارة أو الثيوبة. فتثبت على الصغيرة ولاية الإجبار نتيجة ضعف العقل الّذي كان سبب العجز عن إدراك وجه المصلحة المرجوة من الزّواج، وللاحتياط لها لكي لا تفوتها تلك المصلحة بسبب قصور عقلها[1]. فمدار ولاية الإجبار عند الحنفية أصالة، ومن وافقهم من المالكية و الحنابلة في رواية عنهم، هو وجود الصغر وعدمه.

واستند هذا الفريق على أدّلة متعدّدة مجملها كالآتي:

1- البنت الكبيرة لا ولاية إجبار عليها، وليس للأب أن ينكحها بغير رضاها لأنّ شرط جواز زواج البالغة بكرا كانت أو ثيّبا هو رضاها، فدلّ ذلك على أنّ الصغر هو السبب في إجبار البنت الصغيرة[2].

2- أنّ من يعجز عن ولاية نفسه وماله، فالوليّ يستبدّ بالعقد عليه، فالشرع أقام رأي الوليّ مقام رأي الصغيرة باعتبار صغرها، فالصغر صفة ملازمة للبنت بكرا كانت أو ثيّبا، لا ينفك عنها إلّا عند البلوغ الّذي يمكّنها من تدبير شؤون نفسها، والإختيار الصحيح والتخطيط للمستقبل.

3- أنّ معنى الرأي لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر، إذ أنّها تبقى على صغرها ورأيها رغم ثيوبتها، ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف فيقوم رأي الوليّ مقام رأيها كالتصرف في المال تماما[3].

---

(1)- أسامة ذيب سعيد مسعود: أثر الإكراه في عقد الزواج دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير (جامعة النجاح الوطنية/كلية الدراسات العليا: فلسطين، 1427هـ/2006م)، ص: 58-59.

(2)- أسامة ذيب سعيد مسعود: المرجع نفسه، ص: 59.

(3)- نضال محمد عبد المعطي: مرجع سابق، ص: 181.

ب - البكارة: البكر في اللّغة لها عدّة معاني، والمعنى المعتبر في هذا البحث أنّ البكر هي : "المرأة الّتي لم يمسّها رجل. أمّا في الإصطلاح فهي عند المالكية من لوليّها أن ينكحها بغير أمرها –وإن كانت بالغة– يضيف الشافعية". وبذلك فالمالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم يؤسسون ولاية الإجبار على البكارة، ولا اعتبار عندهم للصغر في تقرير الإجبار. فالإجبار يدور عندهم مع البكارة وجودا وعدما.

واستدلوا كذلك بما يلي:

1– تزويج عثمان ابن عفان–رضي اللّه عنه– ابنته و لم يستشرها، وذلك في البكر. وكذلك روى ابن نافع عن عبد الرحمان بن أبي الزناد عن أبيه–رضي اللّه عنهم– أنّهم كانوا يقولون: الرّجل أحق بإنكاح ابنته البكر بغير إذنها، وإن كانت ثيّبا فلا يجوز له ذلك[1].

2– أنّ البكر ولو كانت بالغة فهي جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة، ولأنّها لم تمارس الرّجال، فلا تقف على مصالح النكاح ومفاسده، تماما كالصغيرة، فالصغيرة تزوج جبرا، وكذلك البكر البالغة العاقلة، والعلّة المشتركة بينهما هي الجهالة في الحالتين[2].

فيظهر مما تقدم، أنّ الحنفية ومن معهم من المالكية والحنابلة في أحد القولين، أثبتوا الإجبار على الصغيرة مطلقا، مستندين في ذلك على أنّ الصغر سبب العجز الّذي وجت هذه الولاية لجبره، ليكون مردّ الإجبار عند الشافعية والمالكية هو البكارة مطلقا –سواء كانت البنت صغيرة أم كبيرة– لأنّ البكر لا تعرف مصالح النّكاح، ولا تقوى على فهم الرّجال.

وبذلك يتجلّى أنّ المالكية أخذوا بالسببين معا، فأثبتوا ولاية الإجبار على البكر ولو كانت كبيرة، وعلى الصغيرة ولو كانت ثيّبا.

ثانيا: الوليّ المجبر

نظرا لما تختصّ به ولاية الإجبار من إلغاء أي دور للمولّى عليها في شأن زواجها، وكذا استبعاد كلّ أثر لإرادتها في العقد، لزم أن يكون الوليّ المجبر هو الآخر من طبيعة خاصة،

(1)– أسامة ذيب سعيد مسعود: المرجع السابق، ص: 161.

(2)– نضال محمد عبد المعطي: المرجع السابق، ص: 159–160.

يؤمّن معه تحقيق مصلحة من تحت ولايته على أكمل وجه وأصدقه. وعلى هذا الأساس انقسم الفقهاء إلى فرق في إثبات الإجبار لوليّ معين دون غيره.

فلم يفرّق الحنفية عموما في استحقاق أو عدم استحقاق ولاية الإجبار، لأنّها لا تمتاز عندهم عن درجات الولايات الأخرى[1]، ولأنّ لا ولاية عندهم على الكبيرة إلّا ندبا واستحبابا. فثبتت عندهم ولاية الإجبار لجميع الأولياء، والّذين تمّ التطرق إليهم سابقا*.

أمّا الوليّ المجبر عند المالكية، فهو من يحقّ له أن يزوّج من كان في رعايته من البنات من غير إذنهنّ ولو من أعمى، أو بأقلّ من مهر المثل، ما لم يتحقّق أنّه يريد الإضرار بها.

ويشمل الوليّ المجبر**الأب** الّذي له جبر ابنته على النّكاح، ولو من غير رضاها إذا اتصفت بواحدة من صفتين: البكارة، أو الصغر. ويكون مقيّدا في ذلك بالآتي:

1- إذا لم يكن الأب قد رشّد ابنته البالغة، فإن رشّدها بأن قال لها مثلا : رشّدتك، أو أطلقت يدك في التصرف فلا جبر عليها، لأنّ ترشيده لها دليل على حسن تصرّفها وسداد رأيها.

2- إذا لم تتزوّج البكر، فإن تزوّجت، وأقامت مع زوجها مدّة السنة ثمّ انفصلت عنه، فليس له جبرها، لأنّ إقامتها في بيت الزوجية يصيّرها في حكم الثيّب حتّى لو بقيت بكرا لخبرتها بأمور الزواج وشؤون الرجال.

3- أن يكون الزوج كفئا، فإن كان غير ذلك فلا إجبار للأب لأنّ الضرر ممنوع.

والأب وإن كان له حق إجبار من ذكر من بناته، إلّا أنّه مطالب على وجه الاستحباب أن يستشير ابنته البكر البالغة تطييبا لخاطرها.

كما ينزل **الوصيّ(وصيّ الأب ووصيّه)**، منزلة الأب في جبر من للأب الحق في جبرهنّ، بشرط أن يأمره الأب بالإجبار صراحة أو ضمنيا كأن يقول له: زوّج بناتي قبل البلوغ وبعده، أو تكون وصية الأب منصوصا فيها على النّكاح أو التزويج على وجه الخصوص بأن يقول الأب: زوّج بناتي أو انكحهنّ، فإن لم ينص فيها على النّكاح، كأن يقول له: أوصيك على

(1)- أسامة ذيب سعيد مسعود: المرجع السابق، ص: 73.

*- أنظر: الفرع الثالث، المطلب الأول، المبحث الأول.

بناتي، فليس له الجبر. وليس للوصيّ الجبر إلّا إذا بذل الزّوج مهرا مناسبا لحال المرأة، مقايسة لها بمثيلاتها من النّساء، فليس الوصيّ مثل الأب من جميع الوجوه[1].

ليستحقّ ولاية الإجبار عند الشافعية الأب والجدّ فقط، فقال الشافعي- رحمه اللّه- ((...والأجداد آباء، إذا لم يكن أب يقومون مقام الآباء في ذلك)) ، إلّا أنّهم شرطوا جواز الإجبار بحصول المنفعة للمرأة في هذا النّكاح. قال الشافعي- رحمه اللّه-: ((يجوز أمر الأب على البكر في النّكاح إذا كان النكاح حظا لها أو غير نقص عليها، ولا يجوز إذا كان نقصا لها أو ضررا عليها)).

وقد اشترط الشافعية لجواز تزويج الأب ابنته البكر بغير إذنها شروطا أهمّها أن لا تكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، وأن يكون الزّوج كفؤا وأن يكون موسرا بحال الصداق[2].

هذا، وإن كانت ولاية الإجبار تقوم على إلغاء إرادة من تثبت عليها هذه الولاية، لتقوم محلّها إرادة الوليّ المجبر، وهو ما يظهرها بمعنى التسلط والسيطرة والتحكم، إلّا أنّها عكس ذلك تماما، لأنّها وجدت لتحقيق المصلحة، فتجبر البنت خشية فوات الكفء، أو إذا كان في تزويجها شفاء لها(...)،كما أنّها ليست مطلقة، بدليل ثبوت الخيار للمجبرة بعد زوال سبب الجبر عنها، وهو أمر متفق عليه بين جميع المذاهب الفقهية. كما أخذ به- الخيار- القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا(غ.أ.ش، م.ر: 255711) صادر بتاريخ 2001/02/21"...ولمّا لم يدخل بها إلى غاية بلوغها سنّ الرشد، كان لها الحقّ الشرعي في إنجاز عقد الزّواج أو إبطاله"[3].

ثالثا: ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري

طبقا لنص المادة 1/7 ق أ ج الّتى تنص: ((تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.))، فإنّ المشرع يذهب إلى عدم تزويج الصغيرة إلّا لضرورة أو مصلحة يقدّرها القاضي،

(1)- الصادق عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلّته (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع: لبنان، ط: 1، 1423هـ/2002م)، ج: 2، ص: 559-563.

(2)- نضال محمد عبد المعطي: المرجع السابق، ص: 154-155، 187-188.

(3)- المجلة القضائية الجزائرية، عدد: 2، سنة: 2002م، ص: 424.

مع ثبوت الولاية للأب في هذه الحالة بإعطائه الإذن بالنسبة للقاصر الّتى لا تتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في هذه المادة. ومن ثم لا يصح انفراد القاصرة بمباشرة عقد زواجها بنفسها شرعا وقانونا طبقا للمادة 2/11 ق أج((... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له)).

وأمّا عن علّة منع القاصرة من الانفراد بزواجها، فهي وفقا للمشرع الجزائري تتمثل في الصغر، أي دون بلوغ المرأة سن التاسعة عشر[1].

فبعد تعديل المادة 13 ق أ، أصبحت تختص بحالة منع إجبار الفتاة القاصرة على الزواج فقط ((لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة الّتي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها))، بعد أن كانت قبل التعديل عامة تخص الفتاة القاصرة والراشدة على السواء. فاستثنى الراشدة لأنّها يمكن أن تختار وليا غيره، وأبقى على القاصرة الّتي مازالت تحت سلطة، والّتي لا يمكن لها أن تتزوّج بدونه، كما لا يمكن لوليّها أن يزوّجها دون موافقتها، أو يجبرها على الزّواج بمن لاترغب فيه[2]. وحتّى القضاء منع الإجبار، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا(غ.أ.ش، م.ر: 249128) صادر بتاريخ 2000/07/18" ولا يحقّ للقضاة إجبار المرأة الغير راضية به، على إتمام إجراءات الزواج"[3]. "غير أنّ النص أغفل مسألة مهمة، وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الآمر، وذلك حين يجبر الوليّ ابنته عموما(راشدة أو قاصرة) على الزّواج بمن لا ترضاه فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟ وهل يكون صحيحا أو باطلا؟ وفي هذا لابد من التفريق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

لأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنّه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي) فيكون هنا العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه"[4].

(1)- محفوظ بن صغير: مرجع سابق، ص: 402-403.

(2)- مسعود رزيق: مرجع سابق، ص: 105-106.

(3)- المجلة القضائية الجزائرية، عدد: 2، سنة: 2003م، ص: 267.

(4)- الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص: 67.

أما فيما يتعلق بصاحب الولاية على القصر (باعتبار الصغر موجب الإجبار في ق أ)، فنجد أنّ المشرع قد حصره في الأب، وإن لم يكن الأب تنتقل الولاية لأحد الأقارب الأوليين أي الأقرب درجة، وهنا المشرع بهذا الترتيب يكون قد راعى عنصر الشفقة الّذي تقوم على أساسه الولاية. وفي حالة عدم وجود الأقارب الأولين يؤول الأمر إلى القاضي الّذي يعد بدوره وليّ من لا ولي له. وبهذا النص يكون المشرع قد قرر حماية للقصر في عقد الزواج، ولم يخرج عن القاعدة العامة المعمول بها في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة الّتي هي بحاجة إلى حماية أكبر.

فجاءت بذلك المادة 13 ق أ بتحديد صريح لولاية الأب أو غيره، الّذي يجب أن لا يجبر الفتاة على الزّواج، وخاصة إذا كان الشخص غير مرغوب فيه، لأنّه طاعن في السن، أو غير متعلّم، أو له زوجة ثانية. لأنّ قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين أن لا يجبروا البنت على الزواج بدون رضاها[1].

"ليكون بذلك المشرع قد وضع حدّا نهائيا لنقاش قديم وطويل، حول مدى سلطة الوليّ في إجبار من في ولايته على الزّواج بشخص لا تأنس إليه، أو تكره أن ترتبط به بعقد زواج"[2].

الفرع الثاني

ولاية الاختيار

بعد أن تطرقنا سابقا إلى ولاية الإجبار من أنّها تثبت للصغر، أو البكارة، وأنّها تثبت لأشخاص محدّدين دون سواهم(بغضّ النظر عن المذهب الحنفي الّذي منح هذه الولاية لكافة الأولياء على السواء)، سنخصص هذا الفرع للحديث عن الوجه الثاني للولاية على النفس، وهو ولاية الاختيار.

---

(1)- عيسى حداد: مرجع سابق، ص: 141-142.

(2)- عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-02)، مرفقة بـ:

- فتاوى لكبار العلماء من صميم الواقع الجزائري.

- نماذج من قرارات المحكمة العليا من أرشيف القضاء الجزائري.

(دار الخلدونية: الجزائر، ط: 1، 1420هـ/2007م)، ص: 69.

أولا: تعريف ولاية الاختيار

أ- المقصود بولاية الاختيار: "ولاية الاختيار هي حقّ الوليّ في تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه، ويقال لصاحبها ولي مخيَّر"[1]. وهي" تثبت للوليّ على موليّته على وجه الندب والاستحباب، وليس على وجه الإجبار"[2]. كذلك أنّ ولاية الاختيار"هي الّتي تخوّل صاحبها النظر في شؤون المولّى عليه بناء على اختياره ورغبته، فلا يملك بها الوليّ تزويج المولّى عليه من غير رضاه واختياره"[3]. فركزت هذه التعاريف في مجملها على ثبوت خيار المولّى عليها ورضائها.

أمّا من أطلق عليها ولاية الشركة، فيعنون بها: "أن لابد من اشتراك الوليّ ومولّيته في الرضا بالزّوج، فالوليّ في هذه الولاية لا ينفرد ولا يستبدّ بتزويج موليّته كما في ولاية الإجبار"[4].

ليطلق عليها: "ولاية الاختيار أو ولاية الشركة، وذلك لأنّ جمهور الفقهاء يرون أنّه ليس للمولّى عليها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليّها في اختيار الزّوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها على الزّواج، ولذلك تسمّى هذه الولاية ولاية الاختيار. كما تسمّى ولاية الشركة، لأنّه ليس له أن يجبرها، بل لابدّ من أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك، ويشتركا في الاختيار، ويتولّى هو الصيغة"[5].

لنصل في الأخير إلى أنّ ولاية الاختيار هي" الّتي لا يستطيع الوليّ أن يستبدّ فيها بتزويج المولّى عليها، بل لابدّ أن تتلاقى إرادة الزّوجة مع إرادة الوليّ، ويشتركا في الاختيار، ويتولى هو الصيغة، لأنّها سلطة ثابتة شرعا للوليّ تخول له تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها"[6].

---

(1)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 188.

(2)- عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص: 345.

(3)- أحمد شامي: مرجع سابق، ص: 84.

(4)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 346.

(5)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص: 108.

(6)- عيسى حداد: مرجع سابق، ص: 120-121.

ب- المولّى عليها اختيارا : وككلّ موضوع، هناك اختلافات فقهية في المولّى عليها اختيارا، نحاول تلخيصها في الآتي:

فبالنسبة للحنفية:"ولاية الندب والاستحباب هي الولاية على الحرّة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيّبا في قول أبي حنيفة-رحمه اللّه- وشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولّى عليها لا غير"[1].

أما المالكية: فكما سبق القول في ولاية الإجبار من أنّهم يثبتون هذه الأخيرة على البنت إذا اتّصفت بالبكارة أو الصغر، ويقيّدون ذلك بشروط سبق الإشارة إليها*. فكلّما انتفت صفة الإجبار، أو تحقق شرط من قيودها ثبتت ولاية الاختيار."فتثبت إذن على الثيّب البالغة الّتي زالت بكارتها بزواج صحيح أو فاسد، والبكر البالغة الّتي رشّدها أبوها، البكر الّتي أقامت مع الزّوج سنة ثمّ تأيّمت وهي بكر واليتيمة الصغيرة الّتي خيف عليها إمّا فساد يلحقها في دينها، أو فساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلّة الإنفاق عليها"[2].

لتثبت عند الشافعية "ولاية الاختيار لكلّ الأولياء العصبات في تزويج المرأة الثيّب"[3]. فليس للوليّ تزويج الثيّب العاقلة إلّا بإذنها، ووجه ذلك عند الشافعي- رحمه اللّه-: أنّها لمّا مارست الرّجال زالت غباوتها، وعرفت ما يضرّها منهم وما ينفعها، ولأنّها عرفت مقصود الزّواج، فلا تجبر بخلاف البكر. فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلّا بإذنها، وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتّى تبلغ وتأذن لأنّ إذنها غير معتبر في حال الصغر، ومعتبر في حال الكبر، فلا يجوز الإفتيات* عليها[4].

---

(1)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح وتع على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 2، 1424هـ/2003م)، ج: 3، ص: 369.

*- أنظر: الوليّ المجبر عند المالكية،الفرع الأول من هذا المطلب، ويراجع في ذلك: الصادق عبد الرحمان الغرياني في مؤلفه مدونة الفق المالكي، ص:559-563.

(2)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 203 و211-212.

(3)- وهبه الزحيلي: المرجع نفسه، ص: 191.

*- الإفتيات: تعني افتات عليه في الأمر: حكم، ويقال لكلّ من أحدث شيئا في أمرك دونك: فقد افتات عليك فيه. وافتات بأمره: أي مضى عليه ولم يستشر أحدا. والإفتيات: هو السبق إلى الشيئ دون ائتمار من يؤتمر. يراجع: نضال محمد نضال عبد المعطي، ص: 139، هامش رقم: 3.

(4)- نضال محمد عبد المعطي: مرجع سابق، ص: 139.

فأثبت بذلك الشافعية ولاية الاختيار على المرأة الثيّب العاقلة.

ثانيا: دافع الأخذ بولاية الاختيار

يثبت الحنفية ولاية الاختيار في تزويج المرأة الحرّة البالغة العاقلة سواءا كانت بكرا أو ثيّبا، رعاية لمحاسن العادات والآداب الّتي يراعيها الإسلام، إذ للبالغة العاقلة عندهم أن تتولّى تزويج نفسها باختيارها وإرادتها[1]، ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحبّ أن يتولّى الوليّ صيغة الزّواج بالنيابة عنها، ولذلك يسميها الحنفية ولاية ندب واستحباب[2].

كما ردّ الحنفية على قول الشافعي –رحمه اللّه– بأنّ لا عبارة للنّساء في باب النّكاح، واحتجاجه على ذلك بقوله تعالى:**{وَأَنكِحُواْ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ ...}[سورة النور الآية32]** من أنّه خطاب للأولياء، بقولهم أنّ: "خطاب الأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الوليّ شرط جواز الإنكاح، بل على وفاق العرف والعادة بين النّاس. فالنّساء لا يتولّين النّكاح بأنفسهنّ عادة، بل الأولياء هم الّذين يتولّون ذلك عليهنّ برضاهنّ، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب"[3].

أمّا المالكية والشافعية فيثبتون ولاية الاختيار على التوالي: على البكر البالغة المرشّدة أو المقيمة سنة في بيت زوجها ثمّ تأيّمت، والصغيرة اليتيمة، وعلى الثيّب البالغة العاقلة لأنّهم جعلوا الوليّ شرط صحة في النّكاح . فذهبوا إلى أنّ النّكاح لا يصحّ إلّا بوليّ ، واستندوا في ذلك إلى أدلّة متعدّدة من الكتاب والسنّة. فمن القرآن الكريم:

1– قوله تعالى:**{وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِ ...}[سورة البقرة الآية: 232]**، فأخذوا من ذلك أنّ الزّواج من عمل الأولياء، فهم الّذين نهاهم اللّه عزّ وجلّ في هذه الآية عن عضل النّساء أن ينكحن أزواجهنّ، وأنّه تعالى لم ينههم عن ذلك إلّا لأنّ لهم الحقّ في تزويجهنّ، وهذا تفسير الإمام الشافعي – رحمه اللّه– للآية فإنّه حكى عن بعض أهل العلم أنّ الآية تخصّ الأولياء ووافقهم على ذلك

(1)– وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 189.

(2)– محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية،108.

(3)– علاء الدين الكساني: مرجع سابق، 374.

بقوله: ((ولا أعلم الآية تحتمل غيره. لأنّه إنّما يؤمر بأن لايعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتمّ به نكاحها من الأولياء، والزّوج إذا طلّقها فانقضت عدّتها، فليس بسبيل منها فيعضلها، وإن لم تنقض عدّتها فيحرم عليها أن تنكح غيره، وهو لا يعضلها عن نفسه. وهذا أبين ما في القرآن أنّ للوليّ مع المرأة في نفسها حقا)).

2- قوله تعالى:**{... وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ ...}[سورة البقرة الآية221]**، ووجه الدلالة منه أنّ اللّه تعالى نهى أولياء النّساء أن يزوّجوا المشركين المؤمنات اللّاتي هنّ تحت ولايتهم. كذلك قوله تعالى:**{وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ...}[سورة النور الآية32]**، فلم يخاطب تعالى بالنّكاح غير الرّجال، ولو كان إلى النّساء لذكرهنّ[1].

3- قال تعالى:**{قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَـٰتَيۡنِ .....}[سورة القصص الآية: 27]** ، ففي هذه الآية الكريمة دليل على الأمر في النّكاح إلى الأولياء من الرّجال، وأنّ الولاية في النّكاح سنّة الأنبياء والصالحين قبل بعثة خاتم الأنبياء صلّى اللّه عليه وسلّم. كما أنّ ابن العربي-رحمه اللّه -قال عند تفسير هذه الآية الكريمة: "قال علماؤنا في هذه الآية دليل على أنّ النّكاح إلى الوليّ لأنّ صالح مدين تولاه، وبه قال فقهاء الأمصار"[2].

أمّا من السنّة الشّريفة فنذكر ما يلي:

1- قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: **{لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ }**[3].

2- عن عائشة-رضي اللّه عنها-قالت: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم:**{أَيَّمَا امْرَأَةَ لَمْ يُنْكِحْهَا وَلِيُّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِل، فَنِكَاحُهَا بَاطِل، فَنِكَاحُهَا بَاطِل، فَإِنْ أَصَابَهَا، فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ }**[4].

---

(1)- عبد الرحمان العمراني: مرجع سابق، ص: 322-323.

(2)- عوض بن رجاء العوفي: مرجع سابق، ص: 88.

(3)- محمد بن يزيد القزويني: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بوليّ، حديث رقم: 1881، ص: 327.

(4)- محمد بن يزيد القزويني: ، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بولي، حديث رقم: 1879، ص: 327.

3- حديث عائشة-رضي اللّه عنها-((أنّ النّكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء منها نكاح النّاس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليّته فيصدّقها ثمّ ينكحها(...)، فلمّا بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم هدم نكاح الجاهلية كلّه إلّا نكاح النّاس اليوم)) [1]. وهو الّذي يتمّ بحضور وليّ المرأة في نكاحها من يوم خطبتها، إلى أن تنتقل إلى بيت زوجها، فدلّ إقراره عليه الصلاة والسلام صورة النّكاح الّذي يتمّ على هذا النحو وهدم باقي الأنحاء الأخرى، وهو ما أكّده ابن حجر- رحمه اللّه- بقوله: ((احتجّ بهذا على اشتراط الوليّ)) [2].

المطلب الثاني

الولاية بالاعتراض

يرى الجمهور وجوب تقييد المرأة في اختيار الزّوج، حيث يكون-من أول الأمر- الوليّ شريكا لها في الاختيار حتّى لا يقع المحظور الّذي يخشون، وهو أن تزوّج نفسها من غير كفء. في حين رأى الحنفية أنّه لا يصحّ أن تقيّد حرّية المرأة في الاختيار لأمر يُتوقع، وقد يقع، وكثيرا لا يقع بل تركوا حريّة الاختيار لها كاملة من غير أن يشركها أحد. ولأنّ الحريّة دائما لا تخلو من تكليف ملزم، فإنّ المرأة عند أبي حنيفة-رحمه اللّه- ملزمة ألّا تتزوّج إلّا كفأً وبمهر المثل[3] وإلّا كان للوليّ حقّ الاعتراض. وبهذا يكون قد احتاط هو الآخر لحقّ الوليّ بإعطائه حقّ الاعتراض إن كان مهر مولّيته دون مهر المثل، وكذا إذا زوّجت نفسها من غير كفء[4].

(1)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلّا بولي، حديث رقم: 5127، ص: 1016-1017.

(2)- عبد الرحمان العمراني: مرجع سابق، 325.

(3)- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، ص: 126-127.

(4)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص: 130.

الفرع الأول

الاعتراض لعدم الكفاءة

أولا: تعريف الكفاءة

الكفاءة في اللّغة هي المساواة، ومنه قوله تعالى:{وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ ۝٤ }[سورة **الإخلاص الآية: 4**] [(1)]. و"يراد بها في النّكاح: المساواة بين الزّوجين في أمور مخصوصة، يعتبر الإخلال فيها مفسدا للحياة الزوجية"[(2)].

وتشتمل الكفاءة على عدّة عناصر، اختلف الفقهاء في الأخذ ببعضها دون البعض الآخر، على أنّ"المذهب الحنفي هو أوسع المذاهب الأربعة فيها، لأنّه أطلق حرّية المرأة في الزّواج فاحتاط للوليّ بالتوسع في الكفاءة، والتّشدد في اشتراطها، لكي لا تسيء المرأة في زواجها إليه"[(3)]. بحيث تتمثّل هذه العناصر فيما يلي:

1- الكفاءة في النسب: النسب هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد، فإذا كانت الزّوجة يتصّل نسبها بأصل معلوم، فلا يكافئها إلّا من كان مماثلا لها في هذه الصّلة، لأنّ النّاس يأنفون من مصاهرة من دونهم في النسب، ويعيّرون بذلك.

اعتمد هذا العنصر كلّ من الحنفية، والشافعية والحنابلة دون المالكية، الّذين اعتبروا ذلك أخذا بالعصبية الجاهلية الّتي نهى عنها النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم.

2- الكفاءة في الحرّية: فالمُعْتَق ليس كفئا لمن لها أب في الحرية.

وهو عنصر متّفق على الأخذ به بين جميع المذاهب.

3- الكفاءة في الإسلام: ويقصد بها إسلام الآباء والأجداد، لأنّ إسلام الزّوج شرط لانعقاد

---

(1)- محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية (دار الفكر ناشرون وموزعون: الأردن، ط: 3، 1431هـ/2010م)، ص: 74.

(2)- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، ص: 129.

(3)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 141.

زواجه، فإن كان للزّوج المسلم أب وجدّ مسلمان، فإنّه يكون كفئا لمرأة مسلمة لها أب وأجداد في الإسلام.

اعتبر الحنفية هذا العنصر، أمّا المالكية والشافعية فلم يذكروه، والحنابلة أخذوا به بما يقارب المذهب الحنفي.

4- الكفاءة في المال والغنى: بأن يكون الزّوج قادرا على المهر والنفقة، لأنّ من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفأ لها، كذلك لأنّ النّاس يتفاخرون بالغنى ويتعيّرون بالفقر.

وأخذ بهذا العنصر الحنفية دون غيرهم.

5- الكفاءة في التديّن: التديّن هو التقوى والصلاح، لأنّ التديّن من أعلى المفاخر والمرأة تعيّر بفسق الزّوج.

وقد أخذ بهذه الكفاءة الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى حدّ ما وأسموها الكفاءة في الفقه وكذا الحنابلة.

6- الكفاءة في الحرفة: والمراد بها العمل الّذي يزاوله الشخص ويكسب منه رزقه، والكفاءة في الحرفة هي أن تكون حرفة الزّوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة أهل الزّوجة في المنزلة. وهذا القول هو الراجح عند الحنفية، وأخذ به المالكية في أحد قوليهم، وأخذ به الشافعية، أمّا المذهب الحنبلي فلم يذكر الكفاءة في الحرفة[1].

أمّا عن وقت اعتبار الكفاءة، فهو"وقت إنشاء عقد الزّواج، لأنّها شرط إنشاء لا شرط بقاء"[2].

كما أنّها تشترط أصالة في"جانب الرّجل، أي يشترط أن يكون الرّجل كفئا للمرأة ولا يشترط أن تكون المرأة كفئا للرّجل، وذلك لأنّ النصوص الواردة في الكفاءة تتجه كلّها إلى اشتراطها من

(1)- أحمد سعيد أبو راس: أحكام الزّواج في الإسلام نظرة تقويمية للكفاءة في عقد الزواج (الدار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان: الجماهرية العربية الليبية الشعبية الإشتراكية العظمى، ط: 1، 1425هـ)، ص: 25-52.

(2)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص: 143.

جانب الرّجل، ولأنّ العار لا يلحق أسرة الرّجل إذا تزوّج من خسيسة، وهو يلحق أسرة المرأة إذا تزوّجت من خسيس"[1].

ثانيا: حقّ الاعتراض عند نقص الكفاءة

اتفق الفقهاء على أنّ الكفاءة حقّ لكلّ من المرأة وأوليائها، فإذا تزوّجت بغير كفء كان لأوليائها حقّ طلب الفسخ، وإذا زوّجها الوليّ بغير كفء كان لها أيضا الفسخ.

فالحاصل أنّ المرأة إن تركت الكفاءة، فحقّ الوليّ باق وبالعكس[2].

أ- الكفاءة حقّ للوليّ

يكون للوليّ حقّ الاعتراض على العقد إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، أو شخص غير معلوم الحال، ولا يسقط ذلك الحقّ إلّا بالرضا صراحة أو دلالة[3]. فالكفاءة حقّ للأولياء لأنّهم يتضرّرون بنسبة غير الكفء إليهم، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض[4].

ولو رضي بعض الأولياء سقط حقّ الباقين-في الاعتراض-في قول أبي حنيفة ومحمد- رحمهما اللّه-، وعند أبي يوسف-رحمه اللّه- لا يسقط، ووجه قوله: أنّ حقّهم في الاعتراض ثبت مشتركا بين الكلّ، فإذا رضي به أحدهم فقد أسقط حقّ نفسه فلا يسقط حقّ الباقين. ولهما- أبو حنيفة ومحمد رحمهما اللّه- أنّ هذا الحقّ لا يتجزأ، لأنّه ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة، وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط لكلّه لأنّه لا بعض له، فإذا أسقطه واحد منهم لا يُتصوّر بقاؤه في حقّ الباقين.

ولأنّ حقّهم - الأولياء- في الكفاءة ما ثبت لعينه، بل لدفع الضرر، والتزويج من غير كفء وقع إضرارا بالأولياء من حيث الظاهر، فالظاهر أنّه لا يرض به أحدهم إلّا بعد علمه

(1)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص: 142.
(2)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 237.
(3)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 145-146.
(4)- علاء الدين الكساني: مرجع سابق، ص: 574.

بمصلحة حقيقية هي أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها[1].

مع التأكيد على أنّ حقّ الوليّ في الاعتراض ليس مطلقا على الزمن، فإن بقي مستمرا طوال الحياة الزوجية، فمعنى ذلك أنّ هذه الأخيرة ستبقى مهدّدة بالخطر لأنّ تعرض الوليّ غير معروف، وسيأتي في أيّ وقت. لذلك فإن حقّ اعتراض الوليّ يسقط إذا ما ولدت الزّوجة حرمة للولد وصيانة له من الضياع ويلحق الحبل الظاهر بالولادة. وما دام لم يتحقق أحد السببين، فإنّ حقّ الوليّ قائم لا يسقط[2].

ب- الكفاءة حقّ للمرأة

على اعتبار أنّ الكفاءة حقّ للمرأة أيضا، يكون لها طلب الفسخ إذا زوّجها الوليّ بغير كفء، ويكون ذلك في الحالات التالية:

1-إذا وكلّت المرأة وليّها العاصب، فزوّجها ولم يشترط الكفاءة عند العقد، ثمّ تبيّن أنّ الزّوج غير كفء، يكون لها الاعتراض عليه لعدم إسقاطها حقّها في الكفاءة.

2- إذا زوّج الوليّ المرأة شخصا معيّنا برضاها، واشترطت هي الكفاءة ولم يشترطها هو، يكون لها حقّ الاعتراض وليس له أن يعترض[3].

ج- حقّ الأم في الاعتراض

للأمّ حقّ الاعتراض على الأب إذا أراد أن يزوّج ابنتها المرغوب فيها ممن هو أقّل منها، فلها أن تشكوه إلى القاضي لينظر فيما أراده الأب، هل هو صواب فيمضيه، أو غير صواب فيردّه[4].

(1)- علاء الدين الكساني: المرجع السابق، ص: 575.

(2)- أحمد سعيد أبو راس: المرجع السابق، ص: 60-61.

(3)- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص: 146.

(4)- الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 511.

الفرع الثاني

الاعتراض لعدم مهر المثل

أولا: المهر

شرّع الإسلام الصّداق تكريما للمرأة، وبيانا لنيّة الرّجل على شراء مودّتها وحسن التقرب منها بغية بناء أسرة متماسكة.

والصّداق في اللّغة: مشتق من الصدق، ويراد به مهر المرأة.

أمّا اصطلاحا: فالصداق هو ما وجب بنكاح أو وطء، وسمي بذلك للإشعار بصدق رغبة باذله في النّكاح الّذي هو الأصل في إيجاب المهر[1].

"وله أسماء عشرة: مهر، وصداق، ونحلة، وأجر، وفريضة، وحِباء، وعقر،وعلائق، وطول ونكاح. قال تعالى:**{وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلاً ...}[سورة النّساء الآية: 25]**، وكذا قوله سبحانه:**{وَلۡيَسۡتَعۡفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغۡنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ ...}[سورة النور الآية: 33]** . نظم ثمانية منها في بيت:

صداق، ومهر، وفريضة حباء،وأجر، ثمّ عقر، علائق"[2].

وهذا المهر تستحقّه المرأة" بالعقد في الزّواج الصحيح، ويتأكّد بالدخول الحقيقي[3].

كما يشترط في المهر: أن يكون ممّا يجوز تملكّه وبيعه (فلا يجوز أن يكون خمرا أو خنزيرا)، وأن يكون معلوما وسالما من الغرر، فلا يجوز فيه مثلا بعير شارد. وزاد الحنفية شرطا رابعا وهو أن يكون النّكاح صحيحا، فلا تصح التسمية في النّكاح الفاسد لأنّ الفاسد ليس بنكاح، لأنّه يجب مهر المثل بالوطء[4].

---

(1)- أحمد شامي: مرجع سابق، ص: 91.

(2)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 251.

(3)- الرشيد بن شؤيخ: مرجع سابق، ص: 73.

(4)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 259.

ويستمدّ المهر مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب:

1- قوله تعالى:{...وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا تَرَٰضَيۡتُم بِهِۦ مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمٗا ٢٤ }[سورة النساء الآية: 24].

2- قال تعالى:{وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيـٔٗا مَّرِيـٔٗا ٤ }[سورة النساء الآية: 4] .

3- كذلك قوله جلّ وعلا:{وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ٢٠ }[سورة النساء الآية: 20] .

أمّا من السنّة الشريفة:

1- أنّ النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم رأى عبد الرحمان بن عوف وعله وضر من صفرة، فقال:**{مَهْيَم يَا عَبْدَ الرَّحْمَان؟}** فقال: تزوّجت أنصارية، فقال:**{فَمَا سُقْتَ إِلَيْهَا؟}** قال: وزن نواة من ذهب، قال:**{أَوْلِم وَلَو بِشَاة}**[1].

2- أنّ رسول اللّه أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها[2].

3- قال صلّى اللّه عليه وسلّم للرّجل الّذي طلب أن يزوّجه من امرأة جعلت أمرها للنبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم:**{هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟}**، قال: لا واللّه يا رسول اللّه، قال له رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم:**{انْظُرْ وَلَو خَاتَمَا مِنْ حَدِيد}**[3].

أمّا من الإجماع:

فقد أجمعت الأمّة الإسلامية على مشروعية الصداق في النّكاح[4].

---

(1)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب قول الرجل لأخيه...، حديث رقم: 5072، ص: 1006.

(2)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب من جعل عتق الآمة صداقها، حديث رقم: 5086، ص: 1008-1009.

(3)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، حديث رقم: 5087، ص: 1009.

(4)- محمود علي السرطاوي: مرجع سابق، ص: 97-98.

هذا، بالإضافة إلى أنّ الشريعة الإسلامية لم تجعل حدّا لأقلّ المهر ولا لأكثره، إذ النّاس يختلفون في الغنى والفقر، ويتفاوتون في السعة والضيق، ولكلّ جهة عاداتها وتقاليدها، فتركت التحديد ليعطي كلّ واحد على قدر طاقته، وحسب حالته، وعاداته وعشيرته[1].

ثانيا: مهر المثل

حدّده الحنفية: بأنّه مهر امرأة تماثل الزّوجة وقت العقد من جهة أبيها لا أمّها إن لم تكن من قوم أبيها، كأختها، وعمتها وبنت عمّها في بلدها وعصرها. وتكون المماثلة في الصفات المرغوبة عادة وهي: المال، والجمال، والسنّ، والعقل والدين، لأنّ الصداق إنّما يزداد بزيادة هذه الصفات، ويختلف باختلاف البلدان. فإن لم توجد من تماثلها من جهة أبيها، اعتبر مهر المثل لامرأة تماثل أسرة أبيها في المنزلة الإجتماعية، فإن لم يوجد فالقول للزّوج بيمينه لأنّه منكر للزّيادة الّتي تدّعيها المرأة.

وحدّده المالكية بأنّه ما يرغب به مثله- أي الزوج- في مثلها -أي الزوجة- عادة ويعتبرونه بأقارب الزوجة وحدها.

ويعتبر مهر المثل عند الشافعية بمهر نساء العصبات، وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهنّ، فإن لم يكن لها أقارب، اعتبر بنساء بلدها.

فيما يعتبره الحنابلة بمن تساويها من جميع أقاربها، من جهة أبيها وأمها، وإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها، فإن عدمن اعتبر أقرب النساء شبها بها من أقرب البلدان إليها[2].

ومهر المثل من شروط لزوم عقد النكاح عند الحنفية، فوجب بذلك كمال مهر المثل في إنكاح الحرّة البالغة نفسها من كفء برضا أوليائها، فإذا زوّجت نفسها من كفء بأقل من مهر مثلها، بمقدار لا يتغابن فيه النّاس بغير رضا أوليائها، فالعقد غير لازم في حقّهم[3].

(1)- علي أحمد عبد العال الطهراوي: مرجع سابق، ص: 49.

(2)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 266-267.

(3)- عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص: 128؛ أحمد سعيد أبو راس: المرجع السابق، ص: 17.

ثالثا: حقّ الاعتراض على الزّواج بأقّل من مهر المثل

المهر تثبت عليه عدّة حقوق، فهو حقّ اللّه أولا وحقّ العباد لاحقا.

أ-حقّ اللّه تعالى: وجوب المهر أثرا للعقد، بحيث لا يخلو عنه، فلو انعقد الزّواج بدون مهر وجب مهر المثل بحكم الشرع بالدخول[1].

ب-حقّ للعباد:

1-الأولياء: اختلف الفقهاء في حقّ الأولياء في الاعتراض إذا زوّجت البالغة العاقلة نفسها من كفء بأقّل من مهر المثل.

فذهب أبو حنيفة-رحمه اللّه- إلى أنّ لوليّها منعها من الزّواج بدون مهر مثلها لأنّه يلحقهم في ذلك عار، وفيه ضرر على نساء قومها لنقصان مهر مثلهنّ[2]. فقيّد أبو حنيفة-رحمه اللّه- حقّ الأولياء في الاعتراض بنزول المهر عن مهر المثل،"فلو زوّجت البالغة العاقلة نفسها بأقلّ من مهر مثلها، كان لوليّها العاصب عنده أن يعترض على هذا العقد ويطلب فسخه، لأنّ الأولياء يعيّرون بأقل من مهر المثل، ورضا المرأة بإسقاط حقّها لا يسقط حقّ وليّها، فإن أتّم الزّوج مهر مثلها لزم العقد وسقط الفسخ"[3].

أمّا عند الشافعي وأحمد-رحمهما اللّه- فإنّه ليس للوليّ منعها وذلك لأنّ المهر خالص حقّها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها، ولأنّ لها إسقاط المهر كلّه فبعضه أولى[4].

2-الزّوجة: يكون حقّها في المهر"بثبوت ملكها له بالقبض، وأنّ لا يقلّ عن مهر مثلها، فلو زوّجها وليّها بأقّل من مهر مثلها وكانت رشيدة عند الحنفية، وغير مجبرة عند المالكية، فلها حقّ الاعتراض على هذا الزّواج، ويبطل تزويج الأب ابنته البكر بدون مهر المثل، وأثبت الشافعية للمرأة مطلقا حقّ الاعتراض إن زوّجها وليّها بأقّل من مهر المثل"[5].

---

(1)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 275.

(2)- محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص: 79.

(3)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلّته، ص: 276.

(4)- محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص: 79.

(5)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 275.

الفرع الثالث

حقّ الوليّ في الاعتراض في قانون الأسرة الجزائري

خوّل القانون المرأة الراشدة –بموجب المادة 11 ق أ" إبرام عقد زواجها، وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد، لكنّ المشرع إضافة إلى الرضا اشترط حضور الوليّ في عقد الزّواج، وهذا الوليّ قد يكون الأب، وإن لم يكن الأب يكون أحد الأقارب دون تحديد درجة القرابة، وإن لم يكن أحد الأقارب يكون أيّ شخص تختاره الفتاة العازمة على إبرام عقد زواجها، وبذلك : يكون المشرع قد ذكر الأب أولا في الظاهر دون الاقتصار عليه وحده".

كما أنّ المشرع باستعماله الحرف'أو' " ترك الحرية للمرأة في اختيار الوليّ مع احترامها وعدم احترامها لهذا الترتيب، بمعنى هل تضع المرأة اعتبارا للأب والعادات والتقاليد؟، أم ترسم طريقا لحياتها دون أيّ اعتبار؟"[1].

هذه الحرية في الاختيار تتناسب مع إلغاء أيّ تأثير للوليّ في العقد، متبعا في ذلك المشرع–على حدّ تعبير المؤيّدين لاتجاهه– مذهب الأحناف "الّذي ألغى دور الوليّ في زواج الراشدة، غير أنّه ما ثبت عن أبي حنيفة–رحمه اللّه– أنّه لم يلغ حقّ الوليّ عندما لم يشترطه في زواج المرأة البالغة كما اشترطه الجمهور، فقد أعطاه حقّ إيقاف العقد إذا لم يكن الزّوج كفئا–وتوسع في الشروط الّتي تدخل في الكفاءة– كما أعطاه الحقّ في المطالبة بفسخ العقد إذا كان المهر أقلّ من مهر المثل.

فالجمهور جعلوا الولاية شرطا لصحّة النّكاح ولم يجيزوا للمرأة الانفراد بتزويج نفسها أبدا، بينما أعطى أبو حنيفة–رحمه اللّه– المرأة الحقّ في تزويج نفسها ولكنّه جعل للوليّ الحقّ في إيقاف العقد"[2].

وهذا ما لم يأخذ به المشرع الجزائري، فلا هو أخذ بمذهب الجمهور ولا هو طبّق المذهب الحنفي بكلّ حذافيره. بل أعطى للمرأة الحرية الكاملة في إبرام عقد زواجها بمن تختاره وترضاه، دون قيد أو شرط، وبدون أن يجعل حدودا لتلك الحرية بإعطاء الوليّ حقّ التدخل بالاعتراض

(1)– عيسى حداد: مرجع سابق، ص: 139–140.

(2)– مسعود رزيق: مرجع سابق، ص: 104.

في حال تمادي المولّى عليها، واستبدادها في استعمال حقّها في هذه الحرية –تعسفيا– في مجال مفتوح من الجهتين. فالمشرع لم يحتط لحقّ الوليّ ولم يعطه حقّ الاعتراض، بدليل عدم التنصيص عليه في قانون الأسرة، فلم يبيّن كيفيته ولم يحدّد العناصر الّتي يعطي تخلّفها للوليّ حقّ الاعتراض كما جاء ذلك صريحا في المذهب الحنفي.

وبالرجوع إلى ترتيب الأولياء الّذي جاءت به المادة 11 ق أ(الأب، أو أحد الأقارب أو الشخص المختار)، فمن يمكن أن يكون له حقّ الاعتراض؟

فلو كان للأب حقّ الاعتراض، لما أعطاه المشرع مقعد الملاحظ، ولما منحه مجرّد الحضور بدون فعالية، جاعلا منه شرطا شكليا مفرغا من المحتوى يتساوى حضوره مع غيابه، ولما انتزع منه سلطته الأبوية، ولما سلب منه حتّى شرف العقد على ابنته الّتي علّمها كيف تخطو أولى خطواتها في هذه الحياة، وأمسك بيدها حين أوصلها إلى أول مدرسة اختارها لها، ووضع لها كلّ أسس مستقبلها. أبعد بلوغها أصبحت أكثر منه حكمة؟ وأعلم منه بشؤونها؟ أما كان يجدر بالمشرع أن يحفظ لهذا الأب ولو جزءا بسيطا من جميله؟ كما أنّ المشرع لو كانت لديه نيّة ولو بسيطة في حفظ جميل الأب، ما كان وضعه في قائمة للاختيارات، لم يشفع له حتّى تصدّرها من إمكانية الاستغناء عنه، إذ أنّ أول معارضة تصدر عنه تؤدي إلى حذفه من هذه القائمة، والانتقال إلى الوليّ الّذي يليه.

أم كان حريّا بالمشرع أن يمنح حقّ الاعتراض لأحد الأقارب، والّذي دون شك ستختار المرأة منهم من يوافقها لا من يعارضها.

فتبقّى بذلك الوليّ المختار، والّذي وبكلّ بساطة سيمنعه شرف اختياره من المعارضة.

"فحبذا لو أنّ المشرعين الّذين لا يعجبهم تزويج الوليّ لمن هي تحت ولايته، أن يمنحوا هذا الوليّ المتعثّر حقّ الاعتراض على تزويج البنت لنفسها، كلّما ظهر أنّها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواجها مع غير كفء[1]، أو مع فاسق فاجر، أو مع عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له ولها، مع العلم أنّ أمر الزّواج لا يهمّ المرأة وحدها بقدر ما يهمّ أسرتها

(1)– سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل (دار هومة: الجزائر، د.ر.ط، 2007م)، ص: 43

وأقاربها أيضا، وأنّ ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر[1] .

ومن خلال المادة 11 ق أ، يظهر جليا أنّ المشرع الجزائري" حاول أن يرضي بعض الغواني وبعض السياسيين ممّن عملوا أكثر من قدرتهم على إلغاء وجود الوليّ في إبرام عقد الزواج، وأن يرضي بعض المتسيّسين وبعض المتفقهين ممّن أصروا على إبقاء شرط الوليّ كأمر واقع، فاختار أن يجمع بين المتناقضين، ونصّ على أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها ولكن فقط بحضور وليّها"[2]، الّذي هو أبوها، أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره، متناسيا بذلك الحكمة الشرعية من تشريع الولاية، مرضيا جميع الأطراف وإن كلّفه ذلك الخروج عن أحكام الشريعة، والسباحة عكس التيار بإخضاع الأغلبية لحكم الأقلية.

(1)– سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص: 43.

(2)– سعد عبد العزيز: المرجع نفسه، ص: 41.

الفصل الثاني

ضوابط الولي في عقد الزواج

الولاية على المرأة جعلها اللّه أحد أهم مسؤوليّات الرّعاية و الحفظ التّي أوجبها على عاتق الأب، أو الجدّ أو الأخ (الوليّ الشرعي). وألزمه بها في إبرام صيغة ميثاق النّكاح. فلا ولاية للمرأة في النّكاح، ويلزم وجوبا توافر رضائها الشّرعي الصحيح. فولاية الوليّ لا تنفك مطلقا عن وجوب توافر رضاء المرأة، ورضاؤها لا يسقط وجوب الالتزام بالولاية الشّرعية عنها في إبرام ميثاق النّكاح. فهما حكمان شرعيان متكاملان[1].

ولأنّ الواجب دائما تقابله المسؤوليّة، فإن واجب الوليّ المتمثّل في إبرام ميثاق النّكاح نيابة عن موليّته، يرتب عليه مسؤوليّة إيجابيّة وسلبيّة على حدّ سواء. فعقد الزّواج يتمّ بين طرفين، إلّا أنّ آثاره تمتدّ إلى أطراف أخرى تؤثّر وتتأثّر بدورها بهذه العلاقة الزّوجية. ليكون مردّ هذا كلّه أنّ الزّوجين يعيشان في مجتمع متكامل لا في بيئة منعزلة عن الآخرين.

(1)– ملكة يوسف زرار: مرجع سابق، ص: 271 .

المبحث الأول

واجبات الوليّ في عقد الزّواج

الوليّ لم يشرّع اعتباطا أو بلا أساس، أو شرّع من أجل الحدّ من حريّة المرأة وإذلالها وإهانتها، والحجر على إرادتها والانتقاص من أهليتها، مثلما يدّعيه دعاة تحرير المرأة، وإنّما شرّع حماية للمرأة، وصونا لكرامتها، وتحقيقا لمصالحها العاجلة والآجلة دون سعي منها؛ ليكسب بذلك الإسلام المرأة المسلمة قدرا وشرفا، ومكانة سامية بين قريناتها من نساء العالم.

إلا أنّ هذا لا يتأتّى فقط بالتّأسيس والتّشريع، وإنّما يتوثق ويتحقق الهدف منه بتكليف الوليّ بواجبات محدّدة يقوم بها على وجه الإلزام، بكلّ حزم ومصداقية، بغض النظر عن كونه ركنا في عقد الزّواج أو شرطا من شروطه .

المطلب الأول

نقل إرادة المولّى عليها

" لم يهمل الشّارع الحكيم جانب المرأة في الزّواج حين شرّع الولاية عليها، ولم يهدر رأيها، بل أنّه شرّع بجانب الولاية عدم جبر المكلّفة على الزّواج بمن لا ترضاه ولو كان كفأً سواء كانت بكرا أو ثيّبا؛ ولذا طلب من الوليّ لكي يكون العقد صحيحا نافذا، أن يرجع إلى الزّوجة ويعرف رضاها، وهل هي راغبة في الزّواج أو راغبة عنه"[1]. وهذا ما نساه أو تناساه دعاة تحرير المرأة عندما صوّروا الوليّ على أنّه وسيلة لجبر وقهر المرأة، وأنّه وسيلة للتسلط والترهيب. متجاهلين كذلك أنّ الوليّ يجبر من طرف القاضي على تزويج ابنته بمن ترضاه إن كان مناسبا لها، وثبت عضله لها. كما أنّه معرّض للإقالة من منصبه إذا ثبت تعسّفه في استعمال حقّه، بتزويج موليّته بمن لا ترضاه، وما كان ذلك إلّا كون الوليّ مهمته منوطة بحماية جانب المرأة لا ظلمها وعضلها.

وصدور الرّضا من المرأة – بحسب حالها بكرا أو ثيّبا – يكون بالتأكيد بالتّلميح حين

(1)– بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام (دار التأليف: مصر، ط: 2، 1961 م)، ص: 127.

الاستئذان وبالتّصريح حال الاستئمار، استنادا لأحاديث الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم. وهذا ما سنتناوله بالتّفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول

الاستئذان

قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: **{لاَ تُنْكَحُ اَلْبِكْرُ حَتّى تُسْتَأْذَنَ }** قالوا: يا رسول اللّه وكيف إذنها؟ قال:**{أَنْ تَسْكُت }** [1]. وعن عائشة-رضي اللّه عنها- أنّها قالت:((يا رسول اللّه إنّ البكر تستحي؟)) قال: **{رِضَاهَا صَمْتُهَا }**[2]. وقال ذكوان مولى عائشة-رضي اللّه عنها-: سمعت عائشة-رضي اللّه عنها-تقول: ((سألت رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم عن الجارية ينكحها أهلها، أتستأمر أم لا ؟)) فقال لها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: **{نَعَمْ تُسْتَأْمَرْ }.** فقالت عائشة-رضي اللّه عنها-: فقلت له:((فإنّها تستحي))، فقال لها رسول اللّه صلّى اللّه عليه و سلّم:**{فَذَلِكَ إِذْنُهَا إِذَا هِيَ سَكَتَتْ }**[3]. عن ابن عبّاس-رضي اللّه عنهما- أنّ النّبي صلّى اللّه عليه و سلّم قال:**{...وَاَلْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا}**[4].

فمن حقّ المرأة إعطاء رأيها في الزواج، إذ يهمّها بالدرجة الأولى، سواء كانت بكرا أو ثيّبا، ولها كلّ الحقّ في أن ترفض الخطبة أو الزواج بمن تقدّم إليها إذا رأت ذلك، وليس لوليّها أن يكرهها أو يجبرها على زواج لا تريده[5].

---

(1)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلاّ برضاهما، حديث رقم: 5136، ص: 1018؛ مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري: كتاب النّكاح، باب استئذان الثيب في النّكاح بالنطق و البكر بالسكوت، حديث رقم: 1419،ص: 588.

(2)- محمد ابن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثّيّب إلّا برضاهما، حديث رقم: 5137، ص :1018 .

(3)- مسلم ابن الحجاج النيسابوري: كتاب النكاح، باب استئذان الثّيّب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1420، ص: 588.

(4)- مسلم ابن الحجاج النيسابوري: كتاب النكاح، باب استئذان الثّيّب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1421، ص: 599.

(5)- حسن علي مصطفى حمدان: مكانة المرأة في الإسلام (شركة الشهاب: الجزائر، د.ر.ط، 1990م)، ص: 51.

قال رسول اللّه صلّ اللّه عليه وسلّم: **{لَا تُنْكَحَ الثَّيِبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَإِذْنُهَا الصُّمُوتُ}**[1]، على هذا الأساس فقد جمع الإسلام بين جعل حقّ التزويج لوليّ المرأة، وحقّ المرأة في قبول من ترضاه زوجا لها، ورفض من لا ترغب فيه ولا ترضاه، وبناء على ذلك فقد منع الأولياء من الاستبداد وعضل النساء في تزويج مولياتهم من بنات وأخوات وغيرهنّ بدون رضاهنّ[2]؛ فجاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1993/03/30(غ.أ.ش، م.ر: 90468) "...لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزّواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها"[3].

فاستنادا لما تقدم من الأحاديث، يبدو جليّا وجوب استئذان البكر قبل تزويجها، حيث تأذن هذه الأخيرة بالصُّمات وما يُعتبر في معناه.

أولا: المقصود بالاستئذان

1-لغة: الإذن في اللّغة هو إطلاق الفعل والإباحة، وهو الإباحة بالإتيان بالفعل كيف شاء الفاعل؛ والإباحة هي التخيير بين الفعل والترك دون ترتّب ثواب أو عقاب[4]. والاستئذان في اللّغة هو طلب الإذن؛ وأذن بالشيء إذنا بمعنى أباحه، وعلى هذا فإنّ الاستئذان هو طلب الإباحة[5]. فالإباحة تكون بمقتضى الإذن سواء أكان صريحا أم ضمنيا[6].

2-اصطلاحا: لم يخرج الفقهاء في استعمالهم للإذن عن المعنى اللّغوي[7].

ثانيا: كيفية الاستئذان

البكر تستأمر: أي في أمر نفسها في النّكاح، وهو دليل على أنّه ليس لأحد من الأولياء أن يزوجها من غير استئذان، أبا كان أو غيره، وتستأذن البكر خالية لا في ملأ من النّاس لكيلا

(1)- محمد بن يزيد القزويني: كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيّب، حديث رقم: 1870، ص: 325.
(2)- مولاي ميلاني بغدادي: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية (قصر الكتاب: البليدة، ط: 1997م)، ص: 175
(3)- المجلة القضائية الجزائرية، العدد: 3، سنة: 1994م، ص: 66.
(4)- الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الكويت، ط: 2، 1404هـ/1983م)، ج: 2، ص: 376-377.
(5)-الموسوعة الفقهية: المرجع نفسه، ج: 3، ص: 144
(6)- الموسوعة الفقهية: المرجع نفسه، ج: 2، ص: 377.
(7)- الموسوعة الفقهية: المرجع نفسه، ج: 2، ص: 376.

يمنعها الحياء من الردّ إذا كانت كارهة، ولا تذهب حشمة الوليّ عنه بردّها قوله[1].

كما "يستحسن أن يستشيرها أبوها بواسطة لا مشافهة، لأنّ شدّة استحياء البنت من أبيها، قد يحول دون معرفة رأيها"[2].وذلك إمّا بإرسال نسوة ثقات إليها ينظرن ما في نفسها، ولو أنّ إرسال أمّها إليها أولى من غيرها لأنّها –البنت – تظهر لأمها ما تخفيه على غيرها. إضافة إلى أنّ الأم تشارك الوليّ في النّظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها لشفقتها عليها، ولأنّ في مشاركتها –الأم –في تزويج ابنتها تطييب لقلبها[3].

والشرط في الاستئذان أن يقع قبل عقد النّكاح، وأن يذكر الوليّ تسمية الخاطب على وجه تقع به المعرفة بأن يذكر للمولّى عليها اسم الخاطب، ونسبه ومنصبه ونحو ذلك، لتكون على بصيرة من أمرها في إذنها لوليّها بتزويجها منه. ذلك أنّ في إظهار رأيها فائدة مؤكّدة للوليّ، ولا يتأتى ذلك إلاّ بذكر هذه الأمور[4].

ثالثا: إذن البكر

للتعبير عن الإذن وسائل متعدّدة، فيكون بالفظ الصريح الدال على الإذن، كما قد يكون بالإشارة أو الكتابة أو الرسالة[5].

وبالرجوع إلى الأحاديث السّالفة الذكر: "فإذا كانت المرأة بكرا فرضاها يكون بالسكوت، لأنّ البكر تستحي عادة من إظهار الرّضا بالزّواج صراحة، فيكتفى منها بالسكوت محافظة على حيائها"[6]. لما في النطق بالرضا من إظهار للرغبة في الرّجال، فتكون بسبب حيائها بمنزلة الخرساء الّتي تقوم إشارتها مقام عبارتها، فكذا يقوم سكوت البكر مقام نطقها بالرضا[7].

---

(1)– شمس الدين السرخسي: مرجع سابق، ص: 196.

(2)– الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 562.

(3)– عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص: 140–141.

(4)– عبد الكريم زيدان: المرجع نفسه، ص: 432–441.

(5)– الموسوعة الفقهية: المرجع السابق، ج: 2، ص: 385.

(6)– وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 212.

(7)– عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 433.

ويمكن تأصيل سكوت البكر من القاعدة "السكوت في معرض البيان بيان"، فسكوت البكر في معرض يفرض عليها بيان موقفها يدلّ على أنّها راضية، وهو ما يناسب الحياء. أمّا عند الرفض فلا تسكت لما لا يوافق ذلك أبدا، وكذلك هذا السكوت عن المرغوب يكون اطمئنان النفس وسكون له، أمّا عند الرفض يكون انفعال للبكر فترد بشدّة وهو القول والإعلان. كما أنّ سكوت البكر عند الاستئذان هو صورة من الصور الخارجة عن قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول"، الّتي تدلّ على أنّ السكوت لا يعتبر إذنا[1].ويستحب إعلام البكر بأنّ سكوتها إذن، كما يستحب إطالة المقام عندها لئلا تخجل فيمنعها ذلك من المسارعة[2].

ومثل السكوت في دلالته على الرضا بالزواج والإذن للوليّ فيه تبسمها أو ضحكها، لأنّه أدلّ على الرضا بالتصرف من السكوت. وكذلك إذا بكت من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردّا للزّواج ورفضا للإذن، وإنّما هو رضا به مع إظهار الحزن على مفارقة بيت أبويها[3]. مع التّأكيد على أنّ السكوت، والتبسم والضّحك يعتبر رضا إذا كان المستأذن لها هو الوليّ الأقرب، أمّا الوليّ البعيد لو استأذنها فحدث منها شيء من ذلك فلا يدل ذلك على إذنها ورضاها، بل لابدّ من القول أو الفعل الّذي يفيد الإذن لاحتمال أن يكون سكوتها لعدم التعويل على استئذان ذلك الوليّ البعيد لوجود من هو أقرب منه وأحقّ[4].

رابعا : من يشترط القول في إذنها من الأبكار

استثنى المالكية من قاعدة "إذن البكر صماتها "عددا من الأبكار لابدّ من إذنهنّ بالقول وهنّ :

1- البكر الّتي رشّدها أبوها أو وصيّه: بأن أطلق الحجر عنها في التّصرف المالي، وهي بالغ، فلابدّ من إذنها بالقول.

2- البكر الّتي عضلت: أي منعها وليّها من الزّواج بدون مسوّغ، ورفعت أمرها إلى القاضي فتولّى تزويجها، فلابدّ من إذنها بالقول .

(1)- الموسوعة الفقهية: المرجع السابق، ج: 2، ص: 376.

(2)- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: مرجع سابق، ج: 9، 193.

(3)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 433.

(4)- بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق: ص: 128.

3- البكر ولو كانت مجبرة إذا زوّجت برجل فيه عيب يوجب لها الخيار كجذام وبرص وجنون وخصاء، فلابدّ من نطقها بأن تقول: رضيت به.

4- البكر ولو كانت مجبرة إذا زوّجت برقيق: فلابدّ من إذنها بالقول، لأنّ العبد ليس بكفء للحرّة. وهذه الصورة لا وجود لها في الوقت الحالي، على اعتبار أنّ زمن الرّق قد ولّى.

5- البكر غير المجبرة الّتي افتات(تعدّى)عليها غير المجبر، فعقد عليها بغير إذنها، ثمّ بلغها خبر زواجها، فلابدّ من رضاها بالقول الصّريح بهذا العقد[1].

الفرع الثاني

الإِستِئمَارُ

أولا: المقصود بالاستئمار

الأمر لغة هو الطلب، واصطلاحا هو طلب الفعل على سبيل الاستعلاء[2]؛ أمّا الاستئمار فهو:

1- لغة: المشاورة.

2- اصطلاحا: طلب الأمر أو الإذن. وممّا استعمل الفقهاء الاستئمار فيه: إذن البالغة عند تزويجها[3].

ثانيا: دليل الاستئمار

إذا كانت المرأة كبيرة ثيّبا، لم يكتف منها في الإذن بالتزويج إلاّ بالتصريح بالرضا قولا، ولا يعتد بسكوتها وذلك تطبيقا للأحاديث النبويّة الشريفة التالية :

1- قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم :**{لاَ تُنْكَحُ الآيِمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ... }**[4].

---

(1)- الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 569؛ وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 213 .

(2)- الموسوعة الفقهية: المرجع السابق، ج: 2، ص: 377.

(3)- الموسوعة الفقهية: المرجع نفسه، ج: 3، ص: 160-161.

(4)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيّب إلّا برضاهما، حديث رقم: 5136، ص: 1018.

2- عن ابن عبّاس-رضي اللّه عنهما- أنّ النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال:**{اللآيِمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ...}**[1].

3- قال رسول اللّه صلّ اللّه عليه وسلّم:**{لَا تُنْكَحَ الثَيِبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَإِذْنُهَا الصُّمُوتُ}**[2].

فأصل الاستئمار هو طلب الأمر، ومعنى ذلك أنّه لا يُعقد عليها حتّى يطلب الأمر منها. فيؤخذ من "تستأمر "أنّ الوليّ لا يعقد إلاّ بعد أن تأمره هي -الثيّب - بذلك. وهذا ليس فيه دلالة على عدم اشتراط الوليّ في حقّها، بل فيه إشعار بتأكيد اشتراطه. إضافة إلى أنّ الاستئمار يدلّ على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمرة، ولهذا يحتاج الوليّ إلى صريح إذنها في العقد. فإذا صرّحت بمنعه امتنع اتّفاقا[3].

ثالثا: تعبير الثيّب عن رأيها

الاستئمار كما سبق القول يعني المشاورة، ومقتضى هذه الأخيرة هو التصريح بالقول لأنّها لطلب الرأي؛ وكونها مفاعلة، فهي تقتضي وجود القول من الجانبين[4].

فمن أجل ذلك كان رضا الثيّب بالقول الصريح، أي تفصح عن رأيها وعمّا في ضميرها من رضا أو منع. لأنّ الأصل ألاّ ينسب إلى ساكت قول، وألاّ يكون السكوت رضا، لكونه محتملا في نفسه، وإنّما اكتفي به في البكر للضّرورة، لأنّها تستحي عادة من التصريح عن رغبتها في الزّواج، والثّابت بالضّرورة يقدّر بقدرها، ولا ضرورة في حقّ الثّيب لاعتيادها معاشرة الرجال، فلا تستحي عادة من إعلان رضاها أو رفضها، فلا يكتفى بسكوتها عند الاستئذان[5].

---

(1)- مسلم ابن الحجاج النيسبوري: كتاب النكاح، باب استئذان الثيّب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1421، ص: 559.

(2)- محمد بن يزيد القزويني: كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيّب، حديث رقم: 1870، ص: 325.

(3)- عبد اللّه بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ض وتص: عبد السلام محمد علي شاهين (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 1، 1414هـ /1994م)، ج: 6، ص: 346.

(4)- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص: 192.

(5)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 213.

كذلك أنّ قوله صلّى اللّه عليه و سلّم: **{لاَ تُنْكَحُ الآيِمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ،وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَإِذْنُهَا أَنْ الصُّمُوتُ }** يدلّ على أنّه لابدّ من نطق الثيّب، لأنّه قسّم النّساء قسمين: جعل السّكوت إذنا لأحدهما، فوجب أن يكون الآخر بحاله[1].

ليكون هناك اتّفاق بين أهل العلم بأنّ الثيّب إذنها الكلام، لأنّ اللّسان هو المعبّر عمّا فالقلب، وهو المعتبر في كلّ موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصّمت مقامه لعارض[2].

رابعا: حقيقة أحقيّة الثيّب بنفسها

اتفق الفقهاء كما سبق القول على أنّ الثيّب تأذن في أمر تزويجها بالقول الصريح، ولا يكتفى منها بالسكوت لأنّه لا يعدّ رضا في حقّها. إلّا أنّهم اختلفوا في مدى أحقّية الثيّب بنفسها في قول رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم **{الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا... }**[3]. فهل الثيّب أحقّ في الإذن فقط؟ أم أنّها أحقّ من وليّها إذنا وعقدا؟

فعند الحنفية: الثيّب أحقّ بنفسها إذنا وعقدا-باعتبار الولاية عليها ولاية ندب واستحباب-، فأثبت أبو حنيفة-رحمه اللّه- أحقيّة الثيّب بالإذن والعقد لأنّ الحديث يدل على قطع ولاية الوليّ عنها، والاستدلال أنّها لمّا بلغت من عقل وحرية، فقد صارت وليّة نفسها في النكاح فلا تبقى مولّا عليها[4]؛ أمّا قول محمد-رحمه اللّه- أنّ للوليّ حقا في النكاح، فالحقّ في النكاح لها على الوليّ لا للوليّ عليها، بدليل أنّها تزوّج على الوليّ إذا غاب غيبة منقطعة، وإذا كان حاضرا فإنّه يجبر على التزويج إذا أبى والمرأة لا تجبر إذا أبت وأراد الوليّ، فدلّ أنّ الحقّ لها عليه[5].

---

(1)- عبد اللّه بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ض وتص: عبد السلام محمد علي شاهين (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 1، 1414هـ/1994م)، ج: 6، ص: 346.

(2)- عبد اللّه بن محمد بن قدامة المقدسي: المرجع نفسه، ص: 345.

(3)- مسلم ابن الحجاج النيسبوري: كتاب النكاح، باب استئذان الثيّب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1421، ص: 559.

(4)- علاء الدين الكساني: مرجع سابق، ص: 373 .

(5)- علاء الدين الكساني: المرجع السابق، ص: 375.

أمّا عند الجمهور: فإنّ الثيّب أحقّ بالإذن والرضا فلا تزوّج حتّى تنطق بخلاف البكر، لِما صحّ عن الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم:**{لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَليّ }** مع غيره من الأحاديث الدّالة على اشتراط الوليّ. ثمّ إنّ الإمام النّووي –رحمه اللّه تعالى – قال إنّ لفظة الحقّ هنا للمشاركة، معناه أنّ لها في نفسها في النّكاح حقّا، وأنّ لوليّها حقّا، وحقّها أوكد من حقّه، فإنّه لو أراد تزويجها كفأ وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوّج كفأ فامتنع الوليّ أُجبر، فإن أصّر زوّجها القاضي، فدلّ على تأكيد حقّها و رجحانه.

ليكون الرّاجح في تزويج الثيّب هو ما يستفاد من الأحاديث النّبوية –السالفة الذكر– من أنّ الثيّب تستأمر وأنّها أحقّ بنفسها من وليّها. وهذه الأحقيّة تشمل ضرورة رضاها وإذنها لوليّها بتزويجها، وأنّها لا تجبر على الزّوج الكفء الّذي يختاره لها الوليّ، وأنّه يجبر على تزويجها بالكفء الّذي تختاره عن طريق القضاء إذا رفض تزويجها به لأنّه يكون عاضلا. و أنّ إذنها للوليّ بتزويجها يجب أن يكون صريحا بالقول ولا يكفي سكوتها[1].

المطلب الثاني

مباشرة عقد زواج المولّى عليها

مباشرة عقد الزّواج تقتضي القيام بجميع إجراءاته، والوقوف على ترتيب كلّ مراحله، بدءً بمقدّماته وانتهاء بإبرام ميثاقه. وهذا ما لا يتسنّى للمرأة القيام به نظرا لطبيعة تكوينها أولا، ولمنعها شرعا من مباشرة نكاحها ثانيا. ولهذا نصّب لها الشارع نائبا عنها، يتولّى القيام بكلّ ذلك، بناءا على موافقتها المستمدّة من الاستئذان أو الاستئمار، ألا وهو الوليّ الشّرعي.

(1)– عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص: 461–462.

الفرع الأول

عدم انعقاد الزّواج بعبارة النّساء

"استلزم الشرع الإسلامي لقيام ميثاق النّكاح الولاية الشرعيّة عن المرأة المسلمة صغيرة كانت أو كبيرة، ثيّبا أو بكرا، ويعدّ هذا الحكم أحد أهم الأسس الشرعيّة الواجب التزامها. وقد وقع في شأن الوليّ خلاف وجدل، وأقحمت في شأن وجوبه دعاوى شتّى، تعلن أنّ الاسلام استذّل المرأة وجعلها آمة (عبدة رقّ)، وبضاعة تنتقل من الوليّ إلى الزّوج جبرا. واستلّ الكثيرون أدلّة تناضد ما أوجبه الشرع الإسلامي، تحت مسمّى حريّة المرأة البالغة الرشيدة في النّكاح دون إدراك منهم بأنّ الوليّ شُرّع أساسا لمصلحة المرأة[1].

مع التّأكيد في كلّ مرّة بأنّ الوليّ هو أساس عقد الزّواج، استنادا لعدّة أدلّة شرعيّة من القرآن الكريم ومن السنّة المطهّرة *، تدلّ في مجملها على أنّه لا حظّ للمرأة في إبرام عقد الزّواج. قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: **{لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ وَلاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا}**[2]. وفيه دليل على أنّ المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها، فلا عبارة لها في النّكاح إيجابا ولا قبولا، فلا تزوّج نفسها بإذن الوليّ ولا بغيره. ولا تزوّج غيرها بولاية ولا بوكالة. وعليه: لا ينعقد النّكاح بعبارة النّساء أصلا. فلو زوّجت امرأة نفسها، أو غيرها، أو وكّلت غير وليّها في تزويجها ولو بإذن وليّها، لم يصحّ نكاحها لعدم وجود شرط الوليّ[3]. كذلك أنّ"عائشة رضي اللّه عنها كانت تحضر النّكاح و تخطب ثمّ تقول: اعقدوا فإنّ النّساء لا يعقدن والمعنى فيه أنّها لا تملك مباشرة عقد النّكاح لنفسها كالصّغيرة والمجنونة. وهذا لأنّ النّكاح عظيم، خطره كبير ومقاصده شريفة، ولهذا أظهر الشرع خطره بجعل مباشرته مفوّضة إلى أولي الرأي الكامل من الرّجال، لأنّ النّساء ناقصات العقل والدّين فكان نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمثابة نقصان العقل بصفة الصّغر"[4]. ولعظم شأنه جعل أفراد العائلة شركاء فيه، كلّ يسهم بما أنيط إليه ليعظم ذلك في نفوسهم، ويحملوه محمله، وينزلوه منزلته الّتي يستحق.

---

(1)- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص: 267.

*- لمزيد من التفصيل أنظر: الفرع الثّاني، من المطلب الأول، من المبحث الثاني، من الفصل الأول.

(2)- محمد بن يزيد القزويني: كتاب النّكاح، باب لا نكاح إلّا بوليّ، حديث رقم: 1882، ص: 327.

(3)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ص: 83؛ أحمد محمد علي داوود: مرجع سابق، ص: 153.

(4)- شمس الدين السرخسي: مرجع سابق، ص: 11.

ناهيك "عن قوله سبحانه وتعالى:**{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ...}[سورة البقرة الآية :232]**، الّتي نزلت في حقّ معقل بن يسار، وهو الّذي قال في ذلك: زوّجت أختا لي من رجل فطلّقها، حتّى إذا انقضت عدّتها جاء يخطبها فقلت له: زوّجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلّقتها، ثمّ جئت تخطبها، لا واللّه لا تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه. فأنزل اللّه سبحانه هذه الآية، فقلت: الآن أفعل يا رسول اللّه"[1]. وهذه الآية "هي أصرح دليل على اعتبار الوليّ وإلاّ لما كان لعضله معنى، ولأنّها لو كان لها أن تزوّج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يقال أنّ غيره منعه منه. وذكر ابن المنذر أنّه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك"[2].

إلاّ أنّ الحنفية يقولون في ظاهر الرّواية عن أبي حنيفة – رحمه اللّه– أنّ للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها، ولكن لو وضعت نفسها عند غير كفء فلأوليائها الاعتراض، وعبارتهم: ينعقد نكاح الحرّة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها وليّ، بكرا كانت أم ثيّبا[3].ودليلهم – الحنفية– في إسناد النّكاح إلى المرأة "قوله تعالى :**{ ... وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا ...}[سورة الأحزاب الآية :50]**، فالآية الشريفة نصّ على انعقاد النّكاح بعبارتها وانعقاده بلفظ الهبة. وقال سبحانه وتعالى:**{فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ } [سورة البقرة الآية: 230]** والاستدلال به من وجهين: أحدهما:أنّه أضاف النّكاح إليها، فيقتضي تصوّر النّكاح منها؛ والثاني: أنّه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها، وأنّه أضاف النّكاح إليهما من غير ذكر الوليّ. كذلك قوله عزّ وجل: **{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ ...} [سورة البقرة الأية :232]** والاستدلال به من وجهين: أحدهما أنّه أضاف النّكاح إليهنّ،

(1)– محمد ابن إسماعيل البخاري: كتاب النّكاح، باب من قال لا نكاح إلاّ بوليّ، حديث رقم: 5130، ص :1017.

(2)– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: مرجع سابق، ج: 9، ص: 187.

(3)– وهبه الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة (دار الفكر: سوريا، ط: 3، 1433هـ/2012م)، ج: 8، ص: 93.

فيدلّ على جواز النّكاح بعبارتهنّ من غير شرط الوليّ؛ والثاني: أنّه نهى الأولياء عن منع النّساء من نكاحهنّ أنفسهنّ من أزواجهنّ إذا تراضى الزّوجان"* [1].

مع الإشارة إلى أنّه "عند وجود دليلان أحدهما للحضر وآخر للإباحة، فإنّ دليل الحضر مقدّم على دليل الإباحة براءة للذّمة (قواعد الترجيح: قاعة الأخذ بالأحوط) لأنّ ترك أمر مباح أولى من ارتكاب أمر محرّم[2]؛ وقد صحّ قوله صلّى اللّه عليه وسلّم: **{الحَلَالَ بَيِّنٌ وَالحَرَامَ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبَهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتَ اسْتَبْرَأَ لِدِينِه وَ عِرْضِه وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَات: كَرَاعٍ يَرْعَى حَوْلَ الحِمَى، يُوشِكُ أَنْ يُوَاقِعَهُ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى، أَلَا إِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ }**[3]، فمشتبهات أي شبّهت بغيرها ممّا لم يتبيّن حكمها على التعيين، والمعنى أنّها موحدة اكتسبت الشبه من وجهين متعارضين لا يعلم حكمها الكثير من الناس، فلا يظهر للجميع ترجيح أحد الدليلين، فمن حذر من الشبهات فقد برأ دينه من النقص وعرضه من الطعن فيه لأنّ من لم يعرف باجتناب الشبهات لم يسلم لقول من يطعن فيه، فالمكروه عقبة بين العبد والحرام، فمن استكثر من المكروه تطرق إلى الحرام، والمباح عقبة بينه وبين المكروه، فمن استكثر منه تطرق إلى المكروه[4].

"وأيّ شبهة أشدّ إيلاما للنّفس من شبهة إنكاح المرأة نفسها بنكاح البغايا؟ وأيّ ريبة أشدّ إيلاما للنّفس من أن ينظر الرّجل إلى امرأته، والمرأة إلى زوجها بارتياب في حلّ نكاحهما؟ ثمّ أيّ إيلام للنّفس من توقّع انتقال تلك الريبة إلى أولادهما، وقد لا يأمنون من يعيّرهم بعقد قد جمع بين أبويهم بغير وليّ؟ ثمّ من الّذي ينشرح صدره لنكاح بدون وليّ" ؟[5].

فلا كرامة للنّساء في مباشرة عقود الأنكحة، أو الاستبداد بتفويضها إلى من شئن من الأجانب. ولم يُنقل أيضا عن أحد ممن صحّح إنكاح المرأة نفسها أنّه قبل نكاحا لنفسه بدون

---

*- بما أنّه تمت الإشارة إلى سبب نزول الآية، فإنّ الاحتجاج بها يعد احتجاجا ضعيفا.

(1)- علاء الدين الكساني: مرجع سابق، ص: 372-373.

(2)- عوض بن رجاء العوفي: مرجع سابق، ص: 265.

(3)- محمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، حديث رقم: 25، ص: 34.

(4)- أحمد بن حجر العسقلاني: مرجع سابق، ج: 1، ص: 127.

(5)- عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ص: 265-267.

وليّ، أو طابت نفسه لبناته وأخواته ونحوهنّ ممن له عليهنّ الولاية أن يستبددن بأنكحتهنّ دونه، حتّى ولو نكحن أكفأ النّاس عنده. وأمّا عمل الأمة: فإنّ العرف المعروف بين المسلمين في مختلف عصورهم، هو أنّ أنكحة النّساء بأيدي أوليائهنّ من الرّجال[1]. وفي مجتمعنا الجزائري يعتبر ذلك عقوقا للوالدين، وإهانة لهما، وخدش في السمعة وجلب للعار.

الفرع الثاني

تفعيل الوليّ لعقد زواج المولى عليها

إنّ نظرة الجمهور في اشتراط الوليّ في عقد زواج المرأة، ليست نابعة من نظرهم إلى نقص أهليتها، وإنّما نظروا إلى ولاية النّكاح بأنّها تهمّ المرأة وأوليائها، وهم يشتركون في تحمّل نتائج هذا العقد فيما إذا لم يحقّق أهدافه، ولذلك أعطي الأولياء حقّ إنشاء هذا العقد وأعطيت المرأة حقّ الإذن والرضا الكامل[2].

وبعد أن توصلنا فيما سبق –على قول الجمهور –إلى أنّ الزواج لا ينعقد بعبارة النّساء، وأنّ الوليّ شرط لصحة عقد زواج المرأة، وذلك بناء على رضائها أساسا، فيؤسس هذا لمباشرة الوليّ زواج موليّته.

فالمرأة تُخطب بداية من وليّها بصيغة معيّنة "مشتملة على حمد اللّه تعالى والصّلاة على رسوله صلّى اللّه عليه وسلّم، أما بعد: فإنّ فلانا رغب فيكم ويريد مصاهرتكم في فلانة ابنتكم فأنكحوه. فيقول وليّ المرأة بعد حمد اللّه و الصّلاة و السلام على رسوله أمّا بعد: فقد أجبناه لذلك"[3]. وهذا ما يؤكد على أنّ أول خطوة في زواج المرأة تكون مع وليّها، فهو الّذي يتلقّى العرض أولا –عادة– وهو الّذي يجيب بناء على رغبة موليّته، والمستشفة من الاستئذان أو الاستئمار المفصّل فيهما سابقا. ناهيك على أنّ الوليّ هو الّذي يعمل على تنفيذ أركان الزّواج، فهو الّذي يتولّى صيغة الزّواج والّتي هي: "اللّفظ المعبّر عن إرادة الطرفين ورغبتهما في إتمام العقد"[4] بألفاظ مخصوصة. فينعقد الزّواج بلفظ الإنكاح والتزويج، قال الشافعي–رحمه اللّه–: لا

(1)– عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ص: 263.

(2)– محفوظ بن صغير: مرجع سابق، ص: 368.

(3)– الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 499.

(4)– الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع نفسه، ص: 514.

ينعقد إلّا بلفظ الإنكاح واحتج بماروي عن النّبي صلّى اللّه عليه وآله و سلّم أنّه قال: **{اتّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُم عَوَانٌ، اتَّخَذْتَمُوهنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتَم فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّه }.** وكلمة اللّه الّتي أحلّ بها الفروج في كتابه الكريم لفظ الإنكاح والتزويج فقط، مصداقا لقوله جلّ وعلا في كتابه العزيز بأمره للأولياء بإنكاح من تحت ولايتهم إلى الأشخاص الصالحين حتّى إن كانوا فقراء. قال تعالى :**{وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ٣٢ } [سورة النّور الآية :32]** . وقال تعالى :**{قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَـٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَـٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ ٢٧ } [القصص الآية :27 .]** . فالحكم الأصلي للنّكاح هو الازدواج، لذلك وجب اختصاصه بلفظ يدلّ على الازدواج وهو لفظ التزويج والانكاح[1].

كذلك أنّ هذه الصيغة مكونة من إيجاب و قبول، اختلف في ترتيب صدورهما وعن الشخص الذي يصدران عنه. "فالإيجاب في الشرع: اللّفظ الصّادر من أحد المتعاقدين أولا، وسمي به لأنّه يوجب الجواب على المخاطب إمّا بنعم أو بلا إيجابا عرفيا[2].

والإيجاب عند الجمهور: هو اللّفظ الصّادر من الوليّ أو من يقوم مقامه، لأنّ القبول إنّما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه. والقبول: هو اللّفظ الدّال على الرضا بالزّواج الصادر من الزّوج، لأنّ وليّ المرأة هو الّذي يملّك الزّوج حقّ الاستمتاع فكلامه هو الإيجاب، والرّجل يتملّك ذلك، فكلامه هو القبول، استنادا لقوله تعالى على لسان شعيب عليه السّلام:**{قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَـٰتَيۡنِ ... }.[سورة القصص الآية :27]**[3].

هذا، ويشترط في الصيغة عند العقد ألاّ تقترن بما يدلّ على توقيت العقد، وتحديده بمدّة

---

(1)- علاء الدين الكساني: المرجع السابق، ص: 229-230.

(2)- برهان الدين المرغيناني: مرجع سابق، ص: 3، هامش رقم:4.

(3)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ص: 280؛ إبراهيم بن محمد بن ضويان: مرجع سابق، ص: 149؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 214.

معينة، لأنّ التأقيت في النّكاح ينافي الحكمة منه بإدامة المودّة والألفة، وإقامة الأسرة المستقرّة ورعايتها، لبناء المجتمع المسلم الصّالح[1]. إضافة إلى أنّ التعبير عن الإيجاب والقبول يكون بصيغة الماضي، أو يكون أحدهما بالماضي و الآخر بالمضارع. لأنّ هذه الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا، فقد جعلت للإنشاء شرعا[2]. "لأنّ الصيغة تحتاج إلى لفظ يدلّ على حدوث أمر في الحال، وليس في اللّغة لفظ يدلّ على حدوث أمر في الحال دلالة صريحة، فاعتبرنا ما اعتبره الشارع وهو صيغة الماضي. والمضارع كما هو يدل على الحال يدل على الاستقبال، فيكون وعدا إذا كان هناك قرينة، ولا يكتفى بذلك، بل اعتبر معه صيغة الماضي من الجانب الآخر، حتّى يتأكّد جانب الحال. فلهذا لا يصحّ بمضارعين"[3]. مع التأكيد على وجوب إبداء القبول بالنكاح عقب الايجاب من غير تراخ ولا فصل، إلّا بحمد اللّه تعالى والصّلاة والسلام على رسوله، والفصل اليسير بغير ذلك لا يضرّ. أمّا الفصل الطويل الّذي ينتقل فيه العاقدان إلى الاشتغال بحديث آخر قبل إتمام الصيغة فلا يجوز[4].

أمّا فيما يتعلّق بقبض المهر، فإنّ المرأة الرشيدة هي الّتي تقبض المهر وتتصرّف فيه، لكن أقرّت الشريعة عملا بالعرف و العادة للوليّ إذا كان أبا أو جدّا قبض المهر، ويكون قبضه نافذا عليها، وتبرّأ ذمّة الزوج من المهر[5].

ومناط مباشرة الوليّ لعقد زواج موليّته هو تمكن هذه الأخيرة من تزويج نفسها حقيقة وعجزها عنه ندبا و استحبابا، بسبب أنّ عقد الزّواج يحتاج الخروج لمحفل الرّجال، وخروج المرأة إليه يعتبر عيبا بالعادة. ولا يعدو الوليّ في هذه الحالة أن يكون وكيلا عنها، وإنّما سميّ وليّا لقرابته بها[6]. كما "يرى الجمهور غير الحنفية أنّه لا يصحّ للمرأة توكيل غير وليّها في الزّواج، لأنّها لا تملك إبرام العقد بنفسها فلا تملك توكيل غيرها فيه"[7].

---

(1)- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص: 229-230.

(2)- علاء الدين الكساني: مرجع سابق، ص: 231؛ برهان الدين المرغيناني: المرجع السابق، ص: 3.

(3)- برهان الدين المرغيناني: المرجع السابق، ص: 3، هامش رقم: 6.

(4)- الصادق عبد الرحمان الغرياني: المرجع السابق، ص: 516.

(5)- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ص: 284؛ وهبه الزحيلى: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص: 222.

(6)- عوض بن رجاء العوفي: مرجع سابق، ص: 26.

(7)- وهبه الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص: 219.

الفرع الثالث

مباشرة عقد الزّواج في قانون الأسرة الجزائري

بخصوص مباشرة عقد الزّواج، لم يتّخذ المشرّع الجزائري موقفا واضحا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء إذن الوليّ صراحة ولم يقرّر اشتراطه صراحة كذلك. فبالرجوع إلى المادة 11 ق أ ج، فهو لم يفرّق بين كون المرأة بكرا أو ثيّبا، كما فرّق الفقهاء في حكم كلّ منهما، وأطلق عبارة ((تعقد المرأة الراشدة زواجها))، بمعنى هل مراده بذلك أنّ للمرأة البالغة الراشدة كامل الحرّية في الاختيار والرضا بموافقة الوليّ؟ أم أنّه أجاز لها مباشرة عقد زواجها بنفسها وأهمل بذلك أي دور للوليّ سوى الحضور؟

أولا: شكلية حضور الوليّ

يفهم من خلال تأويل معنى الحضور بالنّسبة للوليّ أنّه يحتمل أن يكون حضوره مطلوبا على سبيل الالزام لمباشرته العقد، أو أنّه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكليا[1].

كذلك أنّ عبارة [تعقد] فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة [حضور*] لا تدلّ على الفعل و الدّليل على ذلك ما يلي:

أولا: ما نصّت عليه المادة 4 ق أ ج ((الزّواج هو عقد رضائي يتمّ بين رجل و امرأة على الوجه الشّرعي)). فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الّذي يتمّ بين الرّجل و المرأة، وليس بين الرجل و وليّ المرأة (دون اعتبار شرط رضى الوليّ)، فإذا كان عقد بين رجل و امرأة، فأيّ دور للوليّ؟

ثانيا: نصّت المادة 10 ق أ ج ((يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا)). فإذا كان الرضا –المعبّر عنه بالإيجاب والقبول –

---

(1)– محفوظ بن صغير: مرجع سابق، ص: 368.

*– الحضور معناه الإذن والموافقة وإلّا لما كان لحضوره معنى "يراجع في ذلك محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص: 388، هامش رقم: 1704.

ركنا طبق لنص المادة 9 ق أ ج، والمقصود بالطرفين في نص المادة 10 من نفس القانون هما الزّوجان، فأيّ دور للوليّ طبقا للمادة 11 ق أ ج الّتي عبّرت عن دوره بالحضور؟ حتّى أنّ عدم الحضور لا يرتب أي أثر، وهذا طبقا لقرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 2001/01/23 (غ.أ.ش، م.ر: 253366) "...وبما أنّ قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيّب، لعدم حضور الوليّ فإنّهم خالفوا القانون"*.

ثالثا: فرّق المشرّع في التّعبير عن الولاية على الراشدة بالحضور، وفي الولاية عن القاصرة بالتّولي، مما يفهم منه أنّه قصد إلغاء أيّ دور أو تأثير لسلطة الوليّ في إنشاء عقد الزّواج.

رابعا: كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 12 ق أ ج أنّه لم يبق أيّ دور أو تأثير للوليّ في الإذن أو المنع[1].

وعلى ذلك: يستشّف من مجموع النصوص القانونية المتعلّقة بالولاية في التّزويج، أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة و اختيارها في عقد زواجها، فمن زوّجها وليّها فلا يكون زواجها صحيحا إلّا برضاها، وتعتبر الولاية عليها ولاية ندب واستحباب وفقا للمذهب الحنفي. إلّا أنّ "المشرّع لم يقف عند الحدّ الّذي توقف فيه أبو حنيفة –رحمه اللّه– بل أعطى للمرأة جرأة الدخول إلى محفل الرّجال، وتولّي صيغة العقد بحضور وليّها، وكأنّه شاهد على العقد لا وليّا للزّوجة، ودليل ذلك هو نص المادة 11 ق أ ج. فأوكل للمرأة العقد، ومنح للوليّ حقّ الحضور.

وأكثر من ذلك أنّ المشرع أعطى إمكانية عدم حضور الوليّ، والاقتصار على عبارة المرأة، وهذا مستخلص من نص المادة 2/33 الّذي يقضي بفسخ العقد إذا تخلف الوليّ في حالة وجوبه، وهذا معناه أنّ الوليّ قد يكون واجبا، وقد يكون غير واجب. فأمّا وجوبه فهو بالنّسبة إلى المرأة القاصرة، فبقيت المرأة الراشدة أين يكون غير واجب في حقّها. وهذا ما يؤكّد على شدّة تذبذب موقف المشرع الجزائري، فلا هو قرّر ولاية الاختيار على المرأة الراشدة كما هي عند جمهور الفقهاء*، ولا قرر عليها الاستحباب كما هي عند أبي حنيفة –رحمه اللّه–، بل ولم يأخذ برأي صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني–رحمهما اللّه–، فاتّخذ موقفا

*– المجلة القضائية الجزائرية، عدد: 2، سنة: 2002م، ص: 440.

(1)– محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص: 388–389 .

*– أنظر: الفرع الثاني، من المطلب الأول، من المبحث الثاني، من الفصل الأول.

وسطا بينهما. فاعتبر من جهة رضا المرأة بالزّوج واختيارها له وتوّليها إبرام العقد، ومن جهة أخرى أقرّ أحقّية الوليّ في حضور عقد موليّته، لكن دون أن يرتّب على عدم حضوره أو رفضه أيّ أثر[1].

ثانيا: إلغاء الوكالة في الزواج

انطلاقا ممّا أشرنا إليه سابقا، بأنّ الوليّ يباشر عقد زواج موليّته باعتباره وكيلا عنها، فلابدّ من الإشارة إلى أنّ المشرّع قد ألغى الوكالة في الزّواج بإلغائه المادة 20 ق أ ج، بموجب الأمر 05-02. دون أن نعرف الهدف من إلغاء هذه المادة، الأمر الّذي يدفعنا للتّساؤل عن الصّفة الّتي يمارس بها الوليّ مهمّته المتمثّلة في الحضور الشكلي لمجلس عقد زواج موليّته، خاصّة إذا كان الوليّ غير قريب عاصب (أحد الأقارب دون تحديد درجته، أو شخص مختار بدون ضوابط طبقا للمادة 11 ق أ ج)؟ فإذا قصد بذلك العودة إلى المادة 222 ق أ ج الّتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية(في حالة غياب النّص)، والّتي بدورها أقرّت الوكالة في الزّواج بكلّ مذاهبها، فكان الأجدر به (المشرع) على الأقل أن يحدد لنا المذهب الفقهي الّذي نسير على نهجه في هذا الشّأن. أم أنّه قصد الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، الّذي يشترط الشكلية في الوكالة الخاصة(م572، 574ق م ج)، وهو ما يؤدي إلى إلغائها من حسابات الوليّ باعتبار أنّها تشكّل صعوبة بالنسبة إليه أكثر من صعوبة الولاية في حد ذاتها.

فإلغاء الوكالة في الزّواج فعل مبهم لم يفهم المقصود منه إطلاقا، بل إنّ إلغاء الوكالة خطوة منهجية في تغييب الوليّ كلية من العقد، وإعطاء الحريّة المطلقة للمرأة في اختيار وليّ عقدها، فهو فتح للمرأة وغلق على الوليّ.

وبما أنّ الولاية الشرعية تثبت على المرأة حماية لها وتحقيقا لمصالحها، والمشرع جعل منها شرطا شكليا –لا يسمن ولايغني من جوع–، فكان عليه على الأقل الإبقاء على الوكالة في الزّواج، ليحفظ أدنى حقوق ومصالح المولّى عليها، بتمكينها من إرغام وليّها على تحمّل

(1)– سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه (جامعة مولود معمري:الجزائر، 1435هـ/2014م)، ص: 173-174.

مسؤوليّته اتجاهها–باعتباره وكيلا عنها– في حالة ما إذا فشلت في حياتها الزوجية، وهو أضعف الايمان.

المبحث الثاني

المسؤوليّة التضامنية للولي

"الولاية مسؤوليّة شرعية مركبة محدودة بحدود اللّه سبحانه وفقا لأحكام المسؤوليّة الشرعية في الاسلام، وهي واجبة وجوبا مطلقا، وتكليف شرعيّ يقع على عاتق الوليّ وتعني الحماية لمن تحت ولايته، ولا تنفك مطلقا عن المرأة حتّى بعد البلوغ. فهي في حماية ورعاية وليّها أحبّت ذلك أم كرهت، دون ظلم أو إجحاف بالمرأة المسلمة. ولا يعدّ ذلك نوعا من أنواع الحجر على إرادتها أو انتقاصا لشخصيتها أو أهليتها القانونية كما ينعق به النّاعقون. بل إنّها أسمى آيات التكريم الإلهي للمرأة في الاسلام، يسأل الوليّ عن أدائها ويعاقب إن أخلّ بمسؤولية حفظ ابنته وإن بلغت من العمر ما بلغت، حتّى تتزوّج بعد توافر رضائها الشرعي الّذي أوجبه اللّه"[1]. وهو داخل في نظام العلاقات الاجتماعية في الاسلام، وحفاظ على المنظومة الأخلاقية.

ثمّ إنّ مبدأ الولاية على المرأة في عقد الزّواج يقوم على أساس التضامن بين المرأة و وليّها في تحمّل مسؤوليات هذا العقد الخطير، فهو عقد لا تعود آثاره على الزّوجة فحسب، بل يصيب الأهل و الأولياء كذلك شيء من آثاره تكريما واعتزازا، أو عارا وحطّة. وهذا ما يدّل على أنّ الولاية على المرأة عند عقد نكاحها لا تعني الحطّ من قدرها، وإنّما الهدف من ذلك هو حفظ حقوقها[2]، وإشراك لغيرها في تحمل مسؤولية عقد الزّواج، لجسامته وخطورته.

وتترتب المسؤولية التضامنية للوليّ انطلاقا من قبوله الضمني لهذه المسؤولية، بحضوره مجلس عقد موليّته وتولي صيغة العقد عليها، وقبض مهرها، والوقوف على كلّ التفاصيل المتعلّقة بشأن زواجها. مؤكّدا بذلك قبوله بهذا الزّوج شريكا لحياة موليّته، وبعلاقة المصاهرة التّي ستجمعه مع أهله (الزّوج)، ومؤكّدا في الوقت نفسه على أنّه سند لموليّته، وأنّه حاميها من كلّ ما قد ينغّص عليها حياتها المستقبلية، وبأنّه مستعدّ لبذل الغالى والنّفيس في سبيل توفير أسباب الراحة و الاطمئنان لها.

---

(1)- ملكة يوسف زرار: مرجع سابق، ص: 271 .

(2)- الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 557.

المطلب الأول

المشاركة في العقد

إنّ الوليّ وباعتباره يتولّى مباشرة زواج موليّته، طبقا لما تمّ تناوله سابقا، فهو بذلك يشارك مولّيته في اختيار شريك حياتها. هذا الاختيار الّذي يكون وفق ضوابط محدّدة، تحقّق في مجملها أسباب بناء أسرة مترابطة وحياة زوجيّة ملؤها الهدوء والطمأنينة. والمشاركة في العقد بين الوليّ ومولّيته، تقتضي عدم تعسّف أيّ منهما في استعمال حقّه ضدّ الطرف الآخر. فلا تستقلّ المرأة بعقد زواجها دون وليّها، ولا يستبدّ الوليّ بمنعها من الزّواج بمن ترضاه أو بالعقد عليها دون توفّر رضائها الشرعي.

كما ترتب هذه المشاركة على الوليّ واجب حفظ ورعاية المولّى عليها، وهو ما يتجسّد أساسا في مسؤوليّة النصح والإرشاد الّتي تفضي لا محالة إلى حسن الاختيار.

الفرع الأول

بذل الوسع في إنجاح العقد

الولاية الشرعية على المرأة في الزواج، ليست مجرّد حق أو سلطة تمنح للوليّ على المولّى عليها. بل هي قبل ذلك مسؤولية تقع على الوليّ اتجاه من هي تحت ولايته، بأن يختار لها الزّوج الأحسن و الأكفأ، وأن يصونها ويحفظ عفّتها وحياءها، بعدم إطلاق العنان لها لحضور محافل الرّجال فتغتر بمظهرهم وتنسب إلى الوقاحة[1].

أولا : بذل النصح والارشاد

لأنّ أعظم مسؤوليّة للوليّ هي مسؤوليّة النصح والإرشاد، ولأنّها مسؤوليّة ذات شأن وخطر لأنّ المرأة أمانة في عنقه، كان لزاما عليه أن يبذل كلّ ما في وسعه في اختيار الأصلح لها وجوبا من حيث الكفاءة، والسلامة من العيوب، والقدرة على حمايتها وتحقيق جلّ مصالحها،

(1)–سمير شيهاني: المرجع السابق، ص: 191.

وإعطائها حقوقها بتوفير العيش الكريم لها والحفاظ على كرامتها[1].

فممّا لا شكّ فيه أنّ هذا ليس بالأمر الصعب على الوليّ، باعتباره صاحب تجربة، ولأنّه أكثر مخالطة للنّاس وأعرف بطبائعهم، وهو مالا يتوفر في موليته. فوجب عليه من هذا المنطلق "أن لا يتّخذ من زواج موليّته وسيلة لتحقيق مآربه من مصالح أدبية أو ماديّة. فلا يجعل من المرأة سلعة يتاجر بها فيقدّمها إلى من يبذل الأكثر من المال، أو يزوّجها من يزوّجه فيحول بذلك الزّواج عن أهدافه السامية إلى عملية تبادل بالنّساء. فعليه أن يتّقي اللّه عندما يتولّى عقد الزواج للمرأة، فلا يحاول خداعها أو تضليلها بإخفاء عيب أو نقص في الرّجل لحاجة في نفسه، دون مراعاة لما تتحقّق به مصالح المرأة من الزّواج، على أنّ الشريعة لم تعط الوليّ الحقّ المطلق في التّصرف ولم تترك الأمر لوازع الضمير أو الشعور بالمسؤوليّة لديه، وإنّما اشترطت الكفاءة، وأعطت المرأة وأوليائها الآخرين حقّ الاعتراض عندما يظهر من الوليّ جنف ومحاباة شخص لا تتوافر فيه الأهلية والكفاءة. وإذا كانت الشريعة أعطت الأب الحقّ ليتصرّف في مال ولده بشروط، فإنّها لا تعطيه هذا الحقّ في تزويج المكلّفين من أولاده بغير رضاهم، فسواه من باب أولى"[2].

والتزام الوليّ بواجب اختيار الأصلح لموليّته، يؤدي إلى تحقيق مصلحة المولّى عليها بتحصيل الرجل الكفء، الّذي يعمل على تحقيق مقاصد النّكاح. إذ بالكفء تصلح الحياة الزوجية غالبا، لأنّه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها، ممّا يؤدّي إلى دوامها واستمرارها. وفي هذا يكون الوليّ أقدر منها على معرفة الكفء ومعرفة الرّجل المناسب لها. كما أنّ في ذلك مصلحة للوليّ، على اعتبار أنّ الزّواج في الحقيقة لا يقتصر على ارتباط الزوجين بل يتعداهما إلى ذويهما وعائلتيهما وأقاربهما عموما، فمن مصلحة الوليّ –وهو قريب المرأة عادة – أن يكون الزّوج مرضيا وكفئا[3]، وذو سمعة طيّبة، وعلى مستوى رفيع من التربيّة والأخلاق الحسنة. وهذا حتّى يضمن حسن معاشرة هذا الزّوج لموليّته، ويتأكّد من توفيره لأسباب راحتها. وهو ما يحمله على بذل الجهد الصادق لتحصيل الكفء لموليّته.

(1)– محمد بن أحمد الصالح: مرجع سابق، ص: 240.

(2)– محمد بن أحمد الصالح: المرجع نفسه، ص: 240.

(3)– نضال محمد عبد المعطي: مرجع سابق، ص: 255؛ عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص:352.

ثانيا: التزويج من صاحب الدين والخلق

مردّ حرص الوليّ على تزويج مولّيته بذي الدين والخلق القويم، هو أنّ للزّوج حقوقا كثيرة على زوجته، وقد لا تقوم بها فلا يتحمّل تقصيرها. وقد يتعسّف هو في مطالبته إياها بالقيام بها، فيلحق الضّرر بها من جرّاء هذا التعسف منه، أو من جرّاء تقصيرها هي، كما يلحق الرقيق الضّرر إذا تعسف سيّدها باستيفاء حقوقه منها أو إذا هي قصّرت في أدائها.

فيكون المانع من تعسف الزّوج في استعمال حقوقه نحو زوجته وفي استيفاء حقوقه منها، هو ما عند الزّوج من دين متين وخلق قويم، يجعله يرفق بزوجته ويعفو عن زلّاتها نحوه، وعن تقصيرها في حقوقه. كما يمنعه دينه وخلقه من التعسف في استعمال سلطته الزّوجية ضدّ زوجته، لأنّها في مركز ضعيف بالنّسبة إليه، فهي كمركز الرّقيقة بالنّسبة إلى سيّدها. والشّأن بصاحب الخلق القويم أن يترفع عن إظهار عضلاته وقوّته أمام ضعيفة تربطه بها رابطة الزّوجية. ثمّ إنّ النّكاح رقّ من جهة أنّه يجعل الزّوجة تحت سلطة الزّوج، وقد يسيء معاملتها ويتعسّف في استعمال سلطته معها، وقد يكون فظّا غليظا، وقد يتخلّى عنها بالطلاق دون مبرّر سوى سوء خلقه، فمن أجل هذا كان من واجب الوليّ الحرص على أن يزوّج مولّيته بذي الدّين وبذي الخلق القويم[1].

ليدرك النّاظر في أحكام الشريعة الغرّاء بإنصاف وبمعزل عن المؤثّرات الخارجية، تمام الإدراك أنّ هذه الأحكام إنّما جاءت لتحقيق مصالح العباد، وأحكام الولاية جاءت لحفظ حقّ البنت في الحياة الكريمة. فليس المقصود من الولاية على المرأة قهرها وإذلالها والتقليل من شأنها، فهذا القول لا يقول به عاقل ذو بصيرة، ولا يصدر إلاّ عن جاهل بالشريعة أو حاقد عليها. بل إنّ المنصرف والمتجرّد بإمكانه أن يتوصل –و بدون عناء –إلى أنّ اشتراط الولاية على المرأة –في هذا الزمان – على وجه الخصوص فيه الخير بل كلّ الخير لها من تحقيق لمصلحتها، ورفع لشأنها وصون لكرامتها[2].

(1)– عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 355.

(2)– نضال محمد عبد المعطي: المرجع السابق، ص: 160.

وهذا ما يؤكّد أنّ للوليّ الشرعي صفة إيجابية، فهو ليس متسلّطا مستبدا برأيه، وليس جلّادا قاهرا للمرأة الّتي أوكلت مهمّة رعايتها له، بل ناظر في أمورها لتحقيق الأصلح لها، بناء على معرفته وخبرته بالحياة، واتصاله المباشر بأفراد المجتمع من نفس جنسه[1]، وقدرته على تمييز الصالح من الأشخاص على الطالح منهم، وهذا بالتأكيد لا يتأتّى للمولّى عليها، لقلّة تجربتها وتواضع خبرتها، وهي الثغرات الّتي تعمل ولاية التزويج على سدّها.

الفرع الثاني

إهمال مسؤولية حسن الاختيار

إنّ إهمال الوليّ في الاختيار لموليّته يورده موارد النّدم والهلاك، ويورد ابنته موارد الهوان والشقاء، والحياة مليئة بالقصص الواقعيّة المتعلقة بظلم الأزواج لزوجاتهم، وضربهنّ واحتقارهنّ والإساءة إليهنّ، حتّى تصبح المرأة الشريفة الكريمة كأنّها جارية رقيقة عند هذا الزّوج الظالم الشرير، الّذي فقد كلّ مقوّمات الحياة الزّوجية من دين وخلق.

وإنّ الضّرر والعار الّذي يلحق الزّوجة نتيجة تزويجها من غير صاحب الدّين والخلق لا يقف عند كونها رقيقة، بل يتعدى ذلك إلى عائلتها. لأنّ الأهل –بطبعهم – دائموا الشفقة والحنان على ابنتهم حتّى بعد زواجها، فيكونون معنيّين براحتها وهدوء بالها مع زوجها، وإنّ أي أذى يلحق بها هو أذى وإساءة لأهلها كما هو لها بنفس الدّرجة بل قد يكون أكثر أحيانا[2].

وعلى اعتبار أنّ سوء اختيار الوليّ للزّوج يلحق الضّرر بالمولّى عليها، وبالرّجوع إلى القواعد العامة الّتي تلزم من تسبّب في ضرر للغير بجبره، ففي هذا السياق يترتّب على الوليّ مسؤوليّة تقصيرية؛ لأنّه قصّر في القيام بواجب الحفظ والرّعاية واختيار الزوج الأصلح لموليّته .

فالمسؤولية التقصيرية تنشأ بسبب الإخلال بواجب عام لا يتغيّر، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير. فمن أخلّ بهذا الواجب، يكون بذلك قد ارتكب خطأ تقصيريا يستوجب المسؤولية.

---

(1)– سمير شيهاني: المرجع السابق، ص: 355.

(2)– نضال محمد عبد المعطي: المرجع السابق، ص : 257.

وقد نظّم القانون المدني الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث تحت عنوان العمل المستحق للتعويض، من المادة 124 إلى المادة 140[1]. وفي هذا الخصوص تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على: ((كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .))[2] مع التأكيد على أنّ المسؤولية التقصيرية من النظام العام لا يجوز الإعفاء منها، وإنّما بالإمكان التنازل عن التعويض فقط[3].

وعلى التسليم بأنّ الولاية على المرأة في الزّواج هي حقّ للوليّ، وأنّ حقّه يتجلّى أساسا في "اختيار الزوج الكفء لمن هي تحت ولايته، لأنّ الوليّ يهمه أن يكون زوج موليّته مرضيا وكفأ لها حتّى لا يتضرّر إن لم يكن بهذه الكيفية"[4]. وهو ما يؤكّد أنّ الولاية على المرأة ليست تجبرا عليها وقهرا لها، وتشويها لكرامتها، وإنّما هي تحقيق لمصلحتها، لذلك فإنّ حقّ الوليّ في اختيار الكفء هو تحقيق لمصلحة المولّى عليها بتحصيل الزّوج الكفء لها، والّذي ترضى الارتباط به بالتأكيد.

ولا يجب أن يفهم حقّ الوليّ في تزويج موليّته على أنّه حقّ بالانفراد في الاختيار، لأنّ ذلك يعتبر استعمالا تعسفيا لحقّه في الولاية، والّذي يرتب بكلّ تأكيد مسؤولية تقصيرية على عاتق الوليّ. فالتعسف في استعمال الحقّ هو نوع من أنواع المسؤولية التقصيرية طبقا للقانون المدني الجزائري، وهذا في حالة إمّا إجبار المولّى عليها بالزّواج بمن لا ترضاه ولو كان كفأ أو بمنعها من الارتباط بالكفء الّذي تختاره. أمّا في الحالة العكسية، وهي تعسّف الوليّ في استعمال حقّه في الولاية بوضع موليّته في غير كفء، وبين يدي شخص غير صالح لبناء حياة زوجية مريحة وتحمل كلّ مسؤولياتها، أين يكون الوليّ قد سعى إلى تحقيق مصلحته

---

(1)- الرشيد بن شويخ: دروس في النّظرية العامة للإلتزام (دار الخلدونية: الجزائر، د.ر. ط، 1433هـ/2012م)، ص: 147.

(2)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ ،الموافق ل 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980م، القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983م، القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987م، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988م، القانو رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989م، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007م.

(3)- الرشيد بن شويخ: دروس في النظرية العامة للإلتزام، ص: 151 .

(4)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص: 353.

الخاصة، الّتي تعدّ – مهما كانت قيمتها مرتفعة بالنّسبة، إليه وبغضّ النظر عمّ ستحقّقه له من أهداف– فائدة قليلة بالنّسبة إلى الضّرر الناشئ للمولّى عليها، ما يشكّل استعمالا تعسّفيا من طرف الوليّ لحقّه في التّزويج. وفي هذا المعنى، تنص المادة 124 مكرر ق م ج ((يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

1- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير،
2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر للغير،
3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .))

فالولاية على المرأة في الزّواج، هي سلطة ومسؤولية شرعية في الوقت نفسه، وهذا ما يضفي عليها نوعا من القداسة، فهي ليست إطلاقا للأوامر من الوليّ للمولّى عليها، بل هي تحمّله لمسؤوليّة جليلة اتجاه من هي تحت ولايته، وذلك بالحرص على مصلحتها، بالنّظر إلى أهميّة وخطورة هذا العقد[1]. لذلك كانت ولاية التزويج لتحصيل النّظر، وحماية ورعاية المولى عليها بمساعدتها في اختيار الأنسب والأصلح لها، دون هضم حقّها بمنعها دون التفريط فيها بتركها تستبدّ بعقد الزّواج بنفسها[2].

المطلب الثاني

مشاركة المولّى عليها بعد الزواج

الولّي على النّفس يصون الفتاة مادامت لم تتزوج، ويشاركها في اختيار زوجها إذا تزوّجت، وهي في حياتها الزوجية تحس بأنّ بيته هو الكنف والمآل لها، إن لم تصلح حياتها الزوجية، وهي بمقتضى عاداتنا الإسلامية تستعين به في رفع أذى الزّواج إن كان يؤذيها. وإذا انفصلت عن زوجها، أو انتهت حياتها الزوجية لا تجد مأوى لها إلّا بيت الوليّ على النّفس، لتعيش في كنفه وظلّه وحمايته. ولذلك كانت مظاهر الولاية على النّفس بالنّسبة للأنثى كالآتي:

(1)– سمير شيهاني: مرجع سابق، ص: 38.

(2)– سمير شيهاني: المرجع نفسه، ص: 46.

1- ولاية ضمّ الفتاة إلى حيث يقيم وليّها، ولو بلغت سنّ الرشد، مادامت لا تؤمن على نفسها.

2-ولاية التزويج بأن يشاركها في اختيار الزّوج، سواء أكانت بكرا أم كانت ثيّبا.

3-إذا انتهت حياتها الزوجية عادت ولاية الضّم عليها.

وفي الجملة، الولاية على المرأة البالغة العاقلة هي حماية ورعاية، وليست قهرا وإذلالا لها[1].

الفرع الأول

حالة استقرار المولّى عليها

عني الإسلام بالأسرة عناية كبيرة، وجعل لها مكانة عظيمة. فوجود الإنسان واستمرارية نسله قائم على وجود أبوين بدءا من أوّل وجود للبشرية إلى أن يرث اللّه الأرض ومن عليها.

فالأسرة كما رسمها النّظام الإسلامي هي ما يطلق عليها: الأسرة الممتدة، والّتي تشمل الزوجين، والفروع، والأصول وما يخرج منهما، لتكون بذلك علاقة مجمّعة لأنّ الإسلام يدعو إلى الجمع، والتآلف، والتعاون، والتواصل، والإيخاء والتعارف. وفي ذلك يقول اللّه تبارك وتعالى:{ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ } [سورة الحجرات الآية :13] . كما أنّ الأسرة في الإسلام هي علاقة مستمرّة وطويلة الأجل، لأنّ عقد الزّواج الإسلامي غير محدود المدّة وإنّما يقوم على الدّوام، ولأنّ العلاقة بين الأبناء والآباء والأقارب تحكمها صلة الدم الّتي لا يمكن التخلّي عنها[2].

ولأنّ الزّواج هو أصل بناء هذه الأسرة الممتدّة، أقرّ الشرع واجب الاحتياط في اختيار الزّوج خاصة، وجعل للمرأة شريكا لها في الاختيار وهو وليّها القريب الشّفيق عليها والرّحيم بها. ومرجع ذلك أنّ هذا " العقد الخطير يعود على الوليّ بالعار أو الفخار، لأنّ الزّواج ربط بين

(1)- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، ص: 46-47.

(2)- رشا بسام إبراهيم زريفة: مرجع سابق، ص: 12-13.

أسرتين، والوليّ يؤذيه زواجها (مولّيته) من خسيس ويشرّفه زواجها من شريف، فلم يكن لها أن تستبدّ بالعقد"[1].

فمشاركة المرأة في شأن زواجها ليس حجر على حرّيتها في الاختيار، ولكنّه حرص على تحقيق الاطمئنان الكامل لها في الحياة الزّوجية، وضمان المشاركة والمصاهرة بين أسرتين بعلاقات قوّية ووديّة، لأنّ الزّواج ليس علاقة بين رجل وامرأة تنشأ في فراغ اجتماعي، وإنّما هو علاقة بين أسرتين وعائلتين قائمة بالمودّة والرحمة والتناصر، فيكون بذلك الزّواج سببا في توطيد أواصر المودّة بين أسرة الرّجل والمرأة ؛ فتعيش المرأة وبالطبع أهلها وسط جو من الهدوء والراحة، ما يكون به الأثر الإيجابي على الحياة المستقبلية للأسرة الكبيرة والصغيرة على حدّ سواء.

كما أنّ إشراك المرأة أسرتها في أمر زواجها، يمنحها سندا قويّا تستند عليه في السرّاء قبل الضّراء، حيث "بات واضحا اليوم في المدن الكبرى خاصّة –حيث يعسر أن يجد زّوجان حديثا عهد بالزّواج مسكنا مستقلّا يناسب دخلهما –حينما تتزوّج المرأة فإنّها تبقى في بيت أبيها ويبقى زوجها في بيت أبيه حتّى يجدا مسكنا يقدران على كرائه، والكلّ يساعدهما في البحث عنه وفي تذليل سبل الحصول عليه، ويحدث أحيانا أنّ عائلة المرأة توفّر لها مسكنا هي وزوجها، ولا يمكن لعائلتها أن تضحي معها في بداية زواجها إذا لم تكترث لها في زواجها.

والزّواج إذا تمّ بانضمام رأي المرأة إلى رأي أسرتها ينتج عنه ارتباط أسرتها بأسرة زوجها برابطة المصاهرة، وهي رابطة لها آثارها الشرعية نحو تحريم أصول الزّوجين على بعضهما البعض لقوله تعالى: {حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ... } [سورة النّساء الآية :23] ، وكذا آثارها الاجتماعية لِما ينشأ عنها من تعارف بين أفراد الأسرتين، فكانت علّة المصاهرة علّة شرعية منضبطة.

(1)– محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزّواج وآثار، ص: 177؛ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية: ص:129.

وهذه الآثار كلّها تغيب إذا لم تكترث المرأة لأحد من أسرتها، وزوّجت نفسها بنفسها"[1].

حتّى أنّ هناك من الأولياء –وما أكثرهم– ينفق على موليّته بعد زواجها إذا لم تكن حالتها المادية ميسورة، فيتكفل بمصاريف دوائها إذا مرضت، وبمصاريف أكلها إذا جاعت. بل وقد يتعدّى ذلك إلى التكفّل بكلّ ما يتعلّق بنفقات أبنائها من غذاء، ودواء وتدريس، وكلّ ما من شأنه أن يحقق راحتها، وهذا كلّه يغيب إذا ألغت المرأة مشاركة وليّها لها في زواجها، لتكون بذلك وحيدة في مواجهة مشاكل حياتها الزوجية بلا مؤنس ولا معين.

الفرع الثاني

حالة عدم استقرار المولّى عليها

إنّ من أهمّ مقاصد الولاية في التزويج إشراك المرأة لأسرتها في الرأي، وتمتين علاقتها بها، ليكون أهلها عونا وسندا لها إذا تعرّضت إلى أيّ مشكل في بيت الزوجية، ويكون لهم دور إيجابي في حلّ الخلافات الزوجية، وعملية الاصلاح[2].

"فبناء الأسرة المسلمة يقوم على أساس التلاحم بين أفرادها والتكافل بينهم في المنشط و المكره، والبنت حين تتزوّج فإنّها لا تتزوّج لوحدها، ولكنّها تتزوّج وكلّ أفراد عائلتها يأملون نجاح زواجها، لأنّ في نجاحه راحتهم وفي فشله قلقهم. ويتجلّى هذا التكافل واضحا في أنّ الوليّ حين يتولّى تزويج المرأة الّتي تحت ولايته برضاها، فإنّه يتحمّل نتائج زواجها، فالمرأة حينما تفشل في زواجها بل حينما تظهر بوادر خلافها مع زوجها، فإنّها تلجأ للاحتماء بعائلتها، وتؤويها عائلتها لأنّها أشرفت على زواجها، ويكون ولييّها مفاوضا عنها في الصلح مع زوجها.

ولو أنّ امرأة لم تكترث لأحد من أفراد عائلتها في زواجها ثمّ فشلت فيه، فكيف تتحمّل عائلة نتيجة زواج لم يؤخذ رأيها فيه أوّل مرة؟ وبأيّ حقّ ترجع هذه المرأة إلى بيت أبيها وقد

(1)– عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ص: 354.

(2)– سمير شيهاني: مرجع سابق، ص: 354.

يكون معها أبناؤها ليتحمّل مسؤوليتهم؟ وهل تقبل هذه المرأة أن تتعامل معها عائلتها بقاعدة الغنم بالغرم فترف بالغرم فترفض احتضانها لأنّها لم تكترث إليها حين أرادت أن تتزوج؟"[1].

فالأولياء يصبهم العناء والبلاء إذا لم توفق المرأة في زواجها، وسيقعون في بلاء أعظم وأشد إذا وصل الشقاق بين المرأة وزوجها إلى الطلاق، وعادت إليهم تحمل في رحمها جنينها، وتمسك بيدها أولادها، أيكون عليهم الغرم، ولا يشاركون في قرار له انعكاساته على حياتهم كلّهم؟[2]

إنّ إلغاء دور الوليّ في قانون الأسرة الجزائري، يطرح إشكالا إجرائيا في الواقع الأسري الجزائري نلمسه في التحكيم عند وقوع الشقاق(النّزاع العائلي)، والمعضلة الّتي يقع فيها القاضي ويصطدم بها عند بلوغ الزوجين درجة الطلاق تتمثل في الوليّ الّذي لم يشارك في إنشاء عقد الزواج ولم يكن طرفا فيه، وخاصة إذا كان معارضا مبدئيا، فلا يعنيه أمر رأب الصدع ولا يهمّه الصلح أصلا ولا حتّى الطلاق. لأنّ الزواج في المجتمع الجزائري ليس فقط بين رجل وامرأة بل بين أسرتين يتبادلان الاحترام والتقدير والتعاون، وتسهران على حماية الأسرة الجديدة بكلّ الطرق، لكن عندما يتمّ الزواج برضى الأسرتين، وليس بين شخصين. فعدم مشاركة الأولياء والأقربين في عملية الصلح، يضعف الرابطة الأسرية وتنحلّ بمجرد نزاع بسيط ناتج عن حالة غضب من الطرف الآخر أو سوء فهم له.

كما أنّ تهميش الوليّ يعاكس تماما مفهوم الزواج، لأنّ زواج المرأة بلا وليّها مرفوض جملة وتفصيلا في المجتمع الجزائري، وعلى مستوى كلّ الشرائع والطبقات الاجتماعية، المتعلّمة والأميّة منها، كذلك ينمي العداوة بين المرأة وأهلها. فطبيعة الأسرة الجزائرية تفضّل أن يكون زواج البنت وفق مشورتهم، وذلك خوفا على مصلحتها، حتّى تجد من يقف إلى جانبها في حالة تعرضها للظلم، وقد لا يقبلها أهلها إذا عادت إليهم، فهم لم يشاركوا في اختيار الزوج ولم يشاوروا في الموضوع، ناهيك عن العداوة بين الأسرة الناشئة والأسرة الأم، وفي هذا انتشار للعداوة في المجتمع كلّه.

---

(1)- عبد الرحمان الغرياني: المرجع السابق، ص: 354.

(2)- عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة (دار النفائس: الأردن، ط:1، 1418هـ/1997م)، ص: 119.

فأيّ مجتمع هذا الّذي تنفك فيه الروابط الأسرية؟ وما هو مستقبل هذا المجتمع الّذي تنخره العداوة والأحقاد؟[1]

وكذلك من بين الآثار السلبية لتعديل المادة 11 من قانون الأسرة، وضعية الأطفال في المجتمع، لأنّ عدم إشراك الأولياء في زواج بناتهم يضرّ بالأطفال، فطبيعي أنّ هذا الزواج الجديد سينشأ عنه أبناء وبنات. ولاستقرارهم النفسي والعاطفي والاجتماعي، ولإيجاد علاقة متينة بين أفراد الأسرة، يتوجب أن تكون لهم علاقة بالجد والجدة والعم والخال، وزواج المرأة بنفسها دون إشراك أهلها وخاصة أبوها (الوليّ)، يؤدي بهم إلى قطع العلاقة مع هذه الأسرة الناشئة وعدم قبول أطفالها الأبرياء إذ لا أحد شارك في وجودهم. وربّما هذه الجريمة في حقّ الأطفال سببها أنّ أمهم أرادت الظهور في صورة المرأة المتحرّرة المتفتحة والمستقلة المتساوية مع الرجل، وفي الحقيقة المرة وعلى أرضية الواقع، فإنّ هذا سيكلّفها الكثير من الأتعاب، ويكون عليها وحدها تدبير شؤون زواجها، وتنظيم أسرتها وحلّ مشاكلها لوحدها لأنّ معظم الخصومات الزوجية تحلّ في إطار عائلي محض ولا يسمع بها القاضي ولا حتى الجيران.

إذن فإلغاء أي دور للوليّ في عقد الزواج يؤدي إلى عدم تدخل الأولياء في إصلاح مابين الزوجين، لأنّهم لم يشاركوا في إنشاء هذا الزواج، وبالتالي لا يجد الأزواج أمامهم إلّا المحاكم، وحسب العرف والعادات والتقاليد في الأسرة الجزائرية، فإنّه غالبا إذا ما وصلت الأمور والأسرار الزوجية إلى المحاكم والجلسات العلنية تنفك الرابطة الزوجية ويقع الطلاق، وبالتالي يترتب عن ذلك آفات اجتماعية ونفسية لعلّ أهمها تشرد الأطفال.

وكلّ هذا بسبب إلغاء دور الوليّ في عقد الزواج، دون مراعاة للضّوابط الشرعية المستندة إلى الشريعة الإسلامية، ودون دراسة اجتماعية لطبيعة الأسرة الجزائرية والمجتمع الجزائري، بكلّ خصائصه وعاداته وأفكاره وثوابته، وكأنّ الّذي سطّر هذا القانون يسعى إلى ضرب الأسرة الّتي هي اللّبنة الأولى في المجتمع، وبالتالي تحدث ظواهر اجتماعية أخرى سلبية، وتتفاقم الأزمات الاجتماعية الّتي نرى بأنّ المجتمع الجزائري في غنى عنها[2].

(1)- مسعود رزيق: مرجع سابق، ص: 159-160.

(2)- مسعود رزيق: المرجع نفسه، ص: 160-161 .

فالوليّ سند للمرأة في مواجهة مشاكلها بعد الزّواج، هذا في حالة قيامه بمهامه. وحين أفرغ من محتواه، فبدل أن يكون سند يكون عنصر في المشكلة، وبدل أن يتحمّل المسؤولية يتملّص منها، وبدل أن يشاركها الهموم تحملها وحدها، وبدل أن يعينها في حلّ المشاكل يصبح هو بحدّ ذاته مشكلا يثقل كاهل المرأة. وهذا كلّه نتيجة تفريغ الوليّ من محتواه، باشتراطه شكليا في عقد زواج الراشدة.

الخاتمة

بعد دراسة دور الوليّ في عقد زواج المرأة، تبيّن لنا أنّ الولي له أهميّة كبيرة في هذا العقد، فتوصّلنا إلى أنّه شُرّع حماية لمصلحة المولّى عليها، وتحقيقا لمصالحها وحفظا لكرامتها وهذا انطلاقا من أساس إثبات الولاية له.

فبشفقته على موليّته، وحنانه عليها، ورحمته بها، يحرص دون شكّ على تحقيق منفعتها وحفظ كرامتها، وترفيعها عن مواطن الريب صونا لعرضها وعفّتها. كما يسعى إلى اختيار الزّوج الأصلح لموليّته من حيث الدّين والخلق، فلا يضعها إلّا بين يديّ صاحب الدين والخلق.

كذلك أنّ تجربته، ومخالطته لبني جنسه، وخبرته الواسعة ومعرفته الأكيدة بأحوال الرّجال يجعله على مقدرة من تمييز الصالح من الطالح، وعلى دراية بالأكفأ من غيره، فيختار لموليّته عن سبق تجربة وطول معرفة ومخالطة، وهو ما يؤكدّ أنّ ثبوت ولاية النّكاح للرّجل على المرأة يشعر بإضافة النصرة والحماية لها لأنّها تجهل مصالح النّكاح ولا تجريب لها مع الرّجال، فشرع الوليّ في حقّها خشية من خداعها واحتياطا لعدم التحايل عليها لقلّة خبرتها.

كذلك أنّ هذا الوليّ عند ممارسته لمهام الولاية، يكون مسؤولا تضامنيّا مع مولّيته، فتجبره مسؤوليته على بذل واجب النصح والإرشاد واختيار الأصلح، إضافة إلى كونه سند للمرأة ومتكؤها والمساهم في حلّ مشاكلها.

إلّا أنّ دعاة تحرير المرأة، ونتيجة لجهلهم بأساس تشريع الولاية، يقولون بأنّ الوليّ هو وسيلة تجبر وقهر للمرأة، وحدّ من حرّيتها وحجر على إرادتها، وأن الولاية في التزويج تجعل من المرأة سلعة وبضاعة تنتقل جبرا من الوليّ إلى الزّوج، وهذا ما هو إلّا بهتان وظلم للشريعة السمحاء، وتأكيد على عدم معرفتهم بالمقصد من تشريع الولي، هؤلاء الّذين مارسوا ويمارسون ضغوطا على السلطة التشريعية أدى إلى الإبقاء على لفظ الوليّ وتجريده من كلّ مهامه.

وهذا ما نلخصه كالآتي:

1-الوليّ شُرّع أساسا لمصلحة المرأة.

2-دافع الشفقة لدى الوليّ يجعله يتخيّر الأصلح لمولّيته.

3-رزانة الوليّ وحسن تقديره يمنعه من الاغترار بالمظاهر.

4- تولّي الوليّ للعقد لا يعني بالضرورة أنّه وليّ مجبر، وإنّما في زواج الراشدة يقوم فقط بنقل إرادتها استئمارا واستئذانا بحسب حالها بكرا أو ثيّبا.

5-الوليّ عند تولّيه العقد على مولّيته يكون قد قبل ضمنيا تحمّل مسؤولية تضامنية مع مولّيته.

واعتبارا لهذه النتائج نقدم الاقتراحات التالية:

1-جعل الوليّ ركنا في عقد الزواج قانونا، وأخذ رضاه بعين الاعتبار.

2-ترتيب الأولياء في القانون ترتيبا شرعيا وفقا لترتيب الإرث، لأنّه ترتيب على أساس الشفقة، فأقرب الأولياء أشفقهم وأحرصهم على تحقيق مصلحة مولّييهم.

3-أن يردّنا المشرع إلى الشريعة الإسلامية ردّا جميلا، إمّا بجعل المواد المتعلقة بولاية التزويج مطابقة لما جاء في الشرع الإسلامي، أو بإلغاء المواد المتعلقة بهذا الجانب نهائيا لنطبّق مباشرة المادة 222 ق أ الّتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية الّتي تأخذ بالوليّ ركنا وتأسيسا.

4- تكوين قضاة غرف الأحوال الشخصية تكوينا شرعيا ولو بسيطا، حتى يتسنّى لهم تطبيق المادة 222 ق أ، مع تحديد مذهب فقهي معيّن واجب الإتبّاع حتى لا يضيع القضاة بين المذاهب الفقهية المتعدّدة.

تمّ بحمد الله

هذا ما تيسّر إيراده وتهيأ إعداده في مذكّرتنا هذه،

يشهد اللّه أنّنا لم ندّخر أيّ جهد للبحث في هذا الموضوع،

وأنّنا حاولنا الإلمام بكافة جوانبه ومقتضياته،

نتمنّى أن يكون إضافة مميّزة؛ وإثراء للمكتبة العلمية،

لا ندّعي فيما قمنا به الكمال لأنّه جهد العبد الضعيف،

فإن أصبنا فمن اللّه وبتوفيقه؛ وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان، وهو دليل الأنس فينا.

نسأل اللّه أن ينفع بهذه المذكرة،

ويجعلها خالصة لوجهه الكريم.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أوّلا: الكتب

1- إبراهيم بمحمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تح: زهير الشاويش (المكتب الإسلامي: لبنان، ط: 5، 1406هـ/ 1986م).

2- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 3، 1424هـ/ 2003م).

3- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تص وتح: عبد العزيز بن عبد اللّه بن باز، تر: محمد فؤاد عبد الباقي، محبّ الدّين الخطاب (دار المعرفة: لبنان، د. ر. ط، د. س. ن).

4- أحمد السعيد أبو راس: أحكام الزواج في الإسلام نظرة تقويمية للكفاءة في عقد الزواج (الدار الجماهرية للنّشر والتوزيع والإعلان: الجماهرية العربية الليبية الشعبية الإشتراكية العظمى، ط: 1، 1425هـ).

5- أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة (دار الجامعة الجديدة: مصر، د. ر.ط، 2010م).

6- أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية/فقه الأحوال الشخصية/لوائح دعاوى الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة و إجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتّى فصلها بالحكم والقرارات القضائية الإستئنافية والقوانين (دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن، ط: 1، 1430هـ/2009م).

7- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (دار التأليف: مصر، ط: 2، 1961 م).

8- حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي (دار بلسنة للنشر والتوزيع: المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1420هـ).

9- حسن علي مصطفى حمدان: مكانة المرأة في الإسلام (شركة الشهاب: الجزائر، د. ر. ط، 1990م).
10- الرشيد بن شويخ: دروس في النّظرية العامة للإلتزام (دار الخلدونية: الجزائر، د.ر. ط، 1433هـ/2012م).
11- الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية (دار الخلدونية للنشر والتوزيع: الجزائر، ط: 1، 1429هـ/2008م).
12- الصادق عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلّته (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع: لبنان، ط: 1، 1423هـ/2002م).
13- صلاح محمد أبو الحاج: سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق (مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع: الأردن، د.ر.ط، 2005م).
14- عبد الرحمان العمراني: الإجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة (مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث: الإمارات العربية المتحدة، ط: 1، 1430هـ/2009م).
15- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل (دار هومة: الجزائر، د.ر.ط، 2007م).
16- عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-02)، مرفقة بـ: - فتاوى لكبار العلماء من صميم الواقع الجزائري،- نماذج من قرارات المحكمة العليا من أرشيف القضاء الجزائري. (دار الخلدونية: الجزائر، ط: 1، 1420هـ/2007م).
17- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية (مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1413هـ/1993م).
18- عبد الكريم بن صالح الكراني: القوامة وأثرها في استقرار الأسرة (دار القاسم للنّشر والتوزيع: المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1431هـ/ 2010م).
19- عبد اللّه بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ض وتص: عبد السلام محمد علي شاهين (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 1، 1414هـ /1994م).

20- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح وتع على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 2، 1424هـ/2003م).

21- على أحمد عبد العال الطهراوي: شرح كتاب النكاح (دار الكتب العلمية: لبنان، ط: 1، 2005م).

22- علي بن أبي بكر المرغيناني برهان الدين أبي الحسن: الهداية شرح بداية المبتدئ (إدارة القرآن والعلوم الإسلامية: باكستان، ط: 1، 1417هـ).

23- عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة (دار النفائس: الأردن، ط:1، 1418هـ/1997م).

24- عيسى حداد: عقد الزواج دراسة مقارنة (منشورات باجي مختار: الجزائر، د.ر.ط، 2006م).

25- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد اللّه بن عبد المحسن التركي (مؤسّسة الرّسالة: لبنان، ط: 1، 1427هـ/ 2006م).

26- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط (دار المعرف: لبنان، د.ر.ط، 1406هـ/1989م).

27- محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، اعتنى به أبو صهيب الكرمي (بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع: الرياض، د. ر. ط، 1419هـ/1998م).

28- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية (دار الفكر العربي: مصر، ط: 3، 1957م).

29- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره (دار الفكر العربي: مصر، ط: 2، 1971م).

30- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس (دار الفكر العربي: مصر، د.ر.ط، 1994م).

31- محمد بن يزيد القزويني الشهير ب(ابن ماجه): سنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه وآثاره وعلّق عليه: محمد ناص الدّين الألباني، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان (مكتبة المعارف للنشر والتوزيع: الرياض، ط: 1، د. س. ن).

32- محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية (دار الفكر ناشرون وموزعون: عمّان، ط: 3، 1431هـ/2010م).
33- محمود المصري أبو عمار: الزواج الإسلامي السعيد (مكتبة الصفا: مصر، ط: 1، 1427هـ/2006م).
34- مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، اعتنى به أبو صهيب الكرمي (بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع: الرياض، د. ر. ط، 1419هـ/1998م).
35- ملكة يوسف زرار: موسوعة الزواج والعلاقات الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة (دار الفتح للإعلام العربي: مصر، ط: 1، 1420هـ/2000م).
36- الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الكويت، ط: 2، 1404هـ/1983م).
37- مولاي ميلاني بغدادي: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية (قصر الكتاب: البليدة، ط: 1997م).
38- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلّته (دار الفكر: سوريا، ط: 2، 1405هـ/1985م).
39- وهبه الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة (دار الفكر: سوريا، ط: 3، 1433هـ/2012م).

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1- إبتسام رشا إبراهيم زريقة: عوامل استقرار الأسرة في الإسلام، رسالة ماجستير (جامعة النجاح الوطنية/كلية الدراسات العليا: فلسطين، 2010م).
2- أسامة ذيب سعيد مسعود: أثر الإكراه في عقد الزواج دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير (جامعة النجاح الوطنية/كلية الدراسات العليا: فلسطين، 1427هـ/2006م).
3- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير (جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان/كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم قانون الأسرة: الجزائر، 2009م-2010م).

4- سالم بن عبد الغني الرافعي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، أطروحة دكتوراه (دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع: لبنان ،ط: 1 ،1423هـ/2002م).
5- سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه (جامعة مولود معمري: الجزائر، 1435هـ/2014م).
6- عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النّكاح، رسالة ماجستير (الجامعة الإسلامية: المملكة العربية السعوديه، ط: 1، 1423هـ/2002م).
7- محفوظ بن صغير: الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه (جامعة الحاج لخضر بباتنة/ كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية/ قسم الشريعة: الجزائر، 1429هـ-1430هـ/ 2008م- 2009م).
8- مسعود رزيق: إنعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري-دراسة حالة بمدينة باتنة-رسالة ماجستير (جامعة الحاج لخضر بباتنة/كلية العلوم الإجتماعية، والعلوم الإسلامية، والبحث العلمي والعلاقات الخارجية/ قسم علم الإجتماع والديمغرافيا: الجزائر، 1430هـ-1431هـ/2009م-2010م).
9- محمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند الإمام الشيخ ابن تيمية في الزواج وآثاره، أطروحة دكتوراه (جامعة محمد بن مسعود الإسلامية: المملكة العربية السعودية، 2003م).
10- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير (جامعة الخليل/كليّة الدّراسات العليا: فلسطين،1427 هـ/2006م).

ثالثا: المجلات القضائية

1-المجلة القضائية الجزائرية، العدد: 3، سنة: 1994م.
2-المجلة القضائية الجزائرية، العدد: 2، سنة: 2002م.
3-المجلة القضائية الجزائرية، العدد: 2، سنة: 2003م.
4-مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد: 2، سنة: 2007م.

رابعا: النصوص القانونية

1--الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الصادر باالجريدة الرسمية عدد: 15.

2-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ ،الموافق ل 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980م، القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983م، القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987م، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988م، القانو رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989م، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007م، الصادر بالجريدة الرسمية عدد: 31.

فهرس
الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان الصفحة

مقدمة:.....1

الفصل الأول: المقصد من تشريع الولي في عقد الزواج..... 7

المبحث الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج 8

المطلب الأول: ثبوت ولاية التزويج باعتبار شفقة الوليّ 8

الفرع الأول: الحفاظ على سمعة المولىّ عليها 8

الفرع الثاني: الحرص على حسن اختيار الزوج 10

الفرع الثالث: ترتيب الأولياء وعنصر الشفقة 12

أولا: مراعاة الشفقة في الترتيب الشرعي 13

ثانيا: عدم مراعاة عنصر الشفقة في الترتيب القانوني 14

المطلب الثاني: ثبوت ولاية التزويج باعتبار خبرة الوليّ.....17

الفرع الأول: المعرفة بأحوال الرّجال 18

الفرع الثاني: الرزانة والتروي 20

المبحث الثاني: نطاق ولاية التزويج 24

المطلب الأول: الولاية بالموافقة 24

الفرع الأول: ولاية الاجبار 24

أولا: موجب الاجبار 25

ثانيا: الوليّ المجبر 26

ثالثا: ولاية الاجبار في قانون الأسرة الجزائري 28

الفرع الثاني: ولاية الاختيار 30

أولا: تعريف ولاية الاختيار 31

ثانيا: دافع الأخذ بولاية الاختيار 33

المطلب الثاني: الولاية بالاعتراض 35

الفرع الأول: الاعتراض لعدم الكفاءة 36

أولا: تعريف الكفاءة 36

ثانيا: حقّ الاعتراض عند نقص الكفاءة 38

الفرع الثاني: الاعتراض لعدم مهر المثل 40

أولا: المهر 40

ثانيا: مهر المثل..... 42

ثالثا: حقّ الاعتراض على الزواج بأقّل من مهر المثل 43

الفرع الثالث: حقّ الوليّ في الاعتراض في قانون الأسرة الجزائري..... 44

الفصل الثاني: ضوابط الوليّ في عقد الزواج..... 48

المبحث الأول: واجبات الولي في عقد الزواج 49

المطلب الأول: نقل إرادة المولى عليها 49

الفرع الأول: الاستئذان 50

أولا: المقصود بالاستئذان 51

ثانيا: كيفية الاستئذان.....51

ثالثا: إذن البكر 52

رابعا: من يشترط القول في إذنها من الأبكار.....53

الفرع الثاني: الاستئمار 54

أولا: المقصود بالاستئمار 54

ثانيا: دليل الاستئمار 54

ثالثا: تعبير الثيّب عن رأيها 55

رابعا: حقيقة أحقّية الثيّب بنفسها 56

المطلب الثاني: مباشرة عقد زواج المولى عليها 57

الفرع الأول: عدم انعقاد الزواج بعبارة النساء 58

الفرع الثاني: تفعيل الوليّ لعقد زواج المولى عليها 61

الفرع الثالث: مباشرة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري 64

أولا: شكلية حضور الولي.....64

ثانيا: إلغاء الوكالة في الزواج.....66

المبحث الثاني: المسؤولية التضامنية للوليّ 68

المطلب الأول: المشاركة في العقد 69

الفرع الأول: بذل الوسع في انجاح العقد 69

أولا: بذل النصح والإرشاد.....69

ثانيا: التزويج من صاحب الدين والخلق.....71

الفرع الثاني: إهمال مسؤوليّة حسن الاختيار.....72

المطلب الثاني: مشاركة المولى عليها بعد الزواج 74

الفرع الأول: حالة استقرار المولي عليها 75

الفرع الثاني: حالة عدم استقرار المولّى عليها 77

الخاتمة 82

قائمة المصادر والمراجع 86

فهرس الموضوعات 93