

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف . المسيلة

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون أسرة



كلية: الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

بعنوان

ترتيب الولي في عقد الزواج وفقا للفقهاء الإسلاميين  
وقانون الأسرة الجزائري

إشراف الأستاذ :

\* داود كمال

إعداد الطالبين :

• أحمد عبد الرزاق

• مغيث بولنوار

اللقب والإسم	الرتبة	الصفة
ميرة وليد		رئيسا
كمال داود		مشرفا ومقررا
ميمون جمال الدين		ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022



ملحق بالقرار رقم 10822... المؤرخ في 27 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد **أحمد عبد الرزاق** لصفة طالب. أسكنه بالبحث  
العالم (أ) لمطابقة التعريف الوطنية رقم 4964070، الصادر بتاريخ 26/08/2019  
المسجل كإمكانيية / **الحقوق والعلوم السياسية**.  
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج - مذكرة ماستر - مذكرة ماجستير - أطروحة دكتوراه).  
عنوانها: **ترتيب الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**

أصرح بشرفي أني ألتم بمراجعة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 11/06/2023

توقيع المعني (أ)

من رئيس  
ملحق رئيس  
ولمعايير



\*ملحق بالقرار رقم 1082... المؤرخ في 27 مارس 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.  
السيد **محيش بولنوار** الصفة طالب. أسكن بالبحث  
الحاس كمال لطافة التعريف الوطنية رقم: 461975167 والصادرة بتاريخ: 20/11/2016  
المسجل بـ **المعوق والعلوم السياسية**  
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).  
عنوانها: **ترقيب الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائريين**

أصح بشرفي أنني التزم بمراعاة المعيير العلمية والمهنية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 06/11/2023...

توقيع المعني بالأمر

*(Handwritten signature)*

تقدر بصدقه في التوقيع  
السيد **أ. ب. ب.**  
بالتاريخ: 06/11/2023  
ويعمل بالجامعة الجزائرية  
بمدينة **البلدي**

*(Handwritten signature)*

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي

أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدِي وَأَنْ أَعْمَلَ

صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي

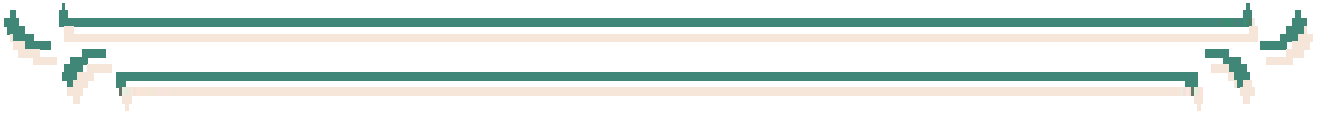
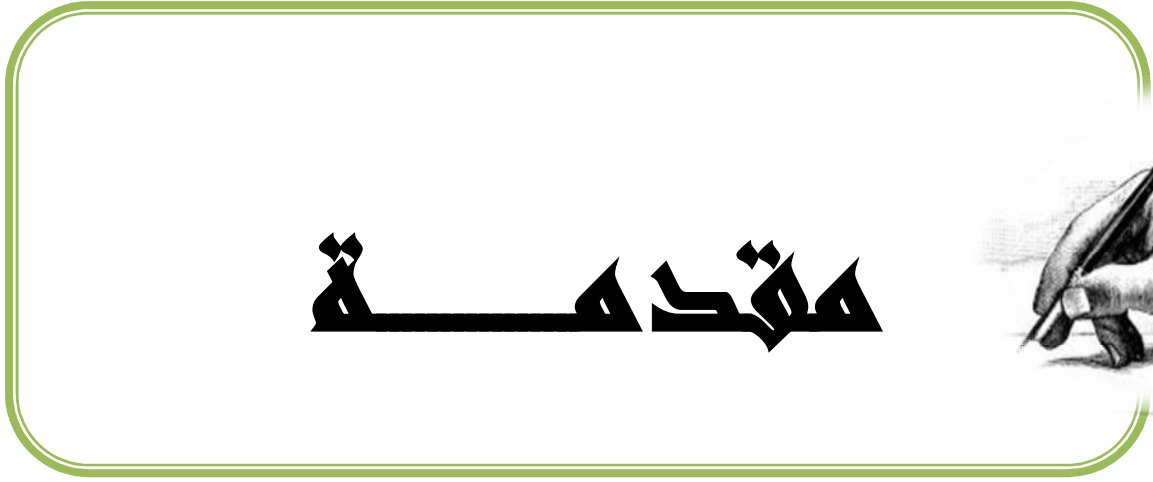
عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴿

النمل: ١٩

فجر

# شكر وتقدير

نتقدم بكل عبارات الشكر والتقدير لأستاذنا الفاضل : داود كمال ، الذي شرفنا بتأطيره لنا، وعلى ما قدمه لنا من توجيهات ونصائح وإرشادات، كما أتمنى له دوام الصحة والعافية والتوفيق لخدمة العلم وأهل العلم .  
كما لا يفوتنا التقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة المتكونة من الأستاذ ميرة وليد والأستاذ ميمون جمال الدين على قبولهم مناقشة مذكرتنا .  
وإلى كل من ساعدنا وقدم لنا يد العون في إنجاز هذا العمل المتواضع .



مقدمة:

تعتبر الأسرة النواة الأساسية لبناء المجتمع والركيزة الأساسية في وجود المجتمع المثالي ، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بها لأنها الدعامة الأساسية لتنظيم سلوك الإنسان كونها الإطار الذي يلتقى فيه أول دروس الحياة الاجتماعية ، ولقيام اسرة على طابع سليم من أجل الحفاظ على النوع الإنساني ولضمان بقاءه واستمرارها ، فشرع الله عز وجل الزواج واعتبره رابطة اساسية بين الرجل والمرأة ،وبما ان الزواج من العقود الرضائية ثنائية الأطراف فتم على ايجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، ويتم عن التعبير عن الإرادة بموافقة الطرفين على عقد زواجهما بكل لفظ أو اشارة تفيد معنى الزواج ، وليس هناك من سبيل لتأسيس الأسرة إلا الزواج ، فالإسلام اعتنى بالمرأة واعتبرها زوجة وشريكة للزوج من جهة أولى ، والحياة الزوجية من جهة ثانية.

كما انه أعطى للمرأة حقوقا وواجب عليها واجبات، إلا انه لم يكتف بذلك بل خصها بدرع واق حين اسند أمر زواجها إلى شخص اخر أعلم بشؤون الحياة لتحقيق مقاصد الزواج على أكمل وجه حتى يكون سندا لها في حالة الخلافات.

هذا الشخص الذي تستند إليه المرأة في عقد زواجها لتبليغ رأيها وحفظ حقوقها وتمثيلها في مجلس العقد هو ما يعرف في مجال الأسرة والأحوال الشخصية بالولي، ولذلك كان موضوع بحثنا ضمن هذه المذكرة بعنوان: " ترتيب الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ".

إشكالية البحث:

ينطلق البحث من إشكالية رئيسية هي:

ماهي الأحكام والقواعد المتعلقة بترتيب الولي في عقد الزواج وفقا للفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

و يندرج تحت هذه الإشكالية العديد من التساؤلات:

- ما مفهوم الولاية؟ وما الحكمة من مشروعيتها؟ وما هي أسبابها؟
- ماهي الأحكام المتعلقة بالولاية؟
- ما هو ترتيب الولي في عقد الزواج؟
- ما هي الآثار المترتبة عن ترتيب الولي؟

### أهمية البحث:

إن موضوع الولاية في الزواج له أهمية بالغة وحساسة لما يعرفه من جدال ونقاش حول مسألة ترتيب الولي في عقد الزواج، سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو على مستوى قانون الأسرة الجزائري.

### أسباب اختيار الموضوع:

#### 1- الأسباب الذاتية:

- طبيعة التخصص إضافة إلى الميل الشخصي لدراسة الموضوع.
- الرغبة الشديدة للبحث في هذا الموضوع لأنه يمس أصل تكوين الأسرة وهو عقد الزواج وبالتالي يمس المجتمع بأكمله.
- البحث عن الأسباب والدوافع الرئيسية التي أخذ بها المشرع الجزائري في التعديل الأخير الذي مس الولاية في عقد الزواج خاصة مراتب الأولياء والتأثر الواسع للمشرع الجزائري بضغوطات الاتفاقيات الدولية والجمعيات النسوية المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في حياتها .

#### 2- الأسباب الموضوعية:

أما فيما يخص الأسباب الموضوعية التي جعلتنا ندرس هذا الموضوع فيمكن تلخيصها فيما يلي:

- محاولة الإحاطة بموضوع ترتيب الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

- المكانة والدرجة العالية للولي في عقد الزواج التي قررتها النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة في مسألة الولاية والزواج والتعديل القانون للمشرع الجزائري الذي أجراه بموجب الأمر 02-05 والذي مس الولاية في عقد الزواج والتي لم يحسم في أمرها.

- المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا هذه المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن:  
الاستقرائي: وذلك باستقراء آراء الفقهاء في موضوع الولي واستقراء النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن.

التحليلي: وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ونقدها .

المقارن: وذلك بإجراء مقارنة بين ما ورد في الفقه الإسلامي بشأن الولي مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

- صعوبات الدراسة:

أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث:

- قلة المراجع التي تناولت الموضوع بإسهاب، إلا ما جاء في بعض الكتب والمذكرات وخصوصا في جانبها القانوني المتناول لتعديل قانون الأسرة 02/05.

خطة البحث:

لمعالجة الموضوع قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين، حيث جاء عنوان الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج يحتوي على مبحثين، فقد خصصنا المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج، والمبحث الثاني: أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج .

أما بالنسبة للفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان: الولي في عقد الزواج ترتيبه وآثاره،  
والذي يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول: ترتيب وآثار الولي في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني: ترتيب وآثار  
الولي في قانون الأسرة الجزائري.

# الفصل الأول

ماهية الولاية في عقد  
الزواج



## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

---

### تمهيد:

إن عقد الزواج لا ينعقد ولا يصير نافذاً، إلا إذا كان عاقده ذا ولاية لإنشائه، وله القدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه، إذ يعقده لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائباً عنه في إنشائه بإنابة الشارع، وذلك لأهمية الولاية لنفاذ عقد الزواج، فما هي

هذه الولاية في عقد الزواج؟ وما هي أحكامها؟

وللإجابة على هذه الأسئلة قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج.

المبحث الثاني: أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج.

### المبحث الأول:

#### مفهوم الولاية في الزواج

للولاية في عقد النكاح أهمية كبيرة لكثرة الأحكام المترتبة عليها فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشا حادا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته.

لذا لابد من تعريف الولاية (المطلب الأول) ثم بيان الحكمة من مشروعيتها (المطلب الثاني) ثم شروط ولاية التزويج (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول:

##### تعريف الولاية

تعددت تعاريف الولاية في الزواج لذلك سنسعى في هذا المطلب إلى ضبط تعريف الولاية لغة (الفرع الأول) تم تحديد المصطلح شرعا (الفرع الثاني) ثم قانونا (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول:

##### تعريف الولاية لغة

الولاية بكسر الواو هي الخطة، والإمارة والسلطان، والولاية بكسر الواو وفتحها النصر<sup>1</sup>.

قال سبويه: الولاية (أي بالفتح) المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادو المصدر فتحوا. وقال ابن الأثير: "وكان الولاية (أي بالكسر) شعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما يجتمع ذلك فيها لم يطلق عليه اسم الولي".

وقال ابن فارس وغيره: "كل من قام بأمر شخص فهو وليه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ردمك، المدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، 1423 هـ، ص 24.

<sup>2</sup> - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 24.

### الفرع الثاني:

#### تعريف الولاية شرعا

اختلف الفقهاء حول تعريف الولاية فعرفت على أساس "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية، والمالية".<sup>1</sup> وهي أيضا: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى" أوصى سلطة شرعية تقول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

والولي في عقد الزواج هو: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام".

وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تمثل في قدرة الشخص على انشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له الشارع.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث:

#### تعريف الولاية قانونا

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الولاية من خلال قانون الأسرة الجزائري، وإنما تفهم ذلك من خلال نص المادتين 87 و 88 من (ق أ ج) التي تكلمت عن الولاية حيث نصت المادة 87 من نفس القانون على كل من له الحق في الولاية على القصر والتي جاء فيها " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب وحصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق يمنح القاصر الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

<sup>1</sup> عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار - عنابة، 2006، ص 116.

<sup>2</sup> محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2015، ص176.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

فالولاية في الأصل ثابتة للأب إلا أنه كاستثناء في حال غياب الأب أو وفاته تؤول الولاية للأم لأنها الأردية بأولادها والأخر من على سلامتهم.<sup>1</sup>

ورود تعريف الولاية في الفقه الفرنسي بمعنيين:

- معنى واسع: تشير إلى جميع التدابير بموجب القانون المدني لضمان المساعدة لفئات معينة من الأشخاص غير القادرين على التصرف وفقا لمصالحهم كليا أو جزئيا.
- معنى ضيق: يعني الوصاية لإحدى المؤسسات التي أنشئت بموجب المادة 360 من القانون المدني الفرنسي.

### المطلب الثاني:

#### مشروعية الولاية

تبدو حكمة مشروعية الولاية في الزواج من خلال ما يأتي:

- تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم، كالصغار والمجانين بالمحافظة على حوائجهم وقضائهم، فقد تحتاج المجنونة إلى الزواج لإعفائها أو لطلب شفائها، ولكنها لا تقوى القيام بهذا الأمر على وجه الصحة والرشاد فكان للولي معها دور.<sup>2</sup>
- شرعية الولاية في الإسلام حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف سبب من أسباب فقدان الأهلية ونقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن يحضر عن رعاية مصلحة أقام له الشارع من يتولى أمره، وتحقق له النفع ويدفع عنه الضرر.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد المطلب زوزو، محمد مسعى أحمد، الأحكام المشتركة والمنفردة للولاية والوصاية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة حمزة لخضر - الوادي، 2021، ص 10-11.

<sup>2</sup> - بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 177.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010، ص 240.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

- الولاية في الزواج ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح، وأن سببها ليس راجحا إلى نقص الأهلية المرأة، بل هي الحفاظ على سمعتها وكرامتها وشرفها، فإن فقهاء الإسلام اعتبروا الولاية شرطا لصحة زواج الصغيرة والمجنون والمجنونة، ولو كبارا، أما المرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، فيشترط عليهم رضاها وموافقتها، بل أن تباشر عقد زواجها ممن ترغب.

- الولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها، وحقوق ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها، وعدم تجربة حياة الزواج، إن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث:

#### أسباب الولاية

السبب ما يتوصل به إلى أي أمر من الأمور، وكل من حصل له سبب من أسباب الولاية تثبت له الولاية بذلك السبب، وأشارت بعض الكتب الفقهية إلى أسباب الولاية مثل ما ورد في تعريف ابن عرفة وهي إما الملك أو الأبوة أو التعصيب أو الإيضاء أو الكفالة أو السلطان ونستثني في دراستنا هذه (سبب الملك) لأنه اندثر ولم يعد لانقضاء ملك الرقيق.

**أولاً: الأبوة:** وتثبت للأبوة الأصلية أو الحكمية ونعني بذلك الأب والجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية، لأن الولد فرع من أبيه، أما المالكية يثبتونها للأب دون الجد.<sup>2</sup>

#### ثانياً: التعصيب .

يرى الإمام مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصابة كان أحق بالولاية والأبناء عنده أولى وإن سفلوا، ثم الباء، ثم الإخوة لأب ثم بنوا الإخوة لأب والأم، ثم للأب فقط، ثم بنوا الأخوة لأب وإن علوا، والجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ثم العمومة

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> - إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، ص 120.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

على الترتيب الإخوة وإن سفلوا، وهناك خلاف داخل بين المذهب في تقديم الإخوة الأشقاء والأب بينهم على الجد .

### ثالثا: الإيصاء .

والمقصود بالإيصاء هنا إن تكون الوصية سببا من أسباب الولاية على المرأة في التزويج وعرفه الفقهاء بأنه : "من عهد إليه ولي الأمر بنكاح بناته أو إحداهن بعد الوفاة " . ومن الجدير بالذكر أن الوصاية فيها معنى النيابة عن الولي، وهي تشبه الوكالة من حيث هذا المعنى إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه ، وهو ان الوكيل يكون نائبا عنه في حياته أما الوصي فيكون نائبا عنه في مماته .

### رابعا الكفالة :

تكون للكافل الذي كفل امرأة فقدت والدها، حيث يكون قد قام بتربيتها مدة زمنية معينة فيكون له حق الولاية في تزويجها بشرط أن تكون هذه المدة الزمنية معتبرة .<sup>1</sup>

### خامسا: السلطان

وذكر ابن قدامى رحمه الله- : "أن السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوضنا إليه ذلك ، وهناك خلاف في ولي البلد والصحيح جواز الولاية له عند عدم وجود القاضي ، إذا احتاط للمرأة في المهر والكفء لأنه ذو السلطان".

وقد عرف الجرجاني الإمامة ، بكونها مشتقة من الإمام ، وان الإمام له الرئاسة العامة في الدين والدنيا .

وأما الدكتور عبدالكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو:الإمامة العامة ،فتثبت لصاحبها وهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه وهو القاضي ، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> حميدي إيمان الزهرة : الولاية في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري) ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ،الجلفة ، 2014/2013 ، ص 16.

<sup>2</sup> - حميدي إيمان الزهرة : الولاية في عقد الزواج ،المرجع السابق ، ص16.

### المبحث الثاني

#### أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج .

تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً، والولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج ويكون للأب والجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث، وقد تكون قاصرة، وقد تكون متعدية، فالولاية القاصرة يكون لصاحبها حق تزويج نفسه وغيره، هذه الأخيرة المسألة التي تهمنا وهي تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تقسيماتهم للولاية فإنهم اشترطوا في الولي الذي يتولى عقد الزواج شروطاً، اتفقوا حول بعضها واختلفوا في البعض الآخر، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أنواع الولاية في عقد الزواج

المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج

#### المطلب الأول:

#### أنواع الولاية في عقد الزواج

تضاربت أداء الفقهاء في سلطة الولاية في الزواج على المولى عليه يبين أن يكون صغيراً أو كبيراً، بكرة أو ثيباً هذا من جهة ومن جهة أخرى في اختلاف الأشخاص الذين يمارسونها لذلك قام الفقهاء بتقسيم الولاية إلى نوعين، واستناداً إلى ذلك قسمنا هذا المطلب إلى ولاية إجبار (الفرع الأول) وولاية إجبار (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### ولاية الإيجابار

يتم التطرق في هذا الفرع إلى تعريف ولاية، ومن هم الأشخاص الذين تثبت لهم وعليهم الولاية الجبرية، لذلك قسمنا هذا الفرع إلى ولاية الإيجابار في الفقه الإسلامي (أول) وموقف قانون الأسرة الجزائري (ثانياً) .

أولاً: ولاية الإيجابار في الفقه الإسلامي:

#### 1- تعريف ولاية الإيجابار:

هي التي يستند الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، وهي التي تعتبر ولاية كاملة، فولاية الإيجابار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنات كانت يكرأ أو ثيباً.<sup>1</sup>

أو هي سلطة يملك بها الولي تزويج من تحت ولايته من الصغار أو المجانين دون السؤال عن رضا المرأة من عدمه.<sup>2</sup>

#### 2- ولاية الإيجابار في المذاهب الفقهية:

##### أ- ولاية الإيجابار عند الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن مناط الإيجابار هو الصغر والجنون ومن ثمة فصلة الإيجابار هي العجز لغياب العقل أو نقصانه، قال الكاساني: "والأصل أن هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجود وعدمه في الصغر والصغيرة وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجوداً وعدمه سواء كان الجنون أصلياً بأن بلغ مجنوناً أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص66 .

<sup>2</sup> - إسماعيل أبو بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2009، ص120.

<sup>3</sup> - محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص238.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

### ب- ولاية الإيجاب عند المالكية:

ولاية الإيجاب عند المالكية زيادة على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء على علة ثبوت ولاية الإيجاب على المجانين، والسبب فيها فقدان العقل، وضعف الإدراك، علة الولاية على الصغر هي الصغر حيث لا يفهم القاصر شؤون الزواج ولا المصلحة فيه.

فهذه الولاية يبقى حقا يمارس جبرا على البنت البكر التي لم تتزوج بعد على الزواج ممن شاء فله تزويجها بمن هو دونها قدرا وحالا وبدون المهر المثل، وبغير إذنها وإذ بلغت ولو عانسا" ما لم يضربها فإن زواجها بمن يضربها كتزويجها بمجنون ونحوه، غير أن المالكية ترى أن الأفضل أن يستشير الأب ابنته البكر، ويقع الزواج على الوجه المتفق عليه أما غير البالغ فيندب مشاورتها.<sup>1</sup>

### ج- ولاية الإيجاب عند الشافعية:

المذهب الشافعي يتقارب في الإيجاب من المذهب المالكي، فهو يثبت الولاية للأب والجد على الصغير، ويكون لهما ولاية الإيجاب.<sup>2</sup>

### د- ولاية الإيجاب عند الحنبلية:

المذهب الحنبلي كالمذهب المالكي أثبت ولاية الإيجاب للأب ووصيه فقط، ولكنه اشترط في الوصي الذي يكون له ولاية الإيجاب أن يكون الأب قد عين له الزوج.<sup>3</sup>

### 3- ثبوت ولاية الإيجاب:

تثبت ولاية الإيجاب للأب وهو "الولي المجرى لا الجد ووصي الأب بعد موته يشترط أن يقول له أنت وصي على زوج بناتي أو أنت وصي على تزويج ابنتي، أو أنت وصي على أن تزوج ابنتي ممن أحببت" على أن الأب لو لم يترك هذه الوصية لا يحق للوصي زواج البنات، لأن الوصية تكون في الأصل على الأموال، فالأب الرشيد له الحق في تزويج

<sup>1</sup> - عيسى حداد، مرجع سابق، ص 126-127.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، ص 148.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 149.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

بناته سواء بلغن أو لم يبلغن مادام مازلن أبكارا فله ذلك ولو بدون رضاهن حتى وإن كان الشخص الذي يكون لأحدهن زوجا أقل منهم شأنًا، لأن الأب أعرف بشؤون الزواج وأكثرهم تقديرا لمصلحتهم، لأنه قد يكون تقدير الأب للمصلحة في الزواج أكثر من توافر الصداق والكفاءة.

غير أن المالكية وضعوا شرطًا، وهو ألا يكون الأب مجنونًا أو سفيهاً، فإذا توافر هذا الشرط لا يحق له إجبار بناته على الزواج لأنه هو في حاجة إلى من ريعاه ويقدر مصالحه.<sup>1</sup>

### ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإيجار

يتضح موقف المشرع الجزائري من ولاية الإيجار من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 13 المعدلة بموجب الأمر 05-02 والتي تنص: "لا يجوز للولي، أي كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"<sup>2</sup>.

وبالتالي فالأب لا يمارس ولاية الإيجار على ابنته القاصرة، ولم يذهب إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لزواج القصر، أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يأخذ كذلك بولاية الإيجار عليها بل اعتبر رضاها وجعله ركناً أساسياً في عقد الزواج<sup>3</sup>، وهذا من خلال المادة 9 المعدلة بالأمر 05-02 والتي تنص: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ورتب على تخلفه البطلان من خلال نص المادة 33 المعدلة بنفس الأمر السالف الذكر: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" كذلك جاء في المادة 11 الفقرة 1 المعدلة بنفس الأمر: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"

<sup>1</sup> - عيسى حداد، مرجع سابق، ص 128.

<sup>2</sup> - الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، 27 فبراير 2005.

<sup>3</sup> - مداحي مشيرة، بن سعدية مسعودة، الولاية في عقد الزواج بين الإيجار والاختيار دراسة فقهية وقانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج- البويرة، 2015، ص 14.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

فالمراة الراشدة حسب هذه المادة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها بحضور وليها أو أي شخص آخر تختاره، فالمشرع وضع حدا نهائيا للنقاش حول سلطة الولي في إجبار من هي في ولايته على الزواج من شخص لا تأنس إليه أو طاعن في السن.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني:

#### ولاية الاختيار

تسمح ولاية الإجبار للولي مباشرة العقد دون أخذ إذن المرأة في ذلك وعكس ذلك فإن ولاية الاختيار لا يستطيع الولي الاستبداد في ممارستها كون رضا المرأة معتبر في عقد الزواج ولتوضيح هذا قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي (أولا) وموقف قانون الأسرة من ولاية الاختيار (ثانيا)

#### أولا: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي

##### 1-تعريف ولاية الاختيار:

تسمى ولاية الاختيار وولاية المشاركة أيضا، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.

إن ولاية الاختيار لا جبر فيها، وهي لا تتحقق عند الفقهاء إلا بالنسبة للأنثى، ويطلق عليها المالكية ولاية الشركة، كما يطلق عليها الحنفية ولاية الاستحباب.<sup>2</sup>

##### 2-لن تثبت عليه ولاية الاختيار:

اتفق الفقهاء أنها لا تثبت على الرجل البالغ العاقل الراشد، لأنه يثبت له حق تزويج نفسه بنفسه فإذا باشر العقد بنفسه يكون صحيحا و نافذا، سواء كانت الزوجة التي تزوجها كفا له أم لا، و حتى و إن تزوجها بأكثر من مهر مثلها، ولا يتوقف عقده على الولي، أما إذا فوض الرجل البالغ العاقل الرشيد أباه أو جده في مباشرة عقد زواجه، فإن ذلك يكون من باب

<sup>1</sup> - مداحي مشيرة، بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 15 .

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص238.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

الوكالة و ليس من باب الولاية، أما بالنسبة للصغير فعند الأحناف تثبت عليه ولاية الإيجاب ولا تثبت عليه ولاية الاختيار كما سبق و اشرنا.

وبالنسبة للمرأة الصغيرة فإن كانت بكرًا فقد اتفق الفقهاء على أنها تثبت عليها ولاية إيجاب ولا تثبت عليها ولاية الاختيار، و إذا كانت ثيبًا فعند الحنفية تثبت عليها ولاية الإيجاب لا ولاية الاختيار كما وضحنا فيما سبق. غيرهم و إنما من الممكن أن تثبت عليها ولاية الاختيار.

أما بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة فان كانت ثيبًا لا تثبت عليها ولاية الإيجاب و هو مذهب الحنفية و غيرهم و إنما من الممكن أن تثبت عليها ولاية الاختيار. أما إذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة فان كانت ثيبًا لا تثبت عليها ولاية الإيجاب و هو مذهب الحنفية و أما إذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرًا اختلف الفقهاء في شان ثبوت الولاية عليها، فالشافعية يرون ثبوت ولاية الإيجاب عليها و لا تثبت عليها ولاية الاختيار، و الحنفية يرون عدم ثبوت ولاية الإيجاب عليها، و إنما من الممكن ثبوت ولاية الاختيار عليها، فهي ولاية ندب و استحباب، حيث يستحب لهذه المرأة أن تترك مباشرة عقد زواجها إلى وليها، مراعاة للتقاليد و الأعراف بين الناس لان المرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها بنفسها طالما زوجت نفسها من كفاء لها و بمهر المثل من خلال ما تقدم يبدو أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرًا كانت أم ثيبًا لا تثبت عليها ولاية الإيجاب و إنما تثبت عليها ولاية الاختيار ، فالمرأة في هذه الحالة إن رضيت ب الزواج و رضي به الولي و باشره فان الزواج يعتبر صحيحًا نافذًا، أما إذا لم ترضى المرأة بالزواج و رضي به وليها و قام بمباشرة العقد بنفسه فهذا يكون باطلا و بالتالي فان المعمول به في زواج المرأة البالغة العاقلة الرشيدة هو رضاها و موافقتها بالزواج دون غيرها و على هذا فلو زوجت نفسها فان ذلك

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

يقتضي ان يكون زواجا صحيحا نافذا طالما راعت حق الأولياء في الزواج من كفاء و بمهر المثل، وبالتالي لا تثبت عليها ولاية الإيجاب و إنما تثبت عليها ولاية الاختيار<sup>1</sup>.

**ثانيا: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإيجاب.**

من خلال مراجعة لنص المادتين 11 و13 من ق.أ.ج المعدلتين بموجب الأمر 02-05، يتبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر فلا يمكن للأب أو غيره من الأقارب إن يزوجها إلى شخص غير راغبة فيه وذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة من ق.أ.ج: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القاصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"<sup>2</sup> ونص المادة 13 المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره ، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"<sup>3</sup>.

أما فيما يخص المرأة الراشدة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب المادة 9 من نفس القانون: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وفي حالة تخلفه يترتب عنه البطلان وذلك بموجب المادة 33 ق.أ.ج: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

### المطلب الثاني:

#### شروط ولاية التزويج

بالرجوع إلى القواعد العامة لضبط شروط الولي لأنه ليس كل ولي صالح لإبرام عقد الزواج بل لابد من توافر شروط خاصة في الولي الذي يتولى عقد الزواج، وقد بين الفقهاء هذه

<sup>1</sup> - جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص.251.

<sup>2</sup> - الأمر 02/05، مرجع سابق .

<sup>3</sup> بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005، ص 123.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

الشروط المطلوب توفرها فيه، والتساؤل في هذا المطلب عن هذه الشروط والمتمثلة في الأهلية (الفرع الأول) واتحاد الدين (الفرع الثاني) العدالة (الفرع الثالث).

### الفرع الأول:

#### الشروط المتفق عليها

#### أولاً: الأهلية

الأهلية في الشريعة الإسلامية هي صلاحية الشخص للالتزام، والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق مثل غيره، أما الأهلية في القانون فهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق، وتحمل الواجبات غير أن الصورة الأولى منها تلقي الحقوق ثبت للشخص منذ ولادته، بينما الصورة الثانية "أداء الواجب" تتدرج بتدرج وتتأثر بالعوارض التي تتعرض للشخص في حياته، لكن هذه الأهلية إذا لم تتأثر بعوارض يكون لصاحبها الحق في القيام بشؤونه، وشؤون غيره، ولما كانت أهليته هي مناط تكليف الولي بالولاية الخاصة بغيره فإن الذين افتقروا لها يجب أن يحرموا من سلطة الولاية بمعنى الغير حتى لو تمسكوا بها قضائياً أما ناقص الأهلية مثل السفیه والمميز الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد في المادة 40 من القانون المدني على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وبن الرشد (19) سنة كاملة"<sup>1</sup>، أما عديم الأهلية كما لو كان صغير السن ولم يبلغ من العمر 16 سنة وفقاً لما جاء في المادة 42 "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من ن كان فاقد التمييز لصغره في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة"<sup>2</sup>، كذلك الشخص إذا كان مجنوناً أو معتوهاً أو مصاباً بمانع من موانع الأهلية أو عارضاً من عوارضها كان في حاجة إلى من يقوم بشؤونه، كيف تسند به أمور غيره مادام أن أمره

1 - الأمر 75-58، المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، ج ج، العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

2 - الأمر 75-58، المرجع السابق .

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

في حاجة لمن يرعاها، لأن الذي تسند إليه أمور غيره يجب أن يكون قادرا على حفظها وصيانتها.<sup>1</sup>

ثانيا: اتحاد الدين.

يشترط في الولي أن يكون مسلما فلا يزوج الكافر المسلمة لقوله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}<sup>2</sup>، وقوله تعالى: {لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ} لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم، كذلك فلا ولاية لمسلم على غير المسلم، لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} .

وأما الإمام (رئيس الدولة حاليا) ونوابه فتنبت ولايتهم على المسلمين وغير المسلمين لأنه صاحب الولاية العامة في الدولة.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني:

#### الشروط الغير المتفق عليها:

رغم اتفاق الفقهاء على بعض الشروط إلا أنهم اختلفوا في البعض الآخر مفاهيم يخص شروط الولي وهي كما يلي:

#### أولا: الذكورة.

يرى جمهور الفقهاء اشتراط الذكورة في الولي ولاية التزويج للأنثى لأن المرأة عندهم لا ولاية لها على نفسها فمن باب أولى لا ولاية لها على غيرها.

ودليل ذلك ما جاء به أبو هريرة- رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال "لا تتزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".

ولا يشترط في الولي أن يكون رجلا عند الحنفية، فعندهم للمرأة أن تولي زواج الصغيرة والصغير، ومن في حكمها عند عدم وجود الأولياء من الرجال، وكذلك قال المالكية، يتصف

<sup>1</sup> - عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 143

<sup>2</sup> - سورة النساء ، الآية 141.

<sup>3</sup> - بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق، ص 62.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

المرأة بالولاية إذا كانت وصية أو مالكة أو ضعيفة، أما الشافعية والحنابلة فلا تصح عندهم ولاية المرأة لأنها لا عبارة لها في نظرهم في التزويج.<sup>1</sup>

### ثانيا : العدالة.

اشتراطها المالكية والشافعية كما روى عن أحمد بن حنبل اشتراطها أيضا مستدلين بحديث "لا نكاح إلا يولي مرشد وشاهدي عدل" وقالوا أن الفاسق ليس بمرشد، ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يشترطون في الولي العدالة، لأنها أساسها النفقة والحرص على تحقيق المصلحة، وهو المقصود من لفظ مرشد في الحديث المذكور، وهذا لا يتوقف على العدالة، وأما إذا كان مستهترا ماجنا فإنه ليصح عقده يشترط أن يكون الزواج بالكفاءة وبمهر المثل.<sup>2</sup>

### ثالثا : الرشد

ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفاءة ومصالح النكاح لا حفظ المال لأن الرشد كل مقام بحسبه ، ومعناه عن الشافعية عدم تبذير المال ، وقال الحنفية والمالكية: ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره ، لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج ذي الرأي بإذن موليته وبإذن وليه فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة فإن كان صوابا أبقاه وإلا رده ، ووجه صحة عقد السفيه أنه غير محجور عليه في ذلك وأن الولاية عليه إنما هي في ماله .<sup>3</sup>

### رابعا : عدم الإحرام.

وذلك يعني أن المحرم لا يجوز له أن ينكح أو ينكح غيره ، مادام محرما في حج أو في عمرة أو بهما معا، فإذا تحلل جاز له ذلك .

1 - محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق ص 180

2 - بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 62

3 - عبد القادر بن حرز الله : الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر ، 2007 ، ص 61.

## الفصل الأول: ===== ماهية الولاية في عقد الزواج

خامسا : الاختيار(عدم الإكراه).

أن يكون الولي مختارا، فلا يصح التزويج من المكره والاختيار لي شرطا في ولي الزوج فحسب ، وإنما هو شرط في كل العقود والتصرفات ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ النسيان وما استكروها عليه".

<sup>1</sup>والإكراه في النكاح يجعل التصرف على غير وجه الاختيار، فيخرجه عن دائرة المشروعية كما فهم شراح الحديث منه، فيمكن إضافة هذا الشرط إلى شروط الولي من غير نكير ، وذلك لأن الإكراه في العقود يبطلها ،فإن إبطال عقد الزواج نتيجة الإكراه يكون من باب أولى لما هذا العقد من قداسة وهيبة .

<sup>1</sup> - حميدي ايمان الزهرة : الولاية في عقد الزواج ، المرجع السابق ، ص 23

# الفصل الثاني

الولي في عقد الزواج ترتيبه وأثار  
تخلفه



**تمهيد:**

ترتبط الولاية على النفس ارتباطا وثيقا بنظام الأسرة ومصالحها ، بل هي عماد الأسرة الذي تستند إليه ، ولما كان قوام الولاية هو حرص الولي وقدرته على رعاية المولى عليه وصيانة حقوقه واختيار الأصلح ، لذا لا بد من توفر ميزات خاصة في الولي تتسجم مع مهمته الخطيرة والحاسمة في حياة المولى عليه .

من هنا عني الشارع المقدس عناية كبيرة من هنا عني الشارع المقدس عناية كبيرة باختيار الولي من أقرب الناس نسبا إلى المولى عليه ولمولى عليه وأحبهم لخيره .

ولبيان أصحاب الحق في الولاية وترتيبهم والآثار المترتبة عن تخلفهم قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا أولهما إلى ترتيب وأثار الولي في الفقه الإسلامي وثانيهما إلى ترتيب وأثار الولي في قانون الأسرة الجزائري.

### المبحث الأول :

#### ترتيب الولي في الفقه الإسلامي وأثر تخلفه

يقصد بترتيب الولي في عقد الزواج هو تقديم ولي على آخر في استحقاق الولاية عند تعددهم بحيث يعرف من هو الأول في استحقاق الولاية ، والتقدم على غيره ، وأيضا في حالة وجود عارض للولاية تنتقل من الأقرب إلى الأبعد ، وهذا حسب ما جاء به الفقهاء المسلمين ومنها مسائل انفقوا عليها وأخرى اختلفوا فيها وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث كالاتي ، ترتيب الولي في الفقه الإسلامي ( المطلب الأول ) آثار ترتيبهم (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول :

#### ترتيب الولي في الفقه الإسلامي

تثبت الولاية عند جمهور الفقهاء للأقارب الذكور دون النساء ، وانفقوا على أنهم الأولى بتزويج المرأة لأنها لا تزوج نفسها، ولكنهم اختلفوا في اقتصار الولاية على الأقارب من العصابات أم أنها تتعدى إلى غيرهم من غير العصابات ، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب الذي قمنا بتقسيمه إلى ترتيب الولي من العصابات (الفرع الأول) وترتيب الولي من غير العصابات (الفرع الثاني) )

### الفرع الأول:

#### ترتيب الولي من العصابات .

يرى جمهور الفقهاء أن أولى الناس بتزويج المرأة هم العصابة ، و المراد بالعصابة هم الأقارب من جهة الأب ، وسموا بالعصابة لأنهم يحيطون به.

#### أولا : المذهب الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الولاية سواء كانت اختيارية أم إجبارية تثبت للعصابات من الذكور وهم مرتبون في استحقاقهم للولاية حسب الهم في الميراث فالأبعد محجوب بالأقرب وحسب الترتيب الآتي :

جهة البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وإن نزل .

جهة الأبوة : وتشمل الأب والجد العصبي .

جهة الأخوة : وتشمل الأخ الشقيق والأخ لأب وأبنائهما وإن نزلوا .

جهة العمومة : وتشمل العم الشقيق والعم لأب وأبنائهم وإن نزلوا .

فإن كان الولي العاصب واحد فالولاية له وحده دون سواه وإن تعدد الأولياء فالولاية لأقربهم جهة بحسب ترتيبهم في الميراث ، فتقدم جهة البنوة ثم الأخوة ثم العمومة فيقدم الإبن على الأب والأب أو الجد يقدم على الأخ وهكذا<sup>1</sup> .

فإن وجد شخصان من جهة واحدة قدم من كان أقربهم درجة فيقدم الإبن على ابن الابن والأخ على ابن الأخ لأنه أقرب درجة ، فإن تساويا في الدرجة والجهة قدم من كان أقوى قرابة فمن كان قريبا للمولى عليه من جهتي الأب والأم يكون الأحق بالولاية عليه من قريبه الذي يدلي إليه من جهة واحدة وهي جهة الأب فقط لأن قوة القرابة توجد شفقة أشد، وهذه الولاية تقوم على الشفقة ورعاية المصلحة وعلى هذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب والعم الشقيق على للأب وهكذا.<sup>2</sup>

### ثانيا: المذهب المالكي

تنبت الولاية في الزواج للعصبات حسب ترتيبهم في الميراث، فإن الابن يتقدم على غيره ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها أو ابن ابنها جاز ولا ضرر ، ثم والد المرأة ثم أخ المرأة الشقيق فلأب ، فابن أخيها وإن سفل، أما أخوها لأم فلا ولاية له خاصة ،ثم الجد لأب فمرتبه بعد الأخ وابنه ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب .

<sup>1</sup> - سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، أنغام محمود شاكر ، مفهوم الولاية في الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية )،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة .، ص 251 .

<sup>2</sup> - سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، أنغام محمود شاكر ، المرجع نفسه ، ص 251 .

### ثالثا : المذهب الشافعي

ذهب الشافعية إلى أن ولاية الزواج تثبت للعصبات كالإرث وهم على النحو التالي : الأب ثم الجد ، ثم أبوه وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن

### رابعا : المذهب الحنبلي

أحق الناس بزواج المرأة أبوها، ثم أبوه وإن علا ثم ابنها وابنه إن سفل ، ثم أخوها لأبيها وأمها والأخ لأب مثله ، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني:

#### ترتيب الولي من غير العصبات

تثبت الولاية لغير العصبات لكن اختلف الفقهاء في ثبوتها لبعض الأصناف واتفقوا في البعض الآخر وذلك فيما يلي :

#### أولا : ذوو الأرحام .

وهم الأخوة لأم ، وعم الأم ، وجد الأم ، وبنوا الأخوات وبنوا العمات ونحوهم ممن يدلّ بآثني .

وقد اختلف الفقهاء في ولايتهم على قولين :

**القول الأول :** هو رأي أبي حنيفة ، يرى جواز انتقال الولاية إلى الأقارب من غير العصبات ، في حالة انعدام العاصب<sup>2</sup>، واستدل بقوله تعالى : { وَأَوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ }<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، أنعام محمود شاکر ، المرجع السابق ، ص 251.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص 124.

<sup>3</sup> - سورة النساء : الآية 75.

**القول الثاني:** هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويتمثل رأيهم أن الأولياء هم الأقارب من الذكور ، وليس للخال والأخوة لأم من ذوي الأرحام ولاية ، فإن انعدم العاصبون انتقلت الولاية للسلطان.<sup>1</sup>

**ثانيا : الوصي .**

لقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية للوصي كما يلي :

### 1- المذهب المالكي والحنبلي :

ذهب إلى أنه تثبت للوصي ولاية الإيجار ، إذا أمر الأب الوصي بالتزويج كما لو قال : زوج ابنتي بعد وفاتي ، أو عين له الزوج ، بأن يقول له :زوجها من فلان ، لأن ولاية النكاح ثابتة للأب وحده .

### 2- رأي جمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يجوز الإيضاء في الزواج لأن النكاح إلى العصبات، ولأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج ، ولا يتوفر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم .

### ثالثا السلطان :

فإن لم يوجد ولي أصلا لا من العصبات ولا من الغير او وجد لكن غير مستوفي لشروط الولي انتقلت الولاية للسلطان ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "أيما امرأة لم ينكحها ولي فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن أصابها فلها مهر بما أصابها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

1 - عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتب والسنة ، دار النفائس ، لبنان ،1997، ص 151.

رابعاً: جماعة المسلمين :

فقد اتفق الفقهاء على أن للمرأة إذا كانت في مكان لا وجود للسلطان وليس لديها ولي فيمكن لأحد جيرانها ممن تثق بهم تزويجها، فإذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولت أمرها لرجل حتى يزوجهها جاز لأنه هذا من قبيل التحكيم والمحكم يقوم مقام الحاكم .

### المطلب الثاني :

آثار ترتيب الولي في الفقه الإسلامي .

لقد تطرق الفقهاء إلى ترتيب الأولياء حسب استحقاقهم للولاية، فإذا كان الولي هو الوحيد ، ومهما كانت درجته فتثبت له ولاية التزويج دون مزاحم ، ولكن للبعيد منهم ولاية مع وجود القريب مستوفياً لكل شروط الولاية لكن هناك مسائل تترتب عن هذا الترتيب .  
بحيث سنتناولها في هذا المطلب على هذا النحو في حالة تعدد الأولياء (الفرع الأول) وفي حالة وجود عارض للولاية (الفرع الثاني )

### الفرع الأول:

#### في حالة تعدد الأولياء

ففي حالة تعدد الأولياء العاصبون بالنفس فإن الترجيح يكون كالاتي :  
أولاً: الترجيح بالجهة .

كما تطرقنا سابقاً ، أن هناك أربع جهات ، حيث لا تنتقل الولاية من جهة إلى أخرى إلا إذا لم يوجد ولي في الجهة الأعلى ، فجهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة ، وعلى جهة الأخوة ، وعلى العمومة ، وجهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة .

#### ثانياً: الترجيح بالدرجة

فإذا اتحدت الجهة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الأب على الجد ، والابن على ابن الابن والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ ولو كان الأخ الشقيق لأنه الأقرب درجة .<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 113.

### ثالثاً: الترجيح بقوة القرابة .

فإذا اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم قرابة والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأب ولأم ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، ويقدم العم الشقيق على العم لأب .<sup>1</sup>

وإذا اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة، كأخوين شقيقين فإن الولاية تكون لهما لأنهما متساويان ، وأيهما زوج كان زواجه صحيحاً نافذاً لأن الولاية لا تتجزأ ، وإذا قام هذان الشقيقان بتزويج المولى عليه تكون العبرة لمن زوج أولاً ، ويلغى الزواج الثاني ، وهذا لوجود العقد الأول في وقت لا معارض فيه، ووجود الثاني في وقت عرض فيه من أول وجود الثاني ، فإذا ظهر أنهما صدرا في وقت واحد بطل العقدان لتعذر الجمع أو إضافة الأولوية إلى أحدهما .<sup>2</sup>

### الفرع الثاني :

#### حالة وجود عارض للولاية .

هناك حالات تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد منها :

#### أولاً : حالة غيبة الولي

##### 1- معنى غيبة الولي:

ويكون ذلك بغياب الولي الأقرب المستكمل لشروط الولاية ، ووجد خاطب كفاء لا ينتظر حضور الولي ، وكان في انتظار رأيه فوات مصلحة المولى عليها في الزواج ، إذ إن الأولياء مرتبون حسب استحقاقهم الولاية ترتيباً دقيقاً، بحسب السبب الذي يستحقون به الولاية ، ثم بحسب جهتهم التي يدلون بها إلى المولى عليها ، ثم بحسب قوتهم في الدرجة .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، ص 141

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 141

<sup>3</sup> - طالبي فاطمة : قيود سلطة الولي في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، مذكرة ماستر في القانون الخاص ، تخصص قانون أسرة ، جمعة أكلي محند أولحاج ، جامعة البويرة ، 2014/2015 ، ص 53.

## 2- حكم غياب الولي :

قسم الفقهاء غيبة الولي إلى غيبة قريبة و غيبة منقطعة، إلا انهم اتفقوا أن الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي لا تنتقل بها الولاية لنهم اختلفوا في الشخص الذي تؤول إليه الولاية على اراء مختلفة وهي كالآتي :

### الرأي الأول : انتقال الولاية إلى الولي الأبعد

وهو رأي الحنفية والحنابلة ، حيث أنه إذا غاب الولي الأقرب عن موليته غيبة منقطعة ولم يوكل من يزوج المرأة انتقلت الولاية إلى من هو أبعد من العصابات ، فلو غاب الأب فللجد تزويج المرأة دون سلطان ، لأن الولاية تحتاج إلى نظر وتقدير المصلحة ، وليس من النظر تفويض من لا تتفع برأيه، ففوض النظر للأبعد وهو مقدم على السلطان .  
وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث عائشة رضي الله عنها: " فالسلطان ولي من لا ولي له " .

وعلى هذا فبان انتقال الولاية للأبعد تزول ولاية الغائب، وباعتبار أن الولاية تثبت لمصلحة المرأة فلا تستمر ولايته فغيابه أسقطه حق الأولوية ، لذلك إذا زوجها الولي الأقرب الغائب من رجل وزوجه البعيد من رجل آخر، فإن عقد الولي الأقرب باطل ، لأن ولايته سقطت بسبب غيبته .

### الرأي الثاني : انتقال الولاية إلى السلطان .

وهو رأي المالكية والشافعية ، بأنه إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى السلطان لا إلى الولي الأبعد<sup>1</sup> .

واستدل أصحاب هذا القول بحديث عائشة رضي الله عنها:- " فالسلطان ولي من لا ولي له، أي أن المرأة التي ليس لها ولي فالسلطان وليها .

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 150.

### الرأي الثالث: عدم انتقال الولاية للغير

وهو رأي نفر من الحنفية فإن الولاية لا تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة الغيبة المتقطعة بل ينتظر مجيئه ، لأن ولاية الأقرب قائمة لقيام ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ، ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز ، فقيام ولايته تمنع الانتقال إلى غيره .

### ثانيا : حالة عضل الولي

#### 1-تعريف العضل :

**لغة :** الحبس والمنع يقال : عضل المرأة عن الزواج ، بمعنى حبسها وعضل الرجل موليته يعضلها ، أي يمنعها من الزواج ظلما 1، ومنه قوله تعالى : "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"<sup>2</sup>

في الاصطلاح :منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفاء لها إذا طلبت ذلك ، ورجب كل واحد منهما في صاحبه الآخر ، و العاضل هو الراد الأكفاء مرة بعد مرة ،وقيل الراد أول كفاء .<sup>3</sup>

#### 2-حكم العضل :

يعتبر العضل ظلم وإضرار بالمرأة في منعها من الزواج بمن ترضاه ،فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته عن الزواج بما ترضاه وتراه كفاء ،ولقد نهى عنه سبحانه وتعالى في قوله : { **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ** }<sup>4</sup> ، ففي هذه الحالة تنتقل إلى القاضي لا للولي الأبعد ، لأن العضل ظلم ، والظلم يجب رفعه ، ورفع الظلم من تخصص القاضي في قول ابن المنذر واجمعوا أن للسلطان أن يزوج المرأة إذا أرادت النكاح ودعت إلى كفاء وامتنع الولي أن يزوجه .

1 - المعجم الوسيط ، ص 607.

2 - البقرة :الآية 232.

3- محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق ، ص 224.

4 - البقرة ، الآية 232.

## الفصل الثاني: ===== الولي في عقد الزواج ترتيبه وآثاره

---

وما رواه مالك أنه قال يكون أيضا لها ولي فيمنعها إعضالا لها فإذا منعها أخرج نفسه من الولاية بالعضل، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"، فإذا كان ضرر حكم السلطان أن ينفي الضرر وتزوج.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - محفوظ بن الصغير : المرجع السابق ، ص125.

## المبحث الثاني :

### ترتيب الولي في قانون الأسرة الجزائري وأثاره

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع لم يتبع نهجا معيناً في مسألة من هم أحق بهذه الولاية على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج بين ما إن كانت بالغة أو قاصرة أي لم تبلغ السن المؤهلة قانوناً وهذا ما سنفصل فيه في هذا المبحث والذي قسمناه إلى ترتيب الولي في قانون الأسرة (المطلب الأول) والآثار المترتبة عن ترتيب الولي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

#### ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري

أخذ الفقه الإسلامي بالرأي الراجح الذي يتمثل في رأي المذهب الحنفي فيما يخص ترتيب الأولياء، حيث تكون الولاية في الزواج، أولاً للعصبة بالنفس وترتيبهم يكون حسب ترتيبهم في الإرث، فإذا لم يكن واحد منهم، في هذه الحالة تنتقل إلى الأقارب غير العصبة حسب قوة قرابتهم ومن ثم لا تنتقل إلى القاضي إلا إذا لم يكن أحد من أفراد العصبات وأفراد سائر الأقارب غير العصبة، وفي هذا المطلب نتناول ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله (الفرع الأول) وبعد تعديله (الفرع الثاني).

### الفرع الأول :

#### ترتيب الأولياء قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 11 من ق. أ. ج قبل تعديلها على ترتيب الأولياء، وبذلك لا يجوز مخالفة هذا الترتيب الذي جاءت به، فلا يجوز أن يحل أحد الأقارب محل الولي الشرعي في حالة وجوده، فإذا كانت الفتاة المقبلة على الزواج لها أب فالولاية تؤول إليه، ولا يمكن أن يستخلفه، ولا الجد إلا إذا كان العقد قد تم بدون ولي.

سنقسم هذا الفرع إلى الترتيب بالنسبة للأولياء (أولاً) ومراعاة هذا الترتيب بالنسبة لمولى عليها (ثانياً).

أولاً: بالنسبة للأولياء :

نصت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له"<sup>1</sup>، من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقاً بغض النظر أكان للمرأة ابن أم لا ، وبالتالي فقد نهج مذهب الشافعية والحنابلة في جعلهم الولاية ابتداءً للأب ولو كان لها ابن وذلك بالنسبة للثيب ، أي التي تزوجت من قبل وانتهى زواجها بطلاق او بوفاة زوجها، وذلك بخلاف ما ذهب اليه المذهب المالكي والحنفية في تقديم الفروع على الأصول .

نلاحظ أن المشرع لم يرقم بذكر مراتب الأولياء كلها، بل اكتفى فقط بإيراد عبارة عامة شاملة لهم ، وخص بالذكر الأب في المرتبة الأولى ، لأنه في الغالب هو الذي يتولى زواج ابنته ، كما خص القاضي بالذكر في المرتبة الأخيرة باعتبار القاضي ولي من لا ولي له<sup>2</sup>.  
ثانياً: بالنسبة للمولى عليها.

تطرقنا سابقاً إلى ترتيب الأولياء وتعرفنا على المذهب الذي مال إليه المشرع الجزائري في ترتيبه للأولياء، وبالعودة إلى نص المادة من ق.أ.ج نرى أن المشرع شدد في احترام الأولياء، لكن لم يفصل في ترتيبهم وتطبيق المادة 222 من ق.أ.ج يمكن العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي قوله يتولى زواج المرأة نرى أن المشرع لم يحدد صفة المرأة، هل هي قاصرة ام راشدة وبذلك نكون قد استنتجنا أن المشرع قد سوى بينهما فيما يخص وجوب مراعاة ترتيب

<sup>1</sup> - القانون 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 ، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 .

الأولياء في تولي عقد زواجهما المنصوص عليه في المادة 11 المذكورة اعلاه.1

### الفرع الثاني :

#### ترتيب الأولياء بعد تعديل ق. أ ج

بعد اطلاعنا على ما جاء به المشرع قبل التعديل الذي سوى بين القاصر والبالغ فيما يخص ترتيب الأولياء ، حيث شدد المشرع على ضرورة احترام الترتيب الذي جاء به في المادة 11 ق.أ.ج ولكن بعد التعديل عرفت هذه المادة خرقا فيما يخص هذا الترتيب ، حيث قام المشرع بالتمييز بين المرأة الراشدة والقاصر من حيث ترتيب الأولياء وهذا ما سنفصل فيه كالآتي :

#### أولا : ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة

قربة الأبوة: هي القربة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها وهنا حصر القانون الولاية في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله، يستتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني.2

القربة: يفهم من نية المشرع انه ترك الحرية للمرأة في اختيار احد القارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجهما، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج .

ج-الولي المختار: في حالة اختيار الأب أو أحد الأقارب، خول المشرع الجزائي الحق للمرأة في اختيار الولي، وبهذا يكون خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عليها، لذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة من مسألة اختيار الولي.3

ثانيا بالنسبة للقاصرة.

1 - القانون 84-11، المرجع السابق .

2 - عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 147.

3 عيسى حداد ، المرجع نفسه ، ص 148 .

قام المشرع الجزائري بتحديد الأولياء بالنسبة للمرأة القاصرة وذلك في الفقرة 2 من المادة 11 التي تنص على انه: "... دون الإخلال بالمادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياءهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". يتولى تزويج القاصر وليها ، وهو أبوها فاحد أقاربها الأولين إن وجدوا وذلك مع مراعاة المادة 7 من نفس القانون والتي تنص على أنه : "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "... يفهم من هذه المادة سن الزواج يكون بتمام سن 19 سنة ، ومن دون ذلك يجب على ولي الأمر أن يتحصل أولا على ترخيص من القاضي ،لكي يأذن له بالتزويج .

في حالة غياب أولياءها، أي انقضوا جميعا ولم يثبت وجود أحدهم ،فإن ولي القاصر بشأن تزويجها سيكون هو القاضي باعتباره ولي من لا ولي له .<sup>1</sup>

### المطلب الثاني :

#### آثار ترتيب الولي في قانون الأسرة

لقد تطرق قانون الأسرة الجزائري لترتيب الولي بعد التعديل الجديد حيث قام بالتمييز بين المرأة الراشدة والمرأة القاصرة من حيث الترتيب ، لكن هذا الترتيب تترتب عليه آثار سنتطرق إليها في هذا المطلب والذي قمنا بتقسيمه إلى فرعين : حالة العضل (الفرع الأول) وحالة غياب الولي (الفرع الثاني )

<sup>1</sup> - عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد : شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ط2، دار هومة، الجزائر ، 2009 ، ص 41.

## الفرع الأول :

### حالة العضل

#### اولا : شروط العضل في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على شروط تحقق عضل الولي بنص المادة 12 قبل تعديل 2005 في الفقرة الثالثة حيث نص : " غير انه للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إن كان في المنع مصلحة لبنته (وقد ألغيت بموجب الأمر 05-02) .

ووفقا لهذه الفقرة يحق للولي الاعتراض على زواج موليته البكر من شخص معين ، ولا يكون هذا الاعتراض عضلا ، إنما هو موقف يحقق الولي من خلاله مصلحة البنت ويحميها من الارتباط بشخص لا يناسبها .

وهذا الحق في الاعتراض الذي تقرره الفقرة الثالثة من المادة 12 للولي بثلاث شروط :

- أن تكون المرأة بكرا لا ثيبا .
  - يقتصر الاعتراض على الولي على الأب دون غيره من الأولياء .
  - أن يثبت الأب أنه في اعتراضه قصد مصلحة ابنته .
- فإن استثنى احد هذه الشروط كان اعتراض الأب عضلا وجب رفعه ومنعه<sup>1</sup> .

#### ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تحقق العضل

لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على العضل ولا أثره ، ولكن بالرجوع إلى المادتين 11 و13 يمكن استنتاج أنه ميز بين القاصرة والراشدة بخصوص ثبوت العضل وأثره .

---

<sup>1</sup> - سعيد قاضي : رضا المكلف في بإنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر 2010-2011 ، ص 174 .

**1- أثر ثبوت العضل على القاصرة :**

متى حصل العضل من الولي وثبت بالدليل القاطع يحال الأمر إلى القاضي ليفصل فيه ويتولى عقد زواج المرأة ، حيث نصت المادة 13 انه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها ."

**2- أثر ثبوت العضل على الراشدة :**

للزوجة الراشدة حرية اختيار وليها على النحو الذي نصت عليه المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري ، وعليه لا يتصور حصول العضل من وليها في حقها ، ومتى حدث ذلك أمكنها العدول عنه واختيار ولي غيره ترضى به .  
موقف قانون الأسرة فهو انه وفر الحماية للقاصر من عضل وليها وتعسفه، إلا انه بالنسبة للراشدة لا يتصور معها العضل أساسا.

**الفرع الثاني :**

**حالة غياب الولي .**

بعد التعرف على حكم غياب الولي في الفقه الإسلامي وبيان موقف الفقهاء من ذلك ، يأتي في هذا الفرع بيان موقف قانون الأسرة من غياب الولي قبل وبعد التعديل .

**أولا: موقف المشرع الجزائري من غياب الولي قبل التعديل :**

قانون الأسرة لم ينص صراحة على مسالة غياب الولي قبل تعديله .

لكن من خلال نص المادة 11 من القانون 11/84 "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ."

فظاهر هذا النص يدل على أن مسالة تولي عقد الزواج المرأة يراعي فيها ترتيب الأولياء ، حيث أن الأب في الدرجة الأولى ويليها الأقارب الأولين في الدرجة الثانية ، والقاضي في الدرجة الأخيرة ، ومنه نستنتج انه في حالة غياب الولي الأقرب وهو الأب

تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد وهم الأقارب الأولين ، حتى يصل الأمر إلى القاضي يفي حالة عدم وجود الأولياء .<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة لم تفرق في ترتيب الأولياء بين المرأة القاصرة أو الراشدة

### ثانيا: موقف قانون الأسرة من غياب الولي بعد التعديل

كما الحال قبل التعديل فغن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول صراحة مسألة غياب الولي في تعديله الجديد ، لكن بالرجوع إلى نص المادة 11 معدلة نجد أنها أبقت على نفس النظام في ترتيب الأولياء ، لكنها قصرت ذلك على زواج القصر ، فإنها في حالة غياب الولي الأقرب الذي هو الأب فغن الذي يتولى زواج القاصر هو الولي الأبعد وفي حال انعدامه يتولاه القاضي.<sup>2</sup>

ولقد عرف قانون الأسرة الغائب في نص المادة 110 من قانون الأسرة قبل وبعد تعديله : " الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة ، مدة سنة ، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود "

وهذا الشخص الذي نص القانون قدي كون أبا أو زوجا أو ابنا أو أخا أو غيرهم ، لكن لم ينص على غياب الولي الشرعي .

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري حدد مدة الغياب بسنة كاملة ويعتبر الغائب مفقودا بمضي أربع سنوات يصدر الحكم بفقده أو موته .

وباعتبار أن المشرع وسع في دائرة الأولياء من خلال نص المادة 11 معدلة فإن غياب الولي لا يؤثر في زواج المرأة الراشدة ، فقد أعطاه الحق في اختيار أي شخص يتولى عقد زواجها .

<sup>1</sup> - عبد الله الشيباني : الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص

احوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي 2014 ، ص 192 .

<sup>2</sup> - عبد الله الشيباني : المرجع نفسه ، ص 192 .

## الفصل الثاني: ===== الولي في عقد الزواج ترتيبه وآثاره

---

وبالتالي فغياب الولي الأقرب لا يؤثر في إبرام عقد زواجها سواء كانت غيبته قريبة أو منقطعة .

وخلاصة ما سبق أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية الذي يرى انه في حال غياب الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - عبد الله الشيباني : مرجع سابق، ص 192 .

# الخاتمة



## الخاتمة:

وفي الختام نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية كرسّت مسألة الولاية في عقد الزواج ، أين جعلت للولي دورا معتبرا في إمضاء العقد أو رفضه ، مع بعض الاختلافات بين المذاهب الفقهية في بعض المسائل التفصيلية .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فرغم إقراره بنظام الولاية في عقد الزواج إلا أنه قلل من دور الولي . ومن جهة أخرى ، لم يلتزم المشرع بترتيب الأولياء وفق أي مذهب من المذاهب بل جعل للراشدة حرية اختيار من يتولى عقد زواجها حتى وإن كان ممن لم يثبت لهم الشرع أي ولاية عليها .

وبعد دراسة إشكاليات البحث وتناولها بالتحليل والتفصيل تم توصلنا إلى النتائج وبعض التوصيات بيانها كالآتي :

### أولا : النتائج .

- شرعت الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي لحفظ مصالح المرأة وصيانة حياتها من أن تحضر مجلس الرجال وتناقشهم في أمر زواجها ، وهي وإن كانت صغيرة تفتقد للخبرة التي تمكنها من الاختيار الواعي والصحيح ، الأمر الذي ذهب معه الفقهاء إلى فرض ولاية الإيجابار على عليها بولاية أبيها أو جدها أو الوصي عند المالكية ، منعا من التحايل عليها أو إهدار حقوقها بحكم صغر سنها ، عكس الكبيرة (البالغة العاقلة) التي لها الحرية المطلقة في إبداء رأيها والتصريح به لوليها جلس لينقله إلى مجلس العقد بأمانة .

أما قانون الأسرة الجزائري فقد بالغت مواده بمنح الحرية للمرأة الراشدة في اختيار وليها بما قد يعود عليها وعلى أهلها بالضرر الذي لا يمكن جبره .

وحتى بالنسبة للقاصرة حين تدخل القانون بين الأب وابنته في إجبارها أو منعها من الزواج دون رضاها وهذا استثناء ما كان ينبغي تفنيه.

- الأولياء في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مراتب ، وقد اختلف فقهاء الإسلام في التقديم والتأخير بينها ، فالحنفية والمالكية يقدمون البنوة ، ثم الأبوة أما الشافعية والحنابلة فيقدمون الأب على غيره .

أما قانون الأسرة الجزائري فيلاحظ عليه بهذا الخصوص ما يلي :

\* انه فرق في ترتيب الأولياء بين القاصرة و الراشدة، أما بالنسبة للقاصرة فقد قدم الأب ثم الأقارب الأولين فالقاضي ، بينما أعطى للراشدة حرية اختيار وليها دون مراعاة لأي ترتيب .

\* لم يبين المقصود بالأقارب الأولين ولا مراتبهم .

\* لم يحدد ما إذا كانت الراشدة ملزمة باختيار وليها من أقاربها أم لها مطلق الحرية في اختيار من تريد ولو كان أجنبيا .

- عند غياب الولي الأقرب، فإنه إن كانت غيبته قريبة اتفق الفقهاء على ثبوت ولايته وعدم انتقالها إلى الأبعد، أما إن كانت بعيدة تنقطع معها أخباره ويجهل معرفة حياته من موته فقد اختلف الفقهاء حول انتقال ولايته ، فقال المالكية والشافعية بانتقالها إلى القاضي، وقال الحنفية والحنابلة بانتقالها للأبعد .

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإن ولاية القاصر تنتقل إلى الأقارب الأولين ، ثم إلى القاضي خلافا للراشدة التي لها حرية اختيار وليها من البداية .

**ثانيا: التوصيات .**

\* ضرورة إرجاع مكانة الولي على ما كانت عليه قبل التعديل في قانون الأسرة الجزائري، واعتباره ركنا في عقد الزواج يبطل فواته .

\* ضرورة سد الثغرة القانونية في قانون الأسرة والنص على الشروط التي يجب توفرها في الولي حتى تصح ولايته .

\* ضرورة إدراج مادة ضمن قانون الأسرة تبين المقصود بعبارة "الأقرب الأولين" وبيان مراتب ولايتهم حتى تسهل معرفة من له الحق في الولاية عند تعذر ولاية الأقرب .

# قائمة المصادر والمراجع



قائمة المصادر والمراجع:

اولا :المصادر

- القرآن الكريم

ثانيا: النصوص القانونية.

- 1-القانون 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 ، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 .
- 2-الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، يعدل ويتمم القانون 84 / 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15، 27 فبراير 2005 .
- 3-الأمر 75-58، المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، ج.ر، ج ج ، العدد78 الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

ثالثا : الكتب .

- 1-إسماعيل أبو بكر علي البامري ، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2009.
- 2-بدران أبو العينين بدران : الزواج والطلاق في الإسلام ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، د.س.ن .
- 3-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010 .
- 4-بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4 ، الجزائر ، 2005.
- 5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية ، ط1 ، 2008 .

- 6- جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007  
عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ردمك، المدينة المنورة، الجامعة الإسلامية،  
1423 هـ.
- 7- عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد : شرح احكام الزواج  
والطلاق بعد التعديل ، ط2، دار هومة ، الجزائر ، 2009 .
- 8- عبد القادر بن حرز الله : الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، ط1  
، الجزائر ، 2007 .
- 9- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار - عنابة، 2006.
- 10- عمر سليمان الأشقر : أحكام الزواج في ضوء الكتب والسنة ، دار النفائس ، لبنان  
1997.
- 11- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي. د.س.ن .
- 12- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي ، د.س.ن .
- 13- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري  
المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2015.
- رابعا: المذكرات والأطروحات العلمية.

أ- الأطروحات العلمية .

- 1- عبد الله الشيباني: الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة  
ماجستير في القانون ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،  
جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي 2014 .
- 2- سعيد قاضي ، رضا المكلف في بإنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون  
الأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر  
2010-2011.

ب- المذكرات.

1-حميدي إيمان الزهرة : الولاية في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري) ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ،الجلفة ، 2014/2013 .

2- عبد المطلب زوزو، محمد مسعى أحمد، الأحكام المشتركة والمتفرقة للولاية والوصاية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة حمة لخضر - الوادي، 2021.

3-مداحي مشيرة، بن سعدية مسعودة، الولاية في عقد الزواج بين الإيجاب والإختيار دراسة فقهية وقانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج- البويرة، 2015.

4-طالبي فاطمة : قيود سلطة الولي في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، مذكرة ماستر في القانون الخاص ، تخصص قانون أسرة ، جمعة آكلي محند أولحاج ، جامعة البويرة ، 2015/2014 .

رابعاً: المقالات العلمية.

1-ايمان الزهرة حميدي ، دور الولي في ابرام عقد الزواج ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، المجلد العاشر ، العدد الثالث.

2-سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، أنغام محمود شاكر ، مفهوم الولاية في الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية )،مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة .

# فهرس المحتويات



فهرس الموضوعات:

الصفحة	الفهرس
	شكر وعران
	الإهداء
أ - د	مقدمة
<b>الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج</b>	
06	تمهيد
07	المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج
07	المطلب الأول: تعريف الولاية
07	الفرع الأول: تعريف الولاية لغة
08	الفرع الثاني: تعريف الولاية شرعا
08	الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا
09	المطلب الثاني: مشروعية الولاية
10	المطلب الثالث: أسباب الولاية
12	المبحث الثاني: أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج
12	المطلب الأول: أنواع الولاية في عقد الزواج
13	الفرع الأول: ولاية الإجار
16	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
18	المطلب الثاني: شروط ولاية التزويج
19	الفرع الأول: الشروط المتفق عليها
20	الفرع الثاني: الشروط المتفق عليها
	الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج ترتيبه وآثاره

	تمهيد
25	المبحث الأول : ترتيب الولي في الفقه الإسلامي وأثر تخلفه
26	المطلب الأول : ترتيب الولي في الفقه الإسلامي
26	الفرع الأول: ترتيب الولي من العصابات
28	الفرع الثاني: ترتيب الولي من غير العصابات
30	المطلب الثاني : آثار ترتيب الولي في الفقه الإسلامي .
30	الفرع الأول: في حالة تعدد الأولياء
31	الفرع الثاني : حالة وجود عارض للولاية .
35	المبحث الثاني : ترتيب الولي في قانون الأسرة الجزائري وأثاره
35	المطلب الأول: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري
35	الفرع الأول : ترتيب الأولياء قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري
37	الفرع الثاني : ترتيب الأولياء بعد تعديل ق. أ ج
38	المطلب الثاني : آثار ترتيب الولي في قانون الأسرة
39	الفرع الأول : حالة العضل
40	الفرع الثاني : حالة غياب الولي
44	خاتمة
47	قائمة المراجع

## ملخص:

تناولنا في هذا البحث بعض أحكام الولاية في التزويج وقارنا بين أحكامها في قانون الأسرة بناء على الفقه الإسلامي، وتهدف هذه الدراسة إلى بيان أحكام القانون والفقه الإسلامي في مسألة الولاية، وقد ركزت الدراسة على مسألتين الأولى مسألة الجبر من عدمه، والمسألة الثانية ترتيب الولي وآثاره في عقد الزواج.

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة أن قانون الأسرة الجزائري وافق الرأي الراجح في الفقه الإسلامي في جعل الولي ركن من أركان الزواج، لكنه اختلف معه في بعض المسائل بإعطائه الحق للمرأة في اختيار وليها، وعدم تحديد مفهوم الأقارب وترتيبهم.

**الكلمات المفتاحية:** الولاية، قانون الأسرة، عقد الزواج، العضل، الغيبة.

## abstract:

In this research, we dealt with some of the decisuins of guardianship in marriage where as.we made a comparision between i its judgements in the law of family based ainy at clarifying the judgements of law and the islamicbesides to this.the study fused on ture issues:the first is;and the second one in the arrangement of the guardian and its inpacnt on marriage contract.

More ever ;on of the most important finding of this study is that the Algeria an family law agreed with thr pepoderant opinion on of. The pllars of marriage ; but differed with it in some issues by giving theusoman he right to choose her guardian ;and not defining the correct of relatives and their arrangement

**Keywords:** guardianship, family law, marriage contract, intercourse, backbiting.