

الملتقى الدولي "الاتفاقيات الدولية لحماية الأسرة وتأثيراتها
في التشريعات الداخلية" المنعقد بجامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة
بالشراكة مع جامعة ليل فرنسا وجامعة 9 أيلول تركيا
و odimed إيطاليا ومخبر cecile فرنسا
وذلك يومي 29-30 أبريل 2023م
مداخلة بورقة بحثية بعنوان:

المادة 16 من اتفاقية سيداو 1979 في فقه مقاصد التشريع الإسلامي
مقصد الحرية والمساواة وإشكالية لزوم الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج-

الدكتورة: نادية رازي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

(الجزائر)

المادة 16 من اتفاقية سيداو 1979 في فقه مقاصد التشريع الإسلامي

مقصد الحرية والمساواة وإشكالية لزوم الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج-

**Article 16 of the CEDAW Convention of 1979 in the Jurisprudence of Islamic
Legislative Objectives**

-The objectives of freedom and equality and the issue of guardianship necessity
over women in entering into a marriage contract-

نادية رازي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة (الجزائر)، n.razi@univ-emir.dz

ملخص:

يتمحور مقال الدراسة حول ما تناولته المادة 16 من اتفاقية سيداو المؤرخة سنة 1979م، ومعالجة ما أقرته من ضرورة القضاء على جميع مظاهر التمييز الواقع ضد المرأة على المستوى الأسري، وفيما يؤكد مقاصد التشريع الإسلامي ويخدمها على الخصوص في الكليتين الضرورتين، الحرية والمساواة، وكيف وازن الشارع الحكيم بين المقصدين، وإلزامية الولاية عليها في إبرام عقد الزواج ببيان المخرجات الفقهية والمقاصدية تكيف الوضع بين هذه وتلك في ضوء القواعد العامة للتشريع الإسلامي.

وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن قيد الولي في تزويج المرأة لحماية مصلحتها الخاصة في الحفاظ على كيانها وكرامتها ولصالح العام أيضا، وأن هذا لا يصادم مقصد الحرية والمساواة كحق لها، اعتبارا للمصلحة العامة المقصودة من الشارع من التقييد الوارد، وأولويتها، وهذا موازنة بين هذه وتلك، اللذان اعتبرهما الشارع دائما عند وضعه للأحكام لكلا الجنسين.

كلمات مفتاحية: اتفاقية؛ سيداو؛ فقه؛ مقاصد؛ الحرية؛ المساواة؛ الولاية؛ المرأة؛ عقد الزواج.

Abstract:

This study examines Article 16 of the 1979 CEDAW Convention, which advocates for the elimination of discrimination against women in the family sphere. It explores how Islamic legislative objectives of freedom and equality are effectively addressed through balanced legislation. The study analyzes the interplay between these objectives and the obligation of guardianship for women in marriage contracts, considering jurisprudential outputs and the adaptation of objectives within the general principles of Islamic legislation.

The findings indicate that requiring a guardian in women's marriages, with the purpose of protecting their private interests, preserving their dignity, and serving the public interest, does not contradict the goals of freedom and equality. The legislator's consideration of the intended public interest through this requirement, along with prioritization, achieves a balanced approach. This recognition of both interests is consistently taken into account when formulating provisions for both genders.

Keywords: Convention ; CEDAW; Jurisprudence; Objectives; Freedom; Equality; Guardianship; Women; Marriage Contract.

مقدمة:

لقد أكدت مضامين المادة 16 على حق المساواة بين جميع أفراد الدولة، ؛ ولصالح المرأة على الخصوص؛ حيث نصت المادة على ضرورة القضاء على جميع صور ومظاهر التمييز الواقع ضد المرأة على المستوى الأسري، فألزمت بموجب المادة جميع دول الأطراف في هذه الاتفاقية، باتخاذ كل التدابير اللازمة للقضاء على كل الوسائل والاجراءات القانونية المنظمة للزواج والعلاقات الأسرية، وهذا بطبيعة الحال يخدم مقاصد التشريع الأسري في حفظ كلياته الضرورية، من أهمها الحرية والمساواة، اللذان أكد عليهما التشريع الإسلامي في أحكامه في مواطن ومواقع عدة لاسيما ما أنيط بالنظام الاجتماعي والأسري.

وهو ما سيتم معالجته في هذه المقالة، ومن خلال إثراء النقاش حول المادة 16 من هذه الاتفاقية في ضوء فقه مقاصد التشريع الإسلامي، ومقصد الحرية والمساواة على الخصوص، بيانا لمدى مناسبة هذا الأخير كمصدر جوهري وأساسي للأحكام القانونية الأسرية في جميع الظروف والأحوال مهما اختلف معطياتها، في مختلف الأزمنة والأمكنة الاجتماعية، والثقافية، والدينية، وإن أثار القول - بتأكيد المادة للمقاصد التشريع - الإشكالية الفقهية في لزوم الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج من حيث تناقضها، ومقصد الحرية والمساواة، وهي من الحقوق المطلوب تحققها في أي نظام أسري يسري على أفراد الدولة، بغض النظر عن اعتبار الجنس.

فهل فعلا هناك تناقض إذا اعتبرنا أرجحية الحكم الفقهي في لزوم الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج على رأي أعلام الفقه الإسلامي ، أم أن للقضية مخرجات فقهية قانونية مقاصدية، تنفي هذا التعارض، وتوازن بين مصلحة الحكم ومقصد الحرية والمساواة، وهذا ما سنحاول معالجته من خلال المباحث الآتية:

المبحث التمهيدي: لمحة عن دور المقاصد في تقنين الأحكام للقضايا المتجددة وفقه التقصيد للحرية

والمساواة في التشريع الإسلامي

المطلب الأول: لمحة عن دور المقاصد في تقنين الأحكام للقضايا المتجددة

المطلب الثاني: فقه التقصيد للحرية والمساواة في التشريع الإسلامي

المبحث الأول: دراسة تحليلية للمادة 16 من الاتفاقية في ضوء فقه مقصد الحرية والمساواة

المطلب الأول: نص المادة 16 وأهم المبادئ التي جاءت بها

المطلب الثاني: مدى اعتبار نص المادة لمقصد الحرية والمساواة

المبحث الثاني: إشكالية الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج ومقصد الحرية والمساواة

المطلب الأول: التوجه الفقهي في لزوم الولاية على المرأة في عقد الزواج

المطلب الثاني: محاولة تكييف قانون الولاية في عقد الزواج بما لا يصادم مقصد الحرية والمساواة والصالح العام

المبحث التمهيدي: لمحة عن دور المقاصد في تقنين الأحكام للقضايا المتجددة وفقه التقصيد للحرية

والمساواة في التشريع الإسلامي

المطلب الأول: لمحة عن دور المقاصد في تقنين الأحكام للقضايا المتجددة

إن المقصد الأساس من وضع الشارع الحكيم لتشريعته هو إجراؤه على واقع السلوك الإنساني جلبا لمقاصده وغاياته، والعائدة بالنفع والصالح له بالدرجة الأولى، وهذا يتطلب ضرورة تكييفه على الوقائع بما يتناسب ومناطقها المتجددة، وهو يعد حركة يجريه الفقيه والقاضي في التشريع الإسلامي بغية الوصول إلى صياغة سليمة وصحيحة، تتوافق والقواعد المقاصدية، وهو تفعيل له من الأولوية على الخصوص في ظل المستجدات الاجتماعية العصرية، التي نعيشها اليوم بمقتضاياتها المتكررة المستمرة مع تعقيدها وتشابكها.

فالفقيه بمقتضى ما تلميه القواعد العامة للنص التشريعي لا بد أن لا يؤسس اجتهاده فقط على ظاهر النص، بل يرقى إلى معانيه لتحقيق له إرادة الشارع من سنه ابتداء، والمقصودة أساسا عند إرادة التنزيل.

والمقاصد كما عرفها ابن عاشور بقوله: "هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة"¹.

فهي المعاني التي يرنو إليها المشرع الحكيم من وضعه لشريعته، والأسرار عند كل تفرعاتها وجزئياتها، وهي الإطار العام لتقرير الأحكام، والمعالج لكل القضايا الشائكة التي يفرضها الوضع الراهن بموجب محدودية النص التشريعي إذ اكتمل وانقطع منبعه الواضع له، فسد سبيل أماننا لإمكانية إجراء المعالجة بظواهره في مقابل تجدد القضايا لاسيما ما أنيط بالاعتبارات الشخصية والاجتماعية، مع ما لها من ضغطها وتأثيرها على تفكيرنا، سلوكنا، ثقافتنا، لهذا يجب الاحتياط والتحري عند النظر في القضايا والمشكلات، وتقويمها تقويما سليما صحيحا عند تكييف الأحكام والوسائل.

¹ - ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ص51.

وهذا ما يخلق لها إمكانية صياغتها وتقنينها، رغم ما يقتضيه التقنين والصياغة القانونية للمواد من الشمولية والدقة، والإيجاز، وإن يعقّبها دقة التكييف المطلوبة بموجب طبيعة التفريعات الفقهية المتعددة، ومقدرتها على الإمام بجميع القضايا مهما اختلفت منطاتها بتفاوت المؤثرات الخارجية مع تعقد الحياة الإنسانية، بمقتضى تأسيسها من الشارع ابتداء عند وضعها كما سبق الذكر على القواعد والمعايير الجامعة بين الثابت والمتغير، لتوجه نحو تحقيق الهدف المنشود من سياسية التقنين، وهو تحقيق مصالح الدولة لاسيما الاجتماعية، وقد أضحى أمر واقع في بعض القوانين، كقانون الأحوال الشخصية، والأوقاف، وصندوق الزكاة، وهذه الصياغة لم تغير حقيقتها، كأحكام وإن خضعت للتنظيم، وهي كفيلة بتلبية الحاجات الاجتماعية المتجددة في ظل قواعد كلية، تسري على التفريعات الكثيرة، والمتعددة، وحسب الأوضاع الزمانية والمكانية المناطة بها أثناء التكييف، فالواقع بمتغيراته يتطلب مرونة التشريع.

فالفقه الإسلامي بطبيعته المرنة في صياغته للمواد القانونية بخصائصه ومعان خصوصته، يدعو لذلك ودون أن يفرض التقيد والالتزام بتوجه ومذهب فقهي، سوى ما أنيط بالدليل الأرحح، أو المصلحة الشرعية التي تدفع إلى تغير الحكم ومخالفة المذهب بالتعديل، أو التقييد، أو الإلغاء، مادام هذه الأخيرة خاضعة للقواعد الكلية الثابتة، فتراجع وينظر في مضامينها وضوابطها، دون المساس بالثوابت، ما يفرض صياغتها صياغة عامة؛ تضمن استقرار القوانين، وفي إطار مستلزمات فرضتها سياسة الدول في التشريع ونهج تطبيقه، كقانون الأسرة الذي هو محل الدراسة، مع تطور العلاقات الاجتماعية، محليا وخارجيا، فمنه ما يرجع إلى الأعراف، والعادات والتقاليد المحلية، والتعاليم الدينية، ومنه ما هو مقتبس من الخارج في إطار الاتفاقيات والمعاهدات، والديبلوماسية، والبروتوكولات الدولية.

ويشهد تراثنا الفقهي بما نقل عن أعلام الفقه الإسلامي مراجعتهم للأحكام بالتعديل، أو التقييد أو الإلغاء، بصور ووسائل متعددة، ومتفاوتة، اعتبارا للواقع مادام تخضع للثوابت، وتتنقيد بالمقاصد الشرعية وقواعدها الكلية.

فللمقاصد دور في تكييف أحكام الفقه الإسلامي؛ حيث تسمح باندرج تحتها جزئيات وتفريعات كثيرة ومتعددة، تتكيف وتصاغ كمواد بما ينسجم ومرونتها، وهذا يخدم سياسية التقنين في تحقيق الثبات والاستقرار ومنه العدالة في التعاملات والعلاقات الإنسانية والاجتماعية.

المطلب الثاني: فقه التقصيد للحرية والمساواة في التشريع الإسلامي

الفقه لغة: العلم بالشيء والفهم له¹، جاء في الحديث "اللَّهُمَّ فَفِّهْهُ فِي الدِّينِ"². أي: أرزقه الفهم والعلم في الدين. وفي الاصطلاح: هو "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"¹. والمراد هنا الفهم.

¹ - ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 13، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ص 522.

² - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب وَضَعِ الْمَاءِ عِنْدَ الْحَلَاءِ، رقم (143).

التقصيد من المقصد: وهو مشتق من مصدر قصد، والقصد: استقامة الطريق، والعدل والاعتماد والأتم والتوجه².
وعرف بما يقارب سياق هذه الدراسة، والمراد هنا الجزئي بمقتضى إسناده إلى مقصد الحرية والمساواة: " تعيين المقاصد
الجزئية لأحد الأحكام الفرعية العملية بأحد المسالك المعتبرة عند أهل الصناعة"³.

1/ مقصد الحرية

الحرية: "هي السلامة من الاستسلام إلى الغير بقدر ما تسمح به الشريعة، والأخلاق الفاضلة"⁴

فالمراد بمقصد الحرية في سياق هذه الدراسة أن الشارع الحكيم اعتبر الحرية للإنسان في تنظيمه للعلاقات الإنسانية والاجتماعية؛ حيث تمكنه من ممارسة شؤونها بمقتضى مراعاة الشارع للظرة التي جبل عليها، وفي إطار معايير وضوابط شرعية، تحكمها قيد الصالح العام، بتحقيق النفع لأفراد المجتمع ككل، ودفع الضرر العام عنهم قدر المستطاع، بما يحقق التوازن المطلوب في العلاقات الإنسانية والاجتماعية.

لذا عدت الحرية من أولويات القيم الضرورية التي يلزم اعتبارها في الاجتهاد الفقهي والتشريع، وبعبارة محمد الطاهر بن عاشور: "لها مقامها الأعلى في تصرفات الناس وتقرير أحوالهم والرقى بهم. وهي خاطر غريزي في النفوس البشرية، فيها نماء القوى الإنسانية من تفكير وقول وعمل. وبها تنطق المواهب العقلية متسابقة في ميادين الابتكار والتدقيق. فلا يحق أن تسام بقاء إلا قيدياً يُرفع به عن صاحبها ضراً ثابتاً أو يُجلب به نفع، حيث لا يقبل رضا المضرور أو المنتفع بإلغاء فائدة دفع الضرر وجلب النفع"⁵.

2/ مقصد المساواة:

اعتقد أنه من أحسن التعاريف يمكن ذكرها، وأجدها مناسبة في سياق هذه الدراسة ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن المساواة هي: (التمتع بجميع الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية دون تمييز بسبب الدين أو اللون أو اللغة أو الجنس أو الرأي السياسي أو المستوى الاجتماعي) (الأمم المتحدة، 1948)

¹ - الشوكاني: محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج1، دار المعرفة، لبنان، بيروت، ص 3.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج 11، ص 186. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج 1، الهيئة المصرية العام للكتاب 1400هـ- 1980م، ص 324-325.

³ - قطب الريسوني، التقصيد الجزئي، المسار والضوابط والوظائف، مجلة الصراط، جامعة الجزائر1، العدد الثاني والثلاثون، السنة السابعة عشرة، ربيع الأول 1437هـ/ديسمبر 2015، ص 179.

⁴ - ابن عاشور، محمد الطاهر، أثر الدعوة المحمدية في الحرية والمساواة، مجلة الهداية الإسلامية، ج 9، م6، ربيع الأول والثاني، 1415هـ، ص 10.

⁵ - ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/ 2004م، ص 690.

وتنص المادة السابعة منه على أن: (كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما إنّ لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا).

فالمراد بالمساواة في سياق هذه الدراسة: تعني العدالة، وتكمن في عدم التفرقة بين فرد وآخر في إطار احترام التمايز والاختلاف بين الناس، وعدم الاعتداء على هويتهم الذاتية، أو محاولة مسحها أو محوها¹، وقد قصدها واعتبرها الشارع الحكيم ابتداءً عند وضع أحكامه.

وقد عالج أعلام الفكر الإسلامي مبدأ المساواة وحقوق الإنسان تحت القضايا المتعلقة بعزل الأحكام، ومقاصد التشريع، والمصالح العامة، وكثيراً ما أناطه الشارع بهذه الأخيرة، بتنوع المناهج والطرق، والأسس، تحت غاية واحدة، وهو تحقيق الخير والإعمار لأفراد الدولة، ومن غير تفریق بين الرجل والمرأة، على مستوى الحقوق، والتكريم والإحسان، فالمرأة كالرجل في الحقوق والالتزامات، ولا يعتبر اختصاص المرأة عن الرجل بأحكام وقواعد تنظيمية واختلاف الوظائف والمهام، والصلاحيات، إنقاص للعدالة في حقها، بمقتضى التمايز في السنة الكونية، والخلقة، والفطرة، والطبع².

فالمساواة في التشريع الإسلامي منوطة بالمصالح التي تشكلها الظروف وأحوال الناس والعوارض، وإن في الظاهر أن هذا التمايز يفضي إلى مفساد وأضرار، فالعوارض أحياناً إذا تجسدت في أوضاع خاصة قد تلزم إلغاء حكم المساواة باعتبار المصلحة الراجحة في ذلك الإلغاء، أو رجحان المفسدة عند إجراء المساواة تبعاً، فيتطلب الأمر درءها.

وهذه الموانع والعوارض تتنوع بين الجبلية، والشرعية، والاجتماعية، والسياسية، وكما عبر عنها الشيخ ابن عاشور، فقال "مساواة مقيدة بأحوال يجري فيها التساوي، وليست مطلقة في جميع الأحوال، لأن أصل خلقة البشر جاءت على التفاوت في المواهب والأخلاق. وذلك التفاوت يؤثر تمايزاً بين أصحابه متقارباً أو متباعداً في آثار تلك الصفات، بترقب المنافع منهم وتوقع المضارّ. فيفضي ذلك لا محالة إلى تفاوت معاملة الناس بعضهم بمراتب الإكرام ومراتب ضده... وقاعدة المساواة في الطرف الثاني أكثر اطراداً منها في الطرف الأول. والشرعية الإسلامية لم تعتبر في إقامة المساواة إلا انتفاء الموانع"³

وقد أضيف المقصدان (الحرية والمساواة) إلى المقاصد الضرورية وحقوق الإنسان، وهذا بمقتضى أن المقاصد الضرورية لم تعد تستغرق فقط الكليات الخمس، بل يتسع نطاقها للقيم الكثيرة خاصة أن حصرها في الخمس المعروفة،

¹ - علي جمعة، المساواة الإنسانية في الإسلام بين النظرية والتطبيق، ط: 1، دار المعارف، القاهرة، 2014م، ص7.

² - للتوسع: راجع: علي جمعة، نفس المرجع.

³ - ابن عاشور، مقاصد الشريعة، 701/1.

سنده الواقع الدال على انتفاء مقصد ضروري خارج عنها في العادة في نظر الأصوليين¹، بمقتضى شواهد المتداولة التي كانت تناسب معطيات واقعهم آنذاك على غرار اليوم، ولم يقر أي نص شرعي يحصر نطاقها وضبط مجالها.

"ومن المؤكد أن الشريعة الإسلامية تقيم اعتباراً أي اعتبار للقيم الاجتماعية العليا، وتعتبرها من مقاصدها الأساسية، كما دلت على ذلك النصوص المتواترة، والأحكام المتكاثرة"².

وهو ما فتح سبيلاً أمام أعلام الفكر المقاصدي لاقتراح كليات جديدة، كمقصد العدالة، المساواة التضامن، الحرية، والأمن وحفظ البيئة، وغيرها الكثير من المقاصد المناطة بالصالح العام، والتي يتوقف عليها النظام العام والتي لم تذكر في إطار الضروريات الخمس المصنفة في المصادر الأصولية لاندراجها تحتها.

وقد آثارها العلامة الشاطبي بتقسيمه للضروريات إلى عينية وكفائية دون أن يعمد إلى تحديدها والتفصيل فيها، فجعل العينية في الضروريات الخمس التي تجسد المصلحة الفردية، والكفائية فيما تستقيم بها المصالح العامة وهو ما عبر عنه بقوله: "وأما كونها كفائية؛ فمن حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم في جميع المكلفين، لتستقيم الأحوال العامة التي لا تقوم الخاصة إلا بها. إلا أن هذا القسم مكمل للأول، فهو لا حق به في كونه ضرورياً؛ إذ لا يقوم العيني إلا بالكفائي. وذلك أن الكفائي قيام بمصالح عامة لجميع الخلق؛ فالمأمور به من تلك الجهة مأمور بما لا يعود عليه من جهته تخصيص، لأنه لم يؤمر إذ ذاك بخاصة نفسه فقط، وإلا صار عينياً، بل بإقامة الوجود. وحقيقته أنه خليفة الله في عبادته، على حسب قدرته وما هيئ له من ذلك؛ فإن الواحد لا يقدر على إصلاح نفسه والقيام بجميع أهله، فضلاً عن أن يقوم بقبيلة، فضلاً عن أن يقوم بمصالح أهل الأرض. فجعل الله الخلق خلائف في إقامة الضروريات العامة، حتى قام الملك في الأرض"³.

المبحث الأول: دراسة تحليلية للمادة 16 من الاتفاقية في ضوء فقه مقصد الحرية والمساواة

المطلب الأول: نص المادة 16 وأهم المبادئ التي جاءت بها

¹ - الآمدي، على بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ت: سيد الجميلي، ج 3، ط: 2، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1406هـ - 1986م ص 300.

² - يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط: 3، 1418هـ - 1997م، ص 75.

³ - الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، محمد عبد الله دراز، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1408هـ - 1988م، ص 135.

نصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاصة تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة:

- نفس الحق في عقد الزواج.

- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.

- نفس الحقوق والمسؤوليات، بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال،

تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

- نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفاله، والفترة بين إنجاب طفل وآخر، -وفي الحصول

على المعلومات، والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك

من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

- نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، والمهنة، والوظيفة.

- نفس الحقوق لكلا الزوجين، فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها والتمتع بها،

والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة.

- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع، لتحديد سن

أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً¹.

فمن أهم ما أكدت عليه المادة في حق المرأة أنها:

- تكفل لها جميع الحقوق الإنسانية والاجتماعية وبالتوازي مع حقوق الرجل، وعلى الخصوص الحقوق المتعلقة بالزواج

عند إبرامه وآثاره، وعند فسخه وآثاره، وكل ما يتعلق بتنظيم العلاقات الأسرية، فالمادة تضمن لها:

- كل الحرية في إبرام عقد الزواج وأنه لا يتعقد إلا برضاها، وهذا يكفل لها الحق في اختيار الزوج الذي تراه مناسباً

وكفأ لها.

¹ - الأمم المتحدة، من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المادة 16، 18 كانون الأول/ ديسمبر 1979م، ص 17.

- ضمان حق الحرية في تكييف آثاره بكل الطرق والمناهج الممكنة للحصول على التثقيف المطلوب، لاسيما ما تعلق بحق الانجاب وتحديد فتراته، وتحديد عدد الأطفال، بمقتضى أنها أدرى ولها من الخبرة في تحديد ما تراه مناسباً لها وبمصلحة الطفل.

- الحق في الحضانه، والقوامة والوصاية، والحقوق المترتبة عنها، مع اعتبار قيد المصلحة الراجحة في إطار الموازنة بين المصالح وما هو الأنسب لها، ولأفراد أسرتها دون إحداث تصادم أو تناقض فيما بينها.

- الحق في حيازة الممتلكات واستغلالها، والإشراف على تسييرها وتنظيمها.

- كما منحها كل الضمانات للأمن الوظيفي في حالات الزواج والولادة بغرض تحقيق التوازن بين الالتزامات الأسرية، ومسؤوليات العمل، والمساهمة في تسيير الشؤون العامة.

المطلب الثاني: مدى اعتبار نص المادة لمقصد الحرية والمساواة

من خلال ما تم تناوله في المطلب السابق من تأكيد المادة على كفالة حقوق المرأة الأسرية مساواة مع الرجل تبين مدى اعتبارها لمصلحة المرأة في الحرية والمساواة التي تعتبر من أهم مقاصد التشريع الإسلامي، - وفي سياق هذه الدراسة-، بمنحها الأهلية القانونية الكاملة مماثلة مع الرجل في مباشرة إبرام عقد الزواج دون إكراه، وتدخل وليها على أساس أن لها بموجب المادة الحرية في اختيار الزوج المناسب، تأسيساً على كل ما نصت به المادة من مضامين تمنح لها الحق في التخطيط الأسري.

وإن كان قد صرح صادر الاتفاقية في تقديمها باعتبار القيود المفروضة على المرأة على اعتبار الجنس لا غير، مع دعوته للدول المنظمة إليه لسن تشريعات محلية تمنع التمييز، وتوصي في زمن صدره بضرورة التعجيل في إتخاذ التدابير وكل الإجراءات اللازمة التي تنحو نحو تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية، المؤثرة في ديمومة ظاهرة التمييز ضد المرأة¹.

وهذا التوجه للاتفاقية يوافق ويخدم على العموم المقصدين الحرية والمساواة، اللذان أكد عليهما التشريع الإسلامي وحث على اعتبارهما عند الاجتهاد والتقنين وصياغة الأحكام، وقد اعتبرهما أيضاً في تنظيمه لحقوق المرأة في التشريع الأسري كالرجل، وخصها ببعض الأحكام والإجراءات والتنظيمات لمقصد شرعي يفوق درجته المقصدين الحرية والمساواة عند تزامم هذه الأخيرة وجبلية المرأة.

وهذا بطبيعة الحال اقتضاء للمنهج التشريعي الذي أسس عليه الشارع الحكيم وضعه للأحكام وتنظيمها، والأصل فيه عدم الخصوصية مع مراعاة جنس خلقه والجبلية، التي تمنع مساواة المرأة للرجل فيما لا تستطيع أن تساويه فيه بموجب

¹ - الأمم المتحدة، نفس المرجع، ص 2.

الخلقة، وواضع التخصيص هو الخالق سبحانه، فهو الأعلّم بخلقة عباده، " لأن أصل خلقة البشر جاءت على التفاوت في المواهب والأخلاق. وذلك التفاوت يؤثر تمايزاً بين أصحابه متقارباً أو متباعداً في آثار تلك الصفات، بتربُّب المنافع منهم وتوقُّع المضار. فيفضي ذلك لا محالة إلى تفاوت معاملة الناس بعضهم بمراتب... وقاعدة المساواة في الطرف الثاني أكثر أطراداً منها في الطرف الأول. والشريعة الإسلامية لم تعتبر في إقامة المساواة إلا انتفاء الموانع"¹.

فالتشريع الإسلامي لم يعتد بالمساواة إلا بانتفاء الموانع التي تحول دون تحقيق مقاصد أرحح منها، للتحقيق التوازن المطلوب بين الكليات التشريعية، ولا يفوتنا أن التشريع الإسلامي وحدة شاملة متكاملة لا يقبل التناقض والتعارض عند التطبيق والتكييف على الأحوال بمختلف عوارضها.

فالمساواة فيها هي الأصل التي لا تفتقر إلى إقرار مسيبياتها ومستلزماتها، ولا يحول دون إجرائها إلا مانع تثبته علة تقتضي إلغاء المساواة لعارض ما؛ حيث إجراء المساواة بوجود هذا الأخير قد يفوت مصلحة راحجة، أو يسبب مفسدة راحجة، وهذا إبطال للأصل، وتتنوع هذه الموانع بين جبلية وشرعية، واجتماعية وسياسية².

المبحث الثاني: إشكالية الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج ومقصد الحرية والمساواة

إن الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج من الموضوعات التي أثارَت إشكالا كبيرا ونقاشا واسعا خصوصا في عصرنا، بين من يرى إلزامية الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج، ومن يدعو للاستغناء عنه على اعتبار أن المرأة كثيرا ما تتضرر اليوم من التعسف من وليها المؤهل شرعا وقانونا في مباشرة عقد زواجها، سواء بمنعها من التزويج ممن تراه كفاً لها، أو بالإجبار على التزويج، وقد نجم عنه فقدان الاستقرار بين الزوجين، الذي سبب تزايد حالات الطلاق والخلع. والذي انعكس سلبا على البناء السليم للكيان الأسري والاجتماعي، كما أن إلزامية الولاية على المرأة في إبرام العقد يتناقض في الظاهر ومقصد الحرية والمساواة، اللذان أكد عليهما التشريع الإسلامي. وهو ما سنحاول طرحه ومعالجته في هذا المبحث

الولاية في اللغة: الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدرها ولي، يقال: ولي الشيء أو عليه، إذا ملك أمره وأمكن منه³.

والولاية بمعناها العام سلطة شرعية يملك بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره، فتتضمن ولاية الحاكم على الدولة، فإنه نائب عنهم شرعا لرعاية مصالحهم، وتشمل أيضا جميع صور الولايات خاصة، كولاية الرجل على أبنائه في التربية والتزويج والتصرف في أموالهم¹.

¹ - ابن عاشور، محمد الطاهر، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط: 2 ص 144، 150

² - ابن عاشور، نفس المرجع، ص 150، 152. مقاصد الشريعة الإسلامية، 701/1.

³ - الفيروزبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج 4، الهيئة المصرية العام للكتاب، 1400هـ - 1980م، ص 405.

وتعرف اصطلاحاً: سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، وهي إما أن تكون ولاية قاصرة إذا كانت متعلقة بتسيير شؤونه، كتجارته في ماله أو تزويجه لنفسه، وإما أن تكون ولاية متعدية إذا كانت متعلقة بتسيير أمور غيره، كتزويج ابنته². وفي كلا القسمين، إما أن تقع على المال، أو على النفس، والتي تخص الولاية على الزواج، ويراد بها: القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد³.

وقد جعلها أعلام الفقه في قسمين: ولاية الإيجاب، وولاية الاختيار، والمراد بولاية الإيجاب: الولاية التي لا اعتبار فيها لإرادة الموليِّ عليه وإذنه، فهي التي يكون فيها للولي حق السيطرة بإنشاء العقد، وتزويج من كان تحت ولايته دون إرادة له في الاختيار في إبرام العقد⁴.

أما ولاية الاختيار فهي عكسها، والتي يعتبر فيها إرادة ورغبة الموليِّ عليه، فلا يزوجه وليه إلا بإذنه⁵، والأولى: تخص القاصر الفاقداً الأهلية لصغر أو لضعف العقل، كالصبي المميز، وأما الثانية: فتخص البكر البالغ على رأي جمهور الفقهاء⁶. وهذا خلافاً للمذهب الحنفي بمقتضى أن لا ولاية عليها عندهم، ولكن يندب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج.

المطلب الأول: التوجه الفقهي في لزوم الولاية على المرأة في عقد الزواج

لأعلام الفقه الإسلامي اتجاهين في لزوم مباشرة عقد الزواج للمرأة من وليها

الاتجاه الأول: والذي يرى بلزوم الولاية على المرأة في إبرام عقد الزواج، وهو رأي جمهور الفقهاء⁷.

¹ - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ط: 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423هـ - 2002م، ص 25.

² - بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007م، ص 39 - 40.

³ - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بيروت، ص 131.

⁴ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت، ص 140.

⁵ - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ص 26.

⁶ - اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحد من الأولياء إجبار بكر بالغ على الزواج بدون رضاها إن لم يكن وليها أباً أو جداً، أما إن كان وليها أباً أم جداً، فلا يبيها خاصة إجبارها على رأي المالكية والشافعية والحنابلة، وهذا خلافاً للحنفية فلا تتزوج إلا برضاها، فلا يجبرها الأب ولا غيره، لأن الولاية عندهم ولاية نذب واستحباب، لا شرط في صحة العقد. ينظر: السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط، ج 5، ط: 1، دار الكتب العلمية لبنان، بيروت، 1414هـ - 1993م، ص 2 - 3. الخرشني، الخرشني، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشني على مختصر سيدي خليل، ج 3 دار صادر، بيروت، ص 176. أبو زكريا، محي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ص 53 - 54. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ج 7، دار الكتاب العربي، لبنان بيروت 1403هـ - 1983م، ص 380.

⁷ - مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2، دار إحياء التراث العربي، مصر، ص 165. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1413هـ - 1993م، ص 22. النووي، روضة الطالبين، ج 16، ص 146. ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 337. المرادوي، علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، ج 8، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1997م، ص 66. الخرشني، الخرشني على مختصر سيدي خليل

الاتجاه الثاني: والذي اتجه إلى القول بانعقاد زواج المرأة بلا وليها، وهو مذهب الحنفية¹.
الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب هذا الاتجاه فيما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.
من الكتاب:

قول الله: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ" [البقرة: 232].

فالشارع الحكيم بصريح الآية منع الولي من أن يعضل موليته، وفي هذا دلالة أن له معها في نفسها حقاً².
وقوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ" [النساء: 34].

إن الشارع الحكيم منح القواماة للرجل على المرأة، والقوام هي اسم لمن يكون مبالغاً في القيام بالأمر، وقوامها للذي يدبر شؤونها ويهتم بحفظها، وفي هذا نص منه على أن له حق الولاية عليها³.

من السنة:

قول النبي عليه الصلاة والسلام: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجْرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ"⁴.
فالحديث صريح على اعتبار إجازة الولي في تزويج المرأة⁵.
وقوله عليه السلام أيضاً: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ"¹

ج 3، ص 172. الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمود إبراهيم زايد، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ص 264.

¹ - المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، ج 1، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت 1410هـ - 1990م، ص 213 - 214. ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ج 1، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1418هـ - 1997م، ص 153.

² الشافعي، الأم، ج 5، 23. ابن قدامي، المغني، ج 7، ص 338.

³ الرازي، فخر الدين، التفسير الكبير، ج 10، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1411هـ - 1990م، ص 71 - 72.

⁴ أخرجه: الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم (1102). والدارقطني، كتاب النكاح، رقم 10. والحاكم، كتاب النكاح رقم (2706). وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. والبيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (13377).

⁵ الصنعاني، محمد ابن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، دار الكتب العلمية لبنان، بيروت، ص 229.

فالحديث نفى بعبارته إمضاء الزواج بلا ولي، وهذا النفى إما إلى الذات الشرعية، وهي صورة العقد، وتقع باطله دون ولي، أو الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيقع الزواج دون الولي باطلاً².
من المعقول:

إن المرأة إنما منع عليها الاستقلال في إبرام عقد الزواج، لسرعة الخداعها بنقصان عقلها، لأنها تغلب عليها العاطفة، فلا يؤمن وقوعه منها على وجه المضرة، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال³.

أدلة الاتجاه الثاني

من الكتاب: قول الله تعالى: " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ " [البقرة: 232]. ودلالة الآية: في عبارتها: " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ "، والمراد: لا تمنعهن أيها الأولياء في تزويج أنفسهن، وقد أفادت الدلالة من وجهين⁴:

- أحدهما: أن الشارع أسند عقد الزواج إلى النساء، فدل على إنعقاده بلفظهن من غير مباشرته من الولي.

- والثاني: أنه منع الأولياء عن منع النساء من تزويج أنفسهن عند وقوع التراضي مع الأزواج.

من السنة:

قول الرسول عليه الصلاة والسلام: " الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا " ⁵.

فالحديث يدل على أن الأيم أحق بنفسها في إبرام عقد زواجها، وليس للولي إلا حضور صياغة العقد ومباشرته وبرضاها. وبنص الحديث يكون قد جعلها أحق من الولي بإبرام العقد، والأيم: من لا زوج لها بكرًا كانت أم لا⁶.

القياس: والمعنى أن للمرأة مباشرة إبرام عقد الزواج قياساً على أهليتها في مباشرة كل العقود المالية والتجارية⁷.

المطلب الثاني: محاولة تكييف قانون الولاية في عقد الزواج بما لا يصادم مقصد الحرية والمساواة والصالح

العام

¹ أخرجه: ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لانكاح إلا بولي، رقم (1881). والبيهقي، كتاب النكاح، باب لانكاح إلا بولي، رقم (13428).

² الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 168.

³ النووي، المجموع، ج 16، ص 146. ابن قدامي، المغني، ج 7، ص 339.

⁴ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، ج 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، 1412هـ - 1992م، ص 100.

⁵ أخرجه: مسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم (1421).

⁶ ابن عابدين، رد المحتار، ج 4، ص 155.

⁷ ابن قدامي، المغني، ج 7، ص 337 - 338.

إن الولاية على المرأة في الأصل في عقد التزويج ممن هو مؤهل شرعا وقانونا، يضمن لها الحماية والصون لكيانها بالدرجة الأولى، والكيان الأسري، والكيان الاجتماعي تبعاً، وهو ما يخدم أصالة مقصد النسل والتناسل والمقاصد الضرورية التابعة له، كالنفس، والعرض .

وهذا ما يفسر توجه الفقه الإسلامي إلى اعتبار قيد الولي في مباشرة عقد الزواج للمرأة ويشهده منطوق النصوص القرآنية والسنة السابقة الذكر، التي نصت صراحة على امتلاك الولي للصفة الشرعية للولاية في منحه الأهلية الكاملة لإبرام العقد للمرأة، يقول الشوكاني: " الأحاديث الواردة في اعتبار الولي قد سددها الحاكم من طريق ثلاثين صحابياً وفيها التصريح بالنفي كحديث ... بلفظ " لَأَنْكِاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ "، فأفاد انتفاء الزواج الشرعي بانتفاء الولي، وما أفاد هذا المفاد اقتضى أن ذلك شرط لصحة الزواج، لأن الشرط بانتفاء الولي، وما أفاد هذا المفاد اقتضى أن ذلك شرط لصحة الزواج. لأن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط كما تقرر في الأصول"¹.

وقيد الولي المعتبر في العقد جاء مطلق، سواء كان الولي خاصاً من أهل القرابة من العصبية، أو عاماً من أولي الأمر ومسؤولي الشؤون العامة للدولة، بمسوغ أنهم مخاطبون أصالة على سبيل الإلزام بصيانة المؤمنات بتيسير طرق زواجهن من أهل الكفاية، وإعانتهم على ذلك، حصانة للدولة من الفساد والانحلال الخلقي، وخدمة لكليات التشريع ومقاصده.

فإقرار الولي أصالة متعلق بحماية الصالح العام، ويرجح شرعا على المصلحة الخاصة للمرأة في منحها الحرية التامة، والمساواة في مثل هذه القضايا الجوهرية التي تمس الصالح العام، ولا يفوتنا جبلية المرأة على العاطفة، وخبرتها بجنس الرجال المقيدة عادة والمحدودة، وهو ما قد يدفعها إلى إتخاذ قرار دون تمحيص وترو، ما قد يوقعها في الاغترار، المؤدي إلى العواقب والمآلات المضرة، لاسيما مع فساد الأخلاق في مجتمعاتنا، ويشهد ذلك الواقع.

وقد شهد اغترار المرأة فيما له صلة بالمساس بكيانها وكيان الأسرة، فضلاً عن الزواج الذي تراهن فيه على حياتها بكاملها ومستقبلها كله.

وإذا تبين أرجحية الحكم في اعتبار قيد الولي في تزويج المرأة بقوة الأدلة من جهة، وأن هذا لا يناقض حق المرأة في الحرية والمساواة اعتباراً للمصلحة العامة، وأولوية هذه الأخيرة، ومصلحة المرأة في الحفاظ على كيانها وكرامتها بإقرار الولي من جهة أخرى، وهذا موازنة مع حقها في الحرية والمساواة، اللذان اعتبرهما الشارع دائماً عند وضعه للأحكام لكلا الجنسين كما تبين سابقاً.

¹ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 2، ص 264.

إذن لا نتصور بالنظر المقاصدية أن هناك تناقض أصلا ما دام فيه إقرار المصلحة للمرأة في الأساس موازنة، لذا إذا تبين المساس بها، فإنه لا يمكن إقرار الولاية على الإطلاق، إذ قد يطرأ التجاوز من الولي في حق الولاية بتزويج موليته جبرا ممن لا تراه كفاً لها، أو بمنعها من التزويج ممن تراه مناسبا، خاصة وأنها أضحت تمتلك من الوعي الثقافي والعلمي والاجتماعي ما يمكنها من اتخاذ القرار السليم في انتقاء الشريك المناسب، فهي قد تكون بوعيها اليوم أعلم بمصلحتها أكثر من الولي، خاصة مع ثبوت أهليتها الكاملة شرعا وقانونا في مباشرة جميع التصرفات المتضمنة مختلف المجالات، السياسي، والاقتصادي، والعلمي، ونعتقد أن الأنوثة لا تخل بهذه الأهلية.

والإجبار والإلزام في هذه الحال يعد تعسفا، وهو يمس بطبيعة الحال مقاصد الزواج الضرورية من حيث الإخلال بالاستقرار الأسري المترتب في غالب الأحوال عن عدم رضا الطرفين بالارتباط أساسا، أو غياب الكفاءة، والتي تشكل عاملا أساسيا في البناء السليم للكيان الأسري والاجتماعي، والخادم أساسا لمقصد النسل الذي تقوم عليه البشرية.

وفي مثل هذه الصور يمكن للمرأة البالغة العاقلة الراشدة أن تسقط هذه الولاية بمن تنتقيه وليا أخذا بالاتجاه المخالف، وتأكيدا لحقها في العدالة والمساواة والحرية، وعلى هذا المعنى يحمل نص الحديث: " الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا "¹، ومسؤولي الدولة، وكل من ينوب عنهم، كالقاضي، أن يشاركها في ذلك بأن تعطى له الصلاحية الكاملة في المصادقة على الولي المختار بموجب المؤهلات التي نص عليها الشارع الحكيم في انتقاء الولي مراعاة لمصلحة المرأة، إلا أن على الدولة في مثل هذه الحالات أن تحدد الإجراءات المدنية اللازمة عند انتقاء المرأة للولي كاقترح، وهذا من حيث تحديد بنص قانوني المؤهلات المطلوبة التي لا بد أن تتوفر فيه، ولها أن ترفض في غيابها، بمقتضى أن الولاية في مثل هذه الحالات كأنه قد انتقلت إليها، وقد نص أعلام الفقه الإسلامي على انتقال الولاية للسلطة العامة عند تعسف الأولياء² بدلالة منطوق الحديث: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجْرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ "³ في قوله: " فَإِنْ اسْتَجْرُوا "

فمدلول اللفظ هنا راجع إلى الأولياء، والمعنى المراد بالاشتجار منع الأولياء من إبرام العقد، وهذا هو مدلول العضل وهو محل تقييد حرية المرأة والمساس بحقها في مبدأ المساواة، وبه تسقط الولاية من الولي الأصلي، وتنتقل إلى الدولة ومن ينوب عنها حفاظا على حق المرأة في الحرية، العدل والمساواة

¹ - سبق تخريجه.

² - ابن قدامي، المغني، ج 7، ص 369. الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 168.

³ - سبق تخريجه، ص 175.

فالسُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ " ¹ بدلالة مقالته عليه الصلاة والسلام في الحديث: " **وَالسُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ** ".

وفد أقر أعلام الفقه الإسلامي أنه إذا عقد الزواج بغير ولي، وقضى به القاضي لم ينقض على الصحيح مراعاة للخلاف الواقع في المسألة، والذي يسوغ فيها الاجتهاد².

الخاتمة:

من خلال معالجاتي للموضوع توصلت إلى النتائج الآتية:

- إن نص المادة 16 من اتفاقية سيداو، وما يتضمنه من بنود ما يؤكد خدمتها لمقاصد التشريع الإسلامي، إلا أن فقهاء في ضوء هذه الأخيرة، يتطلب اعتبار القواعد العامة للتشريع الإسلامي، وتكييفها وفقها.

- إن المرأة بأهليتها لها الحق في انتقاء من هو مؤهل لها، وتزويج نفسها، إلا أنه يتم مباشرته من الولي، ضمانا لاستقام أمر الأسرة واستمرارها، فالمنحى المصلحي الاجتماعي العام مقصود في هذا العقد، إلا أنه قد تستلزم حالات وصور خاصة إجراؤه بلا ولي، وتدخل الدولة، وهذا جمعا بين الأدلة المتناقضة التي ثار حولها النقاش والخلاف بين أعلام الفقه الإسلامي.

- إن قيد الولي في تزويج المرأة وضع أصالة لصيانة كيانها وكرامتها، ولصالح العام أيضا، وأن هذا لا يصادم مقصد الحرية والمساواة كحق لها، وقد اعتبرهما الشارع دائما عند وضعه للأحكام والتكاليف لكلا الجنسين، اعتبارا للمصلحة العامة المقصودة من الشارع من التقييد الوارد في تزويج المرأة، وأولويتها، وفق المصالح والمضار المتوقعة عند التعارض والتزاحم، والتي تخضع للموازنة والترجيح.

من الاقتراحات:

- لتحقيق التكييف المطلوب والتوازن بين حق المرأة في العدل والمساواة والحرية، واستقام أمر الأسرة واستمرارها كأساس لأي نظام اجتماعي في الدولة، وبما يخدم مقاصد التشريع الإسلامي، وبما جاءت به الاتفاقية ونصوص التشريعات الوطنية، وكما نوهنا في الموضوع، أن على الدولة في مثل هذه الحالة أن تحدد الإجراءات المدنية اللازمة وتكييفها عند انتقاء المرأة للولي بما يخدم مصلحتها في حق الحرية والمساواة، ومصلحة الدولة في الحفاظ على نظامها الاجتماعي، وهذا

¹ - الصنعاني، شرح بلوغ المرام، ج 3، ص 230.

² - النووي، المجموع شرح المهذب، ج 16، ص 146. ابن قدامي، المغني، ج 7، ص 339.

من حيث انتقاء المؤهلات والمعايير الشرعية التي لا بد أن تتوفر في الولي باعتبار أن الولاية في هذه الحالة كأنه قد انتقلت إليها.

قائمة المصادر والمراجع:

1. الأمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ت: سيد الجميلي، ج3، ط: 2، دار الكتاب العربي، لبنان بيروت، 1406هـ - 1986م.
2. بوسطة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007م.
3. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، ج 2، دار إحياء التراث العربي لبنان، بيروت، 1412هـ - 1992م
4. الخرشبي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، ج3، دار صادر، بيروت.
5. الرازي، فخر الدين، التفسير الكبير، ج10، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1411هـ - 1990م.
6. زكريا، محي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
7. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط، ج5، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1414هـ - 1993م.
8. الشاطي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، محمد عبد الله دراز ج 2 دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1408هـ - 1988م.
9. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1413هـ - 1993م.
10. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج1، دار المعرفة، لبنان، بيروت.
11. الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمود إبراهيم زايد، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت.
12. الصنعاني، محمد ابن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، دار الكتب العلمية لبنان، بيروت.
13. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ج 1، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1418هـ - 1997م.

14. ابن عاشور، محمد الطاهر، أثر الدعوة المحمدية في الحرية والمساواة، مجلة الهداية الإسلامية، ج 9، م 6، ربيع الأول والثاني، 1415هـ.
15. ابن عاشور، محمد الطاهر، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط: 2، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
16. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس.
17. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/ 2004م.
18. علي جمعة، المساواة الإنسانية في الإسلام بين النظرية والتطبيق، ط: 1، دار المعارف، القاهرة، 2014م.
19. عوض بن رجاء العوني، الولاية في النكاح، ط: 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423هـ- 2002م.
20. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج 4/1، الهيئة المصرية العام للكتاب، 1400هـ- 1980م.
21. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ج 7، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1403هـ - 1983م.
22. قطب الريسوني، التقصيد الجزئي، المسار والضوابط والوضائف، مجلة الصراط، جامعة الجزائر 1، العدد الثاني والثلاثون، السنة السابعة عشرة، ربيع الأول 1437هـ/ديسمبر 2015
23. مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2، دار إحياء التراث العربي، مصر.
24. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت.
25. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بيروت.
26. المرادوي، علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، ج 8، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1997م.
27. المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، ج 1، ط: 1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1410هـ - 1990م.
28. ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 13/11، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت.
29. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، ط: 3، القاهرة، 1418هـ.