

تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج: دراسة تأصيلية مقارنة

*The guardian's abuse of the right of marriage guardianship
An original comparative study*

أ. د حاج بن علي محمد⁽²⁾

أستاذ - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف (الجزائر)

mohamed.hadjbenali@yahoo.fr

تاريخ النشر

02 نوفمبر 2021

ط. د عمير هاجرة⁽¹⁾

باحثة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف (الجزائر)

h.omeir@univ-chlef.dz

تاريخ الارسال:

10 أفريل 2021

تاريخ القبول:

09 أكتوبر 2021

المخلص:

يعتبر الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى، ولا يقوم هذا العقد إلا بتوفر أركان؛ ومن بين أهمها (الرضا والولاية). فالرضا يعتبر أهم ركن يقوم عليه عقد الزواج، والولي هو الذي يأذن وهو الذي يباشر هذا العقد نيابة عن من له ولايته، ولقد أضحى الولي يتعسف في استعمال هذا الحق؛ من خلال عدو صور من بين أهمها، أن يعضل من يتولى زوجها، أو أن يزوجه بغير رضاها إما بإجبارها على الزواج، أو بالإفتيات عليها؛ وهذه الصور الأخيرة قليلا ما تتصورها في ظل قانون الأسرة الجزائري المعدل، الذي يعطي للمرأة البالغة الولاية على نفسها، وبذلك يمكن أن تتصور في هذه الحالة أن يكون الولي هو المعضول في ممارسة حقه الشرعي، وتأسيسا على ذلك فلا يمكن تصور هذه الصور وفقا لقانون الأسرة الجزائري إلا في زواج القاصرة، وإن كان المشرع قد تصدى لصورة التعسف في التزويج القاصرة بغير رضاها في ظل ذلك القانون .

الكلمات المفتاحية: التعسف - العضل في الزواج - الإفتيات على المرأة - قانون الأسرة.

Abstract:

Marriage is considered a divine system legislated by God Almighty, and this contract is only established by the availability of pillars; Among the most important are satisfaction and guardianship. Consent is considered the most important pillar on which the marriage contract is based, and the guardian is the one who authorizes and undertakes this contract on behalf of the one who has his guardianship, and the guardian has become abusive in using this right; Through several forms, among the most important of them, that he misleads the one who takes care of her marriage, or that he marries her without her consent, either by forcing her to marry, or through fatwas against her; These last pictures are rarely imagined under the amended Algerian family law, which gives the adult woman guardianship over herself, and so we can imagine in this case that the guardian is the one who is disabled in exercising his legal right, and based on that, these pictures cannot be imagined according to the Algerian family law Except in the marriage of a minor, although the legislator has addressed the form of abuse in the marriage of a minor without her consent under that law.

key words: Abuse - Intramuscularly in marriage - Girls against women - Family law



مقدمة:

يعتبر الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمها، فأضى عليه قدسية خاصة وجعله من أسمى العقود لعظيم أثره، ولقد عني هذا العقد بعناية تشريعية من قبل الشارع الحكيم، حيث نظم أحكامه وأسس أركانه وجعله لا يقوم إلا بتوفر أركان تتمثل في (الرضا وكذا الولاية والشهادة والصداق)، وإن اختلف فقهاء المذاهب السنية في تصنيف هذه الأركان.

حيث يعتبر الرضا أهم ركن يقوم عليه الزواج فهو الذي يحدد توافق الإرادتين من إيجاب وقبول، غير أن رضا المرأة يختلف عن رضا الرجل، فرضا المرأة مرتكزا على قبول الولي أيضا وكذا يكون هو الممثل والوكيل في التعبير عن إرادتها عند انعقاد الزواج، فلا تكاح للمرأة إلا بوليها، وهذا ما شرعته الشريعة وما تعارف عليه الناس والمعروف بين الناس بمنزلة المشروط. ورغم المكانة الهامة التي منحها الشارع الحكيم للأب والمتمثلة في حق توليه أمور أبناءه بصفة عامة وتوليه مباشرة عقد زواج موليته والذي هو في الأصل هبة من الله سبحانه وتعالى لعباده، إلا أن هذا الحق شرع كوسيلة لغاية وهي تحقيق مقصد الشارع من هذا الحكم، والمتمثلة في تحقيق مصلحة من يشرف على ولايتها.

ونافذة القول أن هذه المزية الضدية والمتمثلة في الولاية ليست مطلقة، فلها ضوابط تحكمها ومن بينها (استئذان المرأة في الزواج)، وعليه فعلى الولي التقيد بهذه الضوابط عند توليه أمور موليته في الزواج، وأن لا يسيء استعمال هذا الحق الذي نصب في الأصل لتحقيق مقصد الشارع الحكيم.

وبالرغم من الضوابط التي قيدت الولي حتى لا يسيء استعمال حقه، إلا أن هذا الأخير ينظر للولاية على أنها حق مطلق لا ينازعه فيه أحد، فيرى أن موليته هي ملكه له تسيير أمورها كيفما يشاء حتى وإن وصل في استبداده إلى المغالاة في التعسف والظلم، وعليه وتبعاً لما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية: متى يعتبر ممارسة الولي لحقه في الولاية تعسفاً وكيف تصدى الفقه والقانون لهذا التعسف؟

وللإجابة عن الإشكالية أمكن طرح بعض التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما هي أبرز صور تعسف الولي عند توليه عقد زواج موليته؟
- ما هو موقف فقهاء المذاهب من حالات تعسف الولي؟
- ما هو موقف المشرع الجزائري من تعسفات الولي في عقد الزواج؟ وكيف تصدى المشرع لهذه الصورة؟

وفي سبيل الإجابة على الإشكالية والأسئلة الفرعية تم اعتماد على المنهج التحليلي المقارن، والذي يعتمد بحسب الأصل على الدراسة التأصيلية المقارنة لكل عنصر من عناصره، ويظهر ذلك من خلال تتبع النصوص الشرعية مع بيان المسائل الفقهية، ويكون ذلك بتسليط الضوء على آراء الفقهاء وأدلتهم، وتحليلها وبيان راجحها من مرجوحها، ثم مقارنة ذلك بموقف المشرع الجزائري من كل مسألة، كما تم عزو الأيات إلى محلها، وتخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، مع بيان درجتها.

ولقد آثرت تقسيم الدراسة إلى مبحثين، اشتمل كل واحد منهما على مطلبين، حيث جاء عنوان المبحث الأول تحت تسمية تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج، تضمن المطلب الأول صور العضل في الزواج وحكم الولي العاضل، وذلك من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي من ذلك، وأما في المطلب الثاني من هذا المبحث تعرضت إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في عضل موليته عن الزوج.

وفي المبحث الثاني من هذه الدراسة تم التطرق إلى صور أخرى من التعسفات الصادرة من الولي في إطار توليه عقد الزواج، والمتمثلة في تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها، قسمته هو الآخر إلى مطلبين، عالجت في مطلبه الأول صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها، وأما في مطلبه الثاني فقد أبرزت من خلاله موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها.

المبحث الأول: تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج

تعتبر الولاية على النفس حق للولي في تولي شؤون المولى عليها بما يكون في ذلك صلاحاً لها؛ حيث يقوم الولي بتولي زواج ابنته سواء كانت بكرًا أم ثيبًا وسواء كانت بالغة أم قاصدة، غير أن الولي قد ينحرف عن الغاية الشرعية التي قصدها الشارع الحكيم من تشريع هذا الحق، فيتعسف في استعمال حق الولاية على نحو يضر بموليته، وتطبيقاً لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى صور العضل في الزواج وحكم الولي العاضل وذلك من خلال المطلب الأول، وأما في المطلب الثاني فسنتشير إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج.

المطلب الأول: صور العضل في الزواج وحكم الولي العاضل

سنطرق في هذا الشأن إلى تعداد صور تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج وهذا في الفرع الأول، وأما في الفرع الثاني فسنبين من خلاله حكم الولي العاضل.

الفرع الأول: صور العضل في الزواج

اختلف الفقهاء في تحديد متى يكون الولي عاضلا عن تزويج موليته ومتى لا يكون عاضلا عن ذلك، ويمكن إجمال هذا الخلاف في ثلاث صور ألا وهما؛ منع الولي المرأة من الزواج بالكفاءة (أولا)، أو أن يرغب الولي بتزويجها من كفاء وترغب هي بكفاء آخر (ثانيا)، أو إمتناع الولي من تزويج موليته بكفاء بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها (ثالثا). وستعرض في هذا الصدد إلى كل صورة على حدا.

أولا - منع الولي المرأة من الزواج بكفاء:

فبالنسبة لمنع الولي المرأة من الزواج بكفاء، إنقسم الفقهاء في ذلك كل حسب رأيه؛ فعند الحنفية يرون بأن الولي يعد عاضلا إن منع موليته من الزواج بالكفاء الذي رغبت به، ويصير عقدها في هذه الحالة بمنزلة عقدا بنفسه، وأما إذا تخلف شرط الكفاءة في هذه الصورة لم يكن الولي حينها عاضلا لثبوت حقه بها، ولا يشترط تكرار العضل حتى تزوج نفسها بل يكفي ثبوته مرة واحدة¹.

وعليه فوفقا للمذهب الحنفي فالحرمة البالغة العاقلة إذا طلبت الزواج من كفاء وجب على الولي تزويجها من الكفاء الذي إختارته، لأنه منهي عن العضل لتحقيق شرط الكفاءة والبلوغ بالنسبة لموليته، وبإمتناعه يكون قد أضر بها، ولأن النهي عن الشيء أمر بضده، فيرفع الأمر للقاضي أو الحاكم لأنه منصب عن دفع الضرر، فتنقل الولاية إلى هذا الأخير، معاملة بتقيض قصد الولي العاضل².

ويرى المالكية أنه على الولي وجوبا الإجابة لكفاء رضيت به البنت غير المجرأة (أي البالغة)³، فإذا منعها الولي من الزواج بالكفاء الذي رغبت به، فإنه لا يعد عاضلا حتى يثبت أن منعها من الكفاء الذي إختارته قد سبب لها ضررا (كتفويت فرصة زواج وهي على مشارف العنوسة)، أو أن ذلك الضرر كان متعمدا - ناهيك على اشتراط تكرار المنع عدة مرات وليس برد أول خاطب لها - فيصير الأمر عندئذ للقاضي ليرفع عنها الظلم، لأنه منصب على رفع المظالم⁴. ويؤيد ذلك ما جاء في المدونة الكبرى⁵ (قالت): رأيت البكر إذا رد الأب عنها خاطبا أو خاطبين، أيكون الأب في أول خاطب رد عنها معضلا لها (قال): أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الأبيكار، إلا أن يكون مضارا أو معضلا لها، فإن عرف ذلك منه، وأرادت الجارية النكاح فإن السلطان يقول له: إما أن تزوج أو أزوج عنك⁵.

ونافذة القول فامالكية يرون أن الأب بما جبل عليه من الحنان والشفقة قد يرى في الخاطب ما لا تراه الفتاة - لأنه لا يعرف أحوال الرجال إلا الرجال - أو قد يرى في ابنته ما لا تستطيع معه موافقة هذا الخاطب، بأن يكونوا غير مناسبين لبعضهما، فيكون رده دفعا للضرر

عنها، وأما إذا تكرر الرد من الولي لدرجة إلحاق الضرر بموليته فهنا يثبت قصده ونيته في الإضرار بها، وهذا معيار كافٍ من حيث الباعث الدافع على إساءة استعمال الحق، وطبقاً لذلك تسلب الولاية من الولي وتنتقل إلى السلطان⁶.

وأما بالنسبة للشافعية فيرون أنه إذا طلبت البالغة العاقلة الزواج من كفاء ولو عينين أو محبوب بشرط أن يخطبها وأن تعينه، وامتنع الولي من تزويجها منه فهو في حكم الولي العاضل، بخلاف ما لو دعته إلى غير كفاء فلا يكون إمتناعه عضلاً، لثبوت حقه في المنع لإندام الكفاءة⁷.

كما يرى الحنابلة في هذا الشأن أن منع الولي موليته من الزواج بكفؤاً رضيت به ورغب بها بما يصح مهراً (ولو كان أقل من مهر مثيلاتها)، كان الولي في هذه الحالة عاضلاً وترفع أمرها للسلطان ليزوجها⁸.

وعليه فلورضيت بغير كفاء كان للولي حق الامتناع ولا يعد بذلك عاضلاً، وأما إن عينت كفؤاً وعين الولي كفؤاً غيره فإن تعيينها يقدم عليه؛ بمعنى يقدم الكفاء الذي رغبت به زوجها لها عن الخاطب الذي رغب به الولي حتى ولو كان ما اختاره الولي كفؤاً لها، وتأسيساً على ذلك يعد امتناع هذا الأخير من تزويج موليته بكفئها عضلاً عن الزواج، وتعسفاً في استعمال الحق من حيث الباعث والمآل⁹.

وتماشياً مع ما تم ذكره فقد قال ابن أبي موسى " أن الولي إذا زوج بغير كفاء يفسق وتفسق المرأة بذلك إن رضيت". وقال ابن عقيل في العضل " لا يفسق إلا أن يتكرر الخطاب وهو يمنح، أو يعضل جماعة من مولاته دفعة واحدة، فإذا تصير الصغيرة في حكم الكبيرة. وينبغي أن يقال في التزوج بغير كفاء كذلك. ثم لا بد من تقييد ذلك في الموضوعين بالعلم". وقد ذكر أبو العباس من صور العضل إذا إمتنع الخطاب من خطبتها لشدة الولي والله أعلم. وفي هذا الشأن سنتناول آراء المذاهب بخصوص ما إذا دعته إلى كفاء ودعاها إلى كفاء آخر¹⁰.

ثانياً - أن تطلب الزواج من كفاء ويرغب وليها في كفاء آخر:

ولقد إنقسم الفقهاء في مسألة أن تطلب المرأة الزواج من كفاء ويرغب وليها في كفاء آخر كل حسب قوله:

فالحنفية يرون بأن في المسألة قولين:

القول الأول: إعتبار الولي عاضلاً إن منع موليته من الزواج بكفاء حتى وإن اختار كفاء آخر لها

يرى أصحاب هذا القول أن الولي يعتبر عاضلاً إن منع موليته من الزواج ممن رغبت به وكان كفؤاً لها، حتى ولو كان ما إختاره زوجها لها لا يقل كفاءةً عن من رغبت به، حيث يرون أنه لا

مبرر لتقديم كفته من الكفاءة الذي رغبت به زوجها لها، وناهيك على أن ولايته لها هي ولاية اختيار لا إيجاب تكون أنها بالغة عاقلة¹¹.

القول الثاني: عدم اعتبار الولي عاضلاً إن منع موليته من الزواج بكفاءة واختار هو كفاؤاً آخر لها

حيث يرى أصحاب هذا القول أن الولي لا يعتبر عاضلاً إن إختار كفاؤاً لخطبتها ومنعها من الزوج بالكفاءة الذي رغبت به، وذلك لأنهم يرون بالعزل ترفع الولاية من الولي إلى القاضي نيابة عنه لدفع الضرر عنها، والضرر مرفوع مع إرادته التزويج من كفاءة آخر، بمعنى أن الضرر يحصل إذا رغب لها بغير كفاؤاً وكانت من رغبت بها خاطباً لها تتحقق فيه شروط الكفاءة¹².

وأما المالكية فيرون فيما إذا دعت إلى كفاءة ودعا وليها إلى كفاءة آخر، فإن إمتناع الولي من تزويج موليته بالكفاءة الذي رغبت به يختلف من حيث كونه ولياً مجبراً أو غير مجبر. بالنسبة للولي المجرى؛ فإن كان الولي أباً مجبراً وإمتنع عن تزويج ابنته المجرىة، فلا يعد عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها وظهر ذلك بالفعل من حيث الباعث والمأل؛ كأن تكون ابنته موظفة وثبت استيلاؤه على أجرها، ويخشى أنها لو تزوجت ينقطع عنه هذا الأجر¹³.

ومن هذا السياق ووفقاً لهذا المذهب فإن مجرد رد الولي الخاطب الكفاءة الذي رضيت به ابنته المجرىة فلا يعد عاضلاً حتى ولو تكرر منه الرد، سواء كان الخاطب الذي رده واحداً أو أكثر، فهو غير ملزم بالإجابة إلى أول خاطب كفاءة على أساس أنه أدى بمصلحة ابنته أكثر من غيره، ولقد ثبت أن الإمام مالك منع بناته من الزواج وقد رغب فيهن خيار الرجال، كما صدر أيضاً نفس الفعل عند العلماء الذين سبقوه كابن المسيب وبعده، ولم يكن قصدهم إلحاق الضرر ببناتهم- لأنهم أشفق على بناتهم وأدري من غيرهم وحتى من أنفسهن بما هو صالح أو طالح لهن- فلم يعتبر واحداً منهم عاضلاً¹⁴.

وأما الولي غير المجرى فإن إمتنع من تزويج موليته بالكفاءة الذي رضيت به فإن الحاكم يسأله عن وجه إمتناعه، فإن أبدى وجهاً ورآه صواباً ردها إليه، وإن لم يبد وجهاً صحيحاً أمر بتزويجها، فإن إمتنع من تزويجها بعد الأمر زوجها الحاكم، وناقلة القول إن كان رفضه للإضرار بها- وهنا ثبت قصده في الإضرار ويدل على ذلك الدافع الباعث على القيام بالفعل- رفعت أمرها للسلطان حتى إذا تبين قصده الإضرار زوجها السلطان بمن رغبت به¹⁵.

فأما الشافعية فيرون أن في مسألة تزويج الولي المولى عليها بالكفاءة الذي رغب به ومنعها من الكفاءة الذي رضيت به، لا بد من التمييز بين الولي المجرى وغير المجرى.

فبالنسبة للولي المجرى فإن منع موليته من الزوج بالكفاءة الذي رغبت به، وتزويجها بالكفاءة الذي رضي به، فإن المسألة يحكمها قولين:

القول الأول: اعتبار الولي عاضلا

يرى أصحاب هذا القول أن الولي يعتبر عاضلا إن منع موليته من الزواج بالكفاءة الذي رغبت به، رغبةً منه بتزويجها بكفاءةٍ آخر، حيث يرون أن حقه في الكفاءة قد تحقق، فلا يمنعها حقها بمن رغبت الزواج منه.

القول الثاني: عدم اعتبار الولي عاضلا

يرى أنصار هذا القول أن الولي إن منع موليته من الزواج بمن رغبت به وكان كفوًا لها، قاصد من وراء ذلك تزويجها بكفاءةٍ آخر لا يعتبر حينها عاضلا، وذلك لأنه يجبرها ابتداءً على الزواج بمن رغب بناء على سلطته بالولاية، ثم إن له نوع حق في الكفاءة، لما ثبت أن الأولياء يعيرون بمصاهرتهم من هو دونهم وإن كان كفوًا¹⁶.

وأما إن كان الولي غير مجبرا فليس له تزويجها من غير الذي عينته جزما¹⁷.

ويرى الحنابلة أنه في هذه الحالة يقدم الذي إختارته، فإن إمتنع من تزويجها كان عاضلا؛ ذلك لأنهم يرون أن النكاح إنما يراد للرغبة فلا تجبر على من لا ترغب فيه، وأما إن طلبت تزويجها من غير كفاءة فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا، كما يعتبر الولي عندهم عاضلا، في حالة عزوف الخطاب عن خطبتها لشدة الولي¹⁸.

ثالثا - امتناع الولي من تزويج موليته بكفئتها بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها:

إختلف الفقهاء في مسألة إمتناع الولي من تزويج موليته بكفئتها بسبب نقصان مهرها عن مهر مثيلاتها إلى قولين:

القول الأول: إمتناع الولي من تزويج الولي عليها بأقل من مهر المثل

وقد قال بذلك الحنفية؛ حيث يرون أن للولي الإمتناع من تزويج المولى عليها بأقل من مهر المثل ولا يعد بذلك عاضلا عن تزويجها؛ فهم يرون أن نقصان المهر فيه من الخزي والعار ما يسبب ضررا ببقية النساء، واستدلوا في ذلك أن للأولياء حقا في المهر، لأنهم يتفاخرون بغلاء المهر ويتعيبون ببخسه ونقصانه، فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيب، فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض¹⁹.

وتماشيا مع ما تم ذكره يثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة فكذلك هنا²⁰، كما استدلوا أيضا أن في نقصان المهر عن مهر مثيلاتها ضررا يلحق مثيلاتها من النساء من أهل قبيلتها، وتأسيسا على ذلك كان للأولياء حق دفع الضرر عن أنفسهم؛ لأنه عند تقادم العهد يعد مهر نسائهم بمهرها، فيرجع الضرر عليهم فكان له دفعه ابتداء²¹.

القول الثاني: ليس للولي منعها من النكاح بأقل من مهر المثل

وهذا القول جاء به المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ حيث يرون أنه ليس للولي منعها من النكاح بمهر أقل من مهر مثيلاتها إذا رضيت به فإن إمتنع عد عاضلا لها، فهم يرون أن المهر حق للمرأة وعوض تختص به، فلم يكن لهم الإعتراض عليها فيه (كثمن عبدها وأجره دارها)، وقد استدلتوا بقولهم ما جاء في حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه في قصة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم، وأيضا قوله عليه الصلاة والسلام للرجل الذي طلب الزواج بها التمس ولو خاتما من حديد²².

والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني بأنه ليس للولي الإمتناع من تزويج مواليته بأقل من مهر المثل، فإن امتنع عد عاضلا عن تزويجها، وسبب ترجيح هذا القول لقوة أدلته، ولأنه موافق لما حث عليه الشارع من عدم المغالاة في المهور والتباهي بها، والذي يؤدي إلى الحد من الإقبال على الزواج²³.

الفرع الثاني: حكم الولي العاضل

سبق الإشارة أن العضل يتحقق إما في صورة نقصان المهر عن مهر المثل، أو رغبت المولى عنها بالزواج من كفاء وإمتناع الولي من تزويجها- وتحقق القيام بذات المنع مرات عدة- أو أن ترغب في كفاء ويرغب وليها في كفاء آخر، فيمنعها مما إختارته، فإنه وفق هذه الصور يتحقق عضل الولي مواليته من الزواج، ويعتبر فعله من قبيل التعسف في استعمال حق الولاية، ويظهر ذلك من خلال القرائن الدالة على انصراف قصده إلى الإضرار بمواليته، أو تحقق غايته غير المشروعة والتي يبتغيها من وراء هذا الفعل، فتسقط عندئذ الولاية عنه وتنتقل إلى غيره كجزاء لتعسفه في استعمال حق الولاية، ومعاملة له بنقيض قصده.

وما تجدر إليه الإشارة في هذا السياق أن الفقهاء قد اختلفوا في هاته المسألة، وتباينت آراءهم في مسألة من تنتقل له الولاية إن تحقق تعسف الولي في استعمال حق الولاية، وتماشيا مع نسق الدراسة فسوف نتطرق إلى هذا الخلاف وذلك من خلال قولين، يتمثل القول الأول في أن الولاية تنتقل بالعضل إلى السلطان (القاضي)، وأما القول الثاني فيرى أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد.

القول الأول: الولاية تنتقل بالعضل إلى السلطان (القاضي)

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية في الراجح عندهم والشافعية والحنابلة في قول، حيث يرون أن الولاية تنتقل بالعضل إلى السلطان (القاضي) إن كان العضل دون ثلاث مرات²⁴، وذهب الظاهرية إلى انتقال ولاية التزويج في هذه الحالة إلى القاضي فيزوجها بالولاية العامة أو النيابة الشرعية، واستدلوا على رأيهم بأن العضل مظلمة من الولي لمواليته،

والمخول شرعا برفع المظالم هو الحاكم المسلم (القاضي) بصفته ناظرا للرعية ورافع للمظالم عنهم، وبالتالي فإن الحاكم (القاضي) يتولى تزويج المولى عليها نيابة عن الولي العاضل مع بقاء الولاية للأقرب في الأمور الأخرى، أو في تزويجها مرة ثانية²⁵.

وبناء على ذلك يكون قوة عقد الزواج الذي أبرمه الحاكم (أو القاضي) للمرأة المعضول في أمرها بنفس قوة عقد الولي العاضل (بقطع النظر ما إن كان أبا أو أبا أو غيره مهما كانت درجته)، وحجتهم في ذلك بأن الولاية للسلطان عند إختلاف الأولياء مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام "فإن اشتجروا فاستأمنوا وكلي من لا ولي له"²⁶، ويتمثل هذا الاشتجار في حالة ما إذا رأى الولي الممتنع أن الزوج غير كفاء، ويرى الولي الأبعد أنه كفاء، وتبعاً لذلك فإن إختلاف وجهات نظر كل واحد منهما يحتاج إلى الفصل بينهما، ويكون الحاكم (القاضي) أهل لذلك الفصل، فتنتقل الولاية له بدلا من انتقالها للولي الأبعد²⁷.

ثانيا - الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد؛

وهذا المشهور عن الإمام أحمد وهو الراجح من مذهبه، وقول آخر للمالكية أيضا؛ حيث يرون أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد لأنه أحق، وليس إلى الحاكم قياسا على حالة الغيبة، فالولي بإمتناعه عن التزويج صار كالعدم، فتنتقل الولاية إلى من بعده الأقرب فالأقرب، فإن عدموا جميعا إنتقلت الولاية إلى الحاكم، وهذا القول جاء به أيضا ابن عبد السلام من المالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة، كما يرون أن تكرر العضل أكثر من ثلاث مرات، فإن الولي بالعضل المتكرر صار فاسقا، ولا ولاية للفاسق في الزواج فتنتقل الولاية لمن هو أبعد منه كما لو كان شرب خمر²⁸.

والقول الأولى بالرجحان في مسألة انتقال الولاية هو القول الأول لقوة أدلته، كما أنا الحاكم هو الجهة المختصة برفع المظالم وإحقاق الحق وإقامة العدل، وكذلك فبان انتقال الولاية للحاكم بدل الولي الأقرب والأبعد، يعصم النزاع من أن يصل للتفكك الأسري، وذلك لأن مسألة انتقال الولاية وتنازع الأولياء في توليهم عقد زواج المرأة المعضول في أمرها، يذكي نار التباض والتمساحن بين العائلات فيفقد الأسرة طابعها التوحيدي والترابطي²⁹.

المطلب الثاني؛ موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في عضل موليته من الزواج

بالرجوع إلى قانون الأسرة - المعدل - نجد المشرع الجزائري ينص في المادة 11 من قانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984،³⁰ يتولى زواج المرأة ولبيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". فالمشرع الجزائري في هذا القانون كان يعتبر الولاية ركن في عقد الزواج، بحيث يترتب على عقد الزواج في حالة تخلف الولي البطلان، فالمرأة وفق هذا القانون حتى وإن كانت باغية لا تتولى ولاية نفسها، وإنما الذي له الولاية عليها هو أبوها، وفي حالة

العضل أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في مسألة انتقال الولاية في حالة العضل؛ بحيث أسند ولاية التزويج إلى القاضي وهو ما نصت عليه المادة 12 من نفس القانون السالف الذكر" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون"، وعليه يفهم من هذه النص أن المشرع اشترط أن يكون الزوج الذي رغبت به أصلح لها؛ بمعنى أن يكون كفوًا لها وهو ما أجمع عليه الفقهاء، وإذا منعها الولي من الزواج بالكفاءة الذي رغبت به يكون عاضلا وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري وفق النص السالف ذكره.

ومن زاوية أخرى أجاز المشرع الجزائري للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في منعها مصلحة لها، وهو ما جاء في المادة 2/12 من القانون السالف الذكر" غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

غير أن المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة السابق بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005³¹، أعطى للمرأة الحق في تولي عقد زوجها بنفسها، كما لها أن توكل ما شاءت في عقد زوجها متى كانت بالغة، بل وذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك بحيث جعل الولي في عقد زواج البالغة أمرا شكليا؛ بحيث إذا حضر لا يستشار وإذا غاب لا يشترط، فوفقا لهذه الحالة لا يمكن أن نتصور أي صورة للعضل، وذلك لأن المرأ لها الحرية والولاية على نفسها إذا كانت بالغة ولا ولاية للأب أو غيره من الأولياء عليها، وهو ما جاء في المادة 11 المعدلة من هذا القانون" تعقد المرأ الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون". ويفهم من هذا النص أن الولي في هذا النص هو العضول في ممارسة حقه الشرعي المتمثل في الولاية على عقد زواج موليته البالغة،

غير أنه يلاحظ من خلال الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر أن المشرع جعل الولاية على القاصرة ولاية إجبار، حيث نصت المادة 2/11 من نفس القانون" يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

وكخلاصة لما سبق ذكره يمكن القول أن العضل يعتبر إحدى صور تعسف الولي في الزواج وفق ما تم الإشارة إليه أنفاً، ويتحقق العضل في منع الولي المرأ من الزواج بكفاءة، وكذا أن تطلب الزواج من كفاءة ويرغب وليها في كفاءة أخرى، وأيضا إمتناع الولي من تزويج موليته بكفاءتها بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها، وقد إتضح من خلال هذه الصور موقف فقهاء المذاهب من كل صورة، كما ظهر في بعض الجوانب مواطن الاختلاف بينهما بخصوص هذه الصور، ورجحنا في نهاية كل صورة رأيا من كل مسألة، كما تم الإشارة إلى حكم الولي العاضل؛ أي إلى من تنتقل

له الولاية، فهناك من الفقهاء من أجمع على إنتقال الولاية في حالة العضل إلى السلطان (القاضي)، وهناك من جعل الولاية تنتقل في حالة العضل إلى الولي الأبعد.

وقد تجلى موقف المشرع الجزائري من ذلك على أن العضل لا يمكن تصوره في المرأه البالغة من خلال قانون الأسرة الجديد الذي مكن المرأه من تولي عقد زوجها بنفسها، أو توكل من شاءت في ذلك، وتأسيسا لذلك يكون الولي وفق هذا القانون المعدل بموجب الأمر 02-05 هو المعضول عن ممارسة حقه الشرعي، غير أن المشرع سلم الولي من زاوية أخرى توليه أمور زواج موليته القاصره فلا يتم الزواج إلا بإجازته، وعليه فلا يجوز للولي أبا كان أم غيره، أن يمنع المولى عليها من الزواج بالشخص الذي ترضاه خاصة إذا كان كفاء لها وصالح للزواج بها وكان في الزواج به صلاحا لها، فإن إمتنع بغير وجه حق أعتبر متعسفا في استعمال حق ولاية التزويج.

المبحث الثاني: تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

يحدث وأن يسيء الولي استعمال حقه الشرعي، فيتعسف في ممارسة هذا الحق إزاء من له الولاية عليها، فيجبرها على الزواج أو يزوجه بدون علمها وهو ما يسمى "بالإفتيات عليها"، وتعتبر هاتين الصورتين من أجل صور التعسف في ولاية التزويج إلى يومنا هذا، ناهيك عن الصورة التي تطرقنا إليها أنفا والمتمثلة في العضل، وعليه سنشير في هذا الصدد إلى تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج، ويكون ذلك من خلال التعرّيج إلى موقف الفقهاء من ذلك، وكذا الإشاره إلى تعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها أو ما يعرف "بالإفتيات"، ويتم التطرق إلى ذلك كله من خلال صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها (المطلب الأول)، وبعدها ووفقا لسياق الدراسة وتناغمها، لا بد من إبراز موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

سنعرض في هذا الصدد إلى صورتان لتعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها والذي سنتناوله من خلال فرعين، نتعرض في الفرع الأول إلى تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج، وأما في الفرع الثاني سنشير إلى تعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها (الإفتيات على المرأه).

الفرع الأول: تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج

تباينت آراء الفقهاء في مسألة الإجبار وعلته ثبوتها، بالنسبة للبكر البالغة، والثيب الكبيرة، والصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، والبكر المرشده، وعليه سنتطرق في البدء إلى موقف الفقه

الإسلامي من تعسف الولي في إجبار البكر البالغة على الزواج (أولاً)، وبعدها نخرج على موقف الفقه الإسلامي أيضاً من تعسف الولي في إجبار الثيب الكبيرة على الزواج (ثانياً)، ثم نشير بعد ذلك إلى موقف الفقه أيضاً من تعسف الولي في إجبار الصغيرة على الزواج (ثالثاً)، ثم نختم هذا الفرع بموقف الفقه الإسلامي كذلك من تعسف الولي في إجبار البكر المرشدة على الزواج (رابعاً).

أولاً - موقف الفقه الإسلامي من تعسف الولي في إجبار البكر البالغة على الزواج

اختلف الفقهاء في مسألة ثبوت أو عدم ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة، فانقسموا إلى قولين، تمثل القول الأول في عدم ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة، وأما أصحاب القول الثاني فقالوا بثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة.

القول الأول: عدم ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة

وأصحاب هذا قول هم الحنفية ومن معهم من الظاهرية والإمام أحمد في أحد رأيه؛ حيث يرون عدم ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة، وأن رضاها شرط في صحة النكاح؛ بحيث يعتبر الولي متعسفاً عندما يجبر موليته البكر البالغة على الزواج، وهو ما ذهب إليه أيضاً الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وابن منذر، وكذا ابن قيم الجوزية³²، وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بما روي عن عائشة رضي الله عنها (أَنَّ فَتَاهُ، دَخَلَتْ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيْسَتَهُ، وَأَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ: اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبِيهَا" فَدَعَاهُ فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا"، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ أَجَزْتَ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنِّي أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلَلِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ؟³³)، كما استدلو أيضاً بما حدث للخنساء بنت خدام الأنصارية "أن أباهاً زَوَّجَهَا، وَهِيَ ثَيِّبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ فَدَعَاَهَا فَجَعَلَ الْأَمْرَ لَهَا".³⁴

وتأسيساً على ذلك قرر أهل العلم بطلان العقود التي تتم بالإكراه كالبيع والشراء والإيجار، وعليه فالقول بجواز إنكاح المرأة من غير رضاها مخالف للقاعدة العامة التي سنتها الشريعة الإسلامية، وقد قال في ذلك ابن قيم الجوزية "أن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أي شيء من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يزوجها بغير رضاها إلى من يريده وهي كارهة له، ومع هذا فينكحها إياه قهراً بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها أسيرة عنده، ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها".³⁵

القول الثاني: ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة

وهو قول المالكية ومن معهم من الشافعية، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه؛ حيث يرون أن ولاية الإجماع تثبت على البكر البالغة، وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى وإسحاق، وقد

استدل أصحاب هذا القول بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه سلم قال: "الأيِّمُ³⁶ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا"³⁷، وهذا الحديث يقسم النساء إلى شطرين، شطر يثبت حق المرأة بنفسها من وليها، وشرط يثبت أن ولي البكر أحق بنفسها منها، فجاز له إجبارها ولا يشترط رضاها، وأما ما جاء في الحديث من طلب إستئذنها فإنه يدل على الإستحباب لا على الوجوب.

وتأسيسا على ذلك إعتبر أصحاب هذا القول أن علة ثبوت ولاية الإجبار البكاره، فإن وجدت البكاره ثبت ولاية الإجبار على البكر، فإذا زالت عنها البكاره زال عنها الإجبار، وخالف هذا القول المالكية الذين ذهبوا إلى ثبوت ولاية الإجبار على الثيب الصغيرة بالرغم من زوال البكاره بسبب الصغر، وعليه وحتى لا يثبت تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج، يجب عليه أن يلتزم بالشروط التي وضعها أصحاب هذا القول وتمثل في (أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أن يزوجه من كفاء، أن يكون الزوج موسر بقدر الصداق، أن يزوجها بمهر المثل، وأن يكون من نقد البلد، وأن لا يزوجها ممن تتضرر بمعاشرتة، وأن لا يكون قد أوجب عليها الحج)³⁸.

ولقد قد ذهب الشافعية إلى تقسيم هذه الشروط إلى قسمين، القسم الأول تمثل في الشروط الثلاث الأولى، وأم القسم الثاني فتمثل في الشروط المتبقية، والتي اعتبروها شروط لجواز الإقدام على الزواج، ومن هذا الصدد فإذا تجاوز الولي هذه الشروط المذكورة آنفاً أعتبر متعسفا في تزويج موليته البكر البالغة، وبالرغم من أن علة ثبوت الإجبار البكاره، فإنهم يرون بوجوب استئذان البكر البالغة العاقلة وذلك لكثرة الأحاديث التي توجب ذلك³⁹.

ومن هذا الصدد يمكن القول أن الرأي الراجح في هذه المسألة هم أصحاب القول الأول؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلو بها وهو ما ظهر في قصة البنت التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذا قصة البنت التي زوجها وليها جبرا وهذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البلوغ يزيل الإجبار، حتى ولو كانت المولى عليها بكرا.

ثانيا - موقف الفقه الإسلامي من تعسف الولي في إجبار الثيب الكبيرة:

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الثيب البالغة لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين، وقد استدلل في ذلك ما حدث للخنساء بنت خدام الأنصارية "أن أباها زوجها، وهي ثيب، فكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ فَردَّ نِكَاحَهُ"⁴⁰، وقد عزز أصحاب هذا الرأي قولهم بما روي عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال "لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ، وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ"⁴¹، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الثيب

البالغة الرشيدة عاتمة بمقاصد النكاح مختبره له، فلا يجوز إجبارها عليه، فحالتها كحال الرجل تماما⁴².

وتماشيا مع ما سبق ذكره إنقسم فقهاء المذاهب بشأن صحة الزواج الذي يتم بغير إذن الثيب البالغة إلى قولين، حيث تمثل القول الأول في صحة عقد الزواج بدون إستئذان، وأما القول الثاني فتحور حول عدم صحة عقد الزواج بدون إستئذان.

القول الأول: صحة عقد الزواج بدون إستئذان

ذهب الكثير من فقهاء الحنفية والمالكية، وأحمد في إحدى روايته إلى صحة عقد الزواج، فلا يحتاج إلى إستئذان⁴³.

القول الثاني: عدم صحة عقد الزواج بدون إستئذان

ذهب الشافعية وأحمد في رواية أخرى إلى عدم صحة عقد الزواج، فلا بد من إستئذان الثيب الكبيرة على الزواج⁴⁴.

ثالثا - موقف الفقه الإسلامي من تعسف الولي في إجبار الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا :

اختلف فقهاء المذاهب كذلك في مسألة ثبوت أو عدم ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة- بقطع النظر ما إن كانت بكرا أم ثيبا- إلى قولين، تمثل القول الأول في ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة (بكرا كانت أم ثيبا)، وأما القول الثاني فتجسد في ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة البكر دون الثيب.

القول الأول: ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة (بكرا كانت أم ثيبا)

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية إلى ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة بقطع النظر ما إن كانت بكرا أم ثيبا؛ وذلك لأن الصغيرة عندهم ناقصة الأهلية فلا تستقل بأمر نفسها فيمن تختار من الأزواج، وقد استدلوا في ذلك من القرآن الكريم لقوله جل في علاه " وَاللَّائِي يَيْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ"⁴⁵، فالله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله جعل " اللائي لم يحضن" عدتهن ثلاثة أشهر قبل البلوغ⁴⁶، ومعلوم أن العدة لا تكون إلا من طلاق في نكاح، أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها⁴⁷، وأما عائشة رضي الله عنها قالت: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِهَا وَهِيَ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ"⁴⁸، ومن المعلوم أنها لم تكن في ذلك السن ممن يعتبر إذهنها، كما أن نكاح الرسول عليه الصلاة والسلام من عائشة رضي الله عنها لم يأت نص بأنه خصوص، فلنا أن تتأسى به لأن الرسول الكريم هو قدوة الأمة الإسلامية، مصدقا لما رواه ابن عباس- رضي الله عنهما: "لقد كان لكم في رسول الله أسوأ حسنة"⁴⁹، وهذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن كان للأب حق

إجبار موليته الصغيرة على الزواج سواء كانت بكرا أم شيبا، فيلزم عليه أن يقف عند حدود ولايته عليها، فلا يجبرها على الزواج، إلا إذا كان ما إختاره كضء لها، وإلا كان متعسفا في استعمال حق الولاية، وفي هذا قال عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - " لا تكروهوا فتياتكم على الذميم من الرجال، فإنهن يحببن من ذلك ما تحبون"⁵⁰.

القول الثاني: ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة البكر دون الشيب

وهو قول الشافعية؛ حيث ذهبوا إلى تخصيص الحكم على البكر الصغيرة دون الشيب الصغيرة، واستدلوا في ذلك ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ يَسْتَأْمُرُهَا أَبُوهَا"⁵¹، وعليه فالشيب وإن كانت صغيرة لا تجبر على الزواج، فليس من حق وليها أن يجبرها على الزواج إلا بإرادتها، وإلا أعتبر متعسفا وظالما ومتعد لحدود ولايته عليها، وتأسيسا على ذلك تخرج من هذا الحكم، والمتمثل في عدم ثبوت ولاية الإجبار عليها⁵².

ونافذة القول أن حق الإجبار وإن كان جائز عند الفقهاء، فأساس مشروعيته يرجع إلى مصلحة المولى عليهم؛ ذلك لأن الصغيرة لا تدرك وجه المصلحة في تصرفاتها، وأما بالنسبة للبنات البكر فأساس الولاية عليه هو عدم درايتها بأمور الزواج وعدم تبصرها بأحوال الرجال وقلة خبرتها في الحياة⁵³، لذلك أجازت الشريعة الغراء الولاية عليها حتى تتحقق مصالحها على أكمل وجه، غير أن هذا لا يعني ممارسة الولي حق الولاية بوجه مطلق، فالولاية وإن كانت حق إلا أنه ينبغي للولي أن يمارس هذا التكليف وفق ما شرعه الله، أي في إطار الحدود المرسومة له دون أن يجتاز أو يتجاوز تلك الحدود، وتطبيقا لذلك فيجب أن يتوافق قصد الولي مع قصد الشارع من تشريعه حق الولاية، فإذا انحرف الولي عن القصد الشرعي، وتعسف في استعمال حق الولاية، فإن تصرفه يكون باطل لناقضته قصد الشارع من تشريع ذلك الحكم.

رابعاً - موقف الفقه المالكي من تعسف الولي في إجبار البكر المرشدة على الزواج

ذهب المالكية كما سبق وأن ذكرنا إلى ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة، ولكنهم استثنوا من هذه الحالة البكر البالغة التي رشدها أبوها، ورفع الحجر عنها؛ لما رأى منها حسن التصرف والدراية والرزانة في أفعالها(بأن يقول لها مثلا رشدتك، أو أطلقت يدك في التصرف) فلا جبر له عليها وإلا أعتبر متعسفا وظالما ومتعد لحدود ولايته عليها، والتي أصبحت اختيارية بعد ترشيدته لها⁵⁴.

واستخلاصا لما سبق ذكره يتضح لنا إختلاف فقهاء المذاهب في علة الإجبار ولمن تثبت الولاية عليها؛ حيث نجد الحنفية والظاهرية جعلوا علة الإجبار الصغر والجنون، وأما الشافعية فجعلوا البكاره أساس ثبوت ولاية الإجبار، وأما المالكية والحنابلة جمعوا العلتين معا؛

أي سبب ثبوت ولاية الإيجابار عندهم الصغر والبقارة، غير أنه وبالرغم من إختلاف الفقهاء في علة ثبوت ولاية الإيجابار، إلا أنهم إتفقوا على أن حق ولاية الإيجابار ليس مطلق-بغض النظر عن علة ثبوتها- وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمولى عليها؛ ذلك أن حالة الإيجابار منوطه برعاية المصلحة وعدم الضرر كما هو الشأن في تزويج القاصرات- وقد إنتشرت هذه الظاهر في الآونة الأخير- والتي يرمي من خلالها الولي إسقاط النفقة عنه والحضانة عن زوجته، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة (كأن يزوج موليته جبرا من ثري طاعن في السن) ووفق هذه الصور يكون الولي متعسفا في استعمال حق ولاية التزويج.⁵⁵

وناهيك عن مسألة الإيجابار قد يتجاوز الولي حدود سلطته أيضا ليبرم عقد زواج موليته بغير علمها واذنها، فتجد نفسها متزوجة وفي ذمة رجل لا تعرف أنه زوجها وهذا ما يعرف بالإفتيات على المرأة، ففيما يتمثل الإفتيات؟ وما هو حكمه الشرعي؟ وما أثر عقد الزواج في حال إنعقاده بهذه الصورة؟

الفرع الثاني: تعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها (الإفتيات على المرأة)

يعتبر الإفتيات⁵⁶ إحدى صور تعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها، ولقد تصدى الفقه الإسلامي لهذه المسألة وتعرض لحكمها الشرعي، كما تطرق أيضا لمصير العقد في حال إنعقاده بهذه الصورة، وحتى نفضل أكثر في هذه المسألة لا بد لنا من التطرق إلى حكم الإفتيات شرعا(أولا)، وبعدها نشير إلى أثر عقد الزواج الذي حصل فيه الإفتيات(أي الزواج الذي تم دون علمها واذنها)(ثانيا)، ونتطرق في آخر هذه المحطة إلى مسألة توكيل المرأة في عقد زواجها(ثالثا).

أولا - حكم الإفتيات شرعا:

إن الحكم الشرعي للإفتيات على المرأة؛ أي تزويجها بغير علمها واذنها لا يجوز بقطع النظر ما إن كانت بكرا أم ثيبا كبيرة بالغة غير مجبرة أو صغيرة مجبرة، ولقد قال الله تعالى في محكم تنزيله "وَلَا تُكْرَهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَّغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ"⁵⁷، كما روي أيضا عن الخنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت الرسول عليه الصلاة والسلام فرد تكاها⁵⁸، وكذلك ما روي عن عبد الله بن عباس- رضي الله عنهما- قال صلى الله عليه وسلم: "الأيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا"⁵⁹، وقد دل هذا الحديث على أن لوليها حق لكئها أحق منه، وقد قال ابن قيم الجوزية في هذا الحديث" أن هذا خبر في معنى الأمر على إحدى الطريقتين، أو خبر محض، ويكون خبرا عن حكم الشارع، لا خبر عن الواقع، وهي طريقة المحققين. فقد توافق أمره عليه الصلاة والسلام وخبره ونهيه، على أن البكر لا تزوج إلا بإذنها، ومثل هذا يقرب من القاطع، ويبعد كل البعد حمله على الإستحباب"⁶⁰، وقد

روي أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لَأُتَكَّحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَلَا الثَّيِّبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: إِذَا سَكَتَتْ"⁶¹.

ثانيا - أثر عقد الزواج الذي حصل فيه الإفتيات (الذي تردون علمها وإذنها) :

إذا حصل وأن وقع الإفتيات بأن عقد الولي على موليته بغير إذنها، ثم بلغها خبر زوجها،

فما هو مصير عقد الزواج بعد ذلك؟

لقد أعطت الشريعة الإسلامية حق المرأة في فسخ الزواج، ويكون هذا النكاح مردودا؛ وذلك لكثرة الأدلة التي نصت عن ذلك ومن بينها قصة الخنساء بنت خدام الأنصاري زوجها أبوها وهي ثيب فرد صلى الله عليه وسلم نكاحها⁶²، وعليه فإذا رضيت يصح الزواج، ولا بد من رضاها بالقول صراحة وإلا كان العقد غير جائز؛ لأنها في هذه الحالة كما قال المالكية أصبحت من السبعة الأبقار التي لا يكتفي منهن بالسكوت، بل لا بد من الإذن بالقول صراحة (كالثيب)، وقد وافق الحنابلة على هذه الحالة، وبناء على ما سبق يشترط لصحة رضاها بالقول الشروط التالية⁶³ :

- أن يكون رضاها بالعقد قريبا من وقت انعقاده، بأن يصل إليها الخبر في حينه، أما إذا تأخر عنها يوما فلا يصح رضاها به، وإن نطقت فلا بد من تجديد العقد.
- أن يكون العقد حاضرا معها في مدينة واحدة وإن قربت، لأن بعد المكان يؤدي بالضرورة إلى التأخير في الرضا بالعقد.
- أن لا يعترف الولي أثناء العقد بأنه عقد لها بقصد التعدي على حقها، وعدم الإعتبار بمشورتها، ويتحقق ذلك إذا ما سكت الولي ولم يستأذنها، أو ادعى أنه يستأذنها فكذبته.
- أن لا ترفض العقد ثم ترضى به، فإن فعلت ذلك لا يؤخذ بعين الإعتبار أصلا، ولذلك يجب عليها أن ترضى به مباشرة.
- يصح عقد المعتدى عليها إذا رضيت به بالقول.

ثالثا - توكيل المرأة في عقد زوجها :

لقد أشار الفقهاء إلى ثلاثة صور في توكيل المرأة عقد زوجها، وسنبين في هذا المنوال علاقتها بالإفتيات-والذي هو موضوع الدراسة- في النقاط التالية⁶⁴ :

- إذا عقد الولي على المرأة لنفسه بعد أن وكلته توكيلا عاما، فلها الخيار أن تقبل أو ترفض ولا يلزمها النكاح إلا بعد إعلامها بالزوج والولي والصداق، ولأن إذنها شرط لصحة تصرفه خاصة وأنه ولي غير مجبر، ويقع الإشهاد عليها بالرضا والقبول فيعقد عليها الولي لنفسه فهو الولي وهو الزوج، وقد ثبت ذلك عن عبد الرحمن ابن عوف لما قال لأم حكيم بنت

قارظ: " أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. فقال: قد تزوجتك"⁶⁵، إلا أن ذلك مكروه في حق الوصي.

- لو عقد لها رجل آخر بعد أن وكلته توكيلا عاما، فلا بد من إعلامها بالزوج والصداق ولا يلزمها الزواج إلا بعد علمها بالزوج والصداق؛ إذ لا بد من إستئذنها لأخذ رأيها في ذلك، وأما إن عينت الزوج فعقد عليها لرجل آخر، فالعقد باطل بدون خيار، وإن عقد عليها لذلك المعين فالعقد لازم، وأما إن لم توكله أصلا فهي المفتات عليها كما تقدم.

- إذا وكلت أكثر من ولي واحد فعقد لها أحدهما على رجل، وعقد الآخر على رجل آخر ولم يعلم متى العقد، أو علم أن أحدهما قبل الآخر، ولكن لم يعلم من السابق منهما بطل العقدان؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر قد يتذكر، وإن علم السابق وتعين فالتكاح الأول والثاني باطل، لحديث سمره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانَ فَهِيَ لِلأَوَّلِ"⁶⁶، فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الأول، وادعى علم المرأه به ثم أنكرت العلم، فالقول قولهما مع يمينتهما؛ لأن الأصل عدم العلم وإن أقرت لأحدهما سلمت إلى من أقرت له.

وبعد ما تم الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من مسألتى الإيجاب والإفتيات على المرأه في الزواج يجدر بنا أن نختم هذه الدراسة بإبراز موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها، وعليه فما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

لقد ركز المشرع الجزائري من خلال الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة على الولاية الاختيارية بالنسبة للمرأه البالغة، وذلك بإعطائها حق تزويج نفسها بغير إذن وليها، وتأسيسا على ذلك يتبين أن المشرع قد أخذ بمبدأ عدم تزويج المرأه بغير رضاها وموافقتها (سواء بالإيجاب أو بالإفتيات)، وبغض النظر ما إن كانت بكرا أما ثيبا، وبناء على ذلك يتحدد موقف المشرع الجزائري من خلال أخذه بالمذهب الحنفي وفق هذه الصورة، وهو ما أكده من خلال المادتين 10 و11 من القانون السالف الذكر، حيث نصت المادة 11 من هذا القانون "تعقد المرأه الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، وهذه المادة تنص صراحة على الولاية الاختيارية، فالمرأه في هذا القانون لها الولاية على نفسها، ولها أن تولي عقد زوجها بنفسها، وقد أثبت المشرع الجزائري رفضه لمسألة الإيجاب أو الإفتيات على المرأه في الزواج، عندما جعل هذا العقد رضائيا بحسب الأصل طبقا للمادة 4 من نفس القانون، والتي نصت على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأه على وجه شرعي"، بل وذهب

المشعر الجزائري إلا أبعد من ذلك عندما جعل من رضا الزوجين ركنا لإنعقاد الزواج تطبيقا لمقتضيات المادة 9 من نفس القانون" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وتأسيسا على ما سبق ذكره فلا ينعقد الزواج في حالة تخلف ركن الرضا، بل ويبطل عند إنعدامه، ويقع تحت طائلة البطلان المطلق، وهو ما تضمنته المادة 33 الفقرة 1 من نفس القانون" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

بل ويجب القول في هذه النقطة بأن الولي باعتباره شرط في هذا القانون لا يتساوى والركن (الرضا)؛ فالركن هو جزء من ماهية العقد، بحيث لا يتم العقد بدونه، ويبطل في حالة تخلفه، ووفق قانون الأسر السالف الذكر يمكن أن نتخلى عن الشرط خاصة الولي، وما يثبت ذلك المادة 11 من هذا القانون، ولكننا لا يمكن إطلاقا أن نتخلى عن الركن - وخاصة رضا الزوجين - وما يؤكد هذا الكلام المادة 33 الفقرة 1 من نفس القانون، كما يمكن القول بالنسبة للإفتيات على المرأة أنها من الحقب الغابرة التي لا أثر لها في بنود قانون الأسر الجديد، والذي يقوم على النزعة الفردية، ويقدم حرية المرأة وينادي بالمساواة بينها وبين الرجل، فلا يمكن أن نتصور هذه الصورة من الزواج في قانون الأسر، وحتى في المجتمع وإن كانت مسألة الإيجاب يمكن أن نتصور أثرها على واقع المجتمع الجزائري، بالرغم من أن هذا القانون الذي يخضع له هذا المجتمع، يعطي للمرأة الولاية على نفسها في عقد زواجها، وبناء على ذلك يمكن أن نتخيل نوع من الصراع بين قوانين الدولة الجزائرية أو قانون الأسر على وجه الخصوص، والأعراف السائدة في المجتمع والمبنية على القيم ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولعل سبب الصراع يعود في ذلك نتيجة توقيع الدولة الجزائرية على إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁶⁷، والتي إحتوت في بنودها على نقاط تتعارض وقيم المجتمع الجزائري المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية.

وأما بالنسبة للقاصرة التي لم تبلغ سن الرشد وهو 19 سنة، وتعسف الولي في تزويجها دون رضاها - إما بإجبارها أو بالإفتيات عليها - فقد نص المشعر الجزائري على ذلك صراحة من خلال الأمر 05-02 المعدل للقانون السالف ذكره، وهذا في نص المادة 13 منه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة، التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له تزويجها بدون موافقتها"، فهذه المادة أشارت إلى صورتان من صور التعسف في ولاية التزويج" ألا وهما الإيجاب والإفتيات"، وطبقا لمقتضيات هاته المادة لم يجيز المشعر زواج القاصرة وفق هاتان الصورتان، وبهذا جعل المشعر موافقة المرأة ورضاها شرط في صحة عقد الزواج، وحسن ما فعل المشعر الجزائري في ذلك؛ لأن هناك بعض من الأولياء ينظرون إلى الولاية على أنها ملك مطلق له، يستأثر التصرف في بضعه دون قيد أو شرط، حتى ولو انصرف قصده لغاية غير شرعية، فوفق

منظوره فله الحق في ذلك بمقتضى الشرع- وهذا مناقضة لما جاءت به الشريعة كما سلف الذكر-، وتطبيقا لذلك فبنص المشرع الجزائري صراحة على ذلك يكون قد جعل هذا الحق غير مطلق في يد الولي وهذا تطبيقا لما جاء به مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان رحمه الله.

وعليه فلا يجوز للولي أباً كان أم غيره تزويج موليته بدون رضاها، بقطع النظر ما إن كانت بكراً أم ثيباً، وسواء كانت بالغة أم قاصرة، فموافقتها أو رضاها ركن لانعقاد زوجها فلا ينعقد بتخلفه، كما أمكن القول أن المواد 9 و10 و33 ليست حصراً على الراشدة، بل وتمتد حتى على القاصرة في الحكم التي لم تبلغ سن الزواج، فالمرأة لها حق الإختيار، وحقها في أن تطلب إقتران زوجها بمن تحب، كما لها حق الرفض أيضاً والإمتناع عن ذلك، شأنها في ذلك شأن الرجل تماماً في التمتع بحق الإختيار من قبول أو رفض، تكريسا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والذي جاءت به الشريعة الإسلامية، لأن عقد الزواج في نظر هاته الأخيرة ووفقاً لقانون الأسرة الجزائري هو عقد رضائي بامتياز لخطورته وعظيم أثره.

خاتمة:

وكخلاصة لما سبق ذكره أمكن القول أن الولاية حق غير مطلق وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمرأة، فعلى الولي ألا يسيء إستعمال هذه المزية التي منحه إياه الشارع الحكيم، وإنما يتولاها وفق ما شرع الله تعالى وأراد، فالغاية من منح الولي هذا الحق هو تحقيق المقاصد الشرعية لهاته الوسيلة-التمثلة في حق الولاية، وذلك بأن لا يتعسف في توليه عقد زواج موليته لا بالعضل ولا بالإجبار ولا بالإفتيات، وتطبيقاً لذلك فإن إتخذ صورة من هذه الصور أو غيرها، وقف الإسلام في وجهه على نحو يظهر له مضادته لغرض الله من الحق، ومنعه من التماادي في استعماله حتى لا يؤدي إلى مفاسد ممنوعة، فتنقل منه الولاية إلى ولي آخر، لتعلق هذا الحق بحق الله لعظم خطره وشمول نفعه.

وقد تم التوصل من خلال هذه الورقة البحثية إلى بعض النتائج وهي كالتالي:

- تتمثل صور التعسف في إستعمال الحق إما في عضل المرأة عن الزواج أو في إجبارها بتزويجها من أي رجل جبراً، أو بتزويجها بغير علمها ورضاها؛
- لقد صرح الفقهاء بجل الأحاديث الصحيحة، واستدلوا بأعظم الدلائل في مسألة إجبار المرأة على الزواج أو بالإفتيات عليها، وكلها أشادت بإستئذانها قبل إبرامه؛ لأن الزواج يقوم برضا الطرفين فلا يمكن أن يتحقق المقصود الشرعي من الزواج- والمتمثل في المودة والرحمة بين الزوجين- بتزويجها كرها أو إفتياتاً.
- أشار قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة التعسف في تزويج المرأة بغير رضاها وموافقته والمتمثلة في صورتنا "الإجبار والإفتيات على المرأة في الزواج"، وتطبيقاً لذلك فلا يجوز للولي

وفقا لهذا القانون تزويج القاصرة بدون رضاها وعلمها، أما بالنسبة للمرأة البالغة فلها الولاية على نفسها، وليس للولي أي ولاية عليها.

وبعد عرضنا للنتائج يمكن ختم هذه الورقة البحثية بإقتراحين تتمثلان في:

- على المشرع الجزائري أن يعيد نص المادة 13 المذكورة في قانون الأسر - 84-11- المعدل - وذلك لأنه كان يشير إلى صورته من صور تعسف الولي "آلا وهي العزل"، بينما الأمر 05-02 المعدل للقانون السالف ذكره استغنى على هذه الصورة، وصورة العزل في الزواج من أجل صور تعسف الولي في المجتمع الجزائري ولا يمكن الإستغناء عن تفصيلها وتبيان مسائلها؛

- على المشرع الجزائري أن يعدل من قانون الأسر، ويجعل الولي كما كان سابقا في قانون 84-11- المعدل - ركنا لإنعقاد الزواج، ذلك لأن مكانة الولي في حق المرأة البالغة وفق الأمر 05-02 المعدل للقانون السالف ذكره معدومة، مما جعله هو العضول في ممارسة حقه الشرعي، وجعلها هي المتعسفة في توليها عقد زواجها بنفسها، ولذلك عليه أن يعيد مكانة الولي كما تضمنته شريعتنا الغراء، وينص على صور التعسف دون أن يحصرها على القاصرة فقط بل يمتد في الحكم حتى على البالغة، فيحقق بذلك التوازن بين مكانة الولي في حفظ هيبته ووجوده في عقد الزواج، ومصحة المرأة وحققها لكي لا يسيء الولي استخدام هذه المكانة.

وأجمل ما نختم به هذه الورقة البحثية بكلمات رائعة من شيخ الإسلام ابن تيمية "فليس للولي أن يجبرها على تكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن تكاح من ترضاه إذا كان كفوًا باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها ويعضلها أهل الجاهلية والظلمة الذين يزوجون نساءهم لمن يختارونه لغرض، لا لمصلحة المرأة ويكرهونها على ذلك أو يخجلونها حتى تفعل، ويعضلونها عن تكاح من يكون كفوًا لها لعداوة أو غرض. وهذا كله من عمل الجاهلية والظلم والعدوان، وهو مما حرمه الله ورسوله واتفق المسلمون على تحريمه، وأوجب الله تعالى على أولياء النساء أن ينظروا في مصلحة المرأة، لا في أهوائهم كسائر الأولياء والوكلاء ممن تصرف لغيره، فإنه يقصد مصلحة من تصرف له، لا يقصد هواه فإن هذا من الأمانة التي أمر الله أن تؤدي إلى أهلها".

الهوامش:

- ¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، لسنة 1982، ص 247.
- ² - المرجع نفسه.
- ³ - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، لسنة 2011، ص 96.
- ⁴ - عبير يحيى شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان - الأردن، لسنة 2007، ص 92.

- 5 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى ومعها مقدمات بن رشد، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، 1986 م، ص 145.
- 6 - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، المرجع السابق، ص 97.
- 7 - عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السابع، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ - 1992، ص 152. والعنبن: هو العاجز عن الإيلاج، أما المخبوب فهو: الذي يكون جميع ذكره مقطوعا. أنظر عبيدريحي شاعر القدمي، المرجع السابق، ص 93.
- 8 - زين الدين بن علي بن أحمد العمالي الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الخامس، دار العالم الإسلامي، بيروت، دون سنة النشر، ص 117.
- 9 - محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، سنة 2002، ص ص. 333-334.
- 10 - المرجع نفسه، ص 334.
- 11 - عبيدريحي شاعر القدمي، مرجع سابق، ص 91.
- 12 - المرجع نفسه.
- 13 - العيد إبراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- ولاية الزواج والقصر نموذجا-، مذكرة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، لسنة 2009-2010، ص 68.
- 14 - المرجع نفسه.
- 15 - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت-لبنان، دون سنة النشر، ص 232.
- 16 - شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وأحمد البلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج جلال الدين المحلى، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت-لبنان، لسنة 1419 هـ-1998، ص 233.
- 17 - عبيدريحي شاعر القدمي، مرجع سابق، ص 93.
- 18 - المرجع نفسه، ص 94.
- 19 - الكاساني، المرجع السابق، ص 248.
- 20 - المرجع نفسه، ص 322.
- 21 - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، المرجع السابق، ص 98.
- 22 - عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المرجع السابق، ص 384. بالنسبة لتخريج الحديثين أنظر أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، الجزء الخامس، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، حديث رقم 5120-5121، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، لسنة 1423 هـ - 2002 م، ص 1305.
- 23 - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص 99.
- 24 - أنظر عبيدريحي شاعر القدمي، المرجع السابق، ص 95. والعيد إبراهيمي، مرجع سابق، ص 70.
- 25 - راجع عبيدريحي شاعر القدمي، المرجع السابق، ص 95. ومشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، المرجع السابق، ص 101. والعيد إبراهيمي، المرجع السابق، ص ص. 70-71.
- 26 - أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الطبعة الأولى، ج 3، كتاب النكاح، باب في الولي، دار الرسالة العالمية، دمشق، الحجاز، لسنة 2009، ص 426.
- 27 - العيد إبراهيمي، مرجع سابق، ص 71.

- 28- مشعل بن مطلق بن مفضل العتيبي، المرجع السابق، ص 101. العيد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 72. عبير ربحي شاعر القدومي، المرجع السابق، ص 96. عبد الله بن أحمد ابن قدامة، مرجع سابق، ص 383.
- 29- عبير ربحي شاعر القدومي، المرجع السابق، ص 96.
- 30- الجريدة الرسمية العدد 31، الصادر بتاريخ 12/06/1984، المعدل والمتمم.
- 31- الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.
- 32- العيد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 75-76.
- 33- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب في الولي، مرجع سابق، ص 576.
- 34- أخرجه أبي داود، سنن أبي داود، حديث رقم 2101، والحديث صحيح. أنظر محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 6، كتاب النكاح، حديث رقم 1830، ص 229.
- 35- العيد إبراهيم، مرجع سابق، ص 76.
- 36- الأيم والجمع الأيايم وأيامى من النساء من لا زوج لها. أنظر. محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، د.س.ن، لسنة 1403 هـ - 1983، ص 79.
- 37- أخرجه مالك، 4/524/2، وعنه مسلم، 141/4، وكذا أبي داود، حديث رقم 2098، والنسائي، 77/2، والترمذي، 206/1. والدارقطني، حديث رقم 390، والبيهقي، 118/7. وأحمد، 219/1، 241، 242، 245، 362. والحديث صحيح. أنظر محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 6، كتاب النكاح، حديث رقم 1833، ط 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1399 هـ - 1979 م، ص 231.
- 38- العيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 78.
- 39- المرجع نفسه، ص ص 78-79.
- 40- سبق تخريجه.
- 41- أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب في الثيب، مرجع سابق، ص 239.
- 42- عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 385.
- 43- العيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 82.
- 44- المرجع نفسه.
- 45- الآية 04 من سورة الطلاق.
- 46- البخاري، ج 5، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، مرجع سابق، ص 1309.
- 47- محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2010 م، ص 47.
- 48- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج 5، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، حديث رقم 5134، المرجع السابق، ص 1309.
- 49- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج 5، كتاب التفسير، حديث رقم 4911، المرجع نفسه، ص 1244.
- 50- العيد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 81-82.

- 51- رواه أبي داود، سنن أبي داود، حديث رقم 2099، والحديث صحيح بلفظ "تستأمر" دون ذكر "أبوها". أنظر محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المجلد الأول، كتاب النكاح، باب في الثيب، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، 1419هـ-1998م، ص 587.
- 52- العيد إبراهيمي، المرجع السابق، ص ص 82-83.
- 53- تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 72.
- 54- العيد إبراهيمي، مرجع السابق، ص 83.
- 55- المرجع نفسه.
- 56- يعرف الإفتيات لغة "الإفتيات مصدره إفتات، فتأ ما فتئت وما فتأت أذكره: لغتان، بالكسر والنصب، فتأ، فتأ وقتوا وما إفتأت؛ أي ما برحت وما زلت. لا يستعمل إلا في النفي، ولا يتكلم به إلا مع الجحد. وإفتات في الأمر بمعنى استبد به، ويقال إستقل به ولم يستشر أحد". أنظر. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت، لبنان، لسنة 711 هـ-630م، ص 119.
- وأما اصطلاحاً فيعرف الإفتيات بأنه "تعدي الولي غير المجبر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها(بكرًا كانت أم ثيبًا) ثم يبلغها خبر زواجها، فالمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، لا بد من إستئذنها وإستئذنها، وذلك لكثرة الأحاديث الصحيحة التي تنص على وجوب إستئذنها. العيد إبراهيمي، المرجع السابق، ص 86.
- وبالنسبة للتعريف القانوني فلم يعرف المشرع الجزائري الإفتيات في الزواج في ظل قانون الأسرة، لأنه وإن صح القول فهذا المصطلح فقهي وليس تشريعي، وبذلك يكون الفقه الأولى بالإختصاص في وضع تعريف له.
- 57- الآية 33 من سورة النور.
- 58- سبق تخريجه.
- 59- سبق تخريجه.
- 60- إسماعيل غازي مرحبا، مداخلة بعنوان حماية النساء بالطرق الشرعية من التعسف في استعمال حق الولاية الزوجية (من خلال بعض النماذج)، مؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون (التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية)، مشروع قانون حماية النساء من العنف الأسري، جامعة طرابلس، المنعقد بتاريخ 2012/01/01، ص 19.
- 61- البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، مرجع سابق، ص 1310.
- 62- سبق تخريجه.
- 63- العيد إبراهيمي، المرجع السابق، ص 92.
- 64- المرجع نفسه، ص 93.
- 65- البخاري، كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب، مرجع سابق، ص 1308.
- 66- أخرجه أبي داود، سنن أبي داود، حديث رقم 2088، والحديث ضعيف. أنظر محمد ناصر الدين الألباني، الجزء السادس، كتاب النكاح، باب تعداد الأولياء، حديث رقم 1853، المرجع السابق، ص 254.
- 67- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18، والمصادق عليها بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 1996/01/10، ج.ع.3، الصادرة في 1996/01/14.