

# الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان

أ/ إسحاق صلاح أبو طه

أستاذ مساعد - جامعة تلمسان-

كلية العلوم القانونية والإدارية

## المقدمة:

تعتبر الظروف الاستثنائية ظروف غير عادية تأتي نتيجة لعوامل تهدد استقرار الدولة وأمنها أو نظم الحكم الدستورية أو حقوق الإنسان كذلك يمكن أن تكون هذه الظروف نتيجة لخطر يهدد حياة الأمة والتي تتمثل في الظروف التي تهدد فيها الأرواح والممتلكات في بلد ما بالخطر الشديد، كأحداث العنف والغضب أو الشغب والأعمال الإرهابية أو التخريب الداخلي، كذلك يمكن إعلان هذه الحالة نتيجة أعمال التمرد.

هذه الحالة والتي يتم إقرارها من قبل رئيس الجمهورية والذي يعتلي رأس هرم السلطة التنفيذية وذلك بموجب ما يخوله إياه الدستور، حيث يعطي هذا الأخير رئيس الجمهورية سلطة شبه مطلقة في إعلان حالة الطوارئ خاصة في بلادنا العربية، كذلك الصلاحيات التي يتمتع بها عند إقرار مثل هذه الحالة، والتي يمكن بموجبها إصدار القوانين وتشكيل المحاكم العسكرية، وبالتالي أن يمارس رئيس الجمهورية صلاحيات استثنائية هي في الأصل من صلاحيات السلطة التشريعية، كذلك سلب اختصاص السلطة القضائية، وبالتالي القضاء على مبدأ الفصل بين السلطات.

وتكون البلاد في مثل هذه الحالة مرتعا لانتهاك حقوق المواطنين وخاصة من طرف أجهزة الدولة التنفيذية، خاصة إذا ما تم إعلان هذه الحالة نتيجة أعمال عنف أو تمرد داخلي في الدولة، وفي ظل أنظمة غير ديمقراطية تقوم هذه الأخيرة بإعلان هذه الحالة وبما تسوقه من ذرائع تقوم بانتهاك حقوق معارضيه.



## المبحث الأول/ مفهوم الظروف الاستثنائية

اختلف مفهوم الظروف الاستثنائية على الصعيد الدولي، وذلك في ضوء ما استخدمته الاتفاقيات الدولية من مصطلحات، حيث اتفق العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية<sup>(1)</sup> والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية في تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية، والتي عبر عنها بأنها الظروف التي تهدد حياة الأمة، بينما توسعت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في هذا المفهوم.

### أولا/ تعريف الظروف الاستثنائية

أخذت النصوص الدولية وفي معرض معالجتها لموضوع الظروف الاستثنائية أكثر من مصطلح عند تحديدها للمقصود بهذه الظروف.

حيث نصت المادة الرابعة من العهد الدولي على أن حالات الطوارئ الاستثنائية هي: الحالات التي تهدد حياة الأمة.

كذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفي مادتها الخامسة عشر<sup>(2)</sup> وصفتها بأنها -حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان -فوصفتها بأنها- أوقات الحرب أو الخطر العام أو أي ظرف آخر يشكل تهديدا لأمن واستقرار الدولة.

في ضوء هذه الاختلافات في الصياغة، واستخدام المصطلحات التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية الثلاث بهذا الشأن فقد سعى الفقه الدول إلى تحديد المقصود بفكرة الظروف الاستثنائية، وذلك بالاستهداء بدراسة الأعمال التحضيرية لهذه النصوص وتاريخها التشريعي وما يجري في الواقع الدولي ومع تعهد الاتجاهات في هذا الشأن فقد ذهب رأي إلى أن المقصود بالظروف الاستثنائية في تلك النصوص:

1- الأزمات الخطيرة، سواء اتخذت شكل حرب أو نزاع مسلح خارجي أو داخلي أو عدم استقرار داخلي.

2- الكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين أو الفيضانات.

(1) العهد الدولي لحقوق الإنسان والسياسية لسنة 1966.

(2) د. عبد العزيز محمد سرحان - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان - دار النهضة العربية - القاهرة.



وذهب فريق آخر إلى أن المقصود بالظروف الاستثنائية أو حالات الطوارئ يمكن أن تتخذ في الواقع الدولي المعاصر ثلاثة أشكال:

- 1- حالة الحرب الفعلية أو حالة الاستعداد لمواجهة حدوثها المتوقع.
- 2- حالة وجود الإرهاب أو التخريب الداخلي، أو الخشية من حدوثه.
- 3- الأزمات الاقتصادية الحادة، أو الخشية من حدوث الانهيار الاقتصادي<sup>(1)</sup>.

كأن ذلك نتيجة لما رآه الجانب من الفقه الدولي في أن المقصود بالظروف الاستثنائية غير الناتجة عن الحرب والتي جاءت به الاتفاقية الأمريكية يغير ما جاء به العهد الدولي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فقد رأى هذا الفريق من الفقه أن فكرة الخطر الذي يهدد أمن الدولة واستقلالها والتي أخذت به الاتفاقية الأمريكية فضلا عن غموضها وصعوبة تحديد المقصود بها فإنها تفسح المجال عند التطبيق أمام هذه الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للتوسع في تفسير ماهية الظروف الاستثنائية وبالتالي التوسع في الاتجاه إلى التحلل من التزاماتها الناشئة عن الاتفاقية.

وهناك من الفقهاء من أعطى للظروف الاستثنائية<sup>(2)</sup> تعريفا شموليا فعرّفها أنها/ نظام استثنائي محدد في المكان والزمان لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد البلاد أو جزء منها. وذلك بتدابير مستعجلة، وطرق غير عادية، في شروط محددة لحين زوال التهديد.

لهذه التعاريف ورغم اختلافاتها، فهي تتفق على أن الظروف الاستثنائية هي نظام قانوني استثنائي- يتم اللجوء إليه من قبل الدولة التي تواجه ظروفًا غير عادية، وخطر يهدد أمنها واستقرارها، وهذا ما يدعوها لاتخاذ تدابير غير عادية للحد من هذا الخطر.

ويرجع أصل نظرية الظروف الاستثنائية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتدعها ويسمح باعتبار القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعة في الظروف العادية، وهذا على أساس الضرورة المستمدة من الظروف غير عادية، والتي يحق للإدارة في مثل هذه الظروف أن تتخذ بعض التدابير الاستثنائية متى ثبت أن ذلك لا مفر منه لحماية النظام العام، وتأمين عمل مؤسسات الدولة،

(1) د. الشافعي محمد البشير- قانون حقوق الإنسان- منشأة المعارف- الإسكندرية- 2004- ص: 206.

(2) د. خيرى احمد الكباش- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان- دار الجامعيين- القاهرة- 2001- ص: 779.



وبذلك يكون في الأخذ بنظرية الظروف الاستثنائية توسيع لنطاق مبدأ المشروعية من أجل أن يستوعب ما تصدره الإدارة لمجابهة هذه الظروف، وإضفاء صفة المشروعية عليها بالرغم من عدم مشروعيتها، وهذا يعني تأكيد حق السلطة التنفيذية في استخدام سلطات واسعة أثناء الظروف غير العادية.

وعلى هذا الأساس أقر مجلس الدولة الفرنسي استعمال سلطات الضبط الإداري لقيود وإجراءات أكثر شدة على الحريات لا يسمح لسلطات الضبط الإداري باستعمالها في الظروف العادية<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً/ مبررات إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية

يترتب على إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية تقييد بعض حقوق وحريات المواطنين، ومن أجل ذلك لا بد أن تكون هناك رقابة على إعلان الحالة الاستثنائية للتأكد من وجود مبرراتها وعدم التعسف في إعلانها<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الإطار ومن خلال ما سبق ذكره في التعريف نجد أن هناك ثلاث دوافع لإعلان حالة الطوارئ الاستثنائية.

أما اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فقد قررت ضرورة توافر العناصر الآتية في الظروف لكي تكون استثنائية بالمعنى المقصود في المادة الخامسة عشر من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمقابلة للمادة الرابعة من العهد الدولي.

- 1- وجود أزمة أو موقف استثنائي خطير حال أو وشيك الوقوع.
- 2- أن تؤثر على مجموع شعب الدولة.
- 3- أن تهدد استمرار الحياة العادية وإيقاعها المنتظم داخل المجتمع الذي تكون فيه الدولة.
- 4- ألا يكفي في مواجهتها تطبيق الإجراءات أو القيود العادية التي تجيزها الاتفاقية للمحافظة على السلامة أو الصحة العامة أو النظام العام<sup>(3)</sup>.

(1) د. عبد الحكم فودة - بطلان القبض على المتهم - دار الفكر العربي - الإسكندرية - ص: 326.

(2) د. الشافعي محمد البشير - المرجع السابق - ص: 263.

(3) د. محمد خيري الكباش - المرجع السابق - ص: 177.



فإعلان الحالة الاستثنائية يعني وجود خطر عام يهدد حياة الأمة، وتقرير هذه الحالة يترتب عليه وضع قيود على ممارسة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولهذا يجب إخضاع التقرير فيها للرقابة الوطنية والتي تتمثل في مراقبة السلطتين التشريعية والقضائية وعدم ترك اتخاذ مثل هذه القرارات للسلطة المطلقة لرأس هرم السلطة التنفيذية، كذلك يجب أن تمارس الرقابة الدولية في هذا الشأن من قبل الهيئات الدولية المعنية برقابة تنفيذ المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وهذا ما ذهبت إليه لجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عند مناقشتها للتقرير المصري الأول عن أوضاع حقوق الإنسان حيث أبدت أسفها الشديد لان إعلان هذه الحالة في مصر قد أصبح شبه دائم، وتساءل قائلاً " من المهم معرفة ما هي الظروف السياسية والاجتماعية والمشاكل الأخرى التي تبرر استمرار حالة الطوارئ في مصر؟<sup>(1)</sup>

كذلك هذا ما استقر عليه الأمر في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تضمنت إخضاع سلطات الحكومة في إعلان حالة الطوارئ لرقابة اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

يتضح من خلال ما تقدم أن الحكومة وعند اتخاذها لقرار إعلان حالة الطوارئ تخضع للرقابة من جهات ينعقد لها الاختصاص في ذلك رغم اعتراف هذه الأخيرة للحكومة بهامش من السلطة التقديرية في تقدير قيام حالة الطوارئ الاستثنائية.

هذا على الصعيد الدولي، أما على صعيد الوطن العربي فتختلف الأوضاع بين دولة وأخرى، ففي الجزائر وبالرجوع على الدستور والذي نظم حالات الظروف الاستثنائية نجد انه نص على ثلاث حالات -حالة الطوارئ- حالة الحصار- الحالة الاستثنائية.

**أ/ حالة الطوارئ والحصار:** حيث نص عليها الدستور الجزائري وقرها الرئيس إذا دعت الضرورة الملحة أو حالة الحصار<sup>(2)</sup>.

ويعود تقرير مدى وجود الضرورة الملحة والتي تستدعي الإعلان والتي تقع بفعل حوادث من شأنها تهديد أمن الدولة للسلطة التقريرية لرئيس الجمهورية، وبدون أي رقابة يتم ممارستها

(1) التقرير المصري الأول لأوضاع حقوق الإنسان ومدى دلالاته - ص: 15 - مناقشة لجنة حقوق الإنسان.

(2) الدستور الجزائري - 1996 - المادة: 91.



على اتخاذ مثل هذه القرارات، هذا وتتميز حالة الحصار عن حالة الطوارئ، بتفويض السلطة العسكرية في الحالة الأولى بجميع الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية، وهنا تكمن الخطورة على حقوق الإنسان وخاصة الحق في الحرية والسلامة الشخصية في ظل الصلاحيات التي تمنح للسلطة العسكرية في مثل هذه الحالات، وهذا ما جاء في نص المادة الرابعة وما تبعها من المرسوم الرئاسي 91- 196 والمتضمن إعلان حالة الحصار<sup>(1)</sup>.

**ب/ الحالة الاستثنائية:** نصت عليها المادة - 93- من الدستور الجزائري- حيث يقر رئيس الجمهورية هذه الحالة إذا كانت البلاد مهددة بخطر يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

أما في مصر- لم ينص الدستور على المبررات التي تسمح بإعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، وترك هذا الأمر للقانون.

وقد نص فعلا قانون الطوارئ المصري على هذه المبررات وحددتها المادة الأولى منه "يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام في أرض الجمهورية أو منطقة فيها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء"<sup>(2)</sup>.

هذا ونظرا لما يترتب على إعلان حالة الطوارئ من آثار كان من الضروري أن تختص السلطة التشريعية أو على الأقل تشترك بإقرار إعلان الحالة الاستثنائية أو حالة الطوارئ أو التصديق على الإعلان الصادر بذلك من السلطة التنفيذية، وأن تخضع السلطة التشريعية هذا الإعلان لفحص دقيق في مبررات الحالة الاستثنائية، وأن يكون من سلطاتها رفض إقرار إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية أو رفض زيادة فترة سريانها.

كذلك في ظل هذه الأوضاع يجب أن تبقى دورة البرلمان قائمة طوال فترة الأزمة كي تمارس مراقبة مستمرة على استمرار حالة الطوارئ<sup>(3)</sup>.

(1) المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 91- 196 الصادر بتاريخ 4 يونيو 1991.

(2) د. عبد الحميد الشواربي- الجرائم السياسية وأوامر الاعتقال وقانون الطوارئ- منشأة المعارف- الإسكندرية- 1999- ص: 109.

(3) د. الشافعي محمد البشري- المرجع السابق- ص: 266.



## ثالثا/ آثار حالة الطوارئ:

تمارس الحقوق والحريات في ظل دولة يعم فيها الاستقرار والأمن ويضمن نظام الحكم فيها الممارسة الكاملة لهذه الحقوق والحريات والتي تنظمها وتضمن ممارستها الدساتير والتشريعات الوطنية، لكن الأمر يختلف اختلافا كبيرا وتتقلب الأمور رأسا على عقب إذا ما تم إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية في الدولة، وما ينتج عن ذلك من سيطرة السلطة التنفيذية على جميع السلطات في الدولة، وغالبا في مثل هذه الحالات ما تنتهك الحقوق والحريات خاصة إذا ما تم إعلان حالة الطوارئ نتيجة الثورات التي تقوم بها الشعوب ضد أنظمة الحكم غير الديمقراطية لما تمارسه هذه الأخيرة من استبداد واضطهاد لبعض شرائح المجتمع.

فالدولة عندما تلجأ إلى إقرار حالة الطوارئ الاستثنائية تقوم بوضع تدابير وإجراءات من أجل ما تدعيه من حماية للنظام العام والأمن وحماية لمؤسسات الدولة، هذه التدابير تتمثل في فرض السلطات قيودا على سلوك الأفراد وتحركاتهم والذي تصل على حد تعطيل الضمانات الأساسية لممارسة حقوقهم وحرياتهم والتي صانتها الدساتير وأقرتها القوانين.

في ظل ما تتمتع به السلطة العامة من صلاحيات واسعة، وخاصة إذا ما كنا أصلا أمام أنظمة حكم لا تقيم وزنا لحقوق الإنسان، كذلك إذا ما منح رئيس الجمهورية ممثلا "في رأس هرم السلطة التنفيذية الصلاحيات المطلقة في الحكم والسيطرة على جميع مؤسسات الدولة التشريعية والقضائية بالإضافة للسلطة التنفيذية وأضف على ذلك ما يتمتع به من سلطة تقريرية مطلقة في إقرار الحالة الاستثنائية، وهذا للأسف ما هو عليه الحال في أقطار الوطن العربي<sup>(1)</sup>.

**أ/ في مجال التشريع:** إن إقرار حالة الطوارئ يمنح السلطة التنفيذية سلطات واسعة ولعل أخطرها ما تخوله الدساتير من صلاحيات لرئيس الجمهورية في المجال التشريعي وهو حقه أن يشرع بأوامر في الحالات الاستثنائية وهو ما يعتبر سلبا لاختصاص السلطة التشريعية وهذا ما جاء به كل من الدستور المصري والجزائري، حيث نص هذا الأخير في مادته - 124 - فقرة الرابعة على حق رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية وهذا ما تضمنته فعلا المراسيم الرئاسية والتي تم بموجبها إعلان حالتها الحصار والطوارئ، إذ تم وضع قيود على حرية الأشخاص في التنقل والإقامة والاجتماع، كذلك السماح للسلطات العامة بحجز وتفشيح الأشخاص وانتهاك حرمة المساكن دون التقيد بما نصت عليه قوانين الإجراءات الجزائية.

(1) المادة 91- من الدستور الجزائري + المادة 1487 من الدستور المصري.



أما في مصر فنص قانون الطوارئ أن رئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص:

- 1- وضع القيود على حرية الأشخاص.
- 2- الرقابة على المراسلات والمطبوعات.
- 3- القيود على فتح المحلات العامة وإغلاقها.
- 4- التكليف بتأدية أي عمل والاستيلاء على أي عقار أو منقول.
- 5- فرض القيود على حمل الأسلحة.
- 6- القيود على الإقامة في بعض المناطق وعلى وسائل النقل والمواصلات.

وقد عدد قانون الطوارئ المصري هذه السلطات الاستثنائية على سبيل المثال لا الحصر وذلك حسب ما جاء في نص المادة الثالثة منه<sup>(1)</sup>.

**ب/ في مجال القضاء:** يمكن لرئيس الجمهورية أن تمتد صلاحياته الممنوحة له في بعض الدول وعند إعلان حالة الطوارئ إلى سلب اختصاص السلطة القضائية، هذه الأخيرة والتي تعتبر بمثابة الضامن الأساسي لممارسة الأفراد لحقوقهم.

وهذا ما جاء في نص المادة - 34 - من الدستور المصري.

كذلك ما جاء به قانون الطوارئ المصري لعام - 1982 - والذي أنشأ محاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية، هذه المحاكم لن تكون عادلة في ظل غياب الضمانات التي تكفل حياد القضاة العسكريين وضمانات الدفاع التي يجب أن يتمتع بها المتهمون.

وفي معرض تفسيرها لنصوص العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية لاحظت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن المدنيين يحاكمون في العديد من البلدان أمام محاكم عسكرية أو خاصة هي غالباً ما تفتقر إلى الضمانات الصارمة المنبثقة عن إقامة العدل على الوجه الصحيح وفقاً للاشتراطات الواردة في المادة الرابعة عشر من الاتفاقية والتي تعتبر أساساً لحماية فعالة لحقوق الإنسان ولذلك ينبغي أن تكون محاكمة المدنيين من قبل محاكم من هذا النوع

(1) د. عبد الحميد الشواي - المرجع السابق - ص: 113.



إجراء "استثنائياً" إلى أبعد الحدود، وينبغي أن يوفر هذا الإجراء الضمانات الكاملة المترتبة على المادة الرابعة عشر<sup>(1)</sup>.

كذلك في غير حالات الطوارئ الاستثنائية - يمكن لدول أن تقيم المحاكم العسكرية وفي ظل قوانين مكافحة الإرهاب، وهذا ما أشارت إليه منظمة العفو الدولية - إلى هذا النوع من المحاكمات غير الشرعية، وذلك في أعقاب إصدار محكمة تونس العسكرية، أحكاماً بالسجن لفترات طويلة على بعض المواطنين بتهم الانتساب لتنظيم إرهابي حيث ذكرت منظمة العفو الدولية في أحد تقاريرها الدورية -ينبغي على السلطات التونسية الكف عن ممارسة محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية والتي لا تستوفي إجراءاتها المعايير الدولية للمحاكمة العادلة<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني/ مشروعية قوانين الطوارئ

تشكل قوانين الطوارئ التي تنشأ نتيجة لإعلان الحالة الاستثنائية مجالاً خطيراً لانتهاك حقوق الإنسان، وما يمكن أن تشكله هذه القوانين من مخالفة لقواعد الحماية التي أقرتها الاتفاقيات المعنية بحقوق الإنسان سواء منها الدولية أو الإقليمية، وما يفرضه الانضمام لهذه الاتفاقيات من التزامات على عاتق الدول المنظمة إليها، وفي ضوء ما تضمنته المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من جواز تحلل الدول الأطراف من بعض التزاماتها الناشئة عن هذه الاتفاقية وذلك عند إقرار حالة الطوارئ الاستثنائية.

أولاً/ مدى جواز تحلل الدول من التزاماتها:

نصت المادة الرابعة من العهد الدولي على ما يلي -الفقرة الأولى- يجوز للدول الأطراف في العهد الحالي في حالات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة، والتي يعلن وجودها رسمياً، أن تتخذ من الإجراءات ما يحلها من التزاماتها طبقاً للعهد الحالي إلى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الوضع، على أن لا تتنافى هذه الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بموجب القانون الدولي، ودون أن تتضمن تمييزاً على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الأصل الاجتماعي فقط.

(1) المعايير الدولية المتصلة بالاحتجاز السابق للمحاكمة - مركز حقوق الإنسان - جنيف - "تعليق اللجنة المعنية بحقوق الإنسان".

(2) التقرير السنوي لمنظمة العفو الدولية - لعام 2002.



الفقرة الثانية- ليس في هذا النص ما يجيز لهذه الدول التحلل من التزاماتها المنصوص عليها في المواد 6- 7- 8 فقرة أولى وثانية 11- 15- 16- 18 الفقرة الثالثة- على كل دولة طرف في العهد الحالي أن تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها أن تبلغ الدول الأطراف في هذا العهد فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالنصوص التي أحلت نفسها منها والأسباب التي دفعتها لذلك.

- عليها كذلك وبالطريقة نفسها، أن تبلغ نفس الدول بتاريخ إنهائها ذلك التحلل.

لقد حددت هذه المادة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية متطلبات إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية وهي بالإضافة إلى وجود خطر يهدد حياة الأمة، وأن يتم ذلك من خلال إعلان رسمي لحالة الطوارئ، أوجب أن تكون التدابير التي تتخذها الحكومة بالقدر الذي تتطلبه مقتضيات الموقف وأن لا تتجاوزها بما يقيد حقوق الإنسان وحرية بلا مبرر.

ولأن إعلان حالة الطوارئ يترتب عليه تقييد ممارسة الحقوق والحريات التي نصت عليها الدساتير والمواثيق الدولية والقوانين الداخلية وخاصة في ظل إمكانية تحلل الدول التي يتم فيها إعلان حالة الطوارئ من التزاماتها التي نصت عليها المادة التاسعة من العهد الدولي، والتي لم يشملها الحضر من التحلل الوارد في الفقرة الثانية من المادة الرابعة توجب إخضاع أداء السلطة التنفيذية للمراقبة خلال هذه الفترة، حتى لا يتم الخروج عن الإطار أو الهدف الذي من أجله تم إعلان حالة الطوارئ، وان يتم التحلل من الالتزامات الواردة في الاتفاقية بالقدر الضروري الذي يسمح من خلاله معالجة الأوضاع الناتجة عن إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، وأن لا يتم التوسع في مجال التحلل بما يشكل انتهاك لحقوق الإنسان في ظل قيام هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

وحتى لا تتخذ السلطات الحاكمة هذه الظروف كذريعة لقمع الحريات وفرض سلطاتها على الأفراد، وترتيباً على ذلك وطالما أن هذه الاتفاقية قد تضمنت نصاً صريحاً يعالج فكرة التحلل في الظروف الاستثنائية على النحو المتقدم، فإنه لا يجوز القول- بأن للدول الأطراف الحق في التذرع بحالة الضرورة للتحلل من أحكامها فيما يجاوز ذلك النطاق المحدد الذي سمحت به تلك النصوص، يضاف إلى ذلك خضوع الدول التي يعلن فيها قيام الحالة الاستثنائية، لرقابة وإشراف الأجهزة الدولية المعنية بهذا الوضع، والتي أثبتت كفاءتها بالفعل

(1) د- الشافعي محمد البشير- المرجع السابق- ص:266.



في رقابة الدول في هذا المجال وحماية حقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة الحاكمة في الدولة التي يخاطب بأحكامها في ظل حالة الطوارئ، فأیما كانت حالة الطوارئ التي تمر بها البلاد لا يجوز مطلقا انتهاك الحق في الحرية الشخصية بالاعتقال بموجب إجراءات سرية، أو بطريق الاختطاف على أيدي أجهزة الأمن السرية، كما أنه من غير المتصور كذلك أن يهدر حق المعتقل في أن يعرض على القضاء للنظر في مدى مشروعية اعتقاله<sup>(1)</sup>.

والمفهوم كذلك من نص المادة الرابعة من العهد الدولي أن حالة الطوارئ هي حالة استثنائية لا يجوز أن تتحول إلى حالة عادية في الحكم تستمر عدة سنوات كما هو الحال في البلدان العربية، وتتخذ منها الحكومات ستارا لتعطيل ممارسة حقوق الإنسان وحرياته والتي ضمنها الدساتير والمعاهدات والمواثيق الدولية، فكم من الجرائم ارتكبت ضد حقوق الإنسان وتحت مسمى الحفاظ على الأمن والاستقرار في ظل حالة الطوارئ، وكم من الألوف زج بهم في غياهب السجون في ظل حالة الطوارئ والتي لم يعد لاستمرارها أي مبرر<sup>(2)</sup>.

ثانيا/ تعارض قوانين الطوارئ وقواعد الحماية:

يتمثل التعارض بين القوانين الوطنية وقواعد الحماية لحقوق الإنسان في وجود قاعدة قانونية داخلية لا تحقق الحماية الجنائية لحق أو أكثر من حقوق الإنسان، أو تحققها بصورة أقل من المستوى المعتبر حدا أدنى لهذه الحماية وفقا لمصادرها.

ويعتبر هذا المستوى من الحماية هو المعيار القانوني الذي يقاس عليه وجود تعارض بين القواعد الداخلية وبين القواعد الدولية من عدمه.

فإذا نصت القاعدة الأولى مثلا على أن فعلا من الأفعال هو حق من حقوق الإنسان، يجب حمايته، فإن وجود قاعدة قانونية أخرى في ذات النظام القانوني تجعل منه جريمة يعاقب فاعلها، فلا شك أن هناك تعارضا بين هذه القواعد وهنا نكون أمام تعارض كلي، أما إذا ما تضمنت القاعدة الأولى درجة معينة من الحماية القانونية لحق من حقوق الإنسان، بينما تضمنت القاعدة الثانية درجة أقل من تلك الحماية، فإننا نكون أيضا أمام تعارض بين هذه

(1) د. خيرى أحمد كباش - المرجع السابق - ص: 563.

(2) د - عادل المكي - حقوق المعتقل في ظل قانون الطوارئ - مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء -

الطبعة الأولى - 2001 - ص: 03.



القواعد، ولكن بصورة جزئية كما لو نصت القاعدة الأولى على أنه "يجب تقديم المقبوض عليه أو الموقوف فوراً أمام القاضي، ويكون من حق المقبوض عليه أو الموقوف أن يقدم إلى المحاكمة خلال زمن معقول أو أن يفرج عنه، بينما منحه المادة الأخرى ذات الحق لكن بعد ثلاثين يوماً من تاريخ القبض أو الاعتقال، ثم وضعت بعد ذلك عقبات قانونية تجعل الإنسان المعتقل رهن الاعتقال المشكوك في مشروعيتها لفترات تزيد عن تسعين يوماً"<sup>(1)</sup>.

وبالرغم من أن كلا النصين يشمل نوعاً من الحماية لحق المقبوض عليه أو المعتقل، إلا أن القاعدة الأولى أوجبت أن يكون العرض على القضاء فوراً، بينما أخلت القاعدة الثانية هذا الجزء من الحماية بصورة واضحة، مما يعد تعارضاً جزئياً بين القواعد يجب معالجته.

وبالنظر لنصوص قوانين الطوارئ المنظمة للأوضاع غير العادية، يمكن القول أن نص المادة الثالثة مكرر من القانون - 50 - لسنة 1982 - والمتضمن لقانون الطوارئ المصري، يعد هذا النص متعارضاً تعارضاً كلياً مع القواعد الدولية لحقوق الإنسان، رغم ما قد يوحي به ظاهر هذا النص من توافر بعض الضمانات للإنسان المعتقل على خلاف حقيقته.

فعند قراءة هذا النص نجد أنه يقر الضمانة للمعتقل في إحدى فقراته ويهدرها في الفقرة التي تليها، فيظل المقبوض عليه أو المعتقل يدور في دوامة الحرمان من الحرية باسم التشريع ويظل وزير الداخلية أو من ينوب عنه مالكا لزام الأمر من بدايته حتى نهايته.

ودور القضاء والذي من المفترض أنه يمثل طوق نجاة للضحية هنا نجد أنه يدور في حلقة مفرغة بسبب صياغة هذا النص المتعمدة.

حيث نصت المادة الثالثة مكرر من قانون الطوارئ المصري - على أن - "يبلغ فوراً كل من يقبض عليه أو يعتقل وفقاً للمادة السابقة بأسباب القبض عليه أو اعتقاله، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام، ويعامل المعتقل معاملة المحبوس احتياطياً، وللمعتقل ولغيره من ذوي الشأن أن يتظلم من القبض أو الاعتقال إذا انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه ويكون التظلم بطلب يقدم إلى محكمة أمن الدولة العليا، المشكلة وفقاً لأحكام هذا القانون، وتفصل المحكمة في التظلم بقرار مسبب خلال 15 يوم من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المقبوض عليه أو المعتقل وإلا تعين الإفراج

(1) أنظر - قانون الطوارئ وأمن الدولة - أ. أحمد يوسف - المكتب الفني للإصدارات القانونية - القاهرة



عنه فوراً، ولوزير الداخلية في حالة صدور قرار بالإفراج أو في حالة عدم الفصل التظلم في الموعد المنصوص عليه في الفقرة السابقة أن يطعن في قرار الإفراج خلال 15 يوم من تاريخ صدور القرار أو انقضاء الموعد المشار إليه، فإذا طعن وزير الداخلية على القرار أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة وإلا وجب الإفراج عن المعتقل فوراً أو يكون قرار المحكمة في هذه الحالة واجب النفاذ، وفي جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ التظلم.

وفي هذا المعرض وعند مناقشة لجنة حقوق الإنسان للتقرير الذي قدمته الجمهورية المصرية بشأن حقوق الإنسان فقد أبدى أعضاء اللجنة ملاحظاتهم على قانون الطوارئ المصري والتي سنلخصها في عدة نقاط:

- 1- انشأ قانون الطوارئ محاكم أمن الدولة العليا، وكان التساؤل: هل الضمانات الواردة في المواد - 165 - 168 - من الدستور المصري والتي تؤكد استقلال القضاء تنطبق على هذه المحاكم؟ ومن الذي يقوم بتعيين أعضاء هذه المحاكم.
- 2- وجه الانتقاد للمادة الرابعة عشر من قانون الطوارئ والتي تنص على حق رئيس الجمهورية في إلغاء الأحكام الصادرة ببراءة المتهم والأمر بإعادة المحاكمة وقررت أن هذا النص يتعارض مع الفقرة السابعة من المادة الرابعة عشر من المعاهدة، والتي تنص على -أنه لا يجوز محاكمة أحد أو معاقبته مرة ثانية عن جريمة سبق أن نال حكمها نهائياً أو أفرج عنه فيها طبقاً لقانون.
- 3- لا يوجد حد أقصى لمدة الاعتقال طبقاً لقانون الطوارئ بما يتعارض مع المادة الرابعة عشر من الاتفاقية.
- 4- كذلك ذكر أنه ليس من الواضح إلى أي مدى قد تحللت مصر من النصوص الواردة بالعهد الدولي، كما يتضح من الدستور المصري أن رئيس الجمهورية له صلاحيات واسعة في إعلان حالة الطوارئ ويجب أن يضع في الاعتبار أن المادة الرابعة من العهد الدولي تفرض حدوداً معينة لإعلان حالة الطوارئ، كما أن هذا العهد نص على أن هناك مواد معينة لا يجوز التحلل من الالتزامات الواردة فيها رغم إعلان حالة الطوارئ.



5- أما عن الفترة التي اشتمل عليها قانون الطوارئ فذكر أن إعلان هذه الحالة في مصر قد أصبح شبه دائم<sup>(1)</sup>.

ثالثاً/ الرقابة على سلطات الإدارة الاستثنائية:

إن نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن ولا شك مخاطر جسيمة من شأنها أن تزعزع وتهدد حرية الأفراد الشخصية ويزيد من هذه الخطورة أنه ليس ثمة حداً فاصلاً قاطعاً لما يعتبر ظرفاً استثنائياً.

وفي ضوء ذلك يظهر بأن تلك النظرية والذي يعود أصلها للقضاء الفرنسي نظرية مرنة تضيق وتتسع لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية، فتمنح الإدارة سلطات أوسع مما في النصوص إذا ما احتاجت لتلك التوسعة، كما يبدو أيضاً إلى أي مدى تصل حرية الجهات الرقابية في تعديل نطاق المشروعية خارج نطاق النصوص بل وضد النصوص.

وواقع أنه من الصعب وضع قواعد مجردة في هذا الصدد، وإنما يمكن أن نورد بعض التطبيقات للجهات الرقابية مثل - مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض المصرية.

ومن تلك التطبيقات نبين أن القاعدة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسي هي أن بعض القرارات الغير مشروعة في الظروف العادية يعتبرها المجلس مشروعة متى كانت لأزمة استقرار الأوضاع وتأمين النظام العام والمحافظة على سلامة الدولة ومن ثم يرفض المجلس بالتالي إلغائها<sup>(2)</sup>.

ومجلس الدولة الفرنسي وإن كان قد رفض منذ البداية اعتبار الإجراءات والأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية بالتبعية لإعلان الحالة الاستثنائية من ضمن أعمال السيادة إلا أنه عوض السلطة التنفيذية عن ذلك بالسماح لها بان تستفيد إلى أكبر قدر مستطاع من نظرية أعمال الضرورة.

(1) التقرير المصري الأول لأوضاع حقوق الإنسان ومداولاته - مناقشة اللجنة حقوق الإنسان - ص: 15- 16 - 17.

(2) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص: 327.



ومن أجل ذلك اعتبر كثيرا من المراسيم والإجراءات الصادرة من السلطة التنفيذية أثناء الحرب مشروعة رغم مخالفتها الظاهرة للقوانين، واستنادا إلى حلة الضرورة، كذلك حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يحصر هذه النظرية في قيود ضيقة منها:

أولاً: إن سلطات الظروف الاستثنائية أولاً محدودة ومقصورة على هذه الظروف وحدها دون غيرها من الظروف، وبالقدر الضروري لمواجهتها، وهذه المرحلة من أهم مراحل المراقبة كونها تهدف إلى منع الإدارة من استغلال الأوضاع من أجل اتخاذ إجراءات والقيام بأعمال ليست بالضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية.

ثانياً: خضوع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء وبهذا تتميز نظرية أعمال السيادة عن نظرية الظروف الاستثنائية، ففي الحالة الثانية نجد أن قواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من أداء واجبها في المحافظة على النظام العام، ولكن المشروعية قائمة، بعكس أعمال السيادة التي لا تخضع بتاتا لرقابة قضائية<sup>(1)</sup>.

كذلك هذا القضاء المصري حذو القضاء الفرنسي حين قرر مجلس الدولة المصري إخضاع الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية أثناء الظروف الاستثنائية لرقابة.

وقد قرر القضاء الإداري ومنذ نشأته بأن -نظام الطوارئ في مصر وإن كان نظام استثنائياً إلا أنه ليس بالنظام المطلق بل هو نظام، مهما كان المصدر التاريخي الذي استقاه منه المشرع، خاضع للقانون- وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، فيجب أن تكون حدوده بمقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط، وإلا كان كل ما يتخذ من التدابير والإجراءات متجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون فتتسبط عليه رقابة هذه المحكمة<sup>(2)</sup>.

كذلك أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً أكدت فيه - وعند تعرضها لشرعية تعديل القوانين الجنائية السارية بغير طريقة السلطة التشريعية، حيث ورد في قضائها أن المشرع لم يجعل من سلطات الحاكم العسكري تعديل القوانين سارية المفعول حيث يظل تعديلها حرماً مصوناً للسلطة التشريعية تجريبه وفقاً للإجراءات التي رسمها الدستور، ووصفت

(1) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص: 329.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين - دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري - المنشورات الحقوقية - بيروت - لبنان - 1998 - ص: 608.



المحكمة تدخل الحاكم العسكري بتعديل النص الجنائي الساري المفعول بأمر عسكري مستندا إلى قانون الطوارئ بأنه اغتصاب للسلطة التشريعية، واعتبر أمر الحاكم العسكري في هذا الصدد معدوما وقضت بضرورة الالتفات عنه<sup>(1)</sup>.

### الخاتمة:

لقد تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية معالجة جيدة للأوضاع الذي من شأنها تهديد استقرار وأمن الأمة وذلك عن طريق إعطاء الدول الحق في إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، حيث وضع لهذا الإعلان ضوابط محددة وخطوط حمراء لا يجب على الدول الأعضاء تجاوزها، إلا أن الواقع العملي لا نجد فيه احتراماً لهذه الضوابط، خاصة في بلداننا العربية حيث لا سلطان ولا رقابة على أنظمتها العربية، عكس ما هو معمول به مثلاً في الاتحاد الأوروبي، حيث أنه في دولنا العربية تعلن حالة الطوارئ بدون حاجة لها وتسن القوانين لقمع الحريات، ويزج بالآلاف في السجون تحت مسميات مثل المحافظة على الأمن، هذا الأخير والذي يزعجه مجرد التعبير عن الرأي هذا بالإضافة إلى ما نص عليه العهد الدولي من وجوب أن يكون إعلان هذه الحالة محدد بمدة زمنية معينة أو بعض المواد لا يجب التحلل منها في هذه الحالة إلا أن ذلك لا يتم احترامه، وفي ظل مثل هذه القوانين تنتهك الحقوق وتسلب الحريات وتعلن حالة الطوارئ ليس لأن مؤسسات الدولة في خطر بل لأن النظام الحاكم في خطر وكان الدولة أضحت مسيرة لخدمة النظام الحاكم وليس الشعب.

هذا كله يحدث عندما يعطي الدستور للسلطة التنفيذية الصلاحيات الواسعة في إعلان مثل هذه الحالة وبدون رقابة فاعلة على هذه الصلاحيات أو حتى على مجرد إقرار هذا الإعلان أو فترة سريان هذه الحالة وإذا ما كان هناك داعي لاستمرارها أو تمديدها.

(1) د. خيرى أحمد الكباش - المرجع السابق - ص: 409.

# رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أ/ أحمد عبود

أستاذ مساعد مكلف بالدروس

كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البلدية، الجزائر.

## مقدمة:

إن الزواج سنة من سنن الله في الخلق والتكوين وهي عامة ومطردة، لا يشذ عنها عالم الإنسان أو عالم الحيوان أو عالم النبات<sup>(1)</sup>، يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

والزواج لغة، يعني الاقتران والاختلاط والضم أو الجمع أو هو الوطاء والعقد جميعا، يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾<sup>(3)</sup> أي قرنت بأبدانها وأعمالها<sup>(4)</sup>.

أما الزواج شرعا فهو عقد يفيد حل استمتاع الزوجين كل منهما بالآخر على الوجه المشروع، فيجعل لكل منهما حقوقا وواجبات، أو هو العقد الذي يفيد حل العشرة بين الزوجين - الرجل والمرأة- وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لِكليهما من حقوق وما عليه من واجبات<sup>(5)</sup>.

هذا يعني أن محل عقد الزواج هو موضوع العقد الذي اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وليست المرأة محلا للعقد بل هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين<sup>(6)</sup>.

(1) السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1985، المجلد الثاني، ص 07

(2) سورة الذاريات، الآية 49.

(3) سورة التكويم، الآية 07.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الأول، ص 92.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957، ص 19.

(6) عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1972، ص 67.



وهذا ما تضمنته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"<sup>(1)</sup>.

ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع قد صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وذكر الغاية من هذا العقد، ومن هنا لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية ولعل عذر القانون من هذا الإغفال يكمن في الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك لذكر الغاية منه<sup>(2)</sup>.

وفي هذا السياق قال الفقيه الحنفي "السرخسي": (وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما يبناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي)<sup>(3)</sup>.

ولما كان أساس العلاقة التي تربط بين الرجل والمرأة المودة والرحمة لإنشاء أسرة متكاملة، فقد كان لزاما أن تقوم هذه العلاقة على أساس مبدأ التراضي الذي يشكل الركن الأساسي لكافة العقود وهو المبدأ الذي يعني حرية كل من الرجل والمرأة في الإقدام على العقد أو الإعراض عنه، أي حرية كل منهما في اختيار الآخر، وكذلك حرية كل منهما في التحلل منه إذا ما وجد بأن هذه العلاقة الزوجية لم تعد تحقق الغرض الأساسي من الزواج، وإذا تأملنا في هذه الحرية نجد أن حرية الرجل في إبرام عقد الزواج لا نقاش فيها وتعد من المسلمات البديهية، أما بالنسبة للمرأة فقد اختلفت المذاهب والآراء في منحها هذه الحرية، وذلك من خلال وجود نظام الولاية في عقد الزواج.

ومن ثمة نطرح التساؤل التالي: ما مدى حرية المرأة في التعبير عن رضاها في عقد الزواج، وهل يكفي رضاها في عقد الزواج أم يحتاج إلى رضاها فيلا عقد الزواج أم يحتاج إلى رضا أشخاص آخرين لإتمامه؟ وبناء على هذه الإشكالية طرحنا إشكالية فرعية نراها ضرورية، والمتمثلة في مدى اعتبار رضا المرأة عاملا أساسيا لاستقرار الحياة الزوجية والوقاية من كل ضرر وشقاق؟

(1) تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، بحيث كانت المادة الرابعة، تنص على أن: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والحفاظ على الأنساب" بحيث تم التأكيد بموجب هذا التعديل على رضائية عقد الزواج بالقول: "الزواج عقد رضائي...".

(2) بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 31.

(3) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1993، الجزء الرابع، ص 194.



تلك هي إشكالية هذا البحث التي سنحاول الإجابة عليها في إطار أحكام الفقه الإسلامي وكذا أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي عرف تعديلا هاما للقواعد القانونية التي تحكم رضا المرأة في عقد الزواج وكذا التي تحدد الطبيعة القانونية للولي، وذلك بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ولقد اعتمدت للإجابة على هذه الإشكالية على الخطة التالية:

- المبحث الأول وجود رضا المرأة في عقد الزواج.

- المبحث الثاني: مركز الولي في عقد الزواج وصلاحياته.

### المبحث الأول: وجود رضا المرأة في عقد الزواج

يقتضي الحديث عن وجود رضا المرأة في عقد الزواج التطرق لمدى حريتها في مباشرة عقد الزواج وكذا الكيفية التي تعبر بها عن رضاها في إبرام عقد الزواج. ومن أجل تبيان ذلك جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

- المطلب الأول: مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج

- المطلب الثاني: التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

### المطلب الأول: مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج

لم يتفق الفقهاء حول حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج برضاها بدون وليها، وانقسموا إلى مذهبين رئيسيين هما:

أ- المذهب الأول: وهو قول الحنفية بجواز مباشرة المرأة لعقد الزواج برضاها دون تدخل

الولي، وللحنفية أقوال في ذلك نورد أهمها:

1- قول "السرخسي"<sup>(1)</sup>: "المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز

النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمة الله تعالى سواء كان الزواج كنفوا أو غير كنفه فالنكاح صحيح..".

2- قول "المرغيناني"<sup>(2)</sup>: "وينعقد نكاح المرأة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها

ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية".

(1) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج 06، ص 10.

(2) المرغيناني، البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 246.

3- قول " ابن نجيم"<sup>(1)</sup>: "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة".

4- قول " ابن مازة"<sup>(2)</sup>: " لأن النكاح لا ينفذ على البكر البالغة من غير رضاها".

5- قول "شيخنا زاده الحنفي"<sup>(3)</sup>: "نفذ أي صح نكاح حرة بكرا كانت أو ثيبا بلا ولي أي لو كان النكاح بلا إذن ولي وحضوره عند الشيخين في ظاهر الرواية".

ودليل الحنفية في ذلك : قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ﴾ (سورة البقرة الآية 230) أضاف النكاح إليها ، ومن السنة حديث مسلم: (الأيام أحق بنفسها من وليها) وهي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، أن فيه حقين: حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها بغير رضاها ، وأما ما رواه الترمذي وحسنه: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) وما رواه أبو داود: (لا نكاح إلا بولي) فضعيفان أو تختلف في صحتها فلن يعارض المتفق عليه صحته ، أو الأول محمول على الأمة والصغيرة والمعتوهة وعلى غير الكفء ، والثاني محمول على نفي الكمال أو هي ولية نفسها ، وفائدته نفي النكاح من لا ولاية له كالكاfer للمسلمة والمعتوهة والأمة ، فالمرأة تصرفت في خالص حقها ، وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها التصرف في المال ، والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه<sup>(4)</sup>.

ب- المذهب الثاني: وهو قول فقهاء المالكية<sup>(5)</sup> ، الشافعية<sup>(6)</sup> ، والحنابلة<sup>(7)</sup> ، بعدم جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها إلا بإذن وليها ، وذهب الظاهرية إلى اعتبار الولي في البكر فقط<sup>(8)</sup> ، واستدل جمهور الفقهاء بالأدلة التالية:

- ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي) قال أحمد ويحي هذا حديث صحيح ، وقد روي عن أحمد أن للمرأة تزويج معتقها ، فيخرج من هذا صحة تزويجها لنفسها بإذن وليها ،

(1) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، الجزء الثالث، ص 117.

(2) محمود البخاري ابن مازة، المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 2004، الجزء الثالث، ص 55.

(3) شيخنا زاده الحنفي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء الأول، ص 332.

(4) شيخنا زاده الحنفي المرجع السابق، ص 332. ابن نجيم، المرجع السابق، ج 03، ص 117.

(5) أحمد بن يحيى الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة شهاب، الجزائر، ص 73، 74.

(6) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر بيروت ، لبنان، الجزء السادس، ص 47.

(7) ابن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان 1948، الجزء الثالث، ص 09.

(8) ابن حزم، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 233، ص 37- 38.



وتزويج غيرها بالوكالة، لما روت عائشة عن النبي ﷺ: (أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها، فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له) رواه أبو داود والترمذي، فمفهومه صحته بإذنه ولأن المنع لحقه فجاز بإذنه كنكاح العبد والأول المذهب لعموم الخبر الأول، ولأن المرأة غير مأمونة على البضع لنقص عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال، بخلاف العبد فإن المنع لحق المولى خاصة، وإنما ذكر تزويجها بغير إذن وليها، لأنه الغالب إذ لو رضي لكان هو المباشر له دونها<sup>(1)</sup>.

- قوله: (لا نكاح إلا بولي) هذا النفي يتوجه إما إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعنى صورة العقد بدون ولي ليست شرعية، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغير ولي باطلا كما هو مصرح بذلك في حديث عائشة المذكور، لأن النهي يدل على الفساد المرادف للبطلان، وقد ذهب إلى هذا علي وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب، وابن شبرمة وابن أبي ليلى والعترة وأحمد وإسحاق والشافعي وجمهور أهل العلم فقالوا: "لا يصح العقد بدون ولي، قال ابن المنذر: "إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.. وعن مالك: يعتبر الولي في الرقبة دون الوضعية"<sup>(2)</sup>.

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ فمعنى قوامون على النساء قيامهم بمصالحهن، وفيها ولاية تزويجهن.<sup>(3)</sup>

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾، ووجه الاستدلال بهذه الآية نهي الأولياء عن العضل، لأنه لو كان عقد المرأة على نفسها جائز لم يكن الولي عاضلا بامتناعه من العقد عليها لأنها تعقد على نفسها ولا تبالي بمنع وأما السنة فخير (لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)، وخبر (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاح باطل، باطل، باطل) قاله ثلاثا، وقال أبو حنيفة تزوج نفسها قياسا على بيعها وشرائها<sup>(4)</sup>.

(1) إبن قدامة، المرجع السابق، ج 03، ص 09.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الجزء السابع، ص 211، وأنظر في هذا المعنى، الصنعاني، سبل السلام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص 673، 674.

(3) القليوبي، حاشيتا القليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الثالث، ص 222. محمد بن إدريس الشافعي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1980، ص 175.

(4) النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 04.



وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ لا يدل على صحة نكاحها نفسها بل على أن نكاحها إلى الولي، لأنها نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها، فلو لم يكن لمعقل ولاية النكاح لما عاتبه تعالى على ذلك وإنما أضافه إلى النساء لتعلقه بهن وعقده عليهن، فلا يصح من امرأة نكاحها لنفسها أو لنكاحها لغيرها لأنه إذا لم يصح نكاحها لنفسها لغيرها أولى<sup>(1)</sup>.

ففي الآية دليل على أنه لا يجوز النكاح بغير ولي لأن أخت معقل كانت ثيباً، ولو كان الأمر إليها دون وليها لزوجت نفسها ولم تحتج إلى وليها معقل<sup>(2)</sup>.

وبعرضنا لأقوال الفقهاء في شأن حرية المرأة في مباشرة الزواج دون رضا وليها، نرى أنه لا يمكن الأخذ بأحد المذهبين على إطلاقه وذلك باعتبار أن عقد الزواج ليس كبقية العقود الأخرى التي تبرمها المرأة دون إذن وليها إذا كانت رشيدة، فالزواج يجمع في أن واحد عدة مصالح، فالمرأة لها مصلحة في إبرام عقد الزواج والولي أيضاً له مصلحة في زواج ابنته زواجا يحفظ كرامته وكرامة العائلة فالزواج لا يجمع فقط بين رجل وامرأة بل يتعدى إلى إيجاد علاقة مصاهرة بين عائلتين تقتضي أن يكون للولي دور في تكوين هذه العلاقة التي ينبغي أن تبنى على أساس شرعي متين، ومن ثم فالأصل في الزواج هو رضا الزوجة ولا يجوز للولي أن يعارض رغبة موليته في الزواج إلا إذا أساءت الاختيار، فوجود الولي بجانب المرأة في عقد الزواج وجب النظر إليه من زاوية الإيجابية، فالمرأة في غالب الأحوال تجهل خبايا الرجال ولا يمكن لها معرفتها إلا بمساعدة وليها، فغالبا ما يكون رضا المرأة مبينا على العاطفة، فوجود الولي بجانبها قد ينقذها من تأسيس علاقة زوجية مآلها الفشل والتفكك بسبب الضرر والشقاق الذي يخيم على الحياة الزوجية بمجرد ما تكتشف الزوجة عيوب زوجها التي أخفاها قبل الزواج والتي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

وبالتالي فإذا امتنع الولي وكان امتناعه بغير سبب شرعي أو أي مبرر فإن الولاية تنتقل إلى القاضي، وإن لم يذكر في مرسومه أن له ولاية التزويج ولكن يشترط ألا يعزله ولي الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياها بغيره، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله ﷺ: (فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) وإن ذلك الامتناع لا يقل على الاشتجار بل لا يخلو

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 637.

(2) القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 157.



من اشتجار الأولياء عليه، إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ولو كانوا دونه، ولأن الامتناع من غير مبرر شرعي يعد ظلماً، وولاية رفع المظالم إلى القاضي فهو الذي يتولى بالنيابة عن الولي الممتنع، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه أن يؤديه، ويؤدي الامتناع إلى ظلم، فإن القاضي يتولى الواجب بالنيابة عنه إذا تعين ذلك طريقاً لرفع الظلم، ألا ترى أن القاضي يبيع مال المدين لسداد دينه إذا امتنع عن البيع والسداد، أو على الأقل يكرهه على البيع لأن ذلك هو السبيل لرفع الظلم<sup>(1)</sup>.

ولأن القاضي إذا تولى العقد يكون عقده نيابة عن الولي العاضل (أي الممتنع ظلماً) يعد عقده في قوة عقد ذلك الولي، فإن كان الولي هو الأب كان عقد القاضي في قوة عقده، وإذا كان هو الأخ كان في قوة عقده وهكذا، وقد قالوا: إنما يعد الولي ممتنعاً بغير حق إذا امتنع عن تزويج الكفء وكان بمهر المثل<sup>(2)</sup>، وهذا ما نرجحه لقوة دليبه وضمانه لقيام أسرة مبنية على أساس متين يقي العلاقة الزوجية من كل ضرر وشقاق.

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول: إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداءً، بل لا بد من اشتراكهما فيه بتحقيق رضائهما معاً، فإذا تم ذلك قام أحدهما بمباشرته، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أنوثتها لا تصلح مانعاً عنه، فقد ثبت أن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب، فلما حضر أمضى العقد وإمضاء أخيها له دليل على صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج<sup>(3)</sup>.

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس، فإبقاء لحياتها وصونها لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه<sup>(4)</sup>.

وهذا ما جاء في رأي الإمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية، وقال أبو ثور: "يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذ بمفهوم قوله: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها"<sup>(5)</sup>.

(1) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ص 161.

(2) نفس المرجع، ص 162.

(3) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1977، ص 264.

(4) نفس المرجع، ص 264.

(5) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 216..



وقال الأوزاعي: إن كان الزوج كفوًا ولها من أمرها نصيب ودخل بها، لم يكن للولي أن يفرق بينهما، وقال أبو ثور: لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها، ولا أن تزوجها امرأة، ولكن إذا زوجها رجل مسلم جاز، المؤمنون إخوة بعضهم أولياء بعض<sup>(1)</sup>.

ونعتقد أن هذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 11 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، التي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

#### المطلب الثاني: التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج:

يقصد بالتعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج الكيفية الشرعية والقانونية التي تتبعها المرأة لإعلان إرادتها في إبرام عقد الزواج، ومن أجل تبيان هذه الكيفية جاء تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: - الفرع الأول: الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج. - الفرع الثاني: طرق التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج.

#### الفرع الأول: الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج:

إتفق الفقهاء قاطبة على أن لفظي "الزواج" و"النكاح" ينعقد - بما يصاغ منها لفظ الإيجاب والقبول - عقد الزواج من غير دليل ولا قرينة، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة والشريعة للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة<sup>(2)</sup>: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾<sup>(3)</sup>، ﴿زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾<sup>(4)</sup>، (من استطاع منكم الباءة فليتزوج)<sup>(5)</sup>.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 32.

(2) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة، 2001، ص 74.

(3) سورة النساء، الآية 03

(4) سورة الأحزاب، الآية 37.

(5) رواه البخاري ومسلم.



غير أن الفقهاء اختلفوا في إنشاء عقد الزواج بغير هذين اللفظين، وجاء اختلافهم على المذاهب الثلاثة التالية:

**أ- مذهب الشافعية والحنابلة:** يرى الإمام الشافعي والإمام أحمد أن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظي "الزواج" و"النكاح" قال الشافعي: "فسمى الله - تبارك وتعالى - النكاح إسمين: النكاح والتزويج، وقال عز وجل: ﴿وَأَمْرًا مُّؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>(1)</sup>، فأبان جل شأؤه أن الهبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم دون المؤمنين، والهبة، والله تعالى أعلم، تجمع أن ينعقد له عليها عقدة النكاح بأن تهب نفسها له بلا مهر، وهذا دلالة على ألا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج، ولا يقع بكلام غيرهما، وإن كانت معه نية التزويج، وأنه مخالف للطلاق الذي يقع بما يشبه الطلاق من الكلام، مع نية الطلاق، وذلك أن المرأة قبل أن تزوج محرمة الفرج، فلا تحل إلا بما سمى الله عز وجل أنها تحل به، لا بغيره...ولو قال جئتكم خاطبا لفلانة، فقال قد زوجتكها، لم يكن نكاحا حتى يقول، قد قبلت تزويجها، ولو قال: جئتكم خاطبا لفلانة فزوجناها: فقال: قد زوجتكها، ثبت النكاح"<sup>(2)</sup>.

فحسب المذهب الشافعي ينعقد الزواج بلفظتان وهما النكاح والتزويج، لأن كتاب الله تعالى قد جاء بهما...ولأن معناهما في اللغة متشابهان<sup>(3)</sup>.

وطبقا للمذهب الحنبلي فلا يصح الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج، فيقول: زوجتك ابنتي، أنكحتكها، أن ما سواهما لا يأتي على معنى النكاح فلا ينعقد به، كلفظ الإحلال، لأن الشهادة شرط في النكاح، وهي واقفة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع النكاح، وإنما يصرف إليه بالنية ولا شهادة عليها، فيخلو النكاح عن الشهادة، وأما القبول فيقول: قبلت النكاح وإن اقتصر على قبلت صح، لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي<sup>(4)</sup>.

ولا ينعقد بغير لفظ النكاح والتزويج، وبهذا قال "سعيد بن المسيب" و"عطاء" و"الزهري" و"ربيعة" و"الشافعي"، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبد

(1) سورة الأحزاب، الآية 50.

(2) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 03.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الحادي عشر، ص 214.

(4) ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 28.

وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان<sup>(1)</sup>: يقول ابن قدامة: ولنا قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>(2)</sup>، فذكر ذلك خالصا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم إطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد، وأما الخبر فقد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة...<sup>(3)</sup>.

ب- **مذهب الحنفية:** حسب مذهب الحنفية ينعقد الزواج بلفظة الهبة والصدقة، والتمليك، قال "السرخسي": قال رضي الله عنه: النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتمليك صحيح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى، لا يصح إلا بلفظة النكاح والتزويج<sup>(4)</sup>.

ويقول "الكاساني": "أما بيان اللفظ الذي ينعقد به النكاح بحروفه فنقول وبالله التوفيق، لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك، قال أصحابنا رحمهم الله، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله" وكلمته التي أحل بها الفروج في كتابه الكريم لفظ الإنكاح والتزويج فقط قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ وقال سبحانه وتعالى: ﴿زَوْجَتَكُمْ﴾ ولأن الحكم الأصلي للنكاح هو الأزواج والملك يثبت وسيلة إليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الأزواج وهو لفظ التزويج، والإنكاح لا غير.

ولنا أنه انعقد نكاح رسول الله ﷺ بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته ودلالة الوصف قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ معطوفا على قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنْ أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ أخبر الله تعالى أن المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ عند استنكاحه إياها حلال له وما كان مشروعاً في حق النبي ﷺ يكون مشروعاً في حق أمته هو الأصل حتى يقوم دليل الخصوص. فإن قيل: قد قام دليل بخصوص ههنا، وهو قوله تعالى:

(1) ابن قدامة، المغنى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء التاسع، ص 340.

(2) سورة الأحزاب، الآية 50.

(3) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 09، ص 340.

(4) السرخسي، المرجع السابق، ج 06، ص 60.



﴿ خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾<sup>(1)</sup> بغير أجر فالخلوص يرجع إلى الأجر إلى لفظ الهبة، أحدها: ذكره عقبه، وهو قوله عز وجل: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ﴾ فدل أن خلوص تلك المرأة له كان بالنكاح بلا فرض منه. **والثاني:** أنه قال تعالى: ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾، ومعلوم أنه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة، وإنما الحرج في إعطاء البذل: **والثالث:** أن هذا خرج مخرج الامتتان عليه وعلى أمته في لفظ الهبة ليست تلك في لفظة التزويج، فدل أن المنة فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخلوص إليه، ولأن الانقضاء بلفظ النكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم أصل النكاح شرعا هو الأزواج وأنه لم يشرع بدون الملك، فإذا أتى به يثبت الأزواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا...<sup>(1)</sup>.

ثم يضيف "الكاساني" بقوله: "فلما قلتم بأن جواز النكاح بهذه الألفاظ ليس حكم الله تعالى، والدليل على أنه حكم الله تعالى ما ذكرنا من الدلائل مع أن كل لفظ جعل عاما على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى وأضافه الكلمة إلى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل للفظ سبب لثبوت الحكم شرعا فكان مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة عند مشايخنا...<sup>(2)</sup> وحكي عن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الإجارة لقوله تعالى: ﴿ فَتَأْتِيهِمْ أَجْرُهُمْ ﴾<sup>(3)</sup> سمي الله تعالى المهر أجر ولا أجر إلا بالإجارة، فلو لم تكن الإجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا، وجه قول العامة: أن الإجارة عقد مؤقت بدليل أن الدليل يبطلها، والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطله...، ولا ينعقد بلفظ الإجارة؟ لأن الإجارة أن كانت إباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الإباحة لانعدام معنى التمليك أصلا، وإن كانت تمليك المتعة فالنكاح لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد<sup>(3)</sup>.

**ج- مذهب المالكية:** أما رأي المالكية في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نستنتج مما جاء في حاشية العدوى قوله: 'فمن الولي بكل لفظ الخ' ومثل الماضي المضارع، كأنكحك وأزوجك أعلم أن وقوعه بما ذكره الشارح لا إشكال فيه، وأما بغيره من وهبت وغيرها ففيه تفصيل محصله ثلاثة أقسام: قسم لا ينعقد به ولو نوى به النكاح واقتران بلفظ الصداق وهو لفظ الوقف والحبس والعمرى والإجارة والرهن والعارية والوصية، وقسم ينعقد به إذا أقرن

(1) الكاساني، البدائع، دار الكتب العربي، القاهرة، 1996، الجزء الثاني، ص 344.

(2) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 2 ص 344.

(3) نفس المرجع، ص 344.



بلفظ الصداق وهو لفظ الهبة والصدقة والعطية ونحوها كالمنحة وتسمية الصداق تتضمن إرادة النكاح بما قارنها ، وقسم فيه التردد وهو لفظ الهبة والصدقة وما معها حيث لم يسم مع ذلك الصداق وقصد بها النكاح وكذا لفظ الإباحة والإحلال ، والإطلاق والبيع والتمليك ونحوها إذا قصد بها النكاح أو سمي معها الصداق ، والراجع عدم الانعقاد<sup>(1)</sup>.

وقال ابن عاصم الأندلسي: " فإنه ينعقد النكاح به كأنكحت اتفاقا وأدخلت أيضا بعث وملكت ووهبت وتصدقت ومنحت وأعطيت ونحو ذلك حيث قصد بها النكاح وظاهره سمي معها صداقا أم لا ، إذ المراد عنه على كونها تقتضي التأبيد ، لا إن لم يقصد بها النكاح فلا ينعقد..."<sup>(2)</sup>.

وأمام هذا الاختلاف ، يبدو أن الراجع منه هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في عدم تقييد الرجل والمرأة في التعبير عن إرادتهما بلفظي الإنكاح والتزويج بحيث يجوز للمرأة أن تعبر عن إرادتها في إبرام عقد الزواج بكل لفظ له دلالة على نية الزواج التي يؤكدنها ويعاينها الشهود بحضورهم لمجلس العقد ، وإن ترجيحنا لهذا القول مبني على أساس قوة أدلته وتميزه بطابع التيسير في استعمال عدة ألفاظ تدل على قصد الزواج والنكاح.

وبناء على ما سبق نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري تبنى موقف المالكية والحنفية في عدم تقييد التعبير عن إرادة المرأة والرجل بلفظي النكاح والتزويج وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة العاشرة التي تنص على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويستتج من خلال الفقرة الأولى من المادة العاشرة أن رضا المرأة قد يكون إيجابا وقد يكون قبولا ، فلا يشترط أن يصدر الإيجاب من طرف معين ، بل إن اللفظ الذي يصدر ابتداء يسمى إيجابا ، واللفظ الثاني يطلق عليه قبولا ، فإذا قال الرجل للمرأة: تزوجتك على مهر قدره كذا ، فقالت المرأة: قبلت زواجك بما ذكرت من المهر ، كان الرجل موجبا والمرأة قابلة ، وإذا قالت المرأة أولا: تزوجتك نفسي على مهر قدره كذا ، فقال الرجل: قبلت منك الزواج ، بما ذكرت من المهر ، كانت المرأة موجبة والرجل قابلا<sup>(3)</sup>.

(1) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، الجزء الثاني، ص 49.

(2) ابن عاصم الأندلسي، التحفة في شرح البهجة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول، ص 410.

(3) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 74.



وبناء على ذلك فصحة عقد الزواج تبني أساسا على رضا الطرفين بألفاظ تؤدي إلى معنى النكاح لغة أو عرفا في مجلس واحد وبحضور شاهدين وتسمية صداق للزوجة.

### الفرع الثاني: طرق التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

أولا: التعبير الصريح:

إن التعبير الصريح عن الإرادة هو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس، ويكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الخارجي الذي اتخذته كلاما أو كتابة أو إشارة موضوعا للكشف عن الإرادة حسب المؤلفين بين الناس<sup>(1)</sup>.

**1- التعبير لفظا:** إن الأصل في التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج أن يتم لفظا وذلك بالنطق والكلام عن طريق الألفاظ الدالة على معناه الأمر الذي أكدته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويصدر رضا المرأة في مكان العقد وهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حتى ولو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بأن كان حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد، لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر فكان القياس وجودهما في مكان واحدة<sup>(2)</sup>.

فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب<sup>(3)</sup>.

كما يجب ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب، ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما دام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركني العقد، وهما الإيجاب والقبول، وإذا لم يتم الالتزام فلا إلزام لأحد فالموجب أن يرجع<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1934، ص 150.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 348.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 41.

(4) نفس المرجع، ص 41.



وبناء عليه فللمرأة الحرية في الرجوع عن إيجابها في مجلس العقد إذا كانت هي الموجبة ما لم يقترن بقبول.

ثانياً: التعبير كتاباً.

لقد اختلف الفقهاء في مدى جواز النكاح بين غائبين بالكتابة على قولين:

- **القول الأول:** ومفاده عدم صحة النكاح بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أم غائبين وهو قول المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup>، الحنابلة<sup>(3)</sup>.

قال الفقيه المالكي الدردير: "ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"<sup>(4)</sup>.

وقال الفقيه الشافعي الخطيب الشرييني: "لا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية، فلو قال الغائب: "زوجتك إبنتي، أو قال "زوجتها من فلان" ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر، فقال: "قبلت" لم يصح وينعقد بإشارة الأخرس..."<sup>(5)</sup>.

- وقال الفقيه الحنبلي الرحيباني: "ولا يصح النكاح من قادر على النطق، بإشارة ولا كتابة للاستغناء عنها"<sup>(6)</sup>.

ودليل هذا القول بعدم انعقاد الزواج بالكتابة في غيبة أو حضور أن الكتابة كناية، وباعتبار عقد الزواج يحتاج إلى قبول كالبيع والإجارة فلا ينعقد بالكناية<sup>(7)</sup>.

- **القول الثاني:** وهو قول الحنفية<sup>(8)</sup> بجواز انعقاد النكاح بالكتابة بين الغائبين دون الحاضرين.

(1) الدردير، الشرح الصغير، على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992، الجزء الثاني، ص 329.

(2) الخطيب الشرييني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 181، 182.

(3) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى، المكتب الإسلامي، دمشق، الجزء الخامس، ص 49، البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 39.

(4) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص 326.

(5) الخطيب الشرييني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182، راجع أيضاً عبد الحميد الشرواتي، حواشي الشرواتي على تحفة المحتاج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ج 9، ص 77، 78.

(6) الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 49.

(7) الشرييني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 223.

(8) ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3، ص 89.



قال الفقيه الحنفي ابن نجيم: "وقيد المصنف انعقاده باللفظ لأنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين، فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد، وأما من الغائب كالخطاب<sup>(1)</sup> .

ودليل قول الحنفية هو أن الكتابة من البعيد كالخطاب من القريب وباعتبار أن الكتاب يتضمن حروفاً تحتل المعنى المؤدي إلى غرض الزواج سواء بالإيجاب أو القبول وبالتالي فهو كالخطاب الصادر من المتعاقد الحاضر في مجلس العقد<sup>(2)</sup> .

ومن خلال هذا الاختلاف الفقهي بين جمهور الفقهاء ومذهب الحنفية حول مدى اعتبار الكتابة وسيلة للتعبير عن الرضا في عقد الزواج فإن الذي يبدو مرجحاً هو قول الحنفية لقوة أدلتها، فإذا كانت الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة بين غائبين في العقود الأخرى، فلا نرى مانعاً في اعتبارها كذلك في عقد الزواج بشرط أن يحضر ويسمع الشاهدان مضمون الرسالة التي تعلن الإيجاب أو القبول لإبرام عقد الزواج، ومن ثم يمكن للمرأة أن تعلن عن رضاها بالزواج كتابة إذا منعتها ظروف قاهرة عن حضور مجلس العقد وذلك عن طريق رسالة تتضمن إيجابها أو قبولها للزواج.

ولقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري صراحة بقول الحنفية بجواز انعقاد الزواج بالكتابة إذا كان أحد أطراف العقد غائباً وذلك من خلال المادة السابعة منه التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

وبرجوعنا إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد نص صراحة على جواز انعقاد الزواج بالكتابة في حالة غياب أحد الطرفين عن مجلس العقد. وبالتالي وجب الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ويبدو أن ما ذهب إليه المذهب الحنفي جدير بالأخذ به لأنه يتميز بطابع التيسير على الناس باللجوء إلى الكتابة في التعبير عن الإرادة في الزواج خاصة مع التطور التكنولوجي الذي عرفته وسائل الاتصال والمتمثلة في التعاقد عن طريق الأنترنت بواسطة الكتابة، فالظاهر جواز ذلك بشرط ضمان أن يكون تبادل الإيجاب والقبول بعيداً عن كل تلاعب وغش

(1) نفس المرجع، ص 89.

(2) الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الجزء السادس، ص 218، ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء السابع، ص 488.



وتدليس وتزوير وذلك على أساس ما قال به الحنفية بجواز انعقاد العقد بالكتابة بشرط وجود الشهود الذي يقرأون مضمون الخطاب لتأكيد الإرادة في عقد الزواج.

ويبقى ذلك في إطار شرعي مشروط باللجوء إلى الكتابة في حالات خاصة ولفئة من الناس الذين تمنعهم ظروفهم من حضور مجلس عقد الزواج، ومن ثم يبقى الأصل هو ضرورة حضور العاقدين لمجلس العقد مع الشهود لتبادل الرضا بتكوين العلاقة الزوجية.

### ثالثاً: انعقاد الزواج بالإشارة:

لا يمكن اللجوء إلى التعاقد بالإشارة الدالة على الزواج إلا للأخرس وهذا ما اتفق عليه الفقهاء<sup>(1)</sup> وذلك باعتبار اللجوء إلى الإشارة كطريق للتعبير عن الرضا في عقد الزواج من قبيل الضرورة.

واشترط الشافعية لانعقاد الزواج بإشارة الأخرس التي لا يختص بها فطنون، أما ما يختص به الفطنون فإنه لا ينعقد بها إنها كناية فيجب أن تكون الإشارة شائعة ومنتشرة بين الفطنين وغيرهم من الأخرس.

كما يمكن للأخرس أن يلجأ للكتابة إذا كانت إشارته غير مفهومة ولم يتمكن من توكيل شخص للتعبير عن إرادته في عقد الزواج.

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة" ونلاحظ أن قانون الأسرة قد منح للعاجز عن التعبير عن إرادته في عقد الزواج الحرية في اختيار الكتابة أو الإشارة للتعبير عن إرادته، وبالتالي فالمرأة الأخرس يمكنها التعبير عن رضاها بالوسيلة التي تجيدها سواء كانت بالكتابة أو الإشارة التي تدل دلالة قاطعة على رضاها في إبرام عقد الزواج، وفي ذلك رفع للحرج وتيسير للأخرس في التعبير عن رضاه بالزواج، في حين أعطى قانون الأحوال الشخصية السوري الأولوية للكتابة كتعبير عن إرادة العاجز عن الكلام إذا كان يحسنها وإلا عليه باللجوء إلى الإشارة المفهومة، وهذا ما نستنتجه من خلال المادة 10 منه التي تنص على أنه: "يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة".

(1) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص 329، الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182، الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 49.



## رابعاً: التعبير عن طريق السكوت

هل يمكن للمرأة أن تعبر عن قبولها بالزواج بمجرد التزام السكوت؟

الأصل أن السكوت وضع سلبي وهو في حكم العدم ولا يمكن أن نستنتج من العدم شيئاً، لذا يقول فقهاء الشريعة الإسلامية (لا ينسب لساكت قول) أي لا يمكن أن نحمل شخصاً بالتزام الرفض أو القبول بمجرد أنه التزم السكوت.

لكن السكوت كما تقول القاعدة الفقهية في معرض الحاجة بيان يمكن أن يصلح تعبيراً عن رضا المرأة في عقد الزواج إذا وجه إليها إيجاباً بالزواج، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا على المرأة البكر التي لم يسبق لها الزواج، لأن المرأة الثيب يجب أن يكون تعبيرها عن قبولها بالزواج عن طريق التعبير الصريح أو الضمني إما بالقول أو الفعل، وتأكيداً لذلك نعرض بعض أقوال الفقهاء في اعتبار السكوت تعبيراً عن رضا المرأة البكر في عقد الزواج.

- قال الفقيه الحنفي الكاساني: "...ثم إن كانت ثيباً فرضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل أخرى، أما القول فهو التصييص على الرضا، وما يجري مجراه نحو أن تقول: رضيت أو أجزت ونحو ذلك. والأصل فيه قوله: "الثيب تشاور"، وقوله: "الثيب يعرب عنها لسانها"، وقوله "تستأمر النساء في أبضاعهن"، وقوله: "لا تتكح اليتيمة حتى تستأمر" والمراد منه البالغة، وأما الفعل فتحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك، لأن ذلك دليل على الرضا، والرضا يثبت بالنص مرة وبالدليل أخرى والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة: **(إن وطئك زوجك فلا خيار لك)** وإن كانت بكراً فإن رضاها يعرف بهذين الطريقتين وبثالث فهو السكوت: وهذا استحسان. **والقياس:** أن لا يكون سكوتها رضا وجه القياس أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال، ولهذا لم يجعل دليلاً إذا كان المزوج أجنبياً أو ولياً غيره أولى منه، ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ: **(تستأمر النساء في أبضاعهن)**، فقالت عائشة رضي الله عنها: إن البكر تستحي يا رسول الله، فقال: **(إذن صامتاً)**. وروي سكوتها رضاها، وروي سكوتها إقرارها، وكل ذلك نص في الباب، وروي البكر تستأمر في نفسها فإن سكت فقد رضيت، وهذا أيضاً نص، ولأن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال فتتسبب إلى الوقاحة<sup>(1)</sup>.

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 361.



- قال الفقيه: "الشافعي النووي": "...لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء، والحياء لا يذهب يغير الوطء، الشرح: قوله: "يستأمرها أبوها" أي ينحكها بأمرها، أما حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال: " ( الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها ) فأخرجه مسلم عن طريق مالك... الأيم: في الحديث هي الثيب... ويحتمل: أنها أحق بالرضا، أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر في ذلك... وقوله: "إذنها صماتها" فظاهره العموم في كل بكر، وأن سكوتها يكفي مطلقا، وقال بعض الأصحاب: إذا كان الولي أبا أو جدا فيكفي سكوتها، وإن كان غيرها فلا بد من نطقها، لأنها تستحي من الأب والجد، والصحيح: أن السكوت كاف في جميع الأولياء، لعموم الحديث<sup>(1)</sup> وهذا ما نراه صوابا فالأحاديث الواردة في اعتبار سكوت البكر تعبير عن رضاها بالزواج لم تقيد به باعتبار الولي أبا أو جدا.

- قال الفقيه الحنبلي البعلي: "إذن البكر الصمات، أي: السكوت يقال صمت يصمت صممتا وصموتا وصماتا، وأصمت أي سكت"<sup>(2)</sup>.

- وقال أيضا الفقيه الحنبلي ابن قدامة: "ولنا قوله: "الثيب تعرب عن نفسها" ولأن قوله: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت" يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك"<sup>(3)</sup>.

- قال ابن تيمية: "... فالنبي صلى الله عليه وسلم فرق بين البكر والثيب، كما قال في الحديث الآخر: ( لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر) فذكر في هذه لفظ (الإذن) وفي هذه لفظ (الأمر) وجعل إذن هذه الصمات كما أن إذن تلك النطق، فهذان هما الفرقان اللذان فرق بهما النبي ﷺ بين البكر والثيب، لم يفرق بينهما في الإيجاب وعدم الإيجاب، وذلك لأن البكر لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب إلى نفسها، بل تخطب إلى وليها ووليها يستأذنها، فتأذن له، لا تأمره ابتداء: بل تأذن له إذا استأذنها، وإذنها صماتها. وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتكلم بالنكاح، فتخطب إلى نفسها، وتأمر الولي أن يزوجه،

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1996، الجزء السابع عشر، ص 323، 324.

(2) شمس الدين البعلي، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج 1، ص 320.

(3) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 09، ص 340.



فهي أمرة له، وعليه أن يطبعها فيزوجها من الكفء إذا أمرته بذلك، فالولي مأمور من جهة الثيب، ومستأذن للبكر فهذا هو الذي دل عليه كلام النبي ﷺ<sup>(1)</sup>.

- قال الفقيه المالكي الزرقاني: "والبكر البالغ، وفي رواية شعبة عن مالك واليتمية مكان البكر تستأذن في نفسها، أي يستأذنها وليها أبا كان أو غيره تطيبها لنفسها وإذنها صماتها، بالضم سكوتها، قال القرطبي: هذا منه ﷺ مراعاة لتمام صونها وإبقاء لاستحيائها لأنها لو تكلمت صريحا لظن أنها راغبة في الرجال وذلك لا يليق بالبكر، واستحب العلماء أن تعلم صماتها إذن.. رواه مسلم عن سعيد بن منصور وقتيبة بن سعيد ويحي التميمي الثلاثة عن مالك وأخرجه أحمد والشافعي وأصحاب السنن كلهم عن طريق مالك وتابعه زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل بإسناده بلفظ: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماتها" وربما قال وصمتها إقرارها، رواه مسلم، قال ابن عبر البر: هذا حديث رفيع أصل من أصول الأحكام"<sup>(2)</sup>.

- قال الشوكاني: "قوله: لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن" عبر للثيب بالاستثمار والبكر بالاستئذان فيأخذ منه فرق بينهما من جهة الاستثمار يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها، فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقا، والبكر بخلاف ذلك، والإذن دائر بين القول والسكوت بخلاف الأمر فإنه صريح في القول، هكذا في الفتح.... وقد استدلل بأحاديث الباب على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وأنه لا بد من صريح الإذن من الثيب وكفي السكوت من البكر، والمراد بالبكر التي أمر الشارع باستئذنها هي البالغة، إذ لا معنى لاستئذان الصغيرة لأنها لا تدري ما الإذن. قال ابن المنذر: "يستحب إعلام البكر أن سكوتها إذن، لكن لو قالت بعد العقد: ما علمت أن صمتي إذن لم يبطل العقد بذلك عند الجمهور، وأبطله بعض المالكية، وقال ابن شعبان منهم: يقال لها ذلك ثلاثا إن رضيني فاسكتي، وإن كرهتي فانطقي"<sup>(3)</sup>.

هذا ولم ينص قانون الأسرة على اعتبار السكوت طريقا من طرق التعبير عن رضا المرأة البكر في عقد الزواج مما يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة وذلك بالرجوع إلى

(1) ابن تيمية، مجموع فتاوى النكاح وأحكامه، الدار المصرية، اللبنانية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2001، ص 104، 105.

(2) الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 126.

(3) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 215.



أحكام الشريعة الإسلامية، ومن خلال ما سبق ذكره من أقوال الفقهاء، فإن الظاهر أن هناك إجماع فقهي على اعتبار السكوت دليل على رضا المرأة البكر دون الثيب التي لا بد من تعبيرها الصريح بالنطق أو الضمني باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك على رضاها بالزواج، باعتبار أنها قد عرفت خبايا العلاقة الزوجية ومضمونها الجنسي، وبالتالي فلا حرج عندها من التعبير الصريح عن إرادتها للزواج مرة أخرى.

### وبناء على ما سبق نتساءل ها يشترط أن تعبر المرأة عن رضاها باللغة العربية دون سواها؟

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط أن يكون التعبير عن الإرادة في عقد الزواج باللغة العربية إذا كان المتعاقدان أو أحدهما لا يحسن الحديث باللغة العربية وهذه بعض أقوالهم:

- قال الفقيه ابن ضويان الحنبلي: "وبكل لسان من عاجز عن عربي لأن ذلك في لغته نظير الإنكاح<sup>(1)</sup> والتزويج ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ولا يلزمه تعلم أركانه بالعربية لأن النكاح غير واجب، فلم يلزم تعلم أركانه، ولأن المقصود هنا المعنى دون اللفظ لأنه متعبد بتلاوته"<sup>(2)</sup>.
- قال الفقيه النووي الشافعي: "والثالث: إن لم يحسن العربية، انعقد، وإلا، فلا..."<sup>(3)</sup>.
- قال الفقيه المالكي المليباري: "أركان النكاح أربعة: الأول: الإيجاب، والقبول: ولا يشترط فيهما العربية، ولو مع معرفتهما، لكن يشترط أن يترجم بما هو صريح فيه في تلك اللغة، ويشترط أن لا يطول فصل بينهما"<sup>(4)</sup>.
- قال ابن قدامة: "ومن قدر على النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي، وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى لفظه الخاص انعقد به كما ينعقد بلفظ العربية"<sup>(5)</sup>.

(1) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

(2) ابن ضويان، منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1989، ج 2، ص 146.

(3) النووي، المرجع السابق، ج 6، ص 29.

(4) زين الدين المليباري، إرشاد العباد إلى سبيل الرشاد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 232.

(5) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.



أما إذا كان المتعاقدان يحسنان الحديث باللغة العربية، فإن جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> لا يلزمهما التعبير عن إرادتيهما بالعربية، بل يجوز لهما بكل لغة يمكن أن يحصل التفاهم بواسطتهما، لأن العبرة هو التعبير عن الإرادة، بألفاظ تدل على رغبة الزواج مهما كانت اللغة.

أما بالنسبة للإمامين الشافعي وأحمد فإن الزواج لا ينعقد بغير اللغة العربية، إذا كان المتعاقدان يحسنان التكلم بها لأنه عدول عن لفظ الانكاح والتزويج" مع إمكانهما، فلم يصح بغير ذلك بيع وتمليك وهبة لخبر مسلم: **(إتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)**<sup>(2)</sup>.

قال ابن تيمية: "وهو وإن كان قربة (أي النكاح) فإنما هو كالعق والصدقة، ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ، لا عربي ولا عجمي، وكذلك الصدقة والوقف والهبة ولا يتعين لها لفظ عربي بالإجماع، ثم العجمي إذا تعلم العربية في الحال قد لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهمه من اللغة التي اعتادها، نعم! لو قيل: تكره العقود بغير العربية لغير حاجة كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها كما قد روي عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة"<sup>(3)</sup>.

وبناء على هذا الاختلاف الفقهي، فالظاهر أن القول الفقهي للأحناف والمالكية وما قال به ابن تيمية جدير بالترجيح، فما يقتضيه المعقول أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج لا يجب أن يقيد باللغة العربية لأن العبرة بالمعاني والمقاصد التي تؤدي إلى التعبير المناسب الذي يستتج منه الرغبة في إبرام عقد الزواج سواء كان إيجابا أو قبولا، وإن كان من الضروري أن يكون التعبير الأعجمي مفهوما عند الشهود أو بالإمكان ترجمته إلى العربية.

ومما لا شك فيه أن في هذا القول تيسير ورفح للحرج على الناس، وبالتالي فالمرأة لها الحرية في التعبير عن رضاها باللغة التي تحسنها أي التي تعبر تعبيرا صحيحا عن إرادتها في الزواج دون لبس أو غموض.

(1) المليباري، المرجع السابق، ج 1، ص 232 - المرغيناني، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182.

(2) ابن قدامة الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 28. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 6، ص 29، الخطيب الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 244.

(3) ابن تيمية، المرجع السابق، ص 31.



هذا ولم يقيد قانون الأسرة الجزائري المتعاقدان بالتعاقد بالعربية بل منح لهما الحرية في التعبير عن إرادتهما باللغة التي تؤدي إلى المعنى الصحيح سواء كان إيجاباً أو قبولاً، وهذا ما تؤكد المادة 10 منه التي تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة. والظاهر أن المادة العاشرة من قانون الأسرة قد تبنت موقف جمهور الفقهاء، الحنفية والمالكية، وابن تيمية في شأن الاختلاف الحاصل في استعمال العربية في التعبير عن الإرادة في إبرام عقد الزواج.

### المبحث الثاني: مركز الولي في عقد الزواج وصلاحيته

نعني بمركز الولي في عقد الزواج الطبيعية الشرعية والقانونية للولي التي اختلف حولها الفقهاء بين من يعتبر الولي ركناً من أركان عقد الزواج وبين من يعتبره شرط صحة، في حين هناك من الفقهاء من لا يعتبر الولي لا ركناً ولا شرط صحة.

كما نهدف من خلال هذا المبحث لتحديد صلاحية الولي في عقد الزواج وبيان دوره في هذا العقد أي مدى حقه في إجبار موليته على الزواج أم أن دوره يقتصر على المشاركة ومساعدتها على الاختيار الحسن فقط ولا يملك حق معارضة ورفض اختيارها.

ومن أجل تحديد مركز الولي وصلاحيته في عقد الزواج جاء تقسيم هذا المبحث إلى المطالبين التاليين:

- المطالب الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج

- المطالب الثاني: صلاحية الولي في عقد الزواج

المطلب الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج

وإن التفرقة إلى الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج يقتضي منا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: - الفرع الأول: مفهوم الولي. الفرع الثاني: طبيعة وجود الولي في عقد الزواج.



## الضرع الأول: مفهوم الولي

## أولاً: تعريف الولي

الولي لغة القرب والدنو، والولي: الإسم منه المحب والصديق، والنصير وولي الشيء، وولي ولاية وولاية، أو هي المصدر بالكسر: الخطة، والإمارة والسلطان<sup>(1)</sup>.

كما يقصد بالولي لغة القرب والدنو، والولي: الإسم منه المحب والصديق، والنصير، وولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية، أو هي المصدر بالكسر: الخطة والإمارة والسلطان.

والولي بسكون اللام القرب والدنو يقال: تباعد بعد ولي، والولي ضد العدو يقال منه: تولاه وكل من ولي أمر واحد فهو وليه والموالاتة ضد المعادة، والولاية بالكسر السلطان، والولاية بالفتح والكسر النصر<sup>(2)</sup>.

والولاية اصطلاحاً هي تنفيذ الأمر على الغير<sup>(3)</sup>، أي القدرة على إنشاء العقد نافذاً، وهي قسمان، ولاية قاصرة وولاية متعدية، والولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة عن الشارع<sup>(4)</sup>.

**والولاية المتعدية:** قسمان: ولاية على المال، وولاية على النفس، والولاية على المال القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد<sup>(5)</sup>.

والمراد بالولي هو الأقرب من العصابة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته وليس لذوي السهام ولا لذوي الأرحام ولاية، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وروي عن أبي حنيفة أن ذوي

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 2007، ص 1350.

(2) عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ناشرون، طبعة جديدة 2007، ص 306، 307.

(3) شيخه زياده الحنفي، المرجع السابق، ج 1، ص 332.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107، راجع أيضاً، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 253، 254.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 167.



الأرحام من الأولياء ، فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجودا وعُضِلَ إنتقل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له كما أخرجه الطبراني من حديث ابن عباس، وفي إسناده الحجاج بن أرتأة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: شروط الولي

أما بالنسبة لشروط الولي فيكاد الفقه الإسلامي لا يختلف فيها إلا في بعض الآراء في مذهب "عبد الله بن إباح" الذي يستفاد من نصوص كتبه أن فيه خلافا في صحة تزويج الأب ابنه إذا كان مشركا ، وفي جواز تزويج الولي العاصب إذا كان سفهيا<sup>(2)</sup>.

ويشترط في الولي الشروط التالية<sup>(3)</sup>:

**الشرط الأول: أن يكون بالغا عاقلا حرا:** فلا ولاية لعبد أو صغير أو مجنون باعتبار أن هؤلاء لا تثبت لهم الولاية على أنفسهم، فبالتالي لا تثبت لهم الولاية على غيرهم لأن الولاية مناطها المصلحة، وهؤلاء لا قدرة لهم على معرفة مصلحة أنفسهم، الأمر الذي يجعلهم غير قادرين على مساعدة غيرهم في تحقيق المصلحة المرجوة.

**الشرط الثاني: أن يكون الولي مسلما:** فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم، وهذا شرط متفق عليه بين أهل الفقه، إلا ما قيل في بعض الأقوال: أن المسلمة إذا لم يكن لها من أقاربها مسلم، وتولي الأب غير المسلم زواجها، فإنه ينعقد على هذا القول ، ولا يخلو هذا القول من غرابة.

**الشرط الثالث: أن يكون الولي ذكرا:** فلا تثبت الولاية إلا للذكر، وهذا قول جمهور الفقهاء، "وأبو حنيفة" أثبت الولاية الإجماعية للأم، والبنت وبنت الإبن، والأخت والعمة وغيرهما من النساء إذا لم يكن عصبات من الرجال، وذلك بناء على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا وهو المشهور من الرواية عن "أبي حنيفة"<sup>(4)</sup> والولاية الاختيارية لا تثبت عند "أبي حنيفة" لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

(1) الشوكاني ، المرجع السابق، ج7، ص 216

(2) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 112.

(3) نفس المرجع، ص 112.

(4) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، الجزء الثاني، ص 151.



**الشرط الرابع: ألا يكون محجورا عليه بالسفه:** وهذا الشرط وجد عند الحنفية، فقد جاء في كتاب أحكام الصغار ما نصه: "وفي المنتقى السفية المحجور عليه، إذا زوج ابنته أو أخته الصغيرة لم يجز..، كذا عن "محمد رحمه الله".

وإن ذلك الشرط لمعقول المعنى، وهو يلاحظ في معناه عند كل الأئمة، لأن هذه الولاية للإصلاح والحفظ والصيانة ومعاونة المرأة في اختيار زوجها، فلا يمكن أن تثبت إلا لرشيد يحسن الاختيار، ويكون قادر على تدبير أموره، وأمور غيره، فإذا كان هو لا يحسن تدبير أمور نفسه، فكيف يشارك غيره في أهم عقد يتعلق بحياته.

**الشرط الخامس: أن يكون قادرا على حفظ المولى عليه وصيانيته:** وهذا أيضا شرط معقول المعنى، فإذا كان القريب العاصب شيخا هرما، قد ضعف عن المحافظة على غيره، ويحتاج هو إلى أن من يحافظ عليه ويرعاه، فإنه لا تكون له الولاية على الأقل فيما يتعلق بالحفظ والصيانة.

وتأكيدا لذلك جاء في كتاب "المغنى" لابن قدامة: "والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحفظ لها (أي للمولى عليها من النساء) لا ولاية له"<sup>(1)</sup>.

**الشرط السادس: العدالة:** وفي اشتراط العدالة رأيين في الفقه الإسلامي:

**الرأي الأول:** وهو القائل بأن العدالة شرط في الولي لأن هذه الولاية لتخير وجه المصلحة للمولى عليها، أو المولى عليه، والفاسق لا يستطيع معرفة وجه المصلحة في هذا العقد التي يتسم بالخطورة وذلك لما روي أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل و أيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل"<sup>(2)</sup>.

وهذا رأي الشافعي ورأي أحمد في إحدى الروايتين عنه، ورأي كثير من الفقهاء.

**الرأي الثاني:** وهو القائل بأن العدالة ليست شرطا، إذا كان الولي يتميز بالفهم والإدراك فالنبي ﷺ لم يصرح بشرط العدالة، فقد اشترطها في الشهود ولم يشترطها في الولي، والإرشاد إنما يكون بالخبرة وفهم المصلحة، وذلك يتحقق من غير العدل، كما يتحقق بالعدل ما دامت الخبرة متوافرة، وبعض من ليسوا عدولا وبما يكون أكثر خبرة من بعض العدول، وتفسير

(1) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، الجزء 9، ص 340.

(2) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 115.



كلمة مسخوط الواردة في الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، يصح أن يراد بها أنه مسخوط من المولى عليها، بحيث لم ترتض عقده، ولا شك في بطلانه لم تجزئه، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وأن لم يكن هو الراجح وإحدى الروایتين عن أحمد رضي الله عنه<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة وجود الولي في عقد الزواج

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الولي في عقد الزواج، و أساس هذا الاختلاف الفقهي في هذا الموضوع، هو هل الولاية شرط في صحة النكاح أم ليست بشرط؟<sup>(2)</sup> أي هل الولي هو ركن من أركان عقد الزواج فلا يقوم الزواج إلا بتوافره؟ أم أن الولي شرط صحة في عقد الزواج فقط؟ أي أن عقد الزواج لا يكون صحيحاً إلا بتوافر شرط الولي، أم أن الولي لا يعتبر وجوده في عقد الزواج بالتالي فغيابه عنه لا يؤثر في صحته؟

### أولاً: ضرورة وجود الولي في عقد الزواج

#### 1- الولي ركن من أركان عقد الزواج

وهو ما قال به بعض فقهاء المالكية والشافعية، وهذه بعض أقوالهم:

- قال: "ابن عاصم الأندلسي": ((...ثم الولي جملة الأركان... وبالركن ما لم توجد الحقيقة الشرعية إلا به))<sup>(3)</sup>.

- قال "الشيخ الدردير": "...فتكون أركانه ثلاثة:

**الأول:** (ولي) يحصل منه ومن غيره كزوج أو وكيله العقد.

**الثاني:** (محل) زوج وزوجة.

**الثالث:** (صيغة) بإيجاب وقبول"<sup>(4)</sup>.

(1) نفس المرجع، ص 115.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة 2004، ص 385.

(3) ابن عاصم الأندلسي، المرجع السابق، ج 1، ص 404.

(4) الدردير، المرجع السابق، ج 2، ص 329.



- قال النفراوي: " أركان النكاح: ... ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل..."<sup>(1)</sup>.
- قال "خليل" في مختصره: (وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة)<sup>(2)</sup>.
- ويقول "ابن جزى": "في أركان النكاح وهي خمسة: "الزوج والزوجة والولي والصداق والصيغة"<sup>(3)</sup>.
- قال الإمام "النووي": "الركن الرابع: العاقدان، وهما الموجب والقابل، فالقابل هو الزوج ومن ينوب عنه، والموجب هو الولي أو وكيله"<sup>(4)</sup>.
- قال "الخطيب الشرييني": "أركان النكاح خمسة: صيغة وزوجة وزوج وولي وهما العاقدان، وشاهدان..."<sup>(5)</sup>.
- وقال السيد "البكري الدمياطي" مؤكدا قول "الخطيب الشرييني": ( وأركان النكاح خمسة: زوج وزوجة، وولي وشاهدان وصيغة)<sup>(6)</sup>.

## 2 - الولي شرط في صحة عقد الزواج:

- وهو المذهب الذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويتضح ذلك من بعض أقوالهم التالية:
- قال "ابن رشيد": "مذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي، وإنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>(7)</sup>.
  - وجاء في "الإتقان والإحكام" للفقهاء المالكي "ميأره": " ففي المفيد ما نصه: النكاح يصح بثلاثة شروط: ولي وصداق وشاهدين إلخ... وعبارة ابن سلمون: ولا يصح إلا بولي والصداق وشاهدي عدل... وقال أبو الحسن على المدونة: وشروط النكاح ثلاثة: ولي وصداق وشاهدان ،

(1) النفراوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 03.

(2) خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1922، ص 99.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1987، ص 158.

(4) النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 42.

(5) الخطيب الشرييني، الإقناع، ج 2، ص 240.

(6) السيد البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 255.

(7) ابن رشد، المرجع السابق، ص 385.



وفي الرسالة: ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدين إلخ... فانظر فإنهم لم يجعلوا الصيغة والمحل فيه شرطين<sup>(1)</sup>.

وجاء في حاشية العدوى: "وأما عند ابن وهب فهو شرط صحة" أي الولي شرط صحة، قوله (ولا المرأة نفسها إلخ) مطلقا بكرا كانت أو ثيبا شريفة كانت أو دنية رشيدة أو سفية أمة أم حرة<sup>(2)</sup>.

- قال الفقيه الشافعي "الماوردي": "مذهب الشافعي منها: أن الولي شرط في نكاحها لا يصح العقد إلا به"<sup>(3)</sup>.

- قال "أبو إسحاق الشيرازي": "لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة فلا يصح"<sup>(4)</sup>.

- وقال الفقيه الحنبلي "المرداوي": "الثالث: الولي، فلا نكاح إلا بولي، هذا المذهب أعني الولي شرط في صحة النكاح، وعليه الأصحاب، ونص عليه، قال "الزرركشي": لا يختلف الأصحاب في ذلك"<sup>(5)</sup>.

- قال ابن "مفلح الحنبلي" في سياق حديثه عن أركان وشروط عقد الزواج: "أركان الشيء: أجزاء ماهيته، فالماهية لا توجد بدون جزئها، فكذا الشيء لا يتم ركنه، والشرط ما ينتهي المشروط بانتفائه، وليس جزء للماهية (فأركانه: الإيجاب والقبول) لأن ماهية النكاح مركبة منهما، ومتوقفة عليهما... وشروطه خمسة، أحدهما: تعيين الزوجين، الثاني: رضا الزوجين، الثالث: الولي، الرابع: الشهادة، الخامس: كون الرجل كفاء لها في إحدى الروايتين"<sup>(6)</sup>.

- وقال "مرعى الكرمي الحنبلي": "ركناه: الإيجاب والقبول مرتين... وشروطه خمسة... الثالث: الولي"<sup>(7)</sup>.

(1) محمد ابن أحمد ميارة المالكي، الاتفاق والإحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة، الجزء الأول، ص 152.

(2) العدوى، المرجع السابق، ج 02، ص 48.

(3) الماوردى، المرجع السابق، ج 11، ص 57.

(4) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1994، الجزء الثاني، ص 45.

(5) علاء الدين المرادوي، الإنصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، الجزء الثامن، ص 45.

(6) ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1988، الجزء السابع، ص 17، 20، 22، 27.

(7) مرعى الكرمي، دليل الطالب، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 223.



ثانياً: عدم اعتبار الولي ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج

وهو مذهب الحنفية ورواية لدى الإمام أحمد بن حنبل الذي يعتبر الركن الأساسي في عقد الزواج هو الإيجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو كما يقوم مقام اللفظ<sup>(1)</sup> وهذه بعض أقوالهم:

- قال " ابن نجيم: "...بيان ما ليس بشرط لصحة النكاح عندنا وهو الولي..."<sup>(2)</sup>.
  - قال الفقيه الحنفي "الحصكفي": "وهو أي الولي شرط صحة نكاح صغير ومجنون ورقيق لا مكلفه فنفذ نكاح حرة مكلفة بلا رضا الولي"<sup>(3)</sup>.
  - قال الفقيه "الغنيمي الميداني": "وينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي عن أبي حنيفة..."<sup>(4)</sup>.
  - جاء من "تحفة الفقهاء": "قال أبو حنيفة وزفز: ليس لأحد عليها ولاية بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها الولاية بطريق الندب والاستحباب..."<sup>(5)</sup>.
  - قال الفقيه "إبراهيم الحلبي الحنبلي": "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي..."<sup>(6)</sup>.
- وجاء في الإنصاف للفقهاء الحنبلي "المرداري" ذكره لرواية عن الإمام أحمد فقال<sup>(7)</sup>: "وعنه" "وعنه ليس الولي بشرط مطلقاً، وخصها المصنف، وجماعة بالعدول لعدم وجود الولي والسلطان".

ونلاحظ أن رواية هذا القول عن الإمام "أحمد" مقيد بضرورة إنعدام الولي والسلطان، إلا أن الرواية الراجعة لدى الحنابلة - وما هو عليه مذهبهم - هو ضرورة وجود الولي في عقد

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 02، ص 344.

(2) ابن نجيم، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 117.

(3) علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 61.

(4) عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، الجزء الأول، ص 403.

(5) علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ج 02، ص 151.

(6) إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 332.

(7) المرادوي، المرجع السابق، ج 8، ص 45.



الزواج باعتباره شرط من شروط صحته، وهذا ما أكده الفقيه الحنبلي "المرادوي" بقوله: "فعلى المذهب لو زوجت المرأة نفسها أو غيرها، لم يصح، وهو المذهب وعليه الأصحاب"<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما تقدم نلاحظ أن كل من القول الأول والقول الثاني يعتبران وجود الولي ضروري في عقد الزواج ولا يصح بدونه وبالتالي يمكن تقسيم هذا الاختلاف الفقهي إلى مذهبين هما مذهب جمهور الفقهاء القائل باعتبار الولي في عقد الزواج والمتمثل في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومذهب الحنفية الذي لا يعتبر الولي ركناً ولا شرط صحة.

وأمام هذا الاختلاف نجد أن قانون الأسرة الجزائري اعتبر الولي في المادة التاسعة مكرر<sup>(2)</sup> شرط من شروط صحة عقد الزواج بحيث نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج - الصداق - الولي - شاهدان - إنعدام الموانع الشرعية للزوج".

وبالرجوع إلى نص المادة التاسعة التي تنص على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قسم شروط عقد الزواج إلى شروط انعقاد وشروط صحة، فاعتبر رضا الزوجين هو شرط الانعقاد الوحيد في عقد الزواج، والولي هو شرط صحة في عقد الزواج، الأمر الذي يدفعنا إلى القول أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة وليس ركناً، بالرغم من أن المادتين التاسعة والتاسعة مكرر وردتا تحت عنوان أركان عقد الزواج وهذا خطأ للاختلاف الحاصل بين الركن وشرط الصحة وكان من السليم أن يكون العنوان هو شروط عقد الزواج بما فيها شروط الانعقاد وشروط الصحة<sup>(3)</sup>.

وقبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 لم يفرق قانون الأسرة بين شروط انعقاد الزواج وشروط صحته بدليل وجود مادة واحدة تنص على أركان عقد الزواج بقولها: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"، ونلاحظ أن الولي قبل

(1) نفس المرجع، ص 45.

(2) أضيفت المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3) ونفس الموقف إتخذه المشرع المغربي، بحيث قسم شروط الزواج إلى شروط انعقاد وشروط صحة، بحيث نص على شرط الانعقاد المتمثل في ركن التراضي، وهو الإيجاب والقبول في الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بالفاظ تفيد معنى الزواج" واعتبرت مدونة الأسرة المغربية الولي شرط صحة في عقد زواج الفتى أو الفتاة دون سن أهلية الزواج، وذلك ما نستنتجه من نص المادة 13 على أنه: "يجب على أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية... 3- ولي الزواج عند الاقتضاء". والاقتضاء هنا ما نصت عليه المادة 20 من مدونة الأسرة والمتمثل في ضرورة السماع للولي قبل الترخيص بالزواج دون السن القانونية وهي 18 سنة.



هذا التعديل كان بمثابة ركن من أركان عقد الزواج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها أنه: (( من المقرر شرعا أن الزواج لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح"، ويقول "ابن زيد القيرواني" في رسالته لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل...))<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الثاني: صلاحية الولي في عقد الزواج

إن الحديث عن صلاحية الولي في عقد الزواج يهدف إلى الإجابة عن السؤال التالي: ما مدى حق الولي في إجبار موليته على عقد الزواج؟

لم يتفق الفقهاء على الإجابة على هذا السؤال فمنهم من يرى أن للولي حق إجبار موليته على إبرام عقد الزواج، ومنهم من يرى أنه ليس للولي حق إجبارها على ذلك.

#### الفرع الأول: للولي حق إجبار موليته على الزواج

**طبقا للمذهب المالكي** لا تثبت ولاية الإجماع إلا للأب ووصي الأب ولا تثبت لأحد غيرهما، فلا ولاية لكل العصبات، كما أنه ليس للحاكم ولاية إجبار على الصغير والصغيرة في المذهب المالكي<sup>(2)</sup>. وهذه بعض أقوال فقهاء هذا المذهب:

- قال "النفاوي": "وللأب إنكاح ابنته البكر بغير إذنها وإن بلغت وإن شاء شاورها وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره أن فلا يزوجه حتى تبلغ وتأذن وإذنها صماتها".

ولما كان استحقاق الجبر لا ينافي ندم المشاورة قال: (وإن شاء) أي أراد الأب، (شاورها) أي البكر البالغ على جهة الندب تطيبها لخاطرها ولأنه أدوم للعشرة وأما غير البالغ فلا يندب مشاورتها...، كما يجبر الأب البكر يجبر الثيب المجنونة ولو ذات أولاد، قال خليل: وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا إلا لكخصي على الأصح"<sup>(3)</sup>.

- قال "العدوي" في شأن الوصي: "...والحاصل أن الوصي يجبر باتفاق إذا أمره الأب بالإجماع، أو عين الزوج وإن لم يأمره بالإجماع، ولا عين الزوج بل قال له زوجها ممن أحببت أو زوجها أو أنكحها

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1984/09/24 ملف رقم 34438 المجلة القضائية 1990، العدد الأول، ص 61، مشار إليه في مرجع بلعاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة لعليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 11.

(2) أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 167.

(3) النفاوي، المرجع السابق، ج 02، ص 6، 7.

أو أنت وصي على بناتي أو على بضع بناتي أو على بعض بناتي... وأما لو قال وصي فقط أو على مالي فلا جبر اتفاقاً، لكن لو زوج فالظاهر أنه يمضي، والظاهر أنه إذا قال: أنت وصي على كل شيء، يجبر ويظهر أيضاً أنه له الجبر إذا قال: أنت وصي على أولادي..."<sup>(1)</sup>.

- قال الخرشي: "...وللأب الرشيد الجبر ولو لقبيح منظر أو أعمى أو أقل حالا ومالا أو برقع دينار وصداق مثلها ألف دينار ولا كلام لها ولغيرها رواه ابن حبيب عن الإمام مالك رضي الله عنه"<sup>(2)</sup>.

وما يمكن قوله بالنسبة لموقف المالكية من صلاحية الولي كمجبر فإنه يختلف باختلاف ما إذا كان وليها قد رشدها أو لم يكن قد رشدها وأطلق الحجر عنها لما قام بها من حسن التصرف فالراجح في المذهب لا تجبر<sup>(3)</sup>.

أما المذهب الشافعي فإنه يتفق نسبياً مع المذهب المالكي في حق الولي في إجبار موليته على إبرام عقد الزواج، فهو يثبت الولاية للأب والجد على الصغير ويكون لهما ولاية الإيجاب<sup>(4)</sup> ولفقهاء الشافعية في ذلك أقوال نذكر بعضها:

- يقول الإمام النووي: "في أسباب الولاية، وهي أربعة:

**السبب الأول: الأبوة:** وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب لكمال الشفقة، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغيره إذنها، ويستحب استئذان البالغة، ولو أجبرها، صح النكاح، فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، قال ابن كج: ليس له إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، قال: ويحتمل جوازه، فأما الثيب، فلا يزوجه الأب إلا بإذنها في حال البلوغ، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولاً: "أن الجد لا يجبر البكر البالغة، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة، والمشهور الأول، وسواء حصلت الثبوة بوطء محرماً أو بزنا، وحكى عن القديم: أن المصابة بالزنا كالبكر، والمذهب الأول، ولو زالت بكارتها، بسقطه، أو أصبع، أو حدة الطمث أو طول التعنيس، أو وطنت في دبرها فبكر

(1) العدوي، المرجع السابق، ج2، ص 53، 54.

(2) محمد الخرشي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ص 13، 14.

(3) كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005/ 2006، ص 91.

(4) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 169.



على الصحيح... قلت: قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوج البكر حتى تبلغ ويستأذنها، قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، أستحب أن يرسل إليها ثقات ينظرون ما في نفسها، قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكاراة، فهي بكر، ولو ادعت البكاراة أو الثيوبه، فقطع الصيمري وصاحب "الحاوي الكبير" بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم<sup>(1)</sup>.

- قال أبو إسحاق الفيروز آبادي: "وإن كانت بكرا جاز للأب والجد تزويجها بغير إذنها، والمستحب أن يستأذنها إن كانت بالغة وإذنها السكوت، وإن كانت ثيبا فإن كانت عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، وإذنها بالنطق، فإن كانت مجنونة، فإن كانت صغيرة جاز للأب والجد تزويجها، وإن كانت كبيرة جاز للأب والجد أيضا تزويجها<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فهو كالمذهب المالكي، جعل ولاية الإيجاب للأب ووصيه فقط ولكنه اشترط في الوصي الذي يكون له ولاية الإيجاب أن يكون الأب قد عين له الزوج<sup>(3)</sup>، وفي ذلك نذكر بعض أقوال فقهاء المذهب الحنبلي:

- قال "ابن قدامة": ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وإن كان للولي الإيجاب ثبت ذلك لوكيله، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج إلى إذنها ومراجعتها لأنه نائب ويثبت له مثل ما يثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه، فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر لغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإيجاب فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل... ولنا: إن ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل...<sup>(4)</sup>.

- قال "علاء الدين المرادوي": الثاني: رضا الزوجين، فإن لم يرضيا، أو أحدهما - لم يصح إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين، وبناته الأبكار بغير إذنهم...، قوله: "ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر فيها الميل إلى الرجال"،

(1) الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج6، ص 47، 48.

(2) إبراهيم الفيروز آبادي، التثبيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 221.

(3) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 170.

(4) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

وهذا المذهب جزم به في المحرر، والنظم واختاره أبو الخطاب، وغيره وقدمه في المغنى، والشرح والفروع وغيرهم...<sup>(1)</sup>.

- قال "ابن مفلح الجنبلي": "وبناته الأبكار بغير إذنهن" أي: تزويج الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا زوجها بكفء، قاله ابن المنذر، لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنْ الْمَرْحُومِ﴾<sup>(2)</sup> تدل على أنها تزوج، ثم تطلق، ولا إذن لها فتعتبر وعن عائشة رضي الله عنها قالت: (إذا بلغت الجارية تسع سنين، فهي امرأة) رواه أحمد، ورواه القاضي عن ابن عمر مرفوعاً، فإن كانت بالغة عاقلة فله إجبارها في أظهر الروايتين، والحديث: ( **الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها**) رواه الدارقطني، فإن أجبرت، أخذ بتعيينها كفء لا بتعيين المجرى في ظاهر المذهب وقد صرح بعض العلماء أنه يشترط للإجبار بشروط أن يزوجها من كفء بمهر المثل، وأن يكون المزوج معسراً، وأن لا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة وأن يزوجها بنقد البلد<sup>(3)</sup>.

ولقد استدلت القائلين بصلاحيه الولي لإجبار موليته على الزواج بما ورد في السنة وما يقتضيه المعقول.

1- **وجه الدلائل من السنة:** قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( **الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها**) رواه مسلم وأبو داود، فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الإستئثار هنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب<sup>(4)</sup>.

2- **أما يقتضيه المعقول:** فلأن الإجبار يختلف بالبكارة والثبوبة لا بالصغر والكبر<sup>(5)</sup>.

ولأن المرأة البكر لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء، والثيب عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر<sup>(6)</sup>.

(1) علاء الدين المرادوي، المرجع السابق، ج 8، ص 45.

(2) سورة الطلاق، الآية 04.

(3) ابن مفلح الجنبلي، المرجع السابق، ج 7، ص 22، 23.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 340.

(5) نفس المرجع، ص 340.

(6) الخطيب الشرييني، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 159.



وأما ما ذهب إليه مالك والشافعي والليث، وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق إلى أنه للأب أن يزوج موليته بدون إذنها، فيرد عليهم ما في أحاديث الباب من قوله: "والبكر يستأمرها أبوها" وفي رواية لأحمد والنسائي اليتيمة تستأذن في نفسها"<sup>(1)</sup>.

ويرد على المذهب القائل بصلاحية الولي لإجبار موليته حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: "جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أرد أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء" رواه ابن ماجه ورواه أحمد والنسائي<sup>(2)</sup>.

وأما ما احتجوا به من مفهوم قوله ﷺ: ( **الثيب أحق بنفسها من وليها** ) فدل على أن ولي البكر أحق بها منها، فيجاب فيه بأن المفهوم ينتهز للتمسك في مقابلة المنطوق، وقد أجابوا بما قاله الشافعي من أن المؤامرة قد تكون على استطابة النفس ويؤيده حديث ابن عمر المذكور بلفظ: "وآمروا النساء في بناتهن" قال: لا خلاف أنه ليس للأب أمر لكنه على معنى استطابة النفس، وقال البيهقي: زيادة ذكر الأب في حديث ابن عباس غير محفوظة، قال الشافعي: زادها ابن عينية في حديثه.

وكان ابن عمر والقاسم وسالم يزوجون الأبكار ولا يستأمرن قال "الحافظ": وهذا لا يدفع زيادة الثقة الحافظ<sup>(3)</sup>.

وقال "كمال ابن الهمام" مناقشا استدلال قول أصحاب ولاية الإيجاب: "...ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها"<sup>(4)</sup>.

(1) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 213، 215.

(2) نفس المرجع، ص 215.

(3) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 215.

(4) كمال ابن الهمام، فتح القدير شرح البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 251، 252.

## الفرع الثاني: ليس للولي حق إجبار مواليته على الزواج

وهو مذهب الحنفية والظاهرية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم<sup>(1)</sup> :

وتأكيدا لقول هذا المذهب نورد بعض أقوال فقهاءه:

- قال الفقيه الحنفي الغنيمي الميداني: "ولا يجوز للولي مطلقا إجبار البكر البالغة على النكاح لانقطاع الولاية بالبلوغ. وينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة برضاها فقط، سواء باشرته بنفسها أو وكلت غيرها وإن لم يعقد عليها ولي ولن يأذن به عند أبي حنيفة: بكرا كانت أو ثيبا.."<sup>(2)</sup>.

- قال الفقيه الحنفي "إبراهيم الحلبي": "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي... ولا يجبرولي بالغة ولو بكرا..."<sup>(3)</sup>.

- قال الفقيه الحنفي "الحصصكي": "الولاية تنفيذ القول على الغير" تثبت بأربع: قرابة، وملك، وولاء، وإمامة (شاء أو أبي) وهي نوعان: ولاية ندب على المكلفة ولو بكرا، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيبا ومعتوهة ومرفوقه، كما أفاده بقوله (وهو) أي الولي شرط صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لا مكلفة فنفذ نكاح حرة مكلفة بلا رضا وليها"<sup>(4)</sup>.

- قال الفقيه الحنفي "المرغيناني": "وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا (عند أبي حنيفة وأبو يوسف) رحمهما الله، إلا بولي وعند محمد ينعقد وقوفا"<sup>(5)</sup>.

- قال الفقيه "ابن حزم الظاهري": "وللأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر- ما لم تبلغ بغير إذنها ولا خيار لها إذا بلغت فإن كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لهما قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها، فإن وقع فهو مفسوخ أبدا. فأما الثيب فتنكح من شاءت وإن

(1) كمال بن الهمام المرجع السابق، ج 3، ص 246، 251، 252. ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 38، ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 8، ص 340.

(2) عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج 01، ص 403.

(3) الحصصكي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 59، 60.

(4) المرغيناني، المرجع السابق، الجزء 3، ص 246.

(5) إبراهيم الحلبي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 332.



كره الأب . أما البكر فلا يجوز لها أن نكاح إلا باجتماع إذنها وإذن أبيها، وأما الصغيرة التي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة، ولا من غير ضرورة حتى تبلغ، ولا أحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن، إلا الأب والتي تبلغ وهي مجنونة فقط، قال بان شبرمة :يجوز إنكاح الأب إبنته الصغيرة ، حتى تبلغ وتأذن...<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لأحدى الروائيتين لدى الحنابلة القائلة بعدم صلاحية الولي في إجبار موليته، قال "ابن قدامة": "ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها أو الأمة بغير إذن سيدها، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروائتان، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي منه بالبطلان"<sup>(2)</sup>.

ولقد استدلت الفقهاء القائلين بعدم صلاحية الولي في إجبار موليته على الزواج بما ورد في كتاب الله والسنة النبوية، وما يقتضيه المعقول.

### 1- أدلتهم من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الية فكانت حجة على المخالف في المسألتين<sup>(3)</sup>.

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي النكاح منها، والثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي، وقوله عز وجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا﴾ أي يتناكحا أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي، وقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا تَعَصَّوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ والاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

والثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه<sup>(4)</sup>.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 38.

(2) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 368.

(4) نفس المرجع، ص 368.



2- وأدلتهم من السنة النبوية: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال: ( ليس للولي مع الثيب أمر) وهذا قطع ولاية الولي عنها.

وروي عنه أيضا: ( الأيم أحق بنفسها من وليها) والأيم إسم لإمرأة لا زوج لها<sup>(1)</sup>.

3- أدلتهم من المعقول: وهو أنها لما بلغت من عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح ولا تبقى موليا عليها كالصبي والعاقل إذا بلغ ، والجامع أن ولاية الانكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا أو مآلا وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة تزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا تزول بزوال الضرورة مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة<sup>(2)</sup>.

وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة، وأما الآية فالخطاب للأولياء بالانكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الانكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة من الخروج إلى محافل الرجال وفيه نسبتهن إلى الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالأمر بالانكاح مخرج العرف، والعادة على النذب والاستحباب دون الحتم والإيجاب، وعلى هذا يحمل قوله: " لا يزوج النساء إلا الأولياء" إن ذلك على النذب والاستحباب<sup>(3)</sup>.

وقال ابن حزم دافعا عن القول بعدم صلاحية الولي لإجبار موليته: "... أن أبا هريرة حدثهم: " أن النبي ﷺ قال: ( لا تتكح الأيم حتى تستأمر، ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله فكيف إذن؟ قال: أن تسكت) قال أبو محمد: الآثار ههنا كثيرة وفيما ذكرنا كفاية وقد جاء في رد انكاح الأب ابنته الثيب بغير إذنها حديث خنساء بنت خدام: قال علي: " وقال بعضهم: زوج النبي صلى الله عليه وسلم بناته ولم يستأذنهن؟ قلنا: وهذا لا يعرف في

(1) الكساني، المرجع السابق، ج 2، ص 368.

(2) نفس المرجع، ج 2، ص 370، 371.

(3) نفس المرجع، ج 2، ص 370.



شيء من الآثار أصلاً وإنما هي دعوى كاذبة، بل قد جاءت آثار مرسلة بأنه عليه الصلاة والسلام كان يستأمرهن ... وما نعلم لمن أجاز على البكر البالغة إنكاح أبيها لها بغير إذنها متعلقاً أصلاً، إلا أن قالوا: قد ثبت جواز انكاحها له وهي صغيرة فهي على ذلك بعد الكبر. قال أبو محمد: وهذا لا شيء لوجهين: أحدهما: أن النص فرق بين الصغير والكبير بما ذكرنا من قوله عليه الصلاة والسلام: (رفع القلم عن ثلاثة: فذكر: الصغير حتى يكبر) أن هذا قياس، والقياس كله فاسد، وإذا صححوا قياس البالغة على غير البالغة فيلزمهم أن يفسروا الجدل في ذلك على الأب، وسائر الأولياء على الأب أيضاً، وإلا فقد تناقضوا في قياسهم، ويكفي من ذلك النصوص التي أوردنا في رد انكاح البكر بغير إذنها...<sup>(1)</sup>.

ومن خلال عرضنا لهذا الاختلاف الفقهي حول مدى صلاحية الولي في إجبار موليته على عقد الزواج، فيبدو أن المذهب الثاني القائل بأنه ليس للولي الحق في إجبار موليته على الزواج جدير بالترجيح لقوة أدلته.

فلقد وردت عدة أحاديث نبوية تمنع الولي من إجبار موليته على الزواج ويكفيها في ذلك قول رسول الله ﷺ عن ابن عباس: (أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ، فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ)<sup>(2)</sup>.

وقوله ﷺ: عن خنساء بنت خدام الأنصارية: (أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها)<sup>(3)</sup>.

وقال الشوكاني في ترجيح هذا القول: "والظاهر أن استئذان الثيب والبكر شرط في صحة العقد لردده ﷺ لنكاح خنساء بنت خدام كما في الحديث المذكور وكذلك حديث ابن عمر المذكور أيضاً، ويدل على ذلك أيضاً حديث أبي هريرة المذكور لما فيه من النهي<sup>(4)</sup>.

وقال "ابن قيم الجوزية" في ترجيح هذا القول: "...وثبت عنه في الصحيح أنه قال لا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها قال: أن تسكت، وفي صحيح مسلم البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها، وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلا

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09، ص 42، 43، 44.

(2) رواه أحمد وأبو داود، الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 450. أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، ص 334.

(3) أخرجه الجماعة إلا مسلم، الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 213.

(4) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 216.

برضاها وهذا قول جمهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمته، أما موافقته لحكمه فإنه حكم يتخير البكر الكارهة وليس رواية هذا الحديث مرسلة بعلّة فيه فإنه قد روي مسندا ومرسلا... وأما موافقة القول لأمره فإنه قال البكر تستأذن وهذا أمر مؤكد لأنه ورد بصيغة الخبر الدال على تحقق المختبر به وثبوته ولزومه والأصل في أوامره أن تكون للوجوب ما لم يتم إجماع على خلافه وأما موافقته لنهيه فلقوله لا تنكح البكر حتى تستأذن فأمر ونهي وحكم بالتخير وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق وأما موافقته لقواعد شرعه فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعتها منها بغير رضاها إلى من يريد هو وهي من أكره الناس فيه وهو من أبغض شيء إليها ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريد ويجعلها أسيرة عنده كما قال النبي ﷺ (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم) أي أسرى ومعلوم أن إخراج مالها كله يغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها، ولقد أبطل من قال أنها إذا عينت كفوا تحبه وعين أبوها كفوا فالعبرة بتعيينه ولو كان بغيا لها قبيح الخلقة، وأما موافقته لمصالح الأمة فلا يخفى مصلحة الثيب في تزويجها بمن تختاره ورضاه وحصول مقاصد النكاح لها به وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتتفر عنه، فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول لكان القياس الصحيح وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره<sup>(1)</sup>.

قال ابن تيمية: "و أما تزويجها مع كراهتها للنكاح، فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرها على بيع أو إجارة إلا بإذنها ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده. فكيف يكرها على مباحة على من تكره مباحته ومعاشرته من تكره معاشرته. والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأى مودة ورحمة في ذلك<sup>(2)</sup>."

وبالفعل فإن المرأة التي تبرم زواجا مجبرة عليه لن يحقق المقاصد الشرعية التي يهدف إلى تحقيقها عقد الزواج وهي بناء أسرة أساسها المودة والرحمة لتحقيق العشرة الطيبة بالمعروف،

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء الرابع، ص 02.

(2) ابن تيمية، المرجع السابق، ص 105.



الأمر الذي يؤدي إلى تكوين أسرة سليمة من كل الآفات التي ستعيق حتما استمرارها، فإكراه المرأة على معاشرة زوج تبغضه وتنفرد منه هو ضرر لن ينتج عنه إلا الخصام والشقاق الذي سيفكك لا محالة هذه الأسرة التي تكونت على أساس خاطيء وهو إكراه المرأة على الزواج بشخص تبغضه وتكرهه.

وبرجعنا إلى موقف قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد لا يسمح للولي أبا كان أو غيره أن يجبر موليته على الزواج سواء كانت صغيرة أو كبيرة بكرة أو ثيبا، وذلك من خلال المادة 13 التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بولاية الإيجاب حتى ولو كانت المرأة صغيرة، ويبدو أن القاصرة في مفهوم المادة 13 من قانون الأسرة هي المرأة الصغيرة البالغة، لأن تزويج الصغيرة غير البالغة لا فائدة منه.

فمقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة وشرعاً النسل والصغر ينافيهما، ثم هذا العقد يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد بلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ والحجة في ذلك قوله تعالى: ﴿ح: (1) بين الله تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعاً هو النكاح، وذلك دليل تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى: ﴿ح: إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الاحتلام... (2).

ونرى أن المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري قد تبنت ما ذهب إليه ابن شبرمه وأبو بكر الأصبم في أن الصغيرة لا تزوج إلا بعد بلوغها لقوله تعالى: ﴿ح: إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ وذلك دون إجبارها من أحد، وتقتصر صلاحية الولي في زواج الصغيرة في تولي ومباشرة عقد الزواج باسم موليته الصغيرة وبموافقتها. ويبدو أن وجود الولي في عقد زواج الصغيرة حسب قانون الأسرة هو تطبيق لقواعد النيابة الشرعية التي يملكها الولي في تمثيل الصغيرة ونقل رضاها بالزواج إلى مجلس العقد.

ونلاحظ أن وجود الولي ممثلاً لموليته القاصرة لا يتعدى لموليته البكر البالغة الراشدة، وذلك بدليل المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

(1) سورة الطلاق، الآية 04.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 212.



ويتضح من خلال النص أن القانون كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد لقانون الأسرة واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أباً أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل. لأن "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي "الأب" إلى شخص آخر قد يكون من الغير، وهذا الأمر يعد غريباً عن مجتمعنا، لأنه يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

وبقراءة المادة 11 من قانون الأسرة نجد أنفسنا متسائلين عن صلاحية الولي في زواج المرأة الراشدة فهل حضوره ذاتي شكلي أم هو حضور شرعي لا يتم الزواج إلا به، لأن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أنه: "لا نكاح إلا بولي"<sup>(2)</sup>، وهو نفي للحقيقة الشرعية، أي لا نكاح شرعي، أو موجود بالشرع إلا بولي<sup>(3)</sup>، الأمر الذي لا نرى أن قانون الأسرة الجزائري قد تبناه، ويبدو أن المادة 11 من قانون الأسرة قد أخذت نسيباً بالمذهب الحنفي بدليل قولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."، وبالتالي نرى أنه من الضرورة إعادة النظر في نص المادة 11 من قانون الأسرة لتبيان صلاحية الولي في عقد الزواج والهدف من حضوره أو الأخذ مطلقاً بالمذهب الحنفي في منح المرأة الراشدة حق تزويج نفسها بدون إذن وموافقة وليها وتبقى صلاحية الولي في عقد الزواج هي الاعتراض على اختيار المرأة لرجل غير كفاء أو قبولها بالزواج دون مهر المثل.

بالإضافة إلى ذلك فيبدو أن هناك تناقض بين المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة والمادة الحادية عشر منه، فالمادة التاسعة مكرر تعتبر الولي في عقد الزواج شرط صحة أي ضرورة وجود رضاه في عقد الزواج وإلا اعتبر العقد فاسداً يترتب عليه فسخ العقد إذا لم يحصل دخول، وهذا طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة، في حين تمنح المادة 11 منه الحرية للمرأة لتعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأحد أقاربها أو أي شخص تختاره، ومن ثم نساءل هل حضور الولي في عقد الزواج هو حضور شكلي فقط

(1) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص 66.

(2) رواه البخاري ومسلم.

(3) بدر الدين الزركشي، شرح الزركشي، مكتبة العبيكان، 1993، الجزء الخامس، ص 07.



وبالمقابل نجد أن القانون المغربي قد أخذ صراحة بالمذهب الحنفي وذلك من خلال المادة 25 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"، وبالتالي نلاحظ أن صلاحية الولي حسب القانون المغربي تنشأ وتحدد بموجب توكيل وتفويض من المرأة الراشدة وبدون هذا التفويض لا يملك الولي أي صلاحية في عقد زواجها.

### الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

- بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في موضوع حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج دون رضا وليها، نرى أنه لا يمكن الأخذ بأحد المذهبين على إطلاقه وذلك باعتبار أن عقد الزواج ليس كبقية العقود الأخرى التي تبرمها المرأة دون إذن وليها إذا كانت رشيدة، فالزواج يجمع في آن واحد عدة مصالح، فالمرأة لها مصلحة في إبرام عقد الزواج، كما للولي مصلحة فيه، فهو حق مشترك بينهما ولا يحق لأي منهما الاستقلال والاستبداد في إبرامه، بل يجب أن يتحقق بتوافر رضائهما، ولا يهم بعد ذلك في أمر مباشرته.
- لا يجوز للولي أن يتمتع عن تزويج موليته إذا كان الخاطب كفوًا وبمهر المثل، الأمر الذي من شأنه الوقاية من كل ضرر وشقاق.
- إن الذي يبدو واضحًا من الاختلاف الحاصل حول الألفاظ الدالة على انعقاد الزواج هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في عدم تقييد الرجل والمرأة في التعبير عن إرادتهما بلفظ الإنكاح والتزويج، بحيث يمكن للمرأة أن تعبر عن رضاها بالزواج بكل لفظ يدل على نية الزواج التي يؤكدنها ويعاينها الشهود بحضورهم مجلس العقد، وبالتالي يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري تبنى موقف المالكية والحنفية في عدم تقييد التعبير عن إرادة المرأة في عقد الزواج بلفظي الإنكاح والتزويج، وهذا ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري.
- إن الأصل هو ضرورة حضور العاقدین لمجلس الزواج مع الشهود لتبادل الرضا بتكوين علاقة زوجية، واستثناء يمكن اللجوء إلى الكتابة في حالات خاصة ولفئة من الناس الذين تمنعهم ظروفهم من حضور مجلس عقد الزواج، وهذا ترجيحًا لقول المذهب الحنفي الذي يتميز بطابع التيسير.

- إن المتفق عليه فقها على اعتبار سكوت المرأة البكر البالغة دليل على رضاها، أما الثيب فلا بد من تعبيرها الصريح قولاً أو فعلاً.

- ليس للولي صلاحية إجبار موليته على الزواج لأن هناك عدة أحاديث ثابتة عن الرسول ﷺ يمنع فيها الولي من إكراه موليته على إبرام زواج لا تريده، لأن ذلك مخالف لمقتضيات الأصول والعقول، فإذا كانت المرأة الراشدة لها الحرية والتصرف في أمورها دون إكراه من وليها، فيكف يمكن للولي أن يجبرها على معاشرة رجل تكره الارتباط به وتتفر منه.

غير أنه ليس معنى ذلك إسقاط الولي في عقد الزواج بل يجب الإبقاء عليه كشرط صحة فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تبرم المرأة عقد الزواج دون علم وليها، لقول رسول الله ﷺ:  
(لا نكاح إلا بولي)

فإذا أسقطنا الولي فإن ذلك حتما سيفتح الباب واسعا لانتشار الزواج السري والعري وما يترتب عليه من أضرار جسيمة تصيب المرأة وتؤثر على استقرار العلاقة الزوجية التي في غالب الأحوال يكون مآلها الانحلال والتفكك، ولكن يبقى دور الولي هو تولي عقد الزواج برضا موليته، ويجوز له الاعتراض على زواج موليته إذا كان الرجل غير كفاء وكان المهر أقل من مهر المثل، ونرى أن معيار الكفاءة في هذه الحالة هو صلاح الرجل واستقامته وقدرته على الإنفاق وتحمل الالتزامات المعنوية والمادية المترتبة على عقد الزواج، غير أننا نرى أن المرأة إذا أبرمت عقد زواج بعلم وليها وكان الرجل كفاءاً، والمهر مناسباً لمثلها، فلا مانع من اعتبار زواجها صحيحاً ما دامت بالغة عاقلة وراشدة، ولا مبرر لوليها في الاعتراض على زواجها.

- ضرورة إعادة النظر في المادة 11 من قانون الأسرة التي منحت للمرأة الراشدة الاختيار بين إحضار أبيها في عقد زواجها وهو وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فهل يعقل أن تترك المرأة وليها وهو أبوها لتحضر شخصاً أجنبياً لزواجها، فما الفائدة من اشتراط الولي في المادة 09 مكرر. ونلاحظ أن المادة 11 من قانون الأسرة قد جاءت بمفهوم واسع ومطلق للولي دون تقييد اللجوء إلى أحد الأقارب أو الأولياء المقربين.

- لقد أكدت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 17 فبراير 2005 على الطابع الرضائي لعقد الزواج بحيث نصت على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتقارب وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.



وبالتالي فإن إكراه المرأة على الزواج يعتبر عاملاً أساسياً في حدوث الشقاق بين الزوجين الذي سيؤدي حتماً إلى التفريق بينهما لانعدام الأساس المتين لبناء الحياة الزوجية وهو المودة والرحمة، وبالتالي فرضاً المرأة في عقد الزواج عامل أساسي في استقرار الحياة الزوجية.

- إن ما يميز تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 لقانون الأسرة الجزائري أنه منع ولاية الإكراه على المرأة القاصرة وذلك من خلال المادة 13 التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أياً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

### فهرس المراجع:

- 1- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **تفسير القرطبي**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان
- 2- الإمام أحمد بن حنبل، **المسند**، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- 3- الإمام البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.
- 4- الإمام مسلم أبو الحسن بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى 2004..
- 5- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
- 6- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، **سبل السلام**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2004..
- 7- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار**، مكتبة الكليات، الأزهرية، القاهرة.
- 8- علاء الدين أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي، القاهرة 1996..
- 9- شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993..
- 10- شيخنا زاده الحنفي، **مجمع الأنهر**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 11- علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1993..



- 12- محمد أمين عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 13- علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 14- إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 15- كمال بن الهمام، فتح القدير شرح البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 16- علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 17- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993..
- 18- محمود البخاري ابن مازه، المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 19- أحمد بن يحيى الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة شهاب، الجزائر.
- 20- أحمد بن غنيم النفاوي، الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 21- محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004..
- 22- حجازي بن عبد المطلب العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 23- أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، التحفة في شرح البهجة، دار الفكر، بيروت، لبنان 1998
- 24- أحمد بن يحيى الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992.
- 25- زين الدين المليباري، إرشاد العباد إلى سبيل الرشاد، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 26- محمد بن عبد الباقي بن علوان الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 27- خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1922.
- 28- محمد بن أحمد ميارة المالكي، الإتقان والإحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة.
- 29- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر 1987..
- 30- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.



- 31- الخطيب الشرييني، **مفنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 2002.
- 32- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، **حاشيتا القليوبي وعميرة**، دار الفكر، بيروت، لبنان 1998.
- 33- يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المذهب**، دار الفكر، بيروت، لبنان. 1996.
- 34- السيد البكري الدمياطي، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2002..
- 35- حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في الفقه الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 36- أبو إسحاق الشيرازي، **المذهب**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 37- إبراهيم الفيروز آبادي، **التبتيه**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 38- عبد الله موفق الدين ابن قدامة، **المغنى على مختصر الخرقي**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 39- مصطفى السيوطي الرحيباتي، **مطالب أولي النهى**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 40- عبد الحميد الشرواني، **حواشي الشرواني على تحفة المحتاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1996.
- 41- شمس الدين البعلي، **المطلع على أبواب المقنع**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان. 1981.
- 42- إبراهيم بن محمد بن ضويان، **منار السبيل**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 43- منصور بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 44- منصور بن إدريس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- 45- علاء الدين المورداوي، **الإنصاف**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1997.
- 46- ابن مفلح الحنبلي، **المبدع شرح المقنع**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1988.
- 47- مرعي الكرمي، **دليل الطالب**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 48- بدر الدين الزركشي، **شرح الزركشي**، مكتبة العبيكان، 1993.
- 49- أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى النكاح وأحكامه**، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى. 1992.
- 50- محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان.



- 51- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة 1957.
- 52- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1977.
- 53- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة، 2001.
- 54- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي غير العباد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 55- السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1985.
- 56- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1972.
- 57- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 58- كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006/2005.
- 59- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية - دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
- 60- مجد الدين محمد بن يعقوب، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 2007.
- 61- عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 2007.
- 62- بلحاج العربي، قانون الأسرة، - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا - ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
- 63- قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 64- مدونة الأسرة المغربية، الصادرة في 03 فبراير 2004.