الولاية على الراشدة في الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري

مطروح عدلان أستاذ مساعد المركز الجامعي تبسة

Résumé :

Le tutorat des femmes adultes

J'ai étudie dans mon exposé « le tutorat des femmes adultes » dans le domaine de la comparaison entre la legislation religieuse et juridique ; puis j'ai reparti mon exposé En deux parties :

- La tutorat par obligation qui est centré sur le mariage des femmes sans demander leur avis concernant les femmes majeurs chez la majorité des Ulemas contrairement a ceux de Hanafia et c'est un choix du legislateur algerien .
- La tutorat par choix qui est centré sur le mariage des femmes avec leurs avis et concerne les femmes divorceés et veuves et c'est le point de vue des Ulemas contrairement a ceux de Hanafia .

Malgré la necessité et l'obligation d'avoir un tutorat le legislateur algerien n'a pas pris en consideration les normes du tutorat il a l'aissé le libre choix aux femmes de choisir leurs tuteurs .

تناولت في هذا المبحث الولاية على الراشدة دراسة مقارنة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ، وقيدت الولاية بالراشدة حتى لا يكون العنوان فضفاضا .

وقد قسمته إلى مطلبين :

ولاية الإجبار : وهي تزويج المولى عليه بغير رضاه ، وتثبت عند الجمهور على البالغة البكر خلافا للحنفية وهو اختيار المشرع الجزائري من أقوال الفقهاء .

– ولاية الاختيار : وهي تزويج المولى عليه برضاه .

و تثبت عند الجمهور للثيب البالغ فليس لوليها أن يجبرها ، بل لا بد من موافقتها ورضاها ، وأما الحنفية فتثبت عندهم لكل فتاة بلغت سن البلوغ ، ولو كانت بكرا فليس لأحد أيّا كان من الأولياء حتى والدها أن يجبرها بل تزوج نفسها برضاها واختيارها بشرط الكفاءة ومهر المثل ، وأما المشرع الجزائري فعلى الرغم من اشتراطه الولاية في عقد الزواج إلا أنه أسقط ترتيب الأولياء فلها أن تقدم من شاءت منهم كما جاء في المادة 11 المعدلة : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها ، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره .

الولاية على الراشدة[1]

في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الولاية على الراشدة في عقد النكاح من المباحث التي ثار حولها الجدل ، واللغط ولا يزال بسبب فئة من المتحاملين على الدين ، ترى أنّه من المعيب ونحن في القرن الواحد والعشرين ، وقد بلغت المرأة فيه من المعرفة والعلوم والمراكز، والمسؤوليات ما بلغت ، ونحجر عليها في أهم قرار تتخذه في حياتها ، وهو النكاح بمن تراه مناسبا لها .

وأنّ إجبارها تكريس للظلم والإحتقار من قدرها ، ومكانتها، بل وإلغائها ، ولذا طالبوا بإلغاء أو تعديل المادة -9- 11-12 – من قانون الأسرة .

ولعل هذا البحث يزيل بعض الغموض والارتباك الذي أثارته بعض التيارات الفكرية ولا تزال حوله .

وقد قسمته إلى مطلبين : ولاية إجبار ، وولاية اختيار .

---

[1] – الراشدة: مأخوذة من الرشد ، والرّشد والرّشاد في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال ، والصفة منه راشد ورشيد ، وهو عكس الغي والضلال كما قال تعالى { لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي }، وحقيقة الرّشد كما دلت عليه نصوص الشريعة ودلائل أحكامها البلوغ ، فالبلوغ شريطة مبدئية كنقطة اتكا من طور القصور إلى طور الرشد ، وقد يصاحب الرّشد البلوغ ، وقد يتخلف عنه فتتبع دلائل وجود الرّشد اعتبارا من البلوغ ، ولذا نص القرآن في هذا المقام بمبدأ عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص باينا رشده بعد البلوغ كما جاء في قوله تعالى { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } سورة النساء آية 6 . المدخل الفقهي العام ج2- ص819، 824 .

المطلب الأول :
ولاية الإجبار

الفرع الأول : تعريف ولاية الإجبار

الولاية لغة : الولاية بالكسر السلطان ، وبالفتح والكسر النصرة ، ومنه قوله تعالى : (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) التوبة آية 71 " [2]

الولاية اصطلاحا : القدرة على مباشرة التّصرف من غير توقف على إجازة أحد ، وسمي متولي العقد الولي[3] ، ومنه قوله تعالى : (فليملل وليه بالعدل)سورة البقرة آية 282.

ولاية الإجبار : هي حق الولي في تزويج المولى عليه بغير رضاه .

الفرع الثاني : على من تثبت ولاية الإجبار

وتثبت هذه الولاية على الصغيرة البكر باتفاق الفقهاء ، فللولي أن يجبرها على التزوج بمن شاء إذا لم يكن في هذا الزواج ضرر بيّن[4] ، خلافا للبالغة البكر فقد وقع في شأنها خلاف بين الفقهاء على قولين هل يجبرها الولي على النكاح أم لا ؟

القول الأول: ذهب إليه الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة أنّ للولّي الحق في جبر البكر البالغة ولوكانت عانسا [5] إذا زوجها من كفئ، ولو بدون مهر المثل عند المالكية[6].

---

[2]- مختار الصحاح ج1- ص306، لسان العرب ج5- ص407.

[3]- الفقه الإسلامي وأدلته ج9- ص6690.

[4]-المغني ج7- ص32 ، مغني المحتاج ج3- ص149 ، الهداية شرح البداية ج1-ص196 ، المهذب ج2- ص37

الوسيط ج5- ص67 ، الكافي ج1- ص231، حاشية ابن عابدين ج3- ص69 ، شرح فتح القدير ج3- ص 260

والدليل على ذلك ما يلي :

1- الكتـــــــــــاب

أ- قوله تعالى : (وأنكحوا الأيامى منكم) النور الآية 32 .

ووجه الاستدلال بالآية أن الخطاب فيها موجه إلى الأولياء بإنكاح الأيامى من النساء ، أي من لا أزواج لهن ، فدل على أنّ ولاية عقد النكاح للأولياء لا للنّساء ، فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج أصلا ، وإن تولته كان باطلا .

ب- قوله تعالى :(وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلهن أن ينكحن أزواجهن)البقرة أية 232.

وأما وجه الاستدلال بالآية الكريمة هو أن الخطاب فيها موجه إلى الأولياء ينهاهم عن منع من تحت ولايتهم من الزواج إذا لم يكن هناك سبب مانع ، فلو كان للمرأة أن تستقل بتزويج نفسها دون وليّها ، لما كان لنهيهم عن العضل والمنع أي معنى، فدل ذلك أنّ الولاية حق للأولياء ، ولايصح عقد الزواج إذا لم يباشر الولي حقه فيه .

ويؤيد هذا ما ورد في سبب نزول هذه الآية كما ورد في صحيح البخاري عن معقل بن يسار أنه زوّج أختا له رجلا من المسلمين ، فطلقها، و بعد انقضاء عدتها جاء يخطبها من وليّها ، فقال له : زوجتك وأفرشتك ، وأكرمتك فطلقتها ، ثم جئت تخطبها لا واللّه لا تعود إليها أبدا، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل اللّه هذه الأية (فلا تعضلهن) فقلت الآن أفعل يا رسول اللّه قال فزوجها إياه[7] .

---

[5] -المغني ج7-ص32 ، مغني المحتاج ج3-ص149 -الشرح الصغير ج1-ص381 ، المهذب ج2-ص37 ، الوسيط ج5- ص64 ،الكافي ج1- ص231.

[6] - الشرح الصغير ج1-ص381.

[7] -صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي ج5- ص1972 .

2- السّنة

أ- ما رواه الترمذي وغيره عن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم : " اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها[8] ".

فدّل هذا الحديث على أن غير اليتيمة إذا كانت بكرا تنكح بغير إذنها ، لإجماعهم على أن الثيب لا تزوج إلا بإذنها ، وأنها أحق بنفسها في العقد[9].

ب- وما رواه مسلم عن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال أن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها[10] " .

وفي رواية: " الأيم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها[11] " .

فلمّا كانت الثيب أحق بنفسها دلّ على أن البكر وليها أحق بالعقد عليها[12] .

ولكنه يندب عند الجمهور أن يستأذنها ، تطيبا لخاطرها ، وترغيبا لها في الزواج بمن يراه كفئا لها حتى لا تكون كارهة باغضة لزوجها ، وهذا لحديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم الذي رواه مسلم عن ابن عباس رضي اللّه عنهما ؛ أن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم قال : " الأيّم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها[13] " .

---

[8]- سنن الترمذي،كتاب النكاح عن رسول الله، باب ماجاء في إكراه اليتيمة على التزوج، ج3-ص417 ،سنن أبي داود كتاب النكاح، باب الإستئمار ج2-ص231 .

[9]- الاستذكار ج16- ص51 ، نيل الأوطار ج6- ص 256 .

[10]- صيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج2-ص1037.

[11]- صيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج2-ص1037.

[12]- الاستذكارج16- ص51 .

[13]- سبق تخريجه ص29 .

ج- قوله صلى اللّه عليه وسلّم :" لا نكاح إلا بولي[14] ، فهذا الحديث يدل صراحة على أن النكاح لا ينعقد إلا بوجود الولي ، وهو حديث وإن كان مرسلا إلا أنه موصول من طريق آخر .

قال ابن عبد البر: "روى عن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم ؛لا نكاح إلا بوليّ من حديث أبي موسى الأشعري ، عن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم إلا أنه حديث وصله جماعة عن أبي إسحاق عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، عن أبيه ، عن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم منهم أبو عوانة ويونس ابن أبي اسحاق ، وإسرائيل بن يونس .

147

وقد ذكرنا الطرق عنهم في التمهيد ، وأرسله شعبة ، والثوريّ فروياه عن أبي إسحاق ، عن أبي ردة عن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم[15] ".

د- ما رواه الترمذي وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي اللّه عنها أن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم قال : أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل فنكاحها باطلا فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له [16] .

فدل هذا الحديث صراحة على أنّ النّكاح بدون ولي باطل لا يصح .

---

[14]- سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله، باب ماجاء لا نكح إلا بولي ج3-ص407، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي ج1- ص605، مسند أحمد ، كتاب أول مسند الكوفيين ، باب حديث أبي موسى، ج4- ص 413 .

[15]- الاستذكار ج16- ص30.

[16]- سنن الترمذي ، كتاب النكاح عن رسول ،باب ماجاء لا نكاح إلا بولي، ج3- ص407، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الولي، ج2- ص229، سنن ابن ماجه كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي ج1- ص605، مسند أحمد، كتاب باقي مسند الأنصار، باب حديث السيدة عائشة ، ج6- ص66 .

قال ابن عبد البر: هذا الحديث و إن كان الحنفية يقدحون فيه بأن الزهري الذي رواه قد أنكره فلم يعرفه[17] ، وإنكار الراوي لمرويه يقدح في صحة الحديث، إلا أن ابن عبد البر بين صحته بعد ذكر أسانيده فقال : روى هذا الحديث عن ابن جريج جماعة لم يذكروا فيه علة ، ورواه ابن عيينة عن ابن جريج بإسناده مثله ، وزاد قال: ابن جريج فسألت عنه الزهري فلم يعرفه ، أو لم ير واحد هذا الكلام عن ابن جريج في هذا الحديث غير ابن عليّة ، فتعلق به من أجاز النكاح بغير ولي ، وقال : هو حديث واه إذ قد أنكره الزهري الذي عنه روي ، وطعنوا بذلك عن سليمان بن موسى في حفظه ،قالوا لم يتابعه عليه أحد من الحفاظ أصحاب الزهريّ ، وقال به من لم يجز النكاح إلا باذن وليّ وهو حديث صحيح لإنه نقله عن الزهريّ ثقات، قالوا : وسليمان بن موسى إمام أهل الشام وفقيههم عن الزهريّ ،وقد رواه عن الزهري كما رواه سليمان بن موسى ،جعفر بن ربيعة والحجاج بن أرطأة ، ولا يضر إنكار الزهريّ له ، لأنه من نسي شيئا بعد أن حفظه لم يضر ذلك عنه[18] .

هـــ- قوله صلى اللّه عليه وسلّم الذي رواه هشيم عن الحجاج عن الزهريّ عن عروة ، عن عائشة قالت قال الرسول صلى اللّه عليه وسلّم : "لا نكاح إلا بوليّ والسلطان وليّ من لا وليّ له[19] " .

قال فإن قيل إن الحجاج بن أرطأة ليس في الزهريّ بحجة ، وأجمعوا على أنه كان يدلس ويحدث عن الثقات بما لم يسمع عنهم إذا سمعه منهم، قيل له : قد رواه ابن أبي مليكة عن أبي عمر مولي عائشة بإسناد كلهم ثقات ، وعدول[20] .

---

[17]- الفقه الإسلامي المقارن، د فتحي الدريني ص727 .

[18]- الاستذكار ج16- ص31-32.

[19]-سنن ابن ماجه، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ج1- ص605.

[20]- الاستذكار ج 16-ص 33- 34.

و- ما رواه يحي عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنّه قال : قال عمر بن الخطاب: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها أو ذي الرّأي من أهلها أو السلطان[21]" .

3- المعقول

إنّ من فطرة النساء (الحياء) ، والحياء من مكارم الأخلاق ،ولا سيّما بالنسبة إلى النساء خاصة ، وقد راعى الشارع الحكيم أمر هذا الحياء الفطري في المرأة ومنع عنها كل ما يخدشه ، فإذا أولى عليها الشرع في أمر نكاحها الأولياء من العصبات كان هذا تساوقا مع طبيعة الحياء الذي هو من فطرة النساء ،ولا ريب أن الوقاحة والرعونة أمران يوقعان المرأة في وخيم العواقب ، لقلة خبرتها ، وسرعة تأثرها واغترارها[22] .

القول الثاني : قول الحنفية وابن حزم من الظاهرية من أنّ البكر البالغة لا تزوج إلا بإذنها [23] ، ودليلهم :

1- الكتاب

أ- قوله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف)البقرة آية 234

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن اللّه عز وجل أسند النكاح إليها بعد انقضاء عدتها من وفاة زوجها ، فدل على أن للمرأة الحق في تولي أمر نكاحها .

ب- قوله تعالى : (فلا تعضلهن أن ينكحن أزواجهن) البقرة آية 232 .

ووجه الاستدلال بالآية أن اللّه عز وجل أسند النكاح إليها بعد ما نهى عن نهيها عن ممارسة حقّها المشروع ، والخطاب في هذا للأزواج ، وليس للأولياء كما ذهب الجمهور

---

[21]-الموطأ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما ج2- ص 525 .

[22]- الفقه الإسلامي المقارن ص712.

137-المحلى ج9- ص461 -471؛ المبسوط للسرخسي ج4- ص197 ، بدائع الصنائع ج2- ص241 ، الهداية شرح البداية ج1- ص116 .

بدليل بداية الآية الكريمة ؛(وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فلا تعضلهن أن ينكحن أزواجهن) .

فمن طلق امرأة و لم يوافقه أمرها واستحالت بينهما الحياة الزوجية ، فليس له أن يراجعها مضارة لها ، لأنّ الارتجاع مضارة عضل عن نكاح الغير بتطويل العدة عليها ، بل يتركها تبين منه لتتزوج بعده من تراه مناسبا لها ، وهذا يدل على أن أمر النكاح بيدها لا بيد غيرها .

ج- قوله تعلى : (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ...) البقرة آية 230 .

ووجه الاستدلال بالآية أن هذا في المطلقة ثلاثا إذا أرادت العودة إلى زوجها فأضاف العقد إليها لا إلى وليّها ، فدل على أن أمر نكاحها بيدها لا بيد غيرها ولو كان وليّها .

2- السّنة :

أ- ما رواه مسلم عن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال أن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم قال:" الثيب أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها[24] " .

وكلمة تستأمر في الحديث طلب الأمر،والمعنى لا يعقد عليها وليّها حتى يطلب الأمر منها[25]،ويستأذنها فتأذن له بالقول أو بالسّكوت لحيائها ، وهذا الحكم على عمومه في كل الصغيرة ذات الأب ، فيجوز لوليّها أن يجبرها على النكاح كما سبق بيانه . بكر إلا

ب- حديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم : " الأيّم أحق بنفسها من وليها .....[26]."

فيه دلالة على أنّ البكر البالغة لا يجوز أن تجبر لأنّها أولى بنفسها من وليها كما أخبر النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم ؛ وإذا كان لوليها حق فهو من قبيل المشاركة بالرأي .

---

[24]- صيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج2- ص1037

[25]- نيل الأوطار ج5- ص254 .

[26]-سبق تخريجه ص29 .

والأيم إسم لكل امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي قال : " الأيّم من النّساء كالأعزب من الرجال[27] " .

ج- واستدلوا بحديث ابن عباس الذي رواه أبو داود وأحمد ؛ أن جارية بكرا أتت النبيّ عليه وسلّم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيّرها النبيّ صلى اللّه عليه صلى اللّه وسلّم[28]) .

فهذا الحديث يد ل على أنه ليس للولي جبر ابنته على النكاح ، وإلا لما ردّ النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم نكاح الجارية وجعل الأمر إليها .

د- ما روى عن عائشة رضي اللّه عنها أنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمان بن المنذر بن الزبير وهو غائب ، فلما رجع قال أو مثلي يفتات عليه في بناته ، فقالت عائشة رضي اللّه عنها: أو ترغب عن المنذر واللّه لتملكنه أمرها ، وبهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضي اللّه عنها غير صحيح ، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ، ومدار الحديث على الزهريّ وقد أنكره وجوز النكاح بغير ولي[29] .

3- المعقول :

إن المرأة تتصرف في خالص حقها و لم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها وهو ما تقتضيه قواعد الأهلية الكاملة الثابتة للمرأة شرعا ، كما تتصرف في أموالها على استقلال ، ولا يعترض عليها أحد ، لأنه خالص حقها قياسا ، وليست الأنوثة شرعا عاملا مؤثرا في نقص الأهلية حتى يكون للوليّ ولاية الإجبار ، والاستبداد عليها [30] .

---

[27]-المبسوط للسرخسي ج5- ص12.

[28]- سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ج2-ص232.

مسند أحمد، كتاب مسند المكثرين من الصحابة ج1-ص273 .

[29]- المبسوط للسرخسي ج5- ص12 .

[30]-الفقه الإسلامي المقارن د. فتحي الدريني ص 736 ، المبسوط للسرخسي ج5- ص 10 .

قال الكاساني : "ولاية الحتم و الايجاب في حالة الصغر إنما ثبتت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن طريق التّصرف على وجه النّظر والمصلحة بنفسها ، وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ، ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع[31]" .

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 13 : لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولايجوز له أن يزوجها بدون موافقتها [32] .

بل لها في التعديل الجديد للقانون أن تباشر عقد نكاحها بنفسها لكن بحضور وليّها وهو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ، فكأنّ الولاية إجراء شكلي في التعديل الجديد بدليل حريتها بحكم القانون في تقديم من ترغب من أوليائها دون تقيد بترتيب معين كما سنرى تفصيلا في المطلب اللاّحق.

جاء في المادة 11 المعدلة : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها ، أو أحد أقاربها ، أو أي شخص تختاره[33] .

وهذا خلافا للقانون السابق الذي يجعل مباشرة العقد لوليّها وهو أبوها حصرا فإن لم يكن فأحد أقاربها الأولين ، أو القاضي وهو ولي من لاولي له ، حيث جاء في المادة 11 منه : يتولى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له [34] .

وفي حالة مَنَعها الولي من النكاح من غير مبرر فقد أعطى المشرع الحق للقاضي في تزويجها لولايته العامة إذا رأى فيه مصلحة لها ، حيث جاء في المادة 12 من القانون

---

[31]-بدائع الصنائع ج2-ص241 .

[32]- قانون الأسرة ص14 .

[33]- قانون الأسرة المعدل ص6 .

[34]- قانون الأسرة ص13 .

السابق : لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، وإذا وقع فاللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون ، غير أن للأب أن يمنع بنته البكرمن الزواج إذا كان المنع لمصلحة البنت [35] .

ومع هذه الاحتياطات التي وضعها المشرع في القانون السابق لرفع الضرر المتوقع على المرأة في تعسف الولي من استخدام حقه في الولاية لم يكن لهذا التعديل الجديد لهذه المادة مبرر .

الفرع الثالث : سبب الخلاف

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنفية هل العلّة في الإجبار البكارة أم الصغر ؟

فأمّا الحنفية فقالوا العلة في الإجبار الصغر[36] ، فإذا بلغت الفتاة بكرا فليس لأحد أن يجبرها لكمال عقلها بالبلوغ .

وأما الشافعية والحنابلة فقالوا : العلة البكارة [37] ، وإن كانت البنت كبيرة بالغة لعدم علمها بمصالح النكاح ، ولأنّ العلم بها يقف على التجربة والممارسة وذلك بالثيابة .

وأما المالكية فقد جمعوا في علة الإجبار بين الصغر كالحنفية والبكارة كالشافعية والحنابلة فتجبر الصغيرة ولو كانت ثيبا ، والبكر ولو كانت عانسا إلا إذا رشدها أبوها[38] .

والذي أرجحه في المسألة ما ذهب إليه الجمهور لما اعتمدوا عليه من الأدلة الكثيرة:

---

[35]- قانون الأسرة ص 13 .

[36]-الهداية شرح البداية ج1-ص196 .

[37]- الوسيط ج5- ص67 ، المهذب ج2- ص37 ، مغني المحتاج ج3- ص149 ، المغني ج7- ص32 .

[38]-الشرح الصغير ج1-ص381 ، ورشدها الأب أي جعلها رشيدة ، أو أطلق الحجر عنها لما قام بها من حسن التصرف ، فلا جبر له عليها حينئذ ، ولا بد أن تأذن بالقول . المرجع السابق

1- حديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم الذي رواه أبو داود والترمذي عن أبي هريرة قال قال : " النبيّ صلى الله عليه وسلّم اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذنها ، وإن أبت فل جواز عليها[39] " .

فدل الحديث بطريق مفهوم المخالفة أن غير اليتيمة تنكح لغير إذنها ، ويستثنى من ذلك لثيب لحديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم (الثيب أحق بنفسها من وليها ....).

ومفهوم المخالفة حجة في إثبات الأحكام الشرعية عند جمهور الفقهاء[40] .

2-حديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم : (الأيّم أحق بنفسها من وليّها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها[41]) .

فإذا كانت الثيب أحق بنفسها من وليّها ، فالبكر وليّها أحق بها من نفسها .

والأيّم من النساء وإن كانت تطلق في اللغة على التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا[42] ، إلا أن المراد بها في الحديث الثيب خلافا لما ذهب إليه الحنفية لثلاثة أسباب :

السبب الأول : لأن النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم قابل في الحديث الثيب بالبكرفقال : " الأيّم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها " .

السبب الثاني : ورود رواية أخرى للحديث مفسره لهذا ، وهي رواية مسلم عن ابن عباس رضي اللّه عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم: " الثّيب أحق بنفسها من وليّها و البكر تستأمر وإذنها سكوتها [43] " .

ففي هذه الرواية جاء لفظ الثيب بدل الأيّم ، فتفسر كلمة الأيّم في الحديث بها .

---

[39]- سبق تخريجه ص29 .

[40]-مباحث الكتاب والسنة ص84 .

[41]-سبق تخريجه ص29 .

[42]-لسان العرب ج12- ص39 .

[43]- سبق تخريجه.ص29.

قال ابن عبدالبر :" رواية من روى في هذا الحديث [الثيب أحق بنفسها من وليّها] ، رواية مفسرة وهي أولى من رواية من روى : الأيّم ، لأنه قول مجمل ، والمصير إلى الرواية المفسرة أشهر في الحجّة[44] ".

السبب الثالث : لو كانت الأيّم في الحديث كلّ من لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، لما كان لذكر البكر في الحديث معنى .

3-وأما تخيير النبيّ صلى اللّه عليه وسلّم للجارية البكر التي زوّجها أبوها وهي كارهة في حديث ابن عباس ؛ فقال عنه الإمام البيهقي : حديث ابن عباس هذا محمول على أنّه زوّجها من غير كفء ،قال الحافظ في الفتح : " جواب البيهقي هو المعتمد لأنها واقعة عين[45] فلا يثبت الحكم بها تعميما[46] " .

4- المعقول:

1- المرأة ضعيفة فتقدّم غالبا عاطفتها على عقلها ، وخاصة في اختيار زوجها فتقع أحيانا في سوء الاختيار ، ولهذا وكّل الشارع والدها في أن يزوّجها بمن يراه مناسبا إذا كانت بكرا ، لأنه أكثر شفقة عليها حتّى من نفسها، وأكثر تجربة منها في هذه الحياة وليس في هذا التزويج سلبا لحريتها كما يرى من يريد الطعن في الشريعة ، لأن الشريعة أعطت لها الحق في الرد والامتناع أما القاضي ، إذا كان والدها سيئ الاختيار بأن زوجها من غير كفء لها.

---

[44]-الاستذكار ج16- ص21 .

[45]- واقعة عين أي واقعة خاصة بشخص معين ، وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم فيها بحكمه لا يدل على العموم، بل يبقى خاصا بهذه الواقعة ولا يتعداها إلى غيرها ، كحال هذه المرأة التي زوجها أبوها وهي كارهة . أنظر مباحث الكتاب والسنة ص 159 .

[46]- عون المعبود ج6- ص85 .

2- إن المرأة وإن كانت كاملة الأهلية إلا أنّها تنقصها الخبرة في أمور النكاح ، ومعرفة معادنالرجال ، ولذا كان لا بد من إذن وليّها ، وتوليه عقد نكاحها حفاظا عليها ، وحماية لمستقبلها من الذين يستغلون عاطفتها فيوقعونها في التغرير، ولا يقال إن المرأة إذا جاز لها التصرف في مالها استقلالا ، جاز لها النكاح من باب القياس ، لأنّ المرأة وإن أحسنت التصرف في المال قد لا تحسن بالضرورة التّصرف في اختيار من يناسبها من الرّجال زوجا لها فكان لا بد من الولي في عقد النكاح .

وفي هذا السياق يقول ابن الرشد : " إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال فاحتاط الشرع بأن جعلها محجوزة في هذا المعنى على التأييد مع ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها[47] .

3- قال الدكتور عبد الرحمان الصابوني : وأما ما استدل به الحنفية من المعقول وهو أنّ المرأة تتصرف بكامل حقها ، أمر غير مسلم به تماما لأنّ عقد الزواج لايقاس على بقية العقود المالية نظرا لأهميته ولأثاره البعيدة ، إذ هو رباط بين أسرتين لا يقتصر أثره على ايجاب وقبول العا قدين فحسب بل يتعدى ذلك إلى جميع أفراد الأسرة فمن الضروري أن يكون الولي ممثل الأسرة موافقا على هذا العقد[48] .

الفرع الرابع : من له حق الإجبار

حق الإجبار عند المالكية للأب ، فله جبر ابنته البكر أو الصغيرة على النكاح ولو بدون صداق المثل ، ولو لأقل حال منها ، ثم لوصيه إن عيّن له الزوج بأن قال له زوّجها من فلان فله جبرها عليه فقط دون غيره إن بذ ل مهر المثل ، بخلاف الأب فله جبرها مطلقا أو أمر الأب له ، بأن قال اجبرها ، أو أمر بالنكاح و لم يعين له الزوج[49] .

---

[47]- بداية المجتهد ج2 – 11 .

[48]- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج1- ص183

[49]-الشرح الصغير ج1- ص382 .

وكذا الحكم عند الحنابلة .

جاء في المغني: " فإن كان الولي له الإجبار فكذلك وصيه لأنّه يقوم مقامه فهو كالوكيل[50]".

وزادوا الحاكم في قول إن خشي عليها الفتنة والفساد .

وجاء في المغني أيضا :" ليس للحاكم تزويجها بحال لأنّ هذه ولاية إجبار ، فلا تثبت لغير الأب والقول الثاني له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة" [51].

وحق الإجبار عند الشافعية للأب ثم للجد في حالة البكارة ولوبعد البلوغ[52].

قال الإمام الشافعي :"يجوز أمر الأب على البكر في النكاح إذا كان النكاح حظا لها [53] ".

وقال في موضع آخر: والأجداد آباء إذا لم يكن أب يقومون مقام الآباء في ذلك [54]" .

وأما حق الإجبار عند الحنفية فهي لجميع العصبات ، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم وبين الشخص أنثى ، وترتيبهم في ولاية الزواج كترتيبهم في الميراث .

قال الكاساني : " لاخلاف بين أصحابنا في أن لغير الأب والجد من العصبات ولاية الإنكاح والأقرب على ترتيب العصبات في الميراث[55] ".

---

[50]-المغني ج7- ص16 .

[51]- المغني ج7- ص 36 .

[52]-معنى المحتاج ج3- ص149 ، الوسيط ج5- ص67 .

[53]- الأم ج5- ص19 .

[54]- الأم ج5- ص 20 .

[55]-بدائع الصنائع ج2- ص240 .

المطلب الثاني :

ولاية الاختيار

الفرع الأول : تعريف ولاية الاختيار

ولاية الاختيار : هي تزويج الولي للمولى عليه بناء على اختياره ورضاه[56] ، ويقال لصاحبها ولي مُخَيِّر.

فلا يصح في هذه الولاية للولي أن ينفرد برأيه ويستبد به بل لابد من موافقة المرأة ورضاها .

الفرع الثاني : على من تثبت ولاية الاختيار

تثبت ولاية الاختيار عند الحنفية على كل فتاة بلغت سن البلوغ ، فليس لأحد أيّا كان من الأولياء حتى والدها أن يجبرها ، بل تزوج نفسها برضاها واختيارها، ولكن يند ب أن يباشر العقد وليّها .

وأما عند الجمهور فإن ولاية الاختيار تكون على الثيب البالغ ، فليس لوليّها أن يجبرها على النكاح ، بل لابد من موافقتها ورضاها ، لحديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم:(الأيّم أحق بنفسها من وليّها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها[57]) .

ولكن لا تباشر العقد بنفسها ، بل يباشره وليها بناء على اختيارها ورضاها .

---

[56]-الفقه الإسلامي وأدلته ج9- ص6690 .

[57]- سبق تخريجه ص29 .

الفرع الثالث : من هم أولياء الاختيار

إذا كانت ولاية الإجبار عند الحنفية تثبت لجميع العصبات، فولايه الاختيار من باب أولى فيقدم فيها الأقرب فالا قرب على حسب ترتيبهم في الميراث فإن لم يكن هناك عصبات إنتقلت إلي ذوي الأرحام .

قال الكاساني : "إذا كان هناك عصبة لاتثبت لغير العصبة ولاية التزويج ، وإن لم يكن ثمّة عصبة فلغير العصبة من القرابات من الرجال والنّساء نحو الأم والأخت والخالة ولاية التزويج ،الأقرب فالأقرب إذا كان المزوّج ممن يرث المزوّج ، وهو الرواية المشهورة عن أبي حنيفية[58]".

أما الجمهور، فإنّ ولاية الاختيار تكون للعصبات ثم للسلطان عند عدم وجودهم ، أو عضلهم ، لأنّ السلطان له الولاية العامة على جميع المسلمين .

ولكنّ المالكية يقدمون الكافل للمرأة، وهو القائم على تربيتها إلى حين بلوغها عنده على الحاكم، أو السلطان، ثم تنتقل الولاية عندهم عند عدم وجود أحد ممن ذكرنا إلى أي رجل من عامة المسلمين، ومن ذلك الخال، والجد من جهة الأم، والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة[59] ،لقوله تعالى : (والمؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض) التوبة آية 71 ، وذلك إذا زوجت بإذنها ورضاها.

الفرع الرابع : ترتيب أولياء الإختيار

يرتّب الأولياء عند الحنفية على حسب ترتيبهم في الميراث الأقرب فالأقرب .

قال الكاساني: "لا خلاف بين أصحابنا قي أن لغير الأب والجدّ من العصبات ولاية الإنكاح الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات في الميراث[60] ".

---

[58]-بدائع الصنائع ج2- ص240 .

[59]-الشرح الصغير ج1- ص384 .

[60]-بدائع الصنائع ج2- ص240 .

وعند الشافعية: يقدّم الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم، فإن لم يكن لها عصبة زوجها السلطان [61] ، لقوله صلى اللّه عليه وسلّم فيما رواه الترمذي عن عائشة: (فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له[62].

وعند الحنابلة: يقدم الأب ثم الجد وهو أب الأب وإن علت درجته ، وأولى بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، ورواية أخرى عن أحمد أن الابن مقدم على الجد ، ثم الابن إذا عدم الأب ثم ابنه من بعده وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب ، ثم الأخ بعد الابن لأنه ابن الأب ثم أولادهم وإن سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومه للأب ثم السلطان عند عدم أوليائها أو عضلهم[63] .

وأما عند المالكية فيقدّم الابن للمرأة في العقد عليها برضاها، ثم ابنه ،ثم الأب ثم الأخ لأب، ثم ابنه وإن سفل ، ثم الجد لأب ، ثم العمّ لأب فابنه ، ثم جد الأب ،ثم عم الأب ،ثم ابنه وإن سفل ،ثم الكافل للمرأة إذا كان من غير العصبات،ثم الحاكم ،ثم عامة المسلمين و من بينهم ذوي الأرحام[64] .

وعند التساوي بين الأولياء في الدرجة يقدّم الشقيق على الذي لأب [65] .

وأما موقف القانون فقد جاء في المادة 11 : يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربه الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له[66] .

---

[61]-المهذب ج2- ص36.

[62]-سنن الترمذي ، كتاب النكاح عن رسول الله ،باب لا نكاح إلا بولي ، ج3- ص407 ، سنن أبي داود، كتاب النكاح ، باب الولي ج2- ص229 ، سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ،.باب لا نكاح إلا بولي ج1- ص605 .

[63]-المغني ج7- ص10.

[64]- الشرح الصغير ج1- ص383 .

[65]- الأم ج5- ص13 ، المغني ج7- ص10، المهذب ج2- ص36، الشرح الصغير ج1- ص383 .

[66]- قانون الأسرة ص13 .

فيقدم حسب المادة الأب فإن لم يكن فأحد من أقاربها الأولين ثمّ القاضي فهو ولي من لا ولي له .

وأمّا في التعديل الجديد فقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة مطلق الحرية في تقديم من ترغب من أوليائها في عقد زواجها ، وأسقط ترتيبهم بدليل استخدام أو في الصياغة للمادة والتي تفيد التخيير دون الترتيب كما هو معلوم .

جاء في المادة 11 معدلة : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها ، أوأحد أقاربها أوأي شخص تختاره [67].

بخلاف المادة السابقة فقد استخدم حرف الفاء للدلالة على الترتيب والتعقيب .

جاء في المادة 11 : يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربه الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له .

---

[67]- قانون الأسرة المعدل ص6 .

قائمة المراجع

1) الحديث :

- ابن أنس : مالك بن أنس الأصبحي ، الموطأ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،سنة 1406هـ - 1985م ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

- ابن حنبل : أحمد بن حنبل الشيباني ، مسند أحمد ، مؤسسة قرطبة ، مصر .

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، التمهيد ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، سنة 1387هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري .

- ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق فؤاد عبد الباقي .

- أبو داود : سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، دار الفكر ، تحقيق محمد محي الدي عبد الحميد .

- البخاري : محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير، بيروت ، سنة 1407 هـ1987م ، الطبعة الثانية ، تحقيق مصطفى ديب البغا .

- الترمذي : محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق أحمد محمد شاكر و أخرون .

- الشوكاني : محمد بن علي ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م

- محمد شمس : محمد شمس الحق العظيم ، عون المعبود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1415هـ .

- مسلم : بن حجاج النسابوري ، صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

2) الفقه :

أ- الفقه المالكي :

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ،سنة 1407هـ .

- الدردير : أحمد بن محمد ، 1- الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1398هـ -1978م .

2- الشرح الكبير ، دار الفكر .

- الصاوي : أحمد بن محمد ، الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1398هـ - 1978م .

ب) – الفقه الحنبلي :

- ابن قدامة : عبد اللّه بن أحمد ، - المغني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405 هـ .

ج) – الفقه الشافعي :

- الشافعي : محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393هـ .

- الشربيني : محمد الخطيب ، 1- مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت .

2- الإقناع للشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1415هـ ، تحقيق مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر .

- الشيرازي : إبراهيم بن علي ، المهذب ، دار الفكر ، بيروت .

- الغزالي : محمد بن محمد ، الوسيط ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1417هـ ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر .

د) الفقه الحنفي :

- ابن عابدين : محمد أمين ، حاشية ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ،سنة 1386هـ .

- السرخسي : محمد بن أبي سهل ، المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ،سنة 1406هـ .

- السيواسي : محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية .

- الكاساني : علاء الدين ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ،سنة 1982م .

- المرغياني : علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت

هـ) –الفقه الظاهري :

ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي .

ي) – الفقه المقارن :

- ابن رشد : أبو الوليد محمد ، بداية المجتهد ، دار شريفة الجزائر .

- الدريني : محمد فتحي ، الفقه الإسلامي المقارن ، منشورات جامعة دمشق ، الطبعة الثالثة ، سنة 1412هـ - 1992م .

- الزحيلي : أ د. وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة معدلة سنة 1418هـ - 1997م

3- أصول الفقه :

1- البوطي : أ. د. محمد سعيد رمضان ، مباحث الكتاب والسنة ، مطبعة دار الكتب ، دمشق سنة 1410هـ - 1990م .

4- القواعد الفقهية :

الزرقاء : مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ،الطبعة الأولى سنة 1418هـ - 1998م .

5- القانون :

- الصابوني : أ. د. عبد الرحمن ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، مطبعة الأماني ،دمشق الطبعة الخامسة ، سنة 1412هـ - 1991م .

- دلاند : يوسف دلاندة ، قانون الأسرة ، دار هومة الجزائر ، سنة 2002.

- ديدان : مولود ديدان ، قانون الأسرة المعدل ، دار النجاح للكتاب الجزائر .

6- المعاجم :

- ابن منضور : محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى

- الرازي : محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، بيروت ، طبعة جديدة سنة 1415هـ - 1995م ، تحقيق محمود خاطر .