جامعة مولود معمري ـ تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: قانون

إعداد الطالب :
سمير شيهاني

إشراف الأستاذ:
أ.د: محمد سعيد جعفور

لجنة المناقشة

الدكتورمحمد شريف كتو، أستاذ . جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
الدكتور محمد سعيد جعفور، أستاذ . جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
الدكتور سعيد بويزري، أستاذ محاضر (أ) . جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا
الدكتور عبد الفتاح تقية، أستاذ .جامعة الجزائر.....ممتحنا
الدكتور الهاشمي حمادو، أستاذ . جامعة الجزائر.....ممتحنا
الدكتور محمد سنيني، أستاذ محاضر (أ) . جامعة سعد دحلب، البليدة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2014/10/22م ـ 28 ذي الحجة 1435هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿... رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ
أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿١٩﴾﴾

من الآية 19 من سورة النمل.

إهداء

إلى من كانا سببا في وجودي، والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى من كانت عونا وسندا لي، زوجتي الغالية

إلى قرة عيني، أبنائي: ابتسام، محمد أمجد، أسيل

إلى إخوتي وأخواتي، وكل وفرد من عائلتي الصغيرة والكبيرة

إلى كل أصدقائي وزملائي

إلى كل من علّمني حرفا

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

مصداقاً لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : «لا يشكر الله من لا يشكر الناس»[1]، أقدّم شكري الجزيل إلى أستاذي الفاضل، الدكتور محمّد سعيد جعفور، الذي ما مرّ علينا لقاءٌ به إلاّ وأفادنا بعلمه، ووجّهنا إلى ما هو أفضل بنصحه، وبسط لنا أكفّه، تواضعاً وحلماً وكرماً .

كما أتوجّه بالشكر إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على رحابة صدورهم، بقبول رسالتنا، الذين تكبّدوا عناء التمحيص والتدقيق فيها، وإثرائها بآرائهم وتوجيهاتهم السديدة، النابعة من علمهم الغزير وخبرتهم الواسعة.

ولا أنسى أن أقدّم شكري إلى الدكتور زايدي كريم على التوجيهات والنصائح والملاحظات التي قدّمها لنا، كما أشكر كلّ أخ وصديق وزميل، على كلّ نصح نصحوه، وعون قدّموه، كبيراً كان أو صغيراً .

---

(1)- رواه: أحمد بن حنبل، المسند، ج7، ص295، حديث رقم 7495، ج8، ص61، حديث رقم 7926 وص126، حديث رقم 8006، ج9، ص356، حديث رقم 9906، ج16، ص111، حديث رقم 21735. قال محمد أحمد شاكر: إسناده صحيح؛ البخاري، الأدب المفرد، ص83، حديث رقم 218؛ أبو داود، ص872، حديث رقم 4811؛ الترمذي، ص445، حديث رقم 1954. قال: هذا حديث صحيح، وقال الألباني: صحيح؛ الطيالسي، ج4، ص232، حديث رقم 2613. قال عبد المحسن التركي: صحيح.

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج: جزء.

د.ت: دون تاريخ الطبع.

د.ت.م: دون تاريخ ومكان الطبع.

د.م: دون مكان الطبع.

ص: صفحة.

م: ميلادي.

مج: مجلد.

هـ : هجري.

باللغة الأجنبية:

***Art** : Article.*
***Etc**: Et cætera (et cétéra).*
***J.O**: Journal officiel*
***J.O.R.F**: Journal officiel de la République Française*
***N°** : Numéro.*
***N.P**: No place.*
***O.P.U**: Office de Publications Universitaires.*
***Op. cit** : Opus citatum =Ouvrage précédemment cité.*
***P**: Page.*
***PP**: pages.*
***V**: voir.*
***Vol**: volume.*

مُقَدِّمَة

يعدّ الزّواج أهمّ النّظم والعقود غير الماليّة بالنّسبة إلى الإنسان، وهذا راجع إلى كونه السّبيل الشّرعي والقانونيّ الوحيد إلى تكوين الأسر والمجتمعات السّليمة والمحافظة عليها.

ونظرًا لهذه الأهميّة الكبرى، جعلت الأديان، والتّشريعات الوضعيّة، لهذا العقد مكانةً خاصّة ومرموقة، وأحاطته بمنظومة مِنَ الأحكام تليق بقدسيّته.

ولعلّ أهمّ الأديان عناية بهذا العقد هو الإسلام، حيث نجد في نصوص القرآن الكريم، والسّنّة النّبويّة الشّريفة، وفي أقوال الفقهاء ما يُظهر هذه المكانة وهذه الأهمّيّة، بدءًا مِنْ اِختيار الزّوجة، ومرورًا بكيفيّة إبرام الزّواج والشّروط المطلوبة لذلك، ثم الآثار المترتّبة عليه، وانتهاءً بانقضائه وما ينجرّ عنه.

فالزّواج بين الرّجل والمرأة هو الوجه الصّحيح الذي ينبني عليه المجتمع السّليم؛ فبموجبه تتكوّن الأسرة على أساس العلاقة الطّيّبة بين الزّوجين. قال الله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[1]. فإنْ كانت هناك سكينةٌ بين الزّوجين، ووُجدت المودّة والرّحمة بينهما؛ قامت لدينا أسرة صالحة متماسكة، تحقّق التّرابط والتّكافل الأسري ليس فقط بين الزّوجين، بل كذلك بين عائلتي الزّوجين وأقاربهم. وهذه الأسرة إنْ صَلُحَ حالها واستوثق وِصالها، وكان الرّباط بينها وبين أمثالها مِنَ الأُسر؛ كان المجتمع أرقى المجتمعات مدنيّةً.

وقد سمّى الله هذا العقد بالميثاق الغليظ فقال: ﴿...وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ ﴾[2]، وهو مطلوب شرعًا وعرفًا وفطرةً؛ فالشّرع حثّ على الزّواج لتحقيق الخلافة في الأرض ولدوام النّسل وتلبيةً للغريزة الإنسانيّة.

---

(1) – الآية21 من سورة الروم.

(2) – من الآية 21 من سورة النساء.

والآيات، والأحاديث النّبوية في ذلك كثيرة، كقوله تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ...﴿٧٢﴾﴾[1]. وقوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ...﴿١٨٩﴾﴾[2]. وقول النّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الزّواج: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فإنّه لَهُ وِجَاءٌ»[3]. وقوله أيضا: «تَزَوَّجُوا الوَلُودَ الوَدُودَ فِإنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ»[4].

وعقد الزّواج هذا، حتّى يكون عقدًا صحيحًا لازمًا ونافذًا، لا بدّ له مِنْ توافر أركانه وشروطه على الوجه المطلوب شرعًا وقانونًا. هذه الأركان والشّروط في جملتها تتمثّل في التّراضي بين طرفي العقد أي الزّوج والزّوجة، وهو الرّكن المتّفق عليه بين الفقهاء وكذا القوانين؛ فقد جاء في نصّ المادّة 9 مِنْ تقنين الأسرة الجزائري: ((يَنْعَقِدُ الزَّوَاجُ بِتَبَادُلِ رِضَا الزَّوْجَيْنِ)). فيتمّ التّعبير عن إرادتيهما بصدور الإيجاب مِنْ أحدهما وقبوله مِنَ الطّرف الآخر بالطّرق المعروفة.

ومبدأ الرّضائية هو مبدأ مكرّس في جلّ العقود، إذْ هو الأصل العامّ في التّعاقد بين

---

(1) – من الآية 72 من سورة النحل.

(2) – من الآية 189 من سورة الأعراف.

(3) – محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ، مج4، ج7، كتاب النكاح، ص3؛ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دار الخلافة العلية، تركيا، 1331هـ، ج4، كتاب النكاح، ص128.

(4) – سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1424هـ، كتاب النكاح، ص355–356، حديث رقم 2050. قال الألباني: «حسن صحيح»؛ أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر وحمزة أحمد الزين، دار الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1416هـ–1995م، ج10، ص512–513، حديث رقم12550، ج11، ص216–217، حديث رقم 13503. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، دار باوزير، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 1424هـ– 2003م، مج6، ص186–187، حديث رقم 4044 و4045. قال الألباني: «حديث صحيح».

الأشخاص، وقد نصّ عليه المشرّع الجزائريّ في مواد عدّة، أهمّها نصّ المادّة 106 مِنَ التّقنين المدني الذي جاء فيه: «العَقْدُ شَرِيعَةُ المُتَعَاقِدَيْنِ...». وعقد الزّواج لا يخرج عن هذه القاعدة، بل هو أهمّ العقود التي ينبغي وجود التّراضي فيها، إلاّ ما يُعرف في الفقه الإسلامي بولاية الإجبار في تزويج الصّغار والمجانين والمعاتيه، والنّساء عند البعض.

وعقد الزّواج لا بدّ له مِنْ محلّ ينصبُّ عليه، وهو ما يُسمّى بالمعقود عليه. والمقصود به ليس المرأة في حدّ ذاتها؛ لأنها طرفٌ في العقد، ولو كانت محلاً للعقد لكان الرّجل أيضًا محلاً له. لذلك فالصّحيح أنّ محلّ العقد هو بُضْعُ المرأة، فيتوجّب أنْ تكون المرأة غير محرّمة على الرّجل كالأمّ والأخت والخالة وغيرهن، وأن تكون المرأة محقّقة الأُنوثة، وأنْ تكون معلومةً لا مجهولة، كأن يزوّج رجل إحدى بناته غير المتزوّجات دون تعيين لها.

كما يجب أنْ تكون عبارةُ العقد أو صيغته منجزةً، غير مضافةٍ إلى زمنٍ مستقبَلٍ، ولا معلّقة على شرطٍ غير موجود وقت العقد، وأنْ تتمّ في مجلس عقدٍ واحدٍ سواء كان مجلسًا حقيقيًّا أم حكميًّا.

نجد كذلك أنّ عقد الزّواج لا بدّ أنْ يَحضُره شاهدان مستكملان لشروط الشّهادة، يَشْهَدان على تمامه، وقد جاء في السّنّة مِنْ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال: «لا نِكَاحَ إلاّ بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَوَلِيٍّ مُرْشِدٍ»[1]. فيجب أنْ يكون الشّاهدان مُسْلِمَيْنِ، عاقلين، بالغين، ذكرين، أو رجلاً وامرأتين عند الضّرورة.

إضافة إلى وجود الشّاهدين، لابدّ مِنْ وجود الوليّ، والمقصود هنا وليّ المرأة المراد تزويجها. هذا الشّرط أي شرط الوليّ، كَثُرَ الخلاف فيه واشتدّ النّزاع بشأنه، قديمًا

(1) – أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى (وفي ذيله الجوهر النقي)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة الأولى، حيدر أباد، الهند، 1353هـ، ج7، باب لا نكاح إلاّ بوليّ، ص126؛ معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، القاهرة، مصر، 1411هـ- 1991م، ج10، ص56، حديث رقم 13635؛ محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1399هـ-1979م، ج6، ص251، حديث رقم 1844. وقال: «صحيح موقوفا».

وحديثًا، بين فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، وانتقل الخلاف كذلك إلى التّشريعات الوضعيّة.

فمن فقهاء الشّريعة الإسلاميّة مَنْ لم يشترط وُجُودَ الوليّ، وهم الحنفيّة على خلافٍ بينهم، والشّيعة الإماميّة؛ حيث قالوا بأنّ الولاية ليست بشرط لصحّة زواج الكبيرة مِنَ النّساء، فللمرأة البالغة العاقلة أنْ تزوّج نفسها، فهي مالكةُ أَمْرِها، ولها أنْ تُزَوِّجَ غيرها كذلك بأنْ تكون وليّة عليها، أو وكيلة عنها.

والأدلّة لهذا الفريق كثيرة مِنَ القرآن والسّنّة، ومِنَ الآثار، ومِنَ المعقول (أي ما يوافق العقل). سنذكرها ونناقشها في صُلْبِ موضوع البحث.

ومِنْ الفقهاء مَنْ أوجب وجود الوليّ في عقد الزّواج وإلاّ كان باطلاً، وهم جمهور الفقهاء؛ فالمرأة وإنْ كانت بالغة عاقلة، فهي غير قادرة على الانفراد بإبرام عقد الزّواج لا لنفسها ولا لغيرها. وهم أيضا لهم أدلّتهم مِنَ القرآن و السّنّة والقياس، ومِنَ الآثار والمعقول. وسنُورِدُ جميع الأدلّة مع مناقشتها، وترجيح أيُّ الأدلّة أقوى، وكيف تعامل المشرّع الجزائريّ والتّشريعات العربيّة مع ما جاء به الفريقان، في ظلّ المبادئ الشرعيّة والقانونيّة والاجتماعية، والأعراف والأخلاق.

ونحنُ إذْ ندرس مسألة الوليّ في عقد زواج المرأة الرّاشدة، سوف نتطرق إليها بالنّظر إلى التّشريعات العربيّة التي تسنّى لنا الحصول عليها، والمذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة: الحنفي والمالكي والشّافعي والحنبلي، كأساس، وبقية المذاهب الأخرى؛ الظّاهري والإباضي والزّيدي والجعفري (الإمامي)، كلّما أمكننا ذلك، بل وسنذكر حتّى ما ورد بهذا الشأن عند المسيحيين واليهود، لتكون بذلك الدّراسة شاملة ومقارنة.

إنّ الأمر الذي دفعني إلى البحث في هذا الموضوع - الذي يكتسي أهمّيةً بالغةً مِنَ النّاحية القانونيّة والشرعيّة والاجتماعيّة والأخلاقيّة - ليس فقط قضيّة وجود الوليّ مِنْ عدمه، وقضيّة مباشرة المرأة لعقد الزّواج بنفسها، إنّما كذلك تحديد مَنْ هو الشّخص الأحقّ بالولاية في عقد الزّواج. ذلك أنّ المشرّع الجزائري في التّعديل الأخير لتقنين الأسرة لم

يلغ شرط الوليّ، على الأقل حاليًّا، كما كان عليه الأمر في مشروع القانون، وكما طالبت العديد مِنَ الجمعيّات النّسويّة والمنظّمات الحقوقيّة بالجزائر، بل أبقى عليه ولكن مع فارق، هذا الفارق يتمثل في أنّ المعمول به قبل التّعديل في ترتيب الأولياء هو أنّ وليّ المرأة أبوها فأحد أقاربها، إذْ جاء في نصّ المادّة 11 مِنْ القانون رقم 84- 11، المتضمن تقنين الأسرة: ((يَتَوَلَّى زَوَاجَ المَرْأَةِ وَلِيُّهَا وَهُوَ أَبُوهَا فَأَحَدُ أَقَارِبِهَا الأَوَّلِينَ، وَالقَاضِي وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)). أمّا بعد التّعديل فقد أصبح وليّ المرأة الرّاشدة هو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره بنفسها؛ فقد جاء في نصّ المادّة 11 من الأمر 05- 02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدّل والمتمّم للقانون رقم 84- 11، سالف الذّكر: ((تَعْقِدُ المَرْأَةُ الرَّاشِدَةُ زَوَاجَهَا بِحُضُورِ وَلِيِّهَا وَهُوَ أَبُوهَا أَوْ أَحَدُ أَقَارِبِهَا أَوْ أَيُّ شَخْصٍ آخَرَ تَخْتَارُهُ)). أمّا القصّر فبقي الوليّ بالنّسبة إليهم على التّرتيب الذي كان قبل التّعديل.

هذا لأوّل وهْلةٍ قد لا يعني شيئًا كثيرًا، ولكن بتدقيق النّظر فيه، نجد أنّ الأمر خطير؛ لأنّه إنْ كان المقصود بذلك أنّ ترتيب الأولياء غير ذي أهمية، أو أنّه غير موجود، وأنّ المشرّع الجزائريّ قد ألغى هذا التّرتيب بصفة مطلقة، فإنّه يمكننا القول إنّ الوليّ لم يعد له محلّ في عقد الزّواج أصلاً؛ لأن الحكمة مِنْ وجوده انتفت، وأنّ ما كان موجودًا في مشروع القانون، وما طالبت به بعض الجمعيّات النّسويّة والمنظّمات الحقوقيّة قد حُقِّقَ وتمّ تمريره بطريقة ذكيّة وملتوية تُوهِم بعدم المساس بشرط الوليّ[1].

وإذا كانت الولاية في الزّواج في الشّريعة الإسلاميّة للعصبة بالنّفس فقط عند الجمهور وفق ترتيب معيّن، وهو التّرتيب المعمول به في المواريث، وعند عدم الأقرب منهم أو عضله تنتقل للآخر؛ فإنّ الرّاجح عند الحنفيّة أنّه إذا لم يوجد أحدٌ مِنَ العصبة بالنّفس انتقلت الولاية إلى الأقارب غير العصبات وفق ترتيب معيّن أيضًا. وعليه فترتيب الأولياء في الشّريعة الإسلامية له أهمّيته؛ لأنّ له مبرّراته الشرعيّة والاجتماعيّة والأخلاقيّة.

(1) – وأنا لا أقصد من كان في لجنة تعديل القانون من المعتدلين المنصفين بل من طعنهم من خلفهم لمّا أصدروا في الجريدة الرسمية نصوصا لم تكن هي التي تم الاتفاق عليها.

فلماذا إذًا جعل المشرع الجزائري وليّ المرأة الرّاشدة بالخيار بين الأب وأحد الأقارب، بل وأيّ شخص تختاره هي بنفسها؟ هل لأنّ المرأة الرّاشدة حرّة في نفسها إلى هذا الحدّ، أو كما يقول العلمانيّون بأنّ المرأة الآن أصبحت تحتلُّ جميع الوظائف والمناصب العليا، فهي الآن قاضيةٌ وطبيبةٌ وأستاذةٌ وقائدةُ طائرةٍ، وتاجرةٌ ... فكيف نحرمها مِنْ حقّ الاختيار في أمر الزّواج الذي يرتبط بها هي وحدها، وقد أضْحَتْ سيّدة القرار في كثير مِنَ الميادين وعلى أعلى المستويات؟ وهو قولُ حقٍّ لكن أريد به باطل، وكأنّ المرأة قديمًا مِنْ عهد النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى العهود القريبة منّا لم تكن عالمةً درس على يديها أكابر العلماء المعروفين عندنا، وكأنّها لم تكن مجاهدةً ولا ممرّضةً... وكأنّها في ذلك الحين لم تكن «مثقّفة» وفق تعبير اليوم! أم لأنّ العصر اليوم هو عصر العولمة التي تفرض علينا اتّباع الدّول العظمى وسياساتها المسطّرة، أم أنّه أخذَ بهذا الترتيب اقتداءً برأيٍ مُعْتَبَرٍ في الفقه؟

فإذا كان المشرّع الجزائريّ قد أبقى لفظ «الوليّ» موجودًا في نصوصه بالنّسبة للمرأة الرّاشدة، وأنّه لا محالة قد استقى ذلك مِنَ الشّريعة الإسلاميّة؛ فكيف يمكن أنْ تتحقّق الولاية عليها بالمنظور الذي جاء به، خلافًا لجلّ التّشريعات العربيّة عدا قانون الأحوال الشخصيّة المغربيّ الذي جعل الولاية في الزّواج بعد التّعديل الذي حدث في 2004/02/05 بيَدِ المرأة إذا كانت راشدة، حيث نصّت المادّة 24 مِنْ مدوّنة الأسرة على أنّ: ((الوِلاَيَةُ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، تُمَارِسُهُ الرَّاشِدَةُ حَسَبَ اِخْتِيَارِهَا وَمَصْلَحَتِهَا)). كما نصّت المادّة 25 على أنّ: ((لِلْرَّاشِدَةِ أَنْ تَعْقِدَ زَوَاجَهَا بِنَفْسِهَا، أَوْ تُفَوِّضَ ذَلِكَ لأَبِيهَا أَوْ لأَحَدِ أَقَارِبِهَا)). وقبله قانون الأحوال الشخصيّة التّونسي الذي جاء في الفصل التّاسع منه أنّ: ((لِلْزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَأَنْ يُوكِلاَ بِهِ مَنْ شَاءَا))؟

وهل لإلغائه لترتيب الأولياء أصل في الفقه الإسلاميّ أم هو فقط اتّباع لما ورد في القانونين المغربي والتونسي، مع أن قانون الأسرة المغربيّ يرجع فيه إلى الفقه المالكي وفق نصّ المادّة400؟[1]. بمعنى هل تزويج أحد الأقارب للمرأة حتّى ولو كان هناك من هو أقرب

(1) – تنص المادّة 400 من مدونة الأسرة المغربية على أن: ((كُلُّ مَا لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ فِي هَذِهِ المُدَوَّنَةِ، يُرْجَعُ فِيْهِ إِلَى المَذْهَبِ المَالِكِيِّ وَالاجْتِهَادِ الذِي يُرَاعَى فِيْهِ تَحْقِيقُ قِيَمِ الإِسْلاَمِ فِي العَدْلِ وَالمُسَاوَاةِ وَالمُعَاشَرَةِ بِالمَعْرُوفِ)).

منه، أو توكيل المرأة شخصًا غريبا عنها لتزويجها يَطعنُ في صحّة الزّواج أم هو أمر جائز؟ وهل أنّ الوليّ في عقد الزّواج يحقّق التّرابط الأسري في المجتمع أم هو ضدّ ذلك؟

كلّ هذه التّساؤلات يمكن بلورتها في إشكاليّة عامّة تتمثّل في الآتي:

هَلْ الوليّ رَكِيزَةٌ فِي إنْشَاءِ عَقْدِ زَوَاجِ المَرْأَةِ الرَّاشِدَةِ وَصِيَانَتِهَا وَتحقيق التَّرَابُطِ الأُسَرِيِّ، أَمْ هُوَ وَسِيلَةٌ لِلْسَّيْطَرَةِ عَلَيْهَا وَكَبْحِ حُرِّيَّتِهَا؟

إنّنا نجد هذه التّساؤلات تدفعنا للمضيّ قُدُمًا لرفع الغبار عنها، محاولين الغوص في هذا المعترك لنُظهر ما لشرط الوليّ من أهمّيّة في عقد الزّواج، بالنّسبة إلى المرأة، وبالنّسبة للعلاقات والرّوابط الأسريّة في المجتمع ككلّ، ونبيّن أوجه الإصابة وأوجه الخلل فيما ذهب إليه المشرع الجزائري بشأنه، ومقارنة ما ذهب إليه بما جاء في التشريعات العربيّة، وكذلك ما جاء في الفقه الإسلامي بتعدد مذاهبه، موضّحين في البداية المقصود بالولاية؛ أوّلاً من الناحية اللّغوية، وثانيا من النّاحية الاصطلاحيّة، ثمّ ذكر بعض المصطلحات التي لها علاقة بالولاية مثل: النيابة والوكالة والسلطة والإمارة والقوامة والوصاية. لنبين بعد ذلك شروط ثبوت الولاية، وبعدها نذكر أقسامها؛ هذا في الباب الأول.

أمّا في الباب الثّاني فنتطرق إلى ولاية تزويج المرأة، وترتيب الأولياء؛ فنبيّن حالة إبرام عقد الزّواج بوجود وليّ من الأقارب، ثم حالة إبرام عقد الزّواج بواسطة شخص غير قريب وما يترتب عن ذلك في كلا الحالين. وبعدها نتعرض إلى مسألة مباشرة المرأة لعقد زواجها، ومدى صحّته في التّشريعات العربيّة والفقه الإسلامي، والأدلّة على ذلك، ومناقشة تلك الأدّلة.

وقد اخترنا عنوانًا لهذه الرّسالة رأيناه مناسبا هو: «**شَرْطُ الوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوَاجِ المَرْأَةِ الرَّاشِدَةِ فِي القَانُونِ الوَضْعِيِّ وَالفِقْهِ الإِسْلاَمِيِّ**».

وذكرنا عبارة «شرط» بدل «ركن» لأسباب عديدة؛ أوّلها أنّ القول بأنّه ركن ليس مسلّما به من طرف الجميع بل منشأ الخلاف فيه. وثانيا أنّ الشّروط تنقسم إلى أقسام:

شرط انعقاد، وهو الرّكن، وشرط صحّة، وشرط لزوم، وشرط نفاذ، وشرط كمال، وآراء الفقهاء انقسمت بين جميع هذه الأقسام، فكانت عبارة «شرط» جامعة لها، بخلاف الرّكن. وثالثا أنّ المشرع الجزائري جعل منه شرطا ولم يجعله ركنا. يضاف إلى ذلك أنّ السّؤال عندما يطرح يقال: هل يشترط الوليّ أم لا؟ أو هل هو شرطٌ أو مشترطٌ أو مشروطٌ في الزّواج أم لا؟

أسباب اختيار الموضوع:

إن أهم سبب دفعني لاختيار هذا الموضوع هو التّعديل الذي قام به المشرع الجزائري بموجب الأمر 05- 02، الذي أكدّ أنّ المشرع الجزائري يشهد تذبذبا كبيرا، لاسيما في هذه المسألة، فلا هو احتفظ بالموروث الإسلامي والثقافي، والتقاليد والأعراف العريقة في المجتمع الجزائري، ولا هو اندمج مع النظام الحضاري الغربي الذي تدعو إليه العولمة.

ونظرا لكثرة الكلام واللّغط الذي تبع هذا التعديل على السّاحة القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعية والثّقافية، أردت أنْ أبحث هذا الموضوع في إطار أكاديمي، لأظهر موقع هذا التّعديل من النّاحية العلميّة؛ الشرعيّة، والقانونيّة.

أهداف الدراسة:

لا شكّ أنّ أوّل هدف مِنْ هذه الدّراسة هو التّحقق العلمي مِنْ جوانب هذه المسألة وحصرها، كي يكون القارئ، بمختلف مستوياته وانتماءاته، على دراية بما أقدم عليه المشرّع الجزائري بهذا التّعديل الأخير، وبما هو عليه الأمر في التّشريعات العربيّة المقابلة، وهل وافق في ذلك ما جاء في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه. لكن ليس هذا هو الهدف الوحيد، بل هناك أهداف أخرى منها:

- إظهار ما لمسألة الوليّ من أهمّيّة على السّاحة القانونيّة والشرعيّة والاجتماعيّة.
- تنبيه المشرّع إلى الأخطاء التي وقع فيها، والمسائل التي أغفلها، والثّغرات التي تخلّلت نصوصه.

- تنبيه المشرّع والمجتمع ككلّ إلى العواقب التي تنجرّ عن عدم تناسق النّصوص القانونيّة وتذبذبها.
- توضيح وجهة نظرنا في المسألة وفقا للقواعد العلميّة في البحث.

الدراسات السابقة:

إن موضوع الوليّ ليس جديدًا من حيث الدّراسة، فقد تطرق إليه فقهاء الشّريعة قديما في كتبهم، بين مختصر ومفصّل، لكنّه جاء بشكل متناثر في بطون أمّهات الكتب، معتمدين في الغالب على رأي المذهب الواحد.

والدّراسات الحديثة وإنْ وجدت، فهي إمّا أنْ تكون عامّة، وإمّا أن تكون مقتصرة على الجانب الشّرعي دون القانونيّ. ولعلّ أوّل هذه الدّراسات كانت للشيخ «محمد أبو زهرة» في كتابه «**الولاية على النفس**»، فكان كتابه شاملا؛ تحدث فيه عن الولاية على الصغير والمجنون، والمرأة، في المذاهب الأربعة، وأحيانا في المذاهب الثمانية، كما تطرّق إلى بعض التّشريعات العربيّة آنذاك.

وأتت بعد ذلك:

- رسالة ماجستير بعنوان «**نظرية الولاية في الزّواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربيّة**»، للباحث الأكحل بن حوّاء، عام 1974 أي قبل صدور تقنين الأسرة الجزائري، جاءت في خمسة فصول، خصّ الخامس منها لولاية الزّواج في القانون، وقد كانت رسالة أكاديمية متقنة لولا بعض الهنات، كالتقسيم الخماسي، وعدم الإحالة إلى المراجع أحيانا، أو الخطأ في الإحالة، وقلّة المراجع في غير المذهب المالكي.
- رسالة ماجستير بعنوان «**الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون**»، للباحث صالح جمعة حسن الجبوري عام 1976. كانت عبارة عن نسخة موسعة لكتاب أبي زهرة، زاد فيها ولاية التّربية والحضانة، غير أنّه كان قليل الإشارة إلى القانون.
- كتاب «**الولاية على النفس**»، للدكتور حسن علي الشّاذلي عام 1979؛ وكان شبيها إلى درجة كبيرة برسالة الجبّوري.

- رسالة ماجستير بعنوان «**الولاية في النكاح**» للدّكتور عوض بن رجاء العوفي، عام 1983، طبعها في جزئين، وكانت دراسة ممتازة للموضوع في جانبها الشّرعي، لكنّها تفتقر إلى الجانب القانوني.
- رسالة ماجستير بعنوان «**مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزّواج**» للباحث أحمد عبدو، عام 1998م، تطرّق فيها إلى رضا المرأة في عقد الزّواج وآثار تخلّفه في الباب الأول، ثم إلى مركز الوليّ في عقد الزّواج في الباب الثاني، وما لوحظ على هذه الرسالة أنّ أكثر الإحالات الفقهية لم تكن إلى الكتب الأصلية، وفيها إحالات غير صحيحة.
- رسالة ماجستير بعنوان «**الولاية في الزّواج بين الشريعة والقانون**» للباحث هجرس بولبداوي، عام 2002م، جاءت في ثلاثة أبواب: باب تمهيدي حول أسانيد ومرجعيات الولاية في الزّواج، والباب الثاني حول طبيعة الزّواج ومبدأ الرّضائيّة، أمّا الباب الثّالث فتعلّق بأحكام الولاية في الزّواج. وهذه الرّسالة جاءت زهيدة من حيث الكمّ والنّوع، حيث لم يبلغ تعداد صفحاتها التّسعين صفحة، كما لم يعتمد صاحبها ولو على كتاب واحد من كتب الفقه الأصليّة، فكل الإحالات كانت عن كتب معاصرين، ناهيك عن قلّة المراجع، والافتقار إلى التّأصيل في المسائل.
- كتاب «**موقف الشريعة الإسلامية من توليّ المرأة لعقد النكاح**» للدكتور ناصر أحمد إبراهيم النّشوي، عام 2005م، درس فيه صاحبه الموضوعَ من النّاحية الشرعيّة دراسة ممتازة، غير أنّ كتابه كان في الباب الثاني؛ لأنّ الباب الأول تناول فيه التعريف بالنكاح ومشروعيته وحكمه، وكثيرا ما كان ينقل عن عوض بن رجاء العوفي دون أن يبيّن ذلك.
- رسالة ماجستير بعنوان «**الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**»، للباحث نضال محمد عبد المعطي، عام 2006م، الذي بحث الموضوع بشكل جيّد في المذاهب الفقهية الخمسة، وقانون الأحوال الشخصيّة الأردني، وأضاف إلى سابقيه مسألة الزّواج العرفي.

المناهج العلمية المستعملة في الدراسة:

في مثل هذه الدراسات لا شكّ أنّ أوّل منهج علميّ يستعين به الباحث هو المنهج الوصفي، كون الموضوع يتطلّب نقل الأقوال والآراء والأدلّة في المسألة محلّ البحث، إضافة

إلى المنهج المقارن الذي يقتضي النّظر في مختلف التّشريعات والمذاهب الفقهية، وإذا كانت هناك آراء مختلفة وأدلّة متضاربة، وعناصر بحثية ينبغي النظر فيها؛ فهذا يقتضي استعمال المنهج التحليلي؛ لتقوية دليل على آخر أو ترجيح قول على قول، وتحليل ونقد تلك العناصر.

منهج الدراسة:

أمّا منهج دراستنا لهذا الموضوع فقد كان كالآتي:

- فيما يخصّ الآيات القرآنيّة، جعلنا كلّ آية بالرّسم العثماني برواية حفص.
- فيما يخصّ الأحاديث والآثار، نقلناها من مظانها الأصليّة، وتحرّينا قدر الاستطاعة تبيان درجة الحديث أو الأثر، إمّا عند المحدّث نفسه إنْ ذكر ذلك، أو عند محقّق الكتاب، وذكرنا اسم المحقّق إنْ كان هو الذي حكم عليه. وإذا ورد عند البخاري ومسلم في صحيحيهما، اكتفينا بهما.
- فيما يتعلّق بالنّقل من الكتب، كان أكثر النّقل عن المصادر الأصليّة، أمّا الكتب الحديثة، لاسيما كتب قانون الأسرة، فلم تكن الحاجة إليها كبيرة؛ لأنّ معظمها ينقل عن تلك المصادر.
- بخصوص الإشارة إلى المصادر والمراجع، تعمّدنا إعادة ذكر عناوين الكتب الأصلية مختصرة في كلّ مرّة، تذكيرا بها لكثرتها وتشابه البعض منها، بخلاف الكتب المعاصرة، أين أشرنا إليها بعبارة «المرجع السابق».
- بالنّسبة إلى ذكر تراجم الأعلام والأماكن، تجنبنا الإشارة إليها بهدف عدم الإطالة في البحث.
- تجنّبنا كذلك التّوسّع في نقد الأدلّة، وبالخصوص نقد الأحاديث والآثار أو نقد الاستدلال بها؛ لأنّ الكلام فيها يطول كثيرا.

الباب الأول

حقيقة الولاية في عقد الزّواج

تعدّدت صور الزّواج في المجتمعات الغابرة وفق نظريّات بعض العلماء، كالشّيوعيّة الجنسيّة، واستئثار الرّجل بامرأة واحدة، وتعدّد الأزواج بالنّسبة للمرأة الواحدة أو العكس، وتبادل الزّوجات...[1]، إلاّ أنّ الزّواج الشّرعيّ الذي يعتد به ويرتّب عليه القانون آثارًا، كان لا بدّ أنْ يتمّ وفق إجراءات معيّنة، وكان للأب في ذلك سلطة واسعة؛ ففي المجتمع الكلداني القديم وعصر حمورابي[2]، كانت لربّ الأسرة سلطة مطلقة على أفراد أسرته، فيزوّج بناته كما يريد ولمن يريد، بل وله أنْ يقدّمهنّ سدادًا لدين عليه، ولم يكن هذا الأمر مستهجنًا مِنَ المجتمع.

وكان الزّواج يتمّ بمجرّد أنْ يطبع الوليّ طينة الزّوج بطابعه أو بظفره[3]، ويتسلّم بذلك المهر الذي يسمى «ترهاتو»، ويحملها الزّوج بين ذراعيه عند الزّفاف دلالة على حيازتها الماديّة، فتتمّ الصّفقة، إذْ المرأة لم تكن تمثّل إلاّ متاعا يُتعامل فيه بالبيع والشّراء[4].

---

(1) – انظر في تفصيل ذلك: ملكة يوسف زرار، موسوعة الزّواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1420هـ- 2000م، ج1، ص17 وما بعدها.

(2) – ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص35-37.

(3) – كانت بعض الأنكحة الموازية تحطّ مِنْ قدر المرأة أكثر ممّا سبق؛ منها أنّ النّساء البالغات الأبكار كنّ يجتمعن كلّ سنة، ويقوم الكاهن ببيعهنّ في المزاد شرط أنْ يتّخذهنّ المشترون زوجات. والعادات الكلدانية في النصف الثاني من الألف الثّانية قبل الميلاد، كانت تقضي بأن كل امرأة في بابل يجب عليها مرة في العمر أن تذهب إلى باحة هيكل الزهرة «ميليتا» "MILITA" وتنتظر أجنبيا يمر عليها فيلقي إليها حفنة من المال، الذي يعتبر حينها مقدسا، ويعاشرها، ولا يمكن لمن ذهبت إلى الهيكل أن تعود إلى بيتها حتّى تنهي هذا الواجب، حتّى وصل ببعض النساء أن انتظرن هناك مدة ثلاث أو أربع سنوات.

انظر في ذلك: ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص36؛ جان أمل ريك، مركز المرأة في قانون حمورابي وفي القانون الموسوي، ترجمة: سليم العقاد، بحث لنيل رتبة باشلياي في اللاهوت، كلية مونطوبان الحرة، المطبعة العصرية، مصر، 1926م، ص15-16؛ عبد السلام الترمانيني، الزّواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، دراسة مقارنة، عالم المعرفة، العدد 80، الكويت، 1984م، ص23-24؛ فائزة اللبان، إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009- 2010م، ص150.

(4) – انظر في ذلك: جان أمل ريك، المرجع نفسه، ص9-10؛ ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص35-36.

وعند مجيء حمورابي، استحدث عقدا يسمى «ريكساتي»، يتم بين الوليّ والخاطب، بحضور الشّهود، يقومون بالتوقيع عليه، وإنْ لم يحرّر العقد كتابة فإنّ العلاقة بين الطّرفين تكون غير شرعيّة[1]، حيث نصّت المادّة 128 مِنْ قانون حمورابي على أنّه إذا اتخذ رجل امرأة زوجة ولم يعقد عليها، فهي ليست زوجته[2]، لكن لا يعاقب على هذه العلاقة؛ ثمّ تتمّ إجراءات الزّفاف بواسطة الكاهن، ويسلّم الوليّ الزّوجة إلى الزّوج تسليمًا ماديًّا، وتكون بعدها خاضعة لزوجها خضوعًا مطلقًا[3].

ورغم وجود بعض الحقوق للمرأة في عهد حمورابي إلاّ أنّها في مسائل الزّواج كانت بمثابة المتاع، وهذا ما يستخلص من نصّ المادّة 166، حيث جاء فيها: ((إِنْ لَمْ يَقْتَنِ أَبٌ زَوْجَةً لاِبْنِهِ الأَصْغَرَ حِينَ اقْتَنَى زَوْجَاتٍ لأَبْنَائِهِ الآخَرِينَ، يَخُصُّ الاِبْنَ الأَصْغَرَ الَّذِي لَمْ يَقْتَنِ زَوْجَةً، بِالإِضَافَةِ إِلَى حِصَّتِهِ مِنْ تَرِكَةِ أَبِيهِ، مَالاً كَافِيَا مَنْ أَمْلاَكِ أَبِيهِ ثَمَنَ زَوَاجٍ يُمَكِّنُهُ مِنْ اقْتِنَاءِ زَوْجَةٍ))[4].

وعند الرّومان كان الأب يتمتّع بسلطة كبيرة على أفراد أسرته، فله أن يزوّج أبناءه وأنْ يطلّقهم وأن يبيعهم وأن يقتلهم، باستثناء الزّوجة التي كانت تتمتع بوضع أفضل بقليل، غير أنّ هذه السلطة خفّت خصوصا بعد انتشار النّصرانية، ولم يعد يحقّ للأب أنْ يقتل أبناءه أو يعاقبهم بل الدّولة هي منْ لها الحقّ في ذلك[5].

وكان هناك نوع مِنَ الزّواج يسمى الزّواج مع السّيادة "*CUMMANU*"، يجسّد وسيلة

(1) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص37.

(2) – شعيب أحمد الحمداني، قانون حمورابي، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 1989م، ص99–102؛ H.William, McNeil وآخرون، شريعة حمورابي وأصل التّشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1993م، ص112.

(3) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص37–38.

(4) – H.William, McNeil، المرجع السابق، ص118.

(5) – سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصيّة للمسلمين في الغرب، رسالة دكتوراه منشورة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ– 2002م، ص127–128؛ أبو الأعلى المودودي، الحجاب، ترجمة: محمد كاظم السباق، دار الفكر، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1384هـ– 1964م، ص17.

وانظر في تفصيل الولاية على المرأة في القانون الروماني:

LE FORT Charles, Essai historique sur la tutelle en droit Romain, imprimerie de Ferd. Romboz et Cie, Genève, Suisse, 1850, p. 22 etc.

السّيادة المطلقة على المرأة، حيث يتمّ نقل ملكيتها وحيازتها إلى أب الأسرة دون اعتبار لرغبة المرأة أو الرّجل[1].

وأصحاب الشّرائع السّماوية قبل الإسلام لم يكونوا يختلفون كثيرا عمّا كان عليه الرّومان؛ فكان الأب «روش» عند اليهود[2]، يتمتع بسلطة مطلقة على أفراد أسرته، فله أنْ يزوّج ابنته أو يبيعها لمن شاء، بل يملك حتّى حقّ الحياة والموت على جميع أفراد الأسرة. غير أنّ هذه السلطة قد تقلّصت في عصر الزّراعة فلم يعد ربّ الأسرة يملك حقّ الحياة والموت، وأصبح الزّواج داخليا بين أبناء العمّ، ثم أصبح أهل الزّوجة هم مَنْ يقدّمون للزّوج هديّة «الدوطة»[*] بعد أنْ كان هو مَنْ يقدّم المهر[3].

وفي عصر التلمود احتفظ عقد الزّواج بطبيعته المدنيّة إلى غاية نصف القرن الثّاني

---

(1) – كان يتم نقل حيازة المرأة إلى الزوج بأحد ثلاث طرق: الزّواج الديني "*CANFARREATIO*"، وكان مقصورا على الأشراف، ويتم بتقديم قالب حلوى أمام الإله «جوبيتر»، ويرتل الزوجان عبارات معينة بحضور عشرة شهود والحبر الأعظم، وتكون للزّوج بموجبه سلطة مطلقة على الزّوجة؛ الزّواج بطريق الشراء – الزّواج المدني– "*COEMPTIO*"، وهو زواج العامّة، يتم فيه نقل ملكية المرأة إلى الزوج عن طريق الإشهاد مثل الأشياء؛ الزّواج بطريق المعاشرة "*USUS*"، ويشترط فيه أن يعاشر الرجل امرأة مدة سنة لتصبح له عليها سلطة الزوجية دون اتباع إجراءات كسب الملكية، وتزول هذه السلطة إذا تغيب عنها مدة ثلاث أيام.

انظر في ذلك: ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص42–45.

(2) – ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص48 وما بعدها؛ فائزة اللبان، المرجع السابق، ص105.

* الدوطة "*Sherktum*" أو "*Sheriqtou*": هي أموال يقدمها أب الزوجة أو إخوتها – وقت العقد غالبا– للمساهمة في متطلبات بيت الزوجية. وتقابل «ترهاتو» "*Tirhatou*"، الذي يقدمه الخاطب، وهذا الأخير أقل بكثير من الأول، وقد نصت عليهما المادّة 164 من قانون حمورابي.

انظر في ذلك: إيمان السيد عرفة محجوب، الزّواج وحقوق المرأة في المجتمعات القديمة، دراسة تاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2000م، ص164.

BOSCHERON Achille, Code de Hammourabi et livre de l'alliance, imprimerie Charles Valin, N.P. 1906. P. 33.

(3) – أشهر أنواع الزّواج في هذا العصر هو زواج «بيوم» المذكور في سفر التثنية، حيث تجبر المرأة التي مات زوجها ولم تنجب منه على الزّواج بأخيه، فإن كان صغيرا بقيت في بيت أبيها حتّى يكبر، فإن لم يكن له أخ تزوّجت بأقرب أقاربه، وإذا ولدت أولادا نُسِبُوا إلى الزوج المتوفى.

انظر في تفصيل ذلك: ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص50– 51.

للميلاد؛ ليتحوّل إلى زواج دينيّ يسيطر عليه الحاخامات[1].

وقد كان الزّوج عند طائفة القرائين يملك الزّوجة ويسودها مقابل المهر، بخلاف طائفة الرّبانيّين اللذين يأخذون بنظام الدّوطة[2]. وكانت للأب السّلطة المطلقة على ابنته، صغيرة كانت أم كبيرة، بينما كانت طائفة الرّبانيّين تعطي الولاية للأب على البنت البكر الصّغيرة مع أخذ رأيها وإلاّ كان لها حقّ الفسخ، أمّا الكبيرة التي بلغت السّابع عشرة مِنْ عمرها، والثّيب ولو صغيرة، فلا ولاية لأحد عليهما[3].

أمّا الموسويّون فقد جاء في نصّ المادّة 34 مِنْ كتاب الأحكام الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة –في سوريا – بأنّه لا ولاية ولا سلطة على مَنْ بلغت سنّ الرّشد، والمحدّد في نصّ المادّة 23 باثنتي عشرة سنة ونصف.

والأمر شبيه بما سبق عند المسيحيّين، فبعد أنْ تحسّن وضع المرأة عمّا كان عليه عند الرّومان، جاءت الكنيسة لتسلب حقوقها وكرامتها، وأضحت المرأة عندهم في أحقر منزلة؛ لأنّها حسبهم مصدر الخطيئة، ومدخل الشّيطان إلى نفس الإنسان بل وشريكته، وهي مُضَيِّعَةُ الإنسانيّة؛ فكان عليها أنْ تكون تابعة للرجل بل وعبدةً له[4].

وعلى صعيد الزّواج[5] لم يكن الإنجيل يحوي نصوصا تنظّم أحكام الزّواج؛ ممّا

---

(1) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص60.

(2) – ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص71–72.

القرائيون أو القراؤون هم الذين يتمسكون بالتوراة ويرفضون التلمود.

(3) – الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزّواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربيّة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الجزائر، 1974م، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982م، ص11.

وفي هذا المعنى مع بعض الاختلاف: فائزة اللبان، المرجع السابق، ص105– 106.

(4) – سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص137– 140؛ أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص21–23.

بل وعقدت بشأن المرأة ندوات ومؤتمرات، ولكن ليس لإعطائها حقوقها، بل للتباحث حول ما إذا كانت المرأة إنسانا أم لا، وهل تملك روح الرجل أم روح الحيوانات، حتّى وصل الأمر بهم في أحد الاجتماعات أن قرروا بأنه ليس لها روح أصلا وأنها لن تُبعث بعد موتها. انظر في ذلك: معروف الدواليبي، وضع المرأة في الإسلام، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الثالث، الكويت، ذو الحجة 1403هـ– سبتمبر 1983م، ص242.

(5) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص79–83.

جعله خليطًا بين أحكام القانون الرّوماني والتّقاليد الرّومانية والكلدانية والبابلية والآشورية والحمورابية وحتّى الفرعونية.

وكان السّن المسموح به لزواج الفتاة هو 12 سنة، وتكون حينها للأب سلطة مطلقة على ابنته، فلا تتزوج إلاّ بإذنه أو بإذن الأم أو أحد الأقارب المقرّبين عند وفاة الأب، فإذا بلغت 25 عاما لم تكن في حاجة إلى إذنه؛ فاستبعد رضاء الوليّ من طرف الكنيسة الغربية منذ القرن 12 للميلاد، محاربة لسلطة القهر والجبر الأبوية التي كانت سائدة عند الرّومان لخلطهم بينها وبين مسألة توجيه الأولياء للأبناء.

ونجد مثلا أنّ الأقباط الأرثوذوكس يشترطون رضا الوليّ إذا كانت المرأة دون الواحد والعشرين مِنْ عمرها، مع أخذ رضاها طبعا، وعند البروتستانت إذا لم تبلغ الثامن عشرة من العمر، وعند الكاثوليّك إذا لم تبلغ الرابع عشرة[1].

وفي الشرق الأقصى ممثّلاً بالصين والهند[2]؛ نجد أنّ المرأة كانت تشغل آخر مكان للجنس البشريّ في الصّين بل إنّه ليس هناك مخلوق أقلّ قيمة منها، وفي الهند كانت تمثل رمز الشّر والتّدنيس والغواية، ولم تكن في شريعة «مانو» لتحيا مستقلة عن والدها أو ابنها

(1) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص12.

أما الطائفة الأرمنية الأرثوذكسية فسن الزّواج طبقا لنص المادّة 15 من قانون الأحوال الشخصيّة هو 15 سنة بالنّسبة للفتاة، ومع ذلك تشترط موافقة الوليّ بالنّسبة لمن لم تبلغ 21 من عمرها طبقا لنص المادّة 21.

وهذا يعني أنّه لا ولاية على المرأة الراشدة عند المسيحيّين، كل ما في الأمر أنّ سنّ الرّشد يختلف مِنْ طائفة إلى أخرى، فهو 21 سنة عند الأرثوذكس، و18 سنة عند البروتستانت، و14 سن عند الكاثوليّك.

غير أننا وجدنا في قانون الأحوال الشخصيّة للسّريان الأرثوذكس ما يفيد ظاهرا خلاف ذلك، حيث جاء في نصّ المادّة 1/5: ((لاَ تُخْطَبُ الفَتَاةُ عِنْدَ بُلُوغِهَا السَّادِسَةَ [السَّادِسَ] عَشْرَةَ إلاّ مِنْ أَبِيهَا أَوْ وَلِيِّ أَمْرِهَا))، وهذا دليل واضح على اشتراط الولاية على المرأة البالغة، كون سن البلوغ وفقا لنص المادّة 4 هو 16 سنة بالنّسبة للفتاة و18 سنة بالنّسبة للذكر.

قلنا ظاهرا؛ لأنّ النّص يوحي بأنّ سنّ الرّشد هو 16 سنة، في حين أنّه السن الذي يعتد فيه برضاء المرأة، أمّا سنّ الرّشد القانوني فهو 21 سنة، أي يكون لها أن تتزوج دون موافقة وليّها إلاّ من باب التأدّب، أما قبل ذلك فموافقة الوليّ شرط لصحة الزّواج. انظر في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، شرح مبادئ الأحوال الشخصيّة في شريعة الأقباط الأرثوذكس، دار الطباعة الحديثة، مصر، 2000– 2001م، ص236.

(2) – انظر في ذلك: فايزة اللبان، المرجع السابق، ص150– 151.

أو زوجها، إلى درجة أنّها كانت تحرق إذا مات زوجها لتموت معه، واستمر ذلك إلى غاية القرن السّابع عشر.

أمّا أوروبّا - وبلاد الغرب عموما – التي تتزعّم التحرر الموهوم للمرأة، فإنها كانت تعاملها كأحقر مخلوق، وممّا يظهر ذلك أنّ البابا «أينو شنسيوس الثالث» سنة 1198م أصدر براءة بابوية يَعِدُ فيها بغفران خطايا مَنْ يتزوّج بالبغايا، وفي خلال خمسين عاما تأسست ثلاث رهبانيات لتأمين المأوى للعاهرات، وهذا دليل على نية تشجيع الزنا واعتبار المرأة سلعة تباع وتشترى. وها هو الكاتب الفرنسي «مونيك بييتر» يصف النساء بالسّاقطات ويقول بأنّهنّ «نعاج ضالة»[1].

وحينما صدر تقنين نابوليون سنة 1804م، جعل الرّجل منفردا بالتصرّف دون المرأة، واعتبرت قاصرة مدى حياتها، فلا تستطيع الشهادة أو المقاضاة، ولا التعاقد إلاّ في حدود ضيقة وبشروط معينة، ولم تتمتع المرأة ببعض حقوقها إلاّ في القرن التّاسع العشر[2].

والمرأة العربيّة قبل مجيء الإسلام كانت مهانة من وقت ولادتها إلى حين وفاتها، فإمّا أنْ توأد، وإمّا أنْ تُتْرَكَ حيّة على مضض. كما كانت محرومة مِنَ الميراث؛ أُمًّا كانت أو بنتا أو أختا أو زوجة. والأمر في زواجها لم يكن أحسن حالا، حيث كانت سلطة الوليّ عليها تامّة، فيزوّجها ممّن أراد، أحبّت ذلك أم كرهت، ولم تكن تستشار في زواجها إلاّ نادرا[3].

---

(1) – فايزة اللبان، المرجع السابق، ص156. نقلا عن: أسعد السحمراني، المرأة في التاريخ والشريعة، ص59– 60.

(2) – انظر في ذلك: فايزة اللبان، المرجع السابق، ص156.

وما زالت المرأة في بريطانيا تتقاضى ما يعادل 75٪ من أجر الرجل، رغم ادعائها بالحرية والمساواة. انظر: طارق عبد الحليم، الحرية العرجاء، مجلة البيان، العدد الخامس، لندن، شعبان 1407هـ– 1986م، ص54.

وفي الكيبك "*Québec*"، إلى غاية 1964، لم تكن للمرأة المتزوجة أهلية إبرام العقود المدنية منفردة.

V: POULIN Monique, le droit à la légitime défense en situation de violence conjugale: un régime de tutelle pour les femmes, mémoire présentée pour l'obtention du grade de maitre en droit, Université Laval, faculté de droit, Canada, 2002, p. 11 etc.

(3) – سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص98؛ ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص120؛ أحمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزّواج في الإسلام، د.ن. مصر، 1982م، ص9؛ كوثر كامل علي، أحكام تصرّفات =

ومِنْ مظاهر المهانة والإذلال للمرأة في المجتمع العربيّ القديم[1] أنّ زوجها إذا أراد ولدًا نجيبًا أو شجاعًا أو قويّ البُنْيَة، أرسل زوجته إلى رجل يتّصف بذلك لتحمل منه، ثم يعتزلها حتّى يظهر حملها، وينسب الولد إلى الزّوج لا إلى ذلك الرّجل، وهذا ما يسمى بنكاح الاستبضاع. أو تذهب المرأة الفقيرة، لاسيما في أيام القحط والجدب، لتحبس نفسها عند رجل غنيّ حتّى تَغْنَى بالمال والطّعام ثمّ تعود إلى زوجها، وكان يسمّى هذا بنكاح المُضامدة.

كما كانت المرأة تعاشر مجموعة مِنَ الرّجال دون العشرة، وعند ولادتها لمولود تستدعيهم وتنسب الولد إلى أحدهم، ولا يحقّ لهم الاعتراض، وهذا ما يدعى بالمُخادنة.

وعرف عندهم أيضا ما يسمّى بنكاح الضَّيْزَن، حيث عند موت الرّجل وتركه زوجة وأولادًا من غيرها، يرثه ابنه الأكبر في زوجته دون مهر أو عقد. ونكاح الشغار الذي يزوّج فيه الرجل ابنته أو أخته إلى رجل مقابل تزويج الآخر له ابنته أو أخته دون مهر، فكل واحدة هي مهر الأخرى. ونكاح البدل الذي يتبادل فيه الرّجلان زوجتيهما مؤقتا.

كلّ هذه الصّور تُظْهِرُ بجلاءٍ المكانة السّيّئة للمرأة في المجتمعات القديمة[2]؛ فهي سلعة تباع وتشترى يستمتع بها الرّجال كيفما شاءوا، ويَلْفَظونها متى ملّوا منها أو شعروا بعدم الحاجة إليها. فلما جاء الإسلام كرّمها وصانها وأعطاها حقوقها؛ فأعطاها حقّ الحياة بعد أنْ كانت تُدْفَن حيّة، ومنحها حقّها في الميراث بعد أنْ كانت لا ترث، وجعلها

= المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الأزهر، 1975م، دار النهضة العربيّة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2005- 2006م، ص3-5.

(1) - عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص18-35.

(2) - لم يشذ عن مسار إهانة المرأة قديما إلاّ ما كان في مصر القديمة، حيث كانت المرأة تختار زوجها بنفسها، بل ومن الباحثين من قال إن للثيب أن تبرم عقد زواجها دون موافقة والدها.

انظر في ذلك: محمود السقا، المركز الاجتماعي والقانوني للمرأة في مصر الفرعونية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والأربعون، العددان الأول والثاني، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، مصر، مارس - جوان 1975م، ص79-80؛ إيمان السيد عرفة، الزّواج وحقوق المرأة في المجتمعات القديمة، ص61- 62؛ المركز القانوني والاجتماعي للمرأة المصرية في العصرين الفرعوني والبطلمي ومدى تطبيق مبدأ المساواة عليها، دراسة تاريخية مقارنة، مجلة البحوث القانونيّة والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، السنة الحادية عشر، العدد الواحد والعشرون، مصر، أفريل 2002م، ص204- 205.

شقيقة الرّجل بعد أنْ كانت متاعًا أو شبه متاع.

كما صانها في عفّتها وأنوثتها وحيائها؛ فشرع الولاية عليها مِنْ أقربائها، إبعادًا لها عن مجالس الرّجال، وحرصًا عليها مِنْ مخالب المتعطّشين لعِرضها. هذه الولاية لم تكن بالصّفة القهريّة المطلقة التي عرفتها الأمم السّابقة بل كانت للحفاظ عليها وتوجيهها وتحصيل النّظر لها.

لهذا السّبب كان علينا أنْ نوضّح حقيقة هذه الولاية بجميع تفاصيلها، انطلاقا من تحديد مفهومها الإيجابي في الفصل الأول، ووصولا إلى تِبيان أقسامها في الفصل الثّاني؛ حتّى نزيح عنها الغبار الذي أحاطها به أعداء الإسلام والأسرة المسلمة، ليس حرصا على المرأة بل طعنا فيها وفي الإسلام، واتباعا للأهواء وتُرَّهات الغرب، الذي يدّعي أنّ الإسلام قد حطّ مِنْ كرامة المرأة وجعلها في مرتبة أدنى مِنَ الرّجل، بدليل أنّه أعطاها نصف ميراث الرّجل، وجعلها قاصرةً مدى الحياة في مسألة الزّواج![1].

(1) – انظر في هذا المعنى: مقال لجمعية المرأة في الاتصال، قانون الأسرة تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، جانفي 2008م، ص12 وما بعدها.

وللعلم فإن هذه الجمعية قد تأسست سنة 1995م، وترأسها المدعوّة نفسية لحرش. وهي إحدى الجمعيات التي تدعو إلى إلغاء تقنين الأسرة الجزائري، وتكريس المساواة الكاملة بين المرأة والرجل، وتصف من يتبع القرآن والسنة بالرجعي، وتريد أن تهدم نظام المواريث الذي لا مثيل له في الدقة والعدل حتّى بالنظر إلى الدول الغربية التي تدّعي المساواة، كما تريد أن يسمح للمرأة المسلمة بالزّواج من غير المسلم.

فقد صرح الاتحاد الوطني للنساء الجزائريات في حلقة دراسية عقدت سنة 1973م لدراسة مشروع تقنين الأسرة، بأنه لا يوجد مبرر للسماح للرجل الجزائري بالزّواج من كتابية في حين لا يحق للمرأة أن تتزوج من مشرك مؤهل لاعتناق الإسلام؟!

((Il n'y a pas de raison pour que l'Algérien puisse épouser une "KITABIYYA" et que l'Algérienne n'ait pas le droit d'épouser un "MOUCHREK" apte à embrasser l'islam)).

V: DEKHIL Farida, Le principe D'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien, revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, volume 26, n° 3 et 4, O.P.U, Alger, 1988. p. 720.

الفصل الأول

مفهـــوم الـولايـــة

ذكرنا أنّ الولاية على المرأة في الزّواج قد عُرِفَت منذ القديم، كما تعدّدت النظرات إليها وفق ما تخوّله مِنْ سلطات للوليّ على مَنْ هي تحت ولايته. هذا الأمر انعكس بدوره على تحديد مفهوم الولاية؛ فتعدّدت التعاريف بين مُعَمِّمٍ ومخصّص، وبين مُظهر لصورة الجبر والقهر فيها، وبين معارض لهذه الصّورة ومُظْهِر لجانب الصّيانة والنّظر والمسؤوليّة.

ونحن إذ ندرس هذا الموضوع، كان لزاما علينا أنْ نطرق جميع وجهات النّظر هذه، محاولين تحليلها والخروج بما نراه أقرب إلى الصّواب، هذا في المبحث الأول.

ولا نقف عند حدود ذكر التّعريفات؛ لأن ذلك قد يبقي مفهوم الولاية ملتبسا ببعض المفاهيم الأخرى، لهذا أردنا أنْ نبيّن الاختلاف بين الولاية وبعض المصطلحات التي تقترب منها كالوكالة والنّيابة والوصاية والكفالة وغير ذلك، وهو ما ستتم دراسته في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التّعريف بالولاية

التّعريف بالولاية يقتضي التّعريج على تعريفها لغة واصطلاحا، وهو ما أطلقنا عليه «التّعريف بالولاية لذاتها» أي دون الخروج عن مصطلح الولاية إلى مصطلح آخر، وهذا في المطلب الأول. كما يقتضي تمييزها عمّا يقترب منها أو يشتبه بها مِنَ المفاهيم والمصطلحات، وهذا ما خصّصنا له المطلب الثّاني.

المطلب الأول

التّعريف بالولاية لذاتها

بسبب كثرة تعاريف الولاية سواء مِنَ النّاحية اللّغوية أو الاصطلاحية، يتعذّر علينا إيرادها كلّها، لذا حاولنا جمع أكبر قدر ممكن مِنَ التّعاريف التي تخدم الموضوع، بالنّظر إلى الوجهة القانونيّة والشرعيّة والاجتماعية لهذا الشّرط وآثاره.

الفرع الأول

تعريف الولاية لغة

الولاية لغة جاءت مِنْ مادّة «وَلَيَ»، والوليّ مأخوذ مِنَ الوَلْي وهو القرب والدُّنُو كما جاء في الصّحاح واللسان[1]، ففي الوليّ معنى القرب، قال النّبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «لِيَلِنِي مِنْكُمْ أُولُو الأَحْلاَمِ وَالنُّهَى ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ...»[2].

---

(1)- إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربيّة، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1990م، مج6، ص2528؛ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، مج6، باب الواو، ج54، ص4923.

(2) - رواه مسلم، الصحيح، ج2، ص30؛ أبو داود، السنن، ص121، حديث رقم 674؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، د.ت ، ص66، حديث رقم 228؛ أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، د.ت، ص134، حديث رقم 807 و812؛ محمد بن يزيد القزويني، سنن بن ماجه، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، =

وفي هذا المعنى أيضا قال ابن فارس[1]: ((الوَاوُ وَاللاَّمُ وَاليَاءُ: أَصْلٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى قُرْبٍ. مِنْ ذَلِكَ الوَلْيُ: القُرْبُ. يُقَالُ: تَبَاعَدَ بَعْدَ وَلْيٍ، أَيْ قُرْبٍ. وَجَلَسَ مِمَّا يَلِينِي، أَيْ يُقَارِبُنِي)).

والوليّ هو اسم مِنْ أسماء الله تعالى، قال الله في محكم تنزيله: ﴿أَمِ ٱتَّخَذُوا۟ مِن دُونِهِۦٓ أَوْلِيَآءَ ۖ فَٱللَّهُ هُوَ ٱلْوَلِىُّ ... ﴿٩﴾﴾[2]، وهو كما جاء في لسان العرب[3]: النّاصِرُ، أو المُتَولّي لأُمور العالم والخلائق القائمُ بها. قال ابن الأَثير[4]: ((وَكَأَنَّ الوِلاَيَةَ تُشْعِرُ بالتَّدْبِيرِ والقُدْرَةِ والفِعْلِ، وَمَا لَم يَجْتَمِعْ ذَلِكِ فيهَا لَمْ يَنْطَلِقْ عَلَيْهِ اِسْمُ الوَالِي)). فسمي الله «بالوليّ»؛ لأنّه هو مدبّر الأمور، ومسيّر الخلق، والقائم على شؤون كلّ شيء في هذا الكون، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى يُنَزِّلُ ٱلْغَيْثَ مِنۢ بَعْدِ مَا قَنَطُوا۟ وَيَنشُرُ رَحْمَتَهُۥ ۚ وَهُوَ ٱلْوَلِىُّ ٱلْحَمِيدُ ﴿٢٨﴾﴾[5].

والوِلاية بالكسر كما قال ابن السّكيت: السُّلطان، أمّا الوَلايةُ بالفَتْح فهي النُّصْرة[6]. مثلما ورد في قوله تعالى: ﴿هُنَالِكَ ٱلْوَلَٰيَةُ لِلَّهِ ٱلْحَقِّ ۚ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرٌ عُقْبًا ﴿٤٤﴾﴾[7]. وقال سيبويه: الوَلاية بالفتح المصدر، والوِلاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنِّقابة؛ لأنّه اسم لِمَا توليّته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا[8].

= مكتبة المعارف، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1417هـ، ص177- 178، حديث رقم 976. قال الألباني: «صحيح».

(1) - أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة الثّانية، د.م، 1399هـ - 1979م، ج6، ص141، مادة «وَلَيَ».

(2) - من الآية 09 من سورة الشورى.

(3) - ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص4920.

(4) - المبارك بن محمد الجزري (ابن الأثير)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1383هـ- 1963م، ج5، ص227؛ ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص4920.

(5) - الآية 28 من سورة الشورى.

(6) - ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص4920.

(7) - الآية 44 من سورة الكهف.

(8) - ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص4920؛ الجوهري، الصحاح، مج6، ص2530؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العربيّة الكبرى، مصر، 1333هـ، ج3، ص117.

وقد ذكر الزّبيدي صاحب تاج العروس واحدا وعشرين معنًى للوليّ والمولى منها[1]: (المُحِبُّ)، وهو ضِدُّ العَدُوِّ، اسمٌ مِن وَالاه إذا أحَبَّه. ومنها: (الصَّدِيقُ)، ومنها: (النَّصِيرُ) مِن وَالاه إذا نَصرَه. ومنها: (الجارُ) و(الحَليفُ)، و(المُعْتِقُ)، و(المُعْتَقُ)، و(المالِكُ)، و(المُنعِمُ) و(المُنعَمُ عليه). وكذلك: (الصَّاحِبُ)، و(القَرِيبُ) كابنِ العَمّ وابنُ الأُختِ، و(الصِّهْرُ)، و(النَّزيلُ). و(الشَّريكُ) و(التّابِعُ). وأيضاً: (الرَّبُّ) جلَّ وعَلا، لتَولّيه أُمُور العالَم بتدبيره وقدرته.

ووليّ المرأَةِ هو: ((الَّذِي يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا وَلاَ يَدَعُها تسْتَبدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ دُونَه))[2].

وهذا يعني أن الوليّ في الزّواج هو القريب أو من له صلة بالمولى عليه، له سلطة، بموجبها تكون له القدرة على إنفاذ تصرّفه نحوه بنصرته وحسن تدبيره. ولعلّ المعنى اللغوي للولاية كان مصدرا لتحديد الشروط الخاصة بالولاية وربما حتّى أنواعها.

فالمعاني كلّها كما نرى إيجابية وتخرج عن الجانب السّلبي؛ فالقريب والصّديق والمحبّ والنّصير والشّريك والحليف... كل هذه الأسماء ومعانيها لها دلالات توحي بالرابطة القويّة بين الوليّ والمولّى عليه؛ فالوليّ بمعنى القريب هو الأكثر دنوًّا من المولى عليه، وبمعنى المحبّ أنه لا يريد إلاّ الخير لمن هو وليّ عليه، والصّديق والصّاحب كذلك، وهكذا سائر الأسماء والمعاني الأخرى للوليّ والمولى.

ولهذا السبب نجد أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وآرائهم قد بنوا الولاية على الشّفقة وكمال النّظر وحسن الرّأي والتّدبير.

---

(1) – محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1385هـ-1965م، ج40، ص242- 245.

(2) – ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص4921؛ الزبيدي، تاج العروس، ج40، باب الواو والياء، ص253؛ محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكاتب العربي، القاهرة، مصر، 1387هـ- 1967م، ج15، ص499.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

لم تتعرّض التّشريعات العربيّة إلى تعريف الوليّ أو الولاية، وهذا ليس عيبًا، إذ ليس من مهامّها القيام بذلك بل هو من صميم عمل الفقه، لذا قمنا بالبحث في بطون الكتب جمعا للتعريفات المختلفة للوليّ، وكم كانت قليلة، وبما أنّ الوليّ كمصطلح وثيق الصّلة بالولاية تركّز نظرنا على التّعريفات التي وردت بشأنها، ولتعدد وكثرة تعريفاتها اخترنا أهمّها في الفقه القديم والمعاصر، مع إيراد بعض التعليقات والتحليلات عليها.

أولا: تعريف الولاية في الفقه الحنفي

أ- **مضمون التعريف**:

إن المتصفح لكتب الفقهاء، يجد أن عبارة الولاية قد استعملت أو أطلقت على معانٍ كثيرة؛ فجاء مثلا في البحر الرائق لابن نجيم أن الوليّ في الفِقه هو: ((البَالِغُ العَاقِلُ الوَارِثُ، فَخَرَجَ الصَّبِيُّ وَالمَعْتُوهُ وَالكَافِرُ على المُسْلِمَةِ، وفي أُصُولِ الدِّينِ هو العَارِفُ بِاَللَّهِ تَعَالَى وَبِأَسْمَائِهِ وَصِفَاتِهِ حَسْبَمَا يُمْكِنُ، المُوَاظِبُ عَلَى الطَّاعَاتِ، المُجْتَنِبُ عَنِ المَعَاصِي، غَيْرُ المُنْهَمِكِ في الشَّهَوَاتِ وَاللَّذَّاتِ...))[1].

هذا تعريفٌ حسنٌ بالوليّ، مِنْ خلال ذكره للشّروط التي يجب توافرها فيه، رغم ما فيه مِنْ نَقْصٍ ومُبالَغَة في آن واحد؛ فالنقص يكمن في تخلف شروط أخرى للوليّ يَذْكُرُهَا أصحاب المذهب نفسه، إضافة إلى أنّه ليس شرطا أن يكون الوليّ وارثا إذ قد لا يكون وارثا، ومن ذلك السّلطان أو القاضي وبعض ذوي الأرحام. أما المبالغة فتكمن في اشتراط علماء الأصول معرفة الوليّ باللّه وأسمائه وصفاته ومواظبته على الطاعات وتركه المعاصي... فهذا وإن كان مشترطا في أوليّاء اللّه فإنّه غير مشترط في ولاية التزويج.

(1) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117.

أما الولاية في الفقه فهي: ((تَنْفِيذُ القَوْلِ عَلَى الغَيْرِ شَاءَ أَو أَبَى))[1]، والمعنى التفصيلي لهذا التّعريف هو كالآتي:

«**تنفيذ القول**»، أي ترتيب آثار الولاية بنفاذ وسريان قول الوليّ على مولّيه. وهذا الوليّ قد يتصرّف بالقول كما قد يتصرّف بالفعل، على أن القول لا يؤدّي معنى التصرّف الفعلي[2]. أما معنى عبارة «**على الغير شاء أو أبى**»، فالغير هنا هو غير ذات الوليّ، أي أنّ هذه الولاية متعدّية على نفسه إلى غيره، كما لا نَظَرَ إلى رأي المولّى عليه أو عليها، بل يجبر على نفاذ تصرّف الوليّ[3].

ب- **مناقشة التعريف**:

هذا التّعريف غير دقيق من عدّة أوجه: الأول هو أن القول إنّ الولاية هي تنفيذ القول، يجعلها قاصرة على مجال الأقوال دون الأفعال، فلو استبدلت كلمة «**القول**» بكلمة «**التصرّف**» لكان أفضل؛ لأن التصرّف أشمل من القول. والثّاني هو أن نفاذ القول على الغير، برضاه أو بعدمه على حدٍّ سواء، يعني أننا بصدد ولاية الإجبار فقط دون ولاية الاختيار أو الاستحباب كما يسمّيها الحنفية.

والوجه الثالث أن التّنفيذ لا يعبّر عن تعريف الولاية، إذ إنها صفة تقوم بالشّخص، وليس التّنفيذ إلاّ أثرا لها لا حقيقتها. كذلك من أوجه القِصَر في هذا التّعريف أنّه غير جامع لأفراد المُعَرَّف، فهو لا يتناول ولاية الشخص على نفسه وماله، والمعلوم أن الشخص

---

(1) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ-2003 م، ج4، ص154.

(2) – يقول أحمد نصر الجندي إن المقصود بالقول في هذا التّعريف لا يقتصر على الكلام بل يشمل التصرّفات القوليّة والفعلية.

أحمد نصر الجندي، ولاية التزويج في الفقه الإسلامي، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الأول، دبي، الإمارات العربيّة المتحدة، 1421هـ- 2001م، ص34.

(3) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من توليّ المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص220.

يكون وليّا على نفسه وماله قبل أن يكون وليّا على غيره[1].

والولاية تطلق كذلك على القدرة الشرعيّة على التصرّف الصحيح النافذ، سواء كان تصرّف الشخص لنفسه أم لغيره بالنّيابة، وسواء كانت هذه النّيابة من الشارع أم من الإنسان بإذن من الشارع[2]. وبيان أنها يجب أن تكون بإذن من الشارع، ما جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا ۖ هَلْ يَسْتَوُۥنَ ۚ ... ﴿٧٥﴾﴾[3]؛ فالعبد المملوك لديه القدرة الحقيقية للتجارة والزّواج، ولكن ليست لديه القدرة الشرعيّة على ذلك. فالقدرة الشرعيّة هي إذْنُ الشّرع وإطلاقه؛ فكان نفي القدرة الشرعيّة نفيًا للإذن والإطلاق، ولا يجوز إثبات التصرّف الشّرعي بغير إذن الشّرع[4].

ثانيا: تعريف الولاية عند المالكيّة

أ- تعريف ابن عرفة:

الولي عند المالكيّة - كما قال ابن عرفة - هو: ((مَنْ لَهُ عَلَى المَرْأَةِ مِلْكٌ أو أُبُوَّةٌ أَوْ تَعْصِيبٌ أَوْ إيصَاءٌ أَوْ كَفَالَةٌ أَوْ سَلْطَنَةٌ أَوْ ذُو إِسْلاَمٍ))[5].

---

(1) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص220، 221؛ عادل مبارك المطيرات، حكم اشتراط الوليّ في النكاح، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصيّة الكويتي، ص5. منشور على موقعه:
www.ftawa.ws/lib/downloadattach-43.html.

(2) – صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة بغداد، رسالة ماجستير منشورة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، د.م، 1976م، ص30.

(3) – من الآية 75 من سورة النحل.

(4) – علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1406هـ- 1986م، ج3، ص204.

(5) – محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود بن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1993م، ص241؛ محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ج1، ص274- 275؛ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1997م، ج2، ص4؛ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.م.ت، ص366؛ علي بن خلف المنوفي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني وبالهامش حاشية العدوي، تحقيق: أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، الطبعة الأولى، =

هذا التّعريف يُظْهِرُ أنّ الوليّ في عقد الزّواج هو من له سلطة على المرأة، قرّرها له الشّرع بسبب الملك في حالة الأَمَة، أو بسبب كونه أبًا أو عصبة كالأخ الشقيق أو لأب، والعم، أو لكونه وصيًّا أو كافلا، أو حاكما للبلاد ويدخل معه القاضي، أو بسبب ولاية الإسلام إن عدم من سبق ذكرهم.

ويلاحظ على هذا التّعريف أنّه ذكر طبيعة الولاية بأنها سلطة شرعيّة[1]، ولو أنّه لم يذكرها بصريح العبارة، لكن سياق الكلام يفيد بذلك، كما ذكر أسباب الولاية، وترتيب الأولياء، إلاّ أنّه أغفل ذكر ولاية الابن على أمه.

ب- **تعريف ابن جزي**:

إن المتتبع لكتب الفقه المالكي يجد أنهم عرّفوا الولاية بِمَعْنَى الآصِرَةِ (الرّابطة) المُوجِبَةِ لِلإِرْثِ[2]. فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي أنّ: ((الوِلاَيَةُ خَمْسَةُ أَنْوَاعٍ: وِلاَيَةُ الإِسْلاَمِ؛ وَلاَ يُورَثُ بِهَا إلاّ مَعَ عَدَمِ غَيْرِهَا. وَوِلاَيَةُ الحِلْفِ، وَوِلاَيَةُ الهِجْرَةِ؛ وَكَانَ يُتَوَارَثُ بِهِمَا أَوَّل الإِسْلاَمِ ثُمَّ نُسِخَ. وَوِلاَيَةُ القَرَابَةِ، وَوِلاَيَةُ العِتْقِ؛ وَالمِيرَاثُ بِهِمَا ثَابِتٌ))[3].

وقد أَوضح القاضي ابن رُشد المُرَاد بذلك فقال[4]: فَأَمَّا وِلاَيَةُ الإِسْلاَمِ وَالإِيمَانِ، فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ نصّ عَلَيْهَا فِي مُحْكَمِ القُرْآنِ فَقَال: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ

= مصر، 1407هـ- 1987م، ج3، ص77؛ علي بن عبد السلام التسوليّ، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1998م، ج1، ص400؛ عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، تونس، 1339هـ، ج2، ص27.

(1) - انظر في هذا المعنى: الرصاع، شرح حدود بن عرفة، ص242.

(2) - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الكويت، 1427هـ-2006م، ج45، ص136.

(3) - محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، مطبعة وزارة الأوقاف الكويتية، 1430هـ، ص560-561.

(4) - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشّرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ج3، ص127-132.

بَعۡضٍۚ ...﴿٧١﴾﴾[1] وَهِيَ وِلاَيَةٌ عامّة. وَأَمَّا وِلاَيَةُ الحِلْفِ (وَلاَءُ المُوَالاَةِ)، فَقِيل: إِنَّ النّاس كَانُوا يَتَوَارَثُونَ بِهَا فِي أَوَّل الإِسْلاَمِ بِدَلِيل قَوْل اللَّهِ عَزَّ وَجَل: ﴿... وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡۚ ...﴿٣٣﴾﴾[2] ثُمَّ نَسَخَ اللَّهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: ﴿...وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ ﴿٧٥﴾﴾[3].

وقيل: إنّ ذلك كان في الجاهلية، فلما جاء الإسلام أُمِرُوا أن يُؤتُوهُم نصيبهم من النّصر والنّصيحة والمَعُونَةِ والمشورة، أمّا الميراث فلا. بينما ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الآية مُحْكَمَة على ظاهرها في الميراث وفي غيره.

وأمّا ولاية الهجرة، فكان النّاس يتوارثون بها في صدر الإسلام، بلا خلاف بين أهل العلم في ذلك. قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَواْ وَّنَصَرُوٓاْ أُوْلَٰٓئِكَ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمۡ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْۚ ...﴿٧٢﴾﴾[4]؛ فكان المهاجرون والأنصار يتوارثون بالهجرة والمُؤَاخَاة التي آخى النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بها بينهم، دون ذوي الأرحام حتّى نزل قوله تعالى: ﴿...وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ ﴿٧٥﴾﴾[5]. فالمراد بأولي الأرحامِ في هذه الآية، من سمّى اللَّهُ في آية المواريث أو دخل فيها بالمعنى وإن لم يُسَمَّ.

وأمّا ولاية النّسب، فموجودة أيضا في القرآن. قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَلِكُلّٖ جَعَلۡنَا مَوَٰلِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَۚ ...﴿٣٣﴾﴾[6]. وقال حاكيا عن زكريا عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَإِنِّي خِفۡتُ ٱلۡمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي وَكَانَتِ ٱمۡرَأَتِي عَاقِرٗا فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا ﴿٥﴾﴾[7].

---

(1) – من الآية 71 من سورة التوبة.
(2) – من الآية 33 من سورة النساء.
(3) – من الآية 75 من سورة الأنفال.
(4) – من الآية 72 من سورة الأنفال.
(5) – من الآية 75 من سورة الأنفال.
(6) – من الآية 33 من سورة النساء.
(7) – الآية 05 من سورة مريم.

بمعنى: وإِنِّي خِفْتُ بني عَمِّي وَعَصَبَتِي من بعدي أن يرثوني. ﴿...فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝٥ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ ۖ وَٱجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا ۝٦﴾[1]، أي ولدًا وارثًا مُعِينًا يرث مالي ويرث من آل يعقوب النُّبُوَّةَ، وذلك أنّ زكريا كان من ولد يعقوب، فوهب الله له يحيى.

وأمّا ولاية العتق، فإنّها توجب الميراث عند انقطاع النّسب بحقّ الإنعام بالعتق والمنّ به عند جماعة العلماء.

وما نلاحظه على ما ذكره ابن جزي أنه ذكر أنواع الروابط التي توجب الولاية، لا الولاية بحد ذاتها، كما أن هذه الروابط تتعلق كلها بالميراث، أي موجبة للميراث، ولا علاقة لها بالزواج.

ثالثا: تعريف الولاية عند الشّافعيّة

بتتبع بعض كتب الشّافعيّة لم نستطع أنْ نصل إلى تعريف صريح للوليّ أو الولاية عندهم، حيث وجدناهم قد اقتصروا على ذكر الشروط التي يتوجّب توافرها في الوليّ، والمتمثلة في: الإسلام، الذّكورة، العقل والبلوغ، والحرّيّة، والرّشد والعدالة. كما أشاروا في مواضع عدّة إلى الولاية على أنّها سلطة تُمنح للشّخص إمّا على نفسه وإمّا على غيره[2].

غير أننا وجدنا تعريفًا للوليّ أورده الباحث نضال محمد عبد المعطي[3] وعزاه إلى كتاب تكملة المجموع للمطيعي، جاء فيه بأن الوليّ: ((مَنْ لَهُ عَلَى المَرْأَةِ مِلْكٌ، أو بُنُوّةٌ، أَوْ أُبُوَّةٌ، أَوْ تَعْصِيبٌ، أَوْ وَلاَءٌ، أَوْ إِيصَاءٌ، أَوْ كَفَالَةٌ، أَوْ سَلْطَنَةٌ، أَوْ ذُو إِسْلاَمٍ)).

هذا التّعريف ليس للشّافعية، وذلك راجع إلى عدّة أسباب: أوّلها أنّني لم أجد هذا التّعريف في تكملة المجموع - ولا في غيره - ، ولعلّ هذا راجع إلى أنّ الباحث قد أخطأ النّقل، أو إلى أنّ محقّق الكتاب ليس نفسه.

---

(1) – الآيتان 05 و06 من سورة مريم.

(2) – انظر في ذلك: ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص228.

(3) – نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 1427هـ- 2006م، ص6.

والسّبب الثّاني أنّ هذا التّعريف قد سبق ونقلناه عن المالكيّة، وهو تعريف ابن عرفة، مع بعض الزّيادة. أمّا السّبب الثّالث وهو الأهم، أنّ هذا التّعريف يذكر ولاية الابن، وولاية الوصيّ، وولاية الكافل، وكل هذه الأصناف لا يأخذ بها الشّافعيّة كما سنرى عند دراسة ترتيب الأولياء، فكيف إذن ينسب هذا التّعريف إلى الشّافعيّة؟ بل هذا هو عين تعريف الوليّ عند المالكيّة وفق ترتيبهم للأولياء، أي هو تصحيحٌ لتعريف ابن عرفة المالكي.

رابعا: تعريف الولاية عند الحنابلة

لم نجد مِنَ الحنابلة مَنْ عرّف الوليّ - على حدّ علمنا- إلا ما جاء في الإتقان لابن المبرّد بأنّه: ((مَنْ لَهُ الوِلاَيَةُ عَلَى المَرْأَةِ))[1]. وقد ذكره في باب النّكاح، ومِنْ ثمّ فالوليّ هو مَنْ يتولّى أمر تزويج المرأة، إذْ ليس لها ولاية في المذهب كما سنرى.

غير أنّه يفهم مِنْ كلامهم أنّ الوليّ هو الشّخص المسلم، الذّكر، الحرّ، البالغ، العاقل، الرّشيد. وهي الشّروط التي يُوجبونها في الوليّ حتّى يتولّى أمور زواج موليّته[2].

أمّا الولاية فهي: ((تَنْفِيذُ التصرّف فِي حقّ غَيْرِ المُكَلَّفِ مَوْلًى عَلَيْهِ لِقُصُورِ نَظَرِهِ))[3].

يلاحظ أنّ هذا التّعريف جمع في ثناياه بعض شروط الوليّ، حيث يجب أنْ يكون بالغا عاقلا؛ لأنّه هو من يكون مكلّفًا؛ ولأنهم أوردوا التّعريف عند ذكر شرط البلوغ، كما حوى بعض أسباب الولاية، بأن يكون المولّى عليه غير مكلّف، كالمجنون والمعتوه والصّغير، وتدخل المرأة معهم؛ لأنهم غير قادرين على التّصرّف لأنفسهم لِقِصَر نظرهم[4].

---

(1) – يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، إعداد: رضوان مختار بن غربية، دار المجتمع، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 1411هـ- 1991م، ج3، ص616.

(2) – انظر في تفصيل ذلك: المبحث الثاني من هذا الفصل.

(3) – مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961م، ج5، ص64؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1421هـ- 2000م، ج5، ص134.

(4) – مصطفى السيوطي، مطالب أولي النّهى، ج5، ص64؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص134.

وهذا التّعريف يشترك مع تعريف الحنفية في بعض الجوانب، ويختلف عنه في جوانب أخرى؛ فأما ما يشتركان فيه فهو مسألة نفاذ التصرّف الذي يأتيه الوليّ في حقّ المولّى عليه، مع ملاحظة أنّ الحنابلة استعملوا لفظ «التّصرّف» بدل لفظ «القول».

وأمّا ما يختلفان فيه فهو قصر تعريف الحنفية على ولاية الإجبار كما سبق، بينما هذا التّعريف جعل الولاية في حقّ غير المكلّف، وهذا يشمل المجنون والمعتوه، والصغير، يضاف إلى ذلك المرأة كبيرة كانت أو صغيرة.

خامسا: تعريف الولاية عند بعض المعاصرين

أ- **مضمون التعاريف:**

عرّف الفُقهاء والشُّراح المعاصرون الولاية بعدّة تعريفات مستندين على مَنْ سبقهم، فمنهم مَنْ قال إنّها: ((قِيَامُ شَخْصٍ كَبِيرٍ رَاشِدٍ عَلَى شَخْصٍ قَاصِرٍ فِي تَدْبِيرِ شُؤُونِهِ الشّخْصِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ))[1].

هذا التّعريف أظهر بعض شروط الوليّ، وهي البلوغ والرّشد، فلا تمنح الولاية لعديم الأهلية ولا لناقصها، وأنّها تكون على نفس ومال الغير.

غير أن ما يؤخذ عليه أنّه حصرها فقط في القاصر الذي لا يستطيع تدبير شؤونه، في حين أنّ الولاية في الزّواج قد تكون على القاصر كما قد تكون على غير القاصر. يضاف إلى ذلك أنّه تناول فقط الولاية المتعدّية إلى الغير دون الولاية القاصرة.

ومنهم من عرّفها على أنها بعمومها وإطلاقها: ((قُدْرَةُ الإِنْسَانِ عَلَى التَّصَرُّفِ الصَّحِيحِ النَّافِذِ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ، جَبْرًا أَوْ اخْتِيَارًا))[2].

---

(1) – مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1418هـ- 1998م، ج2، ص843؛ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض، السعودية، 1420هـ، ص25. نقلا عن: محمد رواس قلعجي، موسوعة إبراهيم النخعي، مركز البحث العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، الطبعة الأولى، ج2، ص715.

(2) – صالح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص31؛ حافظ محمد أنور، المرجع نفسه، ص27.

وهذا التّعريف أيضا يؤخذ عليه ما يؤخذ على التّعريف الذي جاء به الحنفيّة كما سبق وأوردناه، غير أنّه تلافى مسألة قَصْر الولاية على الغير، حيث جعلها على النفس وعلى الغير. كما أنّ الجبر والاختيار يكونان بالنسبة للغير، ولا يعقل أنْ يتعلّقَا بالنفس.

وقريب من هذا التّعريف، تعريف عبد الكريم زيدان بأنّها: ((قُدْرَةُ الشَّخْصِ شَرْعًا عَلَى إِنْشَاءِ التّصرّف الصَّحِيحِ النَّافِذِ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ، أَوْ عَلَى نَفْسِ الغَيْرِ وَمَالِهِ))[1].

كما عرّفها آخر بأنّها: ((سُلْطَةٌ يُثْبِتُهَا الشّرع لإِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ تُمَكِّنُهُ مِنْ رِعَايَةِ المُوَلَّى عَلَيْهِ مِنْ نَفْسٍ وَمَالٍ، وَحِفْظِهِ وَتَنْمِيَتِهِ بِالطُّرُقِ المَشْرُوعَةِ))[2].

هذا التّعريف وإن كان قد أضاف جديدًا مِنْ حيث أنّه حدّد طبيعة الولاية على أنّها سلطة، وأنّ هذه السّلطة يمنحها الشّرع - أو القانون - وأنّها تكون على المال كما تكون على النّفس، إلاّ أنّه خلط بين الولاية وبين الكفالة والحضانة؛ إذ الأخيرتان هما مَنْ تخوّلان بل وتلزمان الشّخص أنْ يقوم برعاية وحفظ مَنْ هو تحت كنفه.

ولعلّ من بين أقرب التّعريفات إلى الصّواب هو تعريف الباحث عوض العوفي على أنّها: ((سُلْطَةٌ شرعيّة لِعَصَبَةِ نَسَبٍ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمْ، يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ مَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلاً لِعَقْدِهِ))[3].

فهذا التّعريف الأخير كما نرى يختصّ بالولاية في عقد الزّواج، كما أنّه يحدّدها بشكل أدقّ، حيث يبيّن أنّها سلطة، وأنّ هذه السّلطة مستمدّة مِنَ الشّرع، وأنّ مَنْ يستحقّ الولاية هم العصبة بالنّسب، أو مَنْ يقوم مقامهم كالسّلطان وذوي الأرحام والوصيّ والكافل وغيرهم، على الاختلاف الذي سنبيّنه عند التّطرّق إلى ترتيب الأولياء، وفيه

(1) - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1413هـ- 1993م، ج6، ص339.

(2) - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص229.

(3)- عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الولاية في النكاح، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 1403/08/04هـ، الطبعة الأولى، المدينة المنورة، السعودية، 1423هـ-2002م، ج1، ص29.

إشارة إلى مَنْ تقع عليه الولاية ممّن ليس أهلاً لإبرام عقد الزّواج كالنّساء وناقصي الأهليّة أو فاقديها[1].

بل وفيه إشارة إلى مكانة وأهميّة الولاية في عقد الزّواج، حيث يجعلها التّعريف بمثابة الرّكن الذي إذا تخلّف بطل العقد، حيث ذكر أنّه يتوقّف عليها تزويج مَنْ لم يكن أهلا لإبرام عقد الزّواج.

وقد وجدنا تعريفا آخر تطرّق إلى ناحية أخرى مِنَ الولاية جاء فيه بأن الولاية مسؤوليّة شرعيّة محدودة بحدود اللّه، وهي واجبة وجوبا مطلقًا، وتمثّل تكليفًا شرعيًّا يقع على عاتق الوليّ، غرضه حماية مَنْ تحت ولايته، ولا تسقط عن المرأة بعد البلوغ، فهي حماية ورعاية وليّها لها، دون ظلم أو إجحاف بها[2].

إنّ مضمون هذا التّعريف جدير بالنّظر، كونه ابتعد عن المنظور السّلطوي الوحشيّ للولاية الذي كانت تعنيه في القانون الرّوماني عند ذكر ولاية الإجبار، والتي تمثّل عندهم سلطة تسلّط ربّ الأسرة على أولاده، وتدعى باللاتينية "*patria potestas*"[3]، وبالفرنسيّة "*puissance paternelle*"[4]، بل ربط الولاية بمفهوم المسؤوليّة، وهي مسؤوليّة الوليّ عمّن هي تحت ولايته، وبالتّالي جعلها واجبًا يقع على عاتق الوليّ تجاه موليّته، إذا أخلّ به كان

(1) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص29–30.

(2) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص271.

انظر كذلك في اعتبار الولاية مسؤولية شرعية وقانونية: عبد الفتاح تقية، الأحكام الفقهية الأساسية لأركان وشروط عقد الزواج، مطبوعة موجهة لطلبة الماجستير، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2011– 2012م، ص43.

(3) – انظر في معناها وآثارها وانتهائها عند الإغريق والرومان:

DAREMBERG Charles, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments, tome quatrième, première partie, librairie Hachette et Cie, Paris, pp. 342- 347.

(4) – وقد حاربت الكنيسة الغربية السلطة الأبوية وتمكنت من جعل رضا الوليّ ليس شرطا لصحة الزّواج في القرن الثاني عشر (12)، حتّى إن القانون الكنسي نصّ في مادته 1081 على أنّ رضا الطرفين المتمتعين بالأهلية القانونيّة هو الذي يعقد الزّواج ولا تغني عنه أي سلطة إنسانية.

انظر في ذلك: ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص271.

مسؤولا عن ذلك الإخلال[1].

كما ربطها بالمعنى اللغوي للولاية المتمثل في الحماية والنّصرة وتدبير شؤون المولّى عليه، ولهذا السبب جعل الولاية لا تسقط عن المرأة بعد بلوغها؛ لأنها دائمًا في كنف ورعاية وليّها، غير أنّ هذه الولاية وإنْ كانت مستمرّة على المرأة إلاّ أنّها مقيّدة بعدم ظُلمها والإجحاف في حقها، إمّا بتزويجها ممّن لا ترضى به أو بغير كفءٍ لها، أو بمنعها مِنَ الزّواج ممّن ترضاه مِنَ الأكفاء.

ب- **التعريف المختار**:

بالجمع بين التّعريفين الأخيرين، يمكننا الخروج بتعريف لولاية الزّواج على أنها: ((**سُلْطَةٌ وَمَسْؤُولِيَّةٌ شَرْعِيَّةٌ - فِي الوَقْتِ نَفْسِهِ- لِلْعَصَبَةِ بِالنَّفْسِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمْ، يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ مَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلاً لِعَقْدِ زَوَاجِهِ، دُونَ إِجْحَافٍ مِنْ طَرَفِ الوَلِيِّ**)).

فالقول إنّها سلطة، يبيّن منزلة الولاية والوليّ بالنّسبة إلى المولّى عليه، غير أنّ اللّفظ قد يشمل الولاية الشرعيّة وغير الشرعيّة؛ لذلك أضفنا إليها كلمة «شَرْعِيَّةٌ»، حتّى يقتصر معناها على تلك التي تستمد من الشّرع - أو القانون- فقط، وليس تلك التي تستمد من غيره، كأن تكون مستمدة من المولّى عليه في صورة الوكالة.

وجَمْعُ السّلطة مع المسؤوليّة، يفيد إضفاء القداسة على الولاية كونها ليست إطلاقًا للأوامر مِنَ الوليّ للمولّى عليه، بل هي تَحَمُّلُهُ لمسؤوليّة جليلة تجاه مَنْ هي تحت ولايته، وذلك بالحرص على مصلحتها، بالنّظر إلى أهمّية وخطورة هذا العقد.

أمّا عبارة: «لِلْعَصَبَةِ بِالنَّفْسِ»، فهي تِبْيَانٌ لمن يستحقّ الولاية، فحصرناها في العصبة بالنّفس حتّى لا ندخل فيها العصبة بالغير أو مع الغير[2]. ثم أضفنا عبارة «مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمْ»،

(1) – في هذا الصدد يقول الصادق بن عبد الرحمن الغرياني: إن الولاية مبنيّة على أساس التضامن في تحمّل المسؤوليات، وأنّ الهدف منها هو حفظ حقوقها لا هضمها.
انظر مؤلَّفَهُ: الأسرة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1428هـ- 2007م، ص74.

(2) – وهذا أخذا بقول جمهور الفقهاء، خلافا لقول الحنفية كما سنرى.

أي في حالة عدم وجود عصبة للمرأة يتولّى تزويجها، يحلّ محلّه مَنْ يقوم مقامه كالقاضي وذوي الأرحام كما سبق وأشرنا.

وعبارة: « يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ»، نعني بها أنّ الولاية تتعدّى سلطتها الإشراف على إبرام عقد الزّواج إلى كونها عنصرًا في صحّته، وتخلّفها يعني أنّه مشوب بعيب قد يؤدّي إلى فساده أو حتّى بطلانه. كما أنّ تخصيص العبارة بكلمة «تَزْوِيجُ» يقصد به حصر هذا التّعريف في ولاية التّزويج دون غيرها مِنَ الولايات الأخرى، كولاية التّربية والرّعاية والولاية على المال.

وبالنّسبة إلى قول: «مَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلاً لِعَقْدِ زَوَاجِهِ»، أي إنّ الولاية كما تثبت للعصبة بالنّفس ومَنْ يقوم مقامهم، فهي تثبت على أشخاص أو فئات معيّنة، وهم مَنْ لم تكن لهم قدرة على تحصيل النّظر في هذا العقد استقلالا، بالنّظر إلى أهمّيته وخطورته، وبالنّظر إلى الفضائل التي مِنَ المفترض أنْ يتحلّى بها المجتمع المسلم، وهي بهذا تثبت على النّساء، وعلى ناقصي وفاقدي الأهليّة، وعلى المحجور عليهم لأحد هذه الأسباب.

أمّا القول «دُونَ إِجْحَافٍ مِنْ طَرَفِ الوَلِيِّ»، فكما لا تستقل المرأة بعقد زواجها دون وليّها عقدًا أو إذنًا، لا يستقل الوليّ بعقده دون أخذ رأيها فيمن سترتبط به، كما لا يبخسها حقّها في الزّواج ممّن ترضاه مِنَ الأكفاء، الذي لا يلحقها ولا يلحق أسرتها منه مَعَرّة.

هذا إنْ كانت المرأة ممّن يمكن أنْ يرجع إليها في أمر الزّواج، بأنْ كان يؤخذ برأيها وعبارتها، فإنْ كانت ممّن لا يعتدّ بعبراتها، فكذلك لا يبخسها حقّها بالاحتياط لها في تزويجها إنْ في ذلك مصلحة لها، كأن يفيد ذلك في شفائها، أو تحصيل نفقتها، أو صون عِرضها كما سنوضّحه في ولاية الإجبار.

المطلب الثاني

تمييز الولاية عما يشتبه بها من المصطلحات

يقترب مصطلح الولاية مِنْ بعض المصطلحات كونه يشاركها في خصائصها؛ فنجده يشترك مع النّيابة والوكالة؛ لأن الولاية تجعل الوليّ يحل محل المولّى عليها في عقد الزّواج، ويشترك مع السلطة والإمارة لأنّ للوليّ فيها سلطة شرعيّة على المولّى عليها، كما يشترك مع الوصاية والكفالة؛ لأن الولاية تلزم الوليّ بالإشراف على المولّى عليها ورعايتها.

ومع ذلك نجد الولاية تختلف عمّا ذكرنا مِنَ المصطلحات مِنْ عدّة جوانب، نذكرها في ثلاثة فروع متوالية: فنميزها في الفرع الأوّل عمّا يشتبه بها مِنْ حيث خاصّيّة الحلول، وفي الفرع الثّاني مِنْ حيث التّحكم، أمّا في الثالث فنفرّقها عمّا يشتبه بها مِنْ حيث الإشراف.

الفرع الأول

تمييز الولاية عمّا يشتبه بها من حيث الحلول

قد يحل شخص مكان شخص في إبرام عقد من العقود، فيتولى مكانه ولحسابه هذه المهمة، ومن هذا المنطلق قد يشتبه الأمر بين الولاية التي يقوم فيها الوليّ بإبرام عقد زواج المرأة، وبين بعض المصطلحات كالنّيابة والوكالة، التي يتولّى فيهما شخص عقد زواج المرأة مكانها.

أولا: الولاية والنيابة

أ- **تعريف النيابة:**

النّيابة في اللّغة هي: جَعْل الإِنْسَانِ غَيْرَهُ نَائِبًا عَنْهُ فِي الأَمْرِ، يُقَال: نَابَ عَنْهُ فِي الأَمْرِ: إِذَا قَامَ مَقَامَهُ[1].

(1) – الأزهري، تهذيب اللغة، ج15، ص488؛ ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب النون، ج50، ص4569؛ الزبيدي، تاج العروس، ج4، ص315؛ الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار =

أمّا في الاصطلاح الفقهي، فقد عرّفها الدردير بأنّها: ((قِيَامُ الغير عَنْك بِفِعْلِ أَمْرٍ))[1]. كما عرّفت بعدّة تعاريف أخرى، منها[2]: ((أَنْ يَقُومَ الشَّخْصُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي عَقْدٍ أَوْ عَمَلٍ جَائِزٍ وَإِنْ شِئْت فِي الْتِزَامٍ أَوْ عَمَلٍ جَائِزٍ رَتَّبَ الشَّارِعُ عَلَيْهِمَا آثَارًا شرعيّة)). وقيل هي: ((قِيَامُ شَخْصٍ بِتَصَرُّفٍ شَرْعِيٍّ مَكَانَ غَيْرِهِ بِتَكْلِيفٍ مِنَ الشَّارِعِ أَوْ القَضَاءِ أَوْ بِالاِتِّفَاقِ أَنْ يُنْتِجُ التَصَرُّفُ آثَارَهُ فِي ذِمَّةِ الأَصِيلِ...))، وعُرِّفت أيضًا بأنّها: ((قِيَامُ شَخْصٍ مَقَامَ غَيْرِهِ بِأَمْرِ الشَّارِعِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِإِرَادَةِ شَخْصٍ آخَرَ أَوْ بِإِجَازَتِهِ اللاَّحِقَةِ فِي تَصَرُّفٍ قَابِلٍ لِلنِّيَابَةِ بِحَيْثُ تَعُودُ آثَارُ التَّصَرُّفِ إِلَى شَخْصِ الأَصِيلِ لاَ النَّائِبِ)).

مِنْ خلال التّعاريف المذكورة يتّضح لنا أنّ النّيابة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: نيابة شرعيّة أو قانونيّة، وهي التي ثبتت في حقّ بعض الأشخاص بسبب عدم قدرتهم على مباشرة التّصرّفات القانونيّة بأنفسهم؛ لصغر في السّن أو جنون وما يلحق بهما، ونيابة قضائية، وهي التي يقرّرها القاضي حفاظًا على مصالح بعض الأشخاص، كتعيينه قيّمًا أو وصيًّا. وهذان النوعان مِنَ النّيابة يندرجان تحت النّيابة الإجبارية.

أمّا القسم الثّالث فهو النّيابة الاتّفاقية وتسمّى أيضا النّيابة الاختيارية[3]، وهي التي يقرّرها المنوب عنه أو وليّه لمباشرة بعض التصرّفات القانونيّة، فإنْ قرّرها المنوب عنه فهي وكالة سابقة أو إقرار لاحق، وإنْ قرّرها الوليّ فهي وِصاية.

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والنيابة**:

من خلال ما تقدم نجد أنّ كلا من الولاية والنّيابة تشتركان في أنهما تمنحان للغير - الوليّ والنائب- حقّ مباشرة تصرّف عن الغير، لكنهما يختلفان في أنّ النّيابة أعَمُّ مطلقًا مِنَ الولاية؛ لأنها قد تكون اتفاقية وهي الوكالة غالبا، وقد تكون شرعيّة أو

= الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م، ج4، ص275؛ الجوهري، تاج اللغة، مج1، ص228.

(1) – محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، د.م.ت، ج2، ص17.

(2) – انظر في هذه التعاريف: ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص233– 234.

(3) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص235.

قانونية يفرضها التّشريع النّافذ وهي نيابة الوليّ، وقد تكون قضائية وهي نيابة الوصيّ أو القيّم[1]، والأخصُّ يستلزِم دائمًا معنى الأعَمِّ وليس العكس، فكلّ وِلايةٍ نيابة وليست كل نيابة ولاية[2].

وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في تقنين الأسرة الجزائري، حيث أفرد كتابا كاملا للنّيابة الشرعيّة - وهو الكتاب الثّاني- ، وضمّنه كلاّ مِنَ الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، وبالتالي فقد جعل النّيابة بهذا المفهوم أعمّ من الولاية.

ثانيا: الولاية والوكالة

أ- تعريف الوكالة:

الوكالة في اللّغة: التَّفوِيضُ إلى الغير وردُّ الأمر إليه[3]. أو أن يعهد شخص إلى غيره أن يعمل له عملا، وهي لفظة محدثة[4].

ومعناها في الاصطلاح الفقهي مختلف فيه وفقا لكل مذهب؛ فعرّفها الحنفيّة بأنّها: ((إِقَامَةُ الغَيْرِ مَقَامَ نَفْسِهِ - تَرَفُّهًا أَوْ عَجْزًا - فِي تصرّف جَائِزٍ مَعْلُومٍ))[5].

---

(1) – مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص844؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع نفسه، ص235. نقلا عن: نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، ص11 وما بعدها.

(2) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج45، ص138.

(3) – محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر– دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان– دمشق، سوريا، 1400هـ، ص732؛ ابن منظور، لسان العرب، مج 6، باب الواو، ج55، ص4910؛ الزبيدي، تاج العروس، ج31، ص97.

(4) – مجمع اللغة العربيّة بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدوليّة، الطبعة الرابعة، مصر، 1425هـ– 2004م، ص1055.

(5) – ابن عابدين، رد المحتار، ج8، ص241؛ عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الأولى، مصر، 1313هـ، ج4، ص254؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص139؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه المنتقى، تخريج: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ–1998م، ج3، ص306. وانظر: المادة 1449 من المجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1302هـ، ص204؛ والمادّة 799 من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: محمد قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1308هـ– 1891م، ص131.

=

وعرَّفها المالكيّة بأنّها: ((نِيَابَةُ ذِي حقّ - غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ وَلاَ عِبَادَةٍ - لِغَيْرِهِ فِيهِ، غَيْرَ مَشْرُوطٍ (ةٍ) بِمَوْتِهِ))[1].

وهي عند الشّافعيّة: ((تَفْوِيضُ شَخْصٍ مَا لَهُ فِعْلُهُ مِمَّا يَقْبَل النّيابة إِلَى غَيْرِهِ لِيَفْعَلَهُ فِي حَيَاتِهِ))[2].

أما عند الحنابلة فهي: ((اسْتِنَابَةُ جَائِزِ التصرّف مِثْلَهُ فِيمَا تَدْخُلُهُ النّيابة مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقِ الآدَمِيِّينَ))[3]. وهو التّعريف الذي اختاره المناوي صاحب التعاريف بقوله إنّها:

= وهو مأخوذ من التعريف اللغوي: «وَكَّلَ فُلاَنٌ فُلاَنًا: إذا اسْتَكْفَاهُ أَمْرَهُ ثِقَةً بِكِفايَتِهِ، أَوْ عَجْزًا عَنِ القِيَامِ بِأَمْرِ نَفْسِهِ».
انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج5، ص221؛ ابن منظور، لسن العرب، مج6، باب الواو، ج55، ص4909؛ الزبيدي، تاج العروس، ج31، ص99.

(1) - النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص374؛ المنوفي والعدوي، كفاية الطالب مع حاشية العدوي، ج4، ص137؛ محمد الخرشي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1317هـ، ج6، ص68؛ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ج3، ص351؛ محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، د.ت، ج7، ص160.

(2) - محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1408هـ-1987م، ص246؛ أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وأحمد البرلسي، حاشيتا القليوبي وعميرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى، مصر، 1375هـ- 1956م، ج2، ص336؛ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ج2، ص260؛ زين الدين بن عبد العزيز الملياري، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، د.م.ت، ص395؛ محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م، ج2، ص281؛ محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م، ج5، ص15؛ محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1417هـ- 1996م، ج3، ص456.

(3) - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ-2006م، ج8، ص412؛ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المطابع الأهلية للأوفست، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1397هـ، ج5، ص203؛ مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، منشورات المكتب الإسلامي، الطبعة الثّانية، الكويت، 1389هـ- 1969م، ص133؛ عبد الرحمن البعلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ-2002م، ج2، ص447؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص428؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1375هـ- 1956م، ج5، ص353.

((اسْتِنَابَةُ جَائِزِ التصرّف مِثْلَهُ فِيمَا لَهُ عَلَيْهِ تَسَلُّطٌ أَو وِلاَيَةٌ لِيَتصرّف فِيهِ))[1].

بينما عرفها المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 571 مِنَ التّقنين المدني بأنها: ((عَقْدٌ بِمُقْتَضَاهُ يُفَوِّضُ شَخْصٌ شَخْصًا آخَرَ لِلْقِيَامِ بِعَمَلِ شَيْءٍ لِحِسَابِ الْمُوَكِّلِ وَباسْمِه))[2].

فالوكالة إذن تشبه الولاية من حيث قيام الوكيل أو الوليّ بالتصرّف بدلاً عن صاحبه بسبب عجزه عن القيام به حقيقة أو حكما، ولهذا نجد أن تعريف المناوي للوكالة قد ضمنه شرط الولاية – وهو التسلط – ولفظها.

كما تتداخل الوكالة مع الولاية فيما إذا وكّل وليّ شخصا ليقوم بتزويج ابنته أو بقبول تزويجها ممن يخطبها، أو توكل المرأة عن نفسها من يزوّجها كما هو الأمر عند الحنفية والإمامية.

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والوكالة**:

رغم التّشابه الذي رأيناه بينهما إلاّ أنهما يختلفان من عدّة أوجه: أوّلها أن الوكالة عقد رضائيّ بين الموكّل والوكيل[3]، بخلاف الولاية التي تعتبر سلطة[4]، أو حقًّا، أو مسؤوليّة، وفق ما ذكرنا سابقا.

والوجه الثاني أنّ الموكّل هو من يعيّن الوكيل، فيكون له عزله متى شاء[5]، بينما الوليّ معيّن بمقتضى الشّرع أو النّص القانوني، وليس هناك من يعزله إلاّ القاضي لعذر شرعيّ، بل ليس له أن يعزل نفسه، بخلاف الوكيل الذي له أن يتنازل عن الوكالة.

---

(1) – المناوي، التعاريف، ص733.

(2) – يقابله نصّ الفصل 879 مدني مغربي، المادّة 699 ليبي، المادّة 699 مصري، المادّة 833 أردني، المادّة 655 سوري، المادّة 698 كويتي، المادّة 927 عراقي، المادّة 640 بحريني.

(3) – انظر في ذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 2000م، ص378 و 391 وما بعدها.

(4) – محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزّواج – انحلال ميثاق الزوجية وآثاره – الولادة ونتائجها، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2006م، ص125.

(5) – كقاعدّة عامّة يمكن عزل الوكيل في أي وقت ودون أخذ موافقته، غير أنّه لا يجوز ذلك إذا ما كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، دون رضائه أو لسبب وجيه. انظر في ذلك: السنهوري، المرجع السابق، ص660–668.

أما الوجه الثالث فيتعلق بالأهلية؛ فالوكيل يكفي فيه التمييز[1]، في حين يشترط في الوليّ كمال الأهلية. يضاف إلى ما سبق أن الوكيل قد يزوّج الموكّل أو الموكّلة، وقد يتزوّج هو ممن وكل بتزويجها، وهذا غير متصور في الوليّ إن كان من المحارم، ولكن يتصور في غيرهم كابن العم الذي يكون وليّا على ابنة عمّه فيخطبها لنفسه.

الفرع الثاني

تمييز الولاية عما يشتبه بها من حيث التحكم

إذا كان للوليّ قدرة على إجراء عقد زواج من هي تحت ولايته، فهذا يعني أنّ له نوع من السلطة عليها، تمنحه القيام بهذا العمل؛ لهذا قد يشتبه الأمر علينا بينها وبين مصطلحي السلطة والقوامة، وهذا ما سنزيحه في النقطتين الآتيتين.

أولا: الولاية والسلطة

أ- **تعريف السلطة:**

السُلطة هي السّيطرة والتّمكُّن والقهر والتّحكّم، ولهذا تجد السّلطان من له ولاية التّحكّم والسّيطرة في الدّولة[2].

وهي التي قُصِدَت من طرف الكنيسة الغربية في القرن الثاني عشر للميلاد، حيث كان للأب عند الكلدانيين والرومان واليهود وغيرهم، سلطة القهر والسّيطرة على أفراد الأسرة وصلت إلى درجة إمكانية القتل.

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والسلطة:**

إنّ الولاية - رغم كونها سلطة - ليس فيها معنى السّيطرة والتحكّم، فهي ليست إجبارًا وقهرًا، بل هي وفق قواعد الشّرع الإسلاميّ رحمةٌ ورعايةٌ ونظرٌ في مصالح الغير، وهذه الأخيرة ضد الأولى، فلا يسوغ الجمع بين متناقضين، ولهذا أعطيت الولاية للبالغ

(1) - السنهوري، المرجع نفسه، ص414- 418.
(2) - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج6، ص216.

العاقل العدل، لحماية ورعاية المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، واختيار الأصلح لها. وحتّى من قال بِجَبْرِ الصغيرة في الزّواج قد أعطاها حقّ الخيار عند بلوغها[1].

ولهذا عرّف زكي بدوي السلطة بأنها القدرة على التأثير، وأن لها طابعا شرعيا في إطار الحياة الاجتماعية، وتمثّل القوّة الطّبيعيّة أو الحقّ الشّرعيّ للتّصرّف أو إصدار الأوامر في المجتمع، بحيث يقبل المجتمع بهذا المركز، فيخضعون لأوامره وتوجيهاته[2].

كما أن لفظ السلطة قد يطلق على بعض الهيئات في الدولة كالسلطة التّشريعية؛ لأن لها القدرة على سن القوانين، والسلطة التّنفيذية التي يتمثل دورها أساسا في السهر على تطبيق السياسة العامّة للدولة، والسلطة القضائية، التي تعنى بالفصل في المنازعات وتحقيق العدالة.

أما السلطة التي هي بمعنى التسلط[3] فلا يتحقق شيء منها في ولاية التزويج التي كما قلنا هي لتحصيل النظر، وحماية ورعاية المولّى عليها، بمساعدتها في اختيار الزّوج الأنسب والأصلح لها، دون هضم حقها بمنعها، ودون التفريط فيها بتركها تستبد بعقد الزّواج بنفسها.

بيد أنّه قد يقال إنّ الأولياء يستبدون برأيهم ولا يأبهون لرأي المرأة عند تزويجها، فيزوّجونها متى أرادوا، وممّن شاءوا، وكيفما أحبّوا؛ ولهذا فإنّ الولاية تعتبر وسيلةً للتّسلّط والتّرهيب والقهر[4].

ويُجاب على ذلك بأنه فعلا هناك مِن الأولياء مَنْ يُظْهِرُ الولاية بمظهر القهر والتّسلط، ولكنّ هذا لا يعدو أن يكون خروجًا عن المعنى الحقيقي للولاية، والمقصد الشّرعيّ منها،

---

(1) – ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص272؛ علي فيلالي، امتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار المحكمة العليا، ملف رقم 90468، الصادر بتاريخ 1993/03/30، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، دار الحكمة، الجزائر، الجزء 41، العدد 01، 2000م، ص82– 83.

(2) – ذكر هذا التّعريف: علي أسعد وطفة، بين السلطة والتسلط، دراسة تحليلية، مجلة الفكر السياسي، السنة الأولى، العدد الثالث، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، سوريا، صيف 1998م، ص126.

(3) – انظر في ارتباط مفهوم السلطة بالتسلط: علي أسعد وطفة، المرجع نفسه، ص133– 137.

(4) – انظر في هذا الرأي: *DEKHIL Farida, op. cit. P. 719.*

ولهذا نجد أنّ من يجبر ابنته أو من هي تحت ولايته على الزّواج، أو يمنعها من الزّواج بمن تريد إنْ كان مناسبا لها، إمّا أن تسقط ولايته وتنتقل إلى غيره، أو يُجبَر هو على تزويجها بأمر من القاضي أو السّلطان؛ فيكون الادعاء بأن الولاية تقييد وتسلط وقهر ادعاء عارٍ من الصّحة مِنَ النّاحية الشرعيّة والقانونيّة.

ثانيا: الولاية والقوامة

أ- **تعريف القوامة:**

القِوَامَة هي القيام على الأمر أو المال ورعاية المصالح[1]، ومن ذلك نجد أن القيّم هو من يقوم على شأن شيء ويليه ويصلحه. وقد أتت القوامة على صيغة المبالغة في القيام بشيء والاستبداد بالنّظر فيه وحفظه[2]، ومنه قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ...﴿٣٤﴾﴾[3].

وإذا كان هذا هو المعنى اللّغوي للقوامة، فإنها في الاصطلاح لا تخرج عن هذا المعنى، رغم أننا لم نقف على تعريف صريح لها في كتب الفقه، إلاّ أنّ ثنايا كلامهم يفهم منها ذلك، لاسيما عند الكلام عن قوامة الرّجل على المرأة. فالرّجل هو القائم على المرأة أمرًا ونهيا ورعاية، كما يقوم الولاة على الرّعايا، غير أن الحصول على هذه القوامة إنما هو بسبب الفضل لا بسبب الغَلَبة والقهر[4].

وقد أطلقها الفقهاء في استعمالاتهم على عدّة معانٍ[5]:

---

(1) – محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1408هـ- 1988م، ص372؛ المعجم الوسيط، ص768.

(2) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج34، ص75 و ج45، ص138.

(3) – من الآية 34 من سورة النساء.

(4) – محمود بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التأويل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1418هـ- 1998م، ج2، ص67.

وانظر في معنى القيام والقوام: محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ج4، ص307 وما بعدها.

(5) – انظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج34، ص75-76.

- أنّها ولاية يفوّضها القاضي إلى شخص بالغ راشد ليقوم بمصالح شخص قاصر وتدبير شؤونه المالية.

- أنّها ولاية يفوّضها الواقف إلى شخص للقيام بحفظ المال الموقوف، والعمل على إبقائه صالحًا ناميًا وفق شرط الواقف.

- أنّها ولاية يكون بموجبها للزّوج أن يقوم بشؤون زوجته من تدبير وحفظ وصيانة، وتأديب، وإمساك لها في بيتها[1].

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والقوامة**:

بناءً على تعريفات القوامة، نلاحظ أنها تتعلق أساسا بالشؤون المالية للشخص، في حين أنّ الولاية بمعناها العام تشمل رعاية مصالح المولّى عليه في ماله ونفسه معًا، ومن ثم فالولاية أعم من القوامة[2].

وإذا قَصَرْنَا المسألة على ولاية الزّواج، قلنا إنها تتعلق بنفس المولّى عليها فيما يتعلق بعقد الزّواج فقط، وتكون من الأب على ابنته أو الأخ على أخته أو العم على ابنة أخيه... بينما القوامة تكون - في إطار العلاقة الزوجية – من الزّوج على زوجته؛ فالأولى تكون قبليّة أي قبل الزّواج، والثانية تكون بَعديّة أي بعده.

يضاف إلى ذلك أن القوامة لها جانب واحد دائما أي أنها تكون من أحد الطرفين على الآخر، ولا يمكن القول إن هذا الطّرف قيّم على الطّرف الثاني، وأن هذا الأخير قيّم أيضا على الطّرف الأول. في حين نجد أن الولاية قد تكون متبادلة بين الطّرفين، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ... ﴿٧١﴾ ﴾[3]. فالعلاقة بين الرجل والمرأة في الأمور العامّة تحكمها الولاية المتبادلة[4]، مثل أن تكون المرأة وليّة للرجل في رعاية الشؤون

(1) – أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي– مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ–1992م، ج3، ص148–149.

(2) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج45، ص139.

(3) – من الآية 71 من سورة التوبة.

(4) – إيمان رمزي خميس بدران، دور المرأة السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006م، ص65؛ معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص244– 247.

والشفقة والنصيحة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... وهذا النوع من الولاية المتبادلة – كما يقول الشيخ البوطي رحمه الله - لم يعرفه الغرب بمثل ما قررته الشّريعة الإسلامية، رغم ما يدّعونه من مساواة بين الرّجل والمرأة[1].

وقد جُعِلَتْ الولاية لطرف واحد، وهو الرّجل، لأسباب ثلاثة - كما قال ابن العربي- هي[2]:

- كمال العقل والتمييز؛ فالرجل له فضيلة على المرأة في زيادة العقل والتّدبير، ولذلك أعطي الحقّ في القيام على المرأة[3].
- كمال الدّين والطّاعة[4].
- بذل المال بالمهر والنفقة[5].

---

(1) – محمد سعيد رمضان البوطي، إلى الذي كتب يهذي حول موقف القرآن من حقوق الإنسان والمرأة في جريدة اللوفيغارو الفرنسية: http://fikr.com/bouti/article.php?&id=327

(2) – محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 1424هـ– 2003م، ج1، ص531.

(3) – محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1427هـ–2006م، ج6، ص280.

(4) – ليس المقصود أن المرأة ناقصة في الدين أو في طاعة الله تعالى، وإنما المقصود أن المرأة قد يعتريها ما يعطّلها عن إتمام العبادات أو القيام بها، مثل الحيض والنفاس، حيث تسقط عنها فيهما الصّلاة ولا تطالب بقضائها، ويسقط عنها الصيام الواجب في رمضان، ولكنّها تقضيه بعده، إلاّ أنّه معلوم أن فضل الصّيام في رمضان غير فضله في غيره.

(5) – من تكريم الإسلام للمرأة أنّه أسقط عنها النفقة، فهي ليست مطالبة بها، لا على زوجها، ولا على أولادها– ما عدا أبويها– بل ولا حتّى على نفسها؛ وجعل ذلك على عاتق الرجل. فإن كانت مع أبيها أو أخيها فهما المكلفان بالإنفاق عليها، وإن كانت عند زوجها أو ابنها انتقل التكليف إليهما، ومع ذلك أعطاها حقها في الميراث ولم يبخسها إياه. كما جعل المهر على عاتق الرجل لا على عاتق المرأة، استرضاءً لها وإظهارا لعلو مكانتها، وأنها مطلوبة لا طالبة.

وهذا بخلاف الغرب الذي يجعل المرأة مسؤولة على الإنفاق، ولهذا يطالبونها بالخروج إلى العمل والإجهاد في طلب الرزق، والخضوع لرغبات النفوس المريضة، إضافة إلى عدم وجود المهر عند الكثير من الدول الغربية وغير الإسلامية، بل إن منها من يجعل المهر على عاتق المرأة مثل ما هو عليه الأمر في الهند. وما هذا إلاّ تحويل للطبيعة الأنثوية التي جُبِلَتْ عليها إلى طبيعة رجولية مصطنعة، ثم يسمون هذا تحريرا للمرأة، وهو في الحقيقة تخريبٌ لها.

=

الفرع الثالث

تمييزها عما يشابهها من حيث الإشراف

غالبا ما يكون وليّ المرأة مشرفا على شؤونها تربية ورعاية، وهذا ما يجعلها تختلط بمصطلحي الوصاية والكفالة. فما هي الحدود الفارقة بينهما وبين الولاية؟

هذا ما سنسلط الضوء عليه في نقطتين متواليتين.

أولا: الولاية والوصاية

أ- تعريف الوصاية:

الوِصَاية في اللغة من المصدر «الوصيّ»، والإيصاء هو: ((طَلَبُ شيءٍ مِنْ غَيْرِهِ لِيَفْعَلَهُ عَلَى غَيْبٍ مِنْهُ حَال حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَمَاتِهِ)) [1].

= فلمّا وجدوا أن الإسلام قسّم الحقوق والالتزامات بين الجنسين بما يناسب كل واحد منهما؛ طعنوا فيه بإثارة الشبهات، إمّا بادعاء حرمانها من حقوقها مثل تقييد زواجها، أو نقص ميراثها، وإمّا بتغيير وصف التزام الرجل نحو المرأة بجعله عمليّة بيع للمرأة لا إكرامًا لها، بل ووصف الإسلام بأشنع الصفات، مثل أنّه دين همجيّة، وأنّه مبنيٌّ على الجنس، أي الشهوانيّة، وأنّه يَعتبرُ المرأة عارًا وممثّلة للشّيطان، وأنّها وسيلة للمتعة؛ والواقع يثبت أنّهم هم من يعيشون تلك الحياة والأفكار.

انظر في تفصيل ذلك: البحث الذي أعده فريدريك بعنوان «إسلام المحارم، إسلام المتعة»، فهو مليء بمثل هذا من بدايته إلى نهايته:

LAGRANGE Frédéric, Islam D'interdits, Islam de jouissances, La recherche face aux représentations courantes de la sexualité dans les cultures musulmanes, Recherche inédite en vue de l'Habilitation à Diriger la Recherche (H.D.R.), Université Paris Sorbonne-Paris IV, 2007-2008. p.3 etc.

وانظر في وصف دفع المهر بهذا الوصف:

DEKHIL Farida, op. cit. P. 719; RICHARD Charles, de l'esprit de la législation musulmane, typographie Bastide, Alger, 1849, p. 20; LEO Aurélie, Le Mariage forcé chez les jeunes filles d'origine Magrébine, Analyse d'une forme de violence, mémoire pour l'obtention de la Maîtrise Administration Economique et Sociale, mention «Développement Social», Université Montpellier III, 2003, p. 30.

وَوصف الدكتور بلحاج العربي عائلة العريس وعائلة العروس في قضية زواج «حورية» الشهيرة.

V: BELHADJ Larbi, Les atteintes à la liberté du mariage, étude comparée, revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, volume 26, n°2, O.P.U, 1988.. p. 431.

(1) – ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، الطبعة الأولى، حلب، سوريا، 1979م، ج2، ص358.

أمّا اصطلاحا فهي أن يقيم الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته للنظر في تركته وما يتعلق بها، وفي شؤون أولاده ورعايتهم. أما القيام ببعض التصرّفات حال الحياة فهو وكالة[1].

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والوصاية**:

لئن كانت الوصاية تدخل في مجال الزّواج في حالات معينة، كأن يوصي رجل شخصا ما ليزوّج إحدى بناته، فإنها تفترق عن الولاية من عدّة جوانب:

أولا: أن الوصاية تكون بعد وفاة الموصي، بينما الولاية لا تكون كذلك.

ثانيا: أن الولاية أعم من الوصاية؛ لأنها تكون عند إطلاقها على النفس والمال معًا، وقد تكون على النفس فقط، أما الوصاية – التي للأجنبي- فغالبا ما تكون على المال فقط[2].

ثالثا: أن الولاية أقوى من الوصاية؛ لأنها مستمدة من الشّرع أو نصّ القانون، بينما تستمدّ الوصاية من الموصي وهو الأب أو الجدّ، أو من القاضي طبقا لنص المادّة 92 من تقنين الأسرة، ولهذا نجد أن الوليّ لا يتم عزله إلاّ بعذر شرعي كزوال أهليته، بينما مجال عزل الوصي أوسع؛ فللموصي أن يعزله، بل ولكل من له مصلحة في ذلك. كما أن الإجماع قائم على أن الوليّ لا يملك أن يعزل نفسه، وامتناعه عن تولّي العقد لا يسقطها عنه بل ينقلها إلى من يليه إلى أن تصل إلى القاضي[3].

رابعا: أنّه يجوز تعدّد الأوصياء من نفس الدرجة ولنفس التصرّف، بينما في الولاية

---

(1) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7، ص205.

(2) – عبد الرحمن جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشّافعيّة، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الثّانية، السعودية، 1418هـ- 1997م، ج1، ص251؛ أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1405هـ- 1985م، ج1، ص455-456. (هذا فقط عند من يعطي الوصي الحقّ في ولاية الزّواج كالحنفية).

(3) – السيوطي، الأشباه والنظائر، ص251.

يحجب الوليّ الأقرب الوليّ الأبعد[1].

ثانيا: الولاية والكفالة

أ- **تعريف الكفالة:**

عرف المشرّع الجزائري الكفالة في نصّ المادّة 116 من تقنين الأسرة بأنها: ((اِلْتِزَامٌ عَلَى وَجْهِ التَّبَرُّعِ بِالقِيَامِ بِوَلَدٍ قَاصِرٍ مِنْ نَفَقَةٍ وَتَرْبِيَةٍ وَرِعَايَةٍ قِيَامَ الأَبِ بِابْنِهِ وَتَتِمُّ بِعَقْدٍ شَرْعِيٍّ))[2].

كما نصّ في المادتين 117 و118 على التوالي: ((يَجِبُ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ أَمَامَ المَحْكَمَةِ أَوْ أَمَامَ المُوَثِّقِ وَأَنْ تَتِمَّ بِرِضَا مَنْ لَهُ أَبَوَان)). ((يُشْتَرَطُ فِي الكَافِلِ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا، عَاقِلاً، أَهْلاً لِلْقِيَامِ بِشُؤُونِ المَكْفُولِ وَقَادِرًا عَلَى رِعَايَتِهِ)).

من خلال هذه النصوص يظهر أن الولاية والكفالة تشتركان في أنهما دون مقابل، وأن الوليّ والكافل لا بد أن يكونا بالغين عاقلين مسلمين مقتدرين، كما تشترك الولاية على النفس مع الكفالة في النفقة والتربية والرعاية عموما لاسيما إن كان المكفول أو المولّى عليه قاصرًا.

يضاف إلى ذلك أن الكفالة تخوّل للكافل السّلطات القانونيّة الممنوحة للوليّ[3]، ممّا يعني أنّ للكافل تزويج من هي تحت كفالته.

ب- **وجه الخلاف بين الولاية والكفالة:**

رغم أوجه الشبه التي ذكرنا بين الولاية والكفالة، إلاّ أنهما يختلفان من عدّة نواحي

---

(1) – نضال محمد عبد المعطي، المرجع السابق، ص10.
هذا ليس بإطلاقه؛ لأنّه قد يتعدد الأولياء من الدرجة نفسها، وسنرى فيما بعد الحكم الشّرعي في مثل هذه المسألة.

(2) – الكفالة المقصودة في هذا البحث ليست الكفالة في مجال التأمينات الشخصيّة بل الكفالة المنصوص عليها في تقنين الأسرة.

(3) – انظر نصّ المادّة 121 من تقنين الأسرة.

أهمّها:

- أن الكفالة تكون دائما على القاصر أو من هو في حكمه، بينما الولاية تكون على القاصر كما قد تكون على الراشد في مثل حال المرأة في ولاية الزّواج.
- أن الكفالة تكون بعقد شرعيّ، حيث تتم أمام المحكمة أو أمام الموثّق طبقا لنص المادّة 117 من تقنين الأسرة، والتخلّي عنها يكون أمام الجهة التي أقرّتها، وبعلم النّيابة العامّة، وتنتقل إلى ورثة الكافل إن أرادوا ذلك[1].

في حين الولاية – ولو أنّ مصدرها الشّرع أو القانون– لا تحتاج لثبوتها أو لقيامها اللجوء إلى المحكمة أو الموثّق. كما أنّها تثبت للأقرب إلى المرأة ولا تنتقل إلى مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الأقرباء إلاّ إذا تحقق فيه سبب من أسباب زوال الولاية، كالوفاة أو فقد الأهلية أو الغيبة، أو العضل.

- أنّ الكفالة قد يختص بها شخص أجنبي عن المكفول، ولا تصحّ إلاّ برضا الوالدين إنْ كان له والدان، بينما الولاية يختص بها القريب، ولا تنتقل إلى منْ هو أنزل منه في القرابة إلاّ إذا وجد مبرّر شرعي كأن يكون غائبا، أو محجورا عليه، أو كان عاضلا، أو وُجِدَ نصّ بذلك كما هو الشأن في المادة 11 من تقنين الأسرة الجزائري.

(1) – انظر نصّ المادّة 125 من تقنين الأسرة.

المبحث الثاني

شــروط الولايــة

الشروط التي نودّ دراستها هنا هي تلك التي تتعلق بالوليّ، دون التي تتعلق بالمولّى عليها، تجنّبا للتكرار والخروج عن الموضوع؛ لأننا ونحن بصدد البحث في هذا الموضوع نكون قد عرّجنا عليها، حيث من الشروط المتطلبة في المولّى عليها ما هو متفق عليه كأن تكون المرأة صغيرة وبكرا، وهذا خارج عن نطاق بحثنا، ومِنَ الشّروط ما هو مختلف فيه، كما لو كانت المرأة راشدة، وقد رضيت بالزّوج، وهذا هو جوهر موضوعنا؛ فلا يستساغ أن نجعله في فرع من فروع موضوع البحث.

وممّا سبق، لا يبقى من الشّروط إلاّ ما تعلّق بالوليّ، الذي يعدّ مفتاحا للمسائل المعروضة في بحثنا، والذي نجد أنّ الفقهاء قد اتفقوا بشأنه في بعض الشّروط، واختلفوا في البعض الآخر[1]، وهو ما نُولي الاهتمام بدراسته بشيء من التّفصيل في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الشروط المتفق عليها

هناك شروط في الوليّ كانت محل إجماع بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا التشريعات الوضعية، وهذه الشروط تتمثل في كون الوليّ بالغا عاقلا، وهو ما عبرنا عنه بكمال الأهلية، ثم كونه مسلما؛ لأنّه لا يمكن أن يكون غير المسلم وليًّا على المرأة المسلمة، وأخيرا كونه حرّا أي ليس مستعبدا، ولو أن هذا الشرط الأخير غير ذي أهمية فعليّة في عصرنا الحالي إلاّ أن دراستنا المقارنة تقتضي التّطرّق إليه.

(1) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 41، ص250–257؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثّالثة، دمشق، سوريا، 1409هـ– 1989م، ج7، ص195–197؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1400هـ–1980م، ص112–115.

الفرع الأول

كمـــال الأهليـــة

تمثّل الأهلية مدى صلاحيّة الشّخص لاكتساب الحقوق والتّحمل بالالتزامات ومباشرة التصرّفات؛ والولاية في الزّواج تتعدى إلى الغير، وهي متربطة بالنّظر وحسن التّدبير؛ لهذا اشترط الفقهاء، وكذا التشريعات، أنْ يكون الوليّ عاقلا بالغا.

أولا: العقل مناط الولاية

لا تثبت الولاية لمجنون ولا لصبيّ، فَهُما ليسا من أهل الولاية؛ لأنّ أهلية الولاية تكون بالقدرة على تحصيل النّظر في حقّ المُوَلَّى عليها، وذلك بكمال العقل والرأيّ، وهذا غير متوفّر في غير ذي عقل وغير البالغ، وحيث أنّه لا ولاية لأيّ منهما على نفسه فمن باب أولى ألاّ يكون لهما ولاية على غيرهما[1]، فالولاية أساسها المصلحة، ومن ذكرنا غير قادرين على أن يعرفا مصلحة نفسيهما، فإنْ كان الأمر كذلك فإنّهما لا يستطيعان معاونة غيرهما في تحقيق أوجه المصلحة[2].

---

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص237، وص239؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص116–117؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص132؛ أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر، ج3، ص312–313؛ الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2، ص230؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص236–237؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص208؛ عثمان بن محمد شطا الدمياطي المعروف بالبكري، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، المطبعة الميمنية، الطبعة الخامسة، مصر، د.ت، ج3، ص308؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص72– 73؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص274؛ محمد بن يوسف إطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1407هـ– 1987م، ج6، ص110– 111؛ أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكم اليمانية، صنعاء، اليمن، 1414هـ– 1993م، ج2، ص17؛ الحلي، تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، قم، إيران، د.ت، ج2، ص600.

وقال هذا الأخير: سلب العقل مسقط للولاية سواء كان لصغر كالصبي، أو لجنون أو لسفه، أو لكسر، أو لمرض شديد شاغل عن النظر، أو لهرم مانع من التحصيل والنظر، أو إغماء!

ولسنا ندري كيف أن الإغماء يسقط عن صاحبه الولاية، وبأي شكل يؤثر الكسر على تحصيل النظر؟!

(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص112.

غير أنّه ورد عن الإمام أحمد أنّه قال: «إِذَا بَلَغَ – الصَّبِيُّ– عَشْرًا: زَوَّجَ وَتَزَوَّجَ»[1]، وعنه أيضا: إذا بلغ اثني عَشْر[2]، وعند الحنفية كذلك[3]. وهذا يعني أن الشخص الذي تجاوز هذه السن صالح لأنْ يكون وليّا، على خلاف بين المذاهب الفقهية والتشريعات حول سنّ البلوغ أو سن الرّشد.

والجنون الذي يمنع الولاية هو الجنون المُطْبِق، وهو ما لازَمَ صاحبه سنة أو أكثر أشهر السنة. وقيل الذي لازم صاحبه شهرا، وهذا ما عليه الفتوى عند الحنفية. ونُقِل عن أبي حنيفة أنّه لا يُؤقِّت في الجنون المطبق بل يجعل الأمر بيد القاضي، فهو من يقدّر حالة الجنون. أمّا إذا كان الشّخص مجنونا جنونا غير مُطْبِق، فإنّ الولاية تثبت له في حالة إفاقته[4].

ويترتب عن هذا أنّه في حالة الجنون المُطْبِق لا ننتظر إفاقة الشّخص، بل تزوّج المرأة المراد تزويجها. أمّا في الجنون المتقطّع فتثبت الولاية له ولا تُزَوّج المرأة، بل ينتظر إفاقته مثله مثل النائم، غير أن علّة الولاية، والتي ترتبط بالنظر، تقتضي أنّه إذا جاء الخاطب الكفؤ،

---

(1) – ابن قدامة المغني، ج9، ص367– 368؛ عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، ص267؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص73.

(2) – المرداوي، الإنصاف، ج8، ص73.

(3) – ذكر ذلك: نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص25.

وقد أحال إلى كتاب الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص128، لكنّني لم أقف على ذلك في النّسخة التي لديّ من هذا الكتاب، كما لم أقف على ذلك في غيره؛ فما وجدته، أن البلوغ يكون بالاحتلام أو الإحبال أو الإنزال، أو ببلوغ 18 سنة بالنّسبة للذكر. وبالاحتلام أو الحيض أو الحبل، أو ببلوغ 17 سنة بالنّسبة للأنثى. وهذا هو البلوغ الطّبيعي. وأنّ أدنى عمرٍ للبلوغ هو اثنتا عشرة سنة للذكر وتسع سنين للأنثى، فإذا بلغا هذه السن سُمِّيَا مُراهقَين.

انظر في ذلك: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ج2، ص95–96؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج6، 446–448؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص203؛ محمد بن حسين بن علي الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ– 1997م، ج8، ص153–154.

(4) – محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق وتخريج عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ– 2003م، ج3، ص274؛ محمود بن أحمد بن مَازَة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ– 2004م، ج3، ص45، ج9، ص351.

وخِيفَ تفويت الفرصة بعدم التّزويج، فلا ينتظر إفاقة المجنون ولو كان جنونًا غير مُطْبِقٍ، أمّا إذا لم يُخَفْ فوات الفرصة اُنْتُظِرَ، وهذا ما رآه المتأخرون من الحنفية[1].

إلا أن الزّيديّة يرون بأن الجنون يسقط الولاية عن الشخص وينقلها فورا إلى من يليه، سواء كان الجنون مُطْبِقًا أم عارضًا، بل حتّى ولو كان من قبيل الصّرع، ولا يُستثنى مِنْ ذلك إلاّ زوال العقل بسبب مُسْكِرٍ أو بَنْج(*)، فينتظر حينها إفاقته ولا تسقط عنه الولاية[2].

وإذا كان كمال العقل مشترطًا في الفقه الإسلامي، وأن غير العاقل يعتبر عديم الأهلية بالإجماع[3]، فإنّه مشترط كذلك في التشريعات الوضعية؛ فالمشرّع الجزائري وإن لم ينص صراحة أن يكون الوليّ كامل الأهلية، فإنّه قد ذكر في نصوص متفرقة ما يفيد بذلك. فقد جاء في نصّ المادّة 07 من تقنين الأسرة: ((تَكْتَمِلُ أَهْلِيَةُ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ فِي الزَّوَاجِ بِتَمَامِ 19[تسع عشرة] سَنَة...)). كما نصّ في المادّة 40 من التقنين المدني على أن سن الرّشد هو 19 سنة، وأن من بلغ هذه السن متمتّعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه لسبب من أسباب الحجر يكون كامل الأهلية.

ونصّ أيضا في المادّة 91 من تقنين الأسرة على أن من أسباب انتهاء الولاية الحجر، والحجرُ وفق نصّ المادّة 101 من التّقنين نفسه يقع على المجنون والمعتوه.

كما نصّ في المادتين 9 مكرر و11 من تقنين الأسرة على أنّه يُشترط الوليّ في عقد الزّواج، سواء بالنّسبة للمرأة الصغيرة أو الراشدة؛ فإن كانت المرأة الراشدة هي التي تبلغ 19 سنة من عمرها فما فوق متمتعة بقواها العقلية، فمن باب أولى أن الوليّ الذي يبرم عقد

---

(1) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص274.

الشافعية يرون أن الجنون المتقطّع مثل الجنون المُطْبِقِ على الصحيح، يُسْقِطُ الولاية وينقلها إلى الوليّ الأبعد لا إلى القاضي. انظر: محمد الحسيني الحصني الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ- 2001م، ص475.

* البَنْجُ: نَبْتٌ مُخَدِّر، مُخَبِّطٌ للعقل، مُجَنِّنٌ، مُسَكِّنٌ للأوجاع. انظر: الزبيدي، تاج العروس، ج5، ص429.

(2) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص20.

(3) – انظر في ذلك: ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والعادات والمعتقدات، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، 1402هـ- 1982م، ص66.

زواجها، أو يحضر عقد زواجها كما هو منصوص عليه في المادّة 1/11 من تقنين الأسرة، لا بدّ أنْ يكون راشدًا وكامل الأهلية، وإلاّ لم يكن مسموحا له أنْ يتولّى إبرام عقد زواج مَنْ هي تحت ولايته، لاسيما وأنّ نصّ المادّة 93 مِنْ تقنين الأسرة يشترط في الوصيّ أنْ يكون بالغا عاقلا، وليس الوصيّ أولى بهذا الوصف مِنَ الوليّ.

فإذا كان الوليّ فاقد التّمييز بسبب صغر في السنّ أو جنون أو عَتَهٍ، وفق نصّ المادّة 42 من التّقنين المدني، وليس أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، فإن الولاية تسقط عنه كما قدّمنا، وبالتالي يمكن القول إن المشرّع اشترط أن يكون الوليّ في عقد الزّواج وفي غير عقد الزّواج راشدا، ومتمتعا بكامل قواه العقلية، وغير محجور عليه[1].

ولعلّ التشريعات الأخرى أيضا تقرّ بذلك؛ فقد جاء في نصّ المادّة 40 من كتاب الأحوال الشخصيّة لقدري باشا[2]، بأنه لا ولاية للوليّ الأبعد مع وجود الوليّ الأقرب إذا توافرت فيه شروط الأهلية، وهذا يفهم منه وجوب توافر شروط الأهلية المعروفة في الوليّ.

ونصّ المشرّع المغربي في المادّة 3/17 من مدونة الأسرة على أنْ يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكليه من الوليّ يجب أن تتوفر فيه شروط

---

(1) – يقول الدكتور أحمد الخمليشي بأنه لا يشترط في الوليّ إتمام سن الرّشد القانوني، وإنما يكفي فيه البلوغ، وهو ما قررته جل القوانين العربيّة في الولاية على الزّواج، وكذلك الفقه عندما قرر انتهاء الولاية على النفس بالبلوغ، حيث يجوز للبالغ الذي لم يتم سن الرّشد ولم يحجر عليه أن يمارس الولاية على شخص غيره وعلى نفسه من باب أولى.
أحمد الخمليشي، قوانين الأسرة بالدول العربيّة والوقاية من انحراف الأحداث وعلاجه، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد11، 1989م، ص18–19.
وهذا الكلام فيه نظر؛ لأن البلوغ المقصود في الفقه الإسلامي والمنظور إليه بالعلامات الفيزيولوجية أولا ثم بالسن إن لم تظهر تلك العلامات هو غير البلوغ في التشريعات العربيّة التي تحدّده على أساس السن فقط. إضافة إلى أن كل التقنينات العربيّة – عدا التقنين الإماراتي– قصدت بالبلوغ سن الرّشد وهو ما سيتضح لنا عند بحثنا لأنواع الولاية بشكل عام. هذا إلى جانب أنّ الشخص الذي لم يبلغ سن الرّشد وإنْ كانت له ولاية على نفسه، وهي ولاية محدودة، فإنّه لا تكون له ولاية على غيره إلاّ في حالة الترشيد، وهو الجواز الذي أشار إليه الخمليشي، وهذه الحالة استثنائية ومحدودة المعالم، تقتصر على شخص معين كترشيد الزّوج القاصر فيما يتعلق بمسائل الزّواج فقط، أو كترشيد القاصر والإذن له لممارسة التجارة.

(2) – محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان– بغداد، العراق، د.ت، ص65– 66.

الولاية. ومن باب أولى أن يكون الوليّ متمتعا بكامل أهليته.

هذا وقد ذكر الدكتور إدريس الفاخوري بأن شرط البلوغ شرط بديهي؛ لأنّ الصغير لا يصحّ أن يتولّى أمر غيره، فإذا تولّى عقد زواج امرأة، فإنّ هذا الزّواج يفسخ بطلقة بائنة حتّى بعد الدخول[1].

أمّا تقنين الأحوال الشخصيّة التونسي فقد حدد في الفصل8 المقصود بالوليّ والشروط الواجب توافرها فيه، فقال: ((الوَلِيُّ هُوَ العَاصِبُ بالنّسب وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَاقِلاً ذَكَرًا رَشِيدًا...)).

كما نصّ المشرّع الليبي في المادّة 7/أ من تقنين الأحوال الشخصيّة على أنّه يشترط في الوليّ أن يكون عاقلا بالغا. وكذلك المشرّع الموريتاني في المادّة 10 من مدونة الأحوال الشخصيّة[2].

أما تقنين الأحوال الشخصيّة لليمن في نصّ المادّة 1/18 فقد جاء فيه: ((إِذَا كَانَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ مُخَالِفاً فِي المِلَّةِ أَوْ مَجْنُونًا أَوْ تَعَذَّرَ الاتِّصَالِ بِهِ أَوْ خَفِيَ مَكَانُهُ انْتَقَلَتْ الوِلاَيَةُ لِمَنْ يَلِيهِ)).

وظاهر هذا النّص يفهم منه أنّ البلوغ ليس مِنْ شروط الوليّ، فيشترط فيه العقل فقط، وبالتالي يكفي فيه التمييز، إضافة إلى اتحاد الملّة. لكن بالنظر إلى نصّ المادّة 268 من التقنين نفسه، والذي يشترط البلوغ والعقل في الوصيّ، يتضح أنّه يشترط في الوليّ البلوغ أيضا؛ لأنّه أولى مِنَ الوصي بهذا الوصف كما سبق وذكرنا.

---

(1) – إدريس الفاخوري، الزّواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصيّة وفقا لآخر التعديلات، دار الجسور، المغرب، 1997م، ص97.

(2) – ونصّ صراحة على الشرط أيضا: المشرّع الأردني في المادّة 10 من تقنين الأحوال الشخصيّة بقوله: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ عَاقِلاً بَالِغًا...)). وهو ما جاء به تقنين الأحوال الشخصيّة للمسلمين السوداني في نصّ المادّة 33، والمشرّع العماني في نصّ المادّة 11/ب، على أنْ يكون الوليّ عاقلاً، بالغاً، والمشرّع البحريني في نصّ المادّة 13 من قانون أحكام الأسرة، والمشرّع الإماراتي في نصّ المادّة 33 من تقنين الأحوال الشخصيّة، والمشرّع القطري في نصّ المادّة 26 من تقنين الأحوال الشخصيّة.

وحتّى عند غير المسلمين نجد أن أهلية الوليّ معتبرة، فقد جاء في نصّ المادّة 7 من قانون الأحوال الشخصيّة للسريان الأرثوذوكس أنّه يشترط ألاّ يقل سن الوليّ عن 20 سنة، وهي سن كافية لاعتبار الشخص فيها راشدا.

ثانيا: بلوغ سن الرّشد شرط مكمل للعقل

يجدر الذكر بأن البلوغ والرّشد يختلفان فيما بينهما، كما يختلفان في القانون عنهما في الفقه الإسلامي؛ فالبلوغ عند الفقهاء يحدد عن طريق مظاهر البلوغ الطبيعي أو الفيزيولوجي للإنسان، وأهم علامات البلوغ الاحتلام، والإنبات، والحيض، والحمل. فيشترك الذكر والأنثى في الاحتلام أو إنزال الماء، وفي نبات شعر العانة، وتختص الأنثى بالحيض والحمل.

فإنْ لم تظهر إحدى علامات البلوغ التي ذكرنا، صِرنا إلى السن؛ فقال أبو حنيفة بأن بلوغ الذكر يكون بتمام ثمان عشرة سنة، وقيل تسع عشرة، والأنثى بتمام سبع عشرة سنة[1]، ودليل ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ... ﴿١٥٢﴾﴾[2].

وقد فسّر ابن عباس رضي الله عنهما هذه الآية بأن «الأشُدّ» هو بلوغ ثمان عشرة سنة، وبما أن المرأة سريعة البلوغ أُنقصت سنة فصار بلوغها هو تمام سبع عشرة سنة[3].

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج6، 53–54؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص95؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص172؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص153؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج6، ص446–447؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص203؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج10، ص126 وما بعدها؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج4، ص60؛ عبد الغني الغنيمي الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ج2، ص71.

(2) – من الآية 152 من سورة الأنعام.

(3) – ما وجدته في كتب التفسير أن ابن عباس رضي الله عنهما جاءت عنه عدّة روايات في معنى الأشدّ: فقيل ثمان عشرة سنة، وقيل عشرون سنة، وقيل بضع وثلاثون سنة، وقيل ما بين ثماني عشرة سنة إلى ثلاثين.
انظر في ذلك: محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1422هـ– 2001م ، ج13، ص67–68؛ محمود الألوسي، روح المعاني في =

وقال محمد وأبو يوسف، وهما من الحنفية، بأن سن البلوغ للذكر والأنثى هو تمام خمس عشرة سنة[1]، وهو قول الشافعي[2] وأحمد بن حنبل[3]. وهذا للأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم عَرَضَهُ يَوْمَ أُحُدٍ، وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يُجِزْنِي ثُمَّ عَرَضَنِي يَوْمَ الخَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي، قَالَ نَافِعٌ: فَقَدِمْتُ عَلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ وَهُوَ خَلِيفَةٌ، فَحَدَّثْتُهُ هَذَا الحَدِيثَ فَقَالَ: «إِنَّ هَذَا لَحَدٌّ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ، وَكَتَبَ إِلَى عُمَّالِهِ أَنْ يَفْرِضُوا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ»» [4].

واختلفت الروايات عن الإمام مالك في سنّ البلوغ[5]، فقيل تمام ثمان عشرة سنة وهو المشهور، وقيل الدّخول فيها، وقيل سبع عشرة، وزاد بعض شراح الرسالة ست عشرة وتسع عشرة، وقال ابن وهب خمس عشرة سنة.

= تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ج20، ص51؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص46؛ محمد الرازي فخر الدين، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1401هـ- 1981م، ج24، ص232، ج28، ص16؛ عبد الحقّ بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ- 2001م، ج4، ص280؛ علي بن محمد بن حبيب الماوردي، النكت والعيون، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية- مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، د.ت، ج3، ص20-21، ج5، ص276-277.

(1) - السرخسي، المبسوط، ج6، 53-54؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص95؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص172؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص153؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص203.

(2) - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، الطبعة الأولى، مصر، 1422هـ-2001م، ج4، ص451؛ إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، مختصر المزني في فروع الشّافعيّة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ- 1998م، ص145؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص344 وما بعدها.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج6، ص598-599؛ عبد السلام بن عبد الله الحراني (مجد الدين أبو البركات)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومعه النكت والفوائد السنية لمجد الدين ابن تيمية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ج1، ص347؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج2، ص495.

(4) - رواه البخاري، الصحيح، ج3، باب بلوغ الصبيان، ص177؛ مسلم، الصحيح، ج6، باب سن البلوغ، ص30.

(5) - الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص633-634؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج3، ص166-167.

وقال ابن حزم[1] بأنّ سن البلوغ هو تمام تسع عشرة سنة والدّخول في العشرين للذّكر والأنثى على السّواء، إذا لم تظهر علامات البلوغ، وردّ أقوال الفقهاء الآخرين بما فيها الأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما، بأنّ لا دليل فيه على البلوغ، رغم أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فهم منه البلوغ، كما أنّه لم يأت بأيّ دليل أو حجة معتبرة تجعل سن تسعة عشر هي سن البلوغ، سوى قوله أنه لا يختلف اثنان على أنّ من بلغ هذا العمر فارق الصّبا ولحق بالرّجال[2].

فإذا وصل الذَّكَرُ سنّ البلوغ، كانت له الولاية على نفسه وعلى غيره بلا خلاف، وإن بلغت الأنثى هذه السنّ، فإنّ الخلاف في ولايتها على نفسها وعلى غيرها كبير كما سنبينه في هذا البحث.

وإذا فحصنا التشريعات العربيّة في هذا الشّأن، وجدنا البلوغ ينظر إليه مِنْ ناحية السن فقط لا إلى الناحية الفيزيولوجية، وأن السن المحدد يطلق عليه غالبا سن الرّشد، مع أن الرّشد المقصود في الفقه الإسلامي ليس هو الرّشد المعني في القانون كما سبق وأشرنا.

ويلاحظ أن جميع التشريعات العربيّة التي بين أيدينا قد جعلت سن الرّشد أو البلوغ متأخرا عنه في الفقه الإسلامي؛ فنجد أغلب الدول العربيّة جعلت سن الرّشد هو ثمان عشرة سنة أخذا بالقول المشهور عند أبي حنيفة في الذكر، والمشهور عن الإمام مالك، وهذه الدول هي: المغرب، سوريا، الأردن، العراق، قطر، سلطنة عمان، والسودان، وما أخذ به القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[3]. وانفردت الجزائر بجعله تسع عشرة سنة أخذا

(1) – علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر، 1351هـ، ج1، ص88-91.

(2) – إن ابن حزم محقّ في عدم وجود دليل في الأثر المروي على سن البلوغ، ذلك أن حدّ البلوغ الذي يصبح به الشخص مكلفا يختلف باختلاف الواقعة، فهو في الصلاة مثلا عشر سنوات، وفي الصيام قد يزيد عن ذلك، وهو في القتال أزيد من ذلك؛ ولهذا سمح النبيّ صلى الله عليه وسلم لابن عمر بالقتال في سن الخامسة عشر لتوافر عناصر القوّة فيه، ولم يسمح له قبلها لتخلفها. غير أنّ تأخير البلوغ إلى تسعة عشر عاما مبالغ فيه.

(3) – القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (وثيقة الكويت)، الصادر عن جامعة الدول العربية. اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105– د6، بتاريخ 17 شعبان 1408هـ – 1988م.

برأي ابن حزم وأحد أقوال المالكيّة والحنفيّة، بعد أنْ كان سابقا سنّ الرّشد في التّقنين المدني يختلف عن سن الرّشد في تقنين الأسرة، حيث كان في الأول تسع عشرة سنة وفي الثاني ثمان عشرة سنة للمرأة وواحدًا وعشرين سنة للرّجل.

كما انفردت تونس بتحديد سنّ الرّشد بعشرين سنة طبقا للفصل 153 مِنْ مجلّة الأحوال الشخصيّة، ويكون محجورا عليه لصغره قبل ذلك، أما سن الزّواج فهو ثمان عشرة سنة طبقا للفصل الخامس [1]، وجعل المشرّعون: المصريّ والليبيّ والكويتيّ[2]، سنّ الرّشد واحدًا وعشرين سنة. ولم أقف على رأي فقهي يجعل البلوغ أو سنّ الرّشد أو الأشدّ واحدًا وعشرين سنة.

وخرج أيضا المشرّع الإماراتي عن بقية المشرعين، فجعل سن البلوغ هو ثمان عشرة سنة، بينما سن الرّشد واحدًا وعشرين سنة.

ونعتقد أنّ البلوغ بخصوص الزّواج، لا بد أن نربطه بسن معيّنة لا يتأخر عنها البلوغ إلاّ لخلل، ونرى أنّ أقرب الأقوال إلى الواقع بخصوص عقد الزّواج هو ثمان عشرة سنة، أي بالقول المشهور عن أبي حنيفة ومالك، والمعمول به في غالبية الدّول، وهو الذي يقبله العقل والمنطق بخصوص الرّشد أيضا؛ لأنّ من بلغ هذه السن لا محالة يعرف مصالح نفسه بشكل تامّ، وله أنْ يتولّى أمور غيره، وفي مقدّمتها إبرام عقد الزّواج.

الفرع الثاني

الإسلام

يعتبر إسلام ولي المرأة وقت إبرام عقد الزّواج شرطا لابد منه لثبوت ولايته، وصحة العقد الذي يتولاه، وهذا ما أخذت به كل التشريعات العربيّة التي بين أيدينا، ومن قبلها

---

(1) – يبدو أن المشرّع التونسي أخذ بالقول المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، والضحاك والسدي وسنان، بشأن سن الرّشد.

انظر في تفسير الأشدّ: الماوردي، النكت والعيون، ج3، ص21 و ج5، ص276؛ الطبري، جامع البيان، ج13، ص67–68؛ ابن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز، ج4، ص280.

(2) – جعل المشرّع الكويتي سن البلوغ عند المرأة 15 سنة بينما جعله عند الرجل 17 سنة.

انظر: نصوص المواد 26، 92–93 من قانون الأحوال الشخصيّة.

فقهاء الشريعة الإسلامية.

ورغم الاتفاق على هذا الشرط في عمومه، إلاّ أنّ فقهاء الشّريعة الإسلامية فصّلوا فيه بشكل يجعل بعض النقاط محلّ اختلاف، وهو ما سنبيّنه في النّقطة الأولى، لنرى ما جاء في التّشريعات الوضعيّة في النّقطة الثّانية.

أولا: شرط إسلام الولي في الفقه الإسلامي

النّاظر في أقوال فقهاء الشّريعة حول اشتراط الإسلام في ولاية المسلم على المسلمة، يجدهم قد اتفقوا كأصل عام على ذلك، فقد أجمع أهل العلم على أنْ لا ولاية للكافر على المسلم[1]؛ لأنّه لا ميراث بينهما، لقول النَّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَيْئًا»[2]، والشّرع قد قطع ولاية الكافرين على المسلمين جملة وتفصيلا فقال اللّه تعالى: ﴿...وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾[3]. وقَال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى»[4].

---

(1) – ذكر هذا الإجماع: محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة الفرقان – مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الثّانية، الإمارات العربيّة المتحدة، 1420هـ- 1999م، ص103؛ الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، رأس الخيمة، الإمارات العربيّة المتحدة، 1426هـ- 2005م، ج5، ص23؛ أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثّالثة، الرياض، السعودية، 1417هـ-1997م، ج9، ص377؛ علي بن محمد بن عبد الملك المعروف بابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1424هـ - 2004م، ج2، ص9؛ محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، الطبعة الثّالثة، مكة المكرمة، السعودية، 1430هـ- 2009م، ج3، ص132؛ محمد بن قدامة، أحمد بن قدامة، المرداوي، المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، مصر، 1416هـ- 1996م، ج20، ص179؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص473.

(2) – أخرجه: أبو داود، السنن، ص518، حديث رقم 2911؛ الترمذي، السنن، ص476، حديث رقم2108؛ ابن ماجه، السنن، ص464، حديث رقم2731. قال الألباني: «حديث صحيح».

(3) – من الآية 141 من سورة النساء.

(4) – رواه علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لمحمد شمس الحقّ العظيم آبادي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ-2004م، =

كما أن هناك من الوقائع التي حدثت زمن النبي ﷺ وزمن الصحابة ما يفيد ذلك؛ فقد ورد عن أمّ حبيبة رضي الله عنها : «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِأَرْضِ الحَبَشَةِ زَوَّجَهَا النَّجَاشِيُّ»[1]، ولم يزوّجها أبوها أبو سفيان؛ لأنّه كان حينها على الكفر. وورد أنَّ عليًّا رضي الله عنه أجاز نكاح الأخ، وردّ نكاح الأب وكان نصرانيًّا[2].

ورغم الاتفاق المبدئي بين الفقهاء حول المسألة، إلاّ أن هناك بعض التفاصيل التي يختلفون فيها.

أ- **شرط الإسلام عند الحنفية**:

إضافة إلى ما سبق، ذكر الحنفية بأن من أسباب عدم ولاية الكافر على المسلم أن إثبات ولايته تُشْعِرُ بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز، وبسبب ذلك صينت المسلمة عن نكاح الكافر[3]. كما أن الكافر لا يريد النظر لمصلحة المسلم غالبًا، لما بينهما من العداوة في الدِّين[4].

فإذا كانت لا ولاية للكافر على المسلمة، فإنّه كذلك لا ولاية للمسلم على الكافرة، فإن كان الوليّ مسلما والمولّى عليها كافرة فلا ولاية له عليها؛ لأن المسلم لا

= ج4، ص371، حديث رقم3620؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص205؛ علي بن حسام الدين البرهان فوري، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، بيروت، لبنان، 1405هـ-1985م، ج1، ص66. قال الألباني: «صحيح موقوفا، حسن مرفوعا». انظر: إرواء الغليل، ج5، ص109.

(1) – رواه أحمد بن عمرو بن الضحاك الشيباني، الآحاد والمثاني، تحقيق: باسم فيصل أحمد الجوابرة، دار الراية، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1411هـ-1991م، ج5، ص417، حديث رقم 3067؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص139؛ النسائي، السنن، ص518، حديث رقم 3350؛ أبو داود، السنن، ص365، حديث رقم 2107. قال الألباني: «صحيح».

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص367؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1997م، ج6، ص109.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239.

(4) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، 239؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص177؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج5، ص535؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص277.

يرث الكافر كما لا يرث الكافر المسلم[1]، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ»[2]؛ فولاية الكافر على المسلمة ممنوعة قياسًا على منع التوارث بينهما[3]. غير أن المسلم إذا كان سيّدًا لأمة كافرة، أو سلطانا أو نائبا له، كانت له الولاية على المرأة الكافرة بموجب الولاية العامّة[4].

كذلك لا ولاية للمرتد مطلقا، لا على مسلم ولا على كافر، ولا حتّى على مرتد مثله، بل ولا ولاية له على نفسه، فلا يجوز له الزّواج من مسلم أو كافر أو مرتد[5].

أما شرط إسلام الوليّ لثبوت الولاية بعمومها فليس بشرط، إذ للكافر ولاية على الكافر، ذلك أن الكفر لا يقدح في الشفقة التي هي مدعاة إلى تحصيل النظر في حقّ المولى عليها، فهو من أهل الولاية على نفسه وكذلك من أهل الولاية على غيره[6]، قَال عَزَّ وَجَل: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ ...﴿٧٣﴾﴾[7].

ب- **شرط الإسلام عند المالكية**:

المالكيّة أيضا قالوا: لا ولاية لكافر على مسلمة، ولا لمسلم على كافرة، ولا يستثنى من ذلك إلاّ الأمة الكافرة تحت يد سيدها المسلم، أو مُعتَقَةً أعتقها في بلاد الإسلام، فله

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص132–133؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، المطبعة الأميرية، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1310هـ، ج1، ص284.

(2) – أخرجه البخاري، الصحيح، ج8، ص156؛ مسلم، الصحيح، ج5، ص59.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239؛ زكريا الأنصاري الشافعي، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ج2، ص37.

(4) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص132–133؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص194؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص125–126؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص284؛ محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية الشرنبلالي، مير محمد كتب خانه، كراتشي، باكستان، 1308هـ، ج1، ص388.

(5) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص284.

(6) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص194؛ علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ مع شرح اللكنوي، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى، كراتشي، باكستان، 1417هـ، ج3، ص47.

(7) – من الآية 73 من سورة الأنفال.

تزويج الأمة من كافر[1]، أما المعتقة فيزوّجها لكافر أو لمسلم إن كانت كتابية[2].

فإن كانت المرأة الكافرة ليست أمَةً ولا مُعْتَقَة، ومع ذلك قام وليّها بتزويجها، فرقنا بين ما إذا زوّجها وليّها لكافر أم لمسلم؛ فإن كان قد زوّجها لكافر فلا اعتراض على ذلك؛ لأنه لا يمكن التعرّض لهم في الزّنا إذا لم يعلنوه، والزّواج الفاسد أولى مِنَ الزّنا في ذلك. أمّا إنْ زوّجها لمسلم، فُسِخ العقد[3].

ج- **شرط الإسلام عند الشافعية**:

قال الشّافعيّة: لا يكون الكافر وليّا على المسلمة لا بسبب النّسب، ولا بسبب الحكم، ولا بسبب الملك[4].

أمّا الكافرة فينظر في أمرها من النواحي الثلاث لأسباب الولاية؛ فإن كنا أمام الولاية بالنّسب، كان وليّها من شاركها في النّسب وساواها في الدّين، فلو كانت المرأة نصرانية، ولها أخ مسلم، وآخر يهودي، وثالث نصراني، ورابع مجوسي؛ فلا ولاية للمسلم عليها، ويشترك باقي الإخوة في الولاية عليها، ولا يختص بذلك النّصراني؛ لأنّ الكفر ملّة

---

(1) – عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، رسالة دكتوراه منشورة، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، د.ت، ج1، ص285–286؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ–1998م، ج1، ص490؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص45.

(2) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص45؛ صالح عبد السميع، الثمر الداني، ص387؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص188؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص25.

(3) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص45؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص25؛ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية الصاوي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1986م، ج2، ص371–372.

ذكر ابن حزم (المحلى، ج9، ص473)، بأن ابن وهب تلميذ الإمام مالك قال بأن المسلم يكون وليّا على ابنته الكافرة. ولم أقف على ذلك فيما اطّلعت عليه من كتب المالكيّة.

(4) – الشافعي، الأم، ج6، ص38–39؛ علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ–1994م، ج9، ص116؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص227–228؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص132؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص210.

واحدة، قال الله عزّ وجل: ﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ ...﴿٥١﴾﴾[1]. فإن كان أحد إخوتها مرتدًّا، فلا ولاية له عليها، وبالمقابل لا ولاية لأحد عليها إذا كانت هي المرتدّة، وليس لها أنْ تتزوّج لا من كافر ولا مرتدّ، فضلا عن المسلم[2]. أمّا إن كانت الولاية بسبب الحكم، ولم يوجد لها قريب من الكفّار، كان لحاكم المسلمين أن يزوّجها بكفءٍ مسلم أو كافر[3].

وبالنّسبة للولاية بالمِلك ففي ذلك وجهان: الأول أنّه يجوز للمسلم أن يزوّج أمته الكافرة، وهذا قول المرزويّ والإصطخري، وهو ظاهر قول الشافعي. والوجه الثّاني أنّه لا يجوز للمسلم أن يزوّج أمته الكافرة، وهو قول المُزني والدّارَكِي[4].

د- **شرط الإسلام عند الحنابلة**:

لا يختلف الحنابلة كثيرا عن الشّافعيّة في هذه المسألة؛ فليس للمسلم تزويج قريبته الكافرة، وكذلك ليس للكافر ذلك بالنّسبة إلى المسلمة، ولا يستثنى منه إلاّ الأمة التي تكون تحت يد مسلم، أو السّلطان إذا لم يكن للذِّمِّيّة وليّ[5].

---

(1) – من الآية 51 من سورة المائدة.

(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص116؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص232؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص210؛ يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين ومعه المنهاج السوي ومنتقى الينبوع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، السعودية، 1423هـ-2003م، ج5، ص412؛ عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1417هـ- 1997م، ج7، ص557.

(3) – الشافعي، الأم، ج6، ص39؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص116؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص210؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص412.

لعلّ المقصود هو تزويج المرأة الكتابية لمسلم، وإلاّ فإنّه لا يجوز بحال أن يتزوّج المسلم بكافرة؛ للأدلة الصريحة من القرآن على ذلك.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص116-117.

(5) – عمر بن الحسين الخرقي، مختصر الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، الطبعة الأولى، طنطا، مصر، 1413هـ-1993م، ص99؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص274؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص377-378؛ الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، مصر، 1418هـ-1997م، ج4، ص230.

=

واختلفوا في أم ولد كافر إذا أسلمت، أو مكاتبته أو مدبرته[1]، فهل لسيدها الكافر تزويجها أم لا على قولين[2]:

الأول أن له تزويجها؛ لأن ولاية الملك لا يشترط لها أهلية، فهو يملكها، وكما له إجارتها له تزويجها.

والقول الثاني: أَنْ ليس لسيدها أن يزوّجا؛ لأنها مسلمة، وقد ذكرنا الآية الدّالة على توليّ المسلمين لبعضهم، كما نقلنا الإجماع بخصوص الحرّة، وهذا هو الأولى أو الأقوى عند ابن قدامة[3].

أما الكفّار فيما بينهم، فيزوّج بعضهم بعضا، وتشترط فيهم الشروط المطلوبة في المسلم من أهلية وعدالة وغيرهما[4].

هـ- شرط الإسلام في باقي المذاهب الفقهية:

1- عند الظاهرية:

ينفي الظاهرية ولاية الكافر على المسلمة، وكذا ولاية المسلم على الكافرة مطلقا،

= لكن إذا تم العقد مع هذا المنع فهل يؤدي ذلك إلى بطلان العقد؟

قال ابن تيمية: لا يظهر بطلان العقد، إذ لا دليل شرعي على بطلانه.

أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الاختيارات الفقهية، تحقيق: علي بن محمد بن عباس البعلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1397هـ-1978م، ص531.

(1) - المُكَاتَبَةُ: هي اتفاق بين العبد ومالكه على عتقه بدفع مال محدّد في أجل معيّن، مع إطلاق يده خلاله في التصرف، أي يشتري نفسه من سيّده، ويصبح حرًّا عند تمام الأداء. أما التّدبير فهو عتق العبد بعد موت مُدَبِّره أي سيّده، من ثلث المال أو من جميعه على اختلاف. انظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4، ص233، هامش رقم 3؛ ج11، ص124-125؛ ج23، ص18.

(2) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص377؛ الكافي، ج4، ص230؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص132.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص377.

(4) - ابن قدامة، الكافي، ج4، ص230؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص132.

قال صاحب كشاف القناع: إذا كان القريب نصرانيا والمرأة مجوسية ونحو ذلك، فلا ولاية له عليها ؛لأنّه لا توارث بينهما بالنّسب. انظر في ذلك: البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص274.

غير أنهم يجعلون الكافر وليّا على الكافرة، وله أن يزوّجها من مسلم أو كافر[1].

2- **عند الإباضية**:

اختلفت الرّوايات عند الإباضية؛ فقالوا بأن الولاية تبطل أو تسقط بالشّرك أو الرّدّة، وهذا يعني اشتراط اتحاد الملة بين الوليّ والمولّى عليها، لكنهم ذكروا في المشركة التي أسلمت بأنه إذا لم يكن لها قريب مسلم زوّجها جماعة المسلمين، وإنْ زوّجها مشرك حرُمَت. وقيل بأنه إذا زوّجها الأب ولو كان مشركا جاز العقد. أما الكتابية فيجوز للمسلم أخا كان أو قريبا أن يزوّجها بمسلم، بل ولها أن تطلب من مسلم تزويجها لمسلم[2].

3- **عند الشيعة الزيدية**:

الزّيديّة أيضا يشترطون اتحاد الملّة بين الوليّ والمولى عليها؛ فليس لغير المسلم ولاية على المسلمة، وليس للمسلم ولاية على غير المسلمة، كافرة كانت أو ذميّة[3].

ثانيا: شرط إسلام الولي في التشريعات الوضعية

جاء في العديد من التشريعات الوضعية ذكر شرط إسلام الوليّ صراحة، تأسيًّا بما جاء في الفقه الإسلامي؛ ففي بلدان المغرب العربي، نجد أن المشرّع الموريتاني أورد في نصّ المادّة 10 من تقنين الأحوال الشخصيّة: ((يُشْتَرَطُ فِي وَلِيِّ النِّكَاحِ... وَمُسْلِمًا إِنْ كَانَتْ المَرْأَةُ مُسْلِمَةً)).

بينما لم نجد ذلك بصريح العبارة في التشريعات المغاربية الأخرى، بدءًا من تقنين الأسرة الجزائري، حيث لم يشر إلى هذا الشرط عند الكلام عن الوليّ، ولكنه ذكر

(1) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص473.
لعل قصد ابن حزم هو تزويج المرأة باعتبارها كتابية.
(2) – محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل، ج6، ص110– 111؛ محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع الجامع للأصل والفرع، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413– 1414هـ– 1993م، ج48، ص316–317.
(3) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص19 و23.

هذا الشرط في شخصٍ الوليُّ أَوْلَى منه بهذا الشرط، ألا وهو الوصي، في نصّ المادّة 93 من تقنين الأسرة، حيث جاء فيه: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَصِيّ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا...)).

لهذا يمكننا القول إنّ المشرّع الجزائري جعل إسلام الوليّ شرطا لابد منه، وذلك بالرجوع إلى نصّ المادّة 93، ونص المادة 222 من تقنين الأسرة الذي يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، التي أجمع فقهاؤها على شرط إسلام الوليّ إنْ كانت المرأة مسلمة.

ومع ذلك نعتقد أنه كان على المشرّع أن يبين شروط الوليّ وأوصافه بعد أن ذكره في نصّ المادّة 11، وذلك بإضافة نصّ المادّة 12 – خصوصا وأنّها ملغاة – ويجعلها كما يأتي: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ بَالِغًا عَاقِلاً، ذَكَرًا مَا لَمْ تَكُنْ قَاضِيَةً فِي شُؤُونِ الأُسْرَةِ، مُسْلِمًا إِنْ كَانَتْ المَرْأَةُ مُسْلِمَةً)).

والأمر مثل ذلك في التشريع المغربي، حيث لم يذكر شرط إسلام الوليّ بنص صريح، رغم أنّه نصّ في الفصل 14 على شرط إسلام الشاهدين في عقد زواج المغاربة المقيمين في الخارج. غير أنّه بالرجوع إلى الفصل 400 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: ((كُلُّ مَا لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ فِي هَذِهِ المُدَوَّنَةِ، يُرْجِعُ فِيْهِ إِلَى المَذْهَبِ المَالِكِيِّ...))؛ نجزم أنّه يشترط إسلام الوليّ إذا كانت المرأة مسلمة[1].

وذات الأمر ينطبق على التشريع الليبي بمقتضى نصّ المادّة 72/ب من قانون الأحوال الشخصيّة، الذي يحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا القانون.

وإذا كان الأمر على ما قدّمنا في التشريعات المغاربية؛ فإن الأمر أكثر وضوحا في قوانين دول المشرق العربي[2]؛ فقد جاء في نصّ المادّة 10 من تقنين الأحوال الشخصيّة

(1) – يضيف الفقه هذا الشرط إلى شرطي البلوغ والعقل.
انظر في ذلك: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص98.

(2) – أما المشرّع المصري، بما أنّه أخذ بالراجح من المذهب الحنفي، عملا بنّص المادّة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000، فإنّه قد اشترط في الوليّ البلوغ والعقل، والإسلام إنْ كانت المرأة مسلمة، ولم يتشرط كونه عدلا أو رشيدا بل يمكن للفاسق أن يزوّج موليّته.
وقد نصت المادّة 33 من كتاب الأحكام الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة لقدري باشا: ((يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الوَلِيُّ حُرًّا عَاقِلاً بَالِغًا مُسْلِمًا فِي حَقِّ مُسْلِمٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَوْ فَاسِقًا)).
=

الأردني: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ..أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا إِذَا كَانَتْ المَخْطُوبَةُ مُسْلِمَةً)). وهو ما ورد في نصّ المادّة 33 من تقنين الأحوال الشخصيّة السوداني، والمادّة 11/ب من التقنين العماني، والمادّة 33 من التقنين البحريني، والمادّة 2/26 من التقنين القطري.

ونص المشرّع اليمني في المادّة 1/18 بأنه إذا كان الوليّ والمولّى عليه مختلفان في الدّين، فإن الولاية تسقط عن الوليّ الأقرب وتنتقل إلى من يليه. وهذا يعني أنّه يؤكّد شرط إسلام الوليّ إن كانت المرأة المولّى عليها مسلمة، وما يؤيد ذلك هو نصّ المادّة 142 من التقنين نفسه، الذي يقضي بأنه إذا ماتت الأم – الحاضنة – انتقلت الحضانة إلى من يليها إلى أن تصل إلى الأب الذي لابد أن يكون مسلما. فمن نفس المنطلق يجب أن يكون الوليّ مسلما.

أما المشرعان البحريني والكويتي فلم ينصّا صراحة على هذا الشرط، ولكنهما ذكرا ما يفيد بذلك؛ حيث أوجب الأول في نصّ المادّة 13 من تقنين الأحوال الشخصيّة ألاّ يكون مُحْرِمًا بحج أو عمرة، وهذا يقتضي اشتراط إسلامه، كما أن نصّ المادّة 27 من التقنين نفسه يشترط إسلام الشهود على الزّواج، ومن باب أولى اشتراط إسلام الوليّ. أما في تقنين الأحوال الشخصيّة الكويتي فقد ورد في نصّ المادّة 343 بأن كل ما لم يرد بشأنه نصّ يرجع فيه إلى المشهور من فقه الإمام مالك، وهذا الأخير يوجب إسلام الوليّ. وزيادة على ذلك فقد أورد هذا الشرط القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في نص المادة 15.

الفرع الثالث
شرط الحريـــــة

ذهب الفقهاء[1] بخصوص شرط الحرّيّة[1] – إلاّ ما نُقِل عن بعض الحنابلة- إلى أنّه يشترط في الوليّ أن يكون حرّا وليس عبدًا، وذلك لعدّة أسباب: أوّلها أنّه لا يرث أحدا وأن

= انظر في ذلك: محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص58.

(1) – محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1409هـ-1989م، ج4، ص223-224؛ الكاساني، البدائع، ج2، ص237، وص239؛ ابن =

من أسباب الولاية الميراث، والثّاني أنّه لا يملك الولاية على نفسه، فمن باب أولى أنّه لا يملك الولاية على غيره، أما السبب الثالث، فلأن الولاية من باب المالكيّة، فلا يصح أن يكون الشخص في الوقت نفسه مالكا ومملوكا، فالولاية كما سبق وقلنا هي ولاية نظر ومصلحة، وعلى الوليّ أن يتوقف في أمر الزّواج؛ ليتأمل وينظر في مصلحة من هو تحت ولايته، وهذا الأمر غير متوفر في العبد الملوك لسيده، إذ هو منشغل بخدمة مولاه. ومن ثمّة نجد أنْ ليس للمملوك ولاية على أحد، إذ هو ليس من أهل الولاية.

وقد جاءت عن الحنابلة روايتان إحداها - ونُقِل أنها الأظهر- أنّ العبد يكون وليّا[2]. وقال ابن عثيمين: الصّحيح أنّ هذا ليس شرطا- قاصدا شرط الحرية- ؛ لأنّ الأمر لا يتعلق بمال أو تصرّف ماليّ لنقول إن العبد لا يملك، بل يتعلّق بالولاية، وهو أب يحتاط لابنته ما لا يحتاطه غيره؛ لذا لا يعقل أن تسلب عنه الولاية رغم كونه بالغا عاقلا وذا دين، لاسيما وأنّ تزويجه لابنته لا يفوّت حقّ سيّده ولا يضرّه[3].

= الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص274؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص46؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص132؛ محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1411هـ-1990م، ج4، ص609؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى (رواية سحنون عن ابن القاسم)، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، مج2، ج4، ص176؛ عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص490؛ محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج5، ص71؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص24؛ أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج3، ص77؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص187؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4؛ الشافعي، الأم، ج6، ص38؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص207؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص140؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص308؛ الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص23.

نقل عن الإباضيّة أيضا روايتان: الأولى تفيد بعدم ولاية العبد في الزّواج، والثّانية تفيد بولايته إن أحسن وهو اختيار أبي العباس أحمد بن محمد. (محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل، ج6، ص111).

(1) - ذكرنا هنا الحرّيّة جريا على الشّروط التي يذكرها فقهاء الشريعة، أمّا شرط الحرّيّة في عصرنا فيكاد يختفي؛ لانعدام العبودية تقريبا في كل العالم، على الأقل على الساحة الرسمية، إلاّ ما شذّ في موريتانيا والسودان وقليل من الدول التي ما زالت فيها العبودية المقنعة.

(2) - المرداوي، الإنصاف، ج8، ص72؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص65؛ محمد بن محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 1425هـ- 2005م، ج2، ص241؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص263.

(3) - محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ، ج12، ص73-74.

ونضيف إلى ذلك أن مسألة الرّق ليست بذات بحث على أرض الواقع، أو في السّاحة الرّسمية، إذ لا وجود لنظام الرّق في عصرنا هذا، فقد ألغي في جميع البلدان على حدّ علمنا، وكان آخر دولتين عربيتين ألغتا هذا النظام هما: المملكة العربيّة السعودية، وموريتانيا.

وبالتالي لم يبق لهذا النظام وجود رسمي، رغم بقاء وجوده الفعلي، غير الشرعي. ونحن إذ نقوم بدراسة هذا الجانب، فإنّه لا يعنينا إلاّ الجانب الرّسمي منه دون الجانب الواقعي.

المطلب الثاني

الشروط المختلف فيها

هناك شروط كثيرة في الوليّ ذكرها الفقهاء، وتناولتها بعض التّشريعات العربيّة، لكنهم اختلفوا بشأنها بين مثبت ونافٍ لها؛ وأهم هذه الشروط عدالة الوليّ، وكونه ذكرا لا أنثى، ورشيدًا لا سفيها، وأنْ لا يعقد الزّواج وهو مُحْرِمٌ بحجّ أو عمرة، وأخيرًا كونه مختارًا غير مُكْرَهٍ على العقد.

الفرع الأول

عدالـة الولي

اختلف الفقهاء في تعريف العدالة، ومن ثمّ اختلفوا في اشتراطها؛ فقال بعضهم: من لم يطعن عليه في بطن أو فرج فهو عدل، ذلك أنّ أكثر أنواع الشّر والفساد يرجع إليهما. وقال آخرون: من لم يُعْرَف عليه جريمة في دينه فهو عدل. وقال فخر الدّين البزدوي: إنّ العدْل هو مَنْ اجتنب الكبائر وأدّى الفرائض وغلبت حسناته سيّئاته[1]. وعرّفها البهوتي على أنّها: اسْتِوَاءُ أَحْوَال الشَّخْصِ فِي دِيْنِهِ وَاعْتِدَال أَقْوَالِهِ وَأَفْعَالِهِ[2].

(1) – انظر في ذلك: الكاساني، بدائع لصنائع، ج6، ص268؛ عبد الرحمن البعلي، كشف المخدرات، ج2، ص843.
(2) – البهوتي، كشاف القناع، ج15، ص286.

في حين عرّفها الكثير من الفقهاء على أنّها: ((مَلَكَةٌ تَحْمِلُ عَلَى مُلاَزَمَةِ التَّقْوَى وَالمُرُوءَةِ))[1]، أو تمنع من اقتراف الذّنوب، الكبائر والصّغائر[2].

أمّا اشتراط العدالة فقد اختلف فيها الفقهاء عموما إلى رأيين:

أولا: القول بعدم اشتراط عدالة الولي

يرى فريق من الفقهاء بأنه لا تشترط عدالة الوليّ؛ وهو رأي الحنفية[3]. قال الكاساني: ((العَدَالَةُ لَيْسَت بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ الوِلاَيَةِ عِندَ أَصْحَابَنَا وَلِلْفَاسِقِ أَنْ يُزَوِّجُ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ...))[4]. والمالكيّة على المشهور، فالعدالة عندهم شرط كمال في العقد، يستحبّ وجودها، وفسق الوليّ لا يقدح في صحّة العقد بل في كماله فقط[5].

ووجهٌ عند الشّافعيّة[6]؛ فالفسقة زوّجوا بناتهم في عصر الأوليّن، كما أنّ الوازع الطّبعيّ أقوى من الوازع الشّرعيّ. يضاف إلى ذلك أن الفسق قد عمّ البلاد والعباد. وقيل: إنّ

(1) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج2، ص287؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص352؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج3، ص384؛ عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، وبهامشه تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ-1938م، ج7، ص256؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص232؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص209؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج3، ص359، هامش رقم 1.

(2) – البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص307.

(3) – العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص610؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص125؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص133 و ص144.

(4) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239.

(5)– عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص490؛ التسوليّ، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص400؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص187؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص230؛ محمد بن يوسف العبدري المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ، ج3، ص438؛ صالح بن عبد السميع، الثمر الداني، ص366؛ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، الطبعة السادسة، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م، ج2، ص12.

(6) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص209؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص339؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص227؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص37؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص553.

الشرط هو عدم الفسق وليس العدالة؛ لأنّ بينهما فرقًا؛ ولهذا نجد أنّ المستور أي الذّي ظاهره العدالة، له أنْ يزوّج بناته، وكذلك الكافر إذا أسلم، والصبيّ إذا بلغ؛ ولم يصدر منهما أمر مفسّق، ولم تحصل منهما ملكة تحملهما على ملازمة التقوى؛ فلا يمكن أنْ نصفهما بالعدالة أو بالفسق، ومع ذلك يصحّ تزويجهما لغيرهما.

ورواية عن الإمام أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنّه لم يذكر الفاسق مع من ليست لهم ولاية[1].

وعند الزّيديّة[2]؛ فيصحّ العقد من الوليّ ولو كان فاسقا، بعد أنْ تكون قد توافرت فيه شروط: الذّكورة، والعقل، والبلوغ. والإمامية أيضا[3].

ودليل ذلك قوله تَعَالَى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ ...﴿٣٢﴾﴾[4]، وقول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»[5].

ومن الإجماع[6]، أنّه من عهد النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا والنّاس يزوّجون بناتهم دون أن ينكر عليهم أحد فسقهم أو عدمه.

ومن المعقول، أنّ الولاية ولاية نظر، والفسق لا يعارض تحصيل النظر، بل ولا يقدح في الشّفقة التي تؤدّي إليه، ولأنّ غير العدل له ولاية على نفسه؛ فكذلك له ولاية على غيره مثل

(1) – المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص109– 110.
(2) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص22–23.
(3) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص163.
(4) – من الآية 32 من سورة النور.
(5) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، باب اعتبار الكفاءة، ص133؛ ابن ماجه، السنن، باب الأكفاء، ص341، حديث رقم 1968؛ الدار قطني، السنن، ج4، باب المهر، ص458، حديث رقم 3788، ص299؛ محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، دار الحرمين، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1417هـ– 1997م، ج2، كتاب النكاح، ص193، حديث رقم 2744. قال الألباني: «حديث حسن».
(6) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239.

العدل[1].

أمّا الحديث النبويّ الذي جاء فيه: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِإِذْنِ وَلِيٍّ مُرْشِدٍ أَوْ سُلْطَانٍ»[2]، فهو غير ثابت، ولو ثبت، فإن الفاسق يُعَدُّ مُرْشِدًا؛ لأنّه يملك العقل الذي يرشد به غيره، فيكون المقصود بالحديث نفي ولاية المجنون لا ولاية الفاسق[3].

ثانيا: القول بوجوب عدالة الولي

في مقابل الرأي الأول يرى آخرون بأنّ عدالة الوليّ واجبة، فلا ولاية للفاسق مطلقاً – عدا الإمام الأعظم- وهذا هو المعتمد عند الشّافعيّة، فإنْ تاب عادت ولايته[4]؛ والذي عليه

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239.

(2) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص124. قال: تفرّد به القواريري مرفوعا، وهو ثقة، والمشهور عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه موقوف؛ سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1415هـ- 1995م، ج1، ص166-167، حديث رقم 521. قال: «لَمْ يَرْوِ هَذَا الْحَدِيثَ مُسْنَدًا عَنْ سُفْيَانَ إِلَّا ابْنُ دَاوُدَ، وَبِشْرٌ، وَابْنُ مَهْدِيٍّ، تَفَرَّدَ بِهِ: الْقَوَارِيرِيُّ»؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1421هـ-2001م، ج9، باب السّلطان وليّ، ص98؛ محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1427هـ- 2006م، ج3، كتاب النكاح، ص326. قال ابن حجر والصنعاني: «حديث حسن».

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص239-240.

(4) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص209؛ الإقناع، ج2، ص242؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص339؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص227؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص37؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص61-62؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص307؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص454-455.

إلا أن الشّافعيّة انقسموا في هذه المسألة؛ فأفتى أبو حامد الغزالي بأن الفاسق يكون وليّا إذا كان سلب الولاية منه يجعلها تنتقل إلى حاكم فاسق، أمّا إذا لم تنتقل إلى حاكم فاسق فإنّه لا يكون وليّا.

وقال بعضهم: إذا كان وليّا مُجْبِرًا زوّج؛ لأنّه أكمل شفقة، أمّا إذا لم يكن مجبرا لم يزوّج.

وقال بعضهم بخلاف ذلك، أي أنّ المجبر لا يكون وليّا؛ لأنّه قد يضع المرأة عند فاسق مثله، بخلاف غير المجبر حيث يتطلب إتمام العقد موافقتها.

وقال بعضهم: إذا كان سبب فسقه هو شرب الخمر، فإنّه لا يكون وليّا؛ لاضطراب نظره وغلبة السكر عليه، ويلي إذا كان فسقه بسببٍ غير شرب الخمر.

وقال بعضهم: إذ أعلن فسقه لا يكون وليّا، أمّا إذا أسرّه فهو وليّ.

وقال البعض: إذا كان الشخص الإمام الأعظم أي الحاكم، كان له أن يزوّج بناته وبنات غيره ولو كان فاسقا، تفخيما لشأنه، وقال آخرون لا يكون الحاكم الفاسق وليّا.

=

المذهب عند الحنابلة[1]، إلاّ أنّه تشترط عندهم العدالة الظاهرة دون الباطنة في الصّحيح؛ لأنّ اشتراط العدالة الباطنة فيه مشقّة وحرج، ويؤدّي إلى بطلان الكثير مِنْ عقود الزّواج.

ودليل ذلك، قول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِإِذْنِ وَلِيٍّ مُرْشِدٍ أَوْ سُلْطَانٍ». وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوليّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْل»[2]، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «أَيُّمَا اِمْرَأَةٍ نَكَحَهَا وَلِيٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[3].

وردًّا على أدلّة المجيزين لولاية الفاسق قالوا[4]: إن الآية التي استدل بها الفريق الأول، الخطاب فيها إما خطاب للأزواج أو للأوليّاء، وهذا ليس فيه دليل على صحّة ولاية الفاسق؛ لأن الزوج يتولّى في حقّ نفسه، ولهذا لم يُعتبر رشده، بينما الوليّ يتولى الزّواج في حقّ غيره لذا اعتبر رشده كما اعتبرت حريته وإسلامه. وبالنّسبة لصحة ولاية الفاسق على أَمَتِه، إنّما كانت لأن العقد هنا هو في حقّ نفسه، فهو من يملك المهر وليس هي، لهذا لم تُعتبر عدالته. أمّا ولاية الكافر، فهي صحيحة باعتباره عدلا في دينه، أمّا لو كان فاسقا في أهل ملته، فإن ولايته تكون باطلة.

والقول إنّ المرشد لا يعني الرّشيد؛ لأنّه يقتضي وجود فعل الرّشد في غيره دون اقتضاء وجوده في نفسه، فإذا زوّج المرأة برجل كفء كان مُرشدا حتّى ولو لم يكن رشيدا؛

= انظر في ذلك: القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص227؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص209؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص238-239؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص554- 555.

(1) - المرداوي، الإنصاف، ج8، ص73؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص65؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص276؛ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، ص77-80.

(2) - محمد بن إدريس الشافعي، المسند، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1426هـ- 2005م، ج2، ص1292. قال المحقق: «حسن لغيره»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، باب لا نكاح إلاّ بوليّ، ص112 و ص125؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص38، حديث رقم 13548، وقال: «الصحيح موقوف»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص251، حديث رقم 1844. قال: «صحيح موقوفا».

(3) - البيهقي، السنن الكبرى، ج7، باب لا نكاح إلاّ بشاهدين عدلين، ص124. قال: «الصحيح موقوف»؛ الدارقطني، السنن، ج4، كتاب النكاح، ص315، حديث رقم 3521. قال: رجاله ثقات، ولم يرفعه إلا عدي؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص251، حديث رقم 1845. قال: «ضعيف مرفوعا، والصحيح موقوف».

(4) - الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص62.

مردود عليه من وجهين: الأول، أنّ هذه الصّفة هي صفة مدح تتعدّى من الشّخص إلى غيره، ومَنْ يوصف بأنّه ليس برشيد لا توجّه إليه مذمّة، كما لا يتعدّى عنه رشد.

والثّاني أنّ خبر: «أَيُّمَا اِمْرَأَةٍ نَكَحَهَا وَلِيٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»، يُبْطِلُ تأويل أنّ المُرْشِدَ غير الرّشيد.

ولم نجد مِنَ التّشريعات العربيّة مَنْ صرّح باشتراط عدالة الوليّ، إلاّ ما يفهم من نصّ المادّة 211 من تقنين الأحوال الشخصيّة الكويتي، الذي يوجب أنْ يكون الوليّ أمينًا، والأمانة تقتضي عدالة الشخص وخلوّه من أي صفة تنقضها، وهو ما نصّ عليه أيضا المشرّع الإماراتي[1] في المادّة 180، والسوداني في نصّ المادّة 236، والعماني في نصّ المادّة 161.

والذّي نراه راجحا في المسألة أن العدالة في الوليّ ليست شرط صحةّ، غير أن هذا لا يعني أن كل وليّ له سلطة إبرام عقود الزّواج دون قيد، بل يُقيّد بكونه غير معروف بسوء اختياره وتدبيره، وأن يكون مرضيًّا عند من يتولّى تزويجها، ولعلّ هذا هو المقصود من كونه مُرشدًا وغير ومسخوط عليه.

الفرع الثاني

ذكورة الولي

اختلف الفقهاء وكذا التشريعات الوضعية في اشتراط الذّكُورة في الوليّ إلى فريقين: فريق يرى وجوب أنْ يكون الوليّ ذكرا، وهم جمهور الفقهاء وغالبية التشريعات العربيّة، وفريق آخر يرى عدم وجوبه.

(1) – يلاحظ أن المشرّع الإماراتي اشترط في نصّ المادّة 215 من تقنين الأحوال الشخصيّة بأن يكون الوصي عدلا وأمينا، وهذا إما أن يعني أنّه قصد بالعدالة معنى غير الأمانة، أو أنّه جعل لفظ الأمانة مرادفا أو مخصصا للفظ العدالة. كما نصّ المشرّع اليمني في نصّ المادّة 268، على أنْ يكون الوصي أمينا وحسن التصرف والسلوك، ومِنْ باب أولى أنْ يكون الوليّ كذلك.

أولا: وجوب كون الولي ذكرا

يشترط جمهور الفقهاء من مالكيّة، وشّافعيّة، وحنابلة، وظاهرية، وإباضيّة، وشيعة زّيديّة، وجوب كون الوليّ في عقد الزّواج ذكرا لا امرأة، على التفصيل الآتي:

أ- **اشتراط الذكورة عند المالكية:**

قال المالكيّة[1]: إن الولاية مسلوبة عن المرأة، وليس لها أن تزوّج نفسها أو غيرها. ولكن مع ذلك لها ولاية في الجملة بحيث يكون لها التّوكيل في العقد دون مباشرته، وهذا في مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: إذا كانت المرأة مالكة، فلها أن توكّل رجلا مستوفيًا لشروط الولاية، يباشر عقد مملوكتها.

والمسألة الثّانية: إذا كانت المرأة وصية على امرأة أخرى، وهي المراد تزويجها؛ فلها أنْ توكل رجلا يعقد على مَنْ هي تحت وصايتها، ومِنْ ذلك أنّ عائشة رضي الله عنها كانت موصاة على أيتام؛ فكانت تختار لهنّ الأزواج، وتحدّد المهر، ثم توكّل من يعقد الزّواج، وتقول: اعقدوا فإنّ النّساء لا يعقدن.

أمّا المسألة الثّالثة: فهي المرأة التي أَعْتَقَتْ امرأة أخرى، فيكون لها أنْ توكّل مَنْ يعقد زواج مولاتها المُعْتَقَة.

فإنْ كان الوكيل أجنبيًّا عن الموكِّلة دون الموكّل عليها، فإنّه يقدّم على أوليّاء المُعتَقَة رغم حضورهم. أمّا إنْ كان الوكيل أجنبيًّا عن الموكّل عليها فإنّه يقدم على وليّ النّسب في الحالتين الأولى والثّانية، أمّا في الحالة الثّالثة أي حالة العتق، فإن وليّ النّسب يقدّم على الوكيل.

---

(1) – عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص480؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص187؛ العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص438؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص44؛ أحمد عليش، منح الجليل، ج2، ص24؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص71-72.

ب- **اشتراط الذكورة عند الشافعية:**

قال الشّافعيّة[1]: إن عقد الزّواج لا يصحّ إلاّ بوليّ ذكر، ولا يجوز للمرأة أن تعقد زواج غيرها، فضلا عن عقد زواجها، لا بولاية ولا بوكالة عن الوليّ إلاّ في حالتين هما: أن يوكلها وليّها لتوكيل من يعقد لها الزّواج عنه، أما إن وكلها لتعقد لنفسها عنه فلا يصح العقد. والحالة الثّانية، إذا كانت المرأة صاحبة ولاية عظمى أي هي الحاكم، فيصح حينها - للضرورة- أن تعقد لنفسها ولغيرها.

أما إذنها لغيرها فلا يصح إلاّ في حالة كونها مالكة، أو كان المولّى عليه سفيها أو مجنونا وهي الوصية عليه.

ويرجع عدم توليّ المرأة عقد الزّواج إلى أدلّة كثيرة جدًّا؛ منها قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ...﴿٣٤﴾﴾[2]. فمعنى القوامة على النساء، قيام الرجال بمصالح النساء، ومنها ولاية تزويجهنّ.

ومِنَ السنة، قوله ﷺ: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ، ولاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا»[3]. فإذا قلنا بوجوب الوليّ في عقد الزّواج بمقتضى قوله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ»[4]، فإنّ هذا الوليّ يجب أنْ يكون ذكرا بمقتضى

---

(1) - الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص198؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص125؛ فتح الوهاب، ج2، ص35؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص149؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص221-222؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص309؛ محمد بن أحمد الرملي الأنصاري (الشافعي الصغير)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، مراجعة وضبط: أحمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م، ص367.

(2) - من الآية34 من سورة النساء.

(3) - أخرجه: ابن ماجه، السنن، ص327، حديث رقم 1882؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص110؛ معرفة السنن والآثار، مج10، ص38- 39، حديث رقم 13550؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص325- 326، حديث رقم3535-3536. قال: «حديث صحيح»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص248، حديث رقم 1841. وقال: «صحيح دون جملة الزانية».

(4) - أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند، ج14، ص501، حديث رقم 19410، ج15، ص11، حديث رقم 19598، ص23، حيث رقم 19634. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ ابن ماجه، السنن، ص327، حديث رقم 1880-1881. قال الألباني: «صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص361- 362، حديث رقم 2085؛ الترمذي، السنن، ص259، =

الحديث المذكور أعلاه.

ومن المعقول: أنّ عقد المرأة للزّواج بنفسها، لها أو لغيرها، لا يليق بحسن العادات؛ لما هو معروف عنها من الحياء[1].

ج- اشتراط الذكورة عند الحنابلة:

الذي عليه المذهب عند الحنابلة[2]، هو أنْ ليس للمرأة تزويج غيرها، لا بولاية ولا بوكالة، فإنْ فعلت ذلك لم يصحّ هذا العقد؛ ذلك أنّ الولاية يعتبر فيها الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة؛ لقصور النّظر لنفسها.

= حديث رقم 1101؛ أبو داود الطيالسي، المسند، ج1، ص422، حديث رقم 525. قال محمد بن عبد المحسن التركي: «حديث صحيح، وإسناد المصنف منقطع»، ج3، ص72، حديث رقم 1566. قال محمد بن عبد المحسن: «إسناده حسن»؛ الشافعي، المسند، مج2، ص1292، حديث رقم 1100. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «حسن لغيره»؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص196، حديث رقم 10473، 10475؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص13- 14، حديث رقم 16170، حديث رقم 16174، حديث رقم 16176. قال أسامة بن إبراهيم في الأول: «إسناده ضعيف جدا»، وفي الثاني: «إسناده ضعيف»، وفي الثالث: «إسناده مرسل»؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص8، حديث رقم 4259. وقال: «منقطع»؛ البيهقي، السنن الصغير، ج3، ص16، حديث رقم 2367- 2369؛ السنن الكبرى، ج7، ص107- 110؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج1، ص211، حديث رقم 681، ج4، ص8، حديث رقم 3475، ج5، ص363، حديث رقم 5563، ج6، ص195، حديث رقم 6169، ج8، ص42، حديث رقم 7900؛ المعجم الكبير، ج11، ص340، حديث رقم 11944، ج12، ص64، حديث رقم 12483. قال حمدي عبد المجيد: «صحيح بشواهده»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص310، حديث رقم 3514، ص313، حديث رقم 3518. قال شعيب الأرنؤوط: «صحيح لغيره»؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص201- 206، حديث رقم 2767- 2776. وقال: «حديث صحيح»؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص67، حديث رقم 2657. قال محمد صبحي الحلاق: «صحيح بشواهده»؛ الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، ج6، ص198- 200، حديث رقم 4063- 4066؛ إرواء الغليل، ج6، ص235، حديث رقم 1839. وقال: «حديث صحيح».

(1) - سنفصّل المسألة في الفصل الثاني مِنَ الباب الثاني عند إيراد الأدلة العقلية.

(2) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص367؛ عبد الرحمن بن عمر الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1421هـ- 2000م، ج3، ص364- 366؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص66.

غير أن النقص والقصر الذي يصف به الفقهاء المرأة لمنعها من الولاية ليس علة راجحة، فلو فرضنا أنّ أبًا قال لزوجته: إنّ فلانًا قد خطب ابنتنا فلانة، وإنّي مسافر، وقد وكّلتك، فإذا جاء وقت الزّواج فزوّجيه.

فهذا العقد لا يصح رغم أنّ الزّوج معلوم ومرضيّ عند الأب، ورغم أنّ وصف المرأة بالضّعف وسرعة العاطفة والنّقص غير موجود؛ فالمنع مقتضاه النّص.

انظر في ذلك: محمد بن العثيمين، الشرح الممتع، ج12، ص81.

وهناك روايتان أخريتان عن أحمد: الأولى تقول بصحة تزويج المرأة أمتها ومُعتَقَتِها، وذلك بتوكيل رجل ليزوّجها؛ لأن الملك، وهو سبب الولاية، متوفر لكن امتنع عنها مباشرة العقد، فملكت التّوكيل، والرّواية الثّانية عنه تفيد بتزويج المرأة لأمتها باعتبار الأمة مالاً[1].

د- **اشتراط الذكورة عند بقية المذاهب**:

1- **عند الظاهرية**:

يفهم من كتاب المحلّى أن الظاهرية يشترطون الذكورة في الوليّ، وهذا ما قال به دواد وابن حزم في المرأة البكر والثيب على السواء، إلاّ أن داود يجعل للثيب أن تختار من تشاء ليزوجها[2].

2- **عند الإباضية**:

قال الإباضيّة بأنّه لا يجوز أن تعقد المرأة على نفسها حتّى لو أذن لها وليّها، وأن الولاية تكون للذكر دون الأنثى[3].

3- **عند الشيعة الزيدية**:

الشيعة الزّيديّة أيضا يرون بأن الذكورة من شروط الولاية في الزّواج، فلا يصح للمرأة أن تزوّج نفسها، إذ لا ولاية لها، إلاّ إذا كانت سيّدة لأمة أو مُعتِقَة، فلها حينها أن توكل من يتولّى عقد الزّواج[4].

---

(1) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص370؛ نور الدين بن عبد الرحمن، الواضح في شرح مختصر الخرقي، ج3، ص372؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص66–67؛ إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ج6، ص109؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص126 – 128؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص59.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص451 و455–457.

(3) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص102 وما بعدها.

(4) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص22–23.

وقد ذكر صاحب هذا الكتاب أنّ هذا في الحقيقة تعيين للوليّ وليس توكيلا (ص19 وهامش ص23).

=

هـ ـ اشتراط الذكورة في التشريعات الوضعية:

أخذت جلّ تشريعات الأسرة أو الأحوال الشخصيّة برأي جمهور الفقهاء، صراحةً أو ضمنًا؛ فنصّ المشرّع الإماراتي في المادّة 33، والسوداني في المادّة 33، والعماني في المادّة 11، والمادة 15 من القانون العربي الموحّد للأحوال الشخصية، بصريح العبارة على أنّ يكون الوليّ ذكرًا، كما يفهم مِنْ نصوص العديد للتشريعات العربيّة اعتبار هذا الشّرط، مثل المشرّع الموريتاني في نصّ المادّة 11، حينما جعل الولاية للابن ثم الأب ... على التّرتيب الذي أتى به المالكية، والمشرّع اللّيبي حينما قرّرها للعصبة بالنفس بموجب نصّ المادّة 7[1].

أمّا المشرّع الجزائري، رغم أنّ نصّ المادّة 11 يجعل الولاية للأب، إلاّ أنّ عبارة «أحد أقاربها أو أي شخص تختاره»، تثير بعض الإشكالات، إذْ قد يفهم منها أنّ الوليّ يمكن أن يكون أنثى؛ لأنّ كلمة «قريب» تشمل الجنسين، وكذلك الأجنبيّ. وممّا يؤيّد هذا الاحتمال أنّ نصّ المادّة 87 من تقنين الأسرة، يمنح الولاية للأم على أولادها القصّر إذا توفّي الأب، أو أسندت الحضانة إليها، بل إنّ الرجوع إلى نصّ المادّة 11 نفسها في فقرتها الثّانية يجعلنا نقول بأنه يمكن - وفقا للقانون الجزائري- أن تتولّى المرأة عقد الزّواج، وليس ذلك حكرا على الرجل؛ لأن هذا النص يجعل القاضي وليًّا لمن لا وليّ له، ومعلوم أن الكثير من النساء أضحين اليوم في منصب القضاء.

بيد أنّ الممارس عمليًّا في المجتمع وحتّى على مستوى المحاكم، أنّ وليّ المرأة يكون ذكرا لا أنثى.

وإنْ كان هذا الإشكال واقعا في الجزائر، فإنّه ينطبق كذلك على تونس والمغرب؛ فنجد أنّ المشرّع التّونسي قد نصّ صريحًا في الفصل الثامن على أنْ يكون الوليّ ذكرا،

= ولسنا ندري أي فرق يوجد بين تعيين المرأة لرجل يتولى إبرام عقد الزّواج، وبين توكيله للقيام بذلك، فالتوكيل أيضا هو تعيين للوكيل، إلا أنْ يكون من قبل القاضي أو الحاكم.

(1) – انظر في نفس المنحى نصوص المواد: 29، 209، 305، من تقنين الأحوال الشخصيّة الكويتي، ونصوص المواد: 9 أردني، و21 سوري، و16 يمني.

لكنّه في الوقت نفسه أعطى للزّوجين مطلق الحريّة في أنْ يوكّلا من شاءَا لعقد زواجهما، كما نجد المشرّع المغربي في نصّ المادّة 25 من مدوّنة الأسرة أعطى الحقّ للمرأة الراشدة أنْ تفوّض أمرها إلى أبيها أو أحد أقاربها.

ثانيا: لا يشترط أن يكون الولي ذكرا

أ- **رأي الحنفية والشيعة الإمامية:**

يرى الفريق الثاني، وعلى رأسهم الحنفية[1]، والشيعة الإمامية[2]،أنّ عبارة النّساء معتبرة في عقد الزّواج ما دامت حرّة عاقلة بالغة؛ فلها فضلا عن أنْ تزوّج نفسها، أنْ تزوّج غيرها بالولاية أو بالوكالة، وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن، وظاهر الرّواية عن أبي يوسف. أمّا محمد بن الحسن الشيباني فقال: لا يجوز إلاّ بإجازة الوليّ، فإنْ لم يجزه الوليّ بأن امتنع، قام القاضي بتجديد العقد. وروي أن محمّدًا رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام[3].

ب- **رأي المشرع التونسي والمغربي والعراقي:**

رغم اشتراط المشرع التونسي ذكورة الولي في الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصيّة، إلاّ أن الفصل التاسع أعطى للمرأة الحق في عقد زواجها بنصه: ((لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا...))، وإن كان يفهم من ظاهر النصين أن المسألة فيها إشكال إلاّ أن الأمر يتضح إذا ما فسرنا بأن الوليّ الذي يجب أن يكون ذكرا مشروط بالنّسبة إلى القاصر، أمّا المرأة الرّاشدة فليست بحاجة أصلا إلى وليّ.

وبخصوص نص الفصل السّادس الذي يوجب موافقة الولي والأم على زواج القصر، فإنّه لا يفهم منه أن الأم أيضا وليّ، كل ما في الأمر أنّه تشترط موافقتها وموافقة الوليّ الذكر؛ ليقوم هذا الأخير بعقد الزّواج.

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص196؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90؛ ابن نجيم البحر الرائق، ج3، ص117.

(2) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص162– 164.

(3) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90.

وكذلك المشرع المغربي، لم يشترط وجود الولي إلاّ بالنّسبة للقصر، حيث وَقَفَ نَصُّ المادة 21 من مدونة الأسرة صحّة زواجهم على موافقة النائب الشرعي، لا سيما و أنّ نص المادة 400 يحيلنا إلى المذهب المالكي.

أمّا المشرع العراقي فقد اكتفى بتطابق الإيجاب والقبول بين الرجل والمرأة لانعقاد الزّواج، طبقا لنصّ المادّة الرابعة من تقنين الأحوال الشخصيّة، وهو بذلك يأخذ بمقتضى مذهب أبي حنيفة[1]؛ لأنّه هو المذهب الأكثر ملاءمة للعراق[2]، لا سيما وأنّه نشأ فيها، إذا علمنا أنّ نصّ المادّة الأولى حثّ على تطبيق أحكام الشريعة الأكثر ملاءمة في حالة عدم وجود نصّ.

الفرع الثالث
رشـــد الولي

المقصود بالرّشد عند جمهور الفقهاء من حنفيّة ومالكيّة وحنابلة، هو حسن التصرّف في المال، والقدرة على استثماره واستغلاله بشكل حسن. أمّا عند الشّافعيّة فيتمثل في الصلاح في الدِّين والمال معًا[3]. وتِبَعا للاختلاف في التّعريف، اختلف الفقهاء في مسألة الرّشد في الوليّ وفق التّفصيل الآتي:

أولا: عدم اعتبار الرشد في الولي

أ- **الرشد عند الحنفية:**

تعتبر تصرّفات السفيه عند أبي حنيفة مثل تصرّفات الرشيد، ولا يحجر عليه؛ فلا يختلف عنه إلاّ فيما لو بلغ سفيها، فلا يدفع إليه ماله إلى حين بلوغه خمسا وعشرين سنة، على أن تصرّفاته تكون نافذة رغم المنع. أما عند الصاحبين، فتكون تصرّفاته الماليّة من

(1) – فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة العراقي، جامعة السليمانية، العراق، 2004م، ص76.

(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص149.

(3) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7، ص160.

بيع وإيجار وما شابههما غير نافذة، بينما سائر التصرّفات غير المالية جائزة، مثل الزّواج والطلاق والإقرار وغيرها[1].

ب- الرشد عند المالكية:

الرّشد في الوليّ غير معتبر عند المالكيّة في أرجح الأقوال، وهو قول ابن القاسم؛ فإن كان لهذا الوليِّ وليٌّ استحسن أخذ إذن وليّه، إذْ الإذنُ ليس بشرط صحّة في عقد الزّواج، أمّا إذا لم يكن له وليّ، وهو ذو رأيٍ أي عقل ودين، جاز تزويجه لغيره بالاتفاق، أمّا إذا كان هذا الوليّ ضعيف الرّأي أي معتوهًا، فسخ عقده[2].

ج- الرشد في التشريعات الوضعية:

بتتبعنا لنصوص التشريعات العربيّة التي تسنّى لنا الاطلاع عليها، لم نكد نجد منها مَنْ أشار إلى مسألة الرّشد، وهذا يعني عدم اشتراطه في الوليّ، خصوصا إذا علمنا أنّ غالب هذه الدول تُحيلنا في تشريعاتها إلى أحكام المذهب الحنفي أو المالكي، أو أحكام الشريعة الملائمة للبلد، وقد ذكرنا أنّ المذهبين: الحنفي والمالكي، لا يشترطان الرّشد في الوليّ، كما أنّ الأوضاع السائدة في كل البلدان العربيّة والإسلامية تقتضي عدم اشتراط رشد الولي، وإلا فإننا لا نكاد نجد وليًّا رشيدًا في زمننا هذا.

ومع ذلك نشير إلى أنّ المشرّع الإماراتي كان الوحيد الذي نص صراحةً على مسألة الرّشد، بمقتضى نصّ المادّة 180، حين قال: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ بَالِغًا عَاقِلاً رَاشِدًا أَمِينًا قَادِرًا عَلَى القِيَامِ بِمُقْتَضَيَاتِ الوِلاَيَةِ))[3].

---

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص171.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص231؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص189؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص25-26؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص371؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص12.

(3) – هذا الشرط أورده المشرع الإماراتي فيما يتعلق بالولاية على النفس والمال، ولم ينص عليه في المادة 30 المتعلقة بوليّ الزواج، فاكتفى بالآتي: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا بَالِغًا عَاقِلاً...)).

ثانيا: اعتبار الرشد في الولي

أ- **الرشد عند الشافعية:**

المحجور عليه لسفه، سواء بلغ غير رشيد، أو بذّر ما له بعد أنْ بلغ رشيدا فحجر عليه لهذا السبب؛ لا يكون وليّا لا على نفسه ولا على غيره، وهذا الذي عليه المذهب. والمحجور عليه لسبب غير السفه، كالمرض أو الإفلاس، لا تزول عنه الولاية؛ لأنّه كامل النظر. أما إذا لم يحجر على السفيه، فالمعتمد في المذهب أنّه لا تزول ولايته كما قال الرافعي، بينما قال ابن أبي هريرة والسُّبْكي بزوال ولايته[1].

ب- **الرشد عند الحنابلة:**

باعتبار الرّشد في مسائل الزّواج عند الحنابلة، هو المعرفة بالكفء ومصالح النكاح، وليس حفظ المال؛ فإنّه يعد شرطا في الوليّ، فلا يكون جاهلا بمصالح الزّواج كالشيخ الكبير، كما لا يكون مفرطا ولا مقصّرا في ولايته. وهذا يعني أنّ عدم الرّشد في المال أي السّفه لا تزول به الولاية، فلا يكون مانعًا للوليّ مِنْ عقد الزّواج لموليّته[2].

ج- **الرشد في عقد الزواج والرشد في المال:**

1- **الرشد في الزواج فرع للرشد في المال:**

ممّا سبق ذكره في النقطتين السالفتين، يتبين أن بعض الفقهاء جعل الرّشد في عقد الزّواج فرعا للرشد في المال؛ فمن كان غير رشيد في ماله فالأولى ألاّ يكون رشيدًا في معرفة مصالح الزّواج، كون هذا الأخير عظيم الشأن مقارنة بالمال، ومن ثمّ فإن للسفيه، قبل الحجر، أنْ يلي عقد زواج موليّته، أمّا بعد الحجر فلا تصح ولايته في الصّحيح، إلاّ إذا

(1) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص208؛ الرملي، نهاية المحاج، ج6، ص237؛ النووي، روضة الطالبين، ج7، ص63؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص131؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص126– 129.

(2) – المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، 134–135؛ كشاف القناع، ج11، ص277؛ مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ج5، ص65؛ عبد الرحمن البعلي، كشف المخدرات، ج2، ص587.

أذن له وليّه[1].

2- الرشد في الزواج منفصل عن الرشد في المال:

في مقابل الرأي السابق، نجد فقهاء آخرين فرّقوا بين الرّشد في المال والرّشد في الزّواج، فجعلوا الأول غير معتبر في الزّواج، والثاني معتبرًا وهو معرفة الكفء ومصالح الزّواج.

وهذا المعنى الأخير قد أشار إليه الفقهاء بالنظر؛ فإذا كان الوليّ بالغا عاقلا، افترض فيه أنّه أهل للنظر في مصالح الزّواج، وهذا غير متيقّن، لذا فإن معنى الرّشد في الزّواج زائد عن معنى العقل والبلوغ وغيرهما من الشروط الأخرى، فهو صفة كمال للعاقل البالغ تدل على حسن تصرّفه، وسواء اعتبرنا الرّشد في المال ملازما للرشد في الزّواج أم لا، فإنّه يجب اعتباره شرطا في أهلية توليّ عقد الزّواج، فَيُمْنَعُ من ذلك مَنْ عُرِفَ عنه سوء الاختيار درءًا للمفاسد وجلبا للمصالح؛ ولهذا نرى أن السفه ليس موجبا لزوال الولاية في الزّواج ما لم يوجد موجب لزوالها، وهو سوء اختياره، وعدم معرفته للأكفاء ومصالح الزّواج[2].

الفرع الرابع

عدم الإحرام بحَج أو عُمْرَة

هذا الشرط أيضا اختلف الفقهاء حوله؛ فمنهم من اعتبر الإحرام مانعًا مِنْ موانع الولاية في الزّواج، ومنهم مَنْ اعتبر ذلك غير مانعٍ لها.

---

(1) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص257.

غير أننا نرى أنّ في هذا التبرير بعض التناقض، فإذا اعتبرنا أنّ الرّشد في الزّواج فرع مِنَ الرّشد في المال، وبالتالي مَنْ كان غير رشيد في ماله فالأولى ألاّ يكون رشيدا في معرفة مصالح الزّواج؛ لأن الزّواج أعظم شأنا مِنَ المال، فإن العكس غير صحيح، أي إنّه إذا كان الشخص رشيدا في ماله، فهذا لا يقتضي الرّشد في معرفة مصالح الزّواج؛ لأنّ الزّواج يبقى أعلى شأنا من المال، فيكون الراشد في مسائل الزّواج راشدا في مسائل الأموال لا العكس، وبالتالي يكون الرّشد في الأموال فرعا مِنَ الرّشد في الزّواج لا العكس، أو أنّهما قسمان مختلفان باعتبار الرّشد في المال غير الرّشد في اختيار الكفاءة كما قال ابن رشد في بداية المجتهد، ج2، ص12.

(2) – انظر في المعنى: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص257–258.

والمقصود مِنَ المنع هو وقت الإحرام، أمّا بعد الحِلّ منه، فلا خلاف بينهم في صحّة توليّ عقد الزّواج.

أولا: إحرام الولي مانع من توّلي عقد الزواج

أ- الإحرام مانع عند جمهور الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء[1]، من مالكية وشافعية وحنابلة، وظاهرية وزيدية؛ بأن المحرم بحج أو عمرة أو بهما معا ليس له أن يزوّج نفسه أو غيره، لا بولاية ولا بوكالة، لحديث عثمان رضي الله عنه: «لا يَنْكِحُ المُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ، وَلاَ يَخْطُبُ»[2]، وحديث يزيد ابن الأصم رضي الله عنه قال: «حَدَّثَتْنِي مَيْمُونَةُ بِنْتُ الحَارِثِ، «أَنَّ رَسُولَ اللّهِ صلى الله عليه وسلم تَزَوَّجَهَا وَهُوَ حَلاَلٌ»، قَالَ: «وَكَانَتْ خَالَتِي، وَخَالَةَ ابْنِ عَبَّاسٍ»»[3].

---

(1) – صالح عبد السميع، الثمر الداني، ص388؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص46؛ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، دار قتيبة، دمشق، سوريا – بيروت، لبنان، دار الوعي، حلب، سوريا– القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1414هـ– 1993م، ج11، ص257 وما بعدها؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص45–46؛ الشافعي، الأم، ج6، ص200 وما بعدها؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج4، ص123 وما بعدها؛ يحيي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، المطبعة العربيّة الحديثة، القاهرة، مصر، 1982م، ج7، ص283 وما بعدها؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص557– 560؛ ابن قدامة، المغني، ج10، ص55؛ محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: رائد صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدوليّة، عمان، الأردن، 2004م، ص772؛ ابن تيمية، شرح العمدة، ج3، 185؛ البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص160؛ الرحيباني، مطاب أولي النهى، ج2، 345؛ الحجاوي، الإقناع، ج1، ص364؛ الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص23.

وبه قال: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت، رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والزهري، والليث، والأوزاعي .

(2) – رواه: مسلم، الصحيح، ج4، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ص136– 137؛ مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، مكتبة الفرقان، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1424هـ– 2003م، ج2، ص450، حديث رقم 839. قال المحقق: «صحيح».

(3) – رواه: مسلم، الصحيح، ج4، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ص137– 138؛ ابن ماجه، السنن، ص340، حديث رقم 1964. قال الألباني: «صحيح»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ص66؛ الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، مج6، ص232، حديث رقم 4124. وقال: «صحيح».

فإذا عقد المُحرِم الزّواج، كان العقد إمّا مفسوخا وإمّا باطلا، على التفصيل الآتي:

1- **قول المالكية**:

يرى المالكية فسخ العقد قبل الدخول وبعده حتّى ولو أنجبت المرأة أولادا؛ فإن فُسِخَ قبل الدخول فليس للمرأة شيء مِنَ الصداق، أمّا بعد الدّخول فيفسخ العقد وتستحقّ المرأة صداقها، وهذا الفسخ هو طلاق على المشهور مِنَ المذهب، على أنّ التحريم لا يكون هنا مؤبّدًا[1].

وجدير بالذكر أن المعتبر عدم الإحرام وقت العقد[2]؛ فإذا كان الوليّ محرما ووكّل شخصا ينوب عنه في تزويج موليّته، وكان هذا الوكيل أيضا محرما، ولم يتم العقد حتّى تحللا، صحّ العقد. أما إنْ كان الوليّ حلالا هو والوكيل ولم يتم العقد حتّى أحرم أحدهما فلا يصحّ العقد.

وما ذكرناه يتعلق بالوليّ الخاص، أما الوليّ العام فنفرق بين ما إن كان الوليّ هو السّلطان أو القاضي؛ فإن كان الوليّ هو السّلطان وأحرم ووكل نائبه الحلال، صحّ العقد. أما إن كان الوليّ هو القاضي، ووكل نائبه، فلا يصح العقد. وسبب ذلك يرجع إلى أن نائب السّلطان لا ينعزل بموت السّلطان، بخلاف نائب القاضي الذي ينعزل بموت القاضي[3].

---

(1) – ابن أبي زيد القيرواني، متن الرسالة، ص93؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، 534–535؛ صالح بن عبد السميع، الثمر الداني، ص388؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، 188؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص332.
جاء في بلغة السالك أن نكاح المحرم لا يصحّ بالإجماع ويترتب عنه فسخ العقد، ويقام عليهما الحدّ إنْ عَلِمَا بذلك، ولا يلحق الولد بأبيه.
أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ص373.

(2) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص46–47.
لكن الراجح أنّ عقد نائب القاضي أيضا صحيح مثله مثل نائب السّلطان.

(3) – النفرواي، الفواكه الدواني، ج2، ص47.
لم يفرّق العدوي في حاشيته على كفاية الطالب الرباني بين السلطان والقاضي وجعل عقد وكيليهما الحلال صحيحا. انظر حاشية العدوي، ج3، ص156.

2- **قول الشافعية**:

قال الشّافعيّة بأن هذا النكاح مفسوخ، وقيل باطل، بغير طلاق، فإذا دخل بها فلها مهر مثلها إلاّ أنْ يكون قد سمّى لها الصداق، ثم يُفرّق بينهما، وهو تفريق غيرُ أبدي، إذْ يصح له ذلك - أي العقد عليها والزواج بها- بعد التحلل من الإحرام[1].

وهذا الشرط عام في الزوج والزّوجة، والوليّ الخاص والوكيل، أمّا الوليّ العام وهو الحاكم أو القاضي، فقد اختلف أصحاب هذا المذهب على ثلاثة أقوال: القول الأول هو عدم جواز توليّ الحاكم أو القاضي عقد الزّواج إن كان محرما مثله مثل الوليّ الخاص عملا بالحديث النبوي السابق. والقول الثاني يرى جواز عقد الوليّ العام ولو كان مُحْرِما، فهو يختلف عن الوليّ الخاص، فكما لا يحقّ لهذا الأخير عقد زواج الكافرة ويحقّ ذلك للوليّ العام، فإنّه لا يحقّ للوليّ الخاص أن يعقد زواج موليّته وهو محرم فيما يحقّ ذلك للوليّ العام. أمّا القول الثالث فيرى جواز ذلك للحاكم دون القاضي؛ لأن الحاكم ولايته أعم مِنْ ولاية القاضي[2].

وإذا كان الإحرام يمنع الوليّ من عقد الزّواج، فإنّه لا يسلبه الولاية، فلا تنتقل إلى الوليّ الأبعد في الأصحّ من المذهب؛ لأن الرّشد والنظر في الوليّ المحرم باقٍ، غير أن للسلطان أن يلي إبرام عقد الزّواج بدل الوليّ الأبعد[3].

3- **قول الحنبلية**:

للحنابلة روايتان في هذا الباب: الأولى إذا كان الوليّ أو الوكيل بمفرده مُحْرِمًا بطل العقد وهو المذهب، والثّانية قال فيها الإمام أحمد لا يفسخ العقد، ولعلّ ذلك راجع إلى

(1) - الشافعي، الأم، ج6، ص202-203؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج4، ص126.

(2) - الماوردي، الحاوي الكبير، ج4، ص126- 127؛ النووي، المجموع، ج7، ص297؛ الشيرازي، المهذب، ج1، ص210.

(3) - الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص210؛ الإقناع، ج2، ص245؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص241.

الخلاف الموجود في هذه المسألة[1].

أمّا الإمام الأعظم أي رئيس الدولة، إذا أحرم بحج أو عمرة؛ ففي رواية يجوز له توليّ عقد زواج غيره؛ لأنّ ولاية الحُكم يجوز فيها ما لا يجوز في ولاية النّسب، وفي رواية ثانية يمنع مثلما يمنع غيره، ويتولى ذلك خلفاؤه، وهذا هو الأشهر في المذهب[2].

4- قول الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري بأنّ الزّواج الذي يعقده الوليّ وهو مُحْرِم يكون مفسوخا حتّى ولو طالت مدة الزّواج أو أنجبت المرأة، لحديث عثمان وحديث ميمونة رضي الله عنهما. والمنع يشمل الزّوج والزّوجة والوليّ، كما يشمل الخطبة والزّواج على حدّ السواء، ويستمر المنع من وقت الإحرام إلى حين طلوع شمس يوم النحر ودخول وقت رمي جمرة العقبة [3].

5- قول الشيعة الزيدية:

يرى الزّيديّة عدم صحّة العقد الذي يبرمه المُحْرِمُ دونما فرق بين كونه وليّا عامًّا أو خاصًّا، وبغض النظر عن كون الإحرام صحيحا أو فاسدا[4]، فإن كان عالما بالتحريم بطل العقد، أما إن كان جاهلا به فإن العقد يكون فاسدًا[5].

ب- منحى التشريعات الوضعية في مسألة الإحرام:

أخذت بعض التشريعات العربيّة صراحة برأي الجمهور، فجعلت الإحرام مانعا مِنْ تولّي إبرام عقد الزّواج، وهذه التشريعات تتمثل في: التشريع الإماراتي في نصّ المادّة 33 من

(1) – ابن قدامة، المغني، ج10، ص55؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص249– 251؛ المرداوي، الإنصاف، ج3، ص492؛ محمد بن مفلح، الفروع، ص773؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج3، ص145– 147.

(2) – الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص252؛ المرداوي، الإنصاف، ج3، ص492؛ محمد بن مفلح، الفروع، ص773–774؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج3، ص147.

(3) – ابن حزم، المحلى، ج7، ص197 وما بعدها.

(4) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص23.

(5) – الصنعاني، التاج المذهب، ج1، ص274.

تقنين الأحوال الشخصيّة[1]، والتشريع القطري في نصّ المادّة 28[2]، والتشريع العماني[3] في نصّ المادّة11/ب، والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في نص المادة 15؛ حيث جاء فيها: ((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ... غَيْرَ مُحْرِمٍ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ ...)).

أمّا باقي التّشريعات، فإنّنا نصنّفها حسب ما إذا كانت تشترط الوليّ رأسًا أم لا، فإن كانت تشترطه، نظرنا في المذهب الذي يرجع إليه في حال عدم وجود نص، فإن كان المذهب الحنفي، مثل ما هو عليه الأمر في مصر وسوريا والعراق، فالإحرام ليس مانعا، وإن كانت الإحالة إلى أحد المذاهب الأخرى، فالإحرام مانع، مثل موريتانيا والكويت اللتان يرجع فيهما إلى المشهور من المذهب المالكي، بموجب نصّ المادّة 2/311، و 343 من تقنين الأحوال الشخصيّة على التّوالي، واليمن التي تأخذ بأقوى الأدلة في الشّريعة الإسلامية بمقتضى نصّ المادّة 349 من تقنين الأحوال الشخصيّة.

وبخصوص التشريعات التي تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فنعتقد أنّه يرجع فيها إلى المبادئ الأكثر ملاءمة لما هو سائد في البلد، وعليه يمكن القول إنّ إحرام الوليّ في التشريع الجزائري مانع من تولّي عقد الزّواج، كون المذهب السائد فيها هو المذهب المالكي.

ثانيا: إحرام الولي لا يمنع تولي عقد الزّواج

أ- قول الحنفية في المسألة:

في مقابل رأي الجمهور، نجد الحنفية يقولون إن الذي يُحْرِم بحج أو عمرة أو بهما معا لا يمنع من أن يبرم عقد موليّته، كما له أن يبرم عقد زواجه هو، والذي يُحْظَر هو الوطء

(1) – معلوم أن الإمارات العربيّة المتحدة تأخذ بالمذهب المالكي، وقد نصت على تقديمه على المذاهب الأخرى المادّة 3/2، مما يعني أن تخلف هذا الشرط يجعل من العقد مفسوخا.

(2) – طبقا لنص المادّة 3 من تقنين الأحوال الشخصيّة القطري، يؤخذ بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، وهذا يقتضي أن العقد الذي يبرمه الولي وهو مُحْرِمٌ باطل.

(3) – رغم أن الإباضية هم الطائفة الغالبة في سلطنة عمان، إلاّ أنّ نصّ المادّة 281 من تقنين الأحوال الشخصيّة يحيل على أحكام الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوصه.

ودواعيه وليس العقد[1].

ودليل ذلك من السنّة أنّ النبيّ ﷺ فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما ، قد تزوّج ميمونة رضي الله عنها وهو مُحْرِم[2].

ومن الأثر[3]: قول أنس رضي الله عنه عندما سُئِل عن نكاح المحرم: ((لاَ بَأْسَ بِهِ، هَلْ هُوَ إلاّ كَالبَيْعِ)). وكذلك رواية النّخعي عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما كانا لا يريان بأسا من نكاح المحرم.

وأدلتهم من المعقول: أن النّكاح يقاس على شراء الأمة للتَّسَرِّي(*)، فهو مثل سائر العقود التي يُتَلَفَّظُ بها ، ومن ثمّ فلا يمنع الإحرام من إجرائه.

ب- ردودهم على من قال بالمنع:

رد الحنفية على من قال بالمنع مستدلا بحديث عثمان رضي الله عنه، عن النبيّ ﷺ : ((لاَ يَنْكِحُ المُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ...))[4]، بأنّه إنْ صحّ، فإن معناه يُحْمَل على الوطء وليس على

---

(1) – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص110–111؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص111–112؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص222–223؛ الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج2، ص209–210؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج1، ص331.

(2) – أخرجه: البخاري، الصحيح، ج3، باب تزويج المحرم، ص15، ج5، باب عمرة القضاء، ص142؛ مسلم، الصحيح، ج4، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ج4، ص137.

(3) – الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج2، ص273.

الأثر الذي ورد عن أنس قوي، ولكنه قياس في مقابل النص، فلا عبرة به، وكأن أنسًا لم يبلغه حديث عثمان رضي الله عنهما .

انظر في ذلك: ابن حبان، صحيح ابن حبان، ج9، هامش الصفحة 440.

* التَّسَرِّي هو اتِّخَاذُ الرَّجُل جَارِيَتَهُ سُرِّيَّةً، وَهِيَ الأَمَةُ المَمْلُوكَةُ يَتَّخِذُهَا سَيِّدُهَا لِلْجِمَاعِ. وَقَدْ ضَمُّوا السِّينَ تفْرِيقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ السَّرِّيَّةِ، وَهِيَ الْحُرَّةُ الَّتِي يَتَزَوَّجُهَا الرَّجُل سِرًّا. وَقِيل هِيَ مِنَ السِّرِّ بِمَعْنَى الإِخْفَاءِ؛ لأَنَّ الرِّجَال كَثِيرًا مَا كَانُوا يَتَّخِذُونَ السَّرَارِيَّ سِرًّا، وَيُخْفُونَهُنَّ عَنْ زَوْجَاتِهِمُ الْحَرَائِرِ. وَقِيل: هِيَ مِنَ السُّرِّ بِمَعْنَى السُّرُورِ، وَسُمِّيَتِ الْجَارِيَةُ سُرِّيَّةً؛ لأَنَّهَا مَوْضِعُ سُرُورِ الرَّجُل، وَلأَنَّهُ يَجْعَلُهَا فِي حَالٍ تَسُرُّهَا مِنْ دُونِ سَائِرِ جَوَارِيهِ. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج11، ص294.

(4) – رواه مسلم، الصحيح، ج4، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ص136– 137؛ مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، ج2، ص450، حديث رقم 839. قال المحقق: «صحيح».

العقد، فيمنع على المحرم بحج أو عمرة أن يدخل بمن تزوجها كما يحظر عليها أن تمكّنه من نفسها[1]. وبالتالي فإن هذا المنع لا يشمل الوليّ؛ لأنّه يتولّى إبرام عقد الزّواج فقط.

ومما يدلّ على أن المنع لا يمس العقد، أن زواج المرأة الحائض أو النُّفَسَاء جائز بالإجماع، بينما وطؤهما غير جائز، فكذلك العقد الذي يبرمه المحرم صحيح، والمنع يمس الوطء فقط كما تَقَدَّم[2].

وحتّى لو سلّمنا بأنّ المقصود بالمنع هو العقد، فإن ذلك يتعلق إما بإفساد الإحرام أو بتوقيع الجزاء دون بطلان الزّواج، أو يُحْمَل على كراهة إبرام عقد الزّواج وقت الإحرام؛ لأن ذلك يشغل قلب المحرم عن أعمال الحج والعمرة، وهذا لا يعني أن النبيّ لم يباشر عقد زواجه وهو محرم؛ لأنّه لا ينشغل قلبه بأمور الدّنيا مثلنا.

أمّا حديث زيد بن الأصمّ الذي جاء فيه أنّ النبيّ ﷺ تزوج ميمونة رضي الله عنها وهو متحلّل من إحرامه، فيردّه حديث ابن عباس السّابق من وجهين[3]:

الوجه الأول: أنّه من المتّفق عليه أن النبيّ ﷺ قد تزوّج ميمونة رضي الله عنها مرّة واحدة فقط، وحديث ابن الأصم فيه ذكر الحِلّ، والحلّ هو الأصل، أما حديث ابن عباس ففيه ذكر الإحرام وهو أمر عارض. فنقوي الأخذ بالخبر العارض؛ لأن من ذكر الحل إنما ذكره بناءً على الأصل أو ظاهر الحقيقة تحسينا للظن، وأما من روى الإحرام – وهو ابن عباس- فقد اعتمد على حقيقة الحال؛ فكان الأخذ بما قال الجارح أولى من الأخذ بقول المزكّي.

والوجه الثاني: أنّ ابن عباس أفقه وأتقن حفظًا من زيد ابن الأصمّ رضي الله عنهما، وترجيح الأفقه والأتقن ترجيحٌ صحيحٌ في أصول الفقه.

---

(1) – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص110–111؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص111–112؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص222–223؛ الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج2، ص209–210؛ إبراهيم ابن أبي أيمن، لسان الحكام، ص317.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص310.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص310.

ج- القول الراجح في المسألة:

نعتقد أنّ الرأي الرّاجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء للأدلّة المذكورة، كما أنّ أقوال الحنفية يمكن ردّها بما أورده ابن حزم، حيث قال: إنّ الادعاء بأنّ المقصود بالمنع في حديث عثمان رضي الله عنه هو الوطء غير صحيح؛ لأنّهم خصّصوا المعنى دون دليل، بل إنّ في الحديث نفسه ما ينقض هذا المعنى ويصرف المنع إلى العقد، وهو منع الخطبة في حال الإحرام. كما أنّ ترجيح خبر ابن عباس على خبر ميمونة رضي الله عنهما بدعوى المقارنة بين زيد بن الأصمّ وابن عباس ما هو إلاّ تمويه، فصحيح أنّ ابن عباس أعلى قدرا وأضبط من ابن الأصمّ، لكنّ هذا الأخير روى عن ميمونة، فالمقارنة تكون بينها وبين ابن عباس، الذي كان حين زواجها صبيًّا في العاشرة بخلافها هي، كما أنّها أعلم بحالها من ابن عبّاس[1].

غير أننا نشير مع ذلك إلى مراعاة المصلحة في ذلك، فإنْ لم يكن قد تمّ الدخول بالمرأة، فُسِخ العقد، أمّا إنْ دخل بها الزوج، وكانا عالمين بذلك أقيم عليهما الحدّ، أمّا إنْ لم يعلما، فلا يُفْسخ العقد، لاسيما إنْ كان قد ولد بينهما أولاد، أو يجدد العقد.

الفرع الخامس

ألاّ يَكُون الولي مُكْرَها

اختلف الفقهاء فيما لو أُكْرِهَ الوليّ على تزويج المرأة التي هي تحت ولايته إلى رأيين: أحدهما يرى فيه أصحابه أن العقد صحيح ولو مع الإكراه قياسا على الهازل، والآخر يرون فيه عدم صحته.

أولا: القائلون بصحة الزّواج مع إكراه الولي

ذكر الحنفيّة أنّ كلّ تصرّف يصحّ مع الهزل يصحّ مع الإكراه، ومن هذه التصرّفات الزّواج، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم: «ثَلاَثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلاَقُ، وَالرَّجْعَةُ»[2]؛ فإن أكره الوليّ على تزويج من هي تحت ولايته صحّ العقد، ذلك لأنّ ما يصحّ

(1) – انظر في تفصيل ذلك: ابن حزم، المحلى، ج7، ص199– 200.

(2) – ابن ماجه، السنن، ص352، حديث رقم2039. قال الألباني: «حسن»؛ أبو داود، السنن، ص382، حديث رقم 2194. قال الألباني: «حسن»؛ الترمذي، السنن، ص282، حديث رقم 1184. وقال: «حديث حسن غريب». وقال =

مع الهزل لا يحتمل الفسخ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثّر فيه الإكراه[1].

ثانيا: القائلون بعدم صحّة الزّواج حال إكراه الولي

بمقابل رأي الحنفية، قال المالكيّة بعدم جواز نكاح المكره، فإذا زال الإكراه فسخ العقد ولا تصحّ إجازته؛ لأنّه غير منعقد، وإن انعقد فهو باطل[2]، وكذلك قال الشّافعيّة[3] والحنابلة[4]، إلاّ إذا كان الإكراه بحق.

ونشير إلى أنّ التشريعات العربيّة لم تخص مسألة إكراه الوليّ بنص صريح في التّقنينات المتعلقة بشؤون الأسرة، بخلاف الإكراه في القواعد العامة للقانون المدني، فإنْ طبّقنا النّصوص التي تحيل إلى أحكام أحد المذاهب، وهو ما نؤيّده، كان الحكم وفق كل مذهب، وإنْ رجعنا إلى النّصوص العامّة، فإنّ العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة من وقع عليه الإكراه فينصرف الحق إلى الوليّ والمرأة كذلك.

غير أنّ نص المادة 33 من تقنين الأسرة جاء عامًّا في مسألة الرّضا، فيمكن حمله على إكراه أحد الزّوجين، وهو الأصل، كما يمكن حمله على الوليّ، فيكون العقد الذي يبرمه الوليّ تحت وطأة الإكراه باطلاً بطلانا مطلقًا لا قابلا للإبطال، وهذا الاتّجاه موافق كما رأينا للمذهب المالكي السائد في الجزائر.

= الألباني: «صحيح».

(1) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص136؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص191– 192.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص370.

(3) – الشربيني، الإقناع، ج2، ص246؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج3، ص473–474؛ زكريا الأنصاري؛ فتح الوهاب، ج2، ص34.

(4) – أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تخريج: عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثّالثة، المنصورة، مصر، 1426هـ– 2005م، ج8، ص296.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن التصرّفات القوليّة تكون باطلة في حالة الإكراه إلاّ في الزّواج فإنّه يقع صحيحا قياسا للمُكْرَهِ على الهازل أي مثلهم مثل الحنفية، وتم عزو القول إلى الإنصاف للمرداوي، والمغني لابن قدامة، لكنني لم أقف على ذلك في هذين الكتابين ولا في غيرهما.

بل قد ورد في الموضع ذاته من مجموع الفتاوى ما يفيد خلاف ذلك: «وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْعُقُودِ، كَالْبَيْعِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ...وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَمَذْهَبُ الْجُمْهُورِ، كَمَالِكِ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَد، أَنَّ كُلَّ قَوْلٍ أُكْرِهَ عَلَيْهِ بِغَيْرِ حَقٍّ فَهُوَ بَاطِلٌ...».

الفصل الثاني

أقسام ولاية الزّواج

يقسّم جلّ الفقهاء والشّراح الولاية إلى قسمين أساسيين: قاصرة ومتعدّية؛ وتنقسم الولاية المتعدّية بدورها إلى ولاية عامّة وولاية خاصة من جهة، وولاية على النفس وولاية على المال من جهة أخرى.

فالولاية القاصرة هي قدرة الشخص على التصرّف لنفسه دون غيره، وتكون إمّا على نفسه وماله معًا، أو على نفسه دون ماله أو على ماله دون نفسه[1]، أو هي صلاحيّة الشخص وقوّته الشرعيّة لمباشرة شؤون نفسه وماله[2]. وبسبب عدم تعدّيها إلى الغير سمّيت بالولاية القاصرة أو غير المتعدّية، أو بالولاية الذّاتية[3].

ويتحقق هذا الصّنف من الولاية لكل شخص كامل الأهليّة، بأن كان بالغًا عاقلاً غير محجور عليه، حيث يمكنه أن يبرم ما شاء من التصرّفات القانونيّة، سواءٌ كانت نافعة له نفعًا محضًا كقبول الهبة أو الوصيّة، أم ضارّة ضررًا محضًا كأن يقوم هو بالهبة أو الإيصاء أو الوقف، أم دائرة بين النّفع والضَّرر كالبيع والشّراء، والزّواج، دون أن تتوقّف تلك التصرّفات على إجازة أحد[4].

وفي نطاق الزّواج هي ولاية تمليك كاملة في حقّ صاحبها، لصحة مباشرة عقد زواجه

---

(1) – نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 1422هـ– 2002م، ص10؛ محمد رأفت عثمان، عقد الزّواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، د.م، 1977م، ص174.

(2) – حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص29.

(3) – نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص10؛ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص174.

(4) – حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص29؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص251؛ بلال حامد إبراهيم بلال، أحكام الولاية في النكاح، دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونيّة، مطبعة البحير لطباعة الأوفست، كلية الشريعة والقانون، دمنهور، مصر، 1420هـ– 2000م، العدد 15، ج2، ص930– 931.

بإرادته المنفردة، دون أنْ يتوقف ذلك على تعقيب بالإذن أو الإجازة[1].

أمّا الولاية المتعدّية، والتي تسمى أيضا بالولاية غير الذّاتية[2]، فهي قدرة الإنسان على التصرّف لنفسه ولغيره تصرّفا صحيحا نافذا، وهي تبنى على الولاية القاصرة فهي فرع لها؛ لأنّه حتّى تكون للشخص ولاية على غيره لا بدّ من أن يكون وليّا على نفسه[3]. أو هي سلطة شرعيّة تمكّن صاحبها من التصرّف الصّحيح النّافذ لغيره[4].

أمّا الولاية العامّة فهي: ((سُلْطَةٌ عَلَى إِلْزَامِ الغَيْرِ وَإِنْفَاذِ التَّصَرُّفِ عَلَيْهِ بِدُونِ تَفْوِيضٍ مِنْهُ، تَتَعَلَّقُ بِأُمُورِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَالنَّفْسِ وَالمَالِ، وَتُهَيْمِنُ عَلَى مَرَافِقِ الحَيَاةِ العامّة وَشُؤُونِهَا، مِنْ أَجْلِ جَلْبِ المَصَالِحِ لِلأُمَّةِ وَدَرْءِ المَفَاسِدِ عَنْهَا))[5]. أو أنّها سلطة شرعيّة تمكّن صاحبها من التصرّف الصّحيح النّافذ في شأن من شؤون المجتمع العامّة، كالسّلطان والحاكم، حيث له ولاية عامّة على النّاس بسبب بيعة (انتخاب) الأمّة، أو أهل الحلّ والعقد، نيابة عن باقي الرّعيّة، وكالقاضي نيابة عن الحاكم، أو الإمارة أو الوزارة[6].

فالوليّ العام يتمثّل في السّلطان أو الإمام أو القاضي...إذْ لكلّ منهم ولاية عامّة على من يتولّى أمرهم؛ فالسّلطان أو الإمام يرعى شؤون رعيّته وهو الوليّ عليهم إذا لم يكن لهم وليّ.

---

(1) – نجلاء جمعة محمد حسانين، إرادة المرأة في عقد الزّواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، مصر، 1426هـ- 2005م، ص163.

(2) – وقد تكون أيضا قاصرة إذا كانت على النفس فقط أو على المال فقط. انظر: نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص10.

(3) – انظر في هذا المعنى: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،1414هـ- 1993م،ج1، ص372؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص192؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص125؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص192؛ عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، تركيا، 1308هـ، ج3، ص29.

(4) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص253.

(5) – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 45، ص139.

(6) – حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص31؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص254.

بينما الولاية الخاصّة هي تلك التي يملك بها الوليّ التّصرّف في شأن مِنْ الشّؤون الخّاصة للأشخاص المعنيّين، ومصدرها إما صاحب الشّرع (أو القانون)، مثل ولاية الأب على أبنائه، أو الأصيل، مثل نيابة الوكيل له، أو الوصي والقيم ومتولّي الوقف[1].

وبالنّسبة إلى الولاية على النّفس، فهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصيّة أو من في حكمه، كالتّزويج والتّعليم والتّأديب ونحو ذلك[2]، أو ((هِيَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالتَّصَرُّفِ الصّحِيحِ النَّافِذِ فِي الشُّؤُونِ الخَاصَّة بِنَفْسِ المُوَلَّى عَلَيْهِ، وَالإِشْرَافِ عَلَى مَصَالِحِهِ مُنْذُ وِلاَدَتِهِ حتّى بُلُوغِهِ وَتَزْوِيجِهِ))[3].

أما الولاية على المال فتتمثّل في الإشراف على شؤون القاصر - أو من في حكمه- الماليّة من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرّفات المتعلّقة بالمال، كالبيع والإيجار والرّهن وغير ذلك[4].

وما يهمّنا في بحثنا هذا هو ولاية الزّواج التّي قلنا إنّها تنقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار، على خلاف في التّسميات، حيث هناك من يسمّيهما بولاية حتم وإيجاب وولاية ندب واستحباب، ومن يسمّيهما ولاية استبداد وولاية شركة[5]، وهو ما سندرسه في المبحثين الآتيين.

(1) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص253؛ صالح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص33.

(2) – مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص845؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص141، ج7، ص187 وص746؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج27، ص23، ج45، ص168.

(3) – حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص33؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص263.

(4) – مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص845؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص141، ج7، ص 187 وص746؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج27، ص23، ج45، ص157.

(5) – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1405هـ- 1984م، ج2، ص149- 152؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص241؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص246؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص334؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص154.

المبحث الأول

ولاية الإجبار في الزّواج

إنّ ولاية الإجبار كما سبق وأنْ ذكرنا تعريفَها هي: «تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى»، فبموجبها يكون للوليّ أنْ يعقد زواج موليّته دون أخذ إذن منها ولا أخذ رأيها لا في الزوج ولا في المهر، ولا في أي شيء مما يتعلق بذلك[1]، ويكون هذا العقد نافذا تجاهها بحيث لا يمكنها أن تنقض العقد أو تطالب بإبطاله، وتجاه الغير بحيث لا يمكن لهم الطّعن فيه إلاّ في حالة الضّرر[2].

وولاية الإجبار لا تقيم وزنًا لشرط الرّضا والطَّوْعِ في الزّواج، كما يظهر في كتب الفقه؛ فهي بهذا المنظر عَدُوّة للإرادة الحرّة في أهم وأخطر العقود ألا وهو عقد الزّواج، وهذا سوء ظنّ وفهم منّا لهؤلاء الفقهاء، ذلك أن هؤلاء الفقهاء علموا أنّ مِنْ مقاصد الشّريعة حماية الضعفاء، وهذه الحماية لها جانبان: الجانب الأول هو جانب إيجاد، ورعايته تكون بإقامة كل ما يدفع الضّعف أو يُعين على التغلّب على آثاره، والجانب الثّاني هو جانب العدم، ورعايته تكون باتخاذ الوسائل الكفيلة بدفع الاختلال الذي قد يلحق بمصلحة الضعيف، ومن هذا المنطلق، واستئناسا بالنّصوص الشرعيّة التي توحي بحقّ الأولياء في رعاية مصالح الضّعفاء؛ ولِجوا باب ولاية الإجبار[3].

---

(1) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص158.

(2) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص65.

(3) – أحمد الغزالي، الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتقنينات العربيّة المعاصرة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الزّواج، دار النهضة العربيّة، مصر، 1420هـ-1999م، ص220-221.

يرى الدكتور الغوثي بن ملحة بأنه لا يوجد دليل مِنَ القرآن أو السنة على ولاية الإجبار، ونسب إلى البخاري القول بأنه ليس للأب ولا لغيره أنْ يجبر المرأة بكرا كانت أو ثيبا، وإذا رفضت المرأة هذا الزّواج فهو باطل.

GHAOUTI Benmelha, Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993. P53.

ولست أدري مِنْ أين أتى بالقول بعدم وجود أدلّة الجبر في القرآن والسنة، إذ هناك كثير من الأدلة، إلاّ أن أدلة القول بعدم الجبر أقوى!

أما البخاري فقد ترجم بابا بعنوان: «بَابُ لاَ يُنْكِحُ الأَبُ وَغَيْرُهُ البِكْرَ وَالثَّيِّبَ إِلاَّ بِرِضَاهَا»، ثم «بَابُ إِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَهِيَ كَارِهَةٌ فَنِكَاحُهُ مَرْدُودٌ»، أورد فيه حديثا واحدا تعلق بخنساء بنت خذام، وكانت ثيّبا. انظر: البخاري، الصحيح، ج7، ص17-18.

ويظهر ذلك بوضوح عندما نرى أنّ الفقهاء عند طَرْقِهِم ولاية الإجبار، قد أسّسوها على الشّفقة الكاملة كما سنرى، والنّظر إلى المصلحة، وهذه لا تتوافر إلاّ في بعض الأشخاص كالأب ووصيّه، والجدّ، على اختلاف بينهم؛ فكانت عُمْدة الولاية هي مُراعاة مصلحة المولّى عليها، وليس التّسلّط والاستبداد وفق ما قد يظهر مِنْ مسمّى الولاية[1]، كما أنّها ليست نظامًا وحشيًّا وخشنًا مثلما وصفها القضاء الفرنسي في الجزائر[2]، وحسب ما ساد في الفكر الفرنسي[3]؛ ومِنْ ثَمّ فالإجبار المقصود هو حَمْلُ الوليّ للمولّى عليه على فعل شيء إمّا لضرورة أو لمصلحة شرعيّة[4].

وقد أفردنا لدراسة هذا النّوع مِنَ ولاية الزّواج مطلبين: خصّصنا الأوّل للفقه الإسلامي، وجعلنا الثّاني للتشريعات الوضعية. وسبب فصلنا بينهما هو خصوصيّة كل منهما، وبل وخصوصية كل مذهب وتشريع على حِدَة، وما يترتب عن ذلك مِنْ تفصيل وتحليل.

---

(1) – أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص221.

(2) – حكم محكمة الجزائر بتاريخ 04/15/ 1885، ومحكمة سيدي بلعباس بتاريخ 1892/05/10، ومحكمة قسنطينة بتاريخ 1903/08/12، وقرار 1926/01/26 و 1950/03/06 بالجزائر. ذكرها: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزّواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م، ص121.
BELHADJ Larbi, op. cit. P. 427.

(3) – هجرس بولبداوي، الولاية في الزّواج، بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001–2002م، ص7.
وقد ذكر أحد الكتاب الفرنسيين بأن التشريع الإسلامي، مُمَثَّلاً في القرآن، وبالخصوص سيدي خليل، يقصد ما جاء في مختصر خليل، هو تشريع رهيب ولا يرحم، وليس فيه إلاّ التعذيب والحبس والضرب بالعصا وقطع الرؤوس، مستدلاً بما ورد في آيات محكمات بشأن عقوبة الزّنا والقذف وترك الصلاة...الخ
متناسيا أن تلك الأحكام ما قرّرت إلا حفاظا على الأرواح والأعراض والأنساب، بل للحفاظ على الكيان الإنساني بمختلف جوانبه، وأنّ عدم تطبيقها هو ما يؤدّي إلى خراب المجتمعات، وهلاك الإنسانية. وهذا الكاتب وأمثاله يعلمون ذلك يقينا، ولكنّه الكِبْرُ منهم؛ فصدق الله حين قال في سورة الأنعام: ﴿... فَإِنَّهُمْ لَا يُكَذِّبُونَكَ وَلَٰكِنَّ ٱلظَّٰلِمِينَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ يَجْحَدُونَ ﴿٣٣﴾﴾. من الآية 33.

V: RICHARD Charles, op. cit. p. 9 etc.

(4) – سهير فؤاد إسماعيل، ولاية الإجبار في النكاح في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونيّة والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، العدد الحادي والثلاثون، أفريل 2002م، ص95.

المطلب الأول

ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مدى هذه الولاية بين موسّع فيه وبين مضيّق. ونقصد بالاتساع هنا بالنّظر إلى صحاب الولاية، أي مَنْ تكون له ولاية الإجبار على المرأة، لا بالنّظر إلى مَن تقع عليها.

الفرع الأول

الموسعون في ولاية الإجبار

بتتبع كتب الفقهاء نجد أنّ مَنْ وسّع في ولاية الإجبار هم الحنفية – وهذا بالنّسبة إلى غير المرأة البالغة العاقلة –، فالزيدية، فالإباضية[1]. وقد سلكنا في الترتيب معيار الفقه الأكثر توسّعا، وصولا إلى الأقلّ.

أولا: ولاية الإجبار عند الحنفية

كان المذهب الحنفي أوسع المذاهب في ولاية الإجبار مِنْ حيثُ مَنْحُها لجميع الأولياء، ولكن في الوقت نفسه أضيقهم مِنْ حيث أنّه قصرها على القُصّر ومن في حكمهم.

أ- **من تثبت عليه ولاية الإجبار:**

تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية لكل العصبات على فاقدي الأهلية، فتثبت على المجنون صغيرا كان أم كبيرا، سواء كان الجنون أصليًّا أم طارئًا، و تثبت كذلك على الصغير غير المميّز ولو ثيّبا[2].

---

(1) – لئن التمسنا للزيدية والإباضية بعض المبررات لإعطاء ولاية الإجبار لكافة الأولياء تقريبا، لاسيما إنْ كانت المرأة ناقصة أو عديمة الأهلية، نظرا لأنهم يثبتون الولاية على المرأة العاقلة؛ فإننا لا نجد تبريرا لموقف الحنفية الذي ينتقل مِنْ النقيض إلى النقيض؛ فيثبت مِنْ جهة ولاية الإجبار على ناقصة وعديمة الأهلية لكلّ الأولياء، ومِنْ جهة ثانية ينفي الولاية كليةً – بنوعيها– على المرأة إنْ أصبحت بالغة عاقلة!

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص241؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص154–155.

ومناط هذه الولاية هو عجز المولّى عليه عن التصرّف بنفسه على وجه النّظر والمصلحة؛ لقصور عقله[1]. وعلى هذا، يلحقّ بالصبيّ غير المميّز والمجنون، المعتوه غير المميّز، على اعتبار أنّ بعض الفقهاء يميّزون بين المعتوه المميّز والمعتوه غير المميّز[2].

وبناءً على هذا، فإنّ ولاية الإجبار عند الحنفيّة تنتهي بالنّسبة للصّغير أو الصّغيرة بمجرّد البُلوغ، مع الرّشد طبعًا، وتتحوّل مِنْ ولاية إجبارٍ إلى ولاية ندْبٍ واستحباب على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف في أحد قوليه، أو إلى ولاية شركة على قول محمد، وأبي يوسف في قوله الآخر[3].

ب- **من تثبت له ولاية الإجبار:**

تثبت ولاية الإجبار للعصبة مطلقا عند أبي يوسف في بعض الروايات، ومحمد، أمّا عند أبي حنيفة - في المشهور عنه- فتثبت لكل الأقارب، ابتداءً من الأب والجدّ والابن لوفور شفقتهما، وانتهاءً بذوي الأرحام، فالسّلطان[4]، على التّفصيل الذي سنذكره عند التّطرق إلى ترتيب الأولياء.

لكن هل معنى ولاية الإجبار هو عدم إمكانية الطعن في العقد الذي أبرمه الوليّ، أم أنّه لا يكون للمولّى عليها أيّ خيار وفق التّعريف الذي ذكرناه آنفا؟

ج- **أثر ولاية الإجبار:**

إن الولاية عند الحنفيّة مقيّدة بالكفاءة ومهر المثل[5]؛ وعلى هذا فإنّه رغم صحّة العقد، لا يكون مُلزِمًا للقاصر أو فاقد الأهلية، فيمكنه فسخه بعد زوال سبب نقص أو عدم الأهلية، فإذا كانت المرأة صغيرة مثلاً، وزوّجها وليّها جبرًا بغير كفءٍ أو بمهر دون

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242.
(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص158.
(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص241.
(4) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص219 وما بعدها؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص240-241، ص315-316؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص133.
(5) – ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص171-174.

مهر المثل، كان لها عند بلوغها أن تجيز العقد أو تفسخه، وهذا ما يسمّى بخيار البلوغ، وكذلك الأمر بالنّسبة إلى المجنونة، فإذا زال عنها الجنون، كان لها فسخ العقد، ويسمّى هذا بخيار الإفاقة[1].

غير أنّ ذلك مشروطٌ بأنْ يكون الوليّ غير الأب أو الجدّ عند أبي حنفية ومحمد؛ فإن كان الوليّ هو الأب أو الجد فلا خيار لها بعد البلوغ استحسانا؛ لأنّ الخيار لنفي الضّرر، ولا ضرر في تزويج الأب أو الجدّ؛ لوفور النّظر والشّفقة فيهما، أمّا غيرهما فلبعد قرابتهم يكون نظرهم قاصرًا وشفقتهم كذلك، فيكمل هذا القصر بإثبات حقّ الخيار للمولّى عليها[2].

ودليل ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما، إذْ قَالَ: **((تُوُفِّيَ عُثْمَانُ بْنُ مَظْعُونٍ وَتَرَكَ ابْنَةً لَهُ مِنْ خَوْلَةَ بِنْتِ حَكِيمِ بْنِ أُمَيَّةَ وَأَوْصَى إِلَى أَخِيهِ قُدَامَةَ بْنِ مَظْعُونٍ وَهُمَا خَالاَيَ فَخَطَبْتُ إِلَى قُدَامَةَ ابْنَةَ عُثْمَانَ فَزَوَّجَنِيهَا فَدَخَلَ الْمُغِيرَةُ إِلَى أُمِّهَا فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ فَحَطَّتْ إِلَيْهِ وَحَطَّتِ الجَارِيَةُ إِلَى هَوَى أُمِّهَا حتّى ارْتَفَعَ أَمْرُهُمَا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ قُدَامَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنَةُ أَخِي وَأَوْصَى بِهَا إِلَيَّ فَزَوَّجْتُهَا ابْنَ عُمَرَ وَلَمْ أُقَصِّرْ بِالصَّلاَحِ وَالكَفَاءَةِ وَلَكِنَّهَا امْرَأَةٌ وَإِنَّهَا حَطَّتْ إِلَى هَوَى أُمِّهَا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم : «هِيَ يَتِيمَةٌ وَلاَ تُنْكَحُ إِلاّ بِإِذْنِهَا». فَانْتُزِعَتْ مِنِّي وَاللَّهِ بَعْدَ أَنْ مَلَكْتُهَا فَزَوَّجُوهَا الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ))**[3].

أمّا عند أبي يوسف، فإنّ العقد يكون مُلْزِمًا للمرأة، ولا يكون لها الخيار في

---

(1) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص164.

(2) – أما إذا زوّج الحاكم المرأة الصغيرة، فلا خيار لها عند أبي حنيفة؛ لأنّ ولايته مثل ولاية الأب والجد، وعند محمد يكون لها الخيار؛ لأنّه ليس أبا أو جدّا، كما أنّ الأخ والعم أقوى في الولاية منه ويقدّمان عليه، ومع ذلك يثبت لها الخيار إذا زوجها أحدهما.

انظر في ذلك: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص315– 316؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص122–123؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص128؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص268–269؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص174–175.

(3) – أحمد بن حنبل، المسند، ج5، ص389–390، حديث رقم 6136، قال محمد أحمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، كتاب النكاح، ص195، حديث رقم 13692؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص53، حديث رقم 13626؛ الدار قطني، السنن، ج4، كتاب النكاح، ص328–331، حديث رقم 3545 –3549، قال شعيب الأرنؤوط: «حديث حسن»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص233–234، وقال: «إسناده حسن».

فسخه، سواء كان الوليّ هو الأب أو الجدّ أو غيرهما قياسًا[1]؛ ذلك أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لمّا تزوج عائشة رضي الله عنها وبَلغتْ، لم يُعْلِمْهَا بالخيار بعد البُلوغ ولو كان الخيَار ثابتًا لها وذلك حَقُّهَا لأَعْلَمَهَا به[2].

أمّا إذا زوّجت الأم ابنتها الصغيرة، فلا يثبت للبنت الخيار عند بلوغها في إحدى الرّوايات عن أبي حنيفة، وفي الأصحّ عنده أنّه يثبت لها الخيار؛ لأنّ مرتبتها تلي مرتبة العصبات مِنَ الحواشي، وحيث أنّه يثبت الخيار في ولايتهم، فكذلك يثبت الخيار في ولايتها حتّى ولو قلنا إنّها موفورة الشّفقة، إلاّ أنّ ولايتهم أقوى مِنْ ولايتها، وتدبيرها غير كامل[3].

غير أنّه إذا كان الوليّ مشهورًا بسوء الاختيار بأن كان فاسقًا، فزوّجها من سكّير أو دنيء أو شرّير ونحو ذلك، فإنّ عقده يكون باطلا على الصّحيح من المذهب[4].

ثانيا: ولاية الإجبار في الفقه الزيدي

تكون ولاية الإجبار عند الزّيديّة للأب والجدّ كذلك، ولسائر الأولياء والحاكم. ومناط الإجبار في الراجح هو الصغر وليس البكارة. أمّا المرأة البالغة، فإنّ كانت بكرا فلا يجبرها إلاّ أبوها، وإنْ كانت ثيّبًا فلا جبر عليها، وهذا بالإجماع[5].

وليس للمرأة المجبَرة الخيار عند بلوغها إذا زوّجها الأب أو الجدّ، بخلاف باقي

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص315؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص122؛ ابن نجيم البحر الرائق، ج3، ص128.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص315.

(3) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص269 و ص293؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص123.
وهذا تصريح من الحنفية بأن ولاية الأم أضعف من ولاية العصبات، وأن تدبيرها غير كامل أي أنها ليست أهلا لتحصيل النظر، فكيف يكون للمرأة على نفسها تدبير كامل، وولاية كاملة؟!

(4) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص144–145؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص293؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص508؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص172.

(5) – أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، الطبعة الأولى، صنعاء، اليمن، 1366هـ– 1947م، ج3، ص56–57.

الأولياء[1]. وقيل بأن للمرأة فسخ العقد إذا عقده الجدّ إذ هو ليس كالأب؛ غير أن سقوط الخيار مقرون بشرطين هما: أنْ يكون الزوج كفؤا وألاّ يكون ممّن تَعَافُ عشرته كالأبرص والمجذوم والمجنون[2].

ثالثا: ولاية الإجبار في الفقه الإباضي

لا جبر على المرأة في المذهب الإباضي[3]، فلا بد مِنْ أخذ الإذن منها في الزّواج ثيّبًا كانت أم بكرًا، إلاّ المجنونة والصغيرة فليس لهما إذن معتبر، وهذا يعني أنّ للوليّ أنْ يزوّجهما دون أخذ إذنهما.

غير أنّ فقهاء المذهب لم يحددوا مَنْ هو الوليّ المجبر، ومَنْ هو الوليّ غير المجبر، فكانت عباراتهم دائما عامّة أي باستعمال عبارة «الوليّ» دون تخصيص. وهذا يفهم منه أنّ جميع الأولياء مشمولون.

وبالنظر إلى أنّ الأولياء عندهم هم جميع العصبات مِنَ الأب والأخ ونحوهما، والوصي، والسّلطان، وحتّى ذوي الأرحام[4]، فإنّهم يعتبرون أوسع المذاهب مِنْ حيث إثباتها للأشخاص، ولكنها مقصورة كما قلنا على ناقصي وفاقدي الأهلية.

الفرع الثاني

المضيّقون في ولاية الإجبار

بنفس المسلك الذي سلكناه في الفرع السابق، سرنا في هذا الفرع حسب الترتيب التنازلي لمن تمنح له ولاية الإجبار، فبدأنا بأكثرهم تضييقا وصولا إلى أقلهم، ولم نسر حسب الترتيب الزّمني لظهور المذاهب الفقهية.

---

(1) – أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص56–57.

(2) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص37.

(3) – أطفيش، شرح النيل، ج6، ص123– 126؛ الكندي، بيان الشرع، ج48، ص331.

(4) – سنرى تفصيل ذلك عند تطرقنا إلى مسألة ترتيب الأولياء.

أولا: ولاية الإجبار في الفقه الظاهري

يعتبر الفقه الظاهري أضيق المذاهب من حيث إثباتُه لولاية الإجبار، إذ أقرّها للأب دون غيره[1]، فيحقّ للأب أن يزوّج ابنته البكر دون إذنها إذا كانت صغيرة، ولا يكون لها خيار الفسخ عند كبرها، وحجّة ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه زوّج ابنته عائشة رضي الله عنها من النبيّ صلى الله عليه وسلم وهي بنت ستّ أو سبع سنين، ولأحاديث استئذان البكر التّي ذكرنا سابقا. أمّا إنْ لم يكن لها أب، فإنّه لا يحقّ لأحد أنْ يزوّجها، حتّى ولو وجدت ضرورة لذلك، إلى حين بلوغها.

أمّا المجنونة، فللأب أنْ يزوّجها إذا كانت لم تبلغ، أمّا إنْ بلغت فليس لأحد تزويجها حتّى تفيق ويؤخذ منها الإذن[2].

ثانيا: ولاية الإجبار عند الشّافعيّة

يقترب المذهب الشافعي مِنَ المذهب المالكي - كما سنرى- مِنْ حيث إثباتُ ولاية الإجبار للأب والجد، إلاّ أنّه أضيق منه، حيث لا يثبتها للوصي. كما يقترب منه مِنْ حيث ثبوتها على البكر مطلقاً صغيرة أو كبيرة، وعلى المجنونة، ولكن مع اختلاف في الشّروط.

فيحقّ للأب أنْ يجبر ابنته البكر، صغيرة كانت أم كبيرة، على الزّواج دون أخذ إذنها، وهذا مرجعه قول النبيّ صلى الله عليه وسلم: «الثَّيِّبُ أَحقّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا»[3]. فهذا الحديث مأخوذ على النّدب، أي أنّ استئذان البكر المكلّفة إنّما هو تطييب لخاطرها، بأنْ يأخذ ذلك مِنْ أمّها باعتبارها أعلم النّاس بما في

(1) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص458-462.

(2) – نعتقد أن هذا القول فيه تناقض، إذ كيف تجبر المجنونة إذا كانت صغيرة على الزواج ولا تجبر إذا كانت بالغة؛ فالصغر ليس في حد ذاته سببا للإجبار والكبر نافيا له، وإنما اعتبار الإذن، فالصغيرة عبارتها لا يعتد بها، وكذلك المجنونة، ومن ثم فالمفروض أن يكون الحكم بشأنهما واحدا، إلا إن كان الجنون متقطعا، فهنا يمكن انتظار الإفاقة لأجل أخذ إذن.

(3) – رواه مسلم، الصحيح، ج4، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص141.

خاطر ابنتها، أو يرسل إليها نسوة ممن يثق بهنّ، أمّا البكر الصغيرة فلا يؤخذ إذنها[1].

فإذا أصبحت ثيّبًا، ولو كانت صغيرة، فإنّه يرتفع عنها الجبر، ولكن هذا لا يعني أنّه يمكن تزويجها بإذنها؛ لأنّ إذنها غير معتبر بسبب الصغر وليس لها رأي في اختيار الزوّج؛ فكان الأمر أن تُترك حتّى تبلغ ثم تُزَوَّج بإذنها. هذا إنْ كانت الثّيوبة بسبب وطء حلال أو غير حلال، أمّا إنْ كانت بغير ذلك، كالسقطة أو حدّة الطمث أو طول التعنيس... فإنّها تأخذ حكم البكر في أصح القولين[2].

أمّا إنْ كانت مجنونةً، فللأب أو الجدّ في حالة عدم وجود الأوّل أو عدم أهليته، أنْ يزوّجها قبل بلوغها إذا وجدت مصلحة في ذلك، ومثل الأب والجد وكيلاهما، وهذا في الصّحيح مِنْ قولي الشّافعيّة، والقول الثاني أنهما لا يستقلاّن بتزويج الثّيِّب المجنونة، بل يشترط إذن السّلطان بدل إذنها[3].

فإنْ لم يكن للمجنونة أبٌ ولا جدٌّ، وكانت صغيرة، فلا تجبر على الزّواج؛ لأنّه لا حاجة لها فيه، كما أنّ لا مجبر لها غير الأب والجدّ. أمّا إنْ كانت بالغة، فإمّا أنْ يزوّجها أحد أقاربها كالأخ أو العمّ ولكن بإذن من السّلطان، فإن امتنع فالسّلطان هو من يزوّجها، وإمّا أن يزوّجها السّلطان مباشرة – وهو الأصحّ في المذهب – على أن يراجع أقاربها تطييبا لخاطرهم[4].

---

(1) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص200–201؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص228؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص429–430.

إذا كانت المرأة مراهقة فإنّه يسن سؤالها في أمر الزّواج. انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص201؛ الإقناع، ج2، ص252؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص160–161؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص127.

(2) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص201–202؛ قليوبي، حاشيتا قليوبي، ج3، ص223؛ محمد الزهري، السراج الوهاج، ص365؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص430–431؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص401؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص127؛ فتح الوهاب، ج2، ص36؛ محمد الحسيني الحصني، كفاية الأخيار، ص481–482.

(3) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص201؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص436؛ ابن القاسم، حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج، ج7، ص286.

(4) – النووي، روضة الطالبين، ج5، ص437؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ص40؛ محمد الحسيني الحصني، كفاية الأخيار، ص481؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص130–131.

والجنون كما هو معلوم مُطْبِق ومتقطّع، فإن كان مُطْبِقًا، فإنّ للأب أو الجدّ تزويج المرأة جبرًا. أمّا إن كان متقطّعًا، فتُنْتَظَرُ إفاقتها ليؤخذ منها الإذن، فإنْ أُخِذَ الإذن ثمّ عاد الجنون قبل العقد بطل ذلك الإذن[1].

غير أنّ إجبار البنت البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة، عاقلة أم مجنونة، مقيّدٌ بسبعة شروط، نذكرها عند دراستنا لولاية الاختيار.

ثالثا: ولاية الإجبار في الفقه الإمامي

تثبت ولاية الإجبار في عند الشّيعة الإماميّة[2] للأب والجدّ - كما هو الأمر عند الشّافعيّة- على المرأة الصغيرة والمجنونة، وليس لها اعتراض على الزّواج، بشرط أنْ يزوّجها مِنْ كفء.

أما البالغة العاقلة؛ فالأصل أنها مالكة أمر نفسها ولا ولاية عليها مطلقا إن كانت ثيّبًا، غير أنّه إذا كانت بكرًا، فمنهم من قال يجبرها الأب والجدّ وليس ذلك لأحد غيرهما وهو ظاهر الرّوايات، ومنهم من قال لا يجبرها أحد على الزّواج. أمّا المرأة الصغيرة فتقع عليها ولاية الإجبار إن كانت بكرا، فإنْ كانت ثيّبًا، فمنهم من قال بأنها تجبر مثلها مثل البكر، ومنهم من قال بأنها لا تجبر.

هذا إن كانت عاقلة، أما المجنونة فالوليّ المجبر لها هو الأب أو الجد، ويكون ذلك على الصّغيرة وعلى الكبيرة مطلقًا، أما غير الأب والجدّ كالأخ والعمّ، فليس لهم إجبارها على الزّواج[3].

---

(1) - الشافعي، الأم، ج6، ص54؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص437؛ محمد الزهري، السراج الوهاج، ص367؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص67؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص263- 264.

(2) - الحلّي، تذكرة الفقهاء، ج15، ص586- 587؛ محمد بن الحسن علي الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق: محمد الباقر البهبودي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ- 1992م، ج4، ص162- 164.

(3) - الطوسي، المبسوط، ج4، ص164.

رابعا: ولاية الإجبار عند المالكيّة

ضيق المالكيّة من ولاية الإجبار من ناحية من تثبت لهم، وجعلوها محصورة في أربعة أشخاص هم: الأب ووصيه، والسيّد، والحاكم، وبما أن الرقيق غير موجود رسميًّا، فإنّنا سنقتصر على الأب ووصيّه.

أ- **نطاق ولاية الإجبار لدى الأب ومناطها:**

تنحصر سلطة الأب بخصوص الإجبار في أربعة أصناف من النّساء، يحقّ له فيهنّ أن يبرم عقد زواجهنّ دون أخذ الإذن منهنّ، وهنّ على التوالي: المرأة الصغيرة، والمجنونة، والبكر البالغة، والثيب التي ظهر فسادها.

1- **إجبار الصغيرة:**

يكون للأب أن يزوّج ابنته الصغيرة دون أخذ موافقتها، سواء كانت البنت بكرًا أم ثيّبًا، فإنْ ذهبت عذرتها بزواج صحيح، أو بغير وطء كالسّقطة مثلاً؛ فله جبرها. واخْتُلِفَ فيما إنْ كان ذهاب العُذرة بزنًا أو اغتصاب، والمشهور هو الجبر؛ لأنّ ذلك لا يزيدها إلاّ حياءً وحشمة بسبب الفاحشة التي أتت بها. وقال ابن الجلاّب بعدم جبرها؛ لأنّ الثّيِّب بالزّنا كالثّيب بالزّواج، أمّا عبد الوهاب ففرّق بين تكرار الزّنا وعدم تكراره؛ ففي الحالة الأولى لا جبر عليها؛ لأنّه ذهب حياؤها، أمّا في الحالة الثّانية فله جبرها[1]. وهناك قول ثالث منقول عن القاضي ابن رشد، أنّ المرأة التي زنت تأخذ حكم الثّيِّب في عدم إجبارها؛ لأنّها عرفت أمور الوقاع ومقدّماته، ولها حكم البكر في أنّ إذنها هو صُماتها؛ لأنها تستحيي أنْ تنطق بالرّضا[2].

---

(1) – انظر: علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق: أحمد بن علي الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب – دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1428هـ- 2007م، ج3، ص299-300؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص223؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176 -177؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص54-55.

(2) – ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص477؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص299-300.

والبكر إذا رشّدها أبوها، وكان التّرشيد ثابتا بإقرار أو بيّنة بأن قال لها بحضرة رجلين عدلين: رَشَّدتُك ورفعت الحجر عنك، أو أَطْلَقْتُ يدك في التصرّف، أو ما شابه ذلك من العبارات، فإنّه لا يمكن له أن يُجبرها على الزّواج، وهذا هو المعروف في المذهب، إلاّ في قول ابن عبد البرّ أنّ للأب جبرها[1].

2- **إجبار المجنونة**:

إذا كانت المرأة مصابة بالجنون، فللأب أنْ يزوّجها جبرًا. غير أنّه يُفَرَّقُ بين المجنونة جنونا مُطبِقًا وبين المجنونة جنونًا متقطّعا؛ فإذا كان الجنون مُطبِقا، كان للأب جبرها على الزّواج، وللحاكم أيضا ذلك في حالة عدم وجود الأب أو جنونه. أمّا إذا كان الجنون متقطّعا انتظر حتّى تفيق ليأخذ منها الإذن[2].

3- **إجبار البكر**:

للأب أنْ يَحْمِلَ ابنته البكر البالغة العاقلة على الزّواج دون أخذ موافقتها، ولو بأقلّ من مهر المثل، ولو كانت عانسًا بأن تَقَدَّم بها العمر ثلاثين سنة إلى ستّين في بعض الرّوايات، وهذا هو المشهور، إلاّ أنّ ابن وهب قال بأن البكر إذا كانت عانسا فلا تُجبَر، وعِلّة قوله أنّ العانس صارت كالثيب من ناحية معرفة مصالح نفسها، بخلاف القول الأول الذي جعل مناط الإجبار هو البكارة وليس الجهل بمصالح النساء[3].

---

(1) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص223؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص177؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص15.

(2) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176؛ المنوفي، كفاية الطالب مع حاشية العدوي، ج3، ص88؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص255.
يجبر الأب البنت التي بلغت وهي مجنونة، أما التي بلغت عاقلة رشيدة ثم طرأ عليها الجنون فلا جبر عليها من طرف الأب بل يجبرها الحاكم. انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص14؛ المنوفي، كفاية الطالب مع حاشية العدوي، ج3، ص99.

(3) – الدسوقي، الحاشية، ج2، ص222–223؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص353؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص54.
جاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب، (ج3، ص84)، بأنه لا موجب لتحديد السن في البكر، لأن الأب يجبرها ولو بلغت ألف عام!

وقال الرّجراجي بأن سبب الخلاف في الإجبار أو عدمه هو هل يعتبر بالبكارة أم بالحياء والحشمة؟ فمن اعتبر البكارة، قال تُجبَر، ومن اعتبر الحياء قال لا تُجبَر، ثم قال: ((وَقَدْ اضْطَرَبَ المَذْهَبُ فِي ذَلِكَ، فَمَرَّةً اعْتَبَرَ البَكَارَةَ عَلَى انْفِرَادٍ، وَمَرَّةً اعْتَبَرَ الحَيَاءَ عَلَى انْفِرَادٍ، وَمَرَّةً اعْتَبَرَ الوَصْفَيْنِ عَلَى الضَّمِّ وَالجَمْعِ، وَمَشْهُورُ مَذْهَبِهِ - أَيْ مَذْهَبُ الإِمَامِ مَالِك - أَنَّ الاِعْتِبَارَ بِالحَيَاءِ عَلَى انْفِرَادٍ))[1].

كذلك للأب أنْ يجبر ابنته البكر التّي بقيت في بيت زوجها أقلّ منْ سنة، وأنكرت أنّ زوجها قد وَطِئَهَا خلال تلك المدّة[2].

4- إجبار الثّيب التي ظهر فسادها:

للوليّ، ولو غير الأب، أنْ يجبر المرأة الثّيِّب، التي تكون تحت ولايته، إذا ظهر فسادها، وَعَجَزَ عن صونها؛ فإذا كان أبًا جَبَرَهَا دون رفع أمرها للحاكم، أمّا إذا كان غير الأب، فيستحبّ أنْ يرفع أمرها إليه[3].

ب- ولاية الإجبار لدى الوصي:

وصيّ الأب في حياته أو بعد وفاته كالأب في الإجبار إن أعطاه سلطة الإجبار[4]؛ لأنّه يقوم حينها مقامه. كذلك إذا عيّن له الزّوج بأن قال له: زوج ابنتي من فلان؛ فإنّ للوصيّ

---

(1) – الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص296– 297.

(2) – شرح مختصر خليل، ج3، ص177؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص427–428.

(3) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ العبدري، التاج والإكليل، ج3، 428؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص17.

تجدر الإشارة إلى أنّه لا يحقّ للأب أو الوصيّ أن يجبر من ذكرناهم، إذا كان الزّوج به عيب يوجب الخيار، مثل الخصيّ والمجذوم والعِنِّين والمجنون والأبرص... وهذا منعاً للإضرار بها، بخلاف لو كان العيب لا يوجب الخيار، كأن يكون الزوج قبيح المنظر أو غير كفءٍ لها، أو زوّجها بأقلّ من مهر المثل.

انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص8؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص15.

(4) – الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص178؛ العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص428؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، ج3، ص85؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص224.

=

إجبارها على الزّواج منه، أمّا إن لم يحدّده بأن قال له مثلا: أنت وصيّي على تزويج بناتي، فالمعروف مِنْ قول الإمام مالك رحمه الله أنّ للوصي إجبارها على الزّواج ممّن يختاره هو بتقديره، قبل وبعد بلوغها، وهو الرّاجح في المذهب. وفي قول عبد الوهاب أنّه لا يجبرها.

أمّا إذا لم يكن شيءٌ مما تقدّم، بأن قال الأب للوصيّ: أنت وصيّي على بناتي، فليس له أنْ يجبر البنت على الزّواج في الرّاجح مِنَ الأقوال، بل يترك أمرها حتّى البلوغ، ثم تُستأذَن في أمرها، فإنْ قال له: أنت وصيّي فقط، أو وصيّي على مالي أو تركتي، فلا جبر هنا اتّفاقًا[1]. إلاّ إذا خيف عليها الفساد، وكانت قد بلغت العاشرة مِنْ عمرها، فإنّ للوصيّ أنْ يجبرها على الزّواج بعد أنْ يثبت أمام القاضي موجبات ودواعي التّزويج، وأنْ يكون الزّوج كفؤًا لها، وصداقها صداق المثل، وأنْ ترضى بالزّوج بالقول، فإنْ فقد أحد هذه الشروط فسخ العقد، ما لم يدخل بها وبقي الزّواج مدّة طويلة يمكن أن تلد فيها. ومثلها المرأة مجهولة الأب، على أنّ السّلطان أو نائبه هو من يزوّجها بالشروط المذكورة في اليتيمة، على أنّ إذنها بالقول مقيد بكونها بلغت عشر سنين، أمّا قبلها فلا[2].

= غير أنّه يشترط ألاّ يكون الزّوج فاسقا، وأن يقدّم للزّوجة مهر المثل، فالوصيّ ليس كالأب من جميع الأوجه.

(1) – العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص428؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، ج3، ص86؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص224.

(2) – النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص9؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص179–180.

وقيل بأنها تزوج بعشرة شروط هي: خشية الفساد، الفقر، بلوغ العاشرة من العمر، الميل للرّجال، كفاءة الزّوج، صداق المثل، جهاز المثل، ثبوت موجبات الزّواج عند القاضي، رضاها بالزّوج، إذنها بالقول؛ فإن تخلفت كل الشروط أو بعضها، فسخ عقد الزّواج، إلاّ إذا دخل بها الزوج وطالت مدة الزّواج.

انظر في ذلك: محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص17.

يلاحظ أن رضاء المرأة بالزوج بالقول، أي نطقها بالموافقة يناقض الإجبار؛ لأن هذا الأخير يقتضي عدم أخذ الإذن أو الموافقة، فكيف يقال بوجوب رضائها بالزّوج؟!

ولعلّ الأصوب والمنطقي ما قاله المتأخرون، مِنْ أنّه إذا خيف على اليتيمة الفساد، كان لوليّها جبرها على الزّواج، بلغت عشرا مِنْ عمرها أم لم تبلغ، رضيت بالزّواج أم لم ترض، مع مشاورة القاضي في ذلك، فإنْ لم يشاور صحّ الزّواج إنْ دخل بها. أمّا إذا لم يخف فسادها ومع ذلك زوّجها، صحّ الزّواج إذا دخل بها الزّوج وطالت مدّة الزّواج.

انظر في ذلك: الصاوي، حاشيته على الشرح الصغير، ج2، ص358؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص224.

خامسا: ولاية الإجبار عند الحنابلة

الوليّ المجبر عند الحنابلة هو الأب[1] ووصيّه[2] أو وكيله[3]، أي مثلما ذهب إليه أصحاب المذهب المالكي، مع اختلاف بينهم.

أ- **إجبار الأب لابنته:**

للأب - بإجماعهم - أن يجبر ابنته البكر ما دامت لم تبلغ تسع سنين، بشرط أنْ يزوّجها بكفء؛ وعلى هذا فإنّ علة الإجبار هنا هي البكارة. أمّا إذا بلغت المرأة تسع سنين، فإنّ الروايات عن الإمام أحمد قد اختلفت؛ فروي عنه أنّ للأب إجبار ابنته البكر التي بلغت تسع سنين، وهو قول جمهور الحنابلة، وكذلك اختيار الخرقي[4]. ودليلهم في ذلك قول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا»[5].

فهذا الحديث قسّم النّساء قسمين: فأثبت الحقّ لأحد القسمين، وهي الثّيِّب؛ فكان

---

(1) - الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص153؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص53؛ عبد الرحمن بن عبد الله البعلي، كشف المخدرات، ج2، ص585؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص256.

وهناك رواية عنهم تجعل الجد مثل الأب في الإجبار. انظر: محمد بن مفلح، الفروع، ص1256؛ إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج6، ص101؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص57.

(2) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص365؛ مجد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه، ج1، ص392؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص162؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، ص524؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص71-72؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص256؛ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م، ج2، ص155؛ العثيمين، الشرح الممتع، ج12، ص62.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص363- 364؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص123؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص282؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص 56 وص68-69؛ إبراهيم بن ضويان، المرجع نفسه، ج2، ص154.

(4) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص404؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص148-151؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص19- 20؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص54.

(5) - سبق تخريجه في الصفحة 109 من صحيح مسلم، وسيتم تخريجه بصورة مفصلة في الصفحة 299.

هذا دليلا على نفيه عن القسم الآخر، وهي البكر. وعليه فإنّ الوليّ يكون أحقّ من المرأة في أمر زواجها، أما القول بأنّ الفرق هنا فقط في صفة الإذن فهو غير صحيح؛ لأن ظاهر الحديث فرّق فيه حقّ الوليّ على الثّيِّب وعلى البكر، ثم ذُكِر بعده الإذن، وهو هنا على سبيل الاستحباب[1].

أمّا الرّواية الثّانية عن الإمام أحمد، فتفيد بأنّه ليس للأب إجبار ابنته على الزّواج مطلقًا، ودليل ذلك قول النبيّ ﷺ: «لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حتّى تُسْتَأْمَرَ، وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «أَنْ تَسْكُتَ»[2]. وهذا اختيار أبي بكر بن عبد العزيز، وهو ما صوّبه ابن تيمية وتلميذه ابن القيّم[3].

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ؟ قَالَ: «نَعَمْ» قُلْتُ: فَإِنَّ البِكْرَ تُسْتَأْمَرُ فَتَسْتَحْيِي فَتَسْكُتُ؟ قَالَ: «سُكَاتُهَا إِذْنُهَا»»[4].

وعن ابن عباس رضي الله عنهما «أَنَّ جَارِيَةً بِكْرًا أَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ»[5].

كل هذه الأدلّة تُظهر بأنّه ليس للوليّ إجبار المرأة على الزواج بمن لا ترغب، أبًا كان أم غيره، بكرًا أم ثيّبا.

---

(1) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص399– 400؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص53– 54؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص149.

(2) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص17؛ مسلم، الصحيح، ج4، ص140.

(3) – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص20؛ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1425هـ– 2005م، ص947– 948.
قال الشريف أبو جعفر: هو المنصوص عن الإمام أحمد، وقال الزركشي: هو الأظهر. انظر في ذلك: الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص149؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص54.

(4) – رواه البخاري، الصحيح، ج9، ص21؛ مسلم، الصحيح، ج4، ص140– 141.

(5) – رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج3، ص122، حديث رقم2469. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص363، حديث رقم2096؛ ابن ماجه، السنن، ص326. قال الألباني: «صحيح».

ب- **مناط الإجبار**:

1- **الإجبار بين البكارة والصغر**:

وفقا لما قدّمناه، فإنّ علة الإجبار هي البكارة مع صغر مخصوص، أي قبل بلوغ المرأة تسع سنوات. غير أن هناك رواية أخرى عن الإمام أحمد تبيح للوليّ جبر مَنْ بلغت تسع سنين، بينما لا تجبر البالغة، أي التي لها خمس عشرة سنة؛ فتكون علّة الإجبار هنا هي الصّغر مع البكارة، غير أنّ ابن عقيل يرى أنّ العلّة هنا هي الصّغر[1].

ومن ثمّ يكون مناط الإجبار عند الحنابلة، على اختلاف الرّوايات: إمّا البكارة، أو الصغر، أو البكارة مع الصّغر، أو البكارة مع صغر مخصوص، والصّحيح هو الصّغر، ذلك أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ، وَلاَ الثَّيِّب حتّى تُسْتَأْمَرَ» فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «إِذَا سَكَتَتْ»[2]. والنّهي يتناول الأب وغيره، وهو ما تم التّصريح به في الرّواية الثّانية: «...وَالبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا...»[3]. وإذا كان لا يحقّ للأب أن يتصرّف في مال المرأة الرّشيدة إلاّ بإذنها، فإنّ بُضعها أعظم مِنْ مالها، وكذلك إنْ كان الصّغر سبب الحجر بالنّص والإجماع، فإنّ البكارة ليست كذلك، فلم يجعلها الشّرع سببًا له، بل حتّى من قال بالإجبار، لَمَّا وصلوا إلى مسألة تعيين الزّوج الكفء مِنْ طرف المرأة، وتعيين كفءٍ آخر مِنْ طرف الأب، فأيّهما يؤخذ تعيينُه؟ فمن قالوا يؤخذ بتعيين المرأة، فإنّهم يكونون قد خالفوا قولهم بالإجبار، ومَنْ قالوا يؤخذ بتعيين الأب، فإنّ في قولهم ضرر وفساد؛ لأنهم خالفوا العمل بنصّ الحديث «الأَيِّمُ أَحقّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا»، والذي يشمل كلّ الأولياء، في حين هم يقولون بأنّه يخص الأب والجدّ فقط، كما خالفوا العمل بالحديث: «وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ»؛ فهم لم يوجبوا الاستئذان بل جعلوه مستحبًّا[4].

أمّا المرأة الثّيِّب الصّغيرة، فإنّ في إجبارها وعدمه روايتان: الأولى أنّ للأب إجبارها،

(1) – الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص149-150.
(2) – رواه البخاري، الصحيح، ج9، ص25.
(3) – رواه مسلم، الصحيح، ج4، ص141.
(4) – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص20.

والرّواية الثّانية، ليس له إجبارها، وهذا ما هو عليه جمهور الحنابلة[1]، فيكون مناط الإجبار هو الصغر مع البكارة.

وللخروج من الخلاف، بالتّوفيق والجمع بين الأدلّة، أي بين قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ... ٤﴾[2]، الذي يشمل الثّيِّب، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الثّيّب أحقّ بنفسها من وليّها...». وقوله: «ليس للوليّ مع الثّيِّب أمر»؛ فتحمل الآية على الثّيِّب التي لم تبلغ تسع سنوات، وتحمل الأحاديث على التي بلغت تلك السّن. وهذا راجع إلى أنّه لو قيل بإجبار الثّيِّب غير البالغة مطلقًا، لخرج الأب مِنَ الأحاديث النّبويّة، وإنْ قيل بعدم إجبارها مطلقًا، خرجت هي مِنَ الآية؛ فيترجّح مِنْ ذلك أنّ للأب تزويج ابنته التي لم تبلغ تسع سنين مطلقًا، ويكون ذلك للأب فقط، فإنْ بلغت سنًّا يصحّ فيه إذنها وهو تسع سنوات، لم يكن لأبيها إجبارها[3]؛ فيصبح مناط الإجبار هو الصغر كما أسلفنا.

2- ولاية الإجبار على المجنونة:

جاء في المغني لابن قدامة أنّ المرأة المجنونة في الزّواج تقسّم قسمين[4]: **الأول** إذا كانت ممّن يقع عليها الإجبار لو كانت عاقلة، كأن تكون صغيرة، فإنّ لوليّها إجبارها على الزّواج حين جنونها؛ لأنّه إذا ملك إجبارها وهي عاقلة فمن باب أولى أنْ يملك إجبارها وهي مجنونة.

أمّا **القسم الثاني** فهو كون المرأة ممّن لا تُجبر لو كانت عاقلة، كأن تكون ثيّبًا كبيرة؛ ففي هذه الحالة تتفرع المسألة إلى ثلاث: الأولى أن يكون وليّها هو الأب أو

---

(1) – انظر: الزركشي، شرح الزركشي، ج2، ص345؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص56.

(2) – من الآية 4 من سورة الطلاق.

(3) – الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص155– 156.

(4) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص412–413.

راجع في ذلك أيضا: المرداوي، الإنصاف، ج8، ص55–56؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص156–160؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص54؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص124؛ كشاف القناع، ج11، ص246 وما بعدها؛ عبد الرحمن بن عبد الله البعلي، كشف المخدرات، ج2، ص585.

الوصيّ، فيحقّ لأيّهما تزويجها ولو كانت ثيّبًا كبيرة، وهو الأصحّ في المذهب، خلافا لما ذكره أبو بكر بن عبد العزيز (المعروف بغلام الخلاّل) من عدم إجبار الثّيِّب.

والثّانية أنْ يكون وليّها الحاكم، وهنا له تزويجها إذا ظهر منها ميل إلى الرّجال، سواءٌ كانت صغيرة أم كبيرة، وهذا دفعًا للضّرر وصيانة لها، وتحصيلاً للمهر والنّفقة. وكذلك الأمر إذا قال الأطبّاء إنّ الزّواج يُذْهِبُ عِلّتها؛ لأنّ هذا الأمر مِنْ أعظم مصالحها، وهذه الرّواية الأولى في المذهب، أمّا الرّواية الأخرى فلا تعطي الحقّ للحاكم بتزويجها؛ لأنّ ذلك لا يكون إلاّ للأب كما لو كانت عاقلة.

أمّا الثّالثة، فهي إنْ كان وليّها غير مَنْ تقدّم ذكرهم، ففي رواية أنّه لا يزوّجها إلاّ الحاكم؛ لأنّ باقي العصبات ليس لهم ولاية إجبار، فإنْ ظهرت حاجة إلى تزويجها، قام الحاكم بذلك. وفي الرّواية الثّانية أنّ لهم ولاية التّزويج؛ لأنّ ولايتهم- في حال الولاية الاختياريّة- مقدّمة على ولاية الحاكم، فكذلك هم مقدّمون عليه هنا.

وإذا كان مِنْ شروط الإجبار كفاءة الزّوج، فإنّه إذا زوّج الأب ابنته مِنْ غير كفءٍ، فالزّواج باطل حسب إحدى الرّوايات؛ لأنّه زواج ممنوع مثل زواج المعتدّة ونحوها، وفي رواية ثانية أنّ الزّواج صحيح؛ لأنّ النّهي متعلق بحقّ آدمي، وهذا الحقّ يمكن تداركه بإثبات حقّ الخيار[1].

(1) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص387- 390؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص152؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص305- 306؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص23؛ إبراهيم بن محمد بن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص159؛ العثيمين، الشرح الممتع، ج12، ص105.

وهناك روايتان أخريتان: الأولى مفادها أنّ الزّواج لا يكون صحيحا إذا عُلِم بعدم الكفاءة، أمّا إذا لم يُعلم، فإنّ العقد صحيح. والثّانية أنّ العقد صحيح إذا كانت المرأة كبيرة؛ لأنّه يثبت لها الخيار في الإجازة أو الفسخ، أمّا إنْ كانت صغيرة فلا يصح الزّواج، وهنا إمّا أنْ يفسخ الأب العقد، أو يمنع الزّوج مِنَ الدّخول بها حتّى تبلغ السن التي يعتبر فيها إذنها، فتختار بين الإجازة والفسخ. ونرى أنّ الرواية الأخيرة أولى بالاتّباع.

المطلب الثاني

ولاية الإجبار في التشريعات الوضعية

بالرّغم من أنّ تشريعات الأحوال الشخصيّة في البلدان العربيّة، في جلّها مأخوذة من الفقه الإسلامي، إلاّ أنّها أوجدت بعض التداخل والخلط، وعدم التقيّد بمذهب معيّن في المسألة الواحدة فيما يتعلق بولاية الزّواج.

وقد قسمنا دراستنا لولاية الإجبار إلى فرعين: الأول خصصناه لتشريعات بلدان المغرب العربي، والثاني جعلناه لقوانين بلدان المشرق العربي، للنظر في مدى تأثر دول الجوار ببعضها في سنّ قوانينها.

الفرع الأول

ولاية الإجبار في بلاد المغرب العربي

بالرغم مِنْ أنّ الدول الخمس في المغرب العربي يسودها المذهب المالكي، ممّا يعني تشابه الأحكام بخصوص مسألة الإجبار، إنْ لم نقل تطابقها، إلاّ أنّ الظّروف التاريخية، والتّطورات الحادثة على المستوى الداخلي لكل دولة، وكذا العلاقات الدّولية؛ أثرت على توجهات هذه الدّول في سياساتها التشريعية وفقا للتفصيل الآتي.

أولا: ولاية الإجبار في القانون الجزائري

إن المتتبّع للتّشريعات الجزائرية المتعلّقة بالأحوال الشخصيّة يلاحظ أن ولاية التّزويج أخذت عدّة أبعاد؛ ابتداءً من القانون رقم 57- 778 المتعلق بنظام الولاية والغيبة في الفقه الإسلامي الخاص بالجزائر، إلى غاية الأمر رقم 05- 02، المعدّل لتقنين الأسرة.

أ- **ولاية الإجبار في مرحلة ما قبل صدور تقنين الأسرة:**

وفقًا لنصّ المادّة الأولى من القانون رقم57- 778، بفقرتيه الأولى والثّانية[1]، فإنّ

(1) - Art 1: «*Tout mineur est de plein droit en état d'incapacité et placé en tutelle.*
Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis».

القصّر الذّين يبلغون من العمر أقل مِنْ واحد وعشرين سنة، ذكورا أو إناثا، والمحجور عليهم يكونون تحت الولاية، وهذه الولاية تخوّل لصاحبها إبرام جميع العقود المتعلّقة بالحياة المدنيّة، ولا يستثنى مِنْ ذلك إلاّ العقود المنصوص عليها في المواد 16 و27 و95 من نفس القانون، وكلها متعلقة بالمال[1].

وهذا يعني أنّ للأب ولاية إجبار على ابنته التي لم تبلغ بعدُ الواحدَ والعشرين مِنْ عمرها، على أنّ هذه السّن مأخوذة مِنَ القانون الفرنسي وليس مِنَ الفقه الإسلامي أو مِنَ الفقه المالكي كما يزعم واضعوه[2].

أمّا في ظلّ الأمر رقم 59- 274، المتعلّق بتنظيم عقود الزّواج في الجزائر، فلم يكن هناك محلّ لولاية الإجبار[3]، لا على المرأة الراشدة ولا حتّى على القاصر، حيث ورد في نصّ المادّة الثّانية[4] بأن الزّواج ينعقد بتراضي الزّوجين، ويكون التعبير عن هذا الرّضا شفاهة وعلنًا، ومِنَ الشخص المعني، وإلاّ كان العقد باطلا، وهذا يعني أنّه لا يكفي السكوت لاعتبار وجود الرضا.

كما يقتضي تطبيق هذا النص عدم صحّة الوكالة في الزّواج، وهذا مخالف لما اتّفق عليه الفقهاء مِنْ صحّة الوكالة، ويقتضي أيضا عدم صحّة التعبير بالكتابة أو الإشارة لمن كانت قادرة على النطق، بكرا كانت أو ثيِّبًا، ويشمل أيضا الغائبة باعتبار أنّ التراضي يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي[5].

---

(1) - A. Colomer. La tutelle des mineurs en droit musulman Algérien (loi du 11 juillet 1957). Revue internationale de droit comparé, Année 1960, Volume 12, Numéro 1. p.125.
(2)- V: A. Colomer. op. cit. p.117 etc.

ابتداءً من 1974/07/05 أصبح سن الرشد في فرنسا هو 18 سنة.

Art 414: «La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis…».

(3) – محمد الحسيني حنفي، تقنينات الأحوال الشخصيّة في الجزائر، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصادية، مطبعة عين شمس، مصر، السنة السادسة عشر، العدد الثاني، جويلية 1974م، ص176.

BENDJABALLAH Souad, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université D'Alger, volume 39, n° 03, 2001. p.12.
(4) – Art 2: «le mariage se forme par le consentement des deux époux.
A peine du nullité, le consentement est exprimé verbalement, publiquement et en personne…».

(5) – انظر في ذلك: محمد الحسيني حنفي، المرجع السابق، ص10-11.

وقد أكد ذلك نصّ المادة الثّانية مِنْ المرسوم 59- 1082، الخاص باللائحة المتعلقة بتنفيذ الأمر رقم 59- 274، الذي جاء فيه: ((يَتَعَيَّنُ أَنْ يَكُونَ رِضَا الزَّوْجَيْنِ وَاضِحًا، لاَ لُبْسَ فِيهِ، وَأَلاَّ يَكُونَ مُضَافًا إِلَى أَجَلٍ وَلاَ مُعَلَقًّا عَلَى تحقيق حَدَثٍ مُسْتَقْبَلٍ غَيْرَ مُؤَكَّدِّ الوُقُوعِ.

يَسْتَتْبِعُ الغَلَطُ فِي الشَّخْصِ أَو الإِكْرَاهِ بُطْلاَنُ عَقْدِ الزَّوَاجِ))[1].

أمّا رضاء القصّر أو المحجور عليهم قضائيًّا أو قانونيًّا فيجب أن يكمّل برضاء الوليّ، هذا ما نصت عليه المادة 2/2 مِنْ المرسوم 59- 274،سالف الذكر، وما تضمّنه فحوى نصّ المادّة 4/4 من المرسوم 59- 1082[2].

والأمر نفسه في ظل القانون رقم 63- 224 المتعلق بتحديد السن الأدنى للزّواج، حيث لا يحقّ لأي وليّ مهما كان قريبا من المرأة أن يزوّجها إذا لم تبلغ ست عشرة سنة كاملة، وهذا مستقًى مِنْ نصّ المادّة الأولى منه[3].

وإذا حدث وأنْ زوّج أحد ابنته قبل هذه السّن، كان العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا، فيحقّ لكلّ ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان، وهو ما أوردته المادّة الثّالثة من هذا القانون بنصها: ((كُلّ عَقْدِ زَوَاجٍ أُبْرِمَ بِالمُخَالَفَةِ لأَحْكَامِ المادّة الأُولَى يَكُونُ بَاطِلاً إِذَا لَمْ يَلْحَقْهُ دُخُولٌ. وَيَجُوزُ الطَّعْنُ فِيهِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ شَخْصِيًّا أَوْ مِنْ كُلِّ مَنْ لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي ذَلِكَ أَوْ مِنَ النِّيَابَةِ العَامَّةِ))[4].

---

(1) – Art 2/2: «*Le consentement des mineurs ou des interdits judicaires ou légaux doit être complété par celui de leur tuteur*».

Art 2: «*Le consentement des époux doit être explicite, non équivoque et ne peut être donné à terme ou subordonné à la réalisation d'un évènement futur et incertain.*

L'erreur dans la personne ou la violence entraîne la nullité du mariage».

(2) – Art 4/4: «*Pour les conjoints mineurs, ou interdits judicaires ou légaux, l'autorisation des personnes habiletés par la loi à les assister*».

(3) –Art 1: «*L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 16 ans révolus, ne peuvent contracter mariage*».

(4)-*Art 3:* «*Est nul tout mariage non consommé contracté en violation des dispositions de l'article 1. Il peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public*».

وهذا يعني أنّ البطلان المطلق مقيّد بشرط عدم الدّخول بالزّوجة، أمّا في حالة الدّخول، فإنّه لا يمكن الطّعن في العقد. غير أنّ نصّ المادّة الرّابعة أوضح الأمر أكثر حينما صرّح بأنّه لا يجوز الطّعن في عقد الزّواج الذي يبرمه الزّوجان اللذان لم يبلغ أحدهما أو كلاهما السنّ المشترطة قانونا، وهي حسب نصّ المادّة الأولى ثمان عشرة سنة للذّكر، وست عشرة للمرأة؛ إذا حملت المرأة وهي ما تزال دون السّادس عشرة، أو إذا بلغت السّن القانونيّة بعد زواجها[1].

ولا يقتصر جزاء مخالفة نصّ المادّة الأولى على بطلان العقد فقط، بل يعاقب من أقدم على تزويج الفتاة قبل بلوغها السادس عشرة بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة مالية تتراوح بين 400 إلى 1000 فرنك، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وهذه العقوبة حسب نصّ المادّة الثّانية من القانون 63- 224، تشمل ضابط الحالة المدنيّة، والقاضي، والزّوجين، وممثّليهما القانونيّين والشّركاء في إبرام هذا العقد.

ب- **ولاية الإجبار في ظل القانون** 84ـ11:

في ظلّ القانون رقم 84- 11 المتضمّن تقنين الأسرة، قبل تعديله بموجب الأمر رقم 05- 02، وطبقا لنصّ المادّة 13 منه؛ لا يجوز إجبار الوليّ لمن هي تحت ولايته، سواء كان الوليّ هو الأب أم غيره، بل وفوق ذلك لا يجوز له أن يزوّجها دون موافقتها، حيث حسم المشرّع النّزاع والنّقاش القديم والطّويل القائم حول مدى سلطة الوليّ في إجبار من هي تحت ولايته على الزّواج ممّن لا تريده أو تبغضه، إذْ لا يحقّ للوليّ جبر ابنته، سواءٌ كانت ثيّبًا بأنْ سبق لها الزّواج أم كانت بِكرًا، وسواء أكانت المرأة راشدة أم قاصرة وتمّ إعفاؤها من شرط السّن القانونيّة للزّواج[2].

---

(1)-*Art 2:* «*Néanmoins, le mariage contracté par des époux qui n'avaitent point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut etre attaqué:*
1°) Lorsque les époux ont atteint l'âge légale;
2°) Lorsque la femme qui n'avait point cet 'âge a conçu».

(2) – عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الطبعة الثّالثة، الجزائر، 1996، ص123؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزّواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م، ص69.

=

وإذا تمّت مخالفة هذا النّص بأنْ قام أحد أولياء المرأة بتزويجها جبرًا عنها ودون موافقتها، فإنّ أستاذنا الدكتور بن شويخ[1]، قال بأنّ المشرّع أغفل هذه المسألة، ويرى التفرقة بين حالتين: حالة انعدام الرّضا وحالة كونه معيبًا، على غرار ما هو موجود في التّقنين المدني، فإذا انعدم الرّضا كان العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا[2]، وإن كان معيبًا بأن أُكرِهَت، كان العقد قابلاً للفسخ بطلب من المرأة قبل الدّخول وبعده.

ولعلّ رأي الأستاذ مبنيّ على قول من يجعل عقد الزّواج مثل عقد البيع والإيجار والرّهن وغيرها من العقود، حيث يجعلون عقد الزّواج المشوب بعيب مِنَ العيوب قابلا للإبطال، كأنْ يقع غلط في شخص الزّوج أو في صفة من صفاته الجوهريّة[3].

= ورغم منع الجبر، فإن الكاتبة فريدة دخيل تقول بأن قانون الأسرة سجل تراجعا حقيقيا وغير مبرّر بإقراره السلطة الأبويّة المبنيّة على تأثير صورة الأب على الأسرة التي تجسّد السلطة والخوف!

V: DEKHIL Farida, op. cit. p. 719.

(1) – الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 1429هـ- 2008م، ص67- 68.

(2) – وقد ورد ما يفيد بذلك في نصّ المادّة 1/180 من التقنين المدني الفرنسي:

«*Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage*».

وهو بطلان مطلق. انظر في ذلك:

LEO Aurélie, op. cit, p.36.

(3) – انظر في ذلك: محمد الحسيني حنفي، المرجع السابق، ص179- 181؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص227- 231.

وهو مضمون نصّ المادّة 2/180 من التقنين المدني الفرنسي:

«S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage».
LEMOULAND Jean- Jacques et VIGNEU Daniel, Droit des couples, Recueil Dalloz, 184 année, 3 juillet 2008, N° 26/ 7343e. p.1788.

وفي هذا الصدد قضت محكمة «ليل» "Lille" بتاريخ 2008/04/01، قضية رقم 07- 08458، ببطلان عقد زواج بسبب عيب في رضاء الزوج الذي اعتقد عذرية مخطوبته في حين وجدها ثيبا. غير أن هذا الحكم يعتبر شاذا، إذ لا يوجد اليوم من الفقه ولا من القضاء من يجعل الغلط في العذرية غلطا في صفة جوهرية، وحتّى الحمل الخفي للمرأة أصبح مِنَ النادر اعتباره كسبب للإبطال.

لكن إذا اشترط الزوج عذرية المرأة في العقد بموجب نص المادّة 19 من تقنين الأسرة، كان له أنْ يطلّقها مع حرمانها من التعويض المترتب عنه. انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480264، قضية (ر.ن) ضد(س.ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2009، ص283-287.

=

ثم تساءل عن آثار هذا الزّواج إن حملت المرأة من زوجها وأنجبت الأولاد وتقرر بطلان العقد أو فسخه، هل ينسب الأولاد إلى أبيهم أم لا؟

وفي نظره أن المشرّع الجزائري أغفل هذه المسألة كذلك، بخلاف المشرّع المغربي، الذّي عالجها بموجب نصّ المادّة 12 من المدوّنة التي تحيل إلى نصّ المادّة 63، هذا الأخير الذي يعطي للمُكرَه أن يطلب فسخ العقد في أجل أقصاه شهران من تاريخ زوال الإكراه، مع حقّه في التّعويض.

ويرى الدّكتور بلحاج العربي بأنّ العقد يكون باطلاً بطلانًا مطلقًا[1]، وهو رأي الدكتور عبد العزيز سعد، في حالة إبرام عقد الزّواج في بلد أجنبيّ يقبل بولاية الإجبار، حيث لا يُعتَرَفُ به لدى الجهات الإداريّة وغير الإداريّة في الجزائر، ذلك أنّ نصّ المادّة 97 من تقنين الحالة المدنيّة يشترط لصحّة زواج الجزائريّين الذي عُقِدَ في بلد أجنبيّ ألاّ يخالف هذا العقد الشروط الأساسية التي يتطلّبها القانون الجزائريّ لإمكان عقد الزّواج[2]. بل وهناك من الشّرّاح[3] من جعل الرّضا في الزّواج من النّظام العام ممّا يمنح للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

= لمزيد من التفصيل في شأن إبطال العقد للغلط راجع:

VILOTITCH Drag. Yov, De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit Français et dans les principales législations étrangères, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Lyon, imprimerie BOSC frère & RIOU, 1929, p. 25 etc.

(1) – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص65.

(2) – عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص123؛ قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزّواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الطبعة الثّانية، 2009م، ص38.

وفي خلاف هذا الرأي: *LEO Aurélie, op. cit, pp. 36- 37.*

حيث تقول بأنّه لا توجد إجراءات لإبطال الزّواج الذي تم دون موافقة الزّوجة في بلدان المغرب، وليس أمامها إلاّ أنْ تدفع مبلغا مِنَ المال لقاء حرّيتها– مشيرة إلى الخلع–، وهذا ليس مِنَ البطلان ولا مِنَ الطلاق في شيء، كما لا يعتبره القاضي الفرنسي طلاقا. أمّا إنْ كانت المرأة المُجْبَرة لها جنسية فرنسية أيضا، فلها أنْ تقدّم طلب إبطال الزّواج أمام القاضي الفرنسي.

وحقيقة الأمر خلاف ما ذكَرَتْ؛ لأنّ الزّواج الذي يتم دون موافقة أحد الزوجين يمكن إبطاله كما أوضحنا، وقد صدرت في ذلك أحكام وقرارات قضائية عدّة تفيد به، ولم يشر أيّ منها إلى مسألة الخلع.

(3)- *V: GHAOUTI Benmelha, Eléments du droit Algérien de la famille, O.P.U. 1983, p. 50; Le droit Algérien de la famille, P. 52; BENDJABALLAH Souad, op. cit. p.12.*

وحقيقة الأمر أنّ المشرّع تناول هذه المسألة ولم يغفلها كليّا، فقد نصّ في المادّة 1/33 من تقنين الأسرة على أنه: ((يَبْطُلُ الزّواج إِذَا اخْتَلَّ رُكْنُ الرِّضَّا))، وهذا النّص صريح بما يكفي للقول بأن إجبار المرأة على الزّواج يؤدّي إلى بطلان العقد بطلانًا مطلقًا. وبالتالي لا مكان للقول بالفسخ، كما لم يغفل مسألة الآثار المترتّبة عن الزّواج في حالة الحمل وإنجاب الأولاد، حيث نصّ المشرّع في المادّة 40 أنّه: ((يَثْبُتُ النَّسَبُ... بِكُلِّ زَوَاجٍ تَمَّ فَسْخُهُ بَعْدَ الدُّخُولِ طِبْقًا لِلْمَوَادِّ 32، 33 و34)). فهذا النّص، ولو أنّه لم يساير التعديل الذي أجري فيما يتعلق بالمصطلحات حيث أبقى على مصطلح الفسخ رغم أن النصوص الجديدة تتكلم على البطلان، إلاّ أنّه أشار إلى أنّ العقود الواردة في المواد 32- 34، يثبت فيها النّسب. وحسنٌ فعل المشرّع الجزائري، مراعاة للمقاصد الشرعيّة لا سيما مصلحة الأولاد.

غير أنّنا نرى بأنّ القول ببطلان العقد فيه كثير مِنَ التشدّد[1]، والأصلح هو القول بالفسخ بطلب مِنَ المرأة؛ لأنّ المرأة المكرهة على الزّواج، وبعد عشرتها لزوجها مدّة مِنَ الزّمن يمكن أنْ تكون قد نشأت بينها وبينه مودّة، كما يمكن أنْ تكون مريدةً لبقاء الرّابطة الزّوجية حفاظا على تماسك أسرتها وعدم تشتّت الأولاد، فالقول بفسخ العقد بطلبها يتمشّى مع مقاصد الشّرع مِنَ المحافظة على الروابط الأسريّة، بينما القول ببطلانه

(1)- في خلاف هذا، ترى الدكتورة بن جاب الله سعاد بأن واضعي قانون الأسرة لسنة 1984 لم يعطوا للقاضي ولا لضابط الحالة المدنية إمكانية التحقق مِنْ غياب التراضي؛ فأمام ضابط الحالة المدنية لا يوجد نصّ شرعي يلزمه التأكيد على إحضار الزّوجة، ولا الموثّقين الذين يقولون بأنهم يطبّقون أحكام السنة التي تشترط حضور الوليّ والزّوج والشهود فقط. في الوقت الذي سجّل الاجتهاد القضائي تراجعا في مواقفه حيث اقتصر على احترام تطبيق أحكام نصّ المادّة 13 التي تمنع الوليّ من إجبار المرأة على الزّواج.

V: BENDJABALLAH Souad, op. cit. p.12.

لكن لو جعلنا كل عقود الزّواج تتم أمام القاضي، بحضور الزّوجين وتعبيرهما عن رضاهما أمامه، لأدّى ذلك إلى إشكالات عديدة؛ أبسطها إرهاق المقبلين على الزواج وأهليهم، بتوجههم إلى القضاء، وتحميل القضاء عبئًا آخر، مع أنّ الحل أبسط من ذلك بكثير، إذ القانون والشّرع، منح لمن تخلف رضاؤها أن تردّ الزّواج ولو عن طريق القضاء، فينحصر بذلك اللجوء إليه في الفئة التي انعدم رضاؤها. أمّا بخصوص التأكيد على حضور الزوجة أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثّق، فإنّ تعبير المرأة عن رضاها أمامه لا يدل فعلا على رضاها الحقيقي إنْ كان قد أجبرها الوليّ على الزّواج، فكما تخشى معارضته بعدم حضورها، تخشاه بحضورها، سواء أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو حتى القاضي، بخلاف لو كانت رافضة للأمر رفضا قاطعا غير خائفة من وليّها؛ فإنّها حينها تتوجه دون تردد إلى القضاء وتطلب ردّ العقد إنْ كان قد تمّ أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وهذا ما كرّسه تقنين الأسرة، أسوة بما جاء في الشريعة الإسلامية.

يعني عدم وجود خيار للمرأة في الإبقاء على العلاقة الزّوجية، رغم أنّها قد تبدّل رأيها بشأن هذا الزّواج.

وقد يقول قائل: للمرأة ألاّ تثير مسألة البطلان، فتبقى العلاقة الزوجية قائمة ويكون الحل واحدا مع الفسخ. وهذا ليس صحيحا؛ لأنّ العقد الذي يكون فيه للمرأة حقّ الفسخ هو عقد صحيح، وإجازتها تجعله مستقرا، وفسخها له ينهيه، بينما العقد الباطل هو غير ذي أثر أصلا، واستمرار علاقة نشأت باطلة هو زنا، ولا يمكن لها أن ترضى بالبقاء مع شخص تربطها معه علاقة غير شرعيّة.

أما القضاء الجزائريّ فقرّر أن زواج المرأة الذي يتم دون موافقتها أو جبرا عنها هو عقد فاسد[1].

وإذا لم يكن للوليّ أنْ يجبر مَنْ هي تحت ولايته على الزّواج، أو أنْ يزوّجها دون موافقتها، فإنّ هذا لا يعني أنّه ليس له سلطة على من هي تحت ولايته، لهذا جاءت الفقرة الثّانية مِنْ المادّة 12 مِنْ تقنين الأسرة لتمنح للأب دون غيره سلطة منع ابنته البكر مِنَ الزّواج، إذا كان في هذا المنع مصلحة لها.

---

(1) – قرار المحكمة العليا بتاريخ 09/ 02/ 1966، قرار مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 06/03/ 1966، قرار مجلس سيدي بلعباس بتاريخ 12/21/ 1968؛ حكم محكمة الجزائر بتاريخ 1965/07/23 و 1966/04/21. أشار إليها: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص69 و 126.

وهناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1966/12/07، يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا وللقاضي إثارته من تلقاء نفسه.

انظر: *GHAOUTI Benmelha, le droit Algérien de la famille, p. 58.*

وقرار قبل ذلك بتاريخ 1890/06/14، قضى بأن ضرب الفتاة بعصا يعتبر إكراها مبطلا للرضا.

انظر في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص233. نقلا عن: دالوز، 1891– 2– ص153.

وقرار مجلس قضاء الجزائر في قضية زواج «حورية» الشهيرة، بتاريخ 1930/01/28، حيث بعد أن رفعت دعوى أمام غرفة المراجعة الإسلامية، قررت هذه الأخيرة أن الزّواج يتم بإرادة أولياء الزوجة والزوج فقط. هذا القرار الذي شكل خيبة أمل لها، فاستأنفت أمام مجلس قضاء الجزائر، وهو قرار– أي قرار غرفة المراجعة– كما وصفه الدكتور بلحاج العربي خطير ومناقض لمبادئ الفقه الإسلامي.

V: BELHADJ Larbi, op. cit. p. 431.

وقد تساءل الدّكتور فيلالي عمّا إذا كان المنع هو الأصل أم الاستثناء، ثم أجاب عن ذلك بأن التّحليل الشّكلي لنصّ المادّة 12 يفيد بأن اختيار المرأة للزوج هو المبدأ بينما منع الأب هو الاستثناء، وهو واضح من البناء المنطقي لعبارات النص[1].

ونصّ المادّة 13 من تقنين الأسرة خاص فقط بالمرأة الراشدة، ولو أنّ ذلك لم يظهر في النّص صراحة؛ فالمشرّع أغفل مسألة القصّر الذين تم إعفاؤهم مِنْ شرط بلوغ السن القانونيّة للزواج إذا ما توافرت مصلحة أو ضرورة لذلك طبقا لنص المادّة السابعة من نفس التقنين[2]، ويتضح هذا المقصود أكثر عند النظر إلى نصّ المادّة 13 مِنْ تقنين الأسرة بعد تعديله بموجب الأمر 05- 02 حيث جاء فيه: ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ، أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، أَنْ يُجْبِرَ القَاصِرَةَ التِي هِيَ فِي وِلاَيَتِهِ عَلَى الزَّوَاجِ...)).

غير أنّه، وبسبب اللّفظ العام لعدم الجبر، فإنّ النّص يشمل المرأة الرّاشدة كما يشمل المرأة القاصرة، هذا في ظل القانون 84- 11 قبل التعديل، أمّا في ظل الأمر05- 02، فإنّ الأمر واضح كما قلنا، فلا يحقّ للوليّ أنْ يجبر المرأة القاصرة على الزّواج، أمّا المرأة الرّاشدة العاقلة، ففوق عدم إجبارها، لها أنْ تبرم عقد زواجها بنفسها، بشرط حضور وليّها الذي تختاره، أبا كان أو غيره، طبقا لنصّ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة، وهو ما سنفصل فيه الكلام في حينه.

وإذا كان الأمر هكذا بالنّسبة إلى المرأة القاصرة، والمرأة الراشدة العاقلة، فإنّ المشرّع قد أغفل أمر المرأة التي تكون فاقدةً للأهلية لجنون أو عته، أو ناقصةَ الأهلية لسفه أو غفلة، وقد أكملت تسع عشرة سنة.

ففي ظلّ نصّ المادّة 13 من تقنين الأسرة قبل التّعديل، نستطيع القول إنّ فاقدي وناقصي الأهليّة للأسباب المذكورة يدخلون فيه بسبب عمومه، رغم أنّ مِنَ الشُرّاح خصّ به

(1) – علي فيلالي، المرجع السابق، ص78– 79.
وهذه المسألة متعلّقة بعضل الوليّ؛ لذا لا نودّ التّفصيل فيها هنا، بل نتركها إلى حين الكلام عن العضل حتّى نتجنب التكرار ما أمكن.
(2) – عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص123.

المرأة الرّاشدة دون دليل، أمّا في ظلّ النّص الجديد للمادّة 13، فإنّه لا يمكن بالنظر إلى ظاهره أنْ ندخلهم مع المرأة القاصرة؛ لأنّ القاصر هو كل مَنْ لم يبلغ مِنَ العمر تسع عشرة سنة، سواء كان مميّزا أم فاقد التمييز، بينما مَنْ ذكرناهم قد بلغوا تلك السّن، ولكن اعترتهم عوارض للأهلية، أصليّة كانت أم عرضيّة.

ومع ذلك يمكن النّظر إلى الغرض الذي ابتغاه المشرّع الجزائري مِنْ تقريره نصّ المادّة 13 سالف الذكر، وهو إلغاء ولاية الإجبار بشكل تام، وإعطاء فرصة لمن هي تحت الولاية لاختيار شريك حياتها، وتقرير مستقبلها بنفسها، وهذا حقّ أيضا للسّفيهة وذات الغفلة، وهو ما نراه أيضا.

غير أنّ الأمر خلاف ذلك بالنّسبة إلى المجنونة والمعتوهة؛ لأنّه لا يعقل أنْ تختار وتميّز مَنْ تبغي العيش معه، كونها غير ذات عقل أصلا، فلا يؤخذ ولا يعتد بقولها وعبارتها؛ ولهذا نرى أنْ نميّز بين حالتين هنا: الحالة الأولى، وهي أنْ يكون الجنون متقطّعا، فينتظر إفاقة المرأة لأخذ موافقتها ولا تزوّج إلاّ بذلك، أمّا في حالة الجنون المطبق فيرفع طلب تزويجها مِنْ وليّها الأقرب إلى القاضي يبيّن فيه أسباب إقدامه على تزويج موليّته، وللقاضي حينها أن يقرّر؛ فإن كان في زواجها مصلحة لها سمح بتزويجها، وإن لم يَرَ في ذلك مصلحة مَنَعَ وليّها من تزويجها.

ثانيا: ولاية الإجبار في القانون المغربي

تبنّى المشرّع المغربي نظام الولاية في الظهير الشريف رقم 22- 04- 1، الصادر في 03 فيفري 2004، بل وخصص له الباب الأوّل مِنَ القسم الثّاني مِنَ المدوّنة، تحت عنوان: «الأهلية والولاية في الزّواج»، وقد كانت قبل ذلك في الباب الثّالث مِنَ المدوّنة الصّادرة بتاريخ 1957/11/22، بموجب الظّهير الشّريف رقم 57- 343.

أ- **ولاية الإجبار في ظل الظهير رقم 57ـ343:**

في ظلّ الظّهير رقم57- 343، رغم أنّ الفقه المالكي هو أحد المصادر الأساسية لهذا القانون، لم يأخذ المشرّع المغربي بولاية الإجبار بالنّسبة للمرأة الراشدة التي لم يسبق

لها الزّواج، بل ولم يأخذ بها حتّى بالنّسبة لمن لم تبلغ سن الرّشد، وهو خمس عشرة سنة، بالشّكل الموسّع الذي وجد في الفقه المالكي، بل أخذ بها في حالات معيّنة بالنّسبة للقاصر وغير القاصر[1].

فإذا لم تبلغ المرأة الخامس عشرة من عمرها فلا يجوز تزويجها إلاّ إذا خيف عليها الفساد، وحينها يحقّ للوليّ أن يرفع أمرها إلى القاضي، وهو ما نصّ عليه الفصل الثّامن: ((تَكْتَمِلُ أَهْلِيَةُ النِّكَاحِ فِي الفَتَى بِتَمَامِ الثَّامِنَةَ عَشْرَةَ[2] فَإِنْ خِيفَ العَنَتُ[3] رُفِعَ الأَمْرُ إِلَى القَاضِي، وَفِي الفَتَاةِ بِتَمَامِ الخَامِسَةَ عَشْرَةَ[4] مِنَ العُمُرِ)). والعنتُ هو الفساد والمشقّة، والمقصود من ذلك إذا خيف على الفتاة الفجور والفساد، أو أن عدم زواجها في ذلك الوقت يؤدّي إلى مشقّة كبيرة على الوليّ أو عليها، كان لوليّها أن يرفع أمرها إلى القاضي؛ ليقرّر ما يراه مناسبًا بشأنها، بمعنى أنّ له إجبارها على الزّواج في تلك السّن.

أمّا إذا بلغت المرأة السّن القانونيّة للزّواج، فقد نصّ الفصل 4/12 مِنَ المدوّنة بشأنها أنّه: ((لاَ يَسُوغُ لِلْوَلِيِّ وَلَوْ أَبًا أَنْ يُجْبِرَ ابْنَتَهُ البَالِغْ وَلَوْ بِكْرًا عَلَى النِّكَاحِ إلاّ بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا...)). وهذا يعني عدم إجبارها مطلقًا.

غير أنّ هناك حالتين استثنائيتين يمكن فيهما الإجبار، والمجبر فيهما ليس الأب ولا أيّ مِنْ عصبة المرأة، بل هو القاضي، هما:

- **حالة الخوف مِنْ فساد المرأة:** فقد ورد في الفقرة الرّابعة مِنَ الفصل الثّامن ما يأتي: ((لاَ يَسُوغُ لِلْوَلِيِّ وَلَوْ أَبًا أَنْ يُجْبِرَ ابْنَتَهُ البَالِغْ وَلَوْ بِكْرًا عَلَى النِّكَاحِ إلاّ بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا إلاّ إِذَا خِيفَ عَلَى المَرْأَةِ الفَسَادُ فَلِلْقَاضِي الحَقُّ فِي إِجْبَارِهَا حتّى تَكُونَ فِي عِصْمَةِ زَوْجٍ كُفْءٍ يَقُومُ عَلَيْهَا)).

---

(1) – انظر: الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص132.

(2) – الصحيح أنْ نقول: «الثامن عشرة».

(3) – العَنَتُ له عدّة معاني هي: الخَطَأُ – المَشَقَّةُ – الإِثْمُ – الزِّنَا – الهَلاَكُ – الفَسَادُ – الزِّنَا وَالفُجُورُ.
انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج31، ص12– 13

(4) – الصحيح أنْ نقول: «الخمس عشرة».

يلاحظ أنّ المشرّع المغربي لم يكن موفّقًا في صياغة هذا النّص، ذلك أنّه أخذ الجزء الأوّل من هذا النص من الفقه الحنفي، ثم ذكر عبارة «إلاّ بإذنها ورضاها»، وهو تزيُّد من عنده؛ لأنّه لا إذْنَ ولا رضًا في الإجبار، فيكون قد جمع بين نقيضين، إلاّ إذا كان قد سقطت مِنَ النّص عبارة **«ولا تُزَوَّجُ»** إلاّ بإذنها ورضاها.

أمّا الجزء الثّاني مِنَ النّص فهو مأخوذ مِنَ المذهب المالكي، غير أنّ هذا الأخير جعل الإجبار من طرف الوليّ على اليتيمة التي ليس لها أب، ودور القاضي لا يعدو أن يكون دور المحقّق في وجود دواعي الإجبار كما تقدّم، في حين أنّ المشرّع المغربي قدّم مَنْ هو مؤخّرٌ، وهو القاضي، وجعل الإجبار مِنْ اختصاصه، ونزع الولاية ممّن هو مقدّم أبًا كان أو غيره[1].

وبصرف النّظر عن تلك الصّياغة، يتّضح مِنْ هذا النّص أمران: الأول أنّه لا إجبار على المرأة البالغة بكرا كانت أم ثيبا كأصل عامٍّ، وهذا ما ذُكِرَ في الشّقّ الأول مِنَ النّص، والأمر الثّاني أنّه يمكن إجبارها مِنْ طرف القاضي وذلك بعد رفع الأمر إليه، مثلما ما هو منصوص عليه بالنّسبة إلى القاصر التي لم تبلغ خمس عشرة سنة، لا فرق إلاّ في أنّ النّص الأوّل ذكر مصطلح العنت، وفي الثّاني ذكر مصطلح الفساد، وأنّ في النّص الأول ذُكِرَ رفع أمرها إلى القاضي، وفي الثّاني ذكر القاضي مباشرة، ولا يتصوّر أنْ يعلم القاضي دون رفع الأمر إليه.

وهناك أمر آخر في هذه المسألة، هو أنّ القاضي له أنْ يجبر المرأة البالغة العاقلة على الزّواج إذا خيف عليها الفساد صونًا لها، بكرًا كانت أم ثيّبًا؛ لأنّه في بداية النّص نفى الإجبار على كلتيهما؛ فكان الإثبات يقتضي أن تدخلا معا فيه. غير أن هذا الإجبار مشروطٌ بأن يكون الزّوج كفؤًا، وهذا ما ينبغي للقاضي أن يتحرّاه عند تزويجها.

- **حالة المجنونة والمعتوهة إذا كان في الزّواج مصلحة لهما:** جاء في الفصل السابع من المدونة: ((لِلْقَاضِي الإِذْنُ فِي زَوَاجِ المَجْنُونِ أَوْ المَعْتُوهِ إِذَا ثَبُتَ بِتَقْرِيرِ هَيْئَةٍ مِنَ أَطِبَّاءِ

(1) – أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص233-234.

الأَمْرَاضِ العَقْلِيَّةِ، أَنَّ الزّواج يُفِيدُ فِي عِلاَجِهِ، وَاِطَّلَعَ الطَّرَفُ الآخَرُ عَلَى ذَلِكَ وَرَضِيَ بِهِ)).

في الحقيقة هذا النّص لا يدلّ على ولاية الإجبار بشكل صريح، إنّما يتحدّث عن مسألة الإذن في الزّواج لمن كانت مجنونة أو معتوهة، ولعلّ ذكر كلمة «الإذن» مرجعها إلى أن قراره بالتزويج مبنيّ على ما يرد في تقرير الأطبّاء، وهذا التّقرير ظنّيّ وليس قطعيًّا، فله أن يأخذ به وله أن يستبعده، أو لأنّ المشرّع استبعد مسألة فساد المجنون أو المعتوه، خلافًا لما هو مقرّر في الفقه الإسلامي، فلم يقدِّر مصلحته في الزّواج حينها.

غير أنّ هذا النّص يطرح إشكالاً يتمثّل في وجود شرط في إذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه، وهو معرفة الطّرف الآخر، أي الزّوج إنْ كان الأمر يتعلق بزواج المرأة، أو العكس، ورضاؤه بحالته التي هو عليها؛ ذلك أنّه قد يكون الاثنان مجنونين أو معتوهين، أو أحدهما مجنونًا والآخر معتوهًا، فلا يتصوّر صدور رضاء من الطرف الثاني، وحتّى لو صدر فإنّه لا يعتد به.

ولهذا نجد أنّ المشرّع المغربيّ في نصّ المادّة 3/23 مِنْ مدوّنة الأسرة الصّادرة بموجب الظّهير الشّريف رقم 22- 04- 1 أورد أنّه: ((يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الطَّرَفُ الآخَرُ رَاشِدًا وَيَرْضَى صَرَاحَةً فِي تَعَهُّدِ رَسْمِيٍّ بِعَقْدِ الزَّوَاجِ مَعَ المُصَابِ بِالإِعَاقَةِ))، بمعنى أنّه لا بدّ في زواج - ليس فقط المجنون أو المعتوه بل كلّ صاحب إعاقة ذهنيّة- أن يكون الطّرف الثّاني راشدًا، والمقصود بالرّاشد هنا هو البالغ العاقل، وليس من بلغ سنّ الرّشد فقط.

ممَّا سبق نجد أنّ ولاية الإجبار في التّشريع المغربيّ السّابق ليس مناطها الصّغر أو البكارة، بل مناطها عدم الأهليّة أو خوف الفساد.

ب- **ولاية الإجبار في ظل الظهير رقم 22.04.1:**

إذا كان الأمر على ما سلف في ظلّ التّشريع المغربيّ القديم، فإنّ الأمر قد اختلف في ظلّ التّشريع الجديد، بموجب الظّهير الشّريف رقم 22- 04- 1، فلم يبق مكانٌ لولاية الإجبار، إلاّ حالة إذن القاضي بزواج مَنْ تكون مصابةً بإعاقةٍ ذهنيّة. والمشرّع المغربيّ ذكر

هذا المصطلح وعَدَلَ به عن مصطلحي الجنون والعته؛ لأنّه أضحت اليوم أمراض كثيرة تصيب العقل ليست من الجنون أو العته في شيء، ولكنّها مع ذلك تضعف أو تعدم إرادة الإنسان، مثل مرض انفصام الشخصيّة الذي يؤدي إلى بلادة في الشعور، واختلال في التفكير، والهلوسة، ومرض البارانويا الذي تسيطر فيه أفكارٌ على صاحبها تُوَجِّهُه إلى القيام بأفعال وتصرّفات لا تتّفق مع الفكر والعقل السليم[1].

وإِذْنُ القاضي بزواج من بها إعاقة ذهنيّة مقرون بتوافر بعض الشّروط، ذُكِرَت في المادّة 23 مِنَ المدوّنة، تتمثل في:

- وجوب تقديم تقرير طبيّ حول الإعاقة الذّهنيّة من طرف طبيب مختص في ذلك النّوع من الإعاقة.
- كون الطّرف الآخر في عقد الزّواج راشدًا.
- إطْلاعُ القاضي للطّرف الآخر بالمحضر الطّبّي، وتحرير محضر بذلك.
- إفراغ رضا الطّرف الآخر بالزّواج ممّن به إعاقة ذهنيّة في شكل تعهّد رسميّ.

ثالثا: ولاية الإجبار في القانون التونسي

صدر قانون الأحوال الشخصيّة التّونسيّ بموجب الأمر المؤرّخ في 1956/08/13[2]، وسميّ بمجلّة الأحوال الشخصيّة، غير أنّه لم يفرد للولاية بابًا خاصًّا بها، مثله مثل المشرّع الجزائريّ، ولكنّه تعرّض لها في فصول متفرّقة من الفصل الثالث إلى الفصل التاسع.

ولم نجد أي نصّ يدل صراحة على الأخذ بولاية الإجبار، فقد جاء في الفصل الثالث بشأن التراضي في عقد الزّواج: ((لاَ يَنْعَقِدُ الزَّوَاجُ إلاَّ بِرِضَا الزَّوْجَيْنِ))، وهذا يعني نفي ولاية الإجبار بالتمام، إذ تجب موافقة الزّوجين على هذا العقد.

وإِنْ أخذنا هذا النّص على أنّه يشمل المرأة البالغة العاقلة، فإنّنا نصطدم بنصوص

(1) – انظر في هذه الأمراض: محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد العاشر، العدد الأول، الأردن، 1995م، ص13.

(2) – معدّل بموجب القانون رقم 74 لسنة 1993.

أخرى تتعلّق بالقُصّر، تنفي عنهم ولاية الإجبار؛ ففي الفصل الخامس نجد أنّ زواج القاصر الذي لم يبلغ ثمان عشرة سنة متوقّف على إذن المحكمة، وفي الفصل السّادس نجد زواج القاصر[1] متوقّفًا على موافقة الوليّ.

وهذا فيه نوع من التّناقض الظّاهري، ذلك أنّ الفصل الخامس جعل إبرام عقد زواج القاصر مرتبطًا بموافقة شخصٍ معيّنٍ وهو القاضي، بينما جعله في الفصل السّادس مرتبطًا بموافقة شخصٍ آخر وهو الوليّ[2].

غير أنّ هذا التّناقض يرتفع إذا جمعنا بين النّصين، فيكون مقصود المشرّع أنّ زواج القصّر متوقّف على أمرين: الأول هو موافقة أوليائهم، والأمر الثاني هو وجوب رفع الأمر، بعد موافقة الأولياء، إلى القاضي ليأذن بذلك إذا رأى مصلحة في زواج القاصر وفق ما هو مقرّر في الفصل الخامس.

لكنّ هذا التجانس يَنتقضُ ثانية إذا نظرنا إلى الفقرة الثّانية مِنَ الفصل السادس، التي تنصّ على أنّه في حالة امتناع الوليّ أو الأم عن الموافقة على زواج المرأة القاصر، وكانت هذه الأخيرة راغبة في الزّواج؛ رُفِعَ الأمر إلى القاضي ليقرّر في ذلك، فإن أذِن فلا محلّ للطعن في هذا الإذن. وهذا يعني أنّه في جميع الحالات لا بد من إذن القاضي بزواج القاصر، وما موافقة الوليّ، أبًا كان أو أمًّا، إلاّ من قبيل التّبرّك لا غير.

---

(1) – نصّ الفصل الخامس على: ((...وَزِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ فَكُلُّ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ مِنْهُمَا ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَنَةً كَامِلَةً لاَ يُمْكِنُهُ أَنْ يُبْرِمَ عَقْدَ زَوَاجٍ. وَإِبْرَامُ عَقْدِ الزَّوَاجِ دُوْنَ السِّنِّ الْمُقَرَّرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِذْنٍ خَاصٍّ مَنَ الْمَحَاكِمِ...)). ونصّ الفصل السادس على: ((زَوَاجُ الْقَاصِرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى مُوَافَقَةِ الْوَلِيِّ وَالأُمِّ)).

ونشير إلى أنّ القاصر هو كل من لم يبلغ سن الرّشد، مميزا كان أم غير مميز، وننبه هنا إلى أنّ سنّ الرّشد في القانون التونسي هو 20 سنة.

(2) – بعد تعديل 1993 أصبح الزّواج مقترنا بموافقة «الوليّ والأم» حسب الفقرة الأولى من الفصل السادس.

وهذا خطأ من الناحية الموضوعية؛ لأنّه إنْ كان المقصود هو الأب فقط، وهذا ما يقابل الأم، فلماذا وضع بدله لفظ الوليّ، والوليّ أشمل مِنَ الأب، وإذا كان المقصود هو الوليّ بتفرعاته، فلماذا جعل بجانبه الأم.

فكان الأسلم أنْ يجعل لفظ الأب بدل الوليّ إنْ كان قَصْدُ المشرّع التونسي جَعْلُ تزويج القصر مرتبطا بموافقتهما دون غيرهما، أو أنْ يضيف عبارة: «فِي حَالَةِ وُجُودِهَا» إلى قوله: «زَوَاجُ القَاصِرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى مُوَافَقَةِ الوَلِيِّ وَالأُمِّ».

على أنّه يمكن النظر إلى مجموع النصوص نظرة توفيقية بالقول: إن كانت المرأة لم تبلغ الثّامن عشرة، احتاجت إلى موافقة الأب والأم إنْ وُجِدَا، أو الوليّ إنْ فُقِدَا، إضافة إلى إذن القاضي، وإن بلغت الثامن عشرة، ولكنّها لم تبلغ بعدُ العشرين، فلا يشترط إلاّ موافقة أوليائها.

فإنْ بلغت العشرين، فإنّه لا محل مطلقا للقول لا بولاية الإجبار ولا حتّى بولاية الاختيار[1]، ذلك أن المشرّع التونسي نصّ في الفصل التاسع على أنّ: ((لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَأَنْ يُوكِلاَ مَنْ شَاءَا)).

أمّا إذا بلغت سنّ الرّشد، ولكنّ حجر عليها لجنون أو ضعف عقل كما هو مقرّر في الفصل 160، فإنّ زواجها يكون باطلاً إذا لم يشارك فيه الوليّ، فإنْ تخلّف، كان له أنْ يجيز هذا العقد، وهذا ما نصّ عليه في الفصل 162 منْ أنّ جميع تصرّفات المحجور عليه بدون مساعدّة الوليّ باطلة إذا لم يجزها الوليّ.

ونصّ الفصل 162 فيه تناقض من حيث الصّياغة، ذلك أنّنا إذا اعتبرنا أنّ جميع تصرّفات المرأة البالغة، التي تمّ الحجر عليها لجنون أو ضعف عقل، ومن ضمنها عقد الزّواج، باطلة دون مساعدة الوليّ في إبرامها، فكيف يمكن إجازة العقد الباطل بطلانًا مطلقًا، وهو معلوم قانونًا وفقهًا وقضاءً[2] عدم إمكانية إجازته؟!

وإن اعتبرنا أن المقصود بالبطلان هنا هو البطلان النّسبي، وهو ما نرجّحه، فإنّ على المشرّع التّونسي أن يوضّح ذلك بتعديل النّص وجعل عبارة «قابلة للإبطال» بدل «باطلة».

هذا إنْ كان إبرام عقد الزّواج بعد الحجر، أمّا قبل ذلك، فيكون زواج المحجور عليها لجنون، غير نافذ، بينما زواج المحجور عليها لضعف العقل يكون قابلا للإبطال إذا كان هذا الضعف مشتهرًا وقت إبرام العقد، وهو ما قرّره الفصل163.

(1) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص140.

(2) – انظر في ذلك: محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، دار هومة، الجزائر، 2000م، ص68 وما بعدها.

أمّا المحجور عليها لسفه، فقد خصّها المشرّع التّونسي بحكم فيه نوع مِنَ الخصوصيّة في الفصل السّابع، حيث جعل زواجها متوقّفًا في صحّته على موافقة من قام بالحجر عليها، فإن قامت السّفيهة بنفسها أو بواسطة غيرها بإبرام عقد الزّواج، ولم يوافق من قام بالحجر عليها على هذا العقد، كان العقد غير صحيح، وله أن يطلب من القاضي أن يفسخ العقد إذا لم يتمّ الدّخول بعدُ بها، أمّا إذا تمّ الدّخول فلا محلّ لفسخه.

وهذا النّص يعطي نوعًا من السّلطة للوليّ على المحجور عليها، على الأقل في أخذ موافقته، وإمكان فسخه للعقد قبل البناء، ولو أنّه ليس مِنْ قبيل ولاية الإجبار.

وخلاصة القول أنّ المشرّع التّونسي لا يأخذ بولاية الإجبار لا بالنّسبة للمرأة البالغة بكرًا كانت أم ثيّبًا، ولا حتّى بالنّسبة للمرأة القاصر، بل ولا على عديمي الأهلية أيضا. وقد احتجّ في ذلك كما ورد في تعليق مجلة الأحوال الشخصيّة بفتوى منسوبة إلى السُّيُورِي، وانتهى المعلّق بقوله إنّ استشارة المرأة مندوبة عند السّادة المالكيّة[1].

رابعا: ولاية الإجبار في القانون الليبي

صدر تقنين الأحوال الشخصيّة اللّيبي بموجب القانون رقم 10 لسنة 1984، وكنظيريه الجزائريّ والتّونسيّ، لم يخصّص بابًا أو فصلاً للولاية، بل ذكرها في نصوص متفرّقة، حيث أوردها في المواد من 6 إلى10 مِنَ الفصل الثّاني مِنَ الباب الأول.

فحدّد المشرّع اللّيبي في المادّة 6 الشّروط التي تجعل الشّخص أهلاً للزّواج، والتي تمثّلت في العقل، والبلوغ الذي يكتمل بتمام العشرين مِنَ العمر، وهذا في الفقرتين (أ) و(ب)، إلاّ أنّه استدرك في الفقرة (ج) بأنّ للمحكمة أنْ تأذن بزواج مَنْ لم يبلغ تلك السّن إذا كان في زواجه مصلحة له، وهذا بعد أخذ إذن الوليّ، فلم يبيّن وجه المصلحة

(1) – انظر في هذ: لكحل بن حواء، المرجع السابق، ص139.
وقد خالف المعلق على المجلّة، ومِنْ بَعدِه المشرّع التونسي ما جاء في الفقه المالكي الذي يقول بإجبار البكر، حيث إنّ المشرّع نفى ولاية الإجبار بالتمام، كما نفى ولاية الاختيار على البالغة العاقلة دون قيد أو شرط؛ فخالف بذلك جميع المذاهب بما فيها المذهب الحنفي.

بالتّحديد، وترك الأمر للقاضي؛ ليقدّر مدى توافر تلك المصلحة.

وهذا النصّ لا يُستفاد منه وجود ولاية الإجبار ولا ولاية الاختيار، إلاّ أنّ المادّة 8 فصّلت في الأمر، ونصّت على عدم إجبار الوليّ للمرأة أو الرّجل على حدٍّ سواء، بالزّواج ممّن لا ترغب به، حيث جاء في الفقرة (أ): ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُجْبِرَ الفَتَى أَوْ الفَتَاةَ عَلَى الزَّوَاجِ رُغْمَ إِرَادَتِهِمَا)). كما لا يجوز أيضا أن يمنع الوليّ من هي تحت ولايته من الزّواج بمن ترضاه، وهذا ما نصّ عليه في الفقرة (ب) من نفس المادّة.

هذا إذا كانت المرأة عاقلة، أمّا إذا كانت مجنونة أو معتوهة، فإنّ المشرّع اللّيبي قد جعل للوليّ بموجب الفقرة (أ) مِنَ المادّة العاشرة، سلطة إبرام عقد زواجها- فلا يعقده غيره- لكن بإذن من المحكمة، بعد أن يرفع الأمر إليها، وبتوافر شروط معيّنة تتمثّل في:

1- قبول الطّرف الآخر للزّواج منها مع معرفته بحالها.
2- وجود مصلحة لها في عقد الزّواج.
3- التحقّق من عدم انتقال هذا المرض إلى نسلهما.

فإذا توافرت جميع هذه الشّروط، وبعد ثبوت الشّرطين الأخيرين من خلال تقريرٍ تقدّمه لجنة مختصّة، يأذن القاضي لوليّ المرأة بعقد زواجها.

وهذه الشّروط تشبه إلى حدٍّ ما تلك الشّروط التي أوردها المشرّع المغربي في نصّ المادّة 23 من مدوّنة الأسرة، مع وجود بعض الاختلاف، وهو تلافي المشرّع المغربي حالة جنون أو عته الطّرف الآخر، فاشترط فيه العقل والبلوغ، بينما أغفل المشرّع اللّيبي هذا الأمر. كما أنّ المشرّع المغربيّ عمّم حالة المرض وجعلها تخصّ كلّ من به إعاقة ذهنيّة، بينما حصرها المشرّع اللّيبيّ في حالتي الجنون والعته.

غير أنّ المشرّع اللّيبي أورد شرطًا لم يُذكر في غيره مِنَ التّشريعات العربيّة[1]، هو عدم انتقال ذلك المرض إلى النّسل. وهذا الشّرط لنا عليه بعض التعليق؛ حيث إنّ كلام

(1)- عدا المشرع القطري في نصّ المادة 15 حين قال: ((اِسْتِثْنَاءً مِنْ أَحْكَامِ المَادَّةِ السَّابِقَةِ، لاَ يُعْقَدُ زَوَاجُ المَجْنُونِ وَالمَعْتُوهِ إلاَّ بِالشُّرُوطِ التَّالِيَةِ:

=

المشرّع هنا كان عن حالتي الجنون والعته، وهما عارضان أو مرضان إن صحّ التّعبير، لا ينتقلان إلى الخلف بالوراثة غالبًا، فكم من سليم ولد له مجانين ومعاتيه، وكم من مجنون ومعتوه ولد له أصحّاء، ولا يمكن لأي طبيب أو عالم أنْ يجزم بانتقال الجنون أو العته إلى الأبناء، فكيف يجعل مثل هذا الشّرط ضمن شروط زواج المجنون أو المعتوه، إلاّ إذا كان مبنيًّا على غلبة الظّن، والأمور العلميّة لا تؤخذ بالظّن بل باليقين!

ولهذا نرى أنّه مِنَ الأحرى حذف هذا الشّرط مِنْ نصّ المادّة العاشرة، والاقتصار على الشّرطين الآخرين، مع إضافة كون الطّرف الآخر بالغًا عاقلاً، حتّى يُعتدَّ بقوله دون أي شائبة.

إضافة إلى زواج المجنونة والمعتوهة، ذكر المشرّع اللّيبي حالة زواج السّفيهة، فجعل أمر عقد زواجها بيد وليّها دون غيره – إن كان محجورا عليها – بعد أخذ الإذن من المحكمة المختصّة بذلك، وهو ما قرّره في الفقرة (ب) من نصّ المادّة العاشرة.

وخلاصة القول أنّ المشرّع اللّيبي لم يأخذ كسابقيه بولاية الإجبار على المرأة العاقلة، صغيرة كانت أم كبيرة، كما لم يأخذ بها بالنّسبة للمرأة التي بلغت سن الرّشد عاقلة كانت أم غير عاقلة.

خامسا: ولاية الإجبار في القانون الموريتاني

خصّص المشرّع الموريتاني بموجب القانون رقم 052- 2001، المتضمّن مدوّنة الأحوال الشخصيّة، الفرعين الأول والثاني مِنَ الفصل الثالث، للنصوص المتعلّقة بالولاية في الزّواج، فجعل الفرع الأوّل بعنوان: «الزوجان»، والثّاني بعنوان: «الوليّ».

وبعد أن حدّد السّن القانونيّة للزّواج - وهي ثمان عشرة سنة- في الفقرة الأولى مِنْ نصّ المادّة السادسة، جعل للوليّ سلطة إجبار مَنْ هي تحت ولايته على الزّواج إذا لم تكمل

= 3- التَّأَكُّدُ بِوَاسِطَةِ لَجْنَةٍ مِنْ ذَوِي الاِخْتِصَاصِ مِنْ أَنَّ مَرَضَهُ لاَ يَنْتَقِلُ مِنْهُ إِلَى نَسْلِهِ)). والمشرع العماني في نص المادة 8 من تقنين الأحوال الشخصية، والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في نص المادة 9 فقرة ب.

تلك السّن، وكان في زواجها مصلحة لها، حيث جاء فيها: ((يَصِحُّ لِوَلِيِّ نَاقِصِ الأَهْلِيَّةِ أَنْ يُزَوِّجَهُ إِذَا رَأَى مَصْلَحَةً رَاجِحَةً فِي ذَلِكَ)).

فمناط الإجبار حسب هذا النص هو الصّغر مع وجود مصلحة راجحة، غير أنّ هذه المصلحة ليست على سبيل الإلزام، ذلك أنّ نصّ المادّة السابعة جعل عدم مراعاة المادّة السادسة، وذلك بتزويج القاصر دون وجود مصلحة راجحة له، لا يترتّب عنه فسخ أو بطلان العقد، بل يبقى صحيحا، حتّى ولو كان الزّواج قد رتّب مصلحة للوليّ، إلاّ أنّه في الحالة الأخيرة يكون الوليّ مسؤولاً عن فعله طبقًا للقانون الجنائي.

وإذا قلنا هذا بالنّسبة للقاصر، فإنّ الأمر نفسه يكون بالنّسبة إلى المجنونة أو المعتوهة؛ ذلك أنّ نصّ المادّة السّادسة اشترط في الزّواج العقل وبلوغ سنّ التّامن عشرة، ثمّ جعل في المادّة الموالية عقد الزّواج صحيحًا في حالة مخالفة نصّ هذه المادّة.

أمّا بالنّسبة للمرأة الرّاشدة التي بلغت التّامن عشرة من عمرها وهي عاقلة، فإنّه ووفقًا للفقرة الثّانية من نصّ المادّة التّاسعة، لا يكون زواجها صحيحًا دون موافقتها. بمعنى أنّه لا إجبار على المرأة العاقلة البالغة في زواجها.

وبالتالي فإنّ مناط ولاية الإجبار في القانون الموريتاني ليس البكارة، وإنّما هو نقصان الأهلية أو انعدامها.

الفرع الثاني

ولاية الإجبار في بلاد المشرق العربي

بالنظر إلى التقنينات العربيّة الأخرى، نجد أنّ مِنْ الدّول مَنْ أخذت بولاية الإجبار، ولكنّ ذلك كان في حقبة زمنية معينة، لتتخلى عنها فيما بعد، ومنها منْ أخذت بها ولكن على فئة معينة، ومنها مَنْ لم تأخذ بها منذ البداية، وهذا ما سنفصل فيه الأمر في ثلاث نقاط متوالية.

أولا: التشريعات التي أخذت بولاية الإجبار في مرحلة معينة

أ- ولاية الإجبار في القانون المصري:

تعدّ مصر من الدّول السبّاقة في مجال التّشريع، فقد وضعت عدّة قوانين خاصّة بالأحوال الشخصيّة، ابتداءً من القانون رقم 25 لسنة 1920، وصولا إلى القانونين رقم 10 و11 لسنة 2004.

1- مرحلة تكريس ولاية الإجبار:

مرّ القانون المصري فيما يتعلّق بولاية الإجبار بمراحل: المرحلة الأولى كانت قبل صدور القانون رقم 56 لسنة 1922، حيث كان للوليّ سلطة تزويج المرأة ناقصة أو عديمة الأهلية التي تحت ولايته دون أخذ الإذن منها، حيث جاء في نصّ المادّة 44 من كتاب الأحوال الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة لقدري باشا[1]: ((لِلأَبِ وَالجَدِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الأَوْلِيَاءِ وِلاَيَةُ إِنْكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ بِشُرُوطِهِ جَبْرًا وَلَوْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَحُكْمُ المَعْتُوهِ وَالمَعْتُوهَةِ وَالمَجْنُونِ وَالمَجْنُونَةِ كَالصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ)).

وممّا ورد بهذا الشّأن، نذكر حكم محكمة طنطا الاستئنافية، الصّادر بتاريخ: 1957/04/16، الذي جاء في حيثيّاته:

((...وَالوِلاَيَة فِي الزّواج قِسْمَانِ: وِلاَيَة إِجْبَار، وَوِلاَيَةُ اِسْتِحْبَابٍ، فَالأُوْلَى تَكُونُ بِالنِّسْبَةِ لِلْصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ فِي حُكْمِهِمَا، وَالثَانِيَةُ بِالنِّسْبَةِ لِلْكَبِيرَةِ المُكَلَّفَةِ، وَمَتَى تَثْبُتُ الوِلاَيَةُ لِوَاحِدٍ مِنْ الأَوْلِيَاءِ، سَوَاءٌ أَكَانَ أَبًا أَوْ جَدًّا أَمْ غَيْرَهُمَا، وَسَوَاءٌ كَانَ عَصَبَةً أَمْ غَيْرَ عَصَبَةٍ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ قَرِيبًا أَمْ غَيْرَ قَرِيبٍ، جَازَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الصَّغِيرَ وَالصَّغِيرَةَ بِكْرًا كَانَت أَوْ ثَيِّبًا، وَالمَجْنُونُ وَالمَجْنُونَةُ، وَالمَعْتُوهُ وَالمَعْتُوهَةُ جَبْرًا رَضِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِهَذَا التَّزْوِيجِ أَمْ لَم يَرْضَ؛ لأَنّ كُلاً مِنْهُمْ نَاقِصُ العَقْلِ أَوْ فَاقِدَهُ فَلا يَهْتَدِي إِلَى الصَّالِحِ لَهُ...))[2].

---

(1) – انظر: محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص70.

(2) – ذكر هذا الحكم: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، دار الفكر العربي، الطبعة الثّالثة، القاهرة، مصر، 1377هـ-1957م، هامش الصفحة 126-127.

=

فثبتت بهذا ولاية الإجبار على الصّغيرة وعلى الكبيرة إذا كانت مجنونة أو معتوهة، بيد أنّه وبصدور القانون رقم 56 لسنة 1923، أصبحت ولايتهم مقيّدة، وذلك عند توثيق العقد، حيث مُنِعَ الموثّقون مِنْ توثيق العقد إلاّ إذا ثبت لديهم أنّ المرأة المراد تزويجها لا تقل عن السّادس عشرة مِنْ عمرها، عن طريق تقديم شهادة ميلاد المعنيّة، أو شهادة طبيب واحد، أو أيّ ورقة رسميّة تحوي تقدير سنّها، أو بشهادة اثنين ممّن لهم معرفة بالزّوجين، كما هو مقرّر في المنشور رقم 58 المؤرّخ في 1928/12/13، الصّادر عن وزارة العدل[1].

فإذا حدث وأن تمّ تزويج من لم تبلغ السادس عشرة من عمرها، لا تُسمع الدّعوى النّاشئة عن عقد الزّواج، حتّى ولو بلغت عند رفع الدعوى تلك السن، لكن بموجب القانون رقم 78 لسنة 1931 جُعِل عدم سماع الدّعوى مقترنًا بعدم بلوغها تلك السّن وقت رفع الدّعوى وليس وقت إبرام العقد[2].

وسبب هذا التّعديل - كما جاء في المذّكرة الإيضاحية لهذا القانون- هو التّيسير على النّاس، وصيانة الحقوق، واحترام آثار العلاقة الزّوجيّة. ومبنى هذا التّعديل يرجع إلى أمرين كما قال الشّيخ محمد أبو زهرة[3]: الأوّل أنّ لوليّ الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزّمان والمكان والحادثة، فمنع سماع دعوى الزّوجيّة أو أيّ أثر من آثارها، إذا كان سنّ أحد الزّوجين يقلّ عمّا هو محدّد. أمّا الأمر الثّاني فهو الاستئناس برأي عثمان البتّي وابن شبرمة وأبي بكر الأصم، القاضي بعدم صحّة زواج الصّغار، بسبب عدم وجود الولاية لأيّ أحد عليهم؛ لأن مناط ثبوت الولاية هو الحاجة، ولا حاجة للصّغار إليه؛ كونه عقدًا تظهر آثاره بعد البلوغ[4].

= يلاحظ أنّ هذا الحكم رغم أنّه متأخر عن القانون رقم 56 لسنة 1923، والقانون 78 لسنة 1931؛ اللذين يقيدان سلطة الأولياء، إلاّ أنه كرس ولاية الإجبار كما هي في المذهب الحنفي.

(1) – انظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص123–124؛ محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971م، ص172.

(2) – انظر كذلك، نصّ المادّة 17 منْ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصيّة الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000.

(3) – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص124–125؛ محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، ص173.

(4) – ذكر هذا الرأي: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص240؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص265.

غير أنّ المشرّع المصري هنا اختلف عن رأي هؤلاء الفقهاء في أنّه اقتصر على منع سماع الدّعوى دون بطلان عقد الزّواج، حتّى لا يكون متّبعا للآراء الشّاذّة في الفقه[1].

كما أورد بموجب نصّ المادّة 371 من القانون رقم 78 لسنة 1931 حكمًا يتعلّق بالمرأة القاصر اليتيمة، جاء فيه: ((لاَ يَجُوزُ مُبَاشَرَةُ عَقْدِ زَوَاجِ اليَتِيمَاتِ القَاصِرَاتِ اللاَّئِي لَهُنَّ مُرَتَّبَاتٍ بِالرُّوزْنَامجَة[2]، أَوْ لَهُنَّ مَا تَزِيدُ قِيمَتُهُ عَنْ عِشْرِينَ أَلْفَ قِرْشٍ إلاّ بَعْدَ المُخَابَرَةِ مَعَ مَجْلِسِ حَسْبِيِّ الجِهَةِ التَّابِعَةِ[3] لَهَا مَحَلُّ إِقَامَةِ اليَتِيمَةِ وَالتَّرْخِيصِ مِنْهُ بِذَلِكَ)).

ويستخلص من هذا النّص عدّة أمور: أوّلها أنّه خاصّ بالقاصرة اليتيمة، غير أنّه وبطريق القياس، يصحّ بالنّسبة إلى باقي القصّر؛ لأنّ في الزّواج تكاليف، وإذ لم يوجد من يتبرّع بالمال كالأب أو الجدّ أو الأم، فإنّ مالها هو الذي سيدفع[4].

والأمر الثّاني أنّ وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصيّة ليس لأجل صحّة الزّواج، بل للمحافظة على مال القاصرة.

أمّا الأمر الثالث، أنّ المحجور عليهم لا يدخلون في حكم هذه المادّة، حيث لا يشترط استئذان محكمة الأحوال الشخصيّة، إذ لا يوجد نصّ بذلك، وهذا ما انتهت إليه محكمة طنطا الاستئنافية في الحكم سالف الذّكر، حيث جاء فيه: ((...وَالأَصْلُ أَنَّ وَلِيَّ النَّفْسِ لاَ يَسْتَأْذِنُ أَحَدًا فِي تَزْوِيجِ الصَّغِيرِ أَو المَحْجُورِ عَلَيْهِ، إِلاَّ أَنَّ الشَّارِعَ رَأَى مُحَافَظَةً عَلَى أَمْوَال القَاصِرَاتِ وَرِعَايَةً لِمَصَالِحِهِنَّ مُوَافَقَةَ مَحْكَمَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ عَلَى تَزْوِيجِهِنَّ ... أَمَّا فِي

(1) – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص108–109 وص124–125؛ محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، ص173.

(2) –«الروزنامجة» كلمة تركية تعني الدفاتر التي تتضمن الحسابات اليومية والأعمال الجارية، وهي أحد أصناف الدفاتر المالية المعروفة بالباب الدفتري.

انظر: محمد السيد الدغيم، دليل الأرشيف العثماني، ترجمة، مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية ومنظمة المؤتمر الإسلامي، تركيا، 2008، ص194–196.

(3) – الصّحيح أنْ نقول «الجهة التابع لها»؛ لأنّ كلمة «تابع» تعود على المحلّ وليس على الجهة.

(4) – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص126.

حَالَةِ تَزْوِيجِ المَحْجُورِ عَلَيْه أَو الغَائِبِ فَلاَ يَلْزَمُ ذَلِكَ...))[1].

2- مرحلة إلغاء ولاية الإجبار:

في ظلّ مشروع القانون الذي أعدّ سنة 1965، ألغيت ولاية الإجبار تمامًا، حيث اشترط بموجب الفقرة (أ) من المادّة 19 البلوغ للزّواج، وجعل الزّواج قبل ذلك باطلاً، وفي الفقرة (ب) منع زواج المجانين والمعاتيه دون أخذ إذن مِنَ المحكمة[2].

وفيما عدا ذلك، فإنّ القضاء المصري فيما يخصّ الولاية، يعمل بمقتضى مذهب أبي حنيفة، وهذا ما ورد في نصّ المادّة الثّالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصيّة: ((تَصْدُرُ الأَحْكَامُ طِبْقًا لِقَوَانِينِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ وَالوَقْفِ المَعْمُولِ بهَا، وَيُعْمَلُ فِيمَا لَمْ يَرِدْ بِشَأْنِهِ نصّ فِي تلْكَ القَوَانِينِ بِأَرْجَحِ الأَقْوَال مِنْ مَذْهَبِ الإِمَامِ أَبي حَنِيفَةَ)).

وهذا يعني ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة والمجنونة والمعتوهة، غير أن هذا مقيّد بما أوردناه في نصّ المادّة 17 من القانون نفسه، والذي يجعل الدّعاوى النّاشئة عن العلاقة الزّوجية لا تُسمع إذا كانت الزّوجة تقل في عمرها عن السادسة عشر وقت رفع الدعوى.

وبالنّسبة للأقباط الأرثوذكس، فلا مجال للقول بولاية الإجبار عندهم، إذ يشترط أنْ يتمّ الزّواج بتراضي الزّوجين، وإنْ حدث أنْ أُكرِه أحدهما أو كلاهما على الزّواج كان العقد قابلا للإبطال بموجب نصّ المادّة 26 من مجموعة الأقباط الأرثوذكس. وهذا الإكراه يجب أن يتخذ شكلا ماديًّا أو معنويا، على أنّ خشية النّفوذ الأدبي للوالدين ليست من قبيل الإكراه، كأن يهدد الأب ابنته بأنها ستفقد حبه لها إذا لم تتزوّج بشخص ما. أمّا التهديد الذي يتمّ من إحدى الأسرتين للأخرى فهو من قبيل الإكراه المبطل للعقد[3].

---

(1) – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، هامش الصفحة 126.

(2) – نصّت المادة 19 على الآتي: «أ- يُشْتَرَطُ فِي أَهْلِيَةِ الزَّوَاجِ البُلُوغُ، فَيَبْطُلُ زَوَاجُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ قَبْلَ البُلُوغِ». انظر في ذلك: الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص147- 148.

(3) – انظر في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص231- 233.

ب- **ولاية الإجبار في القانون الكويتي**:

صدر قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي بموجب القانون رقم 51 لسنة 1984، واشترط للزّواج العقل والبلوغ في نصّ المادّة 24 فقرة (أ)، وأن تُتِّمَ المرأة الخامس عشرة من عمرها، فإنْ لم تبلغ تلك السّن فلا يكون العقد باطلا وإنّما يمنع توثيق العقد. على أن اشتراط بلوغ هذه السّن ليس وقت العقد بل وقت توثيقه، طبقا لنصّ المادّة 26، وهذا ويعني أنّه يمكن تزويج المرأة قبل تلك السّن، ويكون الزّواج صحيحًا.

والمشرّع الكويتي لم يذكر ولاية الإجبار صراحة في النّصوص التي أوردها، بل يظهر من خلالها أنّه لم يأخذ بها، فقد أورد في نصّ المادّة 29، أنّه يشترط اجتماع رأي الوليّ والمولّى عليها، وهذا بالنّسبة إلى البكر التي يتراوح عمرها بين البلوغ وبين الخامسة والعشرين، غير أنّنا نصطدم بخلاف ذلك عند رجوعنا إلى المذكّرة الإيضاحيّة لمشروع القانون، حيث جاء فيها: ((يَجْرِي العَمَلُ الآنَ عَلَى أَنَّ الأَبَ الرَّشِيدَ لَهُ وِلاَيَةُ التَّزْوِيجِ جَبْرًا عَلَى بِنْتِهِ البِكْرِ البَالِغَةِ، وَلَوْ كَانَتْ عَانِسًا بَلَغَت سِتِّينَ سَنَة أَوْ أَكْثَرَ ... لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَبِدُونِ رِضَاهَا رَجُلاً أَعْمَى، أَوْ قَبِيحَ المَنْظَرِ، أَوْ أَقَلَّ حَالاً أَوْ مَالاً مِنْهَا، أَوْ بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَلَوْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا قِنْطَارًا..)).

ويظهر جليًّا من هذا القول أنّ ما كان العمل به قبل صدور قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1984، هو قول المالكيّة بإجبار المرأة البكر، صغيرة كانت أم كبيرة، ولكنْ لأسباب موضوعيّة رأى المشرّع الكويتي العدول عن هذا الرّأي والتّحوّل إلى القول بولاية الاختيار.

والمجنونة والمعتوهة أيضا لا تزوّج جبرًا عنها، غير أنّ للقاضي أن يأذن بتزويجها إذا ثبت بتقرير طبّي أنّ زواجها يفيد في شفائها، شرط أن يقبل الزّوج بحالها، وهذا ما نصّت عليه المادّة 24 من هذا القانون.

أمّا الثّيِّب أو التي بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، فلا محلّ للحديث عن ولاية الإجبار بالنّسبة إليهما، فقد نصت المادّة 30 من قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي على أن

الرأي لها في زواجها.

ج- **ولاية الإجبار في القانون السوداني**:

مرّ السودان – قبل تقسيمه – بمراحل أربع فيما يتعلّق بولاية الزّواج[1]؛ ابتدأت المرحلة الأولى سنة 1902م، حيث ساد فيها المذهب الحنفي الذي يجعل الولاية على المرأة البالغة العاقلة ولاية استحباب، ثمّ جاءت بعدها المرحلة الثّانية عام 1932م، حيث ساد فيها المذهب المالكي، وبهذا الصّدد صدر المنشور رقم 35 يطلب من المحاكم التقيّد بالمذهب المالكي، وأضحت على المرأة ولاية الإجبار، فلا يصحّ لها أنْ تستقلّ بتزويج نفسها ولو كانت مَلِكَةً، وكان للأب أن يجبر ابنته البكر البالغة على الزّواج حتّى من رجل غير كفءٍ لها أو دون مهر المثل، أو لقبيح منظر. كما كان لوصي الأب، بمقتضى نصّ المادّة 8 من المنشور السابق، أنْ يُجبِر المرأة بشرط أنْ لا يزوّجها بفاسقٍ أو بمهر أقل من مهر المثل.

ويتعدّى الإجبار إلى البكر العانس التي لم تبلغ من عمرها ثلاثًا وثلاثين سنة، طبقًا لنصّ المادّة 3 من المنشور، أمّا التي بلغت هذه السّن فلا جبر عليها. والثّيِّب البالغة التي ثُيِّبَتْ بعارضٍ أو غَصْبٍ، أو التي ظهر فسادها، والمجنونة جنونا مُطْبِقًا، كُلُّهُنّ محلّ إجبار، أمّا التي تفيق فينتظر إفاقتها إن كانت ثيّبا بالغًا.

أمّا الحقبة الثّالثة، والتي بدأت من 1960م، أي من وقت صدور المنشور رقم 54 بتاريخ 05/28/ 1960، الذي ألغى العمل بالمنشور رقم 35، فلم يعد فيها محلّ لولاية الإجبار على المرأة البالغة بكرا كانت أم ثيِّبًا بل لا بدّ للوليّ من أخذ إذنها، وهو ما نصّت عليه المادّة السّابعة من المنشور.

وفي مرحلة صدور القانون السّوداني للمسلمين سنة 1991، لم يتطرّق أيضًا إلى ولاية الإجبار في الزّواج؛ فالمرأة المجنونة أو المعتوهة، يعقد زواجها أبوها بعد إذنٍ من القاضي إذا

(1) – انظر في تفصيل ذلك: معتصم عبد الله الجاك، الولاية على النفس في قانون الأحوال الشخصيّة السوداني 1902– 1991م. بحث منشور في موقع الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية: http://sjsudan.org

رأى مصلحةً راجحةً في ذلك، وكذلك المرأة المميّزة التي بلغت من عمرها عشر سنوات، إذا كان في زواجها مصلحة راجحة لها وكان الزّوج كفؤًا، والمهر مهر المثل، وهذا هو مقتضى نصّ المادّة 40. أمّا نصّ المادّة 41 فتطرّق إلى زواج المحجور عليها لسفه، حيث أوجب أنْ يكون مهرها ملائمًا لحالتها المادّيّة حتّى يصحّ الزّواج[1].

ثانيا: التشريعات التي أخذت بولاية الإجبار على فئة معينة

أ- **ولاية الإجبار في القانون الأردني:**

إنّ قانون الأحوال الشخصيّة الأردني الصّادر سنة 1976 مثل نظيره الفلسطيني[2]، حيث لم يأخذ بولاية الإجبار في تزويج المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، بكرًا أم ثيّبًا؛ فبعد أنْ حدّد السّن القانونية لزواج المرأة في نصّ المادّة الخامسة، بخمس عشرة عامًا، أعطى للبكر الحقّ في الزّواج بإذن من القاضي إذا منعها أحد الأولياء من الزّواج، وهذا ما نصّت عليه المادّة 6 من هذا التقنين[3].

فهذا النصّ وإنْ كان المقصود منه حالة العضل، إلاّ أنّه يفهم منه أنْ ليس للمرأة البكر تولّي عقد زواجها بل يزوّجها وليّها، فله سلطة في تزويجها وإنْ كانت محدودة، وتظهر هذه السّلطة أكثر في الفقرة (ب) من نصّ المادّة السّادسة من القانون نفسه، حيث لا يُنْظَرُ في طلب البكر التي رفعت أمرها إلى القضاء بشأن الزّواج إن كان من عضلها هو الأب أو الجد، إلاّ إذا بلغت من العمر ثمان عشرة عاما.

هذا بالنّسبة إلى البكر، أمّا الثّيِّب فإنّ القانون الأردني لم يجعل عليها لا ولاية إجبار ولا ولاية اختيار، حيث نصّ في المادّة 13 منه على أنّه لا تشترط موافقة الوليّ في زواج المرأة الثّيِّب العاقلة متى بلغت من العمر ثمان عشرة سنة، ونرجئ الكلام عنها إلى حين دراسة ولاية الاختيار.

(1) – وهو ما نص القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 10.

(2) – التشريع الفلسطيني رقم 61 لسنة 1976 مطابق للتشريع الأردني تماما؛ لذا لا داعي لتكرار الكلام فيه.

(3) – سنفصل المسألة فيما يتعلق بهذا الأمر عند كلامنا عن العضل.

أمّا المجنونة والمعتوهة؛ فإنّه قبل صدور قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1976، أي في ظلّ قانون حقوق العائلة رقم 92 لسنة 1951، كانت تقع عليها ولاية الإجبار، والمجبر ليس الأب ولا الجدّ، بل هو الحاكم[1]. وبعد إلغاء هذا القانون بموجب نصّ المادّة 187 من قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1976، لم يعد هناك محل لولاية الإجبار على المجنونة والمعتوهة معًا، ولكن يمكن تزويجهما إذا رفع أمرهما إلى القاضي، ورأى بأن في زواجهما مصلحة لهما بتقرير طبّي بذلك، وهذا ما نصّت عليه المادّة الثّامنة من هذا القانون.

ونُشير إلى أنّ جبر المرأة على الزّواج يجعل العقد فاسدا، طبقًا نصّ المادة 3/34، فلا يرتب أي أثر إن لم يتم الدخول بالمرأة، أما إن تم الدخول، فإنّه يلزم به المهر والعدة، ويثبت به النّسب وحرمة المصاهرة، دون بقية الآثار، كالإرث والنفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 42.

ب- **ولاية الإجبار في القانون العراقي**:

لم يَرِدْ نصّ صريح في القانون العراقي على ولاية الإجبار إلاّ ما تعلّق بزواج المريض مرضًا عقليًّا، حيث جاء في نصّ المادّة 2/8: ((لِلْقَاضِي أَنْ يَأْذَنَ بِزَوَاجِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ المَرِيضِ عَقْلِيًّا إِذَا ثَبَتَ بِتَقْرِيرٍ طِبِّيٍّ أَنَّ زَوَاجَهُ لاَ يَضُرُّ بِالمُجْتَمَعِ، وَأَنَّهُ فِي مَصْلَحَتِهِ الشَّخْصِيَّةِ إِذَا قَبِلَ الزَّوْجُ الآخَرُ الزَّوَاجَ قَبُولاً صَرِيحًا)).

وقد اختُلِفَ في تفسير المقصود بهذا النصّ، هل يتضمّن ولاية الإجبار أم ولاية الاختيار؛ فقال الشّيخ محمّد أبو زهرة[2] بأنّها ولاية إجبار، بينما قال الأستاذ الأكحل بن حواء[3] إنّها ولاية اختيارية، وعلّق قائلا بأنّه لا يستقيم أنْ يستند الشّيخ أبو زهرة على عبارة واحدة

(1) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص155.
غير أنّ الشيخ محمد أبو زهرة قال بأنّ ولاية الإجبار هنا تكون للأولياء المنصوص عليهم في القانون الأردني، وهم حسب نصّ المادّة السابعة، العصبة بالنفس على الترتيب المبين في مذهب أبي حنيفة.
انظر: محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص177.
(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص176.
(3) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص152-153.

وهي: «للقاضي أن يأذن...»، فيجعل الولاية اختيارية بالنّسبة إلى المراهقة[1]، وولاية إجبار بالنّسبة إلى المريضة مرضًا عقليًّا، واللاَّمُ في كلمة «للقاضي» تقتضي الاختيار بعكس لو قلنا «على القاضي».

وتقديري أنّها أقرب إلى ولاية الإجبار منها إلى ولاية الاختيار؛ لأن ما قاله الأستاذ الأكحل بن حواء غير سليم من وجهين: أوّلهما أنّ الشّيخ «أبو زهرة» لمّا قال بولاية الاختيار على المراهقة لم يستند إلى عبارة «للقاضي أنْ يأذن» بل إلى عبارة «إذا ادّعى المراهق أو المراهقة»، وادّعاء المراهقة يعني أنّها أعربت عن نفسها إزاء الزّواج، ولما كانت قاصرة احتاجت إلى إذنٍ من القاضي وموافقةٍ من الوليّ، ولهذا فالولاية هنا هي ولاية اختيار. بخلاف المريضة مرضًا عقليًّا التي لا اعتبار لقولها، فيُنْفِذُ القاضي زواجها دون النّظر إلى رأيها.

والوجه الثّاني، صحيحٌ أنّ حرف اللاّم يفيد الجواز والتّخيير، وحرف «على» يفيد الوجوب والإجبار، ولكنّهما يعودان على القاضي وليس على المرأة المراد تزويجها، فلا يفيدان شيئًا في الإجبار أو في الاختيار لها.

ج- ولاية الإجبار في القانون اليمني:

بالنّظر إلى نصّ قانون الأحوال الشخصيّة اليمني لاسيما نصّ المادّة 15 منه، يتّضح أنّ للوليّ أنْ يعقد زواج موليّته الصّغيرة، ولكن ليس للزّوج الدّخول بها إلاّ إنْ كانت صالحة للوطء، وقد أشار نصّ المادّة 127 إلى أن المرأة تعدّ بالغةً إذا ادّعت الاحتلام واحْتُمِلَ ذلك منها، مع بلوغها تسع سنوات فما فوق.

ومعلوم أنّ عبارة الصّغيرة غير معتبرة، وهذا يعني أنّ ولاية الإجبار موجودة في التشريع اليمني- رغم أن نصّ المادّة 10 يمنع إكراه الزّوجين على الزّواج - ولكنّها على الصّغيرة

(1) – احتوى نصّ المادّة 9 القديم على حكم يتعلق بالمراهقين الذين بلغوا السادس عشرة من العمر، وجعل زواجهم مرتبطا بموافقة الوليّ وإذن القاضي، لكنه عُدِّلَ بعض الشيء في اللفظ وفي السن، وَجُعِلَ في نصّ المادّة 8.

دون الكبيرة[1].

د- **ولاية الإجبار في القانون الإماراتي**:

نصّ المشرّع الإماراتي على شرط الوليّ في عدّة نصوص لاسيما نصوص المواد 32-34، التي تتعلّق بتعريفه وذكر شروطه، وانتقال الولاية إلى من يليه في القرابة في حالة الغياب، ونص المادّة 38 الذي يحدّد أركان العقد ويجعل من بينها العاقدين، الزّوج والوليّ.

غير أنّ هذه الولاية ليست ولاية إجبار - حسب ما يظهر من مجموع النّصوص - إلاّ بالنّسبة للمجنونة والمعتوهة، حيث يمكن لوليّها أنْ يزوّجها، ولكن بشرط أخذ إذن القاضي، وتوافر الشّروط المذكورة سابقا في القانون اللّيبي. كما لا تزوّج من لم تبلغ الثّامن عشرة من العمر إلاّ بإذن من القاضي، وفقًا لنصّ المادّة 2/30، أمّا المرأة البالغة العاقلة فلا جبر عليها.

ثالثا: التشريعات التي لم تأخذ بولاية الإجبار

أ- **ولاية الإجبار في القانون السوري**:

لم يأخذ المشرّع السّوري في قانون الأحوال الشخصيّة الصادر بموجب المرسوم التّشريعي رقم 59 الصّادر بتاريخ 1953/09/17، بولاية الإجبار، لا على الصغار ولا على الكبار، ولا على فاقدي الأهليّة، اعتمادًا على مبدأ الاستصلاح، وهذا أخذًا برأي ابن شبرمة ومن وافقه[2].

فقد اشترط في نصّ المادّة 16 توافر أهلية الزّواج في الزوجين، وهي بلوغ الذكر ثمانية عشر سنة، والأنثى سبعة عشر[3]، فإذا بلغت الفتاة تلك السن فليس عليها ولاية

(1) – يلاحظ أن نصّ المادّة 15 قبل تعديلها بموجب القانون رقم 27 لسنة 1998 كان يمنع الزّواج قبل بلوغ الخامس عشرة سنة، ويرتب عليه عدم صحّة الزّواج.

(2) – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص184.

(3) – سنّ الرّشد في القانون المدني السوري بالنّسبة للمرأة يختلف عنه في قانون الأحوال الشخصيّة، فهو 18 عاما في التقنين المدني في نصّ المادّة 46 منه، و17 عاما في تقنين الأحوال الشخصيّة.

إجبار ولا حتّى ولاية اختيار، حيث نصت المادّة 27 على أنّ للوليّ فسخ عقد الزّواج في حالة واحدة، هي تزويج موليّته لنفسها دون موافقته مع كون الزّوج غير كفءٍ لها، ويضاف شرط آخر زاده نصّ المادّة 30، وهو عدم حمل المرأة من الزّوج.

أمّا قبل أن تبلغ المرأة السابعة عشر من عمرها، فإنها تمرّ بمرحلتين: مرحلة الصّغر، وهي قبل أن تبلغ ثلاث عشرة عاما، وهنا لا يجوز بحال تزويجها. ثمّ مرحلة المراهقة، وهي حين تبلغ هذه السن؛ فإن ادّعت البلوغ الطّبيعي وطلبت الزّواج، كان للقاضي أن يأذن لها بالزّواج بعد التّأكد من قدرتها على متطلّباته، وهذا مضمون نصّ الفقرة الأولى من المادّة 18، غير أنّ إذن القاضي ليس كافيًا إذا كان لهذه الفتاة أبٌ أو جدٌّ، حيث اشترطت الفقرة الثّانية أخذ موافقتهما، أمّا غيرهما من الأولياء فلا يتوجّب أخذ الموافقة منهم بالزّواج.

وهذا النّص وإنْ أعطى نوعًا من السّلطة للأب والجدّ في تزويج المرأة المراهقة، إلاّ أنّه لم يمنح لهما ولاية الإجبار، وبالتّالي فلا مكان كما قلنا لولاية الإجبار في القانون السّوري ليس فقط على المرأة الكبيرة والمرأة الصغيرة، بل وعلى المجنونة والمعتوهة أيضا، حيث يفهم من نصّ الفقرة الثّانية من المادّة 15 أنّ زواجها غير صحيح إلاّ بشروط هي:

1- أن يثبُت بتقريرٍ من أطبّاء الأمراض العقليّة أن زواجها مفيدٌ في علاجها من الجنون أو العته.
2- أن يأذن القاضي بذلك بعد النّظر في هذا التّقرير.

فيلاحظ مِنْ خلال هذا النّص أنّ الوليّ ليس له محلٌ هنا في تزويج المجنونة أو المعتوهة، إلاّ ما يتعلق برفع أمرها إلى القضاء، ويلاحظ أيضًا أنّ إذن القاضي بالزّواج مسألة جوازيّة، فله أن يأذن به وله أن يمتنع حتّى بعد ثبوت فائدة الزّواج لها بتقرير طبّي.

ب- **ولاية الإجبار في القانون القطري**:

نص المشرع القطري في المادة 11 من تقنين الأسرة على أن الإيجاب والقبول ركن في عقد الزّواج، كما نص في المادة التي تليها على أن الولي شرط لصحة هذا العقد، ونص في

المادة 28 على أن زواج المرأة يتولاه وليها، ولكن برضاها، وهذا يعني أن لا ولاية إجبار على المرأة لعموم النص.

غير أنّ نص المادة 17 يذهب أبعد من ذلك، حين جعل عقد زواج من هي دون سن السادسة عشر لا يوثّق إلاّ إذا توافرت ثلاثة شروط: رضا طرفي العقد، موافقة الولي، وأخذ إذن القاضي المختص.

أمّا زواج المجنونة والمعتوهة، فلا بد فيه، طبقا لنص المادة 15 مِنْ تقنين الأسرة، مِنْ موافقة الوليّ على هذا الزّواج، ورضاء الزّوج به مع علمه بحالة الزوجة، إضافة إلى تأكيد عدم انتقال هذا المرض إلى نسلهما من طرف لجنة مختصة، أي مثل ما اشترطه المشرع الليبي.

أمّا السفيهة التي تم الحجر عليها فلا يقبل طلبها في الزّواج من طرف القاضي إلاّ إذا وافق الولي على هذا الزّواج، وكان المهر ملائما لحالتها المادية، مثلما هو عليه الأمر في القانون السوداني[1].

ج- **ولاية الإجبار في القانون العماني**:

من خلال تتبّع نصوص تقنين الأحوال الشخصيّة في سلطنة عُمَان، يظهر أنّه لم يأخذ بولاية الإجبار بالنّسبة إلى المرأة الرّاشدة؛ فبعد أنْ نصّ في المادّة السّابعة على أنّ اكتمال أهليّة الزّواج يكون بالعقل وإتمام ثمانية عشر سنة مِنَ العمر، ضَمَّنَ نصّ المادّة 19 عبارةً صريحةً تفيد عدم الإجبار، هي: ((يَتَوَلَّى وَلِيُّ المَرْأَةِ عَقْدَ زَوَاجِهَا بِرِضَاهَا)).

فإنْ كانت المرأة ممّن لا يُعتدّ برضاها كما لو كانت مجنونة أو معتوهة، أو ممّن

(1) – نص المادة 41 من تقنين الأحوال الشخصيّة السوداني، ونص المادة 16 من تقنين الأسرة القطري، جاءَا بلفظ «المَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ»، وهو لفظ يشمل الذكور والإناث كما هو معروف في لغة العرب، غير أن سياق الكلام يحمل أكثر على أنّه يخص الذكر دون الأنثى؛ لأنّ مَنْ يدفع المهر هو الذكر لا الأنثى، والحجر هنا للسفه، خشية مِنْ أنْ يغبن بدفع مهر باهظ الثمن مقارنة بحالته المادية، ولا يقال إنّ المهر الذي حصلت عليه المرأة لا يلائم حالتها المادية؛ لأنّها ليست متصرفة بل متصرف إليها.

كان رضاها معيبًا لسفه أو ما شابه، فإنّ وليّها هو من يبرم عقد زواجها ولكن بإذنٍ من القاضي، وهذا ما نصّت عليه المادّتان التّاسعة والعاشرة من هذا القانون.

والمجنونة أو المعتوهة يتعين على القاضي - طبقا لنصّ المادة 8- أنْ يتأكد مِنْ توافر بعض الأمور في حقهما، هي:

1- قبول الطّرف الثّاني - وهو الزّوج- بالزّواج مع علمه بحالتها.
2- التّأكد من أنّ هذا المرض لا ينتقل إلى الأبناء.
3- التّأكد من وجود مصلحة من زواج هذه المرأة المجنونة أو المعتوهة.

أمّا المرأة السّفيهة التي تمّ الحجر عليها، فإنّه طبقًا لنصّ المادّة التّاسعة، على القاضي أن يتأكّد من أنّ الصداق يلائم حالتها المادّية. وقد سبق وتطرّقنا إلى هذه الشّروط ونقدها عند دراسة القانون اللّيبي.

ويظهر لنا في نهاية دراسة ولاية الإجبار، أنّه لا يجوز دفع المرأة إلى الزّواج ممن لا ترغب به، بل لا بدّ من أخذ إذنها وموافقتها؛ لأنّ هذا ما يتوافق مع الأدلّة الشرعيّة[1]. وقد أخذت جلّ التشريعات العربية بذلك.

ولا أحسن مقالا في هذا ممّا ذكره ابن القيم حين قال: ((فَإِنَّ البِكْرَ البَالِغَةَ العَاقِلَةَ الرَّشِيدَةَ لاَ يَتَصَرَّفُ أَبُوهَا فِي أَقَلِّ شَيْءٍ مِنْ مَالِهَا إلاّ بِرِضَاهَا، وَلاَ يُجْبِرُهَا عَلَى إِخْرَاجِ اليَسِيرِ مِنْهُ بِدُونِ رِضَاهَا، فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُرِقَّهَا، وَيُخْرِجَ بُضْعَهَا[*] مِنْهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا إِلَى

(1) – إن الأدلة الشرعيّة التي تنفي ولاية الإجبار قويّة ولا مناص من الأخذ بها، وقد أوردها الحنفية ومن وافقهم للاستدلال على صحّة ولاية المرأة على نفسها، لكنها لا تنهض – كما سنرى في الباب الثاني– دليلا كافيا على ذلك، وإنما دليلا على ولاية الاختيار.
وفي هذا، خرج البيان الختامي للدورة العادية الرابع عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة بمقر الأمانة العامة بدبلن في الفترة من: 14 محرم 1426 إلى 18 منه، الموافق 23 فبراير 2005م إلى 27 منه؛ بالقرار 4/14 جاء فيه: ((إِنَّ القَوْلَ الذِّي يَجِبُ المَصِيرُ إِلَيْهِ وَالعَمَلُ بِهِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الآبَاءِ أَو الأَوْلِيَاءِ اِسْتِئْمَارُ البِنْتِ فِي أَمْرِ زَوَاجِهَا، فَإِنْ وَافَقَتْ عَلَيْهِ صَحَّ العَقْدُ، وَإِلاَّ فَلاَ...)).
http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=282
* البُضْعُ والبَضْعُ بمعنى: الشَّقُّ، وَالتَقْطِيعُ. ويطلق مجازًا على التَّزَوُّجِ وَالمُجَامَعَةِ. كما يطلق البضع على الفَرْجِ نَفْسُه. وقيل: المَهْرُ. انظر: الزبيدي، تاج العروس، ج20، ص330-332.

مَنْ يُرِيدُهُ هُوَ، وَهِيَ مِنْ أَكْرَهِ النّاس فِيهِ، وَهُوَ مِنْ أَبْغَضِ شَيْءٍ إِلَيْهَا؟... وَمَعْلُومٌ أَنَّ إِخْرَاجَ مَالِهَا كُلِّهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا أَسْهَلُ عَلَيْهَا مِنْ تَزْوِيجِهَا بِمَنْ لاَ تَخْتَارُهُ بِغَيْرِ رِضَاهَا))[1].

فولاية الاختيار هي ما يحقّق المصلحة العامّة، والتّرابط الأسري بين الوليّ والمرأة التي تكون تحت ولايته، والمودّة والرّحمة، ودوام العشرة، بين الزّوجين؛ ولهذا أَفْرَدْنَا المبحث الثّاني لدراستها بشيء من التّفصيل.

(1) – ابن القيم، زاد المعاد، ص947– 448.

المبحث الثاني

ولاية الاختيار في الزّواج

تسمّى ولاية الاختيار ولاية ندب واستحباب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، وزفر والحسن، وعند الشّيعة الإماميّة، وتكون على المرأة البالغة العاقلة، بكرا كانت أم ثيِّبًا، وتسمّى أيضا ولاية شركة، وهذا عند أبي يوسف في القول الثّاني، محمد بن الحسن، والشّافعي، وتكون على الثّيِّب البالغة العاقلة[1].

وسمّيت بولاية الاختيار؛ لأنّ المرأة لا تنفرد فيها بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليّها في اختيار زوجها، ثمّ يتولّى صيغة العقد بعد أنْ اتّفق معها على الزّوج. وسميت بولاية شركة؛ لأنّه ليس لوليّها أنْ يجبرها على الزّواج أو ينفرد لوحده بإبرام العقد، كما ليس لها أنْ تنفرد وحدها بذلك، بل لا بدّ أنْ تلتقي إرادة كلٍّ مِنَ الوليّ والمولّى عليها ويشتركا في اختيار الزّوج[2].

أمّا معنى ولاية النّدب والاستحباب، فهو إمكان تزويج المرأة نفسها حقيقةً وعجزها عنه ندْبا واستحبابًا، بسبب أنّ عقد الزّواج يحتاج إلى الخروج لِمَحْفَلِ الرّجال، وخروج المرأة إليه يعتبر عيبًا بالعادة[3]. ولا يعدو الوليّ في هذه الحالة أنْ يكون وكيلاً عنها، وإنّما سمّي وليًّا لقرابته بها[4].

وقد عُرِّفَت ولاية الاختيار بأنها: ((سُلْطَةٌ ثَابِتَةٌ شَرْعًا لِلْوَلِيِّ، تُخَوِّلُهُ تَزْوِيجَ المُوَلَّى عَلَيْهَا

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص241– 242؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص157؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص246؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص334؛ حسن علي الشاذلي، الولاية على النفس، ص316.

(2) – أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص108؛ محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، ص154؛ بلال حامد إبراهيم، المرجع السابق، ص932.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242.

(4) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص26. نقلا عن: أحمد الحصري، الأحوال الشخصيّة، ص1.

بَعْدَ مُوَافَقَتِهَا وَرِضَاهَا بِالكَلاَمِ الصَّرِيحِ))[1].

هذا التّعريف وإنْ كان يتعلق بولاية الاختيار كما هي عند الفقهاء إلاّ أنّه غير دقيق؛ لأن المرأة التي تَثْبُتُ عليها ولاية الاختيار ليست فقط الثّيِّب البالغة العاقلة بل كذلك البكر، وإنْ كان يجب على الثّيِّب أنْ تُعْرِبَ صراحةً عن رأيها من الزّواج، فإنّ البكر يؤخذ رأيها كذلك، ولكن يكفي فيها الصّمت.

كما أنّ الولاية قد تكون ثابتةً بسلطة شرعيّة كما هو الحال في الأب والجدّ والأخ... وقد تكون ثابتةً بإذنٍ شرعيّ كما هو الحال في وصيّ الأب أو الجدّ.

وعلى هذا يمكننا تعريف ولاية الاختيار بأنّها: ((سُلْطَةٌ، أَوْ إِذْنٌ شَرْعِيٌّ لِلْوَلِيِّ، يَحِقُّ لَهُ مِنْ خِلاَلِهَا تَزْوِيجُ مَنْ هِيَ تَحْتَ وِلاَيَتِهِ بَعْدَ أَخْذِ مُوَافَقَتِهَا الصَّرِيحَةَ إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، أَوْ الضِّمْنِيَّةَ إِنْ كَانَتْ بِكْرًا)).

وولاية الاختيار التي نقصدها هنا هي التي تقتضي وجوب وجود الوليّ ورضاه، وليست الولاية التي تقتضي استحباب وجوده كما هو الأمر عند أبي حنيفة؛ لأن بينهما اختلافًا. ففي ولاية الاختيار، العقد لا يتم بعبارة المرأة بل بعبارة وليّها، بخلاف ولاية الاستحباب، فإذا تمّ بعبارة المرأة كان في الأولى باطلا (أو فاسدا)، أمّا في الثّانية فلا يكون للوليّ إلاّ الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤًا أو لم يكن المَهرُ مَهرَ المثل (في المُفْتَى به عند الحنفية)[2].

المطلب الأول

ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي

إذا كانت ولاية الاختيار على المرأة تقتضي أنّ رأيها معتبرٌ في قبول أو رفض الزّوج الذي اختاره الوليّ كأصل عامٍّ، فإنّها ليست على نفس المستوى أو الدّرجة في كلٍّ من

(1) – الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص48.

(2) – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص153.

الفقه الإسلامي والقانون، لاسيما في الفقه الحنفي، والقانون الجزائري والمغربي والتّونسي؛ ولهذا السّبب سنفصّل الأمر فيها بدايةً في الفقه الإسلامي بتعدّد بمذاهبه كونه المرجع، ثمّ نليه بدراسة قانونية في التّشريعات العربيّة المختلفة.

الفرع الأول

ولاية الاختيار في المذاهب الأربعة

نقصد بالمذاهب الأربعة كما أشرنا في مقدّمة الرسالة؛ المذهب الحنفي، المالكي، والشافعي، والمذهب الحنبلي، على التّرتيب.

وقد أجمع الفقه بمختلف مذاهبه على أن الثّيّب البالغة العاقلة تكون محلاً لولاية الاختيار[1]، في حين اختلفوا في غيرها على النحو الآتي بيانه.

أولا: ولاية الاختيار عند الحنفيّة

يعتبر رِضَا المرأة البالغة العاقلة عند الحنفيّة شرطَ جوازٍ أو نفاذٍ، فإذا زُوِّجت من غير رضاها توّقف العقد إلى حين إجازته من طرفها، فإنْ أجازته جاز، وإن ردّته بطل[2].

أ- الوجه الذي يعتد به في رضاء المرأة الثيب:

فرّق الحنفيّة[1] بين ما يعرف به رضاء المرأة حال كونها ثيِّبًا أو بكرًا؛ فإنْ كانت المرأة ثيِّبًا، فَرِضَاهَا يُعْرَفُ إمّا بالقول الصّريح، لحديث النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «الثَّيِّبُ تُسْتَأْمَرُ

(1) – انظر في هذا الإجماع: ابن المنذر، الإجماع، ص102؛ الإشراف على مذاهب العلماء، ج5، ص18؛ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ- 1967م، ج19، ص318؛ يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1421هـ-2000م، ج9، ص182؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص406.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242.

فِي نَفْسِهَا»[2]، وقوله: «الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا»[3]. وإمّا بالفِعل، وذلك كالمطالبة بالمهر والنّفقة، أو بالتّمكين من نفسها، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنْ وَطِئَكِ فَلاَ خِيَارَ لَكِ»[4].

ب- **كيفية تعبير البكر عن رضاها:**

إنْ كانت المرأة بكرًا، زدنا على الحالتين السابقتين حالة السكوت، استحسانًا لا قياسًا[5]، لِمَا ورد عن عائشة أنها سألت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242– 243؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص119 وما بعدها؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص34 وما بعدها؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص118– 120؛ عبد الرحمن الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490– 493؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص256 وما بعدها.

(2) – رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج7، ص209، حديث رقم 7398. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ ج9، ص226، حديث رقم 9459. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج3، ص269، حديث رقم3111.

(3) – رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج13، ص473- 474، حديث رقم17652. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ ابن ماجه، السنن، ص326، حديث رقم 1872. قال الألباني: «صحيح»؛ الطبراني، المعجم الكبير، ج17، ص108، حديث رقم 264؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص123؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص234، حديث رقم 1836. وقال: «صحيح».

(4) – رواه أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1415هـ- 1994م، ج11، ص200– 201، حديث رقم 4385. قال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف جدا، فمحمد بن إبراهيم منكر الحديث، وكذبه ابن حبان والدارقطني؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص225. وقال: «تفرد به محمد بن إبراهيم»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص449، حديث رقم 3775؛ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف ياسر بن إبراهيم، دار الوطن، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1422هـ – 2001م، ج6، ص2796، حديث رقم 11308. قال: تفرد به محمد وهو كذّاب.

وورد بلفظ: «إِنْ قَرِبَكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ». رواه: أبو داود، السنن، ص389، حديث رقم 2236. قال الألباني: «ضعيف»؛ أبو داود السنن، تحقيق وضبط: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 1430هـ– 2009م، ص551، هامش رقم1، قال المحققون: «صحيح لغيره»؛ الطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج11، ص201. قال شعيب الأرنؤوط: روى هذا الحديث أبو جعفر بثلاثة أسانيد؛ اثنان منها مرسل، والثالث موصول، لكن فيه عنعنة ابن إسحاق؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص225؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص321، حديث رقم 1908. قال: «ضعيف».

(5) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242.

أَبْضَاعِهِنَّ؟ قَال: نَعَمْ. فَقَالَتْ عَائِشَةُ رضي الله عنها : فَإِنَّ البِكْرَ تُسْتَأْمَرُ فَتَسْتَحِي فَتَسْكُتُ، فَقَال صلى الله عليه وسلم : سُكَاتُهَا إِذْنُهَا»[1].

واعتبار سكوت البكر رضًا منها على الزّواج وإقرارًا به راجعٌ إلى أنّها في الغالب تستحي من التّصريح بالإذن في الزّواج، لِمَا فيه من نسبة الوقاحة إليها بسبب ميلها إلى الرّجال، فترجّح جانب اعتبار السّكوت دون جانب الرّفض؛ لأنّها إنْ لم تكن راضيةً بتزويج الوليّ لها لعبّرت عن رفضها، فالحياء مقرونٌ بالإذن دون الرّد.

غير أنّه إذا كان المزوّج أجنبيًّا أو وليًّا غير مُقَدَّم؛ فإنّ السّكوت هنا لا يعتبر رضًا بل رفضًا؛ لأنّه إمّا أنْ يكون تحقيرًا لكلامه أو لا مبالاةً به، وتكون حينها بمثابة الثّيِّب لا بدّ من تصريحها بالإذن قولاً أو فعلاً[2].

كذلك إذا استأذن الوليّ البكر البالغة فضحكت - غير مستهزئة- أو تبسّمت، أو بكت بغير صوتٍ، فإنّ ذلك يعدّ إذنًا منها بالزّواج في المختار من الفتوى[3].

واختُلِفَ في البكاء[4]، فاعتبره أبو يوسف رضاءً؛ لأنّه تعبيرٌ عن شدّة الحياء، وعدّه محمّد بن الحسن رفضًا؛ لأنّه إظهارٌ للكراهة، وقال ابن الهُمام: ننظر في البكاء وفي الضّحك إلى قرائن الأحوال لنرجّح هذا أو ذاك، فإنْ أُشْكِلَ الأمر احْتِيطَ[5]. بمعنى أنّه يرجّح جانب الرفض على القَبُول.

أمّا البكر التّي زالت بكارتها بغير زواجٍ صحيحٍ؛ فإنْ كانت قد زالت بقفزةٍ أو حدّةٍ

---

(1) – سبق تخريجه في الصفحة 117.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242.

(3) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص4؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص120؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص335؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490– 491؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص118؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص256.

(4) – انظر في ذلك: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص243؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص491؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3، ص58؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص118.

(5) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص256.

حيضٍ أو طول تعنيسٍ أو جراحةٍ، فتعتبر كالبكر حقيقةً، وتُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الأبكار، فإنْ زالت البكارة بوطءٍ يَثْبُتُ به النّسب كالوطء في العقد الفاسد أو بشبهة؛ فإنّها تأخذ حكم الثّيِّب. أمّا إنْ زالت بالزّنا، فأبو حنيفةَ يقول بأنّها تأخذ حكم البكر ولو أنّها ثيّبٌ حقيقةً؛ لأن زوال البكارة لم يظهر للنّاس ونطقها يوقع بها الضّرر، بخلاف لو اشتهر منها الزّنا؛ فإنّها تعامل معاملة الثّيِّب بالإجماع، بينما يرى أبو يوسف ومحمد بأنّ من زالت بكارتها تُزَوَّجُ مثل الثّيِّب للحديث النّبوي السّابق[1].

ثانيا: ولاية الاختيار عند المالكيّة

يرى المالكيّة أن المرأة البالغة العاقلة لا بدّ من أخذ إذنها في الزّواج - إذا كان الوليّ غير الأب أو وصيه - بكرًا كانت أم ثيِّبا، فيكفي في البكر الصّمت، وكذلك إنْ بكت أو ضحكت، بينما تُعْرِبُ الثّيِّب عن نفسها إمّا بالقبول أو بالرّفض[2].

وجديرٌ بالذّكر أنّ هناك ستة أصنافٍ من الأبكار يجب فيهن الإعراب عن أنفسهنّ مثلهنّ مثل الثّيِّبات حتّى مع وجود الوليّ المجبر[3]، وهنّ على التوالي:

---

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص244؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص124-125؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص153- 154.

وعجبا للإمام أبي حنيفة رحمه الله، كيف يحتاط لمن زنت، بأنْ جعل زواجها مثل زواج الأبكار، أي أنّ صمتها يكفي لاعتبارها راضية، ولو أوجبنا عليها النطق لظهر للناس بأنّها زانية، فتتضرر من ذلك، فيُحْجِمُ الخاطب عنها، وربما عن أخواتها وقريباتها؛ في حين لا يحتاط لزواج المرأة البالغة العاقلة، ويعطي لها الحق في تزويج نفسها دون وليّها، رغم الضرر الذي سيحدث من جراء ذلك لها ولقريباتها، ولأوليائها، وأسرتها ككل؛ حيث أنّ وصفها بالوقاحة والميل إلى الرجال يجعل الرجل المتقدم إليها يحجم عنها، وإنْ تزوّجها، فإنّه لا يثق فيها، كما أنّ عقدها للزواج دون أوليائها، سيلحق العار بهم، وسيقطع لا محالة العلاقة بينها وبين أوليائها، بل وأقاربها ككل.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص227؛ الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، ج3، ص184-185؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص366- 368؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص64؛ أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994م، ج4، ص227.

(3) - خليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي، المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس، المطبعة السّلطانية، الطبعة الثّانية، باريس، فرنسا، 1272هـ- 1855م، ص81؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص227- 228؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص184- 185؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص64- 65؛ النفرواي، الفواكه الدواني، ج2، ص9- 10.

وهناك من زاد عليهن، البكر اليتيمة المعنّسة. انظر في ذلك: العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص433- 434؛ محمد =

1- البكر التي رشّدها أبوها وأطلق حرّيّتها في التصرّفات الماليّة.

2- البكر التي عضلها وليّها ورُفِع أمرُها إلى الحاكم فزوّجها.

3- البكر المُهْمَلَة التي لا أب لها ولا وصيّ، وكانت من قومٍ لا يزوّجون بالعُرُوض، أو يزوّجون بعَرَض معلوم، فزوّجها وليّها بعرض، أو بعرض غير معلوم(*).

4- البكر الحرّة التي أراد وليّها تزويجها بعبد.

5- البكر التي أراد وليّها تزويجها من ذي عيبٍ، كالأبرص والمجذوم، والمجنون والخصيّ.

6- البكر – غير المُجبَرَة - التي افتِيت(*) عليها بأنْ زوجها وليّها من غير الرّجوع إليها، ثمّ أعلمها بعد ذلك فرضيت، فلا بدّ لها أن تعلن بالقول عن قبولها ليصحّ العقد(1).

ثالثا: ولاية الاختيار عند الشافعية

أ- قصر ولاية الاختيار على الثيب:

تكون ولاية الاختيار عند الشّافعيّة(2) على الثّيِّب دون البكر، سواءٌ كانت صغيرةً

بن أحمد المالكي، شرح ميارة، ج1، ص271.

* العروض هي المَتَاعُ، أي ما عدا الأثمان من دنانير ودراهم. وقيل: هي كل الأمتعة التي لا تكال ولا توزن، ولا تكون حيوانا أوعقارا. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص66.

* الإِفْتِيَاتُ هُوَ: ((الاِسْتِبْدَادُ بِالرَّأْيِ، وَالسَّبْقُ بِفِعْلِ شَيْءٍ دُونَ اسْتِئْذَانِ مَنْ يَجِبُ اسْتِئْذَانُهُ، أَوْ مَنْ هُوَ أَحَقُّ مِنْهُ بِالأَْمْرِ فِيهِ، وَالتَّعَدِّي عَلَى حَقِّ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ)). انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص280.

(1) – يصح عقد المفتات عليها بشروط ستة هي:

– أن يكون رضاها بالقول لا بالصمت.

– أن يكون زمن العقد قريبا من زمن رضاها به.

– ألاّ يسبق رضاها رفض.

– أن تكون المرأة في البلد الذي حصل فيه الافتيات والرضا.

– ألاّ يقر الوليّ وقت العقد بأنه افتات عليها.

– ألاّ يكون قد تم الافتيات على الزوجين معا.

انظر في ذلك: مالك بن أنس، المدونة، مج2، ج4، ص157– 158؛ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1408هـ– 1988م، ج4، ص268؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص228؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص185.

(2) – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص127؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص200– 201؛ الإقناع، ج2، ص250– 251؛ يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، الطبعة الأولى، بيروت، =

أم كبيرةً، فإن كانت صغيرة لم تُزَوَّجْ حتّى تبلغ فيؤخذ إذنها، إلاّ إذا كانت مجنونة فتزوّج للمصلحة، أو أمة فيزوّجها سيّدها؛ ولا يكفي الصّمت بل لا بدّ من قولها.

غير أنّ المرأة قد تفقد عُذْرَتَهَا دون زواج، فإن كان ذلك بوطءٍ حلالٍ أو حرامٍ أو شبهةٍ؛ فإنّها تأخذ حكم الثّيِّب حتّى لو عادت بكارتها، فيَلزَم أخذ إذنها بالقول. أمّا إن كان فقدها بغير وطء كالسّقطة والأصبع وحدّة الطّمث، أو أنّها خُلِقَت دون بكارة؛ فإنّها تأخذ حكم البكر.

ب- **الحالات التي تقتضي أخذ إذن البكر في الزواج:**

ما ذكرناه سابقا لا يعني أنّ المرأة البالغة العاقلة إذا كانت بكرًا لا يؤخذ إذنها في الزّواج بل يجب أخذه في حالات معينة هي[1]:

1- **إذا كان بين المرأة ووليّها عداوة ظاهرة:** ذلك أنّ الوليّ يحتاط لمن هي تحت ولايته خوفًا من العار ونحو ذلك، فإنْ كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له أن يزوّجها إلاّ بموافقتها، وهذه العداوة مقررةٌ في جانب الوليّ وليس في جانب المرأة، فإنْ كانت هي من تعاديه فله أن يجبرها.

2- **إذا كان بينها وبين الزّوج عداوة:** وليس المقصود بالعداوةِ ها هنا، كُره المرأة الذي لا يُؤْثَرُ للزّوج، كأن تكره بُخْلَهُ أو خُلُقَهُ، ذلك أنّ مجرّد الكُره يرتّب كراهة تزويج وليّها لها من ذلك الزّوج.

3- إذا كان الزّوج غير كفءٍ.

4- إذا كان مهرها دون مهر المثل.

5- **إذا كان المهر من غير نقد البلد:** وليس المقصود بذلك العُملة، بل ما هو متعارف في

لبنان، 1426هـ- 2005م، ص375- 376؛ روضة الطالبين، ج5، ص401؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص229-230.

(1) - الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص201؛ الإقناع، ج2، ص251- 252؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص228-229؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص158-160؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص222؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص127.

التّعامل به في ذلك البلد ، وإن كان من العرف التّعامل بغير نقد البلد جاز التّعامل به.

6- **إذا كان الزّوج مُعْسِرًا بمهر المثل أو بحال الصّداق:** وهذا الشّرط ليس داخلاً في الكفاءة، ذلك أنّ الزّوج إذا لم يَكُنْ موسرًا بحال الصّداق فإنّه يعتبر قد بخس الزّوجة حقّها. ومعنى عدم الإعسار أنّ مقدار الصّداق يكون داخلاً في ملكه ولو قرضًا وقت العقد.

7- إذا كان المهر مؤجّلا.

8- **إذا كان الزّوج ممّن تتضرّر معه:** كأن يكون شيخًا هَرِمًا أو أعمى.

9- **إذا كان قد وجب عليها الحجّ:** فيكون زواجها مانعًا لها من إتمامه؛ ذلك أنّه يمكن للزّوج أن يمنعها من أدائه في حينه وهي ترغب في تعجيله دون تأخيره.

وهذه الشّروط منها ما هو متّفق عليه ومنها ما هو مختلفٌ فيه، كما أنّ منها ما هو شرطٌ لصحّة العقد ، ومنها ما هو شرطٌ لجواز مباشرته؛ فالشروط المختلف فيها هي:

شرط الضّرر ووجوب الحجّ وتأجيل الصّداق، وما بقي منها فهو متّفق عليه. أمّا الشّروط التي هي لصحّة العقد[1]، إذا تخلّف أحدها بطل العقد في حال لم يُؤْخَذْ رأي المرأة، فهي: عدم العداوة، كفاءة الزّوج، يساره بمهر المثل أو بحال الصّداق. بينما إذا لم يكن المهر مهر المثل، أو لم يكن حالاًّ ، أو لم يكن من نقد البلد ، فإنّ العقد يصحّ ولكن يأثم صاحبه، أو يصحّ بمهر المثل من نقد البلد[2]؛ لأنّها من شروط الإقدام على العقد لا من شروط صحّته. أما الضّرر للعمى أو الكِبَر، ووجوب الحجّ بحقّ المرأة، فالرّواية فيهما ضعيفة بل هي شاذّة في الثاني[3].

رابعا: ولاية الاختيار عند الحنابلة

يشترك الحنابلة مع المالكيّة في ولاية الاختيار، إذ يُثْبِتُونَها على المرأة البالغة العاقلة

(1) – البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص310؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص201؛ الإقناع، ج2، ص252؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص228– 229.

(2) – المليباري، فتح المعين، ج3، ص310؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1424هـ– 2003م، ج4، ص37.

(3) – الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص228– 229؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص312.

ثيِّبًا كانت أم بكرًا، والبكر المكلّفة يجب أخذ إذنها في الصّحيح أو الأظهر من أقوال الحنابلة[1].

وكذلك الفتاة التي بلغت تسع سنين، إذنُها معتبرٌ في الزّواج، مثلها مثل البالغة في إحدى الرّوايتين، لِمَا ورد عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: «إِذَا بَلَغَتْ الجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ»[2]. أي أنّها في حكم المرأة[3].

ويكفي في إذن البكر السّكوت، فإن نطقتْ كان ذلك أبلغ، وكذلك ضحكها وبكاؤها يعتبران إذنًا منها بالزّواج، أمّا الثّيِّب فيجب عليها النّطق[4]، وهذا مرجعه قول النّبي صلى الله عليه وسلم: «لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حتّى تُسْتَأْمَرَ، وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «أَنْ تَسْكُتَ»[5]. وكذلك المطالبة بالمهر أو النّفقة، والتّمكين من الوطء، تُعَدُّ أيضا رضًا من البكر والثّيِّب على السّواء[6]، أي مثل ما ذكر الحنفية.

وذهاب البكارة بغير وطءٍ، كشدّة الحيض أو الوثبة أو السّقوط، أو بإصبع أو عود ونحوه، لا يعطي للمرأة حكم الثّيِّب بل تبقى في حكم الأبكار. أمّا الموطوءة في نكاح

---

(1) – عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص256؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص157– 158؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص30؛ زاد المعاد، ص947.

(2) – رواه الترمذي، السنن، ص263؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج1، ص199؛ محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، ج5، ص28–29. وقال: «لم يصح، فإنْ صحّ فالمراد به باحتمال [احتمال] الوطء لا صحّة الإذن»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج1، ص199، رقم 185. وقال: «موقوف»؛ ج6، ص229، رقم 1829. وقال: «ضعيف مرفوعا».

(3) – منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تخريج: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، الرياض، السعودية – مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1417هـ، ص513؛ عبد الله بن قدامة، المغني، ج9، ص404؛ الكافي، ج4، ص246– 247؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص99؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص55؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص58؛ المرجع السابق، ج6، 257.

(4) – عبد الله بن قدامة، المغني، ج9، ص407– 409؛ الكافي، ج4، ص247؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص64– 65.

(5) – سبق تخريجه في الصفحة 117.

(6) – ابن قدامة، الكافي، ج4، ص234.

حلال أو حرام أو بشبهة، فتأخذ حكم الثّيِّب ولو عادت بكارتها[1]، أي مثل ما قال به الشافعية.

الفرع الثاني

ولاية الاختيار عند باقي المذاهب

تشترك باقي المذاهب الإسلامية- في عمومها- من ظاهرية وإباضية، وشيعة زيدية وإماميّة، في كون الولاية الواقعة على المرأة البالغة العاقلة، هي ولاية اختيار، ولا جبر عليها من قبل وليها، مع بعض الاختلافات في مسائل تفصيلية نذكرها فيما يأتي.

أولا: ولاية الاختيار عند الظاهرية

ذكر ابن حزم بأنّ المرأة إذا بلغت فلا جبر عليها، بكرًا كانت أم ثيِّبًا، غاية الأمر أنّ البكر لا يصحّ تزويجها إلاّ باجتماع إذنها وإذن وليّها، بينما الثّيِّب لها أنْ تتزوّج بمن شاءت ولو كره وليّها ذلك[2].

غير أنّ القول بأن الثّيِّب تتزوّج بمن شاءت لا يعني في قول ابن حزم كما يروّج له بعض الشراح[3] المدافعين عن حقّ المرأة البالغة في تزويج نفسها دون وليّ بتفسير غير سليم، فنسبوا إليه ما لم يقصده، بل لا بدّ لها مِنْ وليّ، ودليل ذلك أنّه لمّا أورد حديث النّبيّ ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وليّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»[4]. وحديث:

(1) – عبد الله بن قدامة، المغني، ج9، ص410– 411؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص64– 65؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص102– 103؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص57.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص459–462.

(3) – منهم: عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، وهران، الجزائر، 2005م، ص88 و96.

(4) – رواه الشافعي، المسند، مج2، ص1289، حديث رقم 1099، ص1560، حديث رقم 1355. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «حديث صحيح»؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج17، ص312، حديث رقم 24253. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده حسن»؛ الترمذي، السنن، ص259– 260، حديث رقم 1102. قال الألباني: «صحيح»؛ البيهقي، السنن =

«البِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا وَالثَّيِّبُ أَحقّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا»[1]. قال: إنّ الأول عامٌّ في البكر والثّيِّب، والثّاني معناه أنّه لا ينفذ فيها أمره بغير إذنها، ولا تتزوّج إلاّ مَنْ شاءت، فإذا أرادت الزّواج لم يَجُزْ لها إلاّ بإذن وليّها[2].

ومن ثمّ فالقول بالتّفسير الأوّل، منسوب إلى داود بن عليّ الظّاهري لا إلى ابن حزم، حيث أجاز نكاح الثّيِّب من دون وليّ، وقد خالف في ذلك - كما قال ابن عبد البرّ- أصوله في الفقه؛ فقال بالمجمل والمفسّر، مع أنّه لا يقول بهما في أصوله، حيث جعل حديث «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ» مُجْمَلاً، وجعل حديث: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» مُفَسِّرًا له.

كما أنّه يقول بسقوط الخبرين معًا إذا تضادّا، وهذان الخبران متضادّان في الظّاهر، ومع ذلك لم يسقطهما، يضاف إلى ذلك أنّه يقول في أصوله: إذا كان في المسألة قولان فلا سبيل إلى اختراع قول ثالث، ولكنّه مع ذلك أوجد قولاً ثالثًا لم يقل به أحد، ففرّق بين الثّيِّب والبكر في اشترط الوليّ[3].

وبهذا يتضح أنّ مقصود ابن حزم رحمه الله ليس إطلاق أمر الثّيِّب في تزويج نفسها أو تفويض ذلك لمن شاءت، وإنّما لها حرية اختيار الأزواج، حتّى لو كان ذلك مخالفاً لرغبة الوليّ.

ثانيا: ولاية الاختيار عند الإباضية

تكون على البكر التي لم تتزوّج ولو زالت عُذْرَتُهَا بغصب أو غير ذلك، أو خُلِقَت دون بكارة، ولاية اختيار؛ فتستأمر في نفسها ويطلب إذنها، ويكون سكوتها رضًى منها

الكبرى، ج7، ص111. وقال: «إسناده صحيح»؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج6، ص260، حديث رقم 6352؛ الدارمي، السنن، ج3، ص1397، حديث رقم 2230. قال محمد سليم الداراني: «إسناده حسن»؛ الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، مج6، ص197، حديث رقم 4062. قال: «صحيح».

(1) – لم أقف على الحديث بهذا الترتيب، بل بتقديم ذكر الثيب ثم البكر، كما أوردنا سالفا عن الإمام مسلم.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

(3) – انظر في ذلك: ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص48.

بالزّواج بإطلاق. وقيل لا يكون رضاءً إلاّ إذا قيل لها إن سكتِّ فسكوتك رضًى، وهذا حتّى يكون العقد مُلْزِمًا لها. فإن زُوِّجت المرأة ثمّ أنكرت أنّها قد رضيت بالزّواج، بطل العقد حتّى ولو كان المُزوّج هو الأب، إلاّ في قول ابن عباد، فإنّه أمضى العقد الذي يبرمه الأب، وإنْ أجازته جاز[1].

ومرجع ذلك أنّ النّبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ»[2]، وقال كذلك: «اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِن وَأَلحِقُوهُنَّ بِأَهْوَائِهِنّ»[3]. بمعنى اُطْلُبُوا منهنّ الإذن في فروجهنّ بأن تقولوا: هل تريدين الزّواج؟ أو هل تريدين الزّواج بفلان[4]؟

ثالثا: ولاية الاختيار عند الزيدية

إذا كانت المرأة بالغة عاقلة، اُشْتُرِطَ رضاها بالزّواج[5]، بكرًا كانت أو ثيِّبًا، قبل العقد أو بعده، بأن تسكت أو تضحك أو تبكي بكاءً غير مُشْعِرٍ بالحزن والضّجر، أو تهرب من منزل إلى منزل في الدار، بخلاف لو هربت من دار إلى دار، إنْ كانت بكرًا؛ أو بأن تقول رضيت أو أجزت أو أذنت، إن كانت ثيّبًا، فإن قالت سوف أرضى فلا يعدّ هذا قبولاً منها بل وعدًا به.

ويقوم مقام الرّضا - في الثيب - القرائن القويّة على ذلك، كأن تقبض المهر أو تطلبه، أو تتهيّأ للزّواج. غير أنّه إذا صاحب هذه القرائن احتمال أنْ تكون المرأة فعلت ذلك

---

(1) - محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل، ص123- 126.

(2) - سبق تخريجه في الصفحة 118.

(3) - لم أجده بهذا اللفظ في أي من كتب الحديث، واللفظ المعروف لهذا الحديث هو: ««اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ» قِيلَ: فَإِنَّ البِكْرَ تَسْتَحِي وَتَسْكُتُ، قَالَ: «هُوَ إِذْنُهَا»».

رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج17، ص253، حديث رقم 24067، ج18، ص27، حديث رقم 25548. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ النسائي، السنن، ص506، حديث رقم 3266؛ الألباني، التعليقات الحسان، مج6، ص200- 201، حديث رقم 4068؛ محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1413هـ، ج1، ص756، حديث رقم 398. قال الألباني: «صحيح».

(4) - محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل، ص126.

(5) - الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص33- 34؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص57.

خوفًا من وليّها كونه مَهيبًا، فإنّها لا تعدّ قرائن عن رضاها.

ودليل أنّ البكر والثّيِّب تقع عليهما ولاية الاختيار هو قول النّبي ﷺ: «فَإِنْ أَبَتْ فَلاَ إِجْبَارَ عَلَيْهَا»[1]. وأنّه: «رَدَّ نِكَاحَ بَالِغَةٍ شَكَتْ أَنَّ أَبَاهَا أَجْبَرَهَا»[2]. وقوله: «لاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْمَر»، وقوله: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّب أَمْرٌ»[3].

والرّضا هنا هو شرطٌ لنفاذ العقد، وهذا يقتضي أنّ العقد لا يكون ملزمًا لها بل هو موقوفٌ على إذنها، ولها أنْ تردّه.

غير أن الزّيديّة هنا يفرّقون بين كون المرأة بكرًا أو ثيِّبًا؛ فإنْ كانت بكرًا وتقدّم لخطبتها رجل فكرهت ذلك، ثمّ عقد عليها وليّها رغم كراهتها، وعلمت بعد ذلك بالعقد؛ فإنْ سكتت أو ظهر منها ما يدلّ على الرّضاء عُدَّ ذلك قبولا منها وصحّ العقد. وتلحق بها الثّيِّب التي تَثَيَّبَتْ بشدّة الحيض أو بوثبة أو حمل شيء ثقيل، أو أنّها خُلقت دون بكارة، أو ثُيِّبَتْ بزنًا- إلاّ إن تكرّر مرّتين على الأقل- أو بنكاحٍ باطلٍ أو بطريق الغلط. أمّا إنْ

---

(1) – ذكره: أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص57. ولم أقف عليه في كتب الحديث.

(2) – ما وقفت عليه هو باللفظ الآتي: عن ابن عباس رضي الله عنهما «أَنَّ رَسُولَ اللَّه ﷺ رَدَّ نِكَاحَ بَكْرٍ وَثَيِّبٍ أَنْكَحَهُمَا أَبُوهُمَا وَهُمَا كَارِهَتَانِ، فَرَدَّ ﷺ نِكَاحَهُمَا».

رواه الدارقطني، السنن، ج4، ص338، حديث رقم 3563. وقال بأنه مرسل؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص117.

والرواية الصحيحة: «عَنْ خَنْسَاءَ بِنْتِ خِذَامٍ الأَنْصَارِيَّةِ، أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَرَدَّ نِكَاحَهُ». رواه: البخاري، الصحيح، ج7، ص18، ج9، ص20– 21.

وفي رواية: أن المرأة كانت بكرا، فخيّرها النّبي ﷺ.

انظر في ذلك: أحمد بن حنبل، المسند، ج3، ص122، حديث رقم 2469. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص363، حديث رقم 2096؛ ابن ماجه، السنن، ص326، حديث رقم 1875. قال الألباني: «صحيح».

(3) – رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج3، ص341، حديث رقم 3087. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص364، حديث رقم 2100؛ النسائي، السنن، ص505– 506، حديث رقم 3263. قال الألباني: «صحيح»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص347– 348، حديث رقم 3578 – 3579؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118؛ الألباني، التعليقات الحسان، ج6، ص204– 205، حديث رقم 4077.

جاء في سنن النسائي، ص506، حديث رقم 3265: «لاَ تُنْكَحُ الثَّيِّبُ حتّى تُسْتَأْذَنَ، وَلاَ تُنْكَحُ الْبِكْرُ حتّى تُسْتَأْمَرَ». قال الألباني: «صحيح». أما في صحيح البخاري، ج9، ص25: «لاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ، وَلاَ الثَّيِّبُ حتّى تُسْتَأْمَرَ».

كانت ثيّبا بزواج صحيح، أو فاسد ولو مكرهة، كان لا بدّ من نطقها حتّى يصح العقد[1].

رابعا: ولاية الاختيار عند الإمامية

بتصفّح بعض كتب الشّيعة الإماميّة[2]، يظهر لنا أنّ الولاية على المرأة البالغة العاقلة هي إمّا ولاية ندب واستحباب، وإمّا ولاية شركة، وإمّا ولاية إجبار.

فمنهم من جعلها ولاية ندب واستحباب، بحيث إنّ المرأة متى بلغت عاقلة، كان لها أن تزوّج نفسها من دون الرّجوع إلى الوليّ بكرًا كانت أم ثيّبًا، ويكون العقد صحيحًا، فمتى بلغت رشيدةً، ملكت كل عقد حتّى عقد الزّواج.

ومنهم من جعلها ولاية شركة إذا كانت المرأة بكرًا، وكان الوليّ هو الأب أو الجدّ، فإذا أرادت أنْ تتزوّج فعليها أنْ تُشْرِكَ وليّها في ذلك بأخذ إذنه، فلا يجوز لها أنْ تُزوّج نفسها دون الرّجوع إليه، فإنْ فعلتْ كان للأب أو الجدّ أنْ يفسخ العقد، إلاّ إنْ كان عاضلاً لها.

أمّا إنْ كان الوليّ غير الأب أو الجدّ فلا ولاية له على المرأة بالإجماع، بكرًا كانت أم ثيّبًا، فلها أنْ تُزوّج نفسها أو توكل أمرها إلى شخصٍ ينوب عنها[3].

وظاهر الرّوايات[1] أنّ للأب والجد دون سواهما أنْ يجبرا المرأة البكر البالغة على الزّواج، ولكن يستحب لهما أن يستأذناها. أما إن كانت ثيّبًا، فلا تزوّج إلاّ بأخذ إذنها بالنّطق لا بالصّمت.

---

(1) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص33– 34.

(2) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص162– 165؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، الطبعة الأولى، مؤسسة فقه الشيعة– الدار الإسلامية، بيروت، لبنان، 1410هـ– 1990م، ج18، ص162. عن: عبد العزيز بن البراج، المهذب؛ ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، تحقيق: إبراهيم البهادري، مؤسسة الإمام الصادق، الطبعة الأولى، قم، إيران، 1417هـ، ص343–344.

(3) – محمد بن الحسن علي الطوسي، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، 1407هـ، ج4، ص250.

المطلب الثاني

ولاية الاختيار في القانون الوضعي

قلنا سابقًا إنّ التّشريعات العربيّة مالت إلى الأخذ بولاية الاختيار، ولكن مع اختلاف في مداها، حيث هناك من التشريعات التي جعلت الولاية حقا خالصا للمرأة، فهي من تختار الزوج، بل ولها أن تعقد الزّواج بنفسها، كما لها أن تجعل أمرها بيد وليها ليعقد لها بعد اختيارها. ومِنَ التشريعات مَنْ جعل الأمر بينهما، فأعطى للولي حق العقد، وأعطى للمرأة حق الاختيار والإذن بمباشرة العقد مكانها.

وسندرس في هذا المطلب ما جاءت به التّشريعات المغاربية في الفرع الأول، ثم تشريعات الدّول العربيّة الأخرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول

ولاية الاختيار في بلدان المغرب العربي

انقسمت تشريعات بلدان المغرب العربي إلى قسمين: قسم منها يرى أن الولاية حق للمرأة البالغة العاقلة، وكان ذلك في تونس، ثم تلتها المغرب، والقسم الثاني أبقى على حق الوليّ في هذا العقد، مع اعتبار حق المرأة في الاختيار والإذن، وكان ذلك في ليبيا وموريتانيا.

أما المشرع الجزائري فقد تأثر بالاتجاه الذي سارت فيه تونس والمغرب، ولكنه لم يستطع الذهاب بعيدا مثله، فأبقى على حق الولي، ممّا نتج عنه اضطراب في الموقف المتخذ حيال المسألة المطروحة، وهذا ما سنناقشه في نقطتين متواليتين.

(1) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص162.

أولا: التشريعات التي جعلت الولاية حقا للمرأة الراشدة

أ- ولاية الاختيار عند المشرع الجزائري:

1- تكريس المشرع الجزائري لولاية الاختيار على المرأة:

نص المشرّع الجزائري في المادّة 13 من تقنين الأسرة قبل تعديلها بموجب الأمر 05-02 على أنّه لا يجوز للوليّ مطلقًا أن يُجبر من هي تحت ولايته على الزّواج، كما ليس له أن يزوّجها دون أخذ موافقتها، فدلّ ذلك على أنّه أخذ بولاية الاختيار واستبعد ولاية الإجبار.

وقد جاء النّص عامًّا، يشمل المرأة البالغة العاقلة وغير البالغة. لكن بعد تعديل النّص، أُخْرِجَت المرأة البالغة وبقيت القاصر، حيث جاء في النّص: ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ، أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، أَنْ يُجْبِرَ القَاصِرَ التِي هِيَ فِي وِلاَيَتِهِ عَلَى الزَّوَاجِ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا دُونَ مُوَافَقَتِهَا)). فهل هذا يعني أنّه يمكن إجبار المرأة البالغة؟

الإجابة بالطبع هي النّفي، وهذا لعدّة أسباب: أوّلها أنّه إذا كان لا يجوز إجبار المرأة القاصرة، فمن باب أولى أنّه لا يجوز إجبار البالغة، والثاني هو نصّ المادّة 11 من تقنين الأسرة، والذي بموجبه تعقد المرأة الراشدة زواجها بنفسها، وهذا يعني أنّه ليس لوليّها معها شيء، فهي مالكة نفسها تتصرّف فيها كما تشاء. أمّا السّبب الثالث فيعود إلى نصّ المادّة 1/33، الذّي قرّر بطلان عقد الزّواج إذا اختلّ ركن التّراضي، وهذا الأخير يكون بمقتضى نصّ المادّة 10 بين طرفي علاقة الزّواج وهما الزّوج والزّوجة، إذن لا بدّ من موافقتها على هذا الزّواج.

وقد أشرنا عند دراستنا لولاية الإجبار بأنّ إكراه الوليّ للمرأة على الزّواج يؤدّي إلى بطلان العقد بطلانًا مطلقًا وفق نصّ المادّة 1/33 من تقنين الأسرة، وقد سار القضاء على هذا المنوال في قرار صادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1968/05/31، عن الغرفة الجنائية، حيث وإن اعتبر حضور الوليّ شرطًا أساسيًّا، إلاّ أنّه حصر دوره في نيابة المرأة في العقد بَدَلَهَا، وإبداءِ ما تطلبه أو تشترطه، بكل أمانة، وحيث إنّ الأب قد صرّح بقبول ابنته

بالزّواج في حين أنّها كانت رافضة، قضى المجلس بمعاقبة الوليّ بغرامة ماليّة، كما عاقب الزّوج بالحبس لمدة خمسة عشر يومًا بتهمة الاشتراك مع الوليّ[1].

أمّا من النّاحية الواقعية فقد أجريت إحصائيات في الشّرق الجزائري[2] – ويظهر أنها في أواخر السّبعينات أو أوائل الثّمانينات- كشفت أن 42٪ من النّساء في المناطق الحضرية فُرض عليهنّ الزّوج، و65٪ منهن في المناطق الريفية، في حين أنّ 30٪ منهن اخترن أزواجهن في المناطق الحضرية و 14٪ في المناطق الريفية، واُقْتُرِحَ الزّوجُ على 28٪ من النّساء الحضريّات، وعلى 21٪ من الرّيفيّات.

ويظهر جليًّا من هذه الإحصائيات، رغم قدمها ومحدوديتها، أنّ ولاية الاختيار كانت مطبّقة بنسبةٍ لا يستهان بها في المجتمع الجزائري، رغم ما كان يعرف على المجتمع من تشدّد في مثل هذه المسائل؛ حيث وصلت النّسبة عند النّساء الحضريّات إلى 58٪ وعند الريفيات إلى 35٪، أي بمعدل46٪. أمّا اليوم ونظرًا للتّفتح والعصرنة، والوعي الحاصل في مختلف الطّبقات الاجتماعية، نستطيع أن نقول إنّ جلّ الجزائريات لهنّ حقّ اختيار أزواجهنّ، إمّا اختيارًا حرًّا مستقلاً، وإمّا بالاقتراح عليهنّ وأخذ إذنهنّ.

لكن هل ما قلناه يمثل حقًّا ولاية الاختيار التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية؟

2- تمحيص موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار:

إنّ النّاظر إلى النّصوص التي أوردناها يتبيّن له أنّ ما أقدم عليه المشرّع تطبيقًا لولاية الاختيار، التي مقتضاها هو أخذ إذن المرأة وموافقتها على الزّواج، وقيام الوليّ بإتمام صيغة العقد، لم يكن إلاّ في الظّاهر؛ لأنّه فعليًّا أخذ بولاية النّدب والاستحباب التي قال بها أبو حنيفة رحمه الله ومن وافقه، منْ أنّ المرأة الرّاشدة العاقلة لها أنْ تتولّى صيغة العقد بنفسها،

(1) – ذكره: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص123.

هذا القرار جدير بالاهتمام، وحبذا لو واكبه المشرّع بإصدار نصوص قانونية تفيد بمعاقبة الاعتداء على حقّ المرأة في الاختيار. لكن ما لم نفهمه هو لماذا عوقب الأب بغرامة مالية فقط، في حين عوقب الزوج، بتهمة الاشتراك، بالحبس؟

(2) – V: BELHADJ Larbi, op. cit. p. 430.

ولكن يستحبّ أن يقوم عنها وليّها بذلك.

بيد أن المشرّع لم يقف عند الحدّ الذي توقف فيه أبو حنيفة، فراح يعطي للمرأة جرأة الدّخول إلى محفل الرجال وتوليّ صيغة العقد بحضور وليّها الذّي وكأنه شاهدٌ على العقد لا وليًّا للزّوجة[1]. ودليل ذلك هو نصّ المادّة 11 السّابق، فأوكل للمرأة العقد، ومنح للوليّ حقّ الحضور!

يضاف إلى ذلك أنّ أبا حنيفة حينما أعطى للمرأة هذا الحقّ قرنه بقيدين هما كون الزّوج كفؤًا وكون المهر مهر المثل، وهذا ما لم نجده في النصوص التي تضمنها تقنين الأسرة[2]. وأكثر من ذلك أنّ المشرّع أعطى إمكانية عدم حضور الوليّ، والاقتصار على عبارة المرأة، وهذا مستخلص من نصّ المادّة 2/33، الذي يقضي بفسخ العقد إذا تخلف الوليّ في حالة وجوبه، وهذا معناه أنّ الوليّ قد يكون واجبًا، وقد يكون غير واجب؛ فأمّا وجوبه فهو بالنّسبة إلى المرأة القاصر، فبقيت المرأة الرّاشدة أين يكون غير واجب في حقّها.

ويُستبعدُ أنّ يكون المشرّع قد قصد حالة عدم الوجوب بالنّسبة إلى الذكر البالغ لسببين: **الأول:** أنّ الذّكر البالغ العاقل مُجْمَعٌ فقهًا وقانونًا على أنّه وليّ نفسه، وعقده صحيح، فلا حاجة إلى عبارة مثل هذه لا تزيد ولا تنقص.

والثاني: أنّ الفقرة الثّانية من نصّ المادّة 11 من تقنين الأسرة جاء فيها: ((يَتَوَلَّى زَوَاجَ القُصَّرِ...))، وهذا يقتضي الوجوب، بينما جاء في الفقرة الأولى: ((تَعْقِدُ المَرْأَةُ الرَّاشِدَةُ

(1) – صدر قرار عن المحكمة العليا، بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم600991، يفيد بأن الوليّ لا يعتبر شاهدا على عقد الزواج. انظر: مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص274– 277.

(2) – يقول الأستاذ عبد القادر بن داود– وهو عضو في اللجنة الوطنية لإعادة دراسة قانون الأسرة– بأنه لا بتر في ما جاء في المذهب الحنفي في هذه المسألة كون نصّ المادّة 222 يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية.
انظر مؤلفه: الوجيز في قانون الأسرة الجديد، ص88.
ويُرَدُّ عليه بالتساؤل، أيُّ أحكام يقصد، ما جاء في المذهب المالكي الذي هو أكثر اعتمادا في الجزائر وموافقة لتركيبة المجتمع، أم الإباضي الذي هو بدرجة أدنى، أم الشافعي أم الحنبلي...؟ فإن قال: الحنفي؛ لأنّه هو المذكور في النّص أو الموافق له، ردّ عليه بأنّ الحنفية أنفسهم اختلفوا في المسألة إلى ثلاثة آراء مجملة وسبعة مفصلة كما سنذكر في الباب الثاني من الرسالة، يضاف إلى ذلك أنّه لا يظهر من باقي النّصوص أنّ المشرع أخذ بالمذهب الحنفي، لاسيما نصّ المادّة 2/11، ونص المادّة 33 من تقنين الأسرة.

زَوَاجَهَا بِحُضُورِ وَلِيِّهَا...))، والحضور غير التَّوليّ، بمعنى أنّه يفيد عدم الوجوب.

ونخلص ممّا ذكرنا أنّ المشرّع الجزائري كان موقفه شديد التّذبذب، فلا هو قرّر ولاية الاختيار على المرأة الرّاشدة كما هي عند جمهور الفقهاء، ولا قرّر عليها ولاية الاستحباب كما هي عند أبي حنيفة، بل ولم يأخذ برأي صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشّيباني؛ فاتّخذ موقفا وسطًا بينهما، فاعتبر مِنْ جهة، رضا المرأة بالزّوج واختيارها له وتوليّها إبرام العقد، ومِنْ جهة أخرى، أقرّ أحقيّة الوليّ في حضور عقد موليّته، لكن دون أن يرتّب على عدم حضوره أو رفضه أيّ أثر، فحصل أنْ قام بما يسمى بالتّلفيق، وليته كان تلفيقًا حسنًا[1]، فهو لم يأخذ بأي رأي من الآراء الفقهية في هذه المسألة، ليكون قد خرج برأي ثامن في مسألة الولاية على اعتبار أنّ الفقهاء قد اختلفوا فيها إلى سبعة[2].

ب- ولاية الاختيار في التشريع المغربي:

التشريع المغربي مثله مثل التشريع الجزائري في هذه المسألة، فقد جاء في نصّ المادّة 24 من مدونة الأسرة: ((الولاَيَةُ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، تُمَارِسُهُ الرَّاشِدَةُ حَسَبَ اِخْتِيَارِهَا وَمَصْلَحَتِهَا))، كما نصّ في المادّة الموالية: ((لِلْرَّاشِدَةِ أَنْ تَعْقِدَ زَوَاجَهَا بِنَفْسِهَا، أَوْ تُفَوِّضَ ذَلِكَ لأَبِيهَا أَوْ لأَحَدِ أَقَارِبِهَا))، فأضحت المرأة المغربيّة الرّاشدة مؤهّلةً لأَنْ تعقد زواجها بنفسها أو تُمَكِّنَ أباها أو أيًّا من أقاربها من العقد عليها دون مراعاة لأيِّ ترتيب، وهذا كان نتيجة للمطالب

---

(1) – يقول الأستاذ عبد القادر بن داود (المرجع السابق، ص47)، بأن التلفيق الحسن هو الذي لا تتبع فيه الرخص بل يتبع فيه الدليل الأقوى والأرجح.

وهذا القول غير سليم، ذلك أن اتباع الدليل الأقوى والأرجح لا يسمّى تلفيقا بل ترجيحًا؛ لأن التلفيق هو الجمع بين قولين أو أكثر للخروج بقول مركب لم يقل به أحد من المجتهدين، كأن يقول أحد بصحة الزّواج الذي يكون دون وليّ ولا شهود، اتباعا في المسألة الأولى لقول أبي حنيفة رغم أنّه لا يجيز الزّواج دون شهود، واتباعا للإمام مالك في المسألة الثّانية رغم أنّه لا يجيز الزّواج دون وليّ.

انظر في معنى التلفيق بين المذاهب: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج13، ص293– 294.

(2) – انظر في هذا المعنى: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008– 2009م، ص388– 390؛ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص43–45.

النّسائيّة المُلِحَّة، وأخذًا بالاتفاقيات الدّولية التي صادق عليها[1].

وهذا يعني أنّه أخذ بولاية الاستحباب التي قال بها أبو حنيفة، بل أكثر من ذلك جعل الولاية حقًّا للمرأة دون وليّها، في حين أنّ أبا حنيفة يعطي للوليّ حقّ الاعتراض بالشّروط المذكورة سابقًا، وهذا عكس ما كان معمولا به في المغرب في ظل الظهير الشريف رقم 57- 343، حيث وإنْ جعل الولاية حقًّا للمرأة، إلاّ أنّه منع عنها مباشرة العقد، ومنح ذلك لوليّها حيث تفوّض أمرها إليه، باستثناء المرأة الرّاشدة التي ليس لها أبٌ، فلها أنْ تبرم عقد زواجها ولو دون موافقة الوليّ، مطلّقةً كانت أو أرملة[2]، وهذا بموجب الفصل الثّاني عشر من الظّهير الصّادر بتاريخ 1993/09/10.

ج- ولاية الاختيار في التشريع التونسي:

إن الأمر الذي سبق ذكره في التشريع المغربي ينطبق على القانون التّونسي، حيث جاء في الفصل التّاسع: ((لِلْزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَأَنْ يُوكِلاَ بِهِ مَنْ شَاءَا...))، وهذا طبعًا بالنّسبة إلى المرأة الرّاشدة، وهي التي بلغت من العمر عشرين سنة فما فوق طبقا لنصّ الفصل 153.

وهو بذلك لم يأخذ لا بولاية الإجبار ولا بولاية الاختيار، بل أخذ برأي أبي حنيفة، لكنّه لم يَحْتَطْ للأوليّاء كما احتاط أبو حنيفة عندما جعل لهم حقّ الاعتراض وفسخ العقد، إذا لم يكن الزوج كفؤًا، أو كان المهر أقلّ من مهر المثل[3].

ومن المفارقات أنّ المشرّع التّونسي جعل من شروط الولاية في الفصل الثّامن، الذّكورية، في حين لم يجعل له وزنًا في الفصل الموالي المتعلق بزواج المرأة الرّاشدة - كما هو مستنتج- ولا احترم هذا الشرط في الفصل السّادس حين جعل زواج القاصر متوقّفًا على

(1) – محمد الأزهر، المرجع السابق، ص123– 124.

(2) – محمد الشافعي، الزّواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، المغرب، 2005م، ص148– 149.

(3) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 153؛ الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص140.

موافقة الوليّ والأم. فعن أي ولاية يتحدث وعن أي ذكورية!

ثانيا: التشريعات التي أشركت حق الولي مع حق المرأة

أ- **ولاية الاختيار في التشريع الليبي:**

من خلال نصّ الفقرة (أ) من المادّة الثّامنة: ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُجْبِرَ الفَتَى أَوْ الفَتَاةَ عَلَى الزّواج رَغْمَ إِرَادَتِهِمَا))، والمادّة التّاسعة: ((يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الزّواج اِجْتِمَاُع رَأْيِ الوَلِيِّ وَالمُوَلَّى عَلَيْهِ))؛ يظهر أنّ المشرّع اللّيبي قد أخذ بالولاية الاختيارية، حيث منع في الأوّل إجبار الوليّ للمرأة على الزّواج دون إرادتها، بل لا بد من استئذانها في نفسها، ثمّ جعل صحّة الزّواج متوقّفة على اجتماع رأي الوليّ والمرأة، فلا ينفرد هو بعقد الزّواج دونها ولا تنفرد هي به دونه. وهذا هو عين ولاية الاختيار التي قال بها فقهاء الشريعة.

وحتّى بالنّسبة إلى المجنونة والمعتوهة، والمحجور عليها لسفه، لا ينفرد الوليّ بعقد زواجها، بل لا بد فيه من أخذ إذن المحكمة في ذلك، وهذا ما نصّ عليه في المادّة 10 من القانون نفسه.

ب- **ولاية الاختيار في التشريع الموريتاني:**

بعد أنْ بيّن المشرّع الموريتاني في نصّ المادّة 1/9 مِنْ مدونة الأحوال الشخصية، أنّ الولاية ليست استبدادًا أو هضمًا لحقّ المرأة، بل هي مقرّرة لمصلحة المولّى عليه، أورد في الفقرة الموالية أنّ المرأة الرّاشدة، وهي التي أتمّت الثّامن عشرة من عمرها، لا تزوّج إلاّ برضاها، بكرًا كانت أم ثيِّبًا، كما لا تتزوج دون وليّها، فأخذ بذلك بولاية الاختيار وفق قول جمهور الفقهاء.

ثمّ بيّن في الفقرة الثّالثة كيفيّة تعبير المرأة عن رضاها، واقتصر على بيان رضاء البكر، فجعل الصّمت إذنًا منها بالزّواج، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ الثّيِّب لا يكفي سكوتها، بل يجب نُطقها. وهذا لا شكّ تطبيق للحديث النّبوي: «لاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حتّى تُسْتَأْذَنَ، وَلاَ الثّيِّب حتّى تُسْتَأْمَرَ. فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «إِذَا

سَكَتَتْ»»[1].

الفرع الثاني

ولاية الاختيار في بلدان المشرق العربي

مثلما وقع في بدان المغرب العربي، حيث تأثرت بعض التشريعات ببعضها، فتأثرت المغرب بتونس، وتأثرت الجزائر بالاثنتين؛ انقسمت التشريعات العربيّة الأخرى ثلاثة أقسام: الأول يرى بأن المرأة حرة في نفسها وما الولاية عليها إلاّ ولاية ندب واستحباب، والقسم الثاني يرى أنّه وإن كان للمرأة حق في نفسها إلاّ أنّه لا يطغى على حق الولي الذي يكون له نصيب يتمثل في وجوب تولي عقد زواج موليته بعد اختيارها أو أخذ إذنها. أما القسم الثالث فيفرق بين البكر والثيب، فيجعل في الأولى الولاية مشتركة بين المرأة ووليها، وفي الثّانية يعطي الحق كاملا للمرأة دون وليها.

أولا: التشريعات التي منحت المرأة الحق في نفسها

أ- حق المرأة في الولاية على نفسها في التّشريع المصري:

بمقتضى مشروع القانون الذي وضع سنة 1965، أصبحت ولاية الزّواج اختيارية على المرأة التي هي ما بين البلوغ الطبيعي وبين بلوغ سنّ الرّشد؛ لأنها في هذا العمر غير ناضجة ومتّهمة بسوء الاختيار، فلا بدّ أنْ يشترك معها وليّها في الاختيار[2].

أما المرأة البالغة العاقلة فالولاية عليها أصبحت ولاية ندب واستحباب لا ولاية اختيار، أخذًا بقول الإمام أبي حنيفة، فلها أنْ تعقد قِرانها بنفسها، فيكون صحيحا غير مهدّد بالفسخ إذا ما كان الزّوج كفؤا لها، ومهرها لا يقلّ عن مهر المثل[3].

---

(1) – سبق تخريجه في الصفحة 118.

(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص145؛ الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص146.

(3) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص145.

ورغم أنّ هذا المشروع لم ير النّور لحدّ السّاعة، إلاّ أنّ نصّ المادّة الثّالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلّق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشخصيّة جاء فيه بأنّ كل ما لم يرد بشأنه نصّ، يُعْمَلُ فيه بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة؛ وأبو حنيفة له في المسألة قولان: الأوّل أنّ للمرأة أنْ تُزوّج نفسها مطلقًا دون النّظر إلى كفاءة الزّوج أو كمال المهر، وهو ظاهر المذهب، والقول الثّاني أنّ لها عقد قرانها بنفسها لكن يبقى للأوليّاء حقّ الاعتراض على هذا الزّواج إنْ كان الزّوج غير كفءٍ، وهو المختار للفتوى[1].

ب- حق المرأة في الولاية على نفسها في التّشريع العراقي:

نصّ المشرّع العراقي في الفقرة الأولى مِنَ المادّة السّابعة مِنَ القانون رقم 188 لسنة 1959، المتضمّن قانون الأحوال الشخصيّة، على أنّ أهليّة الزّواج تكتمل بالنّسبة للذّكر والأنثى على حدٍّ السّواء بكمال العقل وبتمام الثّامنة عشر مِنَ العمر. لكنّه لم يتطرّق إلى الوليّ بشأنهما، لا من باب ولاية الإجبار ولا حتّى من باب ولاية الاختيار، ولم يأت ذكر الوليّ إلاّ بالنّسبة إلى المريض مرضًا عقليًّا في الفقرة الثّانية من المادّة نفسها، ومن بلغ الخامس عشرة من العمر.

فجعل زواج المريضة مرضًا عقليًّا متوقّفا على إذن القاضي، ولكن بشرط أنْ يوافق الطّرف الثّاني صراحة على هذا الزّواج، وأنْ يكون ذلك في مصلحتها، وأنْ لا يؤدّي هذا الزّواج إلى الإضرار بالمجتمع.

أمّا زواج من بلغت الخامس عشرة من عمرها طبقًا لنصّ المادّة 8[2]، فزواجها مقرون بموافقة الوليّ وإذن القاضي بعد التّأكّد من قدرتها البدنيّة على أمور الزّواج، غير أنّ الوليّ

(1) – انظر في تفصيل ذلك: المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(2) – السن هو 16 سنة بخصوص إقليم كردستان، وهذا بموجب نص المادة 5 – المعدل لنص المادة 8– من القانون رقم (15) لسنة 2008، المتضمن تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959، في إقليم كوردستان – العراق.

كما جعل هذا النص الولاية للأم بعد وفاة الأب أوفي حال غيابه إذا اكنت حاضنة.

قد لا يوافق على هذا الزّواج، وفي هذه الحالة يتعيّن على القاضي أنْ ينظر في هذا الرّفض؛ فإنْ رآه جديرًا بالاعتبار منع إتمام العقد، وإنْ رأى غير ذلك، أمر بإبرام العقد. ولا يستثنى من ذلك إلاّ حالة الضّرورة القصوى التي تدعو إلى تزويج القاصر التي بلغت الخامس عشرة من العمر، حيث إذا تأكّد القاضي من هذه الضّرورة كان له أن يأذن بتزويجها بعد التأكّد من بلوغها الشّرعي أي بظهور علامات البلوغ الطّبيعية كالحيض أو الاحتلام، ومِنْ قدرتها البدنيّة على متطلّبات الزّواج، والمقصود هنا هو احتمال الوطء. وإذا حدث وتمّ الزّواج دون أخذ إذن القاضي، فإنّ للمرأة، طبقا لنصّ المادّة 3/40، أنْ تطلب الطّلاق.

ويفهم مِنْ نصّي المادتين 4 و6[1]، بأنّ عقد الزّواج يكون بإيجابٍ وقَبُولٍ من الزّوجين، وهذا يعني أنّ عبارة المرأة في الزّواج مُعتبَرَة، وأنّ عليها ولاية اختيار. ويؤكّد ذلك نصّ المادّة 9 التي جاء فيها: ((لاَ يَحِقُّ لأَيٍّ مِنَ الأَقَارِبِ أَوْ الأَغْيَارِ إِكْرَاهُ أَيِّ شَخْصٍ، ذَكَرًا كَانَ أَمْ أُنْثَى عَلَى الزّواج دُونَ رِضَاهُ، وَيُعْتَبَرُ عَقْدُ الزّواج بِالإِكْرَاهِ بَاطِلاً))[2].

هذا النّصّ ينفي نفيًا قاطعًا ولاية الإجبار، ويحلّ محلّها ولاية الاختيار؛ فليس للأب ولا لغيره سلطة إجبار الفتاة على الزّواج إذا لم تُرِدْهُ، أو الزّواج ممّن لا ترغب فيه، فإنْ حدث ووقع الزّواج بالإكراه اُعْتُبِرَ العقد باطلاً[3]. ليس هذا فحسب، بل لقد رتّب عليه المشرّع العراقي عقوباتٍ جزائيّة توقّع على المخالف، وهي عقوبات شديدة خصوصًا إذا كانت قرابة الوليّ بالمولّى عليها بعيدة؛ فقد جاء في نصّ المادّة 2/9، بأنّه إذا كان المخالف قريبًا

(1) – تنص المادة 4: ((تَتَحَقَّقُ الْأَهْلِيَّةُ فِي عَقْدِ الزَّواجِ بِتَوَافُرِ الشُّرُوطِ الْقَانُونِيَّةِ وَالشَّرْعِيَّةِ فِي الْعَاقِدَينَ)).
تنص المادة 6: ((لَا يَنْعَقِدُ عَقْدُ الزَّواجِ إِذَا فَقَدَ شَرْطًا مِنْ شُرُوطِ الْإِنْعِقَادِ أَوْ الصِّحَّةِ الْمُبَيَّنَةِ فِيمَا يَلِي:
أ- اِتِّحَادُ مَجْلِسِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ.
ب- سَمَاعُ كُلٍّ مِنَ الْعَاقِدِينَ كَلاَمَ الْآخَرِ وَاِسْتِيعابُهُمَا بِأَنَّه الْمَقْصُودُ مِنْه عَقْدُ الزَّواجِ.
ج- مُوَافَقَةُ الْقَبُولِ لِلْإِيجَابِ...)).

(2) – نصّ المادّة 9 يجعل البطلان في حالة عدم الدخول بالمرأة المكرهة، أما بعده فلا يعد باطلا، وكان الأجدر أن يجعله المشرّع العراقي باطلا مطلقا أي في الحالين، أو أن يجعله موقوفا مثل باقي العقود التي تتم عن طريق الإكراه، كما كان عليه أن يبين نوع الإكراه وما إن كان له مبرر مقبول أم لا.
انظر في ذلك: فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص76.

(3) – طبقا للفقرة الأولى من نصّ المادّة 9، إذا تم الدخول بالمرأة المكرهة على الزّواج فلا يبطل العقد، ولكن يمكن للزّوجة طلب الطلاق بمقتضى نصّ المادّة 4/40.

من الدّرجة الأولى، ومثاله الأب والابن، فإنّ عقوبته تكون بالحبس مع الغرامة أو بإحدى العقوبتين، وقد تصل مدّة الحبس إلى ثلاث سنوات. أمّا إنْ لم يكن من الدّرجة الأولى، كالأخ والعمّ، فإنّ مدّة الحبس لا تقلّ عن ثلاث سنوات، وقد تصل إلى عشر سنوات.

وحتّى يضمن المشرّع العراقي الإحاطة بهذه الوقائع والأمور، نصّ في المادّة 5/10 على أنّ كلّ زواج تمّ عقده خارج المحكمة يعاقب صاحبه بالحبس مدّة ستّة أشهر إلى سنة، أو بغرامة ماليّة ما بين 300 و 1000 دينار. غير أنّ هذا لا يؤثر على صحّة العقد إذا استوفى شروطه، كل ما في الأمر أنّ هذا الإجراء مقرّر حمايةً لمصلحة الزّوجين والأولاد، إذْ مِنَ المحتمل أنْ ينكر أحد الزّوجين قيام العلاقة الزّوجية، أو ينفي الرّجل نسب الأولاد، لاسيما عند وفاة أحدهما أو وفاة الشهود[1].

من خلال ما سبق يتّضح الآتي:

1- أنّ المشرّع العراقي أخذ بولاية النّدب والاستحباب بخصوص المرأة البالغة العاقلة، أي برأي أبي حنيفة، وبالمذهب الإمامي[2]، دون أنْ يتطرّق إلى مسألتي الكفاءة في الزّوج، ومهر المثل.

لكنّ هذا لا يعني أنّه خالف مذهب الإمام أبي حنيفة؛ لأنّ نصّ المادّة 2/1 و3 ورد فيه: ((إِذَا لَمْ يُوجَدْ نصّ تَشْرِيعِيٌّ يُمْكِنُ تَطْبِيقُهُ فَيُحْكَمُ بِمُقْتَضَى مَبَادِئِ الشَّرِيعَةِ الإِسْلاَمِيّةِ الأَكْثَرَ مُلاَءَمَةً لِنُصُوصِ هَذَا القَانُونِ.

تَسْتَرْشِدُ المَحَاكِمُ فِي كُلِّ ذَلِكَ بِالأَحْكَامِ التِي أَقَرَّهَا القَضَاءُ وَالفِقْهُ الإِسْلاَمِيُّ فِي العِرَاقِ وَفِي البِلاَدِ الإِسْلاَمِيَّةِ الأُخْرَى التِي تَتَقَارَبُ قَوَانِينُهَا مِنَ القَوَانِينِ العِرَاقِيَّةِ)).

وعليه يكون مِنَ الضّروري أنْ يكون الزّوج كفؤًا للمرأة وأنْ يكون المهر مهر المثل؛ لأنّ رأي الإمام أبي حنيفة العراقي هو الأكثر ملاءمة للقانون العراقي[3].

(1) – فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص80– 81.
(2) – فاروق عبد الله كريم، المرجع نفسه، ص88.
(3) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص149.

2- أنّه لم يأخذ بولاية الإجبار، إلاّ بالنّسبة للمريضة مرضًا عقليًّا، ومنْ بلغت مِنَ العمر خمس عشرة سنة في حالة الضّرورة القصوى، وأخذ بولاية الاختيار بالنّسبة للمرأة التي لم تكتمل أهليتها للزّواج.

3- أنّه لا زواج مطلقًا بالنّسبة للمرأة التي لم تبلغ الخامس عشرة من عمرها، فهو السّن الأدنى للزواج، ممّا يجعله قد خالف الفقه الإسلامي كلّه[1].

4- أنّه جعل الإكراه على الزّواج جريمةً جنائية يعاقب عليها بالحبس أو السّجن أو الغرامة، منفردًا على كافّة التّشريعات العربيّة فضلاً عن الفقه الإسلامي.

ثانيا: التشريعات التي أشركت حق الولي مع حق المرأة بخصوص الزّواج

أ- **ولاية الاختيار في التشريع السوري:**

قلنا ونحن بصدد الحديث عن ولاية الإجبار في القانون السّوري بأنّه قد أخذ بولاية الاختيار على الكبيرة والصغيرة؛ وقد جعل السّن الذي تبلغ فيه المرأة سبع عشرة عامًا، وتكون الولاية عليها ولكنّها ولاية اشتراك، حيث إذا أرادت المرأة البالغة أنْ تتزوّج ورفعت أمرها إلى القاضي؛ فإنّ القاضي وبموجب نصّ المادّة 20 من قانون الأحوال الشخصيّة، ينظر هل الزّوج كفؤٌ أم لا، فإنْ لم يكن كفؤًا لم يأذن لها بالزّواج، وإن كان كفؤًا، يمنحُ وَلِيَّهَا مدّة محدّدة ليتبيّن رأيه في هذا الزّواج، فإنْ لم يعترض أو كان اعتراضه غير معتبرٍ، أَذِنَ القاضي لهذه المرأة بالزّواج.

وهذا يعني أنّ المشرّع السّوري لم يسقط الولاية على المرأة الرّاشدة، ولكنّه جعلها حقًّا لكلّ من المرأة ووليّها. وغنيٌّ عن البيان أنّه في حالة اعتراض الوليّ على زواج المرأة البالغة مع رغبتها فيه، يجعل منه عاضلا لها إنْ لم يكن اعتراضه في محلّه، ويكون حينها للقاضي أنْ يأذن بزواجها بموجب سلطته العامّة، دون النظر إلى الولاية الشرعيّة الممنوحة للوليّ.

(1) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص63.

غير أنّ نصّ المادّة 27 من القانون نفسه، يعطي إمكانيّة تزويج المرأة الرّاشدة لنفسها دون موافقة الوليّ، لكن هذا الزّواج مقيّد بكفاءة الزّوج؛ فإنْ كان الزّوج كفؤًا أمضي العقد وثبت، وإن كان غير كفءٍ، كان لوليّ المرأة أن يطلب فسخ العقد.

وهذا يعني أنّ المشرّع السّوري قد أعطى أهميّة كبرى لمسألة الكفاءة في الزّواج، وجعلها بمقتضى نصّ المادّة 29، حقًّا ليس للمرأة وحدها بل لوليّها أيضا. وبهذا يكون قد أخذ بما جاء في الفقه الحنفي من إعطاء الحقّ للمرأة الرّاشدة في تزويج نفسها، وتقييده بكفاءة الزّوج، لكنّه أغفل مهر المثل.

ب- ولاية الاختيار في التشريع الكويتي:

إنّ ولاية الزّواج في القانون الكويتي هي ولاية شركة بين المرأة ووليّها، وهذا ما تقرّر في نصّ المادّة 29 فقرة (ب)، ونصّ المادّة 30 من القانون رقم 51 لسنة 1984، حيث جاء في النّص الأوّل المتعلّق بالبكر التي بين سن البلوغ والخامسة والعشرين: ((يُشْتَرَطُ اِجْتِمَاعُ رَأْيِ الوَلِيِّ وَالمُوَلَّى عَلَيْهَا))، وفي النّص الثّاني: ((الثَّيِّبُ أَوْ مَنْ بَلَغَتْ الخَامِسَةَ وَالعِشْرِينَ مِنْ عُمُرِهَا، الرَّأْيُ لَهَا فِي زَوَاجِهَا، وَلَكِنْ لاَ تُبَاشِرُ العَقْدَ بِنَفْسِهَا بَلْ ذَلِكَ لِوَلِيِّهَا)).

وهذا صريحٌ بما يكفي للقول بولاية الاختيار على المرأة الرّاشدة، بكرًا كانت أم ثيِّبًا، مع ملاحظة أنّ سنّ البلوغ في قانون الأحوال الشخصيّة هو خمس عشرة سنة بالنّسبة للمرأة، فإنْ لم تبلغ هذه السّن فإنّ العقد لا يتمّ توثيقه طبقًا لنصّ المادّة 26، كما لا تُسمع دعوى الزّوجيّة طبقًا لنصّ المادّة 92[1].

وقد جاء في المذكّرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصيّة الكويتي بهذا الشأن ما يأتي:

((وَالجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ البَالِغَةَ العَاقِلَةَ لاَ يَصِحُّ أَنْ تَتَزَوَّجَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ، وَلاَ تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا ... وَقَدْ رُئِيَ أَنَّ الفَتْرَةَ مَا بَيْنَ البُلُوغِ الطَّبِيعِيِّ وَبُلُوغِ سِنِّ الخَامِسَةِ وَالعِشْرِينَ مَرْحَلَةٌ حَرِجَةٌ لِلْفَتَيَاتِ، لَمْ تَتَهَيَّأْ فِيهَا

(1) – وفقا للنصين المذكورين، إذا تزوجت المرأة قبل الخامس عشرة ثم ذهبت لتوثيق العقد أو للترافع أمام القضاء بعد أن بلغت هذه السن، فإن العقد يوثق والدعوى تسمع.

نُفُوسُهُنّ لِلتَّبَصُّرِ وَمُقَاوَمَةِ المَخَاطِرِ، وَلاَ تَمْتَدُّ فِيهَا أَنْظَارُهُنَّ إِلَى المُسْتَقْبَلِ البَعِيدِ، وَإِطْلاَقُ الحُرِّيَّةِ فِي هَذِهِ الفَتْرَة بِتَطْبِيقِ الرَّاجِحِ فِي الفِقْه الحَنَفِيّ أَوْ إِجْبَارِهِنّ عَلَى الزَّوَاجِ بِمَنْ يَخْتَارُهُ الوَلِيُّ كَمَا جَاء فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ، كَانَ مِنْ جَرَّائِهِ الكَثِيرُ مِنَ المَآسِي، فَدَرْءًا لِذَلِكَ كُلِّهِ وَإِقَامَةً لِلأُسْرَةِ عَلَى أَسَاسٍ حَكِيمٍ، اِخْتَارَ المَشْرُوعُ أَنَّ زَوَاجَ الفَتَاةِ مَا بَيْنَ بُلُوغِهَا الطَّبِيعِيِّ وَتَمَامِ الخَامِسَةِ وَالعِشْرِيْنَ يُشْتَرَطُ فِيْهِ اِجْتِمَاعُ رَأْيِهَا وَرَأْيِ الوَلِيِّ... وَقُرِّرَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُبَاشِرَ عَقْدَ زَوَاجِ بِنْتِهِ الَّتِي أَتَمَّتْ الخَامِسَةَ وَالعِشْرِيْنَ بَعْدَ أَخْذِ رَأْيِهَا، مُرَاعَاةً لِلْتَقَالِيدِ، وَحِفَاظًا عَلَى مَكَانَةِ الوَلِيِّ)).

فجمع المشرّع الكويتي بين حقّ الوليّ والحفاظ على مكانته، فأعطاه سلطة إبرام العقد، وبيّن حقّ المرأة واحترام رأيها ورغبتها بإعلامها وأخذ إذنها، كما بيّن حقّ الأسرة، بتوطيد الرّوابط والعلاقات بين أسرة الزّوج وأسرة الزّوجة بل وتوطيدها داخل الأسرة الواحدة، بعدم انفراد الوليّ أو المرأة بعقد الزّواج بما يولّد القطيعة والبُغض وربما الضّغينة.

ونشير أيضًا أنّ تعديل نصّ المادّة 30 قد أعطى مزيدًا من الحرّيّة للمرأة الثّيِّب التي لها زوجٌ سابقٌ، حيث مكّنها المشرّع بموجب الفقرة الثّانية منْ نصّ هذه المادّة، مِنْ التّوجه إلى قاضي التّوثيقات ليُبرم عقد زواجها من زوجها السّابق، ولكن بعد إخطار وليّها لسماع رأيه. وهذا لا شكّ يبيّن حرص القانون على أخذ رأي الوليّ واعتباره في كل أحوال الزّواج[1].

ج- ولاية الاختيار في التشريع العماني:

سِنُّ الرّشد في قانون الأحوال الشخصيّة العُماني بموجب نصّ المادّة 139، هو ثمان عشرة سنة، وهو سنّ الأهلية للزواج بمقتضى نصّ المادّة 7. وإذا بلغت المرأة هذه السّن فإنّها لا تزوّج إلاّ برضاها، فقد نصّت المادّة 19 على أن: ((يَتَوَلَّى وَلِيُّ المَرْأَةِ عَقْدَ زَوَاجِهَا بِرِضَاهَا))، وهذا يعني أنّه ليس للوليّ أنْ يستقّل بالعقد دون الرّجوع إلى المرأة، كما لا يمكن أنْ تستقّل المرأة به، ومِنْ ثَمَّ فالولاية على المرأة البالغة العاقلة هي ولاية اختيار، يشترك فيها كلٌّ مِنَ الوليّ والمولّى عليها، فيختار الوليّ الزّوج لتوافق عليه المرأة أو ترفض، أو تختاره هي بنفسها، ثُمّ يقوم الوليّ بإبرام عقد الزّواج نيابةً عن موليّته.

والوليّ في هذا العقد ركن من أركانه طبقا لنص المادّة 16/ب، وهذا يعني أنّه إذا

(1) – عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص72.

تخلّف فإنّ العقد يكون باطلاً بطلانًا مطلقًا ولا يترتّب عنه أيّ أثر، فلا يتوارث الزّوجان، ولا يثبت نسب الأولاد. وهذا مقتضى مضمون نصّ المادّة 43 من هذا القانون[1].

ولا يستثنى من هذه الحالة إلاّ حالة العضل، التي نصّ عليها المشرّع العماني في المادّة 10، حيث يرفع الأمر إلى القاضي، لينظر في الأمر، فإنْ وَجَدَ امتناع الوليّ مُبَرَّرًا، منع الزّواج، وإنْ لم يجده كذلك، قام القاضي بتزويجها.

وخلاصة القول أنّ الولاية على المرأة الرّاشدة في قانون الأحوال الشخصيّة العُماني هي ولاية اختيار لا ولاية إجبار، ولا ولاية ندب واستحباب.

د- **ولاية الاختيار في التشريع السوداني**:

قبل صدور المنشور رقم 35 سنة 1933، كانت المحاكم السّودانية تطبّق على المرأة ولاية ندب واستحباب؛ فلها أنْ تزوّج نفسها بنفسها شرط أنْ يكون الزّوج كفؤًا والمهر مهر المثل، ولا اعتراض لأحد على ذلك. أمّا بعد صدوره - أين أصبح المذهب المالكي هو المطبق- أضحت ولاية الاختيار على بعض النّساء دون بعض، فكان على الوليّ أنْ يستأذن في تزويج مَنْ هي تحت ولايته -حسب نصّ المادّة 5 من المنشور- إذا كانت: بالغة وقد زالت بكارتها بزواج صحيح أو فاسد، أو بكرًا رشّدها أبوها، أو بكرًا بالغة أقامت مع زوجها مدّة سنة، وبعد الفرقة أنكرت أنّ زوجها قد دخل بها، أو يتيمة بلغت من العمر عشر سنين وخيف فسادها، أو صغيرة غاب عنها أبوها وقطع عنها النّفقة، فخيف عليها الضّياع.

ويلحقّ بهؤلاء: المرأة العانس التي بلغت من عمرها ثلاثًا وثلاثين سنة، طبقًا لنصّ المادّة 3 من المنشور، والمجنونة جنونًا متقطّعًا. كما يجب أخذ إذن المرأة إذا كان الزّوج به عيب موجب للخيار، كأن يكون مجنونًا أو أبرصًا أو مَجْذومًا[*] أو خَصِيًّا.

---

(1) - تنص المادة 43: ((لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر)).

* دَاءُ الْبَرَصُ: هُوَ بَيَاضٌ يَقَعُ فِي ظَاهِرِ الْجِلْدِ، يُبَقِّعُ الْجَلْدَ وَيُذْهِبُ دَمَوِيَّتَه.

الْجُذَامُ: دَاءٌ تُجْذَمُ بِهِ الأَعْضَاءُ أَيْ تَتَقَطَّعُ. فَيَحْمَرُ مِنْهَا الْعُضْوُ، ثُمَّ يَسْوَدُّ، ثُمَّ يُنْتِنُ وَيَتَقَطَّعُ وَيَتَنَاثَرُ، وَيُتَصَوَّرُ فِي كُل عُضْوٍ غَيْرَ أَنَّهُ يَكُونُ فِي الْوَجْهِ أَغْلَبَ.

انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج8، ص76.

غير أنّه بعد إلغاء هذا المنشور بموجب المنشور رقم 54 سنة 1960، ألغيت ولاية الإجبار، وحلّت محلّها ولاية الاختيار؛ فكان على الوليّ أنْ يستأذن موليّته في زواجها إذا كانت بالغة عاقلة.

وكذلك الأمر في ظلّ قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1991، حيث جعل في نصّ المادّة 12 الزّوجين والتراضي ركني عقد الزّواج، كما اشترط في نصّ المادّة 34 أنْ يأخذ الوليّ إذن المرأة البكر البالغة بالزّوج والمهر، فإنْ لم تكن بالغة ولكنّها أتمّت العاشرة، فلا يزوّجها وليّها إلاّ بعد أخذ إذن القاضي، ووجود مصلحةٍ راجحة، وكون الزّوج كفؤًا والمهر مهر المثل، وإنْ كانت مجنونة أو معتوهة، فيزوّجها وليّها بعد ظهور مصلحة راجحة في زواجها، وهذا كلّه حسب نصّ المادّة 40.

هـ- ولاية الاختيار في التشريع اليمني:

نصّت المادّة 23 على أنْ: ((يُشْتَرَطُ رِضَا المَرْأَةِ وَرِضَا البِكْرِ سُكُوتُهَا وَرِضَا الثَّيِّبِ نُطْقُهَا)). وجاء في نصّ المادّة 10: ((كُلّ عَقْدٍ بُنِيَ عَلَى إِكْرَاهِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ لاَ اِعْتِبَارَ لَهُ))، وهذا يعني أنّ إجبار المرأة على الزّواج بشخصٍ وهي كارهةٌ له يعدّ كأنْ لم يكن، فعبارة «لاَ اِعْتِبَارَ لَهُ»، لا تفيد أنّه غير نافذٍ في حقّها فحسب بل تفيد ببطلانه.

فهذان النّصان صريحان في دلالتهما على أنّ المشرّع اليمني أخذ بولاية الاختيار ولم يأخذ بولاية الإجبار على المرأة البالغة العاقلة التي بلغت خمس عشرة سنة فما فوق طبقًا لنصّ المادّة 127. يضاف إليهما أنّه حتّى المرأة التي جاوزت خمس عشرة سنة ولم تكن صالحة للوطء - بمقتضى نصّ المادّة 15 - يمنع الزّوج من الدّخول بها، ولا تُزَفّ إليه.

و- ولاية الاختيار في التشريع الإماراتي:

قلنا فيما مضى إنّ المشرّع الإماراتي اشترط الوليّ في عقد زواج المرأة، سواءٌ كانت صغيرةً أم كبيرةً، بكرًا أم ثيِّبًا، عاقلةً أم مجنونةً. وقلنا إنّ الولاية على المرأة البالغة العاقلة ليست ولاية إجبار، وهي ليست ولاية ندب واستحباب أيضًا بل ولاية اشتراك بين الوليّ والمرأة، وهذا ما تضمّنه نصّ المادّة 39 من تقنين الأحوال الشخصيّة: ((يَتَوَلَّى وَلِيُّ المَرْأَةِ

البَالِغَةِ عَقْدَ زَوَاجِهَا بِرِضَاهَا، وَيُوَقِّعُهَا المَأْذُونُ عَلَى العَقْدِ...)).

فهذا النّص أوضح أنّ عبارة المرأة البالغة العاقلة مُعتبرة في عقد الزّواج، لكن ليس للمرأة أنْ تتولّى عقده بنفسها وإنّما يعقده وليّها، فهي ليست طرفًا في العقد، ذلك أنّ المشرّع الإماراتي ذكر في نصّ المادّة 1/38، أنّ مِنْ أركان عقد الزّواج، العاقدان، وهما الزّوج والوليّ، لكنّه منح المرأة حقّ التّوقيع على العقد عند المأذون أو الموظّف المختصّ بكتابة وتوثيق العقود.

فإذا أبرم العقد من دون وليّ، بطل حتّى ولو دخل الزّوج بها، بل ويفرّق بينهما بمقتضى نصّ المادّة 39[1]، وهذا لا شك مذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، وهو ظاهر مِنْ خلال نصّ المادّة الثّانية الذي يرجع بموجبه، في حالة عدم وجود نصّ، إلى المشهور من مذهب الإمام مالك، ثم مذهب الإمام أحمد، ثم مذهب الإمام الشّافعي، ثم مذهب الإمام أبي حنيفة.

غير أنّه قد وجدت بعض النّصوص المتناثرة التي قد يفهم منها أنّه يمكن للوليّ أنْ يبرم عقد زواج موليّته دون أخذ إذنها، ومنْ ذلك نصّ المادّة 21 الذّي جاء فيه: ((يُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ الزّواج أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كُفُؤًا لِلْمَرْأَةِ وَقْتَ العَقْدِ، وَلِكُلٍّ مِنَ المَرْأَةِ وَوَلِيِّهَا الحَقُّ فِي طَلَبِ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِ الْكَفَاءَةِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ زَوالُ الْكَفَاءَةِ بَعْدَهُ.

إِذَا كَانَ الخَاطِبَانِ غَيْرَ مُتَنَاسِبَيْنِ سِنًّا بِأَنْ كَانَتْ سِنُّ الخَاطِبِ ضِعْفَ سِنِّ المَخْطُوبَةِ أَوْ أَكْثَرَ، فَلاَ يُعْقَدُ الزّواج إلاّ بِمُوَافَقَةِ الخَاطِبَيْنِ وَعِلْمِهِمَا وَبَعْدَ إِذْنِ القَاضِي...)).

يظهر مِنْ هذا النّصّ، بمفهوم المخالفة، أنّه يمكن عقد زواج المرأة مِنْ رجل يكافئها، دون علمها أو أخذ إذنها المسبق، غير أنّه يحقّ لها حينها أنْ تفسخ العقد. والأمر نفسه إذا زوّجها من شخص يناسبها في السّن، إلاّ أنّ هذه الحالة الأخيرة تقتضي أخذ الإذن من القاضي، فإنْ لم يُؤخذ الإذن، فالظّاهر أنّه يكون موقوفًا إلى حين إجازته من طرفه.

(1) – تنص المادة 39: ((...ويبطل العقد بدون وليّ، فإن دخل بها فرّق بينهما...)).

ويمكن أنْ نفهم أيضًا مِنْ هذا النّصّ أنّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها، ويكون العقد لازمًا إذا كان الزّوج كفؤًا لها، لاسيما أنّ نصّ المادّة 23 يجعل الكفاءة حقًّا للمرأة وكذلك لوليّها، ونصّ المادّة 25 يسقط حقّ الفسخ إذا حملت الزّوجة، أو مرّت سنة من وقت العلم بالزّواج، أو رضي من له حقّ الفسخ من الأولياء بهذا الزّواج.

لكنّنا إذا نظرنا في نصّ المادّة 39، فإنّنا نجده يتعارض مع نصوص المواد 21 إلى 25؛ فالأول يجعل عقد الزّواج الذي يتمّ دون وليّ باطلاً، ولا يمكن إجازته - وهذا هو مقتضى البطلان - حتّى لو تمّ الدّخول بالزّوجة، أمّا باقي النّصوص فتوحي بإمكان إجازته في حال كون الزّوج كفؤًا، بل وإجازته حتّى ولو لم يكن كفؤًا إذا ما حبلت الزّوجة أو مرّت على الزّواج سنة على الأقل على العلم بالزّواج دون إبداء أيّ اعتراض، أو قام الوليّ بإجازة العقد وأسقط حقّه في طلب الكفاءة.

ولعلّ التّوفيق بين هذه النّصوص يقتضي النّظر إلى ما جاء في المذهب المالكي مِنْ أنّ الأصل في الزّواج من دون وليّ غير جائز عند الإمام مالك، ويبطل العقد حتّى لو دخل الزّوج بزوجته، هذا إذا زوّجت نفسها، أمّا إنْ فوّضت رجلاً مِنْ غير أوليائها فزوّجها، فإنّ العقد ينفذ في قول ابن القاسم، إنْ أجازه الوليّ أو طال عليه الزّمن[1].

ز- ولاية الاختيار في التشريع القطري:

لم يحِدْ المشرع القطري عن النهج الذي نهجته غالب التشريعات، من إعطاء المرأة حق الاختيار، كما لم يسلب الوليّ حقه على من هي تحت رعايته ونظره، فنص في المادة 9 من تقنين الأسرة على أن الزّواج عقد شرعي بين الرجل والمرأة، ثم أوضح في نص المادة 11بأن هذا العقد يحوي ركنين هما: الزوجان، والإيجاب والقَبُول، ليربط بعدها بين مضمون النصين بأن الزّواج لا بد له من وليّ حتّى ينعقد صحيحا، وأنّ وليّ المرأة هو الذي يتولّى عقد الزّواج لا المرأة نفسها، وهذا بموجب نصي المادتين 12 و 28 من نفس التقنين على التوالي.

(1) – انظر في ذلك: مالك بن أنس، المدونة، مج2، ج4، ص171.

ح- **ولاية الاختيار في التشريع البحريني**:

صدر قانون أحكام الأسرة البحريني بموجب القانون رقم 19 لسنة 2009، وهو مثل أغلب التّقنينات العربيّة لم يأخذ بولاية الإجبار، وهذا بيِّنٌ صراحةً من نصّي المادّتين 15/ج، و 23/ب، حيث جاء في الأولى: ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ تَزْوِيجُ مَنْ لَهُ الوِلاَيَةُ عَلَيْهَا جَبرًا، ثَيِّبًا كَانَتْ أَوْ بِكْرًا، صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً))، ونصّت الثّانية على أنّه يشترط في الزّواج رضا الزّوجين.

وعليه، فلا محلّ لولاية الإجبار مطلقًا في القانون البحريني. وما هو مقرّر، يتعلّق بولاية الاختيار التي جُعِلَت بالنّسبة إلى المرأة، قاصرةً كانت أم راشدةً، وقد وافق بعضَ التّشريعات العربيّة في أمور وخالفها في أمور أخرى؛ وممّا وافقها فيه:

1- جعل زواج الفتاة التي لم تبلغ السّادسة عشر من عمرها مقرونا – بعد إذنها – بموافقة المحكمة الشرعيّة إذا رأت ذلك ملائمًا لها، طبقًا لنصّ المادّة 18.
2- عقد زواج المجنونة والمعتوهة يكون من طرف وليّها، وبعد إذن القاضي بذلك، بشرط قبول الطّرف الثّاني بالزّواج، ووجود مصلحةٍ لها فيه، وعدم تشكيله ضررًا على أحد الزّوجين أو نسلهما، وهذا ما نصّت عليه المادّة 19.
3- زواج السّفيهة يكون بعد أخذ إذن القيّم عليها، طبقًا لنصّ المادّة 20.

أمّا ما خالفها فيه فهو:

1- أنّه اشترط في نصّ المادّة 21/ب، على المرأة البحرينية التي لم تتجاوز العشرين من عمرها، والتي تريد الزّواج من رجلٍ أجنبيّ تجاوز الخمسين عامًا، أنْ تحصل على إذن المحكمة بهدف التّأكد من وجود مصلحة مِنَ الزّواج وكفايتها، وكفاية الضّمانات. ولسنا ندري ما هي الضّمانات التي قصدها المشرّع، ولعلّه ذكرها في نصوص أخرى لم يتسنّ لنا الاطلاع عليها.
2- كذلك، طبقًا لنصّ المادّة 26/أ، قد يثبت الزّواج دون وليّ وقد لا يثبت؛ فإذا كانت الزّوجة غير بحرينية وتزوّجت دون وليّ ودخل بها الزّوج، وكان هذا الزّواج صحيحًا في

المكان الذّي أبرم فيه، فإنّه يثبت. أمّا إنْ كانت بحرينيّة وأبرمت عقد زواجها دون وليّ، فحتّى يثبت لا بدّ من رضائه.

وهذا يعني أنّ غير البحرينيّة لها أنْ تزوّج نفسها دون الرّجوع إلى وليّها الشّرعي في أيّ بلد لا يكون فيه الوليّ معتبرًا كتونس والمغرب أو الدّول الغربيّة، ثمّ تأتي إلى البحرين لتثبت عقد زواجها. فيكون قد أخذ بولاية الاستحباب بشكل غير مباشر، لكن دون النظر إلى الكفاءة أو المهر.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما الفائدة القانونيّة –في مجال الأحوال الشخصيّة – التي تجنيها المرأة أو الأسرة غير البحرينيّة، باعتبار أنّ المرأة المتزوّجة أجنبيّة وكذلك الزّوج؟ ألم يكن الأولى النّظرُ إلى مسألة إثباته في دولة أحد الزّوجين أو كليهما؟

لا أعتقد أنّ مسألة إثبات عقد الزّواج لشخصين أجنبيين في بلد غير بلدهما ذات أهميّة في مجال الأحوال الشخصيّة، إلاّ إذا كانت هناك نصوص تنظيميّة تلزم الأجانب بإثبات عقود زواجهم لتعليم أولادهم أو تطبيبهم أو نحو ذلك.

كذلك، إذا كانت المرأة بحرينيّة، فإنّ ثبوت زواجها يكون متوقّفًا على رضا وليّها، والأصحّ أنْ نقول إجازته، وهذا يوافق قول محمّد بن الحسن صاحب أبي حنيفة؛ لأن الموافقة تكون قبلية بينما هنا جاءت بعديّة، فإنْ لم يرض، فظاهر نصّ المادّة 26 يفيد ببطلانه؛ لأنّه جعل الوليّ شرط صحّة، ولكنّ بالنّظر إلى نصّ المادّة 22 نجد أنّ لعقد الزّواج ركنين هما الزوجان والإيجاب والقبول، إنْ تخلّف أحدهما بطل العقد، ونصّ المادّة 15/ج الذي يقضي بأنْ ليس للوليّ منع موليّته مِنَ الزّواج دون سبب شرعيّ. وعليه، نقول إنْ كان الزّوج كفؤًا، رَفَعَت المرأة أمرها إلى القاضي ليجبر الوليّ على إجازة العقد أو يجيز العقد بنفسه إنْ أبى الوليّ ذلك، أمّا إنْ لم يكن كفؤًا فُسِخَ العقد.

ثالثا: تفريق المشرع الأردني بين البكر والثيب

بالنّظر إلى نصوص قانون الأحوال الشخصيّة الأردني يتّضح أنّه أخذ فيما يخصّ الولاية على المرأة الرّاشدة – وهي التي بلغت الثّامن عشرة من عمرها– بولاية الاختيار إنْ

كانت بكرًا، وهذا يستخلص من الفقرة (ب) من نصّ المادّة 6، التي تقضي بأنّ الأب والجدّ لهما أنْ يمنعا من هي تحت ولايتهما من الزّواج، إلاّ إذا لم يكن لهذا المنع مبرّر مشروع.

بينما أخذ بولاية النّدب والاستحباب بالنّسبة للمرأة الرّاشدة إنْ كانت ثيِّبًا، حيث نصّ في المادّة 13 من القانون نفسه على أنّه: ((لاَ تُشْتَرَطُ مُوَافَقَةُ الوَلِيِّ فِي زَوَاجِ المَرْأَةِ الثَّيِّبِ العَاقِلَةِ المُتَجَاوِزَةِ مِنَ العُمُرِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ عَامًا)).

لكنّنا نصطدم بنصّ المادّة 22 الذي يتعرض إلى حالة تزويج المرأة الرّاشدة لنفسها نافية أنْ يكون لها وليّ، ثمّ ظهر أنّ لها وليّ، حيث أعطى الحقّ للوليّ – في حالة عدم رضاه بهذا الزّواج – أنْ يطلب من القضاء فسخ العقد إنْ كان الزّوج غير كفءٍ للزّوجة، وهذا يشمل البكر كما يشمل الثّيِّب. أمّا المهر، إنْ كان أقلّ من مهر المثل، فلا يكون سببًا في فسخ العقد. كما يسقط حقّ الوليّ في فسخ العقد إذا حبلت المرأة من زوجها، طبقًا لنصّ المادّة 23.

هذا النّص، أي نصّ المادّة 22، وإنْ كان لا يتعارض مع ما جاء في نصّ المادّة 6 سالفة الذّكر، إلاّ أنّه يتناقض مع نصّ المادّة 13، الذي تجعل موافقة الوليّ على زواج المرأة الراشدة الثّيِّب غير مشترطة ابتداءً أي قبل العقد، فكيف تكون مشترطة بنصّ المادّة 22 انتهاءً أي بعد العقد؟

ويظهر لنا أنّ المشرّع الأردني أراد الأخذ برأي أبي حنيفة الذي عليه الفتوى عند المتأخرين منهم، حيث يرون بولاية الاستحباب على المرأة الراشدة، لكن يكون للأولياّء حقّ الاعتراض إذا كان الزّوج غير كفءٍ، ولا يكون لهم ذلك إذا نقص المهر عن مهر المثل. لكنّه قام بما يدعى بالتلفيق، إذ إن أبا حنيفة لم يفرق بين الثّيِّب وغير الثّيِّب في وجوب الوليّ ابتداءً، في حين فرّق المشرّع الأردني بينهما في نصّ المادّة 13، فجعله شرط إقدامٍ على العقد في حقّ البكر، ولم يجعله بهذا الوصف في حقّ الثّيِّب، وسوّى بينهما في حالة ادّعاء عدم وجود الأولياء.

الباب الثاني

تولي إبرام عقد الزواج

لعلّ مسألة إبرام عقد الزّواج هي أهمّ جزء في موضوعنا هذا، حيث يتّضح لنا من خلاله مَنْ هو الشّخص المؤهّل شرعًا وقانونًا لإجراء هذا العقد، لهذا خصّصنا له بابًا كاملا هو الباب الثّاني مِنْ هذه الرسالة.

نقوم في الفصل الأوّل منها بالتطرق إلى مسألة غاية في الأهمية، ألا وهي مسألة ترتيب الأولياء، حيث مِنَ المهمّ أنْ نعرف الوليّ المقدّم والوليّ المؤخّر، حتّى لا يُهضمَ حقّ أحدهم ولا يُتَطَاوَلَ عليه، ولتتحدّد المسؤوليّات، على اعتبار أنّ الولاية ليست مجرد حق أو سلطة تمنح للولي على المولّى عليها بل هي قبل ذلك مسؤولية تقع على عاتق الوليّ تجاه من هي تحت ولايته، بأنْ يختار لها الزّوج الأحسن والأكفأ، وأنْ يصونها ويحفظ عفّتها وحياءها، بعدم إطلاق العَنَان لها لحضور محافل الرّجال فتغترّ بمظهرهم وتُنْسَب إلى الوقاحة.

كما سنتطرّق بالمقابل إلى مسألة العضل أو المنع الذي يمارسه بعض الأولياء – غير الجديرين – بالولاية في حقّ بناتهم، تحقيقا لرغابتهم ومصالحهم الشخصيّة، أو إظهارًا لهيبتهم وسطوتهم أمام النّاس، دون مبرّر شرعيّ، أو نِكاية في الشّخص المتقدّم للزّواج، أو لغير ذلك مِنَ الأسباب.

وإذا كنّا سنتناول بالدّراسة قيام الوليّ الذّكر بإبرام عقد الزّواج، فإنّنا سنقوم إلى جانب ذلك بالتّطرّق إلى مسألة توليّ المرأة إبرام هذا العقد لنفسها أو لغيرها، مع ذكر الخلاف الفقهيّ الكبير بشأن ذلك وأدلّة كلّ فريق، والرّدود عليها، في الفصل الثّاني مِنْ هذا الباب، لنَخْرُجَ بنتيجة هذه الدّراسة في الخاتمة.

الفصل الأول

إبرام الولي لعقد الزواج

يفترض في وليّ المرأة أنْ يكون أحد أقاربها على اختلاف أصنافهم ودرجاتهم. غير أن تحديد مفهوم القريب أو القرابة في حدّ ذاته غير مسلّم به في كل مِنَ الفقه أو التّشريع، لهذا نجد أنّ الأولياء في الزّواج يختلفون من مذهب إلى مذهب ومن تشريع إلى تشريع؛ فنجد منهم مَنْ وسّع دائرة الولاية، ومِنْ ثمّ دائرة القرابة، إلى جميع الأشخاص، فجعلها رابطةً اجتماعية أكثر منها رابطة دمويّة، ومنهم من حصرها في رابطة الدّم فقط؛ لهذا السبب أردنا أنْ نبيّن أولاً مفهوم القرابة لنلج من خلاله إلى تحديد من هم أولياء المرأة في عقد الزّواج.

فالقريب في اللغة[1] هو ذو القرابة، وهو نقيض البعيد، فهو مأخوذ من القُرْب والدُّنُوّ، في النّسب والرحم[2]. أمّا في الاصطلاح، فتعرّف القرابة من النّاحية البيولوجية بأنها: ((اِنْتِمَاءُ شَخْصَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ إِلَى جَدٍّ وَاحِدٍ وَاِعْتِقَادُهُمْ أَنَّ لَهُمْ جَدٌّ وَاحِدٌ اِنْحَدَرُوا مِنْهُ))[3].

وهذا يعني أنّ الأقارب هم مَنْ تربطهم ببعضٍ علاقة بيولوجيّة تتمثّل في رابطة الدّم، التي تنحصر بين الأصول والفروع والحواشي الذين يجمعهم أصلٌ واحد، أو مّا نسمّيه العصبة بالنّسب، وهو ما يسمّى في علم الاجتماع بالجينالوجيا[4]. ولعلّ جمهور الفقهاء أخذ بهذا المفهوم للقرابة لتحديد الأولياء في عقد الزّواج.

وتعرّف سوسيوأنتروبولوجيًّا بأنها علاقة اجتماعية، تعتمد على روابط دمويّة حقيقية أو وهمية أو مصطنعة. أو أنّها علاقة اجتماعية تقوم على أساس رابطة الزّواج أو رابطة الدّم

(1) – الفراهيدي، العين، ج3، 370– 371؛ ابن منظور، لسان العرب، مج5، باب القاف، ص3566.

(2) – الزبيدي، تاج العروس، ج4، ص8.

(3) – ذكر هذا التعريف: وسيلة بويعلى، زواج الأقارب في المجتمع الحضري وانعكاساته على الأسرة، مذكرة ماجستير، جامع الحاج لخضر، باتنة، 2004– 2005، ص59.

(4) – وسيلة بويعلى، المرجع نفسه، ص60.

أو المصاهرة[1].

فإنْ كان التّعريف الثّاني قد بنى القرابة على العلاقات الشرعيّة التي تتمثل في النّسب والمصاهرة في شكلها العام، فإنّ التّعريف الأوّل قد وسّع دائرتها إلى العلاقات غير الشرعيّة كالتّبنّي.

وإذا كانت هذه بعض التّعاريف العامة للقرابة، فإنّ لها- أي للقرابة- عدّة أنواع غالبيتها مذكور في تلك التّعاريف، مثل القرابة الدّمويّة وقرابة المصاهرة، والقرابة الاجتماعية، والقرابة الاصطناعية، والقرابة الطقوسية. كما لها عدّة أنظمة، مثل نظام الانتساب الأبوي، والأمومي، والثّنائي أي الأبوي والأمومي في الوقت ذاته، والطوطمي[2].

وعلى أساس أنواع وأنظمة القرابة، تمّ تحديد أولياء المرأة في الزّواج على النّحو الذي سنبيّنه في هذا الفصل.

(1) – ذكر هذه التعاريف: وسيلة بويعلى، المرجع السابق، ص60.

(2) – انظر في تفصيل ذلك: وسيلة بويعلى، المرجع نفسه، ص62– 70.

نظام الانتساب الطوطمي يعني اعتقاد مجموعة من الأفراد – عشيرة مثلا – بانحدارهم من نسل شخص واحد، وهم متساوون جميعا في درجة القرابة. المرجع نفسه، ص70.

المبحث الأول

ترتيب الأولياء في عقد الزّواج

أشرنا إلى أنّ أولياء المرأة غالبًا هم قرابتها، وهذه القرابة منها قرابة النّسب والتي تنقسم إلى قرابة مباشرة بين الأصول والفروع، كالأب والجدّ وإنْ علا، والابن وابنه وإنْ نزل، وقرابة حواشي بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أنْ يكون أحدهم فرعًا للآخر كالإخوة، والأعمام. يضاف إلى قرابة النّسب قرابة المصاهرة، والتي تنشأ عن طريق الزّواج، فتكون بين الزّوج وزوجه، وبين أقربائهم.

أصناف القرابة هذه لا شكّ تبيّن أنّ لكلّ شخصٍ في العائلة الصغيرة أو الكبيرة مكانة لا ينزل عنها كما لا يرتفع عليها، ممّا يطرح إشكاليّة أهميّة هذه المكانة أو المرتبة في عقد زواج المرأة، وهل تجاوز الأدنى مرتبة للأعلى يؤثّر على عقد الزّواج أم لا؟

هذا ما سنحاول أنْ نوضّحه مِنْ خلال إيراد التّرتيب الذي أخذ به كل مذهب فقهيّ وقانون وضعي، لنخرج بالتّرتيب الذي نراه أنسب وأولى.

المطلب الأول

ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء اختلافا كبيرًا في مسألة ترتيب الأولياء في الزّواج وتقديم درجة قرابة على أخرى، بل وتقديم أبناء الدّرجة الواحدة على بعضهم. فمنهم مَنْ تقيّد بالتّرتيب المعتمد في المواريث، ومنهم من غيّر في هذا التّرتيب بتقديم الأصول على الفروع، ومنهم مَنْ حرم الفروع دون الأصول مِنَ الولاية، وعلى هذا الأساس ارتأينا أنْ ندرس مسألة ترتيب الأولياء وفقا لهذه الاتجاهات الثلاثة.

الفرع الأول

ترتيب الأولياء على أساس الإرث

سلك الحنفيّة والشّيعة الزّيديّة في ترتيب الأولياء مسلك ترتيب الشّرع للعصبات في الميراث، وجعلوا الأقرب منهم يحجب الأبعد، فيمنعه مِنَ الولاية مثل ما يمنعه من الميراث[1]. غير أن الولاية عند الحنفيّة هي ولاية الإجبار فقط والتي تثبت كما قلنا للعصبات لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «النِّكَاحُ إِلَى العَصَبَاتِ»[2].

أولا: ترتيب الأولياء عند الحنفية

جعل أبو حنيفة شرط التّقدم في الولاية مقرونًا بشيئين هما: العصوبة وقرب القرابة؛ فتُقَدَّمُ العصبة على ذوي الرّحم حتّى ولو كان العاصب أبعد، كما يتقدّم الأقرب على الأبعد في الحالتين، في حين جعل الصاحبان العصوبة شرطًا لثبوت أصل الولاية، وقرب القرابة شرطًا للتقدّم [3].

والاتفاق على أنّ الأقرب هو مَنْ يحقّ له تولّي زواج مولّيته مردّه أنّ الولاية في الزّواج ولاية نظر، وتصرّف الأقرب أنظر في حقّ المولّى عليه مِنَ الأبعد؛ لأنّه أشفق، فكان أحقّ بالولاية مِنَ الأبعد[4].

---

(1) – بلال حامد إبراهيم بلال، المرجع السابق، ص994؛ الجبوري، المرجع السابق، ص270.

(2) – قال ابن حجر عن هذا الحديث: «لم أجده». انظر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تصحيح وتعليق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ت، ج2، ص62، حديث رقم 545؛ وقال الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق، ج2، ص122: «لم يخرجه أحد من الجماعة ولا يثبت»؛ وقال بدر الدين العيني (البناية شرح الهادية، ج4، ص600): «ذكر الحديث السرخسي وسبط ابن الجوزي، ولم يخرجه أحد من الجماعة ولم يثبت، مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة»، وقال السروجي: «روي عن علي موقوفا ومرفوعا: «الإنكاح إلى العصبات»».

(3) – انظر في ذلك: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249– 250.

(4) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250.

غير أنّ ترتيب الأولياء عند الحنفيّة في الولاية على المال رغم أنّه مبني أيضا على النظر والشفقة، فهو مختلف عن ترتيبه في الولاية على النّفس، حيث يأتي الأب ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه؛ لأن شفقة الأب فوق شفقة الكل، وكذلك =

وما يترتّب عن هذا الاختلاف أنّه إذا نظرنا إلى أنّ استحقاق القرابة يكون بالوراثة كما قال أبو حنيفة، فإنّ الأبعد لا يرث مع الأقرب، ولهذا إذا اجتمع مثلاً الأب مع والجدّ الصّحيح فإنّ الأب يقدمّ على الجدّ، وإذا اجتمع الجدّ والأخ، يقدم الجدّ. أمّا إذا قلنا إنّ استحقاق القرابة يكون بالتّعصيب كما قال الصّاحبان، فإنّ الأبعد لا يكون عصبة مع الأقرب، وعليه إذا اجتمع الجدّ مع الأخ فهما في مرتبة واحدة، ويُعامَلان كأنّهما أخوان فيشتركان في الولاية مثلما يشتركان في الميراث[1].

غير أنّه إذا اجتمع الأب مع الابن، فإنّ أبا حنيفة قدّم الابن مطلقاً؛ لأنّه أقرب العصبات، أمّا محمد فقال بأنّ الأب أولى؛ لأنّه أولى بالتّصرّف في مالها، وبالتّالي هو أجدر بالولاية على نفسها، أمّا أبو يوسف ففي رواية عن محمد أنّه وافق أبا حنيفة، وفي رواية عن المعلّى أنّه أيّهما زوّجها كان العقد صحيحًا، فإنْ اجتمعا، ينبغي على الابن أنْ يفوِّض الأمر إلى أبيه احترامًا له وتعظيمًا لشأنه[2].

= شفقة وصيّه أعلى من شفقة الجد؛ لأنّه مرضي الأب، ثمّ الجد ثمّ وصيّه ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ القاضي ثمّ من نصّبه القاضي أي وصيّه، فقدّم الجد ووصيّه على القاضي؛ لأن الجد قريب والقاضي أجنبي، وشفقة القريب فوق شفقة الأجنبي.

بل إنهم لم يجعلوا للعم والأخ والأم ولاية على مال الصغير، بحجة أن العمّ والأخ قاصري الشفقة تجاه الصغير، أما الأم وإن كانت لها شفقة إلاّ أنها تتصف بعدم كمال الرأي لنقص عقلها عادة.

انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص155.

وهذا يبين التناقض الحاصل في رأي الحنفيّة، من حيث إنهم يجعلون الولاية في الزّواج مبنية على الإرث ووفقا للنظر والشفقة، ويمنحون المرأة البالغة الرشيدة حرية إبرام عقدها لنفسها ولغيرها على حد سواء، وفي المقابل يجعلون الولاية على المال مبنية على النظر والشفقة أيضا، ومع ذلك تمنح الولاية لأشخاص غير مذكورين في الولاية على الزّواج عندهم، كما يمنعون البعض من الولاية لأسباب تناقض الأسباب التي منحوا بها الولاية لنفس الأشخاص، كالعم والأخ، بل جعلوا الأم غير مؤهلة لأنْ تكون وليّة على أموال أولادها لقصر نظرها ونقص عقلها، في حين يثبتون لها كمال النّظر وكمال العقل عندما يتعلّق الأمر بالزّواج، وكأنّ الزّواج أهون مِنَ المعاملات المالية، أو أنّ الضرر المادّي في المعاملات المالية أعظم مِنَ ضرر الأبضاع في العلاقات الأسرية والاجتماعية!

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص219؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ ابن الهمام ، شرح فتح القدير، ج3، ص268؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص122؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص127.

(2) – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص149– 150؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص497؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص127.

أ- **ترتيب العصبات**:

وفقًا للشّروط المذكورة؛ فإنّ ترتيب الأولياء عند الحنفية يبدأ بالبنوّة، ثمّ الأبوّة، ثمّ الأخوّة، ثمّ العمومة، ثمّ المُعْتِق، ثمّ الإمام والحاكم، على التّفصيل الآتي[1]:

- الابن وابنه وإنْ نزل، مع الأخذ بالاختلاف المذكور أعلاه.
- الأب ثمّ الجدّ أبو الأب.
- الأخ الشّقيق ثمّ الأخ لأب.

وقد نقلنا آنفا أنّ أبا حنيفة يجعل الجدّ أولى مِنَ الأخ، أمّا الصّاحبان – محمد، وأبو يوسف في رواية– فيشركانهما في الولاية، غير أنّ الصّحيح في المذهب هو القول الأول[2].

ثمّ يأتي:

- ابن الأخ الشقيق ثمّ ابن الأخ لأب.
- العم الشّقيق ثمّ العمّ لأب.
- ابن العمّ الشقيق ثمّ ابن العمّ لأب.
- عم الأب الشّقيق ثمّ أبناؤه، ثمّ عم الأب لأب ثمّ أبناؤه.
- عمّ الجدّ الشّقيق ثمّ أبناؤه، ثمّ عمّ الجدّ لأب ثمّ أبناؤه وإن سفلوا.
- مولى العَتَاقة حتّى ولو كان امرأة، ثمّ بَنُوهُ وإنْ نزلوا[3] ثمّ عصبته مِنَ النّسب على ترتيب عصبات النّسب.

فإذا لم يوجد للمولّى عليها عصبات، انتقلت الولاية إلى ذوي الأرحام في قول أبي

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص219 وما بعدها؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص240 وما بعدها؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص268– 269؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص497؛ الموسوعة الفقهية، ج41، ص275– 276.

(2) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص219؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص268؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص122؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص127.

(3) – لم يذكر صاحب مجمع الأنهر أبناء مولى العتاقة ضمن الترتيب، بل اكتفى بذكر عصبته، وهذا يعني إخراج بنات المعتق من الترتيب المذكور؛ لأنهن لسن عصبات بأنفسهن.

حنيفة – استحسانا–، أمّا عند محمد فلا تثبت لهم ولاية التّزويج، وهو القياس، وهي رواية عن أبي حنيفة أيضًا. أمّا أبو يوسف فالنّقل عنه مضطرب؛ فتارةً أنّه مع قول محمّد وتارةً أنّه مع قول أبي حنيفة[1].

ب- **ترتيب ذوي الأرحام**:

ترتيب ذوي الأرحام عند أبي حنيفة هو كالآتي:

الأمّ ثمّ البنت إذا كانت أمّها مجنونة، ثمّ بنت الابن ثمّ بنت البنت، ثمّ بنت ابن الابن ثمّ بنت بنت البنت، ثمّ الأخت الشّقيقة ثمّ الأخت لأب، على أنّ الجدّ الفاسد أولى مِنَ الأخت عند أبي حنيفة، أمّا عند أبي يوسف فالولاية لهما كما في الميراث، ثمّ الإخوة لأمّ – يستوي ذكورهم وإناثهم في ذلك– ثمّ أولادهم، ثمّ العمّات ثمّ الأخوال ثمّ الخالات ثمّ بنات الأعمام ثمّ بنات العمّات، ثمّ مولى الموالاة، وهو الذي أسلم على يد أب مَنْ يُرَاد تزويجها ووالاه[2].

ثمّ السّلطان، ثم القاضي ثمّ مَنْ نصّبه، إذا شُرِطَ في عهده تزويج الصغار، أمّا إذا لم يشرط ذلك فلا ولاية له[3].

والخلاصة أنّ الحنفيّة يخالفون غيرهم في إثبات الولاية لذوي الأرحام . كما يخالفون غيرهم في عدم ثبوت الولاية للوصيّ – عدا الحنابلة والإباضية–؛ لأنّه ليس مِنَ الأقارب العصبة غالبا.

ثانيا: ترتيب الأولياء عند الشيعة الزيدية

أولى الأولياء عند الشّيعة الزّيديّة هو الابن ثمّ ابنه وإنْ نزل، ثمّ الأب وأبوه وإنْ علا، ثمّ

(1) – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص133؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص47؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص275.

(2) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص13؛ 3ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص275؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص284؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص388.

(3) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص134؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص275؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص122؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص134؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص284.

الإخوة الأشقّاء ثمّ لأب، ثمّ ابن الأخ الشّقيق ثمّ لأب، ثمّ الأعمام وأبناؤهم، الأقرب فالأقرب على النّحو السّابق، ثمّ أعمام الأب وأبناؤهم كذلك؛ فإن لم يوجد أحد منهم، فالوليّ هو السّلطان أو نائبه، وليس لذوي الأرحام حقٌّ في الولاية[1]، غير أنّه يستحبّ تقديم ذوي الأرحام في التّوكيل في الزّواج مِنْ طرف الوليّ[2].

هذا بالنّسبة إلى ولاية النّسب، وتليها ولاية السّبب؛ فإذا لم يوجد أحدٌ ممّا سبق انتقلت الولاية إلى المعتِق إنْ كانت المرأة مُعتَقَة، فإنْ غاب أو مات، انتقلت إلى أقرب عصبته على التّرتيب الذي ذكرناه في عصبة النّسب، ثمّ يأتي مُعتِق المعتِق على النّحو الذي سبق، ثمّ الوصيّ الذي يكون مقدّمًا على الإمام والحاكم بشرط أنْ يكون وليّ المرأة قد أوصاه بتزويج مولّيته مِنْ شخصٍ معيّن، وأنْ تكون المرأة وقت العقد صغيرةً أو مجنونةً جنونًا مستمرًّا مِنْ وقت الإيصاء إلى وقت العقد، فإنْ لم يعيِّن الوليّ الزّوجَ، أو كانت المرأة كبيرةً أو انقطع جنونها، فإنّ الولاية تنتقل إلى الإمام والحاكم، فإنْ لم يكن هناك إمام أو حاكم أو منعهما عذر مِنْ ممارسة صلاحياتهما، كان للمرأة أنْ تُعَيِّن رجلاً بالغًا عاقلاً ليزوّجها[3].

وإنْ كان للمرأة أكثر مِنْ وليّ، وكانوا في درجةٍ واحدةٍ، كالأبناء، أو الإخوة الأشقّاء، وزوّجها أحدهم دون الرّجوع إلى الآخرين، صحّ العقد، وليس لهم الاعتراض إنْ كان الزّوج كفؤًا[4].

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء باعتبار الأصول والفروع

اشترك المالكيّة والحنابلة والإباضيّة في إثبات الولاية لكلّ مِنْ أصول المرأة وفروعها، على اختلاف بينهم وفق التفصيل الآتي.

(1) – أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص46–47؛ الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص17–18.
(2) – عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج6، ص370.
(3) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص18–19.
(4) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص19.

أولا: ترتيب الأولياء عند المالكية

ذهب فقهاء المذهب المالكي في ترتيب الأولياء مسلكًا مغايرًا لِمَا ذهب إليه نظراؤهم الحنفيّة، ففرّقوا بين صنفين مِنَ النّساء: الإماء والحرائر، ثمّ فرّقوا بين الحرائر فيما لو كانت عليهنّ ولاية إجبار أم ولاية اختيار[1].

أ- **ترتيب الأولياء بالنّسبة للأمة:**

إنْ كانت المرأة أمَةً فالولاية لسيّدها، وليس لأحد غيره، فإنْ زوّجت نفسها بنفسها كان العقد باطلاً[2]، وإنْ أوكلت رجلاً ليزوّجها، ففي ذلك روايتان عن الإمام مالك: إحداهما أنّه إذا أجاز السّيد العقد نفذ وإنْ شاء فَسَخَهُ، والرّواية الأخرى أنّ العقد باطل[3]. وبعد السيّد تكون الولاية للابن ثمّ ابنه ثمّ الأب[4].

ب- **ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة التي يقع عليها الجبر:**

المرأة الحُرّة، إنْ كانت من الأصناف التي يقع عليها الجبر، فإنّ أولياءها في التّزويج هم على التّرتيب الآتي:

- **الأب:** ولو دون صداق المثل، أو كان الزّوج أقل حالاً منها، أو قبيحَ مَنْظَرٍ أي غير كفءٍ؛ ويكون الجبر واقعًا على الفتاة البكر ولو كانت عانسًا وقد بلغت السِّتِّين مِنْ عمرها في المشهور مِنَ المذهب، والثيّب التي لم تبلغ بعد، والمجنونة البالغة ولو كانت ثيّبًا[5].

---

(1) – بلال حامد إبراهيم بلال، المرجع السابق، ص996.

(2) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص513– 514

(3) – يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان،1413هـ– 1992م، ص246؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص233.

(4) – العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج3، ص176.

ذكر الدكتور بلال حامد إبراهيم بلال بأن الولاية بعد السيد هي للأب (المرجع السابق، ص996). ولو أنّه نظر إلى تعليق العدوي على متن الخرشي لفهم المقصود، حيث قال: إن الترتيب هنا يفيد أنّ مرتبة الأب متأخرة عن مرتبة السيد وليس أنّه يليه في الولاية؛ لأن هذا خلاف المذهب.

(5) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص222– 223؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص353؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176؛ الموسوعة الفقهية، ج41، ص260، 261.

=

- **وليّ الأب**: إذا كان الأب غير رشيد[1].
- **وصيّ الأب**: فيكون له الجبر فيما للأب جبر فيه، شرط أنْ يعيّن له الزّوج، وأنْ يكون المهر مهر المثل، وألاّ يكون فاسقاً[2]، على خلاف بين فقهاء المالكيّة؛ فإنْ كانت العبارة مخصّصة كأنْ تتعلّق بالبُضع أو زواج البنات، فله الجبر، وإنْ كانت عبارة الإيصاء عامّة كأنْ يقول له: أنت وصيّي على بناتي، فليس له الجبر[3]، وهذا هو الرّاجح، فإنْ كان الإيصاء على المال فلا جبر اتّفاقاً[4].

ج- ترتيب الأولياء بالنّسبة للمرأة غير المُجْبَرة:

تثبت الولاية على للمرأة غير المجبرة، للبنوّة ثمّ الأبوّة المباشرة، ثمّ الأخوّة ثمّ الجدودة ثمّ العمومة، على النّحو الآتي[5]:

- الابن ثمّ ابن الابن وإن نزل.
- الأب الشّرعيّ وليس الأب الزّاني أو الأب مِنَ الرّضاع.
- الأخ الشّقيق أو الأخ لأب.
- ابن الأخ وإنْ نزل، وهذا هو المشهور، وفي مقابل هذا الرّأي، يكون الجدّ وأبوه وإنْ علا مقدّمًا على الأخ وابنه.
- الجدّ.

= غير أن ابن وهب قال بأن البكر إذا كانت عانسا فلا تجبر؛ لأنها صارت كالثيّب.

(1) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص222؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص353. وقيل: إنّ الأب إنْ كان سفيها ولكنّه ذو رأي، فإنّه يكون مُجْبِرًا، أمّا إنْ كان ناقص التمييز؛ كان التزويج لوليّه.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص223 – 224؛ الموسوعة الفقهية، ج41، ص261.

(3) – انظر في تفصيل ذلك: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص285؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص225.

(4) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص224؛ حاشية العدوي على مختصر خليل للخرشي، ج3، ص178؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص355– 356.

(5) – عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص482– 484؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225، 226؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص359– 361؛ سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1420هـ– 1999م، ج5، ص14؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج41، ص276– 278.

- العمّ الشّقيق ثمّ العمّ لأب.
- ابن العمّ الشّقيق ثمّ ابن العمّ لأب؛ فيقدّم صنف الشّقيق على الذي لأب على الأصّح عند ابن بشير، والمختار عند اللّخمي، وهو قول مالك وابن القاسم وسُحنون. وفي مقابل هذا الرأي هناك رأي آخر رواه علي بن زياد عن الإمام مالك، أنّ الشّقيق وغيره في مرتبة واحدة، وعند التّنازع تتمّ القرعة بينهم.
- أبو الجدّ، ثمّ عمّ الأب فابنه.
- عمّ الجدّ ثمّ ابنه. وعند تساوي هؤلاء في الرّتبة كإخوة كلّهم علماء، قام الحاكم بتقديم مَنْ يراه أنسب، فإنْ لم يوجد حاكم أجريت القرعة بينهم.
- **المولى الأعلى:** وهو مَنْ أعتق المرأة المراد تزويجها وعصبته المتعصّبون بأنفسهم، أو مَنْ أعتق مَنْ أعتقها، أو أعتق أباها[1].
- **كافل المرأة:** فإذا مات أبوها أو غاب وكفلها رجل ولو أجنبيًّا حتّى بلغت عنده، كان له أنْ يزوّجها بعد أخذ إذنها إنْ لم يكن لها عصبة.

واختُلِفَ في مدّة الكفالة التي تثبتُ بها الولاية، فقيل أربع سنين، وقيل عشر سنين، وقيل الأَوْلَى ألاّ تُحَدُّ بزمن، إنّما تحدّ بما يوجب الحنان والشّفقة التي تتولّد في نفس الكافل تُجاه المكفولة عادةً[2].

والظّاهر مِنْ كتاب المدوّنة أنّ تزويج الكافل الأجنبي للمرأة إنّما يكون في الدّنيئة، أي التي لا قدر لها مِنْ حيث المال، أو النّسب والحسب، أو الجمال. أمّا الشّريفة فلا يزوّجها الكافل بل يزوّجها الحاكم، ويصبح الكافل حينها مِنْ عامّة المسلمين[3]، وقيل إنّه لا

(1) – أما المولى الأسفل، وهو الذي أعتقته المرأة المقبلة على الزّواج، فالأصحّ في المذهب أنّه لا ولاية له عليها؛ لأن الولاية تستحق بالتعصيب وهو ليس بعصبة. انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225؛ العبدري، التاج والإكليل، ج3، ص429.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص181؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص13؛ عبد السميع الأزهري، الثمر الداني، ص371؛ المنوفي، كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي، ج3، ص95.

(3) – انظر في ذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص181؛ القرافي، الذخيرة، ج4، 240.

يشترط في ولاية الكافل الدّناءة بل ولايته عامة على كل مِنَ الدّنيئة والشّريفة[1].

كما اختُلف في المرأة الكافلة هل تكون لها الولاية أم لا؛ فرأى فريق أنْ ليس لها ولاية، وهذا هو المذهب، ورأى فريق آخر أنّ لها الولاية، ولكنّها لا تباشر العقد بل توكل مَنْ يعقد لمكفولتها[2].

- **الحاكم:** أو القاضي الشّرعي في عصرنا هذا، إنْ لم يوجد الوليّ أو وُجِدَ ولكنّه غاب غيبة بعيدة، كان له أنْ يزوّج المرأة الرّاغبة في الزّواج، شرط أنْ لا يأخذ عن تولّيه إبرام العقد مالاً. أمّا إنْ غاب غيبة قريبة، فعلى الحاكم أنْ يبعث إليه، ويُوقَفُ الزَّوْجُ عنها. ومقدار الغيبة البعيدة عند المالكيّة هنا هو ثلاثة أيّام فأكثر[3].
- **عامّة المسلمين:** إنْ لم يوجد للمرأة ما سبق مِنْ عاصبٍ، ولا مولًى ولا كافلٍ ولا حاكمٍ شرعيٍّ، كان لأيّ رجل مِنْ عامّة المسلمين أنْ يتولّى عقد زواجها، مثل الخال والجدّ مِنْ جهة الأمّ، شرط أخذ إذنها. وهذا مأخوذ مِنْ عموم قوله تعالى: ﴿ **وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ** ...﴿٧١﴾﴾[4].

بيد أنّه إذا كان للمرأة وليٌّ خاصّ غير مُجْبِرٍ، وكانت المرأة شريفة، وتمّ تزويجها بطريق الولاية العامّة، أي زوّجها أحدٌ مِنْ عامّة المسلمين، فلا يجوز هذا الزّواج ابتداءً، ولكن إذا تمّ الدّخول بالمرأة وطال زمن الزّواج، كأن تكون قد وَلَدَتْ أو مرّت بضع سنين، فإنّ العقد يكون صحيحًا (أي انتهاءً). أمّا إذا كانت دنيئة صحّ الزّواج بالولاية العامّة ولو مع وجود وليّ خاصٍّ؛ ذلك أنّه لا تلحقها بهذا الزّواج مَعَرَّةٌ، فلا يُفسخ عقد زواجها سواء مرّ عليه زمنٌ قصيرٌ أم طويل، وسواء دخل بها الزّوج أم لا[5].

---

(1) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225– 226؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص181؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص361.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص360.

(3) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص226؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص19؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص363.

(4) – من الآية 71 من سورة التوبة.

(5) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225، ص226؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص182.

=

واختُلِفَ حول التّرتيب المذكور؛ فقيل إنّه واجب وهو الرّاجح، وقيل إنّه مندوب. ويترتّب على القولين أنّه إذا أخذنا بالوجوب لم يَجُزْ عقد الزّواج الذي يبرمه الأبعد مع وجود الأقرب، أمّا إذا أخذنا بالقول الثّاني، فإنّ العقد يصحّ مِنَ الأبعد مع وجود مَنْ هو أقرب منه. غير أنّ هناك قولاً ثالثًا يرى التّرتيب المذكور واجبًا غير شرطٍ[1].

وخلاصة القول أنّ المالكيّة يخالفون غيرهم في جعل الجدّ في المرتبة الرّابعة بعد الإخوة، وليس بعد الأب، وأنّ الوليّ المجبر هو الأب فقط لا الجدّ، كما يخالفونهم أيضًا في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، وبالولاية العامّة بسبب الإسلام[2].

ثانيا: ترتيب الأولياء عند الحنبلية

ميزّ الحنابلة أيضًا بين المرأة الحرّة وبين الأمة، فإنْ كانت أمَةً فإنّ سيّدها هو وليّها بلا خلاف بينهم[3]، وإنْ كانت حرّة فإنّهم يفرّقون أيضًا بين كون الوليّ مُجْبِرًا أم غير مُجْبِرٍ.

فالوليّ المجبر هو الأب، ثمّ وصيّه بعد موته، ثمّ الحاكم عند الحاجة[4]. أمّا الوليّ غير المجبر فينصرف إلى بقية الأقارب، الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الإرث.

وترتيب الأولياء بالنّسبة للمرأة الحرّة عند الحنابلة مبنيٌّ على النّظر والشّفقة، وهذا يتحقّق- عادة- في ذوي القرابة، ومِنْ ثمّ جعلوه كالآتي:

= أما إذا عقد الزّواج بالولاية العامة مع وجود الوليّ المجبر كالأب في ابنته والسيد في أمته، فإن العقد يكون فاسدا، ويترتب عليه الفسخ مطلقا حتّى ولو أجازه الوليّ المجبر.

(1) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص225؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص183؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص12؛ المنوفي، كفاية الطالب مع حاشية العدوي، ج3، ص97.

(2) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص205.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص355؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص71؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج6، ص107- 108؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص265، هامش رقم5.

(4) - مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص55؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص131؛ محمد بن مفلح، الفروع، ص1258.

- **الأب:** هو أحقّ النّاس بتزويج ابنته، ولا ولاية لأحدٍ معه؛ لأن الولد موهوبٌ لأبيه، لقوله تعالى: ﴿...وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ...﴿٩٠﴾﴾[1]، ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ ۚ إِنَّ رَبِّى لَسَمِيعُ ٱلدُّعَآءِ ﴿٣٩﴾﴾[2]. ولحديث النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»[3]، فهو أكمل نظرًا وأشدّ شفقةً، وبعد الأب يأتي الجدّ أبو الأب وإنْ علا[4].
- **الابن:** إذا لم يوجد الأب أو الجدّ على نحو ما سبق، كان الابن أحقّ بالولاية، ثمّ ابن الابن وإنْ نزل[5]، لحديث أمّ سلمة الذي سبق.
- **الأخ:** يقدّم الأخ الشّقيق على الأخ لأب في إحدى الرّوايتين عن الإمام أحمد وهو ما رجّحه ابن قدامة، أمّا المشهور عن الإمام أحمد أنّهما متساويان في الولاية؛ لأن الولاية أتتهما مِنْ جهة الأب، أمّا الأم فلا دخل لها في الولاية[6]، ثمّ بَنُوا الأخ وإنْ نزلوا.

---

(1) – من الآية 90 من سورة الأنبياء.

(2) – الآية 39 من سورة إبراهيم.

(3) – رواه ابن ماجه، السنن، ص392– 393، حديث رقم 2291 و 2292. قال الألباني: «صحيح»؛ الشافعي، المسند، مج3، ص1200، حديث رقم 1004. قال رفعت فوزي: «صحيح لغيره»؛ نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، باب في مال الولد، ص269، حديث رقم 1094؛ البيهقي، السنن الكبرى، باب نفقة الأبوين، ج7، ص480؛ أحمد بن حنبل، المسند، مج6، ص385، حديث رقم 6902. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح».

وفي رواية أخرى: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ إِنَّ أَوْلاَدَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلاَدِكُمْ». رواه أحمد بن حنبل، المسند، مج6، ص232، حديث رقم 6678. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص633، حديث رقم 3530. قال الألباني: «حسن صحيح».

(4) – الخرقي، مختصر الخرقي، ص99؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص356؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص69؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص119؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص104– 105؛ البهوتي، كشاف القناع، مج11، ص266– 267.

(5) – وهناك رواية أخرى يقدّم فيها الابن على الأب والجد مثل الميراث، وفي أخرى أنّه يقدم على الجد. انظر في ذلك: ابن قدامة، المغني، ج9، ص356؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص69؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص119– 120؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص105.

(6) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص358– 359؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص69 – 70؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص120– 121؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص105– 106.

وهناك روايتان عن الإمام أحمد؛ تفيد الأولى أن الأخ يقدم على الجد، والثّانية أنهما متساويان.

انظر ابن قدامة، المغني، ج9، ص356.

- **العمّ:** ويأتي العمّ الشّقيق ثمّ العمّ لأب، ثمّ أبناؤهما، على الخلاف الذي ورد في الأخ الشّقيق والأخ لأب[1]. ثمّ يأتي أعمام الأب ثمّ أبناؤهم، وإنْ نزلوا، ثمّ أعمام الجدّ ثمّ أبناؤهم[2].
- **مولى العتاقة:** فالذي أَنْعَمَ على المرأة بتحريرها هو أولى بتزويجها إنْ فُقِدَ مَنْ سبق ذكرهم، فإنْ لم يوجد هو أيضًا أو كان ممّن لا تثبت له الولاية كالمرأة والصّبي والكافر، فأقرب عصبته أولى بتزويجها على ترتيب الميراث، فإنْ عدموا، فمولى المولى ثمّ عصباته وهكذا دواليك[3].
- **السّلطان:** والسّلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو مَنْ تمّ تفويضه[4].
- **الوكيل:** يحقّ لأيّ واحدٍ مِنَ الأولياء الذين ذكرناهم أنْ يوكّل رجلاً يقوم مقامه في تزويج مَنْ هي تحت ولايته، سواء أكان هذا الوليّ غائبًا أم حاضرًا، مُجبِراً أم غير مُجبِرٍ، بوكالة عامّة أو خاصّة، ولو دون إذنها[5].
- **الوصيّ:** اختلفت الرّواية عن الإمام أحمد في الوصيّة في الزّواج، فقيل تصحّ الوصيّة فيه، وقيل لا تصحّ[6].

---

(1) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص359؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص121– 122؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج6، ص106؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص70.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص359؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص268؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص121– 122؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص106– 107.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص360؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص269؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص122؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص107؛ مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ج5، ص61–62.

غير أنّه إذا اجتمع ابن المعتِق مع أبي المعتِق، فإن الابن هو من يُقدَّم، خلافا لأب وابن المرأة المراد تزويجها؛ لأن الابن هنا أحق بالميراث وأقوى تعصيبا، وإنما قُدِّم أب النّسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته، وهذا غير متوفر في حالة أب المعتِق.

(4) – الخرقي، مختصر الخرقي، ص99؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص360– 361؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص70–71؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص269– 271؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص122– 123؛ إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مج6، ص107.

(5) – الخرقي، مختصر الخرقي، ص99؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص363– 364؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص123؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص82–83.

(6) – الخرقي، مختصر الخرقي، ص99؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص365– 366؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص85 –86.

- **أحد المسلمين العدول:** إذا لم يكنْ للمرأة وليٌّ، ولم يكن في البلد قاضٍ أو سلطانٌ، فإنّ للمرأة إذا أرادت الزّواج أنْ تأذن لأحد المسلمين العدول أنْ يزوّجها، شرط أنْ يحتاط لها في الكفاءة في الرّجل، والمهر[1].

هؤلاء هم جملة الأولياء عند الحنابلة، أمّا الأقارب غير العصبات فليس لهم ولاية، ومِنْ جملتهم: الأخ لأم، والعمّ مِنْ جهة الأم، والخال، ووالد الأم- ما نُدخلهم مع المسلمين العدول- ؛ لأنهم أشبه بالأجنبيّ[2].

ثالثا: ترتيب الأولياء عند الإباضية

تقدم جهة الأبوة عند الإباضيّة[3]، ثمّ الأخوّة، ثمّ العمومة؛ فيأتي الأب أوّلاً وإنْ علا، ثمّ الأخ الشّقيق فالأخ لأب، ويليه العمّ الشّقيق ثمّ العمّ لأب.

والأخ لأب أولى مِنْ ابن الأخ الشّقيق، كما أنّ الأخ الشّقيق أو لأب أولى مِنَ الابن عند الأكثريّة، وفي قولٍ، الابن أولى مِنَ الأخ. والإجماع أنّه أولى مِنْ ابن الأخ ومِنَ العمّ[4].

أمّا الوصيّ، أو كما يسمونه الخليفة، والوكيل كذلك، فقد اختلفوا فيهما على أربعة أقوال: القول الأول يعطي للأب وحده الحقّ في الإيصاء، والثّاني يعطي الحقّ لأيّ وليّ، والثّالث يمنع الإيصاء مطلقًا، أمّا القول الرّابع فيجيز وكالة غير الأب في حالة الغيبة ويمنع

---

(1) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص362؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص133؛ كشاف القناع، ج11، ص271؛ مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ج5، ص63؛ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص153.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص359– 360؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص132؛ كشاف القناع، ج11، ص270– 271؛ مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ج5، ص61؛ إبراهيم بن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص153.

(3) – إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص106–108؛ الكندي، بيان الشرع، ج48، ص315.

(4) – وهذا يقتضي أن الابن يأتي بعد الأخ لأب على أقل تقدير وقبل العم.
وفي حالة استواء الأولياء كالإخوة الأشقّاء فيما بينهم، إنْ زوّج أحدهم أخته برجل دون موافقة الآخرين، جاز العقد ولو كان أصغرهم أو أقلهم عقلا. انظر: إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص108.

خلافته إذا مات[1]، أي أن لا تجوز وكالة الأب حتى ولو غاب، أمّا خلافته فلا تجوز إذا مات، ومن باب أولى إذا كان حيًّا، حاضرًا أو غائبًا.

وعلى قول مَنْ يرى بالإيصاء، هل يقدّم الوليّ الأقرب أم الوصيّ، ثلاثة أقوال: الأوّل أنّ الوصيّ يقدّم على الوليّ؛ لأن الأب استخلف مَنْ شاء على ابنته في بدنها ومالها، فكذلك في زواجها، وهذا ظاهر المتن. والقول الثّاني أنّ الوليّ يقدّم على الوصيّ؛ لأن الزّواج حقٌّ للنّسب، والميّت - وهو الأب- لا حظّ له في التّزويج، وهذا هو الأصحّ عند شارح المتن. أمّا القول الثّالث فهو اجتماع الاثنين على تزويجها، وهذا هو الأحسن. فإذا انفرد أحدهما بتزويج المرأة، فإنّ العقد جائزٌ في قول محمد بن جلداسن اللاّلوتي[2].

ونشير إلى أنّ الإباضيّة يجيزون ولاية ذوي الأرحام[3] مثلهم مثل الحنفيّة، كما يقولون بولاية السّلطان، لكنهم اختلفوا فيمن هو أولى؛ فقيل إنّ ذوي الأرحام أولى مِنَ السّلطان، وقيل السّلطان أولى ولو كان جائرًا، لكنّ الأحسن أنْ يوكّل السّلطان ذا الرّحم. ويأتي بعد هؤلاء جماعة المسلمين، ثلاثةٌ منهم، أو ثِقتان. وكأنهم يشهدون على الزّواج، لا يَتولّوْن عقده، إلا إذا اعتبرنا المقصود بجماعة المسلمين بالعدد، إذ لا يُعدّ جمعًا إلاّ الثلاثة فصاعدا.

كل هذا إذا لم يوجد للمرأة وليّ، أو غاب غيبةً طويلةً ممّا يفوّت عليها المصلحة، أو بعدت المسافة ولم يمكن استئماره في الوقت المناسب، أو كان وليّها في حكم العدم كالمجنون والمشرك والمرتدّ، أو وجد الوليّ ولكنه امتنع عن تزويج مولّيته[4].

الفرع الثالث

ترتيب الأولياء باعتبار الأصول دون الفروع

أثبت الشّافعيّة والظاهريّة والشّيعة الإماميّة الولاية على المرأة لأصولها مِنْ أبٍ وجدٍّ،

(1) – إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص110-111.
(2) – إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص110-111.
(3) – انظر في نقيض ذلك: الكندي، بيان الشرع، ج48، ص316.
(4) – إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص109 و 116-117.

ولم يُثْبِتُوها لفروعها كالابن وابنه، ولكنّ هذا لا يعني أنّهم اقتصروا على أصول المرأة بل وسّعوا دائرتهم على النّحو الآتي:

أولا: ترتيب الأولياء عند الشافعية

تثبت الولاية بشكل عام عند الشّافعيّة للقرابة أوّلاً ثمّ للولاء ثمّ للسّلطنة[1]. والوليّ عندهم إمّا أنْ يكون مُجبِرًا وإمّا أنْ يكون غير مُجبِرٍ مثلهم مثل المالكيّة. والوليّ المجبر هو أحد ثلاثة[2]:

- **الأب**: إذْ للأب تزويج ابنته البكر صغيرةً كانت أو كبيرةً ولو دون إذنها، فإنْ كانت ثيّبًا فلا جبر عليها[3].
- **الجدّ وإنْ علا**: والجدّ مثل الأب في ذلك إذا لم يوجد الأب، له إجبار البكر ولو كانت بالغة.

غير أنّ هناك قولاً ذكره الحناطي، لا يجيز للجدّ أنْ يُجْبِر البكر البالغة، وهو ما اختاره ابن القاصّ وأبو الطّيب بن سلمة، لكنّ المشهور في المذهب هو القول الأوّل[4].

- **السيّد بالنّسبة للأمة**: وفي هذه الحالة للسّيد أنْ يزوّج أمته سواءٌ كانت صغيرةً أم كبيرةً، بكرًا أم ثيّبًا، عاقلة أم مجنونة؛ لأن الزّواج عقدٌ يملكه عليها بموجب الملك.

أمّا الأولياء غير المجبرين فهم على التّرتيب: جهة الأبوّة ثمّ الأخوّة ثمّ العمومة ثمّ المعتق

(1) – محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1417هـ- 1997م، ج5، ص68؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص405؛ أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، فتح الرحمن بشرح زُبَد ابن رسلان، تحقيق: سيد بن شلتوت الشافعي، دار المنهاج، الطبعة الأولى، السعودية، 1430هـ- 2009م، ص748؛ الشربيني، الإقناع، ج2، ص246- 247؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص544.

(2) – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص205.

(3) – على أن جبر وحمل الفتاة البكر على الزّواج دون إذنها من طرف أبيها مقرون بشروط ذكرناها في الصفحة 162-163.

(4) – النووي، روضة الطالبين، ج5، ص401.

ثمّ السّلطان، على التّفصيل الآتي[1]:

- **الأب**، فهو أحقّ الأولياء بالتّزويج؛ لأن أغلب الأولياء يدلون به[2]. ثمّ الجدّ وإنْ علا، وكلّ قريبٍ منهم يحجب الأبعد، ومن ثمّ فالتّرتيب في الولاية هنا غير التّرتيب في المواريث[3].
- **الأخ** الشّقيق ثمّ الأخ لأب.
- **ابن الأخ** الشّقيق ثمّ ابن الأخ لأب وإنْ نزل.
- **العمّ** الشّقيق ثمّ العمّ لأب.
- **ابن العمّ** الشّقيق وابن العمّ لأب وإنْ نزل.

فالتّرتيب عند الشّافعيّة في الزّواج لا يختلف عن التّرتيب في الإرث إلاّ في ثلاث مسائل هي[4]:

المسألة الأولى: أنّ الجدّ يقدّم على الأخ رغم أنّه يقاسمه في الميراث؛ لأن الجدّ موجود على عمود النّسب، كما أنّ شفقته أكمل.

المسألة الثّانية: أنّ الأخ الشّقيق يقدّم على الأخ لأب في أظهر قولي الشّافعيّة، وهو القول الجديد واختيار المُزني، أمّا في القول القديم فيستويان. ومَا ينطبق عليهما ينطبق على أبناء الأخ والأعمام وأبناء العمّ.

المسألة الثّالثة: أنّ الابن لا يزوّج بالبنوّة؛ لأنّه لا يُنسب إلى أمه بل إلى أبيه، فلا يعتني بدفع العار على النّسب[5]، إلاّ إذا شاركها في نسبٍ كابن هو ابن عمّها أو ابن ابن عمّها،

---

(1) – البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص142– 143؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص405– 406؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص203؛ الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد بن رسلان، رقم 178.

(2) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص203؛ الرملي، فتح الرحمن، ص749؛ الموسوعة الفقهية، ج41، ص278.

(3) – الشافعي، الأم، ج6، ص35.

(4) – أبو حامد الغزالي، الوسيط، ج5، ص68– 69؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص405– 406؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص203؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص544– 546.

(5) – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص129؛ الرملي، فتح الرحمن شرح زبد بن رسلان، ص178؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص204؛ الشرواني، حواشي الشرواني، ج7، ص248.

فله الولاية على أمّه باعتبار جهة العمومة[1]. وسنفصّل أكثر هذه المسألة لاحقًا.

- **سائر العصبة** مِنَ الأقارب على ترتيب الإرث.
- **الولاء:** فيكون المعتِق أحقّ بتزويج مَنْ أعتقها، ثمّ يأتي مَنْ هو أقرب إليه أي عصباته كترتيب عصبات النّسب.
- **السّلطان:** فإذا امتنع الوليّ عن تزويج موليّته انتقلت الولاية إلى السّلطان إذا كان العضل دون ثلاث، أمّا إذا تكرّر العضل ثلاثًا فما فوق فإنّ الولاية تنتقل إلى الوليّ الأبعد[2].

وتزويج السّلطان للمرأة التي وقع عليها العضل دون ثلاث إنّما هو تزويج بطريق النّيابة، أمّا إذا زوّجها بعد وقوع العضل ثلاث مرّات فما فوق - إنْ لم يكن لها وليّ أبعد - فإنّ ذلك يكون بطريق الولاية العامّة[3].

وهناك أصناف لم يستحقّوا الولاية في الزّواج عند الشّافعيّة هم: صنف البنوّة، وذوو الأرحام، والمرأة، والوصيّ.

أمّا ذوو الأرحام عند الشّافعيّة فلا يعتدّ بهم في الولاية، ما لم يكونوا عصبة مِنْ جهة أخرى، كالأخ لأم الذي هو في الوقت نفسه ابن ابن عمّ، ففي مثل هذه الحالة له أنْ يتولّى تزويج المرأة لا باعتباره أخًا لها مِنْ جهة الأم بل باعتباره ابن ابن عمّ لها، رغم أنّ الأخ لأم أقرب درجة مِنْ ابن ابن العمّ، فلا ولاية للإخوة لأم؛ لأنّه لا ولاية للأم، فكذلك وَلَدُها[4].

وقد ذهب الشّافعيّة – بخلاف المزني، والأئمّة الثّلاثة: أبو حنيفة ومالك وأحمد– أبعد مِنْ ذلك، إذ لم يعتدّوا بولاية الابن على أمّه، إلاّ إذا كان عصبة مِنْ جهة أخرى، كالابن

(1) – النووي، روضة الطالبين، ج5، ص406؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص204.
ويتصور أن يكون ابن المرأة في الوقت نفسه ابن عمها إذا كان هناك وطء بشبهة مثلا، أي وطء ابنة الأخ. أما ابن ابن العم فيكون بزواج ابن العم بابنة العم.

(2) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص205– 206؛ الإقناع، ج2، ص246– 247؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص147؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225؛ الشرواني، حواشي الشرواني، ج7، ص268؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص36.

(3) – الشربيني، الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص206؛ الشرواني، حواشي الشرواني، ج7، ص251.

(4) – الشافعي، الأم، ج6، ص36.

الذي هو ابن ابن عم، فتكون له الولاية بصفته ابن ابن عم وليس بصفته ابنًا[1]؛ ذلك أنّ الابن لا ينتسب لأمه وإنّما لأبيه، وأبوه – وهو الزّوج – ليس وليًّا لها، فكذلك الابن ليس وليًّا على أمّه، وحتّى لو قلنا أنّه يُدْلِي بها، فإنّه لا ولاية لها على نفسها، فكذلك لا ولاية له عليها؛ لأنّ الأولى أنْ تكون الولاية لمن أدلى بها[2].

أمّا واقعة تزويج أُمِّ سَلَمَةَ رضي الله عنها مِنَ النّبيّ صلى الله عليه وسلم بواسطة ابنها عمر، فقد بيّنها الشّافعيّة على النحو الآتي[3]:

- أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا قال لعمر: «قُمْ فَزَوِّجْ أُمَّكَ»، قصد به أنْ يأتيه بمن يزوّج أمّه؛ لأن عمر كان صغير السّن حينها، كما أنّ أمّ سلمة رضي الله عنها قالت: «يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا لِي وليّ حَاضِرٌ»[4]، فدلّ أنّ عمر لم يكن وليًّا.
- أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم مخصوص في زواجه، فله أن يتزوج دون وليّ، وإنّما أمر عمر بتزويج أمّه استطابة لنفسه وليس تصحيحا للعقد.

---

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص94؛ محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، د.ت، ج2، ص7؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص232؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص36؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص224.

(2) – هناك أربع حالات يمكن فيها للابن أن يكون وليًّا على أمه في الزّواج؛ أولها أن يكون لها عصبة من النّسب، وقد سبق وذكرنا هذه الحالة، وثانيها أن يكون مُواليًا لها فيزوجا بولاية الولاء، والحالة الثّالثة أن يكون قاضيًا فيزوجها بولاية الحكم، أمّا الرابعة فهي أن يكون وكيلا لوليها فيزوّجها بطريق النيابة مثله مثل الأجنبي.
انظر في ذلك الحاوي الكبير، ج9، ص94– 96؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، 232؛ محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود، ج2، ص7.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص95– 96.

(4) – الحديث لم يرد بالألفاظ المذكورة في كتب الفقه، بل جاء كالآتي: عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: «دَخَلَ عَلَيَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بَعْدَ وَفَاةِ أَبِي سَلَمَةَ، فَخَطَبَنِي إِلَى نَفْسِي. فَقُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إنَّه لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوليائِي شَاهِدًا، فَقَالَ: «إنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ شَاهِدٌ وَلا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ». قَالَتْ: قُمْ يَا عُمَرُ، فَزَوِّجْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، فَتَزَوَّجَهَا». رواه الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص11–12، حديث رقم 4277، واللفظ له؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج18، ص251، حديث رقم 26409، ص292–293، حديث رقم26548. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص213–214، حديث رقم2793. وقال: «صحيح على شرط مسلم»؛ النسائي، السنن، ص504، حديث رقم3254. قال الألباني: «ضعيف»؛ الألباني، التعليقات الحسان، ج4، ص480–481، حديث رقم2938. وقال: «صحيح»؛ إرواء الغليل، ج6، ص219– 220، حديث رقم 1819، و ص251، حديث رقم 1846. وقال: «إسناده ضعيف».

- أنّه حتى ولو سلّمنا بأن الزواج تمّ بوليّ، وأنّ عمر هو من قام بذلك، فإن عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه كان- إضافة إلى البنوّة- مِنْ بني أعمام أمّه، فزوّجها بالتّعصيب وليس بالبنوّة.

وبالنّسبة إلى المرأة، كذلك، لم يرَ الشّافعيّة أنّ لها ولاية على نفسها ولا على غيرها حتّى ولو كانت المقصودة بالزّواج جاريةً عندها، بل يزوجها وليّ السّيدة المالكة وفق التّرتيب الذي ذكرناه سابقا، أو السّلطان[1].

كذلك ليس للوصيّ ولاية على المرأة ما لم يكن مِنَ العصبة؛ لأنه ليس ممّن يلحقه العار إذا ما زوّج مَنْ هي تحت وصايته، كما أنّ الوصيّ ليس بوكيل وليس بوليّ[2].

لكنْ ما المخرج إذا اجتمع في الوليّ صنفان مِنْ أصناف الولاية، أو كان الأولياء في درجةٍ واحدةٍ؟

قال الشّافعيّة إذا اجتمع في الوليّ صنفان مِنْ أصناف الولاية بأنْ كان مثلاً ابن أخ وفي الوقت نفسه هو ابن ابن عم، قُدِّمَتْ القرابة القريبة على القرابة البعيدة، فيكون التزويج باعتباره ابن أخ للمرأة[3].

أمّا إذا تعدّد الأولياء وتساووا في الدّرجة، ولكنّ أحدهم يُدْلِي إلى المرأة بجهتين كأن يُدْلِي أحدٌ مِنْ جِهَتَي الأب والأم، والآخر يُدْلِي إليها مِنْ جهة الأب فحسب؛ فإنّهما سواءٌ في الولاية على القديم مِنَ المذهب، أمّا في الجديد فإنّ مَنْ يُدْلِي بجهتين هو الأحقّ بالولاية. فإذا تساووا في الدّرجة والإدلاء اُسْتُحِبَّ أنْ يُقدَّم الأكبر سنًّا والأعلم والأورع، ذلك أنّ الكبير يمتلك الخبرة، والأعلم هو أعرفهم بشروط العقد، أمّا الأورع فهو الأحرص على طلب الحظّ

(1) – الشافعي، الأم، ج6، ص52؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص97؛ الشرواني، حواشي الشرواني، ج7، ص249– 250؛ الشربيني، الإقناع، ج2، ص247؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص36، الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان، رقم 178؛ محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود، ج2، ص7.

(2) – الشافعي، الأم، ج6، ص52؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص46.

(3) – د. بلال حامد إبراهيم بلال، المرجع السابق، ص1000.

للمرأة[1].

ثانيا: ترتيب الأولياء عند الظاهرية

مِنْ خلال كتاب المحلّى، يظهر أنّ أولى النّاس بالولاية على المرأة عند الظّاهرية هو أبوها، ثمّ أخوها، ثمّ الجدّ، ثمّ العمّ، ثمّ ابنه، الأقرب فالأقرب. أمّا الابن فلا يكون وليًّا على أمّه إلاّ إذا كان ابن عمّ لها ولم يكنْ مَنْ هو أقرب منه، فإذا لم يكن أحد مِنْ هؤلاء انتقلت الولاية إلى السّلطان[2].

ثالثا: ترتيب الأولياء عند الإمامية

يفرّق الشّيعة الإماميّة بين الوليّ المجبر وغير المجبر[3]؛ فالوليّ المجبر عندهم هو الأب والجدّ وإنْ علا، والحاكم إذا كانت المرأة مجنونةً، أمّا إنْ كانت عاقلة فلا يقع الجبر إلاّ على البكر في أحد الأقوال، وفي قول آخر لا جبر عليها. بينما الوليّ غير المجبر هو الأخ وابن الأخ وإنْ نزل، ثمّ العمّ وابنه، ثمّ مولى النّعمة. والابن عندهم لا يكون وليًّا على أمّه بلا خلاف، إلاّ إذا كان ابن عمّ لها[4].

المطلب الثاني

ترتيب الأولياء في القوانين الوضعية

رأينا في المطلب السابق دقة الفقهاء المسلمين في تحديد مراتب الأولياء وأصنافهم، وفي

(1) – الشيرازي، المهذب، ج2، ص36؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص92 – 94 و ص98؛ النووي، منهاج الطالبين، ص378؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص38؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص248؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص230– 231؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج8، ص3.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص451.

(3) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص165؛ محمد بحر العلوم، بلغة الفقيه، تحقيق: حسين بن محمد تقي آل بحر العلوم، مكتبة الصادق، طهران، 1403هـ– 1984م، ج3، ص247؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج18، ص162–163. عن: ابن البراج، المهذب.

(4) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص156؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية ج18، ص162. عن: ابن البراج، المهذب.

هذا المطلب سنرى إنْ كانت التشريعات الوضعية العربية قد سايرت ما جاء في الفقه الإسلامي، أم أنّها انتهجت نهجا خاصّا بها، وهذا في فرعين متواليين، لنخصّص الفرع الثالث إلى الترتيب الذي نراه أولى بالاتّباع.

الفرع الأول

ترتيب الأولياء في التشريع الجزائري

بالنظر إلى التعديلات التي طرأت على تقنين الأسرة؛ فإن ترتيب الأولياء كذلك لم يكن نفسه؛ ولهذا سنرى الترتيب الذي اتبعه المشرع الجزائري في ظل القانون 84- 11 قبل التعديل، ثم بعد تعديله بموجب الأمر 05- 02.

أولا: ترتيب الأولياء في ظل تقنين الأسرة القديم

جاء في نصّ المادّة 11 – قبل تعديلها - من القانون 84- 11 المتضمن تقنين الأسرة الجزائريّ: ((يَتَوَلَّى زَوَاجَ المَرْأَةِ وَلِّيُّهَا وَهُوَ أَبُوهَا، فَأَحَدُ أَقَارِبِهَا الأَوَّلِينَ وَالقَاضِي وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)).

يستفاد مِنْ هذا النّص أنّ المشرّع الجزائريّ جعل الولاية لقرابة الزّوجة الذّكور فقط[1]، الأقرب فالأقرب، وصرّح بأسبقيّة الأب[2]. غير أنّه ترك باقي الأقرباء دون توضيح، فلم يحدّد مَنْ هو القريب ومَنْ هو غير القريب، فهل الأقرباء المقصودون هم العصبات فقط أم يدخل ضمنهم ذوو الأرحام أيضا؟

فإنْ كان المقصودون بنصّ المادّة سالفة الذّكر هم العصبات فقط، فبأي الآراء الفقهية أخذ المشرّع الجزائريّ؟

---

(1) – هذا بخلاف الولاية على القصر المنصوص عليها في المادّة 87 من تقنين الأسرة، حيث أعطى الولاية الكاملة للأم على أولادها القصر في حالة وفاة الأب، وولاية القيام بالأمور المستعجلة في حالة غيابه أو حصول مانع له.

(2) – اعتبار الأب هو الوليّ الشّرعي على أولاده مبدأ فقهي وتم السير عليه في القضاء الجزائريّ منذ عشرات السنين. انظر في ذلك:

GHAOUTI Benmelha, Le droit Algérien de la famille, p. 347.

من المؤكّد أنّ المشرّع الجزائريّ لم يأخذ برأي الحنفيّة في ترتيب الأولياء؛ لأن أحقّ النّاس بالولاية عندهم هو ابن المرأة المراد تزويجها ثمّ يأتي بعده أبوها كما رأينا ذلك بالتفصيل. غير أنّنا نقع في حيرة إذا نظرنا إلى باقي الآراء الفقهيّة، فإذا قلنا أنّه أخذ برأي المالكيّة[1]، فإنّ المالكيّة يرون تقديم الأب في ولاية الإجبار فقط بينما يرون تقديم الابن في ولاية الاختيار، ونحن نرجّح أنّ المشرّع لم يقصد ولاية الإجبار، وحتّى ولو قلنا بأنّه قصدها، فإنّ الذي يأتي بعد الأب هو وليّه -إن كان غير رشيد-، ثمّ وصيّه، وهذا الأخير ليس قريبًا في الغالب. يضاف إلى ذلك أنّ المالكيّة يقرّون بولاية كافل المرأة، وهذا لم يأخذ به المشرّع الجزائريّ في نصّ هذه المادّة.

وإنْ قلنا إنّه أخذ برأي الشّافعيّة وهو الأقرب إلى الاحتمال؛ لأنهم جعلوا الأب في المرتبة الأولى ويليه الجدّ وإن علا، ثمّ الإخوة الأشقاء ثمّ لأب، فإنّنا نتوقّف عندما نجد أنّ الشّافعيّة لم يأخذوا بولاية الابن على أمه، ومعلوم أن الابن أقرب مِنَ الجدّ ومِنَ الأخ.

أمّا إنْ قلنا بأنّه أخذ برأي الحنابلة، وهذا محتمل أيضًا؛ لأنهم جعلوا الأب في المرتبة الأولى ثمّ الجدّ، كما جعلوا الابن من ضمن الأولياء، لكنّهم جعلوه بعد الجدّ في التّرتيب؛ فإنّنا نجد أنهم جعلوا الوصيّ والوكيل كذلك من الأولياء، بل وجعلوا أحد المسلمين العدول وليًّا في حالة عدم وجود أي قريب عصبة أو سلطان، وهذا كذلك غير وارد في النصّ القانونيّ المذكور.

ولهذا نرى بأنّ المشرّع الجزائريّ لم يتقيد بأي مذهب فقهي؛ فأخذ عن المذهب الشّافعي والحنبليّ تقديم الأب عن غيره، وأخذ عن المذهب الحنفي عدم قصر الأولياء على العصبة ليشمل ذوي الأرحام.

ومن ثمّ يمكن القول إن أولياء المرأة في التّشريع الجزائريّ السّابق هم وفق الترتيب

(1) - يرى الدكتور بلحاج العربي، (المرجع السابق، ص122)، بأن المشرّع الجزائريّ أخذ في النصّ برأي المالكيّة، وهذا أمر غير صحيح كما نرى.

الآتي: الأب باعتباره الأوفر شفقة عليها[1]، ثمّ الابن بالنّسبة للمرأة التي تزوّجت سابقًا؛ لأن النّص يقول الأقرب فالأقرب، والابن قريب لأمّه قرابة مباشرة مِنَ الدرجة الأولى، ويليه الجدّ الصّحيح، ثمّ الأخ الشّقيق فلأب، ثمّ العمّ الشّقيق فلأب، ثمّ أبناؤهما، ثمّ ذوو الأرحام مِنَ الذّكور؛ فيأتي الجدّ غير الصّحيح فالخال، كونهم من الأقارب وكون النّص لم يحصر الأولياء في العصبة، فإنْ عدموا فالقاضي وليّ من لا وليّ له.

ثانيا: ترتيب الأولياء في ظل تقنين الأسرة الجديد

بموجب الأمر 05- 02 المعدّل للقانون 84- 11، سلك المشرّع الجزائري في ترتيب الأولياء مسلكًا مغايرًا للذي كان من قبل، فأبقى على نصّ المادّة 11، وجعله ضمن الفقرة الثّانية، وحصره في فئة القُصَّر، بينما جعل الفقرة الأولى خاصّة بالمرأة الرّاشدة، وأعطى الولاية للأب ولباقي الأقارب بل ولأي شخص آخر تختاره هي بنفسها.

وإذا كان المشرّع قد أثار حيرتنا بخصوص المذهب الذي أخذ به في ترتيب الأولياء قبل تعديل نصّ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة، فإنّه قد زاد مِنْ هذه الحيرة بعد التّعديل؛ فَمِنْ ناحية، نجد أنّه حافظ على النّص القديم وجعله خاصًّا بالقصّر، وهذا في الفقرة الثّانية مِنْ نصّ المادّة 11، بينما في الفقرة الأولى نجده مال إلى رأي الحنفيّة – ولو أنّه ليس رأيهم حَرْفِيًّا –، حيث أبقى على شرط الوليّ في الظّاهر، لكنّه جعله بالخيار بين الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره.

فكيف يعقل أنْ نأخذ في المسألة الواحدة، بل وفي النّص الواحد بقولين؛ قول الحنفيّة في الفقرة الأولى، ورأي جمع فيه بين أقوال عدّة مذاهب، في الفقرة الثّانية؟!

إنّ هذا الأمر يدلّ على التّذبذب الحاصل للهيئة التّشريعيّة بسبب الضّغوطات التي

---

(1) – صدر أمر بتعيين وليّ عن محكمة عين الدفلى بتاريخ 2003/08/04 لامرأة، وهو عم الفتاة بعد موافقة والدها على ذلك. حكم غير منشور.

وهذا يعني أن الأب هو أولى الأولياء، وأنه لا يمكن لغيره أن يزوجها دون موافقته، كما يفيد بأنه يمكن نقل الولاية من الوليّ الأقرب إلى وليٍّ أبعد حتّى لو وجد بينهما من هو أقرب منه، أو بعبارة أدقّ، توكيل الولي من ينوبه في تزويج من هي تحت ولايته.

مُورِسَتْ وتُمارس عليها من طرف بعض المنظّمات والجمعيّات الدّاعية إلى التحرّر غير المشروط، وبين الجماعات المحافظة على التّقاليد والموروثات الإسلامية[1]. فالصّراع القائم بشأن تقنين الأسرة تمتدّ جذوره إلى السّتّينات، حينما نصّبت لجنة من طرف وزارة العدل سنة 1964 لوضع قانون يهتم بشؤونها، لكنّ الخلاف الذي نشب بين التّيار اللائكي والتّيار الإسلامي حال دون ذلك وفشل المشروع. ثمّ أعيدت المحاولة مرّة أخرى في فيفري 1966، ووضع المشروع ولكنْ لم يظهر له خبر إلاّ في مؤلّفٍ أصدرته فضيلة مرابط[2] عام 1967، وفشل كذلك المشروع الذي أعدّ سنة 1969، ثمّ أعدّ مشروع رابع سنة 1981 لكنّه سُحِب مِنْ طرف الحكومة[3].

وإذا رجعنا إلى الفقرة الأولى مِنْ نصّ المادّة 11 من تقنين الأسرة، لاحظنا أنّ المشرّع قد فصل بين الأب والأقارب وغيرهما بحرف «**أو**»، وهذا نفهم منه أحد أمرين: إمّا أنّه قصد تكريس حقّ المرأة الرّاشدة في نفسها دون تدخل أيٍّ كان حتّى ولو كان أباها، وإمّا أنّه قصد بحرف «**أو**» التّرتيب وليس التّخيير.

ونحن نرى أنّه قصد الأمر الأوّل لا الثّاني، وذلك للأسباب الآتية:

- ذِكْرُ المشرّعِ في نصّ هذه المادّة أنّ المرأة الرّاشدة تعقد زواجها بحضور وليّها، أي إنّها هي التي تتولّى مباشرة عقد الزّواج وليس وليّها؛ وهذا هو قول الحنفيّة والإماميّة، حيث يرون أنّ الزّواج ينعقد بعبارتها دون حاجة إلى الوليّ[4].

---

(1) – انظر في هذا المعنى: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص42.
وقال في الصفحة التي قبلها بأن المشرع أراد أن يرضي بعض «الغواني» وبعض السياسيين ممن أرادوا إلغاء شرط الولي، وفي الآن نفسه أراد أن يرضي بعض «المتسيسين» و«المتفقهين»، ممّن أصرّوا على إبقاء هذا الشرط؛ ممّا جعله يخرج بنصوص متذبذبة بل متناقضة.

(2) – رغم أن فضيلة مرابط من أسرة ملتزمة، بل وكان والدها صديقًا للشيخ عبد الحميد بن باديس رحمه الله، إلاّ أنّها ظهرت بمظهر مغاير تمامًا لسلفها، فهي من الدعاة الأوائل إلى تحرير المرأة، وعلمنة الجزائر، وإلغاء المادّة الثّانية من الدستور التي تجعل من الإسلام دينًا للدّولة.

(3) – انظر في ذلك: جمعية المرأة في الاتصال، المرجع السابق، ص7– 8.

(4) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص334؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص287؛ الطوسي، المبسوط، ج4، ص162– 164.

وعليه فالمرأة البالغة العاقلة هي من تتولّى إبرام عقد زواجها، وما دور الوليّ إلاّ الحضور في مجلس العقد وكأنه أحد الشّهود على العقد، فهو مجرد شكليّة[1]-إن صحّ التّعبير- اشترطها المشرّع ظاهريًّا لإتمام مراسيم الزّواج.

- أنّه فَصَل في الفقرة الأولى مِنْ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة بين الأب ومَنْ ذُكِر بعده بحرف «**أو**» **"ou"** بينما في الفقرة الثّانية فصل بين الأب ومَنْ بعده بحرف «**الفاء**» **"puis"**، ومعروف أنّ حرف الفاء يفيد التّرتيب، بخلاف حرف «**أو**» الذي يكون في اللّغة العربيّة إمّا: للشّكّ، أو الإبهام، أو التّفصيل إنْ كان في الخبر، و للإباحة أو التّخيير إنْ كان في الأمر؛ ووفقًا لنصّ المادّة 11، فإنّ حرف «**أو**» ليس للشّكّ ولا للإبهام، وليس أيضًا للتّفصيل؛ لأن التّفصيل يقتضي الاستدلال على أنّ المقصود أحد الأمرين دون الآخر، أو أنّ الأمرين معًا ليسا مقصودين. كذلك حرف «**أو**» ليس للإباحة؛ لأن الإباحة يجوز فيها الجمع بين الفعلين، بخلاف التّرتيب الذي لا يجوز فيه الجمع بينهما[2]. وعلى هذا ليس لحرف «**أو**» معنى التّرتيب، بخلاف حرف «**الفاء**» الذي يفيد التّرتيب[3]، بل نقل بعضهم أنّه يفيد ذلك بلا خلاف[4].

- أنّه جعل أولياء القصّر هم: الأب، ويليه أحد الأقارب الأوّل فالأوّل، وإذا لم يوجد قريب للمرأة، كان القاضي هو وليّها، وهذا لا خلاف فيه حتّى بين الفقهاء. بينما جعل وليّ المرأة الرّاشدة أباها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص أجنبيّ عنها تختاره ليكون وليًّا عليها، والأصحّ وكيلا عنها. أمّا القاضي فلا يكون وليّا عليها، وهذا الأمر فيه دليل على نيّة التّخيير بين

---

(1) – انظر في نفس الاتجاه: أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008– 2009م، ص47– 48؛ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص42.

(2) – رضي الدين الأستراباذي، شرح الرضي على الكافية، تصحيح وتعليق: يوسف حسن عمر، منشورات جامعة قار يونس، الطبعة الثّانية، بنغازي، ليبيا، 1996م، ج4، ص397.

(3) – رضي الدين الأستراباذي، شرح الرضي على الكافية، ج4، ص384؛ نور الدين الأشموني، شرح الأشموني على ألفية ابن مالك، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1375هـ-1955م، ج2، ص417؛ عبد الله بن عقيل، شرح ألفية ابن مالك، دار التراث – دار مصر للطباعة، الطبعة العشرون، مصر، 1400هـ- 1980م، ج3، ص227.

(4)- عثمان بن جني، سر صناعة الإعراب، تحقيق: حسن هنداوي، دار القلم، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1413هـ- 1993م، ج2، ص633.

الأولياء وليس ترتيبهم، بل أكثر مِنْ ذلك، هذا يدلّ على نيّة إعطاء المرأة الرّاشدة كامل الحرّيّة في التّصرف في نفسها حتّى دون وليّ.

- أنّ المشرّع في نصّ المادّة 33 من تقنين الأسرة أورد عبارةً غايةً في الخطورة حين قال: ((إِذَا تَمَّ الزّواج بِدُونِ شَاهِدَينِ...أَوْ وَلِيٍّ فِي حَالَةِ وُجُوبِهِ، يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلاَ صَدَاقَ فِيهِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِصَدَاقِ المِثْلِ)). فعبارة «**فِي حَالَةِ وُجُوبِهِ**» تفيد أنّ المشرّع أقرّ وجوب الوليّ في حالاتٍ معيّنة، وعدم وجوبه في حالاتٍ أخرى، فأوجبه في حالة القُصَّر بمقتضى الفقرة الثّانية مِنْ نصّ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة، ويكون الجزاء على تخلّفه إمّا فسخ العقد إذا لم يتمّ الدّخول بالمرأة، فإنْ تمّ الدّخول بها فإنّ العقد لا يبطل بل يستمر مرتّبًا لكافة آثاره، ويَثْبُتُ للمرأة المدخول بها صداق المثل.

وتبقى الحالة التي لا يجب فيها الوليّ، أي يكون أمرًا اختياريًّا أو مستحبًّا، وهي حالة المرأة الرّاشدة، وهذا بمفهوم المخالفة لنصّ المادّة 33 سالف الذّكر، وبالنّظر إلى صياغة نصّ الفقرة الأولى مِنْ نصّ المادّة 11.

- أنّ المشرّع ألغى نصّ المادّة 12 الذي يقضي بعدم جواز منع المرأة مِنَ الزّواج إذا رغبت فيه وكان الزّوج أصلح لها، غير أنّه إذا كان الوليّ هو الأب وكانت البنت بكرًا، فله أنْ يمنعها مِنَ الزّواج إنْ كان في المنع مصلحة لها. فإلغاء هذا النّص يعني أنّه لا يحق للوليّ أنْ يعترض أو يمنع مولّيته من الزّواج حتّى وإنْ كان له مبرّر شرعيّ، كأنْ يكون الخاطب غير كفءٍ، وسواء كانت المرأة ثيّبًا أم بكرًا؛ ممّا يفهم منه إعطاء الحرّيّة الكاملة للمرأة في اختيار الأزواج والأولياء كذلك، وتقزيم مكانة الوليّ الشّرعي إنْ لم نقل هدمها ومسحها.

ويظهر أنّ المشرّع الجزائريّ قد استقى نصّ المادّة 1/11 مِنْ نظيريه المغربيّ والتّونسيّ، حيث جاء في نصّ المادّة 24 من مدوّنة الأسرة المغربية: ((الوِلاَيَةُ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، تُمَارِسُهُ الرَّاشِدَةُ حَسَبَ اِخْتِيَارِهَا وَمَصْلَحَتِهَا))، كما نصّت المادّة 25 مِنَ المدوّنة على أنّ: ((لِلرَّاشِدَةِ أَنْ تَعْقِدَ زَوَاجَهَا بِنَفْسِهَا، أَوْ تُفَوِّضَ ذَلِكَ لأَبِيهَا أَوْ لأَحَدِ أَقَارِبِهَا)). وهو ما أورده المشرّع

التونسي[1] في الفصل التّاسع مِنْ مجلّة الأحوال الشخصيّة مِنْ أنّ: ((لِلْزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَأَنْ يُوكِلاَ بِهِ مَنْ شَاءَا)). وهذا هو عين ما أخذ به المشرّع الجزائريّ حينما أورد عبارة «**تَعْقِدُ المَرْأَةُ الرَّاشِدَةُ زَوَاجَهَا**».

وحتّى إنْ رجعنا إلى السّند الذي يكون قد اعتمده المشرّع الجزائريّ في هذه المسألة، وهو الأثر المرويّ عن عمر ﷺ: «لاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ إلاّ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوِ السُّلْطَانِ»[2]؛ فإنّ المالكيّة اختلفوا في تفسيره[3]؛ فمنهم مَنْ قال بأنّ تزويج كل مِنْ الوليّ أو أحد الأقارب أو السّلطان جائزٌ، بمعنى أنّ «**أو**» هنا للإباحة، إذا كان الزّوج كفؤًا وصالحًا. وقال آخرون بأنّ المعنى هنا هو أنّ وليّ المرأة هو الأقرب والأقعد بها، وأنّ ذوي الرّأي هم العصبة أولوا الرأي وإنْ بعدوا، وأنّ قول عمر ﷺ هنا ليس للتّخيير بل للترتيب.

ونقل ابن حبيب عن ابن القاسم أنّ «**أو**» للتّخيير والمساواة، بينما قال ابن رشد بأنّها للترتيب في الاختيار، وهو ما صوّبه ابن عرفة، والمقصود هو التنويع[4].

يضاف إلى ذلك أنّ الأثر -على وقفه- ورد فيه ذكر السّلطان، ولم تذكر فيه عبارة «**أي شخص تختاره**»، بينما لم يذكر في نصّ المادّة السّلطان أو القاضي، وعمّمت الولاية لتشمل أيًّا كان.

وللعلم فإنّ مشروع تقنين الأسرة الذي عرض على البرلمان كان النّص فيه على عدم

(1) - يظهر لنا أن المشرّع التونسي لم يأخذ ولم يتقيد بأي ترتيب للأولياء، فذكر في الفصل الثامن أنّ الوليّ هو العاصب بالنّسب واشترط فيه الذكورة، وأنّ الأب هو وليّ القاصر، ثمّ ذكر ولاية الحاكم، ثمّ ذكر ولاية الوكيل في الفصل التاسع؛ فهو لم يذكر ما هو ترتيب هؤلاء العصبات، ولم يبيّن هل يقدّم الوكيل أم لا يقدم. إضافة إلى أنّه أخذ بالولاية المزدوجة لكل من الأب والأم رغم اشتراطه الذكورة كما سبق وقلنا.

(2) - رواه مالك بن أنس، الموطأ، ج3، ص187، حديث رقم1203. قال سليم بن عيد الهلالي: «صحيح موقوفا»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص328، رقم 3542؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص250. وقال: «رجاله ثقات ولكنه منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر بن الخطاب ﷺ»؛ زكريا بن غلام قادر الباكستاني، ما صحّ من آثار الصحابة في الفقه، دار الخراز، السعودية - دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ- 2000م، ج3، ص993. وقال: «صحيح».

(3) - انظر في ذلك: ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص28- 29.

(4) - انظر: الرصاع، شرح حدود بن عرفة، ص242.

اشتراط الوليّ، ولكنّ الصّياغة النّهائية له خالفت ذلك، ولم يُمَرَّرْ هذا النصّ وأُبقِي على شرط الولي؛ فإلغاء شرط الوليّ في المشروع قرينة على نيّة المشرّع تغيير نظرته إلى هذا الشّرط، كما أنّ تعديل نصّ المادّة 11 إلى الصيغة التي هو عليها الآن دليل على استمرار نيّته في التّغيير، بمعنى أنّه قصد التّخيير وليس التّرتيب.

وخلاصة القول: أنّ المشرّع الجزائريّ -ومعه المشرّعان المغربي والتونسي- بالنّسبة إلى المرأة الرّاشدة، أعطاها كامل حرّيتها ليس في اختيار زوجها فحسب، بل حرّيّتها في إبرام عقد زواجها دون حاجة إلى وليّ[1]، متّبِعًا في ذلك رأي الإمام أبي حنيفة النّعمان، ولو أنّ أبا حنيفة عندما أعطى للمرأة البالغة الرشيدة حقّها في عقد قرانها، قيّده - في الذي عليه الفتوى- بشرطين هما: أنْ يكون الزّوج كفؤًا لها، وأنْ يكون المهر مهر المثل، وهذا ما لم نلمسه في التّشريع الجزائريّ، فضلاً عمّا وجّه إلى رأي أبي حنيفة وأصحابه مِنَ انتقادات، وهو الذي نصّ عليه قدري باشا في كتابه الأحكام الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة في نصيّ المادّتين 51 و52[2].

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء في باقي التشريعات العربية

بمقابل التّوجه الذي رأيناه في التّقنين الجزائريّ - ومعه التّونسي والمغربيّ- نجد باقي التّشريعات العربيّة قد خالفت ما ذهب إليه المشرّع الجزائريّ، الذي يعتبر في الظّاهر مقتديًا

(1) – ما قام به المشرع الجزائري يؤدي إلى أمرين: أولهما هو وقوع الالتباس بين الولي والشاهد، وثانيهما هو إسقاط دور القاضي في عقد الزّواج الذي يتعلق بالمرأة الراشدة. هذا يترتب عنه انتفاء الفائدة والحكمة من وجود الوليّ. انظر في ذلك: أحمد شامي، المرجع السابق، ص48.

وانظر في عدم جواز اعتبار الولي شاهدا، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم 600991، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011، ص274-277.

(2) – تنصّ المادة 51: ((...وللحرة المكلفة أيضًا أنْ تزوّج نفسها بلا ولي بكرًا كانت أو ثيبًا وينفذ نكاحها ويلزم إذا كان الزّوج الذي تزوّجت به كفؤًا لها وكان المهر مهر مثلها)). وتنصّ المادة 52: ((إذا تزوّجت الحرة المكلفة بلا رضا وليّها بأقل مِنْ مهر المثل صحّ العقد وللوليّ إذا كان عصبة حقّ الاعتراض على الزّوج حتى يتمّ مهر المثل إنْ رضي أو يفسخ الحاكم النكاح. وإذا تزوجت بغير كفء لها بلا رضا وليّها العاصب صراحةً قبل العقد فالنكاح غير جائز أصلا ولا ينفع رضا الوليّ بعد العقد. وإذا لم يكن لها وليّ عاصب وزوّجت نفسها مِنْ غير كفء أو كان لها وليّ ورضي بزواجها بغير الكفء فالنكاح صحيح)). انظر: محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص81-84.

بالمذهب المالكي مع باقي دول المغرب العربي. فبعد أنْ رأينا الاضطراب والتذبذب في مسلك المشرع الجزائري بخصوص ترتيب الأولياء، نقف في هذا الفرع على مسلك باقي التّشريعات العربيّة، بدءًا من تشريعات بلدان المغرب العربي، ووصولا إلى تشريعات المشرق العربي.

أولا: ترتيب الأولياء في تشريعات المغرب العربي

سنقتصر هنا على موريتانيا وليبيا. فبدأنا بموريتانيا باعتبار الموقف الواضح للمشرع بها في هذه المسألة، حيث قرر الأخذ بما جاء في المذهب المالكي، في حين تركنا المشرع الليبي ثانيا؛ لأننا لم نتبين من أين استمد موقفه.

أ- ترتيب الأولياء في موريتانيا:

لم نجد من دول المغرب العربي مَنْ حذا حذو المذهب المالكي إلاّ موريتانيا، حيث نصّ مشرّع هذه الدّولة في المادّة 9 مِنْ مدوّنة الأحوال الشخصيّة على وجوب الوليّ بالنّسبة إلى المرأة البالغة، فلا تتزوّج دونه. ثمّ نصّ في المادّة 11 على ترتيب الأولياء، مثلما هو عليه الحال فعلاً في المذهب المالكي، فجعل الشّخص الأولى بتزويج مَنْ هي تحت ولايته، الابن فابنه، ثمّ الأب أو وصيّه، ثمّ الأخ، ثمّ ابنه، ثمّ الجدّ مِنْ جهة الأب، ثمّ العمّ، ثمّ أبناء العمّ، ثمّ الكافل، ثمّ القاضي، وأخيرًا ولايةُ عامّة المسلمين[1].

ب- ترتيب الأولياء في ليبيا:

جعل المشرّع اللّيبي الأولياء، طبقًا لنصّ المادّة السابعة، هم العصبة بالنّفس على ترتيب الإرث، أي أنّه قدّم الابن ثمّ تلاه بالأب، ثمّ الأخ ثمّ العمّ، والقاضي وليّ مَنْ لا وليّ له. إلاّ أنّه سلك مسلكًا فريدًا في تحديد الأولياء فيما يتعلّق بالكفاءة[2]، فقدّم الابن ثمّ تلاه بالجدّ الصّحيح ثمّ الأخ الشّقيق، ولسنا ندري أيّ رأي فقهيّ أو مستند شرعيّ اعتمد عليه، لاسيما أنّه ذكر الجدّ ولم يذكر الأب، وقبلها ذكر الأب ولم يذكر الجد؟!

(1) – وهذا هو نصّ المادّة 12 من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربية قبل إلغائه بموجب التعديل الذي جرى سنة 2004.

(2) – تنصّ المادة 15/ب: ((الوَلِيُّ فِي الكَفَاءَةِ: الاِبْنُ ثُمَّ الجَدُّ الصَّحِيحُ ثُمَّ الأَخُ الشَّقِيقُ دُونَ سِوَاهُمْ)).

ثانيا: ترتيب الأولياء في تشريعات المشرق العربي

لم نجد في القانون المصري نصًّا يشير إلى ترتيب الأولياء، غير أنّ المعمول به على مستوى القضاء هو ثبوت الولاية للعصبات بالنّفس على ترتيب الإرث كما في المذهب الحنفي، فإنْ عدم العصبات، انتقلت الولاية إلى القاضي[1].

ونجد المشرّع الكويتي قد أورد في نصّ المادّة 29/أ مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة ترتيب الأولياء بالنّسبة للمرأة التي يتراوح عمرها بين سنّ البلوغ وبين تمام الخامسة والعشرين، فجعل الولاية للعصبة بالنّفس حسب ترتيب الإرث، وإنْ لم يوجد أحدٌ مِنْ العصبات انتقلت الولاية إلى القاضي.

ففيما يتعلّق بالمرأة البكر ما بين البلوغ وسنّ الخامسة والعشرين، فإنّ ظاهر النّص يوحي أنّ المشرّع الكويتي أخذ برأي المالكيّة[2] فيما يأخذون به بالنّسبة للمرأة الحرّة، وهذا يتّضح أكثر بالرّجوع إلى نصّ المادّة 305 مِنَ التّقنين نفسه الذي يحدّد مَنْ هم العصبة بالنّفس، والذي جعل جهة البنوّة أوّلاً ثمّ الأبوّة ثمّ الأخوّة ثمّ العمومة، ما عدا في مسألة الكافل، فإنْ لم يوجد العصبات فالقاضي- ويقابله السّلطان- هو وليّ المرأة، وهذا ما قال به جميع فقهاء المذاهب.

غير أنّه وبالنّظر إلى نصّ المادّة 209 مِنْ هذا التّقنين نجد أنّ الوليّ على النّفس هو الأب، ويليه الجدّ، ثمّ يأتي باقي العصبات على حسب ترتيب الإرث، أي الابن وابنه وإنْ نزل، ثمّ الأخ الشّقيق وابنه، ثمّ الأخ لأب وابنه، ثمّ عمّ المرأة، ثمّ عمّ أبيها وإنْ علا، أمّا أبناء العمومة فليسوا مِنْ الأولياء، ذلك أنّ نصّ المادّة 209 أضاف شرطًا في الأولياء يقتضي أنْ يكونوا مِنَ المحارم[3]. وهذا يعني أنّ المشرّع الكويتي أخذ برأي قريب مِنْ رأي الحنابلة

(1) – ذكر ذلك: عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربيّة، مصر، 1427هـ- 2006م.

(2) – في الواقع نجده مطابقا لرأي الشّيعة الزّيديّة أكثر من رأي المالكيّة.

(3) – وهو نفس مضمون نصّ المادّة 21 من تقنين الأحوال الشخصيّة السوري.

والإباضية في ترتيب أولياء المرأة في الزّواج وليس ترتيب المالكيّة، إذا ما استثنينا شرط المحرم.

وحتّى المرأة الثيّب أو البكر التي أتمّت الخامسة والعشرين مِنْ عمرها، فإنّ ترتيب الأولياء يبقى نفسه بالنّسبة إليهما، غير أنّ هناك استثناءً بالنّسبة إلى الثيّب، حيث يمكنها أنْ تطلب من قاضي التّوثيقات أنْ يتولّى مباشرة عقد زواجها مِنْ زوجها السّابق، بشرط أنْ تخطر وليّها بذلك، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثّانية مِنَ المادّة 30.

كما حدّد المشرّع اليمني ترتيب الأولياء بشكل دقيق في نصّي المادتين 16 و 17 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة، حيث يأتي الأب وإنْ علا ثمّ الابن وإنْ نزل، ثمّ الإخوة، ثمّ أبناؤهم، ثمّ الأعمام، ثمّ أبناؤهم، ثمّ أعمام الأب، ثمّ أبناؤهم. ويقدّم مَنْ تكون قرابته لأبوين، وإذا تعدّد مَنْ هم في درجة واحدة كانت الولاية لكلّ منهم، فإنْ لم يكن أحد منهم فالقاضي وليّ مَنْ لا وليّ له. وهذا ما أخذ به المشرّع القطري في نصيّ المادّتين 26 و30 مِنْ تقنين الأسرة، وهو كما نرى نفس التّرتيب الذي أخذ به المشرّع الكويتي.

والأمر نفسه عند المشرّع السّوداني؛ فقد نصّ على ترتيب الأولياء في المادّة 32، فجعلهم العصبة على ترتيب الإرث، ونصّ في المادّة 38 على ولاية القاضي في حال عدم وجود الولاة، كما حدّد في نصّ المادّة 379 ترتيب العصبة بالنّفس، فقدّم جهة البنوّة ثمّ الأبوّة ثمّ الأخوّة ثمّ العمومة، بما أوحى للبعض أنّه أخذ برأي محمّد بن الحسن الحنفي[1]، غير أنّ هذا غير صحيح؛ لأن المادّة 234 حدّدت مَنْ هو الوليّ على النّفس بنصّها: ((الوِلاَيَةُ عَلَى النَّفْسِ لِلأَبِ، ثُمَّ لِلْعَاصِبِ بِنَفْسِهِ عَلَى تَرْتِيبِ الإِرْثِ)). وهذا يعني أنّه أخذ بنفس التّرتيب الذي أخذ به المشرّعان الكويتي واليمني. وهو ذات التّرتيب الذي أخذ به المشرّع العُماني في نصّي المادّتين 11/أ و251 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة.

(1) – ذكر القاضي عبد الله الجاك، المرجع السابق، بأن المشرّع السوداني أخذ برأي محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، بالنظر إلى نصّ المادّة 379 من تقنين الأحوال الشخصيّة، لكنه أغفل أنّ هذا النص يتعلق بالمواريث، وأنّ هناك نصًّا آخر يحدّد بشكل أوضح ترتيب الأولياء على النّفس، وهو نصّ المادّة 234.

أمّا المشرّع الأردني فقد احتفظ بالولاية على المرأة وجعل الوليّ هو العاصب بنفسه، ولكنْ على التّرتيب الذي قال به أبو حنيفة في الرّأي الرّاجح عنه، وهذا في نصّ المادّة 9 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة، أي أنّه يقدّم الابن وابنه وإنْ نزل، ثمّ الأب والجدّ وإنْ علا، ثمّ الأخ وابنه، ثمّ العمّ وابنه، ثمّ ذوي الأرحام، ثمّ الحاكم والقاضي[1].

وليس المسلمون وحدهم مَنْ يأخذ بالولاية في عقد الزّواج ويضع لترتيب الأولياء اعتبارًا، فالنّصارى الأرثوذوكس يرون ذلك، حيث جاء في نصّ المادّة 6 من تقنين الأحوال الشخصيّة للسّريان الأرثوذكس في سوريا، أنّ الولاية في الخطبة تكون للأب، فالجدّ لأب، ثمّ الأخ فابن الأخ، ثمّ العمّ فابن العمّ، ثمّ الجدّ لأم، ثمّ الخال فابن الخال، ثمّ مطران[2] الأبرشيّة[3] أو نائبه، ويقدّم فيهم الأقرب درجة فالأقرب، ويستوي في ذلك الإخوة والأعمام لأم مع الإخوة والأعمام لأب، وإذا استووا في الولاية فلمن يفوز بالقرعة، أو لمن تختاره الخطيبة منهم، ويتولّى مطران الأبرشيّة أو نائبه الخطبة للكاملة سنًّا التي ليس لها أبٌ أو أقارب على الوجه المتقدّم، أو كان لها أبٌ أو أقارب وكانوا غائبين، أو كانوا حاضرين وامتنعوا من الولاية عليها عند حصول رغبتها.

الفرع الثالث

التّرتيب المختـــار

بعد العرض الذي قدّمناه في ترتيب الأولياء في كلّ مِنَ التّشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، يظهر أنّه لا يوجد دليلٌ شرعيٌّ قويٌّ، قطعيُّ الدّلالة والثّبوت في مسألة ترتيب

(1) – نص القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 14: ((الوَلِيُّ فِي الزَّوَاجِ هُوَ: العَاصِبُ بِنَفْسِهِ عَلَى تَرْتِيبِ الإِرْثِ...)).
انظر في ذلك: أحمد مختار عمر وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ- 2008م، ج3، ص2107.

(2) – المطران هو رئيس الكهنة عند النصارى، وهو أعلى درجة من الأسقف، وأدنى من البطريرك.
انظر في ذلك: أحمد مختار عمر وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ- 2008م، ج3، ص2107.

(3) – هي منطقة من البلاد تخضع لسلطة الأسقف.
انظر: المعجم الوسيط، ص2.

الأولياء، وفي هذا الشأن قال صاحب الرّوضة النّدية بأنّ الوليّ هو مَنْ تلحقه غَضَاضَةٌ إذا لم تتزوّج المرأة بكفءٍ، وكان المُزوِّج لها غيره. ومعلوم أنّ مَنْ تلحقه الغضاضة يتعدّى العصبات إلى غيرهم مِنْ ذوي الأرحام، ومِنْ ثمّ فلا وجه لتخصيص العصبات بالولاية دون غيرهم، كما لا وجه لتخصيص مستحقّي الإرث دون غيرهم؛ لأنّه لا دليل على ذلك. بخلاف ولاية السّلطان، فهي ثابتة في حالة تشاحّ أو تشاجر الأولياء أو في حالة غيابهم[1].

ولا شكّ أنّ بعض الأقرباء أولى مِنْ بعض، لكنّ هذه الأولويّة ليست باعتبار الإرث، بل باعتبار لحوق العار. ومِنْ ثمّ يكون أولى النّاس بالولاية[2] الأب والابن، يليهما الإخوة الأشقّاء ثمّ لأب، ثمّ أبناء الأبناء وأبناء البنات، ثمّ أولاد الإخوة وأولاد الأخوات، ثمّ الأعمام والأخوال، وهكذا دواليك.

وإنّه لَحَقٌّ ما قاله فيما يخصّ اعتبار الغضاضة، غير أنّها أمر شخصيّ وليس موضوعيًّا؛ ذلك أنّ الأشخاص يختلفون في عواطفهم وأحاسيسهم وأَنَفَتِهِمْ؛ ولهذا قال الشّوكاني[3]: إنّ سبب ثبوت الولاية ليست الغضاضة؛ لأنّها قد تلحق الإخوة لأمّ أكثر مِنَ الأعمام وأبنائهم.

وعليه، فلا نقف عند هذا المعيار فقط لتحديد مَنْ هو الشّخص الأولى بتزويج المرأة، إذ لا بدّ مِنَ الاعتماد على معايير أخرى- إلى جانب هذا المعيار - لتحديد أسبقيّة كل منهم.

كما أنّ اعتبار الغضاضة لا يقتضي تسوية أبناء الابن بأبناء البنت، وأولاد الإخوة بأولاد الأخوات، ولا تقديم الإخوة على أبناء الأبناء، بل ولا يقتضي إغفال الجدّ. يضاف إلى ما سبق، أنّه لم يقل بقوله أحد مِنَ السّابقين، مع أنّ الإجماع قائم على أنّ العصبات لا يقدّم

(1) – محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1423هـ- 2003م، مج2، ص157- 158.

(2) – الألباني، التعليقات الرضية، مج2، ص159.

(3) – محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1425هـ- 2004م، ص358.

عليهم أحد[1].

والذي نراه راجحًا[2] في ترتيب الأولياء، هو تقديم العصبات على غيرهم؛ لأنّ الأثر الذي سبق وأوردناه سابقًا مِنْ أنّ النّكاح إلى العصبات، رغم أنّه لم يثبت بهذا اللّفظ، إلاّ أنّه يمكن الاستناد إليه ما دام الفقهاء قد درجوا على العمل به، ولكن في تقديمهم لا حصرهم.

وأولى العصبات هو **الأب**، فقدّمناه على الابن وغيره لما يأتي:

- حديث عروة بن الزبير أَنَّ عَائِشَةَ رضي الله عنها أَخْبَرَتْهُ: «أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ: فَنِكَاحٌ مِنْهَا نِكَاحُ النّاس اليَوْمَ: يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلِيَّتَهُ أَوِ ابْنَتَه...»[3]. والذي يدلّ على أنّ الزّواج الذي كان معروفًا في الإسلام هو أنْ يتوجّه الخاطب إلى وليّ المرأة، وذِكْرُ الأب يقتضي تقديمه على غيره.
- حديث خَنْسَاءَ بِنْتَ خِذَامٍ: «أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم ، فَرَدَّ نِكَاحَه»[4]. هذا الحديث وإنْ كان متعلّقًا بردّ النّكاح في حالة الإجبار، إلاّ أنّه يفهم منه أيضًا أنّ الذي كان يتولّى تزويج المرأة هو الأب.
- أنّ الابن موهوب لأبيه، لقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَجَبۡنَا لَهُۥ وَوَهَبۡنَا لَهُۥ يَحۡيَىٰ... ﴿٩٠﴾﴾[5]، وقوله صلى الله عليه وسلم : «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيك»[6].

---

(1) – انظر في هذا المعنى: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص70.

(2) – يقترح الباحث هجرس بولبداوي أن يكون ترتيب الأولياء في التّشريع الجزائريّ مقتصرا على الأب فالجد، ويليهما مباشرة القاضي، ويرجع سبب ذلك أن العلاقات الأسرية في وقتنا الحاضر أصبحت هشة بسبب تعقيدات الحياة ومشاكلها. (المرجع السابق، ص71– 72).

وهذا وإن كان فيه شيء من الصحة، لاسيما في جانب تباعد الأسر وضعف الروابط العائلية في المدن الكبرى، إلاّ أنّه لا يصل إلى درجة إقصاء الأبناء والإخوة والأعمام.

(3) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص15.

(4) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص18، ج9، ص20– 21.

(5) – من الآية 90 من سورة الأنبياء.

(6) – سبق تخريجه في الصفحة 205.

- أنّ الأبَ أَكْمَلُ نظرًا وشفقةً، وأحوط في اختيار الأزواج وطلب الحظّ لابنته[1]. ذلك أنّه في عهد النّبوّة كانت قرابة النّساء هم مَنْ يزوّجوهنّ، الأقرب فالأقرب، فإنْ وجد الأب كان الأولى بذلك، فقد زوّج النّبيّ ﷺ بناته، وكذلك أبو بكر وعمر وغيرهم مِنَ الصحابة رضي الله عنهم ، فإنْ عدم الأب انتقلت الولاية إلى غيره ممّن له على المولّى عليها مزيد مِنَ الرأفة والحنوّ؛ ولهذا يأتي بعد الأب الجدُّ ثمّ الأبناء ثم الإخوة ثمّ الأعمام، الأقرب فالأقرب[2].
- أنّ الأولياء يُدْلُونَ بالأب عدا الأبناء[3]، فله فَضْلُ الولادة والتّربيّة.
- أنّ الولاية نوع مِنَ الاحتكام، وفي هذا الأخير يقدّم الأصل على الفرع[4].
- أنّ الأب مِنْ قوم البنت فهي تنسب إليه، بخلاف الابن[5].

وبعد الأب يأتي **الجدّ** وإنْ علا، حيث يقوم مقام الأب للسّبب نفسه. ثمّ **الابن**؛ لأنّه أقوى العصبات، ولكن أخرناه على الأب والجدّ لِبُعْدَيْ الشّفقة والنّظر. ثمّ يأتي **الإخوة**؛ لأنهم أقرب العصبات بعد الأصول والفروع، وأقواهم تعصيبًا، وأحقّهم بالميراث[6]، فيقدّم الإخوة الأشقّاء ثمّ الإخوة لأب، ثمّ أبناؤهم وإنْ نزلوا. ثمّ **الأعمام**، ذلك أنّ قرابة العمومة متأخّرة عن قرابة الأصول والفروع، فيأتي العمّ الشّقيق ثمّ العمّ لأب، ثمّ أبناؤهما على نفس التّرتيب وإنْ نزلوا، ثمّ أعمام الأب وإنْ علوا. **ثمّ ذوو الأرحام**؛ لأنّه كما قلنا سابقا لا وجه

(1) – يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص164؛ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع للنووي، ج17، ص250؛ البهوتي، الروض المربع، ص515؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص356؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص162؛ السرخسي، المبسوط، ج4، ص220؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الطبعة الأولى، الأردن، 1418هـ- 1997م، ص153.

(2) – انظر في ذلك: الشوكاني، السيل الجرار، ص484.

(3) – يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص164؛ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع للنووي، ج17، ص250؛ الشربيني، الإقناع، ج2، ص246؛ مغني المحتاج، ج3، ص203؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص142.

(4) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص356؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص162.

(5) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250.

(6) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص358؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص165؛ السرخسي، المبسوط، ج4، ص219.

لتخصيص وحصر الولاية بالعصبات؛ فيقدّم أب أم المتزوِّجة أي الجدّ غير الصّحيح، ثمّ الأخ أي أخ الأم وهو الخال، ثمّ عمّ الأم.

والوكيل والوصيّ أيضًا مِنْ ضمن الأولياء، غير أنّنا نرى أنّ الوكيل ليس له الحقّ في الولاية إذا كان الوليّ الشّرعي حاضرًا وقادرًا على تولّي إبرام عقد الزّواج، أو كان هناك أحد المذكورين قبله، لذلك أخرناه على ذوي الأرحام.

ويختم قائمة الأولياء في الزّواج الحاكم، وهو القاضي المكلّف بشؤون الأسرة في عصرنا الحالي، ذكرًا كان أو أنثى؛ لأنّه حتّى وإنْ كانت لا ولاية للمرأة على نفسها ولا على غيرها عند الجمهور، إلاّ أنّ تولّيها منصب القضاء أعطاها الحقّ في أنْ تعقد زواج غيرها.

وليس لأجنبي من غير الذين ذكرناهم أنْ يكون وليًّا على المرأة، لاسيما أنّ أيّ بلاد في العالم لا تخلوا مِنْ حاكم أو مَنْ ينوبه في شؤون الأسرة كالقاضي، وإن كانت غير إسلامية، فإنّها لا تخلو من مراكز إسلامية ولا من المسلمين.

وعليه نرى إضافة المادّة 12 مكرّر يكون نصّها كالآتي: ((تُقَدَّمُ فِي عَقْدِ الزّواج جِهَةُ الأُبُوَّةِ ثُمَّ البُنُوّةِ ثُمَّ الأُخُوَّةِ ثُمَّ العُمُومَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلاَءِ اِنْتَقَلَتْ الوِلاَيَةُ إِلَى ذَوِي الأَرْحَامِ ثُمَّ الوكيل والوَصِيّ.

وَالقَاضِي وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)).

المبحث الثاني

أثر ترتيب الأولياء على عقد الزّواج

قد يحدث أنْ يتنازع الأولياء في عقد زواج المرأة بسبب تعدّدهم، فيرى كلّ واحد منهم نفسه أحقّ بالولاية عليها، وقد يبرم أحد الأولياء -مع بُعْدِ قرابته- عقد زواج موليّته رغم وجود مَنْ هو أقرب منه، ممّا يثير حفيظة هذا الأخير لاسيما إن كان بغير عذر. كما قد يصل الأمر إلى أبعد مِنْ ذلك، حيث يبرم وليّان أو أكثر عقد زواج امرأة واحدة مِنْ شخصين مختلفين أو أكثر.

وقد يحدث أن يكون للمرأة أولياءُ البعضُ منهم حاضر، والبعض الآخر يكون غائبا، والغائب أقرب إلى المرأة من الحاضر، فهل تنتظر عودة الوليّ الغائب لتتزوّج المرأة، أم يزوّجها الوليّ الحاضر، رغم أنّه غير مقدّم، خشية تفويت فرصة الزّواج على المرأة ممّن تقدّم لها؟

كذلك قد يعضل الوليّ موليّته عن الزّواج ويمنعها مِنَ الاقتران بالشّخص الذي تريده، إمّا لعذر شرعيّ أو لغير عذر، فهل تبقى له الولاية، أم تنتقل إلى غيره؟ وإذا قلنا بانتقالها فمن هو الشخص الذي تنتقل إليه الولاية؟

هذه المسائل هي ما سنتطرّق إليه بالدّراسة في هذا المبحث من خلال مطلبين.

المطلب الأول

تعدّد واستواء أولياء المرأة

كثيرًا ما يكون للمرأة عدّة أولياء متساوون في درجة القرابة أو متفاوتون فيها، وكل منهم يرغب في تزويجها، أو يزوّجها أحدهم فعلا دون الرّجوع إلى الباقين، كما قد يزوّجها أكثر مِنْ واحد، ممّا يخلق عدّة إشكالات فيما يخص صحّة الزّواج، وحقّ كلّ وليّ تجاه الباقين، وأحقّ الأزواج بالمرأة.

الفرع الأول

حالة تنازع الأولياء

إذا تنازع الأولياء حول الولاية على المرأة، فإنّهم لا يَخْلُونَ مِنْ حالتين: إمّا أنْ يكونوا في درجة واحدة، وإمّا أنْ تختلف درجاتهم.

فإنْ تباينت درجاتهم، فالأصل أنْ يقدّم الأقرب على الأبعد، على التّفصيل الذي سنراه في المطلب الثّاني مِنْ هذا المبحث، وإنْ كانوا في درجة واحدة كالإخوة أو أبنائهم أو الأعمام، كان الأمر على التفصيل الآتي:

أولا: قول الحنفية والإباضية وبعض التشريعات بصحة العقد مطلقا

قال الحنفيّة: أيّ الأولياء قام بتزويج موليته صحّ عقدُه. وسند ذلك حديث النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ...»[1]، وأنّ سبب الولاية هو القرابة،

(1) – رواه الشافعي، المسند، مج2، ص1567، حديث رقم 1360. قال رفعت فوزي: «حديث صحيح لغيره»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص140– 141؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج5، ص336، حديث رقم 5479؛ المعجم الكبير، تحقيق وتخريج: حمدي عبد الحميد، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثّانية، القاهرة، مصر، د.ت، ج7، ص269، حديث رقم 6924؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص141– 142؛ عمر بن علي بن أحمد الأنصاري المعروف بابن الملقّن، البدر المنير في تخريج الأحاديث الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مجدي بن السيد بن أمين وعبد الله بن سليمان، دار الهجرة، الرياض، السعودية، 1425هـ– 2004م، مج7، ص589، حديث رقم19. وقال: «حديث جيد».
وورد بلفظ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا...». رواه أحمد بن حنبل، المسند، ج13، ص349، حديث رقم 17282؛ ج15، ص121، حديث رقم19968. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص362، حديث رقم 2088؛ الترمذي، السنن، ص263، حديث رقم 1110. قال: «حديث حسن»؛ النسائي، السنن، ص713، حديث رقم 4682؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص44، حديث رقم 2309 وص208– 209، حديث رقم 2779– 2782. قال: «حديث صحيح على شرط البخاري»؛ البيهقيّ، السنن الكبرى، ج7، ص139– 141؛ ابن الجارود، مسند أبي داود الطيالسي، ج2، ص222، حديث رقم 945. قال محمد بن عبد المحسن التركي: «حديث صحيح»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص254– 255، حديث رقم 1853. قال: حديث ضعيف، وصحته متوقفة على تصريح الحسن البصري بسماعه من سمرة بن جندب فلا يكفي ثبوت سماعه؛ لأنّه يدلّس. وقال ابن حجر: صححه أبوزرعة وأبو حاتم والحاكم، وأنّ رجاله ثقات، وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة.(التلخيص الحبير)، ج3، ص339.

وهذا الوصف لا يحتمل التّجزئة، كما أنّ الحكم الثّابت - وهو الزّواج - لا يتجزّأ[1]. وبهذا قال الإباضيّة[2]، ولو كان العاقد أصغر الأولياء أو أقلّهم عقلا، بل حتّى ولو كان طفلاً مميّزًا، دون حاجة لإذن الباقين، والشّيعة الزّيديّة[3] إذا كان الزّوج كفؤًا، فإنْ لم يكن كذلك، فإنّ لهم الاعتراض إنْ ساءهم الأمر.

وبمثل هذا أخذت العديد مِنَ التّشريعات العربيّة، على غرار التّشريع اللّيبي، حيث جاء في نصّ المادّة 7/ج: ((إِذَا اِسْتَوَى وَلِيَّانِ فِي القُرْبِ فَأَيُّهُمَا تَوَلَّى الزَّوَاجَ بِشَرَائِطِهِ جَازَ))[4]، وزاد عليه المشرّعان: الإماراتي في نصّ المادّة 32، والعُماني في نصّ المادّة 11/أ، إذن المرأة المخطوبة، أي أنّه إذا أذنت المرأة لأحد الأولياء، فإنّه هو مَنْ له أنْ يعقد زواجها لا غيره. وهو ما نص القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 14.

ثانيا: أقوال باقي الفقهاء والتشريعات

اختلف فقهاء المالكية والشافعية والحنبلية والشيعة الإمامية، في مسألة تنازع الأولياء مِنَ الدّرجة نفسها، على أقوالٍ كثيرة، لكنّها تنحصر في صحّة عقد من يحكم له القاضي بذلك، أو من تأذن له المرأة بالتّزويج، أو من يفضل على أساس معيّن، وفق التفصيل الآتي:

أ- تنازع الأولياء عند المالكية:

للمالكيّة عدّة أقوال في المسألة، فهم يفرّقون بين ما إذا كان النّزاع منصبًّا على مَنْ

---

(1) - السرخسي، المبسوط، ج4، ص218- 219؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص251؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص97.
يجدر التذكير بأن هذا الحكم متعلق بالمرأة الصغيرة أو المجنونة.
(2) - إطفيش، شرح النيل، ج6، ص108.
بخلاف الأب، حيث لا تزوّج ابنته وهو حيّ، دخل بها الزّوج أم لا، إلاّ أن يكون خارج بلاد المسلمين. انظر: الكندي، بيان الشرع، ج48، ص316.
(3) - الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص19.
يلاحظ أن هذا يخالف القول بوجوب كمال أهلية الوليّ.
(4) - يقابله نصّ المادّة: 2/22 سوري، 2/32 سوداني، 27/ب قطري، 15 يمني.

يتولّى إبرام العقد أو على الزّوج المتقدّم إلى المرأة.

1- **حالة التنازع على العقد**:

إذا كان التَشَاحُّ بين الأولياء قائمًا بشأن العقد ففي المسألة ستّة أقوال[1]:

أوّلها رفع الأمر إلى الحاكم لينظر في الأمر ويعيّن مَنْ يتولّى إبرام العقد. **والقول الثّاني** أنّ الأمر يرجع إلى المرأة فتعيّن مَنْ يتولّى العقد. **والقول الثّالث** أن يقدّم الأفضل مِنْ بينهم، فإنْ استووا في الفضل قُدِّم أكبرهم سنًّا، فإنْ استووا في الفضل والسّن عُقِدَ الزّواج باجتماعهم عليه، ولا يحقّ للمرأة أنْ تفوّض الأمر لأحدهم دون الباقي. **والقول الرّابع** أنْ يقدّم أفضلهم، فإنْ استووا في ذلك، قام الحاكم بإبرام العقد أو فوّض الأمر إلى أحدهم ليقوم به، وهذا هو الذي قال ابن عبد البّر فيه أنّه حاصل المذهب[2]. **والقول الخامس** أنْ يقوم الحاكم بتفويض أحد أولياء المرأة ولا يحق له – أي للحاكم- أنْ يبرم العقد بنفسه، وهذا يشبه القول الأوّل. أمّا **القول السّادس** فهو أن يجتمع الأولياء كلهم في العقد دون تعيين الأفضل، ولا إشكال إن بادر أحدهم بالعقد فإنّه يكون حينها صحيحا إلاّ لحقِّ الكفاءة.

وفي هذا الصّدد نجد أنّ المشرّع الإماراتي نصّ في المادّة 181 على أنْ يقدّم الأكبر سنًّا، فإنْ استووا في ذلك، اختار القاضي أصلحهم، فإنْ لم يوجد أحد منهم يستحقّ الولاية، عيّن القاضي أحدًا مِنَ الأقارب كوليّ، فإنْ لم يوجد، عيّن أحدًا مِنْ غيرهم[3].

أمّا المشرّع الكويتي، فأعطى بموجب نصّ المادّة 31 للمرأة حقّ رفع الأمر إلى القاضي ليفصل في ذلك، وجاء في نصّ المادّة 209، أنّ المحكمة تختار الأصلح مِنَ الأولياء، وإنْ لم يوجد مَنْ يصلح منهم، أُعْطِيَتِ الولاية لغيرهم. وهو ما نصّ عليه المشرّع القطري في المادّة 1/29.

(1) – انظر في ذلك: محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج5، ص74– 75.

(2) – ابن عبد البر، الكافي، ص233.

(3) – يلاحظ أن هذا النص يتعلق بالولاية على نفس القاصر، لكن هذا لا يمنع من الاستناد إليه كون المشرّع الإماراتي أخذ بالولاية على المرأة البالغة العاقلة.

2- **التنازع على الزوج**:

إنْ كان التّنازع في أمر الزّوج، بأنْ كان أحد الأولياء يريد أنْ يزوّج المرأة مِنْ رجل، وغيره يريد أنْ يزوّجها مِنْ آخر؛ فإذا عيّنت المرأة الزّوج الذي تريده أخذ قولها شرط أنْ يكون كفؤًا لها، وإنْ لم تعيّن الزّوج وفوّضت الأمر إلى الأولياء، رُفِع الأمر إلى السّلطان لينظر مَنْ يزوّجها مِنَ الأولياء[1]. وقال ابن ناجي: يقدّم الأصلح مِنَ الأزواج[2].

هذا الذي قدّمناه يتعلق بالولي غير المُجْبِر، أمّا الوليّ المجبر كالشريكين في الأمة، أو الوصيّين في اليتيمة؛ فإنّه لا يصحّ عقد أحدهما دون إذن الآخر[3].

ب- **تنازع الأولياء عند الشافعية**:

قال الشّافعيّ: إذا اجتمع الأولياء فأيّهم أذِنَتْ له المرأة وصحّ أنْ يكون وليًّا، أي توافرت فيه شروط الولاية عندهم، كانَ له أنْ يزوّجها، سواء كان فاضلاً أم دون ذلك، مسنًّا أم شابًّا، ولا يهمّ إنْ رضي الباقون أم سَخِطُوا، بشرط أنْ يكون الزّوج كفؤًا، فإنْ زوّجها مِنْ غير كفءٍ؛ لم يثبت الزّواج إلاّ إذا اجتمعوا عليه، ويُرَدُّ الزّواج أيضًا إذا قرّر جميع الولاة إلاّ واحدًا تزويجها مِنْ غير كفءٍ[4].

ويظهر مِنْ كتب الشّافعيّة أنّهم يفرّقون بين حالة التّشاجر أو التّشاح وبين عدمه[5]؛ فإنْ لم يتشاجروا فيما بينهم، فالأفضل أو المستحبّ أنْ يزوّجها- إنْ أذنت لهم كلّهم

---

(1) – محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج5، ص74؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص191؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص233؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، ج2، ص378؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص27.

(2) – ذكره: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص11.

(3) – الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص183؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص19.

(4) – الشافعي، الأم، ج6، ص40.

(5) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص215؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص230- 231؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص38؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص248؛ الغمراوي، السراج الوهاج، ص267؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص98؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، =

مجتمعين أو منفردين- أفقههم في باب النّكاح؛ لأن الله سبحانه وتعالى لم يسوِّ بين صاحب العلم وبين مَنْ لا يعلم فقال: ﴿... **قُلْ هَلْ يَسْتَوِي ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ** ...﴿٩﴾﴾[1]، ثمّ أورعهم؛ لأنّه أشفق وأحرص على طلب الحظّ للمرأة، ثمّ أكبرهم سنًّا؛ لأنّه أكثرهم تجربة، وهذا بعد موافقة الباقين، فإنْ أذنت لأحدهم دون غيره فلا يزوّجها إلاّ هو، أمّا لو قالت: زوّجوني، فلا بدّ مِنْ اجتماعهم في الأصحّ.

فإنْ لم يرض الآخرون وأراد كلّ واحد أنْ يستفرد بالولاية، وكان الزّوج شخصًا واحدًا، أجريت القرعة بينهم، ولا تنتقل الولاية هنا للسّلطان؛ لأن معنى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَإِنْ تَشَاحُّوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[2]، مقصودٌ به حالة العضل كما سنرى. أمّا إنْ تعدّد الخُطّاب فإنّها تزوّج ممّن ترضاه، فإنْ رضيت بهم جميعًا، اختار الحاكم أصلحهم.

ج- **تنازع الأولياء عند الحنبلية**:

يكاد يماثل الحانبلةُ الشّافعيّةَ في هذه المسألة؛ حيث يقولون إنّ لكلٍّ مِنْ أولياء المرأة حقّ تزويجها؛ لتوافر سبب الولاية في كلّ واحد منهم، إلاّ أنّه يحبّذ تقديم أفضلهم وهو صاحب العِلم والدِّين، فإنْ اسْتَوَوا في ذلك، قُدِّم الأكبر سنًّا؛ لأنّ النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قصّة حُوَيِّصَة ومُحَيِّصَة، تكلّم عبد الرّحمن في أمر أخيه وهُو أَصغَرُ مِنْهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كَبِّرِ الكُبْرَ - أَوْ قَالَ- لِيَبْدَإِ الأَكْبَرُ»[3]. فإنْ تشاحّوا أُجريَت القرعة بينهم، أمّا إذا أذنت لأحدهم بتزويجها صحّ العقد منه ولو كان هو الأصغر فيهم أو المفضول منهم[4].

= ص164؛ مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج4، الأحوال الشخصيّة، دار القلم، الطبعة الثّالثة، دمشق، سوريا، 1413هـ- 1992م، ص68- 69.

(1) - من الآية 9 من سورة الزمر.

(2) - ذكره: الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص194. غير أنّي لم أقف عليه بهذا اللفظ في كتب الحديث، بل جاء بلفظ: «... فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ»، وسيأتي تخريجه كاملا في الصفحة 252.

(3) - رواه البخاري؛ الصحيح، ج8، ص38؛ مسلم، الصحيح، ج5، ص98- 99.

(4) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص430؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص85؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص141؛ كشاف القناع، ج11، ص288؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص114- 115؛ محمد بن أحمد الفتوحي =

غير أنّه عند إجراء القرعة، إمّا أنْ يُزَوِّجَ المَرْأَةَ مَنْ خرجت القرعة له، وإمّا أنْ يزوّجها أحد ممّن لم يخرج في القرعة؛ فإنْ زوّجها مَنْ خرج سهمه في القرعة، صحّ العقد، وفي الوقت نفسه لا تبطل ولاية الباقين. أمّا إنْ زوّجها غير مَنْ خرجت القرعة عليه، وكانت المرأة قد أذنت لكل منهم، فإنّ زواجها صحيح في أصحّ القولين، وفي القول الثّاني أنّ الزّواج لا يصحّ؛ لأنّه لا يكون للقرعة حينها فائدة، وفائدة القرعة إنّما هي لقطع النّزاع. أمّا إنْ أذنت لأحدهم فزوّج الآخر فلا يصحّ الزّواج إلاّ إذا أجازه مَنْ عينته[1].

د- **تنازع الأولياء عند الشيعة الإمامية**:

قال الشّيعة الإمامية[2]: إذا أَذِنَتْ المرأة لأحد الأولياء فهو مَنْ يزوّجها، وكذلك الأمر إنْ عينّت الزّوج، أمّا إنْ أذنت لهم إذنًا مطلقًا، فإنّ العقد الأوّل صحيح وعقد الثّاني باطل، دخل بها الزّوج أم لم يدخل، فإنْ لم تأذن، كان العقد موقوفًا على إجازتها. غير أنّه إذا كان الوليّان هما الجدّ والأب وتشاحّا، قُدِّم اختيار الجدّ[3].

الفرع الثاني

حالة إبرام وليين للعقد

قد يحدث أنْ يبرم وليّان عقد زواج مَنْ هي تحت ولايتهما، وكلّ واحد منهما يعقده مع شخص غير الذي عقد معه الوليّ الآخر. وهنا نفرّق ما بين ثلاث حالات: أنْ يكون الزوجان غير كُفئَيْن معًا، أو أنْ يكون أحدهما كُفُؤًا وَالآخَرُ غيرَ كُفءٍ، أو أنْ يكونا كُفُؤين معًا.

= الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د.ت.م، ج4، ص71- 72؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص72-73؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص273- 274.

(1) - المرداوي، الإنصاف، ج8، ص85- 86؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص288.

(2) - الطوسي، الخلاف، ج4، ص280- 281.

(3) - علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج19، ص474: عن: الحلي، شرائع الإسلام.

أولا: أن يكون الزوجان غير كفئين

إذا كان الزوجان غير كفئين معًا فالعقدان باطلان؛ فإذا لم يدخل بها أيٌّ منهما فلا شيء عليهما، أمّا إنْ دخل بها أحدهما، كان عليه مهر المثل، حتّى ولو كان قد سُمِّي المهر قبل ذلك، كما لا حدّ عليه؛ لاعتباره نكاح شبهة[1].

ثانيا: أن يكون أحدهما فقط كفؤا

إذا كان أحد الزوجين كفؤا، والآخر غير كفءٍ، فإن عقد زواج الكفء صحيحٌ، بينما عقد زواج غير الكفءِ باطلٌ، حتّى ولو كان عقده هو الأسبق وعقد الكفءِ متأخرًا عنه، فإنْ دخل بها غير الكفءِ وكان عقده سابقًا؛ فإنّ عليه مهر المثل، ولا حدّ عليه، حتّى ولو كان عالمًا بأنّه غير كفءٍ. أمّا إنْ كان عقده لاحقًا على عقد الآخر وكان عالما بالحال، فعليه الحدّ، وليس على المرأة عدّة؛ لأنّه لا يلحق به الولد إنْ جاءت به. أمّا إنْ كان غير عالم فلا حدّ عليه، وعلى المرأة أنْ تعتدّ، ويَنْتَظِرُ الكفؤ مدّة العدّة[2].

ثالثا: أن يكون الزوجان كفؤين معا

ونجد أنّ لهذه الحالة خمسة فروض هي: أن يُعْلم من الذي تم عقده أوّلاً، أن يتم العقدان في آنٍ واحد، أن يُجْهَلَ أي العقدين تمّ أوّلاً أو يقع الشك في ذلك، وأخيرا أن يدّعي أحدهما أن عقده كان الأوّل.

أ- **أنْ يُعْلم العقد السابق من العقد اللاحق:**

اختلف الفقهاء فيما لو عُلِمَ أيّ العقدين أسبق؛ فقال جمهور الفقهاء بصحة عقد الأول

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص121؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص216.

(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص121– 122؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص216؛ الشرواني، حواشي تحفة المحتاج، ج7، 269.

نعتقد أن عدم اعتداد المرأة إذا دخل بها غير الكفء، وكان عقده لاحقا وهو عالم بحاله، يؤدّي إلى اختلاط الأنساب؛ لأنه قد تكون المرأة قد حبلت منه. كما أن عدم إلحاق الولد به، أي إلحاقه بأمه، أمر خطير؛ لأن هذا ليس زنا صريحا، بل هو نكاح بشبهة، فيلحق الولد فيه بأبيه.

وبطلان الثاني مطلقا، وقال البعض الآخر بصحة عقد الأول منهما شرط ألاّ يكون الثاني قد دخل بها أولا.

1- صحة عقد الأول دون الثاني مطلقا:

إذا عُلِم مَنْ هو العقد السّابق، بَطُل العقد المتأخّر حتّى ولو دخل بالمرأة الرّجل الثّاني؛ وهذا هو رأي جمهور الفقهاء مِنَ الحنفيّة[1]، والشّافعيّة[2]، والحنابلة[3]، والزّيديّة[4]، والإماميّة[5]، وقال به علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وشُرَيْح والحسن البصْري والأوزاعي وإسحاق[6].

واستدلّ أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾ إلى قوله:

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص226؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص252؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص128؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص199.
غير أن هذا يتعلق بالمرأة الصغيرة وليس البالغة الرشيدة.
أما البالغة إن زوجها أبوها بأمرها، وزوجت نفسها من آخر، فالقول لها، فأيّهما قالت أنّه الأول كان زوجها، وإنْ قالت: لا أدري من الأول فرّق بينهما، والأمر نفسه لو زوجها وليّان. انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص199.
وهناك رأي آخر؛ أنها إنْ سكتت كان العقد موقوفا على إجازتها، وفي رواية أخرى بطل العقدان، وإن أجازت العقدين معا بطلا معا أيضا. انظر في ذلك: السرخسي، المبسوط، ج5، ص98؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص243؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص119؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص119؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص288؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص161.

(2) – الشافعي، الأم، ج6، ص42؛ إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، مختصر المزني في فروع الشّافعيّة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ- 1998م، ص222- 223؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص434؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص141؛ النووي، المجموع، ج17، ص287- 288.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص431؛ الكافي، ج4، ص228؛ إبراهيم بن مفلح المقدسي، المبدع، ج6، ص115؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص166؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص288؛ إبراهيم بن محمد بن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص144.

(4) – صالح بن مهدي المقبلي، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1408هـ- 1988م، ج1، ص477.

(5) – علي أصغر مرواريد، الينابيع الفقهية، ج19، ص474- 475: عن: الحلي، شرائع الإسلام.

(6) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص122.

﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ...﴾[1]. بمعنى أنّ المرأة المتزوجة مُحَرَّمة على غير زوجها المعروف مثل تحريم الأم والأخت وغيرهما.

كما استدلّوا من السّنة بقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا...»[2]. وقال التّرمذي: ((وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ العِلمِ لاَ نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلاَفًا: إِذَا زَوَّجَ أَحَدُ الوَلِيَّيْنِ قَبْلَ الآخَرِ فَنِكَاحُ الأَوَّلِ جَائِزٌ، وَنِكَاحُ الآخَرِ مَفْسُوخٌ، وَإِذَا زَوَّجَا جَمِيعًا فَنِكَاحُهُمَا جَمِيعًا مَفْسُوخٌ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاق))[3].

ومِنَ الآثار أَنَّ امرأة زوّجها أحد أوليائها بعبد اللّه بن الحسن الحنفيّ، وزوّجها الثّاني بعبيد اللّه بن الحسن الحنفي، فدخل بها عبيد اللّه، وكان هو الثّاني، فلما رُفِع الأمر إلى عليّ رضي الله عنه، قضى بصحّة نكاح الأوّل وهو عبد اللّه، وأبطل نكاح عبيد اللّه مع أنّه دخل بها، وقال: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا نَكَحَ الوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ»»[4].

وكذلك: «أَنَّ امْرَأَةً زَوَّجَهَا أَوْلِيَاؤُهَا بِالجَزِيرَةِ مِنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ الحُرِّ، وَزَوَّجَهَا أَهْلُهَا بَعْدَ ذَلِكَ بِالْكُوفَةِ، فَرَفَعُوا ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ رضي الله عنه، فَفَرَّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا الآخَرِ، وَرَدَّهَا إِلَى زَوْجِهَا الأَوَّلِ، وَجَعَلَ لَهَا صَدَاقَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْ فَرْجِهَا، وَأَمَرَ زَوْجَهَا الأَوَّلَ أَنْ لاَ يَقْرَبَهَا حتّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا»[5].

أمّا استدلالهم بالمعقول فمن وجهين: الأول قياس على الزّواج في العدّة، أين لا يصحّ الزّواج إذا اتّصل بالوطء، فإنّ كلّ زواج لا يصحّ إذا عَرِيَ عن الوطء[6]. والوجه الثاني، قياسٌ على التّوكيل، فلو وكّل أحدٌ رجلين أنْ يزوّجه كلّ واحد منهما بامرأة فزوّجاه

(1) – الآيتان 23 و24 من سورة النساء.

(2) – سبق تخريجه في حاشية الصفحة 232.

(3) – الترمذي، السنن، ص263.

(4) – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص123.

(5) – رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص141؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص231؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص255. قال بأن الأثر موقوف في الروايتين، وقال زكريا بن غلام قادر، (المرجع السابق، مج3، ص1004): الأثر في رواية البيهقي حسن، أما في رواية عبد الرزاق فضعيف.

(6) – أي أنّ الزواج لا بد فيه من الوطء وإلا لم يكن صحيحًا، وبالمقابل الزّواج بامرأة وهي في عدتها لا يصح إن اقترن بالوطء.

بأختين، صحّ الزّواج الأوّل دون الثّاني حتّى ولو كان هناك دخول في الثّاني منهما[1].

2- صحة عقد الثاني إذا دخل بالمرأة جاهلا بعقد الأول:

قال المالكيّة، العقد السابق هو الصحيح، غير أنّه إذا دخل بها الثاني وهو لا يعلم بزواج الأول؛ فإنّ الزّواج يكون للثّاني[2]، وهذا في قول ابن القاسم[3]، وبهذا قال عمر بن الخطّاب رضي الله عنه، وعطاء، والزُّهري[4].

واستدلّوا بما رُوِيَ أَنَّ موسى بن طلحة بن عبيد اللّه زَوَّجَ أخته بيزيد بن معاوية بالشّام، وزوَّجها أخوها يعقوب بالحسن بن عليّ بالمدينة، فدخل بها الحسن، وكان هو الثّاني، ولم يكن يعلم بأنّ يزيد قد تقدّم نكاحه، فقضى معاوية بنكاحها مِنَ الحسن بعد إجماع فقهاء المدينة[5]. وقالوا بأن حديث النّبيّ صلى الله عليه وسلم يُحمَل على عدم دخول الزّوج الثّاني بالمرأة، وهذا جمعًا بينه وبين رواية عليّ والحسن ومعاوية ويزيد[6]. وبالأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ((إِذَا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ، مَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الثَّانِي))[7].

---

(1) – والقياس على التوكيل مجمع عليه فيما نقله الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص123.

(2) – مالك، المدوّنة الكبرى، ج4، ص168؛ ج10، ص248؛ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج8، ص122؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص233– 234؛ محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج3، ص440؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص191–192؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص13.

فقالوا: إن لم يتلذذ بها العاقد الثاني بمقدمات الوطء فما فوقها، أو تلذذ بها مع علمه بأنّ عقده هو الثاني، فإنها تكون للعاقد الأول، أمّا إنْ تلذذ بها الثاني ولكنه لم يكن يعلم بأنه هو الثاني فإنّها تكون له.

(3) – الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص349.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص122.

(5) – ذكر هذه الرواية: عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق وتخريج: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1403هـ– 2003م، ج6، ص233، رقم 10636. وهو أثر صحيح كمال ذكر زكريا بن غلام قادر، المرجع السابق، مج3، ص1003– 1004.

أما الإجماع فنقله الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص122.

(6) – القرافي، الذخيرة، ج4، ص253؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص28– 29.

(7) – ذكر هذا الأثر: ابن قدامة، المغني، ج9، ص429. وقال بأنه لم يصححه أصحاب الحديث؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص254. وقال بأنه لم يقف عليه.

وقد بحثت عنه كثيرا ولكنني لم أجده في أي من كتب الحديث التي أتيحت لي.

كما استدلّوا بأنّ عقد الرّجل الثّاني اتّصل بالقبض، ولهذا صار أحقّ بالمرأة مِنَ الرّجل الأوّل[1].

واعْتُرِضَ على هذا الرّأي بما يأتي[2]:

- أنّ الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه ضعيف ولم يصحّحه أصحاب الحديث، كما خالفه قول علي رضي الله عنه، فها هنا قولُ صحابيٍّ عارضه قول صحابيٍّ آخر، يضاف إلى ذلك أنّه عارض حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم.
- أمّا مسألة القبض، فإنّ النّكاح يصحّ دون قبض، وقياسُهم على عقد البيع هو قياس مع فارق، كما أنّ عقد الزّواج يبطل بالأنكحة الفاسدة، والقبض لا يصحّحها.

ب- أنْ يكون العقدان في وقت واحد:

إذا تمّ العقدان في آنٍ واحد وعُلِم ذلك، كان العقدان باطلين معًا؛ لأنهما تدافعا في المعيّة، وليس لأحدهما الأسبقيّة، فليس أحدهما أولى مِنَ الآخر[3]، وهذا حتّى لا تختلط الأنساب، بخلاف لو جمع الرّجل بين امرأتين فلا محلّ لاختلاط الأنساب.

بيد أنّ هذا الفرض يقتضي تفصيل ثلاث حالات[4]:

---

(1) – انظر في المعنى: محمد عليش، شرح منح الجليل، ج3، ص385– 386.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص429– 430.

أمّا القول بإجماع فقهاء المدينة فغير مسلم به؛ لأنّه جاء عن علي رضي الله عنه أنّه ردّ نكاح الزّوج الثّاني بالرغم من دخوله بالمرأة، وهو أثر حسن في رواية البيهقي، كما يردّه الحديث النّبوي الذي ذكرناه في النقطة الأولى من المسألة. ضف إلى ذلك، أنّ الماوردي ذكر بأنّه يجوز أن يكون معاوية قد طلب تنازل يزيد عن زواجه بهذه المرأة واستأنف عقد الحسن عليها. انظر الماروردي، الحاوي، ج9، ص123.

(3) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص226؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص251؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص128؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278؛ عبد الرحمن الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص499؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار،ج3، ص97؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص199؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص349؛ الشافعي، الأم، ج6، ص43؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص434؛ النووي، المجموع، ج17، ص287– 288؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص222 و ص245؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص38؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص433– 434.

(4) – الشافعي، الأم، ج6، ص43؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص123 –124.

الحالة الأولى: أنْ لا يكون قد دخل بها أحدهما. وهنا لا تأخذ المهر مِنْ أيّهما، لفساد العقد مع عدم الدّخول، ويحقّ لأيٍّ منهما بعد ذلك أنْ يعقد عليها مجدّدًا.

والحالة الثّانية: أنْ يكون قد دخل بها أحدهما؛ فيكون العقد صحيحًا بالنّسبة إلى مَنْ دخل بها في مذهب الإمام مالك، بخلاف الجمهور الذي يجعل زواج الداخل وغير الداخل بها باطلا، على أنْ يكون للدّاخل بها مهر مثلها، وتعتدّ منه، كما يكون له استئناف الزّواج عليها في عدّتها، بينما لا شيء على غير الدّاخل، وليس له العقد عليها إلاّ بعد انقضاء عدّتها.

الحالة الثّالثة: أنْ يدخل الرّجلان بها. وهنا تستحقّ المهر منهما جميعًا، كما تعتدّ لكلّ واحد منهما، فتبدأ بعدّة مَنْ وطئها أوّلاً، ولا يكون له أنْ يعقد عليها إلاّ بعد انتهاء العدّتين الأولى والثّانية، أمّا مَنْ وطئها ثانيًا، فله أنْ يتزوجها بعد انقضاء عدّتها مِنَ الرّجل الأول، بمعنى أنّ له تزوّجها ولو لم تنقضِ عدّتها منه.

ج- أنْ لا يُعْلَمَ أو يقع الشك في السابق منهما:

اختلف الفقهاء فيما إذا عقد وليّان عقد زواجٍ، ولم يُعْلَمْ مَنْ هو صاحب العقد الأوّل، أو وقع الشّك أيّهما أسبق مِنَ الآخر، على النحو الآتي:

يفرّق بينهما؛ لأنّه لا يمكن الجمع بين زوجين لامرأة واحدة، وليس أحدهما أولى مِنَ الآخر، وهذا قول جمهور الفقهاء مِنَ الحنفيّة[1]، والمالكيّة[2]. على أنّ المالكيّة يقولون بالفسخ إنْ لم يدخل بها أحدهما، والفسخ يكون بطلاق، فإذا دخل بها أحدهما فهو أولى بها في المعتمد مِنَ المذهب. وقال بعضهم: يُفسخ العقد بلا طلاق، سواء كان الزّمن واحدًا

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص226، ج5، ص9؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص128؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص199؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص500.

(2) – مالك بن أنس، المدوّنة، ج4، ص168؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص253؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص335؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص28؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص15؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص350.

تحقيقا أم ظنًّا أم شكًّا أم وهمًا[1].

وبهذا قال الشّافعيّة إنْ وقع الشّك في كون العقدين وقعَا في وقت واحد أو أنّ أحدهما سبق الآخر، أمّا إذا عُلِم السَّبْقُ لكنْ تطرّق الشّك بعد ذلك أيّهما أسبق أو نُسِي؛ فإذا تقدّم اليقين بالسّبق، وُقِفَ العقد إلى حين زوال الشّك باليقين، وتُمنَعُ المرأة مِنَ الرّجُلين إلى حين ذلك، أمّا إذا لم يسبق اليقين، فيكون العقدان باطلين معًا[2].

والحنابلة أيضًا قالوا بهذا، لكنّهم اختلفوا فيما بينهم؛ فمنهم مَنْ قال يفسخ مِنْ قِبَلِ الحاكم؛ لأن كلّ واحد منهما يحتمل أنْ يكون زواجه صحيحًا، وهو الصّحيح مِنَ المذهب، ومنهم مَنْ قال إنّ للزّوجين فسخ العقد، ومنهم مَنْ قال هو مفسوخ بنفسه، ومنهم مَنْ قال يطلّقانها، ويكون لها نصف المهر يدفعه أحدهما بعد إجراء القرعة بينهما، ومنهم مَنْ قال بإجراء القرعة بينهما، فمن وقعت عليه القرعة أَمَرَ الثّاني بالطّلاق، ثمّ يقوم بتجديد العقد، وقيل تكون لمن وقعت القرعة عليه دون طلاقٍ مِنَ الثّاني وتجديد مِنَ الأوّل[3]. فإن عُلِم الأسبق ثمّ نُسي[4]، فإمّا أنْ يؤخذ بالخلاف السّابق ذكره، وهو الصّحيح مِنَ المذهب، أو يوقف الأمر حتّى يتبيّن الأسبق، مثل أحد أقوال الشّافعيّة.

---

(1) – محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص28– 29؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص235؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص380؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص350.

الظن هو رجحان أحد طرفي التجويز، أو هو قوة المعنى في النفس، دون أن يصل إلى درجة اليقين أو الثقة. أما الشك فهو استواء طرفي التجويز، حيث لا دليل على أحدهما ولا أمارة، إذ هو الوقوف بين نقيضين من غير تقوية أحدهما على الآخر. أما التوهم فهو تجويز ما لا يمتنع من الجائز والواجب؛ فلا يجوز أن يتوهم الإنسان أمرا يمتنع أن يكون، كأن يتوهم شيئا بأنه ساكن ومتحرك في الآن ذاته. إلا أن الظن أقوى من الوهم، فالأول راجح والثاني مرجوح.

انظر في ذلك: الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، معجم الفروق اللغوية، البيت الله بيات، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، 1412هـ، ص303–304.

(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص124؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج8، ص5؛ النووي، المجموع، ج17، ص288– 289؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص434.

(3) – إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص116؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص432– 433؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص86–90؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص142؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص73؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص168– 170.

(4) – انظر: المرداوي، الإنصاف،ج8، ص90.

وقال الزّيديّة: إذا لم يعلم العقد المتقدّم مِنَ العقد المتأخّر، فالأصل عدم صحة الزّواج، أمّا إنْ عُلِمَ مَنْ هو المتقدّم ثمّ اِلْتَبَسَ، اُنْتُظِرَ حتّى يتبيّن الأمر، وللزّوجين طلاقها إنْ شاءَا[1].

أمّا الإماميّة فيفرّقون بين أنْ يكون الوليّان هما الجدّ والأب، أم غيرهما؛ فإن كان الأمر بين الجدّ والأب، ووقعَ العقدان في وقت واحد، قُدّم الجدّ على الأب، أمّا إنْ كان مِنْ غيرهما، وُقِف على إجازة المرأة إذا لم تكن قد أذنت لهما بتزويجها، فإنْ دخل بها أحدهما قبل الإجازة كانت له، وإنْ كانت قد أذنت، قُدّم الأكبر سنًّا[2].

ولم نجد في التّشريعات التي بين أيدينا مَنْ تطرّق إلى مسألة تزويج وليّين أو أكثر لامرأة واحدة مِنْ أزواج مختلفين، إلاّ التّشريع اليمني في نصّ المادّة 16 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة؛ حيث جعل عقد الأوّل صحيحًا – مع أخذ رضاها – وأبطل عقد الثّاني، فإنْ أُشْكِلَ الأمر ولم يعرف السّابق بطل العقدان ما لم ترض هي بأحدهما، فيصحّ عقد مَنْ اختارته ويبطل عقد الآخرين.

ولعلّ الرّاجح مِنْ هذه الأقوال هو بطلان الزّواج لتعذّر معرفة الأسبق منهما، ونظرًا لخطورة عقد الزّواج وحفاظًا على قُدسيّته، ومنعًا لاختلاط الأنساب. ولا يمكن بأيّ حالٍ العمل بالقرعة في مثل هذا العقد، فهي ليست بعقد، كما لا تُحِلّ حرامًا، وإنّما شرعت لتميّز بين حلالين، بينما هنا أحد الشّخصين ليس بزوج وإنْ لم يُعْرَفْ. كذلك لا يمكن الأخذ بالقول الذي يرى بالتّوقّف في العقد إلى حين معرفة الزّوج الأسبق؛ لأنّ هذا الفعل يضرّ بالمرأة خصوصًا إنْ طال زمنه، فلا هي بزوجة أحدهما ولا هي بمطلّقة[3]؛ لهذا كان الأَوْلَى أنْ يكون العقد باطلاً، مع الأخذ بجواز أنْ يعقد عليها أحدهما بعد الاستبراء إنْ كان قد دخل بها أحدهما أو كلاهما.

د- أنْ يدعي أحدهما السبق:

إذا ادّعى أحد الزّوجين أو كلاهما أنّ عقده هو الأسبق، لم يؤخذ بقولهما ولو أقرّت

(1) – صالح بن مهدي المقبلي، المنار في المختار، ج1، ص477.
(2) – علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج19، ص474– 475. عن: المحقق الحلي، شرائع الإسلام.
(3) – انظر في هذا المعنى: بلال حامد إبراهيم، المرجع السابق، ص1021.

المرأة لأحدهما بذلك؛ لأنها ليست هي الخصم في النّزاع، كما لا توجّه إليها اليمين إنْ أنكرت، وهو الصّحيح مِنَ المذهب عند الحنابلة[1]، بخلاف الشّافعيّة الذين يرون في أحد القولين بالأخذ بإقرارها وبتوجيه اليمين إليها، على أنّهم فصّلوا في هذه المسألة تفصيلا طويلا فيما لو كانت لأحد الزّوجين بينّة أم لا، وفيما إنْ حلفا أو نكلا، أو حلف أحدهما ونكل الآخر، وما إذا دخل بها النّاكل قبل النّكول أو بعده، بعلم أو دون علم المرأة بذلك، وفيما إذا ادّعت علمها بالسّابق منهما أم أنكرت...[2].

المطلب الثاني

إبرام الولي الأبعد لعقد الزواج

اختلف الفقهاء حول مسألة إبرام الوليّ الأبعد لعقد زواج المرأة رغم وجود وليّ أقرب منه. ونجد هذا يتحقّق في حال كون الوليّ الأقرب حاضرًا، أو غائبًا، ونجده كذلك في حال عضله للمرأة عن الزّواج.

الفرع الأول

أثر حضور أو غياب الولي الأقرب

لا شكّ أنّ حضور الوليّ الأقرب في مكان وجود المرأة المراد تزويجها يختلف عن غيابه لسبب ما، فيؤثر في بقاء الولاية له أو انتقالها إلى غيره، ومن ثمّ في صحّة أو بطلان العقد الذي يبرمه غيره، وهو ما سنفصّل الأمر فيه في هذا الفرع.

أولا: عقد الولي الأبعد مع حضور الأقرب

إذا أبرم الوليّ الأبعد عقد زواج مولّيته، بالرّغم مِنْ أنّ وليّها الأقرب منه حاضر، فإنّ الأمر لا يخلو مِنْ: أنْ يكون العقد صحيحًا نافذًا، أو موقوفًا على الإجازة، أو باطلاً.

(1) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص433؛ الكافي، ج4، ص229؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص90.

(2) – انظر في ذلك: الشافعي، الأم، ج6، ص43– 45؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص125– 127؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص434– 435؛ النووي، المجموع، ج17، ص289– 291؛ الرافعي، الشرح الكبير، ج8، ص7– 11.

أ- **صحة العقد**:

إذا تولّى الولي الأبعد زواج المرأة مع وجود من هو أقرب منه، كان العقد صحيحا نافذا في حق الولي الأقرب، وهذا أحد أقوال المالكيّة[1]، وقول عند الإباضيّة[2]، والإماميّة[3]، وهو ما أخذ به المشرّع القطري في نصّ المادّة 2/27 مِنْ تقنين الأسرة إذا كان الوليّ غير الأب، والمستنتج مِنْ نصّ المادّة 1/11 مِنْ تقنين الأسرة الجزائريّ[4].

جاء في المدوّنة الكبرى: **((قُلْتُ: أَرَأَيْتَ المَرْأَةَ يَكُونُ أَوْلِيَاؤُهَا حُضُورًا كُلُّهُمْ وَبَعْضُهُمْ أَقْعَدُ بِهَا مِنْ بَعْضٍ، مِنْهُمْ العمّ وَالأَخُ وَالجَدُّ وَوَلَدُ الوَلَدِ وَالوَلَدُ نَفْسُهُ، فَزَوَّجَهَا العَمُّ، فَأَنْكَرَ وَلَدُهَا وَسَائِرُ الأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجَهَا، وَقَدْ رَضِيَتْ المَرْأَةُ؟ قَالَ: ذَلِكَ جَائِزٌ عَلَى الأَوْلِيَاءِ عِنْدَ مَالِكٍ. قَالَ: وَقَالَ مَالِكٌ فِي المَرْأَةِ الثَّيِّبِ لَهَا الأَبُ وَالأَخُ، فَيُزَوِّجُهَا الأَخُ بِرِضَاهَا وَأَنْكَرَ الأَبُ ذَلِكَ أَذَلِكَ لَهُ؟ قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لِلأَبِ هَهُنَا قَوْلٌ إِذَا زَوَّجَهَا الأَخُ بِرِضَاهَا؛ لأَنَّهَا قَدْ مَلَكَتْ أَمْرَهَا))**[5].

فهذا نصّ صريح بأنّ العقد الذي يبرمه الوليّ الأبعد مع حضور الوليّ الأقرب عقد صحيحٌ نافذٌ. غير أنّ هذا مشروط بأنْ لا تكون المرأة بكرًا ذات أبٍ أو وصيٍّ، فإنْ وجد أحدهما فلا خلاف في المذهب أنّ الزّواج مفسوخ[6].

---

(1) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص336؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص183؛ محمد عليش، منح الجليل، ج2، ص19؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص61– 62؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص227.

(2) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص109؛ الكندي، بيان الشرع، ج48، ص315 وما بعدها.

(3) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص177؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج19، ص474. عن: الحلي، شرائع الإسلام.

(4) – يقول الدكتور عبد القادر بن داود بأن ما جاء في نصّ المادّة 11، مِنْ إمكان تولّي الأبعد للعقد مع وجود الأقرب هو من صميم الفقه المالكي. (المرجع السابق، ص85– 86).

ويستند في ذلك إلى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري، ثمّ إلى ما ورد عن ابن القاسم مِنْ أنّ الوليّ سنة لا فرض.

غير أنّه أغفل أن الجزيري – رغم أنّه معروف بالنقول غير الصحيحة للأقوال المعتمدة في كل مذهب– ذكر حالات عدم إمكان عقد الأبعد مع وجود الأقرب مثلما بيّنّا في المتن، وأغفل الدكتور كذلك أنّ المالكيّة لا يقولون بصحة تولّي الأجنبي للعقد بوجود الأولياء الشّرعيين، بخلاف ما جاء به المشرّع الجزائريّ.

(5) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص161.

(6) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص248

وصحّة العقد هي حاصل مذهب الإمام مالك عند أكثر أصحابه، على أساس أنّ ترتيب الأولياء مستحبٌّ وليس واجبًا[1].

غير أنّه إذا وكّلت المرأة أجنبيًّا فزوّجها مع وجود وليّين أحدهما أقرب مِنَ الآخر، فأجاز الوليّ الأبعد العقد وردّه الوليّ الأقرب، فإنّ العقد يُرَدّ؛ لأن العاقد هنا أجنبيٌّ وليس وليًّا[2].

وقال الإباضيّة: إذا دخل الزّوج بها لم يفرّق بينهما، فإنْ لم يدخل بها جدّد الوليّ القريب العقد[3]. وهذا ما نستشفّه مِنْ أقوال الشّيعة الإمامية، غير أنّه كما سبق وأشرنا أعلاه بأنه مقرون بإذن المرأة لا إذن الوليّ الأقرب[4].

ب- وقف العقد:

يكون العقد الذي يبرمه الولي الأبعد مع وجود الأقرب غير نافذ، وهو مقتضى مذهب الحنفيّة[5]، وقول آخر للإمام مالك[6]، ورواية عن الإمام أحمد[7]، وقول آخر عند الإباضيّة[8].

وهو ما أخذ به المشرّع السّوداني في نصّ المادّة 3/32 و4 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة، حيث جاء فيه: ((إِذَا تَوَلَّى العَقْدَ الوَلِيُّ الأَبْعَدُ، مَعَ وُجُودِ الوَلِيِّ الأَقْرَبِ فَيَنْعَقِدُ

(1) – ابن عبد البر، الكافي، ص233؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص471.

(2) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص171؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص241؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص62.

(3) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص109؛ الكندي، بيان الشرع، ج48، ص316.

(4) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص177؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج19، ص474– 475. عن: الحلي، شرائع الإسلام.

(5) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90.

(6) – ابن عبد البر، الكافي، ص233؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص338– 339.

(7) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص379؛ الكافي، ج4، ص233؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص133– 134؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص113.

(8) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص109– 110.

مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الأَقْرَبِ.

يَصِحُّ العَقْدُ بِإِجَازَةِ الوَلِيِّ الخَاصِّ إِذَا تَزَوَّجَتْ اِمْرَأَةٌ بِالوِلاَيَةِ العَامّةِ مَعَ وُجُودِهِ فِي مَكَانِ العَقْدِ أَوْ فِي مَكَانٍ قَرِيبٍ يُمْكِنُ أَخْذُ رَأْيِهِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يُجِزْ، فَيَكُونُ لَهُ الحَقُّ فِي طَلَبِ الفَسْخِ مَا لَمْ تَمْضِ سَنَةٌ مِنْ تَارِيخِ الدُّخُولِ)).

ويظهر مِنْ خلال الفقرتين أنّ العقد موقوفٌ على الإجازة في الحالتين، إلاّ أنّ بينهما فرقًا واضحًا يتمثّل في أنّ الولي الأقرب له أنْ يفسخ العقد سواء كان موجودا في مكان العقد أو في مكان قريب منه؛ لأن النّصّ جاء عامًّا، فالمهمّ أنْ يكون موجودًا، في حين يكون للوليّ الخاصّ الفسخ إذا كان موجودًا في مكان العقد أو قريبا منه بحيث يمكن أخذ رأيه، أمّا إذا لم يكن موجودا في مكان يمكن إخطاره فيه، فليس له حق الفسخ، وكذلك إذا مرّت سنة مِنْ وقت دخول الزّوج بالمرأة.

ونرى أنّ في هاتين الفقرتين خلافُ الأَوْلَى؛ لأنّ مقتضى العقل يجعلنا نقول إنّ تزويج الوليّ الخاصّ ولو كان أبعد أولى مِنْ تزويج الوليّ العام، فكيف إذن يقال بأنّه إذا وجد الوليّ الخاصّ وكان بعيدًا صحّ العقد دون إجازته، وكذلك الأمر إنْ مرّت مدّة السّنة على الدّخول بالزّوجة، في حين يقال إنّ للوليّ الأقرب - وهو وليّ خاصّ- أنْ يفسخ أو يجيز العقد الذي أبرمه الوليّ الأبعد - وهو خاصّ أيضا- دون قيد أو شرط!

كما نصّ المشرّع القطري في المادّة 2/27 مِنْ تقنين الأسرة على وقف العقد على الإجازة إذا ما كان الوليّ هو الأب، حيث له أنْ يجيزه أو يطلب فسخه؛ فإنْ طلب الفسخ، نظر القاضي في الأمر مراعيًا ملابسات القضية ومقتضيات المصلحة.

أمّا غيرهما مِنَ التّشريعات، فمنها مَن لم ينصّ على هذه الحالة لا مِنْ قريب ولا مِنْ بعيد، مثل التّشريع المغربي[1]، والتّونسي، والموريتاني، والعراقي. ومنها من أشار إليها تعريضًا أو تلميحًا، كالتّشريع اللّيبي في نصّ المادّة 7/د، والسّوري في نصّ المادّة 23،

(1) - عدم الإشارة إلى هذه المسألة مرجعه إلغاء الولاية على المرأة الراشدة، وممّا يؤكد ذلك أنّ الفقه السائد في المغرب قبل التعديل كان يرى أن تزويج الأبعد مع وجود الأقرب يكون صحيحا حتّى ولو كان الوليّ الغائب أبا. انظر في ذلك: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص99.

والأردني في نصّي المادّتين 11و 12، والإماراتي في نصّ المادّة 34، والعُماني في نصّ المادّة 12، واليمني في نصّ المادّة 18؛ حيث جعلوا غياب الوليّ الأقرب أو تعذّر الاتصال به ناقلاً للولاية إلى مَنْ يليه في القرابة، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ الولاية لا تكون للأبعد إذا ما كان الوليّ الأقرب حاضرًا أو أمكن الاتّصال به. غير أنّ هذه النّصوص ليست ذات دلالة قويّة بهذا الخصوص، ذلك أنّ غالبية الفقهاء - كما سنرى- يُسْقِطُون ولاية القريب إذا ما كان غائبًا بينما الأمر بخلاف ذلك إذا ما كان حاضرًا، لهذا لا يمكننا قياس حالة الحضور على حالة الغياب. والتّفصيل الفقهي لهذه المسألة هو كالآتي:

يجعل الحنفيّة الأمر بيَدِ المرأة البالغة العاقلة، ومِنْ ثمّ يجب أخذ إذنها في الزّواج، بل لها أنْ تُزوّج نفسها أو تفوّض ذلك لأيّ شخصٍ، وهذا في قول أبي حنيفة وزفر والحسن، وظاهر الرّواية عن أبي يوسف، وإحدى الرّوايتين عن محمد بن الحسن[1]، ومثل ذلك العقد الذي يبرمه الفُضُولي[2]. وهذا يقتضي أنّ ترتيب الأولياء عندهم بخصوص المرأة البالغة العاقلة ليس له أهميّة، ما دام أنّ الوليّ في حدّ ذاته غير معتبرٍ على المشهور.

غير أنّنا وجدنا في بعض كتبهم أنّه إذا زوّج الأبعد مع وجود الأقرب كان العقد موقوفًا على إجازة الوليّ الأقرب، ذلك أنّ الوليّ الأبعد كالأجنبيّ إذا ما حضر الأقرب[3]. ولعلّ هذا متعلّق بالمرأة الصغيرة أو مَنْ في حكمها وليس البالغة العاقلة؛ لأن المشهور عند الحنفيّة أنّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها مِنْ دون وليّ مطلقًا، أو إذا ما توافر شرطا الكفاءة ومهر المثل في الذي عليه الفتوى، وأنّه لا يصحّ تزويجها دون إذنها كما تقدّم.

وقد توهّم البعض[4] بأنّ الحنفيّة يقرّرون بطلان العقد الذي يبرمه الوليّ الأبعد مع حضور الوليّ الأقرب، رغم أنّهم لم يصرّحوا بذلك مطلقًا، كل ما في الأمر أنّ عبارات بعض كتبهم اكتفت بذكر أنّ الأبعد ليس وليًّا مع وجود مَنْ هو أقرب منه، فاستُنْتِجَ مِنْ ذلك أنّ عقد الأبعد باطل بحضور الأقرب، وقد أوردنا بأنّ المقصود من عبارتهم هو الوقف

(1) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117.

(2) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90.

(3) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص220؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3، ص42.

(4) – منهم: بلال حامد إبراهيم بلال، المرجع السابق، ص1023.

على إجازة الوليّ الأقرب فيما لو كانت المرأة غير بالغة.

وعند المالكيّة؛ إذا عقد الوليّ الأبعد زواج المرأة مع وجود الوليّ الأقرب، كان النّظر - في قولٍ - إلى السّلطان، فيسأل الوليّ الأقرب عن وجه إنكاره لهذا العقد، فإنْ رأى ذلك وجيهًا ردّ الزّواج، وإنْ رأى اعتراضه غير وجيه أمضى العقد. وفي قول آخر، تكون الإجازة مِنْ حقّ الوليّ الأقرب، فإنْ أجازه نفذ وإنْ لم يُجِزه فُسِخ، إلاّ إنْ طال الوقت على الزّواج وأنجبت الأولاد[1].

والحنابلة في إحدى الرّوايتين عن الإمام أحمد يرون أنّ العقد موقوفٌ على إجازة الوليّ الأقرب. وقيل: إنْ كان الزّوج كفؤًا أمر الحاكم الوليّ بإجازة العقد، فإنْ أبى أجبره على ذلك[2]، ودليل ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: «أَنَّ جَارِيَةً بِكْرًا أَتَتِ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم»[3].

ج- بطلان العقد:

مقابل الرأيين السالفين، يرى آخرون بأن العقد الذي يجريه الولي الأبعد باطل إذا وجد من هو أقرب منه. وهذا قول عند المالكيّة[4]، والشّافعيّة[5]، والحنابلة على الصّحيح مِنَ المذهب[6]، والظّاهرية[7].

---

(1) ابن عبد البر، الكافي، ص233؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص338- 339؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص60- 61.

(2) - الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص133- 134؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص81.

(3) سبق تخريجه في الصفحة 117.

(4) - ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص398؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص335- 336؛ الدسوقي، حشاية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص226.

(5) - الشافعي، الأم، ج6، ص44؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9 ص174؛ النووي، المجموع، ج17، ص258؛ محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود، ج2، ص97؛ محمد الحسيني، كفاية الأخيار، ص478.

(6) - ابن قدامة، الكافي، ج4، ص233؛ المغني، ج9، ص378- 380؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص133؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص197- 198؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص112- 113؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص79.

(7) - ابن حزم، المحلى، ج9، ص458.

فإذا كان الوليّ الأقرب مُجْبِرًا كالأب ووصيّه، ثمّ قام مَنْ هو أدنى منه بتزويج المرأة، كالأخ والعمّ، فإنّ العقد مفسوخٌ مطلقًا، وحتّى ولو أجازه الأب أو الوصيّ، فإنّ هذه الإجازة تكون باطلةً[1]. وقيل بأنّ للولي المجبر أنْ يَرُدّ العقد أو يُجيزَه[2].

غير أنّ المالكيّة كانت لهم أقوال عديدة فيما لو كان المزوّج للمرأة أجنبيًّا، أي في حال تفويض المرأة رجلاً أجنبيًّا عنها يزوّجها، أوردها ابن عبد البرّ[3] والرّجراجي[4]، وغيرهما:

- أوّلها أنّ العقد جائز بعد الوقوع وليس ابتداءً، وقد توقّف فيه مالك في المدوّنة[5]، ممّا يوحي كما قال الرّجراجي إلى عدم جوازه عند مالك.
- القول الثّاني لابن الماجشون، يرى فيه فسخ العقد حتّى ولو أجازه الوليّ.
- القول الثّالث لإسماعيل القاضي تأويلا لقول مالك في المدوّنة، يرى أنّه إذا لم يدخل بها الزّوج لم ينفذ العقد وإنْ دخل بها نفذ.
- القول الرّابع لابن القاسم[6] يرى فيه أنّ للوليّ أنْ يجيزه، أو يردّه إنْ كان الزّواج تمّ قريبا، دخل بها الزّوج أم لم يدخل. أمّا إنْ طالت المدّة وولدت الأولاد فلا سبيل إلى الفسخ استحسانًا.

---

(1) – الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص340؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص226؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص249؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص182.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص226؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص249؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص398.

(3) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص398– 399.

(4) – الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص335– 341.

(5) – أنس بن مالك، المدوّنة، مج2، ج4، ص171.

(6) – ذكر ابن القاسم بأنه قول مالك أيضا، وهذا غريب؛ لأنّه في السؤال الذي وجهه له سحنون قبل ذلك، ذكر ابن القاسم بأن مالكًا قد توقف فيه أي لم يجب، فلما أتمّ السؤال بزيادة الدخول من عدمه ذكر أن مالكا يقول بهذا! انظر في ذلك: أنس بن مالك، المدوّنة، مج2، ج4، ص171؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص398.

- القول الخامس فيه تفريق بين الدّنيئة والشّريفة؛ فإن كانت المرأة دنيئة جاز العقد وإنْ كانت شريفةً لم يَجُزْ[1].

وقال الشّافعي[2]: ((وَلَوْ كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي هُوَ أَقْرَبُ إِلَيْهَا مِنْ وَلِيِّهَا الَّذِي يَلِيهِ زَوَّجَهَا بِإِذْنِهَا وَوَلِيُّهَا الَّذِي هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ بِإِذْنِهَا فَإِنْكَاحُ الوليّ الَّذِي دُونَهُ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الانْفِرَادِ. وَإِذَا كَانَ هَذَا هَكَذَا فَنِكَاحُ الوَلِيِّ الأَقْرَبِ جَائِزٌ كَانَ قَبْلَ نِكَاحِ الوليّ الأَبْعَدِ أَوْ بَعْدُ، أَوْ دَخَلَ الَّذِي زَوَّجَهُ الوليّ الأَبْعَدُ الَّذِي لاَ وِلاَيَةَ لَهُ مَعَ مَنْ هُوَ أَقْرَب)).

فهذا القول فيه دلالة واضحة على أنّه لا ولاية للوليّ الأبعد مع وجود الوليّ الأقرب، ويعتبر عقد الوليّ الأبعد تعدّيًا يوجب بطلان العقد. فالولاية كما قال الشّافعيّة – والحنابلة كذلك– تستحقّ بالتّعصيب، لهذا لم تثبت للبعيد مع وجود مَنْ هو أقرب منه[3]، فإنْ زوّج الوليّ البعيد المرأة بحضور الوليّ القريب، دون وجود مانعٍ مِنْ موانع الولاية أو عذرٍ، كان العقد باطلاً، ولا يمكن إجازته.

والنّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ»[4]. فما دام أنّ هذا العقد لم تثبت أحكامه، مِنْ

(1)– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص226؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص182؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص59.

(2) – الشافعي، الأم، ج6، ص44.

(3) – يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9 ص175؛ النووي، المجموع، ج17، ص258؛ محمد الحسيني، كفاية الأخيار، ص478؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص378– 379؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص198.

(4) – أخرجه: أبو داود، السنن، ص361، حديث رقم 2083؛ الترمذي، السنن، ص259– 260، حديث رقم 1102. وقال: «هذا حديث حسن»؛ ابن ماجه، السنن، ص327، حديث رقم 1879. قال الألباني: «صحيح»؛ الشافعي، المسند، مج2، ص1289، حديث رقم 1099. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «صحيح»؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص195، حديث رقم 10472؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص10، حديث رقم 16155. قال أسامة بن إبراهيم: «قول البخاري في سليمان بن موسى بأنه منكر الحديث وأنه لا يروي عنه كاف لعدم الاحتجاج به»؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص7، حديث رقم 4249؛ البيهقي، السنن الصغير، ج3، ص16، حديث رقم 2366؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص313– 314، حديث رقم 3520؛ قال شعيب الأرنؤوط: «حديث حسن»؛ الحاكم، المستدرك، ج2، =

طلاقٍ وخُلعٍ ولِعانٍ وتَوارثٍ، فهو غير منعقدٍ[1]، وهذه المرأة قد تزوّجت بغير إذن وليّها، فمن زوّجها ليس بوليّ في هذه الحالة[2].

وقال ابن حزم الظاهري بأنّه لو صحّ تزويج الوليّ الأبعد مع وجود الأقرب لصحّ زواج كل من هو على وجه الأرض، ذلك أنّ كلّ النّاس يلتقون في أحد الآباء فيكونون بذلك أبناء عمّ[3].

والظاهر أنّ سبب الخلاف في اعتبار ولاية القريب على ولاية البعيد أو عدم اعتبارها مردّه إلى توصيف طبيعة الولاية هل هي ثابتة بالشّرع أم أنها ليست ثابتة بالشّرع، كما قال ابن رشد[4]؟ أو هل هي مِنْ باب الولاية أم مِنْ باب الأولى كما قال الرّجراجي[5]؟

فمن لم يعتبروها حكمًا شرعيًّا أي أنّها مِنْ باب الأولى، لم يتعقّبوا العقد الذي يبرمه الوليّ الأبعد بحضور الوليّ الأقرب، ومَنْ اعتبروها حكمًا شرعيًّا أي مِنْ باب الولاية، انقسموا إلى فريقين: أحدهما يرى أنّها مِنْ حقوق اللّه تعالى، ورتّب على ذلك عدم قيام عقد الوليّ الأبعد وفسخه أبدًا، أمّا الفريق الآخر فيرى بأنّها مِنْ حقوق الوليّ الأقرب، ورتّب على ذلك إمّا نظر السّلطان في الأمر، إنْ اعتبرنا التّعقب لسببٍ كعدم الكفاءة أو المعَرَّة، وإمّا نظر الوليّ دون السّلطان إنْ كان لغير سبب.

والرّاجح في نظرنا هو رأي ابن القاسم القائل بالوقف، فيكون العقد الذي يبرمه الوليّ الأبعد مع وجود الوليّ الأقرب موقوفًا على إجازة الوليّ الأقرب، إلاّ إذا دخل بها الزّوج

= ص199- 201، حديث رقم 2763- 2766. وقال: «صحيح على شرط الشيخين»؛ الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، ج6، ص197، حديث رقم4062. وقال: «حسن صحيح»؛ إرواء الغليل، ج6، ص243، حديث رقم 1480. وقال: «صحيح». وصححه ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص101.

(1) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص380؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص200؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج7، ص113.

(2) - الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص133.

(3) - ابن حزم، المحلى، ج9، ص458.

(4) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14.

(5) - الرجراجي، البيان والتحصيل، ج3، ص338- 342.

ومرّ على العقد مدّة مِنَ الزّمن بحيث يصبح ضرر فسخ العقد أكبر مِنْ إبقائه. ونعتقد أنّ مدّة سنة كما حدّدها المشرّع السّوداني مدّة معقولة، يتحقّق فيها الضّرر بالفسخ، ويتمّ فيها الإنجاب عادة، وليس أكثر مِنْ سنتين أو ولادة أكثر مِنْ ولدين مثلما ذكر المالكيّة[1]. هذا إذا ما كان العاقد مِنَ الأقارب، أمّا إنْ كان العاقد أجنبيًّا فنقول بأنّ العقد يكون فاسدًا، وليس للولي الأقرب إجازته، ويكون النّظر في إبقائه للقاضي إذا رأى في ذلك مصلحةً راجحةً.

ثانيا: عقد الولي الأبعد في حالة غياب الولي الأقرب

قد يتقدّم أحدٌ لخطبة المرأة ووليّها الأقرب غير موجودٍ بمحلّ إقامتها كأن يكون مسافرًا سفرًا طويلاً أو قصيرًا، وفي هذا قد تنقطع أخباره أو لا تُرْجَى عودته، كما قد يكون معهم على اتصال. فما هو تأثير هذه الغيبة على ولايته؟

اتّفق غالبية فقهاء المذاهب الإسلامية: الحنفيّة، والمالكيّة، والشّافعيّة، والحنابلة، والإباضيّة، والزّيديّة، والإماميّة، على أنّه إذا غاب وليّ المرأة الأقرب كان لغيره أنْ يزوّجها، على خلاف وتفصيل بينهم في حدّ الغيبة، ومَنْ تنتقل إليه الولاية. وهو ما أقرّت به جل التّشريعات العربيّة على ما سنرى.

أ- حد الغيبة:

اختلف الفقهاء في تحديد وصف الغيبة التي بها تنتقل الولاية إلى غير الوليّ الأقرب، مكانًا وزمانًا ومقصدًا، على النحو الآتي:

1- معيار المسافة أو زمنها:

قدّر بعض الفقهاء حدّ الغيبة الموجبة لنقل الولاية إلى الغير بمسافة معيّنة؛ فَنُقِلَتْ عن

(1) – انظر في ذلك: الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص182؛ العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج3، ص95.

أبي يوسف ومحمد مِنَ الحنفيّة عدّة روايات، فقيل إنّ مسافة الغيبة المنقطعة هي ما بين بغداد والريّ (مدينة بإيران قرب طهران) أي عشرين مرحلة، أو ما بين الكوفة والريّ، خمسة عشر أو عشرين مرحلة، أو ما بين الرّقة (مدينة سورية) إلى البصرة، وقيل مسافة مائة وخمسين فرسخا[1]، أو المكان الذي لا تصل فيه القوافل إلاّ مرّة في السّنة؛ لأن الخاطب لا ينتظر أكثر مِنْ تلك المدّة. وقيل مسيرة شهر، وقيل مسيرة ثلاثة أيّام[2].

وفرّق المالكيّة بين أنْ يكون الوليّ مجبرًا كالأب، وبين غير المجبر؛ فإنْ كان الوليّ ممّن يُجبِر، والبنت بكرًا، فقيل: إنّ المسافة التي يعتبر بها غائبا غيبةً منقطعةً هي مثل ما بين المدينة المنوّرة والأندلس، أو طنجة، أو إفريقية (القيروان)، وقيل: ما بين هذه المدن ومصر. هذا إنْ كان قد خرج اضطرارًا، كأن يخرج في المغازي أو أنْ يكون أسيرًا، أمّا إنْ كان قد خرج ترفُّهًا واختيارًا كأن يكون خرج لتجارة، فلا تعدّ هذه غيبةَ انقطاعٍ ولا تنتقل بها الولاية إلى الغير بل تنتظر عودته. أمّا إنْ كان الوليّ غير مجبر كالأخ والعمّ، فإنّ حدّ الغيبة هو مسافة ثلاث ليالٍ[3].

---

(1) – المرحلة عن الحنفية تعادل 44,52 كلم، فتكون مسافة الغيبة بين 667,8 كلم (15 مرحلة) و890,4 كلم (20 مرحلة). أمّا الفرسخ فيعادل 5565 متر، فتكون المسافة 834,75 كلم (150 فرسخا).

انظر في هذه المقاييس: علي جمعة محمد، المكاييل والموازين الشرعيّة، دار القدس، الطبعة الثّانية، القاهرة، مصر، 1421هـ- 2001م، ص56 وص97.

(2) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص221- 222؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص251؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص151؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص96؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص614؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278.

(3) – انظر في ذلك: مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ص163؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص186- 187؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص343- 345؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص67- 70؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج2، ص22- 23.

سبب الاختلاف في المكان الذي يحسب منه هل هو المدينة أم مصر، مرجعه أنّ الإمام مالك كان في المدينة، وجواب ابن القاسم كان على لسان مالك، فجعلت المدينة هي مرجع الحساب، أمّا من قال مصر، فلأن ابن القاسم كان بمصر لما سأله سحنون وهذا القول الأخير لابن رشد. انظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص186.

وحدّها الشّافعيّة[1] بمسافة مرحلتين[2]. بينما قدّرها الحنابلة بأنّها المسافة التي لا يصل فيها الكتاب إلى صاحبه أو يصله فلا يجيب عنه، وقيل المسافة التي تصل إليها القوافل مرّة في السّنة، وقيل المسافة التي تقصر فيها الصّلاة[3].

وجعلها الإباضيّة بخروج الأميال، لكنّهم لم يحدّدوا عددها، وقيل بالخروج مِنْ حوزة دار الإسلام، وقيل مسافة ثلاثة أيّام، فإنْ كان الوليّ قد خرج مسافة يوم أو يومين أُرْسِلَ إليه ليأتي[4].

وجعلها الشّيعة الزّيديّة، مسافة شهر ذهابًا على الصّحيح مِنَ المذهب، وقيل ذهابًا وإيابًا، وقيل سبعة وعشرين يومًا كما بين الرّي وبغداد؛ ذلك أنّ هذه المدّة متسامح فيها بين النّاس ولا يستبطئونها، كما أنّه ليس فيها ضرر على المرأة[5]. أمّا الشّيعة الإماميّة فلم نجد فيما بحثنا حدًّا للغيبة الموجبة لنقل الولاية إلى الغير.

2- معيار الضرر:

ونعني به الضّرر الذي يلحق بالمخطوبة خاصّةً، وذلك بتفويت الفرصة عليها إنْ أُنْتُظِرَ الوليّ حتّى يرجع؛ فقال محمد بن الفضل البخاري بأنّ الغيبة المنقطعة هي التي يفوّتُ بها الخاطب الكفء إذا أردنا استطلاع رأي الوليّ الأقرب، حتّى ولو كان مختفيًا في المدينة ما دام لم يعثر عليه، وقيل بأنّ هذا أقرب إلى الفقه؛ لأن المقصود هو تحصيل النّظر للمرأة

---

(1) – ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج مع حاشية العدوي والعبادي، ج7، ص259؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص211؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص241؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص176؛ زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص36.

(2) – المرحلة عند الشافعية تقدر بـ 89,04 كلم، فتكون بذلك مسافة الغيبة 178,08 كلم.

انظر: علي جمعة محمد، المرجع السابق، ص56 وص97.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص386؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص189؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص75؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص138؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص111.

(4) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص109.

(5) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص20؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص54.

ودفع الضّرر عنها[1]، وهو الأصحّ عند السّرخسيّ[2]، وأحد قولي الشّافعيّة[3]، وقول قويٌّ عند الحنابلة[4].

وقال المالكيّة: إذا غاب الوليّ الأقرب غيبةً منقطعة وكانت عن اضطرارٍ، وخِيفَ على المرأة الفساد والضّيعة، زُوِّجَت سواءٌ دَعَتْ إلى الزّواج أم لا، أمّا إذا كانت في حِرْزٍ وتحصينٍ ونفقتُها تصلها، فلا تزوّج إلاّ إنْ كانت بالغةً ودعت إلى الزّواج بكفءٍ. أمّا إنْ كانت الغيبة اختيارية، وكانت حياته معلومةً، تُزَوَّجُ إذا كان بعيدًا وخيف عليها الفساد، أو كان قريبًا ولحق الضّرر بالمرأة بسبب الغيبة، فإنْ جُهِلَ حاله أهو حيّ أم ميت، انتقلت الولاية إلى غيره في ظاهر المذهب[5].

واختار ابن عقيل مِنَ الحنابلة تحديد الغيبة بما تتضرّر معه المرأة[6]، وهو ما صوّبه المرداوي[7]. وهذا ما اتّفقت بشأنه عدّة تشريعات عربيّة بنصّها: ((إِذَا غَابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ وَرَأَتْ المَحْكَمَةُ أَنَّ فِي اِنْتِظَارِ رَأْيِهِ فَوَاتُ مَصْلَحَةٍ فِي الزّواج اِنْتَقَلَتْ الوِلاَيَةُ لِمَنْ[إِلَى مَنْ] يَلِيهِ))[8].

---

(1) – انظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص151؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص251؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص49– 50؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص96؛ تبيين الحقائق، ج2، ص127؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص615؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص338– 339.

(2) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص222.

(3) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص211؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص242؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص228.

(4) – محمد بن مفلح، الفروع، ص1259؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص138؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص112؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص75.

(5) – انظر في ذلك: الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص187؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص343– 345؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص68– 70؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج2، ص22– 23.

(6) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص386؛ محمد بن مفلح، الفروع، ص1259؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص138؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص112.

(7) – المرداوي، الإنصاف، ج8، ص77.

(8) – نصّ المادّة 7/ د من تقنين الزّواج والطلاق الليبي، يقابله نصّ المادّة 23 سوري، المادّة 12 أردني، المادّة 35 سوداني، المادّة 2/29 قطري.

=

3- **الرأي المختار**:

والذي يظهر لنا مِنْ هذه الأقوال، أنّ الغيبة التي تنقل الولاية إلى الوليّ الأبعد، هي ما تتضرّر المرأة منها، سواء بتفويت فرصة تقدّم الكفء إليها أم بالخوف مِنْ فسادها؛ لانقطاع النّفقة عليها أو لرغبتها الشّديدة في الزّواج، إذا ما لم يعرف مكانه أو حياته مِنْ موته، أو كان سجينًا أو أسيرًا ولا يمكن الاتصال به.

أمّا القول بتحديد الغيبة بمسافة معيّنة أو بزمن معيّن، فإنّه لم يعد في عصرنا ذا أهمية كبيرة، خصوصا مع تطوّر وسائل النّقل؛ فما كان يقطع في الزّمن الماضي في أشهر كما بين المدينة المنوّرة والمغرب، أصبح يقطع في ساعات قلائل، يضاف إلى ذلك التّطوّر المذهل في وسائل الاتصال، حيث يمكن التّواصل صوتًا، وحتّى صورة، مع الغير في أي مكان كان بالعالم؛ ممّا يجعل مسألة أخذ رأي الوليّ الأقرب وإعلامه لا يطرح مشكلة، لا في الزمان ولا في المكان.

ب- **الوليّ الذي تنتقل إليه الولاية**:

إذا كان الفقهاء قد انقسموا بشأن حدّ الغيبة، فإنّهم قد انقسموا كذلك بشأن مَنْ تنتقل إليه الولاية إلى ثلاثة فرق: الفريق الأول يرى بأنّها لا تنتقل إلى أيّ كان بل يبقى الوليّ الأقرب هو الأحقّ بتزويج مولّيته، والفريق الثّاني يرى بأنها تنتقل إلى الوليّ الذي يليه، أمّا الفريق الثّالث فيرى بأنّها تنتقل إلى السّلطان.

1- **عدم انتقال الولاية إلى الغير**:

يرى الظّاهرية[1]، وزفر مِنَ الحنفيّة[1]، بأنّ الولاية لا تنتقل إلى الوليّ الأبعد في حال الغيبة المنقطعة بل ينتظر مجيئه؛ فقال ابن حزم في ذلك بأنّ عذر الضّرر في نقل الولاية إلى

= غير أن التّشريع الإماراتي في نصّ المادّة 34، واليمني في نصّ المادّة 18، والعماني في نصّ المادّة 12؛ اقتصروا على ذكر غياب الوليّ الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو تعذر الاتصال به؛ حتّى تنتقل الولاية إلى غيره.

(1) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص458.

الأبعد غير مقبول في إباحة الفروج، كما أنّه لا وجه معتبرٌ شرعًا في تحديد المدّة التي ينتظر فيها الوليّ في غيبته مِنَ المدّة التي لا يُنْتَظَرُ فيها. وقال زُفر بأنّ ولاية الأقرب قائمة ولا تزول بالغيبة، بدليل أنّه لو زوّجها في المكان الموجود فيه كان العقد جائزًا، فهذه الولاية حقّ له صيانةً للقرابة.

غير أنّ هذا القول مع وجاهته مِنْ حيثُ عَدَمُ وجود نصّ شرعيّ يضع حدًّا للغيبة الموجبة لنقل الولاية إلى الغير، إلاّ أنّه مُعَارَضٌ بعدم وجود نصّ شرعيّ صريح في عدم ولاية الأبعد في حال حضور الأقرب ومِنْ باب أولى في حال غيبته، كما أنّه مُعَارَضٌ بقول ابن حزمٍ نفسه في حال طلب المرأة الزّواج ورفض الوليّ ذلك، حيث قال بانتقال الولاية إلى السّلطان رغم أنف الوليّ[2]، وهذا لا شكّ راجع إلى الضّرر اللاّحق بالمرأة بسبب العضل، فكيف إذن يعتبر الضّرر في حال ولا يعتبر في حال أخرى!

فإنْ تمسّك بالحديث النّبوي: «... فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ»، قلنا إنّ النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال أيضًا: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ»[3]، وهذه المرأة إذا بقيت منتظرة وليّها الأقرب؛ فإنّها لا شكّ سيلحقها ضرر بفوات الخاطب الكفء، وربّما فسادها. كما أنّ الحديث الأوّل ينصّ بأنّ السّلطان وليّ مَنْ لا وليّ له، وهذه المرأة لها وليّ، وإنْ كان أبعد مِنَ الوليّ الغائب.

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص220؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص151؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص96؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص613؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

(3) – رواه مالك، الموطأ، مج3، ص572– 573، حديث رقم 1560. قال سليم بن عيد الهلالي: «صحيح لغيره»؛ الشافعي، المسند، ج2، ص1316، حديث رقم 1121. قال رفعت فوزي: «حسن بطُرُقِه مجتمعة»؛ ابن ماجه، السنن، ص400، حديث رقم 2340– 2341. قال الألباني: «صحيح»؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج1، ص307، حديث رقم 1033؛ المعجم الكبير، ج2، ص86، حديث رقم 1387؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص157– 158. وقال: «حديث مرسل»؛ الألباني، إرواء الغليل، ج3، ص408، حديث رقم 896؛ سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج1، ص498، حديث رقم 250. وقال: «حديث صحيح».

2- **انتقال الولاية إلى الولي الأبعد**:

قال الحنفيّة في أصحّ أقوالهم[1]، والمالكيّة في أحد أقوالهم[2]، والشّافعيّة في قول ابن القاصّ، وهو قول غير مشهور عندهم[3]، والحنابلة في المذهب[4]، والإباضيّة[5]، والزّيديّة[6]، بأنّ الولاية تنتقل إلى الأبعد في حال الغيبة المنقطعة، وهذا يعود إلى أنّ الولاية هي لتحصيل النّظر، والوليّ الأبعد قادر على تحصيله، في الوقت الذي يكون فيه الوليّ الغائب عاجزًا عنه فلا يُنْتَفَعُ برأيه، ولا تنتقل الولاية إلى السلطان؛ لأن هذا الأخير وليّ من لا وليّ له، وهذه المرأة لها أولياء مقدَّمون عليه[7].

وقد نصّت ثمانية تشريعات عربية - زيادة على القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في نص المادة16- على انتقال الولاية مِنَ الوليّ الأقرب إلى الذي يليه في حال الغيبة، لكنّهم اختلفوا في مسألة اشتراط رفع الأمر إلى القاضي ليأذن بذلك، من عدم اشتراط ذلك.

فنص المشرع الليبي في المادّة 7/ د من تقنين الزّواج والطلاق، والقطري في المادّة 2/29 من تقنين الأسرة، والسوري في المادّة 23، والإماراتي في المادّة 34، والعماني في

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص220؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص151؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص250؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص96-97؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص613؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278.

(2) – ابن عبد البر، الكافي، ص233؛ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص328؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص14؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص345؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص335.

(3) – يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص176؛ النووي، المجموع، ج17، ص260.

(4) – عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص187؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74- 76؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص137.

(5) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص109.

(6) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص21.

(7) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص386؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص97؛ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص613؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص135؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص278؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص188- 189؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص137.

المادّة 12، من تقنينات الأحوال الشخصيّة؛ على انتقال الولاية إلى الوليّ الأبعد بعد أخذ الإذنٍ من القاضي، وهذا تقديرًا لتوافر المصلحة من تزويج المرأة التي تقدّم لها الخطّاب أو انتفائها.

في حين لم ينصّ التشريع الأردني في المادّة 12، والسوداني في المادّة 35، واليمني في المادّة 18 على هذا الشّرط، فتنتقل بذلك الولاية إلى الأبعد مباشرة، متى قُدِّرَ أنّ انتظار الوليّ الأقرب سيؤدّي إلى تفويت الفرصة على المرأة والإضرار بها. ونعتقد أنّ التقدير هنا يكون إمّا من الوليّ الأبعد أو من المرأة نفسها، أو من بقيّة الأقارب، فإن ثار النّزاع بهذا الشّأن أمكن رفع الأمر إلى القاضي ليفصل فيه.

ونرى أنّ انتقال الولاية من الوليّ الأقرب إلى الوليّ الذي يليه درجة دونما حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء أولى بالأخذ تيسرا على النّاس، وتحقيقا للمصلحة قبل فواتها، إلاّ إنْ وقع نزاع بشأن من هو الوليّ الأقرب، أو بشأن تحقّق الضرر فعلا بغيبة الولي – حسب ما يظهر من الظروف المحيطة بالواقعة – فإنّ تدخّل القاضي حينها يكون ضروريًّا لتحديد من هو الوليّ الأحق بعقد الزّواج، ومن توافر المصلحة أو عدمها. أمّا تزويج القاضي لها دون أوليائها، فإنّنا لا نقرّه؛ لأنّ حضوره يكون حينما لا يكون هناك وليّ للمرأة بتاتا، كما هو صريح الحديث النّبوي: «فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ».

3- انتقال الولاية إلى السلطان:

هذا هو المشهور عند المالكيّة[1]، والمذهب عند الشّافعيّة[2]، وقول عند الزّيديّة[1]؛ فقد جاء في المدوّنة الكبرى: ((قَالَ مَالِكٌ: إذَا غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً مِثْلَ هَؤُلاءِ الَّذِينَ يَخْرُجُونَ

(1) – ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص328؛ ابن عبد البر، الكافي، ص233؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج3، ص345؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص179–182؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص66–70.

(2) – الشافعي، الأم، ج6، ص38؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص110– 112؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص429؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص176؛ النووي، المجموع، ج17، ص258–260؛ روضة الطالبين، ج5، ص414.

=

فِي المَغَازِي فَيُقِيمُونَ فِي البِلاَدِ الَّتِي خَرَجُوا إِلَيْهَا مِثْلِ الأَنْدَلُسِ أَوْ إِفْرِيقِيَّةَ، أَوْ طَنْجَةَ، قَالَ: فَأَرَى أَنْ يُرْفَعَ أَمْرُهَا إِلَى السُّلْطَانِ فَيَنْظُرَ لَهَا وَيُزَوِّجَهَا... قُلْتُ: أَفَيَكُونُ لِلأَوْلِيَاءِ أَنْ يُزَوِّجُوهَا بِغَيْرِ أَمْرِ السُّلْطَانِ؟ قَالَ: هَكَذَا سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: يُرْفَعُ أَمْرُهَا إِلَى السُّلْطَانِ))[2].

وقال الشّافعي: ((فَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ فَحَقَّ عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَ عَنْ الوليّ فَإِنْ كَانَ غَائِبًا سَأَلَ عَنْ الخَاطِبِ فَإِنْ رَضِيَ بِهِ أَحْضَرَ أَقْرَبَ الوُلاَةِ بِهَا وَأَهْلَ المَحْرَمِ مِنْ أَهْلِهَا وَقَالَ: هَلْ تَنْقِمُونَ شَيْئًا؟ فَإِنْ ذَكَرُوهُ نَظَرَ فِيهِ فَإِنْ كَانَ كُفْئًا وَرَضِيَتْهُ أَمَرَهُمْ بِتَزْوِيجِهِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا زَوَّجَهُ وَإِنْ لَمْ يَأْمُرْهُمْ وَزَوَّجَهُ فَجَائِز))[3].

فإنْ كان الوليّ الأقرب مفقودًا أو غائبًا، زوّج المرأةَ الحاكمُ مِنْ دون استئذان. وقيل إنْ كان غائبًا مسافةً قريبةً لم يكنْ له تزويجها إلاّ بعد إذن الوليّ الأقرب[4].

وللحاكم أنْ يحضر باقي أوليائها ليرى رأيهم في الزّوج، تطييبًا لخاطرهم ومشاورةً لهم، لاسيما وأنّ الحاكم لا يكون متفرّغًا في العادة، والأولياء أعرف منه بحال الزّوجة والزّوج؛ فإنْ طلب رأيهم في الزّوج واختاروا زوجًا وكان كفؤًا، زوّجها بعد إذنها، وإنْ كان غير كفءٍ لم يزوّجها به حتّى ولو رضيت به المرأة؛ لأن للوليّ الغائب حقًّا في الكفاءة. أمّا

= وذكر يحيى بن أبي الخير، (البيان، ج9، ص176)، والنووي، (المجموع، ج17، ص260)، بأن زفر قال بانتقال الولاية إلى السلطان مثل ما هو عليه المذهب عند الشافعية، وقد نقلنا آنفا خلاف ذلك. ونرجح كلام الحنفية؛ لأنهم أعلم بصاحبهم من غيرهم.

واختلف الشّافعيّة في تزويج السلطان، هل يكون ذلك بطريق الولاية العامة أم بطريق النيابة الشرعيّة على رأيين، وقد أفتى البغوي بأن تزويجه يكون بطريق الولاية العامة؛ ففي حالة غيبة الولي، يكون التزويج بطريق الولاية العامة، فإذا أراد السلطان الزّواج ممن غاب عنها وليّها كان له ذلك، فيزوّجها أحد نوابه أو قاض آخر، وكذلك في حالة وجود وليين، الأقرب منهما غائب، يقدم الوليّ الحاضر على الغائب، وإذا زوّجها برجل ليس كفؤا ولو بإذنها، صحّ الزّواج إذا اعتبرناه بطريق الولاية العامة، بخلاف لو قلنا بأن التزويج يكون بطريق النيابة، فلا يجوز حينها ذلك. غير أن الإمام صحح وقال: إذا كان قد زوّج للغيبة فإنّه يزوّج بنيابة اقتضتها الولاية وهو ما رجحه الشربيني.

(1) – أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص54.

(2) – مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص163.

(3) – الشافعي، الأم، ج6، ص38.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص111؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص176.

إنْ اختار الحاكم الزّوج وطلب رأيهم فَقَدَحُوا فيه، نظر في قولهم، فإنْ كان قَدْحُهُم لا يمسّ بالكفاءة، زوّجها وإنْ كرهوا ذلك، وإنْ مسّ بها، لم يزوّجها[1].

الفرع الثاني

عضل الولي للمرأة

العضل في اللغة هو المنع، والحبس، والشّدّة أو التّعسير والتّضييق[2]، وفي الاصطلاح: ((مَنْعُ المَرْأَةِ التَّزَوُّجَ بِكُفْئِهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ، وَرَغِبَ كُلٌّ مِنْهُمَا فِي صَاحِبِهِ[3]، سَوَاءٌ طَلَبَتْ ذَلِكَ بِمَهْرِ مِثْلِهَا أَوْ دُونَه))[4].

هذا وإنْ كان تعريفَ الحنابلة والشّيعة الإماميّة، إلاّ أنّ باقي الفقهاء يتّفقون معهم في هذا المعنى أي إنّ العضل هو منع المرأة مِنَ الزّواج[5]، ولكنّهم يفترقون في بعض المسائل التي تتعلّق بما يعتبر عضلا وبما لا يعتبر عضلاً.

أولا: شروط العضل

حسب التّعريف المذكور أعلاه فإنّ للعضل شروطا ثلاثة هي: أن يكون الخاطبُ كفؤا، وأَنْ تدعو المرأة للزّواج، وأن تكون راشدة.

---

(1) – انظر في ذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص111– 112.

(2) – ابن منظور، لسان العرب، مج4، باب العين، ج34، ص2988– 2989؛ الزبيدي، تاج العروس، ج30، ص1– 3.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص383؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص136؛ الحلي، تذكرة الفقهاء، ج15، ص593.

(4) – المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74.

(5) – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص153؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247– 252؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص136؛ خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص82؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص189؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص375؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص404؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني والعبادي، ج7، ص252؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص207؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص149– 150.

أ- **كفاءة الخاطب**:

كي يعتبر الوليّ عاضلا للمرأة لا بد يكون الخاطب المتقدّم للمرأة كفؤًا، وهذا ما قال به كل من الحنفيّة[1]،والإباضيّة[2]، والزّيديّة[3]. ويضيف المالكيّة[4]، والشّافعيّة[5]، والحنابلة[6]، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن مِنَ الحنفيّة[7]، أمرًا آخر هو: أنّه لو كان المهر أقل مِنْ مهر المثل والزّوج كفؤًا، فلا يحقّ له منعه إيّاها؛ لأنّه حقّ لها وليس لوليّها، فإنْ لم يكن كفؤًا وامتنع الوليّ عن تزويج المرأة، فلا يعدّ ذلك عضلاً منه. أمّا الظّاهرية فلم يقيّدوا العضل بكون الزّوج كفؤا أم لا، أو كون المهر مهر المثل أم دونه[8].

هذا وقد نصّت معظم التّشريعات العربيّة على حالة العضل؛ فمنها مَنْ جعله في حالة امتناع الوليّ عند تقدّم رجلٍ كفءٍ للفتاة، على غرار المشرّع اليمني في نصّ المادّة 19، والمشرّع الأردني في نصّ المادّة 6/أ، بخصوص مَنْ بلغت الخامس عشرة مِنْ عمرها. ومنها مَنْ وسّع دائرة العضل فيكون واقعا إذا لم يكن مبرَّرًا، دون تحديد مضبوط لهذا المبرر؛ فنصّت على أنّ امتناع الوليّ لا يكون عضلاً إذا كان مبنيًّا على وجهٍ سائغٍ أو على مبرّر شرعيّ، على غرار المشرّع اللّيبي في نصّ المادّة 9، والموريتاني في نصّ المادّة 13، والأردني

(1) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص224 و ج5، ص10– 14؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3، ص26؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص100؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص128.

يرى أبو حنيفة بأنه إذا كان المهر دون مهر المثل فإن للوليّ حق الاعتراض. وهذا الاعتراض ليس عضلا بالمعنى المقصود؛ لأن هذا القول مبنيّ على كون المرأة زوجت نفسها من دون ولي، ووضعت نفسها في غير كفء أو أمهرها الزّوج دون مهر المثل، فكان للولي حق الاعتراض وفسخ العقد لما يلحقه من معرّة بسبب ذلك.

(2) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص114.

(3) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص21– 22؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار،ج3، ص55.

(4) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص16؛ عبد الوهاب، التلقين، ج1، ص287؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص502؛ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج3، ص179.

(5) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص207؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225.

(6) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص383– 384؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص185– 186.

(7) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص14؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص384.

(8) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

في نصّ المادّة 6/ ب، والمشرّع الكويتي في نصّ المادّة 31، والمشرّع العُماني بخصوص السّفيهة المحجور عليها في نصّ المادّة 9، وبخصوص البالغة العاقلة في نصّ المادّة 10، والمشرّع القطري في نصّ المادّة 16 بالنّسبة للمحجور عليها لسفه، والمشرّع السّوداني في نصّ المادّة 2/37. ومنها مَنْ ذكر العضل دون قيد، كالمشرّع القطري في نصّ المادّة 1/29، والمشرّع الإماراتي في نصّ المادّة 34.

أمّا المشرّع الجزائريّ فلم ينصّ على حالة العضل في التّقنين الحالي، بينما كان النّص موجودًا قبل تعديل تقنين الأسرة بموجب الأمر 05- 02، حيث أورد في نصّ المادّة 12: ((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ فِي وِلاَيَتِهِ مِنَ الزّواج إِذَا رَغِبَتْ وَكَانَ أَصْلَحَ لَهَا وَإِذَا وَقَعَ المَنْعُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَأْذَنَ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ أَحْكَامِ المادّة 9 مِنْ هَذَا القَانُونِ. غَيْرَ أَنَّ لِلأَبِ أَنْ يَمْنَعَ بِنْتَهُ البِكْرَ مِنَ الزّواج إِذَا كَانَ فِي المَنْعِ مَصْلَحَةٌ لِلْبِنْتِ)). وأكدّت المحكمة العليا ذلك في قرار لها بتاريخ 1993/03/30، حيث قضت بالإذن للمرأة بالزّواج؛ لأنّ والدها لم يبيِّن الأسباب التي جعلته يمنعها مِنَ الزّواج[1]. وقد اعتبر البعض هذا القرار ثوريًّا، نظرًا للتقاليد والمعتقدات السّائدة في المجتمع الجزائريّ والتي تَحْرِمُ المرأة مِنْ رأيها فيما يتعلّق بزواجها[2].

حيث للوليّ منع مولّيته إذا كان له مبرّر شرعيّ، كأن يكون الخاطب غير كفءٍ

---

(1) – قضية (ر.ب) ضد (ر.ز) و(ص. م)، ملف رقم 90468 بتاريخ 1993/03/30، المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص66. حيث اعتبر القضاة أن منع الأب لابنته مع أن الخاطب كان معلما وله سكن وظيفي، وهي أنهت دراستها الثانوية، وقد عبرت عن قبولها به أمام القاضي؛ غير مبرر ومخالف لما جاء في المذهب المالكي وما نصت عليه المادّة 12 من تقنين الأسرة.

فتقارب المستوى الثقافي للزوجين، ويسار الزّوج ماديا كونه معلمًا وله سكن وظيفي، يقتضي أن زواج البنت منه فيه مصلحة لها، ومنع الوالد لها يعني أنّه قد جاوز حدود مهمته كولي، التي تستوجب تحقيق مصلحتها.

انظر في هذا المعنى: حليمة آيت حمودي، حكم امتناع الوليّ عن تزويج ابنته، تعليق على قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1993/03/30، المجلة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، دار الحكمة، الجزائر، الجزء 41، رقم 01، 2000م، ص69- 70.

(2) – علي فيلالي، المرجع السابق، ص76.

هو قرار ثوري عند من ينظر إلى المرأة نظرة علوية- ولست أقصد المؤلف-، ويبخسها أبسط حقوقها جهلا منه بالدّين ووصفا له بالرجعية، من المتمسّكين بالتقاليد البعيدة عن تعاليم الإسلام، ومن الذين يدّعون تحرير المرأة ويرمون الإسلام بما ليس فيه؛ ولهذا فهو في نظرنا ليس قرارا ثوريا بقدر ما هو تبيان لما أقرته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنا ونيفا.

لها، أو أنّ به عيبٌ موجبٌ للمنع، لاسيما الأمراض التي تؤثّر عليها وربّما على الأسرة، كالسّيدا وما شابه، أو كان سكّيرًا... لاسيما إنْ كان الوليّ هو الأب والبنت بكرًا؛ إذا كان المنع في مصلحتها، فهو أدرى بمصالحها منها[1]، غير أنّ النّص الفرنسي فيما يتعلّق بالبكر ذكر المرأة القاصر "La mineure" وليس البكر "La jeune fille"، وهي ترجمة غير موفّقة، والصّحيح هو النّص العربي؛ لأن زواج القاصر في ذاته مقرون بترخيص القاضي، فلا حاجة إذن للقول بالمنع في حقّها[2].

ويقول الباحث محفوظ بن صغير في هذا الصّدد، بأنّ تعديل نصّ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة وإسناد العقد إلى المرأة البالغة استلزم إلغاء نصّ المادّة 12، إذ لم يعد لوجوده أيُّ معنًى[3].

هذا الكلام صحيح إلى حدّ ما، فهو يستقيم مع نصّ المادّة 1/11؛ لأن المرأة الرّاشدة أصبحت بموجبه مؤهّلة لإبرام عقد زواجها بنفسها. أمّا بالنّسبة إلى القاصر فالوليّ شرط في صحّة عقدها ما لم يدخل بها الزّوج، ومِنْ ثمّ فبقاء النّص في حقّها ذو معنًى، إذ يمكن أنْ تكون مَنْ بلغت الثّامن عشرة مِنْ عمرها راغبة في الزّواج ويمنعها وليّها مِنْ ذلك، فما محلّ هذا المنع مِنْ تقنين الأسرة الجديد؟ فلا هي براشدة وفق تقنين الأسرة لنقول إنّ المنع في حقّها لا جدوى منه بنصّ المادّة 1/11، ولا هي بصغيرة عن الزّواج بحيث نقول إنّها غير قادرة على متطلّباته أو راغبة عنه، أو نقول إنّها لا تملك عقلاً راجحًا، ومِنْ ثمّ يحقّ للوليّ

---

(1) – يقول الدكتور فيلالي، المرجع السابق، ص83– 86، بأن قرار قضاة المحكمة العليا موافق للشريعة لكنه مخالف للقانون بدعوى أن الفقرة الثّانية من المادّة 12 من تقنين الأسرة تفيد بأن منع الأب لابنته من الزّواج لا يقبل الطعن أمام القاضي بخلاف إذا كان العاضل غير الأب؛ لأن المشرّع فرّق بين الأب الذي له منع البكر من الزّواج، وبين باقي الأولياء الذين ليس لهم المنع مطلقا.

غير أننا نرى خلاف ما ذهب إليه الدكتور؛ لأن منع الأب للبكر رغم كونه خارجا عن القاعدة المقررة في الفقرة الأولى من نصّ المادّة 12، وهو مختلف عن باقي الأولياء، إلاّ أنّه مشروط بكون المنع في مصلحة البنت، ولهذا أعقب عبارة: «غير أن للأب...» بحرف «إذا» التي تحصر المنع بتحقق شرط المصلحة، وبالتالي لا خلاف بين النص القانوني وما هو مقرر في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه.

(2) – انظر في هذا المعنى: أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزّواج، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 1998، ص121– 122.

(3) – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص396.

منعها مِنَ الزّواج. بل نقول إنّها ليست صغيرة على الزّواج، وهي ممّن تَرْغَبُ فيه، ويُرغَبُ فيها، ولها مِنَ العقل ما تميّز به ما هو في مصلحتها وما هو في غير مصلحتها، غير أنّها واقعة تحت نصّ المادّة 2/11 الذي يجعل زواجها مقرونًا بموافقة وليّها، ممّا قد يفهم معه أنّه إنْ لم يوافق على الزّوج الذي اختارته فلا يحقّ لها ذلك، خصوصًا مع عدم وجود نصّ يحظر عليه منعها مِنَ الزّواج إنْ كان في ذلك مصلحة لها.

ونحن على يقين أنّ المشرّع لم يقصد أنْ يعطي للوليّ الحقّ في منع المرأة مِنَ الزّواج بمن ترغب فيه، وما دام قد اتخذ موقفًا يعطي الحرّيّة للمرأة الرّاشدة في عقد زواجها؛ فكان الأسلم له الاستمرار في اتّباع منهجه بالنّص على منع الوليّ مِنْ عضل المرأة القاصر عن الزّواج ممّن اختارته[1].

نعود إلى مسألة العضل لنثير قضيّة مفادها أنّه قد تختار المرأة زوجًا فيمنعها عنه، ويختار لها زوجًا آخر، فهل يعتبر إسقاط اختيار المرأة عضلاً لها أم لا؟

أجاب المالكيّة[2] بأنّه إذا دعت المرأة إلى زوجٍ كفءٍ ودعا وليّها إلى زوج آخر كفءٍ كذلك، وتبيّن عضل الوليّ لها ولو مجبرًا، كان عليه إجابتها إلى ما دعت؛ لأنّه أقرب إلى دوام العشرة، وهو قول الحنابلة[3]. غير أنّ المالكيّة قالوا بأنّ رفض الأب لخاطب أو خاطبين لا يعتبر عضلاً إنْ لم يتحقّق مِنْ أنّ رفضه هو مِنْ باب العضل إمّا بإقرار منه أو بوجود قرائن تدلّ على ذلك؛ لأنّه معروف بشفقته على ابنته وأدرى بمصالحها منها[4].

---

(1) – في رأينا إن إلغاء هذا النّص، كما أشرنا في المبحث السابق، يوحي بنية المشرّع في هدم شرط الوليّ في الزّواج.

(2) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص231؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج2، ص26.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص383– 384؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص187؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74.

(4) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص164؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص219؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج2، ص26؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص189.
وقد نقل الدسوقي عن ابن حبيب أن الإمام مالك منع بناته من الزّواج بِخِيَارِ الرجال، كما قام بذلك علماءٌ قبله وبعده، ولكن لم يكن قصدهم الإضرار بهن.
انظر: حاشية الدسوقي، ج2، ص232.

وفرّق الشّافعيّة في ذلك بين الوليّ المجبر والوليّ غير المجبر[1]؛ فإنْ كان غير مُجبرٍ وجب عليه تلبية طلبها بالزّواج، أمّا إنْ كان مُجبرًا فلهم في ذلك قولان: الأوّل إجابتها إلى دعوتها صيانةً لها، وهو اختيار السُّبكي، والقول الثّاني - وهو الأصحّ في المذهب- أنّ لوليّها تزويجها ممّن اختاره هو؛ لأنّه أكمل نظرًا منها.

ب- **طلب المرأة الزواج**:

يجب كذلك، أنْ تكون المرأة هي مَنْ دعت إلى تزويجها، فإنْ لم تكن قد طلبت الزّواج فلا يعدّ ذلك عضلا.

غير أنّ هذا لا يكون متصوّرًا دائمًا، إذ إنّ المرأة لا تطلب غالبًا الزّواج لحيائها؛ لهذا قيل بأنّه إذا تقدّم خاطب للمرأة ورضيت به ولكنْ أبى الوليّ، فإنّه يكون عاضلاً لها[2].

ج- **رشد المرأة**:

يشترط كذلك لتحقق العضل أنْ تكون المرأة بالغةً ولو سفيهةً، فإنْ كانت صغيرة أو مجنونة فللوليّ منعها مِنَ الزّواج[3]؛ لأنّ الصغيرة ليست بحاجة إلى الزّواج، والمجنونة إذنُها غير معتبرٍ.

---

(1) - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني والعبادي، ج7، ص253؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص207؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص150؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص99؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، ص366.

(2) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص231.

(3) - الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص207؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، 235؛ الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص21- 22؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار،ج3، ص55.

نص المشرّع الأردني في المادّة 6/ب على أنّه إذا كان الوليّ هو الأب أو الجد ولم تكن المرأة قد بلغت الثامن عشرة من عمرها، فمنعه إياها من الزّواج ليس عضلا إذ لا تسمع دعواها. بينما نصّ المشرّع اليمني صراحة في المادّة 19 على أن الوليّ يكون عاضلا إذا كانت المرأة بالغة عاقلة وقد رضيت بزوج كفءٍ، على أن تريث الوليّ للتعرف على حال الخاطب مدة لا تزيد عن الشهر لا يعد عضلا. وكذلك اعتبر المشرّع العماني في نصّ المادّة 9، والمشرّع القطري في نصّ المادّة 16، بأن منع المرأة السفيهة من الزّواج دون مبرر شرعي هو من قبيل العضل غير الجائز.

وجدير بالذّكر أنّ العضل قد يتّخذ عدّة صور أو تكون له عدّة أغراض، أكثرها لا يستقيم مع الشّرع الحنيف، نذكرُ منها:

- رفض الوليّ تزويج المرأة ممّن تقدّم لها بسبب المال الذي يكون قد دفعه له خاطب آخر لقاء تزويجها له، أو ليجعل هذه المرأة بدلاً مِنَ المرأة التي سيتزوّجها فيكون مِنْ جنس الشّغار[1].
- منع المرأة مِنَ الخروج مِنَ البيت ومِنَ التّواصل مع الغير حتّى لا تتزوّج مطلقًا[2].
- ربط مصير البنت الصّغرى بالبنت الكبرى، ومنعها مِنَ الزّواج قبل أختها الكبرى، لاعتقادهم بأنّ ذلك عارٌ وفق التّقاليد البالية.
- منع المرأة مِنَ الزّواج إبقاءً لها في خدمة العائلة داخل البيت لاسيما إنْ كان الأولياء كبار السّن ولا يوجد مَنْ يَخدُم البيت.
- منع المرأة العاملة مِنَ الزّواج طمعًا في راتبها، وهذا واقع نعيشه في زماننا.
- منع المرأة مِنَ الزّواج بسبب كبرياء الأولياء واستعظامهم لأنفسهم ورؤية الخاطب أقل منهم منزلةً وشأنًا[3]، ومثل ذلك ما هو الأمر عليه اليوم في عدم تزويج ابنة مَنْ يسمّون أنفسهم «المرابطين» بغير مَنْ ينتمون إلى هذه الفئة، أو عدم تزويج المرأة مِنْ غير عشيرتها بل أحيانا عدم تزويجها مِنْ غير بني عمومتها.

كل هذه الصّور هي من باب العضل المنهيّ عنه، والذي بموجبه تنتقل الولاية مِنَ الوليّ الأقرب إلى الوليّ الأبعد أو السلطان كما قدّمنا، بل قد يتحقّق العضل كما نقل عن ابن تيمية عندما يمتنع الخطّاب عن التقدّم للمرأة بسبب شدّة وليّها[4]، ولعلّ الشّدّة المقصودة متمثلةٌ في طبعه في معاملة النّاس، أو في التّضييق والتّشديد على الخاطب في السّؤال والطّلب، ممّا ينفّرهم منه.

---

(1) – انظر في المعنى: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص30.

(2) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص100.

(3) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص355.

(4) – ذكره: المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص136– 137؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص278؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، ج5، ص66.

ثانيا: أثر تحقق العضل

اتفق الفقهاء باختلاف مذاهبهم، والتّشريعات الوضعيّة، على عدم جواز عضل الوليّ لمن هي في ولايته، وقرّر جميعهم انتقالها إلى غيره، ولكنّهم انقسموا إلى فريقين رئيسيين: الأوّل يجعلها للولي الأبعد، والثاني يجعلها للسلطان أو القاضي على ما هو عليه الأمر اليوم.

أ- انتقال الولاية إلى الولي الأبعد:

قال الشّافعيّة إنْ تكرّر ثلاث مرّات[1]، انتقلت الولاية إلى الوليّ الأبعد[2]؛ لأنّه يعتبر بذلك فاسقًا، بل إنّ تَكَرُّرَهُ هذا يُعَدُّ كبيرة. كذلك تنتقل الولاية إلى الأبعد في المذهب عند الحنابلة[3]، وفي قول عند الإباضيّة[4]، والزّيديّة[5]؛ فتنتقل الولاية إلى الوليّ الأبعد مثلما هو الحال في المجنون والفاسق.

وبهذا أخذ التّشريع اليمني في نصّ المادّة 2/18، والتّشريع العماني في نصّ المادّة 12، والتّشريع الإماراتي في نصّ المادّة 34، والتّشريع القطري في نصّ المادّة 29 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة، ولكن بعد أنْ يرفع الأمر إلى القاضي كي يأذن بذلك.

---

(1) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص206؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص248؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص 147؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، ص366؛ الرملي، فتح الرحمن، ص750.

(2) – إذا لم يكن الوليّ فاسقا، أو امتنع عن تزويج موليته لعذر كأن يطلب لها الزّوج الكفؤ، أو أن يحلف بالطلاق أنّه لا يزوجها، أو أن الزّوج أخ لها من الرضاع، أو أن مذهبه لا يرى حلها له؛ فإنّه لا يعتبر عاضلا، ولا تنتقل الولاية إلى السلطان.

انظر: القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص382– 383؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص135؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص184– 185؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص73– 74.

(4) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص114– 115.

(5) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص21– 22؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار،ج3، ص55.

ب- **انتقال الولاية إلى السلطان**:

يرى المالكيّة[1] بأنّه في حال تحقّق العضل، تنتقل الولاية مِنَ الوليّ الأقرب إلى السّلطان، ولا تنتقل إلى الوليّ الأبعد؛ فيطلب الحاكم مِنَ الوليّ الأقرب أنْ يزوّج المرأة، فإنْ أبى ذلك زوّجها هو. وبهذا قال الشّافعيّة إذا وقع العضل مرّة أو مرّتين فقط[2]. وهو القول الثّاني للحنابلة[3] لظاهر قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ»، كما أنّ الوليّ بعضله يعتبر ظالمًا للمرأة، والحاكم هو مَنْ له رفع الظّلم، وقول الظّاهرية أيضًا[4].

وقد أخذ كلّ مِنَ التّشريع اللّيبي، والموريتاني، والأردني، والسّوداني، والكويتي في ظاهر النصّ، والمشرّع التّونسي في الفصل السّادس بالنّسبة إلى القصرّ، بانتقال الولاية إلى القاضي ليأذن بزواج المرأة التي تمّ عضلها إن كان غير مبرَّرٍ[5].

ونشير إلى أنّ الإباضية لهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال[6]: أولها أنْ توكّل مَنْ يزوّجها، والثّاني أنْ تزوّجها جماعة المسلمين أو يوكّلون لها مَنْ يزوّجها، أمّا القول الثّالث فهو أنْ يزوّجها الحاكم أو الإمام؛ فإذا امتنع الوليّ عن تزويج موليته مِنْ رجلٍ كفءٍ، أُجبر على ذلك، بحبسه حتّى يزوّجها، وهو الصّحيح عندهم، وقيل يُجْبَرُ بضربه حتّى يزوّج، دون تحديد لعدد الضّرب، وقيل يضرب تأديبا له ثمّ يزوّجها الإمام أو مَنْ ذكرنا أعلاه.

---

(1) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص164؛ ابن عبد البر، الكافي، ص235؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص215؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص335؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ج2، ص26.

(2) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص206؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص248؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص225؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص 147؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، ص366؛ الرملي، فتح الرحمن، ص750.

(3) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص382– 383؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص135؛ عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، ج20، ص184– 185؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص74.

(4) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

(5) – انظر في ذلك نصوص المواد: 9، 13، 6، 37، 31، 6، على التوالي.

(6) – إطفيش، شرح النيل، ج6، ص114.

وما نراه في هذه المسألة هو أنْ ترفع المرأة التي منعها وليّها مِنَ الزّواج بمن ترضاه أمرها إلى القاضي لينظر فيه، ويستدعي الوليّ ليرى سبب منعه، فإنْ رآه سائغًا، منع المرأة مِنَ الزّواج، وإنْ لم ير لهذا المنع مبرّرًا، أمره بتزويجها، فإنْ أبى ذلك أمر غيره مِنَ الولاة بتزويجها؛ لأن المرأة لم ينعدم أولياؤها لنقول بانتقالها إلى القاضي، كما أنّ شفقة وحنان الوليّ الأبعد فوق ما هي عليه عند القاضي، يضاف إلى ذلك أنّ الوليّ الأبعد له مِنَ الوقت والتفرّغ ما ليس للقاضي، ممّا يمكّنه مِنَ السّؤال والتّحرّي والنّظر في شأن الخاطب[1]، فإنْ أبَوْا، أو لم يكنْ لها وليّ غير الأوّل، زوّجها القاضي بالسّلطة التي أعاطها إياه الشّرع والقانون، مصداقًا لقول النّبيّ: صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ».

وهذا ما أخذ به المشرّع اليمني في المادّة 18 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة بنصّه: ((إِذَا عَضَلَ وَلِيُّ المَرْأَةِ أَمَرَهُ القَاضِي بِتَزْوِيجِهَا، فَإِنْ اِمْتَنَعَ أَمَرَ القَاضِي مَنْ يَلِيهِ مِنَ الأَوْلِيَاءِ الأَقْرَبَ بِتَزْوِيجِهَا، فَإِنْ فُقِدُوا أَوْ عَضَلُوا زَوَّجَهَا القَاضِي بِكُفْءٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا)).

(1) – نرى كذلك بانتقال الولاية إلى القاضي دون الوليّ الأبعد إذا تُيُقِّنَ بأن تزويج الوليّ الأبعد للمرأة سيؤدي إلى عداوة بين الوليّين أو بين العائلتين أو الأقارب؛ لأن الزّواج قصده دوام المودة والعشرة بين الزوجين وتوطيد العلاقة بين الأسر وليس هدمها.

وقد جاء في القرار 5/14، للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: ((لَا يَحِلُّ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَعْضِلَ (أَيْ يَمْنَعَ) وَلِيَّتَهُ إِذَا أَرَادَتْ الزَّوَاجَ مِنْ كُفْءٍ بِصَدَاقِ مِثْلِهَا، فَإِذَا مَنَعَهَا وَلِيُّهَا الْقَرِيبُ اِنْتَقَلَتْ الْوِلَايَةُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ فِي الْوِلَايَةِ، أَوْ إِلَى الْقَاضِي، أَوْ مَنْ يَنُوبُ عَنْ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَاضٍ كَالْقَائِمِينَ عَلَى الْمَرَاكِزِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْمَسَاجِدِ فِي الْغَرْبِ مِمَّنْ يَعُودَ إِلَيْهِم الْمُسْلِمُونَ فِي شُؤُونِهِمْ الدِّينِيَّةِ؛ لِأَنَّ تَأْخِيرَ الزَّوَاجِ وَوُقُوعُ الْعَضْلِ مِنْ بَعْضِ الْأَوْلِيَاءِ سَبَبٌ فِي مَفَاسِدَ خَطِيرَةٍ عَلَى الْفَرْدِ وَالْمُجْتَمَعِ. وَحَيْثُ إِنَّ ظَاهِرَةَ الْعَضْلِ مُتَفَشِّيَةٌ فَيَجِبُ الْعَمَلُ عَلَى عِلَاجِهَا فِي الْمُجْتَمَعِ الْمُسْلِمِ بِمَا يَحُدُّ مِنْهَا أَوْ يَمْنَعُهَا، وأَهَمُّ مَا يُلَاحَظُ فِي ذَلِكَ الْفَصْلُ بَيْنَ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَبَيْنَ التَّقَالِيدِ وَالْأَعْرَافِ، ثُمَّ تَوْعِيَةِ الْمُسْلِمِينَ بِفَوَائِدِ الِالْتِزَامِ بِأَحْكَامِ الشَّرْعِ الَّذِي شَرَعَهُ اللَّهُ لَهُمْ فِي شَكْلِ نَشَرَاتٍ وَدَوْرَاتٍ مُتَخَصِّصَةٍ، وَالْعَمَلُ عَلَى تَكْوِينِ مَجَالِسَ تَحْكِيمٍ يُمْكِنُ الرُّجُوعُ إِلَيهَا فِي مِثْلِ هَذَا الْأَمْرِ)).

http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=282

الفصل الثاني

مباشرة المرأة لعقد الزواج

ما يجب أنْ ننبّه إليه هنا، أنّه لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص مشروعيّة الولاية على المرأة البالغة العاقلة، كما لا خلاف بينهم على أنّ الأجدر والأشرف للمرأة ولكرامتها، وكمال حشمتها وأدبها أنْ يباشر وليّها عنها عقد زواجها، وإنّما الخلاف بينهم يُطْرَحُ في مسألة صحّة إبرامها للعقد من عدمه، وهل للوليّ حقّ في ذلك أم لا؟[1].

هذا الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء بشأن تحقّق الولاية على المرأة في الزّواج مِنْ عدمه، وإمكان مباشرة المرأة الرّاشدة لعقد الزّواج، سواء لنفسها أو لغيرها؛ انتقل إلى التّشريعات بين مجيز أو مانع بشكل مطلق، وبين مجيز أو مانع بشروط، وكان تفصيل الأقوال في هذا الأمر سبعة أقوال: الأوّل أنَّ الولاية في الزّواج ليست بشرط بل مستحبة. والثّاني اشتراط الولاية عليها، والثّالث أنّ عقدها متوقّفٌ على إجازة الوليّ، والرّابع أنّ زواجها يصحّ إنْ كان الزّوج كفؤا، أمّا الخامس فهو صحّة الزّواج إنْ أذن لها الوليّ، وعدم صحّته إنْ لم يأذن، بينما السّادس يفرّق بين البكر والثيّب، فالبكر يشترط لها الوليّ أمّا الثيّب فلها أنْ تولي أيّ رجل ليعقد زواجها، والقول الأخير يُفَرِّق بين المرأة الدّنيئة والشّريفة، فيُبيحُ للأولى أنْ تجعل أمرها بيد رجل مِنَ المسلمين، أمّا الشّريفة فلا يصحّ زواجها دون وليّها الشّرعيّ.

هذه مجمل الأقوال، سنفصل الأمر بشأنها في هذا الفصل بذكر أصحابها وأدلّتهم، والمناقشات الواردة على كلّ قول.

(1) – انظر في ذلك: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص64.

المبحث الأول

صحة مباشرة المرأة لعقد الزّواج

مِنَ الفقهاء والتّشريعات مَنْ جعل عبارة المرأة الراشدة في عقد الزّواج معتبرة، ولها أنْ تزوّج نفسها أو تزوّج غيرها بولاية أو بوكالة، لكنّهم اختلفوا في إطلاق صحّة عبارتها أو تقييدها بشروط معينة؛ فمنهم مَنْ أعطاها كامل حرّيّتها في نفسها دون قيد أو شرط، ومنهم مَنْ ربطها بكفاءة الزّوج، ومنهم مَنْ اشترط أنْ يكون الوليّ قد أذن لها بأنْ تباشر عقد الزّواج، أو أجازه بعد أنْ عقدته، ومنهم مَنْ اشترط أنْ تكون بوصف معيّن حتّى تستطيع إبرام عقد الزّواج بنفسها أو تفوّض غيرها، وهو أنْ تكون ثيّبًا لا بكرًا.

ولهذا قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين: الأوّل نفصّل فيه أقوال مَنْ أطلق حرّيّة المرأة في إبرام زواجها بنفسها، والثّاني ندرس فيه أقوال مَنْ وضع شروطًا لذلك.

المطلب الأول

صحّة مباشرة المرأة عقد الزّواج مطلقا

متى بلغت المرأة وكانت عاقلةً، غير مجنونةٍ أو معتوهةٍ أو محجورٍ عليها، كانت مالكةَ أمر نفسها ولا يشاركها فيه أحد مهما كانت صفته ولو كان أبًا لها، ويصحّ عقدها لنفسها أو لغيرها دونما حاجة إلى نظرٍ أو تعقيب. وهذا ما قال به الحنفيّة في ظاهر المذهب، ومَنْ وافقهم، وكانت لهم في ذلك أدلّة كثيرة مِنَ القرآن ومِنَ السنة ومِنَ غيرهما نوردها فيما يأتي.

الفرع الأول

القائلون بصحة العقد مطلقا وأدلتهم

قال طائفة من الفقهاء بأن عقد الزّواج الذي تبرمه المرأة الراشدة صحيح دون شرط أو قيد، وتبعهم في ذلك بعض المشرعين، وقد كانت لهم في ذلك حجج وأدلة كثيرة من القرآن والسنة وغيرهما. نورد في هذا الفرع هذه الأقوال، ونتبعها بالأدلة التي عززوا بها أقوالهم.

أولا: مضمون هذه الأقوال

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرّواية، ومحمّد بن الحسن الشّيباني في الرّواية الثّانية عنه[1]، وزفر والحسن بن زياد اللؤلؤي[2]، وهو قول ابن سيرين والشّعبي والزّهري[3]، ومالك في مفهوم ابن رشد الحفيد[4]، وأحمد بن حنبل في رواية عنه[5]، والشّيعة الإماميّة[6]، بأنّ الوليّ في عقد زواج المرأة ليس بشرط لصحّة العقد بل هو مِنْ شروط الكمال، ومِنْ ثمّ يمكن للمرأة أنْ تعقد زواجها ويكون صحيحًا نافذا؛ لأنها تصرّفت في خالص حقّها ما دامت بالغةً عاقلةً، فلها أنْ تتصرّف في مالها كما تشاء، ولها أنْ تختار زوجها وفق ما ترى، كلّ ما في الأمر أنّه يستحبّ أنْ يزوّجها وليّها كي لا تنسب الوقاحة إليها، ولا يهمّ إنْ كان الزّوج كفؤًا أم غير كفءٍ.

ومَنْ ذكرناهم مِنَ الحنفيّة يرون هذا إذا كان للمرأة وليّ، أمّا إنْ لم يكن لها وليّ فيصّح زواجها بعبارتها مطلقًا باتفاق فقهاء المذهب[7]، أي سواء كان الزّوج كفؤًا أم لا، بمهر المثل أم بأقلّ منه؛ لأنّ القول بعدم الصّحة مبنيّ على اعتراض الأولياء في حال عدم كفاءة الزّوج أو نقص المهر، دفعا للضّرر عنهم، وهنا لا يوجد أولياء، وقد رضيت المرأة

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص31– 32؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص488– 489؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص246؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص278.

(2) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص90.

(3) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص101.

(4) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص9.

(5) – إبراهيم بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج6، ص104؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص112؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، 64.

(6) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص162– 164.

(7) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص118 وص 138؛ 19– محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ – 2002م، ص183؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص157؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490.

وأسقطت حقها في الكفاءة والمهر[1].

وقال ابن رشد الحفيد[2] بأنّ الولاية عند مالك - حسب رواية ابن القاسم - سنّة وليست فرضًا؛ لأن مالكًا رحمه الله قال إنّ المتزوّجين بغير وليّ يتوارثان، كما أنّ المرأة غير الشّريفة لها أنْ تفوّض رجلاً مِنَ النّاس ليزوّجها، وكان يستحبّ للثيّب أنْ تقدّم أباها ليبرم عقد زواجها، ومِنْ ثمّ فالوليّ هو مِنْ شروط التّمام وليس مِنْ شروط الصّحة. ففهم ابن رشد مِنْ عبارة التّوارث أنّ العقد الذي تبرمه المرأة لنفسها أو لغيرها صحيح، وإلاّ لكان القول بعدم التّوارث.

أمّا الإمام أحمد فقد نقلت عنه ثلاث روايات، إحداها تبيح للمرأة أنْ تزوّج نفسها مطلقًا، أي دون إذن الوليّ. غير أنّ فقهاء المذهب فسّروا هذا القول بالمرأة التي لها عذر، كأن ينعدم الوليّ أو السّلطان[3].

والشّيعة الإماميّة يماثلون الحنفيّة، إذْ يقولون[4]: إذا بلغت المرأة رشيدة ملكت كلّ عقدٍ، سواء كان عقدَ زواج أم عقد بيع، فإذا تزوّجت مِنْ دون وليّ صحّ العقد؛ فإذا كان الوليّ غير الأب أو الجد فلا ولاية لأحد عليها، سواء كانت بكرًا أم ثيّبًا، والأمر إليها تتزوّج كيف شاءت بنفسها، أو توكل في ذلك، بالإجماع. غير أنّ الأفضل لها أنْ تردّ أمرها إلى أخيها أو ابن أخيها، أو عمّها أو ابن عمّها، وليس ذلك شرطًا في صحّة العقد[5]، وإنْ كانت المرأة ثيّبًا، كان لها أنْ تعقد على نفسها بغير وليّ مطلقًا، والأولى لها ردّ أمرها إلى

(1) – في هذا المعنى: ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص157.

(2) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص9.

قال الرجراجي (مناهج التحصيل، ج3، ص289): إنّه لا خلاف في مذهب مالك أنّ الوليّ مِنْ شروط الصحة لا من شروط التمام، إلاّ من تأوّل من قول ابن القاسم بشأن توارث الزوجين من دون وليّ، ومن مسألة استخلاف الدنيئة لرجل أجنبي ليزوجها.

(3) – إبراهيم بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج6، ص104؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص112؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، 64.

(4) – الطوسي، المبسوط، ج4، ص162– 164.

(5) – الطوسي، الخلاف، ج4، ص250.

مَنْ صلُح مِنَ الأقارب أو الأجانب[1].

وسارت على هذا الرّأي بعض التّشريعات العربيّة، على غرار التّشريع التّونسي، والمغربي، والعراقي؛ فنجد أنّ المشرّع التّونسي كان سبّاقًا في هذه المسألة حيث صدرت مجلة الأحوال الشخصيّة سنة 1956، لتقرّر في الفصل التّاسع منها على أن: ((لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا زَوَاجَهُمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَأَنْ يُوكِلاَ مَنْ شَاءَا...)).

وأوّل ما يلاحظ على هذا النّص أنّه اعتبر المقبلين على الزّواج زوجين قبل انعقاد الزّواج[2]، كما أعطى للمرأة الرّاشدة حقّ الولاية على نفسها ولم يجعله لأحد سواها، لذلك نصّ على أنّ لها أنْ تزوّج نفسها أو أنْ توكل أمرها إلى مَنْ يزوّجها قريبًا كان أم أجنبيًّا[3].

ثمّ تلاه المشرّع العراقي بإصداره تقنين الأحوال الشخصيّة سنة 1959، ونصّ في المادّة الرّابعة منه على أنّ الزّواج ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول مِنَ الطّرفين أو مِنْ وكيليهما، ثمّ أعقب هذا النّصَّ بنصّ المادّة 9، الذي يحظر على أيّ شخص أنْ يمنع من كانت أهلا للزّواج مِنَ الزّواج، ممّا يفهم منه أنّ للمرأة الرّاشدة الحرّيّة الكاملة في عقد زواجها[4]، وفقًا لظاهر مذهب أبي حنيفة والمذهب الإمامي.

ولحق بمن تقدّم المشرّع المغربي بنصّه في المادّة 24 مِنْ مدوّنة الأسرة: ((الوِلاَيَةُ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، تُمَارِسُهُ الرَّاشِدَةُ حَسَبَ اِخْتِيَارِهَا وَمَصْلَحَتِهَا))، نتيجةً لمطالبات الحركات النّسائيّة التي كانت ترى أنّ إبقاء الولاية على المرأة في الزّواج يتعارض مع مساهمتها في التّنمية الاجتماعية والاقتصادية والسّياسية والثّقافية للبلاد، كما يتعارض مع نصوص الدّستور

(1) – ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، ص343-344.

(2) – قد يُجاب على ذلك بأن المقصود اعتبار المآل، وهذا معروف في لغة العرب. لكننا أمام نصّ قانوني، والمعروف في النصوص القانونيّة أنها أكثر دقة وجمودا في تحديد المصطلحات وتفسيرها، مما يجعل النص منتقدا في صياغته.

(3)– في نظر الكاتبة فريدة دخيل، يعد النموذج التونسي مثالا لتكييف الفقه الإسلامي مع الواقع المعاصر!
DEKHIL Farida, op. cit. p.714.

(4) – فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص88.

الذي يسوّي بين جميع المواطنين، والاتفاقيات الدّوليّة الرّامية إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي صادق عليها المغرب، ومع الاتفاقية المتعلّقة بالحقوق المدنيّة والسّياسية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. إضافة إلى أنّ العديد مِنَ التّشريعات العربيّة لا تشترط الوليّ لإبرام عقد زواج المرأة الرّاشدة[1].

وأمر إلغاء الولاية على المرأة ليس جديدًا في المغرب، فقد عرض هذا الأمر في المشروع التّمهيدي الذي أعدته وزارة العدل سنة 1957، غير أنّ اللّجنة القانونيّة لوضع المدوّنة وعلى رأسها الدّكتور علال الفاسي رحمه الله - مقرّر اللّجنة- رفضت الأخذ بالمذهب الحنفي وطالبت بالالتزام بالمذهب المالكي قدر الإمكان[2].

لكنّ بعض الأحزاب السّياسية والجمعيات النّسويّة، كحزب الاستقلال وحزب الشّورى، وجمعية أخوات الصّفا، والاتّحاد الوطني للنّساء المغربيّات، ومنظّمة العمل الدّيمقراطي الشّعبي، هذه الأخيرة التي طالبت سنة 1983 في النّدوة التي عقدتها باعتبار المرأة إنسانا كالرّجل تكتمل أهليتها بمجرد بلوغها سنّ الرّشد! وإعطاء الحق لها بالزّواج دون حاجة إلى وليّ... ثمّ طالبت جمعية اتّحاد العمل النّسائي بتغيير المدوّنة سنة 1992، وجعل المرأة والرّجل على قدم المساواة، وأطلقت حملة عريضة المليون توقيع، ممّا أثار حفيظة العديد مِنَ الأشخاص والجهات، حتّى أنّ محمد الحبيب التجكاني أصدر فتوى بأنّ الوليّ في الزّواج هو مِنَ الأحكام القطعيّة التي وردت في نصوص القرآن والسّنة الصّحيحة، وعلى إثر هذا النزاع تدخّل الملك الحسن الثّاني بتاريخ 1992/08/20، وقال بأنه هو المسؤول عن مدوّنة الأحوال الشخصيّة، ووعد بالنّظر في الثّغرات الموجودة فيها، فشكّل

(1) - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص149- 150.

(2) - سعاد الأخريسي، من مدوّنة الأحوال الشخصيّة إلى مدوّنة الأسرة، مسار التعديلات ومطالب الحركات النسائية، دار السلام، الطبعة الأولى، المغرب، 2005م، ص24.

وفي هذا الشأن قال الدكتور علال الفاسي: ((إِنَّ الأُسْرَةَ المَغْرِبِيَّةَ لَمْ تَتَطَوَّرْ بَعْدُ إِلَى الحَدِّ الذِّي تَقْبَلُ فِيهِ العَمَلَ بِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَسَيَظْهَرُ فِي عَيْنِ المُوَاطِنِينَ [أَنَّ] مُبَاشَرَةَ المَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ عَقْدَ زَوَاجِهَا دُونَ تَوْكِيلٍ أَوْ تَفْوِيضٍ خُرُوجٌ عَنِ الأَخْلاَقِ الإِسْلاَمِيَّةِ مِنَ الصَّعْبِ تَبْرِيرُهُ، لِأَنَّ تَقَالِيدَ الحَيَاءِ وَالوَقَارِ وَمُقْتَضَيَاتِ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ أَشْكَالِ السِّفَاحِ وَأَشْكَالِ النِّكَاحِ مِمَّا اِعْتَدْنَا أَنْ نَرَاهَا تَتَجَلَّى فِي هَذِهِ الوِلاَيَةِ...)).

انظر: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص148.

لجنة لإصلاحها بتاريخ 1992/09/09 برئاسة عبد الهادي بوطالب[1].

غير أنّ عمل اللّجنة لم يستجب لتطلّعات الحركات النّسويّة، فصدر التّعديل في سبتمبر 1993، وأبقى على شرط الوليّ في نصّ المادّة 5 عموما، ونفاه عن اليتيمة الرّاشدة، وجعل الولاية حقًّا للمرأة لكنها تفوّض أمرها إلى وليّها ولا تعقد الزّواج بنفسها[2].

بعد مصادقة المغرب على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة - مع تحفظات- بتاريخ 1993/06/14، تحرّكت الجمعيّات النّسوية، وعقدت مؤتمرات دوليّة بشأن ذلك، أهمّها مؤتمر بكين سنة 1995، الذي أكد فيه المشاركون على تبنّي استراتيجيات مؤتمر نيروبي المنعقد سنة 1985، للنهوض بالمرأة![3].

أدّت هذه الأحداث إلى تبنّي حكومة المغرب برنامجًا للتغيير على عدّة مستويات سنة 1998، توّج ما يتعلّق بالأسرة بإصدار الظّهير الشّريف رقم 1.04.22 في فيفري 2004، الذي ألغى فيه الولاية على المرأة الرّاشدة بالتّمام، في عهد الملك محمد السّادس، الذي اعتبر مدوّنة الأسرة مكسبًا لجميع المغاربة؛ لأنها رفعت الظّلم عن المرأة وَحَمَتْ حقوق الأطفال، وصانت كرامة الرّجل[4]!

فنفى المشرّع المغربي بذلك أنْ يكون للوليّ حقّ مع المرأة الرّاشدة في نفسها، فمادامت قد بلغت سنّ الرّشد عاقلة غير مجنونة أو معتوهة ولا محجور عليها؛ فإنّها تعرف ما هو مِنْ مصلحتها وما هو في غير صالحها، فَتُوَجِّهُ حقّها الذي منحه المشرّع لها كيفما شاءت فيما يخصّ اختيار الزّوج أو إسقاط الكفاءة أو المهر أو كليهما، وكذلك في مسألة تفويض

(1) – انظر في تفصيل ذلك: سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص21– 52.

(2) – سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص59– 60؛ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص149.

(3) – مثل: «جمعية أمل حركة نسائية من أجل حياة أفضل»، و «جمعية إنصاف المؤسسة الوطنية للتضامن مع النساء في وضعية صعبة»، و «الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب»، وغيرهن. انظر في تفصيل ذلك: سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص81– 86.

(4) – سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص157– 158.

أمر زواجها إلى غيرها، قريبًا كان أم لا. ولهذا نصّ في المادّة 25 على أن: ((لِلْرَّاشِدَةِ أَنْ تَعْقِدَ زَوَاجَهَا بِنَفْسِهَا، أَوْ تُفَوِّضَ ذَلِكَ لأَبِيهَا أَوْ لأَحَدِ أَقَارِبِهَا)).

ثانيا: أدلتهم على ذلك

كانت لهذا الفريق عدّة أدلة، مِنَ القرآن والسّنّة، ومِنَ الآثار، ومِنَ المعقول.

أ- **الأدلة القرآنية:**

إنّ المتتبّع لكتب أصحاب هذا الرّأي – والمشهور أنّهم الحنفيّة- يجدهم قد استدلّوا لعدم اشتراط الوليّ بالآيات الآتية[1]:

1- **الدليل الأول على صحّة عقد المرأة مطلقا:**

قوله الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ ...﴿٢٣٠﴾﴾[2].

هذه الآية مِنْ أهمّ الأدلّة التي استند عليها الحنفيّة في رأيهم، وقالوا بأنّ الأصل في كلّ شخص يجوز تصرّفه في ماله بولاية نفسه جاز زواجه على نفسه والعكس صحيح؛ وفي هذه الآية قد أضاف النّكاح إلى المرأة، وهذا يقتضي أنّها هي مَنْ يعقده، كما أنّه قد جعل زواج المرأة محرّمًا بطلاقها الثّالث، فلا ينهي الحرمة إلاّ زواجها نفسها، وقد أضافت الآية: ﴿...فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ...﴿٢٣٠﴾﴾، فأسندت الزّواج للزّوجين المطلّقين ولم تذكر الوليّ، وهذا يعني أنّه غير لازم.

قال الألوسي في قوله تعالى: ﴿... حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ...﴿٢٣٠﴾﴾، دليلٌ على أنّ الوليّ

(1) – انظر في ذلك: السرخسي، المبسوط، ج5، ص11؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص91؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص248 وما بعدها؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص578؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص158.

(2) – من الآية 230 من سورة البقرة.

ليس شرطا في النّكاح؛ لأنّه أضاف العقد إليها، فهي متوليّة العقد[1]. وهذا قول الشّيعة الإماميّة أيضًا[2].

فهذه الآية قد دلّت على جواز النّكاح مِنْ غير وليّ مِنْ وجهين[3]:

الوجه الأول: أنّه أضاف النّكاح إليها أي إلى المرأة، **والوجه الثاني**: أنّه نسب التّراجع إليهما أي الزّوجين مِنْ غير ذكر الوليّ، فإذا أثبتنا شرط الوليّ في صحّة الزّواج فقد نفينا موجب الآية.

وإسناد النّكاح إلى النّساء قد يكون حقيقة وقد يكون مجازًا، غير أنّه لا يُعدَل عن الإسناد الحقيقي إلى المجازي إلاّ إذا وجدت قرينة على ذلك، وما دام لم توجد قرينة فحمله على الحقيقة أولى، والفاعل الحقيقي هنا هو المرأة، ومِنْ ثمّ فانعقاد الزّواج بعبارة المرأة حقيقة شرعيّة، فإذا تولّت أمر زواجها كان صحيحًا شرعًا[4].

2- **الدليل الثاني على صحة عقد المرأة مطلقا**:

قول الله تعالى: ﴿... وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ ... ٥٠﴾[5]. فهذه الآية دالّة على جواز انعقاد الزّواج بعبارة المرأة بلفظ الهبة[6].

قال الجصّاص: إنّ الخُلوص هنا استباحة البُضع دون بَدَلٍ، أي دون مهر؛ لأنّ لفظ

(1) - الألوسي، روح المعاني، ج2، ص141.

(2) - ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، ص344؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج18، ص61. عن: علي بن الحسين الموسوي، الانتصار.

(3) - الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص100-101؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج18، ص61. عن: علي بن الحسين الموسوي، الانتصار.

قال ابن رشد: إن إضافة النكاح إلى النساء ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو اختصاصهن، ومن كان لديه دليل على غير ذلك فعليه أن يقيمه.

ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص11.

(4) - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص208- 209.

(5) من الآية 50 من سورة الأحزاب.

(6) - الجصاص،ج5، ص237-238؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، 248.

الهبة أضيف إلى المرأة، فلم يقع التّخصيص في اللّفظ بل في المهر، وإسقاط المرأة يكون عليها وليس لها، بينما الخلوص يكون فيما هو له[1].

وهذا يوافق في المعنى ما قاله ابن العربي المالكي، لكنّهما اختلفا في أنّ الجصّاص جعل عقد المرأة لنفسها جائزًا بلفظ الهبة دون اشتراط الوليّ، بينما لم يجزه ابن العربي[2].

3- **الدليل الثالث على صحة عقد المرأة مطلقا**:

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ...﴿٢٣٢﴾﴾[3].

وهذا دليل أيضا على أنّ الزّواج ينعقد بعبارة النّساء مِنْ دون شرط الوليّ وذلك مِنْ وجهين؛ فقد أضافه إليهن[4]، كما نهى الأولياء عن منعهن مِنَ الارتباط بأزواجهنّ إذا تراضى الزوجان[5].

وهناك وجه ثالثٌ أضافه الجصّاص وهو: ((**أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الوَلِيُّ مَنْهِيًّا عَنْ العَضْلِ إذَا زَوَّجَتْ هِيَ نَفْسَهَا مِنْ كُفءٍ، فَلاَ حَقَّ لَهُ فِي ذَلِكَ، كَمَا لَوْ نُهِيَ عَنْ الرِّبَا وَالعُقُودِ الفَاسِدَةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقٌّ فِيمَا قَدْ نُهِيَ عَنْهُ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ فَسْخُهُ؛ وَإِذَا اخْتَصَمُوا إلَى الحَاكِمِ فَلَوْ مَنَعَ الحَاكِمُ مِنْ مِثْلِ هَذَا العَقْدِ كَانَ ظَالِمًا مَانِعًا مِمَّا هُوَ مَحْظُورٌ عَلَيْهِ مَنْعُهُ، فَيَبْطُلُ حَقُّهُ أَيْضًا فِي الفَسْخِ فَيَبْقَى العَقْدُ لاَ حَقَّ لأَحَدٍ فِي فَسْخِهِ فَيَنْفُذُ وَيَجُوزُ**))[6].

والمنع هنا هو منع حسّي، وهو حبس المرأة بعد انقضاء عدّتها أنْ تتزوّج، فيكون هذا المنع دليلاً على أنّها تملك حقّ تزويج نفسها[7].

---

(1) – الجصاص، أحكام القرآن، ج5، ص237–238.

(2) – انظر في ذلك: ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص595.

(3) – من الآية 232 من سورة البقرة.

(4) – الطوسي، الخلاف، ج4، ص252–253.

(5) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص100؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248؛ الحلي، تذكرة الفقهاء، ج2، ص585؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج18، ص61. عن: علي بن الحسين الموسوي، الانتصار.

(6) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، 100.

(7) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص11؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، 250.

وقال ابن رشد الحفيد في شأن هذه الآية بأنّ النّهي ليس فيه أكثر مِنْ نهي قرابة المرأة وعصبتها مِنْ أنْ يمنعوها مِنَ الزّواج، و الخطاب الموجّه بنهيهم عن العضل ليس معناه اشتراط إذنهم في صحّة العقد لا حقيقة ولا مجازًا، بل قد يفهم منه عكس ذلك أي أنّه ليس للأولياء سبيل على مَنْ هم تحت ولايتهم[1].

4- **الدليل الرابع على صحة عقد المرأة مطلقا**:

قال اللّه تعالى: ﴿... **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ...﴿٢٣٤﴾﴾[2]. فهذه الآية مثل سابقاتها تدلّ على جواز فعلها في نفسها مِنْ غير وليّ[3]، حيث أضاف النّكاح والفعل إلى المرأة على سبيل الاستقلال؛ لأنّه لم يذكر معها أحدًا غيرها[4]، ممّا يتعيّن معه صحّة عبارتها ونفاذها إذا ما زوّجت نفسها مِنْ كفءٍ بمهر المثل، وهذا هو مقصود فعلها في نفسها بالمعروف[5].

وقال ابن رشد الحفيد: النّهي في هذه الآية هو عن التّثريب[*] على النّساء فيما استبدَدْنَ بفعله دون أوليّائهن، ولا يوجد ما تستبدّ به المرأة دون وليّها إلاّ عقد الزّواج، فيكون لها أنْ تعقد زواجها، وللأولياء أنْ يفسخوا العقد إذا لم يكن بالمعروف[6].

ب- **الأدلة من السنة**:

أورد الحنفيّة في كتبهم العديد من الأحاديث النّبويّة التي تفيد جواز وصحة عقد المرأة الرّاشدة زواجها بنفسها، سنذكر أهمها كالآتي.

---

(1) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص10.

(2) – من الآية 234 من سورة البقرة.

(3) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص101.

(4) – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117.

(5) – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص91؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص122.

* التثريب هو التوبيخ والتأنيب والتعيير والاستقصاء في اللوم.

انظر في ذلك: ابن منظور، لسان العرب، مج1، ج6، باب الثاء، ص475؛ الزبيدي، تاج العروس، ج2، ص83.

(6) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص11.

1- **الاستدلال بحديث «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ...»:**

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّب أَمْرٌ وَاليَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فَصَمْتُهَا إِقْرَارُهَا»[1]. فهذا الحديث قد قطع ولاية الوليّ عنها[2]، وأسقط اعتبار الوليّ في العقد[3].

2- **الاستدلال بحديث «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا...»:**

عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»[4]. والأيّم هنا هي مَنْ لا زوج لها، بكرًا كانت

---

(1) – أحمد بن حنبل، المسند، ج3، ص341، حديث رقم3087. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، باب في الثيّب، ص364، حديث رقم2100؛ أبو داود، السنن، ص364، حديث رقم 2100؛ النسائي، السنن، كتاب النكاح، ص505-506، حديث رقم3263؛ الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، مج6، ص204-205، حديث رقم4077. قال الألباني: «صحيح»؛ الدارقطني، السنن، كتاب النكاح، ج4، ص347-348، حديث رقم3578 و3579؛ البرهان فوري، كنز العمال، ج16، ص311، حديث رقم44650؛ عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار المعرفة، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1391هـ- 1972م، ج5، ص379؛ حديث رقم، 7660. وقال: «صحيح»؛ أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1415هـ- 1994م، ج14، ص434، حديث رقم 5735. قال شعيب الأرنؤوط: «حديث صحيح»؛ شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ- 1994م، ج4، ص366، حديث رقم 7343.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248.

هذا الحديث ظاهره يقطع الولاية عن الثيّب، لا عن المرأة عموما.

(3) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص102.

(4) – رواه مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، ج3، ص186، حديث رقم 1201. قال سليم بن عيد الهلالي: «صحيح»؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج2، ص441-442، حديث رقم 1888، و ص444، حديث رقم 1897 وص550، حديث رقم 2163، و ج3، ص78، حديث رقم2365. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ مسلم، الصحيح، ج4، ص141؛ الترمذي، السنن، ص262، حديث رقم 1108. وقال: «حديث حسن صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص363، حديث رقم 2098-2099؛ النسائي، السنن، ص505، حديث رقم 3260-3262؛ ابن ماجه، السنن، ص325، حديث رقم 1870. قال الألباني: «صحيح»؛ الدارمي، السنن، ج3، ص1398-1399، حديث رقم 2234. قال الداراني: «إسناده قوي»؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4، ص366، حديث رقم 7339؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص346-347، حديث رقم3575-3576؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص115-122؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص43، حديث رقم 13566- 13567.

أو ثيّبًا[1].

ويستفاد مِنْ هذا الحديث أمران: الأوّل أنّ للوليّ حقّ، وهو مباشرته لعقد الزّواج برضا المرأة، والثّاني أنّ لها حقٌّ أيضا، وهو أقوى مِنْ حقِّ وليّها عليها، ولن تكون أحقّ منه إلاّ إذا زوّجت نفسها بغير رضا الوليّ[2].

وقال الجصّاص بأنّ هذا الحديث يمنع مِنْ أنْ يكون للوليّ حقّ في منع المرأة مِنَ عقد الزّواج على نفسها[3]؛ فلو زوّجت الثيّب نفسها، لم يكن للوليّ حقّ في الاعتراض على هذا الزّواج، أمّا البكر فلأنّه يغلب عليها الحياء، اكتُفي بذكر إذنها والذي يكفي فيه صمتها، وإنْ ذهب حياؤها وزوّجت نفسها، فلا يكون ذلك مانعا مِنْ صحّة العقد؛ لأن التّأثير في العقود لا يكون بالبكارة بل بالبلوغ والعقل[4].

كما أنّ العلّة الوحيدة في هذه المسألة هي صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرّجال؛ لهذا منحها الشّارع حقّ توكيل الرّجل للقيام بذلك نيابة عنها، فإذا خالفت هذا الأمر وتولّت العقد بنفسها لم يكن ذلك مُفسدًا لتصرّفها[5].

3- الاستدلال بحديث تزويج عمر لأمه أم سَلَمَةَ رضي الله عنها :

عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: «دَخَلَ عَلَيَّ صلى الله عليه وسلم بَعْدَ وَفَاةِ أَبِي سَلَمَةَ، فَخَطَبَنِي إِلَى نَفْسِي. فَقُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوليائِي شَاهِدًا، فَقَالَ: «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ شَاهِدٌ وَلا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ». قَالَتْ: قُمْ يَا عُمَرُ، فَزَوِّجْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم ، فَتَزَوَّجَهَا»[6].

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص118؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص158.

(2) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص158.

(3) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص102.

(4) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص210.

(5) – محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص210– 211. نقلا عن: عبد السميع أحمد إمام، منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب، ص93.

(6) – سبق تخريجه في الصفحة 212 هامش رقم 4.

فالرّسول ﷺ خطبها إلى نفسها، فدلّ ذلك على أنّ أمر الزّواج لها وليس لأوليّائها؛ لأن ابنها عمر المخاطب بتزويج أمّه كان طفلا صغيرًا لا ولاية له، فكان بتلك الوكالة قد قام مقام مَنْ وكّله، وصارت أمّ سلمة رضي الله عنها كأنّها هي مَنْ عقد زواجها، وبما أنّ النّبيّ ﷺ لم ينتظر قدوم أوليائها، فإنّ هذا دليل على أنّها مالكة أمرها، فلو كان هناك حقّ للأولياء لما أقدم النّبيّ على هذا الحقّ قبل إباحتهم له[1].

وأضاف الإمامية أنّ أم سلمة زوّجها ابنها، وأنه لا ولاية للابن عندهم بالإجماع، وعليه فكأنّ النّبيّ ﷺ تزوّجها مِنْ دون وليّ[2].

4- **الاستدلال بواقعة هبة المرأة نفسها**:

جَاءَت امْرَأَةٌ رَسُولَ اللّه ﷺ فَقَالَت: «**يَا رَسُولَ اللَّهِ، جِئْتُ لأَهَبَ لَكَ نَفْسِي، فَنَظَرَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَصَعَّدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَصَوَّبَهُ، ثمّ طَأْطَأَ رَأْسَهُ، فَلَمَّا رَأَتِ المَرْأَةُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ فِيهَا شَيْئًا جَلَسَتْ، فَقَامَ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ فَزَوِّجْنِيهَا، فَقَالَ: «وَهَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟». فَقَالَ: لا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللّه، قَالَ: «اذْهَبْ إِلَى أَهْلِكَ فَانْظُرْ هَلْ تَجِدُ شَيْئًا». فَذَهَبَ ثمّ رَجَعَ فَقَالَ: لا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللّه مَا وَجَدْتُ شَيْئًا... فَجَلَسَ الرَّجُلُ حتّى طَالَ مَجْلِسُهُ، ثمّ قَامَ فَرَآهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُوَلِّيًا، فَأَمَرَ بِهِ فَدُعِيَ، فَلَمَّا جَاءَ قَالَ: «مَاذَا مَعَكَ مِنْ القُرْآنِ». قَالَ مَعِي سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا، عَدَّهَا، قَالَ: «أَتَقْرَؤُهُنَّ عَنْ ظَهْرِ قَلْبِكَ». قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنْ القُرْآنِ»**»[3].

والدّليل في هذا الحديث على عدم اشتراط الوليّ لجواز العقد، هو أنّ النّبي ﷺ لم يسأل المرأة هل لها وليّ أم لا[4].

---

(1) - الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص12.

(2) - الطوسي، المبسوط، ج4، ص156؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، ج18، 162. عن: ابن البراج، المهذب.

(3) - رواه البخاري، الصحيح، باب القراءة عن ظهر قلب، ج6، ص192- 193 وج7، باب النظر إلى المرأة قبل الزّواج، ص14- 15؛ مسلم، الصحيح، ج4، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم من حديد، ص143.

(4) - الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص102.

5- **الاستدلال بحديث رد زواج المرأة التي أكرهها أبوها على الزواج:**

عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها قَالَتْ: «جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ يَرْفَعُ بِي خَسِيسَتَهُ. فَجَعَلَ الأَمْرَ إِلَيْهَا. قَالَتْ فَإِنِّي قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ لِلآبَاءِ مِنَ الأَمْرِ شَيءٌ»[1].

فهذا الحديث يفيد بعمومه أنّه ليس للوليّ مباشرة عقد زواج المرأة باعتباره حقًّا ثابتًا له بل مِنْ طريق الاستحباب، وقد أقرّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم في الحديث قول المرأة، وهذا الحديث حجّة، ولو قيل عنه بأنّه مُرسَل. ولا يمكن حمله على عدم الكفاءة؛ لأن العرب كانت تنظر فيها إلى النّسب، وهذا الزّوج هو ابن عمّها، وإذا لم يكن للوليّ أنْ يتصرّف ولو في القليل مِنْ مال المرأة البكر البالغة إلاّ بإذنها، والمال أقلّ قدرًا مِنَ النّفس، فكيف للوليّ أنْ يملك تزويجها قسرًا ممّن تبغضه، مع العلم أنّه أهون عليها أنْ يذهب جميع مالها مِنْ هذا الأمر[2]؟

ج- **الأدلة مِنَ الآثار:**

وردت آثارٌ عن الصّحابة رضي الله عنهم، في كتب الفقهاء الذين قالوا بعدم اشتراط الوليّ، وهي منسوبة إلى عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن عمر، وعائشة، وغيرهم.

1- **الاستدلال بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه:**

عن نافع قال: «وَلَّى عُمَرُ ابْنَتَهُ حَفْصَةَ مَالَهُ وَبَنَاتَهُ نِكَاحَهُنَّ، فَكَانَتْ حَفْصَةُ إِذَا

(1) – أحمد بن حنبل، المسند، ج17، ص496، حديث رقم24924. قال حمزة أحمد الزين: «إسناده صحيح»؛ النسائي، السنن، ص506، حديث رقم3269؛ ابن ماجه، السنن، ص326، حديث رقم 1874. قال الألباني: «ضعيف شاذ»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص334–336، حديث رقم 3555–3557. وقال: «كل هذه الأحاديث مراسيل»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118؛ السنن الصغير، تخريج وتعليق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، الطبعة الأولى، المنصورة، مصر، 1410هـ- 1989م، ج3، ص27، حديث رقم 2400؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص48، حديث رقم 13590 و13592. وقال: «حديث مرسل».

(2) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص255.

أَرَادَتْ أَنْ تُزَوِّجَ امْرَأَةً أَمَرَتْ أَخَاهَا عَبْدَ اللَّهِ فَزَوَّج»[1]. فها هو عمر رضي الله عنه قد جعل أمر زواج بناته بيد إحدى بناته وهي حفصة رضي الله عنها ، ولو كان ذلك غير جائز لما فعل.

2- الاستدلال بالأثر الوارد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

جاء في الأثر عن عبد الرحمن بن مروان رضي الله عنه أنّ امرأة زوّجت ابنتها برضاها فجاء أوليّاؤها وخاصموها إلى عليّ فأجاز العقد، وهذا دليلٌ على أنّ المرأة لها أنْ تزوّج نفسها أو تجعل أمرها إلى غير الوليّ، ويكون العقد صحيحًا[2]. وهو ما روي عن أبي قيس الأودي كذلك، مِنْ أنّ امرأة زوجتها أمها برضاها فأجاز علي رضي الله عنه العقد[3].

3- الاستدلال بالأثر الوارد عن ابن عمر رضي الله عنهما :

عن ابن عُمَر رضي الله عنهما قال: «إِذَا كَانَ وَلِيُّ المَرْأَةِ مُضَارًّا، فَوَلَّتْ رَجُلاً فَأَنْكَحَهَا، فَنِكَاحُهُ جَائِزٌ»[4]. وهذا يعني أن للمرأة حق في نفسها، ولها أن تفوض أمرها إلى غيرها في تزويجها.

4- الاستدلال بالأثر الوارد عن عائشة رضي الله عنها :

عن عائشة رضي الله عنها : «أنها زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ المُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ كَانَ بِالشَّامِ فَلَمَّا قَدِمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ قَالَ: وَمِثْلِي يُصْنَعُ هَذَا بِهِ؟ وَيُفْتَاتُ عَلَيْهِ؟ فَكَلَّمَتْ عَائِشَةُ المُنْذِرَ بْنَ الزُّبَيْرِ فَقَالَ المُنْذِرُ: فَإِنَّ ذَلِكَ بِيَدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: مَا كُنْتُ لأَرُدَّ أَمْرًا قَضَيْتِهِ، فَقَرَّتْ حَفْصَةُ عِنْدَ المُنْذِرِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلاَقًا»[5].

---

(1) – رواه عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص200، حديث رقم 10495؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص454.

(2) – ذكره السرخسي، المبسوط، ج5، ص10 و ص107.

(3) – انظر في ذلك: البيهقي، السنن، ج7، ص112. وأورد الدارقطني، السنن، ج4، ص504، رقم 3885، بأن اسمها كان بحرية.

(4) – رواه الدارقطني، السنن، ج4، ص504، رقم 3884.

(5) – رواه مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، ج3، ص243–244، حديث رقم 1280، البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص112–113؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص32، حديث رقم 13522؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، =

فهذا الأثر قد دلّ بمنطوقه على أنّ عائشة رضي الله عنها باشرت عقد زواج ابنة أخيها بنفسها، وفيه دليلٌ على حقّ المرأة في مباشرة عقد الزّواج، فلو كان هذا الحقّ غير ثابت للمرأة لما أقدمت عليه، بل ولما فكّرت فيه، ولما أقرّها عليه الصّحابة الموجودون وقتها[1].

وقال الطّحاوي في ذلك[2]: لمّا رأت عائشة بأنّ تزويجها بنت عبد الرحمن جائزٌ، وأنّ العقد مستقيمٌ، دلّ ذلك على فساد حديث الزُّهري عن عائشة «أَيُّمَا اِمْرَأَةٍ نَكَحَهَا وَلِيٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[3].

وقيل بأنّ هذا هو مذهب عائشة[4]؛ لأنّه لا يمكن أنْ تروي حديثًا بوجوب الوليّ ثمّ لا تعمل به، وهذا دليلٌ على ضعف الحديث الذي روته في بطلان العقد دون وليّ. وحتّى وإنْ ثبت الحديث فإنّه يُحمل على تزويج الأَمَةِ[5]، ذلك أنّه ورد في بعض الرّوايات «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا»، أو تُحْمَل على المرأة الصغيرة أو على المجنونة، أو على أنّ المستحبّ ألاّ تعقد المرأة الزّواج بل وليّها[6].

5- الاستدلال بالأثرين الواردين بخصوص زواج أُمامة وزواج أم سليم رضي الله عنهما :

هناك عدّة آثار أخرى وردت عن غير مَنْ قدّمنا بخصوص صحّة عقد المرأة، منها ما روي من: أَنَّ أُمَامَةَ بِنْتَ أَبِي العَاصِ: «خَطَبَهَا مُعَاوِيَةُ بَعْدَ قَتْلِ عَلِيٍّ رضي الله عنه وَكَانَتْ تَحْتَ عَلِيٍّ، فَدَعَتْ بِالْمُغِيرَةِ بْنِ نَوْفَلِ بْنِ الحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَجَعَلَتْ أَمْرَهَا إِلَيْهِ فَأَنْكَحَهَا نَفْسَهُ،

= ص8، حديث رقم 4255؛ ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني– مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا،1391هـ– 1971م، ج7، ص595، حديث رقم 5754. قال عبد القادر الأرنؤوط: «إسناده صحيح»؛ زكريا بن غلام قادر، المرجع السابق، ج3، ص991–992. وقال: «صحيح».

(1) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص379–380.

(2) – الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص8.

(3) – سبق تخريجه في الصفحة 77.

(4) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249.

(5) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249.

(6) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12.

فَغَضِبَ مَرْوَانُ، وَكَتَبَ ذَلِكَ إِلَى مُعَاوِيَةَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ مُعَاوِيَةُ: دَعْهُ وَإِيَّاهَا»[1].

كذلك رواية أنسﷺ: «أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ خَطَبَ أُمَّ سُلَيْمٍ فَقَالَتْ: يَا أَبَا طَلْحَةَ أَلَسْتَ تَعْلَمُ أَنَّ إِلَهَكَ الَّذِي تَعْبُدُ خَشَبَةٌ تَنْبُتُ مِنَ الأَرْضِ نَجَرَهَا حَبَشِيُّ بَنِي فُلاَنٍ إِنْ أَنْتَ أَسْلَمْتَ لَمْ أُرِدْ مِنْكَ مِنَ الصَّدَاقِ غَيْرَهُ قَالَ: حتّى أَنْظُرَ فِي أَمْرِي. قَالَ: فَذَهَبَ ثمّ جَاءَ فَقَالَ: أَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاّ اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ. قَالَتْ: يَا أَنَسُ، زَوِّجْ أَبَا طَلْحَةَ»[2].

وهذا الأثر واضح الدّلالة على أنّ أبا طلحة ﷺ قد تزوّج أم سليم ﷺ مِنْ دون وليّ؛ لأن أنس ابنها كان دون العاشرة، فكانت أمّه هي مَنْ باشرت العقد[3].

د- **الأدلة مِنَ المعقول**:

يجوز للمرأة الحرّة المكلّفة أنْ تباشر عقد زواجها بنفسها، ويكون نافذًا؛ لأنّ هذا تصرّف في خالص حقّها، فهي مِنْ أهله كونها بالغة عاقلة، مثلها مثل الرّجل؛ فكما يصحّ تصرّفها في مالها يصحّ تصرّفها في نفسها، ولا يُطلَب الوليّ إلاّ كي لا تُنْسَبَ المرأة إلى

(1) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص455. وابن حزم قال: روينا، ولم يذكر السند؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص201، رقم 10500؛ الطبراني، المعجم الكبير، ج22، ص443–444، رقم 1083؛ ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1412هـ– 1992م، ج4، ص1789–1790؛ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، المطبعة الشرفية، القاهرة، مصر، 1327هـ– 1909م، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مج4، ج8، ص14– 15؛ علي بن أبي بكر الهيثمي، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: عبد الله محمود الدرويش، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1414هـ– 1994م، ج9، ص412، رقم 15393. وقال: «رواه الطّبرانيّ بإسناد مُنقطع، وفيه محمّد بن الحسن بن زُبَالَةَ، وهو ضعيف»، وقال المحقق: «وابن زُبَالَةَ كذّاب»؛ زكريا بن غلام قادر، المرجع السابق، ج3، ص993– 994. وقال: «حسن».

(2) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص132؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص214، رقم 2794. وقال: «صحيح الإسناد على شرط مسلم»؛ عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، دار الفاروق الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ– 2008م، ج6، ص301، رقم 17935. قال أسامة بن إبراهيم: «إسناده مرسل»؛ عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف ومعه تنقيح التحقيق للذهبي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، حلب، سوريا– مكتبة ابن عبد البر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ– 1998م، ج8، ص323– 324، رقم 1972.

(3) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص386.

الوقاحة[1].

والمراد بخالص حقّها، ما كان مِنَ الموضوعات الأصليّة التي تترتّب على عقد الزّواج، مِنْ تمليك منافع البُضع، ووجوب المهر، والنّفقة والكسوة والسّكنى وغيرها، فكلّ هذه الأمور هي مِنْ خالص حقّها، وما لحوق العار بأهلها إلاّ أمرًا عارضًا[2].

فالولاية إنّما تثبت على المرأة الصّغيرة بطريق النّيابة؛ لأن الزّواج فيه مصلحة دينيّة ودنيويّة، وهي عاجزة عن تحصيل ذلك بنفسها فيكون ذلك للوليّ، وبالبلوغ والعقل يكون العجز قد زال حقيقة، فتكون المرأة قادرة على التّصرّف في نفسها، وتزول ولاية الغير عنها وتثبت ولايتها على نفسها؛ وهذا راجع إلى أنّ الولاية لا تثبت إلاّ لضرورة النّظر، فتزول بزوال هذه الضّرورة. والقول بنقص عقل المرأة هنا غير ذي أثر؛ لأن هذا النّوع مِنَ النّقص لا يمنع مِنَ العلم بمصالح الزّواج، فلا يسلب أهليّة الزّواج كما لم يسلب أهليّة المعاملات والعبادات الأخرى[3].

وممّا يدلّ على ذلك، أنّ للمرأة البالغة العاقلة أنْ تطالب وليّها بالزّواج، ويُجْبَرُ هو على الإيفاء به وإلاّ كان عاضلاً، بخلاف الصّغيرة التي له عدم الإيفاء به. وأنّ لها اختيار الأزواج باتّفاق، ولو كان لنقصان عقلها اعتبارٌ لما كان لها حقّ الاختيار[4].

كذلك إقرارها بالزّواج يعتبر صحيحًا، ورضاها معتبرٌ في الزّواج إذا زوّجها الوليّ، بينما لو كانت بمنزلة الصّغيرة لما كان إقرارها صحيحًا ولما اعتبر رضاها[5].

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص158؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص32؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص247–248؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج4، ص583؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص154.

(2) – بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص577– 578؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص247–248.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242 و 248–249.

(4) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249.

(5) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص12؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249؛ المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص32.

ويجوز لها التّصرّف في مهرها كونه بدلاً ممّا هو مملوك لها، إمّا باستيفائه أو بالإبراء منه أو بإسقاطه ابتداءً، باعتباره حقًّا خالصًا لها، وليس لوليّها الاعتراض في قول أبي يوسف ومحمد[1]؛ فالزّواج مِنْ عقود المعاوضة مثل البيع والإيجار، ويكون مقابلَ المهرِ البضعُ، فلمّا جاز لها التّصرف في المهر جاز لها التّصرف في العقد[2].

يضاف إلى ذلك أنّ المرأة الآن أضحت تحتلّ جميع مراكز القرار في الدّولة، على المستوى التّشريعي والتّنفيذي والقضائي، ولم يكن في ذلك ولاية لأحد عليها، ومِنْ باب التناقض أنْ تكون مُشارِكَةً في وضع سياسة البلاد ككلٍّ، في حين لا يكون لها الحقّ في إبرام عقدٍ يتعلّق بحياتها الخاصّة[3]. كما أننا لسنا أكثر إسلامًا مِنْ بعض الدّول العربيّة والإسلاميّة التي تركت الحرِّيّة للمرأة الرّاشدة في الزّواج، على غرار تونس والمغرب[4].

هذا دون أنْ ننسى أنّ الكثير مِنَ الأولياء يسيئون استعمال ولايتهم ويجبرون النّساء على الزّواج بمن لا يرغبن فيه؛ ممّا ينعكس سلبًا على العلاقة الزّوجية ويعرّضها للفشل[5].

الفرع الثاني

مناقشة الأدلة

ردّ جمهور الفقهاء على الأدلّة التي ذكرها الحنفيّة ومَنْ وافقهم لتأييد رأيهم في صحّة

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص13– 14؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص290

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص287–288؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص137؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص527؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص39 و ص149.

(3) – سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص131.

وهو ما نادى به فريق من لجنة إعادة دراسة قانون الأسرة الجزائريّ.

انظر في ذلك: عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص84.

(4) – عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص100.

(5) – سعاد الأخريسي، المرجع السابق، ص131– 132.

تشير الإحصائيات في المغرب إلى أن في فئة المطلقات، نسبة فشل الزّواج تصل إلى 71.3٪ في حال اختيار الأبوين للزوج، وإلى نسبة 13٪ في حالة اختيار الأقارب.

ولاية المرأة الزّواج، وأنّها ليست محصورة في الذّكور؛ بتأويلات مغايرة لنصوص القرآن، وتفسيرات أخرى لنصوص الحديث ثابتة الصّحة، وبالطّعن في ما لم يروه صحيحًا منها ومِنَ الآثار، وبتوهين استدلالهم بالقياس والمعقول، وهذا وفق التّفصيل الآتي:

أولا: مناقشة الأدلة القرآنية

أ- **مناقشة الدليل الأول:**

يردّ على الاستدلال بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ...﴿٢٣٠﴾﴾، بأنّ المُراد بالإنكاح فيها هو ما يعقده الوليّ للمرأة، وليس ما تباشره هي بنفسها[1]، وما أضيف إليها إلاّ لأنّها محلٌّ للعقد أو أنّ رضاها سببٌ فيه[2].

كما أنّ إسناد النّكاح، الذي هو الوطء وفق مذهب الحنفيّة، إلى المرأة لا بدّ أنّ يكون مِنْ باب المجاز؛ لأنها ليست واطئة بل موطوءة، وكذلك عند الجمهور الذين يرون أنّ النّكاح هو حقيقةٌ في العقد مجازٌ في الوطء، وجب أنْ يكون الإسناد في هذه الآية مجازيًّا، وصَرْفُ المعنى إلى إحدى المجازين لا بدّ له مِنْ دليل يصرفه إلى ذلك، وقد جاء في سنّة النّبيّ ﷺ مِنَ الأحاديث ما يدلّ على ذلك مِنْ نهي المرأة مِنْ أنْ تتولّى إبرام عقد الزّواج[3].

فالمقصود بالنّكاح هنا هو الوطء وليس العقد، وهذا ما دلّت عليه السّنّة النّبويّة عن عائشة رضي الله عنها: أَنَّ امْرَأَةَ رِفَاعَةَ القُرَظِيِّ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبَتَّ طَلاَقِي، وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ القُرَظِيَّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الهُدْبَةِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لاَ، حتّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ»[4].

---

(1) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص331.

(2) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص209؛ محمد بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص163؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص470.

(3) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص209.

(4) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص42، وص142؛ مسلم، الصحيح، ج4، ص154.

وهذا المعنى محلّ اتفاقٍ بين العلماء، إلاّ ما روي عن سعيد بن المسيّب وسعيد بن جبير، مِنْ أنّه إذا عقد الرّجل الثّاني على المرأة وفارقها حلّت للأول سواء دخل بها أم لا[1]، وقد استبعد ابن كثير ما رُوِيَ عن ابن المسيّب؛ لأنّه كان يروي خلاف ذلك[2].

وممّا ينقض استدلال الحنفيّة ومَنْ معهم، قول ابن العربي: إنّه لو استدلّ ابن المسيّب على نفي شرط الوليّ بهذه الآية لجاز ذلك؛ لأنّه يرى في النّكاح هنا معنى العقد، أمّا استدلال الحنفيّة فليس بصحيح؛ لأنهم أنفسكم يقولون بأنّ معنى النّكاح هنا هو الوطء، وحتّى لو قلنا إنّ للنّكاح في القرآن معنيين، فإنّ السّنّة قد أثبتت المراد منهما، والعدول عن هذا المعنى هو مِنْ قبيل الجهل بالدّليل أو خروجٌ وعنادٌ في التّأويل[3].

ب- مناقشة الدليل الثاني:

ردّ الجمهور على الاستدلال بقوله تعالى: ﴿... وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ...﴿٥٠﴾﴾، بأنّه ليس في الآية ما يشير إلى نفي شرط الوليّ في عقد الزّواج، فكل ما في الأمر أنّ الآية أوردت هبة المرأة نفسها للنّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿...خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۖ...﴾، وهذه العبارة تدلّ على:

❖ أنّ الواهبةَ نَفْسِهَا خالصةٌ للنّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ دون مهر أو وليّ كما قال قتادة، بل

(1) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص156؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص267– 268؛ الماوردي، النكت والعيون، ج1، ص296؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص112؛ عمر بن علي بن عادل، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ– 1998م، ج4، ص146؛ علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي المعروف بالخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل وبهامشه تفسير النسفي، دار الكتب العربيّة الكبرى، مصر، د.ت، ج1، ص171.

(2) – إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1420هـ– 1999م، ج1، ص622.

(3) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص268.

وقد فرقت العرب بين العقد والوطء تفريقا لطيفا مفاده أنّه إذا قيل: «نَكَحَ فُلاَنٌ فُلاَنَةً، أَوْ اِبْنَةَ فُلاَنٍ»، انصرف ذلك إلى العقد عليها، وإذا قالوا : «نَكَحَ اِمْرَأَتَهُ، أَوْ زَوْجَتَهُ»، انصرف ذلك إلى المجامعة؛ وهذا يقتضي أنّ النّكاح هنا غير الزّوجية، فيدلّ لفظ «تَنْكِحَ» على الوطء، ولفظ «زَوْجًا» على العقد.

انظر في ذلك: الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص59 و ص112– 113؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج4، ص50؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص137.

وحتّى مِنْ دون شهود، فهذا مِنْ خصائصه في الزّواج، مثل عدد الزّوجات[1]. أمّا غيره مِنَ الرّجال فلا بدّ للمرأة مِنْ وليّ ومهر، وليس لها أنْ تتزوّج بلفظ الهبة، وهذا المشهور مِنْ قول المالكيّة[2]، والشّافعيّة[3]، والحنابلة[4]، والظّاهريّة[5].

- ❖ أنّ هذه المرأة خالصةٌ للنّبيّ ﷺ بلفظ الهبة، وهِبَةُ نفسها غير كافية لِحِلّها للنّبيّ، بل لا بدّ مِنْ أنْ يقبل بذلك رفعًا للحرج عنه[6]، وعليه يكون الخلوص المخصوص ليس لفظ الهبة بل خلوّ الزّواج مِنَ الصّداق، وعليه فالنّكاح حكمٌ مستأنَفٌ ولا يرتبط بلفظ الهبة إلاّ في المقصود منها وهو سقوط المهر الذي يعدّ حقًّا خالصًا للمرأة[7].

وإذا كان الأمر على هذا النّحو، فإنّ لفظ الهبة قاصرٌ عن إتمام عقد الزّواج، إذْ يشترط بعد هذا اللّفظِ الوليُّ لإتمامه[8].

---

(1) – انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج6، ص445؛ أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، الكشف والبيان، تحقيق: أبو محمد بن عاشور، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ- 2002م، ج8، ص53؛ الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ- 2002م، ص1047؛ الماوردي، النكت والعيون، ج4، ص415؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج15، ص570؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج17، ص185؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص597 –599.

(2) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص68؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ص249؛ الخرشي، شرح الخرشي، ج3، ص163؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص394؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص16.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، الكبير، ج9، ص15؛ النووي، المجموع، ج17، ص308–310؛ روضة الطالبين، ج5، ص353–354؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص190؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص178.

(4) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص460–461؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص195؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص34؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص39.

(5) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص464–465.

(6) – كان العرب في الجاهلية إذا وهبت امرأة نفسها إلى رجل وجب عليه الزّواج بها وليس له ردّها؛ لأن ردّها عند الأكارم هجنة ووصمة على الواهب وأذيّة لقلبه، فأبطل الله تعالى ذلك وجعل لنبيه الخيار، وبيّن للمرأة بأن الردّ مأذون به.

انظر في ذلك: ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص596– 597؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج17، ص184–185؛ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج22، ص69.

(7) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص600–601.

(8) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص595.

ج- مناقشة الدليل الثالث:

ردّ جمهور الفقهاء على استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿... **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ...﴿٢٣٢﴾﴾، على صحّة عقد المرأة، بأنّ المراد بنكاح النّساء هنا هو ما يعقده لهنّ أوليّاؤهنّ، وهو ما دلّ عليه سبب نزول هذه الآية في حديث معقل بن يسار حين عضل أخته. أمّا إضافة العقد إليهنّ فكما يضاف الفعل إلى المباشر قد يضاف إلى المتسبّب، ولو أنّ هذا مجازٌ إلاّ أنّه لا بدّ مِنَ الرّكون إليه لدلالة الأحاديث النّبويّة على بطلان الزّواج دون وليّ؛ فالمرأة هنا ليست مباشرة للعقد بل متسبّبّة فيه باشتراط رضاها وكونها محلاً له[1].

كذلك، المرأة البالغة العاقلة لا تزوّج غالبًا إلاّ بإذنها ورضاها؛ فإنْ كانت ثيّبًا فلا تزوّج إلاّ بإذنها اتّفاقًا، إلاّ في قول شاذٍّ للحسن البصري[2]. وإنْ كانت بكرًا فلا جبر عليها إلاّ مِنْ أبيها أو جدّها على خلاف، وحتّى لو قلنا بجبرها فهي حالة مستثناة. كما لا خلاف في استحباب استئذان البكر في زواجها، ولهذه الأسباب كانت إضافة النّكاح إليهن في هذه الآية وما يشابهها مِنَ الآيات، ولعلّ ما يؤيّد ذلك قول الفقهاء: إنّ النّساء هنّ المتسبّبات في الزّواج لتوقّفه غالبًا على رضاهنّ، لاسيما وأنّ هذه الآية قد نزلت في امرأة ثيّب[3].

بل إنّ الكاساني – وهو مِنَ الحنفيّة – قال بأنّ الخطاب هنا موجّه إلى الأولياء وما ذلك إلاّ وفاقًا لما هو عليه العُرف والعادة بين النّاس[4]. ونتساءل هنا أليس العرف مِنْ مصادر التّشريع، وأنّ الأخذ به أولى مِنْ طرحه جانبًا، لا سيما و أنّه مؤيّد بنصوص شرعيّة وقانونيّة، وأنّ إعماله يؤدّي إلى مصلحة عامّة تشمل المرأة ووليّها والمجتمع ككلّ؟

---

(1) – الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص122؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج4، ص164؛ الحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري، غرائب القرآن ورغائب الفرقان بهامش تفسير الطبري، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1323هـ، ج2، ص369؛ محمد بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص157.

(2) – ابن عبد البر، التمهيد، ج19، ص318، ابن قدامة، المغني، ج9، ص406، ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج2، ص6.

(3)– محمد بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص158.

(4)– الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248.

د- **مناقشة الدليل الرابع:**

قال الفقهاء بأن الاستدلال بقول الله تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ...﴿٢٣٤﴾﴾، مردود بما يأتي:

- أنّ الخطاب هنا موجّه للأولياء وإلاّ لما ذكر عبارة «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ»[1]، وأنّ المراد بالفعل ليس العقد بل اختيار الأزواج وتقدير الصّداق[2].

غير أنّ الجصّاص أجاب عن القول باختيار الأزواج بأنّ مَنْ قال إنّ المقصود بالفعل هو اختيار المرأة للزّوج، ولا يجوز العقد عليها إلاّ بإذنها فقد أخطأ؛ لأنّ اللّفظ القرآني جاء عامّا ولم يخصّص به الاختيار؛ ولأنّ الاختيار لا يتحقّق معه الفعل في النّفس بل يتحقّق ذلك بالعقد، إضافة إلى أنّ القول باختيار الأزواج مع العقد مذكور في الآية السّابقة «إِذَا تَرَٰضَوْا بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ »[3].

- أنّ الفعل بالمعروف يقتضي أنْ يكون وفق ما جرى عليه العرف مِنْ المعروف الحسن، وتزويج المرأة نفسها ليس مِنَ المعروف الحسن[4]. كيف لا والحنفيّة أنفسهم يرون بأنّ تزويج المرأة لنفسها هو خلاف المستحبّ؛ لأنّه يُشْعِر بوقاحتها.

- أنّ سياق الآية يفيد غير ما قال به الحنفيّة؛ لأنّ الآية تتكلّم عن المعتدّة عدّة وفاة والتي تكون فيها المرأة ممنوعة مِنَ الزّينة والتّطيّب والتّعرّض للخطاب، والتّزوّج، فإذا انقضت العدّة رُفِع عنها ذلك[5]. وهذا ما يحمل عليه معنى فعلها في نفسها وليس عقدها لزواجها[6].

---

(1) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص284؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص139.

(2) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص284.

(3) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص101.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص42– 43.

(5) – الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص139؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج7، ص100.

(6) – انظر في هذا المعنى: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص161– 162.

ثانيا: مناقشة الأدلة السنية

أ- **مناقشة حديث: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ...»:**

المقصود بأنْ ليس للوليّ مع الثّيِّب أمر إنْ لم ترضَ؛ لأنّ رضاها معتبر، أمّا العقد فيكون للوليّ[1]؛ فالأمر هو الإلزام والإجبار، ويجب على المأمور امتثاله، بمعنى أنّه لو قال بأنّ للوليّ معها أمرٌ لكان له أنْ يجبرها على الزّواج ويلزمها به، ونفي الأمر يؤدّي إلى القول بأنّه ليس للوليّ إجبار الثّيّب أو إلزامها[2]، وقد سبق القول بأنّ العلماء مجمعون على أنّ الثّيِّب لا يجبرها أحد على الزّواج.

كما أنّ هذا الحديث فيه مقال؛ حيث إنّ الرّاوي قد أخطأ في متنه وإسناده كما ذكر الدّارقطني والذّهبي وغيرهما[3]. إضافة إلى قصور الاستدلال به على تزويج الثّيِّب والبكر لنفسيهما على السّواء؛ لأنّه ينفي الأمر على الثّيِّب دون البكر، والحنفيّة يجعلون لكلتيهما حقّ تزويج نفسيهما وهذا غير وارد في الحديث[4]. والحديث الصّحيح هو بلفظ «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا»[5]، المفسّر لحديث الأيّم، فيكون المراد به الإذن.

---

(1) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص328؛ العظيم آبادي، عون المعبود، ج6، ص127.

(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص44؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص114.

(3) – انظر في ذلك: الدارقطني، السنن، ج4، ص347؛ المناوي، فيض القدير، ج5، ص379؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص310– 311؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118– 119.

(4) – انظر في ذلك: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص176.

(5) – رواه مسلم، الصحيح، ج4، ص141؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج1، ص444، حديث رقم 1897. قال أحمد محمد شاكر: «إسناده صحيح»؛ أبو داود، السنن، ص363– 364، حديث رقم 2099. قال أبو داود: «"أبوها" ليس بمحفوظ»، وقال الألباني: «صحيح» بلفظ تستأمر دون ذكر «أبوها»؛ النسائي، السنن، ص506، حديث رقم 3264. قال الألباني: «صحيح، لكن قوله أبوها غير محفوظ»؛ الطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج14، ص433؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص349، حديث رقم 3582؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص115.
لكنه ورد الحديث في صحيح مسلم أيضا وفيه لفظ «أبوها»، جاء فيه: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»، وَرُبَّمَا قَالَ: «وَصَمْتُهَا إِقْرَارُهَا». مسلم، الصحيح، ج4، ص141.

ب- مناقشة حديث: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا...»:

المراد بلفظ الأيّم هو المرأة الثّيِّب؛ لأنّه جاء في مقابلة لفظ البكر، وقد جاء الحديث في روايات مفسِّرة بلفظ «الثّيِّب أحقّ بنفسها»[1]. ويفهم مِنْ هذا الحديث أنّ للوليّ حقّ مع الثّيِّب إلاّ أنّ حقّها أقوى مِنْ حقّه؛ لأنّه لا يزوّجها إلاّ بأمرها، ويكون إذنها بالنّطق، في حين أنّ حقّه في البكر أقوى مِنْ حقّها؛ لأنّه يزوّجها دون أمرها ويستحبّ له استئذانها، وأنّ إذنها يكون بالصّمت، ممّا يعني المخالفة بين البكر والثّيِّب في هذا، وإلاّ لم يكن لتخصيص الأيّم معنًى[2]. ودليل ذلك أنّ كلمة **«أحقّ»** في اللّغة للاشتراك في المُسْتَحَقِّ إذا كان حقّ أحدهما يغلب على حق الآخر، كأن يُقال فلان أفضل مِنْ فلان أو أعلم منه، ولهذا كانت الجهة الغالبة مِنْ إذن واختيار للمرأة، والجهة الأخرى للوليّ في مباشرة العقد[3].

وقد أجمع الفقهاء، بمن فيهم الحنفيّة، على أنّ الوليّ أولى مِنَ المرأة بإبرام عقد الزّواج، لذا كان حمل الحديث على ما أجمع عليه العلماء أولى مِنْ حمله على ظاهره[4]. ومِنْ ثمّ فالمراد هنا هو الإذن وليس العقد، ودليل ذلك أنّ النّبيّ ﷺ ردّ زواج خنساء بنت خدام وكانت ثيّبًا بعد أنْ زوّجها أبوها دون إذنها[5].

يضاف إلى ذلك أنّ الحديث أخبر بأنّه وليّها، ولا فائدة في ولايته إنْ لم يكن هو مَنْ يتولّى العقد عليها برضاها، وإنْ قلنا إنّ لها أنْ تعقد على نفسها، ترتّب عليه أنّ المتحدَّثَ عنه ليس وليًّا[6].

---

(1) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص21– 22؛ التمهيد، ج19، ص77؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص299؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص43.

(2) – الشافعي، الأم، ج6، ص47 وص428– 429؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص23؛ التمهيد، ج19، ص78؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص292 و 299؛ العظيم آبادي، عون المعبود، ج6، ص101؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص333.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص43.

(4) – محمد رأفت عثمان، ص211.

(5) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص44؛ الألباني، التعليقات الرضية، ص156.

(6) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص49.

أمّا القول بأنّ العلة الوحيدة هي صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرّجال فغير سليم، بل هناك عدّة علل؛ منها أنّ مكارم الأخلاق الإسلامية تنأى بالمرأة عن القيام بعقد الزّواج بنفسها، زيادة على أنّ المرأة لنقصان عقلها وشدّة عاطفتها ورغبتها في الزّواج، وسهولة انخداعها بالرّجال؛ تتسرّع في قبول الزّواج ممّن يتقدّم إليها دون تمحيص وتدقيق؛ ممّا يضرّ بها وأوليّائها وأسرتها. وحتّى لو سلّمنا بأنّها العلّة الوحيدة، فإنّ مقتضى الصّيانة يتنافى مع القول بإعطائها الخيار بين عقد زواجها بنفسها وبين توكيلها لغيرها مِنَ الرّجال ليعقد لها[1].

ج- مناقشة حديث تزويج عمر لأمه أم سَلَمَة رضي الله عنها :

أوّلُ ما رُدَّ به على الاستدلال بهذا الحديث هو الطّعن فيه؛ فقيل بأنّه ضعيف بسبب جهالة ابن عمر بن أبي سلمة[2]. وحتّى لو سُلّم بصحّته فهو محمول على أنّ قول أم سلمة رضي الله عنها : «قم فَزَوِّجْ أُمَّكَ» معناه ائْتِنِي بمن يُزَوِّجُ أُمَّك، فأمرته أمّه بإحضار مَنْ يتولّى الزّواج؛ لأنّه كان صغير السّن، فلا يكون وليًّا[3]، أو يُحمل على أنّ هذا مِنْ خصائصه صلى الله عليه وسلم ، فلا يحتاج إلى وليّ، وما أمْرُ ابنها بتزويجها إلاّ مِنْ باب تطييب خاطره لا تصحيحًا للعقد[4]، أو أنّ عُمر المقصود هو عمر بن الخطّاب رضي الله عنه؛ لأنّه مِنْ عصبتها وهو

---

(1) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص212. نقلا عن: مصطفى مجاهد عبد الرحمن، بحوث في الفقه المقارن، ص102.

(2) – محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ- 1995م، ج7، ص454؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص457؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص220.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص95- 96.

وقيل بأن ابنها عمر كان مميّزًا فكان هو وليّها، وقيل أيضا بأن ابنها سلمة هو من زوّجها فقد كان أكبر من أخيه عمر. انظر في ذلك: محمد بن قيم الجوزية، جلاء الأفهام في فضل الصلاة على محمد خير الأنام، تخريج وتعليق: شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، مكتبة المؤيد، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1413هـ- 1992م، ص196- 197.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص95- 96؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ج7، ص248؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص204؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص144.

مَنْ كان وسيطًا بينهما، فوهم الرّاوي بأنّه عمر ابنها[1].

د- مناقشة حديث المرأة التي جاءت لتهَبَ نَفسها للنبي ﷺ:

يردّ على الاستدلال بهذا الحديث بأنّ المرأة تزوّجت بوليّ وليس دونه، وهو النّبيّ ﷺ، ومعلوم أنّه وليّ لكلّ مؤمن ومؤمنة لقوله تعالى: ﴿...ٱلنَّبِيُّ أَوۡلَىٰ بِٱلۡمُؤۡمِنِينَ مِنۡ أَنفُسِهِمۡۖ ...٦﴾[2]. فليست هناك حاجة ليسأل المرأة هل كان لها وليّ أم لا، زيادة على أنّ الحنفيّة ومَنْ تبعهم يقولون بأنّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها دون وليّ، فلا يصلح هذا الحديث لاستدلالهم على ذلك، فإنْ قيل بأن معنى الآية يقتصر على ما يلزم مِنَ الاتّباع والطّاعة وليس على النّفس والمال[3]، قيل له ومَنْ أخبرك بأنّ هذه المرأة كان لها وليّ مِنْ أقاربها؟ فلعلّه لم يكن لها وليّ[4]، فيكون النّبيّ قد زوَّجها بالولاية العامّة برضاها مِنْ كفءٍ؛ لأن السّلطان وليّ مَنْ لا وليّ له.

هذا وأنّ الصّحابي الذي أراد الزّواج بهذه المرأة لم يخطبها إلى نفسها بل خطبها مِنْ رسول اللّه؛ ممّا يدلّ على أنّ المتعارف عليه عند الصّحابة هو أنّ الزّواج يكون بوليّ، وأنّه ليس للمرأة أنْ تزوّج نفسها[5].

هـ ـ مناقشة حديث المرأة التي زوجها أبوها وهي كارهة:

ردّ على الاستدلال بهذا الحديث مِنْ عدّة وجوه أهمّها:

---

(1) – ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ج7، ص248؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص232؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص144؛ ابن القيم، جلاء الأفهام، ص197.

(2) – من الآية 7 من سورة الأحزاب.

(3) – هذا رد الجصاص على الآية التي ذكرت فيها الهبة. انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص102.

(4) – انظر في ذلك: ابن حزم، المحلى، ج9، ص458؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص118؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن الحلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ، ج12، ص234.

(5) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص209.

- أنّ الحديث مرسلٌ؛ لأن ابن بريدة لم يسمع مِنْ عائشة رضي الله عنها، كما ذكر الدّارقطني والبيهقي[1].

وقد أجاب ابن الهُمام[2] وابن التُّرْكُماني[3] على هذا، بأنّ الحديث المرسل حجة عندهم، وحتّى لو سلّموا بعدم حجيته، فإنّه قد ورد في سنن ابن ماجه والنّسائي بسند موصول، كما أنّ ابن بريدة يمكن أنْ يكون قد سمع مِنْ عائشة؛ لأنّه عاصرها، ومِنْ ثمّ يحمل الحديث على الاتّصال، وقال الشّوكاني بأنّ إسناد رجاله رجال الصّحيح[4].

ورُدَّ على ذلك بأنّه حتّى ولو سلّم بصحّة الحديث، فإنّه محمول على أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم أعطى لها الخيار؛ لأنّ أباها زوّجها مِنْ غير كفءٍ، لقول المرأة «لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ»[5].

وتعقّب ابن التّركماني هذا القول بأنّه إذا ورد الحكم مع سببه فالظّاهر أنّه يتعلّق به، والحكم هو التّخيير، والسّبب هو الكراهة، أمّا حمله على غير ظاهره، أي على أنّ الزّوج غير كفءٍ، فيحتاج إلى دليل[6]. وأضاف ابن الهمام؛ كيف يقال بعدم كفاءة الزّوج وهو ابن عمّها، ومعلوم أنّ الكفاءة عند العرب هي في النّسب[7].

---

(1) – الدارقطني، السنن، ج4، ص336؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص48–49؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص305– 306.

(2) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص255.

(3) – ابن التركماني، الجوهر النقي (مع سنن البيهقي)، ج7، ص118.

(4) – الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص98. وبهذا قال حمزة أحمد الزين في تحقيقه لمسند الإمام أحمد، ج17، ص496.

غير أن محقق كتاب نيل الأوطار، محمد صبحي الحلاق، قال بأن الحديث ضعيف شاذ (ج12، ص97)، وبهذا قال الألباني في تعليقه على سنن ابن ماجه والنسائي كما أشرنا سابقا في الهامش.

وللحديث ما يؤيده في صحيح البخاري وغيره، «فعن خَنْسَاءَ بِنْتِ خِذَامٍ الأَنْصَارِيَّةِ، أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «فَرَدَّ نِكَاحَهُ»»، وقد سبق تخريج الحديث في الصفحة 168 هامش رقم 2.

(5) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص49؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص305؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص380.

(6) – ابن التركماني، الجوهر النقي، ج7، ص118.

(7) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص255.

ونرى أنّ كلام ابن الهمام غير سليم مِنْ وجهين: الأوّل أنّ الزّوج كان ابن عمها مِنَ الأم كما ذكر ابن الجوزيّ[1]، فليس كابن العمّ الشّقيق أو لأب، والوجه الثّاني، أنّ اتحاد النّسب لا يعني بالضّرورة الكفاءة، لاسيما أنّ النّبيّ ﷺ قال: «إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَزَوِّجُوهُ...»[2]. فمن قال إنّه كان على خُلُقٍ ودين؟ فلعلّه لم يكن كذلك، أو أنّها أرادت أنْ تستفسر مِنْ رسول الله عن حكم كراهة المرأة للزّواج مع مَنْ هو أدنى منها خُلُقًا ودِينًا.

- أنّ المراد بهذا الحديث هو نفي تزويج النّساء كرهًا؛ لأنّه ذكر التّزويج مع الكراهة[3]، وهذا جمعًا بينه وبين الأحاديث التي تشترط الولاية؛ حيث إنّ المرأة جاءت تشتكي إلى رسول الله ﷺ لتعلم هل لها رأيٌ في زواجها أم ليس لها رأي، وما يؤيّد ذلك أنّ بعض الرّوايات جاءت بلفظ «أَلِلنِّسَاءِ مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ أَمْ لاَ؟»[4]. بمعنى هل ينفذ عقد أوليّائهنّ فيهنّ دون أمرهنّ أم لا ينفذ؟

ثالثا: مناقشة الآثار المروية

أ- مناقشة الأثر المروي عن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه:

إسناد النّكاح إلى حفصة رضي الله عنها لا يقتضي أنّها تعقده بنفسها، والأقرب والأولى حمله على أنّها تمهّد للزّواج فتهيّء له أسبابه مِنْ اختيار الأزواج وتحديد المهر، ودليل ذلك أنّه ورد في الأثر: «إِذَا أَرَادَتْ أَنْ تُزَوِّجَ امْرَأَةً أَمَرَتْ أَخَاهَا عَبْدَ اللَّهِ فَزَوَّجَ»، وهذا دليل على

(1) - ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص306.

(2) - ابن ماجه، السنن، ص340- 341، حديث رقم 1967. قال الألباني: «حسن»؛ الترمذي، السنن، ص255، حديث رقم 1084- 1085. قال في الأول: «مرسل»، وفي الثاني: «حسن غريب». وقال الألباني في الأول: «حسن صحيح»، وفي الثاني: «حسن بما قبله»؛ الطبراني، المعجم الأوسط، ج1، ص141- 142، ج7، ص131، حديث رقم 7074؛ المعجم الكبير، ج22، ص299- 300، حديث رقم 762.

(3) - انظر في ذلك: الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص335.

(4) - وجاءت روايات بلفظ: «هَلْ لِلنِّسَاءِ مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ؟» أو «أَلَهُنَّ فِي أَنْفُسِهِنَّ أَمْرٌ أَمْ لاَ؟».
انظر في هذه الروايات: ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص21؛ الدارقطني، ج4، ص334- 336؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص118؛ السنن الصغير، ج3، ص27؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص48.

أنّ عرف الصّحابة هو عدم عقد النّساء للزّواج[1]. كما أنّه نُقِلَ عن عمر خلاف هذا الأثر[2]؛ فعن عِكْرِمَةُ بْنُ خَالِدٍ قَالَ: «جَمَعَتِ الطَّرِيقُ رُفْقَةً فِيهِمُ امْرَأَةٌ ثَيِّبٌ، فَوَلَّتْ رَجُلاً مِنْهُمْ أَمْرَهَا فَزَوَّجَهَا رَجُلاً، فَجَلَدَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رضي الله عنه النَّاكِحَ وَالمُنْكِحَ، وَرَدَّ نِكَاحَهَا»[3]، وعن نافع قال: «وَلَّى عُمَرُ ابْنَتَهُ حَفْصَةَ مَالَهُ وَبَنَاتَهُ نِكَاحَهُنَّ، فَكَانَتْ حَفْصَةُ إِذَا أَرَادَتْ أَنْ تُزَوِّجَ امْرَأَةً أَمَرَتْ أَخَاهَا عَبْدَ اللَّهِ فَزَوَّجَ»[4].

ب- مناقشة الأثر المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

هذا الأثر روي بصيغ مختلفة، فمرّة أنّ امرأة، وهي «بحرية» أو «بحيرة» بنت هانئ، أو «سلمة»؛ زوّجت نفسها مِنَ القعقاع بن شَوْر، ومرّة أنّ أباها زوّجها نصرانيًّا وهي زوّجت نفسها مِنَ القعقاع، وفي ثالثة أنّ أمّها زوّجتها وأبوها غائب، وفي رابعة أنّه زوّجها خالها، وفي خامسة أنّها زوّجتها أمّها وخالها، وفي سادسة أنّها زوّجتها أمّها وأهلها[5]!

كما أنّ بحرية هذه مجهولة، والحديث مداره على أبي قيس الأودي وهو مُخْتَلَفٌ فِي

---

(1) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص210.
وسنذكره عند مناقشة حديث «أَيُّمَا اِمْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...».

(2) – فقد نقل عن عمر رضي الله عنه أنّه قال ببطلان عقد المرأة التي لم يزوّجها الولي، وأنه ردّ نكاح امرأة تزوّجت من دون وليّ، بل إنّه جلد الزَّوجَ والرجل الذي تولّى عقد الزّواج وهو غير وليّ. وقد أرجأنا ذكر هذه الآثار لنوردها عند استدلال الجمهور على عدم صحّة مباشرة المرأة عقد الزّواج.

(3) – الشافعي، المسند، مج2، ص1636، رقم 1426. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «مرسل لكنه يتقوى بالأثر الذي ذكرناه»؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص198، رقم 10485؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص14، رقم 16179. قال أسامة بن إبراهيم: «إسناده مرسل»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص321، رقم 3530. قال العظيم آبادي: «فيه انقطاع»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص36، رقم 13538. قال عبد المعطي أمين قلعجي: «فيه انقطاع»؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص454؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص249، رقم 1842. وقال: «ضعيف»، ثمّ قال: «السند صحيح لولا أنّه منقطع».

(4) – سبق تخريجه في الصفحة 288– 289.

(5) – انظر في ذلك: البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص112؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص503–504، حديث رقم 3882–3887؛ البرهان فوري، كنز العمال، ج16، ص510، حديث رقم 45671؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص15– 16، حديث رقم 16185. قال أسامة بن إبراهيم: في إسناده بحيرة ولم أقف على ترجمة لها؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص197، رقم 10479.

عدالته، يضاف إلى ذلك أنّ تصحيح العقد يشترط فيه الدّخول، على أنّ الدّخول لا يبيح حرامًا، ناهيك أنّ ما ورد عن عليرضي الله عنه فيه خلاف هذا، أي أنّه يقول باشتراط الوليّ، وقد جاء بسندٍ صحيح وهو أولى بالعمل به مِنْ هذا[1].

وقد نفى ابن التّركماني عدم عدالة أبي قيس بأنّه لا يعلم أحدًا يقول بالاختلاف في عدالته إلاّ البيهقي، كما قال بأنّ الأثر قد رُوِي مِنْ عدّة وجوه يشدّ بعضها بعضًا[2].

وقال أحمد بن حنبل بأنّ الأمر جُعِل إلى المرأة؛ لأن الأب كان نصرانيًّا - وكذلك الزّوج- ولا ولاية للنّصراني على المسلمة، غير أنّه لا بدّ مِنْ تجديد عقد الزّواج إذا رضيت بالزّوج، لكن لا يجوز لها أنْ تزوّج نفسها، فقد أجاز عليرضي الله عنه ذلك بولاية السّلطان؛ لأنّه كان أميرًا للمؤمنين حينها[3].

ج- مناقشة الأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما :

هذا الأثر مختصّ بمن ضارّها وليّها ومنعها مِنَ الزّواج، فتكون حينها كمن لا وليّ لها، فيكون لها حينها أنْ تجعل أمرها لرجل مِنَ المسلمين ولا تستقل بتزويج نفسها، ولعلّ

---

(1) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص112.

والأثر الذي ورد عن علي وفيه خلاف الأثر المذكور أعلاه خرجه البيهقي في الصفحة التي قبلها (ج7، ص111)، وقال بأن إسناده صحيح، وقد أجّلنا ذكره للاستدلال به على عدم صحّة الزّواج دون وليّ.

(2) – ابن التركماني، الجوهر النقي (مع سنن البيهقي)، ج7، ص112.

أما الاختلاف في عدالة أبي قيس، فالأمر كما قال البيهقي. انظر في ذلك: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار المعارف النظامية، الطبعة الأولى، الهند، 1325هـ، ج6، ص152– 153؛ يوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي، تهذيب الكمال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1400هـ–1980م، ج17، ص21؛ الذهبي، ميزان الاعتدال، ج4، ص266– 267.

وأما تعدد طرقه فهو كما قال ابن التركماني وفقا لما ذكرنا.

(3) – محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر، الطبعة الأولى، الدمام، السعودية، 1418هـ – 1997م، ج2، ص784.

انظر في هذا المعنى: ابن أبي شيبة، المصنف، مج6، ص17، رقم 16193– 16194.

لكن يُؤخذ على هذا القول أنه إذا كانت المرأة نصرانيّة، فإنّ تزويج أبيها لها صحيح، وإنْ كانت مسلمةً فإنّ زواجها بنصرانيّ غير جائزٍ، فلا نلتفت أصلاً إذا كان والدها مسلمًا أم نصرانيًّا.

سبب القول بأنّها تولي رجلاً مِنَ المسلمين هو أنّه لا يُتاح أو لا تستطيع كل امرأة أنْ ترفع أمرها إلى الحاكم أو القاضي، وهذا القول إنّما ينظر فيه للضّرورة[1].

د- **الأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها :**

ردّ الماوردي على استدلال الحنفيّة بهذا الأثر[2] ردًّا جميلا ودقيقًا فقال: لا يمكن استعمال الحديث على ظاهره لأسباب أربعة:

- **السّبب الأول:** إذا اعتبرنا أنّ عائشة رضي الله عنها قد زوّجت ابنة عبد الرّحمن بولاية النّسب، فإنّ هناك مَنْ هو أولى منها، وهم أبناؤه وإخوته.
- **السّبب الثّاني:** إذا قلنا بأنّها زوّجتها بطريق الوكالة، لما كانت قد افتاتت عليه.
- **السّبب الثّالث:** أنّها روت عن النّبي صلى الله عليه وسلم ما يخالف هذا: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وليّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»، ولا يُعْقَلُ أنْ تُخالف ما روت.
- **السّبب الرّابع:** أنّه ثبت عنها أنّها كانت تُمَهِّدُ للزّواج، فإذا بقي العقد قالت: «يَا فُلاَنُ أَنْكِحْ وليّتَكَ، فَإِنَّ النِّسَاءَ لاَ يَنْكِحْنَ»، وفي رواية أخرى: «فَإِنَّ المَرْأَةَ لاَ تَلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ»[3].

يضاف إلى ذلك أنّه إذا لم يمكن حمله على ما سبق، فلا بدّ مِنْ حمله إمّا على أنّ عبد الرّحمن قد وكّل عن نفسه مَنْ يقوم بتزويج ابنته، وأمره بأنْ يرجع إلى عائشة في اختيار الزّوج، وما إنكار عبد الرّحمن لصنيع عائشة إلاّ كرهه للعُجْب الذي رآه في المنذر

(1) - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص215.

(2) - الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص150-151.

(3) - أخرجه: عبد الرزاق، المصنف، كتاب النكاح، ج6، ص201، رقم 10499؛ ابن أبي شيبة، المصنف، مج6، ص17-18، رقم 16196. قال أسامة بن إبراهيم: «في إسناده عنعنة ابن جريج وهو مدلّس»؛ البيهقي، معرفة السنن والآثار، مج10، ص33، رقم 13524-13526؛ الشافعي، الأم، ج6، ص50، رقم 2214؛ مسند الشافعي، مج2، ص1640، رقم 1430. قال رفعت فوزي عبد المطب: «حسن لغيره». وصحح ابن حجر هذه الرواية في فتح الباري، ج9، ص92.

لمّا جاءه خاطبًا، بينما رأت فيه عائشة فضل صلة الرّحم. وإمّا أنّ يحمل على أنّ عائشة رجعت في ذلك إلى السّلطان ما دام الأب غائبًا، فأضيف العقد إليها؛ لأنّها هي مَنْ اختارت الزّوج، وكانت هي سفيرة الزّواج، ولو أنّها لم تباشره بنفسها. وإمّا أنْ يُحمَل على أنّ عبد الرّحمن وكّل عائشة كي توكّل عنه مَنْ يزوّج ابنته، فكان الوكيل وكيلاً لعبد الرّحمن وليس لعائشة رضي الله عنها.

هـ- مناقشة الأثر المروي بخصوص أمامة رضي الله عنها:

حاصل هذه الرّواية أنّ عليًّا رضي الله عنه عندما أتته الوفاة قال لزوجته أُمامة: إنّ معاوية بن أبي سفيان قد يخطبك بعد وفاتي، فإنْ أردتِ الزّواج بعدي فتزوّجي المغيرة بن نوفل، فلمّا انقضت عدّتها بعث معاوية عامله على المدينة، مروان بن الحكم، ليخطبها له، فأرسلت إلى المغيرة لتخبره الأمر فجاء وخطبها مِنَ الحسن بن علي. وفي رواية جعلت أمرها إلى المغيرة، فلمّا علم مروان بذلك غضب وبعث إلى معاوية يخبره، فردّ عليه معاوية أنْ اتركهما.

هذا الأثر لا يمكن أنْ يؤخذ دليلاً على عدم اشتراط الوليّ لسببين: الأوّل أنّ كل طرقه إمّا ضعيفة أو واهية، والثّاني أنّه حتّى لو سلّمنا بصحّته، فإنّ أُمامة قد تزوّجت بوليّ وهو الحسن في رواية، أو المغيرة في رواية أخرى، وكلاهما عصبة، وحتّى لو قلنا إنّ مروان بن الحكم هو عصبة أولى منهما، فإنّ الوليّ إذا عضل سقطت ولايته، وعضله ظاهر مِنْ هذه الرّواية[1].

و- مناقشة الأثر الخاص بزواج أبي طلحة بأم سليم رضي الله عنها:

رُدّ على هذا الأثر مِنْ عدّة وجوه: الوجه الأول أنّ هذا الأثر منسوخ بحديث «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ»[2]، وقد أشار إلى ذلك ابن الجوزي فقال: إنّ هذا حَدَثَ قبل تقرير الأحكام،

(1) – انظر: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص218-219.

(2) – ذكر ذلك ابن حزم، المحلى، ج9، ص458.

فقد وقع قبل الهجرة النّبويّة[1].

والوجه الثّاني، أنّ هذا الزّواج تمّ بوليّ، ذلك أنّ أنسﷺ كان قد بلغ سنّ التّمييز، فيصحّ عقد الصّبي المميّز، هذا إنْ سلّمنا بأنّه كان صغيرًا، أمّا على غير ذلك فقد ذكر ابن حجر ما يوحي أنّ أنسًا كان بالغا حينها حيث كانت أمّه تقول بأنّها لن تتزوّج حتّى يبلغ أنس ويجلس المجالس، فيقول أنس: جزى الله أمّي عنّي خيرًا لقد أحسنت ولايتي. فقال لها أبو طلحة: فقد جلس أنس وتكلّم، فتَزَوَّجَها[2]. وبهذه الرّواية – إنْ صحت – يرتفع اللّبس، فيكون أنس ﷺ هو الوليّ بالعصوبة اتّفاقًا، أو بالبنوّة على رأي جمهور الفقهاء[3].

وهناك وجه آخر ينفي تزويج أنس لأمه، وهو أنّ هذا الأثر وإنْ كان صحيحًا، فإنّ لفظ «قُمْ يَا غُلاَم فَزَوِّجْ أُمَّكَ» غير معروف[4]، بل لا أصل له[5]، ولفظ «يَا أَنَس، زَوِّجْ أَبَا طَلْحَةَ»، منكر شاذ؛ فقد روى أصحاب الحديث هذا الأثر[6]، ولم يذكروا فيه أنّ أنسًا كان وليًّا وهو الصّحيح[7].

رابعا: مناقشة الأدلة العقلية

إنّ الأدلة العقلية التي ساقها الحنفيّة لعدم وجوب شرط الوليّ في زواج المرأة الرّاشدة يمكن أنْ يجاب عليها بما يأتي:

---

(1) – ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص324.
إذ كان حينها أنس ابن سبع أو ثمان سنين، ومثله لا يكون وليّا.

(2) – ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، ج8، ص243.

(3) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص223.

(4) – ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص320.

(5) – الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص88.

(6) – انظر في ذلك: النسائي، السنن، ص516–517، رقم 3340– 3341. قال الألباني: «صحيح»؛ الطبراني، المعجم الكبير، ج5، ص90– 91، رقم 4676– 4678؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص179، رقم 10417؛ أبو داود الطيالسي، المسند، ج3، ص533– 535، رقم 2168. قال عبد المحسن التركي: «صحيح».

(7) – محمد بن أحمد عبد الهادي المقدسي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، أضواء السلف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1428هـ– 2007م، مقدمة التحقيق، ص187، و ج4، ص323.

- مثلما قال الحنفيّة بأنّ المرأة البالغة العاقلة أهل للتصرف في هذا العقد، يردّ عليهم بأنّها ممنوعة منه، فهي دعوى مقابل دعوى، ومِنْ ذلك أنّ العبد ممنوع مِنْ كثير مِنَ التّصرفات رغم أنّه بالغ عاقل[1]. كما أنّ المرأة رغم كونها بالغة عاقلة، وأنّها تمتع بحرّيّة الخروج مِنْ المنزل لساعات طوال، واحتكاكها مع الرّجال في الجامعات، وأماكن العمل، والنّوادي، وغيرها، إلاّ أنّ نظرتها إلى الطّرف الآخر مشوبة بالقصور والسّطحيّة، لا سيما في ظلّ الإعلام الغربي، وحتّى العربي، الذي غيّر منهج التّفكير لدى الكثير مِنَ النّساء، فلا نراها تنظر إلاّ إلى شكله ولباسه وتسريحة شعره، وإلى طريقة كلامه ونوع سيارته... أمّا النظر إلى دينه وخلقه فلا يهمّ إلاّ القليلات[2].

- أنّ التّصرّف في المال غير التّصرّف في البُضع، فهذا الأخير قَدْرُهُ جليل وخَطَرُهُ عظيم، كما أنّ المفروض في المرأة هو الحياء، وعدم ذكرها للزّواج هو صيانة لها عمّا يشعرها بالوقاحة وميلها إلى الرّجال، ومعلوم أنّ المرأة تميل إلى الزّواج أكثر ممّا تميل إلى تبذير المال، ولذلك لا يترك لها أمر مباشرة عقد الزّواج[3].

- أنّ قياس الزّواج على البيع وغيره قياس فاسد ولا يصحّ الاستدلال به؛ لأنّه في مقابل النّصّ[4]، والبيع والإيجار ليس فيهما للوليّ حقّ الاعتراض بخلاف الزّواج[5]. كما أنّ الزّواج مبني على المُكارمة والمُسامحة، بخلاف البيع المبني على المُشاحة والمماكسة[6].

- لو كان لها أنْ تتصرّف في نفسها دون قيد لما كان لوليّها حقّ الاعتراض وفسخ العقد، ولما كان لها أنْ تطالب بتزويجها، وما يؤكّد ذلك، أنّ الرّجل إذا تزوّج ممّن هي أدنى

(1) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص213.

(2) – جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزّواج العرفي، رسالة ماجستير، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 1428هـ– 2007م، منشورة بدار النهضة العربيّة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1428هـ– 2007م، ص112– 113. نقلا عن: محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ص154و 171.

(3) – انظر في تفصيل ذلك: الأدلة العقلية لجمهور الفقهاء من هذه الرسالة، ص349–352.

(4) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص223.

(5) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص42.

(6) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص283؛ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج4، ص6؛ الخرشي، شرح مختصر خليل مع حاشية العدوي، ج3، ص195، ج3، ص237-238 و249، 256، 259؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص60؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص238، 278، 280، 290، 305.

منه فلا يحقّ أنْ يعترض عليه أحد في ذلك[1].

- أمّا القياس على المهر، فنقول بأنّ أبا حنيفة يرى الاعتراض على نقصان المهر، وهو ظاهر المذهب، فكيف بالقول بالإبراء منه. وحتّى لو أخذنا برأي أبي يوسف ومحمد في جواز تصرّفها في المهر، فإنّنا نقول: إنّه فعلاً حقٌّ لها، ولا يتصرّف أحد فيه إلاّ عن طِيْبِ نفس منها، ولكنّ هذا لا ينهض دليلاً على صحّة مباشرتها لعقد الزّواج.

- وأمّا القول بأنّ المرأة أصبح لها دور فاعل في المجتمع على كافة المستويات، وتساهم في رسم سياسة البلاد، وأنّنا لسنا أكثر إسلامًا مِنْ بعض الدّول العربيّة والإسلامية، فيردّ عليه بأنّ المرأة كانت قبل ذلك تساهم في بناء المجتمع ولو أنّه على نطاق أضيق ممّا هو عليه الآن، ولكن لم ينقل إلينا منذ عهد النبوّة أنّ زوجة مِنْ زوجات النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أو صحابيّة مِنَ الصّحابيّات زوجت نفسها، أو رفعت دعوى تريد بها أنْ تزوّج نفسها. بل وقد نقل الماوردي إجماع الصّحابة على عدم صحّة تزويج المرأة لنفسها أو غيرها[2]، وقبله ابن المنذر كما سنرى. إضافة إلى أنّنا لسنا أكثر إسلامًا مِنْ غالبية الدّول العربيّة والإسلامية، كليبيا وموريتانيا، وسوريا، والأردن، والإمارات العربيّة، وقطر، والسعودية، والكويت...الخ.

- ويدحض القول بأنّ الأولياء يسيئون استعمال الولاية ممّا يجعل الزّواج فاشلا بأمرين: الأوّل أنّ إساءة استعمال الولاية بالإجبار على الزّواج بزوج غير مناسب، أو عضل المرأة الرّاشدة، منصوص على منعه شرعًا وقانونًا، فلا يبقى مبرّر للقول به. والأمر الثّاني أنّ إحصائيات فشل الزّواج الذي يكون باختيار الوالدين أو أحد الأقارب والتي تصل في مجموعها إلى 84.3٪ من مجموع المطلقات، هي إحصائيات عارية مِنَ الصّحة، إذ هي مبنيّة على اعترافات بعض المطلّقات، ولا أعتقد أنّ هناك مَنْ تعترف بمسؤوليتها عن الطّلاق إلاّ فيما ندر، وإلاّ قلنا بأنّ جل الأولياء سيّئوا الاختيار ولا يعرفون مصالح الزّواج ولا يحبّون تحقيق مصالح بناتهم، وهذا يجرّنا إلى القول إمّا بإسقاط الولاية عن الوليّ سيّء الاختيار، وإمّا إلى القول بأنّ المجتمع أصبح فاسدًا، وفي كلا الحالين

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص44.

(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص42.

نكون بحاجة إلى وليّ للمرأة يكون حسن الاختيار، إذ حتّى عند الحنفيّة، المُفْتَى به هو أنّ للوليّ حقّ الاعتراض على الزّواج إنْ كان الزّوج غير كفءٍ لفساد الزّمان، ولا أعتقد أنّ هناك زمنٌ مضى أَفْسَدُ مِنَ الزّمان الذي نحن فيه.

المطلب الثاني

صحة مباشرة المرأة عقد الزّواج بشروط

إذا كان ما ذكرناه في المطلب الأوّل يتعلّق بصحّة عقد المرأة لزواجها دون شرط، ما دامت بالغة عاقلة، فإنّ ما سندرسه في هذا المطلب يتعلّق بصحّته ابتداءً، أو صحته انتهاءً، لكن بشروط، منها ما هو مقدّم على العقد ومنها ما هو تالٍ له؛ إذْ قد اختلف الفقهاء في الشّروط التي تبرّر إقدام المرأة على تزويج نفسها، وكانت لكلٍّ منهم وجهة نظر مبنيّة على أدلّة شرعيّة وعقليّة.

الفرع الأول

شروط إمكان إبرام المرأة لعقد الزواج

إنّ أهم الشّروط التي ذكرها الفقهاء لصحّة عقد الزّواج الذي تبرمه المرأة، أنْ يكون الزّوج كفؤًا للمرأة، أو أنْ يوافق الوليّ مسبقًا أو لاحقًا على هذا العقد، أو أنْ تكون المرأة ثيّبًا، أو أنْ نكون أمام حالة الضرورة كأن تتولّى المرأة منصبًا يخوّلها تولّي إبرام عقود الزّواج.

أولا: كفاءة الزوج

جاء عن أبي حنيفة، في الرّواية الثّانية عنه، والتي رواها الحسن بن زياد، وفي قول أبي يوسف الثّاني؛ أنّ زواج المرأة ينعقد صحيحًا إذا زوّجت نفسها أو فوّضت غيرها ليزوّجها وكان الزّوج كفؤًا وإلاّ فلا يصحّ، وهذا مِنْ باب سدّ الذّرائع، فلا يترك الأمر مطلقًا ممّا يفتح الباب أمام اللّجوء إلى القضاء في هذه المسائل، مع ما في الوقوف أمامه مِنْ مذلّة.

يضاف إلى ذلك أنّه ليس كل وليّ يحسن المرافعة ولا كلّ قاضٍ يعدل؛ فكان

الأحوط والأصحّ أنْ يقيّد أمر زواجها بأنْ يكون مِنْ كفءٍ[1]. كما أنّ زواج المرأة مِنْ غير كفءٍ يلحق العار بالأولياء بسبب مصاهرة مَنْ لا يكافئهم، فحقّ لهم أنْ يخاصموا أمام القضاء، ولا يكون التّفريق إلاّ أمامه، بغير طلاق[2].

والدّليل الشّرعيّ على هذا الرّأي، رواية زواج النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأمّ سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، التي تفيد بصحّة الزّواج إنْ كان الزّوج كفؤا وبعدم صحته إنْ لم يكنْ كفؤًا، وهو ظاهر مِنْ قول النّبيّ: «لَيْسَ مِنْهُمْ - أي من أوليائك- شَاهِدٌ وَلا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ»، فإنْ لم يكن مِنَ الأولياء من يكره أو يعترض على هذا الزّواج صحّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها، وما حالة الكراهة بالنّسبة للأولياء شرعًا إلاّ في الزّوج غير الكفءِ، فبمفهوم المخالفة، زواج المرأة مِنْ غير كفءٍ يفيد عدم صحّة هذا العقد[3].

لكنْ ما هو الوضع إن كان الزّوج غير كفءٍ، وكان للمرأة أكثر مِنْ وليّ، ورضي به أحدهم، فهل يسري هذا الرّضا في حقّ الباقين أم أنّ لهم الاعتراض؟

الجواب هو: إذا كان الوليّ الذي رضي بالزّوج غير الكفءِ مقدَّمًا، بحيث لا يتقدم عليه وليّ آخر في المرتبة، فإنّ العقد جائز. أمّا إنْ كان هناك مَنْ هو أقرب منه، فإنّ لهذا الأخير طلب التّفريق بين الزّوجين. وقال أبو يوسف، يحقّ للوليّ المساوي أنْ يعترض[4].

---

(1) - السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص246؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص118؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص335؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص584؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص156- 157.
وما ذكرناه هو الذي عليه الفتوى عند المتأخرين من الحنفيّة لفساد الزمان.
انظر في ذلك: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص335؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص118؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص156- 157.

(2) - السرخسي، المبسوط، ج5، ص26؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص156.

(3) - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص215- 216.
وفي المعنى: الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص89.

(4) - السرخسي، المبسوط، ج5، ص24؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص318؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص138؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص130؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص158- 159؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص335.

وألحق أبو حنيفة نقص المهر بكفاءة الزّوج، أي إذا قلّ المهر عن مهر المثل، فإنّه يأخذ حكم تخلّف الكفاءة في الزّوج، فيحقّ للوليّ الاعتراض على الزّواج والتّفريق بين الزّوجين، إلاّ إذا أُسْتُكْمِلَ ما نقص مِنَ المهر. ومَرَدُّ ذلك أنّ للأولياء حقًّا في المهر، فهم يتفاخرون به إنْ كان غاليًا ويتعيّرون به إنْ كان بخسًا، كونهم يعدّون المهر النّاقص مهر المومسات والزّانيات، وهذا الضّرر لا يلحق الأولياء فقط بل يتعدّى إلى باقي نساء العشيرة أو القبيلة، حيث يصبح مهر هذه المرأة بمرور الزّمن مقياسًا لباقي النّساء. بخلاف أبي يوسف ومحمد اللّذَين يريان أنّ المهر هو خالص حقّ المرأة ولها أنّ تتصرّف فيه بالإنقاص أو حتّى الإبراء[1].

وقال الشّيعة الإماميّة: إذا زوّجت المرأة نفسها مِنْ غير كفءٍ، كان لأبيها أو جدّها فسخ العقد[2]. أمّا إنْ لم يكن لها أب أو جدّ، فليس لهم حقٌّ في ذلك كما قدّمنا.

لكنْ هل يكون الأمر مماثلاً لما سبق إنْ فوّضت المرأة شخصًا ليزوّجها مِنْ كفءٍ؟

الرّأي الأوّل للحنفيّة في هذا، أنّه مثل تزويجها لنفسها. أمّا في قول محمد بن الحسن فإنّه لا يجوز لها ذلك، فقد سئل عن الزّواج بدون وليّ فقال: ((لاَ يَجُوزُ)) فقيل له: فإنْ لم يكن لها وليّ؟ قال: ((يُرْفَعُ أَمْرُهَا إِلَى الحَاكِمِ لِيُزَوِّجَهَا))، فقيل: فإن كانت في مكان لا حاكم فيه؟ قال: ((تُولِي أَمْرَهَا رَجُلاً لِيُزَوِّجَهَا))[3]. ومقتضى قوله، أنّه لا يصحّ للمرأة أنْ تفوّض رجلاً مِنْ عامّة المسلمين ليعقد زواجها إلاّ إنْ عدم الوليّ الشّرعي مع الحاكم.

وبالقول بصحّة عقد زواج المرأة في حالة الكفءِ وعدمه في حالة غير الكفءِ، نشير إلى أنّ اعتراض الأولياء مقرون بعدم ولادة المرأة أو وجود حملٍ ظاهر، فإنْ سكت الوليّ حتّى أنجبت، كان سكوته رضاءً. والعلّة في ذلك هو الحفاظ على الولد مِنَ الضّياع بسبب

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص13– 14؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص322؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص144؛ ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3، ص46– 47؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص340.

(2) – ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، ص343–344.

(3) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص14– 15؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ص490.
وذكر السرخسي بأن محمد قد رجع عن قوله هذا إلى قول أبي حنيفة من جواز عقد نكاح المرأة دون وليّ.

التّفرقة بين الزّوجين[1]. هذا إنْ عَلِم، أمّا إنْ لم يعلم بزواجها مِنْ غير كفءٍ حتّى ولدت، فقال ابن عابدين: إنّ ظاهر المتن يوحي بعدم أحقّيته في الاعتراض، أمّا ظاهر الشّرح فيدل على أنّ له الاعتراض[2].

ومِنَ التّشريعات التي جعلت صحّة زواج المرأة البالغة العاقلة مقيّدا بكفاءة الزّوج، التقنين السوري في نصّ المادّة 27، وإلاّ كان لوليّها فسخ العقد، فإذا دخل الزّوج بزوجته وحملت منه لم يكن لوليّها مِنْ سبيل لفسخه[3]. وهو ذات الأمر عند المشرّع السّوداني بمقتضى نصّي المادتين 23 و24، ويفهم ذلك أيضا من خلال نصّ المادّة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المصري، الذي يحيل إلى أرجح أقوال أبي حنيفة، أي المُفْتَى به.

ونصّ المشرّع الأردني على مثل ذلك في المادّة 22، لكنّه حصرها في حالة نفي المرأة وجود وليّ لها ثمّ ظهر هذا الوليّ، فيحقّ له فسخ العقد لعدم الكفاءة، إلاّ إذا حملت المرأة[4].

ثانيا: موافقة الولي على العقد

مِنَ الفقهاء مَنْ يرى بأن للمرأة أنّ تزوّج نفسها إذا وافق وليّها على ذلك، وهذه الموافقة قد تكون سابقة للعقد كما قد تكون لاحقة عليه؛ فمن قال بالإذن السّابق جعل عقدها دون إذنه باطلاً ولا يصحّ حتّى ولو أجازه بعد ذلك. أمّا مَنْ قال بالإذن اللاّحق فإنّه جعله موقوفًا على إجازة الوليّ بعد إجرائه مِنْ طرف المرأة.

---

(1) – الكليبولي، مجمع الأنهر، ص489؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص100؛ منلا خسرو، الدرر الحكام، ج1، ص335؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص156.
وفي رواية أخرى، يحق للأولياء الاعتراض على الزّواج من غير الكفء حتّى ولو أنجبت الأولاد.
انظر في ذلك: الكليبولي، مجمع الأنهر، ص489.

(2) – ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص156.

(3) – نصّ المادّة 30 من تقنين الأحوال الشخصيّة السوري.

(4) – نصّ المادّة 23 من تقنين الأحوال الشخصيّة الأردني.

فمذهب أبي ثور[1]، أنّ العقد يصح بالإذن السّابق، وهو قول لابن سيرين، ورواية عن الإمام أحمد، أنّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها أو غيرها بالوكالة إذا أذن لها وليّها بذلك[2]، وهذا عام في البكر والثّيِّب.

ويبدو أنّ المشرّع الجزائريّ سار في ظاهر نصّ المادّة 11على خطى هذا الرّأي، حيث جعل للمرأة الرّاشدة حقّ عقد زواجها، بحضور وليّها، فيفهم مِنْ حضوره إذنُه بالعقد وموافقته عليه، وإلاّ لم يكن لحضوره أيّ معنى[3].

غير أنّ هذا المفهوم يتبدّد إذا نظرنا إلى هذا النّص وإلى مجموع النّصوص الأخرى؛ فنجد نصّ المادّة 4 مِنْ تقنين الأسرة يجعل عقد الزّواج رضائيًّا بين الزّوج والزّوجة، أمّا الوليّ فليس له دخل في ذلك، وهو ما أكّده نصّ المادّة 10، بجعل الإيجاب والقبول مِنْ طرفي

(1) – النووي، المجموع، ج17، ص240؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص38؛ يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج9، ص153؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص426؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص324؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص77؛ حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، 1352هـ- 1933م، ج3، ص197.

ونقل ابن حزم، (المحلى، ج9، ص455)، بأن أبا ثور يقول: لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها، ولكن إذا زوّجها رجل من عامة المسلمين جاز؛ لأن المؤمنين إخوة، بعضهم أولياء بعض.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص346؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج6، ص104؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص66؛ محمد بن مفلح، الفروع، ص1256؛ محمد بن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، ص72.

(3) – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص388.

ويرى الدكتور بلحاج العربي، حتّى قبل التعديل الذي أجري سنة 2005 بأن المشرّع أجاز للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها، ولكن بموافقة الولي، استنادا إلى نصوص المواد 9، 10، 11 و13 من تقنين الأسرة. انظر: المرجع السابق، ص126.

ولسنا ندري كيف فهم هذا المقصود من هذه النصوص؟ فالمادّة 9 كانت تنص على أن الزّواج ينعقد برضا الزوجين وولي وشاهدين، فعدّدت الشروط ولم تبين أن الزوجين هما من يعبّران لبعضهما عن الموافقة مثلما هو النص عليه اليوم، وحتّى نصّ المادّة 10 الذي يقول بأن التراضي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، يفهم منه أن الطرف الآخر هو وليّ المرأة؛ لأنّ نصّ المادّة 11 يقول: ((يَتَوَلَّى زَوَاجَ المَرْأَةِ وَلِيُّهَا...))، وما تولّي العقد إلاّ نقل موافقة المرأة على الزّواج إلى الزّوج أو وكيله في مجلس العقد، وفقا للصيغة المعلومة شرعا. وأما المادّة 13 فأوردت مسألة عدم إجبار المرأة على الزّواج، ومسألة عدم تزويجها دون موافقتها.

وننتهي إلى أن قول الدكتور بلحاج العربي يصلح على النصوص الحالية لتقنين الأسرة، لكنه لا ينطبق على النصوص التي كانت سابقا.

العقد وهما الزّوجان. ولعلّ هذا راجع إلى تكريس مضمون نصّ المادّة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضد المرأة، التي وافقت عليها الجزائر بتحفّظ، بموجب الأمر رقم 96- 03 المؤرّخ في 1996/01/10، وانضمّت إليها - أيضًا بتحفّظ- بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 96- 51، المؤرّخ في 1996/01/22.

كما أنّ نصّ المادّة 1/11، جعل للمرأة حقّ الخيار فيمن يتولّى عقد زواجها، بين أبيها وأخيها وعمّها، وزميلها في العمل أو الدراسة، وصديقها! في حين أنّ أبا ثور ومَنْ وافقه قصد الوليّ الشّرعي، أي الذي أعطاه الشّرع حقّ الولاية؛ لذا رتّب على عدم إذنه عدم صحّة العقد، في حين أنّ الزّميل أو الصديق وغيرهما ممّن ليسوا بأولياءَ شرعًا، لا يؤثّر عدم إذنهم في عقد الزّواج؛ لأنّهم ليسوا مِنْ أهله.

ومذهب الشّيعة الإماميّة في هذه المسألة، أنّ الوليّ إنْ كان هو الأب أو الجدّ؛ فلا تعقد البكر على نفسها بغير إذنهما، فإنْ عقدت وأَبَيَا العقد انفسخ، ما لم يكونا قد عضلاها عن التزويج بالأكفاء، فإنّه لا ينفسخ إجماعًا[1]، وهذا هو الأظهر في الرّوايات والأكثر في العمل به[2].

ونقل السّرخسي[3] عن الطّحاوي، أنّ أبا يوسف قال: إذا كان الزّوج كفؤًا ورفع الأمر إلى القاضي، أمرَ الوليّ بإجازة العقد، فإنْ أبى لم ينفسخ بل يجيزه القاضي. فالأحوط أنْ يكون الزّواج موقوفًا على إجازة الوليّ، حتّى يتمكّن مِنْ دفع الضّرر عن نفسه، فإنْ فَسَخَ العقد بناءً على أنّ الزّوج غير كفءٍ ليدفع الضّرر عن نفسه، صحّ الفسخ، أمّا إنْ قصد الوليّ الإضرار بالمرأة، بأنْ كان الزّوج كفؤًا، لم يصحّ فسخه، فيقوم القاضي بإجازة العقد مكانه.

---

(1) - ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، ص343-344.

(2) - الطوسي، الخلاف، ج4، ص250؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية ج18، ص162، عن: ابن البراج، المهذب.

(3) - السرخسي، المبسوط، ج5، ص10 و13.

وإجازة القاضي للعقد مبنيّة على أنّ امتناع الوليّ عن إجازة العقد هي مِنْ قبيل العضل، فتسقط عنه الولاية وتنتقل إلى الحاكم[1].

وعن محمد بن الحسن الشّيباني أنّ العقد يكون موقوفًا على إجازة الوليّ؛ فإنْ أجازه نفذ، وإنْ أبى ذلك بطل العقد، سواءٌ كان الزّوج كفؤا أم لا[2]. ولا يحل للزّوج الدّخول بالمرأة، فإنْ فعل كان ذلك وطئًا حرامًا[3]. وإنْ كان الزّوج كفؤًا ورغم ذلك امتنع الوليّ عن إجازة العقد، رُفِعَ الأمر إلى القاضي، فيقوم بتجديد العقد دون النّظر إلى ما سبق؛ لأنّه ليس له أنْ يجيز العقد، فقد فُسِخ مِنْ قبل الوليّ[4].

وممّا يترتّب على هذا الاختلاف، أنّ المرأة إذا تزوّجت مِنْ كفءٍ ثمّ توفّي أحدهما قبل رفع الأمر إلى القضاء، فإنّهما يتوارثان في قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف؛ لأنّ توقُّف العقد إنّما هو لدفع الضّرر، وهنا لا ينفسخ بفسخ الوليّ. أمّا على قول محمد فلا يتوارثان؛ لأن العقد في أصله كان موقوفًا [5].

والدّليل الشّرعي مِنَ السّنّة على صحّة العقد في حالة كفاءة الزّوج، ما روته عائشة رضي الله عنها عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»[6]. فنصّ الحديث يدلّ على بطلان عقد المرأة دون إذن وليّها، وبمفهوم المخالفة يصحّ تزويجها لنفسها بإذنه[7].

والحديث يدلّ على أنّ الزّواج حقّ مشترك بين الوليّ والمرأة، بدليل أنّ لهم حقّ

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248

(2) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج1، ص490.

(3) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247.

(4) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10 و13؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248؛

(5) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص13؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص128؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ص489–490؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص156.

(6) – سبق تخريجه في الصفحة 253.

(7) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص346؛ الكافي، ج4، ص224؛ عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، ص265.

الاعتراض وفسخ العقد، ومَنْ ليس له حقٌّ لا يملك فسخه، وإذا تصرّف شخص في حقّ شخص آخر وُقف هذا التّصرّف على إجازة صاحب الحقّ، ومِنْ ثمّ فتصرّف المرأة في حقّ الوليّ بانفرادها بالعقد يكون موقوفًا على إذن وإجازة الوليّ[1].

والدليل مِنَ المعقول، أنّ المرأة مُنِعَتْ مِنَ الزّواج لنقص عقلها وسهولة انخداعها[2]، وهذا مأمون فيما لو أذن لها الوليّ بالعقد كما في حالة إذن السّيد لعبده في الزّواج.

زيادة على أنّ منع المرأة مِنَ الانفراد بعقد الزّواج إنّما هو لحقّ الوليّ، فإذا أذن لها زال المانع وتحقّق الشّرط المذكور في قوله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إِلاّ بِوَلِيٍّ»[3].

ثالثا: كون المرأة ثيّبًا

قال داود الظّاهري بأنّ المرأة البكر لا يزوّجها إلاّ وليّها - أي الشّرعيّ - أمّا الثّيِّب فليس لوليّها أمر عليها بل لها أنْ تفوّض أمرها إلى أي رجل مِنَ المسلمين ليزوّجها، ولا يحقّ للوليّ أنْ يعترض على هذا الزّواج[4]، مستدلاً بحديث النّبيّ ﷺ: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ...»[5]. وبأنّ الثّيِّب قد خَبَرَت الرّجال، فكانت خبرتها كافية للاستغناء عن اختيار وليّها، أمّا البكر فلعدم خبرتها بالرّجال لا تزال في حاجة إلى اختيار وليّها[6].

وقال الشّيعة الإماميّة بأنّ الوليّ مطلوب في البكر دون الثّيِّب؛ فلا يجوز للبكر أنْ تزوّج نفسها إلاّ إذا أذن لها الوليّ في ذلك بخلاف الثّيِّب، وهو الأظهر في الرّوايات والأكثر

(1) – بدائع الصنائع، الكاساني، ج2، 247.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص346؛ النووي، المجموع، ج17، ص240؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص426.

(3) – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص242؛ النووي، المجموع، ج17، ص240؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص426.

(4) – ذكره: ابن حزم، المحلى، ج9، ص455؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص47، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص8–9؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص44؛ يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1347هـ– 1927م، ج9، ص205.

(5) – سبق تخريجه في الصفحة 168.

(6) – المرداوي، الحاوي الكبير، ج9، ص44.

في العمل به[1].

وبهذا أخذ المشرّع الأردني وفقًا لظاهر نصّ المادّة 13 مِنْ تقنين الأحوال الشخصيّة، حيث نصّ: ((لاَ تُشْتَرَطُ مُوَافَقَةُ الوَلِيِّ فِي زَوَاجِ المَرْأَةِ الثَّيِّبِ العَاقِلَةِ المُتَجَاوِزَةِ مِنَ العُمُرِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ عَامًا)).

رابعا: حالة الضرورة

تتمثّل الضّرورة هذه إمّا في انعدام الأولياء، أو الحاكم أو القاضي، أو في حالة تولّي المرأة منصبًا يخوّلها سلطة تولّي العقود.

قال ابن شهاب الزهري: يجوز للمرأة ما وُلِّيَتْ عليه، غير أنّه ليس مِنَ السّنّة أنْ تزوّج المرأة المرأة[2]، أي إذا أعطيت لها الولاية، أمّا في غيرها فلا يجوز لها[3].

وقال الشّافعيّة في المرأة التي ليس لها وليّ مِنَ النّسب، وكانت في بلد لا حاكم فيه، ثلاثة أوجه[4]: الوجه الثّاني منها أنّها تزوّج نفسها؛ لأنّ فقد الوليّ قد أسقط حكمه، أمّا الوجه الثّالث: فهو أنْ تولي رجلاً بدل وليّها ليعقد زواجها؛ فالوليّ يراد لنفي العار عنه عند الزّواج بغير كفءٍ، فإذا لم يوجد زال هذا المعنى.

أمّا إذا وليت الإمامة العظمى صحّ تزويجها- للضّرورة- لنفسها ولغيرها، أو لغيرها دون نفسها، على خلاف[5].

---

(1) – الطوسي، الخلاف، ج4، ص250؛ علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية ج18، ص162. عن: ابن البراج، المهذب.

(2) – انظر في ذلك: مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص177.

(3) – وصرنا إلى هذا المعنى؛ لأنه قد نقل الجصاص في كتاب أحكام القرآن، ج2، ص101، وابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص8؛ بأن الزهري ممن يقول بأن الولي ليس بشرط صحة في عقد الزواج. كما أن صحة تولي المرأة الزواج مبني على كونها حاكمة أو قاضية، وهو من قبيل الضرورة التي قال بها الشافعية أيضا.

(4) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص50؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص398؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص224؛ محمد الحسيني الحصني، كفاية الأخيار، ص474.
أمّا الوجه الأول فيمنع المرأة من الزواج حتى تجد وليّا من النسب أو الحكم. وسيأتي ذكره في الصفحة 332.

(5) – الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص199؛ الإقناع، ج2، ص242؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص125؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص309؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص225؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي =

وعند الحنابلة في تفسير رواية أحمد بصحّة تزويج المرأة لنفسها، قيل بأنّها محمولة على حالة العذر، كأن ينتفي الوليّ أو السّلطان[1].

وقد أشرنا سابقا إلى أنّ محمد بن الحسن الشّيباني في إحدى الرّوايات عنه، لمّا سئل هل تزوّج المرأة نفسها؟ فأجاب بالنّفي حتّى ولو لم يكن لها وليّ، وجعل أمرها إلى الحاكم، ولمّا سئل عن حالة انتفاء الحاكم، أجاب بأنّها تفوّض أمرها إلى رجل مِنَ المسلمين ليعقد عليها[2].

الفرع الثاني

مناقشة الأدلة

كانت هناك مناقشات مستفيضة، وردود عديدة، على ما استدل به الحنفية ومن تبعهم بشأن صحّة عقد الزّواج الذي تبرمه المرأة دون الرجوع إلى وليها، على النحو الآتي بيانه.

أولا: مناقشة القول بصحة العقد عند كفاءة الزوج

يردّ على الاستدلال الشّرعي بحديث أم سلمة، بأنّ زواج النّبي بها تمّ بوليّ، بصرف النّظر عن الكفاءة؛ لأنّه تزوّجها بطريق الولاية العامّة، فإن قيل: للمرأة أولياء، رُدَّ عليهم بأنّ ولاية الأبعد تصحّ مع ولاية الأقرب في حال غيبته إنْ كان الزّوج كفؤًا، ورسول الله ﷺ كفؤٌ لا شكّ في ذلك، بل إنّ الحديث ينقلب على أصحابه كونه يدلّ على وجوب الوليّ وإلاّ لما قالت أمّ سلمة: «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدًا»، وأنّ الولاية ليست لها وإلاّ لكان قال لها زوّجي نفسك مع أنّ المقام مقام بيان[3].

= وعميرة، ج3، ص221.

(1) – إبراهيم بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج6، ص104؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص112؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، 64.

(2) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص14– 15؛ الكليبولي، مجمع الأنهر، ص490.

(3) – انظر في ذلك: عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر– دار القبلة للثقافة الإسلامية، بيروت، لبنان– جدة، السعودية، =

أمّا القول بأنّ منع المرأة مِنَ العقد لنفسها سدّا للذّرائع، أَوَلَيْسَ ترك المرأة تعقد زواجها يفتح الباب نحو فساد المجتمع، وهذا إنّما يكون بترك الأمر لها تبحث عن الرّجال وتحتكّ بهم بغية الظّفر بزوج مناسب، ممّا يُذْهِبُ حياءها وأُنوثتها، وقد ينجر معه مفاسد كبيرة؟

ثمّ مَنْ يضمن أنّ المرأة أحسنت الاختيار وتزوّجت بكفءٍ؟ خصوصا مع معرفة أنّ طبيعتها هي غلبة العاطفة عليها، وشدّة رغبتها في الزّواج، ممّا يجعلها تتسرّع في قبول الزّواج منْ شخص لم تتحرّ عنه بما يكفي، وإذا دخل بها، لاسيما إنْ حملت منه أو ولدت، فإنّها ستندم بعد فوات الأوان حين لا ينفع النّدم، أو كما يُقَال: تكون قد وقعت الفأس في الرأس.

ثانيا: مناقشة القول بصحة العقد عند موافقة الولي

رُدَّ على هذا القول مِنْ عدّة وجوه هي:

- أنّ الحنفيّة أنفسهم لا يقولون بمفهوم المخالفة، وأنّ منطوق حديث «لاَ نِكَاحَ إلاّ بوليّ» يعارض ذلك المفهوم فلا يقوى على معارضته[1]. وحتّى ولو نظرنا إلى مَنْ يأخذ بمفهوم المخالفة كالشّافعيّة والحنبليّة، فإنّ ذلك مشروطٌ عندهم بألاّ تكون هناك فائدة أخرى في وجود القيد الذي قيّد به المنطوق إلاّ انتفاء هذا الحكم عند انتفاء القيد، وإلاّ لم يكن حجّة، والحديث له فائدتان غير فائدة نفي الحكم، فلا يصحّ الاحتجاج به بمفهوم المخالفة[2].

- أنّ المقصود بالإذن هنا غير المرأة مِنَ الرّجال الذين يعقدون عليها نيابةً عن الوليّ، ولا

= الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م، ج3، ص186- 187؛ ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج2، ص60؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص331؛ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص216.

(1) - الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص324.

(2) - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص217- 218.

الفائدة الأولى أنّ كلمة «إِذْنِ» تفيد جواز التوكيل، والثانية هي عدم جواز عقد المرأة لنفسها إذا كان بينها وبين وليها خلاف، ولم يأذن لها بالزواج، بل يعقد لها السلطان، وإلا كان باطلا. المرجع نفسه، ص202- 203.

يعقل أنْ تنوب المرأة عن وليّها؛ لأنّ الزّواج واردٌ في حقّها، فلو أَذِنَ الوليّ للمرأة بالبيع لنفسها لم يصحّ وكذلك الأمر هنا. وما يؤيّد ذلك حديث النّبيّ ﷺ: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ ولاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا»[1]، وهنا لا فرق بين تزويجها لنفسها أو لغيرها[2].

- أنّ المرأة غير مأمونة على بضعها فلا يجوز تفويضه إليها، ولا تقاس على العبد؛ لأن العبد ممنوع لحقّ الوليّ كون قيمته تنقص بالزّواج، والزّواج فيه المهر وتترتّب عليه النّفقة فيصبح مستحقًّا لكسبه، ممّا يضر بالمالك، لهذا كان موقوفًا على الإذن، فإنْ تمّ الإذن زال المانع[3]. وما ذكرُ الإذن إلاّ لأنّه خرج مخرج الغالب، إذ الغالب أنّ المرأة لا تزوّج نفسها إلاّ بغير إذن وليّها بل بغير علمه[4]، فكان منعها مِنْ ذلك صيانة لها عمّا يشعر بوقاحتها وميلها إلى الرّجال[5]. ناهيك عن الاختلاف في الرّواية الواردة عن أبي ثور ويوسف ومحمد بن الحسن في هذا الشّأن.

ثالثا: مناقشة القول بصحة العقد إن كانت المرأة ثيبًا

ردّ على استدلال داود بن علي الظّاهري ومَنْ وافقه بما يأتي:

- أنّ داود الظّاهري خالف أصوله؛ فمن أصوله أنّه لا يقول بالمجمل والمفسر، لكنّه هنا قال بهما، فجعل حديث «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوليّ» مُجْمَلاً، وحديث «الثّيِّب (أو الأيّم) أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا»، مفسِّرًا، وهذان الحديثان متضادّان في الظّاهر، وداود يقول بإسقاط الخبرين معًا إذا تضادَّا[6].

- أنّ داود اخترع قولا ثالثًا، رغم أنّ مِنْ أصوله أنّه إذا اجتمع في المسألة قولان، فلا ينبغي

(1) – سبق تخريجه في الصفحة 81.

(2) – الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج7، ص236؛ الرملي نهاية المحتاج، ج6، ص224؛ الخطابي، معالم السنن، ج3، ص197.

(3) – النووي، المجموع، ج17، ص241؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص426؛ ابن قدامة، الكافي، ج4، ص224.

(4) – أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1421هـ – 2001م، ج2، ص463.

(5) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص346.

(6) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص48.

لأحد أنْ يقول بقول ثالث، والفقهاء مع اختلافهم في المسألة لم يفرّقوا بين البكر والثّيِّب، بينما فرّق داود الظّاهري بينهما[1].

- أنّ ابن حزم الظّاهري - وهو مِنْ نفس المذهب - ردّ قول داود بأنّ حديث النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وليّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»، ينقض المعنى الذي أراده، فهو عام في الثّيِّب والبكر، ومعنى أنّ الثّيِّب أحقّ بنفسها مِنْ وليّها هو أنّه لا ينفذ فيها أمْرُهُ إلاّ بإذنها، ولها أنْ تختار مَنْ شاءت مِنَ الأزواج، فإنْ أبى الوليّ زوّجهما السّلطان رغمًا عنه[2]، فالأدلّة لم تَفْصِلْ.

- أنّ القول بأنّ الثّيِّب قد خبرت الرّجال قول فاسد، وبالمنطق الذي يقول به داود ينقلب عليه؛ لأنّ المرأة إذا خبرت الرّجال قويت شهوتها إليهم، ولا يؤمن فيمن تضع نفسها، أمّا البكر فلعدم خبرتها فشهوتها أقل؛ ممّا يجعلها أَحْفَظُ لنفسها، وبين هذه وتلك، يُمْنَعْنَ مِنْ تزويج أنفسهنّ بغير وليّ احتياطًا لهنّ مِنْ وضع أنفسهن في غير كفءٍ[3].

أمّا ما أورده المشرّع الأردني في نصّ المادّة 13 فقد نقضه في نصّ المادّة 22، حيث جاء فيه: ((إِذَا نَفَتْ البِكْرُ أَوْ الثّيِّبُ التِي بَلَغَتْ الثَّامِنَةَ عَشْرَةَ [الثّامن عشرة] مِنْ عُمْرِهَا وُجُودَ وَلِيٍّ لَهَا وَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ آخَرَ ثُمَّ ظَهَرَ لَهَا وَلِيٌّ يُنْظَرُ، فَإِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ كُفْءٍ لَزِمَ العَقْدُ وَلَوْ كَانَ المَهْرُ دُونَ مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ فَلِلْوَلِيِّ مُرَاجَعَةُ القَاضِي بِطَلَبِ فَسْخِ النِّكَاحِ)).

حيث سوّى بين البكر والثّيِّب في صحّة تزويجهما لنفسيهما ولكن بشرط أنْ يكون الزّوج كفؤًا، فإنْ لم يكن كفؤًا لها، كان للوليّ فسخ العقد قبل أنْ يظهر حملها، فإنْ حملت مِنْ زوجها فلا يفسخ العقد[4].

---

(1) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص48؛ النووي، شرح صحيح مسلم، ج9، ص205.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص44– 45.

(4) – نصت المادة 23 على الآتي: «لِلْقَاضِي عِنْدَ الطَّلَبِ فَسْخُ الزَّواجِ بِسَبَبِ عَدَمِ كَفَاءةِ الزَّوْجِ مَا لَمْ تَحْمِلْ الزَّوْجَةُ مِنْ فِرَاشِه أَمَّا بَعْدَ الْحَمْلِ فَلَا يَفْسَخُ الزَّوَاجَ».

=

رابعا: مناقشة القول بصحة العقد في حالة الضرورة

صحيح أنّ الضّرورات تبيح المحظورات، وأنّ الوليّ يُطلب لنفي العار عنه بتزويج المرأة بغير كفء؛ ولكن هذه الضّرورة تقدّر بقدرها[1]، كما أنّ الحكم يدور مع علّته وجودًا وعدمًا[2]؛ فإذا وُجد الحاكم أو القاضي مُنِعَ على المرأة أنْ تتولّى عقدها بنفسها، أو أنْ تتولّى عقد غيرها، ولا يخلو في زماننا هذا مكان أو بلد مِنْ دون قاضٍ أو حاكم، فسقط بذلك فرض انعدامه وبالتّالي سقوط القول بجواز عقدها لنفسها أو لغيرها. يضاف إلى ذلك أنّ الغرض مِنَ الوليّ ليس فقط لنفي العار عنه، وإنّما صيانة المرأة في ذاتها مما يشعر برعونتها ووقاحتها وميلها إلى الرّجال، وحماية المجتمع مِنْ تفشّي ظاهرة الزّواج مِنْ دون وليّ وما يترتّب عنه مِنْ آفات ومشاكل اجتماعية.

فإنْ قيل: إنّ الدّول الغربيّة عموما، كفرنسا وبريطانيا وأمريكا وغيرها، لا يوجد فيها حاكم أو قاضٍ للمسلمين حتّى يتولّى أمور الجالية هناك، أجيب عن ذلك بأنّه إنْ كان في هذه الدّول جمعيّات أو مؤسسات إسلاميّة ترعى شؤونهم، أو شخص مطاع كإمام المسجد، فهم مَنْ يتولّون عقود الزّواج[3]. ونعتقد أنّه لا يخلو بلد غير إسلامي مِنْ مؤسسة أو جمعية إسلامية أو مسجد، كما لا يخلو بلد مِنْ سفارة أو قنصلية، وحتّى ولو افترضنا

= غير أنه قد يُقال: إن كان للمرأة وليّ ولم تنف المرأة وجوده، ثمّ أبرمت عقد زواجها بنفسها، فإنّه وفقا لهذا النص لا يكون نافذا في حق الوليّ وله فسخه سواء كان الزّوج كفؤا لها أم لا، وهذا ليس بالضرورة؛ لأن نصّ المادّة أطلق حق الثيب في تزويج نفسها ثمّ قيده في نصّ المادّة 23 بالكفء. كذلك ما الفرق بين حالة نفي وجود الوليّ ابتداءً، ثمّ ظهوره وبين وحالة تجاهله؟

نحن لا نرى أي فرق بينهما إلاّ إنْ كان الوليّ الذي ظهر كان غائبا أو مفقودا، بحيث لم تعلم به المرأة، وحتّى في هذه الحالة، فإنّه من المقرر أنّ الولاية تنتقل إلى الأبعد أو إلى القاضي، وقد نصّ عليها المشرّع الأردني في المادتين 11 و12. وسياق النص يُظهر أنّ المشرّع لم يكن يقصد هذه الحالة. وممّا يؤكد ذلك أنّ نصّ المادّة 22 قد أُلغي من مشروع قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 2010، وأُبقي على نصّ المادّة 13 الذي أصبح برقم 19.

(1) – انظر في هذه القواعد: أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1409هـ- 1989م، ص163- 164، وص185- 187؛ صالح بن محمد بن الحسن الأسمري، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، دار الصميعي، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1420هـ- 2000م، ص57- 60.

(2) – انظر في هذه القاعدة: أحمد بن محمد الزرقا، المرجع نفسه، ص483؛ صالح بن محمد، المرجع نفسه، ص112.

(3) – عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص149- 150.

انعدامها، رجعنا إلى الولاية العامّة للمسلمين، فتختار المرأة رجلا مِنَ المسلمين هناك ليزوّجها[1].

وقد ذكر القرطبي قولا حسنا في المسألة: **((وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ بِمَوْضِعٍ لاَ سُلْطَانَ فِيهِ وَلاَ وَلِيَّ لَهَا، فَإِنَّهَا تُصَيِّرُ أَمْرَهَا إِلَى مَنْ يُوثَقُ بِهِ مِنْ جِيرَانِهَا، فَيُزَوِّجُهَا وَيَكُونُ هُوَ وَلِيُّهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ؛ لأَنَّ النّاس لا بد لَهُمْ مِنَ التَّزْوِيجِ، وَإِنَّمَا يَعْمَلُونَ فِيهِ بِأَحْسَنِ مَا يُمْكِنُ، وَعَلَى هَذَا قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَرْأَةِ الضَّعِيفَةِ الحَالِ: أنّه يُزَوِّجُهَا مَنْ تُسْنِدُ أَمْرَهَا إِلَيْهِ؛ لأَنَّهَا مِمَّنْ تَضْعُفُ عَنِ السُّلْطَانِ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ لاَ سُلْطَانَ بِحَضْرَتِهَا، وَرَجَعَتْ فِي الجُمْلَةِ إِلَى أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَوْلِيَاؤُهَا، فَأَمَّا إِذَا صَيَّرَتْ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ وَتَرَكَتْ أَوْلِيَاءَهَا فَإِنَّهَا أَخَذَتِ الأَمْرَ مِنْ غَيْرِ وَجْهِهِ، وَفَعَلَتْ مَا يُنْكِرُهُ الحَاكِمُ عَلَيْهَا وَالْمُسْلِمُونَ، فَيُفْسَخُ ذَلِكَ النِّكَاحُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ حَقِيقَتَهُ حَرَامٌ))**[2].

أمّا حالة تولّي المرأة منصب الإمامة العظمى، أو منصب القضاء فقد أضحى اليوم أمرًا يكاد لا يجادل فيه أحد لاشتهاره وعمومه في غالب البلدان العربيّة والإسلامية، لاسيما في الجزائر التي أغلب قضاة الأحوال الشخصيّة فيها هم مِنْ فئة النّساء؛ فإنّنا نقول بصحّة عقد الزّواج الذي تتولاّه القاضية - قاضية شؤون الأسرة - لغيرها مِنَ النّساء دون

---

(1) – جاء في قرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث رقم 3/4: «...وَأَنَّ الْمَجْلِسَ يُوصِي النِّسَاءَ بِعَدَمِ تَجَاوُزِ أَوْلِيَاءِ أُمُورِهِنَّ، لِحِرْصِهِمْ عَلَى مَصْلَحَتِهِنَّ، وَرَغْبَتِهِمْ فِي الْأَزْوَاجِ الصَّالِحِينَ لَهُنَّ وَحِمَايَتِهِنَّ مِنَ تَلاعُبِ بَعْضِ الْخُطَّابِ بِهِنَّ... كَمَا يُوصِي الْمَجْلِسُ الْمَرَاكِزَ الْإِسْلامِيَّةَ مُرَاعَاةً مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمُ وَأَحْكَمُ إِلاَّ إِذَا لَمْ يُوجَدْ لِلْمَرْأَةِ وَلِيٌّ فَيَكُونُ الْمَرْكَزُ الْإِسْلامِيُّ وَلِيَّهَا فِي الْبِلادِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا قَضَاءٌ إِسْلامِيٌّ، وَمَعَ هَذَا يَرَى الْمَجْلِسُ أَنَّ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِمَّنْ يُرْضَى دِينُهُ وَخُلُقُهُ فَزَوَاجُهَا صَحِيحٌ».

البيان الختامي للدورة العادية الرابعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقدة في دبلن بإيرلندا، من 18–22 رجب 1420هـ الموافق 27–31 أكتوبر 1999م، القرار 4/3: هل للمرأة الحق في أن تبرم عقد زواجها دون تدخل وليها؟
http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=241

كما جاء في القرار 3/14: ((...وَقَدْ ذَهَبَ المَجْلِسُ بَعْدَ مُدَاوَلاَتِهِ إِلَى أَنَّ الحِرْصَ عَلَى مُوَافَقَةِ الوَلِيِّ عِنْدَ إِجْرَاءِ عَقْدِ الزَّوَاجِ مَطْلُوبٌ دِينِيًّا وَاجْتِمَاعِيًّا، لَكِنْ إِنْ اِقْتَضَى الحَالُ تَزْوِيجَ المَرْأَةِ بِدُونِ وَلِيٍّ لِظُرُوفٍ مُعَيَّنَةٍ كَتَعَذُّرِ إِذْنِهِ أَوْ كَعَضْلِهِ، فَلاَ بَأْسَ مِنْ العَمَلِ بِقَوْلِ مَنْ لاَ يَشْتَرِطُ الوَلِيَّ لِابْتِدَاءِ العَقْدِ، وَأَمَّا إِذَا تَمَّ العَقْدُ دُونَ وَلِيٍّ فَإِنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ، مُرَاعَاةً لِقَوْلِ المُخَالِفِ...)).

البيان الختامي للدورة العادية الرابع عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقدة بمقر الأمانة العامة بدبلن، في الفترة من: 14 محرم 1426 إلى 18 منه الموافق 23 فبراير 2005م إلى 27.
http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=282

(2) – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص468.

نفسها، أخذا بأحد أقوال الشّافعيّة وما نقل عن ابن حجر[1]؛ لأنّ النّبيّ ﷺ قال: «...فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»، ولأنّ السّلطان ذاته لا يعقد لنفسه وإنّما يعقد له مأذونه مِنَ الولاة، فمن باب أولى أنْ تأخذ المرأة هذا الحكم[2].

(1) – البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص125.

(2) – سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة محمد شاهين، مصر، 1280هـ، ج3، ص129.

المبحث الثاني

عدم صحّة مباشرة المرأة لعقد الزّواج مطلقا

بمقابل الرّأي الأوّل الذي يقول بصحّة إبرام المرأة لعقد الزّواج، على اختلاف أصحابه، نجد رأيًا آخر يقول بعدم صحّة هذا العقد، لكنّهم اختلفوا فيما بينهم مثل سابقيهم؛ فمنهم مَنْ جعل العقد باطلا أو مفسوخًا إذا تولّت المرأة العقد بنفسها لنفسها أو لغيرها، بل وليس لها أنْ توكل أمرها لغيرها ليعقد عليها، ومنهم مَنْ أعطاها حقّ تفويض الأمر لغيرها ليعقد عليها في حالات معيّنة.

المطلب الأول

القول بعدم صحّة مباشرة المرأة لعقد الزّواج ودليله

قرر كثير من الفقهاء، ومِنْ بعدهم المُشَرِّعُون عدم صحّة الزّواج الذي تجريه المرأة لنفسها أو لغيرها، وكانت لهم في ذلك- مثل خصومهم- أدلّة وحجج كثيرة، من القرآن ومن السنة ومن غيرهما، وهذا ما سنوضحه في فرعين متواليين.

الفرع الأول

القائلون بعدم صحّة تولي المرأة عقد الزّواج

قرّر أصحاب هذا الرّأي بأنّه لا يجوز للمرأة بحال أنْ تتولّى عقد الزّواج لا لنفسها ولا لغيرها، فكان هذا هو رأي جمهور الفقهاء مِنْ مالكيّة، وشافعيّة، وحنابلة، وظاهريّة، وإباضيّة، وزيديّة، بل مِنَ الحنفيّة مَنْ نُقِلَ عنه ذلك.

وهو ما أخذ به المشرّع اللّيبي والموريتاني والكويتي والإماراتي والقطري واليمني والعماني والبحريني، والمعمول به في المملكة العربيّة السّعودية باعتبارها تأخذ بالمذهب الحنبلي.

أولا: الحكم الذي قرره فقهاء الشريعة

قلنا فيما سبق، إن جمهور الفقهاء قرّر عدم صحّة الزّواج الذي تعقده المرأة، وأن من بين الحنفية من قال بذلك، وتفصيل هذا الأمر هو على النحو الآتي.

أ- قول أبي يوسف في تولي المرأة عقد الزّواج:

إذا رجعنا إلى تأصيل الأقوال في الفقه الإسلامي وبدأنا بالحنفيّة، فإنّنا نجد أنّ أبا يوسف قد جاءت عنه ثلاث روايات اُخْتُلِفَ في ترتيبها؛ أُولاَهَا أنّه لا يجوز لها عقد زواجها دون وليّ مطلقًا إذا كان لها وليّ، والثّانية أنّه يجوز إذا كان الزّوج كفؤًا، أمّا الثّالثة فهي جواز العقد سواء كان الزّوج كفؤا أم لا[1].

وقد ذكر التّرتيب الذي قدّمناه آنفا السّرخسي ومَنْ وافقه[2]، أمّا الطّحاوي[3] والكرخي فقالا: إنّ قوله الأخير هو عدم إمكان زواجها دون وليّ مطلقًا، وذكر ابن الهُمام ترجيح كلام الطحاوي والكرخي قائلا: ((وَرُجِّحَ قَوْلُ الشَّيْخَيْنِ؛ لأَنَّهُمَا أَقْدَمُ وَأَعْرَفُ بِمَذَاهِبِ أَصْحَابِنَا))[4].

ب- قول المالكية في تولي المرأة عقد الزّواج:

لا يصحّ عند المالكيّة زواج المرأة بكرا كانت أم ثيّبًا دون وليّ، بل يكون للوليّ المجبر كالأب أنْ يزوّج ابنته دون أخذ إذنها إنْ كانت بكرًا، ولو عنّست في المشهور، ولكنْ يستحبّ استئذانها. أمّا إنْ كانت ثيّبًا أو عانسًا في رواية ابن عبد البرّ، فيجب أخذ إذنها[5].

---

(1) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص246– 247.

(2) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص10؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117.

(3) – الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص13.

(4) – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص247. غير أنّه أكمل العبارة بأن ظاهر عبارة الهداية للمرغيناني هو اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه.

(5) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص22– 26؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ص231؛ العبدري؛ صالح عبد السميع، الثمر الداني، ص366؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص8.

والوليّ المقصود هنا هو الأب، فهو مَنْ له حقٌّ على ابنته، لكنْ في الثّيِّب حقّه أقل مِنْ حقّها، لذلك عليه استئمارها، بينما في البكر حقّه أكبر مِنْ حقها، فله أنْ يزوّجها دون إذنها.

قال ابن عبد البرّ: ((وَأَمّا مَالِكٌ فَتَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ أَنّهُ: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ» هَذِهِ جُمْلَتُهُ. وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنّ الشّرِيفَةَ وَالدّنِيّةَ[1] وَالسّوْدَاءَ وَالْمُسَالِمَةَ وَمَنْ لاَ خَطْبَ لَهَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ))[2]. وهو ما قاله ابن رشد الجدّ روايةً عن أشهب[3].

(1) – المرأة غير الشريفة أو الدنيئة عند المالكيّة هي المرأة التي لا يرغب فيها أو ليست ذات قدر من النّسب، أو علو من الحسب ككرم الآباء وصلاحهم، أو الجمال أو المال. وقد اختلفوا في بيان ذلك؛ فمثلوا لها بالمرأة المسلمانية، والمُعْتَقَة، والفقيرة، والتي تقف على الديار لتسأل أهلها والتي تقوم بما يخل بمروءتها، والسوداء، وهي النبطية أو كما روي عن مالك أنهم القبط يأتون من مصر.

انظر في ذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص226؛ الخرشي، شرح مختصر خليل مع حاشية العدوي، ج3، ص182.

وقال الدردير: الدنيّة هي الخالية مِنَ الجمال والمال والحسب والنّسب؛ والخلو من الحسب هو افتقار الأخلاق الكريمة من علم وحلم وتدبير وكرم ونحو ذلك، وأمّا الخالية مِنَ النّسب فهي بنت الزنا أو نكاح الشبهة أو المعتوقة. غير أنّ توافر صفتين في المرأة كافيان لجعلها شريفة، بل حتّى توافر صفة واحدة عند بعضهم. (الشرح الصغير، ج2، ص361– 362).

ونشير إلى أنّ مالكا رحمه الله لم يكن الوحيد الذي قال بالتفريق بين الشريفة والدنيئة، بل قال بذلك أيضا الليث بن سعد، حيث أجاز عقد زواج السوداء بغير ولي.

انظر في ذلك: أحمد بن علي الجصاص الرازي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ– 1995م، ج2، ص248.

وقد انتُقد هذا التصنيف، بل وهناك من شنّع على هذا الرأي كابن حزم حين قال: «وَأَمَّا قَوْلُ مَالِكٍ فَظَاهِرُ الفَسَادِ، لأَنّه فَرَّقَ بَيْنَ الدَّنِيَّةِ وَغَيْرِ الدَّنِيَّةِ، وَمَا عَلِمْنَا الدَّنَاءَةَ إلاّ مَعَاصِيَ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَمَّا السَّوْدَاءُ وَالمَوْلاَةُ فَقَدْ كَانَتْ أُمُّ أَيْمَنَ رضي الله عنها سَوْدَاءَ وَمَوْلاَةً، وَوَاللَّهِ مَا بَعْدَ أَزْوَاجِهِ عليه الصلاة والسلام فِي هَذِهِ الأُمَّةِ امْرَأَةٌ أَعْلَى قَدْرًا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى وَعِنْدَ أَهْلِ الإِسْلاَمِ كُلِّهِمْ مِنْهَا، وَأَمَّا الفَقِيرَةُ فَمَا الفَقْرُ دَنَاءَةٌ، فَقَدْ كَانَ فِي الأَنْبِيَاءِ عليهم الصلاة والسلام الفَقِيرُ الَّذِي أَهْلَكَهُ الفَقْرُ وَهُمْ أَهْلُ الشَّرَفِ وَالرِّفْعَةِ حَقًّا وَقَدْ كَانَ قَارُونُ، وَفِرْعَوْنُ، وَهَامَانُ مِنَ الْغِنَى بِحَيْثُ عُرِفَ وَهُمْ أَهْلُ الدَّنَاءَةِ وَالرَّذَالَةِ حَقًّا، وَأَمَّا النَّبَطِيَّةُ فَرُبَّ نَبَطِيَّةٍ لاَ يَطْمَعُ فِيهَا كَثِيرٌ مِنْ قُرَيْشٍ لِيَسَارِهَا، وَعُلُوِّ حَالِهَا فِي الدُّنْيَا، وَرُبَّ بِنْتِ خَلِيفَةٍ هَلَكَتْ فَاقَةً وَجَهْدًا وَضَيَاعًا».

انظر: ابن حزم، المحلى، ج9، ص456.

(2) – ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص35.

(3) – ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص369.

فالوليّ حسب رواية البغداديّين مِنْ شروط الصّحة، وهذا الأخير ما قاله ابن رشد الجد[1].

وقد جاء في المدوّنة ما نصّه: ((وَأَمَّا مَا عَقَدَتْهُ المَرْأَةُ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ عَلَى غَيْرِهَا... فَإِنَّ هَذَا يُفْسَخُ دَخَلَ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِغَيْرِ طَلاَقٍ وَلاَ مِيرَاثَ فِيه))[2]، أي بخلاف ما قاله ابن رشد الحفيد مِنْ أنّ مالكًا كان يرى بأن المتزوّجين دون وليّ يتوارثان، فعبارة المدوّنة تفيد صراحة بخلاف ذلك.

والفرق بين نوعي الفسخ؛ أنّ الفسخ بطلاق يوقعه الزّوج، ويحسب في عدد الطّلقات، ويتوارث فيه الزّوجان إنْ مات أحدهما قبل الآخر. أمّا الفسخ بغير طلاق فيوقعه الحاكم، ولا يحسب في عدد الطّلقات، ولا توارث فيه بينهما[3].

كما سُئل الإمام مالك عن المرأة ذات القدر التي تزوّجت بغير وليّ، ففوّضت أمرها إلى رجل، ثمّ رضي الوليّ بعد ذلك، فتوَقّفَ في المسألة، وأجاز ذلك ابن القاسم إنْ كان قريبًا، ولا يفسخ إنْ طال الزّمن وولدت الأولاد، وقال غيره لا تصحّ إجازته مِنَ الوليّ؛ لأنّه لم يعقده هو[4].

ولهذا فالمقصود بالزّواج دون وليّ كما ورد في المدوّنة ليس معناه أن تزوّج المرأة نفسها، بل تلك التي تفوّض أمرها لرجل غير وليّها الشّرعي، وهو واضح مِنْ عبارات المدوّنة[5].

كما جاء في المدوّنة: ((**قُلْتُ** -سحنون-: **أَرَأَيْتَ الثَّيِّبَ إِذَا اسْتَخْلَفَتْ عَلَى نَفْسِهَا رَجُلاً فَزَوَّجَهَا؟**

(1) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج10، ص105.

(2) - مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص181.

(3) - ابن جزي، القوانين الفقهية، ص349- 350.

(4) - مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص171.

عبارة «قريبا» قد تنصرف إلى إما إلى الرجل الذي زوّج، أو إلى الوليّ، أو إلى زمن العقد؛ فإن انصرفت إلى الرجل الذي تولى العقد فهو ولي ولكنه بعيد، فلا يسمى زواجا دون ولي، وإن انصرف إلى الولي فهو تحصيل حاصل وهذا مستبعد، فيبقى انصراف المعنى إلى زمن العقد، فيبادر الولي بإجازته بحيث يعتبر كأنه هو من عقده لقرب الزمن، كما له ألا يجيزه فيفسخ إلا أن يمر زمن طويل على الزواج، وتلد المرأة من زوجها هذا أولادا.

(5) - انظر في ذلك: مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص171 و 177-178 و 286 و291.

قَالَ- ابن القاسم- : قَالَ مَالِكٌ: أَمَّا الْمُعْتَقَةُ وَالْمُسَالِمَة وَالْمَرْأَةُ الْمِسْكِينَةُ تَكُونُ فِي الْقَرْيَةِ الَّتِي لاَ سُلْطَانَ فِيهَا، فإنّه رُبَّ قُرًى لَيْسَ فِيهَا سُلْطَانٌ فَتُفَوِّضُ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ لاَ بَأْسَ بِحَالِهِ أَوْ يَكُونُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ السُّلْطَانُ، فَتَكُونُ دَنِيَّةً لاَ خَطْبَ لَهَا كَمَا وَصَفْت لَك، قَالَ مَالِكٌ: فَلاَ أَرَى بَأْسًا أَنْ تَسْتَخْلِفَ عَلَى نَفْسِهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا وَيَجُوزُ ذَلِكَ))[1].

وينبني على هذا أنّ رواية ابن رشد الحفيد عن مالك ليست دقيقة؛ ذلك أنّ الإمام مالك لم يقل إنّ للمرأة غير الشّريفة أنْ توكل رجلا مِنَ النّاس ليزوّجها، بل قال رجلا لا بأس به، أي رجلا صالحا مِنَ المسلمين، وهذا يقتضي أنْ يكون صاحب دين ومروءة لا أي شخص أو زميل في العمل وما إلى ذلك. كما أنّ السّؤال تعلّق بالمرأة الثّيِّب، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ البكر ليس لها أنْ تفوض ذلك لرجل.

وقد أنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال إنّما صحّة الزّواج تتعلق بالأعجمية، التي ليس لها ولي، وكذلك روى أشهب نهي الإمام مالك عن تولية المرأة رجلا ليزوجها إن لم يكن لها ولي من النّسب، وقال: إن عُمِلَ بهذا ضاعت الفروج[2].

وروى ابن وهب عن الإمام مالك في المرأة التي زوّجها غير وليّ، يفرّق بين الزّوجين، دخل بها أم لم يدخل، إلاّ إذا أجاز ذلك الوليّ، أو السّلطان إنْ لم يكن لها وليّ، فإنْ فرّق بينهما كان ذلك طلاقا، وقال إنْ كانت المرأة وضيعة كالمعتقة والسّوداء وكان زواجها ظاهرًا معروفًا فهو أخفّ مِنْ كونها ذات قدر[3].

ويتأتّى ممّا سبق أمران: الأوّل أنّ مسألة عقد المرأة البالغة زواجها بنفسها أو لغيرها، لا خلاف فيه أنّه غير جائز؛ شريفة كانت أو دنيّة، بكرًا أو ثيّبًا، عاقلة أو سفيهة، أذن لها في ذلك وليّها أو لم يأذن[4]؛ فإنْ أبرمت عقد الزّواج فسخ قبل الدّخول وبعده، بطلاق في

(1) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص170.
الصحيح هو المسلمانية وليس المسالمة؛ وهي المرأة التي أسلمت من أهل الذمة وغيرهم.
(2) – الباجي، المنتقى، ج5، ص17– 18.
(3) – مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص166.
(4) – ابن عبد البر، الكافي، ص234؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص202؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص332– 333.

اختيار ابن القاسم[1].

والثّاني أنّ الدّنيئة يشترط حتّى يصحّ زواجها بالولاية العامّة[2]، ألاّ يكون هناك وليّ خاصّ مُجبِر، وألاّ تعقد الزّواج بنفسها أو تستخلف امرأة لتعقد عليها بل رجلاً صالحًا مِنَ المسلمين، فإنْ كان هناك وليٌّ خاصّ مجبر ومع ذلك تزوّجت بالولاية العامّة، فسخ العقد، وليس للوليّ الخاصّ إجازته.

فقد جاء في المدوّنة: ((قُلْتُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ امْرَأَةً زَوَّجَتْ نَفْسَهَا وَلَمْ تَسْتَخْلِفْ عَلَيْهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ أَمْرِ الأَوْلِيَاءِ وَهِيَ مِمَّنْ لاَ خَطْبَ لَهَا أَوْ هِيَ مِمَّنْ الخَطْبُ لَهَا؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لاَ يُقَرُّ هَذَا النِّكَاحُ أَبَدًا عَلَى حَالٍ وَإِنْ تَطَاوَلَ وَوَلَدَتْ مِنْهُ أَوْلاَدًا؛ لأَنَّهَا هِيَ عَقَدَتْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ فَلاَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى حَالٍ))[3].

ج- قول الشافعية والحنابلة في تولي المرأة عقد الزّواج:

الوليّ ركن في عقد الزّواج عند الشّافعيّة[4]، لا يصحّ بدونه، فلا تملك المرأة الحقّ في أنْ تزوّج نفسها، سواء بإذن أو دون إذن، وسواء كانت عبارتها إيجابًا أو قَبولاً، إذْ مِنْ

---

(1) – مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص184– 185؛ ابن عبد البر، الكافي، ص234؛ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص379؛ عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص480– 481؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص90؛ الباجي، المنتقى، ج5، ص13.

(2) – النفراوي، الفواكه الدواني؛ ج2، ص11– 12؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج3، ص182؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص226.

وحتّى زواج الدنيئة بالولاية العامة مختلف في جوازه؛ فقال ابن القاسم بجوازه ابتداءً وهو المشهور، وقال أشهب لا يجوز ابتداءً ولكنه يصح إن وقع، أي بإجازة الولي.

انظر في ذلك: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص11؛ العدوي، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، ج3، ص182؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج5، ص60– 61.

(3) – مالك بن أنس، المدوّنة، مج2، ج4، ص179.

(4) – الشربيني، الإقناع، ج2، ص241– 242؛ مغني المحتاج، ج3، ص198– 199؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص149؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص123– 124؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص225؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص397؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص221؛ الشرواني، حواشي تحفة المحتاج، ج7، ص236– 237؛ محمد الحسيني الحصني، كفاية الأخيار، ص473– 474؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، ص364.

وقد نقل ابن المنذر إجماع الصحابة على عدم صحّة زواج المرأة دون وليّ.

انظر في ذلك: النووي، المجموع، ج17، ص243؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص94؛ الصنعاني، سبل =

شروط الولاية كما سبق الذّكورة، كما لا يليق بمحاسن العادات دخولها إلى محافل الرّجال، لما يعرف عليها مِنَ الحياء. كما لا يصحّ أنْ تزوّج غيرها لا بولاية ولا بوكالة.

فإذا لم يكن لها وليّ ترجع إليه، جاز لها أن تفوّض أمرها إلى مجتهد عدْل ليزوّجها بناءً على الصّحيح في جواز التّحكيم؛ لأنّه بمثابة الحاكم، وقيل حتّى ولو لم يكن مجتهدًا، ولو مع وجود الحاكم في السّفر والحضر في قول ابن المقري، وهو اختيار النّووي بشرط عدم وجود القاضي وكون المرأة في سفر[1]. على أنّ الرّملي يرى أنّ مدار ذلك على وجود القاضي مِنْ عدمه وليس على السّفر[2].

وأورد الماوردي في المرأة التي ليس لها وليّ مِنَ النّسب، وكانت في بلد لا حاكم فيه ثلاثة أوجه كما سبق وأشرنا؛ أوّلها أنْ لا تتزوّج حتّى تجد وليًّا لها مِنْ نسب أو بحكم[3].

ويترتّب على الزّواج دون وليّ بطلان العقد، فإنْ دخل الزّوج بها فُرِّق بينهما، وثبت للمرأة مهر المثل، ولا يطبّق على الرّجل حدّ الزّنا؛ لأنّه عقدُ شبهة بسبب اختلاف العلماء في صحّته، لكنّه يعزّر مِنْ طرف القاضي بما يراه مناسبًا[4].

ومثلما هو عليه الأمر عند الشّافعيّة، نجد الحنابلة يقولون بأنّه لا يصحّ زواج المرأة إلاّ بوليّ، بكرا كانت أم ثيّبًا، فلا يصحّ أنْ تزوّج نفسها ولاَ أنْ توكل شخصًا غير وليّها لتزويجها، وهذا هو المعروف في المذهب[5].

= السلام، ج3، ص323؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص76؛ حمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، الطبعة الثّانية، المدينة المنورة، السعودية، 1388هـ - 1968م، ج6، ص101.

(1) - النووي، روضة الطالبين، ج5، ص398- 399؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص224.

(2) - الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص224.

(3) - الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص50.

(4) - مصطفى الخن، المرجع السابق، ج4، ص62.

(5) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص345؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج6، ص103- 104؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص111- 112؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص66؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص258-265؛ إبراهيم بن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص139-140؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، =

د- قول الظاهرية في تولي المرأة عقد الزّواج:

في المذهب الظّاهري، اتّفق داود – أبو سليمان – وابن حزم في شأن البالغة البكر، فكلاهما يجعل الولاية عليها واجبة، فلا تزوّج نفسها بحال، غير أنّهما يختلفان في الثّيِّب البالغة؛ فالأوّل يعطي لها الحقّ أنْ تولي أمرها مَنْ شاءت مِنَ المسلمين ليزوّجها ولا اعتراض للوليّ على ذلك، بينما يرى الثّاني أنّه مشترط في البكر والثّيِّب على السّواء[1]. وقد بيّن ابن حزم هذا بقوله في المحلّى[2]:

((وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي سُلَيْمَانَ [داود] فَإِنَّمَا عُوِّلَ عَلَى الخَبَرِ الثَّابِتِ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ قَوْلِهِ: «البِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا وَالثيّب أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا». وَهَذَا لَوْ لَمْ يَأْتِ غَيْرُهُ لَكَانَ كَمَا قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ، لَكِنَّ قَوْلَهُ ﷺ أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وليّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ عُمُومٌ لِكُلِّ امْرَأَةٍ ثَيِّبٍ أَوْ بِكْرٍ. وَبَيَانُ هَذَا القَوْلِ: أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ ﷺ وَالثيّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا أنّه لاَ يَنْفُذُ فِيهَا أَمْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَلاَ تَنْكِحُ إلاّ مَنْ شَاءَتْ، فَإِذَا أَرَادَتْ النِّكَاحَ لَمْ يَجُزْ لَهَا إلاّ بِإِذْنِ وليّهَا، فَإِنْ أَبَى أَنْكَحَهُمَا السُّلْطَانُ عَلَى رَغْمِ أَنْفِ الوليّ الآبي)).

بمعنى أنّ الحقّ مع داود إنْ كان حديث الثّيِّب السّابق وحده، لكنْ وجود حديث الوليّ يقيّده، ويجعل لها أمر الانتقاء والاختيار بكلّ حرّيّة، فإنْ عزمت على الزّواج بمن اختارته، ذكرت ذلك لوليّها فقام هو بعقد زواجها.

هـ- قول الإباضية في تولي المرأة عقد الزّواج:

المذهب الإباضيّ على مثل ما هو عليه الجمهور في اشتراط الولاية على المرأة البالغة بكرًا كانت أم ثيِّبًا، فلا يصحّ لها أنْ تزوّج نفسها ولو أذن لها في ذلك، والقول بأنّ الثّيِّب «أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»، معناه أنّ حكمها بيدها وبيد وليّها أيضًا، لكنّه بيدها أقوى،

= ص256؛ محمد بن العثيمين؛ الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، ص69-71.

(1) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص455.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص457.

غير أن الدكتور عبد القادر بن داود (المرجع السابق، ص88)، جعل قولي دواد الظاهري وابن حزم قولا واحدا، وهو خطأ بيّن، وعبارة ابن حزم المذكورة في المتن تُظْهِرُ ذلك.

فلو أرادت أنْ تتزوّج برجل كفءٍ وأبى وليّها ذلك، أو أرادت شخصًا ووليّها أراد آخر وهما كفؤان، فالقول قولها[1].

و- قول الزيدية في تولي المرأة عقد الزواج:

يرى فقهاء الزّيديّة أيضًا، وجوب الولاية على المرأة، فلا يصحّ أنْ تزوّج نفسها ولا غيرها لا بولاية ولا بوكالة، إذْ لا ولاية للمرأة؛ فإذا زوّجت نفسها وأجاز ذلك الوليّ، جاز في رواية أبي العبّاس، وفي قول المؤيد بالله لا يصحّ ذلك، سواء كانت الإجازة في مجلس العقد، بأنْ عقدت هي وكان حاضرًا، أو في غير مجلس العقد، وهو المختار[2].

ثانيا: الحكم الذي قررته التشريعات العربية

إنّ المشرّع الجزائريّ رغم جعله الوليّ شرطًا لصحّة عقد الزّواج بموجب نصّ المادّة 09، إلاّ أنّه أعطى المرأة سلطة العقد بحضور الوليّ[3]، وقرّر فسخه قبل الدّخول وثبوته بعده بصداق المثل إذا كان الوليّ واجبًا[4]. وقد بيّنّا سابقًا بأنّه ليس واجبًا - بمقتضى نصوص تقنين الأسرة- في حقّ المرأة الرّاشدة، وعليه، فإنّه يصحّ دون وليّ قبل وبعد الدّخول.

أمّا قضاءً فكانت المحاكم الجزائريّة غداة الاستقلال تقضي بعدم صحّة عقد المرأة لنفسها، ومِنْ ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا – المجلس الأعلى سابقًا – بتاريخ 1966/12/07: ((لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا، وَأَنَّ حُضُورَ وَلِيِّهَا إِلَى جَانِبِهَا هُوَ شَرْطٌ أَسَاسِيٌّ، وَإِلاَّ كَانَ العَقْدُ بَاطِلاً بُطْلاَنًا مُطْلَقًا، يَقْضِي بِهِ القَاضِي مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهِ))[5].

---

(1) – إطفيش، شرح كتاب النيل، ج6، ص102- 105.

(2) – الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص22- 24.

(3) – المادّة 11 من تقنين الأسرة.

(4) – المادّة 33 من تقنين الأسرة.

(5) – قرار غير منشور، ذكره: بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص122.

علّقت الدكتورة بن جاب الله بعد صدور تقنين الأسرة سنة 1984، بأن هناك اضطرابا شديدا عند المشرّع في استعمال مصطلح «عقد»، ففي اللغة الفرنسية والتقاليد القانونيّة الفرنسية نُحَال إلى النظرية العامة للالتزامات، أما في فكر المشرّع الجزائريّ وفي التقاليد الإسلامية، الزّواج هو شيء شبه مقدس، وأن شروط صحته هي بمثابة ركائز مقدسة وليست =

وحاليًّا لم نجد قرارات أو أحكام قضائيّة تنطق صريحًا بما كان عليه الأمر في القرار المذكور أعلاه، إلاّ أنّ المعمول به في المحاكم لتثبيت الزّواج العرفي هو اشتراط الوليّ وإلاّ رفض القاضي تثبيته[1]، وحتّى على مستوى البلديّة فإنّ ضابط الحالة المدنيّة يشترط حضور وموافقة الوليّ أمامه، بل وفي كثير مِنَ الأحيان يطلب حضور الأب دون غيره.

إذا كانت الدّول التي ذكرناها سابقا قد اتفقت على عدم صحّة الزّواج الذي يتمّ مِنْ دون وليّ أو بانفراد المرأة، فإنّها اختلفت في كونه فاسدًا أو باطلا؛ فقرّرت أغلب التّشريعات فساده، بينما قرّر البعض بطلانه.

نجد أنّ المشرّع اللّيبي[2]، والموريتاني[3]، والكويتي[4]، والقطري[5]، قد نصّ

= مجرد شروط عادية، بخلاف الكتاب المعربين اللذين يجعلون الزّواج شرطا (ميثاقا) لا عقدا!.
V: BENDJABALLAH Souad, op. cit. pp. 15- 16.
ولسنا ندري أي عقد أقدس من عقد الزّواج، وهو الذي تتبني عليه الأسر والمجتمعات، ولم يبلغ إلى علمنا أن هناك شخصا واحدا أو كاتبا عربيا يعتبر الزّواج شرطا، ميثاقا نعم، أما شرطا فلا.

(1) – انظر في ذلك: حكم محكمة سعيدة؛ قضية (س. ع م) و (ط. م)، رقم 2008/437، بتاريخ 2008/02/09؛ وقضية (ع. ل) و (ر. ف)، رقم 2008/541، بتاريخ 16/ 02/ 2008؛ قضية (ق. ع ك) و (ق. خ)، رقم 09/2697، بتاريخ 2010/01/07؛ قضية (ب. د) و (ع. ع) رقم 2512، بتاريخ 2010/01/17؛ محكمة ورقلة: قضية (ك. أ خ) و (ح. ق)، رقم 07/243، بتاريخ 2007/01/30.
وقد لاحظنا في هذه القضايا أن القضاة يجعلون الوليّ ركنا في العقد دون تمييز بين العقد الذي أبرم قبل 2005/02/27 وبين العقد الذي أبرم بعد هذا التاريخ.
الزّواج العرفي الذي نقصده هنا هو ما استجمع شروطه وأركانه كاملة ولم يبق إلاّ توثيقه لدى المصالح المختصة، أما الزّواج العرفي في عمومه فله عدة صور منها: الزّواج دون ولي، أو دون وليّ وشهود، أو الزّواج بالدّم، والزّواج عن طريق الأنترنت.
انظر في تفصيل ذلك: جمال الضمراني، المرجع السابق، ص216–219؛ سعيد عبد العظيم، الزّواج العرفي، دار القمة – دار الإيمان، الطبعة الثّانية، الإسكندرية، مصر، 2002م، ص8 و ص14– 15؛ حمدي عبد المنعم شلبي، الأحكام الفقهية لعقود الزيجات العرفية، مجلة البحوث الفقهية والقانونيّة، جامعة الأزهر، العدد السادس عشر، الجزء الأول، مطبعة البحيرة لطباعة الأوفست، دمنهور، مصر، 1422هـ– 2001م، ص88 وما بعدها.

(2) – نصّ المادّة 16 ليبي.

(3) – نصّ المادّة 49 موريتاني.

(4) – نصّ المادّة 50 كويتي.

(5) – نصّ المادّة 51 قطري.

جميعهم على أنّ عقد الزّواج إذا لم يبرمه الولي بل تمّ مِنْ قِبَلِ المرأة، كان فاسدًا. بينما نصّ كل مِنَ المشرّع الإماراتي[1]، واليمني[2]، والعماني[3]، على أنّه عقد باطل.

ومعلوم أنّ العقد الباطل لا يرتّب أثرا لا قبل الدّخول ولا بعده، وهو ما قال به المشرّع العُماني مِنْ خلال نصوص المواد 40- 43، بينما رتّب المشرّعان الإماراتي واليمني على الزّواج الذي يتمّ دون وليّ آثارًا بعد الدّخول رغم قولهما ببطلانه؛ حيث يثبت به النّسب عند المشرّع الإماراتي، بعد التّفريق بين الزّوجين، بموجب نصّ المادّة 39، ويثبت به المهر والعدّة والنّسب وحرمة المصاهرة، ويسقط الحدّ عن الداخل إنْ كان جاهلاً بعدم صحّة العقد عند المشرع اليمني بموجب نص المادة 32. في حين نجد أنّ العقد الفاسد لا يرتّب أثرا قبل الدّخول، أمّا بعده فتترتّب عليه عدة آثار هي: المهر، العدّة، النّسب، وحرمة المصاهرة[4].

أمّا البحرين فكان لها وضع خاصٌّ نوعا ما؛ حيث يجعل نصّ المادّة 26 الوليّ شرطًا لصحّة العقد، وإذا عقد دون وليّ صحّ إنْ تمّ الدّخول، شرط أنْ يكون قد وقع صحيحًا وفق قانون محلّ إبرامه، غير أنّه إذا كانت المرأة بحرينيّة وجب موافقة الوليّ وقت إثبات العقد. ووفقا لنصّ المادّة 41 هو عقد غير صحيح ولا يرتّب أثرًا قبل الدّخول[5]، ولا يرتّب أثرا بعد الدّخول إنْ تخلّف الوليّ والشاهدان معًا، أمّا إذا تخلّف الوليّ فقط، فتثبت جميع الأمور التي ذكرناها، بما فيها النّفقة، في حالِ جهل المرأة بفساد العقد.

الفرع الثاني

أدلة القائلين بعدم صحّة عقد المرأة للزّواج

مثلما استدلّ المنكرون لشرط الوليّ في زواج المرأة البالغة العاقلة بأدلّة مِنَ القرآن ومِنَ السّنّة، ومِنَ الآثار والمعقول، قام المثبتون له بالاستدلال بنفس الطّريقة على النّحو الآتي.

(1) – نصّ المادّة 39 إماراتي.
(2) – نصّ المادّة 31 يمني.
(3) – نصّ المادّة 16 الذي يجعل من الوليّ ركنا، ونصوص المواد 40 إلى 43.
(4) – نصّ المادّة 16 ليبي، ونصّ المادّة 51 موريتاني؛ ويكون الفسخ بطلاق طبقا لنص المادّة 50، ونصّ المادّة 50 كويتي، ونصّ المادّة 51 قطري الذي يضيف النفقة إن كانت المرأة جاهلة بأن الزّواج فاسد.
(5) – نصّ المادة 42 بحريني.

أولا: الأدلة القرآنية

أ- **الاستدلال بالآية المتضمنة للعضل:**

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ...﴿٢٣٢﴾﴾[1].

هذه الآية وإنْ كان قد استدلّ بها مَنْ قال بعدم اشتراط الوليّ، فإنّه قد استدلّ بها أيضًا مَنْ اشترط وجوده؛ فقال الشّافعي بشأنها[2]: إنّها أبين آية في كتاب الله تعالى على أنّه ليس للمرأة أنْ تتزوّج مِنْ غير وليّ؛ فقول الله: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ﴾، خطابٌ للأزواج، وقوله: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾، أي انقضت عدّتهنّ، وقوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، خطابٌ للأولياء بعدم منع مَنْ هنّ تحت ولايتهنّ مِنَ الزّواج بأزواجهن إنْ لم يَبُتُّوا طلاقهنّ؛ لأنّه لا يُؤمر بعدم عضل المرأة إلاّ مَنْ كان له سبب إلى العضل بأنْ يكون لا يتمّ الزّواج إلاّ به.

فالخطاب هنا ليس للأزواج، ودليل ذلك أنّ قوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾، يقتضي انقضاء العدة، وبه لا يكون للزّوج على المرأة سبيل، وليس المعنى قرب انتهائها؛ لأن الآية التي قبلها: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...﴿٢٣١﴾﴾، هي مَنْ تفيد قرب انتهائها، حيث إنّها نهت إرجاع الزّوجة ليعضلها ضِرارًا، ومِنْ ثمّ فإنّ المرأة التي شارفت عدّتها على الانتهاء لا يحلّ لها أنْ تتزوّج آخر ما دامت لم تنته العدّة، بخلاف مَنْ انتهت عدّتها.

وقد أورد صاحب التّحرير والتّنوير استدلالا قيِّمًا بهذه الآية، فقال[3]: إنّ المراد بهذه الآية مخاطبة أولياء النّساء بعدم منعهنّ مِنْ مراجعة أزواجهنّ، فالله في الآية التي قبلها أمر المُطَلِّقِين بإمساك نسائهنّ بمعروف ورغَّبهم فيه؛ لأنّه علم أنّ المرأة إذا رأت مِنَ الرّجل الذي عاشرته رغبة في إرجاعها لم تلبث أنْ ترضى بذلك، فإذا جاء منعٌ فإنّما يجيء مِنَ الأولياء،

(1) - من الآية 232 من سورة البقرة.

(2) - الشافعي، الأم، ج6، ص32 و ص371- 372 و ص426- 427؛ المزني، المختصر، ص220؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص37.

(3)- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، ج2، ص425-428.

وقد عُرِف في الجاهلية وما قاربها أنّ الأولياء تكون لهم أَنَفَة مِنْ أصهارهم عند وقوع الشّقاق، ولربّما رأوا أنّ الطّلاق استخفافٌ بالأولياء، فحملهم ذلك على الانتقام منهم إذا رأوا مِنْ أصهارهم النّدامة ورغبةَ المُراجعةِ.

والخطاب موجّه إلى جميع المسلمين، فكلّ شخص يصحّ منه الطّلاق إذا كان زوجًا، ويصحّ منه العضل إذا كان وليًّا، غير أنّ المُسْنَد إليه في الطّلاق غير المسند إليه في العضل، فيكون خطابُ «طَلَّقْتُمُ» للأزواج، وخطاب ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء، وقد سماهم الله أزواجًا مجازًا باعتبار ما كان، ولقرب حالة الزّواج، وهنا إشارة إلى أنّ المنع ظلم، فمن كانوا أزواجًا مِنْ قبل أحقّ بالرّجعة.

وأمّا قوله تعالى: ﴿إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾، فهو شرط للنّهي، ذلك أنّ الوليّ إذا علم عدم التّراضي، وأنّ المراجعة فيها فساد، كان له أنْ يمنع مَنْ هي تحت ولايته نُصْحًا لها، فإنْ وجد التّراضي فلا حقّ له في ذلك؛ لأنّه ليس أدرى منها بميلها.

وحاصل الأمر أنّ الله أشار إلى حقّين: حقّ الوليّ، ولذلك نهاه عن العضل؛ لأنّه لو لم يكن له ذلك الحقّ لما نهاه عنهن، وليس كما يقال بأنّه مُنِعَ ممّا ليس بحقّ له؛ لأنّه لو كان صحيحًا لكفى النّهي عن البغي والعدوان، ولكان الخطاب بعبارة «مَا يَكُونُ لَكُمُ» ونحوها؛ وحقّ المرأة في الرّضا، لذا أسند النّكاح إلى ضمير النّساء. ولا خلاف في أنّ رضاها بالزّوج هو العقد المسمّى بالنّكاح، ولا جبر في هذه الآية؛ لأنّها متعلّقة بالأيامى، ولا جبر على الأيّم باتّفاق العلماء.

كما أنّ هذه الآية نزلت في معقِل بن يسار في أشهر الأقوال[1]، حيث إنّ أخته طُلِّقت

(1)- قيل بأنها نزلت في معقل بن يسار في أخت له، وقيل إنها نزلت في جابر بن عبد الله مع بنت عمّ له، وقيل بأنها نزلت في كل امرأة منعها أولياؤها من الرجوع إلى زوجها.
انظر في ذلك: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ص631-632؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص37-38؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص119- 120؛ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1415هـ- 1995م، ج1، ص113؛ عبد الرحمن جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مكتب البحوث والدراسات العربيّة والإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1424هـ- 2003م، ج2، ص705-706؛ الثعلبي، =

مِنْ قِبَل زوجها، وبعد انقضاء العدّة تراضيا أنْ يرجعها، فعضلها معقل وحلف أنّه لن يزوّجَها له، فأمره الله تعالى بمقتضى هذه الآية أنْ يزوّجها، ففعل[1].

ب- **الاستدلال بالآية المتعلقة بإنكاح المشركين**:

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ ...﴿٢٢١﴾﴾[2].

فهذا خطاب للأولياء بأنّ لا يزوّجوا المسلمات للمشركين، فلو كان جائزًا لهنّ أنْ يزوّجن أنفسهنّ لما دلّت هذه الآية على تحريم ذلك، ومَنْ يقول بأنّه يجوز لها أنْ تزوّج نفسها يقتضي كلامه أنّ الآية لم تفِ بالدّلالة على تحريم تزويج المشركين للمسلمات؛ لأنها دلّت على نهي الأولياء مِنْ تزويج المشركين لا على نهي المسلمات مِنْ تزويج أنفسهنّ مِنَ المشركين، والخطاب الموجه للأولياء دالٌّ على أنّه ليس للمرأة ولاية في عقد الزّواج[3].

وقد نقل القرطبي[4] في تفسيره لهذه الآية بأنّ فيها دليلاً على أنْ لا نكاح إلاّ بوليّ. وذُكِرَ أنّ أبا جعفر محمد بن علي قال: ((الوَلِيُّ في كِتَابِ اللَّه))، ثمّ قرأ هذه الآية[5]، وأنّها دليلٌ على أنّ الأولياء أحقّ مِنَ المرأة بتزويجها[6]. وعلّق ابن العربي على قول أبي جعفر بأنّ هذه مسألة بديعة ودلالة صحيحة[7].

= الكشف والبيان، ج2، ص178-179؛ الماوردي، النكت والعيون، ج1، ص299؛ ابن عطية، المحرر الوجيز، ج1، ص310؛ الزمخشري، الكشاف، ج1، ص454؛ محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1413هـ-1993م، ج2، ص220؛ محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1428هـ- 2007م، ص156- 157.

(1)- سنورد الحديث كاملا في الأدلة السنية، في الصفحة 345.

(2)- من الآية 221 من سورة البقرة.

(3)- ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص471- 472؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص331-332.

(4)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص462.

(5)- الطبري، جامع البيان، مج4، ص370؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص219؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص462.

(6)- الطبري، جامع البيان، مج4، ص370.

(7) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص219.

ج- **الاستدلال بالآية المتضمنة نكاح النساء بإذن أهليهن:**

قال الله عز وجل: ﴿...فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ...﴿٢٥﴾﴾[1].

هذه الآية تتعلّق بالإماء، غير أنّ الشّافعي استدلّ بها على أنّ المرأة البالغة العاقلة لا يصحّ زواجها إلاّ بإذن الوليّ[2]، فهي لا تنصرف فقط إلى الرّقيق في حالة الرّق؛ لأن الضّمير هنا عائد إلى الإماء، والأمة ذاتٌ موصوفة بصفة الرّق، وهذه الصّفة زائلة أي عرضيّة، فإذا زالت عنها هذه الصّفة بأنْ أصبحت حرّة، بقي الحكم ساريًا بأنّه ليس لها أنْ تتزوّج بغير إذن وليّها[3].

وهي دليل على أنّه لو كان للنّساء ولاية على أنفسهنّ لكان التّكليف موجّها إليهنّ[4] مثلما هو الأمر في التّصرفات الخاصّة بهنّ، كالتّربّص للعدّة في قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ...﴿٢٢٨﴾﴾[5]، وآية الحجاب في قوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنۡهَاۖ وَلۡيَضۡرِبۡنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّۖ ...﴿٣١﴾﴾[6]، فيكون الأولياء بالنّسبة إليهنّ كالأجانب، فلا يوجّه إليهم أيّ تكليف يتعلّق بزواجهنّ أو أيّ تصرّف يجوز لهنّ كالبيع والهبة والإيجار ونحو ذلك ممّا يجوز لهنّ الاستقلال به[7].

د- **الاستدلال بآية إنكاح الأيامى:**

قال الله عزّ وجل: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ...﴿٣٢﴾﴾[8].

---

(1) – من الآية 25 من سورة النساء.

(2) – انظر في هذا القول: محمد بن إدريس الشافعي، تفسير الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الخرطوم، السودان، 2004م، دار التدمرية، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ- 2006م، مج2، ص584.

(3) – الرازي، مفاتيح الغيب، ج10، ص63؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج6، ص323.

(4) – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص436؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص44.

(5) – من الآية 228 من سورة البقرة.

(6) – من الآية 31 من سورة النور.

(7) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص194.

(8) – من الآية 32 من سورة النور.

هذه الآية مِنْ بين أقوى الأدلة عند الجمهور في اشتراط الوليّ، وأنّه ليس للمرأة أنْ تعقد لنفسها أو لغيرها؛ لأن فيها أمرًا مِنَ اللّه للأولياء بالقيام بتزويجها، ويدّل على ذلك:

- ❖ أنّ الخطاب موجّه للرّجال دون النّساء[1]، والصّحيح أنّهم الأولياء وليس الأزواج؛ لأن الخطاب جاء بلفظ «**وَأَنكِحُواْ**» بالهمزة، ولو قصد الأزواج لكان بلفظ «**وَانْكِحُوا**» دون همزة[2].
- ❖ أنّ الخطاب لمّا كان موجّهًا إلى غير النّساء، فلم يقل «**وَلْيَنْكِحِ الأَيَامَى مِنْكُمْ**»، دلّ على أنّه ليس لهنّ تزويج أنفسهنّ[3].
- ❖ أنّ اللّه تعالى خاطب الأولياء بصيغة الأمر والتي تدلّ على الوجوب، فبيّن ذلك أنّهم مكلّفون بتزويج النّساء[4].
- ❖ أنّ اللّه أمر المخاطبين بتزويج نسائهم، كما أمرهم بتزويج عبيدهم وإمائهم، وهذا يدلّ على أنّ تزويج المرأة الحرّة يكون للأولياء، وتزويج الأرقّاء إلى الأسياد؛ لأن الخطاب واحد[5]. وهذا هو المقصود مِنْ كلام الطّبري في تفسير هذه الآية بأنّ اللّه تعالى يقول: ((وَزَوِّجُوا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ مَنْ لاَ زَوْجَ لَهُ مِنْ أَحْرَارِ رِجَالِكُمْ وَنِسَائِكُمْ، وَمِنْ أَهْلِ الصَّلاَحِ مِنْ عَبِيدِكُمِ وَمَمَالِيكِكُمْ))[6].

هـ- الاستدلال بالآية المتضمنة العفو عن المهر:

قال اللّه تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ

(1) – القرافي، الذخيرة، ج4، ص201؛ النووي، المجموع، ج17، ص255؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص451؛ ابن عثيمين، الشرح الممتع، ج12، ص69.

(2) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص391.

(3) – ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص471– 472.

وفي هذا المعنى: ابن عثيمين، الشرح الممتع، ج12، ص69.

(4) – ابن قدامة، المغني، ج11، ص438؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص534؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج7، ص143، هامش رقم2.

(5) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص392؛ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص262؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص469.

(6) – الطبري، جامع البيان، ج17، ص274.

﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ...﴿٢٣٧﴾﴾[1].

جعل جمهور الفقهاء هذه الآية مِنْ بين الأدلة على اشتراط الوليّ في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة، وقالوا بأنّ المقصود بالذي بيده عقدة النّكاح هو الوليّ[2]، ويتبيّن ذلك مِنْ عدّة وجوه[3]:

الوجه الأوّل: أنّ الله تعالى بدأ بمخاطبة الأزواج، ثمّ عدل إلى مخاطبة النّساء بقوله: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾، ثمّ أرسل قوله: ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾، وهو قولٌ إلى غيرِ مُوَاجَهٍ، والزّوج مواجهٌ بالخطاب، والزّوجة ذكرت بلفظ التّأنيث، فبقي شخص ثالثٌ غير مُوَاجَهٍ أتى بلفظ المذكّر، فكان لا بدّ أنْ ينصرف إلى الوليّ.

الوجه الثّاني: أنّ الزّوج لم تبقَ بيده عقدة النّكاح؛ لأنّه قد طلّق، والوليّ هو الذي يملك تزويجها، فيُحْمَلُ الخطاب على الحقيقة لا على المجاز والإضمار.

الوجه الثّالث: أنّ الزّوج يملك الاستمتاع بالزّوجة، بينما الوليّ يملك عقدة الزّواج، فكان الأولى حمل الخطاب على مَنْ يملك عقدة الزّواج أوّلاً، لا على مَنْ يملك الاستمتاع بعد ذلك.

الوجه الرّابع: أنّ الزّوج مدينٌ بباقي نصف الصّداق؛ فكان الأولى توجّه الخطاب بالعفو إلى مستحقّ الدّين وليس إلى المدين.

---

(1) – من الآية 237 من سورة البقرة.

(2) – اختلف الفقهاء في المقصود بمن بيده عقدة النكاح؛ فقال جماعة: إنّه الوليّ، وخصّه الإمام مالك بالوليّ المُجْبِر، وهو أب البكر والسيد في الأمة، وقال آخرون: إنّه الزّوج.

انظر في ذلك: ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص117 وما بعدها؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص293–294؛ ابن قدامة، المغني، ج10، ص160–161؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص511– 513.

(3) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص515؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص294–295؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص153–155؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج4، ص221–222؛ الزمخشري، الكشاف، ج1، ص463– 464؛ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج2، ص463–464.

و- **الاستدلال بالآية المتضمنة زواج النبي موسى عليه السلام:**

قال الله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ ...﴿٢٧﴾﴾[1].

هذه الآية قصّت علينا زواج النّبيّ موسى بابنة النّبي شعيب عليه السلام -أو صالح مدين-، وفيها دليلٌ على أنّ التّزويج هو للوليّ وليس للمرأة، لا أصالة عن نفسها ولا نيابةً عن غيرها، فشعيب عليه السلام هو الذي تولّى عقد زواج ابنته[2].

قال ابن العربي في المسألة العشرين مِنْ استدلالات هذه الآية: ((قَالَ عُلَمَاؤُنَا: فِي هَذِهِ الآيَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ إلَى الوليّ، لاَ حَظَّ لِلْمَرْأَةِ فِيهِ؛ لأن صَالِحَ مَدْيَنَ تَوَلاَّهُ. وَبِهِ قَالَ فُقَهَاءُ الأَمْصَارِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لاَ يَفْتَقِرُ النِّكَاحُ إلَى وليّ، وَعَجَبًا لَهُ، مَتَى رَأَى امْرَأَةً قَطُّ عَقَدَتْ نِكَاحَ نَفْسِهَا!)).

ثانيا: الأدلة من السنة

أ- **الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ»**[3].

يعتبر هذا الحديث أقوى دليل في المسألة المطروحة على أنّ الوليّ مشترطٌ لصحّة زواج المرأة، وهو دليلٌ مِنْ جهتين: جهة المنطوق وجهة المفهوم؛ فأمّا جهة المنطوق فبيّنة على أنّه لا يصحّ الزّواج مِنْ دون وليّ، وأمّا جهة المفهوم في الدّلالة على أنْ ليس للمرأة أن تباشر عقد الزّواج لنفسها أو لغيرها[4]. وهو عامٌّ في النّساء؛ صغيرةً أو كبيرةً، بكرًا أو ثيّبًا، شريفةً أو

(1) – من الآية 27 من سورة القصص.

(2) – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص261؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص505؛ أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط، ج7، ص110؛ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج20، ص109؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص325.

(3) – سبق تخريجه في الصفحة 81.

(4) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص331.

دنيّةً[1].

ب- **الاستدلال بحديث بطلان الزواج دون إذن الولي:**

قال النّبيّ صلى الله عليه وسلم : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ»[2].

هذا الحديث دليل على عدم صحّة زواج المرأة مِنْ دون وليّ، وهو شاهد يعضد حديث «لاَ نِكَاحَ إلاّ بوَلِيٍّ»، والدّليل على أنّه يشمل جميع النّساء، البكر والثّيِّب، والشّريفة والوضيعة، هو احتواؤه على لفظ «أيّما» التي هي كلمة استيفاء واستيعاب.

كما أنّه دليل على أنّ العقد الذي يتمّ مِنْ دون إذن الوليّ يكون باطلاً، والعقد الباطل لا تصحّحه إجازة الوليّ، لاسيما أنّ لفظ البطلان تكرّر ثلاث مرّات، ممّا يفيد تأكيد فسخه، بعد العقد وبعد الدّخول، وحتّى بعد الولادة[3].

ج- **الاستدلال بحديث منع تزويج المرأة لنفسها وغيرها:**

الدّليل الثّالث ما جاء عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم : «لاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا»[4].

هذا الحديث فيه دلالة واضحة على أنّه ليس للمرأة أنْ تتولّى عقد الزّواج لا أصالةً عن نفسها ولا نيابةً عن غيرها، كما ليس لها أنْ تعقد الزّواج بإذن وموافقة الوليّ[5]، لاسيما وأنّه ذكر عبارة «الزّانية»، وهي عبارة شديدة بحقّ مَنْ تزوّج نفسها، تفيد باستقباح الفعل

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص40؛ وفي المعنى: الخطابي، معالم السنن، ج3، ص198.
(2) – سبق تخريجه في الصفحة 253.
(3) – الخطابي، معالم السنن، ج3، ص196– 197؛ المناوي، فيض القدير، ج3، ص143– 144
(4) – سبق تخريجه في الصفحة 81.
(5) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص329؛ ابن عثيمين، شرح بلوغ المرام، ج4، ص478– 479.

والتّنفير منه، ناهيك عن بطلانه.

د- **الاستدلال بقصة معقل بن يسار مع أخته:**

قال الحَسَنُ البصري في سبب نزول قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾: «حَدَّثَنِي مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ، أَنَّهَا نَزَلَتْ فِيهِ، قَالَ: زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا، حتّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ، فَطَلَّقْتَهَا، ثمّ جِئْتَ تَخْطُبُهَا، لاَ وَاللَّهِ لاَ تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا، وَكَانَ رَجُلاً لاَ بَأْسَ بِهِ، وَكَانَتِ المَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الآيَةَ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فَقُلْتُ: الآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «فَزَوَّجَهَا إِيَّاهُ»»[1].

أشرنا إلى هذا الحديث عند ذكر آية العضل، وقلنا إنّ سبب نزولها هو منع معقل بن يسار لأخته عن زوجها، فكان الحديث، وقبله الآية، دليلين على وجوب الوليّ وإلاّ لَمَا كان للعضل معنى، ولو كان لها أنْ تزوّج نفسها لَمَا كانت بحاجة إلى أخيها[2].

هـ- **الاستدلال بحديث أنواع النكاح في الجاهلية:**

عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ: فَنِكَاحٌ مِنْهَا نِكَاحُ النّاس اليَوْمَ: يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلِيَّتَهُ أَوِ ابْنَتَهُ، فَيُصْدِقُهَا ثمّ يَنْكِحُهَا... فَلَمَّا بُعِثَ مُحَمَّدٌ صلى الله عليه وسلم بالحَقِّ، هَدَمَ نِكَاحَ الجَاهِلِيَّةِ كُلَّهُ إِلاّ نِكَاحَ النّاس

---

(1) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص16 و ص58؛ أبو داود، السنن، ص362، حديث رقم 2087. قال الألباني: «صحيح»؛ الترمذي، السنن، ص667، حديث رقم 2981. وقال: حديث حسن صحيح؛ أبو داود الطيالسي، المسند، ج2، ص243– 244، حديث رقم 972. قال محمد بن عبد المحسن التركي: «حديث صحيح»؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص11، حديث رقم 4271؛ الطبراني، المعجم الكبير، ج20، ص204– 205، حديث رقم 467– 468، و ص208– 209، حديث رقم 475، 477؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص317– 320، حديث رقم 3524– 2527. وقال: «هذا حديث صحيح»؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص208، حديث رقم 2778. وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجه مسلم»؛ البيهقي، السنن الصغير، ج3، ص15، حديث رقم 2365؛ السنن الكبرى، ج7، ص103– 104، و ص130 و138؛ الألباني، التعليقات الحسان، ج6، ص195، حديث رقم4059؛ إرواء الغليل، ج6، ص250، حديث رقم 1843. وقال: «صحيح».

(2) – الترمذي، السنن، ص667؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص94؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص330.

اليَوْمَ»[1].

يستدلّ مِنْ هذا الحديث على وجوب الوليّ، أنّ النّبيّ ﷺ هدم جميع الأنكحة السّابقة لفسادها، ولم يُبقِ إلاّ الزّواج بالوليّ[2].

ثالثا: الأدلة من الآثار

ورد مِنَ الآثار الدّالة على وجوب الوليّ في عقد زواج المرأة مهما كانت صفتها الكثير عن الصّحابة وعن التّابعين، ونكتفي هنا بذكر أهمّ الآثار المنقولة عن الصّحابة.

أ- الاستدلال بالآثار الواردة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

- عَنِ الحَسَنِ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رضي الله عنه: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنْكِحْهَا الوَلِيُّ، أَوِ الوُلاَةُ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[3].
- عن عمر رضي الله عنه قال: «لاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ إِلاّ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوِ السُّلْطَانِ»[4].

---

(1) – رواه البخاري، الصحيح، ج7، ص15؛ أبو داود، السنن، ص396، حديث رقم 2272. قال الألباني: «صحيح»؛ الطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج12، ص261، حديث رقم 4784؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص305– 307، حديث رقم 3511؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص 110؛ معرفة السنن والآثار، ج14، ص373– 374، حديث رقم20354.

(2) – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص92؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص331؛ العظيم آبادي، التعليق المغني بذيل سنن الدارقطني، ج4، ص308.

وهناك أدلة أخرى كثيرة تفيد وجوب الوليّ منها ما روي عن النبي ﷺ: «إن المرأة إذا نكحت بغير إذن وليها فلا تريح رائحة الجنة».

ذكره: إطفيش، شرح النيل، ج6، ص104. ذكر بأنه أثر غير مرفوع ولكنه في حكم المرفوع.

ورأيت في أحد المقالات للإباضية بعنوان: «الوليّ في عقد الزّواج»، منشور على موقع: http:/www.tourath.org، أنْ نَسَبَهُ الدكتور صالح بن عبد الله أبو بكر إلى أبي داود في سننه، ولم أقف عليه في أي من كتب الحديث، وكل ما وجدته أن الحديث يتعلق بالمرأة التي سألت زوجها الطلاق دون سبب، فعن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ».

رواه جمع من المحدثين منهم: أبو داود، ص388، حديث رقم 2226؛ الترمذي، السنن، ص282، حديث رقم 1186– 1187. قال الألباني: «صحيح».

(3) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111؛ السنن الصغير، ج3، ص17– 18، رقم 2370.

(4) – سبق تخريجه في الصفحة 221.

- عن عبد الرّحمن بن معبد: «أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه رَدَّ نِكَاحَ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ وَلِي»[1].
- عن عِكْرِمَةُ بْنُ خَالِدٍ قَالَ: «جَمَعَتِ الطَّرِيقُ رُفْقَةً فِيهِمُ امْرَأَةٌ ثَيِّبٌ، فَوَلَّتْ رَجُلاً مِنْهُمْ أَمْرَهَا فَزَوَّجَهَا رَجُلاً، فَجَلَدَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رضي الله عنه النَّاكِحَ وَالمُنْكِحَ، وَرَدَّ نِكَاحَهَا»[2].
- عن نافع قال: «وَلَّى عُمَرُ ابْنَتَهُ حَفْصَةَ مَالَهُ وَبَنَاتَهُ نِكَاحَهُنَّ، فَكَانَتْ حَفْصَةُ إِذَا أَرَادَتْ أَنْ تُزَوِّجَ امْرَأَةً أَمَرَتْ أَخَاهَا عَبْدَ اللَّهِ فَزَوَّجَ»[3].

ب- الاستدلال بالأثر الوارد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنَ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، لاَ نِكَاحَ إلاّ بِإِذْنِ وَلِيٍّ»[4].

ج- الاستدلال بالأثر الوارد عن ابن عباس رضي الله عنهما:

عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنّه قَالَ: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِإِذْنِ وليّ أَوْ سُلْطَانٍ»[5].

---

(1) – الشافعي، المسند، مج2، ص1638، رقم 1427. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «فيه انقطاع»؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص198، رقم 10485؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص37، رقم 13541. قال عبد المعطي أمين قلعجي: «رجاله ثقات»؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص454؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص249. وقال: «رجاله ثقات رجال الشيخين إلاّ ابن معبد».

(2) – الشافعي، المسند، مج2، ص1636، رقم 1426. قال رفعت فوزي عبد المطلب: «مرسل لكنه يتقوى بالأثر الذي ذكرناه»؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص198، رقم 10485؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص14، رقم 16179. قال أسامة بن إبراهيم: «إسناده مرسل»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص321، رقم 3530. قال العظيم آبادي: «فيه انقطاع»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص36، رقم 13538. قال عبد المعطي أمين قلعجي: «فيه انقطاع»؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص454؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص249، رقم 1842. وقال: «ضعيف»، ثمّ قال: «السند صحيح لولا أنّه منقطع».

(3) – سبق تخريجه في الصفحة 288– 289.

(4) – رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص111. وقال: «هذا إسناده صحيح، وروي عنه بأسانيد أُخَر لكنّ هذا هو المعتمد عليه».

ورواه الدارقطني بلفظ: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِإِذْنِ وليّ فَمَنْ نَكَحَ أَوْ أَنْكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ وليّ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ». السنن، ج4، ص328، رقم 3544.

(5) – وفي لفظ: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ». رواه عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص198، رقم 10483؛ الشافعي، المسند، مج2، ص1292، رقم 1110. قال رفعت فوزري عبد المطلب: «حسن لغيره»؛ البيهقي، السنن =

د- **الاستدلال بالأثر الوارد عن أبي هريرة رضي الله عنه:**

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: «لاَ تُنْكِحُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ، فَإِنَّ البَغِيَّ إِنَّمَا تُنْكِحُ نَفْسَهَا»[1].

هـ- **الاستدلال بالأثر الوارد عن عائشة رضي الله عنها:**

كَانَتْ عَائِشَةُ رضي الله عنها يُخْطَبُ إِلَيْهَا المَرْأَةُ مِنْ أَهْلِهَا فَتَشْهَدُ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا: «زَوِّجْ؛ فَإِنَّ المَرْأَةَ لاَ تَلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ»[2].

و- **الاستدلال بالأثر الوارد عن زينب رضي الله عنها:**

عَنْ أَنَسٍ، قَالَ: جَاءَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ يَشْكُو، فَجَعَلَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: «اتَّقِ اللَّهَ، وَأَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ»، قَالَ أَنَسٌ: لَوْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم كَاتِمًا شَيْئًا لَكَتَمَ هَذِهِ، قَالَ: فَكَانَتْ زَيْنَبُ تَفْخَرُ عَلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم تَقُولُ: «زَوَّجَكُنَّ أَهَالِيكُنَّ، وَزَوَّجَنِي اللَّهُ تَعَالَى مِنْ فَوْقِ سَبْعِ سَمَوَاتٍ»[3].

فكلّ هذه الآثار دالّة على أنّ الصحابة رضي الله عنهم مجمعون قولاً ببطلان الزّواج مِنْ دون

= الكبرى، ج7، ص112، و ص124، 126؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص38، رقم 13548؛ زكريا بن غلام قادر، المرجع السابق، ج3، ص994. وقال: «حسن».

(1) – رواه الشافعي، المسند، مج2، ص1642، رقم 1431. قال رفعت فوزري عبد المطلب: «صحيح موقوفا، وصحيح مرفوعا في جزئه الأول»، أي دون جملة البغيّ؛ عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص200، رقم 10494؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص18، رقم 16197 و16203. قال أسامة بن إبراهيم: «إسناده صحيح»؛ الدارقطني، السنن، ج4، ص325– 327، رقم 3536– 3539؛ البيهقي، السنن الصغير، ج3، ص18، رقم 2373؛ السنن الكبرى، ج7، ص110؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص38، رقم 13549؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص454؛ زكريا بن غلام قادر، المرجع السابق، ج3، ص992. وقال: «صحيح».

(2) – رواه الشافعي، المسند، مج2، ص1640، رقم 1430. قال رفعت فوزري عبد المطلب: «حسن لغيره»؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج6، ص17– 18، رقم 16196. قال أسامة بن إبراهيم: «في إسناده عنعنة ابن جريج وهو مدلس»؛ الطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج3، ص10، رقم 4269؛ البيهقي، السنن الصغير، ج3، ص18، رقم 2374؛ السنن الكبرى، ج7، ص112؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص33، رقم 13524– 13527.

(3) – رواه البخاري، الصحيح، ج9، ص124؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص57.

وليّ، وعملاً بردّ هذا الزّواج إنْ وقع، بل وتعزير الزّوج والمزوّج تأديبًا لهما على الإقدام على مثل هذا الصّنيع، ممّا يفهم منه أنّ الوليّ شرطٌ لصحّة عقد زواج المرأة صغيرةً كانت أم كبيرةً، بكرًا أو ثيّبًا، شريفةً أو وضيعةً، وأقوالهم وأفعالهم هذه ليست ممّا يقال مِنْ باب الرّأي بل لهم في ذلك سند في سنّة رسول الله ﷺ، ولعلّ هذا ما جعل ابن المنذر ينقل إلينا أنّه لا يعرف أحدًا مِنَ الصّحابة يقول بخلاف ذلك.

رابعا: الأدلة من القياس والمعقول

أ- **الاستدلال بالقياس:**

الدّليل مِنَ القياس على عدم صحّة عقد المرأة للزّواج، كما ذكر الماوردي، ظاهر مِنْ عدّة وجوه أهمّها[1]: أنّ كل ما كان مِنْ زوائد عقد الزّواج فهو مِنْ شروطه، مثل الشّهود، وأنّ ما اختُصَّ به مِنْ بين جنسه بزيادة عددٍ، فإنّ تلك الزّيادة شرطٌ فيه، كالشهادة في حال الزّنا، وأنّ مَنْ اعْتَرَضَ عليه غيره إذا عقد على نفسه وفُسِخ عقده، دلّ ذلك على فساد عقده مثل العبد والأمة يعقدان لنفسيهما، وأنّ لوليّ المرأة قبل بلوغها حقّ طلب الكفاءة وحقّ إبرام العقد؛ فلمّا لم يسقط حقّه في طلب الكفاءة ببلوغها لم يسقط حقه في العقد كذلك.

ويتحرّر مِنْ هذا الاعتلال قياسان: أوّلها أنّ مباشرة العقد هو أحد حقّي الوليّ، فلا يسقط ببلوغ المرأة مثله مثل حقّه في الكفاءة. والثّاني أنّ كلّ مَنْ ثبت حقّه في طلب الكفاءة ثبت له حقّه في مباشرة العقد مثل المرأة الصّغيرة.

ب- **الاستدلال بالمعقول:**

هناك أدلة عقلية عديدة تفيد عدم صحّة عقد المرأة للزواج منها:

- أنّ عقد الزّواج ليس كباقي العقود، فهو عقد جليل القدر، سامي المقصد، عظيم الخطر؛ فكان جعل الأمر فيه إلى الرّجال دون النّساء مِنْ باب أنّهم أكملُ نظرًا

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص42.

وأعرف[1]، وفي هذا يقول القَرَافي بأنّ الحجر على النّساء في أبضاعهنّ يختلف عن الحجر عليهنّ في أموالهن مِنْ ثلاثة وجوه[2]:

- أوّلها أنّ الأبضاع أشدّ خطرًا وأعظم قدرًا مِنَ الأموال؛ فكان مِنَ المناسب أنْ يوكل الأمر فيها إلى الأكمل عقلاً لينظر فيها، بخلاف الأموال التي هي أدنى منها فتوكل لصاحبها؛ لأنّ الأصل ألاّ يتصرّف في المال إلاّ صاحبه.

- وثانيها أنّ الزّواج يقصد لتحصيل الشّهوة، والمرأة ميّالة إلى ذلك، فيُخشى عليها أنْ يغلب هواها على عقلها لضعفه[3]، فتُلْقِي نفسها فيما لا تُحمد عُقباه في الدّنيا والآخرة؛ ولهذا يحجر عليها في مسألة الزّواج على الإطلاق دون المال؛ لأنّه لا يتصوّر فيه ذلك.

- أمّا ثالثها، فالمفسدة التي قد تلحق بسبب زواج المرأة مِنْ غير كفءٍ يتعدّى ضررها إلى الأولياء، بالعار والفضيحة[4]، بخلاف المال الذي يصيب ضرره صاحبه في الغالب، وليس فيه مِنَ الفضيحة والعار ما هو عليه في الزّواج[5].

---

(1) – انظر في ذلك: عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص144؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص354؛ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص151.

(2) – القرافي، الفروق، ج3، ص916– 917.

(3) – وقد أظهرت الدراسات العلمية أن المرأة إذا واجهت مشكلة، فإن مركز العاطفة في المخ هو من يعمل بسرعة، أما عند الرجل فإن مركز القرار هو من يتصدر.

انظر في ذلك: سعيد عبد العظيم، المرجع السابق، ص6.

(4) – نشير في هذا المقام إلى قرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث الذي جاء فيه: «...لَكِنْ لَمَّا كَانَتْ الْمَرْأَةُ – رَغْمَ إِرَادَتِهَا الْمُسْتَقِلَّةِ الَّتِي جَعَلَهَا الْإِسْلامَ لَهَا – عُرْضَةً لِأَطْمَاعِ الطَّامِعِينَ، وَاِسْتِغْلاَلِ الْمُسْتَغِلِّينَ فَقَدْ شَرَعَ مِنَ الْأَحْكَامِ مَا يَحْفَظُ حُقُوقُهَا، وَيَدْفَعُ اِسْتِغْلاَلَ الْمُسْتَغِلِّينَ عَنْهَا، فَجَعَلَ لِمُوَافَقَةِ وَلِيِّهَا عَلَى عَقْدِ زَوَاجِهَا اِعْتِبارًا هَامًّا يَتَنَاسَبُ مَعَ أَهَمِّيَّةِ هَذَا الْعَقْدِ، لِمَا يَعْكِسُهُ مِنْ أَثَرٍ طَيِّبٍ يُخَيِّمُ عَلَى الْأُسْرَةِ الْجَدِيدَةِ، وَيُبْقِي عَلَى وَشَائِجِ الْقُرْبَى بَيْنَ الْفَتَاةِ وَأَوْلِيَائِهَا، بِخِلاَفِ مَا لَوْ تَمَّ بِدُونِ رِضَاهُمْ، فَإِنَّهُ يَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ الشِّقَاقُ وَالْخِلاَفُ، فَيَنْجُمُ عَنْهُ عَكْسُ الْمَقْصُودِ مِنْهُ...».

البيان الختامي للدورة العادية الرابعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقدة في دبلن بإيرلندا، من 18–22 رجب 1420هـ الموافق 27–31 أكتوبر 1999م، القرار 4/3: هل للمرأة الحق في أن تبرم عقد زواجها دون تدخل وليها؟
http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=241

(5) – وقد جاء في مقال لجريدة الشروق (الشارع تحت الصدمة..جزائريات يزوّجن دون فاتحة ولا ولي)، عدد 2992، ص17، 2010/07/12. بأن الفتيات الجزائريّات الراشدات انتشر بينهن الزّواج بدون ولي، أي دون وليّ من الأقارب كالأب والإخوة، وقد شهدت بلدية الجزائر الوسطى وحدها تزويج أزيد من 2500 امرأة بدون موافقة الأهل، فمنهن من جعلت جارها وليا أو بالأحرى وكيلا عنها، ومنهن من جعلت زميلها في العمل، وكل منهن لها سبب، غير أن نتيجة =

يضاف إلى هذه الوجوه فرْقان[1]:

أوّلها أنّ المرأة لها أنْ تتبرّع بمالها، ويُستحسَن فِعْلُها وتُثاب عليه، لكنْ يُحْرَمُ عليها أنْ تتبرّع ببُضْعِها ولو لحظة واحدةً. **والثّاني** أنّ المرأة إذا ضاع مالها أو تلف، وقف أهلها والناس بجانبها وَوَاسَوْها في مصيبتها، بينما إذا فَقَدت عِرضها وشرفها جلبت العار لنفسها وأهلها، ونُبِذَتْ من الجميع.

ومِنَ الأدلّة العقلية كذلك، أنّ المرأة البالغة العاقلة مولّى عليها في الزّواج، وما دامت الولاية ثابتة عليها فلا يصحّ أنْ تليه هي مثل الصّغيرة[2]؛ فهي مولًّى عليها في الزّواج لثبوت ذلك لأبيها وعصبتها ثمّ السّلطان إذا عدموا، وغير مولًّى عليها في سائر التّصرّفات كالبيع والإيجار وغير ذلك، بدليل الآيات والأحاديث التي تظهر قوامة الرّجال على النّساء وتُبيّن مَنْ هم هؤلاء الأولياء، فكان كل شخص خاضع للولاية في أمر ما غير جديرٍ بأن يكون وليًّا على هذا الأمر[3].

كما أنّ المقصود مِنَ المرأة هو الحياء وعدم ذكر الزّواج أصلاً[4]، وهذا مِنْ محاسن الشّريعة والأخلاق الكريمة، وعادات أهل الصّيانة والغيرة والمروءة، فإذا ذكرته، لاسيما في محافل الرّجال، أشعر ذلك بوقاحتها ورعونتها، ممّا قد ينفّر النّاس منها، بل وقد ينفّر

= هذه الزيجات كانت واحدة، فكل من تزوجت دون موافقة أهلها ودون علمهم نُبِذَتْ من العائلة، وقطعت صلتها بهم، وبدل أن يكون الزّواج عامل ترقية للروابط الاجتماعية أصبح سببا في تفسّخها، بل وفي خرابها. وقد ذكر السيد سعيدي عبد الرحمن رئيس مجلس الشّورى بحركة مجتمع السلم عبارة لها أهميتها وخطورتها في آن واحد قائلا: «تَرْكُ الْحُرِّيَّةِ أَمَامَ الْفَتَاةِ...لِاخْتِيَارِ وَلِيِّ أَمْرِهَا مِنْ غَيْرِ الْأَقَارِبِ وَفِي وُجُودِهُمْ، هِي [هُوَ] دَعْوَةٌ لِتَحْرِيضِ الْبَنَاتِ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ وَتَشْرِيعٌ لِلتَّمَرُّدِ الْاِجْتِمَاعِيِّ وَالْأُسْرِي».

وإنه لحقًّا تمرد اجتماعي وأسري، أملته علينا التوجهات التغريبية لهدم جدار المجتمع الجزائريّ المتماسك.

(1) – حمدي عبد المنعم شلبي، المرجع السابق، ص95.

(2) – عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص480؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص346؛ البهوتي، دقائق أولي النهى، ج5، ص129.

(3) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص206.

(4) – زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج2، ص35؛ الشربيني، الإقناع، ج2، ص242؛ مغني المحتاج، ج3، ص198؛ القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج3، ص221؛ البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص124؛ مصطفى الخن، المرجع السابق، ج4، ص61.

منها خاطبها؛ لأنّه يرى في جرأتها عدم ائتمانها على نفسها وبيتها فيما بعد، وهذا يلحق الضّرر بها وبقريباتها مِنْ لحوق البَوَارِ بهنّ[1]؛ فكان منعها مِنْ عقد الزّواج صيانة لها ممّا يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرّجال[2].

يضاف إلى ذلك، أنّ الزّواج يراد لمقاصده لا لذاته، ومِنْ مقاصده تحقيق الأُلْفَة والمودّة بين الزّوجين، وإنجاب الأولاد وتربيتهم، وهذا لا بدّ فيه مِنْ اختيار الزّوج المناسب، كما لا يحقّ أن يُسَاء إلى الأسرة بمصاهرة مَنْ لا يليق بها، وتفويض الأمر إلى المرأة يخلّ بهذه المسائل، نظرًا لطبيعة المرأة مِنْ نقص العقل وغَلَبَة العاطفة، ورغبتها الملحّة في الزّواج، وسهولة الانخداع، ممّا يجعلها تتسرع في قبول الزّواج ممّن يتقدّم إليها ولو كان غير مناسب، فتُلحق الضّرر بنفسها وأسرتها ككلّ[3].

كما أن من مقاصد الولاية إشراك المرأة لأسرتها في الرأي، وتمتين علاقتها بها، ليكون أهلها عونا وسندا لها إذا ما تعرضت إلى أي مشكل في بيت الزّوجيّة، ويكون لهم دور إيجابي في حل الخلافات الزّوجيّة، وعملية الإصلاح[4].

المطلب الثاني

مناقشة أدلة القائلين بعدم صحّة عقد المرأة للزواج

لم يسلّم الفريق الذي ينفي شرط الوليّ لصحّة زواج المرأة بالأدلّة التي ساقها مثبتوه،

---

(1) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص206– 207؛ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص127؛ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص115.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج9، ص346؛ إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص105؛ عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ج6، ص263، هامش رقم 2.

(3) – عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص480؛ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص207؛ الغرياني، المرجع السابق، ص74؛ محمد ممدوح صبري إسماعيل الطباخ، الأحكام في أوجه الاختلاف بين المرأة والرجل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 2007م، ص225– 226.

وفي المعنى: علي فيلالي، المرجع السابق، ص82؛ حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص62– 63.

(4) – عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص45.

وفي المعنى: علي فيلالي، المرجع السابق، ص82؛ حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص62– 63.

فراحوا يردونها، ويَنْقُدونَهَا على المنوال الذي قام به الفريق الآخر.

الفرع الأول

مناقشة الأدلة القرآنية

رأينا أن هناك من الآيات القرآنية التي استدل بها جمهور الفقهاء على عدم صحّ عقد المرأة للزواج، ما استدل به الفريق المخالف، ممّا أظهر أنّ الآيات لم تكن قطعيّة الدّلالة، وهو ما استند عليه الحنفية ومن تبعهم في رد باقي الأدلة القرآنية، وحتّى السنية كما سنبينه في موضعه.

أولا: مناقشة الاستدلال بقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ...﴾

أ- مضمون رد نافي شرط الولي:

ردّ نافوا شرط الوليّ على الاستدلال بهذه الآية فقالوا[1]: إنّ هذه الآية فيها شرطٌ وجزاءٌ؛ فالشّرط هو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾، وهو خطابٌ مع الأزواج، والجزاء هو قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، فوجب أنْ يكون أيضًا للأزواج، فإذا جعلنا الشّرط للأزواج والجزاء للأولياء فإنّنا نكون قد نفينا التّناسب بينهما، ممّا يؤدّي إلى تفكّك نظم الآية، وهذا أمرٌ يتنزّه عنه كلام الله تعالى. كما أنّ الآية التي قبلها تكلّمت عن الأزواج في كيفية معاملتهم مع النّساء قبل انقضاء العدّة؛ فكان الأنسب أنْ يكون الخطاب لهم في كيفية ذلك بعد انتهائها، يضاف إلى ذلك أنّه لم يأت ذكر للأولياء مِنْ أوّل آية الطّلاق إلى نهايتها.

أمّا ما جاء بشأن حديث معقل بن يسار، فإنّه خبرُ الواحد، ولا يعقل أنْ يُحَافَظ على خبر الواحد ولا يُحَافَظ على نظم كلام الله[2]. كما أنّ القول بأنّ النّهي لا ينصرف إلى

(1) – الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص120–121؛ ابن التركماني، الجوهر النقي بهامش سنن البيهقي، ج7، ص104؛ الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص103

(2) – إذا كان الرازي قد قال بأنه خبر الواحد، فإن الجصاص قال بأنه حديث غير ثابت أو مرسل.
انظر في قول الجصاص: أحكام القرآن، ج2، ص103.

الأزواج لأنّ العدة قد انتهت ولا سبيل له على المرأة فمردود؛ لأنّه قد يتصوّر مِنَ الزّوج العضل حتّى بعد انتهاء العدّة بأنْ ينكر أنّه طلّقها، أو يدّعي أنّه راجعها أثناء العدّة، أو يقوم بتهديد مَنْ تقدّم إليها بالخطبة، أو يقول فيها أمرًا يُنفِّر به الخطّاب. وأمّا القول بأنّ أزواجهنّ هنا هم السّابقون، فيكون المنع للأولياء فمردود أيضًا؛ لأن المقصود هنا مَنْ يريدون أنْ يتزوّجوهن؛ لأن مِنْ كلام العرب أنْ يُسمّى الشّيء بما يؤول إليه.

ب- إجابة مشرطي الولي على هذا الرد:

أجاب المثبتون لشرط الوليّ وهم جمهور الفقهاء على هذه الرّدود بما يأتي:

إنّ الخِطَابَ هنا ليس موجّهًا للأزواج بل للأولياء، ودليل ذلك سبب نزول هذه الآية، وهو ما يجعل قول الرّازي بنسبة الضّمير إلى الأزواج ضعيفًا، وقد ذكر الرّازي نفسه سبب نزولها، كما يضعِّف قول ابن رشد الحفيد بأنّ هذه الآية ليس فيها إلاّ نهي الأولياء عن العضل، ولا يفهم منها اشتراط إذنهم في صحّة العقد لا حقيقةً ولا مجازًا؛ لأن السّلف قد فهموا في عهد النّبيّ ﷺ شرط إذنهم، كما أنّ مَنْ نزلت فيه هذه الآية قد بادر إلى التّكفير عن يمينه وباشر العقد، ولو فهم النّبيّ ﷺ بأنّ للمرأة أنْ تزوّج نفسها لأمرها بعد نزول الآية بذلك، وَلَبَيَّنَ بأنّه ليس لأخيها ولاية عليها[1].

وحتّى لو سُلِّمَ بأنّ الخطاب كان للأزواج، فإنّ ذلك لا يستقيم مع السّياق؛ لأن قول الله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾، في الآيتين مختلف المعنى كما قرّره الشّافعي، وكما اعترف به الرّازي؛ فالأوّل في قرب انتهاء العدّة، والثّاني في انقضائها حقيقةً. وعليه فلا يجوز توجيه العضل إلى الأزواج؛ لأن عضله قبل انتهاء العدّة حقّ له فلا يُنهى عنه، وبعد العدّة عضله لا يكون له تأثير. كما أنّ سبب نزول الآية يوجب حمل الخطاب على الأولياء وليس الأزواج، ولا يعني عدم تقدّم ذكرهم في الآية نفي توجه الخطاب إليهم، فقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْإِنسَـٰنَ لِرَبِّهِۦ لَكَنُودٌ ۝٦ وَإِنَّهُۥ عَلَىٰ ذَٰلِكَ لَشَهِيدٌ ۝٧ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ۝٨﴾[2]، فالآيتان

(1) – الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص330.

(2) – الآيات 6–8 من سورة العاديات.

الأوليان تعني اللّه تعالى، والآية الأخيرة تعني الإنسان[1].

أمّا القول بأنّ الضّمير إذا عاد على الأولياء فإنّ تناسق نظم الآية يتفكّك فهو مردود بأنّ الضّمير يُحْمَل على الأزواج الذين كانوا أزواجًا، ويكون خطاب التّطليق إمّا موجّهًا إلى الأزواج ونسبته إلى الأولياء باعتبار التّسبب، وهذا ما يبيّنه التّصدّي للعضل، وإمّا أنْ يبقى على ظاهره للأزواج المطلّقين، ويتحمل تشتيت الضّمائر، وإمّا أنْ يحمل على جميع النّاس فيشمل عضل الأزواج والأولياء، فينتفي انتشار ضميري الخطاب والتّفريق بين الإسنادين، ويبقى الخطاب مطابقًا لسبب نزول الآية[2].

والمقصود أنّ للمرأة حقّ طلب الزّواج، وللوليّ حقّ مباشرة العقد، فإنْ طلبت وكان الزّوج كفؤًا وامتنع الوليّ، فقد تحقّق العضل، وينتفي القول بتفكّك نظم الآية[3].

وأمّا ما قاله الجصّاص بأنّ إسناد الحديث فيه رجلٌ مجهول، أو أنّه حديث مرسل، وما قاله الرّازي بأنه خبر الواحد، فإنّ الجصّاص قد وَهِم، فإنّ هذا الحديث قد ورد مِنْ طرق متعدّدة، وفوق ذلك ورد في صحيح البخاري[4].

---

(1) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص39.

(2) – انظر في ذلك: الألوسي، روح المعاني، ج2، ص144.

يجدر بالذكر أن الرازي قال بأن الخطاب هنا للأزواج وليس للأولياء، ولكنه لم يقل بأن هذه الآية دليل على صحّة تزويج المرأة نفسها أو على عدم اشتراط الوليّ، بل قال عكس ذلك، ففي نهاية عرضه للآراء قال: «وَأَجَابَ أَصْحَابُنَا – أَيْ الشّافِعِيَّةُ، لِأَنَّه شَافِعِي– بِأَنَّ الْفِعْلَ كَمَا يُضَافُ إلَى الْمُبَاشِرِ قَدْ يُضَافُ أيضًا إلَى الْمُتَسَبِّبِ، يُقَالُ: بَنَى الْأَمِيرُ دَارًا، وَضَرَبَ دِينارًا، وَهَذَا وَإِنْ كَانَ مَجَازًا إلاّ أَنَّه يَجِبُ الْمَصِيرُ إلَيهِ لِدَلالَةِ الْأَحَادِيثِ عَلَى بُطْلَانِ هَذَا النِّكَاحِ». (مفاتيح الغيب، ج6، ص122).

(3) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص272.

(4) – انظر في ذلك: أبو داود الطيالسي، المسند، ج2، ص244، هامش رقم 3؛ الألوسي، روح المعاني، ج2، ص144.

وهو حديث صحيح كما بيّنّا سالفًا.

ثانيا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ...﴾

أ- قول ابن رشد الحفيد في هذه الآية:

رَدَّ ابن رشد الحفيد على هذا الاستدلال بكلام طويل؛ مفاده أنّ الخطاب هنا يؤخذ بأنّه موجّه لأُولِي الأمر مِنَ المسلمين أو لجميع المسلمين، أَوْلَى مِنْ أنْ يعتبر موجّهًا لأولياء النّساء، وفي مجموعه لا يخرج أنّه يكون موجّهًا إمّا للأولياء وإمّا لأولي الأمر؛ فمن احتجّ بأنّه موجّه للأولياء فعليه أنْ يظهر دليله، وحتّى لو قلنا بأنّ الخطاب عامٌّ يشمل الصّنفين، فإنّ الخطاب هنا هو خطاب منعٍ يستوي فيه الجميع، وهذا لا يوجب للوليّ ولاية خاصّة في الإذن، فهو خاصّ بالأجنبيّ. وإنْ قلنا بأنّه خطاب للأولياء ممّا يوجب اشتراط إذنهم في صحّة الزّواج فإنّه يكون مُجملاً، والمجمل لا يصحّ العمل به؛ لأنّه لم يذكر فيه أصناف وصفات الأولياء كما لم يذكر مراتبهم. ومعلوم أنّ تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز؛ لأنّه ممّا تعمّ به البلوى، ولو وجد ما يدلّ على اشتراط الوليّ شرعًا لنُقِلَ إلينا متواترًا أو قريبًا مِنْ ذلك، لاسيما وأنّه كان في المدينة النّبويّة مَنْ ليس له وليّ، ومع ذلك لم ينقل عن النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّه كان يبرم عقود زواجهم أو أنّه كان ينصِّب مَنْ يفعل ذلك؛ ومِنْ ثمّ فالآية لا تتعلّق بحكم الولاية وإنّما بتحريم زواج المشركين والمشركات[1].

ب- رد الجمهور على ابن رشد:

أجاب بعض الفقهاء على كلام ابن رشد؛ فقال علي بن حسين المالكي: الخطاب هنا للأولياء أظهر مِنْ كونه لوليّ الأمر وهذا راجع إلى سببين: ((الأَوَّلُ: أَنَّ وَلِيَّ الأَمْرِ مِنْ جُمْلَةِ الأَوْلِيَاءِ إِذْ السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ فَلاَ وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ.

الثَّانِي: أَنَّ الضَّرَرَ بِزَوَاجِ غَيْرِ الأَكْفَاءِ إِنَّمَا يَتَعَدَّى بِالعَارِ وَالفَضِيحَةِ الشَّنْعَاءِ لِلأَوْلِيَاءِ لاَ وَلِيَّ الأَمْرِ مِنْهُمْ فَهُمْ أَحَقُّ بِخِطَابِ الإِرْشَادِ مِنْهُ))[2].

(1) – ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص10.

(2) – القرافي، الفروق وبهامشه إدرار الشروق لعلي بن الحسين المالكي، ج3، ص249.

وقال الصّنعاني[1]- بخصوص قول ابن رشد-: إنّ القول بأنّ الخطاب متردّد بين أنْ يكون للأولياء أو الأمراء مردودٌ؛ لأن الآية موجّهة لكافّة المؤمنين المكلّفين الذين خوطبوا بصدر الآية، أي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ ...﴿٢٢١﴾﴾[2]. والمراد أنّه لا يزوّجهنّ مَنْ له التّزويج وهم الأولياء، أو موجّه للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم، لقول النّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وليّ مَنْ لاَ وليّ لَهُ».

فأمّا قول ابن رشد الحفيد بأنّ المنع يستوي فيه الأولياء وغير الأولياء ففي غاية السّقوط؛ لأنّ المنع بالشّرع هنا هو للأولياء الذين يتولّون العقد جوازًا أو شرطًا، أمّا الأجنبي فهو غير مشمول بالمنع؛ لأنّه لا ولاية له على بنات الغير، فلا يكون لمنعه معنى مادام غير مكلّف بأمر الزّواج؛ لأن هذا التّكليف يخص الأولياء، إذْ التّكاليف تختلف، فمنها ما هو خاصّ بالذّكور ومنها ما هو خاصّ بالإناث، ومنها ما يعمّهما. أمّا إنْ قصد ابن رشد بأنّه يجب على الأجنبيّ الإنكار على مَنْ يزوّج مسلمة بمشرك فهذا خارج عن نطاق هذه المسألة.

وأمّا قوله بأنّ الخطاب هنا مجمل فغير صحيح بل هو غير مجمل؛ لأن الأولياء معروفون في زمان مَنْ أُنْزِلت عليهم الآية، وممّا يدل على ذلك قول عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا : «يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلِيَّتَهُ»، وقول أمِّ سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا للنّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوليائِي شَاهِدًا».

ونعتقد أنّ ردّ الصنعاني على ابن رشد هو أوفى وأحسن الرّدود في هذه المسألة.

ثالثا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿...فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ...﴾

أ- مضمون رد نافي شرط الولي:

ردّ المنكرون لشرط الوليّ بأنّ هذه الآية حجّة لهم وليس عليهم، أي إنّها دليل على أنّ للمرأة أنْ تباشر العقد بنفسها؛ لأن الشّارع هنا اعتبر إذن الموالي وليس عقدهم، فليس للعبد

(1) - الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص331- 333.

(2) - من الآية 221 من سورة البقرة.

أو الأمة أنْ يتزوّجا إلاّ بإذن سيّدهما[1].

ب- الجواب على هذا الرد:

إنّ هذا القول مردود بقول الأولسي: ((وَاُعْتُرِضَ - عَلَى قَوْلِ الحَنَفِيَّةِ- بِأَنَّ عَدَمَ الاِعْتِبَارِ لاَ يُوجِبُ اِعْتِبَارَ العَدَمِ فَلعلّ العَاقِدَ يَكُونُ هُوَ المَوْلَى أَوْ الوَكِيلُ فَلاَ يَلْزَمُ جَوَازُ عَقْدِهِنَّ كَمَا لاَ يَخْفَى، وَلَوْ كَانَتْ الأَمَةُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ اِثْنَيْنِ مَثَلاً لاَ يَجُوزُ نِكَاحُهَا إلاّ بِإِذْنِ الكُلِّ))[2].

ومعنى هذا أنّه إذا قيل بأنّ المعتبر في الآية هو إذن الموالي، فإنّ النّساء لم يكنْ لهنّ اعتبار لعدم ذكرهنّ بذلك، فكيف يعتبر عقد مَنْ عُدِمَ ذِكرُه، ولا يعتبر عقد مَنْ ذكر إذنه، خصوصًا إذا علمنا أنّه لا يجوز للأمة الزّواج دون إذن مواليها بالإجماع[3]، بل لو كان للمرأة سيّدان، وأذن لها أحدهما بالزّواج ولم يأذن الآخر لم يصحّ العقد، وللثّاني أنْ ينقضه.

وقال محمد الطّاهر بن عاشور بأنّ الحكمة مِنْ شرط الإذن هي حتّى لا يكون الزّواج سرًّا وزنًى، وأنّ زواج الأمة دون إذن أهلها – وهم هنا السّادة المالكون – فيه اعتداء على حقوقهم. ثمّ عقّب على استدلال الفريقين قائلا بأنّ احتجاج مشترطي الولاية بهذه الآية ضعيف، لكنّه لم يبيّن وجه الضعف، وكذلك احتجاج الحنفيّة بأنّ الله ذكر الإذن ولم يذكر العقد، وقال بأنّ الإذن يطلق على العقد أيضًا لاسيما وأنّه مقرون هنا بالباء السّببيّة المتعلّقة بكلمة: «**انكحوهن**»[4].

---

(1) – الزمخشري، الكشاف، ج2، ص59؛ النسفي، مدارك التنزيل، ج1، ص221.

(2) – الألوسي، روح المعاني، ج5، ص10.

(3) – ذكر الإجماع على ذلك: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص234؛ أبو حيان، البحر المحيط، ج3، ص232؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص313؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص392؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص204؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص436.
والمقصود هنا هو الإجماع على بطلان زواج الأمة دون إذن السيد، أما العبد فاختلف فيه إذا أذن أو أجاز بعد ذلك.

(4) – محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج5، ص15.

رابعا: مناقشة الاستدلال بقوله عزّ وجل: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ...﴾

أ- **مضمون رد نافي شرط الولي:**

ردّ نافوا شرط الوليّ بأنّ الخطاب في هذه الآية للأزواج[1]، ودليل ذلك قوله تعالى في تتمّة الآية: ﴿...إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ...﴿٣٢﴾﴾، وهذا فيه دلالة واضحة على عدم اشتراط الوليّ في عقد الزّواج، أو أنّه لا دليل فيها لاعتبار الوليّ أو نفيه. وحتّى لو قلنا بأنّ الخطاب ليس للأزواج، فإنّه يكون موجّهًا لعامّة المسلمين بغرض التّعاون على تيسير أسباب الزّواج لطالبيه، وليس المراد بالإنكاح هنا إبرام عقد الزّواج.

ب- **الجواب على هذا الرد:**

قال ابن العربي والقرطبي: الصّحيح أنّ الخطاب موجّه للأولياء؛ لأنّ الله تعالى قال: ﴿وَأَنكِحُوا۟﴾ بالهمزة، فلو أراد أنْ يوجّه الخطاب للأزواج لقال: «وَانْكِحُوْا» بغير همزة أي بهمزة وصل، وهذا ما يدلّ عليه الظّاهر، والأخذ به أوْلَى، إلى أنْ يُؤْتَى بدليل بخلافه[2].

والخطاب ليس موجّهًا لعامّة المسلمين بل للأولياء، بدءًا بالتّمهيد للزّواج ثمّ التّيسير في أموره بعدم التّشديد في طلب المؤن، وانتهاءً بإبرام العقد، ولا يعقل أنْ يكون موجّهًا لأجنبيّ بتزويج نساء الرّجال مِنْ بناتٍ وأخواتٍ وغيرهن، دون أنْ تكون له سلطة أو ولاية له عليهنّ[3]. كما أنّ لفظ «أنكحوا» لا يمكن حمله إلاّ على العقد[4].

(1) – انظر في ذلك: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص84–85؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، ص414–415.

(2) – ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص391؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج15، ص229.

(3) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص85؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص416.

(4) – الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص58– 59.

خامسا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ ... إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ...﴾

أ- **مضمون رد نافي شرط الولي:**

قال الفريق المخالف بأنّ المراد بمن بيده عقدة النّكاح هو الزّوج، وأوردوا حُجَجًا منها[1]:

- ❖ أنّ المقصود بالعقدة هو الأمر المنعقد، والزّواج بعد العقد يكون بيد الزّوج لا بيد الوليّ.
- ❖ أنّ العفو يكون لمن ملك، والزّوج هو المالك وليس الوليّ.
- ❖ أنّ حقيقة العفو هو التّرك، ولا يصحّ ذلك إلاّ مِنَ الزّوج؛ لأنّه بالطّلاق ملك نصف الصّداق فكان له أنْ يتركه، أمّا الوليّ فعفوه يكون إمّا هبة أو إبراءً، فكان الأولى حمل العفو على الحقيقة في الزّوج مِنْ حمله على المجاز في الوليّ.
- ❖ أنّ حمل العفو على الزّوج يشمل كل زوج طلّق، أمّا حمله على الوليّ فيقتضي أنْ يشمل بعض الأولياء دون بعض، وعلى هذا فحمله على ما يوجب العموم أولى مِنْ حمله على ما يوجب الخصوص.
- ❖ أنّ قول الله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾، لا يمكن أنْ يكون موجّهًا إلى الوليّ؛ لأن مِنَ التّقوى أنْ يحفظ مال مَنْ هي تحت ولايته لا أنْ يعفو عنه، فيكون إذَنْ موجّهًا إلى الزّوج.
- ❖ أنّه ورد عن النّبيّ ﷺ: «وليّ عَقْدِ النِّكَاحِ الزَّوْجُ»[2].
- ❖ أنّ جُبير بن مطعم تزوّج امرأةً وطلّقها قبل أنْ يدخل بها، فأكمل الصّداق، وقال: أنا أحَقُّ بالعفوِ، فكان فهم الصّحابةِ أنّ العفو يكون مِنَ الزّوج.

---

(1) – انظر في ذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص515–516؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج4، ص221؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص294.

(2) – الطبراني، المعجم الأوسط، ج6، ص262، حديث رقم 3659. وقال: «لم يرو هذا الحديث بهذا الإسناد إلاّ ابن لهيعة، ولا يروى عن رسول الله إلاّ بهذا الإسناد»؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص251– 252. وقال: «هذا غير محفوظ، وابن لهيعة غير محتج به».

ب- **قول الشوكاني في المسألة**:

وقع بين الفريقين ردّ وردّ مضاد، جعل المسألة مِنَ المعضلات، كل انتصر إلى رأيه ورجّحه، ونقض رأي الآخر وضعّفه[1]. وقد قال الشّوكاني رحمه الله في ذلك[2]، بعد عرض حجج الفريقين، بأنّ في كلا القولين قوّة وضعف؛ فالقول إنّ الخطاب موجّه إلى الزّوج، قويٌّ مِنْ ناحية أنّ بيده عقدة النّكاح حقيقة؛ لأنه يملك إزالته بطريق الطلاق، لكنّه ضعيف مِنْ ناحية أنّ العفو منه غير معقول، وإعطاؤه المهر كاملا للمرأة لا يسمّى عفوا؛ لأن العفو لا يطلق على الزّيادة. أمّا القول بأنّ الخطاب موجّه إلى الوليّ فقويٌّ مِنْ ناحية أنّ العفو مِنْ جانبه معقول، لكنّه ضعيف مِنْ ناحية أنّ عقدة النّكاح بيد الزّوج لا بيده.

وبين هذا الرأي وذاك، وبغض النّظر عن ترجيح أيٍّ منهما، نقول: إنْ سلّمنا بأنّ هذه الآية ليس فيها دليل على اشتراط الوليّ، فإن ذلك لا يعني أنّه لا يشترط في عقد زواج المرأة الرّاشدة، لوجود أدلة أخرى كثيرة صريحة بذلك.

سادسا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ ...﴾

أ- **مضمون رد نافي شرط الولي**:

اعترض على قول المثبتين للولاية بأنّ هذه الآية لا تصلح لأنْ تكون دليلاً على اشتراط الوليّ في عقد الزّواج؛ لأنها تتعلّق بشرع مَنْ قبلنا، وهو ليس شرعًا لنا، لاسيما وأنّ شرع مَنْ قبلنا أمرٌ مختلف فيه بين العلماء، ولا يجوز إثبات ما هو مختلف فيه، وهو شرط الوليّ، بما

(1) – راجع في تفصيل الآراء والردود: الطبري، جامع البيان، ج4، ص317 وما بعدها؛ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص153–155؛ ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، ج4، ص221–224؛ الجصاص أحكام القرآن، ج2، ص150–154؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المطبعة الخيرية، مصر، 1310هـ، ج3، ص8–9؛ القرافي، الذخيرة، ج4، ص371–373؛ الشوكاني، فتح القدير، ص163؛ الزمخشري، الكشاف، ج1، ص463– 464؛ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج2، ص463–465.

(2) – الشوكاني، فتح القدير، ص163.

نشير إلى أن الشوكاني بعد عرضه لمواطن قوة وضعف القولين رجح القول بأن المخاطب هو الزّوج.

هو مختلف فيه وهو شرع مَنْ قبلنا[1].

ب- الجواب على هذا الرد:

أجيب عن ذلك بأنّ شرع مَنْ قبلنا يأتي على صور عدّة[2]:

- ❖ أنْ تُقِرَّ الشّريعة الإسلاميّة ما ورد في الشّرائع السّابقة، مثل الصّيام والأضحية، فتطبّق تلك الأحكام على المسلمين بلا خلاف.
- ❖ أنْ تنسخ الشّريعة الإسلامية بعض الأحكام التي جاءت بها الشّرائع السّابقة، مثل تحريم أكل كلّ ذي ظفر وتحريم الغنائم، فتطبّق أيضًا على المسلمين بلا خلاف.
- ❖ أنْ لا يرد في شريعتنا ذكرٌ لأحكام السّابقين لا في كتاب ولا في سنّة، فلا يعمل بتلك الأحكام أخذًا بحكم تحريفها.
- ❖ أنْ تذكر الشّريعة الإسلامية شرع مَنْ قبلنا دون أنْ تُبيّن إبقاءَ الحكم أو إلغاءَه، وهنا اختلف العلماء؛ فذهب الجمهور منهم إلى أنّ شرع مَن قبلنا هو شرعٌ لنا ما لم يرد ما ينسخه، وذهب الشّافعي في قول عنده، وأحمد في رواية عنه، وابن حزم، والمعتزلة والشّيعة، إلى أنّ شرع مَنْ قبلنا في هذه الصّورة لا يعدّ شرعًا لنا، وتوقّف بعض العلماء في هذه المسألة.

وإذا أسقطنا هذه الآية على هذه الصّور، لوجدنا أنّها تدخل ضمن الصّورة الأولى التي أقرّتها الشّريعة الإسلامية، فهي شرع لنا أيضًا، بل أكثر مِنْ ذلك، إنّ النّافين لشرط الوليّ في عقد الزّواج يرون بأنّ شرع مَنْ قبلنا شرعٌ لنا، فكانت بذلك الآية حجّة عليهم لا حجّة لهم[3].

---

(1) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص417.

(2) – محمد بولوز، كتاب «بداية المجتهد وكفاية المقتصد» لابن رشد ودوره في تربية ملكة الاجتهاد، رسالة دكتوراه، جامعة محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2006–2007م، ص778 وما بعدها؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص418–422.

(3) – ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص422.

الفرع الثاني

مناقشة الأحاديث النبوية

مثلما وقع بشأن الآيات القرآنية، كان الطعن فيما استدل به جمهور الفقهاء من أحاديث ينحصر في السند، وإن سُلِّمَ بصحته، فإنّه يحمل على العموم لا الخصوص، أو على نفي الكمال لا الصحة، وهذا ما سنبينه من خلال النقاط الآتية.

أولا: مناقشة الاستدلال بحديث: «لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ».

أ- النقد الموجه لحديث: «لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ»

انتقد الحنفيّة ومَنْ وافقهم على استدلال الجمهور بهذا الحديث بما يأتي:

❖ أنّ هذا الحديث لم يصحّ عن النّبيّ ﷺ ولهذا لم يخرّج في الصّحيحين[1]. ووجه عدم الصّحة يعود إلى أنّ سنده مضطرب بين الإرسال والرّفع، وبين الانقطاع والوصل؛ فقد روي عن شعبة وسفيان الثّوري مُرْسَلاً؛ لأنّ أبا بُردة لم ير النّبيّ ﷺ، ومعلوم أنّ مَنْ لا يجيزون عقد المرأة لا يحتجون بالمرسل فبطل استدلالهم به، وروي منقطعًا مِنْ طريق أبي إسحاق ولم يُذكَر فيه أبو إسحاق، فلا يصحّ الاستدلال به أيضًا. وأمّا ما روي مرفوعًا مِنْ طريق إسرائيل فلا يحتج به أيضا؛ لأن شعبة وسفيان أحفظ منه وأتقن منفردين فكيف وقد اجتمعا عليه[2]. وحتّى لو صحّ الحديث فهو محمول على نفي الكمال لا نفي الصّحة[3].

❖ أنّ الحديث لا يعترض به على القول بصحّة تزويج المرأة لنفسها؛ لأنّه زواج بوليّ، فهي وليّة نفسها مثلما الرّجل وليّ نفسه[4].

---

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص117؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص91.

(2) – الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص8– 10؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص250.

(3) – ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117.

(4) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص103؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص91.

ب- الرد على هذا النقد:

يُرَدُّ على هذا الطّعن بأنّ الحديث صحّحه جمع مِنْ العلماء قديمًا وحديثًا، وعلى رأسهم أحمد بن حنبل والبخاري وابن معين وابن المديني والذّهلي والتّرمذي والحاكم[1]؛ وقال التّرمذي ردًّا على قول الطّحاوي بأن شعبة والثّوري فعلاً أجلّ وأحفظ مِنْ غيرهما، لكنهما سمعا الحديث مِنْ أبي إسحاق في مجلس واحد، أمّا غيرهما فسمعوه في أوقات متفرّقة، كما أنّ إسرائيل أثبت مِنْ غيره في الرّواية عن إسحاق[2].

وبما أنّ الحنفيّة يحتجّون بالحديث المرسل، فكان حجّة عليهم ويلزمهم قبوله، بل ويلزم مَنْ لا يأخذ بالحديث المرسل؛ لأن هناك مَنْ وصله وهم أهل الحفظ والثّقة[3].

وأكثر من ذلك، أن الحنفيّة يستدلون بهذا الحديث في وجوب الشهادة في الزّواج[4]؛

---

(1) – انظر في ذلك: الحاكم، المستدرك، ج2، ص202– 205؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص322؛ الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص237– 238.

قال أبو إسحاق الحويني في كتابه: جُنة المرتاب بنقد المغني عن الحفظ والكتاب، دار الكتاب العربي، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1414هـ– 1994م، ج2، ص407– 429، بعد أن ساق قول صاحب المغني عمر بن بدر الحنفي بعدم صحّة الحديث، وعرض مختلف طرق الحديث وبين عللها، بأن الحديث ثابت صحيح من حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس رضي الله عنهم.

(2) – الترمذي، السنن، ص260.

وقال: العمل بهذا عند أهل العلم من الصحابة والتابعين وغيرهم، منهم: عمر وعلي وابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم، وابن المسيب والحسن البصري، وشريح والنخعي وعمر بن عبد العزيز، والثوري والأوزاعي وعبد الله بن المبارك ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق.

(3) – القرطبي، الجامع الأحكام القرآن، ج3، ص462– 463.

(4) – وقد وردت بهذا الشأن مناظرة بديعة بين الشافعي وأحد صاحبي أبي حنيفة، ويحتمل أن يكون أبا يوسف؛ لأنّه هو من نقل عنه رجوعه في آخر حياته إلى القول بعدم صحّة الزّواج دون ولي. لكن هذا مستبعد كونهما لم يلتقيا أبدا، فيبقى الراجح أنّه محمد بن الحسن الشيباني؛ ذُكِرَتْ في كتاب الأم، ج6، ص433– 434، نصّها:

«قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: فَخَالَفَنَا بَعْضُ النَّاس فِي الأَوْلِيَاءِ فَقَالَ: إذَا نَكَحَتْ المَرْأَةُ كُفوًا بِمَهْرِ مِثْلِهَا فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يُزَوِّجْهَا وليّ ...وقُلْت لَهُ: أَرَأَيْت لَوْ عَارَضَك مُعَارِضٌ بِمِثْلِ حُجَّتِك؟ فَقَالَ: إنَّمَا أُرِيدَ مِنْ الإِشْهَادِ أَلاّ يَتَجَاحَدَ الزَّوْجَانِ، فَإِذَا نَكَحَهَا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ فَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ، فَهُوَ كَالْبُيُوعِ تَثْبُتُ وَإِنْ عُقِدَتْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، قُلْنَا: وَلِمَ؟ قَالَ: لِأَنَّ سُنَّةَ النِّكَاحِ البَيِّنَةُ. فَقُلْت لَهُ: الحَدِيثُ فِي البَيِّنَةِ فِي النِّكَاحِ عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم مُنْقَطِعٌ، وَأَنْت لاَ تُثْبِتُ الْمُنْقَطِعَ، وَلَوْ أَثْبَتَّهُ دَخَلَ عَلَيْك الوَلِيُّ. قَالَ: فَإِنَّهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَغَيْرِهِ مُتَّصِلٌ. قُلْت: وَهَكَذَا أَيْضًا الوليّ عَنْهُمْ...فَكَيْفَ أَفْسَدْت النِّكَاحَ بِتَرْكِ الشَّهَادَةِ فِيهِ، وَأَثْبَته بِتَرْكِ الوليّ وَهُوَ أَثْبَت فِي الأَخْبَارِ مِنْ الشَّهَادَةِ؟ وَلَمْ تَقُلْ: إنَّ الشُّهُودَ إنَّمَا جُعِلُوا لِاخْتِلاَفِ الخَصْمَيْنِ، فَيَجُوزُ إذَا تَصَادَقَ الزَّوْجَانِ. وَقُلْت: لاَ
=

لأنّه ورد في بعض الروايات بلفظ: «لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْل»، فيكيف يأخذون ببعضه ويتركون البعض الآخر؟

كما أنّه لا يلزم مِنْ عدم وُرُودِ الحديث في صحيحي البخاري ومسلم عَدَمُ صحّته، فهناك أحاديث كثيرة لم ترد فيهما وهي صحيحة، بل إنّ البخاري نفسه قال: ((أَحْفَظُ مِائَةَ أَلْفِ حَدِيثٍ صَحِيحٍ، وَمِائَتَيْ أَلْفِ حَدِيثٍ غَيْرِ صَحِيح))[1]، ومع ذلك لم يضع منها في صحيحه إلا القليل.

أمّا القول بأنّ الحديث محمولٌ على نفي الكمال فغير صحيح؛ لأن الحديث جاء عامًّا، والعموم يأتي على أصله جوازًا أو كمالا، فإنْ كان في المعاملات فالنّفي يوجب الفساد، وإنْ كان في العبادات والقربات فله جهتان: جواز ناقص وكامل[2]. وعليه فالحديث محمول على نفي الحقيقة الشرعيّة، فلا نكاح شرعيّ موجود بدون وليّ، بدليل شواهد الحديث الأخرى لاسيما حديث عائشة رضي الله عنها [3].

والقول بأنّ المرأة وليّة نفسها، فإذا أبرمت العقد كان الزّواج بوليّ، قول فاسد؛ لأن مَنْ يعقد لنفسه لا يسمّى وليًّا، ولو كان عقدها صحيحًا لجاز في الشهادة فتكون شاهدة على نفسها، ففساد العقد بعدم الشّاهدين يقتضي فساده بعدم الوليّ[4].

= **يَجُوز لِعِلَّةٍ فِي شَيْءٍ جَاءَتْ بِهِ سُنَّةٌ، وَمَا جَاءَتْ بِهِ سُنَّةٌ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِنَفْسِهِ وَلاَ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُقَاسَ عَلَى سُنَّةٍ أُخْرَى؛ لِأَنَّا لاَ نَدْرِي لَعَلَّهُ أَمَرَ بِهِ لِعِلَّةٍ أَمْ لِغَيْرِهَا، وَلَوْ جَازَ هَذَا لَنَا أَبْطَلْنَا عَامَّةَ السُّنَنِ، وَقُلْنَا: إِذَا نَكَحَتْ بِغَيْرِ صَدَاقٍ وَرَضِيَتْ لَمْ يَكُنْ لَهَا صَدَاقٌ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ لِأَنَّا إِنَّمَا نَأْخُذُ الصَّدَاقَ لَهَا، وَأَنَّهَا إِذَا عَفَتْ الصَّدَاقَ جَازَ، فَنُجِيزُ النِّكَاحَ وَالدُّخُولَ بِلاَ مَهْرٍ، فَكَيْفَ لَمْ تَقُلْ فِي الأَوْلِيَاءِ هَكَذَا؟ قَالَ: فَقَدْ خَالَفْتُ صَاحِبِي فِي قَوْلِهِ فِي الأَوْلِيَاءِ، وَعَلِمْتُ أَنّه خِلاَفُ الحَدِيثِ، فَلاَ يَكُونُ النِّكَاحُ إِلاّ بِوَلِيٍّ...».**

(1) – انظر في الرواية: عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح، علوم الحديث، تحقيق: نور الدين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان– دار الفكر، دمشق، سوريا، 1406هـ– 1986م، ص20.

(2) – الخطابي، معالم السنن، ص198.

(3) – إبراهيم بن مفلح، المبدع، ج6، ص103؛ البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص260– 263؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص58؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص75؛ النووي، تكملة المجموع، ج17، ص243؛ المناوي، فيض القدير، ج6، ص437.

(4) – الخطابي، معالم السنن، ص198.

ثانيا: مناقشة الاستدلال بحديث: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...»

أ- **الطعن في حديث: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...»**

قيل بأنّ هذا الحديث غير ثابت، وحتّى لو ثبت فهو محمول على الأَمَةِ؛ لأنّه ورد أيضا بلفظ «بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا»، أو محمول على الصّغيرة والمجنونة والمعتوهة، أو على غير الكفءِ[1].

ووجه ضعف الحديث أنّ مداره على الزُّهْرِي، وقد سأله عنه ابن جُرَيْج فلم يعرفه أو أنكره؛ ولهذا لا يحتجّ به. وما يعزز ذلك أنّ رَاوِيَتَهُ وهي عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه لمّا زوّجت ابنة أخيها عبد الرّحمن[2]، والزّهريّ أيضًا عمل بخلافه[3]. زيادة على أنّ في سنده سليمان بن موسى وهو متكلّمٌ في عدالته[4].

كما أنّ الأخذ بمفهوم الحديث – مفهوم المخالفة – يجعل مِنْ إذن الوليّ للمرأة سببًا لصحّة العقد منها، وهذا لا يقول به مخالفو الحنفيّة، فكان ذلك أيضًا حجّة عليهم.

---

(1) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص103؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117.

(2) – الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج3، ص8؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249؛ محمد أكمل الدين بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، طبعة كلكتة، د.م، 1253هـ– 1837م، ج2، ص31؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص251.

وقد وردت قصة ابن جريج عن: الترمذي، السنن، ص260؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص201؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص105– 106؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص31.

(3) – ذكر ذلك: عبد الرزاق، المصنف، ج6، ص196؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص452؛ ابن التركماني، الجوهر النقي بذيل سنن البيهقي، ج7، ص108.

(4) – قال فيه البخاري: عنده مناكير، وقال النسائي: أحد الفقهاء وليس بالقوي في الحديث، وقال أبو حاتم: محله الصدق، وفي حديثه بعض الاضطراب.

انظر في ذلك: محمد بن إسماعيل البخاري، الضعفاء الصغير، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1406هـ– 1986م، ص56؛ الذهبي، ميزان الاعتدال، ج3، ص317؛ ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج4، ص226– 227؛ ابن التركماني، الجوهر النقي بذيل سنن البيهقي، ج7، ص105– 106.

ب- إثبات حديث «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...» وصحة الاستدلال به:

ردّ جمهور الفقهاء على هذه الانتقادات بالآتي:

إنّ رواية إنكار الزّهري أو عدم معرفته إياه أو أنّه لا يحفظه، رواية ضعيفة ومطعون فيها، ولم يقل بها إلاّ ابن عُلَيَّة عن ابن جُرَيْج كما ذكر أحمد بن حنبل وابن مَعِين[1]. وفوق هذا، حتّى لو سلّمنا جدلاً بصحّة الرّواية فلا يضرّ نسيان الزّهري للحديث[2] ما دام قد تابعه عنه ثقات، حتّى أنّه وصل عدد مَنْ رواه عن ابن جريج إلى العشرين رجلاً، بل ومَنْ هو الزّهري حتّى لا ينسى وقد نسي رسول الله ﷺ.

والطّعن في ابن موسى بما قيل لا يقدح في عدالته؛ فالبخاري قال عنده مناكير، ولكنّه لم ينف عدالته مطلقًا، ولهذا قال التّرمذي بأنّه لم يتكلّم فيه مِنَ المتقدّمين إلاّ البخاري بسبب انفراده بأحاديث[3]، وقال الذّهبي: ((وَهَذِهِ الغَرَائِبُ التِي تُسْتَنْكَرُ لَهُ يَجُوزُ

---

(1) – أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، مصر، 1416هـ – 1995م، ج3، ص324– 325؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص201؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص105– 107؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص31؛ التمهيد، ج19، ص86؛ محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن القيم)، تهذيب السنن، تحقيق: إسماعيل بن غازي مرحبا، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1428هـ– 2007م، ج2، ص756– 757.

ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي بذيل سنن البيهقي، ج7، ص106. بأنه لم يقل ذلك ابن عليّة وحده بل تابعه بشر بن المفضل.

وحقًّا قال بذلك بِشر وهو ثقة، ولكن في السند إليه الشاذكوني، وهو كما قال البخاري، أضعف من كل ضعيف؛ ولهذا لا يلتفت إلى متابعته.

انظر في ذلك: الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، هامش ص73.

(2) – ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، ج3، ص324– 325؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص201؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص105– 107؛ معرفة السنن والآثار، ج10، ص31– 32؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص31– 32؛ التمهيد، ج19، ص86؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص452– 453؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص40– 41؛ المناوي، فيض القدير، ج3، ص144؛ ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ج8، ص270– 273؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص72– 74؛ الزيلعي، نصب الراية، ج3، ص185– 186؛ أبو إسحاق الحويني، المرجع السابق، ج2، ص408– 414.

(3) – ابن القيم، تهذيب السنن، ج2، ص755.

أَنْ يَكُونَ حَفِظَهَا))[1].

وقد وثّقه الكثير مِنَ العلماء؛ منهم التّرمذي، ويحيى بن معين، وأحمد بن حنبل، وابن عَدِيّ، والدارقطني[2]. كما أنّ الحديث له متابعات، وهو بدون متابعة لا يقلّ عن الحسن أمَّا وله متابعات فلا ينزل عن مترتبة الصّحيح[3].

أمّا حمل الحديث على الأمة أو الصّغيرة وغير ذلك، فلا أساس له مِنَ الصّحة، وقد اضطرب فيه الحنفيّة لعدم الدّليل عليه فأوّلوه تأويلات لا تصلح[4]؛ لأن الأمة لا مهر لها، والحديث يقول بوجوب المهر بالدّخول، كما أنّ الصّغيرة لا تسمّى في العرف امرأة، بل والصّبيّة عندهم عقدها موقوف وليس باطلاً، وحمله على الزّواج بغير الكفءِ على أساس أنّ البطلان يقصد به أنّه بصدد البطلان عن طريق الاعتراض، غير سليم؛ لأن الكلام

(1) – الذهبي، ميزان الاعتدال، ج3، ص318.

(2) – انظر في ذلك: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج3، ص317– 318؛ ابن القيم، تهذيب السنن، ج2، ص756؛ ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج4، ص226– 227.

(3) – انظر في المعنى: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص121؛ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص445.

(4) – حمل الحنفية الحديث بداية على الغيرة، فأُلزموا بأنه لا يقال للصغيرة امرأة كما لا يقال للصبي رجل، إضافة إلة أن زواج الصغيرة عند الحنفية يكون موقوفا على إجازة الولي، في حين الحديث جعله باطلا ثلاثا. لكنهم قالوا بأن المقصود من البطلان ما يؤول إليه العقد لاعتراض الولي عليه، فردّ عليهم بأن البطلان تم التصريح به مُؤَكَّدًا بالتكرار، وأنه لا يجوز تسمية الشيء بما يؤول إليه إلا إذا كان واقعا لا محالة. فلما أُلزموا قَالُوا بأن الحديث محمول على الأمة. فردّ عليهم بأن الحديث جعل المهر لها بالدخول، والأمة لا مهر لها بل هو لسيدها، فما أُلزموا قَالُوا بأن الحديث محمول على المكاتبة، وهي تستحق المهر، فَرُدَّ عليهم بأن الحديث جاء عامًّا وظهور العموم فيه واضح بإيراد كلمة "أَيّ" التي هي من أدوات الشرط التي تفيد العموم، وتأكيدها بحرف "مَا" الذي هو من مؤكدات العموم، فترتب البطلان على الشرط في معرض الجزاء. وحمل الحديث على المكاتبة تعسف ظاهر في مقابل العموم الذي هو قوي، وليس من كلام العرب الصيرورة إلى النادر الشاذ كالمكاتبة باللفظ الذي يدل على العموم إلا بقرينة تقترن باللفظ، وقياس الزواج على المال، والإناث على الذكور، ليس بقرينة تقترن باللفظ، ولا تصلح لإنزاله على صورة نادرة.
انظر في ذلك: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريّان، الطبعة الثانية، د.م، 1423هـ –2002م، ج1، ص513– 515؛ محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، تحقيق: سيد عبد العزيز وعبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة الأولى، د.م، 1418 هـ – 1998م، ج2، ص822– 823؛ البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى، د.م، 1414هـ – 1994م، ج5، ص48–49.

بالمآل لا يناسب تأكيد البطلان، كما أنّ المعروف في التّسمية بما يؤول هو أنْ يُسَمَّى ما يكون المآل إليه قطعًا أو غالبًا، كما أنّ القول بهذا يجعل استحقاق المهر بالعقد لا بالدّخول[1].

وقال الماوردي ردًّا على حَمْلِ الحديث على الصّغيرة والأمة: بأنّ الصّغير والصّغيرة في ذلك سواء، فلمّا كان تخصيص النّساء بالذّكر، عُلِمَ أنّ له تأثيرًا، والأمة والعبد أيضا في ذلك سواء، إضافة إلى أنّ الحديث ذكر أنّ السّلطان وليّ مَنْ لا وليّ له، في حين لا يكون السّلطان وليًّا للأمة ولو عضلها أولياؤها. كما أنّ لفظ «مولى» يطلق أيضًا على الوليّ، وحتّى لو صحّ مقصدهم، فإنّنا نحمل حديث المولى على الأمة، ونحمل حديث الوليّ على الحرّة، فلا يكون هناك تعارض بين الرّوايتين[2].

أمّا القول بأنّ عائشة رضي الله عنها والزّهري عَمِلاَ بخلاف الحديث الذي رواياه فليس بسديد؛ لأنّه لا يلزم مِنْ مخالفة الرّاوي لما رواه أنْ يؤخذ باجتهاده المخالف، بل الواجب الأخذ بروايته عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم، بل إنّ رواية الحديث بوجوب الوليّ بصحّتها تُسقط العمل بأثر عائشة والزُّهري[3].

وحتّى إنْ صحّت الرّواية عن عائشة فيما يعتقد أنّه خلاف الحديث النّبويّ، فإنّه لم يذكر في روايتها أنّها هي مَنْ باشر العقد، بل يحمل على أنّها مهّدت للزّواج كما قال الإمام أحمد، ثمّ تركت العقد لرَجُلٍ، وممّا يشهد لذلك الأثر المرويّ عنها والذي ذكرت فيه أنّ المرأة لا تباشر عقد الزّواج، فيصبح معنى «زوّجت» في الأثر الذي استدلّ به الحنفيّة هو التّمهيد للزّواج وليس مباشرة العقد، وما أضيف إليها إلاّ لإذنها فيه وتمهيدها له[4]، أو يحمل على أنّها رجعت عن عملها الأوّل[5]، أو أنّه أثرٌ لم يصحبه عمل[6].

---

(1) – المناوي، فيض القدير، ج3، ص144.
(2) – الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص41– 42.
(3) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص453؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص41– 42.
(4) – البيهقي، معرفة السنن والآثار، ج10، ص33؛ السنن الكبرى، ج7، ص112– 113؛ الزيلعي، نصب الراية، ج3، ص186.
(5) – ابن حزم، المحلى، ج9، ص453– 454.
(6) – مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص178.

أمّا القول بأنّ دلالة المفهوم تقتضي صحّة العقد عند إذن الوليّ، فيردّ عليه بأنّ عبارة «بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا» قد خرجت مخرج الغالب؛ لأن المرأة إذا أرادت أنْ تزوّج نفسها لم تستأذن وليّها، كما أنّ دلالة المفهوم لا تقوى على دلالة المنطوق[1]، أو أنّ الإذن إنّما يقصد به العقد الذي يتمّ مِنَ الوليّ أو وكيله[2].

ثالثا: مناقشة الاستدلال بحديث «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...»

أ- الطعن في حديث: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...» من جهة السند والمعنى:

يُعترض على الاستدلال بهذا الحديث مِنْ جهتين: جهة السّند، وجهة المعنى؛ فأمّا جهة السّند فالحديث ضعيف بسبب وجود راوٍ متّهم بالكذب والفسق، وهو جميل بن الحسن العتكي[3]. وإنْ سلم مِنَ الطّعن، فالحديث موقوف على أبي هريرة رضي الله عنه[4].

ومِنْ جهة المعنى، إنْ صحّ هذا الحديث فهو محمول على وجه الكراهة، حيث يتطلّب الزّواج الإعلان ويدعى له النّاس فيُكْرَهُ للمرأة الحضور مع هذا الجمع، وأمّا قول «الزَّانِيَة..»، فهو غير صحيح بإجماع المسلمين؛ لأن مَنْ تُزَوِّجُ نفسها لم يعتبرها أحدٌ زانية، حتّى الذين لا يجيزون عقدها لنفسها، يجعلونه فاسدًا ويثبت به المهر والعدّة والنّسب[5].

---

(1) – وقد ذكرنا هذا عند مناقشة القول بصحة العقد عند موافقة الولي.

(2) – ذكر هذا المعنى: مالك بن أنس، المدوّنة الكبرى، مج2، ج4، ص178؛ الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص325؛ محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1427هـ– 2006م، ج4، ص472.

(3) – ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج2، ص113؛ الذهبي، ميزان الاعتدال، ج2، ص154؛ محمد بن عبد الهادي التتوي (السندي)، سنن بن ماجه بشرح السندي وبحاشيته تعليقات مصباح الزجاجة للبوصيري، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ– 1996م، ج2، ص429.

(4) – ذكر ذلك: الشوكاني، نيل الأوطار، ج12، ص74، نقلا عن ابن كثير.

(5) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص103– 104.

يستغرب المرء من المفارقات في أقوال الحنفية، حين جعلوا للأولياء حقًّا في المهر، إذا قلّ عن مهر المثل فلهم فسخ العقد؛ لأنّ المهر القليل هو مهر المومسات والزّانيات، كما أشرنا سابقا، مع أنّه لم يقل أحدٌ بأنّ من كان مهرها قليلا فهي زانية، بل إنّ من الصحابيات من كان مهرها قليلا؛ وفي المقابل يطعنون في حديث أبي هريرة عن النبيّ مع أنه صحيح مرفوعا دون جملة الزانية، وصحيح موقوفا بهذه الجملة. ثم إنّ زيادة أبي هريرة هي من باب استقباح الفعل =

ب- تصحيح حديث: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...» وصراحة معناه:

يُرَدّ على هذه الانتقادات بما يأتي:

أنّ جميل بن الحسن العتكي لم يطعن فيه إلاّ عبدان، وقد وثّقه جمع مِنْ أهل العلم منهم ابن حبّان، وما طعنُ عبدانَ فيه إلاّ لقول امرأة فيه أنّه رَاوَدَهَا، فكيف يؤثّر قول امرأة مجهولة في عدالته![1]، وحتّى لو سلّمنا بذلك، فإنّ الحديث جاء مِنْ عدّة طرق صحيحة[2].

أمّا القول بوقفه على أبي هريرة رضي الله عنه فغير مسلّم به؛ لأنّه جاء موقوفا وجاء مرفوعًا؛ وقد قال فيه ابن حجر بأنّ رجاله ثقات[3]، ولعلّ وقف ابن كثير له كان بسبب عبارة «الزَّانِيَة»، كونها مِنْ زيادة أبي هريرة؛ لأنّه ثبت عنه قوله: «وَكُنَّا نَقُولُ إِنَّ التِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا هِيَ الزَّانِيَةُ»[4]. وقد سبق وأشرنا في الحاشية أنّ الشيخ الألباني قال بصحّة الحديث دون جملة الزّانية.

أمّا القول بأنّ النّهي هنا للكراهة فمردودٌ بأنّ النّهي يفيد في أصله التّحريم، فلا ينصرف إلى الكراهة إلاّ بدليل، والأدلّة تعضد القول بالتّحريم لا الكراهة[5].

= واستهجانه، مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ اسْتَعْطَرَتْ، فَمَرَّتْ بِقَوْمٍ لِيَجِدُوا مِنْ رِيحِهَا فَهِيَ زَانِيَةٌ». رواه: أحمد، المسند، ج15، ص11، حديث رقم 19599، ص23، حديث رقم 19635. قال حمزة أحمد الزين في الأول «إسناده صحيح»، وفي الثاني: «إسناده حسن»؛ الطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج7، ص141، حديث رقم 2716، ج11، ص478، حديث رقم 4553. قال شعيب الأرنؤوط: «إسناده قوي»؛ الحاكم، المستدرك، ج2، ص467، حديث رقم 3554. وقال: «وهو صحيح الإسناد ولم يخرجاه»؛ الترمذي، السنن، ص625، حديث رقم 2786. وقال: «إسناده حسن». قال الألباني: «حسن»؛ النسائي، السنن، ص776، حديث رقم 5126. قال الألباني: «حسن».

وقد قال الطحاوي في شرح الحديث بأن هذا الفعل سبب لما يستحق به ذلك الاسم، وأن هذا الفعل وإباحة الفاعل له، هو سبب للوقوع في الزنا. انظر: شرح مشكل الآثار، ج7، ص141، ج11، ص478- 479.

(1) – ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج2، ص114.

(2) – فقد جاء عن جميل بن الحسن العتكي، ومخلد بن الحسين، وعبد السَّلام بن حرب، كلهم عن هشام بن حسان. انظر في ذلك على الترتيب: ابن ماجه في سننه، الدارقطني في سننه، البيهقي في السنن الكبرى وفي معرفة السنن والآثار؛ في الموضع الذي تم تخريج الحديث فيه.

(3) – أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الرّشد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1426هـ-2005م، ص358.

(4) – انظر في ذلك: ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير، ج3، ص325.

(5) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص198.

والقول بأنّ لفظ الزّانية يخالف إجماع المسلمين، يجاب عليه بأنّ أبا هريرة والصّحابة عندما قالوا ذلك أرادوا تشبيه مَنْ تُقْدِمُ على تزويج نفسها بالزّانية؛ لأنّ كلاً منهما تُسلِّم نفسها لرجل مِنْ دون وجود وليّ يعقد الزّواج، ولا يلزم مِنْ التّشبيه اتصاف المُشَبَّه بجميع صفات المشبه به، ولم يقل أحدٌ بوجوب الحدّ بالدّخول لوجود الشّبهة، ومعلوم أنّ الحدود تُدْرَأ بالشُّبهات[1].

رابعا: مناقشة الاستدلال بحديث معقل بن يسار

أ- **النقد الموجه لحديث معقل بن يسار:**

حديث معقل بن يسار هذا غير ثابت؛ لوجود رجل مجهول في رواية سِماك، وحديث الحَسَنِ مرسل، وحتّى لو ثبت فإنّه لا ينفي دلالة آية العضل في جواز عقد المرأة لزواجها[2].

ب- **الرد على هذا النقد:**

يردّ على هذا القول بأنّ حديث معقل بن يسار صحيح، وقد ورد مِنْ طرق متعدّدة، وأخرجه البخاري في صحيحه، ويكفي ما أشرنا إليه من مناقشةٍ بشأن هذا الحديث عند بحث آية العضل.

خامسا: مناقشة الاستدلال بحديث «أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ...»

أ- **نقد حديث أنواع النكاح في الجاهلية:**

هذا الحديث لا يدلّ على وجوب الوليّ؛ لأن راويته وهي عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه، وتجيز الزّواج بدون وليّ[3].

(1) – محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص199– 200.

(2) – الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص103.

(3) – انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص92؛ العظيم آبادي، التعليق المغني بذيل سنن الدارقطني، ج4، ص308.

ب- **الرد على هذا النقد**:

يرد على هذا الانتقاد بمثل ما ردّ على الانتقادات الموجهة لحديث «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»، مِنْ أنّ عائشة رضي الله عنها لم تباشر العقد بل مهّدت له، كما لا يلزمنا الأخذ باجتهاد المرء بل يلزمنا الأخذ بما نقل إلينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الفرع الثالث

مناقشة الآثار الواردة

تمثّلت جلّ الانتقادات التي وجّهت للآثار المذكورة، إمّا في ضعف إسنادها إلى أصحابها، أو بمخالفتها للإجماع، أو بمخالفة عمل الرّاوي لما روي عنه. وهو ما سنظهر مدى صحته من خلال هذا الفرع باختصار.

أولا: مناقشة الاستدلال بالآثار المروية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

أ- نقد أسانيد الآثار المروية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

تكلّم نافوا شرط الوليّ في عقد زواج المرأة الرّاشدة في هذه الآثار وقالوا بأن جميع أسانيدها منقطعة؛ فبالنّسبة للأثر المرويّ عن الحسن البصري فهو منقطع؛ لأنّ الحسن لم يدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد ولد قبل وفاته بسنتين[1].

والأثر المرويّ عن سعيد بن المسيّب منقطع أيضًا؛ لأن سعيدًا لم ير عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قول مالك[2].

أمّا الأثر المرويّ عن ابن معبد فإسناده منقطع بين ابن معبد وعمر رضي الله عنه. كما تكلم المحدّثون في ابن معبد هذا[3].

---

(1) – انظر في ذلك: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج2، ص263– 264.

(2) – ذكر ذلك: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج4، ص86.

(3) – وقد ذكرنا أن الألباني قال بأن رجاله ثقات إلاّ ابن معبد. (إرواء الغليل، ج6، ص249).

والأثر المرويّ عن عكرمة فيه انقطاع؛ لأنّ عكرمة لم يسمع من عمر ﷺ كما ذكر أحمد بن حنبل[1].

أمّا الأثر المروي عن نافع فقد اتخذه الحنفيّة كما سبق وأشرنا دليلاً على عدم اشتراط الوليّ؛ لأن فيه دليلاً على أنّ المرأة تلي عقد الزّواج، وإلاّ لم يكن عمر ﷺ ليعطي ابنته وكالة بذلك.

ب- جواب هذا النقد:

أجاب الفقهاء على الانتقادات الموجهة إلى هذه الآثار كالآتي:

الأثر المروي عن الحسن البصري، وإنْ صحّ أنّ الحسن لم يدرك عمر إلاّ سنتين إلاّ أنّ للأثر شواهد يتقوّى بها.

أما الأثر المروي عن سعيد بن المسيب، فيردّ على منتقديه مِنْ ناحيتين: الأولى أنّ ابن المسيّب أدرك مِنْ خلافة عمر ثمان سنين، وسمع منه، والنّاحية الثّانية أنّ مرسلاته مقبولة عند أهل العلم[2]. وقد قال البيهقي بأنّ إسناد الأثر صحيح[3].

وبخصوص الأثر المروي عن ابن معبد، فإن ابن معبد وثّقه جمعٌ مِنَ العلماء، منهم ابن حبان[4]. كما أنّ له شواهد تقوّيه.

والأثر المروي عن عكرمة يجاب على نقده بأنّ الدّارقطني أدخل عبد الحميد بن جبير بينه وبين عمر ﷺ[5]، وعلى فرض انقطاعه، فإنّ له مِنَ الشّواهد ما يقوّي صحّة الرّواية عن عمر.

---

(1) – الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص249.

(2) – انظر في تفصيل ذلك: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج4، ص85– 88.

(3) – البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص126.

(4) – محمد بن حبان (أبو حاتم)، الثقات، دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند، 1398هـ– 1978م، ج5، ص107– 108.

(5) – الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص249.

وأما الأثر الأخير المروي عن نافع، فيردّ على نقده بأنّ منطوق الحديث يدلّ على خلاف ذلك؛ لأن عائشة رضي الله عنها كانت لا تعقد بل تترك الأمر إلى أخيها في ذلك، وهذا دليل على أنْ ليس للمرأة مباشرة العقد.

ثانيا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

أ- نقد الأثر المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

زيادة على الانتقادات الموجهة إلى الحديث الذي روته عائشة، والذي يوافق هذا الأثر في اللّفظ والمعنى، أنّ عليًّا بن أبي طالب نُقِل عنه خلاف ذلك عندما أجاز عقد امرأة على ابنتها.

ب- رد هذا النقد:

يردّ على هذا الادّعاء بأنّ حديث عائشة رضي الله عنها حجة لجمهور الفقهاء لا عليهم، وقد سَلِمَ مِنَ الانتقادات كما بيّنا، كما أنّ حادثة إجازة عليّ للعقد جاءت مضطربة كما أسلفنا، وحتّى وإنْ صحّت، فإنّه أجاز العقد بولاية السّلطنة باعتباره الخليفة آنذاك.

ثالثا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما

أ- الأثر يجيز للمرأة عقد زواجها:

هذا الأثر يقتضي الأخذ بمفهومه – أي مفهوم المخالفة– صحّة العقد مِنَ المرأة إذَا أَذِنَ لها الوليّ أو السّلطان، وعدمه دون إذن.

ب- جواب هذا الادعاء:

يجاب على ذلك بأنّ دلالة المفهوم لا تقوى على دلالة المنطوق، وأنّ النّفي يُسقط الأخذ بدلالة المفهوم لِمَا يعضده مِنْ شواهد أخرى، يضاف إلى ذلك أنّ الوليّ عندما يأذن بالتّزويج إنّما يأذن لوكيله لا للمرأة، والسّلطان يأذن للوليّ الأبعد إذا ما غاب أو امتنع الوليّ

الأقرب، أو ينفذ العقد بما له مِنْ سلطة.

رابعا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه

أ- **الأثر مخالف لإجماع العلماء:**

يؤخذ على هذا الأثر ما يؤخذ على حديث أبي هريرة السّابق مِنْ أنّه لم يقل أحد مِنَ المسلمين بأنّ مَنْ زوّجت نفسها فهي زانية؛ لأنّه يثبت بهذا الزّواج النّسب، ويجب المهر والعدّة، وليس هناك حدٌّ على الواطئ.

ب- **جواب النقد:**

يردّ على ذلك أنّ قول الصّحابة لهذا الوصف إنّما هو مِنْ باب التّشبيه استقباحًا للفعل وتحريمًا له، أمّا وجوب المهر والعدّة، وثبوت النّسب، وعدم تطبيق الحدّ؛ فلأنّه زواجٌ وقع بِشُبهة.

خامسا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها

أ- **عمل عائشة رضي الله عنها بخلاف ما روته:**

ينتقد هذا الأثر بأنّ عائشة قد عملت بخلاف ذلك عندما زوجت ابنة أخيها، وأن هذا هو مذهبها.

ب- **عدم مخالفة عائشة رضي الله عنها لما روته:**

يجاب عن الادعاء بأن عائشة عملت بخلاف ما روي عنها، وأن مذهبها صحّة تزويج المرأة نفسها وغيرها؛ بأنّ روايتها بطلان الزّواج من دون ولي جاءت بسند صحيح كما بيّنّا سابقًا، ويعضد ذلك هذا الأثر، أمّا رواية تزويجها لابنة أخيها فلم يرد فيها ما يدلّ على أنّها باشرت العقد بنفسها.

سادسا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن زينب رضي الله عنها

أ- تأويل معنى التزويج بالتفويض:

هذا الأثر لا مطعن في سنده، ولكن ليس فيه دليل على اشتراط الوليّ، فعبارة «زَوَّجَكُنَّ أَهَالِيكُنَّ» قد تقتضي التّفويض مِنَ المرأة للرّجل بتزويجها لا أحقّيّة الرّجل بذلك.

ب- مخالفة العرف هذا التأويل:

يجاب على النقد المذكور بأنّ هذه العبارة تفيد أنّ العرف في عهد النّبيّ صلى الله عليه وسلم هو تزويج النّساء بواسطة أوليائهنّ[1].

الفرع الرابع

مناقشة الأدلة العقلية

أ- مضمون المناقشة:

قال الكاساني في بدائع الصنائع: إنّ عقد الزّواج ليس عقد ضررٍ بل هو عقد منفعةٍ؛ لأنّه يحقّق مصالح الدّين والدّنيا، كل ما في الأمر أنّ البروز والخروج فيه فساد السّكن؛ لأن قلب الرّجل لا يطمئن إليها في ذلك، أمّا القول بنقصان عقل المرأة فلا يمنعها مِنَ العلم بمصالح الزّواج ولا يسلبها أهليته؛ ولهذا نجدها أهلا للتّصرّف في جميع المعاملات والأمور الدّينيّة، رغم ما فيها مِنْ مثالب لا تدرك إلاّ بالتّأمّل والتّدقيق، كما يصحّ منها الإقرار بالحدود والقصاص وغيرها، فدلّ جميع ذلك أنّ لها مِنَ العقل ما يكفي لصحّة عقد زواجها؛ ولهذا كان لها اختيار الزّوج الذي تراه، ولها أنْ تطلب مِنَ الوليّ تزويجها، ولا يحقّ له الامتناع وإلاّ عُدَّ عاضلا[2].

كما أنّ حقّ الوليّ في الصّغيرة كان لعجزها فقام الوليّ مقامها، وببلوغها لم تعد عاجزة عن التّصرّف بنفسها[3]. وإذا كان للوليّ حقٌّ على المرأة فقد ثبت مِنَ الحديث

(1) – عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج1، ص150– 151.
(2) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص249.
(3) – السرخسي، المبسوط، ج4، ص218؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248.

الصّحيح أنّ حقها آكدُ مِنْ حقه، فإنْ قامت بمباشرة العقد بنفسها لم يكن له أنْ يعترض عليها، إلاّ أنْ تضع نفسها في غير كفءٍ.

أمّا الرّدّ على أنّ للزّواج مقاصد، وأنّ المرأة سريعة الاغترار سيئة الاختيار، بأنّ كل ذلك يزول وينتفي بإجازة الوليّ[1].

ب- الرد على حجج الحنفية:

إضافة إلى الأدلة العقلية التي ساقها جمهور الفقهاء، والتي تصلح ردًّا على مناقشة الحنفية؛ نقول: بما أنّ الزّواج عقد يراد به الدّين والدنيا، وأنّه سَكَنٌ للزوجين، ومنشأٌ للمودّة والرّحمة، فيكفي القول أن خروج المرأة وبروزها أمام الرّجال يُعكِّر هذه السّكينة، وينزع الطُمأنينة من قلب الرّجل تُجاه زوجته التي استباحت لنفسها تزويج نفسها دون أوليائها.

أما الادّعاء بأنّ نقصان عقل المرأة لا يعني عدم معرفتها بأمور الزّواج، لا سيما وأنّ لها حقّ التصرف في جميع المعاملات، وأنّه يصح إقرارها في الحدود والقصاص؛ فيُرَدُّ عليه بأنه إذا كانت المرأة فعلا كذلك، فلماذا لم يُعْطِ لها الحنفية حق تولّي القضاء في الحدود والجنايات؟ أَوَلَيْسَ لها من العقل ومنَ الإدراك والتدقيق ما يكفي لصحّة تولّيها القضاء عموما[2]؟ فهذه بتلك.

وبخصوص أنّ سرعة اغترار المرأة وسوء اختيارها يزولان بإجازة الوليّ للعقد فغير صحيح؛ لأنّه إذا كانت المرأة قد سبق وزوّجت نفسها من رجل دون علم وليّها، ثم أعلمته أو علم بنفسه، وأجاز العقد، فإنّ هذه الإجازة لا تغيّر من واقع الحال شيئًا؛ لأنّه إنْ كان اختيارها حسنا فقد وقع قبل الإجازة، وإن كان سيّئًا فكذلك قد وقع قبلها، فلا تزول صفتا سرعة الاغترار وسوء الاختيار بحال.

---

(1) – بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج4، ص576.

(2) – انظر في عدم صحة تولي المرأة القضاء عند الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص3؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص187؛ ج2، محمد بن فرموز، الدرر الحكام، ج2، ص408.

أمّا إنْ قيل بأنّ المراد هو إذنه بالعقد قبل وقوعه، أي إنّ علمه بالزّوج وحاله كان قبل العقد، وسمح لها بعقد زواجها، فإنّ هذا أيضا لا يستقيم؛ لأنّ مَنْ يقول بصحّة العقد إذا أَذِنَ الوليّ مسبقا يجعله باطلا إذا لم يأذن به، وهذا ما لم يقل به الحنفية. يضاف إلى ذلك أنّه لا يُعقل أن تنوب المرأة عن وليّها في عقد زواجها، وهذا راجع إلى أن الزّواج وارد في حقها.

كما أنّ مِنْ مقاصد الزّواج، الجمع بين الأسر والعائلات في المجتمع، وتكوين روابط وعلاقات اجتماعية بينها، وإن ترك الأمر للمرأة تزويج نفسها، فإن هذا لا محالة سيكون سببا في قطع تلك الرّوابط والعلاقات، وتفكيك الأسر والعائلات، وزرع الكراهية وعدم الثّقة بين المرأة وأوليائها بل مع زوجها وأهله كذلك.

ثمّ إنّه قد يحدث وأنْ تُطلَّقَ المرأة التي زَوَّجَت نفسها دون وليّها، فهل يمكن أنْ يقبل بها هذا الوليّ مرّة ثانية في بيته، أم أنّها ستكون شريدة في الشارع - أو على الأقل وحيدة إنْ كان لها مأوى- فريسة سهلة للطامعين وضعيفي النفوس، وبالتالي منبعًا خصبًا للرّذيلة؟

لا شك أنّ الثاني هو الأقرب إلى الحقيقة والواقع، مما يسمح لنا باقول إن زواج المرأة الراشدة دون وليّ شرعيّ ينجرّ عنه ما يأتي:

- قطيعة في الروابط العائلية، وتفسخ في العلاقات الاجتماعية.
- عار يلحق بولي المرأة - يجعله مطأطأ الرأس- وأسرتها ككل، ممّا يستتبع بوار أخواتها وقريباتها.
- فتح الباب أمام الطامعين، باستغلال ضعف المرأة منْ ناحية ميلها إلى الزواج، وجرّها نحو أبواب الفساد.
- فساد للمرأة، يستتبعه فساد في المجتمع ككل.
- استغلال المناوئين للإسلام هذا الأمر للتسلل منه إلى أمور أخرى ، وبث الشقاق والنزاع في أوساط المجتمع.

خَاتِمَة :

إنّ دراسة شرط الوليّ في عقد زواج المرأة الرّاشدة، أظهر لنا أنّه موضوع له أهميته الكبيرة على الساحة القانونيّة والشرعيّة والاجتماعية، وممّا يؤيّد ذلك أنّه قد أسال الكثير من الحبر قديمًا وحديثًا، وكثر الجدل بشأنه ولا يزال، بين معزّز لمكانته في هذا العقد ومُظْهِرٍ لوجه المعونة والنّصح واختيار الأصلح للمرأة، وبين نافٍ له وناظر إليه نظرة المتسلّط الهاضم لحقها في تولّي أمور نفسها.

وقد أوضحنا في بداية الموضوع أنّ المجتمعات القديمة كانت تنظر إلى المرأة نظرة علويّة، وتضعها في أدنى مرتبة، فكان للوليّ مِنَ السّلطة عليها في الزّواج وفي غيره ما يضفي عليه صفة القهر والجبروت والوحشيّة، التي قد تصل به إلى حدّ بيع أبنائه بل وحتّى قتلهم.

بيد أنّ هذه النّظرة أخذت تتغيّر بمرور الزّمن، وكان الإسلام أوّل وأهمّ منعرج لِتَغَيُّرِ مكانة المرأة في المجتمع، وبالتّالي تغيّر نمط الولاية عليها؛ فبعد أنْ كانت تدفن حيّة، وتُكْرَه على الزّواج بمن لا تريد، أصبح لها الحقّ في أنْ تختار زوجها عن طريق أخذ إذنها الصّريح أو الضّمني فيه، ولها أنْ تَرُدَّ الزّواج الذي تمّ دون رضاها.

فكانت هذه المرحلة نَقْلَةً لها وَقْعُهَا وصداها، على المستوى التّشريعي والاجتماعي، تدعّمت بنصوص قرآنية، وأحاديث نبويّة، وآثار مرويّة عن الصّحابة والتّابعين، وواقع وتقاليد وعادات معيشة.

فأضحت صفة الوليّ إيجابيّة بعد أنْ كانت سلبيّة؛ فهو ليس جلاّدًا قاهرًا للمرأة التي أوكلت مهمّة رعايتها له، بل ناظر في أمورها لتحقيق الأصلح لها، بناءً على معرفته وخبرته بالحياة، واتّصاله المباشر بأفراد المجتمع مِنْ نفس جنسه.

فبيّنّا الجانب الإيجابي بداية في النّاحية اللّغوية، ووجدنا أنّ غالبية معانيه تنحو هذا المنحى، وقد ذكرنا أنّ الزبيدي أورد له واحدًا وعشرين معنًى، ورأينا أنّ جلّها تتعلّق بالنّصرة، والمعونة، والشراكة، ومدّ يد العون، وتدبير الأمور، والقرب...الخ

ثمّ أظهرنا مرّة أخرى هذا الجانب في التّعريف الاصطلاحي للولاية، التي وإنْ كان فيها معنى السّلطة، فإنّ معها عنصر المسؤولية الملقاة على عاتق الوليّ تجاه المرأة المولّى عليها، وأنّ أساسها هو الشّفقة وتحصيل النّظر لها.

غير أنّ هذه المعاني الإيجابية لم تشفع للوليّ – عند البعض– في أخذ مكانته في عقد زواج المرأة، ومرجع ذلك هو تعدّد النّصوص، وتباينها ظاهريًّا، ممّا نشأ عنه اختلاف في الرّؤى والتأويلات؛ فوضعوا شروطًا للوليّ، اتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر، كما قسّموا الولاية والأولياء أقسامًا، وَضَّحُوا مِنْ خلالها موضع الوليّ مِنْ عقد زواج المرأة الرّاشدة، ووضعوا لكل وليّ مرتبته، وبيّنوا حقّه تجاه المرأة التي هي تحت ولايته وتجاه غيره مِنَ الأولياء، كما بيّنوا مدى صلاحيّة عبارة المرأة لعقد الزّواج لنفسها أو لغيرها بناءً على النّصوص الواردة في حقّ الوليّ وحقّها.

فبالنّسبة إلى شروط الوليّ وجدنا أنّهم اتّفقوا على ثلاثة شروط، بقي في عصرنا هذا اثنان منها: كمال الأهليّة، والإسلام. أمّا الشّروط التي اختلفوا فيها فكانت عديدة، أهمّها:

- **أن يكون الولي عدْلاً:** حيث اشترط عدالته من الفقهاء الشّافعيّة والحنابلة، ومِنَ التّشريعات، التّشريع الكويتي والإماراتي والسّوداني والعماني.
- **أن يكون ذكرا:** وقال بذلك المالكيّة، والشافعيّة، والحنبليّة، والظّاهريّة، والإباضيّة، والزّيديّة، والمشرّع اللّيبي، والموريتاني، والسّوداني، والعماني، والإماراتي، والقطري، والسّعودي.
- **أن يكون رشيدا:** وقال به الشّافعيّة والحنابلة، والمشرّع الإماراتي.
- **أن لا يكون مُحْرِمًا:** وقال به المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، والظّاهريّة، والزّيدية، والمشرّع الإماراتي والقطري والعُماني.
- **ألا يكون مُكْرَهًا:** وقال بهذا الشّرط المالكيّة والشافعيّة والحنابلة.

أمّا بالنّسبة إلى أقسام الولاية، فهي عندهم إمّا ولاية إجبار، وإمّا ولاية اختيار أو ولاية ندب واستحباب؛ فأمّا الأولى فهي التي لا يرجع فيها إلى المرأة لأخذ إذنها أو رأيها في

الزّواج، وقد قال بها في البكر البالغة العاقلة كلّ مِنَ المالكيّة والشّافعيّة، والشّيعة الزّيديّة والإماميّة. أمّا ولاية الاختيار، والتي تتطلب عقد الوليّ للزّواج لكن بموافقة المرأة عليه، فتكون على المرأة البالغة العاقلة الثّيب عند المالكيّة والشّافعية والزّيديّة، وعلى البكر في التّشريع الأردني، وعليهما معًا عند الحنابلة والظّاهريّة والإباضيّة والزّيديّة، والمشرعين الليبي والموريتاني، والمصري والسوري والكويتي والعماني والسوداني واليمني والإماراتي والقطري والبحريني. بينما أخذ بولاية الندب والاستحباب والتي يمكن بموجها أن تعقد المرأة الزّواج لنفسها أو لغيرها استقلالا، غير أنّه يستحب لها أن تفوض ذلك لوليّها، وقد أخذ بها الحنفية على المرأة البالغة العاقلة، والمشرع الجزائري في ظاهر النصوص، والمشرع المغربي والتونسي والعراقي، والشيعة الإمامية والمشرع الأردني على الثّيِّب البالغة العاقلة.

ونحن في بحثنا هذا نؤيد الفريق الذي أخذ بولاية الاختيار على المرأة البالغة العاقلة، فيؤخذ إذنها أو موافقتها على الزّواج ولا تجبر عليه، أو تترك لها الحرية في اختيار الزوج –في الإطار الشّرعي – مع عدم استقلالها بعقد الزّواج دون وليّها؛ لأنّ إجبارها على الزّواج يَجُرُّ من الآفات والمآسي ما لا تحمد عقباه، وكذلك يفعل إطلاق العنان لها وإعطاؤها كامل الحرّيّة في نفسها.

وفيما يتعلق بتحديد مراتب الأولياء وما ينجر عنه، فقد حصرناهم عموما في ثلاث فئات: فئة تضم الورثة من العصبات، وفئة تضم الأصول والفروع، وفئة تضم الأصول دون الفروع.

فكان الحنفيّة والشّيعة الزّيديّة ممّن جعل الأولياء على ترتيب الإرث، فقدّموا الابن على أبيه في الولاية، وهو ما أخذت به جل التشريعات، على غرار المشرع الليبي، والمصري، والأردني والكويتي، والقطري، واليمني، والسوداني، والعماني. وجعل كالمالكية والحنابلة والإباضية الولاية للأصول والفروع. بينما أخرج الشافعية والظاهرية، والشيعة الإمامية، فروع المرأة من الولاية.

أمّا مسألة صحّة أو عدم صحّة إبرام المرأة لعقد الزّواج، فقد كانت محلّ اختلاف وجدل كبيرين، استنادا إلى أدلّة كثيرة، تتراوح بين التّعميم والتّخصيص، وبين الإجمال والتّفسير. وقد نتج عن ذلك وجود سبعة آراء فقهية، يطغى عليها قول جمهور الفقهاء من مالكية، وشافعية، وحنابلة، وظاهرية، وإباضية، وزيدية؛ الذين يرون بأنه لا يجوز للمرأة أنْ تباشر عقد الزّواج لا لنفسها ولا لغيرها.

وفي مقابل هذا الرأي، نجد الحنفية والشيعة الإمامية، حيث يرون بأنّ الوليّ ليس شرطًا في زواج المرأة البالغة العاقلة، بكرًا كانت أم ثيّبًا، سواء كان الزّوج كفؤا أم لا.

ويتوسط هذين الرأيين، خمسة آراء أخرى: أولها أنّ للمرأة البالغة العاقة أنْ تزوّج نفسها بشرط أنْ يكون الزّوج كفؤًا لها، وأنْ يكون المهر مهر المثل، فلا يصحّ دون ذلك، وهذا هو أحد آراء الحنفية، وهو المختار للفتوى.

والرّأي الثّاني، أنّ للمرأة أنْ تبرم عقد زواجها بنفسها، لكنه يكون موقوفًا على إجازة وليّها. وهذا أحد آراء الحنفية، والإمام الأوزاعي.

أمّا الرّأي الثالث فكان لبعض الشيعة الإمامية في البكر، والإمام أبي ثور، حيث يكون فيه للمرأة الراشدة أَنْ تعقد زواجها إِنْ أَذِنَ لها في ذلك.

والرّأي الرابع، يرى فيه أبو داود الظاهري أن يفرّق بين المرأة البكر والثّيِّب؛ فهذه الأخيرة لها أن تختار أي شخص لتولّي عقد زواجها، أمّا البكر فلا بد من أن يعقد زواجها وليّها الشّرعي.

أمّا الرّأي الخامس والأخير، فهو رواية ابن القاسم عن الإمام مالك، في التفريق بين المرأة الشريفة والدنيئة؛ فأما الشّريفة فلا يزوّجها إلاّ وليها، وأمّا الدّنيئة فلها أن تختار من يزوّجها، ولكن ليس لها أن تزوّج نفسها.

وقد تأثرت التّشريعات العربيّة بما جاء في الفقه الإسلامي، وكانت النتيجة مقاربة لما سار عليه الأمر في الفقه؛ فأخذت ليبيا وموريتانيا، من دول المغرب العربي، ومن دول

المشرق، أخذت المملكة العربيّة السعودية والكويت والإمارات وقطر واليمن وعُمَان والبحرين، برأي الجمهور، فاعتبرت الوليّ شرطًا لصحّة زواج المرأة الراشدة، ومنعت عنها استقلالها بالعقد دونه. في حين أخذت تونس والمغرب بالمشهور من رأي أبي حنيفة، وكذا فعلت العراق؛ حيث جعلوا للمرأة مطلق الحرية في الزّواج لتمتعها بمثل ما يتمتع به الرجل.

وآثرت مصر والأردن وسوريا والسودان، تطبيق الرأي الذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي، بربط صحّة زواج المرأة بكفاءة الزّوج ومهر المثل. أما الآراء الأخرى فنُبِذَتْ من كل التشريعات.

ولم نستطع أن نتبيّن أي الآراء تبنّاها المشرع الجزائري بالنّسبة للمرأة الرّاشدة بشكل واضح وصريح، ذلك أنّه جعل لها الحقّ في تولّي إبرام عقدها، وهذا مقتضى مذهب أبي حنيفة في المشهور عنه، لكنه أوجب حضور الولي وهو مقتضى مذهب جمهور الفقهاء، ثم جعل هذا الوليّ محل تعيين مِنْ طرف المرأة، فيكون بمثابة وكيل، ولكنّه ليس كذلك؛ لأنّه يحضر العقد فقط، فأصبح الوليّ في حق المرأة الراشدة غير واجب. وقد وضع المشرع نفسه بنص المادّة 11 من تقنين الأسرة في وضع متناقض لا مخرج له منه إلاّ بتعديله وتوضيح اتجاهه بشكل جَلِيّ.

والذي يظهر لنا أنّ الوليّ شرط صحّة في عقد الزّواج، متفقين مع قول جمهور الفقهاء وغالبية التشريعات العربيّة، وهذا مردّه إلى قوة الأدلّة التي أوردها أصحاب هذا الرأي ورجاحتها في المسألة المدروسة.

فإنْ كانت الأدلّة القرآنية مُتعادلة بين الفريقين إلى حدّ ما، ولا يمكن ترجيح قول أيّ منهم بها، فإنّ الأدلة مِنَ السّنة تُرَجِّحُ كفة الجمهور، لاسيما حديث معقل بن يسار الوارد في صحيح البخاري الذي تعلّق بِعَضْلِهِ لأخته، وحديث عائشة رضي الله عنها النّاطق بتكرار بطلان العقد ثلاث مرات إنْ تمّ دون وليّ، وحديث أبي هريرة الصّريح في عبارته بأنّ المرأة لا تزوّج المرأة ولا تزوّج نفسها، وكل هذه الأحاديث ثبتت صحّتها، والعلل التي أعلّها بها البعض لم تكن لتقدح في صحّتها.

كما أنّ الآثار الصّحيحة الواردة عن الصّحابة، تُبيّن فهمهم لمعاني الآيات القرآنية والأحاديث النّبوية الواردة في المسألة، كما تُبيّن مكانة الوليّ في عقد الزّواج، وما كان عليه العمل في عهد النّبوّة والخلافة الرّاشدة مِنْ بعده.

بل إنّ قول جمهور الفقهاء، والأدلّة العقليّة، والوقائع التّاريخيّة تفيد بأنّ رأي مخالفيهم لم يكن له سند وتطبيق على أرض الواقع لا في عهد النّبوّة، ولا في عهد الصحّابة، ولا حتّى في عهد التّابعين وتابعي التّابعين، فكيف ينهض إذًا فهمٌ لآياتٍ وأحاديثَ في غير موضعه، دليلاً مسقطا لأدلّة أخرى مخالفة لها، عزّزتها الممارسة الفعليّة على أرض الواقع؟!

ونحن لا نقصد بهذا القول أنّ أدلة الحنفيّة و غيرهم، من القرآن ومن السنة والآثار والمعقول ليست صحيحة، كلّ ما أردنا قوله أنّ توجيهها لم يكن في موضعه؛ فالأدلّة المساقة في هذا المعرِض إنّما يُحتجّ بها في وجوب رضا المرأة في الزّواج، وأخذ إذنها فيه، وإلاّ كان لها أنْ تَرُدَّه؛ ولهذا جاءت الأحاديث مبيّنة بأنّ المرأة لها الحقّ في نفسها مثلما لوليّها الحقّ أيضًا، إلاّ أنّ حقّها أحيانًا يكون أكبر من حقّه كما في حال الثّيّب، التي يجب استئذانها، ولا يصحّ إذنها بالسّكوت بل يجب تصريحها بالموافقة، وأحيانا يكون حقّ الوليّ أكبر من حقّها، فيكفي في اعتبار إذنها سكوتها، فإن لم يصدر منها ما يعتبر إذنا، ومع ذلك زوّجها وليّها، كان الزّواج مردودًا.

وهذا يعني أنّنا لا نقول بولاية الإجبار على المرأة البالغة العاقلة؛ لأنّ الأدلّة في ذلك، إضافة إلى صحّتها، قويّة في حُجَّتِها، واضحة في دلالتها، ويسندها في ذلك المفاسد التي تنجرّ عن إجبار المرأة على الزّواج دون رضاها أو أخذ إذنها، وعلى رأسها عدم نجاح العلاقة الزّوجية وانتهاؤها في الغالب بالطّلاق، وثانيها نشوء العداوة بين المرأة المتزوّجة وبين وليّها الذي زوّجها دون رضاها أو دون الرّجوع إليها في أمر يخصّها، وعلى الأقل وجود شعور بعدم الرّضا عن الوليّ وعن الزّوج، قد يستمر مدى الحياة.

كما قد يؤدي تزويج المرأة دون رضاها وموافقتها إلى عدم ارتياحها وطمأنينتها إلى وليّها وحتّى إلى زوجها، فلا تعود تشاركهما في أفكارها ولا في تطلّعاتها أو تصرّفاتها؛ لاعتبارها أنّ ما أقدم عليه الوليّ مع الزّوج هو مِنْ باب خيانتها والتواطؤ عليها.

وإنْ كان هذا مُتَحَقِّقًا في حالة إجبار المرأة على الزّواج بمن لا ترتضيه، أو عدم استئذانها وأخذ موافقتها عليه؛ فإنّ الأمر على نحو ذلك في حال العضل؛ لأنّ العاضل هاضم لحقّ المرأة في نفسها باختيار زوجها المستقبليّ، ودافعٌ لها إلى سلوك طريق محظور، ومُوقِعٌ لها في المفسدة، ممّا ينعكس عليها بالسّلب، وعلى أسرتها والمجتمع ككل.

وإذا انتهينا بأنْ لا إجبار على المرأة الرّاشدة ولا عضل، فإنّنا لا نعطيها حقّ استقلالها بالعقد دون وليّها؛ ذلك أنّ الزّواج عقد ينبني عليه وجود المجتمع بأسره، فلا يكون منشؤه معيبًا مُنْذُ البداية؛ لأنّه إذا شاب الأصلَ عيبٌ أفسده، فإنّ الفروع تكون أشدّ فسادًا مِنَ الأصل.

ولكنْ يحقّ لها إذا غاب وليّها أو فُقِدَ وانقطعت أخباره، وتقدّم إليها مَنْ يخطبها، أنْ يعقد زواجها الوليّ الذي يليه مرتبة، أو أنْ ترفع أمرها إلى القاضي ليزوّجها أو يعيّن مَنْ يقوم بتزويجها، إنْ لم يكن هناك وليّ، أو تنازع وليّان أو أكثر حول مَنْ يزوّجها إنْ تساووا في المرتبة.

ومِنْ ثمّ فلا مجال في نظرنا للقول بتزويج المرأة لنفسها ولا لغيرها، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما بأنْ لا نكاح إلاّ بوليّ، وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه بأنّه لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ كما لا تُزَوِّجُ نفسها كذلك، فإنْ وقع، كان العقد باطلا؛ لقول النّبي صلى الله عليه وسلم ببطلأنّه ثلاثًا في حديث عائشة رضي الله عنها، فيفسخ قبل الدّخول دون أنْ يُرتّب آثارا قانونيّة أو شرعيّة، وبعد الدّخول مع ثبوت المهر والعدّة والنّسب وحُرْمة المصاهرة.

هذه الدّراسة، وهذه النّتائج التي وصلنا إليها، تقتضي منّا أنْ نُورِد بعض التّغييرات التي نراها مناسبة في هذا المجال، والتي تخدُم المرأة والوليّ والأسرة والمجتمع في آنٍ واحد، وهذا بالمحافظة على كل عنصر في ذاته وفي حقوقه.

ونبدأ هذه الاقتراحات بأركان الزّواج؛ فيما يتعلّق بالتّراضي، فإنّ الزّواج لا يتمّ إلاّ به، كما أنّ التّراضي يتمّ بإيجاب مِنَ الزّوج أو نائبه، وقَبول مِنَ وليّ الزّوجة بعد أخذ إذنها وموافقتها، أو إيجاب مِنْ وليّ الزّوجة بعد أخذ موافقتها، وقبول مِنَ الزّوج أو نائبه، ليصبح نصّ المادّة 9 مِنْ تقنين الأسرة كالآتي: **((يَنْعَقِدُ الزّواج بِتَطَابُقِ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ))**.

أمّا نصّ المادّة 10 فيصبح: **((يَكُونُ التَّرَاضِي بِإِيجَابٍ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ نَائِبِهِ، أَوْ مِنْ وَلِيِّ الزَّوْجَةِ، وَقَبُولٍ مِنْ وَلِيِّهَا بَعْدَ أَخْذِ مُوَافَقَتِهَا، أَوْ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ نَائِبِهِ))**.

وفيما يتعلّق بالولاية على المرأة الرّاشدة -وكذلك القاصرة- كما هو منصوص في المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة، قلنا إنّه ليس للمرأة أنْ تعقد زواجها بنفسها ولا لغيرها، ومِنْ ثمّ فالولاية ليست حقًّا مطلقًا لها بل يشاركها في ذلك وليّها، فهي تختار الزّوج أو يُقترح عليها لتوافق عليه، بينما الوليّ يُجري العقد وينقل إرادتها الحرّة إلى الطّرف الآخر. وعلى هذا يصبح نصّ المادّة 11 كالآتي: **((الوِلاَيَةُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ المَرْأَةِ وَوَلِيِّهَا، فَلاَ يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا بِالعَقْدِ دُونَ الآخَرِ، وَإِلاَّ كَانَ العَقْدُ مَفْسُوخًا))**.

بالنّسبة إلى تحديد شروط الأولياء وترتيبهم، فإنّنا نرى أنْ يكون الوليّ بالغا عاقلا؛ لأنّ الولاية تقتضي تحصيل النّظر، وتقدير المصلحة، وهذا لا يكون إلاّ مِنْ شخصٍ بالغ عاقلٍ. ذكرًا؛ لأنّ النّصوص الواردة في هذا الشّأن قويّة، وكذا صيانةً للمرأة ممّا يمكن أنْ يُلْصِقَ بها صفة الوقاحة والرّعونة والميل إلى الرّجال، إلاّ إنْ كانت قاضية في شؤون الأسرة، فلها حينئذ أنْ تتولّى عقد زواج غيرها بناءً على السّلطة الممنوحة لها. مسلمًا إنْ كانت المرأة المولّى عليها مسلمةً؛ لِوُرُودِ النّهي عن تولّي غير المسلم لعقد زواج المسلم.

أمّا ترتيبهم، فإن أولى الأولياء بالتّقدّم هو الأب ثمّ الجدّ لكمال النّظر والشفقة لديهما، ثم الابن، ثم الأخ، ثم العم، ثم ذوو الأرحام، ثم الوصيّ والكافل، ويأتي في الأخير القاضي.

فنضيف نصّ المادّة 12: **((يُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ بَالِغًا عَاقِلاً، ذَكَرًا مَا لَمْ تَكُنْ قَاضِيَةً فِي شُؤُونِ الأُسْرَةِ، مُسْلِمًا إِنْ كَانَتْ المَرْأَةُ مُسْلِمَةً))**.

ونصّ المادّة 12 مكرّر: **((تُقَدَّمُ فِي عَقْدِ الزّواج جِهَةُ الأُبُوَّةِ ثُمَّ البُنُوّةِ ثُمَّ الأُخُوَّةِ ثُمَّ العُمُومَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلاَءِ إِنْتَقَلَتْ الوِلاَيَةُ إِلَى ذَوِي الأَرْحَامِ ثُمَّ الوكيل أو الوَصِيّ أوالكافل.**

وَالقَاضِي وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ)).

وبخصوص إجبار المرأة على الزّواج، فإنّنا ذكرنا أنْ لا إجبار عليها، صغيرة كانت أم كبيرة، فإنْ كانت مجنونة أو معتوهة، وجب استئذان القاضي بشأنها؛ ليقرّر السّماح بتزويجها إنْ رأى في ذلك مصلحة لها في شفائها، أو لمنع فسادها، أو لتحصيل نفقتها.

كما لا يحقّ للوليّ عضل مَنْ هي تحت ولايته إنْ اختارت زوجها، شرط أنْ يكون أصلح لها.

وعليه نرى تعديل نصّ المادّة 13 كالآتي: **((لاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ أَنْ يُجْبِرَ مُوَلِّيَتَهُ عَلَى الزّواج صَغِيرَةً كَانَتْ أَمْ كَبِيرَةً، وَلِلْمَرْأَةِ التِي أُجْبِرَتْ عَلَى الزّواج أَنْ تَطْلُبَ فَسْخَ العَقْدِ قَبْلَ الدُخُولِ وَبَعْدَهُ)).**

ونضيف إليه نصّ المادّة 13 مكرّر: **((لاَ يَحِقُّ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَمْنَعَ المَرْأَةَ مِنَ الزّواج مِمَّنْ تَخْتَارُهُ إِنْ ثَبُتَ أَنَّ فِي إِخْتِيَارِهَا مَصْلَحَةٌ لَهَا، وَأَنَّ المَنْعَ غَيْرُ مُبَرَّرٍ.**

فِي حَالِ العَضْلِ بِدُونِ وَجْهِ حَقٍّ تَنْتَقِلُ الوِلاَيَةُ إِلَى الوَلِيِّ الذي يَلِيهِ)).

ونصّ المادّة 13 مكرّر1: **((إِذَا تَعَلَّقَ الزّواج بِامْرَأَةٍ مَجْنُونَةٍ أَوْ مَعْتُوهَةٍ أَوْ بِهَا خَلَلٌ عَقْلِيٌّ، كَانَ لِوَلِيِّهَا أَنْ يَسْتَأْذِنَ القَاضِي فِي زَوَاجِهَا بَعْدَ ثُبُوتِ مَصْلَحَتِهَا فِي هَذَا الزّواج، وَيَجِبُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الآخَرُ عَاقِلاً وَأَنْ يُعَبِّرَ عَنْ مُوَافَقَتِهِ صَرَاحَةً بِالزّواج)).**

وفيما يخصّ نصّ المادّة 33 الذي يتعلق بتخلّف أركان أو شروط عقد الزّواج، فإنّنا نرى تعديله على أساس أنّ اختلال الرّضا يُقْصَدُ به وجود عيبٍ به، كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وهذه الأمور لا نرى أنّ الجزاء المترتب عنها هو البطلان بل الإبطال أو الفسخ، بينما انعدام التّراضي أو عدم تطابق الإرادتين هو ما يجعل العقد باطلا.

يضاف إلى ذلك أنّ القول بوجود حالة عدم وجوبِ الوليّ قولٌ غير سليم وفق النّصوص التي اقترحنا تعديلها، بل ولا يستقيم حتّى مع نصّ المادّة 11 مِنْ تقنين الأسرة الحالي الذي يوجبه في جميع الحالات. كما أنّ تخلّف الشّاهدين أو تخلّف الصّداق غير تخلّف الوليّ، فالأول للإعلان وهذا يكفي فيه معرفة الأولياء به، ثم إنّ تسجيله يغني عنه، وتخلف الصّداق لا أثر له كونه حقًّا للمرأة ولها أنْ تسقطه -عند من يرى ذلك-، وأكثر مِنْ هذا أنّ الزّواج يثبت في هذه الحالة بعد الدّخول بصداق المثل، فيكون الأمر قد عُولِج مِنْ هذا الباب. أمّا شرط الوليّ كونه شرطَ صحّة في عقد الزّواج، وأنّ تركه يفتح باب المفاسد على مصراعيه، فسدًّا لباب الذريعة، وحفاظًا على الرّوابط الأسريّة والاجتماعية، يجب الوقوف في وجه مخالفي هذا الشرط بحزم، حتّى لا يتمّ الاعتداء عليه.

ومِنْ ثمّ نرى أنّه يجب تعديل هذا النصّ كالآتي:

المادة 33: **((يَبْطُلُ الزّواج إِذَا اِنْعَدَمَ التَّرَاضِي، وَلِمَنْ شَابَ إِرَادَتَهُ عَيْبٌ مِنْ العُيُوبِ أنْ يَطْلُبَ فَسْخَ العَقْدِ.**

إِذَا تَمَّ الزّواج بِدُونِ شَاهِدَيْنِ أَوْ صَدَاقٍ، يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلاَ يُرَتِّبُ أَيَّ أَثَرٍ، وَيَثْبُتُ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي حَالِ تَخَلُّفِ الشَّاهِدَيْنِ، وَبِصَدَاقِ المِثْلِ فِي حَالِ تَخَلُّفِ الصَّدَاقِ.

وَإِذَا تَخَلَّفَ الوَلِيُّ يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، عَلَى أَنَّهُ يُمْكِنُ تَجْدِيدُ العَقْدِ بَعْدَ ذَلِكَ)).

هذه هي جملة النّتائج والاقتراحات التي أمكننا الوصولُ إليها في رسالتنا هذه، ولا ندّعي فيما قُمنا به الكمال، فهذا جهد الضّعيف المقلّ منّا؛ نبتغي بهذا العمل استفادتنا نحنُ منه قبل إفادة غيرنا؛ فإنْ أصبنا فبتوفيق مِنَ اللّه، وإنْ أخطأنا فمِنَ عند أنفسنا ومِنَ الشّيطان، وهو دليل الأُنْسِ فينا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب باللغة العربية

❖ كتب القرآن وعلومه:

1- القرآن الكريم برواية حفص (مصحف المدينة).

2- أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي- مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م.

3- أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، الكشف والبيان، تحقيق: أبو محمد بن عاشور، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ - 2002م.

4- إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1420هـ - 1999م.

5- الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ- 2002م.

6- عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ - 2001م.

7- عبد الرحمن جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مكتب البحوث والدراسات العربيّة والإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1424هـ- 2003م.

8- عبد الغني الغنيمي الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.

9- علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي المعروف بالخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل وبهامشه تفسير النسفي، دار الكتب العربيّة الكبرى، مصر، د.ت.

10- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، النكت والعيون، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية - مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، د.ت.

11- عمر بن علي بن عادل، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.

12- محمد الرازي فخر الدين، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1401هـ - 1981م.

13- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.

14- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1427هـ - 2006م.

15- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1415هـ - 1995م.

16- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1422هـ - 2001م.

17- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن وبهامشه غرائب القرآن ورغائب الفرقان للحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1323هـ.

18- محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م.

19- محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1428هـ - 2007م.

20- محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.

21- محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1413هـ - 1993م.

22- محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت.

23- محمود بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التأويل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1418هـ - 1998م.

❖ كتب الحديث وعلومه:

1- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير، تخريج وتعليق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، الطبعة الأولى، المنصورة، مصر، 1410هـ - 1989م.

2- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى (وفي ذيله الجوهر النقي)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة الأولى، حيدر أباد، الهند، 1353هـ.

3- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، القاهرة، مصر، 1411هـ - 1991م.

4- أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، د.ت.

5- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، المطبعة الشرفية، القاهرة، مصر، 1327هـ - 1909م، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

6- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، مصر، 1416هـ – 1995م.

7- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تصحيح وتعليق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ت.

8- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الرّشد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005م.

9- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار المعارف النظامية، الطبعة الأولى، الهند، 1325هـ.

10- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1421هـ - 2001م.

11- أحمد بن عمرو بن الضحاك الشيباني المعروف بابن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، تحقيق: باسم فيصل أحمد الجوابرة، دار الراية، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1411هـ - 1991م.

12- أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر وحمزة أحمد الزين، دار الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1416هـ - 1995م.

13- أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1415هـ - 1994م.

14- أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م.

15- حجازي محمد يوسف شريف المعروف بأبي إسحاق الحويني، جُنّة المرتاب بنقد المغني عن الحفظ والكتاب، دار الكتاب العربي، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م.

16- حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، 1352هـ - 1933م.

17- زكريا بن غلام قادر الباكستاني، ما صحّ من آثار الصحابة في الفقه، دار الخراز، السعودية – دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.

18- سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1415هـ - 1995م.

19- سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق وتخريج: حمدي عبد الحميد، مكتبة ابن

تيمية، الطبعة الثّانية، القاهرة، مصر، د.ت.

20- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1424هـ.

21- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق وضبط: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 1430هـ - 2009م.

22- سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1420هـ - 1999م.

23- عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف ومعه تنقيح التحقيق للذهبي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، حلب، سوريا - مكتبة ابن عبد البر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.

24- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق وتخريج: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، توزيع المكتب الإسلامي، الطبعة الثّانية، بيروت، 1403هـ - 2003م.

25- عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار المعرفة، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1391هـ - 1972م.

26- عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، دار الفاروق الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ - 2008م.

27- عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر- دار القبلة للثقافة الإسلامية، بيروت، لبنان- جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.

28- عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح، علوم الحديث، تحقيق: نور الدين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان- دار الفكر، دمشق، سوريا، 1406هـ - 1986م.

29- علي بن أبي بكر الهيثمي، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: عبد الله محمود الدرويش، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م.

30- علي بن حسام الدين البرهان فوري، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، بيروت، لبنان، 1405هـ - 1985م.

31- علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لمحمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2004م.

32- عمر بن علي بن أحمد الأنصاري المعروف بابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مجدي بن السيد بن أمين وعبد الله بن سليمان، دار الهجرة، الرياض، السعودية، 1425هـ - 2004م.

33- مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، مكتبة الفرقان، دبي، 1424هـ - 2003م.

34- محمد بن أبي بكر الزرعي، تهذيب السنن، تحقيق: إسماعيل بن غازي مرحبا، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1428هـ – 2007م.

35- محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995م.

36- محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف ياسر بن إبراهيم، دار الوطن، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1422هـ – 2001م.

37- محمد بن أحمد عبد الهادي المقدسي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله، عبد العزيز بن ناصر الخباني، أضواء السلف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1428هـ - 2007م.

38- محمد بن إدريس الشافعي، المسند، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1426هـ - 2005م.

39- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ.

40- محمد بن إسماعيل البخاري، الضعفاء الصغير، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1406هـ – 1986م.

41- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1427هـ - 2006م.

42- محمد بن حبان (أبو حاتم)، الثقات، دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند، 1398هـ – 1978م.

43- محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق: صبحي بن محمد رمضان – أم إسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1427هـ – 2006م.

44- محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المطبعة الخيرية، مصر، 1310هـ.

45- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، دار الحرمين، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1417هـ - 1997م.

46- محمد بن عبد الله الدارمي، مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1421هـ - 2000م.

47- محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ.

48- محمد بن عبد الهادي التتوي (السندي)، سنن بن ماجه بشرح السندي وبحاشيته تعليقات مصباح الزجاجة للبوصيري، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ – 1996م.

49- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن الحلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ.

50- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ، حكم وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، د.ت.

51- محمد بن يزيد القزويني، سنن بن ماجه، حكم وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1417هـ.

52- محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، الطبعة الثّانية، المدينة المنورة، 1388هـ - 1968م.

53- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1399هـ - 1979م.

54- محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، دار باوزير، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 1424هـ – 2003م.

55- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دار الخلافة العلية، 1331هـ.

56- يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1347هـ - 1927م.

57- يوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي، تهذيب الكمال، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، 1400هـ - 1980م.

58- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، دار قتيبة، دمشق، سوريا – بيروت، لبنان، دار الوعي، حلب، سوريا- القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1993م.

59- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م.

60- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية،

المغرب، 1387هـ - 1967م.

❖ **كتب الفقه وعلومه:**

المذهب الحنفي:

1- إبراهيم بن أبي اليمن المعروف بابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة جريدة البرهان، الإسكندرية، مصر، 1299هـ - 1882م.

2- أحمد بن علي الجصاص الرازي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995م.

3- أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م.

4- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العربيّة الكبرى، مصر، 1333هـ.

5- الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، المطبعة الأميرية، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1310هـ.

6- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه المنتقى، تخريج: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.

7- عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، تركيا، 1308هـ.

8- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.

9- عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الأولى، مصر، 1313هـ.

10- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1986م.

11- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ مع شرح اللكنوي، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى، كراتشي، باكستان، 1417هـ.

12- محمد أكمل الدين بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، طبعة كلكتة، د.م، 1253هـ - 1837م.

13- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ - 2003 م.

14- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1993م.

15- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م.

16- محمد بن حسين بن علي الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م.

17- محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق وتخريج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م.

18- محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ - 2002م.

19- محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية الشرنبلالي، مير محمد كتب خانه، كراتشي، باكستان، 1308هـ.

20- محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1411هـ - 1990م.

21- محمود بن أحمد بن مَازَة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2004م.

المذهب المالكي:

1- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1421هـ - 2001م.

2- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994م.

3- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م.

4- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية الصاوي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1986م.

5- خليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي، المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس، المطبعة السلطانية، الطبعة الثّانية، باريس، فرنسا، 1272هـ – 1855م.

6- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني،

د.م.ت.

7- عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1998م.

8- عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، تونس، 1339هـ.

9- علي بن خلف المنوفي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني وبالهامش حاشية العدوي، تحقيق: أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، الطبعة الأولى، مصر، 1407هـ - 1987م.

10- علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق أحمد بن علي الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب - دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1428هـ - 2007م.

11- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م.

12- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى (رواية سحنون عن ابن القاسم)، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.

13- محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود بن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1993م.

14- محمد الخرشي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1317هـ.

15- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، مطبعة وزارة الأوقاف الكويتية، 1430هـ.

16- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1988م.

17- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشّرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1988م.

18- محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م.

19- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار

المعرفة، الطبعة السادسة، بيروت، لبنان، 1402هـ - 1982م.

20- محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، د.م.ت.

21- محمد بن يوسف العبدري المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ.

22- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، د.م.ت.

23- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، د.م.ت.

24- يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان،1413هـ - 1992م.

المذهب الشافعي:

1- أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، فتح الرحمن بشرح زُبَد ابن رسلان، تحقيق: سيد بن شلتوت الشافعي، دار المنهاج، الطبعة الأولى، السعودية، 1430هـ - 2009م.

2- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وأحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى، مصر، 1375هـ - 1956م.

3- إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.

4- زكريا الأنصاري الشافعي، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت.

5- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت.

6- زين الدين بن عبد العزيز المليباري، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، د.م.ت.

7- سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة محمد شاهين، مصر، 1280هـ.

8- عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، وبهامشه تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ - 1938م.

9- عبد الرحمن جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الثّانية، السعودية، 1418هـ - 1997م.

10- عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1417هـ - 1997م.

11- عثمان بن محمد شطا الدمياطي المعروف بالبكري، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، المطبعة الميمنية، الطبعة الخامسة، مصر، د.ت.

12- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م.

13- محمد الحسيني الحصني الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ - 2001م.

14- محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1987م.

15- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م.

16- محمد بن أحمد الرملي الأنصاري (الشافعي الصغير)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، مراجعة وضبط: أحمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م.

17- محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّانية، بيروت، لبنان، د.ت.

18- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، الطبعة الأولى، مصر، 1422هـ - 2001م.

19- محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، تحقيق: سيد عبد العزيز وعبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة الأولى، د.م، 1418 هـ - 1998م.

20- محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى، د.م، 1414هـ - 1994م.

21- محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1417هـ - 1996م.

22- محمد بن محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 1425هـ - 2005م.

23- محمد بن محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م.

24- محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد

محمد تامر، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1417هـ - 1997م.

25- يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1421هـ - 2000م.

26- يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، الناشر: مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، المطبعة العربيّة الحديثة، القاهرة، مصر، 1982م.

27- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين ومعه المنهاج السوي ومنتقى الينبوع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، السعودية، 1423هـ - 2003م.

28- يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1426هـ - 2005م.

المذهب الحنبلي:

1- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، بيروت، لبنان، 1402هـ - 1982م.

2- إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م.

3- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الاختيارات الفقهية، تحقيق: علي بن محمد بن عباس البعلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1397هـ - 1978م.

4- أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تخريج: عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثّالثة، المنصورة، مصر، 1426هـ - 2005م.

5- عبد الرحمن البعلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ - 2002م.

6- عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، تحقيق: طارق الطنطاوي، مكتبة القرآن، القاهرة، مصر، 1996م.

7- عبد الرحمن بن عمر الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1421هـ - 2000م.

8- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المطابع الأهلية للأوفست، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1397هـ.

9- عبد السلام بن عبد الله الحراني (مجد الدين أبو البركات)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومعه النكت والفوائد السنية لمجد الدين ابن تيمية، دار الكتاب العربي، بيروت،

لبنان، د.ت.

10- عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثّالثة، الرياض، السعودية، 1417هـ - 1997م.

11- عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، مصر، 1418هـ - 1997م.

12- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريّان، الطبعة الثانية، د.م، 1423هـ - 2002م.

13- عبد الله بن قدامة، عبد الرحمن بن قدامة، المرداوي، المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، مصر، 1416هـ - 1996م.

14- علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1375هـ - 1956م.

15- عمر بن الحسين الخرقي، مختصر الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، الطبعة الأولى، طنطا، مصر، 1413هـ - 1993م.

16- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر، الطبعة الأولى، الدمام، السعودية، 1418هـ – 1997م.

17- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، جلاء الأفهام في فضل الصلاة على محمد خير الأنام، تخريج وتعليق: شعيب الأرناؤوط، عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة المؤيد، الطبعة الثّانية، الرياض، السعودية، 1413هـ – 1992م.

18- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1425هـ - 2005م.

19- محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د.ت.م.

20- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ.

21- محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، الطبعة الثّالثة، مكة المكرمة، السعودية، 1430هـ - 2009م.

22- محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: رائد صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م.

23- مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، منشورات المكتب الإسلامي، الطبعة الثّانية، الكويت، 1389هـ - 1969م.

24- مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961م.
25- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تخريج: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، الرياض، السعودية - مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1417هـ.
26- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.
27- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ - 2006م، و 1429هـ - 2008م.
28- يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، إعداد: رضوان مختار بن غربية، دار المجتمع، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 1411هـ - 1991م.

المذهب الظاهري:

1- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر، 1351هـ.

المذهب الإباضي:

1- محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع الجامع للأصل والفرع، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413- 1414هـ - 1993م.
2- محمد بن يوسف إطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1407هـ - 1987م.

المذهب الزيدي:

1- أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكم اليمانية، صنعاء، 14 14هـ - 1993م.
2- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، الطبعة الأولى، صنعاء، 1366هـ - 1947م.
3- صالح بن مهدي المقبلي، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، 1408هـ - 1988م.

المذهب الإمامي:

1- ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، مؤسسة الإمام الصادق، الطبعة الأولى، قم، إيران، 1417هـ.
2- الحلي، تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، قم، إيران، د.ت.
3- علي أصغر مروارید، الينابيع الفقهية، مؤسسة فقه الشيعة - الدار الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1410هـ - 1990م.
4- محمد بحر العلوم، بلغة الفقيه، تحقيق: حسين بن السيد محمد تقي آل بحر العلوم، مكتبة الصادق، طهران، 1403هـ - 1984م.
5- محمد بن الحسن علي الطوسي، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، 1407هـ.
6- محمد بن الحسن علي الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق: محمد الباقر البهبودي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م.

❖ كتب اللغة وعلومها:

1- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة الثّانية، د.م، 1399هـ - 1979م.
2- أحمد مختار عمر وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ- 2008م.
3- إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربيّة، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1990م.
4- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ ، 2003م.
5- المبارك بن محمد الجزري (ابن الأثير)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1383هـ - 1963م.
6- مجمع اللغة العربيّة بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر، 1425هـ- 2004م.
7- محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكاتب العربي، القاهرة، مصر، 1387هـ- 1967م.
8- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت.
9- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثّانية، 1408هـ - 1988م.

10- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر- دار الفكر، بيروت، لبنان- دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1400هـ.

11- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1385هـ - 1965م.

12- ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق: محمود فاخوري وعبدالحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، الطبعة الأولى، حلب، سوريا، 1979م.

❖ **كتب عامة**:

1- William H. McNeil وآخرون، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة: أسامة سراس، دار علاء الدين، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1993م.

2- أبو الأعلى المودودي، الحجاب، ترجمة: محمد كاظم السباق، دار الفكر، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1384هـ - 1964م.

3- أحمد الشامي، التطور التاريخي لعقود الزّواج في الإسلام، د.ن. مصر، 1982م.

4- أحمد الغزالي، الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، والتقنينات العربيّة المعاصرة، دراسة مقارنة، ج1، الزّواج، دار النهضة العربيّة، مصر، 1420هـ - 1999م.

5- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثّانية، دمشق، سوريا، 1409هـ-1989م.

6- إدريس الفاخوري، الزّواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصيّة وفقا لآخر التعديلات، دار الجسور، المغرب، 1997م.

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزّواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م.

8- حسام الدين كامل الأهواني، شرح مبادئ الأحوال الشخصيّة في شريعة الأقباط الأرثوذكس، دار الطباعة الحديثة، مصر، 2000- 2001م.

9- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 1429هـ - 2008م.

10- سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصيّة إلى مدونة الأسرة، مسار التعديلات ومطالب الحركات النسائية، دار السلام، الطبعة الأولى، المغرب، 2005م.

11- سعيد عبد العظيم، الزّواج العرفي، دار القمة – دار الإيمان، الطبعة الثّانية، الإسكندرية، مصر، 2002م.

12- شعيب أحمد الحمداني، قانون حمورابي، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 1989م.

13- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1428هـ

- 2007م.

14- صالح بن محمد بن الحسن الأسمري، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، دار الصميعي، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1420هـ - 2000م.

15- عبد الرحمن بن محمد الشهير بابن خلدون، العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر (المقدمة)، بيت الأفكار الدولية، د.م.ت.

16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثّالثة، بيروت، لبنان، 2000م.

17- عبد السلام الترمانيني، الزّواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، دراسة مقارنة، عالم المعرفة، الكويت، 1984م.

18- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربيّة، مصر، 1427هـ - 2006م.

19- عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الطبعة الثّالثة، الجزائر، 1996م.

20- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزّواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الطبعة الثّانية، 2009م.

21- عبد الفتاح تقية، الأحكام الفقهية الأساسية لأركان وشروط عقد الزواج، مطبوعة موجهة لطلبة الماجستير، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2011- 2012م.

22- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزّواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.

23- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1413هـ - 1993م.

24- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والعادات والمعتقدات، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، 1402هـ - 1982م.

25- علي جمعة محمد، المكاييل والموازين الشرعيّة، دار القدس، الطبعة الثّانية، القاهرة، مصر، 1421هـ- 2001م.

26- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الطبعة الأولى، الأردن، 1418هـ - 1997م.

27- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة العراقي، جامعة السليمانية، العراق، 2004م.

28- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، دار الفكر العربي، الطبعة الثّالثة، القاهرة، مصر، 1377هـ

- 1957م.

29- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1400هـ - 1980م.

30- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971م.

31- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزّواج – انحلال ميثاق الزوجية وآثاره – الولادة ونتائجها، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2006م.

32- محمد الشافعي، الزّواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، المغرب، 2005م.

33- محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان – مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الثّانية، الإمارات العربيّة المتحدة، 1420هـ - 1999م.

34- محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، الإمارات العربيّة المتحدة، 1426هـ - 2005م.

35- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1425هـ - 2004م.

36- محمد رأفت عثمان، عقد الزّواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، د. م، 1977م.

37- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعيّة في الأحوال الشخصيّة، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان – بغداد، العراق، د.ت.

38- محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1423هـ - 2003م.

39- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1418هـ - 1998م.

40- مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، الطبعة الثّالثة، دمشق، سوريا، 1413هـ - 1992م.

41- ملكة يوسف زرار، موسوعة الزّواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1420هـ - 2000م.

42- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الكويت، 1427هـ - 2006م.

43- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005م.

44- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 1422هـ - 2002م.

45- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثّالثة، دمشق، سوريا، 1409هـ - 1989م.

❖ الرسائل والمذكرات:

1- أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008- 2009م.

2- أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزّواج، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 1998م.

3- الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزّواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربيّة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1974م، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982م.

4- إيمان رمزي خميس بدران، دور المرأة السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006م.

5- إيمان السيد عرفة محجوب، الزّواج وحقوق المرأة في المجتمعات القديمة، دراسة تاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 2000م.

6- جان أمل ريك، مركز المرأة في قانون حمورابي وفي القانون الموسوي، بحث لنيل رتبة باشلياي في اللاهوت، كلية مونطوبان الحرة، ترجمة: سليم العقاد، المطبعة العصرية، مصر، 1926م.

7- جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح، وحكم الزّواج العرفي، رسالة ماجستير، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، 1428هـ - 2007م.

8- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض، السعودية، 1420هـ.

9- سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصيّة للمسلمين في الغرب، رسالة دكتوراه منشورة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1423هـ - 2002م.

10- صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة بغداد، رسالة ماجستير منشورة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، د.م، 1976م.

11- عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي: تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغاني، رسالة دكتوراه، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، د.ت.

12- عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي، النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1403- 1404هـ.

13- عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الولاية في النكاح، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الإسلامية، 1403هـ، الطبعة الأولى، المدينة المنورة، السعودية، 1423هـ - 2002م.

14- فائزة اللبان، إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر،

باتنة، 2009- 2010م.

15- كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الأزهر، 1975م، دار النهضة العربيّة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2005- 2006م.

16- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008- 2009م.

17- محمد بولوز، كتاب «بداية المجتهد وكفاية المقتصد» لابن رشد ودوره في تربية ملكة الاجتهاد، رسالة دكتوراه، جامعة محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2006- 2007م.

18- محمد بن إدريس الشافعي، تفسير الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الخرطوم، السودان، 2004م، دار التدمرية، الطبعة الأولى، السعودية، 1427هـ - 2006م.

19- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، دار هومة، الجزائر، 2000م.

20- محمد ممدوح صبري إسماعيل الطباخ، الأحكام في أوجه الاختلاف بين المرأة والرجل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 2007م.

21- نجلاء جمعة محمد حسانين، إرادة المرأة في عقد الزّواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، مصر، 1426هـ - 2005م.

22- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، 1427هـ - 2006م.

23- هجرس بولبداوي، الولاية في الزّواج، بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001- 2002م.

❖ المقالات والدوريات:

1- أحمد الخمليشي، قوانين الأسرة بالدول العربيّة والوقاية من انحراف الأحداث وعلاجه، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 11، المغرب، 1989م.

2- أحمد نصر الجندي، ولاية التزويج في الفقه الإسلامي، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الأول، دبي، الإمارات العربيّة المتحدة، 1421هـ - 2001م.

3- إيمان السيد عرفة، المركز القانوني والاجتماعي للمرأة المصرية في العصرين الفرعوني والبطلمي ومدى تطبيق مبدأ المساواة عليها، دراسة تاريخية مقارنة، مجلة البحوث القانونيّة والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، السنة الحادية عشر، العدد الواحد والعشرون، أفريل 2002م.

4- بلال حامد إبراهيم بلال، أحكام الولاية في النكاح، دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونيّة، مطبعة البحير لطباعة الأوفست، كلية الشريعة والقانون، العدد الخامس عشر، الجزء

الثاني، دمنهور، مصر، 1420هـ - 2000م.

5- جمعية المرأة في الاتصال، قانون الأسرة تمييز في نصه وروحه، جانفي 2008م.

6- حليمة آيت حمودي، حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، دار الحكمة، الجزائر، الجزء41، رقم01، 2000م.

7- حمدي عبد المنعم شلبي، الأحكام الفقهية لعقود الزيجات العرفية، مجلة البحوث الفقهية والقانونيّة، جامعة الأزهر، العدد السادس عشر، الجزء الأول، مطبعة البحيرة لطباعة الأوفست، دمنهور، مصر، 1422هـ - 2001م.

8- سهير فؤاد إسماعيل، ولاية الإجبار في النكاح في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونيّة والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، العدد الحادي والثلاثون، أفريل 2002م.

9- طارق عبد الحليم، الحرية العرجاء، مجلة البيان، العدد الخامس، لندن، شعبان 1407هـ - 1986م.

10- عادل مبارك المطيرات، حكم اشتراط الولي في النكاح، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصيّة الكويتي. منشور على موقعه: www.ftawa.ws/lib/downloadattach-43.html

11- علي أسعد وطفة، بين السلطة والتسلط، دراسة تحليلية، مجلة الفكر السياسي، السنة الأولى، العدد الثالث، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، سوريا، صيف 1998م.

12- علي فيلالي، امتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، دار الحكمة، الجزائر ، الجزء 41، رقم 01، 2000م.

13- محمد الحسيني حنفي، تقنينات الأحوال الشخصيّة في الجزائر، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصادية، مطبعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، جويلية 1974م.

14- محمد سعيد رمضان البوطي، إلى الذي كتب يهذي حول موقف القرآن من حقوق الإنسان والمرأة في جريدة اللوفيغارو الفرنسية: http://fikr.com/bouti/article.php?&id=327

15- محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد العاشر، العدد الأول، الأردن، 1995م.

16- محمود السقا، المركز الاجتماعي والقانوني للمرأة في مصر الفرعونية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والأربعون، العددان الأول والثاني، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، مارس – جوان 1975م.

17- معروف الدواليبي، وضع المرأة في الإسلام، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الثالث، الكويت، ذو الحجة 1403هـ - سبتمبر 1983م.

18- الشارع تحت الصدمة.. جزائريات يزوّجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق ، عدد 2992، ص17، بتاريخ 2010/07/12.

❖ **النصوص القانونية**:

1- مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1302هـ.

2- محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1308هـ - 1891م.

3- المرسوم التشريعي رقم 59، بتاريخ 1953/09/17، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة السوري، الجريدة رسمية عدد 63، الصادرة بتاريخ 1953/10/08.

4- الأمر العلي المؤرخ في 1956/08/13، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصيّة التونسية، الرائد الرسمي، العدد 66، الصادر في 1956/08/17.

5- القانون رقم 188 لسنة 1959، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة العراقي.

6- الأمر 75- 58، مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن التقنين المدني، المعدل والمتمم.

7- القانون رقم 61 لسنة 1976، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة الأردني، الجريدة الرسمية عدد 2668، الصادرة بتاريخ 1976/12/01.

8- القانون رقم 61 لسنة 1976، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة الفلسطيني.

9- القانون رقم 10 لسنة 1984، المتضمن الأحكام الخاصة بالزّواج والطلاق وآثارهم بليبيا، الصادر بتاريخ 1984/04/19.

10- القانون رقم 84- 11، مؤرخ في 1984/06/09، المتضمن تقنين الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

11- القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (وثيقة الكويت)، 1988.

12- القانون رقم 51 لسنة 1984، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة الكويتي.

13- القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة اليمني، المعدل.

14- المرسوم السلطاني رقم 97/32، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة لسلطنة عمان.

15- القانون رقم 2001- 052، المتضمن مدونة الأحوال الشخصيّة الموريتانية.

16- الظهير الشريف رقم 22. 04. 1، الصادر بتاريخ 2004/02/03، بتنفيذ القانون رقم 03. 70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية عدد 5184، الصادرة في 2004/02/05.

17- القانون رقم 10 الصادر بتاريخ 2004/04/06، المصدق لقانون الأحوال الشخصية لطائفة السريان الأرثوذكس.

18- قوانين الأحوال الشخصيّة والميراث والوصية والولاية على المال بمصر، أسامة أحمد شتات، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2004.

19- القانون رقم 2005/28، المتضمن تقنين الأحوال الشخصيّة الإماراتي.

20- القانون رقم 2006/22، المتضمن تقنين الأسرة القطري.

21- القانون رقم 19 لسنة 2009، المتضمن تقنين أحكام الأسرة لمملكة البحرين.

22- قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية.

المراجع باللغة الفرنسية:

Les Livres:

1- *BOSCHERON Achille, Code de Hammourabi et livre de l'alliance, imprimerie Charles Valin, 1906.*
2- *DAREMBERG Charles, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments, tome quatrième, première partie, librairie Hachette et C^ie, Paris.*
3- *GHAOUTI Benmelha, Eléments du droit algérien de la famille, O.P.U, Alger. 1983.*
4- *GHAOUTI Benmelha, Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993.*
5- *LE FORT Charles, Essai historique sur la tutelle en droit Romain, imprimerie de Ferd. Romboz et Cie, Genève, 1850*
6- *RICHARD Charles, De l'esprit de la législation musulmane, typographie Bastide, Alger, 1849.*

Les Thèses et les Mémoires:

1- *LAGRANGE Frédéric, Islam d'interdits, Islam de jouissances, La recherche face aux représentations courantes de la sexualité dans les cultures musulmanes, Recherche inédite en vue de l'Habilitation à diriger la Recherche (H.D.R.), Université Paris Sorbonne-Paris IV, 2007-2008.*
2- *LEO Aurélie, Le Mariage forcé chez les jeunes filles d'origine Magrébine, Analyse d'une forme de violence, mémoire pour l'obtention de la Maîtrise Administration Economique et Sociale mention «Développement Social», Université Montpellier III.* 2003.
3- *POULIN Monique, Le droit à la légitime défense en situation de violence conjugale: un régime de tutelle pour les femmes, mémoire présentée pour l'obtention du grade de maitre en droit, Université Laval, faculté de droit, Canada, 2002.*
4- *VILOTITCH Drag. Yov, De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit Français et dans les principales législations étrangères, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Lyon, imprimerie BOSC frère & RIOU, 1929.*

Les Revues:

1- BELHADJ Larbi, Les atteintes à la liberté du mariage, étude comparée, revue Algérienne des *sciences juridiques, économiques et politiques, volume 26, n°2, O.P.U, 1988.*

2- *BENDJABALLAH Souad, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille algérien, revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université D'Alger, volume 39, n° 03, 2001.*
3- *COLOMER. (A), La tutelle des mineurs en droit musulman Algérien (loi du 11 juillet 1957), Revue internationale de droit comparé, Volume 12, Numéro 1, 1960.*
4- *DEKHIL Farida, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien, revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, volume 26, n° 3 et 4, O.P.U, 1988.*
5- *LEMOULAND Jean- Jacques et VIGNEU Daniel, Droit des couples, Recueil Dalloz, 184 année, 3 juillet 2008, N° 26/ 7343e.*

Les Textes juridiques:

1- *Le code civil Français.*
2- *Loi n°57-778 du 11 juillet 1957 portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman, J.O.R.F du 13 juillet 1957, page 6923.*
3- *Ordonnance n°59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local, J.O.R.F du 11 février 1959, page1860.*
4- *Décret n°59-1082 du 17 septembre 1959 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959, J.O.R.F du 19 septembre 1959, page 9139.*
5- *Loi n° 63-224 du 29 Juin 1963, Fixant l'âge minimum du mariage, J.O N° 44 du 02 Juillet 1963, Page 681 .*

فهرس المحتويات

مُقَدِّمَة:.....5

الباب الأول: حقيقة الولاية في عقد الزّواج.....16

الفصل الأول: مفهـوم الـولايـة.....24

المبحث الأول: التّعريف بالولاية.....25

المطلب الأول: التّعريف بالولاية لذاتها.....25

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة.....25

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.....28

أولا: تعريف الولاية في الفقه الحنفي.....28

أ ـ مضمون التعريف.....28

ب ـ مناقشة التعريف.....29

ثانيا: تعريف الولاية عند المالكيّة.....30

أ ـ تعريف ابن عرفة.....30

ب ـ تعريف ابن جزي.....31

ثالثا: تعريف الولاية عند الشّافعيّة.....33

رابعا: تعريف الولاية عند الحنابلة.....34

خامسا: تعريف الولاية عند بعض المعاصرين.....35

أ ـ مضمون التعاريف.....35

ب ـ التعريف المختار.....38

المطلب الثاني: تمييز الولاية عما يشتبه بها من المصطلحات.....40

الفرع الأول: تمييز الولاية عمّا يشتبه بها من حيث الحلول.....40

أولا: الولاية والنّيابة.....40

أـ تعريف النيابة.....40

بـ وجه الخلاف بين الولاية والنيابة.....41

ثانيا: الولاية والوكالة.....42

أ ـ تعريف الوكالة.....42

ب ـ وجه الخلاف بين الولاية والوكالة 44
الفرع الثاني: تمييز الولاية عما يشتبه بها من حيث التحكم 45
أولا: الولاية والسلطة 45
أ ـ تعريف السلطة 45
ب ـ وجه الخلاف بين الولاية والسلطة 45
ثانيا: الولاية والقوامة 47
أ ـ تعريف القوامة 47
ب ـ وجه الخلاف بين الولاية والقوامة 48
الفرع الثالث: تمييزها عما يشابهها من حيث الإشراف 50
أولا: الولاية والوصاية 50
أ ـ تعريف الوصاية 50
ب ـ وجه الخلاف بين الولاية والوصاية 51
ثانيا: الولاية والكفالة 52
أ ـ تعريف الكفالة 52
ب ـ وجه الخلاف بين الولاية والكفالة 52
المبحث الثاني : شـروط الولاية 54
المطلب الأول: الشروط المتفق عليها 54
الفرع الأول: كمال الأهلية 55
أولا: العقل مناط الولاية 55
ثانيا: بلوغ سن الرشد شرط مكمل للعقل 60
الفرع الثاني: الإسـلام 63
أولا: شرط إسلام الولي في الفقه الإسلامي 64
أ ـ شرط الإسلام عند الحنفية 65
ب ـ شرط الإسلام عند المالكية 66
ج ـ شرط الإسلام عند الشافعية 67
د ـ شرط الإسلام عند الحنابلة 68
هـ ـ شرط الإسلام في باقي المذاهب الفقهية 69
1ـ عند الظاهرية 69

2 ـ عند الإباضية 70
3 ـ عند الشيعة الزيدية 70
ثانيا: شرط إسلام الولي في التشريعات الوضعية 70
الفرع الثالث: شرط الحرية 72
المطلب الثاني : الشروط المختلف فيها 74
الفرع الأول: عدالـة الولي 74
أولا: القول بعدم اشتراط عدالة الولي 75
ثانيا: القول بوجوب عدالة الولي 77
الفرع الثاني: ذكورة الولي 79
أولا: وجوب كون الولي ذكرا 80
أ ـ اشتراط الذكورة عند المالكية 80
ب ـ اشتراط الذكورة عند الشافعية 81
ج ـ اشتراط الذكورة عند الحنابلة 82
د ـ اشتراط الذكورة عند بقية المذاهب 83
1 ـ عند الظاهرية 83
2 ـ عند الإباضية 83
3 ـ عند الشيعة الزيدية 83
هـ ـ اشتراط الذكورة في التشريعات الوضعية 84
ثانيا: لا يشترط أن يكون الولي ذكرا 85
أ ـ رأي الحنفية والشيعة الإمامية 85
ب ـ رأي المشرع التونسي والمغربي والعراقي 85
الفرع الثالث : رشد الولي 86
أولا: عدم اعتبار الرشد في الولي 86
أ ـ الرشد عند الحنفية 86
ب ـ الرشد عند المالكية 87
ج ـ الرشد في التشريعات الوضعية 87
ثانيا: اعتبار الرشد في الولي 88
أ ـ الرشد عند الشافعية 88

ب ـ الرشد عند الحنابلة 88
ج ـ الرشد في عقد الزواج والرشد في المال 88
1ـ الرشد في الزواج فرع للرشد في المال 88
2 ـ الرشد في الزواج منفصل عن الرشد في المال 89
الفرع الرابع: عدم الإحرام بِحَج أو عُمْرَة 89
أولا: إحرام الولي مانع من تولي عقد الزواج 90
أ ـ الإحرام مانع عند جمهور الفقهاء 90
1ـ قول المالكية 91
2ـ قول الشافعية 92
3ـ قول الحنبلية 92
4ـ قول الظاهرية 93
5ـ قول الشيعة الزيدية 93
ب ـ منحى التشريعات الوضعية في مسألة الإحرام 93
ثانيا: إحرام الولي لا يمنع تولي عقد الزّواج 94
أ ـ قول الحنفية في المسألة 94
ب ـ ردودهم على من قال بالمنع 95
ج ـ القول الراجح في المسألة 97
الفرع الخامس: ألا يَكُون الولي مُكْرَها 97
أولا: القائلون بصحة الزواج مع إكراه الولي 97
ثانيا: القائلون بعدم صحة الزواج حال إكراه الولي 98
الفصل الثاني: أقسام ولاية الزواج 99
المبحث الأول: ولاية الإجبار في الزواج 102
المطلب الأول: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي 104
الفرع الأول: الموسعون في ولاية الإجبار 104
أولا: ولاية الإجبار عند الحنفية 104
أ ـ من تثبت عليه ولاية الإجبار 104
ب ـ من تثبت له ولاية الإجبار 105
ج ـ أثر ولاية الإجبار 105

ثانيا: ولاية الإجبار في الفقه الزيدي.....107
ثالثا: ولاية الإجبار في الفقه الإباضي.....108
الفرع الثاني: المضيقون في ولاية الإجبار.....108
أولا: ولاية الإجبار في الفقه الظاهري.....109
ثانيا: ولاية الإجبار عند الشافعية.....109
ثالثا: ولاية الإجبار في الفقه الإمامي.....111
رابعا: ولاية الإجبار عند المالكية.....112
أ ـ نطاق ولاية الإجبار لدى الأب ومناطها.....112
1ـ إجبار الصغيرة.....112
2ـ إجبار المجنونة.....113
3ـ إجبار البكر.....113
4ـ إجبار الثيب التي ظهر فسادها.....114
ب ـ ولاية الإجبار لدى الوصي.....114
خامسا: ولاية الإجبار عند الحنابلة.....116
أ ـ إجبار الأب لابنته.....116
ب ـ مناط الإجبار.....118
1- الإجبار بين البكارة والصغر.....118
2- ولاية الإجبار على المجنونة.....119
المطلب الثاني: ولاية الإجبار في التشريعات الوضعية.....121
الفرع الأول: ولاية الإجبار في بلاد المغرب العربي.....121
أولا: ولاية الإجبار في القانون الجزائري.....121
أ ـ ولاية الإجبار في مرحلة ما قبل صدور تقنين الأسرة.....121
ب ـ ولاية الإجبار في ظل القانون 84ـ11.....124
ثانيا: ولاية الإجبار في القانون المغربي.....130
أ ـ ولاية الإجبار في ظل الظهير رقم 57ـ343.....130
ب ـ ولاية الإجبار في ظل الظهير رقم 22ـ04ـ1.....133
ثالثا: ولاية الإجبار في القانون التونسي.....134
رابعا: ولاية الإجبار في القانون الليبي.....137

خامسا: ولاية الإجبار في القانون الموريتاني 139
الفرع الثاني: ولاية الإجبار في بلاد المشرق العربي 140
أولا: التشريعات التي أخذت بولاية الإجبار في مرحلة معينة 141
أ ـ ولاية الإجبار في القانون المصري 141
1- مرحلة تكريس ولاية الإجبار 141
2- مرحلة إلغاء ولاية الإجبار 144
ب ـ ولاية الإجبار في القانون الكويتي 145
ج ـ ولاية الإجبار في القانون السوداني 146
ثانيا: التشريعات التي أخذت بولاية الإجبار على فئة معينة 147
أ ـ ولاية الإجبار في القانون الأردني 147
ب ـ ولاية الإجبار في القانون العراقي 148
ج ـ ولاية الإجبار في القانون اليمني 149
د ـ ولاية الإجبار في القانون الإماراتي 150
ثالثا: التشريعات التي لم تأخذ بولاية الإجبار 150
أ ـ ولاية الإجبار في القانون السوري 150
ب ـ ولاية الإجبار في القانون القطري 151
ج ـ ولاية الإجبار في القانون العماني 152
المبحث الثاني: ولاية الاختيار في الزواج 155
المطلب الأول: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي 156
الفرع الأول: ولاية الاختيار في المذاهب الأربعة 157
أولا: ولاية الاختيار عند الحنفية 157
أ ـ الوجه الذي يعتد به في رضاء المرأة الثيب 157
ب ـ كيفية تعبير البكر عن رضاها 158
ثانيا: ولاية الاختيار عند المالكية 160
ثالثا: ولاية الاختيار عند الشافعية 161
أ ـ قصر ولاية الاختيار على الثيب 161
ب ـ الحالات التي تقتضي أخذ إذن البكر في الزواج 162
رابعا: ولاية الاختيار عند الحنابلة 163

الفرع الثاني: ولاية الاختيار عند باقي المذاهب 165
أولا: ولاية الاختيار عند الظاهرية 165
ثانيا: ولاية الاختيار عند الإباضية 166
ثالثا: ولاية الاختيار عند الزيدية 167
رابعا: ولاية الاختيار عند الإمامية 169
المطلب الثاني: ولاية الاختيار في القانون الوضعي 170
الفرع الأول: ولاية الاختيار في بلدان المغرب العربي 170
أولا: التشريعات التي جعلت الولاية حقا للمرأة الراشدة 171
أ ـ ولاية الاختيار عند المشرع الجزائري 171
1- تكريس المشرع الجزائري لولاية الاختيار على المرأة 171
2- تمحيص موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار 172
ب ـ ولاية الاختيار في التشريع المغربي 174
ج – ولاية الاختيار في التشريع التونسي 175
ثانيا: التشريعات التي أشركت حق الولي مع حق المرأة 176
أ ـ ولاية الاختيار في التشريع الليبي: 176
ب ـ ولاية الاختيار في التشريع الموريتاني 176
الفرع الثاني: ولاية الاختيار في بلدان المشرق العربي 177
أولا:التشريعات التي منحت المرأة الحق في نفسها 177
أ ـ حق المرأة في الولاية على نفسها في التشريع المصري 177
ب ـ حق المرأة في الولاية على نفسها في التشريع العراقي 178
ثانيا:التشريعات التي أشركت حق الولي مع حق المرأةبخصوص الزّواج 181
أ ـ ولاية الاختيار في التشريع السوري 181
ب ـ ولاية الاختيار في التشريع الكويتي 182
ج ـ ولاية الاختيار في التشريع العماني 183
د ـ ولاية الاختيار في التشريع السوداني 184
هـ ـ ولاية الاختيار في التشريع اليمني 185
و ـ ولاية الاختيار في التشريع الإماراتي 185
ز ـ ولاية الاختيار في التشريع القطري 187

ح ـ ولاية الاختيار في التشريع البحريني 188
ثالثا: تفريق المشرع الأردني بين البكر والثيب 189
الباب الثاني: تولي إبرام عقد الزواج 191
الفصل الأول: إبرام الولي لعقد الزواج 192
المبحث الأول: ترتيب الأولياء في عقد الزّواج 194
المطلب الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي 194
الفرع الأول: ترتيب الأولياء على أساس الإرث 195
أولا: ترتيب الأولياء عند الحنفية 195
أ ـ ترتيب العصبات 197
ب ـ ترتيب ذوي الأرحام 198
ثانيا: ترتيب الأولياء عند الشيعة الزيدية 198
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء باعتبار الأصول والفروع 199
أولا: ترتيب الأولياء عند المالكية 200
أ ـ ترتيب الأولياء بالنّسبة للأمة 200
ب ـ ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة التي يقع عليها الجبر 200
ج ـ ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة غير المُجبَرة 201
ثانيا: ترتيب الأولياء عند الحنبلية 204
ثالثا: ترتيب الأولياء عند الإباضية 207
الفرع الثالث: ترتيب الأولياء باعتبار الأصول دون الفروع 208
أولا: ترتيب الأولياء عند الشافعية 209
ثانيا: ترتيب الأولياء عند الظاهرية 214
ثالثا: ترتيب الأولياء عند الإمامية 214
المطلب الثاني:ترتيب الأولياء في القوانين الوضعية 214
الفرع الأول: ترتيب الأولياء في التشريع الجزائري 215
أولا: ترتيب الأولياء في ظل تقنين الأسرة القديم 215
ثانيا: ترتيب الأولياء في ظل تقنين الأسرة الجديد 217
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في باقي التشريعات العربية 222
أولا: ترتيب الأولياء في تشريعات المغرب العربي 223

أ – ترتيب الأولياء في موريتانيا 223
ب – ترتيب الأولياء في ليبيا 223
ثانيا: ترتيب الأولياء في تشريعات المشرق العربي 224
الفرع الثالث: الترتيب المختـــار 226
المبحث الثاني: أثر ترتيب الأولياء على عقد الزواج 231
المطلب الأول: تعدد واستواء أولياء المرأة 231
الفرع الأول: حالة تنازع الأولياء 232
أولا: قول الحنفية والإباضية وبعض التشريعات بصحة العقد مطلقا 232
ثانيا: أقوال باقي الفقهاء والتشريعات 233
أ – تنازع الأولياء عند المالكية 233
1– حالة التنازع على العقد 234
2– التنازع على الزوج 235
ب – تنازع الأولياء عند الشافعية 235
ج – تنازع الأولياء عند الحنبلية 236
د – تنازع الأولياء عند الشيعة الإمامية 237
الفرع الثاني: حالة إبرام وليين للعقد 237
أولا: أن يكون الزوجان غير كفئين 238
ثانيا: أن يكون أحدهما فقط كفؤا 238
ثالثا: أن يكون الزوجان كفؤين معا 238
أ ـ أنْ يُعْلَم العقد السابق مِنَ العقد اللاحق 238
1– صحة عقد الأول دون الثاني مطلقا 239
2– صحة عقد الثاني إذا دخل بالمرأة جاهلا بعقد الأول 241
ب – أنْ يكون العقدان في وقت واحد 242
ج – أنْ لا يُعْلَمَ أو يقع الشك في السابق منهما 243
د – أنْ يدعي أحدهما السبق 245
المطلب الثاني: إبرام الولي الأبعد لعقد الزواج 246
الفرع الأول: أثر حضور أو غياب الولي الأقرب 246
أولا: عقد الولي الأبعد مع حضور الأقرب 246

أ ـ صحة العقد 247
ب ـ وقف العقد 248
ج ـ بطلان العقد 251
ثانيا: عقد الولي الأبعد في حالة غياب الولي الأقرب 255
أ ـ حد الغيبة 255
1- معيار المسافة أو زمنها 255
2- معيار الضرر 257
3- الرأي المختار 259
ب ـ الولي الذي تنتقل إليه الولاية 259
1- عدم انتقال الولاية إلى الغير 259
2- انتقال الولاية إلى الولي الأبعد 261
3- انتقال الولاية إلى السلطان 262
الفرع الثاني: عضل الولي للمرأة 264
أولا: شروط العضل 264
أ – كفاءة الخاطب 265
ب – طلب المرأة الزواج 269
ج – رشد المرأة 269
ثانيا: أثر تحقق العضل 271
أ ـ انتقال الولاية إلى الولي الأبعد 271
ب ـ انتقال الولاية إلى السلطان 272
الفصل الثاني: مباشرة المرأة لعقد الزواج 274
المبحث الأول: صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج 275
المطلب الأول: صحّة مباشرة المرأة عقد الزّواج مطلقا 275
الفرع الأول: القائلون بصحة العقد مطلقا وأدلتهم 275
أولا: مضمون هذه الأقوال 276
ثانيا: أدلتهم على ذلك 281
أ ـ الأدلة القرآنية 281
1- الدليل الأول على صحّة عقد المرأة مطلقا 281

2- **الدليل الثاني على صحة عقد المرأة مطلقا** 282
3- **الدليل الثالث على صحة عقد المرأة مطلقا** 283
4- **الدليل الرابع على صحّة عقد المرأة مطلقا** 284
ب ـ الأدلة من السنة 284
1- **الاستدلال بحديث** «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ...» 285
2- **الاستدلال بحديث** «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا...» 285
3- **الاستدلال بحديث تزويج عمر لأمه أم سَلَمَةَ** رضي الله عنها 286
4- **الاستدلال بواقعة هبة المرأة نفسها** 287
5- **الاستدلال بحديث رد زواج المرأة التي أكرهها أبوها على الزواج** 288
ج ـ الأدلة مِنَ الآثار 288
1- **الاستدلال بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب** رضي الله عنه 288
2- **الاستدلال بالأثر الوارد عن علي بن أبي طالب** رضي الله عنه 289
3- **الاستدلال بالأثر الوارد عن ابن عمر** رضي الله عنهما 289
4- **الاستدلال بالأثر الوارد عن عائشة** رضي الله عنها 289
5- **الاستدلال بالأثرين الواردين بخصوص زواج أمامة وزواج أم سليم** رضي الله عنهما 290
د ـ الأدلة من المعقول 291
الفرع الثاني: مناقشة الأدلـــة 293
أولا: مناقشة الأدلة القرآنية 294
أ ـ مناقشة الدليل الأول 294
ب ـ مناقشة الدليل الثاني 295
ج ـ مناقشة الدليل الثالث 297
د ـ مناقشة الدليل الرابع 298
ثانيا: مناقشة الأدلة السنية 299
أ ـ مناقشة حديث: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ...» 299
ب ـ مناقشة حديث: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وليّهَا...» 300
ج ـ مناقشة حديث تزويج عمر لأمه أم سَلَمَةَ رضي الله عنها 301
د ـ مناقشة حديث المرأة التي جاءت لتهَبَ نَفسها للنبي صلى الله عليه وسلم 302

هـ ـ مناقشة حديث المرأة التي زوجها أبوها وهي كارهة 302
ثالثا: مناقشة الآثار المروية 304
أ ـ مناقشة الأثر المروي عن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه 304
ب ـ مناقشة الأثر المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه 305
ج ـ مناقشة الأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما 306
د ـ الأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها 307
هـ ـ مناقشة الأثر المروي بخصوص أمامة رضي الله عنها 308
و ـ مناقشة الأثر الخاص بزواج أبي طلحة بأم سليم رضي الله عنهما 308
رابعا: مناقشة الأدلة العقلية 309
المطلب الثاني: صحة مباشرة المرأة عقد الزّواج بشروط 312
الفرع الأول: شروط إمكان إبرام المرأة لعقد الزواج 312
أولا: كفاءة الزوج 312
ثانيا: موافقة الولي على العقد 315
ثالثا: كون المرأة ثيّبًا 319
رابعا: حالة الضرورة 320
الفرع الثاني: مناقشة الأدلة 321
أولا: مناقشة القول بصحة العقد عند كفاءة الزوج 321
ثانيا: مناقشة القول بصحة العقد عند موافقة الولي 322
ثالثا: مناقشة القول بصحة العقد إن كانت المرأة ثيبًا 323
رابعا: مناقشة القول بصحة العقد في حالة الضرورة 325
المبحث الثاني: عدم صحّة مباشرة المرأة لعقد الزّواج مطلقا 328
المطلب الأول: القول بعدم صحّة مباشرة المرأة لعقد الزّواج ودليله 328
الفرع الأول: القائلون بعدم صحّة تولي المرأة عقد الزّواج 328
أولا: الحكم الذي قرره فقهاء الشريعة 329
أ ـ قول أبي يوسف في تولي المرأة عقد الزواج 329
ب ـ قول المالكية في تولي المرأة عقد الزواج 329
ج ـ قول الشافعية والحنابلة في تولي المرأة عقد الزواج 333

د ـ قول الظاهرية في تولي المرأة عقد الزواج 335
هـ ـ قول الإباضية في تولي المرأة عقد الزواج 335
و ـ قول الزيدية في تولي المرأة عقد الزواج 336
ثانيا: الحكم الذي قررته التشريعات العربية 336
الفرع الثاني: أدلة القائلين بعدم صحّة عقد المرأة للزّواج 338
أولا: الأدلة القرآنية 339
أ ـ الاستدلال بالآية المتضمنة للعضل 339
ب ـ الاستدلال بالآية المتعلقة بإنكاح المشركين 341
ج ـ الاستدلال بالآية المتضمنة نكاح النساء بإذن أهليهن 342
د– الاستدلال بآية إنكاح الأيامى 342
هـ – الاستدلال بالآية المتضمنة العفو عن المهر 343
و– الاستدلال بالآية المتضمنة زواج النبي موسى عليه السلام 345
ثانيا: الأدلة من السنة 345
أ– الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم : «لاَ نِكَاحَ إِلاّ بِوَلِيٍّ» 345
ب– الاستدلال بحديث بطلان الزواج دون إذن الولي 346
ج– الاستدلال بحديث منع تزويج المرأة لنفسها وغيرها 346
د– الاستدلال بقصة معقل بن يسار مع أخته 347
هـ– الاستدلال بحديث أنواع النكاح في الجاهلية 347
ثالثا: الأدلة من الآثار 348
أ– الاستدلال بالآثار الواردة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه 348
ب– الاستدلال بالأثر الوارد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه 349
ج– الاستدلال بالأثر الوارد عن ابن عباس رضي الله عنهما 349
د– الاستدلال بالأثر الوارد عن أبي هريرة رضي الله عنه 350
هـ– الاستدلال بالأثر الوارد عن عائشة رضي الله عنها 350
و– الاستدلال بالأثر الوارد عن زينب رضي الله عنها 350
رابعا: الأدلة من القياس والمعقول 351
أ ـ الاستدلال بالقياس 351

ب ـ الاستدلال بالمعقول 351
المطلب الثاني: مناقشة أدلة القائلين بعدم صحّة عقد المرأة للزواج 354
الفرع الأول: مناقشة الأدلة القرآنية 355
أولا: مناقشة الاستدلال بقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ...﴾ 355
أ ـ مضمون رد نافي شرط الولي 355
ب ـ إجابة مشرطي الولي على هذا الرد 356
ثانيا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ...﴾ 358
أ ـ قول ابن رشد الحفيد في هذه الآية 358
ب ـ رد الجمهور على ابن رشد 358
ثالثا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿...فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ...﴾ 359
أ ـ مضمون رد نافي شرط الولي 359
ب ـ الجواب على هذا الرد 360
رابعا: مناقشة الاستدلال بقوله عزّ وجل: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ...﴾ 361
أ ـ مضمون رد نافي شرط الولي 361
ب ـ الجواب على هذا الرد 361
خامسا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ ... إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ...﴾ 362
أ ـ مضمون رد نافي شرط الولي 362
ب ـ قول الشوكاني في المسألة 363
سادسا: مناقشة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ ...﴾ 363
أ ـ مضمون رد نافي شرط الولي 363
ب ـ الجواب على هذا الرد 364
الفرع الثاني: مناقشة الأحاديث النبوية 365
أولا: مناقشة الاستدلال بحديث: «لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ» 365
أ- النقد الموجه لحديث: «لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ» 365
ب ـ الرد على هذا النقد 366
ثانيا: مناقشة الاستدلال بحديث: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...» 368

أ- **الطعن في حديث**: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...» 368
ب- **إثبات حديث** «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا...» **وصحة الاستدلال به** 369
ثالثا: مناقشة الاستدلال بحديث «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...» 372
أ- **الطعن في حديث**: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...» **من جهة السند والمعنى** 372
ب- **تصحيح حديث**: «لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ...» **وصراحة معناه** 373
رابعا: مناقشة الاستدلال بحديث معقل بن يسار 374
أ ـ النقد الموجه لحديث معقل بن يسار 374
ب ـ الرد على هذا النقد 374
خامسا: مناقشة الاستدلال بحديث «أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ...» 374
أ ـ نقد حديث أنواع النكاح في الجاهلية 374
ب ـ الرد على هذا النقد 375
الفرع الثالث: مناقشة الآثار الواردة 375
أولا: مناقشة الاستدلال بالآثار المروية عن عمر بن الخطاب ﷺ 375
أ- **نقد أسانيد الآثار المروية عن عمر بن الخطاب** ﷺ 375
ب ـ جواب هذا النقد 376
ثانيا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن علي بن أبي طالب ﷺ 377
أ- **نقد الأثر المروي عن علي بن أبي طالب** ﷺ 377
ب ـ رد هذا النقد 377
ثالثا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن ابن عباس ﷺ 377
أ ـ الأثر يجيز للمرأة عقد زواجها 377
ب ـ جواب هذا الادعاء 377
رابعا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن أبي هريرة ﷺ 378
أ ـ الأثر مخالف لإجماع العلماء 378
ب ـ جواب النقد 378
خامسا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن عائشة ﷺ 378
أ- **عمل عائشة** ﷺ **بخلاف ما روته** 378
ب- **عدم مخالفة عائشة** ﷺ **لما روته** 378

سادسا: مناقشة الاستدلال بالأثر المروي عن زينب رضي الله عنها 379
أ- تأويل معنى التزويج بالتفويض 379
ب- مخالفة العرف هذا التأويل 379
الفرع الرابع: مناقشة الأدلة العقلية 379
خاتمة 382
قائمة المصادر والمراجع 392
فهرس المحتويات 416

ملخص

إن شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة هو أحد الشروط الهامة التي كثر عليها الكلام، واشتد فيها الخلاف، قديما وحديثا، بين الفقهاء والتشريعات على حد سواء؛ فمنهم من أكد وجوده، ورتب على تخلفه بطلان العقد، ولم يسمح للمرأة مطلقا بتولي إبرام عقد الزواج، ومنهم من لم يشترطه أصلا وجعل وجوده وعدمه سواء، فجعل المرأة في ذلك مثل الرجل، تتصرف في نفسها كما تشاء من دون أي تعقيب عليها من أحد، ومنهم من سمح للمرأة بتولي عقد الزواج لنفسها أو لغيرها في حالات معينة، كأن تكون ثيبا، أو أن يأذن لها وليها بذلك، أو يجيز العقد الذي باشرته قبل أن تأخذ موافقته أو إذنه المسبق... وقد فصلنا الموضوع في كل من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، والقوانين الوضعية العربية في أغلبها، وعرضنا أدلة كل الفرقاء، والمناقشات الواردة عليها.

وقد وجدنا أن المقاصد الشرعية من الزواج مقاصد سامية ونبيلة، واشتراط الولي لإتمام زواج المرأة، ولو كانت راشدة، ليس من باب التضييق على حريتها، ولا من باب سلب أهليتها، ولا إهانتها بل بالعكس، هو إكرام وصيانة لها عن كل ما يعيبها أو يشوهها، فهي الدّر المصون، واللؤلؤ المكنون، الذي لا يجب التفريط فيه بدعوى التحرر الغربي اللامشروط؛ فالإسلام عندما جاء، عمّ المرأة بخيرات لم تكن تحلم بها، ولم تحلم بها المرأة الغربية لحد الساعة، وساوى بين الجنسين في كل شيء إلا ما استثني بنصّ، لعلة ظاهرة كاختلاف طبيعة كل جنس في تركيبته الجسمية والنفسية والعقلية، أو لعلة غير ظاهرة لا يسعنا البحث عنها ما دامت نقلت إلينا من لدن عليم حكيم بالسَّنَد الصّحيح.

وقد بنينا على هذا الأساس ترجيحنا لقول جمهور الفقهاء والتشريعات العربية بوجوب الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، لكن دون أن نعدم حقها في اختيار الزوج الذي تراه مناسبا، دون أي ضغط أو إكراه، فيكون الجمع بين الحقين، حق الولي في تولي إبرام زواج من هي تحت ولايته، مع مراعاة الترتيب الشرعي للأولياء، حتى لا نفسد المودة بين الأولياء، وحق المرأة في الاختيار، حتى لا نحرمها حق تقرير مستقبلها في أهم العقود الاجتماعية.

Résumé

Visiblement, la condition du wali (tuteur) est indispensable à la conclusion du mariage de la femme majeure suscite toujours le débat et la controverse entres juristes et dans les législations. En effet, et d'une part, il y a ceux qui considèrent la condition du wali comme condition sine qua non et que son absence conduit à la nullité du contrat de mariage. D'autre part, cette condition n'est pas nécessaire et son absence n'a aucun effet. En fin d'autres autorisent la femme à conclure son mariage ou celui d'autrui sans nul besoin du wali sous certaines conditions et dans certaines situations.

L'étude de la doctrine islamique fait ressortir que la finalité de la condition du wali est très noble, elle a pour objectif la protection de la femme et la préservation de sa dignité, et ne constitue aucunement une mesure liberticide et inégalitaire, comme le prétend les tenants du libéralisme inconditionnel dans les pays occidentaux. En effet, l'Islam a toujours prôné l'égalité des sexes et n'envisage la distinction entre eux qu'exceptionnellement et expressément, pour des raisons apparentes relatives à la constitution morphologique et psychologique ou mentale de la femme.

Par conséquent, nous sommes donc amené à soutenir l'idée, largement partagée par les juristes et consacrée dans la plus part des législations des Etats arabes- que la condition du wali ait un caractère obligatoire, sans pour autant, nier le droit de la femme à choisir librement son conjoint.