

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

الولاية في الزواج حدودها وضوابطها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

الطالبة :

فوزية بوصرة

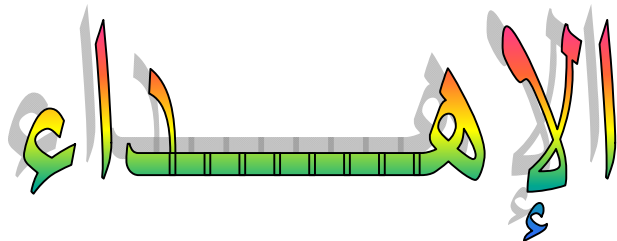
المشرف الرئيسي: د. منصور رحماني.

المشرف المساعد: أ. داود كمال .

لجنة المناقشة :

- | | |
|-----------------|---------------|
| 1/ لونكار محمود | رئيسا. |
| 2/ رحماني منصور | مشرفا رئيسا. |
| 3/ داود كمال | مشرفا مساعدا. |
| 4/ نظيرة عتيق | مناقشا. |

دورة جوان 2013



إلى روح أمي التي ولدتني رحمها الله وطيب ثراها .

إلى أمي التي ربنتني وأظللنتني برعايتها و أثبتت أن الأم هي من تربي لا من تلد .

إلى والدي العزيز .

إلى كل أفراد العائلة .

إلى صديقاتي اللاتي عشن معي لحظات الفرح والحزن .

إلى كل من ساندي في انجاز هذا البحث وأخص بالذكر أخي حمزة وصديقتي نجمة .

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير لأستاذي المشرف الرئيسي الدكتور منصور رحماني الذي لم يبخل علي بالمعلومات والتوجيهات لانجاز بحثي هذا ، ولأستاذي المشرف المساعد داود كمال والى أستاذي الدكتور بودفع علي الذي لطالما كان سندا لي ولجميع طلبة الحقوق
كما أتقدم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي أساتذة وطلبة.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله نحمده و نستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له و أشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأهل بيته وصحبه أجمعين وتابعيهم والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد

فان الأسرة تعد اللبنة الأولى للمجتمع لذلك حظيت باهتمام كل من الشريعة والقانون ،حيث وضعت أحكام تضبط توازنها واستقرارها، ومن ثم استقرار وتوازن المجتمع الذي يبنى عليها، حتى يتمكن من النهوض وتحقيق التطور والرقى السليم، وذلك لا يتأتى إلا بحماية الأسرة والعناية بها.

إن الأسرة كنظام ديني ومؤسستي، يقوم في أساسه على رجل وامرأة تربطهم علاقة زواج هي الأساس الأول لاستقرار أي مجتمع، ولذلك شرع الإسلام الزواج وحث عليه، قال الله تعالى :

"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في

ذلك لآيات لقوم يتفكرون"¹

وبما أن الزواج هو عماد الأسرة والمقوم الأول لها، إذا ابرم صحيحا، فقد نظمته الشارع تنظيمًا محكمًا ، ووضع له كافة الأحكام و التشريعات التي يقوم على أساسها ، وأضفى عليه قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام ،خاصة أنه قد وصف هذا العقد بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: "وكيف تآخذونه وقد أضفى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقًا غليظًا."² ،ومن بين هذه التشريعات نجد نظام الولاية في الزواج حيث شرعت هذه الولاية لحماية للمرأة المسلمة وتكريمها ، إلا أن الولاية في الزواج هو موضوع كان ولا يزال محل نقاش وجدل في الفقه والقانون بين

¹ الروم : 22

² النساء: 21.

مؤيد لهذه الولاية وبين معارض، مما أثار العديد من التساؤلات والإشكاليات التي تدور في أذهان الكثير من فئات المجتمع الإسلامي عامة والجزائري خاصة، وعليه فأشكالية هذا البحث هي كالاتي :

ما المقصود بالولاية في الزواج وما هو حكمها؟، ولما فرضت على المرأة دون الرجل؟ وإلى أي مدى تتسع سلطة الولي في الزواج؟ وما هو موقف كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من الولاية في الزواج؟

أهمية الموضوع :

- إن الزواج من الموضوعات المهمة في حياة المسلم، إذ به إيجاد النسل وتكوين وحفظ البيت المسلم وتحقيق العفة والإحصان للزوجين و بما أن الولاية في الزواج أمر مهم جدا في عقد الزواج، فهي لا تقل أهمية عنه .
- إن الولاية في الزواج هي رمز للقيم والمبادئ التي تقوم عليها المجتمعات الإسلامية .
- جعل الإسلام الولاية في الزواج هو ضابط لحسن اختيار الأزواج، فلولا الولي لتمكن أصحاب نية السوء من التغرير بالمرأة وخداعها .
- إن الإسلام قد أحاط عقد الزواج بكثير من القداسة والتقدير وبيان أحكام الولاية في الزواج التي هي جزء من أجزاء هذا العقد تتجلى كثير من الحكم التي أرادها الإسلام باشتراط الولي.
- إن تشريع الولاية في الزواج تكريم للمرأة وجعلها في منأى عن كل ما يقلل من احترامها.

أسباب اختيار الموضوع :

- إن الولاية في الزواج من الموضوعات الفقهية المهمة التي يترتب على الجهل بها بطلان عقد الزواج أحيانا.
- الاختلافات الفقهية الواقعة بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الولاية في الزواج .
- التعديلات التي شهدها قانون الأسرة الجزائري و التي شملت المواد القانونية المتعلقة بالولاية في الزواج .
- الرغبة في الوقوف على أحكام الولاية في الزواج في كل من الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري والمقارنة بينهما.

- رغبتني في معالجة المواضيع التي تخص المرأة، كونها عضو فعال في المجتمع إلى جانب الرجل.

الصعوبات و العراقيل:

- كثرة الآراء الفقهية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وتشعبها فيما يتعلق بالولاية في الزواج وأحكامها، مما أدى إلى صعوبة جمعها .

- صعوبة فهم بعض الآراء الفقهية لاعتمادها على أساليب معقدة، خاصة مع قلة مداركي في مجال الشريعة الإسلامية مما صعب مهمتي في المقارنة بين الشريعة والقانون .

- قصر المدة الزمنية المخصصة لانجاز هذا البحث .

المنهج المتبع في البحث :

للإجابة على إشكالية البحث فقد اعتمدت على ثلاثة مناهج رئيسية وهي : الاستقراء و التحليل و المقارنة ، فالمنهج الاستقرائي اعتمدت عليه في تتبع الجزئيات و الأحكام الفقهية في مختلف المذاهب وكذا النصوص القانونية و الأحكام القضائية، ثم قمت بتحليلها من خلال المنهج التحليلي، أما المنهج المقارن فقد اعتمدت عليه من أجل تحصيل أوجه الاتفاق و الاختلاف بين الشريعة والقانون .

الخطوة

مقدمة.

الفصل الأول : الولاية بوجه عام.

المبحث الأول: ماهية الولاية .

المطلب الأول : تعريف الولاية .

المطلب الثاني: تمييز الولاية عن المصطلحات ذات الصلة بها.

المطلب الثالث: أقسام الولاية .

المبحث الثاني : أسباب الولاية .

المطلب الأول : الصغر .

المطلب الثاني : الجنون .

المطلب الثالث : الأنوثة .

المبحث الثالث : شروط الولي .

المطلب الأول : الشروط العامة .

المطلب الثاني: الشروط الخاصة .

الفصل الثاني : الولاية في الزواج .

المبحث الأول: ماهية الولاية في الزواج .

المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج و الحكمة من مشروعيتها .

المطلب الثاني: أنواع الولاية في الزواج .

المطلب الثالث: حكم الولاية في الزواج .

المبحث الثاني: أحكام الولاية في الزواج .

المطلب الأول: زواج البالغة العاقلة .

المطلب الثاني: زواج الصغيرة و المجنونة .

المطلب الثالث: أسباب ثبوت الولاية في الزواج .

المبحث الثالث: حدود وضوابط الولاية في الزواج .

المطلب الأول: عدم عضل الولي موليته .

المطلب الثاني: عدم إجبار الولي موليته.

الفصل الأول : الولاية بوجه عام .

سيتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث سنتطرق في المبحث الأول لدراسة ماهية الولاية ،أما المبحث الثاني فسنعرض فيه الى تمييز الولاية عن غيرها من المصطلحات ذات الصلة بها ،أما المبحث الأخير فقد تركته لدراسة شروط الولي .

المبحث الأول : ماهية الولاية .

و سيتضمن هذا المبحث تعريف الولاية و تمييزها عن بعض المصطلحات ذات الصلة ،بها إضافة إلى أقسام الولاية .

المطلب الأول : تعريف الولاية .

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة .

الولي هو القرب و الدنو يقال تباعد بعد ولي و كل مما يليك أي مما يقربك .

و الولي ضد العدو يقال من تولاه .

و الولي و الصهر و كل من ولي أمر واحد فهو وليه .

و الولاية بالكسر السلطان و الولاية و الولاية النصره³.

كما جاء في تاج العروس ولي الشيء ولى عليه ولاية بالكسر و الفتح المصدر مثل الإمارة و الولاية بالكسر الخلافة و الإمارة⁴.

كما جاء في لسان العرب :الولي في أسماء الله تعالى هو الناصر و قيل المتولي لأمر العالم و الخلائق القائم بها و الولاية بالكسر السلطان ،و الولاية النصره يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصره و الولاية والإمارة ،و الولي ولي اليتيم الذي يلي أمره و يقوم بكفايته وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها فالولاية بالفتح في النسب و النصره و العتق، و الولاية بالكسر في الإمارة و الولاء في العتق⁵.

الفرع الثاني : تعريف الولاية اصطلاحاً.

³الجوهري , الصحاح في اللغة و العلوم تقديم عبد الله العلابلي دار الحضارة العربية بيروت (د ت) مادة ولي 715
⁴ محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيدي ,تاج العروس تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم , دار الكتاب العالمية ,بيروت

لبنان ج 39 مادة ولي ص 112, 113

⁵ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور لسان العرب، دار صادر ،بيروت ،دط،دت، ج ،15 مادة ولي ،ص

إن المتمعن في كتب الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يستقروا على تعريف واحد للولاية فقد اختلفت تعاريف الولاية من مذهب إلى مذهب آخر كما سنرى ذلك من خلال عرضنا لتعريف الفقهاء للولاية .

أولاً: تعريف الولاية في المذهب الحنفي .

عرفت الولاية عند الأحناف بأنها "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"⁶ إلا أن هذا التعريف فيه قصور من عدة أوجه منها :

-أن الولاية صفة تقوم بالأشخاص و ليست تنفيذا لأن التنفيذ أثر للولاية لا حقيقة لها⁷.

-أن التعريف غير جامع لأفراد المعرف و بيان ذلك أن القول لا يشمل التصرفات الفعلية و الولاية تتناول القول و الفعل معا و منه كان التعريف غير جامع لأفراد المعرف .

-هذا التعريف لا يتناول ولاية الشخص على ماله و نفسه مع أن الشخص يكون ولي نفسه و ماله قيل أن يكون ولي غيره فيكون التعريف غير جامع أيضا.

-قوله "شاء أو أبى" هذه العبارة تدل على أن المعرف هنا هي ولاية الإيجاب لا الولاية بمعناها العام فيكون التعريف غير جامع لأنه اقتصر على نوع واحد من أنواع الولاية⁸.

و عرف الولي عند أصحاب هذا المذهب بأنه من كان أهلا للميراث و هو بالغ فلا تثبت للصبي و المجنون ولاية وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم أصلا لأنه لا يرث منه، و المسلم لا ولاية له على الكافر لأنه لا يرث منه و قد علم الفقهاء عدم جواز ولاية الكافر على المسلم⁹ من قوله تعالى "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"¹⁰

ثانياً : تعريف الولاية في المذهب المالكي.

جاء في كتب المالكية أن الولاية خمسة أنواع:ولاية الإسلام و لا يورث بها إلا مع عدم غيرها، وولاية الحلف، وولاية الهجرة و كان يتوارث بها أول الإسلام ثم نسخ، وولاية القرابة ، وولاية العتق و الميراث بهما ثابت ، و قد وضح هذا التقسيم ابن رشد في كتابه المقدمات حيث قال "فأما ولاية الإسلام و الإيمان فان

⁶ السيد الشريف ابن حسن علي بن محمد علي الحسيني الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، ط3، 2002، باب الواو، ص249.

⁷ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية العقود، دار النهضة العربية، بيروت، (د ط)، (دت)، ص453.

⁸ ناصر احمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط5، 2000، ص221 .

⁹ نضال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2012، ص34.

¹⁰ النساء: 141 .

الله قد نص عليها إلا أن هذه الولاية ولاية عامة فلا يتوارث بها إلا عند عدم النسب و الولاء لكنها شرط في صحة الميراث بهما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم و لا يتوارث أهل ملتين شيئاً" ¹¹

إلا أن هذه الولاية ولاية عامة فلا يتوارث بها إلا عند عدم النسب و الولاء لكنها شرط في صحة الميراث بهما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم و لا يتوارث أهل ملتين شيئاً" ¹² لقوله تعالى "و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض" ¹³

و توجب في الموضع الذي لا يوجب الموارثة بها المناصحة و التناصر في دين الله و التعاون في ذاته قال الله تعالى "إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم" ¹⁴

و أما ولاية الحلف و الإيمان فقليل أن الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام ثم نسخ الله ذلك بقوله "و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله" ¹⁵

و قيل أن ذلك كان في الجاهلية فلما جاء الإسلام أمر أن يؤتهم نصيبهم من النصر و النصيحة و المعونة لا الميراث إلا أن أبو حنيفة و من معه استدلوا من الآية بأنها تفيد الميراث و أن الرجلين إن لم يكن بينهما نسب معروف فوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا و يتعاقلا فان ذلك يصح و يتوارثان و يتعاقلان و لكل واحد منهما أن يرجع على الموالاة بفسخها و يوالى غيره. ¹⁶

و أما ولاية الهجرة فان الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام و لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك لقوله تعالى "إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم و أنفسهم في سبيل الله و الذين آووا و نصروا أولئك بعضهم أولياء بعض و الذين آمنوا و لم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا و إن استنصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم و بينهم ميثاق و الله بما تعملون بصير." ¹⁷

فقد كان المهاجرون و الأنصار يتوارثون بالهجرة و بالأخوة التي آخى بها رسول الله بينهم. ¹⁸ و أما ولاية النسب فموجودة أيضا في القرآن الكريم لقوله تعالى "و لكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون" ¹⁹

¹¹ صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر و الكافر المسلم .

¹² صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر و الكافر المسلم .

¹³ التوبة: 71 .

¹⁴ الحجرات: 10 .

¹⁵ الأنفال: 75 .

¹⁶ ناصر احمد مرجع سابق ص 225، 226 .

¹⁷ الأنفال: 72 .

¹⁸ نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم دمشق، (دط)، (د ت)، ص 15 .

¹⁹ النساء: 33 .

قال حاكيا على لسان زكريا عليه السلام "وإنني خفت الموالى من ورائي و كانب امرأتي فاقربا فصب لي من لذنك وليا يرثني و يرث من آل يعقوب".²⁰

و في معنى الآية أني خفت بني عمي و عصبتي من بعدي أن يرثوني فامنحني ولدا وارثا معيننا يرث مالي و يرث آل يعقوب النبوة و ذلك أن زكريا كان من ولد يعقوب فوهب له يحيى،²¹ أما ولاية العتق فإنها توجب الميراث عند انقطاع النسب بحق الإنعام بالعتق و المن به عند جماعة العلماء.²²

ثالثا: تعريف الولاية عند الشافعية و الحنابلة .

إن الناظر في كتب هذين المذهبين يجد أنهم لم يذكروا تعريف الولاية بمعناها العام بل أشاروا إلى أن الولاية سلطة تمنح للشخص إما على نفسه و إما على غيره و ذلك في أكثر من موضع.²³ كما عرفها البعض من الباحثين المعاصرين بأنهما قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية و المالية²⁴ إلا أن هذا التعريف لم يشر إلى الإيجاب و الاختيار.

التعريف المختار:

بعد ذكر التعريفات الفقهية للولاية و مناقشة ما أمكن مناقشته نتجه إلى البحث عن تعريف آخر للولاية يسلم من المآخذ السابقة و هو: "الولاية عبارة عن سلطة يثبتها الشرع لإنسان معين تمكنه من رعاية المولى عليه من نفس و مال، و حفظه و تنميته بالطرف المشروعة".

شرح هذا التعريف :

- 1- هذا التعريف يبرز الارتباط بين المعنى اللغوي و المعنى الاصطلاحي فالولاية في اللغة سلطة و كذلك في الاصطلاح ، و هي تحتاج إلى قدرة ليتمكن صاحبها من القيام بما أنيط به ، ومعناها في اللغة النصرة والقرب ونفس المعنى في الاصطلاح لأنها تمكن شخصا ما من تولي و مباشرة أعمال المولى عليه و بذلك يكون الولي أقرب الناس إلى المولى عليه و أكثرهم نصرة له.
- 2- الولاية سلطة أي قدرة من القدرات التي يمنحها الله عزَّوجلَّ للإنسان كالحرية والأهلية التي انبثقت منها هذه السلطة.

²⁰ مريم: 05 .

²¹ نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 15 .

²² ناصر احمد، مرجع سابق، ص 228.

²³ نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 15, 16 .

²⁴ ناصر احمد، مرجع سابق، ص 228 .

3- الولاية سلطة شرعية أي مكتسبة من قبل الشرع إما من خلال منحها للإنسان مباشرة ليدبر شؤونه و شؤون من هو تحت رعايته كالأب أو عن طريق اكتسابها من الغير لإدارة أمر من الأمور بمقتضى عقد من العقود المشروعة الخاصة به كالوكالة و الوصاية.

4 - أن الولاية المتضمنة في هذا التعريف تمكن الولي من رعاية المولى عليه سواء كان المولى عليه نفسا أو مالا و يدخل تحت هذه الولاية ولاية الإنسان على نفسه و ولايته على نفس غيره ممن يحتاج إلى هذه الولاية و ولاية الإنسان على ماله و ولايته على مال الغير ممن يحتاج الولاية كل هذا إذا كان أهلا لذلك

5- إن هذه الولاية التي تمكن الإنسان من القيام بهذه المهام توجب أن يكون تصرفه نافذا و لا يتوقف على إجازة احد مادام تصرفه مشروعاً فان لم يكن كذلك رد تصرفه و قد يؤدي ذلك إلى سلب هذه السلطة²⁵.

المطلب الثاني: تمييز الولاية عن المصطلحات ذات الصلة بها .

توجد العديد من المصطلحات التي تتشابه مع الولاية، هذا التشابه يجعل بينهما صلة و علاقة لكن رغم هذا فهي تختلف في جوانب عدة و سنتطرق في هذا المطلب إلى هذه المصطلحات.

الفرع الأول: النيابة .

عرفت النيابة في الاصطلاح الفقهي " بأنها قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه "²⁶ و قيل هي قيام شخص بتصرف شرعي مكان غيره بتكليف من الشارع أو القضاء أو بالاتفاق على أن ينتج التصرف آثاره في ذمة الأصل هذا و قد عرف القانونيون النيابة بأنها قيام شخص يقال له النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر و لحسابه بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة في ذمة الأصل.²⁷ و قد قسم الفقهاء النيابة إلى قسمين اختيارية و إجبارية :

الاختيارية فهي الوكالة التي موضعها تفويض التصرف إلى الغير أما الإجبارية فهي الولاية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر و ذلك الولي النائب يعتبر

²⁵ محمد احمد سراج و محمد كمال إمام أحكام، الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (دط)، 1999، ص143 .

²⁶ الأكل بن حواء، مرجع سابق، ص12.

²⁷ ناصر احمد، مرجع سابق، ص 230 .

الممثل الشرعي للقاصر فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود و أفعال و مخصصات في الحقوق و غير ذلك.²⁸

و على ذلك يتبين لنا أن كلا من الولاية والنيابة بينهم علاقة تتمثل في أن كل منهما مباشرة على الغير.²⁹

الفرع الثاني : الوكالة .

عرفت الوكالة الاصطلاح الفقهي بتعريفات كثيرة منها إقامة الغير مقام النفس في الحياة فيما يقبل النيابة من التصرفات ، كما عرفت بأنها "استنابة جائز التصرف مثله فيما له عليه تسلط أو ولاية ليتصرف فيه."³⁰

كما أن من المقرر في الوكالة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ترجع حقوقه إلى موكله كالوكيل بالزواج فان الوكيل يضيف العقد إلى الزوج فترجع آثاره إلى الزوج.³¹

ومنه و بعد ما تقدم بخصوص الوكالة يتضح أن كل من الولاية و الوكالة بينهما اتفاق حيث أن كل منهما استنابة الغير على الغير، لكن الولاية اعم من الوكالة.

الفرع الثالث : الوصاية .

الوصاية مقصورة على إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته و ما يتعلق بها من ديون ووصايا و في شؤون أولاده الصغار و رعايتهم ، و يسمى ذلك الشخص المقام وصيا أما إقامة غيره مقامه في القيام ببعض أموره في حال حياته فلا يقال لها في اصطلاح الفقهاء وصاية و إنما تسمى وكالة.

الفرع الرابع : القوامة .

القوامة في اللغة مأخوذة من قام على الشيء يقوم قياما أي حافظ عليه و راعى مصالحه ومن ذلك القيم و هو الذي يقوم على شأن شيء و يليه و يصلحه، و القوام صيغة مبالغة من القيام على الشيء و الاستبداد بالنظر فيه ومنه قوله تعالى "الرجال قوامون على النساء"³² و كلها مشتقة من القيام المجازي لأن شأن الذي يهتم بالأمر و يعتني به أن يقف ليدبر أمره ويرعاه.

²⁸ نزيه حماد ،مرجع سابق، ص11, 12 .

²⁹ ناصر احمد ،مرجع سابق، ص230 .

³⁰ بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنة و المذهب الجعفري و القانون ،دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ج1،(د ت)،ص155.

³¹ نزيه حماد ،مرجع سابق، ص13 .

الفرع الخامس : السلطة .

السلطة في أصل وضعها اللغوي تعني القوة و القهر و التمكّن و التحكم و قد تطلق على الحجة و البرهان لما في ذلك من القهر و الإلزام و القوة ، كذلك ترد بمعنى الولاية لما فيها من التمكّن و التسلط و من ذلك السلطان و هو من له ولاية التحكم و السيطرة في شؤون الدولة فان كانت سلطته قاصرة على ناحية خاصة فليس بخليفة ، وان كانت عامة فهو خليفة³³

و عليه فالناظر في حقيقة كل من السلطة و الولاية يجد أن السلطة اخص من الولاية لأنها تعد فرعا منها فتكون الولاية أعم منها لأن الولاية لها صور متعددة من بينها السلطة و يرى بعض العلماء أن السلطة أعم من الولاية و ترى طائفة أخرى أن الولاية و السلطة لفظان مترادفان معناهما واحد و هو الولاية و القيادة.³⁴

إضافة إلى هذه المصطلحات توجد مصطلحات أخرى ذات صلة بالولاية منها الإمارة وتعني في اللغة الولاية ، و لا تخرج الإمارة في الاصطلاح الفقهي عن هذا المعنى إلا أن الإمارة تكون في الأمور الخاصة و تستفاد من جهة الإمام أو من جهة الشرع أو من جهة صاحب الحق كالوصاية و الوكالة . كذلك نجد الإمامة كمصطلح قريب من الولاية و الإمامة في اللغة مصدر أم القوم و أم بهم إذا تقدمهم ومنه الإمام و هو رئيس القوم الذي يجمع أمرهم و يقتضى به و يقدم عليهم في الأمور.³⁵

كما عرفت الإمامة بأنها القيادة و الرئاسة و عليه فالإمامة تنقسم إلى قسمين إمامة كبرى و هي الإمامة العامة و قد عرفها الإمام المارودي فقال "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين و الدنيا" ، وإمامة صغرى .

و بهذا يتبين أن كلا من الولاية و الإمامة يتشابهان إذ أن كل منهما تولي لأمر الغير و يرى كثير من الفقهاء أن الإمامة أعظم و اشمل من الولاية³⁶ .

كما سنتطرق للحديث عن الموالاتة كونها ذات صلة بالولاية فالموالاتة في اللغة ترد إلى معنى المتابعة يقال والى بين الأمرين موالاتة أي تابع ووالاه موالاتة أي تابعه و توالى الأخبار أي تتابعت و هي من التوالي أي حصول الشيء الثاني بعد الأول دون فصل و من ذلك الموالاتة في الوضوء ومعناها عند الفقهاء أن يوالى بين الأعضاء في التطهير بحيث لا يجف الأول قبل الشروع في الثاني أما عقد الموالاتة في الاصطلاح فهو

³³ نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 14

³⁴ ناصر أحمد ، مرجع سابق ، ص 231 .

³⁵ نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 14 ، 15 .

³⁶ ناصر احمد ، مرجع سابق ، ص 264 .

اتفاق يتم بين شخصين أحدهما ليس له وارث نسبي فيقول للآخر أنت مولاي أو أنت وليي ترثني إذا مت و تعقل عني إذا جنتت فيقبل الآخر.

أما الفرق بين الولي و المولى هو أن الولي يجري في الصفة على المعان و المعين فنقول الله ولي المؤمنين أي معينهم، و يقال أيضا المؤمن ولي الله و المراد انه ناصر لأوليائه و دينه و يكون الولي على وجوه منها ولي المسلم الذي يلزمه القيام بحقه إذا احتاج إليه و منها الولي الحليف و منها ولي المرأة القائم بأمرها.

أما المولى فعلى وجوه منها السيد و المملوك و الحليف وابن العم و الأولى بالشيء و الصاحب و يقال الله مولى المؤمنين بمعنى انه معينهم.³⁷

المطلب الثالث: أقسام الولاية .

من تعريف الولاية السابق فإننا نستخلص عدة تقسيمات لها و باعتبارات متعددة و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تقسيم الولاية باعتبار ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره .

تنقسم الولاية بهذا الاعتبار إلى قسمين: ولاية قاصرة وولاية متعدية :

أولا : الولاية القاصرة

هي ولاية الشخص على نفسه و هي لا تنفك عن أهلية الأداء فمن ثبتت له أهلية الأداء الكاملة كانت له ولاية قاصرة على نفسه و من انتفت عنه لم تكن له على نفسه ولاية.³⁸

كما عرفها البعض الآخر من الفقهاء بأنها ولاية الشخص على نفسه و ماله و هي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالحرية و البلوغ و العقل.³⁹

ثانيا : الولاية المتعدية.

هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره، و هذه الولاية لا تثبت للإنسان إلا إذا ثبتت له الولاية على نفسه .⁴⁰ و تنقسم هذه الولاية إلى من تثبت له إلى ولاية أصلية و هي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب و الجد، فان ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة

³⁷ نزيه حماد، مرجع سابق، ص15، 16.

³⁸ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص156 .

³⁹ جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، دار الشهاب للطباعة و النشر، باتنة، الجزائر،

ص125.

و ليست مستمدة من غيرها، وولاية نيابية و هي الولاية المستمدة من غيرها كولاية القاضي فان القاضي

يستمد ولايته من الحاكم و الإمام فهو نائب عنه في الوصاية و فيما يتولاه من شؤون القاصر.⁴¹

- الفرع الثاني : تقسيم الولاية باعتبار العموم و الخصوص .

و تنقسم إلى ولاية عامة وولاية خاصة.

أولا : الولاية الخاصة .

يعرفها الفقهاء بأنها التي يملك بها الولي حق التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المعنيين و هي تثبت بتسليط من الشارع أصلا كولاية الأب و الجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي و القيم.⁴²

كما عرفت الولاية الخاصة بأنها الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكاما.⁴³

ثانيا: الولاية العامة .

عرفها الفقهاء بأنها استحقاق تصرف عام على الأنام .⁴⁴ و قيل أنها سلطة على إلزام الغير و إنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، تتعلق بأمر الدين و الدنيا و النفس و المال و تهيمن على مرافق الحياة العامة و شؤونها من أجل جلب المصالح للأمة و درئ المفاصد عنها ، و هي منصب ديني و دنيوي شرع لتحقيق ثلاث أمور هي الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و أداء الأمانات إلى أهلها و الحكم بينهم بالعدل، و قد قال ابن تيمية في هذا السياق "و المقصود الواجب الولايات إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسروا مبينا و لم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا و إصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم."⁴⁵

كما عرفت الولاية العامة بأنها سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ في شأن من شؤون المجتمع العامة كالسلطان و الحاكم فله ولاية عامة على من يتولى أمرهم بسبب بيعة الأمة له أو

⁴⁰ ناصر احمد، مرجع سابق، ص253 .

⁴¹ جبر محمود الفضيلات، مرجع سابق، ص125 .

⁴² ناصر احمد، مرجع سابق، ص253 .

⁴³ بدران أبو العينين، بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص135 .

⁴⁴ ناصر احمد، مرجع سابق، ص254 .

⁴⁵ نزيه حماد، مرجع سابق، ص18 .

ببيعة أهل الحل والعقد له نيابة عن باقي الرعية وتتنوع هذه الولاية إلى أنواع عدة تم جمعها في ثلاثة أنواع وهي :

النوع الأول : من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة و هم الوزراء لأنهم يستتابون في جميع الأمور من غير تخصيص.

النوع الثاني :من تكون ولايته عامة في أعمال خاصة وهم أمراء الأقاليم والبلدان لأن النظر فيما خصوا به من الأعمال عام في جميع الأمور.

النوع الثالث : من تكون ولايته خاصة في الأعمال الخاصة و هم كقاضي بلد أو إقليم أو مستوفي خراجه أو جابي صدقاته .

هذا و يمكن رد أقسام الولاية العامة التي سبق ذكرها إلى نوعين هما⁴⁶ :

1-الولايات العامة السياسية : و تنقسم إلى ثلاث أقسام رئيسية و هي السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية.⁴⁷

2-الولايات العامة الدينية : و تتنوع إلى أنواع كثيرة منها ولاية الصلوات وولاية الصدقات وولاية الحج إلى غيرها من الأنواع،و مما تجدر الإشارة إليه أن الولايات العامة الدينية لا تدخل في تقسيم الولايات العامة السياسية إلا من حيث كونها واجبة التطبيق شرعا كما أمر الله تعالى حيث تعد من اختصاصات الإمام الوظيفية لكونها تدخل تحت نظره فله أن يقوم بها بنفسه إن شاء وله أن ينيب عنه من يقوم بها مقامه.

الفرق بين الولاية الخاصة و الولاية العامة.

إن الناظر في حقيقة كل من الولاية الخاصة و الولاية العامة يجد أن بينهما فروق عدة و سيتم إبراز هذه الفروق في النقاط التالية :

1-القدرة و الاستطاعة حيث إن قدرة صاحب الولاية العامة أعظم من قدرة صاحب الولاية الخاصة لامتلاك الأول السلطة والملك دون الثاني وهذا ما أشار إليه شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال "و القدرة هو السلطان و الولاية فدوا السلطان اقدر من غيرهم و عليهم من الوجوب ما ليس على غيرهم فان مناط الوجوب هو القدرة فيجب على كل إنسان بحسب قدرته لقوله تعالى "فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ".⁴⁸

⁴⁶ ناصر احمد، مرجع سابق، ص254، 256 .

⁴⁷ ناصر احمد، مرجع سابق، ص 257 .

⁴⁸التغابن: الآية 12.

2--سبب الولاية: و هو بالنسبة للولاية العامة تعيين من قبل الأمة إما بانتخاب عام لأعضاء مجلس الشورى و هم ما يعرفون بأهل الحل و العقد ، و إما ببيعة عامة للإمام من قبل الأمة أو من ينوب عنها من أهل الحل و العقد و إما بتعيين خاص من ولي الأمر أو ممن ينوب عنه ممن يفوض إليه أمر التعيين أما سبب الولاية الخاصة فهو احد الأسباب الآتية و هي الصغر و الجنون و يلحق به العته و الأنوثة و قد تكون أيضا الوكالة أو الوصاية .⁴⁹

3-بالنسبة لشروط كل واحد منهما فان للولاية العامة شروط و ضوابط تختلف عن الولاية الخاصة من أهمها :

أ-الصلاحية الإدارية : و هذه الصلاحية تختلف باختلاف الولاية التي يراد إسنادها فما يلزم توفره في الخطير منها كالإمامة العظمى من المقدرة السياسية و الحربية و الفكرية و الصرامة و الشفقة و الدهاء لا يشترط فيما دونها من الولايات و قد نبه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى هذا المعنى فيما رواه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال "إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة قيل يا رسول الله وما إضاعتها ؟ قال:إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة." ⁵⁰

ففي هذا الحديث دليل عظيم على خطورة إسناد الولاية إلى غير القادر عليها و على القيام بوظائفها و موجباتها لأنها أمانة .

ب-الكفاية الجسمية :و المقصود بها سلامة الأعضاء و الحواس من الآفات كالعمى و الصمم و البكم و فقد اليدين أو الرجلين و قد عبر عنها بعضهم سلامة الحواس و الأعضاء مما يؤثر في الرأي و العمل و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب مراعاة هذا الشرط لأن الاختلال الواقع في تلك الأعضاء أو الحواس يؤدي إلى العجز عن كمال التصرف و يفضي إلى الخلل في قيام ذي الولاية العامة بما جعل و اسند إليه من واجبات .

ج- العلم :هو شرط ضروري فيمن يتولى الولاية العامة حيث قال ابن تيمية "إن المقصود بالولايات إصلاح دين الخلق"، و من ثم فمن لا يعرف الأحكام الشرعية و الأمور الدنيوية التي تتعلق بعمله و سلطته و اختصاصه فانه لا يمكنه أن ينفذ حكم الله فيها و لا يستطيع أن يقوم بها على الوجه المطلوب شرعا و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

أما الولاية الخاصة فمن شروطها الإسلام و القدرة على حفظ المولى عليه و صيانتها إضافة إلى البلوغ و الحرية و العقل التي تشترط في كل من الولاية العامة و الخاصة⁵¹-قوة الولاية : من المقرر فقها أن

⁴⁹ناصر احمد، مرجع سابق،ص260.

⁵⁰ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب رفع الأمانة .

⁵¹ نزيه حماد، مرجع سابق، ص22، 23 .

الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة إذا كان متعلقهما واحداً، و معنى هذا انه إذا كان لفاقد الأهلية أو ناقصها ولي من أقاربه فان الولاية عليه تكون لهذا الولي لا للقاضي.⁵²

5-عموم و خصوص النظر في الولاية : فنظر متقلد الولاية العامة أعم وأوسع تناولا لمن يقعون تحت نظره بحسب اختصاصه فالإمام نظره يكون على الدولة و الرعية معاً، و نظر السفير يكون على كل رعايا الدولة الإسلامية الذين يقيمون في الدولة الموفد إليها السفير ، و أما صاحب الولاية الخاصة فنظره خاص و مقصور على نفسه أو على من يقع تحت مسؤوليته الشرعية و القانونية لسبب من أسباب الولاية الخاصة.⁵³

الفرع الثالث : تقسيم الولاية باعتبار موضوعها .

ذكر الفقهاء أن الولاية بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين :

أولاً:الولاية على النفس.

و هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة و حفظ و تأديب و تعليم و تزويج .⁵⁴

كما عرفت بأنها سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانتته و حفظه و تأديبه و تعليمه العلم أو الحرفة و تزويجه و ذلك لأن الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة يكون عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك وجه المصلحة و يكون في أشد الحاجة إلى من يقوم بها، و يسمى ذلك الشخص بالولي فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلاً مأموناً على نفسه و على الصغيرة و الكبيرة في الزواج كما تثبت على المجانين و المعانين حتى تزول عليهم.⁵⁵

و تنقسم الولاية على النفس إلى ثلاث أقسام و بيانها كالتالي :

-القسم الأول: ولاية الحضانة و هي ولاية الحفظ و الرعاية منذ ولادة المولى عليه إلى سن التمييز .

-القسم الثاني: ولاية الكفالة و هي ولاية التربية و التعليم و التأديب للمولى عليه إلى حيث بلوغه الحلم عاقلاً.

⁵²بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص135.

⁵³ ناصر احمد، مرجع سابق، ص 262 .

⁵⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 746 .

⁵⁵ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة من فقه السنة و المذهب الجعفري و القانون، دار

النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ط2، 1977، ص769 .

-القسم الثالث:ولاية التزويج فالولي على النفس يتولى تزويج المولى عليه بناء على ما أعطاه الشرع من صلاحية لذلك.⁵⁶

و تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصابات الذكور وهم أصوله من الأب و الجد أبي الأب و إن علا و فروع من الأبناء و أبناء الأبناء و فروع الأبوين من الإخوة الأشقاء و الإخوة لأب و أبنائهم و فروع الأجداد و هم الأعمام و أبنائهم غير أن الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحرم فلا تثبت لأبن العم فان لم يوجد من العصابات غيره أبقاها القاضي عند حاضنتها أو اختار لها شخصا أميناً ووضعها عنده و تثبت الولاية لهؤلاء حسب ترتيبهم في الميراث فالفروع ثم الأصول ثم الإخوة و أبنائهم ثم الأعمام و أبنائهم بالنسبة لغير الصغار، أما الصغار فتثبت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أبناء يصلحون للولاية.

وان تعددوا قدم الأقرب، و إن تساوا في الدرجة قدم الأقوى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب و العم الشقيق على العم لأب فان تساوا في الدرجة و قوة القرابة تثبت لهم جميعاً و يختار القاضي أصلحهم للولاية هذا ما جاء به المذهب الحنفي أما المذهب الجعفري فالولاية على النفس تكون للأب و الجد الصحيح و إن علا في مرتبة واحدة على الصغير و المجنون الذي اتصل جنونه بالصغر فلكل منهما أن يتصرف مستقلاً عن الآخر و إن فقدا معا كانت الولاية على الصغير و المجنون لوصي احدهما ووصي الجد أولى من وصى الأب فان لم يكن احد هؤلاء فالولاية للحاكم الشرعي ولا ولاية لغير هؤلاء من العصابات و غيرهم.⁵⁷

ثانيا : الولاية على المال.

هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار و تصرفات كالبيع و الإجارة و الرهن و غيرهما⁵⁸، كما عرفها بعض الفقهاء بأنها سلطة شرعية تمكن صاحبها من إنشاء العقود و التصرفات الخاصة بالمال و تنفيذها و يشمل كل ما يتعلق بأموال المولى عليه من على الغير و حقوق الغير عليه فيلزم الولي بحفظ مال موليه من الضياع و الهلاك أو الاعتداء من قبل الغير و العمل على تنميته و استثماره بالأوجه المشروعة كما يلزمه الإنفاق من هذا المال على صاحبه و على من تلزمه نفقته بالمعروف من طعام

⁵⁶ ناصر أحمد ،مرجع سابق،ص263 ،محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية دار الفكر العربي ،القاهرة،(دط)،(د ت) ص458 .

⁵⁷ محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق،ص770 .

⁵⁸ وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص746 .

وكسوة و تعليم مراعيًا في ذلك أوجه الإنفاق المشروعة من غير إسراف و لا تقتير كما يجب عليه أن يكون أمينًا في التصرف في مال موليه غير مفسد إلى أن يسلم إليه ماله عند انتهاء الولاية عليه .⁵⁹

وهذه الولاية تثبت على العاجزين عن تدبير شؤونهم المالية من الصغار و المجانين و المعانين باتفاق الفقهاء كما تثبت على السفهاء و ذوي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة فبالنسبة للصغير فيمر بمرحلتين حتى يبلغ، المرحلة الأولى مرحلة عدم التمييز و تنتهي عادة ببلوغ سن السابعة و في هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة فجميع التصرفات لوليه لأن الصغير لا إدراك و لا تمييز له فأى تصرف منه يكون باطلاً.

أما المرحلة الثانية فتبدأ من سن السابعة من عمره و هي مرحلة التمييز و فيها يدرك الفرق بين النافع و الضار بصورة إجمالية كما يعرف معاني العقود إجمالاً فيدرك ماهية البيع و الشراء فيتحقق له بهذا أهلية التصرف لكنها ناقصة يحتاج معها إلى رأي وليه و من هنا رأى فقهاء الحنفية إن تصرفاته في هذه المرحلة ثلاثة أنواع:

- 1-تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبة ماله أو إهدائه أو إبراء المدين له من الدين و هذه باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها وليه لأن الولي لا يملكها ابتداءً فلا يملك تملكها لغيره بالإجازة .
- 2-تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة أو الهدية و هذه تصح منه و تنفذ و لا تتوقف على إذن وليه .
- 3-تصرفات مترددة بين النفع و الضرر كالبيع و الشراء و الإجازة و عقود المعاوضات كلها و هذه تصح باعتبار ما عنده من إدراك و تمييز و أهلية ناقصة و لكنها تتوقف على إجازة الولي فان أجازها نفذت لظهور أن نفعها أكثر من ضررها و إن ردها بطلت لظهور أن ضررها أكبر من نفعها ، و تستمر هذه المرحلة إلى البلوغ ويكون بالعلامات الطبيعية إن وجدت و بالسن ،إن لم توجد وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة و خالف أبو حنيفة فجعله ثمانى عشرة سنة للفتى و سبع عشرة للفتاة.⁶⁰

إلا أنه رغم بلوغ المولى عليه فإنه لا يسلم إليه ماله إلا إذا أثبت رشده و هو الإحسان في التصرف في المال بحيث لا ينفقه إلا بمقتضى العقل و الشرع و مادام لم تسلم إليه ماله تبقى الولاية المقيدة لتصرفاته فلا يتصرف إلا بالإذن إلا أن الفقهاء لم يحددوا سناً معينة للرشد لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص و الأزمان بل تركوا ذلك إلى التجربة و الاختبار وهذا ما قال به الجمهور، و استدلوا بقوله تعالى: "ولا تؤتوا

⁵⁹ ناصر احمد ،مرجع سابق،ص262،263 ،محمد زيد الأبياني ،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ،مكتبة النهضة ،بيروت،بغداد ،دط ،دت ،ج2،ص117 ،118 .
⁶⁰ محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق ،ص 779 ،781 .

السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما و ارزقوهم فيها و احسوهم و قولوا لهم قولا معروفا و ابتلوا اليتامى حتى

إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم".⁶¹

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك يستمر إلى خمس و عشرين سنة فادا بلغها يسلم إليه ماله و إن لم يرشد بالفعل، لأن الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه فادا بلغ هذا السن و لم تقد التجارب معه لم يكن هناك أمل في ذلك وحينئذ يدور الأمر بين منع ماله عنه وفيه إهدار لكرامته و هو عاقل و بين دفع المال إليه و المحافظة على كرامته كائسان و منع الحجر عليه ، و لأنه يمكن أن يكون في هذا السن جدا و لأنه مخاطب بالتكاليف الشرعية و مأمور بالوفاء بالعقود لقوله تعالى: "يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود"⁶² و في الحجر عليه مخالفة لهذه الآية.⁶³

أما بالعودة إلى نصوص القانون نجد أن المشرع الجزائري قد حدد سن الرشد في القانون المدني بتسع عشرة سنة و هذا ما نصت عليه المادة 40 في فقرتها الثانية بقولها".....و سن الرشد تسعة عشر(19)سنة كاملة" و تثبت الولاية المالية للأب على مال ابنه القاصر و ذلك حفظا له و هذا باتفاق المذاهب الأربعة ثم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية على مال القاصر بعد موت أبيه فالحنفية قالوا بأنها تثبت للأب ثم وصيه ثم للقاضي فوصيه بينما قال المالكية و الحنابلة بأنها تثبت للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو من يقيمه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاضي .

أما الشافعية فقد اثبتوا هذه الولاية للأب ثم للجد ثم لوصي الباقي منهما ثم للقاضي أو من يقيم مقامه ومنه يظهر أنهم خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجد على وصي الأب لأن الجد كالأب عند عدمه لوجود عامل الشفقة و لذا تثبت له ولاية التزويج و لا تثبت ولاية المال لغير هؤلاء كالأخ و العم و الأم إلا بوصاية من قبل الأب أو القاضي و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الولي على النفس و الولي على المال حيث نص في المادة 87 من القانون رقم 84- 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05- 025 على ما يلي "يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا"

كما قد تجتمع الولاية على النفس و المال لشخص واحد كولاية الأب على ولده الصغير.⁶⁴

⁶¹ النساء: 5، 6 .

⁶² المائدة: 01.

⁶³ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 781، 782.

⁶⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 749، 750.

المبحث الثاني: أسباب الولاية .

الولاية على النفس كما سبق القول هي سلطة على شؤون القاصر و نحوه، المتعلقة به كالتنشئة والتعليم و التطبيب و التزويج و موجب ثبوتها تحقق عجز الإنسان عن رعاية شؤونه و مصالحه في الحياة و احتياجه إلى من يحميه و يراعى أموره لعدم تمكنه من حماية نفسه إضافة إلى احتياجه إلى التأديب و التهذيب و كل هذا متحقق في الصغر و الجنون- و يلحق به العته- و الأوثة

المطلب الأول: الصغر .

يولد الإنسان عاجزا و هو في هذا الضعف يحتاج من يرضعه ثدييه أو يغذيه بكل وسائل التغذية التي تناسب سنه و تتفق مع قوته البدنية، و يحتاج مع ذلك إلى من يعلمه الحياة و يدربه عليها و يحميه من الناس و يهذب غرائزه و يوجهها نحو الخير و يعوده العادات الخلقية السليمة و في الجملة يشرف على تربيته و توجيهه و صيانه فيعنى به جسدا و روحا و عقلا و خلقا و لقد قال المرحوم فتحي زغلول في كتابه شرح القانون المدني "المولود يولد فاقد الأهلية و يبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غضان فلا يقوى على تقدير الأفعال التي تصدر عنه أو يتعمد فعلها تقديرا صحيحا ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة و يكون له بعض الخبرة حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه، و معلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة و لا في زمن واحد بل هم مختلفون في ذلك اختلافا كبيرا و أن منافع الناس و ضرورة الأمن في المعاملات و الحاجة إلى وضع حد تنتهي إليه حال الإنسان و يخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذي يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر و تتم له الأهلية.

و لا شك أن الطفل له دوران، دور يكون فيه فاقد التمييز و في هذا الدور لا تكون التبعة كلها ملقاة على الولي بل تشاركه فيه الحاضنة فهي تستمر مع الطفل إلى سن التمييز و إلى ما بعدها على اختلاف الفقهاء في تقدير سنه و على مقدار سلامة جسم الصغير و قدرته و استعداده للاستغناء عن خدمة النساء و رعايتهن، أما الدور الثاني فهو التمييز و دور الولي واضح هنا حيث يكون هو المنفرد بالنسبة للغلام و بالنسبة للصغيرة يكون منفردا على رأي الجمهور بعد أن تتجاوز سن الحضانة الذي لا يصل إلى البلوغ عندهم⁶⁵.

⁶⁵ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط)، (دت)، ص 17.

الفرع الأول: تعريف الصغر.

الصغر ضد الكبر ابن سيده الصغر و الصغارة خلاف العظم، و قيل الصغر في الحجم و الصغارة في القدر⁶⁶، وفي عرف الفقهاء هو من لم يبلغ من ذكر أو أنثى .

الفرع الثاني: أقسام الولاية على الصغير .

إن محور الولاية على نفس الصغير يدور على قطبين أحدهما القيام على شؤونه بالتربية و التعليم و التأديب و نحو ذلك، و الثاني ولاية التزويج و سنأخذ في الكلام في الأولى لنترك الثانية إلى موضع لاحق.

وولاية الحفظ تتناول ثلاثة أعمال أولها ولاية التأديب و التعليم و التهذيب، و الثانية حفظ نفسه، و الثالثة ولاية على مال الصغير و هذه الأخيرة قد سبق الحديث عنها .

أولا : ولاية التعليم و التأديب .

إن تربية الصغار و تأديبهم ذكورا كانوا أم إناثا مسؤولية الأبوين و ذلك برعاية أمورهم الدنيوية و الأخروية لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم و أهليكم نارا."⁶⁷

و قول الرسول صلى الله عليه وسلم "كلكم راعي و كلكم مسؤول عن رعيته."⁶⁸، ومن هنا فعلى الأب تأديب ولده و تعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين و هذا التعليم واجب على الأب و سائر الأولياء قبل بلوغ الصبي و الصبية .

فالطفل كما قال الغزالي أمانة عند والديه و قلبه الطاهر جوهرة نفيسة خالية من كل نقش و هو قابل لكل نقش و قابل لكل ما يمال به إليه، فإن عود الخير و علمه نشأ عليه و سعد في الدنيا و الآخرة يشاركه في ثوابه أبواه و كل معلم له و مؤدب و إن عود الشر و أهمل إهمال البهائم شقي و هلك، و كان الوزر في رقبة القيم عليه و الوالي له.⁶⁹

والتعليم يبتدئ بالتلقين منذ يدرك الأمور بل منذ أن يعرف أباه و أمه و أخواته و ذوي قرابته و لكنه يكون تعليما بالتلقين و بث الشعور الاجتماعي و تربيته على ضبط النفس و تعليمه ما لغيره من حقوق تماثل حقوقه.

⁶⁶ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث، الجزائر، ط1، 2008، ج6ص322.

⁶⁷ التحريم: 6 .

⁶⁸ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المرأة راعية في بيت زوجها .

⁶⁹ نزيه حماد، مرجع سابق، ص72 .

و إذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقها عقله و تنتسج لها مداركه، و يعوّد العادات الدينية و العبادات حتى يدرك مغزاها، و هذا أخذاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا و اضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً".⁷⁰

إلا أن ما على الولي مراعاته هو عدم تكليف الطفل بالصلاة إلا بعد تعليمه لأحكامها و يجب أن يتعلم ذلك و هو في السابعة أو قبلها و مثل ذلك سائر الفرائض الدينية فيتعلم أحكام الصوم و يعلم فريضة الزكاة و الحج من غير أن يتعرض إلى تفصيلهما لان ذلك فوق طاقته العقلية.

كذلك على الولي اجتناب الضرب الذي يخرج التعليم عن أهدافه، فالضرب من أجل التعليم إنما هو نوع من التوجيه و ليس المقصود به الإيذاء فالإيذاء في حد ذاته مكروه.⁷¹

فحق الولي في الضرب مقيد حيث يكون من النوع البسيط و ليس الضرب الفاحش الذي يؤدي إلى الجرح و الكسر.⁷²

و لذلك فالضرب باليد أو بآلة تعذيب كالخشبة ونحوها يخرج الضرب من حيز التعليم إلى حيز التعذيب، و ليس التعليم مقصوراً على العبادات بل يجب أن يحفظ مقدار من القرآن ليعلم أصول دينه إضافة إلى الأحاديث النبوية ليدرك الحكمة المحمدية.

و مما تجدر الإشارة إليه إلى أن هناك بعض الحالات التي يحاول فيها الولي تهذيب المولى عليه أو تعليمه عن طريق ضربه فيحدث أن يؤدي ذلك إلى الوفاة أو إلى فقد عضو من الأعضاء، فقد تباينت آراء الفقهاء في وجوب العقاب للولي من عدمه و ذلك ضمناً لحق الصغير فمنهم من قال بوجوب الضمان على الولي دون المعلم و على رأسهم أبو حنيفة و حجتة تقوم على أمرين :

1- إن المقصود هو التأديب و هو مرسوم بحدود رسمها النبي صلى الله عليه وسلم فإذا تجاوزها فقد حول التأديب إلى تعذيب و إتلاف للجسم فالفعل وقع بأمر غير جائز بل بأمر ممنوع و كل أمر ممنوع يوجب الضمان و لا يوجد ما يمنع الضمان فتتحقق السبب و لم يوجد المانع .

2- إن الأصل وهو التأديب لا يبرر ذلك لأن ذلك الإذن منصب على التأديب لا على الإتلاف فإذا تحول الفعل إلى الإتلاف لم يكن مؤذناً فيه إذ أن الذي أفضى إلى التلف هو التعذيب و ليس التأديب ،

⁷⁰ الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة .

⁷¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 18، 19.

⁷² محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، الأزراطية، دط، 2005، ص 319، أبي إسحاق الجويني الأثري، الانشراح في آداب النكاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ص 118، 119.

و أوجب الضمان على الولي دون المعلم لأن المعلم إن لم يعفى من الضمان قد يؤدي الأمر إلى امتناعه عن التعليم.⁷³

و من جهة أخرى هناك فقهاء قالوا بعدم تضمين الأب أو الجد أو المعلم و حجتهم تقوم على أمرين هما :

1-إن التأديب فعل مأذون فيه ممن له سلطانه بل هو واجب فإذا كان التلف لعضو من الأعضاء أو لجزء من الجسم فقد نتيجة فعل مأذون فيه لا يعد اعتداء خصوصا أن الأولياء لهم من الشفقة ما يحول بينهم وبين قصد الأذى و كذلك الشأن في المعلم فان ذلك عمله و مادام كذلك فلا ضمان .

2-إن التعليم و التأديب مطلوبان بالنسبة للولي و بالنسبة لغيره ولو كان ثمة عقاب إن أدى التأديب إلى تلف جزء أو عضو أو نفس لامتنع هؤلاء عن القيام بواجبهم خشية الضمان .

و لكي نرجح بين هذين الرأيين يجب الوقوف عند الحدود التي رسمها النبي صلوات الله عليه و سلامه و هي أن لا ينتقل التأديب إلى أذى لأنه إن وصل إلى ذلك أدى إلى ضرر في نفسية الصغير، و ربما يكره عن إثره التعليم و كثير من الصبيان تسوء حالتهم من غلطة المعلمين فالعلم قرين الرفق و لذلك عند النظر في الأذى الذي يترتب على فعل الولي أو المعلم ننظر إلى أصل الفعل فان كان غير غليظ فإننا نوجب أن لا يكون الضمان ، إما إذا كان الفعل في ذاته غليظا فانه لا يكون مأذونا فيه و يعد جريمة يعاقب عليها عقوبة الخطأ و ذلك لتعزيره، كما قد يكون إمكان التسامح مع الأب و الجد من الأولياء، إلا إذا كان من أعمالهم ما اقترن بما يدل على عنف خاص في معاملة ذلك الولد.⁷⁴

ثانيا :حفظ الصغير و رعايته .

إن حق الطفل في الحفظ و الرعاية هو واجب على الحاضنة قبل انتهاء مدة الحضانة و ذلك ضرورة لزوم بقائه عندها، فإذا انتهت مدة الحضانة وكان الولد غير مجنون أو معتوه فان هذا الحق ينتقل إلى الولي على النفس و تتحقق الرعاية و الحفظ بضم المشمول بالولاية إلى الولي و إسكانه معه فلا يمكن للصغير الانفراد بنفسه بالسكن فإذا كان المشمول بالولاية ذكرا فان حق الولي في ضمه إليه ينتهي ببلوغه بلوغا طبيعيا رشيدا غير مفسد فان بلغ سفيها مفسدا فلأب أن يضمه إليه حتى و لو بعد بلوغه أما إذا كانت أنثى فان حق الضم ينتهي ببلوغها طبيعيا ما لم تكن يخاف عليها أو لا يوثق بها فللولي حق ضمها بعد البلوغ لدفع الفتنة عنها أو لدفع العار عن نفسه.⁷⁵

⁷³ محمد أبو زهرة،الولاية على النفس،مرجع سابق،ص20،21 .

⁷⁴ المرجع نفسه،ص22،23.

⁷⁵ محمود سمير عبد الفتاح،مرجع سابق،ص319.

المطلب الثاني : الجنون .

هذا هو السبب الثاني من أسباب ثبوت الولاية على النفس و هو الجنون و يدخل فيه العته على رأي كثير من الفقهاء و إنهم جميعا اتفقوا على أن كليهما يوجب الحجر و يحتاج إلى ولي النفس ليرعاه.

الفرع الأول: تعريف الجنون .

لغة :

الجنون من الستر و أن كل شيء ستر عليك فقد جنُ عنك ،يجنُ بالضم جنونا و به يسمى الجن لاستتارهم و اختفائهم عن الأبصار و الجن هو القبر لستره الميت.⁷⁶

اصطلاحا :

الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال و الأقوال على نهج العقل إلا نادرا ، كما عرف بأنه اختلال في العقل ينشأ اضطرابات أو هيجان ، و عرف أيضا بأنه ذهاب العقل لآفة و مظهره جريان التصرفات القولية و الفعلية على غير نهج العقلاء ، و الملاحظ من التعريفات السابقة أن المعنى الاصطلاحي قد تناول النتيجة المترتبة على المعنى اللغوي فلم يتحدث عن تغطية العقل و ستره لكنه تحدث عن ذهاب العقل و اختلاله كنتيجة لذلك إذ أن العقل هو مناط التكليف و باختلاله أو فقدانه يفقد الإنسان أهليته أو بعضها و هو بحاجة إلى من يتولى شؤونه .⁷⁷

الفرع الثاني : تعريف العته .

لغة :

جاء في لسان العرب أن المعتوه هو المدهوش من غير مس جنون و قيل المعتوه الناقص العقل .⁷⁸

اصطلاحا :

هو عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خلا في العقل فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء و بعضه كلام المجانين بخلاف السفه فانه لا يشابه المجنون و لكن تعتريه خفة إما

⁷⁶ ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، مرجع سابق ، ج15 ، مادة جنن ، ص92،93.

⁷⁷ نضال أبو سنيينة ، مرجع سابق ، ص260،261.

⁷⁸ ابن منظور لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، مرجع سابق، ج13 ، مادة(عته)، ص512

و موضع الاختلاف بين الفقهاء في حقيقة كل من الجنون و العته يكمن في أن البعض يرى أن الجنون يصحبه هياج و اضطراب بينما العته يصحبه عادة خمول أو هدوء و قد يكون معه تمييز و قد يكون غير مميز، فأما الجنون فانه لا يكون صاحبه مميزا إلا في لمحات عقلية عارضة غير ثابتة و لذلك لا يعطى حكم المميز أبدا عند تمييزه مادام مريضا .

و بعض العلماء يعتبر العته حال من أحوال الجنون فان المجنون قد يستفيق في بعض الأوقات و إن كان جنونه مطبقا من حيث الحكم و الاستمرار إذ أن الجنون إذا استمر شهرا يعد مطلقا و يستمر الشخص بأخذ حكم المجنون أما إذا استفاق مؤقتا فيكون معتوها. 80

الفرع الثالث : عمل الولي على النفس.

إن عمل الولي على النفس بالنسبة للمجنون هو عمله بالنسبة للغير إذ أن كليهما واجه الحياة بغير سلاح من العقل الذي يدير به الأمور و يجعل صاحبه قادرا على الدفاع عن نفسه و المحافظة على ذاته و طلب ما يحتاج إليه من غذاء و كساء و مأوى و علاج و دواء، وعلى ذلك قال الفقهاء بأن ولي المجنون تدبير شؤونه و رعاية أموره بما فيه مصلحة المجنون ، فينفق عليه في كل حوائجه من ماله بالمعروف و يداويه و يرفع صحته و يقيده و يحجزه عن أن ينال الناس بالأذى أو ينالوه به إن خيف ذلك منه صونا له و حفظا للمجتمع من ضرره. 81

إلا أن ولي المجنون ليس له أن يؤديه فان التأديب بالنسبة له يكون تعذيبا لا جدوى منه و انه ليكون من القسوة أن يضر به الولي لأنه إيذاء لا نفع منه و لذلك أجمع الفقهاء على تعزيره و لو على وجه التأديب لأنه ليس أهلا للعقاب فمن لا عقل له لا يستحق العقاب و المجنون ليس عنده تمييز يجدي معه التأديب و إن كان له نوع من التمييز فان التأديب لا يجدي إذا كبرت سنه عن دور التأديب فيتعين التعزير تعذيبا و هذا لا يجوز 82 و ذلك نظرا للوضعية الجسدية و العقلية التي هو فيها و التي كانت سببا من أسباب تولي الغير لأمره.

المطلب الثالث : الأنوثة.

79 نضال أبو سنيينة، مرجع سابق، ص 273، 274.

80 محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 260، 261.

81 نزيه حماد، مرجع سابق، ص 78.

82 محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 38، 39، حورية تاغلايت، الولاية على النفس، دراسة مقارنة بين الشريعة القانون، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، ص 63.

الأنثوة بذاتها تعتبر سببا من أسباب الولاية على النفس من غير أن تكون مرتبطة بصغر أو آفة من آفات العقل .

و أساس ولاية الرجل على المرأة قوله تعالى "الرجال قوامون على النساء"⁸³

الفرع الأول: تعريف الأنثوة .

الأنثى خلاف الذكر من كل شيء و الجمع إناث وأنثى جمع إناث.⁸⁴

و بما أن بحثنا يتمحور على المرأة كونها هي من تحمل صفة الأنثوة فان المرأة هي ذلك المخلوق الذي أوجده الله عز وجل ليكون شريكا للرجل في حياته و قد خلقت من الرجل نفسه ليكون ذلك أعمق في التجانس و أوثق في الصلة و التقارب.⁸⁵

الفرع الثاني : قوامة الرجل على المرأة

إن فكرة القوامة أو القيمومة يوضحها حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله "لا تزال طائفة من أمتي قوامة على أمر الله حتى يأتي أمر الله و هم ظاهرون"⁸⁶، و معنى قوامة على أمر الله أنها خادمة لأمر الله راعية لأمر الله ساهرة على أمر الله و هذا هو معنى أن الرجال قوامون على النساء أي أن عليهم وجوبا أن يعتنوا بهن و يسهرون على راحتهن و يكفلن لهن ما يحتجن إليه .

إلا أن هذه القوامة لا تعني أن النساء لا حقوق لهن و إنهن محجور عليهن بل أنها جاءت من باب تكريم الإسلام لهن، فالإسلام قد أعطى حقوقا للمرأة تساوي حقوق الرجل و يساوي بينهما مساواة تامة في التكاليف و الواجبات الشرعية لقوله تعالى "من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها ومن عمل صالحا من ذكر أو أنثى و هو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة و يرزقون فيها بغير حساب "⁸⁷.

كما يساوي الله عز وجل بين الجنسين في الأجور و الثواب لقوله تعالى "إن المسلمين و المسلمات و المؤمنين و المؤمنات و القانتين و القانتات و الصادقين و الصادقات و الصابرين و الصابرات و الخاشعين و الخاشعات و المتصدقين و المتصدقات و الصائمين و الصائمات و الحافظين فروجهم و الحافظات و الذاكرين الله كثيرا و الذاكرات اعد الله لهم مغفرة و أجرا عظيما."⁸⁸

⁸³ النساء : 34.

⁸⁴ ابن منظور، لسان العرب ، دار صادر ، مرجع سابق ، ج ، 6، ص 214.

⁸⁵ عبد الرزاق بن عبد المحسن البدر ، تكريم الإسلام للمرأة ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، المدينة المنورة ، ط 1 ، 2009 ، ص 12.

⁸⁶ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المقدمة ، باب إتباع سنة الرسول صلى الله عليه وسلم .

⁸⁷ غافر : 40 .

⁸⁸ الأحزاب : 35 .

إلا انه حتى تكون مساواة عادلة فقد راعى الإسلام المرأة مراعاة خاصة في عدد من الأمور التي لا تتلاءم مع طبيعة المرأة لذلك شرف الله عز و جل الرجال بان جعلهم قوامين على النساء.⁸⁹

و قوامة الرجل على المرأة جعلت لأمرين :

1-أمر فطري فقد جاء في قوله تعالى ".....بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا"⁹⁰،فالمقصود من هذه الآية أن الرجل قد خصه الله بالعقل و الرزانة و الجلد الذي ليس للمرأة كما أن الله عز و جل قد خص الرجل بالولاية على المرأة لسداد رأيه و ابتعاده عن العواطف و المشاعر في اتخاذ قراراته بخلاف المرأة التي تحكم عواطفها على اعتبار أن الله قد خصها بأقوى عاطفة وهي الأمومة كذلك أن الله قد جعل كل الأنبياء و المرسلين من الرجال، و هذا دليل على قوة تحملهم لأعباء هذه المهمة التي تتطلب القوة الجسدية و النفسية التي ليس للمرأة مثلها .

2-أمر كسبي و هو الإنفاق فالرجل هو من ينفق على المرأة وهو ملزم بذلك شرعا و هو من يساهم في بناء الأسرة ولهذا خصه الله تعالى بميراث أكبر من ميراث المرأة في بعض الحالات و هي تلك التي يكون فيها هو المسؤول عن الإنفاق و مكلف بإعالة النساء اللواتي هن تحت ولايته سواء كانت أما أو أختا أو زوجة.⁹¹

ومنه يتضح أن مبدأ القوامة جاء لتكريم المرأة وما هو إلا صفحة بيضاء في تاريخ الإسلام ، فالشريعة الإسلامية جاءت بهذا المبدأ لكنها وضعت له ضوابط حتى لا تضطهد النساء من قبل الرجال فالمرأة قد منحت الحرية التامة في اختيار شريك حياتها فلا تجبر و لا تكره على رجل لا تريده كما أمر الشارع بإعطائها حقوقها المشروعة كاملة و الوفاء بشروطها التي اشترطتها حال النكاح إلا ما عارضه المشرع كما أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم بالنساء وصية كاملة شاملة فقال عليه السلام "استوصوا بالنساء خيرا".⁹²

⁸⁹ هيثم الخياط، المرأة المسلمة و قضايا العصر، دار الفكر ،دمشق ،دط، 2008، ص 122-124.

⁹⁰ النساء : 34 .

⁹¹ مسفر بن علي القحطاني، حقوق المرأة في ظل المتغيرات المعاصرة، (د د ن) ،(د ط) ،(د ت)،ص10،11.

⁹² الترمذي ،سنن الترمذي ،كتاب أبواب مختلفة في النكاح، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها.

المبحث الثالث : شروط الولي .

هناك جملة من الشروط لا بد من توفرها في الولي لتكون ولايته صحيحة و قد عبر عنها الفقهاء بشروط الولي إلا أن هذه الشروط تختلف باختلاف الولاية و أنواعها فهناك شروط عامة يجب توفرها في الولي أيا كان نوع الولاية كما توجد شروط خاصة تخص بعض الولايات كولاية التزويج.

المطلب الأول : الشروط العامة .

إن الولي على النفس عامة يشترط فيه مجموعة من الشروط بغياب أحدها يسقط حقه في تولي أمور المتولي عليه.

الفرع الأول: العقل.

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في الولي و عدم صحة ولاية المجنون لأنه عاجز عن النظر لنفسه، عديم التمييز لما فيه مصلحة و ليس أهلا لأي عقد أو تصرف قولي لعدم اعتبار عبارته شرعا إذ لا يترتب عليها أي أثر شرعي .⁹³

و الجنون الذي يمنع ثبوت الولاية هو الجنون المطلق فإنه يزيل الولاية زوالا تاما حتى يثبت شفائه و كذلك المجنون جنونا متقطعا في وقت قيام حال الجنون و هذا و إن كانت ولايته لا تزول غير أن العقد في وقت قيام حال الجنون عليه يكون صادرا عن من لا يعقل فلا يثبت موجبه و كذلك الأمر بالنسبة للإغماء أو حال السكر الذي يفقد الوعي.⁹⁴

الفرع الثاني : البلوغ .

ذهب جمهور أهل العلم إلى اشتراط البلوغ في الولي إذ هو أمانة تكامل القوى العقلية و لما كانت الولاية معتبرة بشرط النظر لم يصح إسنادها لمن لا يعرف المصلحة و لا يقدرها لنقصان عقله فالصغير ممنوع من التصرف في شؤونه و أمواله مستحق لأن يولى عليه ومنه لا تصح توليته على غيره.⁹⁵ و دليل اشتراط البلوغ في الولي عند الفقهاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحلم و عن المجنون حتى يعقل."⁹⁶

⁹³نزيه حماد،مرجع سابق،ص55 .

⁹⁴ محمد أبو زهرة ،لولاية على النفس ،مرجع سابق،ص110،111.

⁹⁵نزيه حماد،مرجع سابق،ص56.

⁹⁶ ابن ماجه ،سنن ابن ماجه ،كتاب الطلاق،باب طلاق المعتوه و الصغير و النائم.

الفرع الثالث: الحُرْيَةُ.

فلا ولاية لعبد في قول لجماعة أهل العلم فهو مملوك لسيده ووجه ذلك عندهم انه لا ولاية للعبد على نفسه فكيف تكون له ولاية على غيره لا ولاية لرقيق، فالرق مانع من موانع الولاية لأنه فرع الكفر و لان الولاية منصب و استيلاء فلا تثبت مع الرق كالشهادة و المناصب العليا.⁹⁷

إلا انه في عصرنا هذا لم يعد هناك عبد و تحقق ما جاء الإسلام إلى تحقيقه حيث أزال ظاهرة الرق و الاستعباد و جعل الناس جميعا أحرارا دون أن يكون لأحد سيادة على الآخر.

الفرع الرابع: الذكُورَةُ.

ذهب جماهير العلماء إلى اشتراط الذكورة في الولي إلا أن أبو حنيفة اثبت أن الولاية الإجبارية للأم و البنت و بنت الابن و الأخت و غيرهن من النساء إن لم يكن عصابات من الرجال و ذلك بناء على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا و إناثا⁹⁸، ووجه قول الجمهور أن الأصل في الولاية الكمال و المرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر إلى نفسها و لأنها لا تثبت لها ولاية على نفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها.⁹⁹

الفرع الخامس: الإسلام.

فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم، و هذا شرط متفق عليه بين أهل الفقه فلا يثبت لكافر ولاية على مسلمة هو قول عامة أهل العلم كما قال ابن المنذر "اجمع عامة من نحفظ عنه العلم على هذا" و القاعدة المعتمدة عند الفقهاء في ذلك أن الولاية تتبع الميراث و ثبوت الميراث شرطه اتحاد الدين فلا بد منه.¹⁰⁰

وقد استدلل الفقهاء على شرط الإسلام في الولي بقوله تعالى "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا."¹⁰¹ و قوله تعالى "و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض."¹⁰² فقد بين الله عز وجل بأن الولاية بمختلف أنواعها لا تكون إلا من المؤمن على المؤمن إلا انه لا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة

⁹⁷ نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص308.

⁹⁸ محمد محدة، الأحكام السياسية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، ج1، 2000، ص 81.

⁹⁹ نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص307.

¹⁰⁰ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص111.

¹⁰¹ النساء: 141 .

¹⁰² التوبة: 71 .

فلحاكم أو نائبه ولاية عامة على المسلمين و غير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية فهو ولي من لا ولي له فيهم¹⁰³

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

هناك أنواع من الولايات تشترط فيها شروط خاصة بها إضافة إلى الشروط العامة التي سبق ذكرها من بين هذه الولايات ولاية التزويج و هذه الولاية تثبت على النساء إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في شروطها و بيان ذلك كالآتي :

الفرع الأول: العدالة.

العدالة تعني استقامة الدين و سلامة الخلق و مظهرها أداء الفرائض و اجتناب الكبائر و عدم الإصرار على الصغائر و أن يكون بعيدا عن مواطن الريب .¹⁰⁴

و اشتراط العدالة إنما لأن الفاسق متهم في دينه و لا تقبل شهادته و لا يوثق بتصرفاته و قد اختلف الفقهاء في ولاية الفاسق في النكاح و يمكن حصر أقوالهم في ثلاثة هي :

- القول الأول:

عدم صحة ولاية الفاسق في النكاح و هو الراجح من مذهب الشافعية و إحدى الروايتين عن الإمام احمد و استدل أصحاب هذا القول بما روي عن ابن العباس انه قال "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل وولي مرشد"¹⁰⁵ و قد فسر المرشد بالرشد و الفاسق ليس رشيدا.¹⁰⁶

و قالوا أنها ولاية نظرية فلا يستبدلها الفاسق كولاية المال و هذه الولاية إنما تثبت للنظر و لا نظر للتفويض إلى الفاسق إذ هو بفسقه أهمل فلا ينظر في مصلحة نفسه فكيف يعقل أن يكون له نظر لغيره.¹⁰⁷

- القول الثاني :

صحة ولاية الفاسق في النكاح حيث ذهب أبو حنيفة و مالك إلى أنها ليست شرطا و يوافقهما الشافعي في قول آخر و على هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته لأن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه لأنه مادام يزوج نفسه فلا مانع من أن يتولى أمر غيره لان عماد هذه الولاية هو الشفقة و رعاية

¹⁰³ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 132.

¹⁰⁴ نزيه حماد، مرجع سابق، ص 41.

¹⁰⁵ الألباني، سنن الألباني، كتاب النكاح باب ركني النكاح و شروطه .

¹⁰⁶ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 206

¹⁰⁷ نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص 314.

المصلحة و فسقه لا يمنع شففته بأولاده و لا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه فيستوي في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية التزويج .¹⁰⁸

كما استدلووا بقوله تعالى "وانكحوا الأيامى منكم"¹⁰⁹ ووجه الاستدلال أن الله عز وجل خاطب الأولياء على وجه العموم و لم بين عدل و فاسق .

- القول الثالث :

إذا سلبت الولاية من الولي الفاسق لتنتقل إلى حاكم فاسق فتجوز ولاية الولي الفاسق عندئذ و إلا فيجوز للولي الفاسق أن يتولى تزويج موليته ووجه هذا القول كما قال الغزالي أن الفسق قد عم البلاد و العباد فلا سبيل إلى الفتوى بغيره .

-الرأي الراجح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة يترجح لنا القول الثاني الذي قضى بصحة ولاية الفاسق في النكاح و هو قول الحنفية و المالكية ذلك أن أصحاب الرأي الأول قد تشددوا في منع صحة ولاية الفاسق في النكاح و هم الشافعية و الحنابلة و في إحدى الروايتين عن الإمام احمد من باب الاحتياط في الدين فإذا تم القول بهذا الرأي فانه سيحجر على الناس و اسعا ويتم التضييق على الناس في أمر قد وسع الله عليهم فيه ، كذلك أن تفسيرهم للولي المرشد بان يكون عادلا ليس تفسيراً مطلقاً فالرشيد عند البعض هو العاقل و صفة الفسق عند الإنسان لا تنفي عنه أهليته و عقله وقد فصل المالكية القول فاعتبروا اشتراط العدالة في الولي شرط كمال لا شرط صحة.¹¹⁰

الفرع الثاني : عدم الإحرام .

و المقصود به عدم الإحرام بالحج أو العمرة حال التزويج و هو شرط عند المالكية و الشافعية و الحنابلة جاء في مختصر خليل في فقه المالكية " و منع صحة النكاح إحرام بحج أو عمرة من احد الثلاثة الزوج و الزوجة ووليتها فلا يقبل زوج و لا يأذن زوجة و لا يوجب وليها ولا يوكلون ولا يخيرون و يفسخون أبدا ."

كما جاء في فقه الشافعية أن إحرام احد العاقدين من ولي و لو حاكما أو زوج أو وكيل من احدهما أو إحرام الزوجة بنسك و لو فاسدا يمنع صحة النكاح و لا ينقل الإحرام الولاية للأبعد فيزوج السلطان عند

¹⁰⁸ محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق ،ص 206.

¹⁰⁹ النور: 32 .

¹¹⁰ نضال أبو سنيينة ،مرجع سابق ،ص316،318، احمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية دار الثقافة عمان ،2009

إحرام الولي لا الأبعد و قد استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه أبان ابن عثمان بن عفان عن أبيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا ينكح المحرم ولا يُنكح".¹¹¹

أما الحنفية فقد قالوا بأنه يجوز للمحرم و المحرمة بالحج أو العمرة أو بهما أن يتزوجا أي أن يجريا العقد حال الإحرام لأنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها و لا يمنع شيء من العقود بسبب الإحرام¹¹²، و استدل الحنفية على ذلك بما روي عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة و هو محرم.¹¹³

الرأي الراجح :

بعد التعرض إلى آراء الفريقين في شرط عدم إحرام الولي و الوقوف على أدلتهم فإننا نرجح رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنبلية باعتبار عدم الإحرام شرطا من شروط الولي و ذلك لقوة ما استندوا إليه من الأدلة .

الفرع الثالث: الرشـد.

الرشد هو الصلاح و إصابة الصواب و الاستقامة على طريق الحق مع تصلب فيه و هو خلاف الغي و الضلال.¹¹⁴

و لقد جاء في بداية المجتهد "و إما الرشد فالمشهور في المذهب أعني عند أكثر أصحاب مالك إن ذلك ليس من شرطها أعني الولاية و به قال أبو حنيفة و قال الشافعي ذلك من شروطها و قد روى مالك مثل قول الشافعي ."¹¹⁵

و استدل الدين لا يرون الرشد شرطا في الولي بما يلي :

- قوله تعالى " و انكحوا الأيامى منكم "¹¹⁶ حيث جاء الخطاب عاما دون تفريق بين رشيد و سفيه .

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم "تخيروا لنطفكم و انكحوا الأكفاء و انكحوا إليهم ."¹¹⁷

-إن السفيه كامل النظر في النكاح و إنما حجر عليه لحفظ ماله و انه بإمكانه التزويج .

¹¹¹ مسلم ، صحيح مسلم ،كتاب النكاح ،باب تحريم نكاح المحرم و كراهة خطبه.

¹¹² احمد محمد علي داود ،مرجع سابق ،ص 175،176.

¹¹³ مسلم ،صحيح مسلم،كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

¹¹⁴ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،دار الوعي ،د ط،د ت، ص118.

¹¹⁵ ابن رشد القرطبي ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد،(د د ن)،(د ط)،(د ت) ،ص355.

¹¹⁶ النور : 32.

¹¹⁷ ابن ماجة، سنن ابن ماجة،كتاب النكاح باب الأكفاء.

بينما ذهب المالكية في رواية أخرى على اعتبار الرشد شرطاً من شروط الولاية و به قال الشافعية و قد استدلوا بأن السفية لا يلي لأنه محجور عليه بسبب قصوره و من لا ينظر لنفسه كيف ينظر لغيره.¹¹⁸

ومما سبق يتضح لنا أن الفقهاء في بيان معنى الرشد قد انقسموا إلى قسمين:

الأول : يرى أن معنى الرشد في الولاية في النكاح لا يختلف عنه في الأموال .

الثاني : يرى أن الرشد في الولاية في النكاح هو معرفة الكفاء أو مصالح النكاح فهو غيره في الأموال و بناء على الرأي الثاني فإن رأي القائلين بعدم اشتراط الرشد في الولي هو الأرجح و الأقرب.¹¹⁹

أما بالنسبة للبصر كشرط في الولي فقد اشترط الشافعية و بعض المالكية في الولي عدم اختلال النظر لهرم أو خبل أو عارض و سلامته من الأسقام و الآلام الشاغلة عن النظر و معرفة المصلحة فان وجد شيء مما سبق انتقلت الولاية إلى الأبعد و لم يشترط ذلك الحنفية و هذا هو المشهور عن مذهب مالك

120

أما فيما يخص المشرع الجزائري فهو لم يتطرق إلى شرط الولي خلافا لبعض التشريعات العربية .¹²¹

¹¹⁸ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، نهاية المطالب في دراية المذهب، حققه محمود الديب، دار المنهاج، ج12، ص49.

¹¹⁹ نضال أبو سنيينة، مرجع سابق، ص320، 321.

¹²⁰ جبر محمود الفضيلات، مرجع سابق، ص135.

¹²¹ نص المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية في المادة على انه يشترط في الولي ان يكون عاقلاً بالغاً وان يكون مسلماً اذا كانت المخطوبة مسلمة.

الفصل الثاني: الولاية في الزواج:

سيتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث سنعالج في المبحث الأول: ماهية الولاية في الزواج، بينما سنتطرق في المبحث الثاني إلى أحكام الولاية في الزواج، أما المبحث الثالث والأخير فاننا سندرس فيه حدود و ضوابط الولاية في الزواج.

المبحث الأول: ماهية الولاية في الزواج.

وسيتضمن ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الولاية في الزواج و الحكمة من مشروعيتها .

المطلب الثاني : أنواع الولاية في الزواج .

المطلب الثالث: حكم الولي في عقد الزواج .

المطلب الأول : تعريف الولاية في الزواج و الحكمة من مشروعيتها .

الفرع الأول : تعريف الولاية في الزواج.

أولا : تعريف الولاية .

لقد سبق و تطرقنا لتعريف الولاية في موضع سابق لكن لا ضير في أن نذكر بالتعريف المختار الذي يعرف الولاية بأنها سلطة على شخص القاصر لتنتشئة و تطيبه و تعليمه و سائر التصرفات المتعلقة بشخصه .

ثانيا : تعريف الزواج.

لغة :

هو الاقتران و الارتباط يقول العرب زوّج الشيء و زوجه إليه قرنه به و جاء في التنزيل " و زوجناهم بحور عين "122 أي قرنهم و يطلق على كل من الرجل و المرأة اسم الزوجين إذا ارتبطا بعقد الزواج.123

اصطلاحا:

122 الدخان:54.

123 ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ج3، ص212 .

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج كما يلي :

- الحنفية : عرّف بعضهم النكاح بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصداً و معنى ملك المتعة اختصاص الرجل بوضع المرأة و سائر بدنهما من حيث التلذذ كما عرفه البعض الآخر انه يفيد ملك الذات في حق الاستمتاع

- الشافعية : عرفه البعض بأنه عقد يتضمن ملك وطء بلفظ انكاح أو تزويج أو معناهما و المراد انه يترتب عليه ملك الانتفاع باللذة المعروفة و بعضهم يقول انه يتضمن إباحة الوطء فهو عقد إباحة لا عقد تملك.

- المالكية : عرفوا النكاح بأنه عقد تملك انتفاع و سائر بدن الزوجة .

- الحنابلة قالوا بأنه عقد بلفظ انكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع .¹²⁴

إضافة إلى هذه التعريفات هناك تعريفات أخرى حيث عرّف بدران أبو العينين بدران الزواج بأنه عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع و على سبيل القصد و التقيد بالقصد لئلا يشمل العقد الذي يفيد الحل ضمنا كملك اليمين التي تثبت شراء أو هبة فانه يحل لمالك الجارية الاستمتاع بها.¹²⁵

إلا أن هذه التعريفات لا تكشف المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الإسلامي و عليه يجب إيجاد تعريف يبين حقيقة الزواج ، و هو الذي يعرفه بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني و تعاونهما مدى الحياة و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات .¹²⁶ و عليه و من خلال تعريفنا لكل من الولاية و الزواج يتضح لنا أن الولاية في الزواج هي سلطة شرعية لعصبة نسب أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده.

شرح هذا التعريف :

- سلطة : المقصود بها جنس في التعريف يشمل كل سلطة و في السلطة معنى التدبير و القيام على الأمر .

- شرعية : وهي قيد للسلطة لهذا تخرج السلطة الغير شرعية من هذا التعريف و بيان الجهة التي يستمد منها الولي ولايته أصلا و هو الشرع .

- لعصبة نسب : فيه إشارة إلى السبب الأقوى لهذه الولاية و هي رابطة النسب .

¹²⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، (د ط)، (د ت)، ج4، ص2، 3.

¹²⁵ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص9، 10.

¹²⁶ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 40.

-أو من يقوم مقامهم :ذلك لبيان بقية أسباب الولاية في الزواج كالإمامة و الولاء و الملك إلى غير ذلك من الأسباب .

- يتوقف عليها : بيان لمدى هذه السلطة و هو ،أن الولي بيده عقد التزويج سواء كان المولى عليه ممن يعتبر إذنه أو لا يعتبر .

- من لم يكن أهلا لعقده :أي لعقد التزويج و هذا بيان لمن تثبت عليهم هذه الولاية من النساء و الأطفال و المجانين و الأرقاء و المحجور عليهم .¹²⁷

أما تعريف الولاية في الزواج في الاصطلاح القانوني فانه لا يختلف كثيرا عنه في الاصطلاح الفقهي حيث عرفت بأنها السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها و تولي إبرام العقد عليها.¹²⁸

الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية الولاية في الزواج .

من المعلوم شرعا أن الإسلام دين الشمول و التكامل ذلك أنه وضع كافة الأحكام و النظم لحماية مصالح العباد و الحفاظ عليها و من أهم هذه النظم أن الله قد شرع الولاية في الزواج و ذلك لعدة حكم يدركها هو و يسعى لتحقيقها بين عباده و منها :

-علم الله سبحانه و تعالى أن الرجل اقدر على تحمل المسؤولية و على تقدير العواقب، هذا لا يعني أن المرأة ليست قادرة على تحمل المسؤولية لكنها أحيانا تضعف و تسيطر عليها العاطفة فتتصرف تصرفات غير مسؤولة قد تؤدي إلى عواقب وخيمة .¹²⁹

- توسيع دائرة الشورى حتى توفق المرأة في اختيار الرجل المناسب .

- تعزيز مكانة المرأة اجتماعيا حيث أن الولي هو من يعبر عن رغبتها و يصونها عما يعبر عن وقاحتها فيشعرها بعزتها و مكانتها و بالتالي حمايتها من تعسف الزوج و ظلمه، و شعور الزوج و عائلته أن لهذه الزوجة أولياء يقفون إلى جانبها في حالة ظلمه لها و هذا ما يقلل من احتمالات الظلم لدى الأزواج و أهاليهم.¹³⁰

¹²⁷ عوض بن رجاء العوفي ،الولاية في النكاح ،(دندن)،ط1،2002،ج1،ص29،30.

¹²⁸ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،دار الثقافة، عمان، ط1، 2012،ص309.

¹²⁹ جبر محمود الفضيلات، مرجع سابق،ص125.

¹³⁰ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار طليطلة،الجزائر،ط1، 2010،ص61.

- إن مشروعية الولاية في النكاح فيها حماية للمرأة فالولي حين يقوم على تولي مصالح موليته كتزويجها يحتاط لنفسه ولها ، و لا يقدم على تزويجها إلا من رجل صالح على مستوى من الفضل و الخلق صيانة لنفسه و لأسرته من العار الذي قد ينالهم .

- تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم كالصغار و المجانين بالمحافظة على مصالحهم و رغباتهم و تحقيقا لها فقد تحتاج المجنونة إلى الزواج لعفائها أو لشفائها لكنها لا تقوى على القيام بهذا الأمر لوحدها لهذا يكون للولي دور في تزويجها .¹³¹

و عليه فالولاية في الزواج هي وسيلة و فرتها الشريعة للحماية و المحافظة على حقوق فاقد الأهلية و ناقصها و حقوق و مصالح الأنثى و ذلك ليس انتقاصا من أهليتها و إنما مراعاة لطبيعتها التي يغلب عليها طابع الحياء و العاطفة .

المطلب الثاني : أنواع الولاية في الزواج.

قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى نوعين ولاية إجبار وولاية اختيار و كل منها لها أحكام خاصة بها

الفرع الأول: ولاية الإيجاب .

أولا : تعريف ولاية الإيجاب .

هي سلطة الولي في توليه تزويج من في ولايته،¹³² وهي ولاية كاملة لان الولي يستند فيها بإنشاء الزواج عليهم و لا يشاركه فيه احد¹³³ ، كما عرفت ولاية الإيجاب بأنها تلك التي يملك فيها الولي بأن يباشر عقد نكاح المولى عليه دون توقف على إذنه و رضاه.¹³⁴

ثانيا : ولاية الإيجاب في المذاهب الفقهية .

يختلف الإيجاب باختلاف المذاهب الفقهية فمنهم من وسع ولاية الإيجاب و جعلها لكل الأولياء و منهم من حصرها في بعضهم فقط و بيان ذلك كالآتي :

- الإيجاب في المذهب الحنفي :

تثبت هذه الولاية في المذهب الحنفي على فاقد الأهلية و هم المجنون و المعتوه و المجنونة و المعتوهة .

¹³¹ محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر كلية العلوم الاجتماعية و السياسية ، باتنة، الجزائر، 2009، ص366 .

¹³² عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، دط، 2006، ص124 .

¹³³ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر العربي ، دط ، دت، ص136.

¹³⁴ أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص 173.

كما تثبت على ناقص الأهلية و هم الصغير و الصغيرة و تثبت الولاية الإجبارية على المجانين بسبب قصورهم و لما فيهم من ضعف و للاحتياط لهم حتى لا تفوتهم مصلحة سبب قصور عقلم.¹³⁵

أما بالنسبة للصغيرة و الصغير فالعلة هي الصغر إذ أن الصغر هو سبب العجز و العجز هو الذي وجدت الولاية لسد نقصه¹³⁶ و لا اعتبار للبكاراة عند الحنفية كسبب للإجبار عندهم لا تثبت على البكر البالغة و لا على الثيب الكبيرة لانتفاء المناط و هو الصغر.¹³⁷

أما بالنسبة لمن تثبت له ولاية الإجبار فهي تثبت لكل الأولياء من العصابات فقط عند أبي يوسف و محمد و لكل الأقارب عند أبي حنيفة¹³⁸ إذا لم يوجد احد من العصابات .

- الإجبار في المذهب المالكي :

تثبت ولاية الإجبار في هذا المذهب على المجانين و السبب في ذلك هو فقدان العقل و على الصغر حيث لا يفهمون شؤون الزواج و المصلحة منه.¹³⁹

كما تثبت هذه الولاية على البكر البالغة فللولي أن يزوجه من دون إننها و رضاها و علة ذلك هي البكاراة كما تثبت هذه الولاية على الثيب الكبيرة التي تثيب بغير نكاح صحيح أو فاسد كما لو زالت بكارتها بضرب أو وثبة و نحو ذلك.¹⁴⁰

أما الولي المجرى عند المالكية فهو الأب لا الجد ووصى الأب بعد موته شرط أن يقول أنت وصي على زواج بناتي، أو أنت وصي على تزويج بنتي ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الإجبار كالأب، و لكن يشترط أن يزوجها بمهر المثل لرجل غير فاسق أو لمن عينه الأب بخصوصه أما إذا قال أنت وصي على بناتي أو ابنتي ولم يذكر التزويج فلا يكون الوصي وليا مجبرا، و الولي المجرى الثالث هو المالك فان له الحق في جبر إمانه و عليه فالولي المجرى عند المالكية منحصر في الثلاثة المذكورين.¹⁴¹

- الإجبار في المذهب الشافعي :

يتقارب الإجبار في هذا المذهب من الإجبار في المذهب المالكي حيث تثبت الولاية على الصغير و سبب ذلك هو الصغر، و على البكر سواء كانت صغيرة أو كبيرة و لم يأتي في كتب الشافعية ما يدل على أن الولاية تنتهي في سن معينة لان البكاراة هي السبب فتبقى الولاية ما بقيت البكاراة .

¹³⁵ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق ص 155 .

¹³⁶ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، مرجع سابق ص 138 .

¹³⁷ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 143.

¹³⁸ محمد أبو زهرة الولاية على النفس، مرجع سابق ص 156

¹³⁹ عيسى حداد، مرجع سابق، ص 126.

¹⁴⁰ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، (دط)، (دت)، ص 114.

¹⁴¹ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 30.

كما يجبر المجنون و المجنونة على الزواج إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح،¹⁴² و يختص بالإجبار في المذهب الشافعي الأب و الجد و ذلك لتوفر عامل الشفقة.¹⁴³

- الإجبار في المذهب الحنبلي :

هذا المذهب كذلك أثبت الولاية على الصغير و سببها الصغر و تزول بالبلوغ الطبيعي و على البكر البالغة عاقلة كانت أو مجنونة .

أما من له حق الإجبار فهو الأب فلا يجبرها الجد ووصي الأب يقوم مقامه سواء عين له الأب الزوج أو لا خلافا للمالكية كما يجبر الحاكم عند عدم وجود الأب ووصيه بشرط أن يكون هناك حاجة ملحة تبعث على الزواج.¹⁴⁴

الفرع الثاني : ولاية الاختيار.

أولا :تعريف ولاية الاختيار.

هي التي تخول للولي حق تزويج المولي عليه مع إشراكه معه في الرأي و الاختيار.¹⁴⁵

ثانيا :ولاية الاختيار في المذاهب الفقهية.

- ولاية الاختيار في المذهب الحنفي :

يطلق الحنفية على هذه الولاية اسم ولاية ندب و استحباب على معنى أنه يستحب للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليها بعد أن يتم الاختيار من جهة هذه الأخيرة، كما يستحب للمولى عليها أن توكل مباشرة العقد للولي حيث يصح لها أن تباشره بنفسها.¹⁴⁶

و هذه الولاية عند أبي حنيفة مستحبة في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أم ثيبا رعاية لمحاسن العادات و الآداب التي يراعيها الإسلام.¹⁴⁷

- ولاية الاختيار في المذهب المالكي :

يسمىها المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه و تثبت هذه الولاية عندهم على الثيب البالغة العاقلة لانعدام البكارة و الصغر ، والولي المجرى عندهم يشمل العصبية و المولى و الحاكم

¹⁴² محمد أبو زهرة الولاية على النفس، مرجع سابق، ص166.

¹⁴³ محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص144.

¹⁴⁴ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص29 .

¹⁴⁵ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص175.

¹⁴⁶ أحمد سراج، مرجع سابق، ص145.

¹⁴⁷ أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دط)، 2006، ص55.

- ولاية الاختيار في المذهب الشافعي :

تثبت ولاية الاختيار في هذا المذهب على المرأة الثيب فليس للولي تزويجها إلا بإذنها و يختص بها كل الأولياء العصبات.¹⁴⁸

- ولاية الاختيار في المذهب الحنبلي :

تثبت هذه الولاية لسائر الأولياء عند تزويج المرأة مكلفة سواء كانت ثيباً أو بكراً في رواية وفي رواية أخرى تثبت على المرأة الثيب البالغة فقط دون البكر.¹⁴⁹

هذا باختصار فيما يتعلق بأراء الفقهاء في أنواع الولاية في الزواج.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ومن خلال نص المادتين 11 و13 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 يتضح لنا أن المشرع لم يأخذ بولاية الإيجاب حتى على الصغار فالولي ليس له إن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج.¹⁵⁰

المطلب الثالث: حكم الولي في عقد الزواج .

اختلف العلماء في الولاية هل هي شرط¹⁵¹ من شروط صحة النكاح أم أنها ليست كذلك و ممكن الخلاف بينهم في هذه المسألة انه وردت أدلة من القران الكريم و السنة بخصوصها ،و فهم كل فريق هذه الأدلة بشكل يختلف عن الفريق الآخر و أخذ الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهادهم و عليه و بعد استقراء آراء الفقهاء حول هذه المسألة يمكن القول أن الفقهاء انقسموا إلى رأيين أساسيين إضافة إلى بعض الآراء الخاصة ببعض المذاهب و سيأتي بيان ذلك كالآتي :

الفرع الأول: القائلون باشتراط الولي في عقد النكاح.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى وجوب تولي الولي لعقد الزواج و أن موافقته شرط لصحة العقد و قد استدلل الجمهور على رأيهم من الكتاب و السنة و المعقول.

أولاً - أدلة الجمهور من القران الكريم: قوله تعالى " و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا "¹⁵² فهذا خطاب موجه للأولياء يتضمن عدم انكاح المشركين لبناتهم فدل هذا الخطاب على أن الزواج إلى الأولياء لا إلى النساء .¹⁵³

¹⁴⁸ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص191.

¹⁴⁹ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص276.

¹⁵⁰ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، ط3، 2011، ص41.

¹⁵¹ الشرط مايزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، نضال أبو سنيينة، مرجع سابق ص55.

¹⁵² البقرة: 221.

¹⁵³ عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها، دار الثقافة، (دط)، (دت)، ص43.

قوله تعالى "و انكحوا الأيامي منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم" ¹⁵⁴ ووجه الاستدلال أن هذه الآية خطاب للأولياء بتزويج الأيامي و الأيم هي التي لا زوج لها. ¹⁵⁵

قوله تعالى " فلا تعضلوهم أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف. " ¹⁵⁶ أي لا يمنعوهن من الزواج و الخطاب موجه للأولياء فلو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل. ¹⁵⁷

كما أن سبب نزول هذه الآية هو حادثة معقل بن يسار الذي كانت له أخت تحت أبي البذاخ فطلقها و تركها حتى انقضت عدتها ثم ندم على ذلك الطلاق فخطبها مرة ثانية فأبى أخوها أن يزوجها منه و قال وجهي من وجهك حرام إن تزوجته، فنزلت هذه الآية عند ذلك دعا النبي صلى الله عليه وسلم معقلا وقال له إن كنت مؤمنا فلا تمنع أختك عن البذاخ، فقال أمنت بالله و زوجتها منه ¹⁵⁸، فلو لم يكن للولي حق في المنع لما استدعاه النبي صلى الله عليه وسلم طالبا منه أن لا يمنعها من الزواج من زوجها. ¹⁵⁹

ثانيا - أدلة الجمهور من السنة النبوية الشريفة والآثار :

- ما ورد عن أبي موسى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا نكاح إلا بولي " ¹⁶⁰ ووجه الاستدلال أن الحديث دل على انه لا يصح النكاح إلا بولي لأن الأصل في النفي هو نفي صحة العقد فهذا الحديث صريح في أن الزواج لا يصح إلا بولي.

- ما روته عائشة عن النبي انه صلى الله عليه وسلم قال "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا - فإذا دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" ¹⁶¹، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم على انكاح المرأة لنفسها دون إذن وليها بالبطلان و كرر ذلك ثلاثا لتأكيد بطلانه فهو قاض باشتراط الولي في صحة النكاح. ¹⁶²

قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها " ¹⁶³، و هو دليل واضح على أن المرأة ليس لها أي صلاحية لمباشرة عقود الزواج سواء لنفسها أو لغيرها.

فهذه الأحاديث هي من اقوي ما استدل به الجمهور على ضرورة الولي في عقد الزواج .

¹⁵⁴ النور: 32.

¹⁵⁵ محمد حسين الحمصي، قرآن كريم تفسير وبيان، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، ص354.

¹⁵⁶ البقرة: 232.

¹⁵⁷ ابن رشد، مرجع سابق، ص353.

¹⁵⁸ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح الا بولي.

¹⁵⁹ محمد محدة، مرجع سابق، ص71.

¹⁶⁰ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.

¹⁶¹ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .

¹⁶² نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص172.

¹⁶³ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.

أما من الآثار فلم يثبت أن واحدا من الصحابة قال بزواج المرأة دون ولي بل على العكس كانوا لا يقرون هذا.

و لقد عمد عمر ابن الخطاب إلى التفريق بين امرأة و زوجها عندما علم أنها تزوجت من غير ولي 164
ثالثا – أدلة الجمهور من المعقول.

إن النكاح له مقاصد شتى و هو أساس تكوين الأسرة و المرأة بما عندها من نقص الاختيار لاسيما أنها تتجه في الغالب لتحكيم عاطفتها تكون سريعة الاغترار بمن عرض عليها حبه و رغبته .

أن الولي في الزواج يحافظ على حياء المرأة و يعطيها عزة نفس و كرامة فظهورها على العلن يحط من قيمتها و يحوا الحياء الفطري الذي يطلب الإسلام أن تتحلى به المرأة دائما. 165

كما أن وجوب الولي في الزواج يحقق المصلحة للمرأة و ذلك في اختيار الزوج الصالح و ذلك بما يبده الولي من دواعي الحذر و الاهتمام للتحري عن حقيقة الخاطب و طبعه ليضمن لموليته حياة هنيئة

و قد نوقشت أدلة الجمهور على النحو التالي :

1- مناقشة أدلة الجمهور من القران الكريم.

-نوقشت استدلالاتهم بقوله تعالى " و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا " أن الخطاب فيها يحتمل أن يكون لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين و كلاهما اقرب من أن يكون خطاب لأولياء المرأة لان الآية لم يقصد بها بيان حكم الولاية على المرأة و إنما قصد بها بيان تحريم انكاح المشركين و نكاح المشركات و هذا أمر يكلف به أولياء الأمر من المسلمين و بالتالي لا تصلح الآية للاستدلال بها على ثبوت حق الولي في تولي زواج المرأة 166

-أما استدلالهم بقوله تعالى " فلا تعضلوهن " فقد قيل للجمهور أن هذه الآية لا تخاطب الأولياء بل هي تحتمل أن تكون خطابا للأزواج الذين يطلقون أزواجهم حيث أن الله عز وجل يقول لمن يطلقون نسائهم أن لا يستعملوا معهم الوسائل الظالمة التي يترتب عليها منعهم من الزواج بغيركم كان تهددهن بقوتكم و جاهكم كما تحتمل أن تكون خطابا للمؤمنين عامة 167

2- مناقشة أدلة الجمهور من السنة و الآثار.

نوقش استدلال الجمهور بحديث " لا نكاح إلا بولي " انه مضطرب في إسناده فهذا الحديث قد رواه شعبة و سفيان الثوري عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم و أبو بردة لم ير النبي صلى الله عليه وسلم فيكون هذا الحديث مرسلا .

164 مالك بن أنس المدونة الكبرى ، دار صادر بيروت، دط، دت، المجلد الثاني ، ج3، ص178، 179.

165 محمود بنتيبيجي ، مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة، دار السلام، القاهرة، دط، دت، ص331.

166 نضال أبو سنينة ، مرجع سابق ، ص 58.

167 محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص272.

أما استدلال الجمهور بحديث "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...." فقد قيل لهم انه مطعون فيه و ذلك لأن الزهري نفسه - هو راوي الحديث - قد سئل عنه فلم يعرفه و مادام مصدر الحديث المروي عنه لم يعرفه و أنكره فان ذلك يضعف الثقة به.¹⁶⁸

أما بالنسبة لحديث "لا تزوج المرأة المرأة...." فقد قال الحنفية بان هذا الحديث خاص بالصغيرة التي لا يصح لها أن تتصرف فالنكاح عقد من العقود كالبيع و الشراء و معلوم أن للمرأة الحرية المطلقة في بيعها و شرائها متى كانت رشيدة فكيف يحجر عليها في عقد زواجها و هو من أهم العقود التي تتطلب الحرية و قوله عليه الصلاة والسلام "لا تزوج المرأة نفسها" معناه لا تزوج المرأة الصغيرة نفسها بدون ولي

أما فيما يخص دليلهم من الآثار المتعلق برد عمر بن الخطاب لنكاح تم بدون ولي فقد رد عليه بأن هذا الأثر لا يصح الاستدلال به لان في إسناده عبد الرحمان ابن معبد و قد تكلم المحدثون فيه بالضعف بسبب الانقطاع بينه و بين عمر بن الخطاب.

- مناقشة أدلة الجمهور من المعقول .

نوقش استدلال الجمهور المتمثل في قلة خبرة المرأة و تحكمتها في عواطفها فان ذلك لا يسلب أهلية النكاح و لا أهلية سائر التصرفات من المعاملات .¹⁶⁹

الفرع الثاني: القائلون بعدم اشتراط الولي في النكاح .

ذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط الولي في نكاح البالغة العاقلة فيجوز للمرأة تزويج نفسها و يجوز لها أن تتوكل عن الغير ذلك لأن المرأة عند بلوغها تصير سالحة لإنشاء عقد الزواج بصيغتها كونها أصبحت مدركة و ناضجة¹⁷⁰ إلا أن هناك من الحنفية من أعطى للولي حق الاعتراض على الزواج في حالة كان الزوج غير كفاء و دون مهر المثل حماية للمرأة في حالة سوء اختيارها¹⁷¹ و استدلت أصحاب هذا الرأي بأدلة من القران الكريم و السنة المطهرة و المعقول .

أولا :دليلهم من القران الكريم .

قوله تعالى : "فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"¹⁷² ووجه الاستدلال إضافة النكاح إليها أي حقيقة إسناد الفعل إلى الفاعل فيقتضي تصور النكاح منها، و قوله عز و جل "و إذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"¹⁷³ و الاستدلال بهذا الدليل على وجهين احدهما انه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن دون اشتراط الولي. الثاني : انه نهى الأولياء عن منع النساء انكاح أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان .

168 عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 47، 48.

169 نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص 175.

170 محمد محدة، مرجع سابق، ص 72.

171 أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 157.

172 البقرة: 230.

173 البقرة: 232.

و قوله عز وجل "فلا جناح عليهما أن يتراجعا"¹⁷⁴ أي يتناكحا فقد أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي.¹⁷⁵

ثانيا- دليلهم من السنة المطهرة و الآثار :

أما من السنة ما رواه ابن عباس قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنهما صماتها."¹⁷⁶

و الأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا و قيل الأيم المرأة التي لا زوج لها و أصله التي كانت متزوجة ففقدت زوجها ثم قيل في البكر مجازا لأنها لا زوج لها و قال الكرخي الأيم من النساء كالأعزب من الرجال و لهذا فان السنة النبوية قد جعلت الأيم أحق بتولي أمر نفسها من وليها.¹⁷⁷

كما استدلوا بزواج النبي صلى الله عليه وسلم من أم سلمه فانه لما بعث إليها يخطبها لنفسه قالت ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ليس احد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك".¹⁷⁸

فقد دل الحديث على عدم حضور احد من أولياء أم سلمه ذلك العقد ودل من جهة أخرى على انه ليس للأولياء حق الاعتراض إذا وجدت الكفاءة فضلا عن أن صحة العقد لا تتوقف على مباشرة الولي.¹⁷⁹

- إضافة إلى استدلال الحنفية بحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان فتاة دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها و هي كارهة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا الحديث على عدم اشتراط الله عليه وسلم¹⁸⁰ ، ووجه الاستدلال الولي في النكاح يتمثل في تخييره عليه الصلاة و السلام للفتاة التي جاءت تستفسر عن تزويج أبيها لها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على عدم ضرورة اشتراط الولي.¹⁸¹

كما استدلوا بما ذكر أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت "يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي".¹⁸²

فدل الحديث على أن المرأة التي وهبت نفسها للرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن معها ولي و لا سألها

¹⁷⁴ البقرة: 230.

¹⁷⁵ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص158.

¹⁷⁶ مسلم ، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب ما جاء اذا زوج ابنته وهي كارهة فالنكاح مردود.

¹⁷⁷ محمد محد، مرجع سابق، ص73.

¹⁷⁸ النسائي ، سنن النسائي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء انكاح الابن أمه.

¹⁷⁹ نضال أبو سنينة ، مرجع سابق، ص154.

¹⁸⁰ ابن ماجه ، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب ما جاء البكر يزوجه أبوها وهي كارهة.

¹⁸¹ الأكلحل بن حواء ، مرجع سابق، ص30.

¹⁸² البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما جاء عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح.

دليلهم من الآثار:

- أن امرأة زوجت ابنتها برضاها من رجل فجاء أولياؤها فتخاصموا إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح و يستفاد من هذا أمران :

الأول : عدم ضرورة اشتراط الولي في النكاح .

الثاني: أن للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها من غير إذن وليها و تباشر ذلك بنفسها .

- أن عائشة رضي الله عنها زوجت بنت أخيها حفصة بنت الرحمان من منذر ابن الزبير و هو غائب فلما رجع قال وامثلي يفتات عليه في بناته، فقالت عائشة أو ترغب عن المنذر و الله لتملكنه أمرها، ووجه الاستدلال بهذا الأثر أن الكفاءة متوفرة في الزوج و أنه لو كان هذا الحق غير ثابت للمرأة لما كانت عائشة رضي الله عنها فعلته.¹⁸⁴

ثالثا - أدلة الحنفية من المعقول :

إن المرأة تتصرف في حق خالص لها و لا مانع يمنعها من هذا التصرف فهي بالغة عاقلة و قد اتفق الفقهاء على أنها تتصرف في أموالها متى كانت كاملة الأهلية بل الزواج أولى لأنها هي التي ستزوج لا وليها فمن حقا اختيار الرجل الذي يناسبها.¹⁸⁵

هذا و قد نوقشت أدلة الحنفية على النحو التالي :

1- مناقشة أدلتهم من القرآن الكريم :

قيل للحنفية بخصوص استدلالهم بقوله تعالى "فإذا طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" يحتمل أن يراد بالنكاح الوطء لأنه جعله غاية لعدم الحل و غاية الحرمة هي الوطء لا العقد فلا تفيد هذه الآية في الاستدلال على المرأة في مباشرة زواجها.

و قيل لهم بخصوص الآية الثانية و هي قوله تعالى "لا جناح عليهما أن يتراجعا" إن إضافة التراجع إليهما لا يفيد أن يكون العقد من جانب المرأة لان المقصود من الآية بيان أن الحرمة انتهت بنكاح زوج آخر "حتى تنكح زوجا غيره" فإذا حصل ذلك فلا جناح عليهما أن يتزوجا من جديد و يكون بالطريق المشروع

¹⁸³ ناصر أحمد ،مرجع سابق،ص370.

¹⁸⁴ الأكل بن حواء،مرجع سابق،ص31.

¹⁸⁵ محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق،ص 260،261.

و هو طريق الولي¹⁸⁶، أما بخصوص استدلالهم بقوله تعالى "فلا تعضلوهن....." فقد نوقش هذا الاستدلال على أنه لا يوجد في هذه الآية ما يدل على إسناد النكاح للمرأة و أن هذه الآية نزلت في حادثة معقل بن يسار و بالتالي فهي تخص الأولياء المكلفين بعقد الزواج .

2- مناقشة أدلتهم من السنة و الآثار :

- من السنة : نوقش استدلال الحنفية بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الثيب أحق بنفسها من وليها" أنه لا يمكن الاستدلال به لأنه بالرجوع إلى معنى الأيم نجده يطلق على المرأة التي طلقت أو مات عن زوجها و التي أعطى لها النبي صلى الله عليه وسلم الحق في تولي زوجها مما يعني أن البكر التي قابلتها في معنى الحديث لا يجوز لها عقد زوجها بمفردها دون ولي .

أما فيما يخص استدلال الأحناف بزواج النبي صلى الله عليه وسلم من أم سلمة فيه لهم أنه محمول على الخصوص فالنبي صلى الله عليه وسلم خير زوج فلا يصح لإنسان أن ينظر بعده .

أما استدلالهم بحديث "جاءت فتاة إلى النبي -ص-....." قيل لهم فيه أن الرسول - ص -رد نكاحها لعدم موافقتها فالظاهر أن سبب رد النكاح هو عدم الرضا لا عدم اشتراط الولي.¹⁸⁷

و أخيرا نوقش استدلال الحنفية بالحديث الذي ذكر فيه أن امرأة وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم يملك الولاية العامة و له الحق في تزويج النساء .

- من الآثار: قيل للحنفية بخصوص استدلالهم بالمرأة التي زوجت ابنتها دون ولي و قبله عمر أن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به ذلك أن والد هذه المرأة كان نصرانيا ولا ولاية لمسلم على كافر¹⁸⁸ لقوله تعالى "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"¹⁸⁹، أما بالنسبة إلى استدلال الحنفية بتزويج عائشة لابنة أخيها فهذا الأثر معارض بالأدلة الصحيحة القوية التي تثبت حق الولي في تولي الزواج و من بينها الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها الذي يفيد بأن لا نكاح إلا بولي و هو أصح من الأثر الذي استدل به الحنفية.¹⁹⁰

- مناقشة أدلة الحنفية من المعقول :

إن استدلال الحنفية بأن المرأة تتصرف في حق خالص لها غير مسلم به لأن الزواج ليس حقا لها وحدها و ليس كالتصرف في مالها لأنه أمر خطير لما يترتب عليه من آثار تبقى مدى الحياة فلا ينبغي لعقد

¹⁸⁶ المرجع نفسه، ص 262.

¹⁸⁷ نضال أبو سنينة، مرجع سابق، ص 159.

¹⁸⁸ ناصر أحمد، مرجع سابق، ص 490.

¹⁸⁹ النساء: 141.

¹⁹⁰ ناصر أحمد، مرجع سابق، ص 500.

الزواج ذي الأهمية الكبرى أن يهمل فيه دور الولي¹⁹¹، كما انتقد الحنفية من حيث أنهم أجازوا للمرأة عقد نكاحها بنفسها ثم أعطوا للولي حق فسخ العقد مما يعني أنهم متناقضون.¹⁹²

الفرع الثالث : الذين لا يقولون بالجواز المطلق و لا بالوجوب المطلق .

يقول أبو داود لا بد من التفارقة بين الثيب و البكر، فالبكر يشترط في زواجها الولي أما الثيب فلا¹⁹³ و هذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم : "الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تتسأمر في نفسها".¹⁹⁴

و يقول ابن القاسم في قول عن مالك انه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على

انكاحها كما انه يمكن أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فالولي عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة¹⁹⁵، أما أبو ثور و الشافعي و محمد الحنفي و ابن شبرمة و من وافقهم يقولون بان الزواج يتم بصيغة الزوجة و لكن لا يكون صحيحا إلا إذا استأذنت وليها و استدلوا بحديث "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل"¹⁹⁶

و قد نوقشت أدلة هؤلاء كالاتي :

نوقش دليل أبي داود بالتفارقة بين البكر و الثيب أن الأيم في اللغة يشمل كل امرأة ليس لها زوج سواء كانت بكرا أو ثيبا

نوقش استدلال ابن القاسم بالتفارقة بين الشريفة و الدنيئة بأنه لا دليل من القران و لا من السنة على ذلك و أن الإسلام يعتبر الناس كلهم سواسية.

أما استدلال أبي ثور و الشافعي و من وافقهم في انعقاد الزواج يتوقف على إجازة الولي غير جائز لأن هناك من الحنفية من طعن في صحة هذا الحديث و بالتالي لا يمكن الاستدلال بدليل هم لا يعترفون به أصلا.¹⁹⁷

بيان الرأي الراجح :

يمكن القول انه لا يمكن للمرأة و لا للولي الانفراد بعقد الزواج بل لا بد من مشاركة المرأة في ذلك و اخذ رأيها كما انه لا يمكن إنكار دور الولي في هذا العقد لان عبارة النساء لا تصلح لإنشاء العقد كما استدلت على ذلك الجمهور و بالتالي يجب أن يكون الولي شرطا في عقد الزواج إذ لا يصح الزواج إلا به لكن

¹⁹¹ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 139.

¹⁹² نضال أبو سنيينة مرجع سابق، ص 160.

¹⁹³ ابن رشد، مرجع سابق، ص 351.

¹⁹⁴ سبق تخريجه .

¹⁹⁵ محمد محدة، مرجع سابق، ص 75.

¹⁹⁶ سبق تخريجه .

¹⁹⁷ ناصر أحمد ، مرجع سابق ، ص 506، 510.

بشرط استئذان المرأة و اخذ رأيها لان أهم مسألة في الزواج هي الرضا و هذا حرصا من الإسلام على سعادة المرأة¹⁹⁸ و استقرار الأسرة و عليه فالزواج مسألة مشتركة بين الولي و المرأة .

هذا وقد سئل الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله عن النكاح بدون ولي فأجاب بأن النكاح لا يصح إلا بولي و لا يمكن لأحد أن يتزوج امرأة إلا بولي من عصباتها و الزواج بغير ولي فاسد غير صحيح.¹⁹⁹

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من الولي في عقد الزواج .

أولا : موقف المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة.

من خلال استقراء المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله يتضح لنا أن الولي كان ركنا من أركان الزواج و بهذا يكون المشرع أخذ برأي الجمهور²⁰⁰، كذلك نص المادة 11 من نفس القانون (84 - 11) التي نصت على "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فاحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له فعبارة "يتولى " تدل بشكل صريح على دور الولي في تولي الزواج إضافة إلى هذا نجد المادة 12 من قانون الأسرة قبل إلغائها تنص على أنه "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت" فهذه المادة جاءت مضطربة بين حرمان الولي من حقه في منع ابنته من الزواج إذا رغبت ، و بين إعطائه الحق في منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة، لكن رغم هذا الاضطراب هناك دور للولي يتمثل في حق الولي في الاعتراض على زواج ابنته البكر إذا كان في المنع مصلحة مما يدل على أن قانون الأسرة قبل تعديله قد أعطى سلطة للولي في عقد زواج موليته كبيرة كانت أم صغيرة.²⁰¹

ثانيا : موقف المشرع الجزائري بعد التعديل .

بمجيء الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تغيرت وجهة نظر المشرع الجزائري إلى حكم الولي في عقد الزواج حيث حاول أن يجمع بين نقيضين و هما الإبقاء على الولي في عقد الزواج و محاولة تهميشه أو تقليص دوره في نفس الوقت مما جعل موقف المشرع من الولي متذبذبا فهو في نص المادة 09 مكرر من الأمر 02-05 يعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج بينما ينص في المادة 11

¹⁹⁸ عيسى حداد، مرجع سابق، ص137 .

¹⁹⁹ فتاوى الزواج في الشريعة الإسلامية، محمد صالح العثيمين، جمع صلاح الدين محمود السعيد، مكتبة الإيمان، المنصورة، (دط)، (دت)، ص15.

²⁰⁰ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر، دط، 1999، ج1، ص124.

²⁰¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1989، ص124.

من الأمر 02-05 على ما يلي "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون "يتولى زواج القاصر أولياؤهم و هم الأب فاحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ."

فالمشرع في هذه المادة قد أسند إلى المرأة الراشدة تولي زواجها و ذلك من خلال عبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها"، كما أن عبارة بحضور وليها تفتح بابا واسعا لعدة تأويلات عن نوع هذا الحضور فهل حضور الولي مطلوب على سبيل الإلزام لمباشرة العقد أم أنه على سبيل الاختيار أي أن حضوره شكلي وليس فيه أي سلطة على المرأة كما أن قول المشرع "وليها وهم أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره" يدل على انه ابتدع معيارا جديدا للولاية في الزواج و هو معيار الاختيار من قبل المرأة للولي الذي يحضر زواجها مما يدل على إقصاء الولي الأصلي للمرأة و هو الأب من هذا العقد المهم و ما يؤكد هذا أن المشرع قد ألغى المادة 12 من قانون الأسرة التي كانت تنص على أنه لا يجوز للولي منع موليته من الزواج إذا كان أصلح لها كما أعطت للولي الحق في منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها و هذا الإلغاء ينسجم مع فلسفة المشرع في مسألة الولاية في الزواج و التي تقوم على اعتبارها أمرا شكليا ليس له أي تأثير.²⁰²

إلا أن المشرع لا يزال محافظ على شرط الولي في الزواج و ذلك بالنسبة للقاصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 11 ق أ على "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب"، وما تجدر الإشارة إليه أن هذه المادة 7 ق أ فهي لا تسمح بزواج القصر دون التاسعة عشر إلا لضرورة أو مصلحة يراها القاضي. فإذا حدث، لا بد أن يتولى زواجهم الولي و ذلك حماية للقاصرة و مراعاة لعدم نموه العقلي و الجسمي.

و من جانب آخر نجد أن المشرع في 13 من الأمر 02-05 نص على انه لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها و بهذا يكون المشرع قد منع الولي من إجبار موليته القاصرة على الزواج مخالفا بذلك رأي الجمهور و هذا من أجل تحقيق مبدأ الرضا الذي يعتبر الركن الوحيد في الزواج حسب المادة 09 من الأمر 02-05.²⁰³

- أثر تخلف الولي في زواج القاصرة :

²⁰² عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 111، 112.

²⁰³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 41.

سنعالج في هذه النقطة الأثر المترتب عن تحلف الولي في زواج القاصرة -إذا رخص لها بالزواج- ذلك أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها فحضور الولي أو عدمه سواء.

نصت المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه ويثبت بعد الدخول بصديق المثل فالمشرع بقوله "الولي في حالة وجوبه يقصد به حالة زواج القاصرة فعقد زواج هذه الأخيرة إذا تم من دون ولي يفسخ قبل الدخول دون أن يترتب أي أثر بما في ذلك الصديق أما بعد الدخول فإنه يثبت بصديق المثل هذا ما يدل على ضرورة الولي في عقد القاصر.

ومن خلال ما تقدم بخصوص موقف المشرع الجزائري من الولي فإننا نخلص إلى أن المشرع الجزائري²⁰⁴ لم يتخذ موقفا صريحا اتجاه الولي في عقد الزواج حيث أبقى على وجود الولي في هذا العقد لكن دون أن يكون له دور ولا سلطة إلا فيما يتعلق بزواج القاصر وهذا سعيا منه لإرضاء بعض التيارات السياسية و الجمعيات النسوية الذين سعوا لإلغاء دور الولي في عقد الزواج كما حاول في المقابل أن يرضي بعض الأطراف الذين أصروا على إبقاء شرط الولي كأمر يتماشى مع الثقافة الإسلامية لهذا البلد، و عليه يكون المشرع قد اخذ برأي الحنفية فيما يتعلق بزواج المرأة الراشدة لكنه لم يقيد هذا الحق وجعله مطلقا، بخلاف الأحناف الذين يعطون للولي حق الاعتراض على الزواج في حالة ما اذا كان الزوج غير كفاء و المهر اقل من مهر المثل²⁰⁵، كما أن هناك من الحنفية من يسمح بانفراد المرأة بالزواج لكنه موقوف على إجازة وليها .

فالمشرع لم يأخذ بأي ضابط من هذه الضوابط في مسألة انفراد المرأة الراشدة بزواجها مما يعني أنه ضرب بكافة التقاليد الإسلامية و الأعراف الجارية في هذا البلد عرض الحائط و أتى برأي جديد لم يستقر عليه الفقهاء.

²⁰⁴ بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 25 على أنه "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقربها"، فالواضح أن المشرع المغربي لم يشترط الولاية في زواج الراشدة صراحة، الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص68.

²⁰⁵ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص43.

المبحث الثاني : أحكام الولاية في الزواج.

سيضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب تتمثل في :

المطلب الأول: زواج البالغة العاقلة.

المطلب الثاني: زواج الصغيرة والمجنونة.

المطلب الثالث: أسباب الولاية في النكاح.

المطلب الأول: زواج البالغة العاقلة .

بالرجوع إلى كتب الفقهاء فإننا نجد أنهم فرقوا بين كون المرأة بكرا أو ثيبا و جعلوا لكل منهما أحكاما خاصة بها

الفرع الأول : زواج البكر البالغة العاقلة .

البكر في اللغة هي الجارية التي لم تفتض و جمعها أ بكر و البكر من النساء التي لم يقربها رجل و من الرجال الذي لم يقرب امرأة بعد و البكر العذراء.²⁰⁶

أما البكر في الاصطلاح فهي التي لم توطأ بعقد صحيح أو بعقد فاسد جار مجرى الصحيح.²⁰⁷

أما في تزويج البكر البالغ فقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك جاء في بداية المجتهد "فأما البكر البالغ فقال مالك و الشافعي و ابن أبي ليلى للأب فقط أن يجبرها و قال أبو حنيفة و الثوري و الأوزاعي و أبو ثور و جماعة لا بد من اعتبار رضاها و وافقهم مالك في البكر المعنسة على احد القولين.²⁰⁸"

كما جاء في موطأ الإمام مالك "أخبرنا مالك اخبرنا عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "الأيام أحق بنفسها من وليها و البكر تستأمر في نفسها و إذنها صماتها قال محمد و بهذا نأخذ و هو قول أبي حنيفة و ذات الأب و غير ذات الأب في ذلك سواء."²⁰⁹ و عليه فالفقهاء كانوا على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنها لا تنكح إلا بإذنها و رضاها فلا يجبرها أب و لا غيره و هو مذهب أبو حنيفة، و قد استدل أصحاب هذا القول بحديث "لا تنكح الأيم حتى تتسامر و لا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول

²⁰⁶ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، 1997، المجلد الأول، ص249.

²⁰⁷ سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط2، 1988، ص41.

²⁰⁸ ابن رشد، مرجع سابق، ص350.

²⁰⁹ أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، د د ن، ط2، 1967، الكتاب الأول، ص181

فان مقتضى قوله صلى الله عليه سلم :و البكر تستأذن أنها لا تجبر على النكاح .

القول الثاني :

أن لأبيها خاصة إجبارها دون سائر الأولياء هذا في رواية عن المالكية إلا أن هناك حالات لا يجوز للولي إجبار البكر فيها و هي :

- البكر البالغ المرشدة ولو ذات أب لأنه لما رشدتها علم من ذلك أنها عالمة بمصالح نفسها .

- البكر التي دخل بها زوجها و أقامت في بيته سنة كاملة و شهدت مشاهد النساء و قد أنكرت المسيس بعد فراقها و هذا مع العلم أو الجهل بخلوة الزوج بها أما إذا علم عدم خلوته بها فلا يرتفع إجبارها و لو أقامت على عقد النكاح أكثر من سنة .

- البكر العانس في رواية عن مالك حيث لا يجوز للأب إجبارها أما المشهور فهو إجبارها لأنها لا تزال بكرا و البكارة عبارة عن عدم الممارسة و اختبار الرجال و ذلك لم يحصل²¹¹، و العانس هي من طالت إقامتها عند أهلها و عرفت مصالح نفسها و لم تتزوج و استدل مالك على عدم إجبار هؤلاء لأنهن على معرفة غالبا بأمور النكاح فهن يشبهن الثيبات المكلفات.²¹²

القول الثالث :

أن لكل من أبيها و جدها إجبارها دون سائر الأولياء و استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : "لا تنكح الأيم حتى تتسامرو لا تنكح البكر حتى تستأذن " فقالوا أن المراد بالأيم هي الثيب و قد جعلها النبي صلى الله عليه وسلم أحق بنفسها من وليها و هذا ما يدل على أن البكر بخلافها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد قسم النساء إلى قسمين ثيب و بكر و جعل البكر تقابل الثيب في معنى الحديث ومنه لو كانت البكر كالثيب في عدم إجبارها لما أفردها بالذكر و حملوا قوله صلى الله عليه وسلم باستئذان البكر على الاستحباب تطبيبا لقلبها .

بعد استعراض هذه الآراء فإننا نرجح رأي الحنفية الذي يقول بعدم تزويج البكر البالغة إلا بعد استئذانها و أخذ رضاها و هذا لما لرضا المرأة بالرجل من دور مهم في بناء الأسرة و حسن العشرة هذا و قد سئل

²¹⁰ سبق تخريجه.

²¹¹ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ،مرجع سابق،ص43.

²¹² عوض بن رجاء العرفي ،مرجع سابق،ص279،310 .

الشيخ محمد صالح العثيمين في مسألة تزويج البكر دون إذنها فأجاب انه لا يجوز للأب أن يزوجه دون استئذنها مستدلاً بحديث "و البكر يستأذنها أبوها" ذلك لان الرضا هو الركن الأساسي في الزواج .²¹³

أما فيما يتعلق بكيفية استئذان البكر فقد جاء في المغني "كان النبي صلى الله عليه وسلم: يتسأمر بناته إذا انكحهن قال: كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول إن فلانا يذكر فلانة فان حركت الخدر لم يزوجه و إن سكتت زوجها.²¹⁴

و بناء عليه يكون رضا البكر بالسكوت لأن البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة فيكتفي منها بالسكوت محافظة على حياؤها و يندب عند المالكية إعلامها بأن سكوتها رضا و إذن منها فلا تزوج إن منعت بأن قالت لا أرضى أو لا أتزوج أو فيما معناه مثل السكوت و كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء و التبسم والبكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد أما إذا كان التبسم أو الضحك للاستهزاء و كان البكاء بصياح أو ضرب خد لم يعد قبولا و لا ردا لأنه سعي بعدم الرضا فلو رضيت صراحة بعده انعقد العقد،²¹⁵ إلا أن هناك استثناءات على اعتبار إذن البكر بالسكوت حيث لا يكون إذنها إلا بالنطق و ذلك في الحالات التالية :

- البكر البالغة المرشدة .

- المرأة التي عضلها وليها فرفع أمرها إلى الحاكم فلا بد من نطقها .

- المرأة التي تزوجت بعرض أي لا أب لها و لا وصي ينظر في مالها فلا بد من نطقها لأنها بائعة مشتريه و البيع و الشراء لا يلزم بالصمت .

- المرأة التي زوجت بمن فيه رق .

- المرأة التي تزوجت بذوي عيب يوجب لها الخيار كجنون أو جذام أو برص حتى ولو مجبرة فلا يلزم زواجها إلا بالنطق،²¹⁶ فان زوجت قبل بلوغها و بلغت و لم ترض فلها حق فسخ النكاح إذا أرادت ذلك²¹⁷

- المفقات عليها و هي التي يتعدى عليها وليها غير المجير فيعقد عليها بغير إذنها و ادعى أنها أذنت له أو أنها وكلته في تزويجها فهذه يصح نكاحها إن أجازته عن قرب فان لم تسمح بالعقد إلا بعد مدة طويلة فالعقد

²¹³ عرفات حسونة الدمشقي، دليل المرأة المسلمة، دار الفكر بيروت لبنان، دط، 2008، ص579 .

²¹⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، (دط)، (دت)، ج7، ص384.

²¹⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص213.

²¹⁶ محمد باي بلعالم، مرجع الفروع إلى التأصيل من الكتاب والسنة والإجماع، دار الوعي، الجزائر، ط1، 2009، ج

4، ص118، 119.

²¹⁷ أبو عماد ابن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الهدى

، دط، 1997، ج1، ص428.

فاسد و لا يكتفي فيه بالسكوت و لو كانت بكرة.²¹⁸

الفرع الثاني : زواج الثيب البالغة العاقلة .

الثيب في اللغة من النساء التي تزوجت و فارقها زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها و قال الأصمعي امرأة ثيب و رجل ثيب إذا كان قد دخل به أو دخل بها الذكر و الأنثى .²¹⁹

أما الثيب في الاصطلاح الفقهي فهي التي تزوجت و هذا عند الحنفية أما عند الشافعية و الحنابلة فهي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالاً أم حراماً أو كان و هي نائمة.²²⁰

أما فيما يتعلق بتزويج الثيب البالغة فقد جاء في المغني أنه "إذا زوجت الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعده فالكبيرة الثيب لا يجوز للأب و لا لغيره تزويجها إلا بإذنها و هذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فقال له تزويجها و إن كرهت و هو قول شاذ"²²¹ كما جاء في موطأ الإمام مالك "أخبرنا مالك أخبرنا عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمان و مجمع ابني يزيد بن جارية الأنصاري عن خنساء بنت خدام أن أباهما زوجها و هي ثيب فكرهت ذلك فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه قال محمد لا ينبغي أن تنكح الثيب و لا البكر إذا بلغت إلا بإذنها فأما إذن البكر فصمتها وأما إذن الثيب فرضاها بلسانها زوجها والدها أو غيره ، و هو قول أبي حنيفة و العامة من فقهاءنا ."²²²

كما جاء في بداية المجتهد " و أما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ. "،²²³ و منه فالثيب البالغة لا يحق لأحد إجبارها على الزواج لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها."²²⁴

و قوله "لا تنكح الأيم حتى تستأمر"²²⁵ و قوله صلى الله عليه وسلم "ليس للولي مع الثيب أمر."²²⁶ ذلك أن المرأة الثيب عرفت الأزواج ومعنى الحياة الزوجية فهي اعرف بما يصلح لها فلا ينبغي إجبارها.²²⁷ إلا أن هناك اختلاف حول مفهوم الثيوبه بين الفقهاء فاعلهم متفقون على أن الثيب لا يجوز إجبارها لكنهم مختلفون في مفهوم الثيوبه فالثيب البالغة العاقلة التي زالت بكارتها بأمر عارض كالضرب و الوثب

²¹⁸ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،دار الفكر،(دط)،(دت)،ج2،ص228.

²¹⁹ ابن منظور لسان العرب ،دار صادر ،مرجع سابق،ص360.

²²⁰ سعدي أبو الجيب ،مرجع سابق ،ص55.

²²¹ ابن قدامة، مرجع سابق ،ص385.

²²² أبي عبد الله مالك بن أنس ،مرجع سابق،ص177.

²²³ ابن رشد ،مرجع سابق ،ص349.

²²⁴ سبق تخريجه.

²²⁵ سبق تخريجه .

²²⁶ النسائي ،سنن النسائي ،كتاب النطاح ،باب ما جاء استئذان البكر.

²²⁷ جبر محمود الفضيلات ،مرجع سابق ،ص140،141.

و العود ونحوها أو زالت بكارتها بالزنا أو الغصب يزوجها الولي المجبر الأب أو وصيه و هذا ما هو مشهور عند المالكية، فمن زالت بكارتها بغير الزواج الصحيح أو الفاسد فإنها تبقى كالبكر البالغة لجهلها بأمور الزواج .

و قال الحنفية من زالت بكارتها بوثبة أي نطة أو درور حيض أو حصول جراحة أو تعنيس هي بكر حقيقة و تعد بكرا بالتفريق بحب أو عته أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء و تعد الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد ثيبا و من زنت مرة فقط ولم تحد بالزنا فهي بكر حكما فيكتفي بسكوتها .

وقال الحنابلة الثيب من وطئت في القبل لا في الدبر بألة الرجال لا بألة غيرها و لو كانت وطئت بزنا و قال الشافعية الثيب من زالت بكارتها سواء زالت البكارة بوطاء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا أو شبهة في النوم أو يقظة و لا أثر لزوالها بلا وطء في القبل كسقطه أو حدة طمث و طول تعنيس أو بأصبع و نحوه فحكمها حينئذ حكم الأبار.²²⁸

هذا و قد جاء في المغنى "أن الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطاء حلالا أو حراما و هذا هو مذهب الشافعي و قال مالك و أبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها و تزويجها لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء و الحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته و هذه لم تباشر بالإذن في النكاح فيبقى حياؤها."²²⁹

- أما عن الرأي الراجح فإننا نقول أن المقصود بالثيوبة هي الثيوبة الشرعية فهي من يبني عليها التحريم و تكون بالعشرة الزوجية المعتبرة .

- أما فيما يخص رضا الثيب البالغة و قبولها فانه لا يكون إلا بالقول الصريح أي تفصح عن رأيها و عما في ضميرها من رضا أو منع و لا يكتفي منها بالصمت لأن الأصل ألا ينسب إلى ساكت قول و أن لا يكون السكوت رضا لكونه محتملا في ذاته و إنما يكتفي فيه في البكر للضرورة لأنها تستحي عادة و لا ضرورة في حق الثيب لاعتياها معاشره الرجال فلا تستحي عادة من إعلان رضاها أو رفضها فلا يكتفي بسكوتها عند الاستئذان .²³⁰

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من زواج البالغة العاقلة .

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يفرق بين كون المرأة بكرا أو ثيبا و إنما اكتفى بالقول في المادة 11 من الأمر 02-05 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ."

²²⁸ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص221،222.

²²⁹ ابن قدامة، مرجع سابق، ص388.

²³⁰ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص213.

و عليه يتضح أن المشرع الجزائري لم يعطي للولي أي سلطة من أجل تولي زواج المرأة الراشدة سواء كانت ابنته أو أخته و بالتالي فهو لا يملك أي حق في إجبارها مادام القانون قد أعطى للمرأة الراشدة الحق المطلق في إبرام زواجها بنفسها و بحضور أي شخص تختاره سواء كان قريباً أو صديقاً أو غير ذلك ، كما دلت على ذلك المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي " فالمشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل و المرأة و ليس بين الرجل وولي المرأة دون أن يعطى للولي حق المعارضة على الزواج في حالة عدم كفاءة الزوج²³¹ وذلك من أجل الاحتياط لحق الولي كما فعل الحنفية مما يعني إقصاء الولي نهائياً و عدم فاعليته في زواج موليته الراشدة.²³²

²³¹ هناك بعض القوانين العربية التي أعطت للولي حق المعارضة على الزواج في حالة كان الزوج غير كفء ، منها المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي نصت على : " إذا نفت البكر أو الثيب وجود ولي التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ، فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل ، وان زوجت نفسها من غير كفء فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح . " عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 77 .

²³² عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 199 .

المطلب الثاني: زواج الصغيرة المجنونة .

كما سبق و تطرقنا في ما مضى أن كلا من الصغيرة و المجنونة تثبت عليهما ولاية الإجماع إلا أنه فيما يتعلق بزواجها فان هناك أحكاما متعلقة بكل منهما .

الفرع الأول : زواج الصغيرة .

ذهب فريق من الفقهاء على رأسهم ابن شبرمة و أبي بكر الأصبم إلى أنه لا توجد ولاية زواج على الصغيرة لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات الزواج إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ فلا حاجة إليه قبله ، و الولاية في الزواج أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها و حيث لا حاجة إلى الزواج بسبب الصغر فلا ولاية تثبت على الصغيرة و قد جعل الله سبحانه و تعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور و الكمال فقال تعالى " و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم"²³³، فقد جعل الله سبحانه و تعالى في هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح هو أمانة انتهاء الصغر فلا ثمره في العقد قبل البلوغ لأنه عقد فيه ضرر للصغيرة حيث تبلغ و تجد نفسها مكبله بقيود الزوجية .

أما الجمهور فقد ذهبوا إلى تزويج الصغيرة و استدلوا بقوله تعالى " و اللاتي ينسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللاتي لم يحضن ."²³⁴

و هذا دليل على صحة زواج الصغيرة فالنبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة و هي بنت ست سنوات²³⁵ وليس في قوله تعالى " و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح " ما يمنع صحة العقد كذلك إن تزويج الصغيرة قد يكون فيه مصلحة لها كتوفر الكفء فالكفء المتوفر لدى صغرها قد لا يوجد عند بلوغها.²³⁶

أمام هذا الاختلاف فاني أرجح رأي الجمهور من الفقهاء و هم المالكية و الشافعية و الحنفية و الحنبلية القائل بجواز تزويج الصغار و ذلك لقوة أدلتهم و واقعيتها .

أما بالنسبة لولي الصغيرة الذي له حق إجبارها فانه قد جاء في بداية المجتهد " واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح و كذلك ابنته الصغيرة البكر و لا يستأمرها لما ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنه بنت ست أو سبع و بنا بها بنت تسع بانكاح أبي بكر رضي الله عنه.²³⁷

²³³ النساء:6.

²³⁴ الطلاق:4.

²³⁵ البخاري ،صحيح البخاري ،كتاب النكاح ،باب انكاح الرجل ولده الصغار .

²³⁶ محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج و آثاره،مرجع سابق ،ص137.

²³⁷ ابن رشد ،مرجع سابق ،ص351.

كما جاء المغني "أنه ليس لغير الأب تزويج الصغيرة جدا و بهذا قال مالك و به قال الشافعي إلا في الجد فانه جعله كالأب لان ولايته ولاية ايلاد فملك إجبارها كالأب. "238

وللصغيرة إذا بلغت وهي بكر و اعتزمت فسخ عقد زواجها الذي باشره غير الأب أو الجد أن تبادر إلى ذلك فتختار نفسها فوراً وقت بلوغها إن كانت عالمة بالزواج قبل البلوغ أو وقت علمها به بعد البلوغ إن لم تكن تعلم به، و لا يمتد خيارها إلى آخر مجلس بلوغها أو مجلس علمها فلو سكنت قليلاً غير مكرهة على السكوت بطل خيارها لأن سكوتها يعتبر رضا منها بالزواج فلا يقبل منها بعد ذلك دعوى الفسخ لسقوط حقها في الخيار و لا يقبل الاعتذار بجهلها فإذا اختارت قائلة فسخت العقد أو اخترت نفسي فلا يتم الفسخ بمجرد اختيارها بل لا بد من رفع الأمر إلى القضاء طالبة الحكم بفسخ الزواج ثم يصدر القاضي حكماً بفسخه، فمادام القاضي لم يفسخ العقد فالزوجية قائمة بين الزوجين بكل آثارها حتى ولو مات أحدهما ورثه الآخر.

أما إذا كانت الصغيرة ثيباً بلغت وسكنت عن اختيار نفسها وقت بلوغها فلا يسقط حقها في الخيار إذ لا يعتبر سكوت الثيب رضا منها بالزواج وإنما يبطل حقها في فسخ العقد برضاها بالزواج كأن تقول رضيت بالزواج، أو دلالة كان تطلب المهر أو النفقة. 239

موقف المشرع الجزائري من زواج الصغيرة .

الأصل أن المشرع الجزائري يمنع زواج الصغار إلا أنه يمكن أن يسمح بذلك في حالة الضرورة أو المصلحة التي يقدرها القاضي .

و هذا ما نصت عليه المادة السابعة من الأمر 02-05 بقولها "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، و عليه فإذا رخص للصغيرة فإن أبوها هو من يتولى عقد زواجها و هذا طبقاً لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 11 ق "يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب فاحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ."

فإذا لم يوجد الأب يتولى الزواج أحد أقارب الصغيرة و هم عصباتها على الرغم من أن المشرع لم يحدد المقصود بالأقارب و في حالة عدم الأب و الأقارب فإن القاضي هو من يزوج الصغيرة .

كما يتضح لنا من نص المادة 13 من الأمر 02-05 التي نصت على أنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج و لا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها " أن المشرع الجزائري منع الولي من إجبار القاصرة على الزواج و أن الزواج لا يكون إلا بموافقتها و منه نخلص إلى

238 ابن قدامة، مرجع سابق، 382.

239 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص153.

أن المشرع قد عدل عن موقف الجمهور القائلين بجواز إجبار الصغيرة و أخذ بالرأي القائل بعدم ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة لأن زواجها لا فائدة منه على الإطلاق و لأنها مازالت في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها لقصور عقلها²⁴⁰ إلا في حالة ما استدعت لذلك ضرورة أو مصلحة للصغيرة .

الفرع الثاني : زواج المجنونة .

عرفنا فيما سبق أن ولاية الإجبار شرعت للنظر في مصالح المتولي عليهم و أن الشارع قد اثبت هذه الولاية لحفظ من تثبت عليهم ومن بينهم المجنونة ، و قد اختلف الفقهاء في زواج المجنونة و أحكامه حسب التفصيل الآتي :

ذهب الحنفية إلى أن العقل ليس شرطاً في الزواج فيجوز للولي أبا كان أو غيره أن يزوج المجنونة و المعتوهة و نفس الشيء بالنسبة للمجنون و المعتوه²⁴¹ صغيرة كانت أم كبيرة بكرة أم ثيباً و للآب عند المالكية تزويج المجنونة في حال الصغر أو الكبر و لو ثيباً لعدم التمييز إلا من تفيق أحياناً فتنتظر ستفافتها لتستأذن و لا تجبر .

بينما رأي الشافعية أن المجنونة يزوجه الأب أو الجد لو فور شفقتها قطعاً فان لم يكن أب أو جد لم تزوج في صغرها فان بلغت زوجها السلطان في الأصح للحاجة للزواج لا لمصلحة .

و قال الحنابلة لسائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها ما يدل على ميلها إلى الرجال من كلامها و تتبعها للرجال و ميلها إليهم ونحوه من قرائن الأحوال و كذا إن قال الأطباء الثقة أن علتها تزول بتزويجها فان لم يكن لها ولي زوجها الحاكم .

و الراجح هو تزويج المجنونة إذا ظهر منها ما يدل على رغبتها بالزواج وإعطائها هذا الحق لسائر الأولياء كونهم أكثر شفقة عليها من القاضي مع إعطاء هذا الأخير الحق في تزويجها عند عدم الأقارب،²⁴² فإذا عقد الأب أو الجد أو الابن الذين لم يعرفوا قبل العقد بسوء الاختيار²⁴³ فعقدهم يكون صحيحاً نافذاً لازماً لا يثبت معه خيار فسخ المولى عليها عند الإفاقة سواء كان الزواج من كفاء أو بمهر المثل أولم يكن و ذلك لأن وفور شفقة هؤلاء الأولياء وعدم اشتهاهم بما يتنافى مع حسن الرأي و رعاية المصلحة جعل تزويجهم غير متقيد بأي قيد هذا عند أبي حنيفة أما عند صاحبين فإنه العقد يدخله خيار الإفاقة إذا لم يكن الزوج كفناً أو كان المهر أقل من مهر المثل لأن هذه الولاية للمصلحة و لا مصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة وجه قول أبي حنيفة أن الأب و الجد و الابن موفور و الشفقة

²⁴⁰ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 420.

²⁴¹ سبق تعريف كل من العته والجنون في الفصل الأول من هذا البحث .

²⁴² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 182، 183.

²⁴³ سوء الاختيار: هو أن يكون الشخص فاسقاً أو ماجناً، أو مستهتراً لا يبالي بما فعل، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 151 .

بنظر كل واحد منهم إلى مصلحة المولى عليها بقدر ما ينظر لمصلحته ، و قد يقدم على الزواج من غير الكفء و بدون مهر المثل لاعتبارات أخرى كالأخلاق و ما يرجى من حسن الصحبة وجميل المعاشرة و توسيع النفقة .

وقال الامامية يشترط لنفوذ عقد الولي أبا كان أو جدا أو حاكما ألا يكون فيه ضرر على المجنونة فان تضررت بالزواج تخير بعد إقامتها و على هذا فأنهم قرييون من مذهب الصاحبين من الحنفية .

أما إذا كان المزوج هو الأب أو الجد أو الابن و كل منهم معروف بسوء الاختيار قبل العقد فإذا كان الزوج كفئا و كان المهر المثل فالعقد نافذ لازم لوجود المصلحة فإذا كان الزوج غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل لا يصح العقد لأن كمال الرأي منتف في الولي حيث أنه مشهور بسوء الاختيار فكانت الولاية ناقصة .

أما في حالة زوج غير الأب أو الجد الصحيح أو الابن المجنونة فان الزواج لا يصح إلا بكفاء و بمهر المثل و لو كان المزوج الأم أو القاضي ذلك لأن نقص الشفقة في هؤلاء اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة فإذا كان الزواج من كفء و بمهر المثل كان صحيحا نافذا لكنه يكون غير لازم للمجنونة الخيار في إمضاء هذا العقد أو فسخه متى أفاقت.²⁴⁴

موقف المشرع الجزائري من زواج المجنونة .

لم ينص قانون الأسرة على زواج المجنونة صراحة لكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 02-05 التي نصت على أنه يتولى زواج القصر أولياؤهم ، نستخلص أن المشرع بإيراده مصطلح قاصر و الذي يطلق على ناقص الأهلية أو عديمها أن المجنونة تدخل في نطاق هذه المادة و هذا ما تؤكدته المادة 81 من الأمر 02-05 و التي تنص على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ."²⁴⁵

و عليه فالأب هو من يتولى تزويج ابنته المجنونة و إلا فاحد الأقارب الأولين و في حالة عدم وجود الأب و الأقارب يتولى زواجها القاضي باعتباره ولي من لا ولي له .

و منه فلا يجوز لولي المجنونة أيا كان أن يجبرها على الزواج كما لا يجوز له منعها من الزواج إذا كان في ذلك مصلحة لها كشفائها أو ظهر منها ما يدل على رغبتها بالزواج و لهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف رأي الجمهور في جواز إجبار المجنونة و قال بعدم إجبارها.

²⁴⁴ المرجع نفسه ، ص 151، 152.

²⁴⁵ محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 400.

المطلب الثالث : أسباب الولاية في النكاح .

المقصود بالسبب عند التحدث عن أسباب الولاية في النكاح هي تلك الرابطة بين الولي و المولى عليه و قد اتفق الفقهاء على أن ولاية النكاح تثبت بالملك و القرابة و الولاء و الإمامة ثم اختلفوا في الوصاية هل هي سبب للولاية في النكاح أم ليست كذلك إلا أن هذه الأسباب لم تبقى كلها قائمة فمنها ما زال ومنها ما لا يزال قائما و سنعرض هذه الأسباب كالآتي :

الفرع الأول: ولاية الملك.

المراد بالملك هو ملك السيد عبده أو أمته فبمجرد ثبوت هذا الملك تثبت الولاية للسيد على تزويج مملوكه بالاتفاق و سبب ثبوت هذه الولاية هو الملك سواء كان رقبة و يدا كما في العبد المملوك أو رقبة فقط كما في المكاتب²⁴⁶، وسواء كان كاملا كما في العبد أو ناقصا كما في أم الولد أو المدبر لأن الملك داع إلى الشفقة و النظر في حق المملوك فكان هذا سببا لثبوت الولاية لأنه ليس للمملوك على نفسه ولاية لاشتغاله بخدمة سيده فلا يكون مالكا و مملوكا في وقت واحد فيحتاج إلى الولي و هو المالك²⁴⁷.

كما جاء في بداية المجتهد "و اختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح و به قال أبو حنيفة و قال الشافعي لا يجبره و السبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليست من حقوقه"²⁴⁸.

الفرع الثاني : ولاية القرابة .

المراد بها انتساب الشخص لآخر برابطة النسب و هي تختص بالعصوبة عند الجمهور أي انتساب شخص إلى المولى عليه بالعصوبة حيث لا يدخل في نسبه أنثى، مثل الأب و الجد و الأخ و غيرهم من العصبية²⁴⁹.

و لا اختلاف بين الفقهاء في أنها احد أسباب الولاية لكنهم اختلفوا فيمن تثبت له هذه الولاية و كان اختلافهم على قولين :

-القول الأول:

أنه لا ولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات و هذا قول جمهور الفقهاء فعند المالكية تثبت ولاية التزويج للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدود ثم العمومة فقد جاء في بداية المجتهد "أن الولاية

²⁴⁶ الكتابة هي إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلا ،وسميت كتابة أن السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه ،المغني ،ج12،ص338 .

²⁴⁷ حافظ محمد أنور ،ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ،دار بلنسية ،المملكة العربية السعودية ،ط1،1420هـ،ص647 .

²⁴⁸ ابن رشد ،مرجع سابق ،ص349.

²⁴⁹ حافظ محمد أنور ،مرجع سابق ،ص648.

عند مالك معتبرة بالتعصب إلا الابن فمن كان اقرب عصبه كان أحق بالولاية و الأبناء عنده أولى و إن سفلوا.²⁵⁰

و ذلك على النحو الآتي :

الابن فابنه و إن نزل ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم الجد (أبو الأب) ثم العم ثم ابن العم على أن يقدم الشقيق على غيره ثم أب الجد ثم العم لأب فابنه و يقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة فان تساوى اثنان في الرتبة و الفضل كإخوة كلهم علماء قدم الحاكم إن وجد من يراه , فان لم يكن حاكم اقرع بينهم و معيار الترجيح بين الأولياء السابق ذكرهم هو الجهة، فتقدم جهة البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ، فمتى كانوا من جهة واحدة كالابن و ابنه هنا ينظر إلى الدرجة فيقدم الابن على ابن الابن . و إذا وجد شخصان من نفس الجهة و من نفس الدرجة كأخ شقيق و أخ لأب هنا يكون التقديم بالقوة حيث يقدم الأخ الشقيق لأنه أقوى من الأخ لأب فان اتحدوا في الجهة و الدرجة و القوة فإنهم يستون في الولاية .

و الحاصل أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة و ليس بعد الأب .

أما عند الشافعية فقد رتبوا العصابات كالاتي :

الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة أي الأب ثم الجد أبو الأب ثم أبوه و إن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب و إن سفل ثم سائر العصبه من القرابة كالإرث و لا تثبت الولاية للأبناء فلا يزوج الابن أمه و إن علت , ذلك إن انتسابها لأبيها و انتسابه هو لأبيه .

وقد استدل الجمهور على رأيهم القائل بان الابن أولى بتزويج أمه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج ا مسلمة قال لابنها "قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم".²⁵¹

و رد الشافعية بأن نكاحه صلى الله عليه وسلم لا يحتاج إلى ولي و إنما قال له ذلك استطابة لخاطره .

أما الحنابلة فقد رتبوا العصابات كما يلي :

الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة وذلك على النحو التالي :

الأب فهو أحق الناس بتزويج المرأة الحرة لأنه أكمل نظرا و اشد شفقة ثم الجد أب الأب و ان علا فهو أحق بالولاية من الابن و سائر الأولياء لأن الجد له تعصيب فيقدم على الابن كالأب ثم يلي الأب و الجد الابن

²⁵⁰ ابن رشد ،مرجع سابق ،ص 355.

²⁵¹ سبق تخريجه .

2- القرابة : يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة و دون أن يذكر من هؤلاء الأقارب ، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك طريقا آخر في مسالة الولي المؤهل للتزويج.

3- الولي المختار: في حالة عدم اختيار المرأة لأبيها أو أحد أقاربها لحضور عقد زواجها فلها الحق في اختيار أي شخص آخر من غير العائلة مما يعني أن المشرع قد حرر المرأة في مسالة اختيار الولي.²⁵⁵

أما بالنسبة لترتيب الأولياء في زواج القاصرة نجد أن المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية قد نصت على انه يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب فاحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ومنه فترتيب الأولياء في زواج القاصرة هو كالتالي:

1- الأبوة : هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليه سواء كان الأب أو الجد و إن علا لأن الأب و الجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة , إلا أن الأولوية للأب عند وجوده .

2- الأخوة : و هذه الولاية تلي ولاية الأب و متى تثبت للإخوة الولاية في تزويج القاصر فإنها تكون حقا للقرابة القوية حيث يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب و هذا وفقا لما جاءت به المادة 153 من قانون الأسرة الجزائري .

2- العمومة : تأتي العمومة في الدرجة الرابعة و متى تعدد الأعمام المخول لهم حق الولاية تقدم الجهة الأكثر قوة فيقدم العم الشقيق على العم لأب طبقا لقاعدة الأقرب يقدم على الأبعد.

3- القاضي : عند عدم وجود هذه الأصناف بين الأقارب أو عدم توفر الشروط اللازمة لتولي شؤون القاصر فان الولاية في الزواج ترجع للقاضي باعتباره وليا لمن لا ولي له.²⁵⁶

و قد أحسن المشرع الجزائري²⁵⁷ فعلا بجعل القاضي وليا لمن لا ولي له في حالة زواج القاصرة ذلك لكونها لا تدري مصلحتها و لا تستطيع حماية نفسها بالرغم من أن القانون الجزائري لا يسمح بزواج القصر إلا في حالة الضرورة و المصلحة .

بعد التطرق إلى ترتيب الأولياء عند الفقهاء و المشرع الجزائري فانه لا بد من الإشارة إلى أن هناك بعض المسائل التي تتفرع عن ترتيب الأولياء نذكر منها :

1- إذا زوج الولي الأبعد موليته مع وجود الأقرب

²⁵⁵ عيسى حداد مرجع سابق ،ص 147،148.

²⁵⁶ المرجع نفسه ،ص 149،150.

²⁵⁷ بالرجوع إلى القوانين العربية نجد أن هناك من رتب الأولياء في الزواج حيث نصت المادة 09 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبو حنيفة ، عثمان التكروري ، شرح الأحوال الشخصية ، دار الثقافة (دط) 2009 ،ص 73 .

جاء في بداية المجتهد ".....فاختلف فيها قول مالك فمرة قال إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، و مرة قال النكاح جائز، و مرة قال للأقرب أن يجيز أو يفسخ، و هذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر أو الوصي في محجورته و قال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الأب في و لا في ثيب." 258

كما جاء في المغني "....انه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح و بهذا قال الشافعي , و قال مالك يصح لأن هذا الولي الأبعد هو ولي فصح له أن يزوجه بإذنها كالأقرب . " 259

أمام هذا الاختلاف الفقهي و مما سبق التطرق له في ترتيب الأولياء , فان الرأي الراجح أنه لا يجوز للولي البعيد أن يزوجه المولى عليها مع وجود الولي القريب ، فإذا كانت بنت لها أخوان أحدهما شقيق و الآخر لأب ، فليس لهذا الأخير أن يزوجه و الأخ الشقيق موجود و إلا لما كانت هناك أي فائدة من الترتيب السالف الذكر ، ولكن محل ذلك إذا كان الولي الأقرب مستوفيا لشروط الولاية أما إذا كان ليس كذلك بأن كان صغيرا أو مجنونا فالولاية تنتقل للولي البعيد و يصبح الأقرب كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية، كما تنتقل الولاية للبعيد إذا غاب الولي القريب , حيث اختلفوا في الغيبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة ولكن المعمول به أن الخاطب الكفاء لا ينتظر الولي الغائب إذا كانت غيبته طويلة أو غير معلومة لأن في ذلك ضرر للمولى عليها حتى ولو كان مختفيا في البلد الذي يحصل فيه العقد ، و لا يبطل تزويج الولي البعيد بعودة القريب لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل ، بينما قال زفر رحمه الله لا يزوجه أحد ، وقال الشافعي يزوجه الحاكم في هذه الحالة اعتبارا بحالة إذا ما امتنع الولي القريب عن تزويجها فان الولاية تنتقل إلى الحاكم بالاتفاق ، واستدل زفر بأن ولاية الأقرب قائمة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته واستدل الباقون بأن هذه الولاية نظرية وليس من النظر التفويض لمن ليس له شفقة على المرأة و بالتالي تفوض الولاية إلى البعيد لأنه مقدم على السلطان .

كما يسقط حق الولي الأقرب في التزويج في حالة امتناعه عن تزويج موليته بغير حق و هو ما يعرف بالعضل، إلا أنهم اختلفوا هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أم تنتقل إلى الحاكم، إلا أن ما استقر عليه الفقهاء هو انتقالها للحاكم لأن المولى عليها بعضلها أصبحت مظلومة و لا يرفع الظلم إلا الحاكم .²⁶⁰

أما بالنسبة إلى انتقال الولاية في قانون الأسرة الجزائري فالمشرع قد نص في المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أن المرأة الراشدة لها حق خيار أي ولي لحضور زواجها سواء كان أباه أو أحد

258 ابن رشد ، مرجع سابق ، ص 356.

259 ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص 364.

260 محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد ، (دط) (دت)

ج، 1، ص 65.

أقاربها أو شخص آخر خارج مجال العائلة، وبهذا يكون المشرع قد خالف رأي الجمهور في انتقال الولاية للأبعد في حالة افتقار الأقرب لشروط الولاية أو في حالة الغيبة المنقطعة و لم يأخذ بترتيب الأولياء و ما يؤكد هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها حيث قالت بأن الولي لا ينحصر في الأب²⁶¹، و عليه فهذا القرار يتماشى مع رأي المشرع في جعل الأب في كفة واحدة مع باقي الأولياء.

أما بالنسبة للقاصرة فقد نصت المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة المعدل على أنه يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له مما يدل على أن المشرع نص ضمناً على مراعاة ترتيب الأولياء في تزويج القاصرة من خلال استعماله لحرف الفاء الذي يفيد الترتيب و ذلك حرصاً منه على مصلحة الصغيرة خاصة أنه قيد زواج الصغار برخصة من القاضي تمنح لمصلحة أو لضرورة.²⁶²

2- إذا تولى وليان عقد زواج امرأة واحدة:

جاء في المغني ".... و جملة ذلك أنه إذا كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلق فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فإذا زوجها الوليان لرجلين و علم السابق منهما فالنكاح له."²⁶³

فإذا زوج الوليان امرأة إلى رجلين مختلفين كأن تأذن المرأة للاثنين من الأولياء، إذا جاء خاطب أن يزوجهما واحد منهما فجاء لكل واحد واحد فعقد عليها الاثنان معا فان الحكم يكون كالآتي :

- الفسخ فيهما معا إذا كان العقدان معا وفي زمن واحد، هذا ما لم يعرف السابق في الدخول وإلا فالسابق بالدخول أحق بها وهو جاهل²⁶⁴، حيث قال مالك بأن النكاح للأول ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل الثاني²⁶⁵، كما قيل بأنها للثاني بشرط أن يتلذذ بها غير عالم بأنه ثان وأن لا يكون عقده في عدة الأول كما يشترط في الثاني أن لا يسبقه الأول بالتلذذ بها.²⁶⁶

الفرع الثالث : ولاية الولاء .

²⁶¹ المجلة القضائية ، 2007 ، العدد 2، الملف رقم 381880 ، المؤرخ في 14-02-2007، مادة الأحوال الشخصية ، ص 487-483.

²⁶² محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 400.

²⁶³ ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص 404.

²⁶⁴ جبر محمود الفضيلات ، مرجع سابق ، ص 139.

²⁶⁵ ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص 404.

²⁶⁶ جبر محمود الفضيلات ، مرجع سابق ، ص 139 .

الولاء نوعان ولاء عتق وولاء موالاة، أما ولاء العتق فإنه يثبت للسيد المعتق على مملوكه المعتق سواء كان ذكراً أم أنثى بحيث يرثه إذا مات إذا عدم وارث عاصب و يملك تزويجه كذلك و هذا ما يراه الفقهاء باتفاق ، أما ولاء الموالاة فهو عهد يحصل بين شخص و آخر على أن يرثه إذا مات و يعقل عنه إذا جن و يناصره، فبسبب هذا العهد يلزم الآخر وفائه وتحصل به ولاية النكاح، و سبب ثبوت هذه الولاية هو الولاء لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الولاء لحمة كلحمة النسب " ²⁶⁷، فكأنما النسب سبب لثبوت ولاية القرابة كذلك الحال بالنسبة للولاء إلا أن هذا النوع من الأسباب لم يعد موجوداً في عصرنا هذا .

الفرع الرابع : ولاية الإمامة .

تثبت الإمامة للإمام و السلطان و القاضي أو نوابه و ذلك إذا عدم جميع الأولياء أو في حالة عضل الأولياء للمرأة، و سبب هذه الولاية قول الرسول صلى الله عليه وسلم "السلطان ولي من لا ولي له" ²⁶⁸ فالإمام العام تثبت له ولاية عامة على جميع المسلمين بل تعم ولايته غير المسلمين من أهل الذمة و المستأمنين بحكم ولايته العامة. ²⁶⁹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ هو الآخر بولاية القاضي في حالة عدم الأولياء و هذا ما نص عليه صراحة فيما يتعلق بزواج القاصرة حيث نص في المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأسرة على ما يلي : "دون الإخلال بأحكام المادة 07 يتولى زواج القاصر أوليائهم وهم و القاضي ولي من لا ولي له."

أما بالنسبة لولاية الوصاية فقد حصل اختلاف بين الفقهاء في كونها سبب من أسباب الولاية في النكاح، حيث جاء في بداية المجتهد "...واختلفوا في الوصي فقال مالك يكون الوصي ولياً ومنع ذلك الشافعي، وسبب اختلافهم هل صف الولاية مما يستتاب فيها" ²⁷⁰، فالمالكية قد قالوا بولاية الوصي في النكاح كذلك الحنابلة لكن بشرط أن يأمر الأب الوصي بتزويج ابنته كما لو قال له زوج ابنتي أو حدد له الشخص، أما الشافعية والحنفية فقد قالوا بأن الولاية في النكاح لا تكون للوصي لأن ذلك يكون بمثابة نقل هذه الولاية من صاحب الحق فيها شرعاً إلى شخص آخر. ²⁷¹

أما فيما يخص قانون الأسرة الجزائري فهو لم يتطرق للوصي كشخص له ولاية التزويج، فالمرأة الراشدة تعقد زواجها بمفردها أما القاصر فلم يجعل للوصي حق في تزويجها-إذا رخص لها بذلك - وهذا ما استشفه

²⁶⁷ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكاً .

²⁶⁸ سبق تخريجه .

²⁶⁹

²⁷⁰ حافظ محمد أنور، مرجع سابق، ص 648، 649

²⁷¹ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 162

من نص المادة 2/11 حيث أنها لم تشر إلى الوصي, وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف رأي المالكية في جعل الوصي وليا على القاصر.²⁷²

²⁷² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص424.

المبحث الثالث: حدود وضوابط الولاية في الزواج .

إن دور الولي في عقد الزواج هو تولي زواج موليته وذلك برضاها وموافقته، فهو يقوم بتمثيل المرأة في عقد الزواج ويعبر عن إرادتها ورضاها بالرجل الذي تقدم لها، خصوصاً أن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد إلا أن دور الولي في تولي عقد الزواج ليس مطلقاً وإنما مقيد بحدود وضوابط لا يجوز للولي الخروج عنها، فإن فعل يعتبر مسيئاً لاستخدام السلطة التي منحها إياها كل من الشرع والقانون، والهدف من القيود المفروضة على سلطة الولي في الزواج هو حماية مصالح النساء من استبداد الولي في عقد الزواج ومن هضم حقوقهن في المشاركة في القرار نظراً لأهمية هذا العقد وعليه فإن حدود وضوابط سلطة الولي في عقد الزواج تتمثل في نقطتين أساسيتين هما :

عدم عضل الولي موليته عن الزواج .

عدم إجبار الولي موليته على الزواج .

المطلب الأول : عدم عضل الولي موليته عن الزواج .

لا يزال العضل من أبرز القيود المفروضة على المرأة بسبب أفكار وتصورات لا عقلانية، فمنع المرأة من أخذ الكفاءة الذي تقدم لها يعد خروجاً عن حدود الولاية وعلى هذا تعالت أصوات الرافضين للعضل والمطالبين بمنح المرأة الحق في الزواج وتكوين أسرة، وحتى نوضح أكثر هذا الضابط الوارد على الولاية في الزواج فإننا سنتطرق لبيان كل من العضل والكفاءة .

الفرع الأول: العضل .

العضل لغة جمع عضلة الساق وكل لحمة مجتمعة ممتلئة مكتنزة في عصابة فهي عضلة، وداء عضال وأمر عضال أي شديد أعياء الأطباء وأعضلني فلان أي أعيايني أمره وعضل أيمه منعها من الزواج²⁷³، أما اصطلاحاً فهو منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج إذا طلبت ذلك ورجب كل واحد منهما في صاحبه.²⁷⁴

وعضل الولي المرأة التي له ولاية تزويجها عن كفتها حرام لأنه ظلم وإضرار بها ومنعها من الزواج بمن ترضاه ومن الأدلة على حرمة العضل قوله تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن من أن ينكحن أزواجهن"²⁷⁵ فقوله تعالى هو خطاب للأولياء بعدم عضل مولياتهم عن الزواج كذلك قول

²⁷³ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب الحديث، الكويت، ط1، 1994، ص 191.

²⁷⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص215.

²⁷⁵ البقرة : 232.

الرسول صلى الله عليه وسلم: " إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض."²⁷⁶

وللعضل أسباب كثيرة منها تأخير الولي زواج موليته حتى إنهاء دراستها أو بسبب التهاون بأمر الزواج وأهميته حتى يمضي قطار العمر وتصحو الفتاة على حقيقة أنها لم تعد في سن الزواج وكذلك الشح على الإرث والمبالغة في المهر والطمع في راتب البنت مع أنه ليس للولي وإنما هو حق خالص للمرأة وبهذا يكون العضل جريمة خطيرة لها آثارها على الفتاة والأسرة والمجتمع فالضغط النفسي الذي تتعرض له الفتاة والحرمان النفسي والجسدي لا شك أن لهما أثرا سيئا في إصابتها بالاكتئاب والقلق مما يؤدي إلى تعطيل حياتها الاجتماعية وفقدان الأمل والتخوف من مستقبل عانس، وحياتة يغلب عليها الهم و الغم وغير ذلك من الآثار التي ستؤدي إلى حياة أسرية كئيبة وعلاقات متوترة بين الولي والفتاة.²⁷⁷

حالات اعتبار العضل في الزواج :

الحالة الأولى : عضل الولي موليته بمنعها من الرجوع إلى زوجها بعد الطلاق وفي هذا قوله تعالى "وإذا طلقت النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروفه"²⁷⁸ وسبب نزول هذه الآية هو حادثة معقل بن يسار²⁷⁹ التي تعتبر من أهم صور العضل المنهي عنها .

الحالة الثانية : عضل اليتيمة من النكاح بسبب مالها وفي هذا قوله تعالى "ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في النساء إلا ما أتى لا تؤتونهن ما كنتم لهن وترغبون أن تنكهن"²⁸⁰ فقد جاء أن سبب نزول هذه الآية ما ورد عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت في اليتيمة التي تكون عند الرجل عليها أن تكون شريكته في ماله وهو أولى بها فيرغب عنها أن ينكحها فيعضلها لمالها ولا ينكحها غيره كراهية أن يشاركه أحد في مالها .²⁸¹

الحالة الثالثة : عضل الولي موليته من الزواج بالكفاءة، وفي هذا يرى المالكية و الشافعية والحنابلة و الحنفية أنه إذا دعيت المرأة إلى الزواج من كفاء أو خطبها كفاء ورضيت به وامتتع الولي عن تزويجها دون سبب معقول فإنه يكون عاضلا وذلك لعموم الأدلة الشرعية والعقلية على ذلك .

الحالة الرابعة : عضل الولي موليته بتزويجها من كفاء غير الكفاء الذي ترضاه :

²⁷⁶ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه .

²⁷⁷ أحمد السديري، قضايا العضل في المحاكم ، www.aldaawah.com .

²⁷⁸ البقرة : 232 .

²⁷⁹ سبق تخريجه .

النساء: 127 .

²⁸¹ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .

لقد تباينت الآراء في حالة دعيت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها بكفء غير الكفء الذي اختارته و انقسم الفقهاء على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول: أن كفء الولي أولى إذا كان الولي مجبرا لأنه أكمل نظرا منها فان لم يكن الولي مجبرا فالمعتبر أن تأخذ المرأة الكفء الذي عينته لأن ذلك من حقوقها المشروعة وهذا رأي المالكية في قول لهم والشافعية والحنابلة .

القول الثاني : وهو القائل بإجابتها إلى كفئها أعفافا لها فان امتنع الولي عن تزويجها كان عاضلا وهو رأي الحنفية .

القول الثالث : أنه لا يتحقق العضل حتى يمتنع الولي بين يدي القاضي وذلك بأن يحضر الخاطب و المرأة والولي ويأمره القاضي بالتزويج فيقول لا أفعل أو يسكت فحينئذ يزوجه القاضي وهذا فيما إذا تيسر إحضار الولي عند القاضي، وأما إذا تعذر فيجب الإثبات بالبينة كسائر الحقوق .

الحالة الخامسة : امتناع الخاطب من خطبة الفتاة خوفا من وليها ، فإذا امتنع الخاطب من خطبة المرأة الراشدة لشدة الولي والخوف منه فانه يعتبر عاضلا و أتما ويرفع أمرها للحاكم ليزوجه²⁸² .

أما بالنسبة لعضل الولي لموليته بسبب نقصان المهر فقد قال الشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز للولي عضل موليته عند نقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت به، فسواء طلبت التزويج بمهر مثلها²⁸³ أم دونه لم يجز العضل لأن المهر محض حقها و عوض يختص بها فلم يكن للأولياء الاعتراض عليه ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ، أما أبو حنيفة فقال أنه للأولياء منع تزويج المرأة بدون مهر مثلها لأن عليهم فيه عارا وفيه ضرر على نساءها لتقص مهر مثلهن .

إلا أنه أحيانا لا يعتبر الولي عاضلا رغم امتناعه عن تزويج موليته بكفء وذلك في الحالة التي يكون فيها الولي المجبر هو الأب فلا يعد عاضلا إلا إذا تحقق منه الإضرار بالمرأة و ظهر الضرر بالفعل كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت، أما مجرد رد الأب للخاطب الكفء الذي رضيت به ابنته المجبرة فلا يعد عاضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته مع جهل البنات بمصالح نفسها يدفع به إلى البحث لها عن الأفضل هذا وقد روي أن الإمام مالك منع بناته من الزواج وقد رغب فيهن خيار الرجال وفعل مثله العلماء كابن المسيب وغيرهم ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم ولم يعد أحد منهم عاضلا .

²⁸² محمد بن منصور ربيع المدخلي، أحكام العضل في فقه الأسرة والنظم المعاصرة، (د د ن)، (د ط)، (د ت) ص 17-20.

²⁸³ مهر المثل: هو مهر مثيلات المرأة في الجمال والحسب والنسب، محمد باي بلعالم مرجع سابق ص 214.

أما إن كان الولي غير مجبر سواء كان أبا أم غيره فإنه يعد عاضلا، وإذا تكرر العضل من الولي يفسق الولي لأنه معصية صغيرة وتنتقل الولاية عند الإمام أحمد إلى الأبعد لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن ولأنه يفسق بالعضل فتنقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر، فإن عضل الأولياء قام بالتزويج الحاكم، وقال الحنفية و المالكية و الشافعية وفي رواية عن أحمد إذا عضل الولي ولو كان مجبرا تنتقل الولاية للسلطان أي القاضي في وقتنا هذا ولا تنتقل للولي الأبعد لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"²⁸⁴، ولأنه بالعضل خرج من أن يكون وليا ويصبح ظالما ورفع الظلم موكل للقاضي.²⁸⁵

موقف قانون الأسرة الجزائري من العضل :

مادام دور الولي قد قلص بموجب الأمر 05- 02 إلى الحد الذي جعل منه أمرا شكليا دون حاجة لموافقته ولا إلى حضوره العقد، مع التوسع في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب عن المرأة فإن المشرع الجزائري لم يكن بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه في الولاية.²⁸⁶

الفرع الثاني : الكفاءة في الزواج .

الكفاءة في اللغة معناها المساواة²⁸⁷ أما في الاصطلاح فهي المساواة بين الزوجين في أوصاف مخصوصة بحيث يعتبر وجودها عامل استقرار بينهما كما يعتبر فقدانها منغصا للحياة الزوجية في غالب الأحوال أو بتعبير أدق الكفاءة في الزواج هي أن يصلح كل من الزوجين للآخر في عرف المسلمين.²⁸⁸

إلا أن الفقهاء اختلفوا في اعتبار الكفاءة في الزواج من عدم اعتبارها، فذهب بعضهم إلى عدم اعتبار الكفاءة في الزواج مستنديين إلى قوله تعالى " **إِنْ أكرمكمُ اللهُ أتقاكم** ".²⁸⁹، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الكفاءة شرطا في الزواج لأن الزواج عقد للعمر وهو أسمى من أن يكون مجرد عقد تمليك لعين أو منفعة كعقد البيع و الإجارة بل هو عهد وميثاق بين الزوجين يرتبطان به مدى الحياة ويشتمل الزواج على أغراض ومقاصد من العشرة والألفة وإنشاء علاقات القرابة والمصاهرة بين الأسر ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين المتكافئين ولأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين يحول دون

²⁸⁴ سبق تخريجه .

²⁸⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص215-217.

²⁸⁶ عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص123.

²⁸⁷ ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر العربي، المجلد 3، ص 269 .

²⁸⁸ عامر بن عيسى اللهو، الكفاءة في النسب وحكمها في النكاح (ددرن)، (دط)، (دت) ص07، عمر رضا كحالة، الزواج، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ط)، 1981، ج1، ص365.

²⁸⁹ الحجرات: 13.

انسجامهما ,وقد رد الجمهور على من اعتبروا أن الكفاءة ليست شرطا في الزواج بأن الأدلة التي استدلووا بها ليس المراد منها الحديث عن أحكام الدنيا وإنما الحديث عن أحكام الآخرة فالتفاضل بين الناس في الآخرة لا يكون إلى بالتقوى والعمل الصالح .

هذا وقد اختلف جمهور الفقهاء القائلين بأن الكفاءة معتبرة في الزواج اختلافا واسعا في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة ومنتشأ اختلافهم عدم ورود نص في ذلك لا من الكتاب لا من السنة ،فقال الحنفية أنها معتبرة في ستة أمور هي النسب والإسلام والحرية والمال والديانة والحرفة ،وقد توسعوا في هذه الصفات احتياطاً لحق الولي وتشددوا في اشتراطها لكيلا تسيء المرأة إليه في الزواج ،وسنصل في هذه الصفات كالاتي :

النسب : وهو صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم بالولادة والكفاءة في النسب على رأي الحنفية معتبرة في الزواج بالنسبة للعرب لا بالنسبة لغيرهم من الأعاجم²⁹⁰ ،وعليه فان غير العربي ليس كفوا للعربية والقرشي كفاء لكل عربية ولو كانت هاشمية ،والسبب في اعتبار الكفاءة في النسب عند هو جريان التفاخر بينهم بالأنساب وحفاظهم عليها و تعبيرهم من تتزوج ممن دونها نسبا وعدم اندماج الأسرتين بسبب ذلك التفاوت.²⁹¹

الإسلام : لا تعتبر الكفاءة في الإسلام بالنسبة للعرب بعد أن يكون الزوج مسلما في زواجه بالمرأة المسلمة وإنما تعتبر بالنسبة للأعاجم لأن تفاخر المسلمين بالأنساب لا بالإسلام بخلاف الأعاجم فان تفاخرهم بعد إسلامهم بالإسلام لا بالأنساب ، و لا يقصد من اعتبار الإسلام في الكفاءة أن يكون الزوج مسلما لأن إسلامه شرط لانعقاد زواجه بالمسلمة بل يقصد منه أن يكون آباءه مسلمين فالزوج الذي له أب مسلم فقط لا يكون كفنا لامرأة لها أب وجدان مسلمان.²⁹²

الحرية : الأصل في اعتبارها أن الرق يجلب عارا أكثر من العار الذي يجلبه سوء النسب ،و يلاحظ فيها ما يلاحظ في الكفاءة في الإسلام فالمعتق ليس كفنا لمن لها أب في الحرية ومن له أب في الحرية ليس كفنا لمن لها أبوان ومن له أبوان كفاء لمن لها آباء.

المال : المراد بالكفاءة في المال أن يكون قادرا على المهر والنفقة لأن من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفنا لها إذ أن المهر حكم من أحكام العقد ومن لا يكون قادرا عليه لا يكون قادرا على تكليفاته و المرأة أحوج إلى الكفاءة في المال أكثر من حاجتها إلى الكفاءة في النسب وروي عن أبي يوسف أن القدرة على المهر ليست شرطا لتحقيق الكفاءة في المال إنما الشرط هو القدرة على النفقة لأنها

²⁹⁰أحمد محمود خليل ،عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه ،منتشأة المعارف، الإسكندرية ،(دط)، 2006 ،ص64 ،محمد

إسماعيل إبراهيم، الزواج ،دار الفكر العربي،(دط)،(دت)،ص125 .

²⁹¹ محمد أبو زهرة،محاضرات في عقد الزواج ، مرجع سابق ،ص 164 .

²⁹² أحمد محمود خليل ،مرجع سابق ،ص 65 .

هي التي بها دوام العقد واستمراره غالبا أما المهر فقد يكون قادرا عليه بقدرة أبيه أو أمه أو جده أو غيرهم ممن جرت عاداتهم بإهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ، وروي عن أبي يوسف أيضا أنه اكتفى بأن يكون قادرا على ما جرى العرف بتعجيله، وقدرته على النفقة تكون إذا كان كسوبا ولو كان لا يكتسب إلا ما ينفق منه يوما بيوم كما أن هناك كفاءة أخرى تسمى الكفاءة في الغنى أو اليسار وهي أن يكون قريبا منها في ثروتها إذا كانت ذات ثروة وغنى بين ، إلا أنها غير معتبرة عند أغلب الفقهاء القائلين باشتراط الكفاءة في النكاح لأن الكفاءة تكون في الأمور التي لا تقبل الزواج أو لا يمكن تنفيذ أحكام العقد بدونها.²⁹³

الديانة : والمراد بها الصلاح والاستقامة فلا يكون الفاسق كفنا للصالحة بنت الصالح فان كان أبوها فاسقا أو كان الأب صالحا وهي ليست كذلك فالفاسق كفاء لها بالاتفاق .

الحرفة : معنى أن نكون الكفاءة في الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبي الزوجة ومعنى هذا أن الرجل إذا كان صاحب حرفة خسيصة لا يكون كفنا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة، ومرد كون الحرفة شريفة أو غير شريفة هو العرف وهذا باختلاف الزمان والمكان فرب حرفة شريفة في بلد تعد حرفة خسيصة في بلد آخر يعير بها صاحبها.²⁹⁴

هذه هي الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي ، أما مذهب الإمام مالك فلم يعتبر الكفاءة في النسب ولا في الصناعة ولا في المال أو الغنى إنما الكفاءة في التدين والتقوى والسلامة من العيوب بأن يكون الرجل سليما من العيوب الجسمية المستحكمة التي لا تمكن العشرة معها إلا بضرر وبالنسبة للحرية عن مالك روايتان : رواية تجعلها من الكفاءة فالعبد ليس كفنا للحرية ، ورواية لا تجعلها جزءا من الكفاءة فالعبد كفاء للحرية مادام له من التدين والتقوى ما يرفعه إليها فلا عزة إلا بالتقوى لقوله تعالى : "إن أكرمكم عند الله أتقاكم".²⁹⁵ ، أما المذهب الشافعي فقد قارب المذهب الحنفي ولكنه زاد عليه بعض الأمور وأنقص بعضها وشدد في بعض ما لم يشدد فيه الحنفية ، فزاد عليهم السلامة من العيوب ولم يذكر الكفاءة في المال وذكر الكفاءة في النسب وكان فيها كالمذهب الحنفي تقريبا كما اعتبر الكفاءة في الإسلام واعتبر الكفاءة في التدين إلى حد وسماها الكفاءة في الفقه ، واعتبر الكفاءة في الحرفة وفي الحرية وشدد فيها بما لم يشدد الحنفية فمن دخل الرق في أجداده ولو كانوا بعداء ليس كفنا لمن لا يعرف لها رق في جد أقرب من جدها الرقيق فمن كان جده الثالث رقيقا ليس كفنا لمن جدها الرابع رقيقا والباقون أحرارا ، والراجح عند الشافعي أنه لا كفاءة في الغنى واليسار .

²⁹³ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 165، 166 .

²⁹⁴ أحمد محمود خليل ، مرجع سابق ، 65 ، 66 .

²⁹⁵ الحجرات : 13 .

أما المذهب الحنبلي ففيه روايتان عن أحمد إحداهما أنه كالمذهب الشافعي ماعدا السلامة من العيوب،
و الثانية أنه لا كفاءة فيه إلا في التقوى والنسب ،فالروايات في ذلك المذهب قد اتفقت على اعتبار
النسب والتدين و اختلفت فيما عداها .

الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة : الأصل في الكفاءة أنها تشترط في جانب الرجل أي أنه يشترط أن
يكون كفئاً للمرأة ولا يشترط أن تكون المرأة كفئاً للرجل وذلك لأن النصوص الواردة في الكفاءة
تتجه كلها إلى اشتراطها من جانب الرجل منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "تخيروا لنطفكم
وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم."²⁹⁶ ولأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيصة ،وهو
يلحق أسرة المرأة إن تزوجت من خسيس ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع امرأته والمرأة لا
ترفع خسيصة زوجها إن كانت رفيعة، ولأن الرجل يملك الطلاق في أي وقت فيستطيع دفع المغبة
عن نفسه بخلاف المرأة فإنه لا تملك إيقاع الطلاق، إلا أن الحنفية قالوا بأن الكفاءة معتبرة في المرأة
في حالتين إحداهما تزويج الصغير و المجنون إذا كان المزوج غير الأب أو الجد أو الابن أو كان
واحدا من هؤلاء و عرف بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة الزواج أن تكون الزوجة كفاء،والثانية
إذا وكل رجل وكيلا لتزويجه فقال صاحبان لا يزوجه إلا من امرأة كفاء.

وقت اعتبار الكفاءة :إن الوقت الذي تعتبر فيه الكفاءة هو وقت إنشاء عقد الزواج لأنها شرط
إنشاء،وعلى ذلك إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال بأن كان قادرا على
الإنفاق ثم صار غير قادر بعد الزواج أو كان متدينا ثم شذ ففسق أو كان يحترف مهنة شريفة
كالتجارة ثم أفلس فاحترف حرفة حقيرة ،ففي هذه الأحوال لا يفسخ العقد بهذه الأمور العارضة ولا
عار في بقاء المرأة معه ،مع أن حاله تغيرت وذلك رضا منها بالقضاء والقدر .

من له حق الكفاءة : الكفاءة حق للمرأة و أوليائها ويثبت لكل منهما هذا الحق ،فلو أسقطت المرأة
حقها في الكفاءة لا يسقط حق أوليائها والعكس صحيح ويتفرع على أن الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها
المسائل التالية :

- إذا زوجت المرأة الكاملة الأهلية نفسها بغير كفاء دون رضا وليها العاصب قبل العقد أو
وقت إنشائه ولو كان الولي غير محرم كابن العم فله حق الاعتراض على هذا العقد وطلب
التفريق بينهما أمام القضاء

و الفرقة بين الزوجين لعدم الكفاءة لا تكون إلا بقضاء القاضي ،و ما لم يصدر القاضي حكمه
بالفرقة بينهما فالزوجية قائمة تترتب عليها كل آثارها حتى إذا مات أحد الزوجين أثناء نظر الدعوى

²⁹⁶ سبق تخريجه .

بالتفريق بينهما لعدم الكفاءة ورثه الآخر والفرقة لعدم الكفاءة فسخ للعقد ،والولي الذي له حق الاعتراض هو الولي القريب لأن الكفاءة حق له دون الولي البعيد .

- إذا زوج الولي المرأة الكاملة الأهلية من غير كفاء بدون إذنها ولا رضاها فالعقد موقوف نفاذه على إجازتها، لأن إسقاط الولي حقه في الكفاءة لا يسقط حق المرأة فيها .

- إذا زوج الولي المرأة البالغة العاقلة برضاها من رجل دون أن يبحث في كونه كفئا أو غير كفاء ثم تبين أنه غير كفاء فليس للولي ولا للمرأة حق الفسخ لعدم الكفاءة لسقوط حقهما في الكفاءة بتقصيرهما في البحث فكأنما رضيا بالزوج على كل حال هذا إذا لم يشترط الولي الكفاءة وقت العقد ،وإذا أخبره الزوج أنه كفاء ثم تبين أنه ليس كذلك فهنا يثبت للمرأة ووليها خيار الفسخ .²⁹⁷

- موقف قانون الأسرة الجزائري من الكفاءة في الزواج.

إن قانون الأسرة المعدل بالأمر 05- 02 لم يعالج مسألة الكفاءة في الزواج بخلاف ما كان عليه قبل التعديل حيث كانت المادة 12 قبل إلغائها تنص على ما يلي : "غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للابنت" فما نفهمه من هذا النص الملغى أن المشرع الجزائري كان يعطي للولي الحق في منع ابنته من الزواج إذا كان في المنع مصلحة و المقصود بالمصلحة هو أن يكون الزوج غير كفاء وبإلغاء هذه المادة لم يبق المشرع الجزائري على أي دور للولي سواء كان الزوج كفئا أو غير كفاء ،ذلك أنه أعطى للمرأة الراشدة حق إبرام عقد زواجها دون أن يمنح للولي حق الاعتراض إذا كان الزوج غير كفاء، الشيء الذي قد يضر بالمرأة من جهة وبأسرتها من جهة أخرى ذلك أن المرأة تتساق وراء عواطفها ولا تنتظر إلى الخاطب على حقيقته .

المطلب الثاني : عدم إجبار الولي موليته على الزواج.

لا يزال الكثير من الأولياء يجبرون بناتهم على الزواج من شخص لا يرغبن فيه، متجاوزين بذلك الحدود والضوابط التي تقيد سلطتهم في التزويج لهذا سنتعرض لدراسة الإجماع وأهم المسائل المتعلقة به.

الفرع الأول : تعريف الإجماع على الزواج وحكمه.

الإجماع لغة :هو القهر والإكراه²⁹⁸، و هو لا يختلف عن هذا المعنى في الاصطلاح ،أما الإجماع على الزواج هو قيام ولي المرأة بتزويجها غصبا عنها أي دون إذنها ودون موافقتها باستعمال الإكراه والضغط سواء كان ماديا كضربها أو معنويا كتهديدها .

²⁹⁷ أحمد محمود خليل ،مرجع سابق، ص 68،67.

²⁹⁸ ابن منظور ،لسان العرب، دار الفكر العربي، المجلد الثالث، ص269.

ولهذا منعت الشريعة الإسلامية إجبار المرأة حيث لا يجوز لوليها تزويجها جبرا عنها حتى ولو كان الزوج كفئا، فالأصل أن المرأة الراشدة لا تجبر سواء كانت بكرا أم ثيبا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها".²⁹⁹ وهذا حرصا من التشريع الإسلامي على حفظ حقوق النساء وحمايتهن من استبداد أوليائهن في عقد الزواج أما الصغيرة فالأصل أنها لا تزوج لعدم جدوى الزواج في حقها إلا أن هناك من الفقهاء من قال بتزويج الصغيرة جبرا إذا كانت هناك مصلحة محضة لها، كتزويجها بكفاء خوفا من فواته أو من أجل رعاية حقوق الصغيرة ومصالحها، إلا أن الرأي الأرجح هو عدم تزويجها لخطورة ذلك عليها من جميع النواحي خاصة الصحية والاجتماعية، وهذا وقد سئل الشيخ ابن باز رحمه الله عن إرغام الأب ابنته على الزواج من شخص لا تريده فأجاب بأنه ليس للأب ولا غير الأب أن يرغم موليته على الزواج بمن لا تريده بل لا بد من إذنها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تنكح الأيم حتى سئامر ولا تنكح البكر حتى تستأذن".³⁰⁰ فالواجب على الأب أن يستأذنها إذا بلغت تسعا فأكثر و هكذا أولياؤها لا يزوجونها إلا بإذنها هذا هو الواجب على الجميع، ومن زوج ابنته بغير رضاها وقهرها بالوعيد الشديد أو الضرب فالزواج غير صحيح، إلا الأب فيما دون التسع لو زوجها وهي صغيرة أقل من التسع فلا حرج على الصحيح لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بغير إذنها وهي دون التسع، أما إذا بلغت تسعا فأكثر فلا يزوجها إلا بإذنها ولو أنه أبوها، وعلى الزوج إذا عرف أنها لا تريده ألا يقدم على ذلك ولو تساهل معه الأب فالواجب عليه أن يتقي الله ولا يقبل على امرأة لا تريده، ولو زعم أبوها أنه لم يجبرها فوجب عليه أن يحذر ما حرم الله عليه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بالاستئذان، كما توصى المخطوبة بتقوى الله ولو كان المزوج غير الأب لما في النكاح من الخير الكثير.³⁰¹

الفرع الثاني : أسباب الإيجاب وأثاره .

- يقوم الكثير من الأولياء بإجبار موليائهم على الزواج غصبا عنهن ذلك لأنه تدفعهم عدة أسباب منها:
- الرغبة في تزويجها من رجل ذو مال ونفوذ حتى ولو كان يكبرها سنا وذلك تحقيقا لمصالح الولي الشخصية متناسيا أن عقد الزواج هو تزواج بين روحين ولا مكان للماديات فيه.
 - خوف الولي على البنت من الفاحشة والوقوع في الحرام والمحذور مما يجعله يجبرها على الزواج رغبة منه في إحصانها .

²⁹⁹ سبق تخريجه .

³⁰⁰ سبق تخريجه .

301 محمد المسند، فتاوى الزواج، WWW.EJABH.COM/ARABIC-ARTICLE

- سوء الأوضاع الاقتصادية للولي وعدم قدرته على إعالة الأسرة مما يجعله يزوج بناته حتى وهن كارهات وذلك حتى تقل عليه الأعباء و التكاليف.

- برود وقتور في العلاقة بين الأب وابنته مما يؤدي إلى انعدام الحوار الأمر الذي يجعل كلا منهما لا يفهم وجهة نظر الآخر .

- رغبة الأب في تزويج ابنته لوحد من أبناء عمومته حفاظا على الإرث وحتى لا يخرج من دائرة العائلة الوارثة، متناسيا أن لهذه الفتاة مشاعر ورغبات وطموحات تود تحقيقها .

أما الآثار المترتبة على إجبار المرأة على الزواج بمن لا ترضاه و لا تأنس به أو تكرهه في بعض الأحيان فإنها تكون سلبية على الفتاة والأسرة والمجتمع ،حيث يسبب الإجبار النفور و الشقاق بين الطرفين مما يؤدي إلى فشل العلاقة الزوجية بانتهائها وفي حالة استمرارها فإنها تكون مليئة بالمشاكل التي لا تتحقق معها السعادة الزوجية مما يؤثر سلبا على الأسرة فلا تتمكن من القيام بمسؤولياتها الشرعية من تربية النشء تربية سليمة و تنميتهم فكريا ونفسيا مما يعود بالضرر على المجتمع بأسره وعلى هذا فإجبار المرأة غير جائز أيا كانت الأسباب.³⁰²

- موقف قانون الأسرة الجزائري من إجبار الولي موليته على الزواج .

من خلال نص المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ،ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها " يتضح لن أن المشرع منع إجبار القاصرة على الزواج دون موافقتها وقد نصت هذه المادة على القاصرة فقط ذلك أن الراشدة لها الحق في تولي زوجها بنفسها وبالتالي لا يجوز للولي إجبارها لانعدام أي سلطة له عليها ،كما أن الولي إذا أجبر ابنته القاصر على الزواج و أبرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج فان مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية والإدارية لكونه مخالفا لأحكام المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقدة خارج الوطن، الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لإمكان عقد الزواج³⁰³، وعليه فالمشرع خالف رأي الجمهور ولم يأخذ بولاية الإجبار وذلك لأن الركن الأساسي والوحيد في الزواج هو الرضا وهذا ما جاءت به المادة 09 من الأمر 02-05 حيث نصت على أنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ،وما يؤكد موقف المشرع الراض لولاية الإجبار قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه يبطل الزواج لانعدام الرضا ،ولا يحق لقضاة الموضوع إجبار المرأة على إتمام إجراءات

302 هالة عبد الرؤوف، إجبار المرأة على الزواج، www.aldaawah.com

303 الرشيد بن شويخ ، مرجع سابق ،ص66.

الزواج خاصة وأن الطاعنة أعلنت منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج، فإن القبول يكون منعماً وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد.³⁰⁴

إلا أن هناك نقطة قد أغفلها المشرع في ما يتعلق بالإجبار وهي الحالة التي يخالف فيها الولي أحكام المادة 13 من قانون الأسرة، ويقوم بإجبار القاصرة على الزواج فما مصير هذا الزواج؟ وللإجابة لا بد أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان الرضا غير موجود فهنا يكون العقد باطلاً .

الحالة الثانية: إذا كان الرضا موجوداً ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه فهنا يكون العقد قابلاً

للفسخ.³⁰⁵

304 المجلة القضائية ، 2003، عدد 2، ملف رقم 249128، المؤرخ في 18-07-2000، ص 267.
305 الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 67.

الخاتمة

تتضمن خاتمة هذا البحث عرضاً للنتائج التي توصلت إليها مع بعض التوصيات.

أولاً: النتائج :

- 1- الولاية في الزواج هي سلطة شرعية متوقفة على قرابة أو نحوها ، تجعل الشخص مخولاً بتزويج فاقد الأهلية أو ناقصها .
- 2- الولاية أعم من الوصاية والوكالة ، إلا أن الإمامة أعم من الولاية .
- 3- شروط الولي هي العقل و البلوغ و الذكورة و الحرية والإسلام والعدالة والرشد و عدم الإحرام .
- 4 - الولاية في الزواج نوعان ولاية اختيار وولاية إجبار ، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بولاية الإجبار على عكس ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت ولاية الإجبار ، على خلاف بين المذاهب في تحديد علة الإجبار .
- 5-أسباب الولاية بشكل عام ثلاثة : الصغر والجنون و الأنوثة أما أسباب الولاية في الزواج فهي خمسة :الملك و القرابة و الولاء والإمامة و الوصاية .
- 6- الولاية في الزواج هي تكريم للمرأة واحترام لها وليست حجراً عليها و تعدياً على حقوقها .
- 7- اختلف الفقهاء في حكم الولي في الزواج إلى عدة آراء أبرزها رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة القائل بأن الولي شرط في الزواج يترتب على عدم وجوده عدم صحة العقد ، و رأي الحنفية القائل بأن الولي ليس شرطاً في الزواج وأن المرأة لها أن تعقد زواجها بنفسها ، لكن من حق الولي التدخل والمطالبة بالفسخ عند عدم الكفاءة ، إلا أن الراجح هو رأي الجمهور .
- 8- اعتمد المشرع الجزائري مذهب الحنفية في عدم اشتراط الولي و جواز انفراد المرأة البالغة الراشدة مباشرة عقد زواجها وذلك من خلال نص المادة 11 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، إلا أنه يعترض عليه ، ذلك أن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الأحناف كاملاً فهو لم يعط للولي الحق في المعارضة على الزواج في الحالة التي يكون فيها الزوج غير كفاء، غير مراعيًا عادات وأعراف هذا البلد الإسلامي .
- 9- يستحب استئذان الولي للبكر البالغة والثيب أحق بنفسها من وليها فلا بد من نطقها ، خلافاً للبكر التي يكفي صمتها .

10- يجوز للولي تزويج الصغيرة عند جمهور الفقهاء أما المشرع الجزائري وحسب المادة 07 من الأمر 02-05 فقد اشترط لذلك الحصول على ترخيص من القاضي، يمنحه هذا الأخير في حالة المصلحة أو الضرورة وأن يتولى الولي الزواج.

11- حدد المشرع الجزائري سن الزواج بتسعة عشرة سنة وذلك لكل من الرجل و المرأة

12- سلطة الولي في عقد الزواج ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بحدود وضوابط تتمثل في عدم عضل الولي موليته عن الزواج وعدم إجبارها على الزواج .

ثانيا : التوصيات .

1 -إعادة النظر في المادة 11من الأمر 02-05 بحيث يكون فيها موقف المشرع الجزائري من الولي صريحا، يتماشى مع المبادئ و القيم الإسلامية لهذا المجتمع .

2- عقد الندوات والمحاضرات لزيادة الوعي حول أهمية وجود الولي في زواج موليته .

3- ضرورة توعية النساء بأن الولاية على المرأة في الزواج شرعت لمصلحتها لا ضدها، وأن فيها حفظا لكرامتها و حقوقها .

4 - وجوب تصدي الأعلام البيضاء وأصحاب الكلمة المؤثرة لأولئك العابثين الذين يدعون إلى تحرير المرأة في الظاهر، ويبغون من ذلك قطع علاقة المرأة بذويها ودعوها إلى الانحلال الخلفي و تزويجها نفسها بمعزل عن ذويها.

قائمة المصادر و المراجع

أولاً : كتب القرآن الكريم و التفسير.

1-القرآن الكريم .

2- محمد سعيد الحمصي ،قرآن كريم تفسير وبيان ، دار الهدى ، عين مليلة ،الجزائر .

ثانياً : كتب الحديث .

1- صحيح البخاري.

2-صحيح مسلم .

3-الترمذي .

4-النسائي.

5-ابن ماجة

6-البيهقي .

7- الألباني .

ثالثاً : كتب الفقه والقانون .

1-ابن رشد القرطبي ,بداية المجتهد و نهاية المقتصد,ج1،(ددر)،(دط)،(دت).

2-أبي عبد الله مالك بن انس الأصبحي,موطأ الإمام مالك,ط2, 1967, الكتاب الأول.

- 3-أبو عماد ابن عبد البر النمري القرطبي,كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي,دار الهدى (د ط) 1997, ج 1 .
- 4-الأكل بن حواء,نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي و القوانين العربية , الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ,الجزائر ,(د ط),1982.
- 5-احمد فراج حسين ,أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ,دار المطبوعات الجامعية ,الإسكندرية,(د ط),1997 .
- 6-الرشيد بن شويخ,شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل,دارالخلدونية ,الجزائر,ط,1, 2008.
- 7-أبي إسحاق الجويني الأثري,الانشراف في آداب النكاح,دار الكتاب العربي,بيروت,(د ط),1987 .
- 8-التواتي بن التواتي,المبسط في الفقه المالكي بالأدلة,دار الوعي,(د ط),(د ت).
- 9-احمد محمد علي داود,الأحوال الشخصية,دار الثقافة,عمان,(د ط),2000 .
- 10-احمد محمود خليل,عقد الزواج العرفي ,منشأة المعارف,الإسكندرية,(د ط),2006 .
- 10-بدران أبو العينين بدران,الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ,دار النهضة العربية ,بيروت,(د ط),(د ت),ج 1 .
- 11--بلحاج العربي,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,دار الثقافة ,عمان,2012 .

- 12- بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, ديوان المطبوعات, الجزائر, (د ط), 1999, ج 1 .
- 13- جبر محمود الفضيلات, بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون, دار الشهاب, باتنة, الجزائر.
- 14- حافظ محمد أنور, ولاية المرأة في الفقه الإسلامي, دار بلنيسة, المملكة العربية السعودية, ط 1, 1420 هـ .
- 14- سليمان ولد خسال, الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري, دار طليطلة, الجزائر, ط 1, 2010 .
- 15- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, دار الفكر, (د ط), (د ت), ج 2 . 1516 .
- 16- عامر بن عيسى اللهور, الكفاءة في النسب و حكمها في النكاح (د دن), (د ط), (د ت).
- 17- عبد الرزاق بن عبد المحسن البدر, تكريم الإسلام للمرأة, مكتبة الملك فهد الوطنية, المدينة المنورة, ط 1, 2009 .
- 18- عبد القادر داودي, أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري, دار البصائر, (د ط), (د ت).
- 19- عبد العزيز سعد, قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد, دار هومة, ط 3, 2011 .
- 20- عبد اللطيف السيد, حقوق المرأة, حقوق زوجها, دار الثقافة, (د ط), (د ت).

- 21- عبد العزيز سعد, الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري, دار
البعث, قسنطينة, الجزائر, ط2, 1989 .
- 22- عبد العزيز سعد, قانون الأسرة في ثوبه الجديد, دار هومه, ط3, 2013 .
- 23- عبد الرحمان الجزيري, الفقه على المذاهب الأربعة, دار الفكر, (د ط), ج4 .
- 24- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني, نهاية المطلب في دراية
المذهب, حققه عبد العظيم محمود الديب, دار المنهاج, ج12 .
- 25- عوض بن رجاء العوفي, الولاية في النكاح, (د ن), ط1, 2002, ج1 .
- 26- عيسى حداد, عقد الزواج, دراسة مقارنة دار الهدى, 2006 .
- 27- عثمان التكروري, شرح قانون الأحوال الشخصية, دار الثقافة, (د ط), 2009 .
- 28- عمر رضا كحالة, الزواج, مؤسسة الرسالة, بيروت, 1981, ج1 .
- 29- عرفات العشا الدمشقي, دليل المرأة المسلمة, دار الفكر, بيروت, لبنان, (د
ط), 2008 .
- 30- محمد هيثم الخياط, المرأة المسلمة و قضايا العصر, دار الفكر, دمشق, (د
ط), 2008 .
- 31- محمد محدة, الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية, دار الشهاب, باتنة, (د
ط), 2000 .
- 32- محمد احمد سراج و محمد كمال إمام, أحكام الأسرة في الشريعة
الإسلامية, دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, (د ط), 1999 .

- 33- محمد مصطفى شلبي, أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون, دار النهضة العربية, بيروت, ط2, 1977, .
- 34- محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, القاهرة, (د ط), (د ت).
- 35- محمد أبو زهرة, الولاية على النفس, دار الفكر العربي, (د ط), (د ت).
- 36- محمد زيد الأبياني, الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية, مكتبة النهضة, بيروت, بغداد, (د ط), (د ت). ج 1, 2 .
- 37- محمود سمير عبد الفتاح, التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة, دار المعرفة الجامعية الازارطية, (د ط), 2005 .
- 38--محمد بن منصور ربيع المدخلي, أحكام العضل في فقه الأسرة و النظم المعاصرة, (د ط. د ت).
- 39- محمد أبو زهرة, محاضرات في عقد الزواج و آثاره, دار الفكر العربي, (د ت), (د ط).
- 40- مالك بن انس, المدونة الكبرى, دار صادر, بيروت, (د ط), (د ت ن), المجلد الثاني, ج 3 .
- 41- محمود يتيباجي, مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة, دار السلام, القاهرة, (د ط), (د ت ن).
- 42- محمد صالح العثيمين, فتاوى الزواج في الشريعة الإسلامية, جمع صلاح الدين محمود السعيد, مكتبة الإيمان, المنصورة, (د ط), (د ت ن).

43-محمد باي بلعالم ,مرجع الفروع إلى التأصيل من الكتاب و السنة و الاجتماع الكفيل,دار الوعي ,الجزائر,ط1, 2009, ج 1 .

44-محمد إسماعيل إبراهيم,الزواج,دار الفكر العربي,(د ط), (د ت).

45- مسفر بن علي القحطاني ,حقوق المرأة في ظل المتغيرات المعاصرة,(د دن),(د ط),(د ت).

46- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة ،المغني ،دار الكتاب العربي ،دط،دت،ج 7، 12.

47- نضال محمد أبو سنينة,الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية ,دار الثقافة,الأردن,ط1, 2012.

48- نزيه حماد , نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية,دار القلم,دمشق,(د ط),(د ت).

49- وهبة الزحيلي ,الفقه الإسلامي و أدلته,دار الفكر العربي,دمشق,(د ط),(د ت).

50- ناصر احمد ابراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط5، 2000 .

رابعاً- الرسائل الجامعية :

1- حورية تاغلايت,الولاية على النفس ,دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون,بحث مقدم لنيل رسالة ماجستير,تخصص الفقه,1999.

2- محفوظ بن صغير, الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري, أطروحة دكتوراه, جامعة الحاج لخضر, كلية العلوم الاجتماعية و العلوم السياسية, باتنة, الجزائر, 2009.

خامسا- المجالات القضائية :

1-المجلة القضائية المحكمة العليا 2003، عدد2 .

2-المجلة القضائية المحكمة العليا ، 2007 ، عدد2 .

سادسا- المعاجم:

1-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور,لسان العرب,دار صادر,بيروت, ط1, 1997, المجلد الأول.

2-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور,لسان العرب , دار الأبحاث,الجزائر.

3-الجوهري,الصاح في اللغة والعلوم,تقديم عبد الله العلايلي,دار الحضارة العربية,بيروت, (د ط), (د ت).

4- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي,مختار الصحاح,دار الكتاب الحديث,ط1, 1994.

5-محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيدي ,تاج العروس,دار الكتب العلمية ,بيروت ,لبنان,ج39,(د ط), (د ت).

6- السيد الشريف ابن حسن علي بن محمد علي الحسيني الجرجاني ,التعريفات ,دار الكتب العلمية بيروت , ط2، 2003.

7-محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي,مختار الصحاح,دار الكتاب الحديث,ط1, 1994 .

8-سعدي أبو جيب,القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا,دار الفكر,دمشق,ط2, 1987, .

سابعاً- الانترنت:

1- احمد السديري, قضايا عضل في المحاكم.

www.aldawah.com

2- هالة عبد الرؤوف, إجبار المرأة على الزواج.

www.aldawah.com

3- محمد المسند, فتاوى المرأة.

www-ejabh.com/Arabic-article.

فهرس المحتويات :

01.....	مقدمة
الفصل الأول: الولاية بوجه عام	
07.....	المبحث الأول ماهية الولاية
07.....	المطلب الأول: تعريف الولاية
07.....	الفرع الأول:تعريف الولاية لغة
11.....	الفرع الثاني:تعريف الولاية اصطلاحا
	المطلب الثاني : تمييز الولاية عن المصطلحات ذات الصلة بها
12.....	الفرع الأول :النيابة
12.....	الفرع الثاني:الوكالة
13.....	الفرع الثالث:الوصاية
13.....	الفرع الرابع:القوامة
13.....	الفرع الخامس:السلطة
15.....	المطلب الثالث: أقسام الولاية

الفرع الأول :تقسيم الولاية باعتبار ثبوتها للإنسان	
على نفسه أو على غيره.....	16
الفرع الثاني:تقسيم الولاية باعتبار العموم و الخصوص...	18
الفرع الثالث:تقسيم الولاية باعتبار موضوعها.....	21
المبحث الثاني: أسباب الولاية.....	22
المطلب الأول: الصغر.....	23
الفرع الأول:تعريف الصغر.....	24
الفرع الثاني:أقسام الولاية على الصغير.....	26
المطلب الثاني : الجنون.....	27
الفرع الأول :تعريف الجنون.....	27
الفرع الثاني :تعريف العته.....	27
الفرع الثالث:عمل الولي على النفس.....	28
المطلب الثالث : الأنوثة.....	29
الفرع الأول :تعريف الأنوثة.....	29
الفرع الثاني :قوامة الرجل على المرأة.....	30

31	المبحث الثالث : شروط الولي
31	المطلب الأول : الشروط العامة
31	الفرع الأول :العقل
31	الفرع الثاني :البلوغ
32	الفرع الثالث:الحرية
32	الفرع الرابع:الذكورة
32	الفرع الخامس:الإسلام
33	المطلب الثاني: الشروط الخاصة
33	الفرع الأول:العدالة
34	الفرع الثاني:عدم الإحرام
35	الفرع الثالث:الرشد

الفصل الثاني : الولاية في الزواج

38	المبحث الأول: ماهية الولاية في الزواج
	المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج و الحكمة من مشروعيتها
39	مشروعيتها

- 40.....الفرع الأول:تعريف الولاية في الزواج
- 41.....الفرع الثاني :الحكمة من مشروعية الولاية في الزواج
- 42.....المطلب الثاني: أنواع الولاية في الزواج
- 43.....الفرع الأول :ولاية الإجبار
- 45.....الفرع الثاني :ولاية الاختيار
- 46.....المطلب الثالث: حكم الولاية في الزواج
- 48.....الفرع الأول :القائلون باشتراط الولي في الزواج
- 52.....الفرع الثاني:القائلون بعدم اشتراط الولي في الزواج
- الفرع الثالث:القائلون بعدم الجواز المطلق و لا بالوجوب
- 53.....المطلق
- الفرع الرابع:موقف المشرع الجزائري من الولي في
- الزواج.....56
- 57.....المبحث الثاني: أحكام الولاية في الزواج
- 58.....المطلب الأول: زواج البالغة العاقلة
- 60.....الفرع الأول : زواج البكر البالغة العاقلة

- 62.....الفرع الثاني:زواج الثيب البالغة العاقلة
- الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من زواج البالغة
العاقلة.....63
- 64.....المطلب الثاني: زواج الصغيرة و المجنونة
- 65.....الفرع الأول: زواج الصغيرة
- 67.....الفرع الثاني:زواج المجنونة
- 68.....المطلب الثالث: أسباب ثبوت الولاية في الزواج
- 68.....الفرع الأول :ولاية الملك
- 72.....الفرع الثاني:ولاية القرابة
- 73.....الفرع الثالث:ولاية الولاء
- 74.....الفرع الرابع:ولاية الإمامة
- 78.....المبحث الثالث: حدود وضوابط الولاية في الزواج
- 78.....المطلب الأول :عدم عضل الولي موليته
- 78.....الفرع الأول:تعريف العضل
- 82.....الفرع الثاني:الكفاءة

المطلب الثاني : عدم إجبار الولي موليته.....83

الفرع الأول:تعريف الإجبار على الزواج و حكمه.....83

الفرع الثاني:أسباب الإجبار و آثاره.....85

خاتمة.....88