

■ المادة 24 :

الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها.

■ المادة 25 :

للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبها أو لأحد أقاربها.
 يختلف الفقه والقانون في موضوع الولاية في الزواج، هل تعتبر شرط صحة في العقد، أم أن شرط كمال، وهل يمكن الزواج بدون ولي؟ وقد أثار هذا الموضوع ولا زال نقاشا حادا خلال مناقشة مشروع مدونة الأسرة وبعد إصدارها، وهو موضوع يثير الآن جدلا في الكثير من الدول الإسلامية التي هي بصدد إصدار قوانين جديدة خاصة بالأسرة، فما هي الولاية؟ وعلى ماذا اعتمد المشرع المغربي في وضعه للمادتين 24 و 25؟

* التعريف

- في اللغة :

مصدر ولي يقال، ولي الشيء أو عليه أو يليه ولاية إذا ملك أمره وكان له حق القيام به، فم السلطة يملكها المرء على أمر ما.
 والولي كل من ولي أمرا أو قام به، وهو النصير، والمحب، والحليف والظهير قال تعالى : ﴿ وَلِيكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا ﴾ (174).

وولي المرأة، من يلي عقد النكاح عليها ولا يدعما تستبد بعقد النكاح من دونه (175).
 وتعرف كذلك بانها « تنفيذ القول علي الغير جبرا » وعرفها ابن عرفة بن عاصم في تحف « الولي من له الولاية على المرأة، ولاية ملك أو أبوة أو تعصيب أو إحياء أو كفالة أو سلطنة أو إسلام، وفي التعريفات الحديثة « الولاية هي سلطة شرعية تخول من تثبت له القيام مقام المولى عليه بالتصرف في شؤونه والنظر في مصالحه، وإنشاء تصرفاته وتنفيذها » (176). يطلق علي المالكية ولاية الاختيار، وولاية الشركة ويطلق عليها الاحناف ولاية الاستحباب، أو ولاية النذب.

* في الاصطلاح :

تعرف الولاية بأنها القدرة على إنشاء العقد نافذا، وهي قسمان: ولاية قاصرة، و ولاية متعبدية والولاية القاصرة هي القدرة على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعبدية هي القدرة على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع (177).

(174) سورة المائدة، الآية 57.

(175) المعجم الوسيط، (مادة ولي).

(176) انظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 107.

(177) انظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 107.

والد
التصرفات
كالولاية في
وال
عليها الما
دون رضا
بالنسبة للـ

1
أ
المناق
المؤ
للأولياء
ث
وإمكانك

باطل، فإن
ماجه عز
تزوج نف

بدونه.

(178)

(179)

(180)

(181)

(182)

(183)

(184)

(185)

السيد

(186)

(187)

والولاية قد تكون على النفس أو المال، والولاية على المال تعطي لصاحبها الحق في إبرام التصرفات بأصول المولى عليه كالبيع والشراء، أما الولاية على النفس فتتعلق بأمور المولى عليه كالولاية في الزواج، وهو موضوعنا.

وولاية في الزواج على نوعين، ولاية الإيجاب والاستبداد، والولاية التي لا إيجاب فيها، ويطلق عليها المالكية وولاية الاختيار (178)، فولاية الاستبداد تغطي للمولى الحق في أن يزوج المولى عليه دون رضائه ويكون العقد نافذاً عليه، أما ولاية الإختيار لا جبر فيها ولا تتحقق في الفقه الإسلامي إلا بالنسبة للأنثى.

1 - في القرآن والسنة :

أ. في القرآن :

﴿ إِنَّمَا وَلَكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا ﴾ (179). وقال سبحانه وتعالى في سورة التوبة: ﴿ الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ أَفْوَاهٌ أَلْسِنَةٌ رُكْبَةٌ وَهُمُ الْفُتَنَاءُ يُوْخَذُونَ فِي الْبُيُوتِ غَيْرَ الْمُرِيدِينَ ﴾ (180) وبنفس السورة يقول المولى عز وجل: ﴿ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ ﴾ (181) وفي مواضع أخرى حيث يكون الخطاب موجه إلى الرجال: ﴿ إِذَا طَلَّقَ الْمَرْءُ نِسَاءً فَلْيُنْفِقْ عَلَيْهِنَّ مِنْ أَهْلِيهِمْ نَفَقَتَهُنَّ فِي الْوِلْدَانِ الْحَيِّينَ كَمَا لِلنِّسَاءِ مِنْ نَفَقَتِهِمْ فِي الْوِلْدَانِ الْحَيِّينَ كَمَا لِلزَّوْجَةِ فِي الْبَيْتِ ﴾ (182).

ثم ما جاء في سورة النور ﴿وَانكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَأَمَّاكُمْ﴾ (183) ويقول جلت قدرته: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ (184).

ب - في السنة :

وردت أحاديث كثيرة في شأن الولاية في الزواج منها :

وردت أحاديث كثيرة في شأن الأوردة في السرور، قال: «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها، لها المهر ما استحل من فرجها، فإن استجوزا فالسلطان ولي من لا ولي له» (186). وروى ابن ماجه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها» (187).

2- الولاية في الفقه الاسلامي :

اصطلاح الشافعية والمالكية على اعتبار الولي ركنا من أركان الإنكاح، لا يتحقق عقد الزواج بدونهُ، واصطلاح الحنابلة والخنفية على اعتباره شرطاً لا ركناً، وحددوا الأركان في الإيجاب والقبول،

- (178) زكي صلاح الدين، المرجع السابق، صفحة 88.
 (179) سورة المائدة، الآية 57.
 (180) سورة التوبة، الآية 67.
 (181) سورة التوبة، الآية 72.
 (182) سورة البقرة، الآية 230.
 (183) سورة النور، الآية رقم 32.
 (184) سورة البقرة، الآية 219.
 (185) انظر:
 السيد سابق، المرجع السابق صفحة 198.
 (186) رواه احمد وابو داود وابن ماجه وابن الترمذي.
 (187) رواه ابن حنبل وغيره.

الولاية شرطاً لصحة زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً. أمقسهما ولا غب
كانت بكراً أو ثيباً، فليس لأحد عليهما ولاية النكاح، بل لهما أن يتأشرا عقد زواجهما، حيث
يسرط أن يكون كفوًا لهما، وإلا كان للولي حق الاعتراض وفسخ العقد (188).
من هذا المنطلق يتبين أن الفقه المالكي، يجمع على أن الولاية ركنًا أو شرطًا (189) في صحة
الزواج، فهذا ابن عاصم في تحفته يقول:
المهر والصيغة والزوجان
فإن عاصم يعتبر الولاية ركنًا في صحة عقد الزواج، كذلك الشيخ خليل بن إسحاق يقول في

مختصره :
« وركنه ولي وصداق ومحل صيغة ».
ويعتبر شراح المختصر كأبي عبد الله الخطاب. الولاية شرطاً لا ركنًا ويقول :
« الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان ».
أما الجمهور بما في ذلك المالكية أيضاً يعتبران الولاية شرطاً في صحة عقد الزواج وهو خلاف
لا يؤثر في النتيجة، لأن اعتبار الولاية شرطاً يؤدي إلى نفس الآثار المترتب على اعتبارها ركنًا (190)
فالولاية بالنسبة لمؤلأ تتوجه إلى الوجود والصحة (191)، تبعاً للحديث الشريف « لا نكاح إلا
بولي » وعلى هذا الأساس لا يصح للمرأة أن تزوج نفسها، فإن فعلت دون وليها يفسخ الزواج قبل
الدخول أو بعده، غير أن الحنفية يرون أن النفي يتوجه إلى الكمال، أي لا نكاح كامل إلا بولي، واستدل
أصحاب هذا الرأي بقوله عليه السلام : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ». فالولاية
بالنسبة لهم ليست شرطاً من شروط الإنعقاد والنكاح يعتبر صحيحاً ولو انعقد بدون ولي.
وذهب الحنفية إلى أنها حين تزوج نفسها تتصرف في خالص حقها، لأن نفسها مملوكة
وهي عاقلة. ويذهب البعض إلى أن البكر لا يزوجه إلا وليها، أما الثيب فتولي أمرها من شاعت من
المسلمين وليس للولي في ذلك اعتراض (192).
وللفقه آراء كثيرة، كما سبق أن وضعنا ويمكن تلخيص ذلك فيما يلي:

* الرأي الأول :

أخذ به جمهور الفقهاء (193) واعتبر الولاية ركنًا في عقد الزواج ولا يمكن للمرأة أن تزوج

(188) أحمد باكو «الولاية في الزواج»، حكمتها وضرورتها»، المكتبة الجامعية، الدار البيضاء 1995، ص 28.
(189) من الفقهاء المالكية الذين يعتبرون الولاية في الزواج ركنًا في العقد، هناك ابن شاش، ابن الحاجب، ابن جزي، ابن عاصم
والشيخ خليل بن إسحاق. ومن القائلين بشرط صحة أبو عبد الله الخطاب.
(190) انظر :
- محمد بن معجوز المرفرائي، المرجع السابق، صفحة 95.
- أحمد باكو، مرجع سابق، ص 28.
(191) إضافة إلى جمهور، هناك الكثير من القائلين بالولاية على فرض أنها ركن في العقد أو شرط صحة، منهم عمر وعلي و
مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم، وإلى ذلك ذهب سعيد بن المسيب والحنفي وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن
زيد الثوري وابن ليلي وابن شبرمة وابن المبارك وعبد الله العنبري والشافعي وابن حزم وإسحاق وعبيد، وذهب إلى ذلك المالكية
والحنابلة، ومنهم كذلك ابن قدامة وابن حزم.
(192) وهو قول داود الطاهري.
(193) ذهب إلى ذلك عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم، وابن المسيب والحسن وعمر بن
العزيز وجابر بن زيد الثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك والحسن البصري وشريح وابن النخعي وابن العنبري وإسحاق وعبيد
والشافعي وابن حزم وذهب إلى ذلك بعض المالكية والحنابلة.
انظر :
- الخرخشي على مختصر خليل، الجزء الثالث، ص 172 الام ج 5، ص 12 و 13، بداية المجتهد، ج 3، ص 13، المحلى ج 9، ص 451.

ولو كباراً. أما نفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها، فهي لا تملك تزويج نفسها ولا يمكنها تمليك غيرها ما لا يرقد زواجها لملك، حيث يزوجهما وليها دون غيره كيفما كانت وضعيتها بكراً أم ثيباً صغيرة أم كبيرة وإن كان لابد من رضاها.

(18) في صحة واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْإِنْسَانُ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (194) وهذا خطاب للأولياء فمنهم من العضل لم يكن لو لم يكن لهم حق (195) الولاية، كذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَؤْمِنُوا﴾.

وقوله جلت قدرته: ﴿وَانكِحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (196) فالأمر يتعلق بإنشاء عقد الزواج، والله قد خاطب الأولياء والولاية حق لهم دون سواهم (197).

كذلك واقعة معقل بين يسار (198) التي نزلت فيها الآية الكريمة: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَسِّرْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (199).

أما السنة فقد استدلوا بقوله عليه السلام عن عائشة رضي الله عنها: «أبما امرأة تكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، ولا تزوج المرأة نفسها» (200).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج نفسها؛ فإن الزانية هي التي تزوج نفسها» (201).

وعن عائشة رضي الله عنها: «لا نكاح بدون ولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل...».

ويذهب الفقه الحديث إلى تأييد ذلك لكون الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر، فسما مملوك من شاعت من وتترتب عليه آثار خطيرة، فالمصلحة تقتضي الحذر فيه لانه يحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال، ولا يصح الزواج بدون ولي لأن النفي فيما سبق نفي صحة لا نفي الكمال والزواج بغير الولي يعتبر باطلاً (202).

ونذهب إلى تأييد هذا الرأي لما فيه من صواب، فحضور الرجال إلى جانب بعضهم يضيف على الزواج نوع من الأمان والاهتمام وإعطاء صورة قوية للزوجة وعائلتها، وحتى لا تتساق بسرعة أو تتأثر ويتم خداعها... كما أن القرآن الكريم والسنة الشريفة أثبتا بما لا يدع الشك والجدل على ضرورة الولاية في الزواج، وهما وحيا من الله عز وجل.

(194) سورة البقرة، الآية 232.

(195) سورة البقرة، الآية 221.

(196) سورة البقرة، الآية 32.

(197) حسين أحمد عبد الغني سمرق، الولاية والشهادة في عقد النكاح، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخمسون، السنة الثالثة عشرة، يونيو - يوليو 2001، ص 54.

(198) عن معقل بن يسار أنه زوج أخته رجلاً من المسلمين على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، ثم طلقها ولم يرهما، بعد ذلك أراد أن يعقد عليها من جديد فخطبها مع الخطاب فقال معقل بن يسار: والله لا ترجع إليك أبداً قال: فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه فأنزل الله تعالى الآية المذكورة، فلما سمعها معقل بن يسار قال: سمعاً لربي وطاعة، ثم دعاه فقال له: أزوجك وأكرملك.

(199) سورة البقرة، الآية 232.

(200) سنن الترمذي، كتاب النكاح، حديث رقم 1021، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، حديث 1869.

(201) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، حديث رقم 1872.

(202) عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

«أبما امرأة تكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...» سنن الترمذي.

وفي حديث آخر: «لا نكاح بدون ولي...» سنن ابن ماجه.

جزي، ابن عاصم،

مهم عمر وعلي وابن د العزيز، وجابر بن عبد الله، إلى ذلك المالك.

حسن وعمر بن مبري وإسحاق بن

ج 9، ص. 451

* الرأي الثاني :

وقال به أبو حنيفة وأبي يوسف، حيث أجازا للمرأة أن تزوج نفسها وغيرها وأن تنشئ عا
الزواج بعبارتها دون إشراك وليها في ذلك، ويمكن للولي أن يعترض إذا زوجت نفسها ممن هو
كفء لها (203)، ورغم هذا فإن في هذا الرأي أقوال:

- القول الأول :

أقوال الأئمة الحنفية المشهورة، في أن أبا حنيفة وأبا يوسف.
قالا : إنها تستقل بزواج نفسها، لأن الولاية في الزواج هنا هي ولا نذب واستحباب... وهذا
قال به المرغيناني.

- القول الثاني :

العقد ينقد موقوفا على رضا الولي، فلا تستقل المرأة بالعقد على نفسها، لأن الولا
مشاركة بين المرأة ووليها وهو قول محمد في روايته المشهورة.

- القول الثالث :

إذا زوجت نفسها بكفء صحّ زواجها وإن كان غير ذلك لا يصح إذا كان لها ولي على ق
الحياة، ومنحى ذلك أنها تصرفت في خالص حقها (204).
واستدلوا في ذلك بقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ (205) فالنهي من
إلى المنع، كذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (206)
فقد أضاف النكاح للمرأة، والخطاب موجه إليها، حيث يتصور النكاح مما هو جائز، وقوله تعالى
﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾ (207).
ويفسر التراجع بالتناكح والخطاب موجه لهما، أي المرأة والرجل وغيرهما.
واستدلوا كذلك بقوله ﷺ : «الأيمن أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإن
صمتها» (208).

وعن خنساء بنت جذام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك فشكت لرس
الله ﷺ فرد نكاحها. وعن عبد الله بن بريدة عن النبي ﷺ قال : جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت :
أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خيسسته، فجعل الرسول ﷺ أمرها إليها فقالت: قد أجزت ما ص
أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر بشيء».

(203) حسين أحمد عبد الغني سمر، المرجع السابق، ص. 57.

(204) الميسوط، ج 5، ص. 10.

- مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 258.

(205) سورة البقرة، الآية 232.

(206) سورة البقرة، الآية 228.

(207) سورة البقرة، الآية 230.

(208) رواه الترمذي ومسلم وأبي داود وغيرهم.

* ف

بلاد

ومصلحتها:

التي لم تد

لمقتضيات

يلا

لأبيها ولم

أخذت بما

في صحة

والا

بالاتفاقيا

وا

لرواية ابن

الحنفي اا

على قول

وكان كف

ا

الولاية و

لأبيها أو

وحرف اا

لأن الولا

(209) اا

الزواج، د

الزواج، و

ولي الزو

ومكذا يد

1 - «الوا

2 - تفوذ

3 - توكل

4 - للرد

بلاحظ اا

الآخرة

ولو كان

وبلاحظ

أو تولي

القانون

210)

210)

211)

212)

*** في التشريع المغربي :**

يلاحظ أن الولاية في مدونة الأسرة أصبحت حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، فلما أن تختار من يتولى أمر زواجها، وتتحرى مدى مصلحتها في هذا الباب، أما القاصر التي لم تصل إلى سن الزواج (18 سنة) وهو في الوقت نفسه سن الرشد القانوني فتخضع لمقتضيات المادة 20 من مدونة الأسرة.

يلاحظ أن المشرع المغربي في هذه المادة ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها ولبن شاعت من أقاربها، دون مراعاة لأي ترتيب، كما يمكنها أن تعقد على نفسها، فالمدونة أخذت بما ذهب إليه بعض الفقه في الرأي الثاني، وهجرت ما قالت به المالكية من أن الولاية شرط في صحة في عقد الزواج (209).

والواقع أن السماح للمرأة بزواج نفسها بنفسها، جاء تحت إلحاح المطالب النسائية، وأخذ بالاتفاقيات التي صادق عليها المغرب، واعتمد في ذلك على الأساس الفقهي القائل (210) بإمكانية زواج الرشيدة بنفسها ترجيحاً

لرواية ابن القاسم عن مالك رضي الله عنه : « إن اشتراط الولاية سنة لا فرض » (210م) وأخذاً بالمذهب الحنفي الذي أعطى الحق للمرأة العاقلة البالغة في مباشرة العقد لنفسها بكرة كانت أو ثيباً اعتماداً على قول ابن رشد: قال ابن حنيفة : « وزفر والشعبي والزهري، إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفوءاً لها جاز » (211).

فالمشرع المغربي وقع له تشويش في موضوع الولاية، فقد نزل بين منزلتين الإبقاء على الولاية وتركها في ذات الوقت الإبقاء عليها. فالراشدة لما أن تزوج نفسها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها (212) من خلال النص يتبين أن الأصل هو زواج الراشدة نفسها بنفسها « أو » وحرف التخيير أي أن تفوض من أرادت، واعتقد أن الأمر هنا لا يتعلق (بالولاية في الزواج)، بل الوكالة لأن الولاية سلطة والوكالة هي تفويض الغير في مباشرة العقد، أما المادة 24 التي جاء بها :

(209) المشرع المغربي في مدونة 1957 الملغاة أخذ بما ذهب إليه الجمهور والمذهب المالكي، في اعتبار الولاية شرط صحة في عقد الزواج، حيث لا يصح العقد، إلا بتوفر الولاية سواء كانت المرأة بكراً أم ثيباً، قاصرة أم رشيدة، فالولاية تعتبر من شروط صحة عقد الزواج، وبانعدامها يعتبر العقد باطلاً، فالفصل الخامس يحدد شروط العقد، ويؤكد على سماع الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه، ومن ولي الزوجة وما يؤكد هذا، المادة الثانية عشرة التي لا تجيز للمرأة أن تباشر العقد بنفسها، بل تفوض لوليها أمر العقد عليها.

وهكذا ينص الفصل 12 من مدونة 1957 الملغاة على ما يلي:

1 - « الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي، إلا بتفويض من المرأة على ذلك.

2 - تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها.

3 - توكل المرأة الوصي ذكراً تعتمد لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها.

4 - للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء».

يلاحظ أن المشرع في تعديل 1993 تخلص من إجبارية الولاية، بعد إلغاء الفقرة الأخيرة من الفصل 12 القديم الذي كان ينص في فقرته الأخيرة على الأخذ بولاية الإيجاب في حالة خاصة، وبالتعديل الأخير تكون الولاية في الزواج ولاية اختيار وهي حق للرجل دون المرأة، حتى ولو كانت وصية فإنها توكل رجلاً يتولى تزويج من هي تحت وصايتها.

ويلاحظ كذلك أن تعديل 1993 استثنى من الولاية في الزواج الرشيدة التي لا أب لها، حيث يمكنها أن تستأثر بتزويج نفسها بنفسها، أو تولي من تشاء من الأولياء، وهذا الاستثناء وجد معارضة عند بعض الفقه، كون هذا التعديل يشوش عن عموم وتجريد القاعدة القانونية.

(210) تعليل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، انظر موقع الوزارة : www.habous.gov.ma

(210م) بداية المجتهد، ج. 12/2.

(211م) بداية المجتهد، ج. 12/2.

(212) المادة 25.

«...الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها..»
 فهو لا يعني شيئاً واعتبرها مادة منسوخة بالمادة 25، فلو بقيت المادة 24 وحدها، فإن للمرأة
 أن تتصرف بكامل حريتها في من يستخاره للولاية عليها في الزواج ويتم هذا الاختيار، حسب ما ترى
 فيه مصلحة لنفسها وقد تتخطى الأب وهو الأجدر بمصلحتها ما لم يكن عاصلاً لمن هو كفوء لها.
 أما التعليل الفقهي اعتماداً على أبي حنيفة فنقول في هذا الباب :
 1 - إن أبو حنيفة اشترط إجازة هذا الزواج بالكفاءة، بمعنى أن الولاية هي الأصل، لكن إذا ثبت
 وحصل زواج فلا يفسخ إذا تبين أن الزوج كفوء للمرأة.
 2 - لم نجد تحليلاً ولا تفسيراً عند الحنفية يلغي الولاية، بل يتكلمون عن الأولياء وترتيبهم (213)
 وغياهم (214) - والإجازة مقرونة بالكفاءة، كما وضنا سابقاً وللولي حق الاعتراض إن كان الزوج غير
 كفء لها ..
 3 - إن بين الحنفية أنفسهم خلافات كثيرة في الموضوع فمنهم من يشترط الولاية وعند أبو
 يوسف ثلاث روايات لا يصح إلا بولي - يصح بالكفء لا لغيره - يصح مطلقاً (215).
 فالحنفية لم يستقروا على رأي وهو قول شاذ عن جمهور الفقهاء والصحاب والتابعين، هذا
 علماً أن الفقه الحنفي هو فقه رأي أكثر منه فقه الحديث.
 أما القول بالراجع لرؤية ابن القاسم عن مالك من أن اشتراط الولاية « سنة لا فرض »، في
 تقديري أن هذا لا يعدو أن يكون تبرير من أجل التبرير. وحتى إن فرضنا أنه سنة، أما كان الأجدر
 بنا أن نتبع سنة نبينا محمد ﷺ وهي وحى من الله إليه، بل إن هذا التعليل يؤكد الولاية في الزواج
 فالسنة جاءت كذلك لتفسير القرآن وتقبيد مطلقه وتخصيص عامه، بل هي حجة شرعية يجب الأخذ
 بها فيما تآمر به وتنتهي عنه قال تعالى : ﴿ وما اتاكم الرسول فخذوه، وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ (216)، وقال كذلك : ﴿ وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول لعليكم ترهعون ﴾ (217)، وقال جلت قدرته : ﴿ ومن
 يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾ (218) وعلق محبته ﷺ بمحبته جلت قدرته : ﴿ قل إن كنتم تحبون
 الله فاتبعوني يحببكم الله ويبغضكم الله ويغفر لكم ذنوبكم ﴾ (219) وحذر من مخالفة أمره، فقال سبحانه
 وتعالى : ﴿ فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم ﴾ (220)
 وتوعده كل من خالف أمره وحكمه، فقال جلت قدرته : ﴿ وما كان لمومن ولا مومنة إذا قضى
 الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم، ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ الأ
 سبيلاً ﴾ (221). هذا إضافة إلى ما قاله ﷺ في هذا الباب (222) كقوله : « يوشك أن يجلس أحدكم على
 أريكة يقول : بيننا وبينكم كتاب الله، فما وجدنا فيه من حلال حللناه، وما وجدنا فيه من حرام حرّمناه، ألا إن ما حرم
 الله مثل ما حرم الرسول ».

■ اله
 تعري

في عا
 أو تعد

(223)
 - محمد
 النفيض
 (224)
 القاهر
 (225)
 (226)

- (213) الباب، ج 3 ص 12، الجذابة ج 1، ص. 200.
 (214) انظر كشف القناع، ج 5، ص. 55.
 (215) العيسوط، ج 5، ص 10، بدائع الصنائع، ج 2، ص. 247.
 - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 258.
 (216) سورة الحشر، الآية 7.
 (217) سورة آل عمران، الآية 132.
 (218) سورة النساء، الآية 80.
 (219) سورة آل عمران، الآية 31.
 (220) سورة البقرة، الآية 61.
 (221) سورة الاحزاب، الآية 36.
 (222) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد في مسنده وقال ﷺ : «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي».

وقال كذلك : «تركتم فيكم أمرين أن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي»، أخرجه البخاري والبيهقي.
 وقال كذلك : «من أطاعني دخل الجنة ومن عصاني فقد أبى»، أخرجه البخاري والحاكم.

ويذهب الفقه الحديث إلى تأييد الولاية في الزواج لكونه عقد عظيم الخطر فهو عقد العمر وترتب عليه آثار خطيرة على الأسرة والأولاد فالجصلحة تقتضي الحذر فيه، لأنه يحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال، ولا يصح الزواج بدون ولي لأن الزواج يعتبر باطلا (223)، إن بناء الأسرة وتازرها يقتضي المشمة فلا يليق لما حسن العادات وما يجب أن يكون من الحياد عند المرأة أن تجلس وسط جمع من الرجال فتقبل الزواج وتزوج نفسها (224).

فظهر للمرأة يحط من قيمتها ويمحو الحياء الفطري الذي هو من أخلاق الإسلام، زواج المرأة نفسها بنفسها يؤدي إلى شرخ في الأسرة ويلحق بها أضرارا بليغة تنعكس على المجتمع، بل إنها قد تدفع أثناء العقد عن طريق الخداع واستغلال ضعفها وبخلاف لو كان هذا بإذن الولي الذي يقف إلى جانبها فالرجل أعلم بالرجال من النساء، هذا إضافة إلى أن المجتمع الإسلامي تعارف على الولاية في الزواج، بل هو من الأنماط الثقافية الإجبارية والمهمة لم يراع فيها المشرع هذا الشعور الجمعي وقوة هذا النمط الثقافي النابع من الشريعة الإسلامية ومن مصادرها النقلية والعقلية، ويتجاهل الولي في مدونة الأسرة يكون المشرع قد هجر المذهب المالكي وأخذ بنسبة ضئيلة من الأقوال الشاذة في الولاية، بل نجده متناقض مع نفسه يبيح للرشيدة زواج نفسها بنفسها ويقر بضرورة انتداب حكيم أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين في مسطرة الطلاق لإجراء الصلح (225)

الباب الثاني

الصداق

■ المادة 26 :

تعريف الصداق

الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس الوحدة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته البادية.

المهر ويعرف « بالصداق » وهو قدر من مال يجب للزوجة على زوجها بالعقد عليها، ويعرف في عديد من الكتب بأنه « عوض البضع » وهو تأكيد لما لميثاق الزوجية من أهمية وشرف، وتكريما أو تعظيما لجانب المرأة فيه (226).

(223) حسن أحمد عبد الغني سمرة، المرجع السابق، ص. 56.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين الفقه والمذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط. 2، سنة 1977، ص. 252.

(224) سيد عبد الله علي حنين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001، المجلد الأول، ص. 164.

(225) انظر المادة 82 من مدونة الأسرة.

(226) زكي صلاح الدين، المرجع السابق، ص. 107.

عدها، فإن للمرأة
ار، حسب ما ترى
هو كفوء لها.

مل، لكن إذا ثبت

« وترتيبهم (213)
ن كان الزوج غير

الولاية وعند أبو

« والتابعين، هذا

ة لا فرض «، في

، أما كان الجدر

ولاية في الزواج

مرعية يجب الأخذ

م عنه فأنتهوا

« قدرته: » ومن

« كنتم تحبون

«، فقال سبحانه

اب اليم (220)

« صنة إذا قضى

فقد ضل ضلالا

جلس أحدكم على

مناء، ألا إن ما حرم

بعدي.