المطلب الثاني:الركن الثاني والثالث:الولي في عقد الزواج والصيغة.

الفرع الأول: الركن الثاني: الولي في عقد الزواج[1]

أولا . حقيقة الولاية:

1 . حقيقة الولاية لغة:الولاية بالكسر السلطان، وبالفتح النصرة[2].

2 . حقيقة الولاية اصطلاحا:القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

***أو هي: النظر في أمر الزواج والإذن به أو منع الإذن[3].**

ثانيا . أقسام الولاية:تقسّم باعتبارات متعدّدة ومنها: [4]

1 . باعتبار القصور والتعدية:القاصرة والمتعدية.

أ . الولاية القاصرة:قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص به على نفسه وماله وتثبت للحرّ البالغ العاقل.

ب . الولاية المتعدية:ولاية على الغير إمّا على المال أو على النفس.

2 . باعتبار الأصالة والنيابة:الأصلية والنيابية.

أ . الولاية الأصلية:التي تثبت للشخص ابتداء من غير أن تكون مستمدّة من الغير كولاية الأب على أولاده بسبب الأبوة.

ب . الولاية النيابية:المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي.

---

(1) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[104وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني[556/2وما بعدها]، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي: الدكتور عبد الرحمان الصابوني[210وما بعدها]، أحكام الخِطبة والزواج في الشريعة الإسلامية: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي[151وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله[54وما بعدها]، العرض القرآني لقضايا النكاح والفُرقة: زينب عبد السلام أبو الفضل[169وما بعدها]، الخِطبة والزواج: الدكتور مُحَمَّد محدة[194وما بعدها]، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب: الدكتور سالم الرافعي[251وما بعدها]، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري . دراسة مقارنة . : علي بن عوالي[183وما بعدها]، الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر[207وما بعدها].

(2) الصحاح: الجوهري[2530/6]، المصباح المنير: الفيومي[350/2].

(3) معجم لغة الفقهاء: قلعة جي[481].

(4) زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج:سها القيسي [29وما بعدها].

3 . باعتبار العموم والخصوص:تنقسم الولاية المتعدية إلى عامة وخاصة.

أ . الولاية العامة:الثابتة للإمام أصالة وللقاضي نيابة.

ب . الولاية الخاصة:الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكّاما.

وولاية الزواج التي نحن بصددها من الولايات الخاصة وتتعلّق بالنفس لا بالمال.

4 . باعتبار الإجبار والاختيار:ولاية الإجبار وولاية الاختيار.

أ . ولاية الإجبار:بمعنى أن يكون للولي الحق في تزويج المرأة ولا يجب عليه استشارتها بسبب صغرها أو بسبب البكارة.

. ومعظم الفقهاء قالوا بولاية الإجبار، ولكنهم اختلفوا في مناطها وعلتها؛فجعل الحنفية[5] مناط الإجبار الصغر، و المالكية[6] عمّموا فقالوا بصلاحية الوصفين[الصغر،البكارة]أحدهما أو كليهما للإجبار، و اختلفت الرواية عن الحنابلة[7]، وجعلها الشافعية[8] البكارة.

. وتثبت ولاية الإجبار عند المالكية للأب فقط أو وصيّه على ابنته الصغيرة أو البكر.

ملاحظة هامة جدا:لقد ذهب فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة من الحنفية[9] والمالكية [10]والشافعية[11] والحنابلة[12] إلى أنّه إذا زوّج الأب الصغير أو الصغيرة وتوافرت شروط الزواج المعتبرة صحّ الزواج، ولا يثبت لأيّ منهما خيار البلوغ،ويرجع ذلك لما يتمتع به الأب من وفور الشفقة وكمال الرأي، وحرصه على حسن الاختيار لابنه أو ابنته الصغيرين فإنّه ينظر لهما ما لا ينظره لنفسه،لذلك يلزم العقد بمباشرته لهما كما لو كان باشره بعد البلوغ، ومنهم من ألحق الجد بالأب كالحنفية والشافعية،ومنهم من ألحق وصي الأب به في الإجبار وعدمه على الصغير والصغيرة وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة[13].

---

(5) تبيين الحقائق: الزيلعي[118/2].

(6) الذخيرة: القرافي[217/4].

(7) زاد المعاد: ابن قيم الجوزية[99/5].

(8) الحاوي الكبير: الماوردي[52/9].

(9) اللباب في شرح الكتاب: الميداني[10/3].

(10) الذخيرة: القرافي[217/4].

(11) مغني المحتاج: الشربيني[277/4].

(12) البهوتي: كشاف القناع[42/5].

(13) زواج الصِغار في ضو تحديد سن الزواج: سها ياسين عطا القيسي[60].

ب . ولاية الاختيار:و تثبت على المرأة البالغة العاقلة، وذلك لأنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنّه ليس للمرأة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليّها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد الاتفاق معها على الزواج، ولذلك سميت هذه الولاية بولاية الاختيار، أمّا أبو حنيفة فيرى بأنّ المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تزوّج نفسها وتتولّى صيغة العقد، و لكن يستحب أن يتولّى وليّها صيغة الزواج.

*فهل يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوّج نفسها بنفسها أم لا[14] ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على عدة أقوال، ومنها:

القول الأول:ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[15] و الشافعية[16] و الحنابلة[17] وابن حزم الظاهري [18]إلى اشتراط أن يتولّى عقد المرأة وليّها وإلا كان باطلا.

و من أدلتهم على ذلك:

. قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾[19] ، فقد جعل الله تعالى أمر تزويج النساء للرجال ونهاهم عن تزويج المشركين مولياتهم ما لم يسلموا، فالخطاب للرجال دون النساء للدلالة على أنّ العقد بأيديهم لا بأيدي النساء.

. قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾[20] ، فنهت الآية الأولياء عن عضل المرأة عن النكاح،ولو كان بيد المرأة عقد زواجها لما كان بوسع الولي منعها، ولما نهاه عن العضل.

. عن أبي بُرْدة بن أبي موسى الأشعري عن أبيه ﷺ قال:قال رسول الله ﷺ:"لا نكاح إلا بوليّ"[21] ،فنفى الحديث صفة النكاح الذي لا ولي فيه لفقدان شرط من شروطه وهو الوليّ.

---

(14) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[8/2]، شرح السنة : البغوي[42/9]. العرض القرآني لقضايا النكاح والفُرقة: زينب عبد السلام أبو الفضل[169 وما بعدها]، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[105وما بعدها]، أحكام الخِطبة والزواج: الدكنور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي[164وما بعدها].

(15) بلغة السالك لأقرب المسالك: أبو العباس الصاوي[375/1].

(16) الأم: الشافعي[13/5].

(17) المغني: ابن قدامة[337/7].

(18) المحلى: ابن حزم[451/9].

(19) البقرة: 221

(20) البقرة: 232

(21) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي رقم الحديث[1101].

. عن عائشة ﵂ قالت: قال رسول الله ﷺ:"أيّما امرأة نَكَحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل باطل باطل"[22]،فصرّح الحديث بأنّ النكاح الخالي من الولي مردود وباطل.

القول الثاني:وذهب الحنفية[23] إلى جواز إبرام المرأة العاقلة البالغة عقد زواجها بنفسها بشرط أن تزوّج نفسها بالكفء وبمهر المثل، فإن زوّجت نفسها بغير هذين الشرطين فلوليّها الاعتراض على العقد، وإن كان المستحب عندهم أن تفوّض أمر التزويج للوليّ.

*ومن أدلتهم على ذلك:

. قوله تعالى: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[24] ،قال أبو بكر الجصّاص الحنفي في تفسير[أحكام القرآن]:قد دلّت الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليّها:

أحدها:إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني:نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان[25].

. قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[26] ،فنسبت الآية النكاح إلى المرأة، وهذا دليل على أنّ النكاح يصدر منها، فلها شرعا الحق في تولي عقد زواجها بنفسها.

. قوله ﷺ:"الأيم أحق بنفسها من وليها"[27] ، فقد أثبت الحديث حقين:حق الولي وهو مباشرة العقد برضاها، وجعلها أحق منه، ولن تكون أحق منه إلا إذا زوّجت نفسها بغير رضاها.

القول الثالث:ذهب أبو ثور[28]. وهو من علماء الشافعية. إلى قول خلاصته أنّه لابد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليّها معا، وليس لأحدهما أن يستبدّ بالزواج دون الآخر، ومتى تحقّق رضا المرأة ووليّها صحّ العقد مهما كان الطرف الذي باشره.

---

[22] أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي رقم الحديث[1102].

[23] المبسوط: السرخسي[13/5].

[24] البقرة: 232

[25] أحكام القرآن: الجصاص[545/1].

[26] البقرة: 230

[27] رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم الحديث[1421].

[28] شرح السنة : البغوي[42/9].

*ومن أدلتهم:أنّه لم يعهد في الشريعة أنّ الأنوثة مانعة من مباشرة العقود، كما أنّ الولي حريص على مصلحة موليته، فليس لأحد الطرفين أن ينفرد بإبرام العقد دون رضا الطرف الآخر.

القول الرابع:ذهب داود الظاهري[29] إلى اشتراط الولي في البكر دون الثيّب، لقوله ﷺ:"الثيّب أحق بنفسها من وليّها"[30].

القول الخامس:قول منقول عن مالك وهو أنّ الولاية سنّة و ليس فرضا، فكأنّ الوليّ شرط تمام وليس شرط صحة[31].

و لكلّ قول أدلته والردود عليها من طرف المخالفين، ويمكن ترجيح قول جماهير العلماء باشتراط الولي لصحة عقد الزواج بعد رضا المرأة بالزواج عموما وبالزوج خصوصا لأنّه الأقوى دليلا ونظرا، إذ اشتراط الولي لمصلحة المرأة نفسها ومصلحة أسرتها.

ثالثا الحكمة من اشتراط الولي للمرأة في الزواج[32]:واشتراط الولي لمقاصد متعددة ومنها:

1 . مراعاة مصلحة المرأة ببذل النصح لها ودلالتها على ما ينفعها.

2 . تجنيب المرأة مخاطر المجازفة والتسرّع لقلّة خبرتها بأمر الرجال فتقع ضحية العاطفة أو الغش والخداع.

3 . إعطاء عناية كبرى للزواج.

4 . إشراك المرأة أسرتها في الرأي والمشورة تفاديا للسلبيات المتوقّعة في بيت الزوجية فيكون الجميع عونا لها وحاميا ومدافعا عنها.

5 . تمتين جانب المرأة في أسرتها الجديدة ليكون أولياؤها سندا لها مع نشوب أي اختلاف، لأنّ عادة الناس جرت على استسهال إيذاء من لا مدافع عنه.

---

[29] بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[8/2].

[30]أخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث[1897].

[31] بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[9/2].

[32] منهج الشريعة الإسلامية في حماية الأعراض: حنان بنت محمّد القحطاني[95/94/1]، العرض القرآني لقضايا النكاح والفُرْقة: زينب عبد السلام أبو الفضل[179 وما بعدها].

6 . قد يكون بعض الرجال لديه القدرة على الخداع بما يتحلّى به من وسامة وجه، أوحلاوة منطق فتنخدع المرأة بذلك وتقع في إبرام عقد زواجها بنفسها وتقع في المشكلة، وأمّا الرجال فلهم القدرة على التبصّر وكشف ألاعيب المخادعين، وغلق الباب أمام وصولهم إلى مآربهم الخبيثة.

7 . في جعل عقد نكاح المرأة بيد وليها تشريف لها، واحترام لكيانها من قبل الرجل الذي عندما تقدّم لخِطبتها وضع يده في يد رجل مثله يفهمه ويعرفه، وأنّه ارتبط بهذه المرأة بعد موافقة أهلها، وأنّها ليست سلعة رخيصة، ولذلك فمباشرة الولي لعقد نكاح موليته فيه الخير كل الخير للمرأة عاجلا وآجلا.

8 . في تشريع الولي للمرأة حماية لها من أن تظهر أمام الناس والشهود بمظهر التائقة للزواج بشكل صريح، وهذا فيه هدر كبير لحياء المرأة، فكان تشريع الولي حفاظا على حيائها من ناحية، وصيانة لها من التبذّل من ناحية أخرى.

رابعا . الإجبار في قانون الأسرة الجزائري:

***يقول الدكتور عبد القادر داودي في كتابه[أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري]: [لقد منع المشرّع الجزائري الوليّ مهما كانت درجته من أن يجبر مَن في ولايته من النساء سواء كانت المرأة بكرا أم ثيّبا، واقتصر نصّه في هذه المادة على القاصرة دون الرشيدة البالغة لأنّ المشرّع خوّل لها حق إنشاء العقد بنفسها، ومن ثمّة تستبعد مسألة الإجبار من عقدها، بخلاف القاصرة التي يتولّى الولي أمر تزويجها، وهذا ما جاء منصوصا عليه في المادة13: [لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها].**

و القول بعدم الإجبار هو الرأي الوجيه الذي ينسجم وروح الشريعة ومقاصدها في تشريع الزواج ويوافق القواعد الشرعية العامة] [(33)].

***ويقول الدكتور عبد القادر بن حرز الله في كتابه[الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق]: [وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد وضع حدّا نهائيا لنقاش قديم طويل حول مدى سلطة الولي في إجبار مَنْ في ولايته على الزواج بشخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو تكره أن ترتبط به بعقد الزواج.**

ومن الآن فصاعدا لا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها سواء سبق لها الزواج وكانت ثيّبا أو لم يسبق لها الزواج وما زالت بكرا، وسواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذن أو إعفاء من القضاء لسبب من الأسباب أم لا، وإذا أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد زواجها ببلد أجنبي تقبل قوانينه

[(33)]أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[119/118].

إجبار البنات على الزواج،فإنّ مثل هذا العقد يكون باطلا، ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية][34].

فنفى المشرّع الجزائري ولاية الإجبار في الزواج مطلقا، وعلى كل حال، وبذلك حسم الخلاف، واستبعده، إذ حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف[35].

خامسا . شروط الولي[36]: هناك شروط متفق عليها، وأخرى مختلف فيها.

1 . الشروط المتفق عليها:

أ . الإسلام:فلا تثبت لكافر ولاية على مسلمة[37].

ب . كمال الأهلية:بالحرية[38] والبلوغ[39] والعقل[40].

2 . الشروط المختلف فيها:

أ . الذكورة: اشترطها الجمهور[41] خلافا للحنفية[42].

ب . العدالة:اشترطها مالك في رواية عنه[43] والشافعي[44] وأحمد في رواية[45] خلافا للجمهور أبي حنيفة[46] ومالك في المشهور عنه[47] وأحمد في رواية أخرى[48] الذين لم يشترطوها.

---

[34]الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله[69/68].

[35] الفروق: القرافي[193/192/2].

[36] تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي[30/1وما بعدها]، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[12/2وما بعدها]، الكافي: ابن قدامة[229/4وما بعدها]،أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[119وما بعدها]، أحكام الخِطبة والزواج: الدكنور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي[178وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حز الله[60وما بعدها]

[37] بدائع الصنائع: الكاساني[239/2]، شرح مختصر خليل: الخرشي[188/3]، الإجماع: ابن المنذر[74]، المغني: ابن قدامة[424/7].

[38] مغني المحتاج: الشربيني[154/3]، المغني: ابن قدامة[425/7].

[39] الكاساني: بدائع الصنائع[237/2وما بعدها]، المهذّب: الشيرازي[121/4]، المغني: ابن قدامة [355/7].

[40] الكاساني: بدائع الصنائع[239/2]، مغني المحتاج: الشربيني[154/3]، المغني: ابن قدامة [424/7].

[41] الفواكه الدواني: النفراوي[7/2]،الإقناع: الشربيني[408/2]، المغني: ابن قدامة [425/7].

[42] الكاساني: بدائع الصنائع[248/2].

[43] بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[9/2].

[44] الأم: الشافعي[24/5].

[45]الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي[17/12].

[46] بدائع الصنائع: الكاساني[240/2].

ج . الرشد[49]: . عند الحنابلة معناه معرفة مصالح النكاح لا حفظ المال، وعند الشافعية عدم تبذير المال.

. ذهب أبو حنيفة وأكثر أصحاب مالك إلى عدم اشتراطها وعليه تجوز ولاية السفيه،و ذهب مالك والشافعي إلى اشتراطها.

. والحنابلة اشترطوها على أساس معرفة مصالح النكاح لا حفظ المال.

و سبب اختلافهم تشبيه هذه الولاية بولاية المال.

. فمن رأى أنّه قد يوجد الرشد في ولاية النكاح ولا يوجد في المال قال بعدم اشتراطها.

. و من رأى أنّه لا يوجد الرشد في ولاية النكاح إلا إذا كان في المال قال باشتراطها.

د . الخلو من الإحرام بحج أو عمرة وهو قول الجمهور من المالكية[50] والشافعية[51] والحنابلة[52] والظاهرية[53]، خلافا للحنفية[54] الذين لم يشترطوا ذلك.

هـ . عدم الإكراه: ذكره المالكية وهو شرط في صحة كل العقود.

سادسا . ترتيب الأولياء[55]:

1 . عند الحنفية:الابن/ابن الابن/الأب/الجد/الأخ الشقيق/لأب/أبناؤهم/العم/ابن العم[56].

2 . عند المالكية:الابن/ابن الابن/الأب/الأخ الشقيق/لأب/أبناؤهم/الجد/الأعمام/أبناؤهم/أبناؤهم[57].

---

[47] بداية المجتهد ونهاية المقتصد:ابن رشد[9/2].

[48]الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي[17/12].

[49] البحر الرائق: ابن نجيم[91/8]، حاشية العدوي: العدوي[39/2]، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[14/2]، الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر[226/3وما بعدها]، الحاوي الكبير: الماوردي[116/9]، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي[74/8].

[50] التمهيد: ابن عبد البر[153/152/3].

[51] المجموع شرح المهذّب: النووي[287/7].

[52] المغني: ابن قدامة[313/3].

[53] المحلّى: ابن حزم[198/7].

[54] شرح معاني الآثار:الطحاوي[273/2].

[55] بدائع الصنائع: الكاساني[250/2]أحكام الخِطبة والزواج: الدكنور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي[185وما بعدها].

[56] بدائع الصنائع: الكاساني[250/2].

[57] القوانين الفقهية: ابن جزي[134].

3 . عند الشافعية:الأب/الجد/الأخ/ابن الأخ/العم/ابن العم[58].

4 . عند الحنابلة:الأب/الجد/الابن/ابن الابن/الأخ الشقيق/لأب/أبناؤهم/العمومة/أبناؤهم[59].

و الملاحظ: . تقديم الحنفية والمالكية للفروع على الأصول في الولاية لكون تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب في الميراث.

. وتقديم الشافعية والحنابلة للأصول على الفروع في الولاية لأنّهم أكثر شفقة ومراعاة لمصلحة المرأة وهو القول الأقوى نظرا لأنّ المقام مقام مراعاة مصلحة المرأة وليس مقام ميراث.

***حكم الزواج من الولي الأبعد مع وجود الأقرب:**

وإذا كان الأقرب من أهل الولاية، فزوّجها الأبعد لم يصح عند الثلاثة؛ الحنفية[60] والشافعية[61] والحنابلة[62].

وقال مالك: يصح إلا في الأب في حق البكر، والوصيّ، فإنّه لا يجوز للأبعد التزويج[63]،وورد عنه أنّه مفسوخ، وعنه أنّه موقوف على الأقرب فله الإجازة أو الفسخ[64].

ويمكن أن يقال أنّه يصح عقد الزواج إذا تولاه الولي الأبعد مع وجود الأقرب،إذ لا يعتبر الترتيب شرطا، بل هو مندوب، أو هو واجب، وحينها يصح ويلحق الإثم، وعليه إذا زوّج المرأة عمّها مع وجود أخيها صحّ العقد إلا إذا كان الزواج في غير مصلحة المرأة أو في وجود أب البنت لأنّه أشفق من بقية الأولياء أو إجازة الأب للأبعد[65].

سابعا . الولي في قانون الأسرة الجزائري المعدّل:

. لقد شهدت مسألة الولاية على المرأة في الزواج نقاشا حادا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال قانون وفقهاء الشريعة وجمعيات نسوية متعدّدة الوجهات، وجاءت المواد المتعلّقة بمسألة الولي معدّلة للمادة 11 من قانون1984م والتي تنصّ على أنّه يتولّى زواج المرأة وليّها، وهو أبوها،فأحد أقاربها الأوّلين، والقاضي وليّ من لا وليّ له.

---

[58] روضة الطالبين: النووي[5/405 وما بعدها].

[59] الفروع: ابن مفلح[8/217وما بعدها].

[60] بدائع الصنائع: الكاساني[2/250].

[61] روضة الطالبين: النووي[5/405 وما بعدها].

[62] المغني: ابن قدامة[9/359].

[63] رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: القاضي صدر الدين الصفدي[2/131].

[64] بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد[2/14].

[65] أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[120].

وعدّلت بالمادة11 والتي صيغت على النحو الآتي:[تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره...

. يتولّى زواج القصّر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأوّلين، والقاضي ولي من لا وليّ له].

وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد ابتدع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة، ولم يراع الترتيب بين القرابة ولا بين القرابة والأجانب، فللأجنبي أن يلي عقد زواج المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب أو أخ أو أي قريب آخر حيث ورد العطف على الأب[بـ [أو] التي تفيد التخيير لا الترتيب]، وعندئذ لم يفرّق المشرّع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محدّدة الأسباب والصلاحيات وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما الدور نفسه والدرجة.

وحتى القاضي لم يعد له دور في عقد المرأة الراشدة كما كان في القانون قبل التعديل الذي كان ينصّ على أنّ [القاضي ولي من لا ولي له]مع هذا التوسّع غير المبرّر في الأولياء، وبذلك تنتفي كثير من فوائد الولي وحِكَم تشريعه، ويبقى اشتراطه أمرا شكليا لا غير.

ولم يبق المشرّع الجزائري للوليّ الشرعي من دور حقيقي إلا في حالة تزويج القُصّر من ذكور أو إناث.

الفرع الثاني:الركن الثالث:الصيغة في عقد الزواج[66].

أولا . حقيقة الصيغة لغة واصطلاحا:

1 . حقيقة الصيغة لغة:صيغة الأمر كذا أي هيئته التي بني عليها[67].

وصيغة الكلام: هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها، والجمع صيغ، قالوا اختلفت صيغ الكلام: أي تراكيبه وعباراته[68].

---

[66] أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي[96104وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني[514/2وما بعدها]، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي: الدكتور عبد الرحمان الصابوني[105وما بعدها]، أحكام الخِطبة والزواج في الشريعة الإسلامية: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي[81وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله[51وما بعدها]، العرض القرآني لقضايا النكاح والفُرقة: زينب عبد السلام أبو الفضل[159وما بعدها]، الخِطبة والزواج: الدكتور محمّد محدة[137وما بعدها]، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب: الدكتور سالم الرافعي[227وما بعدها]، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري . دراسة مقارنة . : علي بن عوالي[183وما بعدها]، الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر[204وما بعدها]، الصيغ في فقه الأسرة: حمود البحيران[16وما بعدها].

[67] لسان العرب: ابن منظور[442/8]

[68] المعجم الوسيط: إبراهيم أنيس وآخرون[529/1].

2 . حقيقة الصيغة اصطلاحا: لم يذكر الفقهاء المتقدّمون تعريفا خاصا للصيغة، وإنما عرّفوها بركنيها: الإيجاب والقبول، ومن تعريفاتها المعاصرة:

***اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقّقه إيجابا وقبولا.**

***ما يظهر الإرادة من لفظ، أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة[69].**

ثانيا . شروط الصيغة:

1 . أن تكون بألفاظ مخصوصة: . الإنكاح/ أو التزويج/أو الهبة بشرط ذكر الصداق.

. الحنفية[70] والمالكية[71] وابن تيمية[72]وابن القيم[73] ينعقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج خلافا للشافعية[74] و الحنابلة[75] لأنّ العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني.

2 . أن تدل على الدوام والتنجيز:

. فلا يجوز أن تكون مؤقّتة[نكاح المتعة].

. ولا تكون معلّقة على شرط محتمل الوقوع، مثل قول الولي:[إذا نجحت في المسابقة زوّجتك ابنتي]، أمّا إذا علّق على شرط موجود فهذا لا يضر، مثل قول الولي:[زوّجتك ابنتي إن كنت طبيبا] وكان بالفعل طبيبا.

. و أن لا تكون مضافة إلى المستقبل، مثل قول الولي:[زوّجتك ابنتي بعد شهر]،أو يقول الرجل:[قبلت زواج ابنتك بعد سنة].

. وأجاز المالكية للمريض إضافة الصيغة إلى المستقبل، مثل قول الولي في مرضه:[إذا مت فقد زوّجت ابنتي من فلان]، واعتبر ذلك للضرورة، ولم يجيزوه للصحيح.

---

[69] الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الشؤون الإسلامية[63/6].

[70] المبسوط: السرخسي[59/5].

[71] الشرح الصغير: الدردير[349/2].

[72] مجموع الفتاوى: ابن تيمية[15/23].

[73] إعلام الموقّعين عن رب العالمين: ابن القيم[470/4].

[74] الحاوي الكبير: الماوردي[152/9].

[75] المغني: ابن قدامة[454/9].

. الأصل في العقود أن تكون بصيغة الفعل الماضي لأنّه يدل على الالتزام وعدم الاحتمال، بينما المضارع يدل على الوعد أكثر، ولكن من المالكية من أجاز استعمال صيغة المضارع أو الأمر بشرط اقترانه بقرينة تدل على التنجيز لا الوعد، مثل كون المجلس مهيئا لإجراء عقد الزواج.

3 . الفورية[76]:

. بحيث لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل كبير يفهم منه الإعراض، ولا إشكال في اليسير.

. لا يشترط تقدّم الإيجاب على القبول، فيصح:[تزوّجت ابنتك]، فيقول الولي:[زوّجتك ابنتي]خلافا للحنابلة.

4 . موافقة القبول للإيجاب من كل وجه:

. فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح.

. مثل قول الولي:[زوّجتك ابنتي سليمة على مهر قدره[80]ألف دينار جزائري، فيقول الرجل:قبلت زواج ابنتك سعيدة على مهر قدره[50]ألف دينار جزائري لم يصح العقد.

5 . عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول:

. فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر صحّ رجوعه، ولا يصحّ العقد ولو صدر قبول من الطرف الآخر، إذ لا خيار مجلس في عقد الزواج.

. عقد لازم بمجرد الصيغة وإن لم يرض الطرف الآخر.

. الهزل في الزواج كالجد بالاتفاق.

ثالثا من أحكام الصيغة:

1 . الإيجاب و القبول: . الإيجاب ما صدر أولا من أحد المتعاقدين، وصاحبه[موجبا]لأنّه أوجب الالتزام وأوجده.

. القبول ما صدر ثانيا من العاقد الآخر، وصاحبه[قابلا]لأنّه رضي بالالتزام،عند الحنفية[77].

---

[76] بدائع الصنائع: الكاساني[232/2]، الشرح الكبير: الدردير[221/2]، الحاوي الكبير: الماوردي[163/9]، المغني: ابن قدامة[80/7].

[77] فتح القدير: ابن الهمام[6م231].

وهذا ما تبنّاه المشرّع الجزائري في ق. أ.ج في المادة10، ونصها[يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر...].

أمّا عند الجمهور من المالكية[78] والشافعية[79] والحنابلة[80] فالإيجاب ما صدر من المملِّك سوا صدر أولا أو ثانيا، والقبول ما صدر من المتملِّك سوا صدر أولا أو ثانيا.

. فالأول إيجابا من الرجل أو من وليّها، والثاني قبولا.

2 . هل ينعقد الزواج بغير اللغة العربية؟

. الذي لا يحسن العربية ينعقد نكاحه ولو بغير العربية.

. و الذي يحسن العربية فيه خلاف هل ينعقد أم لا؟ و لكن ما رجّحه ابن تيمية رحمه الله تعالى هو جواز ذلك لكون الزواج من العادات وليس من العبادات.

3 . هل ينعقد الزواج بالكتابة؟

. ذهب الجمهور[81] إلى عدم انعقاد الزواج بالكتابة مع القدرة على الكلام لأنّ الكتابة قابلة للتحريف.

. الحنفية[82] أجازوها للغائب دون الحاضر، ولكن يمكن ترجيح انعقاده بالكتابة إذا انتفت كل الشبهات.

4 . هل ينعقد الزواج بعاقد واحد؟

فيها خلاف والمالكية أجازوا للولي أن يزوّج نفسه من موليته كابن العم إذا زوّج نفسه من بنت عمه، فيكون أصيلا عن نفسه ووليا عن المرأة، أو أصيلا عن نفسه ووكيلا عن المرأة أو وليّها.

5 . هل ينعقد الزواج بالمعاطاة؟

. مثل قول الولي:زوّجتك ابنتي على مهر قدره[80]ألف دينار جزائري فيسلّمه الرجل المهر في المجلس دون أن يقول قبلت.

---

[78] مواهب الجليل: الحطّاب[13/6].

[79] مغني المحتاج: الشربيني[7/6/2].

[80] المغني: ابن قدامة[7/6].

[81] الذخيرة: القرافي[396/4]، الحاوي الكبير: الماوردي[152/9]، المبدع: ابن مفلح[95/6].

[82] المبسوط: السرخسي[16/5].

. أو يُتَكلّم في مجلس العقد على الزواج وشرائطه ثم يعطي الرجل ولي المرأة المهر دون إيجاب أو قبول.

. فاتّفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالتعاطي[83] احتراما للزواج، وبيانا لخطورته لأنّه عقد يجب صيانته عن الاحتمال.

يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا في كتابه[المدخل الفقهي العام]:[إنّ الاجتهادات الإسلامية مجمعة على عدم جريان التعاطي في عقد الزواج لأنّ للنكاح اعتبارا دينيا متصلا بالعقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجية لا يغني فيه عن اللفظ شيء كما أنّ للشرع نظرا في تمييز الزواج المشروع بين الرجل والمرأة عن العلاقة الفاجرة تمييزا لا يجلبه و يزيل الشبهة عن سبيله إلا العقد اللفظي، لأنّ التعاطي لو جرى في الزواج دون لفظ لما تجلّى نوع العلاقة المقصودة فيه هل هي زواج أو مخادنة] [84].

6 . هل ينعقد الزواج بالإشارة؟ إذا كان أحد العاقدين أخرسا فينعقد زواجه بإشارته المفهمة.

7 . هل ينعقد الزواج بواسطة وسائل الاتصال الحديثة؟

*صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بعدم صحة إبرام عقد النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية[85].

. وذهب الأستاذ مُحَمَّد مصطفى شلبي إلى أنّ الزواج لا ينعقد بالهاتف لأنّه وحتى يصح العقد لابد من سماع الشاهدين الإيجاب والقبول معا[86].

. و ذهب كذلك الدكتور بدران أبو العينين[87] إلى جواز ذلك و أيّده الدكتور عمر سليمان الأشقر وفق شروط، حيث قال هذا الأخير في كتابه ، [أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة]:[..و أصبحت العقود تجري عبر وسائل الاتصال الحديثة، والمتعاقدون في أماكن شتى ولا يوجد في الشريعة ما يمنع من إجراء العقود مع اختلاف المجالس إذا تحقّقت الفورية، وتحقّق كل واحد من العاقدين من هوية الطرف الآخر، وأمن التزوير] [88].

---

[83] الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة: حسين المحلي[33].

[84]المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا[415].

[85]الصيغ في فقه الأسرة: حمود البحيران[55وما بعدها]، المسائل الافتراضية وأثرها في نوازل العبادات وفقه الأسرة : بدرية بنت صالح السياري [628وما بعدها].

[86] أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون: الدكتور مُحَمَّد مصطفى شلبي[107].

[87] أحكام الخِطبة والزواج في الشريعة الإسلامية: الدكتور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي[97].

[88]أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة:الدكتور عمر سليمان الأشقر[83].

وهو ما قال به الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور وهبة الزحيلي، وإبراهيم فاضل الدبو، ومُحَمَّد عقلة، وأسامة الأشقر، والدكتور عبد الرحمان السند[89].

***ورجّح الدكتور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي في كتابيهما[أحكام الخِطبة والزواج في الشريعة الإسلامية] جواز استخدام هذه الوسائل الحديثة مطلقا والأفضل أن يكون العقد مباشرة في نفس المجلس مع حضور كل من العاقدين و الشهود، ويلجأ إلى استعمال هذه الوسائل للضرورة[90].**

رابع ـ الصيغة في قانون الأسرة الجزائري:نصّت المادة10 من ق.أ.ج على بعض أحكام الصيغة: [يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة]، وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا.

---

[89] الصيغ في فقه الأسرة: حمود البحيران[55وما بعدها].

[90] أحكام الخِطبة والزواج في الشريعة الإسلامية: الدكتور نصر سلمان والدكتورة سعاد سطحي[97].