الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ميدان الحقوق والعلوم السياسية
تخصص قانون أسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي
بعنوان

دور الولي في إبرام عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطلبة
ولد بوخيطين عبد النور
حجاج حمزة

إشراف الأستاذ
د.بلموهوب محمد الطاهر

لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د.ميرة وليد	أستاذ محاضر -ب-	رئيسا
د. بلموهوب محمد الطاهر	أستاذ محاضر -أ-	مشرفا ومقررا
د. شرفة سامية	أستاذ محاضر -ب-	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/ ...2023...

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 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(ة): ولد بوخيطي عبد النور ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 109470470 والصادرة بتاريخ 2018/06/02 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق ..... قسم ماستر قانون أسرة .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: دور الموثق في إبرام عقد الزواج بين الفقه الإسلامي

..... وقانون الأسرة الجزائري .....

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

التاريخ: 2023/07/07 .....

توقيع المعني(ة)

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 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(ة): حباج حسزة ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 121668152 والصادرة بتاريخ 2021/10/26 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد ..... قسم الحقوق ..... الحقوق والعلوم السياسية .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: دور الولي في إبرام عقد الزواج بين الفقه الإسلامي .....

وقانون الأسرة الجزائري .....

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

التاريخ: 2023/07/07 .....

توقيع المعني (ة)

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

في البداية نحمد الله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، الذي وهب لنا نعمة الإرادة ويسر لنا في إنجاز هذا العمل، ووفقنا حتى خرج على هذه الصورة.

الشكر أولا لأستاذنا الفاضل الدكتور بلموهوب محمد الطاهر على قبوله الإشراف على إنجاز هذه الرسالة ولما قدمه لنا من توجيهات وملاحظات قيمة، فلك منا ألف شكر وامتنان على صبرك معنا في إنجاز هذا البحث.

إلى أساتذتنا الأجلاء عرفانا للأولين وتقديرا للآخرين.

كل الشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه

من جهد في قراءة ومناقشة وتقييم مضمون هذه الرسالة.

ونشكر كل من وقف إلى جانبنا ودعمنا في إنجاز هذا العمل.

إهداء

إلى التي رسمت بحنانها طريقي، ولا تزال ...

إلى الدرة الكامنة في قلبي أبدا...

"الحبيبة أمي" أطال الله في عمرها

إلى الذي اكتنفني برعايته ...حفزني بكلماته ...أعانني بعزيمته

"أبي" أطال الله في عمره

إلى زوجتي وشريكتي في حياتي

إلى من هم عزوتي وكل ثروتي إليكم إخوتي وأخواتي

إلى ابني وفلذة كبدي " أحمد وتين "

إلى رفقاء الدرب وزملاء الدراسة

إلى كل من أسندني وأنا أهوي، أنقذني وأنا أغرق، أو انتشلني من غياهب اليأس والقنوط في

أحلك لحظات حياتي بكلمة طيبة أو بدعاء مخلص

وإلى كل من شجعني لإتمام هذا العمل

أهديكم ثمرة هذا العمل

عبد النور

إهداء

أتقدم بجزيل الشكر لكل من علمني حرفا ...

إلى الوالدين العزيزين...

بارك الله في عمرهما وصحتهما...

ورزقهما طول العمر...

فرحتي في الدنيا وجسري الى الجنة.

الى رفيقة دربي.. زوجتي

الى اولادي الاعزاء محمد جواد وجنى

الى إخوتي واخواتي وابنائهم...

الى عائلة حجاج وطاسين كل باسمه..

الى كل من نسيه القلم وحفظه القلب.

حمزة

قائمة المختصرات

الرمز	المعنى
ج.ج.د.ش	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
م.ع	المحكمة العليا
ج.ر	الجريدة الرسمية
ص.ت	صدرت بتاريخ
م.ر	ملف رقم
م.ق	مجلة قضائية
ط	الطبعة
د.ت	بدون ذكر تاريخ
لا.ط	لا طبعة
هـ	التاريخ الهجري
م	التاريخ الميلادي
ج	جزء
ص	الصفحة

مقدمة

مقدمة

إن الحمد لله تعالى، نحمده ونستعينه ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فهو المهتد، ومن يظلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له واشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

وبعد؛ إن للإسلام فضلا جليا على البشرية جمعاء، لما جاء به من منهاج قوي يهذب النفوس، ويساهم في تربية الأجيال، وتكوين الأمم، وبناء الحضارات، وذلك لا يتأتى إلا من خلال اللبنة الأولى لبناء المجتمع ألا وهي الأسرة، هذه الأخيرة ومن خلال نظامها تكتسي أهمية بالغة باعتبارها النواة الأساسية لبناء المجتمعات، فصلاح المجتمع بصلاحها وفساده بفسادها.

والأسرة في حقيقة الأمر هي صرح يحتاج إلى أسس ودعائم قوية تساعد في استقرار وثبات هذه الأخيرة، لذا وجب الحرص كل الحرص على العناية بهذا الصرح وإنشائه في ظل معرفة حقوق وواجبات كل من الطرفين، وتحمل هذه المسؤولية الصعبة التي كرم بها الله عزّ وجل– الزوج والزوجة.

فالمرأة قبل صدور الإسلام كانت محرومة الحق، منزوعة الكرامة، حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الشرائع القديمة، وحتى عند العرب في الجاهلية، فكان للولي وهو الأب غالبا سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج، سواء كانت كبيرة أو صغيرة بكرا أم ثيبا، فإرادتها كانت مسلوبة، ويزوجها ممن يختاره هو أو يمنعها ممّن ترغب فيه، وترى فيه كفؤا لها، إلى أن جاء نور الإسلام وسط تلك العتمة، فأصبح وليها يأخذ إذنها في الزواج بعين الاعتبار.

ومن المسلم به أو المتعارف عليه ، أن النظام الوحيد الذي منح أهمية بالغة للأسرة هو الإسلام الذي كفل وأرسى دعائمها على أسس قوية ومتينة، بدء من الزواج الذي جعله الشارع الحكيم الميثاق الغليظ، الذي لم يعتبره كسائر العقود الأخرى، فقد شُرّع لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمها فأسسه هي وفق ما يدعم الحياة الزوجية، ويقوي بنيانها، رغبة في التناسل وخدمة للإنسانية وابتعادا عن الظلمات والمنكرات، فالزواج الذي يبنى على أسس سليمة في إنشائه، ومن بينها المشورة، وخاصة بين المرأة وأهلها ، متمثلة في وليها الذي يساعدها في اختيار الزوج الكفء لها، وهذا ما نادت به شريعتنا الإسلامية السمحة حيث أن هذه المرحلة الجادة من العقد هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج.

1. أهمية الموضوع

يعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا، وذلك وفق إتباع إجراءات معينة، بحيث تعتبر الولاية هي مصدر صلة الأفراد والأسر فيما بينهم من خلال أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في آن واحد، كما أن الآثار المترتبة عنه تتعدى أسرتي الزوجين ولذلك رسخت الشريعة الإسلامية مبادئ هذا العقد الغليظ وأولت له حماية شاملة كاملة، ولا يخفى علينا أن مرحلة التحضير لهذا العقد هي التي يثور حولها التضارب في الآراء من خلال منظوري الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

ولهذا فبعض المذاهب الفقهية التي أخذت بمبدأ ضرورة اشتراط الولي في الزواج، وسلمت بهذا الطرح، وبالمقابل من جهة أخرى، هناك مذاهب فقهية موازية رجحت كفة المرأة وهمشت دور الولي في عقد الزواج وكذلك الأمر نفسه بالنسبة للقوانين الوضعية المعمول بها في سائر البلدان العربية الإسلامية التي تتناسق نسبيا مع ما هو مقرّر في الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها الفقهية وتباينها.

إن المسلم به أن الشريعة الإسلامية من المصادر الأساسية المكونة للتشريع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية، فقد انتهج المشرع الجزائري المذهب المالكي في تقنين شامل لأحكام قانون الأسرة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، كالولاية والزواج، إلا أننا نجد أن الكثير من المواد والأحكام تتصادم في كثير من الأحيان مع الشريعة الإسلامية، وهو ما يعطي تفسيرات في الأمر حول أسباب التعديلات التي قامت بها المنظومات العربية على قوانينها الداخلية ولو نسبيا، هذه التعديلات التي تفسر أنها برزت بما تمليه أغلب الاتفاقيات الدولية وضغط الجمعيات المدافعة عن المرأة وحقوقها .

2. أسباب اختيار الموضوع

الأسباب الموضوعية:

- وجود كم هائل من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي أولت مكانة ودرجة عالية للولي في عقد الزواج، والأحكام التي قررتها في مسألة الولاية في الزواج.
- اختلاف وجهات النظر بين فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوه الاستدلال بها من خلال التشعب وتعدد الآراء الفقهية التي نشأ عنها غموض من المركز القانوني للولي في عقد الزواج.
- سوء فهم بعض الأفراد للحكمة الأساسية من اشتراط الولي في عقد الزواج، وأهميته في انعكاسه على تنشئة الأسرة وغاياتها
- المشاكل التي واجهت الأفراد عند إبرام عقد الزواج والتصادم مع الأعراف المرسخة في المجتمع.

الأسباب الذاتية

- رغبتنا في الاطلاع على موضوع الولي في عقد الزواج عند الفقهاء عامة والفقه المالكي خاصة، ومقارنة ذلك بقانون الأسرة الجزائري، ومدى التزام هذا الأخير بما هو وارد عن الفقهاء.
- شعورنا بأهمية هذا الموضوع في ظل اختلاف الفقهاء الشريعة الإسلامية، وما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير الذي مس موضوع الولي.

3. أهداف الدراسة

- لا شك أن أول هدف من هذه الدراسة هو التحقق العلمي من جوانب هذه المسألة كي يكون القارئ بمختلف مستوياته وانتماءاته على دراية بما قام به المشرع الجزائري جراء هذا التعديل الأخير، وهل وافق ذلك ما جاء به الفقه الإسلامي
- إظهار الأهمية البالغة لمسألة الولي من حيث القانون والشريعة والمجتمع.
- تحديد الجزاء المترتب عن تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، وما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير.
- المساهمة في إبراز عدالة الدين الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، والوقوف على مرونته ومسايرته للواقع، والتكيف مع المستجدات.

4. إشكالية الموضوع

وعليه فقد ارتأينا طرح الإشكالية الرئيسة الآتية:

ما هي حدود سلطة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

وقد تفرعت عن الإشكالية الرئيسة أسئلة فرعية وهي كالآتي:

- ما مفهوم الولاية في عقد الزواج وما أنواعها؟
- ما أقسام وشروط الولاية وترتيب الأولياء؟
- ما دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج؟

هل وفق المشرع الجزائري في اعتبار الولي شرطا من شروط عقد الزواج؟

5 مناهج الدراسة

اعتمدنا على المنهج الوصفي الملائم لسرد الأدلة الدالة على وجوب الولي في عقد الزواج، والمنهج التحليلي والذي يتوافق ويتلاءم وطبيعة الموضوع، وأهداف الدراسة ويحلل الموضوع تحليلا دقيقا بالإضافة إلى المنهج المقارن باعتباره الملائم لمثل هذه الدراسات المقارنة لمعرفة أكثر النقاط المقاربة لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل من جهة وعلاقته بأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

.6. الدراسات السابقة

إن موضوع الولي ليس جديدًا من حيث الدراسة، فقد تطرق إليه فقهاء الشريعة قديما في كتبهم بين مختصر ومفصّل، لكنه جاء بشكل متناثر في بطون أمهات الكتب والدراسات الحديثة، وإن وجدت فهي إما أن تكون عامة، وإما أن تكون مقتصرة على الجانب الشرعي دون القانوني.

وهناك العديد من الدراسات السابقة التي تطرقت لموضوع الولي في عقد الزواج وتناولته من زوايا مختلفة، وقد تنوعت هذه الدراسات بين أطروحات دكتوراه ومذكرات ماجستير وسوف نستعرض جملة من الدراسات التي تم الاستفادة منها:

- رسالة ماجستير في الأحوال الشخصية لعبد الله الشيباني بعنوان الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة، والتي نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة الأخضر الوادي، تحت إشراف الدكتور عمر روينة، السنة الجامعية 2014 2015. هذه الرسالة متكونة من 330 صفحة، تضمنت ثلاثة فصول، الأول منها تمهيدي تعرض فيه إلى مفاهيم أساسية حول الزواج، أما في الفصل الثاني فتناول فيه أركان الولاية في عقد الزواج بين المولى عليه والولي، والعلاقة السببية بينهما، ومنها عرج إلى تكييف الولي، وثبوت الولاية، أما في الفصل الثاني فتعرض فيه إلى الآثار المترتبة عن تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
- رسالة دكتوراه في القانون لسمير شيهاني، بعنوان شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، والتي نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تحت إشراف الدكتور محمد سعيد جعفور السنة الدراسية 2013/2014، متكونة من 431 صفحة، تحتوي على بابين، تعرض

في الباب الأول إلى مفهوم الولاية وأقسام ولاية الزواج في فصلين، أما في الباب الثاني فتعرض إلى إبرام الولي لعقد الزواج ومباشرة المرأة لعقد الزواج أيضا في فصلين

- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان، الأردن ، 1433هـ/2012م، والذي هو بمثابة دراسة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا حول موضوع قانون الأسرة، تناول صاحبه في هذا الجزء والذي يتألف من حوالي 550 صفحة، متضمنة أربعة فصول، موضوع الولاية في الزواج ضمن فصل أركان وشروط عقد الزواج، حيث تعرض إلى تعريف الولاية ودليل مشروعيتها، والتكييف القانوني للولي متأثرا في ذلك بالواقع الاجتماعي الذي تفرضه الشريعة الإسلامية وعرف البلاد بخصوص الولي في الزواج خاصة المذهب المالكي في مسألة اشتراط الولاية على المرأة في عقد الزواج.

7. الصعوبات والعوائق

واجهتنا العديد من الصُعوبات في إعداد هذه الرسالة، لعل أهمها:

- صعوبة الموضوع في حد ذاته، لجدته وإشكالاته المعقدة وتشعبه بين علم الأصول والمقاصد والفقه والقانون والدراسات الحديثة، إضافة إلى أن موضوعات البحث متفرقة في مباحث متعددة في تلك الكتب.
- قلة الكتب القانونية وخاصة فيما يتعلق بمسألة الولاية في قانون الأسرة الجزائري.
- ضيق الوقت والذي عانينا منه نظرا للارتباطات العائلية والمهنية.

الخطة العامة للبحث

لقد اعتمدت الدراسة على الخطة الآتية:

مقدمة وفصلين وخاتمة وتفصيل ذلك جاء على النحو الآتي:

مقدمة

الفصل الأول: الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزَّواج.

المبحث الثاني: شروط الولاية وموقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزواج.

الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: أحكام الولاية في عقد الزَّواج بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: حدود سلطة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

خاتمة

الفصل الأول

الفصل الأول

الولي في عقد الزَّواج في الفقهْ الإسْلامي

إنَّ الاعتناء بحسن تنظيم الشؤون الأسرية لهو مقصد من مقاصد شرائع البشرية، كما أنه مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال أمرها بالنكاح وحسن تنظيمه على أسس طاهرة.

ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أنه عقدٌ أبديٌ، يقوم على أساس المودة والرَّحمة وإحصان الزوجين وحسن المعاشرة، وهذه الغايات لا تتأتى إلاَّ إذا أحسنت المرأة اختيار الزوج، لذلك مراعاة لمصلحة المرأة نصت الشريعة الإسلامية على الولي في عقد الزواج فهناك من يرى أنه ركن أساسي في عقد الزواج، ومنهم من يرى أنه شرط لا أكثر عند ابرام المرأة لعقد زواجها، وهذا ما نتج عنه تضارب وجهات النظر بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض.

وكذلك تعريف الولاية لم يسلم من ذلك، وقبل الإجابة على هذين السؤالين، قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج.

المبحث الثاني: شروط الولاية وموقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزواج.

المبحث الأول

مفهوم الولاية في الزواج

إن للولاية في عقد الزواج مكانة وأهمية بالغة، إذ أن عقد الزواج لا ينعقد ولا يصير نافذا إلا إذا كان عاقده ذا ولاية لإنشائه، وله القدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه، وعلى هذا الاعتبار جعلها الفقهاء موضوع دراسة حيث اجتهدوا في إعطاء تعريف لها وهو ما سنحاول توضيحه وتبيانه، كما تطرقنا إلى أنواع هذه الولاية بالإضافة إلى أدلة مشروعيتها، وهذا من خلال ثلاثة مطالب هي كالآتي:

المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج.

المطلب الثاني: أنواع الولاية.

المطلب الثالث: دليل مشروعية الولاية وترتيب الأولياء.

المطلب الأول

تعريف الولاية في الزواج

قبل الخوض في الولاية في الزَّواج وكل تفاصيل هذا الموضوع، لابد أن نعرج على تعاريف الولاية والتي تعددت بين التعريف اللغوي والفقهي والقانوني عموما، وولاية التزويج خصوصا، والتي سنتطرق إليها تباعا في هذا المطلب.

الفرع الأول

تعريف الولاية لغة

الولاية مأخوذة من الفعل وَلِيَ بفتح الواو وكسر اللاّم، وهي بكسر الواو الوِلاية فيأتي إما بمعنى النصرة والمحبة، ومن أسماء الله الحسنى: الولي، فيقول الله تعالى: ﴿وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾[البقرة: 107]، وهو الناصر والمحب والمعين أو بمعنى القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه وكلا المعنيين مراعى في الولاية لأنها تحتاج إلى التدبير والقدرة كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب أدعى إلى تحقيق هذا[1]، ويسمى متولي العقد الولي، ومنه قوله تعالى:﴿ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِالْعَدْلِ﴾[البقرة: 282]، وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.[2]

[1]محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج6، باب الواو، ج54، ص 4920.

[2] نفس المرجع، ص4920.

الفرع الثاني

تعريف الولاية فقها

لم يعط الفقهاء تعريفا معينا للولاية في الزواج، وإنما أوردوا بعض الألفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى الولاية في الزواج، هذه التعاريف تصدق على الولاية في مفهومها العام، الذي يدخل تحته جميع أنواع الولاية، أما على وجه التخصيص فيهمنا ولاية التزويج، وهذا ما سنوضحه.

فالولاية هي سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، حتى وإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه، وأن يتصرف في ماله وأولاده فهي ولاية قاصرة، أما إذا كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي ولاية متعدية[1].

أوهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أوهي القدرة على إنشاء العقد نافذًا غير موقوف على إجازة أحد.[2]

الفرع الثالث

تعريف الولاية قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في النكاح وإنما ذكر الولاية في عدة مواد، ففي المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ومن خلال المادة (11) من نفس القانون بالإضافة إلى المادة (33) من قانون الأسرة المعدل، ولهذا فلم يختلف تعريفها قانونا عن تعريفها فقها

[1]شهرزاد بوسطلة، الولي في عقد الزواج وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الرابع، جوان2007، ص36.

[2]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر،2005، ص118.

فهي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم، وغيرها من الحقوق الشخصية.[1]

المطلب الثاني

أنواع الولاية

إن الولاية في عقد الزواج تتنوع من حيث ثبوتها لإنسان على نفسه أو غيره، إلى ولاية قاصرة، وولاية متعدية، وكلاهما يندرج ضمن الولاية على النفس فما تبيان كل منهما؟

الفرع الأول

الولاية القاصرة في عقد الزواج

وتسمى ولاية تزويج القاصرة، وهي ولاية الشخص على نفسه، مادام أهلا للتعاقد[2]، أو هي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضاء أحد، وهي الولاية المرتبطة بأهلية الأداء وهي لا تنفك عنها مطلقا، وعليه تثبت الولاية القاصرة بعقد الزواج للرجل البالغ الرشيد، فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، وعلى ما اتفقا عليه من مهر، كما تثبت وفق الحنفية للمرأة البالغة الرشيدة[3]، وهو على خلاف قول الأئمة الثلاثة، الذين بينوا أنه لا تثبت ولاية التزويج للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة وهذا ما سيأتي توضيحه لاحقا.

---

[1] عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، ص601.

[2] محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري (رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2009/2008، ص366.

[3] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص366.

الفرع الثاني

الولاية المتعدية في عقد الزَّواج

هي سلطة تزويج الإنسان غيره[1]، أو هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها[2]. وقد تكون ولاية على المال أو على النفس، أو عليهما معا، وهي إما أن تكون مستمدة من الشرع ابتداء كولاية الأب والجد الصحيح، فلا يملك أحدهما التنازل عنهما[3]، وإما أن تكون مستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي والوكيل.

أما على وجه الخصوص أو فيما يرجع إلى المولى عليه، فيقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار

[1]سعاد لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر،2015/2014.

[2]العربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، ص309.

[3]محفوظ بن الصغير، نفس مرجع، ص366.

أولا: ولاية الإجبار

هي ولاية الأب، أو الجد أو المقربين للفتاة البكر والصغيرة والمجنون، وفيما يستبد الولي باستثناء العقد على المولى عليه، ولا يشاركه أحد[1]، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج[2].

وهي التي ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره، وذلك بتهميش رأي المرأة كما يقررونها الحنفية على الصغيرة، وإن كانت ثيبا، وفي حالات نقص الأهلية أو عيوبها من سفه وغفلة وجنون، وغير ذلك، لعلة الصغر، بحيث المولى عليه لا يعترض على تصرف موليته دون أخذ رأيها، وقد سماها الفقهاء ولاية إجبار أو ولاية حتم وإيجاب.[3]

ثانيا: ولاية الاختيار

وتسمى ولاية المشاركة 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[4].

إن ولاية الاختيار تثبت عموما على البالغة، سواء كانت ثيبا أو بكرا، وفي هذه الولاية، لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج من في ولايته، بل يقع عليه مشاركة من ولي عليه، ويطلق عن هذه الولاية فقهاء المالكية بولاية الشركة، ولأنه ليس له أن يجبرها، بل أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك، ويشتركان في الاختيار، ويتولى هو الصيغة.

---

[1] في هذه الولاية يستبد الولي في تزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه وهي التي تعتبر ولاية كاملة وتثبت على الصغير ومن فيحكمه، انظر بن الشويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ص66.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص119.

[3] شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص41.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص119.

المطلب الثالث

دليل مشروعية الولاية وترتيب الأولياء

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهمية ما يترتب عليها من آثار في حياة الإنسان، فمشروعيتها مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد وصيانته، ورفع مكانته ورعاية مقاصده، وذلك من خلال تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم كالصغار، والمجانين والمحافظة على حوائجهم وقضائها، وأيضا من مشروعية الولاية حماية للمرأة وتولي مصالحها كتزويجها حماية لها، إذْ أنَّ الولاية تعتبر شرطا من شروط صحة العقد، كما أن العاقد هو الولي وحجتهم في ذلك الأدلة الشرعية قطعية الدلالة، سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو المعقول ويتم بيانها كالآتي:

الفرع الأول

دليل مشروعيتها

أولا: من القرآن

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۝﴾[البقرة: 232].

والعضل هو المنع، وسبب نزول الآية ما روي عن معقل بن يسار قال: "**زوجت أختًا لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا...**"، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن

ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال:

"**فزوجها إياه**"[1]

ثانيا: من السنة

لقد استدل الفقهاء بأحاديث كثيرة دلت على مشروعية الولاية في الزواج ومن بينها: قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم: «**لا نكاح إلا بولي**».[2]

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلّم قال: «**لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزَّانية هي من تزوج نفسها**».[3]

وقوله صلى الله عليه وسلّم بما رواه مسلم من حديث ابن عباس: «**الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**».[4]

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء

يقصد بترتيب الأولياء، النظر في مدى أسبقية ولاية أحدهما على الآخر، مع وجود جميع من يحق لهم الولاية، وفي هذا الشأن قال المالكية[5]: أن ولاية الإجبار، تثبت لأحد ثلاثة بالترتيب الآتي:

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5310، ج7، ص16.

[2] أخرجه البخاري في النكاح، حديث رقم 1880، كتاب النكاح، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ ص327.

[3] أخرجه ابن ماجة في سننه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج1، دار أحياء الكتب العربية، د.ت، حديث رقم 1879، ص 605، وأبو داوود، في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، ج2، حديث رقم2083 ص190.

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، حديث رقم:1421، ج2، ص1037

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، سوريا، دمشق، د.ت،ص199.

أولاً: السيد المالك ولو أنثى: فله أن يجبر أمته على الزواج، بشرط عدم الإضرار بها كتزويج من ذي عاهة كالجذام والبرص، فلا جبر للمالك.

ثانياً: الأب رشيدا كان أسفيها ذا رأي، فله تزويج البكر ولو عانسا جبرا عنها ولو بدون مهر أو من غير كفء، كأن يكون أقل حالا منها أو قبيح المنظر.

وليس للأب جبر ابنته إذا جعلها رشيدة، أو أطلق الحجر عنها، لصيرورتها حسنة التصرف.

ثالثاً: وصي الأب عند عدم وجود الأب بشروط وهي كالآتي:[1]

أ- أن يعين الأب للوصي الزوج بأن يقول له زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة كأن يقول له زوجها ممن أحببت.

ب-ألاّ يقل المهر عن مهر المثل.

ج- ألاّ يكون الزوج فاسقا.

بعد الأب ووصيه في البكر والصغيرة والمجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على الأنثى الصغيرة، أو الكبيرة، وإنما تزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها ورضاها، سواء كانت البالغة بكرا أو ثيبا.

رابعاً: تقديم ابن المرأة في العقد عليها برضاها، ثم ابنه يقدم على والد المرأة أي على جده.

خامساً: ثم والد المرأة.

سادساً: ثم أخ المرأة الشقيق فللأب، فابن أخيها وإن سفل، أما أخوها للأم، فلا ولاية خاصة له.

سابعاً: ثم الجد للأب، فمرتبته بعد الأخ وابنه، كالولاء والصلاة على الجنازة.

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2007، الجزائرص63، 64.

ثامناً: ثم العم، ثم ابنه، ثم جد الأب، ثم عم الأب، ثم ابنه.

تاسعاً: ثم كافل المرأة غير العاصب.

عاشرًا: ثم الحاكم أو القاضي الشرعي.

الحادي عشر: ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين ومنهم الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم.

المبحث الثاني

شروط الولاية وموقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزَّواج

إن الشريعة الإسلامية عند تناولها لمسألة الولي، فإنها لم تغفل عن الشروط التي يجب أن تتوفر فيه، والتي إن غابت قد تخل بالمعنى الحقيقي لغرض النكاح.

ولكي تثبت الولاية في حق الولي على موليته لا بد من توفر شروط جوهرية وقد نص عليها الفقه الإسلامي، كما تعددت الآراء الفقهية الشرعية حول مسألة الولي في عقد الزواج بين مؤيد له ممن قالوا بعدم صحة العقد الذي تباشره المرأة بنفسها باعتباره غير مبني على أي شرط وبين معارض لهذا الرأي حول صحة العقد الذي تتولاه المرأة ولكن بشروط، واعتمد كل منهما على مجموعة من الأدلة، سواء من المنقول، أو المعقول، وهو ما سنفصل فيه تباعا كالآتي:

المطلب الأول: شروط الولاية.

المطلب الثاني: القائلون باشتراط الولي وأدلتهم.

المطلب الثالث: القائلون بعدم اشتراط الولي وأدلتهم.

المطلب الأول

شروط الولاية

إن الولي عموما تكون له الولاية على شخص قاصر، دون ماله باستثناء الأب، فإن له الولاية على النفس والمال معا، وغالبا ما تنقل الولاية إلى القريب الذي يليه باستثناء الأب، فإن الإمام مالك يقول في حالة غيبته لا يزوج المرأة غيره إلا إذا كانت غيبته بعيدة، أو مجهولة الإقامة، أو أسيرا، أو خيف الفساد على البنت.[1]

ولما كان دور الولي على هذه الدرجة من الأهمية، وخاصة ولاية الأب، كان لا بد من شروط واجب توفرها في الولي تبعا لما يقوم به من مهام، وهي كالآتي:[2]

الفرع الأول

الشروط المتفق على توفرها في الولي

أولا: الأهلية

ويكون ذلك بالبلوغ والعقل والحرية.

فلا ولاية للصبي، والمجنون، والمعتوه (ضعيف العقل) والسكران، وكذا مختل النظر بهرم(وهو كبير السن)، أو خبل (وهو فساد في العقل) والرقيق، لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه لقصور إدراكه وعجزه في غير الرقيق، فلا تكون له ولاية على غيره، بسبب أن الولاية تطلب كمال الحال وأما الرقيق فلأنه مشغول بخدمة مولاه، فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره.

[1] الامام ابى الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ط6، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1972م، ص15

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص195.

ثانيا: اتفاق دين الولي والمولى عليه

فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم.[1]

إن ولاية الكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم، ذلك أن الإسلام يعلُو ولا يُعلى عليه، فإن كان الإسلام قد صان المسلمة عن نكاح الكافر، كان من باب أولى أن يتولى نكاحها مسلما هذا ويعد شرط الإسلام لا يقتصر على الولي، فان كان الولي مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه لأن المسلم لا يرث الكافر[2].أي لا يزوج عند الحنابلة والحنفية كافر المسلمة، ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم يزوج كافر الكافرة، وقال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم، ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر.....

ومن أدلتهم على ذلك قوله تعالى:﴿ وَالْمُومِنُونَ وَالْمُومِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ التوبة:71

وقوله: ﴿وَالذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[الأنفال:74] وقوله تعالى:﴿وَلَنْ يَّجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُومِنِينَ سَبِيلاً ﴿١٤١﴾﴾[النساء: 140] والحديث «**الإسلام يعلُو ولا يُعلى عليه**».

ويستثنى من ذلك الإمام أو نائبه لأن له الولاية العامة على جميع المسلمين.[3]

1وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 196

2هذا في الولاية الخاصة، وقد استثني هذا الشرط بالنسبة للولاية العامة كالقاضي، لأن ولايته عامة على المسلمين وغيرهم ولأن القاضي ولي من لا ولي له، غير أن هذا الأمر محل خلاف بين رجال الدين وفقهاء القانون، راجح هذا د. بلحاج العربي أحكام الزواج، ج1، ص315.

3وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص196.

الفرع الثاني

الشروط المختلف على وجوب توفرها في الولي

أولا: الذكورة

هي شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها، فعلا غيرها أولى.[1]

وقال الحنفية ليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية فللمرأة البالغة العاقلة، ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريقة الولاية أو الوكالة.

ثانيا: العدالة

وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية، والامتناع عن الكبائر كالزنا والخمر، وعقوق الوالدين ونحوها، وعدم الإصرار عن الصغائر، وهي شرط عند الشافعية، وعند الحنابلة، فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق، لما روي عن ابن عباس «**لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد**». لأنها ولاية تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة، وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية، فللولي عدلا كان أو فاسقا، تزويج ابنته أو ابنة أخيه مثلا، لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه، ورعاية المصلحة لقريبه ولأن حق الولاية عام ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده منع من التزويج بسبب فسقه هذا الرأي هو الراجح، لأن حديث ابن عباس ضعيف[2]، ولأن المرشد ليس معناه العدل، بل الذي يرشد غيره إلى وجود المصلحة، والفاسق أهل لذلك.

1وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص196.

2قال المالكية أن فسق الولي لا يخرجه عن الولاية فيصح أن يتولى غير العدل نكاح ابنته او ابنة أخيه ومما استدلوا به قوله تعالى "وانكحوا الأيامى منكم" فهو خطاب للأولياء وهو خطاب للعامة فيشمل العدل وغيره.

ثالثا: الرشد

ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء، ومصالح النكاح لحفظ المال، لأن الرشد كل مقام بحسبه ومعناه عند 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 من السفيه ذي الرأي بإذن موليته، وبإذن وليه فان زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه، يجب 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.[1]

وأضاف المالكية شرطين آخرين هما:[2]

- **الخلو من الإحرام بحجة أو عمرة**، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح فان عقد فسخ العقد أبدا ومثله إحرام الزوجين.
- **عدم الإكراه**، فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية وهو شرط في صحة كل العقود.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بأغلب مذاهبها في شرط الولي في عقد النكاح ومدى ضرورة اشتراطه وفي مدى صحة الزواج، فهناك من أجاز صحة هذا العقد بأنه صحيحا لا غبار عليه، أي أن المرأة لها كامل الحرية في مباشرة الزواج بنفسها.

وعلى عكس الرأي السابق، هناك فريق له رأي أخر في مدى صحة العقد وقالوا بعدم نفاذه أصلا وأن المرأة لا يجوز لها أن تباشر عقد زواجها لا لنفسها ولا لغيرها.

1عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق. ص62.

2نفس المرجع، ص62.

المطلب الثاني

القائلون باشتراط الولي وأدلتهم

ثبت الخلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة الولي في عقد النكاح، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الولي ركنا من أركان عقد الزواج، أي أن النكاح باطل دون ولي.

ويرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز للمرأة تزويج نفسها ولا غيرها سواء كانت بكرا أم ثيبا، شريفة أو دنيئة، أو مهما كانت صفتها، سواء كانت بموافقة وليها أو بدون موافقته، فإن مآله الفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا ما قال به الإمام ابن جزي[1].

الفرع الأول

أدلتهم من القرآن

<u>الدليل الأول</u>

قال تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: 232].

ففي هذه الآية نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن عضلهنَّ قصد الإضرار بهن، حتى انقضاء عدتهنَّ من الرجوع إلى أزواجهن، وحصل بينهم طلاق، ورغبنَ في الرجوع إليهم بعقد جديد ودلَّ في قوله تعالى:﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ إذا لو كان أمرهن بأيديهن لما طلب الشارع

[1]أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة2011، ص77.

الحكيم من الأولياء عدم المنع فهذا دليل على عدم حرية النساء في تزويج أنفسهن، والمخاطب في هذه الآية هم الرجال وليس النساء.

قال الشافعي – رحمه الله –بشأنها[1]"هذه الآية أبين آية في كتاب الله عزَّ وجلَّ دلالةً على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها "

قال ابن جرير – رحمه الله– أن هذه الآية نزلت في رجل كانت له أخت، كان زوجها ابن عم لها، فطلقها وتركها، فلم يراجعها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها، فأبى أن يزوجها إياه، ومنعها منه وهي فيه راغبة، وقد اختلف أهل التأويل فيه، فنزلت الآية في شأنه[2].

فهذه الآية في نظر الجمهور تبين لنا مدى سلطة الولي على من هي تحت ولايته في الزواج حتى ولو كانت ثيبا، وحتى ولم يكن وليها هو الأب، ففي هذه الآية المولى عليها كان أخوها وبالرغم من ذلك، فإن سلطة الولي قائمة بحق موليته، لأنه لم يكن له اعتبار وسلطة قائمة، لما استدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وطلب منه ألا يمنع أخته من الرجوع إلى زوجها بعقد جديد وترك لها حرية تزويج نفسها بمن ترغب.

ومما يستخلص من الاستدلال بالآية الكريمة على اشتراط الولاية في النكاح ما يلي:

أولا: المقصود بقوله تعالى:﴿ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾انقضاء العدة، وسقوط حقه في إرجاع زوجته بدون عقد جديد، وهذا المعنى كان قول أغلب المفسرين.

ثانيا: المخاطب بقوله تعالى:﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾هم أولياء النساء ودليله مسبب نزول الآية.

[1]الشافعي، الأم، ص32 وص426–427، المزني، المختصر، ص220، الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص37.

[2]عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الأول، السعودية ص ص69،70.

ثالثا: المقصود بالأزواج في قوله تعالى:﴿أَنْ يَّنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ هن الذين كن في عصمتهن من قبل، وحصلت بينهما طلاق، كما في سبب نزول الآية.

الدليل الثاني

في قوله تعالى:﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُومِنُواْۚ﴾[البقرة: 221].

هذا الخطاب موجه لأولياء النساء، فنهاهم بعدم نكاح مولياتهم إلى المشركين حتى يؤمنوا لما قد يلحق من ضرر جسيم للمسلمة، فالآية الكريمة دلت على أن النكاح يقع بأيدي الرجال وليس النساء، ولو كان أمر النكاح للنساء، لما خاطب الشارع الحكيم الأولياء دونهن، فالآية لم تدل على منع المرأة من تزويج نفسها من مشرك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المرأة من غي المسلم لأنه غير جائز بالإجماع.[1]

وقد قال في شأنها القرطبي وغيره أن الآية دليل بالنص على أن "**لا نكاح بدون ولي**". وقال الصنعاني في- سبل الكلام- مستدلا لاشتراط الولاية في النكاح بقوله" ولا تنكحوا المشركين" فهذا الخطاب موجه للأولياء بأن لا ينكحوا موليتهم الى المشركين.

الدليل الثالث

قال الله تعالى:﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَالصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْۚ﴾

.[النور :32].

فالخطاب في قوله: " وانكحوا" المقصود به الأولياء، ودلالته على اشتراط الولاية في الزواج من عدة نواحي:

[1]عوض بن رجاء العوفي. مرجع سابق. ص68- 70.

– أن الخطاب موجه للأولياء دون استثناء.

– ومنها أن صيغة الأمر الدالة على الوجوب فيدل بذلك على أنهم هما المكلفون.

ومنها: أن الله أمرهم بتزويج نسائهم وعبيدهم وإمائهم، مما يدل على أن تزويج الحرائر إلى الأولياء، وتزويج الأرقاء إلى أسيادهم، ولذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمة الله عليه" فخاطب الله الرجال بتزويج الأيامى، كما خاطبهم بتزويج الرقيق"[1]،وهذا دليل على أن النكاح يكون بيد الرجال لا النساء.

الدليل الرابع

قوله تعالى:﴿قَالَ إِنِّيَ أُرِيدُ أَن انكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَاجُرَنِي ثَمَنِيَ حِجَجٍۖ...﴾.[القصص:27]. هذه الآية قصت علينا زواج النَّبي موسى بابنة النَّبي شعيب.

الآية دليل على أن أمر النكاح للأولياء دون النساء، والآية الكريمة دليل على أن الأمر في النكاح إلى الأولياء من الرجال، وشرع ما قبلنا لم يأت دليل على نسخه في شرعنا، فكيف إذا ما جاء في شرعنا، فكيف إذا جاء في شرعنا ما يؤكده ويؤيده، وهذه الآية دليل قوي على أن الولاية في النكاح هي سنة السلف من الأنبياء والصالحين قبل بعثة نبينا الكريم محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.[2]

[1]عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص84.

[2]نفس المرجع. ص88.

الفرع الثاني

أدلتهم من السنة

أما أدلة اشتراط الولاية في النكاح من السنة النبوية فهي أظهر وأشهر بأدلة كثيرة سيقت من الفريق القائل بضرورة اشتراط الولاية في النكاح نذكر منها:

الدليل الأول:

حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسُّلطان ولي من لا ولي له**» [1]

حديث أبو هريرة «**لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي من تزوج نفسها**».[2]

الدليل الثاني:

قوله صلى الله عليه وسلم: « **الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها** »[3] ووجه الدلالة في الحديث أن لفظ الأيّم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا ولكن من الممكن أن يرد على هذا بأن معنى قول صلى الله عليه وسلم: «**أحق بنفسها**» ليس محصورا فقط بأن تتزوج دون رضا الولي، فهناك الكثير من الحالات التي يشملها قول الرسول

[1] الترمذي، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2،ج2، مطبعة الحلبي، مصر،1986م، ص280-281.

[2] ابن ماجة أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا، ط، دار الفكر، لا، م 1399هـ/2004م)، ج1، ص606.

[3] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي وشركائه، القاهرة، 1955 م حديث رقم:1421، ج2، ص1037

صلى الله عليه وسلم كأن تباشر العقد بنفسها بحضور وليها وفي حالات أخرى بحيث تعود المنفعة عليها والله أعلى وأجل.

وإذا سلمنا فرضا بصحة المعنى فإن هذا الحكم لا يشمل كل النساء، بل يخص الثيب لا البكر. لأن الأيم هنا هي الثيب، وفي سياق ما جاء في تتمة الحديث (والبكر تستأمر) فعلم أنه أراد الثيب إذا لم يكن هناك نوع ثالث.

الدليل الثالث:

ما رواه عبد الله بن بريدة، عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: **جاءت فتاة إلى النَّبي صلَّى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: إنَّ أبي –ونِعمَ الأبُ هُوَ– زوَّجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: إني أجزت ما قد صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء** "[1]

فإقرار النبي صلى الله عليه وسلم للفتاة "ولكن أرادت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء " دليل على أمر نكاحهن بأيديهن، وهو حق ثبت لهن وحدهن وليس لآبائهن فيه شيء بل هو مراعاة للحشمة والحياء وصيانة لكرامة المرأة من حضور مجالس الرجال.

[1] ابن ماجه، السنن، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، تحقيق: خليل مأمون شبحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1،ج1،ص602–603.

الفرع الثالث

أدلتهم من المعقول

إن الزواج عقد خطير دائم، ذو مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق واستقرار وغيرها والرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة، أقدر على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها دونها [1].

المطلب الثالث

القائلون بعدم اشتراط الولي وأدلتهم

لقد جاء الحنفية وأبو يوسف في ظاهر الرواية، بنقيض ما جاء به جمهور الفقهاء، ينفذ نكاح حرة مكلفة بالغة عاقلة بلا رضا ولي [2]

وكما سبق ذكره فقد أجاز الحنفية، أنتزوج المرأة نفسها، وحتى تزويج غيرها، لكنهم وضعوا شروطا لكي تستطيع المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها، بحيث هذه الشروط تكون واجبة لصحة عقد النكاح ومن بين هذه الشروط أن يكون الزوج كفء للزوجة، بالإضافة إلى ألا تزوج نفسها بمهر أقل من مهر المثل، فإن لم تتوفر هذه الشروط جاز للولي الاعتراض على الزواج وقد

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص195.

[2] نفس المرجع،ص194.

ذهب فريق الحنفية والجعفرية إلى أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدون حضور وليها دون الحاجة إليه.[1]

وقد استدل فريق الحنفية إلى جملة من البراهين والدلائل الشرعية من الكتاب والسنة والمعقول وهي مبينة كالآتي:

الفرع الأول

أدلتهم من القرآن

الدليل الأول

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَّنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232]

قال أبو بكر الجصاص [2]قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ معناه لا تمنعوهن ولا تضيقوا عليهن في التزويج وقد دلت هذه الآية على أن الله عز وجل أضاف النكاح إليهن، من غير شرط الولي كما نهى الشارع الحكيم عن المنع من نكاحهن أنفسهن، إذا كان هناك تراض بين الطرفين وجعل النكاح بأيديهن لأنهن محل وسبب النكاح.

[1]فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، كلية القانون، طبعة2004، العراق،ص88.

[2]عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص157.158.

كما أن هناك وجه آخر هو أن المرأة البالغ الحرة لا تتزوج إلا بإذنها، فهي لا تتعدى الحالتين ثيبا أو بكرا، فالثيب لا تنكح إلا بإذنها، أما البكر في الظاهر في أقوال العلماء أن ليس لأحد إجبارها على الزواج إلا إذا كان أبوها أو جدها وليها (حالة مستثناة في حديث آخر).

والاستدلال بمنع الأولياء من عضل من هن في ولايتهن فيه إثبات إلى حقهم في الولاية عليهن لا نفيها، وجاء سبب نزول الآية مبينا أن المراد أحدهما وجب اعتماده والمصير إليه وترك ما خالفه.[1]

الدليل الثاني

قوله تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِى أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۗ ﴾[سورة البقرة الآية: 234].

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها تضمنت النهي عن التريث عليهن فيما يفعلنه في أنفسهن بدون إذن أوليائهن، والمقصود هنا هو النكاح.[2]

الدليل الثالث

قال تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّومِنَةً اِنْ وَّهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ اِنَ اَرَادَ ٱلنَّبِىُّ اَنْ يَّسْتَنكِحَهَا ۗ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُومِنِينَ ۗ﴾ [الأحزاب: 50].

وجاء في هذه الآية اعتبارها دليل على انعقاد عقد الزواج، بلفظ المرأة، وهي نص على ذلك لو لم تملك عقد النكاح لما ملكت أنتهب نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم، لأن النكاح ينعقد بلفظ الهبة [3]وظاهر الآية أن هبتها لم تتوقف على إجازة وليها.

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص158.
[2] نفس المرجع، ص159.
[3] بدائع الصنائع، ج2، ص248.

وقد ظهرت ثلاث أقوال في هذه الآية:

القولُ الأول: لا تعتبر دليلا على صحة إنكاح المرأة لنفسها دون وليها، وهذا من اختصاص الرسول صلى الله عليه وسلم.

القولُ الثاني والثالث: فلا ذكر فيه لإسقاط الولي، ويدل ذلك قوله" أن أراد النبي أن يستنكحها" وهذا متروك لإرادة النبي صلى الله عليه وسلم إن أراد نكاحها أو ترك ذلك فيكون النكاح مستأنفا أي أن المقصود من الهبة هو سقوط الصداق الذي هو خالص للمرأة.[1]

الفرع الثاني

أدلتهم من السنة

ودليلهم من السنة النبوية، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **ليس للولي مع الثيب أمر، اليتيمة تستأمر، فصمتها إقرارها**"[2]، وهذا قطع ولاية الولي عنها.

وقال صلى الله عليه وسلم: "**الأيم أحق بنفسها من وليها**"[3]، يتبين لنا من هذا الحديث بأن الأيم أي المرأة التي لا زوج لها، فلها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد الزواج دون وليها سواء كانت بكرا أو ثيبا[4].

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص166.
[2] النسائي، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1996، حديث رقم 5370، ج5، ص178.
[3] بن شعيب النسائي، سنن النسائي، الجزء السادس ص69-70.
[4] أحمد شامي، نفس المرجع، ص80.

الفرع الثالث

أدلتهم من المعقول

ووجه الدلالة في ذلك، أن المرأة صارت ولية نفسها في النكاح لما بلغته من عقل وحرية، فلا تبقى مولية عليها كالصَّبي العاقل وغير ذلك، لأن ولاية تثبت للأب على الصغيرة بطريقة النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وقد تكون حاجة المرأة إليه حالاً ومالاً، غير أنها قد تعجز عن فعل ذلك بنفسها.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الولي في عقد الزَّواج في قانون الأسرة الجزائري

بعد دراستنا للولاية وكل جوانبها من المنظور الفقهي الذي من خلاله عرضنا أراء الفقهاء المختلفة التوجه، فمنهم من يرى ضرورة الولي لأبرام عقد الزواج، ومنهم من يرى عدم ضرورته ففي هذا الفصل سنقوم بدراسة الولي من جانبه القانوني، وذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري لأحكام قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، والذي جاء بعد الجدل الكبير الذي وقع بين المؤيدين لضرورة التعديل والرافضين له، وصار نقاش حاد حول طبيعة هذا القانون وهويته، وتباينت الآراء بين من يرى أن هذا القانون أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا داعي لتعديله، وبين معارضين للقانون جملة وتفصيلا، ومطالبين بإلغائه، وبين هذا وذاك ظهر تيار ثالث، ينادي بتعديل قانون الأسرة وتحيينه، بحيث يتساير مع التطور الحاصل في المجتمع الجزائري.

ولتحليل هذه الآراء وتبيانها وتوضيح الرؤية قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: أحكام الولاية في عقد النكاح بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: حدود سلطة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج.

المبحث الأول

أحكام الولاية في عقد النكاح بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

ما يجب الإشارة إليه أولاً، أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الولي حتى يتولى تزويج من في ولايته، وهو ما يدفع القاضي إلى تطبيق أحكام المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، الذي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المسكوت عنها، أين يجد القاضي حريته في اختيار المذهب الذي يراه مناسبا للتطبيق، دون أي تقييد من المشرع، وما تجب الإشارة إليه كذلك، أن المشرع في معالجته لأحكام الولي، فقد خالف في كثير من المسائل أحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا وجب تسليط الضوء على التعديلات التي أتى بها المشرع الجزائري في مسالة الولاية ومركز الولي، حيث تحول من ركن إلى شرط صحة في الزواج، وبالتالي استقراء موقف المشرع قبل وبعد التعديل.[1]

وللإجابة على هذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي كالاتي:

المطلب الأول: ماهية ولاية التزويج.

المطلب الثاني: الولي في عقد الزواج قبل تعديل قانون الأسرة وترتيبه.

المطلب الثالث: الولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة وترتيبه.

1 أحمد صقر، موسوعة الفكر الإسلامي، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة2004، الجزائر، ص84-85.

المطلب الأول

ماهية ولاية التزويج

بعد التعرض في الفصل الأول للولاية عموما، بأنها سلطة شرعية، تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود، والتصرفات نافذة، سواء ينشئها لنفسه أو لغيره، وهو تعريف ينطبق على الولاية بمفهومها العام، أما الولاية بمفهومها الخاص فنخص بالذكر هنا ولاية التزويج.

وبعد أن تطرقنا لشروط الولي في الشريعة الإسلامية، فبالموازاة مع هذا سنعرج على شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري، فما هو تعريف ولاية التزويج، وما هي شروط الولي من خلال قانون الأسرة الجزائري؟

الفرع الأول

تعريف ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا لولاية التزويج، وإنما اكتفى بالنص على أحكامها، من حيث الذين تثبت عليهم، والذين تثبت لهم، وحدود صلاحيات الولي في الزواج، في قانون الأسرة الجزائري،[1] وليس ذلك تقصيراً ولا تجاهلاً منه، ما للولاية في عقد الزواج من أهمية

1قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع15 ص.ت، 27 فيفري 2005 م، الموافق ل 18 محرم 1426 هـ.

ودور وإنما ليترك المجال فسيحا لرجال الفقه القانوني، ليتولوا ذلك عن طريق الدراسات والاجتهادات، لأن مُهمته سنُ الأحكام والقواعد القانونية.[1]

الفرع الثاني

شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

لم ينصص قانون الأسرة صراحة على شروط الولي، لكن بالرجوع إلى المادة (222) التي جاء فيها على أنه: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، ومنه قد ترك المشرع مجال أوسع للاجتهاد القضائي في هذه المسألة ليأخذ شروط الولي من مذاهب الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب المعتمد في ذلك خاصة وأن فقهاء الشريعة الإسلامية مختلفين في شروط الولي، فما هي الشروط التي اعتمدها المشرع الجزائري؟

أولاً: الإسلام

بما أن أصل المواطنين الجزائريين مسلمون، وأن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية،[2] كما نص عليه الدستور رغم تعديلاته المتكررة، فقد نص في المادة (221) على أنه "**يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين.....**"، وهذا الشرط متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية(اتفاق دين الولي والمولى عليه)، ومنه فالإسلام من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

1الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة، عبد الله الشيباني (رسالة ماجستير، في قانون الأحوال الشخصية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014، ص23.

2الأمر رقم 76-97 المتضمن إصدار دستور ج.ج.د.ش، المؤرخ في 22نوفمبر 1976م، الموافق ل 30ذي القعدة 1396هـ،ج.ر،ج.ج.د.ش،ع94،ص.ت.24نوفمبر1976م، الموافق ل 2 ذو الحجة 1396هـ.

ثانيًا: الأهلية

يعتبر الزواج في قانون الأسرة الجزائري من التصرفات التي تستوجب توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات وواجبات[1]، وأن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وذلك بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين[2]، وأن كل شخص ينقصه كمال الأهلية أو يفقدها ينوب عنه قانونا ولي[3]، وحتما لا بد أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، لأن الولاية المتعدية فرع منها كما تم ذكره سابقا، ومنه فالأهلية أيضا شرط من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

ثالثًا: الذكورة

لم ينصص قانون الأسرة الجزائرية صراحةً قبل التعديل على شرط الذكورة، إلاَّ أنه أورد في لفظ الولي صيغة المذكر مما يفهم أن ظاهر النصوص التي ورد فيه ذكر الولي تعتبر الذكورة شرطا من شروطه[4]، لكن بعد التعديل حافظ المشرع على ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر في زواج القصر فيقول: "**يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب....**"[5]

وأما بالنسبة للمرأة الراشدة، فأُسند فعل عقد الزواج إليها، حيث أثبت لها الولاية على نفسها لاكتمال أهليتها كالرجل، وأن أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد، وسن الرشد 19 سنة كاملة[6]، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة، في الولاية على تزويج القصر فقط.

1محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 414.

2 العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433هـ/2012م، ص195.

3أنظر المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري.

4عبد الله الشيباني، مرجع سابق، ص53.

5 المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

6المادة (07) من قانون الأسرة بعد التعديل.

ومنه نستنتج أنه لا اعتبار لشرط الذكورة في قانون الأسرة الجزائري، ولو تولت المرأة الراشدة الزواج تعقده لنفسها أو لغيرها، إلا أن المشرع الجزائري قد اشترط حضور الولي لعقد زواج موليته، لعلَّه من أجل حق الاعتراض، الذي هو من صلاحياته[1]، إذا لم يكن الزوج كفؤا، أو المهر أقل من مهر المثل.

المطلب الثاني

الولي في عقد الزَّواج قبل تعديل قانون الأسرة وترتيبه

يعتبر الولي بالنسبة للمرأة كمثابة الدرع الواقي لها ولأسرتها، خلافا لدعاة تحرر المرأة من قيد الولي والأعراف، وانطلاقا من ذلك فمن الخطأ القول إن الشريعة الإسلامية ساوت بين الرجل والمرأة، وإنما حققت العدل بينهما كل حسب طبيعته وفطرته، ففي هذا المطلب نوضح حقيقة الولي قبل تعديل قانون الأسرة، والانتقادات الموجهة لهذا القانون.

1 العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ج1، ص 317.

الفرع الأول

الولي ركن في عقد الزَّواج

قبل التعريج على موقف المشرع الجزائري من الولي، وجب علينا أن نتطرق إلى مفهوم الركن أولا.

الركن وهو ما يتوقف عليه حقيقة الشيء أي ماهيته، أو هو ما يتحقق به وجود الشيء فلا يقوم إلا به، وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، وهذا ما انعكس على القوانين الوضعية للدول العربية بوجه عام، ومنها الجزائر على وجه التحديد [1] .

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، الصادر بتاريخ 09 جون 1984م، تحت رقم**84-11**، لينظم مسائل الزواج، فقد جاء موافقا لما ذهب إليه الجمهور، خاصة بما جاء في نص المادة (90) منه بقوله: "**يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق**"، حيث عد الولي ركنا من أركان الزواج، متأثرا بالمذهب المالكي الذين يشترطون الولي في العقد، حيث أنهم أبطلوا عقد النكاح بدون ولي [2].

ومن خلال هذه المادة يتبين أنه لا يجوز للمرأة تزويج نفسها بدون وليها، وقد جاءت المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري صريحة بقولها " **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له**" كما أن الولي كان يملك سلطة واسعة في ظل قانون الأسرة لسنة 1984،وعند التدقيق والملاحظة في نص المادة (12) من نفس القانون التي تقول: "**لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها** "وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (09) من هذا القانون، غير أنه للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

1أحمد شامي، مرجع سابق،ص20.

2شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص43.

فالمادة هنا لم تشرح المقصود ب "**مصلحة البنت**" أي أن الولي له سلطة واسعة لتقدير هذه المصلحة، وقد تدخلت المحكمة العليا في عدة قضايا بسبب تعسف الأولياء.

هذه المادة بالإضافة إلى المادة (13) التي تقول: "**لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها**"[1]أيضا نص هذه المادة لم يزل الغموض، وهو ما دفع بالكثيرين من شارحي وفقهاء القانون من أجل تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص.

غير أنه بالرجوع إلى المادتين(32) ونص المادة(33) من القانون ذاته يقول "**إذا تم الزواج بدون شاهدين..... أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** "، فعبارة "**في حالة وجوبه** " تفيد أن المشرع أقر وجوب الولي في حالات معينة، وعدم وجوبه في حالات أخرى، فأوجبه في حالة القصَّر بمقتضى الفقرة الثانية من نص المادة(11) من قانون الأسرة.

فنجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج، وإنما شرط صحة، فيُفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، ويُثبت بعد الدخول بصداق المثل، ولا يختل الزواج إذا اختل ركن مضاف إليه، كاجتماع الولي مع الصداق أو الولي مع الشاهدين.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، فإنه إذا اختل ركن من أركان العقد يعتبر العقد باطل بطلانًا مطلقًا، وهو ما نص عليه المشرع في قانون الأسرة رقم **84-11**.

ومن خلال نصوص هذه المواد يتبين أن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله كان قد منح سلطة واسعة للولي وجعله ركنا في عقد الزواج، وأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، وإلا فسخ عقدها قبل الدخول [2] .

1شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص44.

2العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص118.

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء قبل التعديل

بالنظر إلى التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة فإن ترتيب الأولياء كذلك لم يكن نفسه ولهذا سوف نرى الترتيب الذي اتبعه المشرع الجزائري من خلال قانون **84-11** قبل التعديل.

لقد نصت المادة (11) من القانون القديم رقم **84-11** على أنه " **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له** ".

والجدير بالملاحظة أن الترتيب يكون إجباريا على أساس المادة(11)من القانون:84-**11**فتكون الولاية للأب، ثم الأقربون، ثم القاضي، وهذا على النحو التالي:

1-**قرابة الأبوة:** الأب، الجد الصحيح، وإن علا.

2-**قرابة الأخوة:** الأخ الشقيق، الأخ لأب وأبنائهم وإن نزلوا.

3-**قرابة العمومة:** العم الشقيق والعم لأب.

ولهذا نرى المشرع الجزائري لم يتقيد بأي مذهب فقهي، فأخذ عن المذهب الشافعي والحنبلي تقديم الأب عن غيره، وأخذ عن المذهب الحنفي عدم قصر الأولياء عن العصبة ليشمل ذوي الأرحام [1] .

والملاحظ أن هذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث، وإذا انعدمت هذه القرابات في الكافل، ستؤُول للقاضي حسب المادة 3/11 " **والقاضي ولي من لا ولي له**" ومنه فقد

1 سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014/2013، ص 216.

أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في الترتيب الذي جاء في المادة (11)من قانون **84-11** المتضمن قانون الأسرة[1].

المطلب الثالث

الولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة وترتيبه

بعد فترة زمنية دامت أكثر من عشرين سنة من تطبيق قانون الأسرة **84-11**هذا القانون الذي كانت أحكامه تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتبر صالحة لكل زمان ومكان، إلا أن قانون الأسرة لم يكرسها على الوجه المطابق لها في كثير من المسائل كالولاية، وفي محاولة من المشرع الجزائري لوضع حد لأي اعتراض على قانون الأسرة، قام سنة 2005 بتعديل أحكام هذا القانون.

الفرع الأول

الولي شرط في عقد الزواج

الشرط في العقد لا يعد أساسًا لانعقاده فهو يختلف على الركن من حيث الأثر المترتب من خلال التعديل بموجب الأمر **05-02**، جعل الولي شرطا لصحة عقد الزواج بعدما كان ركنا في القانون القديم، وإثر هذا التعديل فقد أعطي للمرأة حق تولي زواجها بنفسها مع حضور وليها، أو أي شخص تختاره وهو ما يعتبر تقليصًا لدور الولي، وفي هذا الفرع سنحاول إبراز أهم التعديلات الجديدة في مسألة الزواج.

1 العربي بلحاج، مرجع سابق 122.

إن التعديل الجديد وفي مادته (09) مكرر التي تقول: "**يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: الولي...**"، وبذلك لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج، وإنما شرطا من شروط صحته، ويترتب عن تخلفه أو أي شرط آخر فسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، وهذا المسلك يتعارض مع نص المادة (33) في فقرتها الثانية المعدلة، التي تنص على أنه إذا لم يتم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسح قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وبالرجوع إلى إحكام المادة(11)في فقرتها الثانية المعدلة بقولها:" **دون الإخلال بأحكام المادة سبعة من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له**" ما يفهم من خلال أحكام هذه المادة أن الولي يكون واجب إلا في زواج القصر(أي المرأة التي لم تبلغ سن التاسعة عشر سنة) وما عدا ذلك، فإنه يجوز للمرأة الراشدة العاقلة أن تعقد زوجها بنفسها، ولها الاختيار لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها، ويمكن أن يكون هذا الولي أي شخص آخر تختاره في حال معارضة وليها الشرعي وهو ما أكدته أحكام الفقرة الأولى من المادة المعدلة.

فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة(11) فقد قام بحماية حرية المرأة وإرادتها في إبرام عقد الزواج متى بلغت السن القانوني "19 سنة" من خلال عبارة "**تعقد الراشدة** " وألغى بذلك دور القاضي في تزويج الراشدة وأبقاه فقط في تزويج القاصرة التي لا ولي لها.

كما قام المشرع بإلغاء المادة(12) التي كانت تنص على عضل الولي وبالتالي لم يعد هناك سند قانوني يعالج مشكلة عضل الولي.

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء بعد التعديل

بموجب الأمر **05-02** سلك المشرع الجزائري في ترتيب الأولياء مسلكا مغايرا للذي كان من قبل فقد أبقى على نص المادة (11) وجعل الفقرة الأولى فيها خاصة بالمرأة الراشدة، وأعطى الولاية للأب ولباقي الأقارب، بل ولأي شخص تختاره هي، فأصبح هذا الترتيب غير إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة، وأصبحت المادة (11) من قانون **02/05** المتضمن قانون الأسرة تنصص على " **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.**" وهذا يبين أن للمرأة البالغة العاقلة الحرية التامة في اختيار من يحضر زواجها، لأن المشرع الجزائري كما سبق القول قد خرج عن جميع المذاهب الفقهية بقوله "**أو أي شخص تختاره..**" وأداة "**أو**" هي أداة للتخيير.

أما في الفقرة الثانية فقد حصرها في فئة القصر، فبالنسبة للبنت القاصر وفي التعديل الجديد ومن خلال المادة (11) الفقرة2 من قانون **02/05** المتضمن قانون الأسرة الجزائري ينطبق عليه نفس الترتيب الذي سبق ذكره في المادة (11) من القانون84-11 المتضمن قانون الأسرة.

ومن خلال هذه المادة فقد أثار المشرع تساؤلنا بخصوص المذهب الذي اعتمد عليه في ترتيب الأولياء قبل التعديل، وزادت هذه التساؤلات بعده، فنجد أنه حافظ على النص القديم وجعله خاصا بالقصر وهذا في الفقرة الثانية، أما في الفقرة الأولى فنجده قد مال

إلى رأي الحنفية ولو أنه ليس رأيهم –حرفيا – حيث أبقى على شرط الولي في الظاهر لكنه جعله بالخيار بين الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، فكيف يُعقل أن نأخذ في المسألة الواحدة بل وفي النص الواحد بقولين؟ قول الحنفية في الفقرة الأولى ورأي جمع فيه بين أقوال عدة مذاهب في الفقرة الثانية.[1]

1سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 217.

المبحث الثاني

حدود سلطة الولي وأثر تخلفه في عقد الزَّواج

إن للولي دور هام في عقد الزواج، فهو الذي يتكفل بزواج موليته وذلك بعد أن يتوفر رضا الطرفين، وهو بذلك ناقل لرضاها إلى مجالس الرجال (العقد)، لأن هذه الأخيرة حياؤها يمنعها من الحضور والتصريح برأيها، والولي هو من يتولى هذه المهمة في إطار حدود رسمها له القانون والشريعة الإسلامية، وبعد استظهار حدود سلطة الولي نعرج على نتائج غيابه أو تغيبه عن هذا العقد، على اعتبار أن الولي هو الذي يصون ويحفظ مصلحة المولى عليها ودرء المفاسد عنها، وللإجابة على ذلك قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي كالآتي:

المطلب الأول: مركز الولي في إبرام عقد الزواج.

المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج.

المطلب الثالث: بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الزواج.

المطلب الأول

مركز الولي في إبرام عقد الزواج

إن السلطة الشرعية للولي في عقد النكاح، تتمثل في حضوره عقد زواج موليته، وذلك في حالتي زواج القاصرة والراشدة، وبعد التعريج على الولاية القاصرة في الشريعة الإسلامية على أنها تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية والعقل والبلوغ، والولاية المتعدية على أنها فرع منها، أما الراشدة فهي التي بلغت السن القانوني واكتملت أهليتها، وعليه فإلى أي مدى تعرض قانون الأسرة لهذين النوعين؟

الفرع الأول

مركز الولي في زواج القاصرة

لم يأت المشرع في قانون الأسرة بتعريف للقصر، وإنما اكتفى ببيان ضرورة وجود من ينوب عنهم قانونا[1]،وهذا مرتبط بأهلية الأداء، فقد تعرض المشرع الجزائري لأهلية الأداء في قانون الأسرة الجزائري، فحدد ذلك بالنسبة للرجل والمرأة سواء بتمام 19سنة[2]وقد تعرض لضرورة الترخيص بين القاضي لزواج القصر، وذلك لفقدانهم للأهلية حيث نص قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة (81) على أنه: "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أوسفه، ينوب عنه قانونا ولي**....."[3]

1العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ج1، لا ط، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر ،2002، ص122.

2 المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

3المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري.

حيث يستخلص من كل هذا أن المشرع الجزائري، قصد باكتمال الأهلية تمام 19 سنة وهو اكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية أن يكون كل منهما زوجا، وهذا يعني أن القاصر يجوز أن يكون زوجا، بما مؤداه أن السن المحددة ليست سنا لاكتساب صلاحية الزواج، وإنما لاكتساب أهلية التعاقد.[1]

ومن المسلم به أن الولي تكون له الولاية على الشخص القاصر دون ماله، باستثناء الأب فإن له الولاية على النفس والمال معا[2]، وقد تعرض قانون الأسرة لدور الولي في عقد زواج القصر، في المادة (11) الفقرة 2على أنه "**يتولى زواج القصر أوليائهم...** "حيث أشار إلى دور الولي في تزويج القصر والمتمثل في النيابة عنهم في إبرام العقد [3].

إن هذا الدور مقيد أساسا، بوجوب أخذ الموافقة من القاصرة، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، ثم الترخيص من القاضي للإذن لها بالزواج، لمصلحة أو ضرورة، وهو الذي نص عليه المشرع الجزائري بقوله: "**دون الإخلال بالمادة (07) من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم....**"[4]،وهذا فيه تقييد لسلطة ودور الولي في تزويج القصر، مما يجعله تحت رقابة القاضي، لكن هذا لا يتعارض مع الولاية على القاصرة التي أصبحت ولاية اختيار، لا ولاية إجبار، مثلما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

ومنه نستنتج أن قانون الأسرة الجزائري، قد أثبت الولاية القاصرة لكل من الرجل والمرأة على حد سواء، حيث نص قانون الأسرة الجزائري في المادة(11) الفقرة 1على أنه: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره**"[5]ومنه

1 محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص425.

2العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 316.

3عبد الله الشيباني، مرجع سابق، ص 151.

4المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

5المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة بعد التعديل.

فإن عبارة "**تعقد**" فيها إسناد الفعل إلى المرأة وثبوت الولاية القاصرة لها، والدليل ما نصت عليه[1] .

الفرع الثاني

مركز الولي في زواج الراشدة

إن المقصود بالمرأة الراشدة هي من اكتملت أهليتها التي حددها قانون الأسرة الجزائري بـ 19 سنة، حيث يصبح لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، كما نص المشرع الجزائري في قوله: "**تعقد المرأة الراشدة زاوجها بحضور وليها....**"[2]، فالملاحظ من هذا النص أن قانون الأسرة قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد[3]، ومنه فالمشرع الجزائري قد مكن المرأة الراشدة من تولي عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان هذا الدور يقوم به وليها كما هو في قانون الأسرة قبل التعديل، حيث جاء في المادة (11) على أنه: "**يتولى زواج المرأة وليها....**" أما بعد التعديل، فاكتفى المشرع الجزائري بتحديد دور الولي المتمثل فقط في الحضور، فلم يعد للولي دور ولا حتى حضوره في عقد الزواج واجبا، حيث نصت المادة (33) في فقرتها الثانية أنه: "**إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**". والتي يفهم منها أن حالة وجوب الولي هي الحالة التي ينطبق عن عقد زواج القاصرة، أما في عقد زواج الراشدة

1محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 388.

2المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

3الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص65.

فليس الأمر بالواجب، لأنها تتولى عقد زواجها بنفسها[1]. معنى هذا أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد الزواج الراشدة، ويمكن أن يتمثل دور وصلاحيات الولي عند حضوره عقد الزواج، ينحصر في أمرين اثنين: الكفاءة، إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصداق المثل إذا كان الصداق زهيدا[2]، وهذا الدور يتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية على أنه إذا زوجت نفسها من غير كفء، أو بمهر أقل، فللأولياء حق الاعتراض[3].

1عبد الله شيباني، مرجع سابق، ص59.

2العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص317.

3الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، لا.م، 1406هـ، 1986م،ص247.

والخلاصة:

إن المشرع الجزائري قد قلص من دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، إلى درجة أنه اكتفى باشتراط حضور الولي فقط، وترك الخيار للمرأة الراشدة في من تختار، ولو أي شخص آخر غير وليها الشرعي، لأن سلطة إبرام العقد موكلة إليها، هذا بالنسبة للراشدة أما القاصرة وإن كان للولي دور في عقد زواجها، بنص العبارة "**يتولى زواج القصر أوليائهم...**"، إلا أن هذا الدور معلق بموافقتها ورضاها، باعتبار أن الولاية عليها ولاية اختيار، لا ولاية إجبار، كما هو في الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من أخذ الإذن والترخيص من القاضي للمصلحة أو الضرورة، الأمر الذي يفهم منه أن دور الولي في تزويج القاصرة موزع بين الولي والقاضي، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، وهذا بخلاف ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، في أن الولاية على القصر (ناقص الأهلية)، ولاية إجبار[1]، ومنه يكون دور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مقيد ومحدود سواء في عقد الزواج القصر، أو في زواج المرأة الراشدة وهذا ملاحظ في إبرام إجراءات العقد، أمام السلطات المعنية في ذلك، وإن صيغة الزواج تتم عن طريق تبادل رضا الزوجين بالإيجاب والقبول، وليس للولي من الأمر شيء.

1وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص196.

المطلب الثاني

أثر تخلف الولي عن عقد الزَّواج

بعد أن تعرضنا لمركز الولي أو بعبارة أخرى الدور الذي يكتسيه الولي في إبرام عقد الزواج بالنسبة للمرأة، سواء كانت قاصرة أو راشدة، سوف نتعرض في هذا المطلب إلى أثر تخلفه عن أداء هذا الدور والنتائج المترتبة عن ذلك.

فلقد كان المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة، متأثرا برأي جمهور الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج، على أنه ركن من أركانه كما جاء في المادة (09)، مثله مثل الرضا والشاهدين والصداق، التي إذا انتفى منها ركن كان الزواج باطلا قبل الدخول، ويصحح بعده بمهر المثل، وإذا انتفى أكثر من ركن فالزواج باطل، ولو تم الدخول[1]، أما بعد التعديل فقد أصبحت الطبيعة القانونية للولي أنه من شروط صحة العقد، بالنسبة لزواج القاصرة، لأن دوره المتمثل في تولي عقد زواجها معلقا بموافقتها وترخيص القاضي لها، أما البالغة الراشدة، فتعقد زواجها بنفسها، لأن لا ولاية عليها وأما دور وليها فحضور مجلس العقد فقط، فما هو الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد زواج كل من القاصرة و الراشدة على ضوء قانون الأسرة الجزائري؟

1المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

الفرع الأول

أثر تخلف الولي في عقد زواج القاصرة

كانت طبيعة الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل حسب نص المادة (09) يكيف على أنه ركن من أركان عقد الزواج، ودوره أنه يتولى عقد الزواج المرأة مطلقا بما فيها القاصرة، كما نصت المادة (11)، وأن تخلفه يترتب عنه بطلان العقد قبل الدخول، ويصحح بعده بمهر المثل، و يكون باطلا ولو تم الدخول إذا تخلف أكثر من ركن، كما في المادة (33)، أما بعد التعديل فقد أصبح الولي شرط صحة في عقد زواج القاصرة، لأن دوره المتمثل في تولي زواجها أصبح معلقا بموافقتها وترخيص القاضي لها ، وعليه فإن أثر تخلف الولي هو ما نصت عليه المادة (33) في فقرتها 2 بعد التعديل على أنه " **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق قيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** " على أن الحالة التي تترتب عنها الأثار المذكورة، المتمثلة في الفسخ للعقد قبل الدخول، ولا صداق فيه والتثبيت بعد الدخول بصداق المثل، هي حالة تخلف الولي عن زواج القاصرة فقط [1]،باعتباره شرط صحة في عقدها.

1عبد الله الشيباني، مرجع سابق، ص 40.

الفرع الثاني

أثر تخلف الولي في عقد زواج الراشدة

عند ملاحظتنا لنصوص المواد(04)،(09)،(10)،(13) من قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع الجزائري أكد على أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج، الذي يترتب عن اختلاله بطلان العقد أما الشروط التي حددتها المادة (09) مكرر، والتي اعتبر الولي واحدا منها، يتأثر عقد الزواج به عند تخلفه في حالة وجوبه فقط، هي حالة زواج القاصرة، لأن دوره واضح هو تولي عقد زواجها بنص المادة(11) الفقرة2 على أنه"... **يتولى زواج القاصر أوليائهم...**"، أما بالنسبة للراشدة فإنها تعقد زواجها بنفسها، وليس لوليها دور سوى حضور مجلس العقد، لأن المادة (33) يفهم من عبارتها"...**الولي في حالة وجوبه...**"أنه في حالة غيابه أو تغيبه عن مجلس العقد، عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده [1]، وهذه أكيد تنطبق على حالة المرأة الراشدة، لأن انعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحت في المادة (09) مكرر، قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج لأن المادة 09 مكرر تطبق في حدود المادة (33) من قانون الأسرة المعدلة[2].

ومنه لا أثر على تخلف الولي في زواج الراشدة، وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا إلى أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة (33) من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون [3] وهذا اجتهاد صائب، لأن المشهور عند المالكية أن الولاية هي شرط لصحة لعقد النكاح، وبعضهم

1محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص389.

2العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص323.

[3] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص389.

يعتبرها ركنا[1] إلا أن في رواية عن مالك يقول إن الولاية سنة لا فرض، وكان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي[2].

ومنه نستنتج:

أن تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ظاهر من نص المادة (33) فقرة2 بعد التعديل، وعليه فالمشرع قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.

المطلب الثالث

بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الولاية في الزواج

إثراء لموضوعنا وبإضفائه للصبغة القضائية رأينا أن ندعمه ببعض الاجتهادات القضائية في الأحوال الشخصية صادرة عن المحكمة العليا ومناقشتها وهي كالآتي:

الفرع الأول

تخلف الرضا في عقد الزواج

1/ متى كان من المقرر في الشريعة، أن الزواج الصحيح له أركان بينة وجلية، وهو ما أضافه ابن زيد القيرواني في رسالة لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل.

كما أنه لا يحق للولي أن يزوج مولته دون أخذ إذنها ورضاها بعين الاعتبار، بل وأكثر من هذا أن يتم هذا الرضا بالقول، وعلى هذا الأساس فإن أي خروج عن هذا المبدأ يعتبر خروجا عن أحكام الشريعة.

1العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، 324.

2ابن رشد، مرجع سابق، ص8.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على أقوال الشهود، ولا يتبين منها توافر هذه الأركان فإنهم بهذا القضاء خالفوا الشريعة[1].

2/ من المقرر شرعا، أن الزواج الذي لا يتوفر فيه الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومنه نستخلص أن كل علاقة خارج إطار الزواج تعتبر غير شرعية، فإن كل عكس ذلك يعتبر خرقا لأحكام الشريعة.

ومنه باعتراف الطرفين بأنهما يعاشران بعضهما خارج إطار الزواج، إذن فعلاقتهما غير شرعية، ومنه فقضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه وتصحيحه وإلحاق نسب المولود بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض قرار المطعون فيه بدون إحالة.[2]

3/ من المقرر شرعا وقانونا، أن للنكاح أربع أركان هي: صيغة ورضا الزوجين، وصداق وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ومن المقرر كذلك أنه إذا اختل ركنا من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون.

ولما كان- في قضية الحال- أن الشاهد صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوة لعدم

---

[1] المحكمة العليا، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم: 34483، م ق، 1990، عدد1،ص64 .

2 العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 2010/1996، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2012، الجزائر، ص 63-64.

التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا صحيحا[1].

الفرع الثاني

عدم حضور الولي في عقد الزواج

1/ من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه.

2/ من المقرر شرعا وقانونا، أنه لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا، وولي وشاهدين وصداق.

3/ حيث أنه فيما يخص الولي فيجوز للأخ أن يتولى ولاية أخته في عقد الزواج، كما هو في الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن تعذر حضور الأب لسبب أو لأخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد[2].

4/ حيث أن القرار المنتقد ركز في تسبيبه على انعدام الولي في الزواج، وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد منه، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج[3].

---

1 بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص65.66.76.77.78.

[2].م.ع، غ، أ، ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366 ، م، ق، 2002، عدد2، ص440.

[3] . بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص65.66.76.77.78.

والمادة (09) من قانون الأسرة الجزائري تطبق في حدود المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري وبرفضهم دعوى قضاة الموضوع، على الرغم من وجود شاهدين، يكونون قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقد.

الفرع الثالث

الزواج العرفي

1/ من المقرر شرعا أنه يمكن اثبات الزواج العرفي بالشهرة وشهادة التسامع المتواترة ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد، وذلك مراعاة لأحكام المادة (09) والمادة (09) مكرر من هذا القانون.

وبدعوى أن المادة 554 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اوجبت أن يبين في القرار بإيجاز وقائع النزاع وطلبات الخصوم.

2/ حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتبين من الوقائع أن الطاعن قد دفع بأن هناك العديد من أقارب المرحومة يؤكدون وقوع الزواج العرفي بينه وبينها كما أن الشاهد تناقض بين ما أدلى به أمام المحكمة وما أدلى به أمام المجلس[1].

[1]م.ع، غ، أ، ش، 2017/10/04، ملف رقم 1110755، م، ق، 2017، عدد2، ص440.

خاتمة

خاتمة

إن مسألة الولاية من المسائل التي لها صلة بأعظم رابطة قدسية، بحيث أنه الميثاق الغليظ الذي ينظم هذه الرابطة على الوجه المشروع في إطار من الحقوق والواجبات، لذلك أحاطها الشارع الحكيم بأسس ومبادئ تبنى عليها.

وبعد دراستنا لموضوع الولاية بالوجه العام وولاية التزويج على وجه الخصوص خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

أولاً: أهم النتائج

1. غير المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 حكم الولي من الركن، إلى شرط صحة مقيد ومحدود، يترتب عن تخلفه الفسخ قبل الدخول، والتثبيت للعقد بصداق المثل، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء، عند من يعتبر الولي ركنا أو شرط صحة في العقد، وأما بالنسبة للراشدة فاعتبر حضور الولي لمجلس العقد أمرا شكليا لا يترتب عن تخلفه أثر وهذا كله مخالف للشريعة الإسلامية.
2. لم يعطِ قانون الأسرة الجزائري تعريفا للولاية في عقد الزَّواج، وانما اكتفى بالنص على من تثبت عليهم ومن تثبت لهم، تاركا المجال مفتوحا للفقهاء، ليولوا ذلك بالشرح والتفصيل.

3. بإلغائه لركن الولي قد خالف المشرع ما استقر عليه الفقه الإسلامي والأعراف والمبادئ، فالأسرة الجزائرية مسلمة، فهي من تتكفل بمسؤولية زواج المرأة وهي من تحفظ وتصون كرامتها، وزواج المرأة بدون وليها ينمي العداوة بينها وبين أسرتها مما يؤدي حتما إلى تحطيم العلاقات الأسرية، والمجتمع ككل.

ثانيا: التوصيات

1. على المشرع الجزائري أن يحاول إعادة الأمور إلى نصابها في التعديلات القادمة، وإدراج الولي كركن وليس شرط.
2. ضرورة تدارك المشرع الجزائري لوضع شروط معينة لتتوفر في الولي على غرار التشريعات الأخرى، لأنه ليس أي شخص يكون وليا، والحفاظ على معيار القرابة في ترتيب الأولياء بدل معيار الاختيار الوارد في عبارة " **أو أي شخص تختاره**".
3. ضرورة منح الولي سلطة رقابة زواج من هم في ولايته من خلال إعادة تفعيل المادة (12) من قانون الأسرة الملغاة، والتي تعطيه الحق في الاعتراض على ذلك الزواج إن كان الزوج غير كفء، أو تزوجت بأقل من مهر المثل.

المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم** على رواية ورش عن نافع

الكتب:

1. ابن ماجه أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، **سنن ابن ماجه**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا، ط، دار الفكر، لا، م 1399هـ/2004م).
2. ابن منظور محمد ابن مكرم، **لسان العرب**(3دار صادر، بيروت،1414هـ).
3. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي وشركائه، القاهرة، 1955 م
4. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** (ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1395هـ/1975م).
5. أحمد بن علي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي (لا. ط، دار أحياء التراث العربي، بيروت،1405هـ).
6. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم صحيح البخاري، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ.
7. بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433هـ/2012م).
8. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الزواج والطلاق، ج1(لا.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر 2002م).
9. بلحاج العربي، **قانون الأسرة** مع تعديلات الأمر 05-02 وتعليقات المحكمة العليا خلال أربعين سنة، (ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2007م).
10. بن الشويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة المعدل**، (ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر 2008 م).

11. الترمذي، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، مطبعة الحلبي، مصر،1986م.
12. حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة2009، الجزائر.
13. الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.ت).
14. شامي أحمد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دار الجامعة الجديدة طبعة2001، مصر.
15. صقر أحمد، **موسوعة الفكر الإسلامي**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر 2004م.
16. عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح**، (ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423هـ/2002م).
17. فاروق عبد الله كريم، الوسيط **في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، طبعة2004، العراق.
18. الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ط2، دار الكتب العلمية، لا.م، 1406هـ/1986م).
19. محمد ابن أحمد السرخسي، **المبسوط**، (لا،ط،دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م).
20. النسائي أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الالباني، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، السعودية، د.ت.

المجلات القضائية:

1. شهرزاد بوسطلة، **الولي في عقد الزواج وموقف المشرع الجزائري منه**، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان2007، الجزائر.

البحوث والرسائل الجامعية:

1. بن الصغير محفوظ، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري**، (رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
2. سعادي لعلى، **الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"**، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص،) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015/2014.
3. شيباني عبد الله، **الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري**، (رسالة ماجستير، في قانون الأحوال الشخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014.
4. شيهاني سمير، **شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2013.

النصوص القانونية:

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في:09 رمضان 1404هـ الموافق لـ:9 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم للأمر02/05، المؤرخ في 18 محرم عام1426 الموافق ل 27فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد15.
2. الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر1976 يتضمن اصدار دستور الجمهورية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 94 الصادر بتاريخ24 نوفمبر 1976 المعدل والمتمم.

الفهارس

الآية او شطرها	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ...	البقرة	107	11
وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُومِنُواْ...		221	27
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ ...		232	32،25،16
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فى أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...		234	33
فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِالْعَدْلِ...		282	11
وَلَنْ يَّجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُومِنِينَ سَبِيلاً...	النساء	140	22
وَالذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ...	الأنفال	74	22
وَالْمُومِنُونَ وَالْمُومِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ...	التوبة	71	22
وَأَنكِحُواْ ٱلْاَيَٰمىٰ مِنكُمْ وَالصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ...	النور	32	27
إِنِّيَ أُرِيدُ أَن انكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَاجُرَني ...	القصص	27	28
وَامْرَأَةً مُّومِنَةً اِنْ وَّهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّءِانَ اَرَادَ ٱلنَّبِيُّءُ ...	الأحزاب	50	33

طرف الحديث	رقم الصفحة
«لا نكاح إلا بولي»	17
«لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزَّانية هي من تزوج نفسها»	17
«الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»	29-17
«الإسلام يعلُو ولا يُعلى عليه»	22
«لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد»	23
«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسُّلطان ولي من لا ولي له»	29
«لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي من تزوج نفسها»	29
«جاءت فتاة إلى النَّبي صلَّى الله عليه وسلم فقالت: يا ... »	30
« ليس للولي مع الثيب أمر، اليتيمة تستأمر، فصمتها إقرارها »	34
« الأيم أحق بنفسها من وليها »	34

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

مختصرات

المقدمة.....أ

الفصل الأول :الولي في عقد الزَّواج في الفقهْ الإسْلامي.....09

المبحث الأول مفهوم الولاية في الزواج.....10

المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج.....11

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة.....11

الفرع الثاني: تعريف الولاية فقها 12

الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا.....12

المطلب الثاني: أنواع الولاية.....13

الفرع الأول: الولاية القاصرة في عقد الزواج.....13

الفرع الثاني: الولاية المتعدية في عقد الزَّواج.....14

المطلب الثالث: دليل مشروعية الولاية وترتيب الأولياء.....16

الفرع الاول: دليل مشروعيتها.....16

أولا: من القرآن.....16

ثانيا: من السنة.....17

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء.....17

المبحث الثاني: شروط الولاية وموقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزواج.....20

المطلب الأول: شروط الولاية.....21

الفرع الأول: الشروط المتفق على توفرها في الولي.....21

الفرع الثاني: الشروط المختلف على وجوب توفرها في الولي.....23
المطلب الثاني: القائلون باشتراط الولي وأدلتهم.....25
الفرع الأول: أدلتهم من القرآن.....25
الفرع الثاني: أدلتهم من السنة.....29
الفرع الثالث: أدلتهم من المعقول.....31
المطلب الثالث: القائلون بعدم باشتراط الولي وأدلتهم.....31
الفرع الأول: أدلتهم من القرآن.....32
الفرع الثاني: أدلتهم من السنة.....34
الفرع الثالث: أدلتهم من المعقول.....35
الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....36
المبحث الأول: أحكام الولاية في عقد النكاح بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.....37
المطلب الأول: ماهية ولاية التزويج.....38
الفرع الأول: تعريف ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.....38
الفرع الثاني: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.....39
المطلب الثاني: الولي في عقد الزَّواج قبل تعديل قانون الأسرة وترتيبه.....41
الفرع الأول: الولي ركن في عقد الزَّواج.....42
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء قبل التعديل.....44
المطلب الثالث: الولي في عقد الزَّواج بعد تعديل قانون الأسرة وترتيبه.....45
الفرع الأول: الولي شرط في عقد الزواج.....45
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء بعد التعديل.....47
المبحث الثاني: حدود سلطة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج.....49

المطلب الأول: مركز الولي في إبرام عقد الزواج.....50
الفرع الأول: مركز الولي في زواج القاصرة.....50
الفرع الثاني: مركز الولي في زواج الراشدة.....52
المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج.....55
الفرع الأول: أثر تخلف الولي في عقد زواج القاصرة.....56
الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في عقد زواج الراشدة.....57
المطلب الثالث: بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الولاية في الزواج.....58
الفرع الأول: تخلف الرضا في عقد الزواج.....58
الفرع الثاني: عدم حضور الولي في عقد الزواج.....60
الفرع الثالث: الزواج العرفي.....61
خاتمة.....62
فهرس المصادر والمراجع.....65
فهرس الآيات القرآنية.....69
فهرس الأحاديث النبوية.....70
فهرس المحتويات.....71

الملخص

عقد الزواج ميثاق غليظ، ورباط وثيق يتم بين الرجل والمرأة هدفه تحقيق المعاشرة على الوجه الشرعي، يقوم على أركان وشروط يعتبر الولي واحد منها، تناولته في هذه المذكرة، من خلال ماهيته وطبيعته والأثر المترتب عن تخلفه في عقد الزواج، من خلال الشريعة الإسلامية مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، حيث توصلت في الخاتمة إلى عدة نتائج، كما قدمت بعض الاقتراحات

Summary

Marriage contract is a heavy charter, and a close bond between men and women aims at achieving the right to cohabitation on the legitimate face, based on the pillars and conditions, the guardian is one of them, addressed in this note, through the nature and nature and impact of his failure in the marriage contract, With the Algerian family law. In conclusion, I reached several conclusions, and some suggestions were made.