ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري

أ.د/ محفوظ بن صغير
كلية الحقوق – جامعة محمد بوضياف - المسيلة
hsbenseghir@gmail.com

ملخص

إن الطريق السليم والسبيل الأرشد لتقرير لزوم هذه الولاية أو عدم لزومها إنما هو التماس ذلك في مصادر الشرع وأصوله، والتمسك بحجيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع، واعتبار الولي عنصرا أساسيا من العناصر التي تتكون منها الحقيقة الشرعية للزواج، يضفي على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري. ولاشك أن المعنى المقصود من اعتبار الولي في التزويج إنما هو معنى ثابتا بما يحققه من جلب المصالح ودرء المفاسد عن الأسرة والمجتمع. وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أجاز للمرأة أن تزوج نفسها عن طريق اختيار أي شخص لتولي عقد زواجها، فإن الحكمة الظاهرة لمشروعية الولاية في الزواج تستدعي عدم انفراد المرأة بعقد زوجها، ذلك أن الولاية من شأنها تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم، كالصغار والمجانين بالمحافظة على حوائجهم وقضائها، فالولي حين يقوم على تولي مصالح موليته كتزويجها يحتاط لنفسه ولها، ولا يقدم على تزويجها إلا ممن يتحقق فيه شرط الكفاءة والكفاية صيانة لنفسه من لحوق العار به وبالأسرة كلها. فولاية تزويج المرأة مهما كانت صفتها من شأنها أن تحميها وتصونها عما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها للرجال إذا ما انفردت بمباشرة عقد زواجها، والأمر مأمون مع الولاية.

الكلمات المفتاحية: ولاية التزويج، الاجتهاد الفقهي، قانون الأسرة الجزائري.

Abstract

The right way and the most reliable way to determine the necessity of this guardianship or not is to seek it in the sources of Shari'ah and its origins, and to adhere to its precepts and traditions in order to translate the Islamic conception of the family system and its

association with society. The guardian is an essential element of the legitimate truth of marriage, Family construction means unity, cohesion and family cohesion. There is no doubt that the meaning of the consideration of the guardian in the marriage is a constant meaning in order to achieve the benefits and to prevent the evils of the family and society. Although the Algerian legislator has permitted women to marry themselves by choosing any person to take over their marriage contract, the apparent wisdom of the guardian's legality in marriage calls for women not to be separated by their husband's contract. The guardianship will serve the interests of those who are misled by their minds, And the judge, when he takes over the interests of his finance as a marriage, takes care of herself and her, and does not offer to marry only those who achieve the condition of efficiency and adequacy

Key words: jurisdiction, jurisprudence , Algerian family law, women

مقدمة:

لعل مسألة الولاية في التزويج من أهم المسائل التي تتجاذبها التيارات الفكرية والإيديولوجيات المختلفة في الحجج والبراهين تبعا لاختلافها في المصادر والمؤثرات، فكان قانون الأسرة في هذه المسألة وسطا بين طرفي نقيض بناء على عوامل خارجة عن الأطر الشرعية التي تحكم هذه المسألة، من ثم ينبغي معالجتها بكل جزئياتها الهامة من منظور الاجتهاد الفقهي الشرعي، ومن ثم التحقيق في وجهة نظر المشرع الجزائري، حيث تنص المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

حيث يستشف من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكرا أو ثيبا كما فرق الفقهاء في حكم كل منهما، وأطلق دلالة "تعقد المرأة الراشدة زواجها"؛ بمعنى هل مراده بذلك أن للمرأة البالغة الراشدة كامل الحرية في الاختيار والرضا بموافقة الولي، أم أنه أجاز لها مباشرة عقد زواجها بنفسها وأهمل بذلك أي دور للولي سوى الحضور ؟.

كما يفهم من خلال تأويل معنى الحضور بالنسبة للولي أنه يحتمل أن يكون حضوره مطلوبا على سبيل الإلزام لمباشرته العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكليا.

كما أن نص هذه الفقرة "بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" قد ساوت بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها، وذلك بحرف "أو" التي تفيد التخيير في هذا السياق، وكذا لفظ "تختاره".

كما أن المشرع الجزائري لم يبين فيما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب، أو حتى في حالة وجودهم، وسواء امتنعوا عن تزويجها أم لا؟. ومما يفهم أيضا من نص هذه الفقرة أنه لا سبيل للولي في عضل موليته إذا أرادت كفؤا وأراد هو غيره.

وعليه فإن هذه الفقرة تطرح عدة إشكاليات ومسائل تخص دور الولي في عقد الزواج، غير أن المقام يحتم الاقتصار على بيان حكم انفراد المرأة الراشدة بعقد زواجها، ويكون ذلك من خلال عرض هذه المسألة ومناقشتها والاحتكام إلى الراجح فيها فقها وقانونا.

أولا: تعريف الولاية لغة واصطلاحا

أ- في اللغة: الولاية مأخوذة من الفعل "ولي" بفتح الواو وكسر اللام، وهي بكسر الواو: الولاية؛ فتأتي إما بمعنى النصرة والمحبة، والولي هو الناصر والمحب والمعين، أو بمعنى القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه، وكلا المعنيين مراعى في الولاية؛ لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب أدعى إلى تحقيق هذا[1]. ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى:﴿ فليملل وليه بالعدل ﴾[2]. وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

ب- في الاصطلاح: من التعريفات التي وردت في الولاية في الاصطلاح الفقهي ما يأتي:

الولاية هي:"تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[3]، أو هي "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"[4].

والولي في عقد الزواج هو:"من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[5].

وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تتمثل في قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له الشارع[6].

جـ- في الاصطلاح القانوني: لم يختلف تعريفها قانونا عن تعريفها اصطلاحا؛ فهي

سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا. وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية[7].

والذي يهم في هذا المقام هو الولاية على النفس التي هي باب من أبواب الأحوال الشخصية، والتركيز على زواج المرأة الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. فهل يكون لها الحق في انفرادها بعقد زواجها بنفسها؟.

ثانيا: انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها

إن من شروط صحة عقد النكاح ألايكون كل من العاقدين أو أحدهما فضوليا، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان العاقدان لهما ولاية إنشاء، وهذه الولاية إما أن تثبت بالأصالة أو بإنابة الشرع وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي باسم الولاية.

وللولاية في النكاح أهمية كبيرة؛ لكثرة الأحكام المترتبة عليها، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة العاقلة البالغة-على الخصوص- نقاشا حادا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته.

أولا: الجانب الفقهي

اتفق الفقهاء على أن المرأة الحرة البالغة العاقلة إذا عقد وليها الشرعي نكاحها برضاها وبإذنها كان هذا العقد صحيحا ونافذا.

ووقع الخلاف بين الفقهاء في حكم مباشرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بالإرادة المنفردة على أقوال نوردها فيما يأتي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة -في رواية- و الإمام أبي يوسف- في رواية-[8] إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج. جاء في بداية المجتهد:"أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا ينكح المرأة إلا وليها"[9]، وجاء في المهذب:"لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح"[10]، وفي المغني:"النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في الزواج، فإن فعلت، لم يصح النكاح"[11].

واستدل على ذلك بجملة من الأدلة منها:

أ- الكتاب:

1- قوله تعالى:﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾[12]. ووجه

الاستدلال في هذه الآية أنه لا يجوز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، لإضافة الأمر- الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرجه عنه- في قوله تعالى:﴿وأنكحوا﴾ للأولياء الرجال دون النساء[13].

قال القرطبي:"والخطاب للأولياء، وقيل للأزواج، والصحيح الأول، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي وهو قول أكثر العلماء"[14]. وقال في موضع آخر:"فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن"[15].

ونوقش هذا الدليل بأن توجه الخطاب للأولياء بالتزويج لا يدل حتما ووجوبا على أن الولي شرط جواز الزواج وصحته، وإنما خرج الخطاب بالأمر بالإنكاح للأولياء مخرج العادة والعرف على الندب والاستحباب؛ لأن النساء لا يتولين عقد الزواج بأنفسهن عادة؛ لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال ومن نسبتهن للوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون العقد عليهن بعد تحصيل رضاهن[16].

وأجيب عن ذلك بأن الخطاب لا يتوجه حقيقة إلا لمن يؤدي الفعل على الوجه الصحيح، ومن ثم فالخطاب يتوجه للأولياء؛ لأن أمر التزويج لو كان للنساء حقا لتوجه الخطاب إليهن مباشرة من غير واسطة، أما كون الأمر خرج مخرج العرف والعادة فإنه لا يخرجه عن الوجوب؛ لأن ما كان ممنوعا إذا جاز وجب، والواجب لا يترك إلا بالواجب[17].

2- وقوله تعالى:﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾[18]. ووجه الدلالة من هذه الآية اعتبار الولي شرط في الزواج، وأنه هو الذي يتولى ويباشر عقد زواج موليته دونها، وإلا لما عاتب الله مانعه، أو لما كان لمنع الولي لعقدها أثر في صحته، ولثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها ومباشرته دون الحاجة إلى وليها. فالخطاب في قوله تعالى:﴿فلا تعضلوهن﴾ للأولياء، والأمر إليهم بالتزويج مع رضاهن[19]. ورد عليهم بأن مقصود الآية الحقيقي هو نهي الأولياء عن منع النساء عن مباشرة العقد مما يدل على أن المرأة تملك الزواج والانفراد بإجراء عقد زواجها[20].

3- وقوله تعالى:﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾[21]. حيث تدل الآية على أن الولي شرط في الزواج لصحته، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير الولي للنهي الصريح الوارد في حق الأولياء بعدم تزويج المسلمات بالمشركين، ولولا ثبوت

هذا الحق لهم لما نهاهم الله عز وجل عن ذلك[22]. قال الشوكاني:"وأجمع القراء على ضم التاء من (ء تنكحوا)"[23]، وهذا القول من الله تعالى دلالة على أن أولياء المرأة أحق بتزويجها من المرأة[24].

ونوقش استدلالهم بالآية على أنها خطاب للأولياء بتزويج نسائهن من المؤمنين لا المشركين، بأنه استدلال في غير موضعه؛ لأنها لو كانت خطابا لهم لبين الله صفاتهم ومراتبهم، وإنما مقصود الآية الحقيقي هو اشتراط الكفاءة في الدين بين الزوجين، فإيمان الرجل شرط في حق المرأة المؤمنة، بل ويحرم تزويج المؤمنة بغير المؤمن، ومن ثم لا يعد الولي شرطا لصحة زواج المرأة، ولا مانع من جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بدونه.

وأجيب عن هذا بأن هذا المعنى مجازي لا يصار إليه إلا بدليل فكان الخطاب في هذه الآية للأولياء[25].

وبالجمع بين الرأيين في توجيه الآية فإن النهي نهي لجميع المسلمين عن تزويج بناتهم للمشركين نظرا لشركهم، وهو نهي للنساء أيضا أن يزوجن أنفسهن للمشركين، إذ النهي موجه لجميع المسلمين[26].

4- وقوله تعالى أيضا:﴿ قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين ﴾[27].

ووجه الدلالة في الآية أن تولي عقد الزواج ومباشرته يكون للولي ولا حق فيه للمرأة بالانفراد والانعقاد؛ لأن شعيبا-عليه السلام- هو الذي تولى تزويج ابنته[28].ونوقشت هذه الآية بأنها خالية من استدلالهم، فليس بها ما يدل على مباشرة الولي لعقد الزواج دون صحة انفراد المرأة به، حيث إن مراد الآية ومقصودها جواز عقد الزواج بغير مهر أو تسمية له[29].

ب- السنة

1- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:"لا نكاح إلا بولي"[30]. ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن[31]. وعورض استدلالهم بهذا الحديث من وجهين:

الأول: أن استدلالهم به في غير موضعه لعدم تعرضه لموضوع الخلاف؛ لأن انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها ليس زواجا بغير ولي لصيرورتها ولية نفسها عند إجراء العقد كما هو الحال في الرجل الذي يلي عقد زواجه[32].

الثاني: أن هذا الحديث لم يصح عن النبي ﷺ ولهذا لم يخرج في الصحيحين.

ويمكن رد هذا الوجه: بأن عدم تخريج الحديث في الصحيحين لا يوجب نفي الصحة عنه.

2- ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- أنها قالت: قال رسول الله ﷺ:"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[33].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه يعتبر الولي في الزواج شرطا لصحة العقد؛ لما للولي من حق مع المرأة في نفسها، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها، ويتأكد ذلك بتكرار حكم العقد عند انفرادها به[34]. قال ابن قدامة:"فمفهومه -أي الحديث- صحته بإذنه -أي الولي-"[35].

ونوقش استدلالهم بأن الحديث لا يصح الاحتجاج به؛ لأن الزهري -راوي الحديث- حين سئل عنه لم يعرفه وأنكره مما يدل على ضعف ثبوته وسقوطه من الاعتبار[36].

كما أن عائشة-رضي الله عنها- عملت بخلاف ما روت بتزويجها حفصة بنت أخيها عبد الرحمن، وهو غائب من المنذر بن الزبير، وعمل الراوي بخلاف روايته يسقطها؛ لأنه يدل على نسخ الحديث[37].

وأجيب على هذا النقاش بأن الحديث صحيح ثابت فقد رواه الجماعة عن الزهري، ولم يذكروا نسيانه، كما أن النسيان لم يعصم منه إنسان[38]. وأن قولهم بأن عمل الراوي بخلاف ما روى يسقط روايته مردود بأن الله -عز وجل- ورسوله ﷺ أمرنا بوجوب اتباع وقبول ما صح عندنا عن رسول الله ﷺ وبسقوط اتباع قول من دونه ﷺ.

ومع افتراض صحة قولهم بمخالفة عائشة-رضي الله عنها- ما روت من أنه لا يجوز انفراد المرأة بعقد زواجها فإنها قد رجعت عن عملها؛ لما روي أنها أنكحت رجلا من بني أخيها جارية من بني أخيها، فضربت بينهم سترا، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فزوج، ثم قالت: ليس إلى النساء النكاح[39].

3- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:"لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[40]. ووجه الدلالة في نهي النبي ﷺ عن انفراد المرأة بتزويج نفسها، ومن ثم عدم جوازه، بل ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة لعدم صحة

عبارتها في الزواج إيجابا وقبولا، ولأن من لا يملك تصرفه بنفسه لا يملكه لغيره من باب أولى[41].

ونوقش هذا الدليل بأن النهي الوارد في الحديث غايته الكراهة والتنفير لا تحريم مباشرة المرأة العقد لنفسها، وذلك لما يتطلبه الانعقاد من اجتماع الناس للأمر بإعلانه وإشهاره وكراهة حضور المرأة لمجلس الرجال.

وأجيب عنه بأن النهي ظاهر في عدم صحة انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها، وليس المراد منه الكراهة والتنفير[42].

جـ- المعقول

إن المرأة بطبيعتها شديدة العاطفة وسرعان ما تتأثر بزخرف القول ومظاهر الأمور مما قد يوقعها في زواج لا تتحقق فيه الغاية من الزواج، بينما الرجال أقدر على تفهم ذلك والتعرف على أحوال من يتقدم للزواج من بناتهم[43]. قال ابن قدامة:"ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح؛ لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها"[44].

كما أن أنوثة المرأة وما يفترض أن تكون عليه من حياء يقتضي ابتعادها عن مثل هذه المجامع للرجال، أو مشاركة الرجل إجراء عقد الزواج حتى لا تنسب إلى الوقاحة، ناهيك عما يلحق أسرتها من آثار سلبية نتيجة لزواج قد يكون فاشلا بسبب عدم الكفاءة ونحوه.

وفي المقابل تكون هذه المساوئ محاسن إذا ما تولى الرجال عقد الزواج لقريبهم من الزوج من حيث الطبيعة، فيستطيعون الوقوف على حاله دون الاغترار الذي قد تتعرض له المرأة إذا ما انفردت بعقد زواجها، ولأجل هذا الاختلاف الطبيعي بين الرجل والمرأة وتداركا لتحصيل مقاصد الزواج على الوجه الأكمل، والبعد عن شروره ومفاسده لم يجز تفويض العقد إليها[45].

ويجاب عن هذا بأن هذا النوع من النقصان للأنوثة لا يمنع العلم بمصالح الزواج ومقاصده، فلا يسلب أهلية الزواج كما أنه لا يسلب أهلية سائر التصرفات المالية، والتي للمرأة الانفراد بها مع ما قد يحف بها من بعض الخيانات الخفية والتي لا تدرك إلا بالتأمل والنظر، بل ويؤخذ منها الإقرار بالحدود والقصاص، مما يدل على أن ما لها من العقل كاف للانفراد بعقد زواجها ومباشرته.

ويؤكد ذلك اعتبار عقلها في اختيار الأزواج، فلو طلبت من الولي أن يزوجها من كفء

يفرض عليه التزويج، فإن امتنع عن ذلك يصبح عاضلا، وينوب عنه القاضي في العقد والتزويج[46].

ويمكن رد هذا بأن الآثار السلبية للتصرفات المالية التي تقوم بها المرأة بمفردها يعود ضررها عليها فحسب، بخلاف ما قد ينجم من آثار وخيمة عن عقد زواج فاشل تباشره المرأة بنفسها فإنها تعود على الأسرة بأكملها.

القول الثاني: ذهب الحنفية[47] إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أو ثيبا بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها. إلا أن لزومه بانتفاء حق الأولياء في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي مقيد بشرطين:كفاءة الزوج ومهر المثل[48].واستدل الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بأدلة متعددة منها:

أ- الكتاب

1-قوله تعالى:﴿و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾[50]. ووجه الدلالة من هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين:

الأول: أن الله تعالى أضاف ونسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى ﴿أن ينكحن﴾ وهذا صريح في أن الزواج صادر منها.

الثاني: أن الله تعالى نهى الأولياء عن منع المرأة من مباشرتها العقد إذا تراضى الزوجان[51].

ونوقش استدلالهم بأنه في غير موضعه، فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الولي لأن سبب نزول هذه الآية[52] ما روي عن معقل بن يسار قال: كانت لي أخت تخطب إلي فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقا لارجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما خطبت إلي أتاني يخطبها فقلت: لا والله لا أنكحها أبدا، قال: ففي نزلت هذه الآية "وإذا طلقتم النساء"، قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه[53].

ومن هنا فإن الولي شرط في الزواج ولو لم يملك منعها منه لما نهاه الله-عز وجل- عنه، ولما بادر معقل بالتكفير عن يمينه وتزويج أخته، فلو كا ن لا سبيل للأولياء لأبان

الله عز وجل ذلك، بل على الخلاف من هذا كرر الله تعالى كون الأمر في مباشرة عقد الزواج للأولياء في عدة آيات ولم يأت ما يدل على أن للمرأة الانفراد بعقد زواجها، فلو كان يثبت لها في هذا إرادة لأمرها النبي ﷺ بالتزويج ولأبان لمعقل دوره وأنه لا ولاية له عليها ولم يبح له التكفير عن يمينه[54].

2- قوله تعالى:﴿ فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾[55]. ووجه الدلالة من الآية جواز فعل المرأة في نفسها وانتفاء شرط الولي لصحة العقد، ومن ثم جواز انفرادها بعقدها على نفسها بنفسها[56]. ونوقش الاستدلال بالآية من وجهين:

الأول: أن سياق الآية يقتضي خلاف ما استدلوا به من أن المراد منها انفراد المرأة بتزويج نفسها، لأن سياق الآية قبل قوله تعالى﴿فيما فعلن في أنفسهن﴾ في عدة الوفاة، والتي تكون المرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج؛ لأنها مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة[57] بقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾.

الثاني: أن مراد الآية ثبوت إرادة المرأة فيما هو جائز شرعا في الزواج، كاختيار الأزواج وتقدير الصداق والعقد عليها بإذنها دون الانفراد بمباشرة عقدها، لأنه للأولياء[58]. وأجيب عن هذا الوجه: بأن هذا غلط من وجهين[59]:

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

ثانيهما: أن اختيار الأزواج لا يحصل للمرأة به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يترتب عليه أحكام النكاح.

3- قال تعالى:﴿ و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾[60]. ووجه الاستدلال أن الآية تدل بصريح النص على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بلفظ الهبة[61]. ونوقش هذا الاستدلال بأن الزواج بلفظ الهبة خصوصية للنبي ﷺ ولا يجوز انعقاد الزواج به لغيره.[62]

4- قوله تعالى:﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله﴾[63].

فقد دلت الآية على ثبوت إرادة المرأة في إجراء عقد الزواج وذلك من جهتين[64]:

الأولى: أن الله تعالى أضاف عقد الزواج للمرأة في قوله تعالى﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾.
الثانية: أنه تعالى نسب التراجع في الزواج إلى الزوجين من غير ذكر الولي في قوله تعالى"فلا جناح عليهما أن يتراجعا"، ومن ثم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها. ونوقش الاستدلال بأن إضافة النكاح للمرأة إضافة الإسناد المجازي، لا النص في جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه[65]. قال بن العربي:"أن النكاح ها هنا هو الوطء فلا يصح الاستدلال به"[66].

ب- السنة

1- ما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال:قال رسول الله ﷺ"الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها". ووجه الدلالة في الحديث من وجهين[67]:

الأول: أن النبي ﷺ شارك بين المرأة والولي ثم قدمها عليه بقوله "أحق بنفسها"، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا باشرته وانفردت به دون غيرها.

الثاني: يدل الحديث بروايته صراحة على توقف العقد على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وليس من المعقول ولا المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص في صحة تصرف ثم يحكم عليه بالفساد إذا ما باشره بنفسه، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها.

ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث يدل على اعتبار الولي فأثبت لكل من المرأة والولي أحقيته في عقد الزواج، فللولي حق الولاية وللمرأة حق نفسها في أن الولي لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، أما كون حقها آكد من حقه يرجع لتوقف حقه على رضاها، لا أنها تباشر العقد بنفسها لنفسها[68].

2- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:"ليس للولي مع الثيب أمر"[69].

ووجه الاستدلال بالحديث أن فيه رفعا ومنعا لولاية الولي عن المرأة، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها لصحة عبارتها ولعدم اعتبار الولي شرطا في صحة العقد[70]. ونوقش استدلالهم بأنه في غير محله؛ لأن مراد الحديث ليس انفراد المرأة بعقد زواجها، وكذلك عدم إجبارها عليه، بل المراد إذنها بالزواج مع ترك تولي العقد

للولي[71].

3- ما روي عن أم سلمة-رضي الله عنها- أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال رسول الله ﷺ :"ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني" فقالت لابنها: قم يا عمر فزوج رسول الله فزوجه[72]. ووجه الاستدلال من هذا الحديث تزوج أم سلمة-رضي الله عنها- النبي ﷺ بغير ولي، لقولها: "ليس أحد من أوليائي شاهد"، يدل على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بغير ولي أو وكيل[73]. ونوقش استدلالهم هذا من جهتين:

الأولى: أن الحديث من خصوصيات النبي ﷺ فقد كان من خصائصه ﷺ الزواج بغير ولي، لأنه ﷺ لا يفتقر في نكاحه لولي لأنه ولي أم سلمة وغيرها من المؤمنين[74] بقوله تعالى:﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾[75].

وأجيب عن هذا بأن النبي ﷺ أولى بالمؤمنين فيما يلزمهم من اتباعه وطاعته فيما يأمرهم به وينهاهم عنه، فأما أن يتصرف عليهم في أنفسهم وأموالهم فهذا لا يلزم[76].

الثانية: أن شرط الولي في عقد الزواج شرط لرعاية مصلحة المرأة؛ لأنها قد تنخدع لطبيعة أنوثتها من نقصان عقل وسرعة عاطفة، الأمر الذي ينتفي في حق النبي ﷺ بقوله:"ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني"، ومن ثم فهو خير زوج، فلا يصح لأحد أن ينظر بعد نظره أو يقاس عليه في هذه المسألة غيره من الرجال[77].

ج- القياس

ويستدل به من وجهين:

الأول: لما كان للمرأة البالغة الرشيدة أن تستقل بالبيع بغير إذن وليها، كبيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها صح منها الانفراد بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها لأنه عقد على بعض منافعها فصار أولى[78]. ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن عقد الزواج يختلف عن التصرفات المالية من بيوع ونحوها في أمور[79]:

أ- أن خطر الزواج أشد وأعظم أمرا من المال؛ لذا وجب أن يتم بمشاركة الولي المرأة في اختيار الزوج وتوليه العقد، والمسبوق بإذن ورضا موليته.

ب- أنوثة المرأة في طبيعتها نحو الرجال أو الزواج يستتر معها العقل بخلاف الحال مع المال، فهي لا تتصرف فيه إلا بعد كثير من التفكير والتدبر.

ج- أن الضرر الناشئ عن الزواج والذي يلحق غالبا الجانب المعنوي بغير كفء لا يقتصر على المرأة بل يتعداها إلى أوليائها، لأن مشروعية الزواج في الأصل هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض[80].أما ضرر خسارة المال أو فقده تلزمها بمفردها، ومن ثم فهو قياس فاسد الاعتبار إذ هو قياس مع نص[81].

الثاني: قياس إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بثبوت إرادتها في إقرارها بالنكاح لصحته.

ويمكن رد هذا بأن إمضاء المرأة لعقد زواجها بإقرارها بعد تولي الولي ومباشرته له خلاف انفراد المرأة بعقدها وانعقاده بعبارتها من الأصل، لأن رضاها لما قام به الولي لا يشترط أن يكون في مجمع من الناس، في حين أن هذا الجمع يعد شرطا لإجراء العقد، لذلك فهو قياس مع الفارق، فلا يثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها دون ولي أو وكيل.

د- المعقول

إن انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لنفسها من التصرف في خالص حقها لكمال أهليتها بكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال وكذلك اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه صحيح، أما مطالبة الولي بتولي عقد الزواج فهو من باب صيانة المرأة عن النسبة إلى الوقاحة[82]. ونوقش استدلالهم هذا بأن مباشرة المرأة لعقد زواجها بإرادة منفردة لا يعد تصرفا في خالص حقها لما للولي من حق الاعتراض والفسخ عند زواجها بغير كفء، ولأن مشروعية الزواج في الأصل إنما هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض والتي لا يصونها إلا ولي خاص يؤمن على العرض من تلويثه وهذا لا يتحقق-غالبا- مع انفراد المرأة بتزويج نفسها فوجب رده مقدما[83].

القول الثالث: رأى الإمام مالك[84]-في رواية- التفرقة بين المرأة الشريفة و المرأة الوضيعة، فالشريفة لا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها، ولا ينعقد زواجها بعبارتها مطلقا بخلاف الوضيعة فيجوز لها أن تستخلف رجلا من الناس ليزوجها و من ثم يجوز لها الانفراد بعقد زواجها لجواز توكيلها غيرها ليعقد لها لأن من ملك التوكيل ملك المباشرة للشيء.

ويناقش هذا القول بأنه قول مردود لغياب الدليل من الكتاب أو السنة أو غيرهما؛ لأن التشريع لم يفرق بين شريف و وضيع، فالجميع أمام الله في الأعمال سواء[85]

مصداقا لقوله تعالى:﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير﴾[86].

القول الرابع: ذهب الإمام محمد بن الحسن -في رواية- و أبو يوسف -في رواية- و الحنابلة -في رواية- و أبو ثور والأوزاعي و ابن سيرين إلى جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، إلا أنه يكون موقوفا على إجازة الولي إن رضي نفذ, و إن لم يرض لم ينفذ[87].

جاء في بدائع الصنائع:" فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ بإذن الولي و إجازته، و ينعقد بعبارة الولي و ينفذ بإذنها و إجازتها"[88].

و استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة و المعقول :

أ- من السنة

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال :"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل". فالحديث يدل بمفهومه[89] على صحة انفراد المرأة العاقلة البالغة الرشيدة بتزويج نفسها بعد تحقق إذن وليها بغض النظر عما إذا كان الإذن سابقا أو لاحقا للعقد، ومن ثم فإرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها إرادة ناقصة أو مشتركة لتوقفها على إذن الولي ورضاه لعقدها. ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن المراد بالإذن غير المرأة من الرجال ممن يتولون إجراء العقد، فإذن الولي لا يصلح إلا لمن ينوب عنه، والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها، حيث أن الولي لو أذن لها في تزويج نفسها صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها وهذا لا يصح[90].

ويؤكد ذلك قوله ﷺ:" لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها " بغير تفريق بين أن يكون تزويج المرأة لغيرها أو لنفسها بإذن الولي أو بغير إذنه[91].

الثاني: أن الاستدلال في الحديث بالمفهوم، والمفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراط الولي لصحة العقد[92] في قوله ﷺ: " لا نكاح إلا بولي".

وأجيب عن هذا النقاش بما يلي[93]:

أولا: أن قوله ﷺ"لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" يمكن حمله على قيام المرأة بإنشاء عقد النكاح لنفسها أو لغيرها من النساء بغير إذن الولي.

ثانيا: إن اشتراط الولي لصحة العقد شرط متحقق مع إذن الولي بتولي المرأة إجراء عقد الزواج بعبارتها لنفسها أو لغيرها من النساء؛ لأن العقد موقوف لحين إذنه،

كما أن شرط الولي والمنطوق به في حديث "لا نكاح إلا بولي" يحتمل وجهين من الدلالة هما:

أ- أن المراد منه لا نكاح إلا بعبارة الولي وتوليه العقد.

ب- أن المراد لا نكاح إلا بإذنه.

ب- المعقول: ويستدل به من وجوه ثلاثة:

الأول: ،يعد الزواج حقا مشتركا بين المرأة وأوليائها بدليل ثبوت حقهم في الاعتراض والفسخ عند زواجها من غير كفء، ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه؟ والتصرف في حق الإنسان يقف جوازه على جواز أداء صاحب الحق له، لذا فصحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها يكون موقوفا على إذن الولي وإجازته[94].

الثاني: أن قصور عقل المرأة والذي لا يؤمن معه انخداعها، ومن ثم وقوعها في ضرر تنقلب معه مقاصد الزواج ومصالحه إلى مفاسد، يكون مأمونا إذا تحقق إذن الولي بانفراد المرأة بعقد زواجها[95].

الثالث: أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة من أهل التصرف فيجوز انفرادها بإجراء عقود البيع والإجارة وغيرها، وإنما منعت من الانفراد بعقد الزواج بنفسها لنفسها لحق الولي، فإذا ما انفردت بإجرائه وبإذن الولي زال المانع ونفذ العقد لتحقق الشرط المذكور[96] في قوله ﷺ:"لا نكاح إلا بولي".

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن السبب في عدم ثبوت إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها ليس مقصورا على نقصان عقل المرأة وطبيعتها أو عدم تحقق الكفاءة في الزوج الأمور التي تقلب مصالح الزواج إلى مفاسد يمكن منعها بإذن الولي وإجازته للعقد، بل هناك سبب آخر هو الحياء المفترض بالمرأة في مثل هذه الأمر الذي يغيب مع شرط الإعلان والإشهار الذي يتطلب حضور المرأة محافل الرجال مما يعقبه نسبتها إلى الوقاحة.

القول الخامس: ذهب محمد بن الحسن الشيباني-في رواية ثالثة- إلى التفريق في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها تبعا لوجود الولي وانعدامه، فلا يجوز انفرادها بتزويج نفسها إذا كان لها ولي إلا بإذنه، ومنه تثبت إرادتها في مباشرة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها إذا لم يكن لها ولي.

والسبب في وقوف العقد الذي انفردت المرأة بمباشرته على إذن الولي وإجازته يرجع

لحق الولي في إجراء العقد لا لحق نفسها، أما نفاذ عقدها إذا زوجت نفسها مع انعدام الولي سببه أنها تصرفت في خالص حقها[97].

ونوقش هذا بأن الحق في الزواج للمرأة على الولي لا للولي عليها، بدليل أنها إذا غاب الولي غيبة منقطعة تزوج عليه، بينما إذا كان حاضرا وأرادت الزواج من كفء يجبر على تزويجها، فإن أبى وامتنع تزوجت بدونه، على الخلاف من ذلك أنها إذا أبت الزواج وأراد الولي، فإنها لا تجبر مما يدل على ثبوت الحق لها عليه.

أما حق الولي فأثره يبدو في المنع من لزوم العقد إذا تزوجت من غير كفء لا في نفاذ العقد وجوازه[98].

القول السادس: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف -في رواية ثالثة- إلى جواز انفراد المرأة بإجراء عقد زواجها إذا تزوجت من كفء وعدم انعقاده بعبارتها عند الزواج من غير كفء[99]، ويستدل لهذا القول بالمعقول وهو: لما كان كل ولي لا يحسن المرافعة إلى القاضي لدفع ضرر العار لانفراد موليته بإجراء عقدها وتزويج نفسها بعبارتها من غير كفء، ولا كل قاض يعدل في حكمه بدفع الأشياء بعد الوقوع وجب الاحتياط عن هذه المفاسد لفساد الزمان بعدم جواز عقدها عند الزواج من غير كفء[100].

القول السابع: ذهب الظاهرية إلى التفريق بين البكر والثيب في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، فالبكر لا يجوز انفرادها بتزويج نفسها، وإنما يتولى عقدها بإذنها وليها، أما الثيب فيجوز عقدها بعبارة منفردة. مستدلين على ذلك بقوله ﷺ:"الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماتها"[101]، ووجه الدلالة في الحديث أنه دل صراحة على جواز انفراد الثيب بمباشرة إجراء عقد زواجها بدون ولي لكونها أحق بنفسها منه، هذا بخلاف البكر فالولي يتولى مباشرة عقدها بعد تحصيل إذنها، ومنه لا يجوز للبكر أن تنفرد بعقد زواجها بغير ولي[102]. و اعترض على هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن المراد بالحديث - خلاف المستدل به- أن النبي ﷺ أثبت للثيب حقا في عقدها بقوله" أحق بنفسها" هو أن لا يعقد عليها الولي بغير صريح إذنها ورضاها مع بقاء حقه في تولي إجراء العقد ومباشرته-لا كما قالوا- أن الثيب أحق بنفسها في الانفراد بمباشرة عقدها بعبارتها وبغير ولي[103].

الثاني: أن الأدلة لم تشر إلى هذا التفريق في انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل تبعا لحالتها من الثيوبة والبكارة.

الترجيح

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشاتهم في حكم انفراد المرأة البالغة العاقلة بمباشرة عقد زواجها، تبين لي - والله أعلم- أن الراجح هو قول الجمهور، وهو القول الذي يرى أن الولي شرط في صحة عقد النكاح، ولا يجوز للمرأة أن تستقل بعقد زواجها بنفسها من غير رضا وليها، لقوة أدلتهم التي قام عليها موقفهم، وهذا هو رأي كبار الصحابة والتابعين. ولعدم سلامة أدلة المذاهب في هذه المسألة حيث لم تخل من قول، وضعف ما تمسك به الحنفية وذلك في أمور:

- حقيقة النكاح، فالحنفية يرون أن الأصل في النكاح أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فقولهم هذا يعد حجة عليهم في هذه المسألة، لأن الإسناد إلى المرأة حينئذ يكون الوطء لا العقد، وعلى فرض التسليم أن المراد بالإسناد العقد فالمقصود منه رضا المرأة ومباشرة الولي للعقد.

- وما استدل به الحنفية من إسناد النكاح إلى المرأة كما في قوله تعالى:﴿ حتى تنكح زوجا غيره﴾[104] فإنه يراد به الإنكاح بعقد الولي.

- وقياس النكاح على التصرفات المالية، قياس غير صحيح؛ لأنه قياس مع وجود نص، ومعلوم أنه لا اجتهاد مع النص. حيث أن دلائل القرآن والسنة أبين دلالة لاشتراط الولي، فهي أدلة واضحة مثل قوله تعالى:﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾[105].

- هذا بالإضافة إلى أن التاريخ الإسلامي بأجياله المتتابعة والمتلاحقة لم يألف مباشرة المرأة لعقد زواجها، إذ أن حضورها محافل الرجال يتنافى وطبيعتها، وهي صيانة كفلها الإسلام للمرأة لم تكن لها في أي ديانة أخرى.

وهذه النظرة من الجمهور ليست نابعة من نظرهم إلى نقص أهلية المرأة، وإنما نظروا إلى ولاية النكاح بأنها تهم المرأة وأولياءها وهم يشتركون في تحمل نتائج هذا العقد فيما إذا لم يحقق أهدافه، ولذلك أعطي الأولياء حق إنشاء هذا العقد، وأعطيت المرأة حق الرضا والإذن الكامل.

هذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل، فأدلة الجمهور من الكتاب والسنة ناهضة على دعواهم في حين أن أدلة المخالفين لم تستطع أن تصمد أمام المناقشة والرد من جهة، ومن جهة العقد فإن عقد النكاح لا ينكر خطره أحد فلا يمكن قياسه على

الأموال، كما أن الأولياء يشاطرون المرأة في مشاكلها وأضرارها حيث يعود عليهم العقد إما بالاستقرار وإما بالألم[106].

ثانيا: الجانب القانوني

يتخذ المشرع الجزائري موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة (التي بلغت السن القانونية لأهلية الزواج) بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، ويتبين ذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور"-الولي- لا تدل على الفعل، والدليل على ذلك ما يلي:

أولا: نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن :"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، (دون اعتبار شرط رضا الولي)، فإذا كان عقد بين رجل وامرأة فأي دور للولي؟.

ثانيا: نص المادة العاشرة:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر"، فإذا كان الرضا - المعبر عنه بالإيجاب والقبول- ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في نص المادة العاشرة هما الزوجين، فأي دور للولي طبقا للمادة 11 التي عبرت عن دوره بالحضور؟.

ثالثا: فرق المشرع في التعبير عن الولاية على الراشدة بالحضور، وفي الولاية على القاصرة بالتولي، مما يفهم منه أنه قصد إلغاء أي دور أو تأثير لسلطة الولي في إنشاء عقد الزواج.

رابعا:كما يفهم من إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى:"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون" ، أنه لم يبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

خامسا: ومما يستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في التزويج أن المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد زواجها؛ فمن زوجها ولها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها إذا كانت بالغة راشدة، وتعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي، ومن ثم جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده

بعبارتها منفردة، مادام،يفهم من المادة 33 من قانون الأسرة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". أنه عند غياب الولي أو تغييبه عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقا للمادة 11 عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.

الخاتمة:

على اعتبار أن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فإنه يعترض عليه من أوجه:

- **الوجه الأول**: بالرغم من تعدد الروايات في المذهب الحنفي في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، إلا أن المشرع الجزائري لم يتقيد بواحدة منها جملة وتفصيلا.

- **الوجه الثاني**: أن الحنفية بقولهم بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل، وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري.

- **الوجه الثالث**: أن بعض الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها، ومنهم محمد بن الحسن لا يكون لها ذلك إلا عند انعدام الولي، فإن كان لها ولي فلا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها إلا بإذنه.

- **الوجه الرابع**: في رواية لأبي وحنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز للمرأة الانفراد بعقد زواجها إذا كان من غير كفء.

- **الوجه الخامس**: أن انفراد المرأة بتولي عقد زواجها موقوف على إجازة وليها، وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن -في رواية- وأبو يوسف -في رواية-.

ومنه يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعتمد رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، ولا أخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج.ومن وجهة نظر أخرى فإن هذه المسألة تلعب فيها الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا، وذلك بتأكيد دور الولي-سواء كان أبا أم قريبا مفوضا- في

عقد زواج موليته.

الهوامش:

1- ابن منظور: لسان العرب، 407/15.
2- البقرة: الآية 282.
3- ابن عابدين: رد المحتار ، 55/3.
4- محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967، ص 170.
5- أبي عبد الله الرصاع: شرح حدود بن عرفة، ص 241.
6- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 153.
7- انظر، عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي، ص601.
8- ابن قدامة: المغني،399/9.
9- ابن رشد: بداية المجتهد،8/2.
10- الشيرازي: المهذب،426/2.
11- ابن قدامة: المغني، 345/9.
12- النور: الآية 32.
13- ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر،بيروت، لبنان، (دط،دت)، 1376/3.
14- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،229/15.
15- القرطبي: المصدر نفسه، 463/3.
16- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 248/6.
17- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2005، ص 244.
18- البقرة: الآية 232.
19- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 104/4.
20- انظر، ابن الهمام، فتح القدير،249/3.
21- البقرة: الآية 221.
22- ابن العربي: أحكام القرآن، 158/1.
23- الشوكاني: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، 224/1.
24- الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، 379/2.
25- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 245.
26- انظر، محمد الزفزاف: الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1966، ص 112.

27- القصص: الآية 27.

28- ابن العربي: أحكام القرآن، 1467/3.

29- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 349/3.

30- البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13603. السنن الكبرى، 170/7.

31- الصنعاني: سبل السلام، دار المنار، القاهرة، مصر، 3،2002/157.

32- انظر، الجصاص: المصدر نفسه،402/1.

33- أبو داود: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083. سنن أبي داود، 391/2-392. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1879. سنن ابن ماجه، 427/2.

34- انظر،الشوكاني: نيل الأوطار،75/12.

35- ابن قدامة: المغني، 346/9.

36- انظر،الصنعاني: سبل السلام،158/3.

37- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 249/6.

38- انظر، ابن قدامة: المغني،345/9-346.

39- ابن حزم: المحلى،454/9.

40- ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي،حديث رقم1882. سنن ابن ماجه، 429/2.البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13634. السنن الكبرى، 178/7.

41- انظر، الصنعاني: سبل السلام،160/3.

42- انظر، الشربيني: مغني المحتاج،198/3.

43- انظر، محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 175.

44- ابن قدامة: المغني، 346/9.

45- انظر، الشربيني: مغني المحتاج،198/3.

46- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،252/2.

47- الكاساني: المصدر نفسه،247/2.

48- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 284/3. واستثنى الحنفية من هذا الحكم ما إذا ولدت المرأة من الزوج فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عمن يربيه. انظر، العيني:البناية في شرح العناية،620/4.

49- البقرة: الآية 232.

50- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 402/1.

51- انظر، أبو الحسين النيسابوري: أسباب النزول، دار التقوى، القاهرة، ص 48-49.

52- البخاري: كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5130.الجامع الصحيح، 370/3.

53- ابن العربي: أحكام القرآن، 201/1. الصنعاني: سبل السلام،161/3.

54- البقرة: الآية 234.
55- الجصاص: أحكام القرآن ،400/1.
56- الرافعي: الشرح الكبير،527/7.
57- ابن العربي: أحكام القرآن،212/1.
58- الجصاص: أحكام القرآن ،400/1.
59- الأحزاب: الآية 50.
60- الكاساني: بدائع الصنائع،248/2.
61- الشربيني: مغني المحتاج، 190/3.
62- البقرة: الآية 230.
63- الجصاص: أحكام القرآن ،400/1.
64- الرافعي: الشرح الكبير، 526/7.
65- ابن العربي: أحكام القرآن، 198/1.
66- الكاساني: بدائع الصنائع، 248/2.
67- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 159/3.
68- النسائي: كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها،حديث رقم 5370. السنن الكبرى، 178/5.
69- الجصاص: أحكام القرآن، 401/1.
70- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 160/3.
71- النسائي: كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، حديث رقم 5375. السنن الكبرى، 179/5-180.
72- الجصاص: أحكام القرآن، 402/1.
73- انظر، الشربيني: مغني المحتاج ، 204/3.
74- الأحزاب: الآية 6.
75- الجصاص: أحكام القرآن، 402/1.
76- الشربيني: مغني المحتاج، 204/3.
77- ابن قدامة: المغني، 345/9.
78- ابن رشد: بداية المجتهد، 11/2.
79- انظر، الرافعي: الشرح الكبير،527/7.
80- انظر، الصنعاني: سبل السلام ،157/3.
81- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 249/2.
82- الرافعي: الشرح الكبير، 527/7.
83- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 9/2.
84- انظر، ابن حزم: المحلى، 456/9. النووي: المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي،

مكتبة الإرشاد، السعودية، (دط،دت)، 244/17.

85- الحجرات: الآية 13.

86- انظر، ابن حزم: المحلى،455/9.

87- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،247/2.

88- انظر، الصنعاني: سبل السلام،158/3.

89- انظر،الشوكاني: نيل الأوطار، 92/12.

90- انظر، النووي: المجموع شرح المهذب، 240/17-241.

91- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 527/7. الصنعاني:سبل السلام، 158/3.

92- انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل 455/6.

93- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 247/2.

94- انظر، ابن قدامة: المغني، 346/9.

95- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع ، 242/2.

96- انظر، السرخسي: المبسوط، 12/5. الكاساني: بدائع الصنائع ، 247/2.

97- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع ، 249/2.

98- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 283/3-284.

99- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 620/4.

100- مسلم: كتاب النكاح، باب اسئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،صحيح مسلم،461/1. النسائي: كتاب النكاح، باب استئمار البكر في نفسها، حديث رقم 5355. السنن الكبرى، 172/5-173.

101- انظر، ابن حزم: المحلى، 460/9-461.

102- انظر، الرافعي: الشرح الكبير،527/7.

103- البقرة: الآية 230.

104- البقرة: الآية 221.

105- انظر، محي الدين علي القرداعي: مبدأ الرضا في العقود، 312/1-313.

106- ألغيت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.