



دور الولي في زواج المرأة

جسارة زينب: طالبة دكتوراه

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

الملخص

تعالج هذه الدراسة دور الولي في زواج المرأة، وهذا من خلال تبيان الدور الحقيقي له في زواجها، وحدود سلطته في ذلك وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ومحاولة الرد على الذين يعتبرون أن نظام الولاية في الزواج هو نظام منافي لحرية المرأة في اختيار شريك حياتها، وأنه تعبير على عدم أهليتها، وهذا من خلال توضيح السبب الحقيقي والحكمة العظيمة المرجوة من تشريع الولاية في الزواج على المرأة، ودور الولي فيه.

الكلمات المفتاحية: الولي - زواج - المرأة.

Abstract

This study examines the role of the waly of women's marriage, and this is by showing his real role in her marriage, and the limits of his authority in accordance with Islamic law and the Algerian Family Code, and try to respond to those who argue that the system of marriage is being imprisoned for women's freedom to choose her partner and that the term not to be eligible, and that by clarifying the real cause of the great wisdom of the state legislation intended to marry the woman, and the role of the waly.

Key words: Alwaly- marriage - women

المقدمة

لقد اهتم الشارع الحكيم بعقد الزواج اهتماما خاصا لم يوفر في غيره من العقود من وقت إنشائه إلى غاية انتهائه، وهذا نظرا لأهميته وقديسيته هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لمكانته وخطورته، لما يرتبه من آثار لا تخص الطرفين فقط بل تمتد للأسرة، ومن بعدها للمجتمع ككل.

وعلى هذا الأساس أحاطه بجملة من الأحكام والضوابط، وبناه على أركان وشروط، ومن جملة هذه الشروط وتلك الضوابط أنه شرع الولاية في الزواج، وجعل لولي المرأة دورا فيه، وتعد الولاية من جملة التشريعات التي فصل الإسلام القول فيها، وأفاض في تبيان أحكامها، ورغم ذلك تعد من أهم المسائل التي شهدت خلافا بين الفقهاء، على أساس عدم وجود نص صريح الدلالة في تبيان بعض أحكامها خاصة دور الولي في زواج المرأة، لذلك أخضعها الفقهاء لاجتهاداتهم وآرائهم.

هذا الاختلاف الفقهي وعدم الاستقرار على مذهب واحد، امتد للتشريعات العربية على أساس أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لقوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية، والتشريع الجزائري هو الآخر لم يكن بمنأى عن هذا، فبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 في سنة 2005، لم يتقيد المشرع بمذهب معين من المذاهب الفقهية، بل أخذ من كل مذهب ما يتماشى مع الفلسفة المنتهجة عقب التعديل.

في ظل كل هذه المعطيات حاول المشرع إيجاد نوع من التوازن، وخلق نوع من التوافق بين الأحكام التي وضعها الشرع لتنظيم الولاية في الزواج، وبين ما هدف إليه التعديل من محاولة خلق نوع من المساواة بين الجنسين، فهو لم يلغ الولاية بالكلية، غير أنه في الوقت عينه بتر الدور الحقيقي للولي، وقص بشكل كبير من صلاحياته خاصة في زواج المرأة، حتى أصبح يعد أمرا شكليا، وعلى هذا الأساس هل تعبر الولاية في الزواج عن قصور المرأة ونقص أهليتها؟ وما هو دور الولي في زواج المرأة؟

المبحث الأول: مباشرة عقد زواج المرأة

لا خلاف بين أهل العلم في أن الولاية في الزواج على المرأة مشروعة، ولا خلاف بينهم أيضا أنه إذا عقد وليها نكاحها، أو وكل غيره يكون النكاح صحيحا وناظرا، بل إن الأجدر بكرامة المرأة وكمال حشمتها وأدبها أن لا تبشر العقد بنفسها، لتتأى عن مواطن الريب، ولتصون عرضها عما يشعر بوقاحتها أو إظهار ميلها للرجال¹.

أما محل الخلاف فهو مدى صحة العقد إذا ما باشرته المرأة بالأصالة عن نفسها أو بالوكالة عن غيرها، وبعبارة أخرى هل ينقصد الزواج بعبارة النساء؟ وهل يقع صحيحاً إذا تم دون إذن الولي؟ أو وكلت المرأة غير وليها ليباشر العقد؟ وقد ترتب عن اختلاف الفقهاء في هذه المسألة انقسامهم إلى ستة آراء، غير أنه سيكتفى برأيين دون بقية الآراء الأخرى²، على أساس أنهما أشهر الرأيين في المسألة، إضافة لكونهما الرأيين المتقابلين والمتعارضين، وهما رأي الحنفية (المطلب الأول)، ورأي جمهور الفقهاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رأي الحنفية

ذهب أبو حنيفة وزفر إلى صحة النكاح بدون ولي، وقد تعددت الروايات عن أبي يوسف في هذه المسألة، والراجح من ذلك اتفاده مع أبي حنيفة وزفر، أما محمد بن الحسن الشيباني فذهب إلى صحة هذا النكاح، لكنه أوقفه على إجازة الولي، سواء كان الزوج كفئاً أو غير كفء³.

من خلال استعراض أقوال فقهاء المذهب الحنفي، يتضح أن الرأي عندهم هو جواز تزويج المرأة نفسها، وأن تكون وكيلة لغيرها إيجاباً وقبولاً، فلها أن تنشئ العقد بعبارتها من غير إشراك وليها، كما لها أن تتولى عقد زواج غيرها، وإن كان من المستحب أن تفوض أمر التزويج للولي كي لا تتسبب للوقاحة، لكن إذا تولت عقد زواجها، وكان لها ولي عاصب، اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفئاً، وأن لا يقل المهر عن مهر المثل، فإذا تزوجت بغير كفء فلوليها حق الاعتراض على الزواج ويفسخه القاضي⁴.

قال السرخسي: "المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها، جاز النكاح، سواء أكان الزوج كفئاً لها أو غير كفء، فالنكاح صحيح، إلا أنه إذا لم يكن كفئاً لها فلأولياء حق الاعتراض"⁵.

وحق الاعتراض إنما أثبته الحنفية للولي العاصب، أما إن لم يكن لها ولي عاصب، بأن كانت لا ولي لها أصلاً، أو لها ولي غير عاصب، فلا يحق لأحد الاعتراض على عقدها سواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء، بمهر المثل أو أقل، لأن الأمر في هذه الحالة يرجع إليها وحدها⁶.

وقد استدل جمهور الحنفية على جواز انعقاد النكاح من دون ولي، وبالتالي تولي المرأة لعقد نكاحها أو نكاح غيرها، من الكتاب والسنة والأثر والمعقول.

أولاً: من الكتاب

— قال ﷺ: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ»⁷، هذه الآية دلت من وجوه على جواز النكاح، إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن لوليها، أحدهما: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني: نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان⁸.

— قال ﷺ: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا»⁹، وجه الاستدلال أن في قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) أضيف النكاح إليها، فيقتضي تصور النكاح منها، وكذلك جعل إنكاحها نفسها غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند إنكاحها نفسها، وفي قوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يتراجعا) أضيفت رجعة المرأة إلى زوجها الأول بعقد جديد من غير ذكر الولي، فدل ذلك على صحة عقد المرأة نكاحها من غير توقفه على مباشرة وليها له¹⁰.

— قال ﷺ: «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»¹¹، قال الجصاص: "فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفى لموجب الآية، فإن قيل: إنما أراد بذلك اختيار الأزواج، وألا يجوز العقد عليها إلا بإذنها، قيل له: هذا غلط من وجهين أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره، والثاني: أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي تتعلق به أحكام النكاح، وأيضا فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله تعالى (إذا تراضوا بينهم بالمعروف)"¹².

ثانياً: من السنة

— قال النبي ﷺ: ((الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها))¹³، وجه الدلالة أن النبي ﷺ جعل لكل من الولي والأيم حقا في قوله (أحق)، فجعلها أحق بنفسها من وليها، ولن تكون أحق منه بنفسها إلا إذا صح تزويج نفسها بغير رضاه.

— قال النبي ﷺ: ((ليس للولي مع الشيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها))¹⁴، فهذا نص صريح على إسقاط اعتبار الولي في العقد، وفي إثبات حق المرأة في تزويج نفسها، وقطع ولاية الولي عنها.

— ما روي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي

خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيئاً¹⁵. قال ابن الهمام: "وهذا يفيد بعمومه أن ليس له -الولي- حق ثابت بل استحباب، وهو حديث حجة"¹⁶.

ثالثاً: من الأثر

- روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي عليه السلام، فأجاز النكاح، وهذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح¹⁷.

- روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمان، المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان قال: ومثلي يصنع هذا به، ومثلي يفتات عليه، وكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ما كنت أرد أمراً قضيته، فقرت حفصة عند عبد الرحمان، ولم يكن ذلك طلاقاً¹⁸.

رابعاً: من المعقول

- قياس عقد النكاح على التصرف في المال، فكما أن المرأة جائز لها التصرف في مالها، فالأصل أن يكون عقد نكاحها جائز لها التصرف فيه، قال السرخسي: "أنها تصرف في خالص حقها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فينعقد تصرفها كما لو تصرف في مالها"¹⁹.

- لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولاية نفسها في النكاح، كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية النكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرف نافع متضمن مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادر عليه، وبالبالوغ 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 نظراً، فتزول بزوال الضرورة، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها وتثبت الولاية لها²⁰.

المطلب الثاني: رأي الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية²¹ والشافعية²² والحنابلة²³ إلى أنه لا يجوز

للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، ولا أن توكل غير وليها في تزويجها، وإنما الذي يزوجهها وليها، لأن الولي شرط في نكاحها، فلا تلي نكاح نفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل.

وهذا ما روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة رضي الله عنها، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك²⁴، وقد استدلل الجمهور على رأيهم بالكتاب والسنة والأثر والعرف والمعقول.

أولاً: من الكتاب

- قال ﷺ: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ»²⁵، وجه الدلالة من هذه الآية على أن الولي هو الذي يزوج المرأة، يتضح من عدة نواحي:

أ- سبب نزول هذه الآية: فقد روي أن معقل بن يسار كانت أخته تحت أبي البداح، فطلقها وتركها حتى انقضت عدتها، ثم ندم فخطبها، فرضيت وأبى أخوها أن يزوجه، وقال: وجهي على وجهك حرام إن تزوجته. فنزلت الآية. قال مقاتل: فدعا رسول الله ﷺ معقلاً فقال: إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البداح، فقال: آمنت بالله وزوجتها منه²⁶، فالسبب المذكور في نزول هذه الآية من أقوى الحجج التي استند إليها الجمهور، وأصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنه لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه، لا يقال إن غيره منعه منه²⁷.

ب- إسناده المنع إلى الأولياء في قوله تعالى (ولا تعضلوهن)، وكلا المعنيين وارد ومحتمل، فلماذا نهى الله الأولياء عن منع المولى عليه من التزويج أو التضيق عليه في ذلك إن لم يكن لهم دور في عقد الزواج؟ فدل ذلك على أن لهم حق فيما نهوا عنه²⁸.

- قال ﷺ: «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا»²⁹، وجه الدلالة من هذه الآية أن فيها خطاب لأولياء النساء بآلا ينكحوهن المشركين حتى يؤمنوا، فلو كان أمر النساء في النكاح إليهن لما خاطب الله به الأولياء من دونهن، وكذلك لو كان للمرأة أن تنكح نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع. قال

القرطبي: "في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي، قال محمد بن علي بن الحسن: النكاح بولي في كتاب الله ثم قرأ: (ولا تتكحوا المشركين)"³⁰.
 - قال ﷺ: ﴿وَأَنْكِحُوا النَّيَامَى مِنْكُمْ﴾³¹، وجه الدلالة من هذه الآية أن الخطاب موجه لأولياء النساء، فلو كان أمر تزويجهن عائد إليهن لما وجه الخطاب إلى الرجال.

ثانياً: من السنة

- قال النبي ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي))³²، فهذا الحديث صريح في أن الزواج لا يصح إلا بولي، وهو بعمومه شامل لكل نكاح من صغيرة أو كبيرة، بكر أو ثيباً على السواء.
 - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل))³³، فهذا الحديث شاهد قوي، إذ أكد النبي ﷺ على بطلان النكاح بدون ولي ثلاث مرات للمبالغة في تأكيد بطلان نكاح المرأة نفسها بدون إذن وليها، وأن ولاية نكاحها من حقوق وليها.
 - قول النبي ﷺ: ((لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها))³⁴، لقد صرح الرسول ﷺ في هذا الحديث بأن المرأة لا تستطيع أن تزوج نفسها ولا غيرها، وفيه دليل على أن النكاح لا ينعقد بعبارتها، وأن من تفعل ذلك - أي تتكح بغير ولي - زانية.

ثالثاً: من الآثار

- صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"³⁵.
 - قال أبو هريرة رضي الله عنه: "لا تتكح المرأة نفسها، فإن الزانية تتكح نفسها"، وتأكيداً لهذا قال محمد بن سيرين: "لا تتكح المرأة نفسها، وكانوا يقولون أن الزانية هي التي تتكح نفسها"³⁶.
 - صح أن الصحابة ردوا نكاح من تزوجت بغير ولي، فقد رد عمر بن الخطاب رضي الله عنه نكاح امرأة نكحت بغير إذن وليها، وصح عنه في امرأة تزوجت بغير إذن وليها أنه جلد الناكح والمنكح ورد نكاحها"³⁷.
 قال الترمذي: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ لا نكاح إلا بولي عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر، علي، عبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم"³⁸.

رابعاً: من العرف والمعتقود

- إن الذي جرى عليه العرف أنه لم يعرف لا في عهد الإسلام، ولا بعده تزويج المرأة نفسها بنفسها، كون أن عقد الزواج له مقاصد شتى، وهو رباط بين الأسر، والمرأة بما عندها من نقص الاختيار، فهي عادة لا تحسن الاختيار لجهل أكثر النساء بالرجال والأحوال، فليست كل امرأة تاجرة أو عاملة أو عالمة بما لها وما عليها، وإن كانت تعلم فالحياء غالباً مانع وعارض لها، لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي قد تغطي عليها جهة المصلحة، فتحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت من مباشرة العقد³⁹.

- النساء قليلات الاختيار، سرعات الاغترار، لذا وجب أن يلي أمر زواجهن الأولياء، لأن ذلك أنظر لهن وللأسرة جمعاء، بما توفر في الولي من الشفقة الباعثة على تحقيق مصلحة المرأة، وبما كسبوا من الخبرة، وبعد النظر الذي يعرفهم التمييز بين معادن الرجال⁴⁰.

- إضافة إلى أن النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً وأوفر عقلاً وأشد حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب من العار والزلل، وبذلك فارق عقد الزواج العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنه مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد الزواج، في خطر آثاره وعظم شأنه وشرف مقاصده⁴¹.

بعد عرض آراء فقهاء المذاهب الأربعة، وتبيان أدلة كل رأي، يمكن ترجيح مذهب جمهور الفقهاء القاضي بعدم جواز تزويج المرأة نفسها بدون إذن وليها، وأنه هو الذي يباشر العقد، ولا ينعقد بعبارتها، وذلك لعدة اعتبارات منها⁴²:

- أبرز آية استشهد بها الرأيين هي آية العضل، فهذه الآية وإن كانت ظنية في دلالتها، إلى أن ما يؤكد أن المخاطب بها الأولياء وليس الأزواج - كما قال به الجمهور -، هو ما ورد في سبب نزول هذه الآية، من حديث معقل بن يسار وعضله أخته، فهذا الحديث صريح وواضح الدلالة، ولا يقبل التأويل، ولا التضعيف.

- الأحاديث التي ساقها الجمهور صحيحة، ودلالاتها واضحة على عدم صحة النكاح بدون ولي، وأن المرأة لا يجوز لها تزويج نفسها أو غيرها.

- مضى أن الصحابة رضوان الله عليهم قالوا بالولاية في النكاح، وأفتوا بذلك دون

نكير من أحد ، فكان إجماعا على اشتراط الولاية في النكاح ، ووافقهم التابعون .
- إن المرأة لا غنى لها عن الولاية في النكاح ، حفظا لحقوقها ، وصونا لكرامتها ، وتحقيقا لمصلحتها .

- دليل الحظر مقدم على دليل الإباحة كما هو معروف عند الأصوليين ، وما ذهب إليه الحنفية الإباحة ، وما ذهب إليه الجمهور الحظر ، فيقدم دليل الحظر على دليل الإباحة عند الاختلاف ، لأن الابتعاد عن المحرم أولى بالاحتياط من فعل المباح .

- إن الإسلام قد منع النكاح بدون ولي سدا لذريعة الزنا ، فالشارع قد أبطل أنواعا من النكاح الذي يتراضى به الزوجان ، ومنها النكاح بلا ولي فإنه أبطله سدا لذريعة الزنا ، فإن الزاني لا يعجز أن يقول للمرأة انكحيني نفسك بعشرة دراهم ويشهد عليها رجلين من أصحابه أو غيرهم ، فمنعها من ذلك سدا لذريعة الزنا .

لكن نظرا لتغير المعطيات وتطور المجتمعات ، ومن أجل محاولة الموازنة بين الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، الذي يمنع تزويج المرأة نفسها بدون إذن وليها ، ولا يجيز عقد النكاح بعبارتها ، وبين ما هدف إليه تعديل قانون الأسرة بالدرجة الأولى من محاولة خلق نوع من المساواة بين الرجل والمرأة ، وإعطاء المرأة الحرية في اتخاذ القرار في مثل هذه المحطات المصيرية في حياتها ، خاصة وأنها استطاعت افتكاك مختلف الحقوق على غرار الرجل ، وهو ما مكنها من تولي أعلى المناصب ، يمكن الجمع بين هذين الرأيين ، وسلك مسلكا وسطا ، حيث لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها معها ، بحيث ترضى المرأة بمن سيكون شريكا لها في حياتها ويرضى عنه أيضا وليها ، وذلك لأن رضا الولي سيكون ناتجا من خبرة وممارسة بشؤون الحياة ، على خلاف المرأة التي تغلب عليها العاطفة والتأثر بما هو مبهر وقتي⁴³ ، وبالتالي فإذا ما رضيت المرأة أذنت لوليها بمباشرة العقد بنفسه عنها ، ولا تباشره بنفسها كي لا تنسب للوقاحة باقتحام مجالس الرجال .

موقف المشرع: لقد تناول المشرع دور الولي في عقد الزواج ، في المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، حيث أفرد الفقرة الأولى منها لدور الولي في زواج الراشدة ، أما الفقرة الثانية فقد خصصها لدور الولي في زواج القصر .

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 11 والتي جاء فيها : "تعقد المرأة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" ، يلاحظ أن المشرع قد تبني رأي الحنفية ابتداء ، حيث كرس بموجب هذه الفقرة حق المرأة في مباشرة عقد

زواجها بنفسها إذا كانت راشدة (19 سنة)، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، دون أن يبين الدور الحقيقي له، ولا أن يمنحه حق الاعتراض أو طلب فسخ العقد إذا كان الخاطب ليس كفوًا، أو تم الزواج بأقل من مهر المثل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية. ثم جاء بما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي، حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة أو النسب، بما يميزهم (أقارب المرأة الأولين) عن غيرهم من صفة الشفة ومراعاة المصلحة، بخلاف ما كان قبل التعديل من اعتبار أن الولي هو الذي يتولى عقد زواج المرأة، وهذا حسب المادة 11 من قانون الأسرة⁴⁴، متبعًا في ذلك رأي الجمهور.

لكن حتى وإن كان المشرع قبل التعديل صريحًا في اعتبار أن الولي هو الذي يباشر عقد زواج المرأة، وبالتالي منعها من مباشرته بنفسها، إلا أن القضاء سار بخلاف ذلك، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 253366 أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصدّق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقًا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة، وبما أن قضية الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون"⁴⁵.

الظاهر من هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا أخذت برأي الحنفية، القائل بصحة إنفراد المرأة، في اختيار مؤنسها وشريك حياتها، فلها أن تعقد على نفسها بشكل عام، بخلاف ما كان منصوص عليه في القانون من أن الولي هو الذي يتولى عقد الزواج من دون التفريق بين المرأة البكر والثيب.

لقد اتجه المشرع بعد التعديل إلى اعتبار الولاية أمرًا شكليًا، وبالتالي لا يكون للولي أي تأثير على عقد زواج المرأة الراشدة، بالرغم من أنه اشترط حضوره، إلا أنه لا معنى لحضوره إذا لم يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته، فهل الولي يحضر في عقد الزواج ابنته ليكون شاهداً، حتى لو كان الزواج مع شخص لا يرضاه؟

كما أن غيابة أو تغيبه عن مجلس عقد الزواج لا يجعل العقد باطلاً ولا فاسداً ولا موقوفًا على موافقته، إذ بمراجعة الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة، والتي نصت على: "إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول وصدّق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل"، نجد أن المشرع قد رتب الفسخ في حالة تخلف الولي قبل الدخول، أما بعد الدخول فأثبت الزواج بصدّق المثل -وهذا غير معقول لأنه سيكون لها مهران في حالة تسمية المهر-، لكن هذا ما يترتب على غياب

الولي في زواج القصر وليس في زواج الراشدة، بدليل أن المشرع قد استعمل في هذه الفقرة عبارة "أو ولي في حالة وجوبه"، مما يفهم أن هناك حالة لا يشترط فيها الولي، ومما لا شك فيه أن الحالة التي لا يشترط فيها الولي هي حالة تزويج الراشدة، وليس القصر، وما يؤكد ذلك الفقرة الثانية من المادة 11 من نفس القانون، والتي جاء فيها: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوليين، والقاضي ولي من لا ولي له".

مما سبق يتضح أن المشرع قد وقف وقفة متذبذبة في شرط الولي بالنسبة للمرأة، فلا هو قرر صراحة إلغاءه، عندما اعتبره شرطا في عقد الزواج، وهذا حسب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، إضافة إلى أنه اشتراط حضوره في عقد الزواج، حسب الفقرة الأولى من المادة 11 من نفس القانون، ولا هو بين بصفة واضحة دوره في زواج المرأة، ولا الأثر المترتب على تخلفه، بالرغم من أن لجنة الشؤون القانونية والإدارية عندما أعدت تقريرها بخصوص مصادق أعضاء مجلس الأمة على تعديل قانون الأسرة أكدت على أنه تم تثبيت ركن الولي في عقد الزواج، حيث يشترط أن تعقد المرأة زوجها بحضور وليها⁴⁶.

ومما زاد غموض دوره هو جعل المشرع صفة الولي اختيارية حسب رغبة المرأة، وهو ما يفتح المجال على كل الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة من اختيار الجار أو الصديق كولي لها، وهو ما يعني أن الولي الشرعي قد تحول بمقتضى التعديل الأخير إلى مجرد شاهد تحت اسم ولي، وهذا ما يعد أمرا مفسدا للزواج ومتجاوزا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي أهمية وقدرية كبيرة لدور الولي في عقد الزواج، ناهيك عن تهديده للرابط الأسري، خاصة أن المجتمع الجزائري لا يزال مرتبطا بالنظام التقليدي المحافظ.

ومنه فمن الضروري إعادة النظر في نص المادة 11 لتبيان صلاحيات الولي في عقد الزواج والهدف من حضوره، وهذا من خلال إما تبني رأي الجمهور وبالتالي جعل الولي هو الذي يتولى عقد نكاح المرأة، أو الأخذ مطلقا بالرأي الحنفي في منح المرأة حق تزويج نفسها بدون إذن وموافقة وليها، وتبقى صلاحياته الاعتراض على اختيار المرأة لرجل غير كفء أو قبولها بالزواج دون مهر المثل.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع وبموجب هذا التعديل قد اتجه إلى نفس ما كان معمولاً به في الجزائر أثناء فترة الاستعمار الفرنسي، من اعتبار الولاية حق

للمرأة، وليس لأحد أن يقوم مقامها في عقد الزواج حتى ولو كان وليها وهذا طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 59-1082⁴⁷، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك باعتباره العقد باطلا إذا لم يكن التعبير عن الرضا صادرا عن الزوجة في محل إنشاء العقد، وهذا حسب المادة الثانية من نفس المرسوم⁴⁸.

لكن حتى وإن كان هذا المرسوم قد أعطى للمرأة حق مباشرة عقد زواجها بنفسها، إلا أنه يلاحظ أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، كان يقضي بخلاف ذلك، حيث جاء في إحدى قراراته ما يأتي: "ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، يقضي به القاضي من تلقاء نفسه"⁴⁹.

المبحث الثاني: حدود سلطة الولي في تزويج المرأة

يقوم الزواج على رعاية حق الأولياء وتكريم المرأة، وبالتالي فهو حق مشترك بين المرأة ووليها، حيث جعل الشرع للولي حق مباشرة العقد وكذا حق فسخه عند عدم تحقق الكفاءة، وفي المقابل لم يهمل الشارع الحكيم جانب المرأة في الزواج حين شرع الولاية عليها، فلم يهدر رأيها فيه، وحفظ لها حقها في اختيار شريك حياتها، حيث منع الولي من إكراها وإجبارها على الزواج بمن لا ترغب (المطلب الأول)، كما أنه حرم على الولي أن يمنعها من الزواج بمن ترغب به وترضاه زوجا لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم إجبار المرأة على الزواج

لا خلاف بين أهل العلم في استحباب مشاوره الولي للمرأة في عقد زواجها، لما يترتب عليه من ألفة ومودة وسكن وراحة للزوجين، وفي ذلك تحقيق لمصالح النكاح الشرعية من عشرة بينهما بالمعروف، وقيام كل واحد منهما بالحقوق الزوجية اتجاه الآخر، ففي ذلك دوام للزواج واستقرار له، وتعاون على حفظ النسل وتربيته. وإنما الخلاف في حكم إجبار الولي للمرأة على الزواج، أي تزويجها بدون إذنها ورضائها، ومدى لزوم هذا العقد لها، ونظرا لأن للبكر والشبوة تأثيرهما في اعتبار رضا المرأة بالزواج فسيتم التطرق لحكم إجبار البكر على الزواج، ثم الانتقال لتبيان حكم إجبار الثيب.

أولا: حكم إجبار البكر على الزواج

اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على أن المرأة البكر تستأذن في أمر نكاحها، إلا أنهم اختلفوا في جواز إجبارها على النكاح على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية⁵⁰ وأحمد في إحدى الروايتين عنه والظاهرية⁵¹، وهو مذهب الأوزاعي، والثوري، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر⁵²، إلى عدم جواز إجبار البكر البالغة العاقلة على النكاح، واستدل أصحاب هذا الرأي بالسنة والمعقول على النحو التالي:

فمن السنة استدلوا:

- بقول النبي ﷺ: ((لا تنكح الثيب حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قيل وكيف إذن؟ قال: أن تسكت))⁵³، وجه الدلالة أن النبي ﷺ نهى عن إنكاح البكر حتى تستأذن، والنهي يقتضي التحريم، وظاهر الحديث العموم في كل بكر، وفي كل ولي لا فرق بين أب أو غيره، وبهذا ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها⁵⁴.

- وبقوله أيضا ﷺ: ((الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها))⁵⁵، فمقتضى قوله ﷺ والبكر تستأذن في نفسها أنها لا تجبر على النكاح، ولا تزوج إلا برضاها.

- وبما روي عن ابن عباس ؓ أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ⁵⁶، فهذا الحديث صريح في قضاء النبي ﷺ للبكر أن ليس لأبيها إجبارها على النكاح بغير رضاها، إذ لو كان لأبيها إجبارها لما خيرها النبي ﷺ، وإن لم يكن للأب إجبارها فغيره من باب أولى.

واستدلوا بالمعقول من عدة وجوه⁵⁷:

- إن الأب ليس له التصرف في مال ابنته إذا كانت بالغة عاقلة إلا بإذنها، وبعضها أعظم من مالها، فعدم جواز تصرفه في بعضها مع كراهيتها ورشدها أولى.

- إن تزويج الفتاة مع كراهيتها مخالف للأصول والعقول، فالله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، وإجبار المرأة على الزواج يتنافى مع هذه المعاني.

- إن العلة المجمع على تأثيرها في أهلية العاقد هي الصغر لا البكارة، فتعليل الإجبار بالبكارة تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع، فدل هذا على أنه لا تأثير للبكارة والثبوتية في الإجبار أو عدمه، وإنما العلة المؤثرة في عدم اعتبار الإذن هي الصغر ونحوه.

الرأي الثاني: ذهب المالكية⁵⁸ والحنابلة⁵⁹ في قول إلى أنه يجوز للأب دون سائر الأولياء إجبار البكر البالغة العاقلة على النكاح وتزويجها بغير إذنها، أما الشافعية فقالوا أن

لكل من الأب والجد إجبار البكر البالغة العاقلة دون سائر الأولياء⁶⁰.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة والقياس:

فمن السنة: استدلو بقول النبي ﷺ: ((الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها))⁶¹، وجه الاستدلال أن في الحديث دلالة واضحة على جواز إجبار البكر البالغة، بدليل تفريق النبي ﷺ بين البكر والثيب، فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها، فأفهم ذلك أن البكر ليست أحق بنفسها من وليها، أي أن الولي أحق بنفسها منها⁶²، وإلا لم يكن لتخصيص الأيّم بذلك معنى، وحملوا قوله تستأذن على الاستحباب تطليبا لقلبها.

أما من القياس: فهو قياس البكر البالغة على البكر الصغيرة، وذلك بجامع البكارة وعدم التجربة، فكما أن للأب حق إجبار الصغيرة فكذلك يكون له حق إجبار البالغة⁶³.

ثانيا: حكم إجبار الثيب على الزواج

اختلاف الفقهاء في مدى جواز إجبار الثيب على النكاح، بناء على تعدد أسباب الثيوبه، والتي يمكن إجمالها: في الثيوبه بسبب النكاح الصحيح أو بشبهة نكاح، وبسبب الزنا، وبغير وطء، وهذا ما سيبين فيمايلي:

حكم إجبار الولي للثيب بسبب النكاح أو بشبهة نكاح على الزواج

أجمع أهل العلم إلا من شذ منهم⁶⁴ على منع الولي إكراه المرأة الثيب التي زالت بكارتها بنكاح صحيح أو شبه نكاح على الزواج، واستدلو في هذا بالسنة والمعقول. **فمن السنة:** استدل أصحاب هذا الرأي بأحاديث كثيرة تدل نهي الأولياء عن تزويج بناتهن الثيبات بغير رضاهن أو ترد نكاحهن إذا وقع، ومنها:

- قول ﷺ: ((لا تتكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قيل: وكيف إذنها، قال: أن تسكت))⁶⁵، وجه الدلالة أن هذا نهي صريح عن إنكاح الأيّم بدون إذنها، وهو عام في كل أيّم وفي كل ولي، والمراد بالأيّم في هذا الحديث هي الثيب لمقابلتها بالبكر، وفيه قطع لكل حجة قائلة بإجبار الحرة المكلفة، سواء كانت بكرا أم ثيبا⁶⁶.

فالنبي ﷺ استعمل مع الثيب لفظ الاستئثار، وهو يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمرة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها في العقد، فإذا صرحت بمنعه امتنع، ولما كان العقد يفترق إلى صريح إذنها، دل ذلك على عدم جواز إجبار على النكاح⁶⁷.

- قول ﷺ: ((ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر في نفسها وصمتها إقرارها))⁶⁸، وجه الدلالة أن هذا نفي لحق الولي في إكراه الثيب على من لا ترضاه زوجها لها.

- ما روي عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فرد نكاحها⁶⁹، ففي هذا الحديث دلالة واضحة على عدم جواز إجبار الثيب البالغة على النكاح، بدليل فسخ رسول الله ﷺ نكاح خنساء، حيث علم بأنها قد أكرهت عليه، فلو كان إجبارها جائزا لما فسخ ﷺ نكاحها.

ومن المعقول: فدلالة عدم جواز إجبار الثيب المكلفة على الزواج من جهة المعقول فلخبرتها بممارسة الرجال، وإدراكها لمقاصد النكاح⁷⁰.

حكم إجبار الولي للثيب بسبب الزنا على الزواج

اختلف الفقهاء فيمن زالت بكارتها بزنا، أتأخذ حكم البكر أم حكم الثيب في أمر إجبارها على الزواج؟ وذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة⁷¹ وجمهور المالكية⁷² إلى القول بأن الثيب التي زالت بكارتها بزنا تأخذ حكم البكر في أمر نكاحها، ودليلهم في ذلك من المعقول من وجهين:

الوجه الأول: إن التشريع الإسلامي قائم على مبدأ الستر، وإلحاق من ذهبت بكارتها بالزنا بالثيب يجعل نطقها لازما في التعبير عن إرادتها بالنكاح، وبذلك قد تم إلزامها فضح نفسها وهتك عرضها، وبالتالي إذا أخذت حكم البكر يكتفى بسكوتها، وذلك من محاسن الشريعة وكمالها⁷³.

الوجه الثاني: إن من زالت بكارتها بالزنا لا تزال على حيائها، وإن كانت ثيبا حقيقة، لأن زناها لم يشتهر بين الناس ولأن حيائها من الاطلاع على زناها أعظم بكثير من حيائها من كلمة نعم التي لا تدم بها ولا تعاب⁷⁴.

وتجدر الإشارة هنا إلى اتفاق أصحاب هذا الرأي على أن من زالت بكارتها بالزنا تأخذ حكم البكر، إلا أنهم اختلفوا في حكم إجبارها على النكاح، بناء على اختلافهم في حكم إجبار البكر العاقلة البالغة كما تم بيانه.

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية⁷⁵ والمالكية في قول⁷⁶ والشافعية والحنابلة⁷⁷ إلى أن من زالت بكارتها بزنا، فهي ثيب حقيقة، وبالتالي تسري عليها

أحكامها ، ودليلهم في ذلك من السنة والمعقول :

فمن السنة: استدلو باقول النبي ﷺ: ((الثيب أحق بنفسها من وليها))⁷⁸ ، فالحديث يدل دلالة واضحة على أن الثيب لا تجبر على النكاح ، والثيب هي من ذهبت بكارتها بالوطء ، سواء أكان حلالاً أم حراماً⁷⁹ .
واستدلو من المعقول: بأن الزانية هي ثيب حقيقة ، لأن هذه الأخيرة من زالت بكارتها ، وهذه كذلك ، فتجرى عليها أحكام الثيب من عدم جواز إجبارها على النكاح كما سبق تبيانه⁸⁰ .

حكم إجبار الولي للثيب بغير وطء على النكاح

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن من زالت بكارتها بغير وطء تعتبر بكراً حقيقة ، وبالتالي تأخذ حكم البكر في جواز إجبارها على النكاح من عدمه.
قال الكاساني: "لا خلاف في أن كل من زالت عذريتها بوثبة أو ظفرة أو حيضة أو طول التعنيس أنها في حكم الأبكار تزوج كما تزوج الأبكار"⁸¹ .
وقال الخرشي من المالكية: "قلو أزيلت بكارتها بغير جماع كما لو أزيلت بعارض من عود دخل فيها أو وثبة وما أشبه ذلك فلا خلاف أن له جبرها"⁸² ، ومن تجبر هي البكر دون الثيب.
وقال الشرييني من الشافعية: "حكمها حكم الأبكار لأنها لم تمارس الرجال فهي على غباوتها وحيائها"⁸³ .
وقال الفقيه الحنبلي ابن قدامة: "وإن من ذهبت عذريتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بإصبع أو عود أو نحوه ، فحكمها حكم الأبكار"⁸⁴ .

موقف المشرع: لم يتعرض المشرع في قانون الأسرة لهذه المسألة ، وهذا أمر منطقي على أساس أنه ألغى الولاية على المرأة ، ومنه لا مجال للنص على الإجبار من عدمه ، ما دام أنه خول لها مباشرة عقد زواجها بنفسها ، بخلاف ما كان عليه الحال قبل التعديل ، حيث أن المشرع تكلم عن الإجبار - باعتبار أنه أثبت الولاية على المرأة - ، دون أن يفرق في الحكم بين البكر والثيب ، ولا بين الصغيرة والكبيرة حيث منع الولي أبا كان أو غيره ، من جبر من في ولايته على الزواج ، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة⁸⁵ ، وبهذا يكون قد تبنى المذهب الحنفي.

أما القضاء فقد كان صارما في مسألة تزويج المرأة دون رضاها، فلم يكن يكتفي بإبطال العقد بل ذهب أبعد من ذلك بمعاقبته الولي والزوج بعقوبات جزائية، ومن ذلك ما حكم به مجلس قضاء مستغانم في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، حيث قضى بأن حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة وإخلاص.

ومن هنا، حكم المجلس على الولي (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوزه حدود مهمته الشرعية (ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن الزوجة موافقة على الزواج، في حين أنها كانت ترفضه)، كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوما بتهمة الاشتراك مع الولي⁸⁶.

وقضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/07/18 في الملف رقم 249128 ببطلاق الزواج إذا انعدم الرضا، حيث جاء فيه أنه: "يطل الزواج بانعدام الرضا، ولا يحق لقضاة الموضوع إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج، خاصة وأن الطاعنة أعلنت منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج، فإن القبول يكون منعما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، مما يجعله قابلا للإبطال"⁸⁷.

المطلب الثاني: عدم عضل الولي المرأة من الزواج

لقد رغب الإسلام في الزواج وحث عليه لما له من آثار نافعة تعود على الفرد نفسه، وعلى الأمة جميعا، كيف لا وهو الطريق الصحيح لبناء الأسرة الصالحة والمجتمع القويم والأمة الواحدة، وكل تلك المنافع كافية لدفع المسلمين إلى العمل على تهيئة أسبابه وتسيير سبله، إلا أن واقعنا المعاصر يثبت عكس ذلك، حيث خرجت كثير من الأسر عن سماحة الإسلام وسمو تعاليمه، ففقدوا الزواج ووضعوا العقبات في طريقه، وقد وصل الأمر بالبعض إلى عضل بناتهم من الزواج بالكلية لأسباب واهية، متجاهلين الآثار السلبية التي تعود على المرأة والمجتمع بسبب ذلك.

أولا: مفهوم العضل

العضل لغة هو الشدة والمنع والتضييق، ويقال عضل به المرء الأمر عضلا اشتد واستغلق، وضيق عليه، وحال بينه وبين مراده⁸⁸. وعضل المرأة عن الزواج: حبسها، ومنعها عن الزوج ظلما⁸⁹.

أما اصطلاحاً فعرف العضل بأنه منع الولي موليته من الزواج⁹⁰. كما عرف بأنه منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه⁹¹.

والعضل محرم شرعاً، لأنه ظلم وفيه إضرار بالمرأة في منعها من حقها في الزواج بمن ترضاه وترغب به، قال رَبِّكَ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁹²، لكن إذا رضيت المرأة أن تتزوج بأقل من مهر مثيلاتها، أو رضيت بخاطب ليس كفء، ومنعها وليها لا يعد عاضلاً، وهذا ما سيبين فيما يلي:

1- نقص مهر المثل: إذا أرادت المرأة أن تتزوج من كفء بأقل من مهر مثيلاتها، فقد اختلف الفقهاء في حق الولي في منعها من الزواج على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أن للولي حق منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها، ولا يعتبر عاضلاً لها، لأن عليهم في ذلك عار، وفيه ضرر على نساءها لنقص مهر مثلن، قال السرخسي: "وإن كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى يبلغ مهر مثلها، أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة"⁹³.

الرأي الثاني: ذهب محمد وأبو يوسف من الحنفية وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁹⁴، إلى أنه ليس للولي منع المرأة من الزواج إذا رضيت بأن تزوج بأقل مهر مثيلاتها، ودليلهم في ذلك أن المهر حق خالص للمرأة، فلم يكن للأولياء حق في منعها، أو الاعتراض عليه -المهر- من أجل نقصانه، وأنه لو أسقطته بعد وجوبه لسقط اتفاقاً⁹⁵.

2- عدم كفاءة الخاطب: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كان الخاطب الذي رضيت به المرأة غير كفء لها، فلا يعد امتناع الولي من تزويجها به عاضلاً لها، ويرى المالكية أن العضل يتحقق في مسألتين: الأولى: إذا طلبها كفء ورضيت به، الثانية: إذا دعت إلى كفء، ودعا وليها لكفء آخر، فإن امتنع الولي من تزويجها في هاتين المسألتين يعد عاضلاً، وبمفهوم المخالفة إذا طلبها غير كفء ورضيت به، أو إذا دعت لغير كفء ودعا وليها لآخر، فمنعها من الزواج لا يعد عاضلاً⁹⁶.

وما تجدر الإشارة إليه هنا أنه إذا كان الولي أباً مجبراً وامتنع عن تزويج ابنته، فلا يعد عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها، وظهر الضرر بالفعل، فإذا رد خاطباً كفئاً رضيت به ابنته فلا يعد عاضلاً، بل لا يعد عاضلاً برده رداً متكرراً، سواء كان

الخاطب واحدا أم أكثر، لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته يجعله لا يرد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله ما لا يوافق، أما إذا كان الولي غير مجبر سواء كان أبا أو غيره، فإنه يعد عاضلا إذا رد الكفء⁹⁷.

ثانيا: انتقال الولاية بسبب العضل

ما شرعت الولاية على المرأة إلا لتحصيل مصالح النكاح لها، وللمحافظة عليها، فإن تعسف الولي في استعمال حق ولايته، بأن منعها من حقها في الزواج، فإنه يكون بذلك قد أخرج نفسه من أحقيته بالولاية فتنتقل إلى غيره، وبذلك جعل الشرع للمرأة وسيلة للخروج من ظلم وليها وتعسفه، حيث اتفق الفقهاء على أن العضل إذا تحقق من الولي وثبت ذلك للقاضي، فإنه يأمره بتزويج موليته إن لم يكن العضل لسبب معقول، وإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره، غير أن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية⁹⁸ والمالكية⁹⁹ وأحمد في رواية عنه، إلى أن الولاية تنتقل إلى السلطان (القاضي)، إذا عضل الولي موليته من الزواج. وذهب الشافعية في قول لهم إلى أن الولاية تنتقل للقاضي إذا كان العضل أقل من ثلاث مرات¹⁰⁰. ودليلهم في ذلك من السنة والقياس والمعقول:

فمن السنة: قول النبي ﷺ: ((إن اشتجروا فالقاضي ولي من لا ولي له))¹⁰¹، ففي الحديث دلالة واضحة على أن الولاية تنتقل للسلطان عند عضل الولي الأقرب، بدليل ذكر النبي ﷺ لولاية السلطان بعد ذكر الأولياء، وهذا يدل على أن المرأة إذا تنازع أولياؤها في أمر نكاحها، تصبح الولاية للسلطان لفض النزاع وتفادي الشقاق.

من القياس: قياس النكاح على دين الولي من موليته، بجامع أن كلا منهما حق للمرأة على وليها، وكما أن الحاكم ينتزع الدين من الولي الممتنع لصالح المرأة، فكذلك يحق له استفتاء حق النكاح للمرأة المتعذر من جهة وليها¹⁰².

من المعقول: إن العضل ظلم، وولاية رفع الظلم عن الناس إنما هي من اختصاص الحاكم، وقالوا أيضا أن ولاية الأقرب باقية، وولاية الأبعد غير ثابتة، فعند عضل الأقرب وعدم ثبوت ولاية الأبعد، يصير المزوج كأن لا ولاية له، والقاضي ولي من لا ولاية له¹⁰³.

وحجة الشافعية فيما ذهبوا إليه من أن العضل إذا كان أقل من ثلاث مرات انتقلت الولاية للسلطان، هي أن الولي العاضل لا يحكم بفسقه، إلا إذا تكرر منه العضل ثلاث مرات، وبالتالي لا تسقط ولايته بدعوى الفسق، فلا تنتقل للأبعد، وإنما ينظر له على أنه ظالم، فيأمره السلطان بالتزويج، فإن لم يفعل زوج السلطان، لرفع الظلم عن المرأة¹⁰⁴.

الرأي الثاني: ذهب الحنابلة والشافعية في قول آخر-إذا كان العضل أكثر من ثلاث مرات- إلى أن الولي الأقرب إذا عضل انتقلت الولاية للولي الأبعد¹⁰⁵. ودليلهم في ذلك من السنة والقياس.

من السنة: قول النبي ﷺ: ((فإن اشتجروا فالقاضي ولي من لا ولي له))¹⁰⁶، ووجه الاستدلال بهذا الحديث من وجهين، الأول: الحديث فيه دلالة واضحة على أن الولاية تنتقل للولي البعيد عند عضل الولي القريب، لأن النبي ﷺ جعل الولاية للسلطان عند انعدام أولياء المرأة، وهذه لها ولي حاضر، وهو الولي البعيد. الثاني: قد يحمل الحديث على ما إذا عضل الكل، لأن قوله ﷺ (فإن اشتجروا)، فيه ضمير جمع يتناول الكل¹⁰⁷.

من القياس: فاستدلوا به من وجهين أيضا، الأول: قياس ولاية العاضل على ولاية شارب الخمر، بجامع أن كلا منهما فاسق فتسقط ولايته، فكما أن شارب الخمر تنتقل ولايته للولي الأبعد، فكذلك العاضل.

الثاني: قياس العاضل على المجنون، بجامع أن كلا منهما يتعذر حصول النكاح من جهته، فكما أن المجنون تنتقل ولايته للولي الأبعد، فكذلك الولي العاضل تنتقل ولايته للولي الأبعد¹⁰⁸.

وحجة الشافعية هنا من المعقول ذلك أن الولي بتكرار العضل منه ثلاث مرات، أصبح أكثر فسقا، فسقطت ولايته، وأصبح كالمعدوم فانتقلت ولايته للأبعد¹⁰⁹.

موقف المشرع لقد ألغى المشرع المادة المتعلقة بالعضل، وهذا تماشيا مع فلسفته المنتهجة بعد تعديل قانون الأسرة، فمادام أنه قد خول المرأة الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها -واشترط فقط حضور الولي-، وبالتالي عقد زواجها ممن ترغب، فلا مجال للنص على عضله.

حيث أن دور الولي قد قلص إلى الحد الذي جعل منه أمرا شكليا ولا حاجة لموافقة، ومع التوسيع في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى أجنب المرأة لم يكن

بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في الولاية¹¹⁰.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع بإلغائه المادة المتعلقة بالعضل ترك فراغا قانونيا، حيث أن القاصرة لم يبلغ عليها الولاية، وبالتالي قد يحدث أن ترغب في الزواج ممن يكون كفوًا لها، لكن وليها يمنعها من ذلك، وحتى الراشدة قد تتعرض لنفس الموقف بالرغم من أن المشرع أعطى لها الحق في مباشرة زواجها بنفسها، لكن في الوقت عينه لم يمنعها من تفويض مباشرة العقد لوليها.

في هذه الحالة يمكن العودة إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومنه يمكن للقاضي التدخل لحسم الأمر، حسب ما يراه مناسباً، لأن الفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبررات معقولة، وبالتالي فإن القاضي ولي من لا ولي له.

هذا على خلاف ما كان قبل تعديل 2005، حيث تكلم المشرع عن العضل في المادة 12 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

ومنه فالأصل هو أن للمولى عليها حق اختيار الزوج، ولا يستطيع الولي أن يمنعها من الزواج به، وإذا ما حصل المنع للقاضي أن يأذن بالزواج، بينما على وجه الاستثناء يكون للأب دون غيره منع ابنته البكر دون الشيب من الزواج ممن ترغب فيه إذا رأى أن مصلحتها تقتضي المنع من هذا الزواج، وهذا ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا في قراراتها الصادر بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلحاً لها، وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانها.

ولمّا ثبت -من قضية الحال- أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله سكن، فإن وليها -الطاعن- لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه"¹¹¹.

فواضح من هذا القرار أن مصلحة الفتاة في الزواج محققة، زيادة على ذلك أن الأب لم يبد أي مبرر لرفضه تزويج ابنته من هذا الشخص، لذا فإن منع هذه الفتاة من

الزواج ليس هو الأصلح لها، بل هو ضار بها، وعليه وجب على القاضي رفع هذا الضرر عنها، وذلك بالإذن لها بعقد الزواج رغم رفض الأب لذلك، لأن الأب في هذه الحالة قد تجاوز حدود مهمته كولي ولم يحقق مصلحة المولى عليها¹¹².

الخاتمة

إن المرأة حسب الشريعة الإسلامية كاملة الأهلية، وأن الأنوثة لا تمنعها من مباشرة العقود الشرعية، كما أن الإسلام هو أول تشريع كرس مبدأ حرية المرأة في اختيار زوجها، غير أنه نظرا لخطورة عقد الزواج، وتبعاته المادية والمعنوية والجسمية، تحتاج لا محالة لرأي واستشارة وليها، للتأكد من اختيارها، كما تحتاج إليه ليتولى مباشرة العقد عنها حتى لا تتسبب للوقاحة، وتضطر لاقترام مجلس الرجال، منهنايبرز دور وليها في عقد زواجها، فهو الذي يساعدها على الاختيار، ويرضا لها بالكفء، ويباشر العقد عنها.

غير أنه في المقابل ليس للولي السلطة المطلقة والحرية الكاملة في تزويج المرأة، بل تنقيد سلطته وتتوقف حريته بعدم الإضرار بموليته وتحقيق مصلحتها، لأن الولاية في الزواج ما شرعت إلا لهذا الغرض، وعلى هذا الأساس رسم الشرع بين سلطة الولي، وقيدها بعدم إجبار المرأة على الزواج أو إكراهها عليه، وعدم منعها ممن ترغب الزواج به إذا كان كفئا لها.

وقد تم التوصل إلى بعض النتائج أهمها :

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، ولا أن توكل غير وليها في تزويجها، وإنما الذي يزوجها وليها، فهو الذي يباشر عقد النكاح عنها، لأنه لا عبارة لها في النكاح مطلقا، وإن عقدت بنفسها، فالعقد يقع باطلا.
- أجاز الحنفية للمرأة أن تلي عقد نكاحها بالأصالة عن نفسها أو بولاية عن غيرها، وليس لوليها حق الاعتراض إلا إذا كان الخاطب غير كفء، أو بمهر أقل من مهر المثل، فيكون له في هذه الحالة حق الاعتراض على الزواج وطلب فسخه.
- المشرع اعتبر وجود الولي كعدمه، خصوصا بعد أن أصبح رضا الزوجين الركن الأساسي والوحيد في العقد، كما أنه أجاز للمرأة الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها، واشترط فقط حضور الولي دون أن تبين دوره الفعلي، ولم يرتب عن تخلفه أي أثر، مما يدفع للقول أن الولي في زواج المرأة أصبح أمرا شكليا.

- لا يجوز للولي أن يجبر المرأة البالغة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، على الاقتران بمن لا ترغب أو تريده زوجها لها، بل على الولي استئذان المرأة -باعتباره من يباشر عقد نكاحها- للتأكد من رضاها وموافقتها.
- لا يجوز للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج بمن رغبت إذا كان كفئا له وبصداق المثل، وإلا عد ظالما ومتعسفا في استعمال حقه، وبالتالي يحرم من الولاية، وتنتقل للقاضي.

الهوامش

- 1- ينظر عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ط 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002، ص 64.
- 2- الرأي الثالث: هو لمحمد بن الحسن ومفاده أن العقد يقع صحيحا لكنه موقوف على إجازة الولي، فإن أجازته نفذ، وإلا بطل. الرأي الرابع: هو لأبي ثور من الشافعية الذي ذهب إلى أن الزواج صحيح إذا أذن الولي للمرأة، وباطل إذا لم يأذن. الرأي الخامس: للظاهرية الذين ذهبوا إلى أن المرأة لها الحق في أن تعقد على نفسها إن كانت ثيبا ويكون العقد صحيحا، وليس لها ذلك إن كانت بكرا. الرأي السادس: للشعبي والزهري حيث ذهبوا إلى أن الزواج صحيح في الكفء وباطل في غيره. ينظر نضال محمد عبد المعطي أبو سنيّة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2006، ص 99، 100.
- 3- ينظر شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر، ج 5، ص 10، وعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 247.
- 4- ينظر الكاساني، المرجع السابق، ص 247، وحسن أحمد عبد الغني سمرة، الولاية والشهادة في عقد النكاح، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 50، السنة 13، المملكة العربية السعودية، 2001، ص 57.
- 5- السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 10.
- 6- السيد سابق، فقه السنة، ط 4، دار الفكر، بيروت، سنة 1983، ص 114.
- 7- سورة البقرة، الآية 232.
- 8- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996، ج 2، ص 100، وينظر الكاساني، المرجع السابق، ص 248.
- 9- سورة البقرة، الآية 230.
- 10- ينظر الكاساني، المرجع السابق، ص 248.
- 11- سورة البقرة، الآية 234.
- 12- الجصاص، المرجع السابق، ص 101.
- 13- رواه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 1461، ص 558، 559.
- 14- رواه أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، الرياض، دون سنة نشر، كتاب النكاح، باب في الثيب، رقم الحديث 2100، ص 239.
- 15- رواه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار

- الدولية، الرياض، دون سنة النشر، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم الحديث 1874، ص 204.
- 16- ينظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي تم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 255.
- 17- نضال محمد عبد المعطي أبو سنيينة، المرجع السابق، ص 105، 106.
- 18- رواه مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما لا يبين من التمليك، ص 555.
- 19- السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 12.
- 20- الكاساني، المرجع السابق، ص 248.
- 21- ينظر محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص المذهب المالكي والتبنيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1987، ص 332، وأبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، دون سنة النشر، ج 1، ص 280، 281.
- 22- ينظر أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البغدادي البصري الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 38.
- 23- ينظر موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 345.
- 24- ينظر ابن قدامة، المرجع السابق، ص 345، والسيد سابق، المرجع السابق، ص 113، وأبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ج 3، ص 462.
- 25- سورة البقرة، الآية 232.
- 26- القرطبي، المرجع السابق، ج 4، ص 103، 104.
- 27- ينظر محمد بن إدريس الشافعي القرشي، موسوعة الإمام الشافعي - كتاب الأم -، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000، ص 32، وشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 198.
- 28- الأكحل بن حواء، الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، (بحث مقارنة)، دبلوم الدراسات العليا (القانون الخاص)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 1974، ص 16.
- 29- سورة البقرة، الآية 221.
- 30- القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 462.
- 31- سورة النور، الآية 32.
- 32- رواه أبو داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث 2085، ص

- 238، وابن ماجه، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1880، ص 204، 205.
- 33- رواه أبو داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث 2087، ص 237، وابن ماجه، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1837، ص 204.
- 34- رواه ابن ماجه، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1882، ص 1890.
- 35- رواه مالك بن أنس، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، ص 525.
- 36- ينظر محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، ط 1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2006، ص 330.
- 37- ينظر حسين أحمد عبد الغني سمرة، المرجع السابق، ص 56.
- 38- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، دون سنة النشر المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ص 1104.
- 39- ينظر الشحات إبراهيم منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دون دار النشر، دون مكان النشر، دون سنة النشر، ص 101، 102، وأحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، 2000-2001، ص 126.
- 40- الأكل بن حواء، المرجع السابق، ص 23.
- 41- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 151.
- 42- ينظر نضال عبد المعطي أبو سنيّة، المرجع السابق، ص 127-130، وفيصل بن سعد تليلائي، إسقاط ركن الولي من عقد الزواج مقدمة للزواج السري، مجلة المعيار، العدد التاسع، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، جويلية 2004، ص 187.
- 43- ينظر الشحات إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 111.
- 44- كانت تنص المادة 11 من ق أ على: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".
- 45- الجزائر، المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2001/01/32، ملف رقم 253366، م ق، لسنة 2202، العدد الثاني، ص 440.
- 46- مجلة مجلس الأمة، العدد العشرون، الجزائر، أفريل/ماي 2005، ص 5.
- 47- المرسوم التنفيذي رقم 59-1082، الصادر في 17 سبتمبر 1959، (ج ر، المؤرخة في

- 1959/9/18)، المتضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 59-274، المؤرخ في 4 فيفري 1959، المتعلق بتنظيم عقود الزواج في الجزائر، (ج ر، المؤرخة في 11/2/1959).
- 48- تنص المادة الثانية من المرسوم رقم 59-1082 على: "ينعقد الزواج بتراضي الزوجين ويكون العقد باطلا إذا لم يكن التعبير على الرضا شفويا وصادرا عن الزوجين شخصا بحضرة شاهدين بالغين".
- 49- م ع (غ ق خ)، قرار بتاريخ 1966/12/7، قرار غير منشور.
- 50- الكاساني، المرجع السابق، ص 242، السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 2.
- 51- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المحلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، الأردن، دون سنة النشر، المرجع السابق، ص 1600.
- 52- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 399.
- 53- رواء البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم 5136، ص 1018، ومسلم، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1419، ص 558.
- 54- البخاري، المرجع السابق، ص 1018.
- 55- حديث سبق تخريجه.
- 56- حديث سبق تخريجه.
- 57- ينظر عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 2، دار النفائس، الأردن، 1997، ص 146، وسهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2008، ص 32.
- (58)- إن للبكر في مذهب المالكية حالات ليس لأبيها إجبارها وهي:- البكر العانس: في رواية عن مالك، والمشهور إجبارها ولو كانت عانسا، وهي من طالت إقامتها ببيت أهلها بعد بلوغها. - البكر التي رشحها أبوها: وهذا هو المشهور من المذهب خلافا لابن عبد البر. - البكر التي دخل بها زوجها وأقامت في بيته سنة كاملة، ثم تأيمنت وهي بكر. - اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها الفساد، إما في دينها أو في دنياها، فللولي أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين، وذلك بعد إذن القاضي، ينظر أبو عبد الله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1899، ص 176.
- 59- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 399.
- 60- بالشروط التالية:- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة. - أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة

أبدا ظاهرة معروفة لأهل الحي، فلو زوجها لمن يكرهها أو يريد بها سوء، فإنه لا يصح-أن يكون الزوج كفوًا-أن يكون المهر من نقد البلد-أن يكون الزواج بمهر المثل-أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر-أن لا يكون قد وجب عليها الحج، فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي، ولها غرض في تعجيل براءة ذمته، ينظر الشرييني، المرجع السابق، ص 200، 201.

61- حديث سبق تخريجه.

62- سهاد حسن البياري، المرجع السابق، ص 33.

63- المرجع السابق، ص 33.

64- روي عن الحسن البصري أن أباهما يزوجها ولو كانت كارهة، وروي أيضا عن إبراهيم النخعي أنه قال: يزوجها أبوها إن كانت في عياله، وأما إن كانت بائنة في بيتها مع عيالها فلا يزوجها حتى تستأمر، ينظر ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 406.

65- حديث سبق تخريجه.

66- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 348.

67- ينظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ط 1، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، 2001، ج 9، ص 98 وما يليها.

68- حديث سبق تخريجه.

69- رواه أبو داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب في الثيب، حديث رقم 2101، ص 239.

70- ينظر عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 350، وسهاد حسن البياري، المرجع السابق، ص 37.

71- الكاساني، المرجع السابق، ص 244.

72- الخرشي، المرجع السابق، ص 176.

73- ابن نجيم، المرجع السابق، ص 205.

74- ابن الهمام، المرجع السابق، ص 262.

75- الكاساني، المرجع السابق، ص 244.

76- الخرشي، المرجع السابق، ص 176.

77- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 410.

78- حديث سبق تخريجه.

79- ينظر الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص 1192.

80- ينظر ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 100، 101.

- 81- الكاساني، المرجع السابق، ص 244.
- 82- الخرشي، المرجع السابق، ص 176.
- 83- الشرييني، المرجع السابق، ص 202.
- 84- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 411.
- 85- كانت تنص المادة 13 من ق أ على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".
- 86- الجزائر، المجلس الأعلى، غ ج، قرار صادر بتاريخ 1968/03/31، م ج، لسنة 1968، العدد الرابع، ص 1205.
- 87- الجزائر، المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، م ق، لسنة 2003، العدد الثاني، ص 267.
- 88- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، 2004، ص 607.
- 89- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون سنة النشرم 4، ص 2988.
- 90- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 148.
- 91- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 4، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997، ص 6720.
- 92- سورة البقرة، الآية 232.
- 93- السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 13، 14.
- 94- المرجع السابق، ج 5، ص 14.
- 95- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6721.
- 96- الخرشي، المرجع السابق، ص 189.
- 97- ينظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6722.
- 98- ابن نجيم، المرجع السابق، ص 223.
- 99- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، الشهير بابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، دار السلام، مصر، 1995، ص 1261.
- 100- الشرييني، المرجع السابق، ص 206.
- 101- رواء أبو داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث 2087، ص

- 237، وابن ماجه، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1837، ص 204.
- 102- سهاد حسن البياري، المرجع السابق، ص 108.
- 103- بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، ط 2، مطبعة التأليف، مصر، 1961، ص 129.
- 104- الشريبي، المرجع السابق، ص 206.
- 105- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 383.
- 106- حديث سبق تخريجه.
- 107- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 383.
- 108- سهاد حسن البياري، المرجع السابق، ص 110.
- 109- الشريبي، المرجع السابق، ص 206.
- 110- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص 123.
- 111- الجزائر، المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، م ق لسنة 1994، العدد 3، ص 66.
- 112- حليلة آيتحمودي، حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، رقم 01-2000، ص 69، 70.