

مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء

بقلم

أ / محمد بجاق*



الملخص

إن الولاية في عقد الزواج من المواضيع الحساسة والمهمة في قانون الأسرة ، ولقد أثارت جدلا بين فقهاء الشريعة قديما وحديثا ، وكذا أهل القانون ، ويرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف حول النصوص الواردة في شأنها سواء من حيث الثبوت أو الدلالة ، وقد زادت حدة الجدل حول هذا الموضوع في الجزائر عند الشروع في تعديل قانون الأسرة سنة 2005 ، وهو ما دفعني للبحث في كتب الفقه والقانون وكذلك أحكام القضاء عن حقيقة المركز القانوني للولي في عقد الزواج ، أهو طرف في العقد ؟ أم هو مساهم فيه على اعتباره مجرد وكيل أو نائب عن أحد أطراف العلاقة ؟ أم هو شاهد عليه ؟ ولعل بتحريض هذه المسألة ينتهي هذا الجدل الذي لا يزال قائما رغم صدور القانون .

الكلمات المفتاحية: عقد الزواج - ولاية - فقه إسلامي - قانون - فقه.

* أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي - الجزائر.

مقدمة

إن موضوع الولي في عقد الزواج من المواضيع التي أثارت جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية منذ القدم، وكذا أهل القانون، وقد يرجع هذا الجدل إلى الاختلاف حول النصوص التي تناولت الولاية في عقد الزواج، من حيث الاختلاف في قطعية ثبوتها، ثم الاختلاف من حيث دلالتها، وقد أثير هذا الجدل في الجزائر عند الشروع في تعديل قانون الأسرة سنة 2005.

وقد كان الجدل الدائر حول كون الولاية شرطا أم ركنا، وحول الإبقاء عليها أم حذفها نهائيا من أركان وشروط عقد الزواج، وتوسع هذا الجدل إلى أن أخذ طابعا إيديولوجيا لم يكن من المستحسن أن يأخذه، ولعل سبب هذا الجدل والصراع هو تأثر البعض بالثقافات والتشريعات الغربية التي ساهمت بشكل كبير في إثارة الجدل حول المساواة بين الرجل والمرأة بشكل يزيل كل الخصوصيات وحتى القيم التي يتميز بها كل مجتمع، فانبهروا بما عندهم، فأخذوا يقلدونهم دون تمحيص، حتى وصل البعض إلى الشك في صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق.

وقد كنت من المدافعين على أن هذه القضية قضية فقهية قانونية بحتة، ولا بد من أن تدرس في دوائرها المختصة بها، وهو ما دفعني للبحث في كتب الفقه والقانون وكذلك أحكام القضاء عن حقيقة المركز القانوني للولي في عقد الزواج، أهو طرف في العقد؟ أم هو مساهم فيه على اعتباره مجرد وكيل أو نائب عن أحد أطراف العلاقة؟ أم هو شاهد عليه؟ ولعل بتحرير هذه المسألة ينتهي هذا الجدل الذي لا يزال قائما رغم صدور القانون، والذي حسب اعتقادي لم يحرر المسألة، وإنما اكتفى بالحل التوافقي الذي أضفى على المواد المتعلقة بالولاية الطابع السياسي وليس الطابع القانوني، ولعلي بهذه المساهمة البحثية المتواضعة أسهم في تحرير هذه المسألة.

وسأكتفي في هذه الدراسة بالحديث عن مركز الولي في عقد المرأة؛ لأن حالة الولاية على الصغار المذكور نادرة الحدوث، فأخذت بحكم الغالب، وسأقتصر في دراستي أيضا على ما جاء في المذاهب الأربعة.

المطلب الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

أولاً : تعريف الولاية في عقد الزواج :

1- الولاية لغة¹ : الولي من أسماء الله تعالى : الولي هو الناصر، وقيل : المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها، ومن أسمائه عز وجل : الوالي وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها. قال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي. وقيل : الولاية الخطة كالإمارة، والولاية بالكسر السلطان، والولاية بالفتح النصرة.

والولي والمولى واحد في كلام العرب، والمولى العصبة والحليف وهو من انضم إليك فجزعك وامتنع بمنعتك، والولي : الصديق والنصير والتابع المحب، والموالة : ضد المعادة ، والولي : ضد العدو.

2 - الولاية اصطلاحاً : عرفها البعض بأنها : تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى². إلا أن هذا التعريف ينطبق على ولاية الإجماع التي يستبد فيها الولاية بالعقد.

ولعل أحسن التعريفات وأقربها لتحصيل معنى الولاية هو ما ذهب إليه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله : الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً³.

ثانياً - أقسام الولاية في عقد الزواج : تنقسم الولاية في عقد الزواج إلى قسمين :

1 - ولاية قاصرة : وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وتثبت للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يشاء كان زواجه صحيحاً غير موقوف على إجازة أحد، ولا الاعتراض عليه، سواء تزوج بمهر المثل أو أكثر، وسواء تزوج بمن تناسبه، أو لا تناسبه⁴.

أما بالنسبة للمرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوتها لها، وهو ما سوف نبينه عند الحديث عن حكم الولي في عقد الزواج.

1 - ولاية متعددة : وهي الولاية التي تثبت للإنسان على غيره، وهي تنقسم إلى قسمين :

أ - ولاية الإجبار : وهي التي تعتبر ولاية كاملة ؛ لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليها، ولا يشاركه فيه أحد⁵.

وهي عند الحنفية تثبت على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، وعلى المجنونة، وعلتها عندهم الصغر والجنون⁶ ؛ لأن الصغر والجنون صفة تدل على ضعف العقل، وبالتالي العجز عن إدراك المصلحة⁷.

وعند الجمهور⁸ تثبت على المجنونة، أما الصغيرة فتجبر إن كانت بكرا وتستمر هذه الولاية إلى ما بعد البلوغ، إلا أن الشافعية⁹ والحنابلة في رواية¹⁰ يذهبون إلى أن البكارة هي علة الإجبار فقط في الفتاة، فتجبر عندهم البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، بينما ذهب المالكية¹¹ والحنابلة في رواية ثانية¹² إلى أن كلا منهما يعتبر علة إجبار إذا انفرد، فتجبر البكر البالغ، والثيب الصغيرة.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أي ولاية الإجبار، فنجد نص في المادة 13 من قانون الأسرة على أنه : « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها¹³ ».

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع استبعد ولاية الإجبار في حق القاصرة، والبالغة من باب أولى لأنه قد نص في المادة 11 من قانون الأسرة بأنها تبأشر عقدها بنفسها¹⁴، وهو رأي وجيه ينسجم وروح الشريعة ومقاصدها، ويوافق القواعد الشرعية العامة¹⁵، ولم يبق لها مسوغ في وقتنا الحاضر ؛ لأن جل القوانين قد منعت تزويج الصغار وحددت سنا معينة للزواج، 19 سنة على سبيل المثال في القانون الجزائري¹⁶، وإن كان قد نص على جواز تزويج من هم أقل من هذا السن، فإن ذلك لا يكون إلا بترخيص من القاضي الذي يتأكد من موافقة الصغيرة على هذا الزواج، وتبقى مسألة الإجبار مقتصرة على المجنونة، وإن لم ينص المشرع على ذلك. لكن هذا يستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية التي أحال عليها المشرع بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة في ما لم يرد فيه نص في القانون¹⁷.

ب - ولاية الاختيار : وسميت ولاية المشاركة، أو ولاية الإذن، وتثبت على المرأة البالغة العاقلة¹⁸، وذلك لأن الجمهور¹⁹، وأبا يوسف من الحنفية في رواية²⁰، يذهبون إلى أن المرأة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها، بل لوليها سلطان معها فهما شريكان في زواجها، لا ينفرد به دونها، ولا تنفرد به بل يشتركان، ويتولى هو

الصيغة ؛ لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، ولا ينعقد بعبارتهن، وإن كان لابد من رضاهن²¹.

وذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في الرواية المشهورة عنه²²، إلى أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تبشر عقد زواجها بنفسها، ومع ذلك يرون استحباب مباشرة الولي عقد زواج موليته البالغة العاقلة، ويسمون ذلك ولاية استحباب²³.

أما عن موقف المشرع من ولاية الاختيار فقد أخذ بمذهب الحنفية في ذلك، وهو ما يستشف من نص المادة 11 الفقرة 01 والتي تنص على أنه : «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره»²⁴.

ثالثا - شروط الولي في عقد الزواج : تنقسم شروط الولي في عقد الزواج إلى قسمين :

1 - شروط متفق عليها : اتفق الفقهاء²⁵ على أنه يشترط في الولي .

أ - الإسلام : لأنه لا ولاية للكافر على المسلمة بالإجماع، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء 141]، وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾ [المائدة 51]. لأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر²⁶.

ب - العقل والبلوغ : لأن المجنون والصبي لا ولاية لهما على أنفسهما، فمن باب أولى أن لا تكون لهما ولاية على غيرهما²⁷.

2 - شروط مختلف فيها : هناك جملة من الشروط اختلف الفقهاء في اشتراطها وعدم اشتراطها في الولي وهي :

أ - الرشد : ذهب الإمام أبو حنيفة²⁸، وأكثر أصحاب مالك وهو المشهور في المذهب²⁹ إلى أنه لا يشترط الرشد في الولي وعليه تجوز ولاية السفیه. قال بن رشد : " وأما الرشد فالمشهور في المذهب : أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها³⁰ .

وذهب الإمام مالك³¹ والشافعي³² إلى اشتراط الرشد في الولي .

وسبب الخلاف: تشبيه هذه الولاية بولاية المال، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال: ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال: لا بد من الرشد في المال³³.

ب - العدالة : ذهب الأئمة أبو حنيفة³⁴ ومالك³⁵ ، والشافعي في أحد قولي³⁶ ، وأحمد في رواية وهو ظاهر كلام الخرقي³⁷ ، على أن للفاسق أن يلي عقد النكاح، يقول الكاساني : « ولنا إجماع الأمة أيضا فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك، ولأن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه، وهو الشفقة وكذا لا يقدر في الوراثة فلا يقدر في الولاية كالعدل، ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل »³⁸.

وذهب الأئمة الشافعي³⁹ وأحمد⁴⁰ وهو الأصح في المذهبين، بأنه لا تجوز ولاية الفاسق، لقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ؛ لأنها ولاية نظر، فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال⁴¹.

قال الكاساني ردا على ذلك : « وأما الحديث فقد قيل أنه لم يثبت بدون هذه الزيادة- يعني مرشد - فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجه : والفاسق مرشد ؛ لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد - وهو العقل - فكان هذا نفي الولاية للمجنون، وبه نقول : إن المجنون لا يصلح وليا والمحدود في القذف إذا تاب فله ولاية الإنكاح بلا خلاف ؛ لأنه إذا تاب فقد صار عدلا، وإن لم يثبت فهو على الاختلاف؛ لأنه فاسق- والله الموفق »⁴².

ج - الذكورة : ذهب جمهور الفقهاء⁴³ إلى اعتبار الذكورة كشرط للولاية، فالمرأة لا ولاية لها على نفسها، فكيف تكون لها الولاية على غيرها، بينما ذهب الحنفية⁴⁴ إلى أنه للمرأة أن تلي عقد نفسها كما لها أن عقد غيرها.

د - عدم الإحرام : ذهب جمهور الفقهاء⁴⁵ إلى أن المحرم بحج أو عمرة لا يجوز أن يلي عقد النكاح، استنادا لقوله ﷺ : « لا ينكح المحرم ولا ينكح » رواه الجماعة إلا البخاري.

وذهب الحنفية⁴⁶ إلى جواز ولاية المحرم لعقد الزواج، استنادا إلى ما رواه ابن عباس من أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم، رواه الستة. أي بأنه ﷺ أجرى عقده مع ميمونة وهو محرم.

رد عن هذا بأن أبا رافع قال تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبني بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما، قال الترمذي هذا حديث حسن، وميمونة أعلم بحال نفسها وأبو رافع صاحب القصة وهو السفير فيها، فهما أعلم بذلك من ابن عباس، وأولى بالتقديم لو كان ابن عباس كبيرا وقد كان صغيرا لا يعرف حقائق الأمور، وقد أنكر عليه هذا القول، فقال سعيد بن المسيب: وهم من ابن عباس ما تزوجها رسول الله ﷺ إلا حلالا فكيف يعمل بحديث هذا حاله، ويمكن حمل قوله وهو محرم أي في الشهر الحرام أو في البلد الحرام كما قيل: قتلوا ابن عفان الخليفة محرما، وقيل تزوجها حلالا وأظهر أمر تزويجها وهو محرم، ثم لو تعارض الحديثان كان تقديم حديثنا أولى؛ لأنه قول النبي ﷺ، وذلك فعله والقول أكد؛ لأنه يحتمل أن يكون مختصا بما فعله⁴⁷.

رابعا - الحكمة من وجود الولي في عقد الزواج: لقد اشترط فقهاء الشريعة الولي في عقد النكاح لتحقيق عدة مقاصد منها:

- ضمان حقوق المرأة وصون كرامتها من القيل والقال، فأبعدتها عن الخوض في مجالس الرجال؛ لأن في ذلك ما يضرها ويسلط الألسنة عليها.

- مراعاة مصلحة المرأة ببذل النصيح لها، ودلائنها على ما ينفعها⁴⁸؛ لأن الرجال أقدر من المرأة على البحث عن أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته، فإذا ترك الأمر للمرأة، فربما لا تحسن الاختيار، فالمرأة عاطفية وقد تخدع بالمظاهر الكاذبة⁴⁹.

- إشراك المرأة أسرتها في الرأي والمشورة تفاديا للسلبات المتوقعة⁵⁰، فزواج المرأة ليس شأنا خاصا بها، بل له انعكاساته على أهلها، فهو ارتباط بين أسرتين، وارتباط المرأة بزوج صالح يريح أسرتها، أما إذا كان غير ذلك، فمشاكله معها ستمس أسرتها وتقلعها، فكيف يكون عليهم الغرم ولا يشاركون في قرار له انعكاساته على حياتهم كلها⁵¹. ولأن الولي الذي يتولى عقد موليته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها، وأن تكون عشيرته وجيرته عوناً له في الذب عن ذلك⁵².

المطلب الثاني أحكام الولاية في عقد الزواج

أولا - طبيعة الولي في عقد الزواج : اصطلاح المالكية⁵³ والشافعية⁵⁴ على الولي في كتبهم بأنه ركن من أركان الزواج، أما الحنفية⁵⁵ والحنابلة⁵⁶ فيذهبون إلى أن ركن النكاح واحد وهو الإيجاب والقبول، أما الولي والصدّاق والشهود، فقد اعتبروا عندهم من الشروط.

وقبل الخوض في مسألة حكم الولي في عقد الزواج لابد أن نبين أي الرأيين أرجح، هل الولي ركن أم شرط في عقد النكاح؟

1- الفرق بين الركن والشرط :

الركن لغة : هو الجانب الأقوى في الشيء⁵⁷.

وفي الاصطلاح : هو ماهية الشيء أو جزء منها يتوقف تقومها عليه⁵⁸ ؛ أي هو ما كان من حقيقة الشيء، أو هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان جزء من ماهيته⁵⁹.

والشرط لغة: الشرط بفتح أوله وسكون ثانيه، جمع شروط، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع أو نحوه⁶⁰.

وفي الاصطلاح : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عنه، وليس مؤثرا فيه ولا موصلا إليه⁶¹.

وعند أهل الأصول هو ما لا يلزم من وجوده لذاته وجود ولا عدم، ولكن يلزم من عدمه عدم المشروط، كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة، فإن وجود الطهارة لا يلزم من وجود الصلاة ولا عدمها ؛ لأن المصلي قد يصلي وقد لا يصلي، بخلاف عدم الطهارة فإنه يلزم من عدمه عدم الصلاة⁶².

هذا يعني أن الركن والشرط أمران مختلفان ؛ لأن الركن هو جزء من ماهية الشيء، أما الشرط فهو خارج عن ماهيته وحقيقته، وعقد الزواج معنى، والولي

شخص، والشخص لا يمكنه أن يكون جزء من المعنى ولا من ماهيته، وهذا مما يرجح كون الولي شرطا من شروط عقد الزواج، وليس ركنا فيه، لأن وجود الولي لا يعني بالضرورة وجود عقد الزواج ولا عدمه، لكن عدم وجود الولي يعني عدم وجود عقد الزواج.

وهذا ما يلاحظ من خلال أقوال الفقهاء حتى الذين قالوا بركنية الولي :
جاء في بداية المجتهد لابن رشد : «اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة... ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع : أن اشتراطها سنة لا فرض، وبه قال الشافعي»⁶³.

موقف المشرع الجزائري : بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، فرق المشرع بين الأركان والشروط، وحسنا فعل ؛ لأنه قبل تعديل القانون كان هناك خلطا واضحا بين الأركان والشروط، وقد قصر أركان عقد الزواج بركن وحيد وهو الرضا، أي الإيجاب والقبول، ويظهر ذلك في نص المادة 09 من قانون الأسرة بأنه : « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ».

أما الشروط ومن ضمنها الولاية، فقد جاء النص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة بأنه : « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج ».

وهو ما نلمسه في قرارات المحكمة العليا التي كانت تعتبر الولي ركن من أركان عقد الزواج، ثم اعتبرته شرطا من خلال القرارات التالية :

- من المقرر شرعا وقانونا، أنه لصحة الزواج لابد من توافر أركانه من رضا الزوجين، وولي، وشاهدين، وصادق⁶⁴.

- من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين، وحضور ولي الزوجة، وشاهدين، وصادق، وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا⁶⁵.

- ومن المقرر... أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج

66

من خلال تحليلنا لهذه القرارات رغم أنها جاءت قبل تعديل القانون نجد أن القضاء لم يميز بين الرضا وغيره في القرارين الأول والثاني، إلا أنه فرق في أثر تخلف الرضا وبقية العناصر الأخرى في العقد في القرار الأخير حيث رتب البطلان عن تخلف ركن الرضا، بينما لا يبطل العقد إلا إذا تخلف ركنان اثنان من بين العناصر الأخرى، وهو ما يبين بأن بقية العناصر ليست أركاناً، وإنما شروطاً، وإلا كان هذا تناقضاً، وإن اصطلاح عليها أركاناً فهذا من باب المجاز وتأثراً بما جاء في القانون وكتب الفقهاء المالكية الذين كانوا يطلقون على الشروط مصطلح أركان.

ثانياً - حكم الولي في عقد الزواج : رأينا في ما سبق بأن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن الولي شرط في عقد الزواج، لكنهم اختلفوا، هل هو شرط صحة في العقد أم شرط تمام ؟ وسبب اختلافهم كما يقول ابن رشد : « أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها ⁶⁷ ».

وسنحاول فيما يلي ذكر أدلة كل فريق مع الاختصار في مناقشتها حول حكم الولي في عقد الزواج، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من المسألة ومناقشته.

ذهب الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج مذهبين :
المذهب الأول : ذهب المالكية ⁶⁸ والشافعية ⁶⁹ والحنابلة ⁷⁰ إلى أن الولي شرط صحة في العقد، وأنه لا يصح العقد بدون ولي، ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها، ولا تزوج غيرها سواء كانت بكراً أو ثيباً. وليس لها أن توكل غيرها في إنشاء هذا العقد.

الأدلة : استدل أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة من الكتاب، والسنة، ومن المعقول.

من الكتاب :

1- قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة 232].

وجه الدلالة من هذه الآية وجهان كما قال الماوردي في الحاوي الكبير : « أحدهما : نهى الأولياء عن عضلهم والعضل المنع في أحد التأويلين،... فلو جاز لهن التفرد بالعقد لما أثر عضل الأولياء، ولما توجه إليهم النهي. والثاني : قوله في سياق الآية : ﴿ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾، والمعروف ما تناوله العرف بالاختيار وهو الولي والشاهدان »⁷¹.

الرد : هذه الآية ليس فيها أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيمهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد، لا حقيقة ولا مجازاً،... بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم⁷².

2- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة 221]، وقوله : ﴿ وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ [النور 32] .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الخطاب هنا للأولياء⁷³. ففي الآية الأولى أن الخطاب بالإنكاح للأولياء على الأيامي، والأيامي جمع أيم وهو اسم للمرأة التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً. وحيث قد ثبت الولاية عليها فلا تكون والية، أما في الثانية، فكأنه قال لا تنكحوا أيها الأولياء مولاتكم من المشركين، فدل ذلك على أن الولاية لهم لا للنساء⁷⁴.

الرد : إن هذا الخطاب يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجمله فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر. فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر، فإن قيل إن هذا عام، والعام يشمل أولي الأمر والأولياء، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجعلاً لا يصح به عمل ؛ لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً أو قريباً من التواتر؛ لأن هذا مما تعم به البلوى، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له. ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها، وأيضاً فإن المقصود من الآية الأولى ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر، والله أعلم⁷⁵.

3 - قوله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [النساء 25] .

وجه الدلالة : جعل إذن الأولياء شرطاً في نكاح المرأة، فدل على بطلانه لعدمه⁷⁶.

الرد : هذه الآية تدل على شرط استئذان الأهل في نكاح المرأة، وليس فيه دلالة على منع المرأة من أن تتولى العقد بنفسها.

من السنة : استدلل القائلون باشتراط الولي في العقد من السنة بجملة من الأحاديث نذكر منها :

- قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي ». رواه الترمذي، وصححه الألباني في الإرواء.

- قوله ﷺ : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل ». رواه الترمذي، وقال حديث حسن. وصححه الألباني في الإرواء.

وجه الدلالة في الحديثين أنهما جاءا لنفي الحقيقة الشرعية عن عقد النكاح، ولا يمكن حمل الحديث الأول على نفي الكمال ؛ لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية ؛ أي : لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي⁷⁷.

- قوله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ». رواه ابن ماجه.

وجه الدلالة في هذا الحديث أن المرأة ناقصة بالأنوثة ؛ ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد، كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح واحتياط للفروج، لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح ميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفؤ، فتلحق عارا بأوليائها⁷⁸، وفي الحديث نهى صريح للمرأة مباشرتها العقد أصالة عن نفسها ونيابة عن الغير، والنهي يقتضي الفساد والبطلان، فيكون دليلاً على عدم صحة عقد المرأة زواجها بدون ولي.

الرد : إن حديث « لا نكاح إلا بولي » لا يصلح للاستدلال، لأن في روايته عن أبي موسى اضطراباً في الإسناد فقد روى مرة موصولاً ومرة منقطعاً وأخرى مرسلاً، فلأورثه هذا الاضطراب ضعفاً لا يصلح معه للحجية. ولو سلمنا أنه يصلح لكان من قبيل الحديث الحسن وهو لا يقاوم الحديث الصحيح عند التعارض، فمن الواجب حينئذ الأخذ بالصحيح وهو قوله ﷺ : « الشيب أحق بنفسها » رواه البخاري⁷⁹.

أما حديث : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل، باطل »⁸⁰ فهو حديث مختلف في وجوب العمل به، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به. وأيضا فإن سلمنا بصحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة، فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها، يعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إشهاد الولي معها⁸⁰. وإن هذا الحديث مداره على الزهري فعرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفا في الثبوت، ويحقق الضعف أن راوي الحديث عائشة رضي الله عنها ومن مذهبها : جواز النكاح بغير ولي، والدليل عليه : ما روي أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وإذا كان مذهبها في هذا الباب هذا، فكيف تروي حديثا لا تعمل به ؟ ولئن ثبت فنحمله على الأمة ؛ لأنه روي في بعض الروايات : « أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها »⁸¹، دل ذكر الموالي على أن المراد من المرأة الأمة، فيكون عملا بالدلائل أجمع⁸¹.

من المعقول : النكاح له مقاصد شتى فهو عقد العمر حيث يتحقق به السكن والاستقرار لكلا الزوجين وإنجاب الأولاد وتربيتهم والمحافظة عليهم، وتحصيلاً لهذه المصالح على الوجه الأكمل ألا تتولى المرأة عقد النكاح ؛ لأنه يتطلب خبرة ودراسة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وهذا لا ييسر للنساء لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن وغلبة العاطفة عليهن مما يكون سبباً في المتعة العاجلة دون نظر إلى المستقبل البعيد، كما لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره بما يتنافى مع حال أهل الصيانة والمروءة. أما الرجال فهم الذين يستطيعون الوقوف على كل هذه الدقائق لسعة تجاربهم في ممارسة شئون الحياة ولهذا كان من المصلحة جعل العقد بيد الرجال دون المرأة⁸².

المذهب الثاني : ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الولي في عقد الزواج، وإنما قالوا باستحبابه على وجه الندب، وبالتالي يصح الزواج عندهم بدون ولي، ولا يحق له الاعتراض على العقد إلا إذا لم تحسن الاختيار، وزوجت نفسها من غير كفاء أو دون مهر المثل، عندها يلجأ إلى القاضي لطلب فسخ العقد⁸³.

الأدلة : استدل أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة من الكتاب، والسنة، ومن المعقول.

من الكتاب⁸⁴ :

- قوله تعالى : ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب 50] .

وجه الدلالة : أن هذه الآية فيها نص على انعقاد النكاح بعبارتها، فكانت حجة على المخالف.

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة 230] .

وجه الدلالة في هذه الآية : من وجهين أحدهما : أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها، والثاني : أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي.

- قوله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة 230] .

وجه الدلالة في هذه الآية أنه أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي.

الرد : بأن إسناده الإنكاح إلى الأولياء قد ورد في آيات أخرى، فوجب أن يكون الإسناد حقيقيا في البعض الآخر، ولا قائل بأن إسناده الإنكاح إلى الأولياء مجازيا، فوجب أن يكون المجاز في إسناده النكاح إلى النساء لأنهن محل العقد، يدل على ذلك ما صح من الحديث في سبب نزول قوله تعالى : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، فدل ذلك على أن الآية لا تصلح للاحتجاج فيما ذهب إليه الحنفية⁸⁵ . وإضافة النكاح إليهن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك⁸⁶ .

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَكُنْ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة 232] .

وجه الدلالة في هذه الآية من وجهين أحدهما : أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، والثاني : أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه.

الرد : هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، ولو لم يكن له الحق في ولايته عليها، لما عاتبه القرآن الكريم على التعسف في استعمال هذا الحق، ولا يلغي حق الولي، فالمراد بالآية أن المرأة متى رغبت في الزواج، فلا يمنعها الولي من ذلك، وسبب النزول خير دليل على ذلك⁸⁷.
من السنة⁸⁸ :

- قوله ﷺ : « ليس للولي مع الثيب أمر » أخرجه أبو داود والنسائي.

وجه الدلالة أن في هذا الحديث قطع ولاية الولي عنها.

الرد : المقصود من الحديث إن لم ترض فليس لوليها إجبارها لما سلف من الدليل على اعتبار رضاها، ولا يقتضي ذلك أن تنفرد بالعقد دونه لأن العقد إلى الولي⁸⁹.

- قوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها » أخرجه البخاري ومسلم.

وجه الدلالة في هذا الحديث أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ.

الرد : المقصود من الحديث أن الولي لا يزوجه إلا برضاها وإذنها ؛ يعني أن لها حقا في نكاحها، كما لوليها حقا، وحققها أوكد من حقه، فإنه لو أراد تزويجها كفؤا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفؤا وامتنع أجبر، فإن أصر زوجها القاضي⁹⁰.

من المعقول : أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها ؛ لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا، فتزول بزوال الضرورة، مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ وتثبت الولاية له، وهذا المعنى موجود في المرأة، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها، وتثبت الولاية لها كذا هذا، وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة.

وأما الخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الإنكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال وفيه نستتهن إلى الوقاحة بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب⁹¹.

الراجع :

من خلال ما سبق من الآراء نرى اتفاق المذاهب على اشتراط رضا المرأة بزواجها، ولا يمكن للولي أن يزوجه بغير رضاها، لكن للولي حق في نكاحها لما يلحقه من الفخار إذا تزوجت بكفاء، وما يلحقه من العار إذا تزوجت بغير كفاء، فلا بد من رضاها على العقد لما له من خبرة في شؤون الرجال، ولما له من مصلحة في ذلك، وبالتالي نرى بأنه إذا أراد الولي أن يزوجه من تحت ولايته أن لا يزوجه بغير رضاها وأن يشاورها ويستأذنها في كل أمور العقد، ومن ثم تأذن له بتولي عقدها فهو أحوط للمرأة وتقوية لجانبها، وأجلب للمحبة وأقرب لمحاسن الأخلاق، فكيف لبنت ربها أبوها حتى صارت عروسا، وهو ينتظر اليوم الذي ستزف فيه إلى بيتها، ويقوم هو بوضعها في مكان يطمئن فيه عليها، فيسلم فجأة هذا الحق، ويترك للفتاة التي يمكن أن تضع نفسها في يد غير كفاء فتلحق به العار، الذي يمكن أن يدفعه إلى عدم الاعتراف بها، وبالتالي عدم حمايتها والوقوف معها عندما يحصل لها أي مشكل، وأيضا لابد من مراعاة الأعراف والتقاليد التي لا تتنافى مع الشرع وفيها تحقيق لمصالح الجميع، خصوصا في هذا الوقت الذي كثرت فيه المشاكل والفتن بهذا الانفتاح الرهيب في كل المجالات مما قد يدفع الفتاة للوقوع في أيد غير أمينة، والفتاة يغلب عليها العاطفة وبالتالي قد تقع في سوء التقدير لمصلحتها. فالولاية وسيلة حماية وليست وسيلة تقييد.

موقف المشرع الجزائري : بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، فقد جاء في نص في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة بأنه : « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج ».

وجاء في نص المادة 11 بأنه : « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون.

يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ».

وجاء في المادة 33 بأنه : « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ».

من خلال القراءة المتأنية للمواد نلاحظ ما يلي :

- أن المشرع جعل الولي أحد الشروط الموضوعية في عقد الزواج بموجب المادة 09، وهو ما يفهم منه أنه جعله شرط صحة في العقد.

- إلا أنه جاء في نص المادة 11، وجعل للولي وضعين مختلفين، جعله شرطا في حق القاصرة بحكم أنه من سيتولى العقد، وجعله في حكم الشاهد على العقد في زواج البالغة ؛ لأنها هي من ستتولى العقد ويكفي للولي حضوره.

- و مما يقوي موقفنا السابق من تحليل المادتين، هو ما جاء النص عليه في المادة 33، حيث رتب الفسخ قبل الدخول للعقد الذي لا يكون فيه الولي في زواج القاصرة بقولها في حالة وجوبه، وعدم ترتيب أي أثر لعدمه في حال زواج البالغة.

فموقف المشرع جاء توفيقيا بين العناصر المتجاذلة حول الولاية مما أضفى تناقضا واضحا بين نصوص المواد.

ثالثا - حقوق وواجبات الولي في عقد الزواج :

أ - حقوق الولي في عقد الزواج :

تقتصر حقوق الولي في عقد الزواج على الحق في اختيار الكفاء لمن هي تحت ولايته، لما فيه مصلحة للفتاة ؛ لأن الكفاء تصلح به حياة المرأة وتستقر، وأيضا لما للولي من مصلحة ؛ لأن عقد الزواج ليس ارتباطا بين امرأة ورجل فحسب، بل هو ارتباط بين أسرتين، فإن كان كفاء فسيلحق بهذا الولي وأسرته الفخار، إن كان غير كفاء فسيلحق بالولي وأسرته العار⁹².

ب - واجبات الولي في عقد الزواج : تتعدد واجبات الولي في عقد الزواج، لما في ذلك من تحقيق لمصلحة المولى عليها، وكذلك لأهمية عقد الزواج ؛ لأنه

عقد حياة إما أن تسعد فيه الفتاة وتستقر حياتها أو العكس، ومن واجبات الولي في عقد الزواج نذكر :

1- أن يزوج من تحت ولايته بالمتصف بالدين والأخلاق، وهذا لقوله ﷺ : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض ». رواه الترمذي.

مما سبق يتبين أن من واجبات الولي اختيار الزوج الصالح لموليته، فهذا ما سيجلب لها السعادة والاستقرار في حياتها.

2- اختيار الولي لموليته حسن الخلقة، بالإضافة إلى الدين وحسن الخلق على الولي أن يراعي الولي حسن الخلقة والصورة فيمن يزوجه موليته، والمقصود بذلك أن يكون مقبولا صورة ومظهرا⁹³.

جاء في كشف القناع : « قال بن الجوزي في كتاب النساء : ويستحب لمن أراد أن يزوج ابنته، أن ينظر لها شابا مستحسن الصورة، ولا يزوجه دميما »⁹⁴.

3- أن يزوج موليته من يكافئها في السن، فلا يزوجه شيخا إن كانت شابة ؛ لأن التفاوت الكبير في السن سيؤدي إلى عدم الانسجام بينهما⁹⁵، فربما يؤدي هذا إلى ما لا تحمد عقباه.

جاء في كشف القناع : « ومن التغفيل أن يتزوج الشيخ الصبية »⁹⁶.

4- أن لا يمتنع الولي عن تزويج موليته، إذا تقدم إليها كفء ورضيت به ؛ أي أن يمتنع عن عضل موليته، وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ [البقرة 232]، وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا تقدم للفتاة من ترضى به وكان كفء لها، فليس للولي أن يمنعها من التزوج به.

وعند الحنفية⁹⁷ العضل هو امتناع الولي تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر، أما الحرة البالغة إذا طلبت النكاح من كفء وجب عليه التزويج منه، فإن امتنع فقد أضر بها، فتنتقل الولاية إلى القاضي وهو من يقوم بتزويجها.

وعند المالكية⁹⁸ في العضل تفصيل، وهو إن كان الولي غير مجبر ولو كان أباً، وهذا في حق البالغة العاقلة، يجب عليه أن لا يمتنع عن تزويج موليته إن تقدم إليها كفء ورضيت به، ولو دعاها إلى كفء آخر وجب الأخذ بالكفء الذي أرادته ورضيت به، فإن امتنع عن تزويجها رفع الأمر إلى القاضي، ليبين الولي وجه

اعتراضه، فإن لم يبد سببا مقبولا وكل القاضي من يعقد عليها إذا أصر الولي عن امتناعه، أما إن كان الولي مجبرا فله أن يمتنع عن تزويج موليته ولو تقدم إليها كفؤ وإن تكرر رده حتى يتحقق إضراره ولو برده الكفؤ مرة واحدة، فإن تحقق أمره القاضي بتزويجها وإن امتنع عين القاضي وكيلا ليعقد عليها.

وعند الشافعية⁹⁹ العضل هو امتناع الولي غير المجبر تزويج موليته البالغة العاقلة الرشيدة من الكفء الذي رضيت به ؛ لأن الواجب عليه تزويجها من كفاء، فإن امتنع زوجها القاضي.

وعند الحنابلة¹⁰⁰ العضل هو امتناع الولي عن تزويج موليته بكفاء رضيت به وطلبته، ورغب كل منهما في الآخر ولو كان بدون مهر مثلها، فإن امتنع انتقلت الولاية للأبعد، فإن امتنع انتقلت إلى القاضي.

والراجح من أقوال الفقهاء كما ذهب إلى ذلك الشيخ عبد الكريم زيدان انتقال الولاية من الولي الأقرب العاضل إلى الولي الأبعد، ثم إلى القاضي ؛ لأن الولاية لا تنتقل إلى القاضي مع وجود الولي، لقوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له » رواه الترمذي، وقال حديث حسن. وصححه الألباني في الإرواء، إلا أن انتقال الولاية من الأقرب للأبعد لا بد أن تكون بحكم القاضي لدفع الفساد وإنهاء للنزاع، فقد يعقد كل من الوليين الأقرب العاضل لعدم زوال الولاية عنه أو رجوعه عن عضله، والأبعد لانتقالها إليه بعضل الأقرب، وفي عقد النكاح لرجلين على امرأة واحدة فساد عظيم لا يخفى، ودفعه يكون بالرجوع إلى القضاء لإثبات عضل الولي، وإسناد الولاية للأبعد¹⁰¹.

وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بأن الولي إذا امتنع عن تزويج من في ولايته بمن ترغّب فيه وكان أصلح لها، أن ترفع أمرها للقاضي ليأذن به ويزوجها، وهذا نص القرار :

- من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به... ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع من تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم يأذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون¹⁰².

مما سبق يتضح أنه ليس للولي أن يمتنع عن تزويج من هي تحت ولايته إن تقدم لها من هو أصلح لها ورغبت فيه، إلا أن له حق الاعتراض عن تزويجها،

ولكن بإبداء أسباب مقنعة، وإلا اعتبر عاضلا لها للضرر الذي سيلحقه بها بتفويت زواجها من الكفء، فجاز للفتاة هنا أن ترفع أمرها للقاضي ليأمره بتزويجها، فإن امتنع، فللقاضي أن يأذن بتزويجها بمن ترغب.

رابعا - وظيفة الولي في عقد الزواج :

سأحاول من خلال هذا العنصر توضيح وظيفة الولي في عقد الزواج، وبالتالي توضيحا أكبر لمركزه في عقد الزواج.

عرفنا فيما سبق أن للولي حقا شرعيا وقانونيا يكتسب بمقتضاه الإشراف على عقد المولى عليها، سواء كانت قاصرا أم كاملة الأهلية، إلا أن هذا الحق يتضح من خلال وظيفة الولي في عقد الزواج التي تختلف من حيث مضمونها ومداهما بحسب حال المولى عليها إن كانت قاصرا أم كاملة الأهلية، وهو ما سنحاول بيانه فيما يأتي :

1- وظيفة الولي في زواج القاصرة : تتجلى وظيفة الولي، وصلاحياته في زواج القاصرة في أقصى مداهما، ولعل هذا يتجلى عند الفقهاء في ما يصطلح عليه ولاية الإيجار، فيمكن للولي بمقتضى هذه الولاية أن تكون كل تصرفاته وأقواله نافذة في حق المولى عليها دون الأخذ بعين الاعتبار موافقتها أو رضاها، لأن من ثبتت في حقها هذه الولاية في حاجة أكثر للحماية والرعاية، لقلة خبرتها بحال الرجال، ولغلبة الحياء عليها.

واحتما لئلا لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية في طائفة محدودة، فالولي المجبر عند المالكية¹⁰³ والحنابلة¹⁰⁴ هو الأب بالنسبة للبكر البالغ، والأب ووصيه بالنسبة للصغيرة. أما عند الشافعية¹⁰⁵ فحصرها في الأب والجد ؛ لأنهم أكثر حرصا على مصلحة المولى عليها، ولا يتصور منهم إلحاق الضرر بها، أما الحنفية¹⁰⁶ فقد جعلوها في كل العصابات.

وقد سبق الحديث عن علة الإيجار في كل مذهب، فالحنفية ذهبوا إلى أن علة الإيجار هي الصغر والجنون، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتمثل في الصغر والجنون والبكارة، وذهب الشافعية إلى أنها تتمثل في الجنون والبكارة، شريطة أن لا تكون بكارتها قد زالت بوطء في عقد صحيح أو فاسد بشبهة تدرأ عنها الحد، أما التي زالت بكارتها بزنا أو عارض فإنها تجبر لأنها في حكم البكر،

والراجح عند الشافعية والحنابلة أن التي زالت بكارتها بزنا لا تجبر، لأنها في حكم الشيب¹⁰⁷.

في هذه الحالة يعتبر الولي هو العاقد بمقتضى الوكالة التي منحها له الشرع، فيقوم في هذه الحال باختيار الزوج والاتفاق معه على بنود العقد وشروطه، وتعتبر إرادته هي المعتبرة في ذلك، دون الأخذ بعين اعتبار إرادة المولى عليها ولا موافقتها، لعدم معرفتها بشؤون الزواج. إلا أن الفقهاء لهم تفصيلات في هذه الصلاحية التي منحت للولي المجبر الذي وإن توفرت فيه الشفقة والرحمة تجاه المولى عليها، إلا أن هذا قد لا يمنعه من التعسف وسوء استخدام هذه الصلاحية، فهل تزويجه لها يعتبر ملزماً لها دائماً ولو كان مضراً بها، أم يجوز فسخه؟.

عند الحنفية¹⁰⁸: إذا كان الولي الذي تولى عقد نكاح الصغيرة هو الأب أو الجد، ولم يعرف بسوء الاختيار للمجون أو الفسق، فالزواج صحيح ونافذ، ولا يثبت لها حق خيار الفسخ بعد البلوغ، ولو كان الزوج غير كفء، أو كان الزواج بأقل من مهر المثل؛ وذلك لأن الأب والجد ما رضيا بغير الكفاء أو بأقل من مهر المثل إلا لما رآياه من مصلحة للصغيرة، لتوفر الشفقة والرحمة فيهما تجاه المولى عليها.

وإن عرف الأب أو الجد بسوء الاختيار للفسق أو المجون، فإن زوجها أحدهما بكفاء وبمهر المثل صح التزويج، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد؛ لأنه لا يمكن حمله على الصحة لما عرف عنهما من سوء الاختيار. أما إن قام بتزويجها غير الأب والجد، فلا يصح العقد بغير الكفاء، أو بأقل من مهر المثل باتفاق.

وإن كان تزويجها بكفاء وبمهر المثل صح التزويج، ولكنه غير لازم لها فلها حق خيار فسخ العقد عند البلوغ إذا علمت به قبل بلوغها أو بعد بلوغها، ويرجع ذلك لقصور شفقة غير الأب والجد خلافاً لهذين الأخيرين، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

أما أبو يوسف فذهب إلى أنه لا خيار لها في الفسخ، كما لا خيار لها إذا زوجها الأب أو الجد؛ لأن غير الأب والجد من الأولياء عقد عقد الزواج بولاية مستحقة له بالقرابة؛ لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية.

أما إن كان الولي في الزواج هو القاضي، فالأرجح أن لها حق الخيار في الفسخ عند البلوغ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت لها هذا الحق ؛ لأن ولاية القاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا، فتكون ولايته في القوة كولاية الأب.

وإذا زوج الولي أيا كان من الأولياء الصغيرة بزواج به عيب العنة أو العجب أو الخصاء، أو البرص، أو الجذام، أو الجنون، فلها حق الخيار في الفسخ بعد البلوغ، فإن رضيت بالبقاء معه، فقد أسقطت حقها في الخيار.

وقد اشترط فقهاء الحنفية لاستعمال حق الفسخ شرطان :

الأول: عدم رضا الصغيرة بالزواج بعد البلوغ، فإن بلغت وعلمت بالنكاح وسكتت سقط حقها في الخيار، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الحق حتى تعلم بعد البلوغ فتسكت، ولا يشترط علمها بأن لها حق خيار الفسخ ؛ لأن علمها بأحكام الشرع مفترض فيها ما دامت في أرض الإسلام، فلا يعذر الجاهل بأحكام الشرع بجهله، إلا أنه لو دخل بها زوجها قبل البلوغ، فإن خيارها لا يسقط بعد البلوغ بسكوتها، بل لابد لسقوطه من الإعلان الصريح برضاها أو ما يقوم مقامه من فعل يدل على الرضا.

الثاني: لابد من أن يكون استعمال حق خيار الفسخ أمام القاضي، ويطلب منه إصدار حكم بالفسخ ؛ لأن الفسخ لدفع الضرر الذي تدعيه المرأة بسبب قصور شفقة الولي ؛ ولأن خيار الفسخ مختلف فيه بين الفقهاء فكان لابد من حكم القاضي ليرفع الخلاف.

وما قيل في حق الصغيرة من استعمالها حق خيار الفسخ بعد البلوغ، فهو ينطبق على المجنونة إذا عقلت.

عند المالكية¹⁰⁹ : يرى المالكية أنه إذا عقد الولي المجرع عقد زواج من تحت ولايته، وهو الأب بالنسبة للبكر البالغ، والأب والوصي بالنسبة للصغيرة، فإن لها حق الخيار إذا وجدت في زوجها عيبا كالبرص والجذام والخصاء والعجب، ما لم تكن عالمة بالعيب قبل العقد، ولم ترض بالعيب عندما علمت به بعد العقد ؛ لأنها إن كانت تعلم به قبل العقد أو رضيت به بعد علمها به بعد العقد فلا خيار لها.

لكن لو كان الولي يعلم بالعيب ومع هذا أجرى عقد النكاح على الصغيرة، فهل لها حق الفسخ أم لا استنادا لعلم الولي بذلك ؟

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : « لم أقف على قول المالكية في هذه المسألة، والظاهر أن لهما حق الفسخ ؛ ولا يقوم علم الولي مقام علم الصغيرة أو الصغير به ؛ لأن تصرف الولي منوط بالمصلحة... لا سيما إذا كان صغيراً أو صغيرة، ويخص ذاتيهما بعد النكاح ؛ ولأن في عدم إعطائهما حق الفسخ، لا سيما الصغيرة إذا بلغت، ضرراً بهما دون تسبب فيه والضرر مرفوع ».

عند الشافعية¹¹⁰ : يرى الشافعية أن الولي المجرر وهما الأب أو الجد إذا زوج من تحت ولايته بكفء وبمهر المثل، ولم يكن به عيب من عيوب النكاح، شريطة أن لا يكون بينه وبين المولى عليها عداوة ظاهرة، صح العقد ولم يكن لها حق خيار الفسخ بعد البلوغ. أما إن زوجها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل، أو كان بالزوج به عيب من عيوب النكاح، أو كان بينه وبين المولى عليها عداوة ظاهرة لم يصح عقده، ولو عقد عليها لرجل به عيوب، ثم ذهبت عنه قبل بلوغها، أو عند بلوغها واختارت المقام معه لم يكن لها ذلك ؛ لأن أصل العقد كان مفسوخاً.

ولو عقد الولي عقد الزواج صحيحاً على من تحت ولايته، ولكن طراً عيب لو كان موجوداً لما انعقد العقد صحيحاً، ففي هذه الحالة يكون للصغيرة حق خيار الفسخ عند البلوغ، فإن شاءت رضيت وإن شاءت فسخت العقد.

عند الحنابلة¹¹¹ : يرى الحنابلة أن الولي المجرر أنه إذا زوج من تحت ولايته بمعيب، وهو يعلم بهذا العيب لم يصح عقده ؛ لأنه عقد عقداً لا يجوز عقده، وإن لم يكن يعلم يصح عقده، لكن يجب عليه الفسخ عند العلم ؛ لأنه ناظر لها بما فيه مصلحتها، وهذا العقد به ضرر بها.

وإذا زوجها بكفء فالزواج صحيح وإن لم ترض به كبيرة أو صغيرة، أما إذا زوجها بغير كفء، فنكاحها باطل على إحدى الروايتين لأحمد ؛ لأنه عقد لموليته عقداً لا مصلحة لها فيه بغير إذنهما، وفي الرواية الثانية يصح ؛ لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشرء المعيب الذي لا يعلم عيبه. قال بن قدامة : « ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ؛ لأنه يمكن استدراك الضرر، بإثبات الخيار لها، فتفسخ إن كرهت، وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها، بخلاف نكاح الصغيرة، وعلى القول بصحته ؛ فإن كانت كبيرة، فلها الخيار، ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً ؛ لأنه أسقط حقه برضاه، وإن كانت صغيرة، فعليه الفسخ، ولا يسقط برضاه ؛ لأنه يفسخ

لحظها، وحقها لا يسقط برضاها. ويحتمل أن لا يكون له الفسخ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ فتختار».

موقف المشرع الجزائري : بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، جاء في نص المادة 07 : « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ». وجاء في نص المادة 02/11 بأنه : « دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون تولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ».

ونص في المادة 13 من قانون الأسرة على أنه : « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها »

وجاء في المادة 01/33 بأنه : « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ».

من خلال هذه المواد يمكن أن نستنتج ما يلي :

- أن زواج الصغيرة لا يصح إلا إذا كان ذلك بترخيص من القاضي، متى كان في ذلك مصلحة للمولى عليها أو ضرورة، وتأكدت قدرتها على الزواج.
- الولي وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، هو من يتولى زواج القاصرة، نيابة عنها بحكم القانون، بشرط موافقتها، وإصدار ترخيص بزواجها من القاضي، ويبطل زواجها إذا لم ترض به.

- سلطة تزويج القاصرة موزعة بين الولي والقاضي ؛ لأنه لا يمكن أن يباشر ذلك إلا إذا استصدر ترخيصا بذلك بحكم المادة 07 من قانون الأسرة، وبالتالي فتزويج الولي للقاصرة يخضع لرقابة القاضي.

- أن الولي لا يمكنه أن يجبر القاصرة التي تحت ولايته على الزواج بغير رضاها وهو ما يقوي جانبها، ويقيد وظيفة وسلطة الولي في تزويجها، وليس له أن يمتنع عن تزويجها إذا تقدم لها كفء ورضيت به، فإن امتنع بغير مبرر مقبول رفعت أمرها للقاضي ليأذن بتزويجها. فرغبة الفتاة هي الأولى بالرعاية، والولي ملزم بمراعاة تلك الرغبة طالما أنها في مصلحتها، مما يفهم بمفهوم المخالفة أن للولي حق الاعتراض على الزواج إن لم يكن في مصلحة الفتاة.

يستنتج من كل هذا أن سلطة الولي في العقد مقيدة، ولا يمكن أن يمارسها إلا بترخيص من القاضي، وهو ما يضيف حماية أكبر لحق القاصرة في الزواج، ويمنع أي تعسف أو سوء استعمال لهذه السلطة من قبل الولي.

1- وظيفة الولي في زواج المرأة البالغة الراشدة : سبق وأن توصلنا عند حديثنا عن حكم الولي في عقد الزواج، بأن جمهور الفقهاء يشترطون حضور الولي، وقيامه بإبرام عقد الزواج ؛ لأنه شرط صحة عندهم في العقد، ولا ينعقد عقد الزواج بعبارة النساء، وخالفهم في ذلك الحنفية الذين قالوا بعدم اشتراطه في العقد، وأن للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها، ويستحب عندهم أن توكل وليها بإبرام عقد زواجها.

وعلى هذا سوف نفصل في وظيفة الولي في عقد المرأة البالغة الراشدة عند الفقهاء على رأيين :

الأول - مذهب الجمهور¹¹² : كل نكاح تبرمه المرأة بدون ولي فهو غير صحيح عندهم، ويفسخ قبل الدخول وبعده. وبالتالي فدور الولي مهم في العقد، ولا يمكن أن يتم بدونه، إلا أنه عندما يتولى العقد نيابة عنها بمقتضى الشرع، لا بد له من أخذ موافقتها بالتصريح إن كانت ثيباً، أو بالسكوت إن كانت بكراً.

فالولي عند الجمهور يشارك المولى عليها إن كانت بالغة رشيدة في اختيار الزوج، والتفاوض معها في شأن المهر. ومن ثم تظهر وظيفة الولي في هذا العقد بأنه هو من يقوم بإبرام العقد وقبض المهر نيابة عنها إذا فوضته.

الثاني - عند الحنفية¹¹³ : يرى الحنفية بأن للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها أو توكل وليها بذلك استحباباً، فهو بهذا يكون نائباً عنها بإرادتها وليس بمقتضى الشرع، وإن قامت بإبرام عقد زواجها دون ولي، فإن زوجت نفسها بكفاء وبمهر المثل يصح نكاحها ولا يحق لوليها الاعتراض عليه.

أما إن زوجت نفسها بغير كفاء أو دون مهر المثل يحق للولي الاعتراض على هذا العقد بصفته طرفاً متدخلًا في العقد، لما لحقه من هذا الزواج من عار، إلا أن هذا الحق يسقط إذا حبلت المرأة أو ولدت رعاية لمصلحة الطفل.

موقف المشرع الجزائري: بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 والمؤرخ في 27 فيفري 2005 جاء في نص المادة 11 بأنه : « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ».

يتبين من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب الأحناف في حق المرأة البالغة الرشيدة التي بلغت 19 سنة بموجب المادة 07 من قانون الأسرة، بأنه يمكنها أن تعقد زواجها بنفسها، لكن لم يعط الولي حق الاعتراض كما نص على ذلك الأحناف، وكذلك لم يرتب أي أثر على العقد عند عدم وجود الولي، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 33 من قانون الأسرة.

وما يستتج من هذا بأن دور الولي ووظيفته بموجب هذه المادة مجرد وظيفة شكلية، ولا تتعدى كونه شاهدا على العقد.

خاتمة

بعد استعراضنا لهذا الموضوع يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

- أن موضوع الولاية من المسائل الاجتهادية التي يجوز فيها الخلاف، وذلك أن جملة الأدلة التي وردت للدلالة عليها، إما مختلف في ثبوتها، وإما ثابتة مختلف في دلالتها.
- إن كثيرا من أقوال الفقهاء وخاصة ما تعلق بمسألة إجبار البكر البالغ، إنما كان مبنيًا على العرف والعادة في زمانهم لقلة اختلاط النساء بالرجال، وهذا من متغيرات الزمان الذي لا بد من إعادة النظر فيه.
- أن الزواج كما هو حق للمرأة، فللولي حق فيه ؛ لأن عقد الزواج ليس عقدا بين رجل وامرأة فحسب بل هو عقد بين أسرتين، لذا كان من حق الولي التدخل في هذا العقد لما يلحقه فيه من الفخار أو العار من جراء هذا العقد.
- إن إلغاء ولاية الإجماع من المشرع كانت نظرة صائبة تتوافق مع روح الشريعة، وروح العصر، وحسنا فعل حينما وضع تزويجهن تحت رقابة القاضي حتى لا يتعسف الولي، أو يزوجهن بمن هو ليس كفء لها بغير رضاها.
- إن الشريعة الإسلامية وازنت بين المراكز في عقد الزواج، فكما لا يمكن أن يزوج الولي من تحت ولايته بغير رضاها، ومنعه من أن يمنعها من التزوج بكفء لها إذا رغبت فيه ورغب فيها بمهر المثل، منحت الولي حق الاعتراض على العقد إن لم يكن في مصلحة الفتاة من جهة إذا وضعت نفسها في غير كفء، وما فيه مصلحته لما يلحقه من الفخار أو العار من هذا الزواج.

- إن حضور الولي واشترائه في عقد الزواج لا يعتبر إنقاصا من حريتها وقيمتها، بل يشكل عنصر حماية لها وتعزيزا لمكانتها إذا ما جابهتها أي مشاكل في مستقبل حياتها.

ويمكن أن نخرج ببعض التوصيات التي يمكن أن تخدم الموضوع :

- ضرورة إعادة النظر في التراث الفقهي، وخاصة في مجال المعاملات، والأحوال الشخصية أحد فروعها تيسيرا لهذا الفقه، وتوضيحا للثابت والمتغير فيه حتى لا يختلط على الناس، ويقع فيه الشطط، وربما يذهب البعض إلى جعله من المسلمات غير القابلة للنقاش.

- على المشرع إعادة النظر في نص المادة 11 من قانون الأسرة التي أعطت الحق للمرأة الراشدة حق إبرام عقدتها بنفسها، وأسقطت حق الولي فيه وجعلته شكليا ولا أثر له، وهو يتعارض مع فكرة توازن المراكز القانونية، وهو ما قد يؤدي إلى كثير من المشاكل، لو استعملت المرأة هذا الحق، ولم تول اهتماما لإرادة وليها.

- ضرورة تحديد صلاحيات ووظيفة الولي في عقد الزواج، وكذا ترتيب الأولياء وشروطهم بدقة حسما لأي نزاع.

الهوامش:

- 1 - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت ، مادة ولي 4920/6.
- 2 - ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 3، 157/2002 - الشريف الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، 1985، ص 329.
- 3 - محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د.ت ، ص 135 .
- 4 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2004، ص 126.
- 5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص 136 .
- 6 - الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، 504/2.
- 7 - نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2002، ص 97.
- 8 - الرملي، نهاية المحتاج، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2005، 217/6 ، _ المرداوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، 43/8 .
- 9 - الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض ومن معه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، 52/9.
- 10 - ابن قدامة الشرح الكبير،، مطبعة المنار، مصر، دت 390/7.

- 11 - الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، دت 223/2 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1995، 5/2 .
- 12 - ابن قدامة الشرح الكبير، 390/7.
- 13 - المادة 13 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19) .
- 14 - المادة 11 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19) .
- 15 - عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 127 .
- 16 - المادة 07 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19) .
- 17 - المادة 222 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19) .
- 18 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق ، ص 97.
- 19 - القاضي عبد الوهاب، المعونة ، تحقيق حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1999/2، 719/2، الماوردي، الحاوي الكبير، 38/9 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 352/4 - ابن قدامة الشرح الكبير، 408/7 وما بعدها.
- 20 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2.
- 21 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص 153 .
- 22 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2.
- 23 - عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 127.
- 24 - المادة 11 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية

- العدد 15 ص 19).
- 25 - الكاساني، بدائع الصنائع، 500/2، الدردير الشرح الكبير 231/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 360/4 - ابن قدامة الشرح الكبير 425/7 وما بعدها .
- 26 - الكاساني، بدائع الصنائع 501/2 .
- 27 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق ، ص 112.
- 28 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 29 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 11/2.
- 30 - المصدر نفسه، 11/2.
- 31 - المصدر نفسه 11/2.
- 32 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 360/4.
- 33 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 11/2.
- 34 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 35 - الدردير، الشرح الكبير 231/2 .
- 36 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 361/4، إلا أن الشافعية لا يقولون بولاية الفاسق إلا إذا كان حاكما، يقول الشربيني في مغني المحتاج : "ولا ولاية لفاسق غير الإمام الأعظم مجبرا كان أو لا، فسق بشرب الخمر أو لا، أعلن بفسقه أو لا على المذهب بل تنتقل الولاية للأبعد لحديث : «لا نكاح إلا بولي مرشد»".
- 37 - ابن قدامة، الشرح الكبير 427/7.
- 38 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2 .
- 39 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 361/4.
- 40 - ابن قدامة، الشرح الكبير 426/7.
- 41 - المصدر نفسه، 426/7.
- 42 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2 .
- 43 - الدردير، الشرح الكبير 231/2 - ابن قدامة، الشرح الكبير 425/7 - الرملي، نهاية المحتاج 214/6.
- 44 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2 .
- 45 - الدردير، الشرح الكبير 231/2 - ابن قدامة، الشرح الكبير، 312/3 507/7 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 336/4 .

- 46 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دا الفكر، بيروت، لبنان، 1995، 51/3 وما بعدها
- 47 - ابن قدامة، الشرح الكبير 312/3.
- 48 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 120 .
- 49 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 111.
- 50 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 120 .
- 51 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 111.
- 52 - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، 1978، ص 111.
- 53 - الدردير، الشرح الكبير 220/2 .
- 54 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 337/4.
- 55 - الكاساني، بدائع الصنائع، 485/2.
- 56 - ابن قدامة، الشرح الكبير 370/7 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2000، 129/5 .
- 57 - محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1988، 226/1.
- 58 - ابن عابدين، رد المحتار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1415 هـ 87/1.
- 59 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 53 .
- 60 - ابن منظور، لسان العرب 2235/4 - محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، 260/1 .
- 61 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 53 .
- 62 - محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، 2001، ص 51 .
- 63 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 64 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 81129، مؤرخ في : 1992/03/17، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 62
- 65 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 88856، مؤرخ في : 1993/02/23، المجلة القضائية، 1996، عدد 02، ص 69.
- 66 - -. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 51107، مؤرخ في :

- 1989/01/02 المجلة القضائية، 1992، عدد 03، ص 53.
- 67 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 68 - العدوي، حاشية العدوي، تصحيح وضبط محمد بنيس، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى 1998، 39/2.
- 69 - الرملي، نهاية المحتاج 214/6.
- 70 - ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، 25/7.
- 71 - الماوردي، الحاوي الكبير، 39/9.
- 72 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 73 - المصدر نفسه 9/2.
- 74 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com.
- 75 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 9/2.
- 76 - الماوردي، الحاوي الكبير، 39/9.
- 77 - البهوتي، كشاف القناع، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1999، 58/5..
- 78 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، 227/2 وما بعدها.
- 79 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com.
- 80 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 9/2.
- 81 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 517.
- 82 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com.
- 83 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 515 - 624 / 2 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 3 / 183 وما بعدها.
- 84 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 515.
- 85 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com.
- 86 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 10/2.
- 87 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 108.
- 88 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 515 وما بعدها.
- 89 - محمد آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان،

- المكتبة السلفية، المدينة المنورة المملكة السعودية، الطبعة الثانية، 1986، 127/6 -
الماوردي، الحاوي الكبير 44/9.
- 90 - النووي، شرح مسلم، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000، 173/5. - الماوردي، الحاوي
الكبير 43/9.
- 91 - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 516.
- 92 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة
الثالثة 2000، 352/6.
- 93 - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه 356/6.
- 94 - البهوتي، كشف القناع، 13/5.
- 95 - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه 356/6.
- 96 - البهوتي، كشف القناع، 13/5.
- 97 - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 522.
- 98 - الدردير الشرح الكبير 231/2 وما بعدها.
- 99 - النووي، روضة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995، 48/6.
- 100 - البهوتي، كشف القناع، 64/5 وما بعدها.
- 101 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 386/6.
- 102 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 90468، مؤرخ في :
1993/03/30 المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 66.
- 103 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، 733/2.
- 104 - البهوتي، كشف القناع، 54/5 وما بعدها.
- 105 - النووي، روضة الطالبين، 48/6.
- 106 - ابن نجيم، البحر الرائق، 171/3 وما بعدها.
- 107 - الدردير، الشرح الكبير، 223/2 - القاضي عبد الوهاب، المعونة 2/ 721 - النووي،
روضة الطالبين، 48/6 - البهوتي، كشف القناع، 55/5.
- 108 - ابن نجيم، البحر الرائق، 173/3 وما بعدها - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 621 وما
بعدها - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 407/6 وما بعدها.
- 109 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003،
437/2 وما بعدها، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 407/6 وما بعدها.

- 110 - الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1983، 20/5 - الشربيني، مغني المحتاج، 352/4 عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 403/6 وما بعدها.
- 111 - ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دت، 379/7 وما بعدها - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 404/6 وما بعدها .
- 112 - القاضي عبد الوهاب، المعونة 728/2 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 349/4 وما بعدها - النووي، روضة الطالبين، 6/49 وما بعدها - ابن مفلح، المبدع شرح المقنع 25/7 - 137/7 - المرادوي، الإنصاف 188/8 - البهوتي، كشف القناع 57/5 وما بعدها.
- 113 - الكاساني، بدائع الصنائع 513/2 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 157/3 وما بعدها، 186/3.