

جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان المذكرة

إشكالات الولاية في الزواج بين الفقه و القانون

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذ :

يحياوي لعلی

لجنة المناقشة:

الدكتور: احمد الزايدى

الاستاذة: حمادي سهام

إعداد الطالب :

بن عنتر منير

/السنة الجامعية 2015/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

أشكر الله عز و جل الذي وفقني في انجاز هذا العمل

و عملا بقوله صلى الله عليه و سلم "لا يشكر الله من لا يشكر الناس" – رواه أحمد-

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل "يحياوي لعل"، الذي تكرم بالإشراف على هذه
المذكرة فكانت هذه الفرصة لان انهل مما حباه الله من علم، و لم يبخل علي بكل ما رآه مفيدا
من معلومات و توجيهات فكان نعم المرشد و ناصح أمين، إذ يعجز اللسان عن شكرك يا ذا
الذي أنت بمثابة أب و أخ لي، شكرا جزيلا أيها الأستاذ الفاضل.

❖ إلى أخي و صديقي العزيز الأستاذ "رمزي مقراني" الذي لم يبخل علي مما رزقه الله

من علم إذ كان سندا لي في إتمام هذه المذكرة.

❖ كما أتقدم بالشكر إلى الأستاذ والي عبد اللطيف.

إلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.....

جزاكم الله خيرا.....

إهداء

يا من أجمل اسمك بكل فخر و أفنتقدك منذ الصغر.....

يا من يرتعش قلبي لذكرك.....

يا من أودعتني لله أهديك هذا البحث يا*أبي رحمة الله عليك*

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمة إلى نبي الرحمة و نور العالمين إلى رمز النبل و العطاء، و العطف و الحنان.....

إلى من سهرت من أجل راحتي.....

إلى من فرحت لفرحي.....

إلى أسمى و أجمل كلمة ترددت على مسامعي....

إليك يا*أمي الحبيبة*

إلى زوجتي العزيزة الغالية، إلى الزوجة التي جعلت إرضاء الله غايتها و بناء أسرتها هدفها

إلى رفيقتي دربي أم رائد الغالية

إلى ابني و كبدي *رائد*

إلى سندي في الحياة أخواتي

إلى أمي الثانية أم زوجتي مالية بادي

إلى أصدقائي الأعزاء عبد الوهاب قبايلي و جمال و فهد "أصحاب مقولة الهدف بالهدف" و حاتم و رمزي و وليد بن بلقاسم و عبد الوهاب دراج و عزوز و جلال.

.....إلى أب زوجتي حفظه الله موسى عيدودي.

.....إلى صهري العزيز الشاعر و الكاتب رابح ظريف.

مقدمة

إن الزواج مطلب فطري، وسبيل المرسلين " وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً... " الرعد: 38 ، وهو سنة الله في الخلق " وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ " الذاريات: 49 ، ومن هنا كان الحق في الزواج وبناء الأسرة، بلغة العصر، حقا أساسيا من حقوق الإنسان، أكدته العديد من المواثيق الدولية، والدساتير والتشريعات الوطنية.

ويعود للشرعية الإسلامية فضل السبق في وضع تصور شامل ومتكامل للزواج، وذلك بالحث عليه، ونبذ الرهينة وحياة العزوبة، واعتباره عقدا يقوم على أركان وشروط ، كغيره من العقود. وأحاطته بسياج منيع من الأسس والأحكام الخاصة الكفيلة بحمايته وتحقيق المقاصد التي شرع من أجلها، وفي مقدمتها تحصين الشباب، وإشاعة روح السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، وتوفير أسباب الاستقرار والسكينة للأسرة والمجتمع، " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " الروم: 21.

إن واقع الزواج في المجتمع الجزائري، كغيره من المجتمعات العربية الإسلامية، كثيرا ما يحدد عن هذا الأساس المتين في إنشاء عقد الزواج ، خاصة في الأرياف والمناطق النائية ، حيث تحل العادات والأعراف الفاسدة محل أحكام الشرع الحنيف ، فلا تقيم هذه الأعراف للرضا في الزواج وزنا ، ولا تعرف له قدرا، في جانب المرأة على وجه الخصوص.

فتارة تكره على الزواج بشخص لا تريده ولا تميل إليه، بل قد تكرهه ولا تطيق معاشرته، وهذا ما يسمى في لغة لفقهاء بالإجبار على الزواج ، وتارة أخرى قد يتقدم إليها خاطب كفاء ذو دين خلق فتقبله ، وترغب فيه، وقد تتعلق به، فيقابلها الولي بالرفض، ويمتنع عن تزويجه بدون مبرر شرعي ، وهذا ما يسمى عند الفقهاء بالعضل في الزواج.

يعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا ، بحيث تعتبر الولاية منبع صلة الأفراد والأسر بعضهم ببعض من ناحية إن عقد الزواج عقد ديني ومدني في أن واحد.

ويبدو واضحا انتهاج المشرع الجزائري للمذهب المالكي في تقنين أحكام قانون الأسرة خاصة فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الولاية والزواج، ومن المسلم به أن الشريعة الإسلامية من المصادر الأساسية للتشريع الجزائري أغلبية التشريعات العربية والإسلامية ، إلا انه قد نجد العديد من المواد والأحكام التي تتصادم في كثير من الأحيان والشريعة الإسلامية ، حيث اتجهت العديد من الدول العربية إلى تعديل تشريعاتها وقوانينها الداخلية تماشيا مع إكهام الاتفاقيات الدولية سيما قواعد حقوق الإنسان، إضافة إلى الدور الفعال للعديد من الجماعات الضاغطة وعلى رأسها الجمعيات النسوية المدافعة عن حقوق المرأة.

إن البحث في موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع الهامة والتي قد تم التطرق إليها من قبل عديد الباحثين في الميدان بالإضافة إلى ذلك يعد الموضوع من المواضيع الجديدة نسبيا وهذا على ضوء سلسلة التعديلات التي أرساها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والذي أمس بالولي، لذا كان للإشكالات التي أفرزها المشرع من خلال هذا التعديل دافعا للخوض في هذا الموضوع على اعتبار أن سلسلة التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة تعد استجابة للضغوطات التي مارسها المجتمع الدولي من خلال مقتضيات تطبيق قواعد حقوق الإنسان لاسيما المتعلقة بحماية وترقية حقوق المرأة إلى جانب كذلك دور منظمات المجتمع المدني وعلى رأسها الجمعيات النسائية التي تنادي بمنح المرأة حقوق وحريات بنفس القدر الذي يمنح للرجل تحقيقا للعدل والمساواة في المجتمع.

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الآراء الفقهية المختلفة حول الولي في عقد الزواج ، و إلى إبراز مكانة الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من خلال دراسة مدي تبني المشرع الجزائري للآراء الفقهية المتعلقة بمركز الولي على ضوء الشريعة الإسلامية لاسيما المذهب المالكي، كما تهدف هذه الدراسة إلى إبراز الآثار المترتبة عن غياب ركن الولي في عقد الزواج ، كما تكمن أهمية الدراسة إلى إبراز مكانة وأهمية الولي في عقد الزواج للحفاظ على الروابط الأسرية.

يعود السبب في اختيارنا لهذا الموضوع إلى وجود كم هائل من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي آوت مكانة هامة للولي في عقد الزواج والأحكام التي أقرها التعديل الجديد الذي أرساه المشرع الجزائري من خلال الأمر 05 - 02 المتعلق بقانون الأسرة لمركز الولي، محاولة إزالة اللبس القائم عند البعض بين مكانة وخصوصية الولي في كل من العادات والتقاليد المجتمعية، وبين ما هو قائم من خلال نصوص الشريعة الإسلامية.

وخلال عملية البحث واجهتنا العديد من الصعوبات من بينها نقص المراجع وعلى رأسها الكتب المتخصصة في الموضوع إضافة إلى عدم تمكننا من الحصول على اجتهادات المحكمة العليا بخصوص الولي بين الشريعة والقانون في عقد الزواج، إضافة إلى ذلك سجلنا نقصا كبيرا للمواد العلمية الجزائرية الخاصة بالموضوع وخصوصا تلك المواكبة للتحويلات التي جاء بها التعديل الأخير للمشرع الجزائري لقانون الأسرة والمتعلقة بمركز الولي.

ومن هذا المنطلق يمكن طرح الإشكالية على النحو التالي:

كيف عالج المشرع الجزائري موضوع الولاية في عقد الزواج ؟
وما مدي تبنيه لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية في عقد الزواج؟
وما هو التكييف القانوني لمركز الولي من وجهة نظر المشرع الجزائري ؟

للإجابة على الإشكاليات التي أثارها الموضوع اعتمدت على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الذي يتلاءم ويتوافق مع أهداف وطبيعة موضوع الدراسة ، إضافة إلى اعتمادنا المنهج المقارن الذي يساعد في مقارنة الدراسة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هذا من جهة ومن خلال التشريع الجزائري والتشريعات الوضعية للبلدان العربية من جهة أخرى.

ومن اجل دراسة جوانب الموضوع تم تقسيم الموضوع إلى فصلين وفقا لما يلي :

الفصل الأول : تناولنا فيه أحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية، حيث تطرقنا إلى مفهوم عقد الولاية في الزواج، وموقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح.

الفصل الثاني : أحكام الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات ، حيث تطرقنا فيه إلى الولي في عقد الزواج في إطار قانون الأسرة الجزائري من خلال الأمر 05- 02 المعدل والمتمم ، والى اثر تخلف ركن الولي في قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات كالقانون المغربي و القانون الإماراتي.

الفصل الأول

أحكام الولاية في
الزواج في الشريعة
الإسلامية

المبحث الأول : مفهوم الولاية في الزواج

لقد كانت الولاية من أهم الانشغالات التي تناولها الفقه و أخضعها لآرائه وانتقاداته فإن تعريف الولاية لم يسلم من ذلك، وهذا ما نتطرق إليه في هذا المبحث الذي قُسم إلى مطلبين:

المطلب الأول : تعريف الولاية في الزواج

لتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب أولاً الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما تم كتابته من طرف الفقهاء في مسألة الولاية في الزواج:¹

تعريف الولاية لغة و شرعا:

لقد جاءت للولاية في عقد الزواج عدة تعاريف، و ذلك باختلاف الفقهاء و يتأرجح مفهومها بين المفهوم اللغوي و الاصطلاحي، و هذا ما سنحاول التطرق إليه.

الفرع الأول:الولاية في اللغة

الولاية يفتح الواو وكسرهما مصدرها ولي يقال: فلان ولي الشيء وعليه، إذا ملك أمره وقال سيبويه: الولاية بفتح الواو المصدر، وبكسر الواو الاسم مثل الإمارة والنقابة والولي من ولي أمر غير.

ومعناها اللغوي أحد معان ثلاث:

- النصره: قال تعالى "وَمَا لَكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ"²
- السلطة: لأن كون الشخص ذا ولاية على شيء أن تكون له سلطة عليه.
- تولي الأمر والتصرف فيه، لأن من ولاه الشرع والقانون على قاصر أو مجنون أو معتوه... معناه أنه ولاه أمر التصرف في شؤونه.³

¹ بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص36

² القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 107

³ الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، سنة 1982، الجزائر، ص14

وتكون الولاية بمعنى القرابة والنصرة والمحبة فتأتي الواو مفتوحة وكسورة، وكلا المعنيين مراعى في الولاية، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والعمل... كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب ودعامة قوية من دعائم تحقيق هذه النصرة.¹

وتعرف الولاية أيضا أنها اسم من وليت الشيء ولايته وقمت عليه ودبرت شؤونه ونصرته والولي في لغة العرب القرب والدنو، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى: " فاليمل وليه بالعدل " وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.²

الفرع الثاني: الولاية شرعا

أما معناها الفقهي، فقد اختلفت فيه تعاريف الفقهاء فبعضهم عرفها : بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر تدبير شؤونه الشخصية والمالية وبعضهم عرفها بأنها :

- "القدرة على إنشاء العقد نافذا"

- وبعضهم عرفها بقوله:

"تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"

وهذا التعريف منتقد من ناحيتين:

أولا : ناحية أنه اقتصر على ذلك الأقوال دون الأفعال في الولاية.

ثانيا : أنه عرف الولاية ببيان حكمها وهو أمر تأباه التعارف والنقد من هذه الناحية يوجه أيضا إلى التعريف الثاني.³

- أما التعريف الأول فيوجه إليه النقد من ناحية أنه لم يتضمن أوجه القربة في

الولاية الأمر الذي يدعو إلى البحث عن تعريف آخر للولاية ليسلم من النقد، وهذا

التعريف يمكن أن يكون كما يلي:

❖ الولاية سلطة ثابتة لشخص بالغ تخوله لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات الشرعية

النافذة بالنسبة لنفسه وغيره.

¹ هاني بن عبد الله، (د، س، ن)

² بوكايس سمية، مجلة الفقه و القانون، العدد 20، بتاريخ : 02 يونيو 2014، ص156

³ هاني بن عبد الله نفس المرجع السابق

وتعرف اصطلاحاً : بأنها سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه أو التصرف في ماله فهي بذلك ولاية قاصرة أما إذا كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي ولاية متعديّة.¹

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية على النفس وهي الإشراف على الشؤون الشخصية للمرأة مما يعني أن ولاية الزواج هي أن يقدم شخص كبير ا رشد عل تدبير شؤون الزواج للمرأة المحتاجة لذلك.²

المطلب الثاني :أدلة مشروعية الولاية

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهمية وما يترتب عليها من آثار في حياة الإنسان فمشروعيتها مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده ولذلك أصبحت أهمية الولاية لها من الأهمية البالغة في حياة المسلمين على مختلف العصور و لقد وردت عدة نصوص شرعية تدل على اعتبار أري المرأة في عقد الزواج و ذهب كثير من العلماء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها.³

- و إلى أن الزواج لا ينعقد بعبارتها إذ أن الولاية تعتبر شرط صحة في العقد كما أن العاقد هو الولي واحتجوا بالعديد الأدلة الشرعية القوية الدالة سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو المعقول وسيتم بيانها كالتالي:

الفرع الأول : من القرآن الكريم

أ - قال تعالى " وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بِبَيْنِهِمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " البقرة : الآية 232⁴

وقد ذكر فيها الشافعي رحمه الله أن هذه الآية دليل على أهمية مركز الولي ووجوده، فأن لو لم يكن له اعتبار لما كان لعضله معنى.

ب - وقوله تعالى " وَلَا تُكْحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا"⁵

¹ بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 39-40

² بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 39-40

³ بوكايس سمية، نفس المرجع السابق، ص 156.

⁴ القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 232

⁵ القرآن الكريم ،نفس المرجع، الآية 221

ج- وقوله " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ " النور: الآية 32¹

د- وقوله عز و جل " فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ " النساء: الآية 25²

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الأولى والثانية أن الله عز وجل قد خاطب بالنكاح الرجال وأضاف النكاح إليهم فدل على أنهم يملكون مباشرة العقد وليس النساء.

ووجه الدلالة في الآية (ج) أنها وردت في الإماء لكنها تعد دليلاً شرعياً على عدم جواز نكاحهن دون إذن أهلهن، ومن الممكن أن لا يكون ما يمنع ذلك في تطبيق نفس الحكم الذي يشمل غير الإماء.³

الفرع الثاني : من السنة النبوية

قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "

وجه الدلالة من الحديث أنه ينفي وجود نكاح شرعي من دون ولي و إذا تم نكاح دون ولي فهو ليس نكاح، أي أنه باطل.⁴

وقوله صلى الله عليه وسلم بما رواه مسلم من حديث ابن عباس " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها "

وما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة : " لا تنكح الأيم حتى تستأذن "

كما ما ورد عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : قلت : يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال : نعم قلت : فإن البكر تستأذن فتستحي قال : إذنها صماتها، فنهى أن تنكح بدون استأذانها "

وحديث أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده ،عن حسين بن جرير عن أيوب عن عكرمة، عن ابن عباس: "أن جارية أتت النبي صلى الله عليه وسلم - فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه الصلاة والسلام " .

¹ القرآن الكريم، سورة النور، الآية 32

² القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 25

³ اسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار حامد للنشر و التوزيع، طبعة 2009، الأردن، ص 116-117.

⁴ أماني علي المتولي، الضوابط الشرعية و القانونية للأنواع الحديثة للزواج و الطلاق، دار الكتاب الحديث، سنة 2010 مصر، ص 43

وما أخرجه الدار قطني عن ابن عباس: "أن النبي صلى الله عليه وسلم، رد نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان" وأخرج النسائي في سننه حديث خنساء وفيه أنها كانت بكرا رواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت: "أنكحني أبي وأنا بكر فشكوت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا تتكحها وهي كارهة"¹

وما روي أن فتاة جاءت للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء".

ومع كل ما تم عرضه من نصوص وأدلة شرعية دلت في مجملها على أن ليس للولي لإجبار من هي في ولايته على الزواج وعلى الاعتداد بآرائها، وهذا يدل على أن المرأة رضاها معتبر في عقد الزواج².

المطلب الثالث : أقسام الولاية

لقد قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين:

الفرع الأول : ولاية الاختيار

و تعني حق الولي في تزويج المولى عنه بناء على اختياره و رضاه وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت عند الحنفية المبالغة ثيبا كانت أم بكرا و هي عند الشافعية تثبت للثيب البالغة بينما جعلها المالكية و الحنابلة للثيب البالغة و للبكر المرشدة .

وهي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه .ولا يشاركه فيه أحد، و أما الولاية الثانية،وهي تثبت على البالغة العاقلة، و ذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تتفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج و ينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفائه معها على الزواج، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار، كما تسمى، ولاية الشركة، ولأنه ليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك و يشتركا في الاختيار، و يتولى هو الصيغة، و أبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة، ليس لأحد عليها

¹ بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 36-37

² بوسطة شهرزاد، مرجع سابق، ص 36-37

سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج، ولذلك فقد أطلق عليها الحنفية اسم ولاية استحباب¹.

الفرع الثاني : ولاية الإيجاب

هي التي ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره ولذلك بتهميش رأي المرأة كما يقررونها الحنفية على الصغيرة و إن كانت ثيبا وفي حالات نقص الأهلية أو عيوبها من سفه وغفلة وجنون وغير ذلك، لعله الصغر، بحيث المولى عليه لا يعترض على تصرف موليّه دون أخذ أريه، وقد سماها الفقهاء ولاية إيجاب أو ولاية حتم و إيجاب².
وعلة ولاية الإيجاب عند الأحناف الصغر، أما عند المالكية فتثبت للبكر البالغة.

المبحث الثاني :موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بأغلب مذاهبها المتعددة في شرط الولي في عقد النكاح ومدى ضرورة اشتراطه، و في مدى صحة الزواج بعارة النساء، فهناك من أجاز صحة هذا العقد بعبارتهن بنشأته صحيحا لا غبار عليه أي أن المرأة لها كامل الحرية في أن تبأشر عقد زواجها بنفسها.³

وعلى عكس الرأي السابق هناك فريق له أري آخر في مدى صحة العقد بعارة النساء وقالوا بعدم نفاذه أصلا وأن المرأة لا يجوز لها أن تبأشر عقد زواجها لا لنفسها ولا لغيرها. ومما سبق سنتعرض إلى آراء الفقهاء المتباينة ومناقشة أدلتهم كالآتي بيانه:

المطلب الأول : القائلين باشتراط الولي في الزواج وأدلتهم

ثبت الخلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة الولي في عقد النكاح وعدم ركنيته، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الولي ركنا من أركان عقد الزواج أي أن النكاح بدون ولي باطل، واعتبروا هذا الأخير شرط صحة في عقد النكاح.

¹ الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د، س، ن)، مصر، ص 107

² بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 41

³ إسماعيل، أبا بكر علي المومني، نفس المرجع السابق، ص 113.

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

الفرع الأول: أدلتهم من الكتاب

قوله تعالى "و إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" البقرة: الآية 232²

ففي هذه الآية نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن عضلهم قصد الإضرار بهن حين انقضاء عدتهن من الرجوع إلى أزواجهن وحصل بينهم طلاق ورغب في الرجوع إليهم بعقد جديد، و دل في قوله تعالى "ولا تعضلوهن" إذا لو كان أمرهن بأيديهن لما طلب الشارع الحكيم من الأولياء عدم المنع، فهذا دليل على عدم حرية النساء في تزويج أنفسهن.

تتقضي عدتهن، بقوله: "ولا تعضلوهن" أي أن المخاطب هنا هم الرجال وليس النساء، ولذلك فمن كان أمره بيده لا يقال إلى غيره منعه منه بحيث أنه لا معنى لمنعه غيره له. قال الشافعي - رحمه الله "هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تتكح نفسها"

والدليل على أن الخطاب في قوله تعالى "فلا تعضلوهن" مخاطباً بها الأولياء في سبب نزول الآية كما قال بها ابن جرير الطبري، والقرطبي وغيرهم.

قال جرير - رحمه الله: أن هذه الآية نزلت في لأجل كانت له أختاً متزوجة من ابن عم لها فقام بتطليقها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها فأبى أخوها أن يزوجه إياها، ومنعها منه وهي راغبة به، وقد اختلف أهل التأويل فيه فنزلت الآية في شأنه³.

فقال بعضهم أنه كان معقل ابن يسار المزني كانت أخته تحت أبي البذاخ فطلقها هذا الأخير وتركها حتى انقضت عدتها ثم جاء ليخطبها مرة ثانية وأبى أخوها أن يزوجه إياها وقال: وجهي

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2011، ص 77

² القرآن الكريم، سورة البقرة، نفس نفس المرجع السابق: الآية 232

³ عوض بن رجا العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة فهد الوطنية، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الأول، السعودية، ص 69-

من وجهك حرام أن تتزوجيه، فنزلت الآية، قال مقاتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم معقلاً، فقال: إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البذاخ، فقال: أمنت بالله وزوجتها منه. وقال آخرون نزلت هذه الآية دليلاً على نهى الرجل من هي في ولايته بقصد الإضرار بها بعضها عن الزواج.¹

فهذه الآية في نظر الجمهور تبين لنا مدى سلطة الولي على من هي تحت ولايته في الزواج حتى ولو كانت ثيباً، وحتى ولم يكن وليها هو الأب، ففي هذه الآية المولى عليها كان أخوها وبالرغم من ذلك فإن سلطة الولي قائمة في حق موليته، لأنه لو 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، خاصة وأن هذه الآية نزلت لبيان حكم في التشريع الإسلامي.

والعضل بجعله إلى الأولياء في قوله "ولا تعضلوهم" بمعناه الحبس والتضييق والمعنيين مليهما وارد فلما نهى الشارع الحكيم الأولياء عن العضل لما فيه من ضرر التضييق على موليّاتهم دل على حق الأولياء في ذلك فيما نهو عنه.²

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

- أولاً : المقصود بقوله تعالى "فبلغن أجلهن" انقضاء العدة وسقوط حقه في إرجاع زوجته بدون عقد جديد كما قال الشافعي: "دل سياق الكلامين على افتراق البلوغين" وهذا المعنى كان الإجماع بين جل المفسرين.
- ثانياً : المخاطب بقوله تعالى: "فلا تعضلوهم" هم أولياء النساء ودليلهم سبب نزول الآية.

- ثالثاً : المقصود بالأزواج في قوله تعالى: "أن ينكحن أزواجهن" هن الذين كن في عصمتهم من قبل وحصلت بينهما طلاق كما في سبب نزول الآية، ولا يمنع أن يشمل الحكم اللواتي لهن أزواج أو سيكون لهن مستقبلاً.

الدليل الثاني :

- في قوله تعالى " وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا " البقرة : الآية 221³

¹ الأكل بن حواء، مرجع سابق، ص 21.

² الأكل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 21.

³ القرآن الكريم، نفس المرجع السابق، البقرة، الآية 221

وجه الاستدلال من الآية: أن هذا الخطاب موجه إلى الأولياء فنهاهم بعدم إنكاح موليّاتهم إلى المشركين حتى يؤمنوا، لما قد يلحق من ضرر جسيم للمسلمة، فالآية الكريمة دلت على أن النكاح يقع بأيدي الرجال وليس بأيدي النساء، ولو كان أمر الإنكاح للنساء لما خاطب الشارع الحكيم الأولياء دونهن، فالآية لم تدل على منع المرأة من تزويج نفسها من مشرك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المرأة من غير مسلم 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 - باستدلال الولاية في النكاح تعقيباً على قوله تعالى "ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا" الخطاب موجه للأولياء بأن لا ينكحوا موليّتهم إلى المشركين. ومن المعلوم عدم جواز زواج المسلمات من المشركين، فالأمر للولي في تولي النكاح لا للنساء.

والآية خطاب لكافة المشركين المكلفين الذين خوطبوا بصدرها بقوله "ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا" والمراد بها الأولياء الذين لهم سلطة الإنكاح الأولياء أو عند عضلهم يكون السلطان الذي يمثل الدولة بمقام الولي بدليل قوله "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له". وهذه الآية دليل بالنص على أنه لا نكاح بدون ولي، قال محمد بن علي بن الحسين: النكاح بولي في كتاب الله بقوله "وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ" و قد اختلف أهل العلم في النكاح بغير ولي.²

الدليل الثالث :

قال تعالى "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم" فالخطاب في قوله " وانكحوا " المقصود به الأولياء ودلالته على اشتراط الولاية في الزواج من عدة نواح:

- أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء.
- ومنها أن صيغة الأمر الدالة على الوجوب فيدل ذلك على أنهم هم المكلفون.

¹ عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، ص 68-69-70

² الأكل بن حواء، مرجع سابق، ص 22.

و منها : أن الله أمرهم بإنكاح نسائهم و عبيدهم و إمائهم ، مما يدل على أن إنكاح الحائر إلى الأولياء ، و أن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم ، ولذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمة الله عليه " فخطب الله الرجال بإنكاح الأيامي كما خاطبهم بتزويج الرقيق ¹ ."

- وقال تعالى في حكاية عن شعيب في قصة موسى عليهما السلام "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين"

وهذه دليل على أن النكاح يكون بيد الرجال لا النساء.

واستدل الجمهور باستدلالهم على وجوب شرط الولي في عقد النكاح على الفريق القائل بعدم اشتراطه، والقائم على إسناد النكاح إلى المرأة دون الرجل في جل الآيات السابق ذكرها بضرورة وجود هذا الأخير في العقد.

الدليل الرابع :

"و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح وأن تعفوا ذلك أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير" البقرة الآية 237

وقد قال بموجبها الفخر الرازي "للشافعي أن يتمسك بهذه الآية للدلالة على أنه لا يجوز النكاح بدون ولي، بدليل إجماع جمهور المفسرين على أن المقصود بقوله " أو يغو الذي بيده عقدة النكاح " هو الزوج أو الولي واستدلال على أنه الزوج باطل، لأنه لا سلطة له على إبرام عقد الزواج لذلك فالاستدلال هنا يحمل على أن المقصود هو الولي فقط لا غير.

الدليل الخامس:

قوله تعالى "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين" الآية دليل على أن أمر النكاح للأولياء الرجال دون النساء والآية الكريمة في قول نبي الله صالح مدين ابنته موسى - رضي الله عنه - وشرع ما قبلنا لم يأت دليل على نسخه في شرعنا فكيف إذا ما جاء في شرعنا ما يؤكد ويؤيده، وهذه الآية دليلاً قوياً على أن الولاية في

¹ عوض بن رجاء العوفي ، مرجع سابق ، ص 84.

النكاح هي سنة السلف من الأنبياء و الصالحين قبل بعثة نبينا الكريم عليه أفضل الصلوات والتسليم¹.

الفرع الثاني : أدلتهم من السنة

إن اشتراط الولي من السنة النبوية هي الأساس بأدلة كثيرة سيقت من الفريق القائل بضرورة اشتراط الولاية في النكاح نذكر من بينها:

الدليل الأول :

قوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها" ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ الأيم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا، وقد جعل الحق في الزواج حقين، حق للولي وهو مباشرة عقد الزواج برضاها، وحقها هي أحق وأولى من وليها ولا يكون لها الحق في ذلك إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، وبمهر أقل من مهر المثل وكان الزوج غير كفء².

و لكن من الممكن أن يرد على هذا بأن معنى قوله صلى الله عليه وسلم (أحق بنفسها) ليس محصورا فقط في أن تتزوج دون رضا الولي .فهناك الكثير من الحالات التي من الممكن أن يشملها قوله صلى الله عليه وسلم (أحق منه)، كأن تباشر العقد بنفسها بحضور وليها، وكذا تحديد وقت و مكان العقد، وحقها في اختيار زوجها أو الإذن، وغيرها من الحالات التي ترجع منفعتها الخالصة للمرأة .فتوجيه قول الرسول لهذا المعنى فقط، لا دليل له و الله أعلم.

¹ عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 88

² اسماعيل أبا بكر علي البامري، ص 114

ولو سلمنا فرضاً بصحة المعنى، فإن هذا الحكم لا يشمل كل امرأة، بل يخص الثيب لا البكر، لأن الأيم هنا هي الثيب. ويؤد ذلك ما جاء في تنمة الحديث (و البكر تستأمر) فعلم أنه أراد الثيب إذ ليس هناك قسم ثالث.¹

مع أن هذا الحديث لا يتعارض مع محتوى النصوص التي دلت على اشتراط الولاية، كما أن للولي، كم أن للولي حق تزويج الثيب، كما لها الحق في تزويج نفسها وحقها أرجح من حقه بدليل صيغة التفضيل، ولما كان الحق في تزويج نفسها لم تجز الشريعة الإسلامية الحق في إجبارها على الزواج إلا باستشارتها بدليل كل النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة.²

الدليل الثاني:

قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي "³

وجه الاستدلال من الحديث على اشتراط الولي في الزواج، الحديث صريح على إبطال عقد الزواج بدون ولي، وما روي عن هذا الحديث عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة - رضي الله عنهم - وقد ذكرها سعيد ابن المسبب وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد بن سفيان الثوري والعديد من الفقهاء والمفسرين.⁴

وفي رواية أخرى عن أبي بردة قال عليه الصلاة والسلام " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" فوجه الدلالة من الحديث أن المرأة ليس لها الحق في تزويج نفسها ولا غيرها بدون وليها والحديث ينفي الصحة عن النكاح الذي أبرم بدون ولي، أي أنه باطل ولا ينتج آثاره ولا يبقى أمامه إلا الفسخ.

الدليل الثالث:

ما رواه عبد الله عن بُريدة، عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم :فقال: يا رسول الله :إن أبي - ونعم الأب هو- زوجني ابن أخيه ليرفع

¹ اسماعيل أبا بكر على البامري مرجع سابق، ص 114

² اسماعيل نواهضة و من معه، الأحوال الشخصية في فقه النكاح، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010

الأردن، ص 108

³ الأكل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 24.

⁴ أحمد شامي، مرجع سابق، ص 77

بي خسيسته قال :فجعل الأمر إليها فقالت :إني أجزت ما قد صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء "رواه الإمام أحمد والنسائي و الدار قطني.
فإقرار النبي عليه الصلاة والسلام للفتاة " ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء" دليل على أمر نكاحه ن بأيديهن وهو حق ثبت لهن وحدهن وليس لآبائهن فيه شيء بل هو مراعاة للحشمة والحياء وصونا لكرامة المرأة من حضور مجالس الرجال.

الدليل الرابع:

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 فالسلطان ولي من لا ولي له " رواه أحمد ، وأبو داود، وابن ماجه.¹
ووجه الاستدلال من الحديث أن نكاح المرأة بدون إذن وليها مآله البطلان، والحديث هو حديث عام يشمل كل النساء دون استثناء بقوله عليه الصلاة والسلام " :أيما " وتأکید النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ "باطل " ثلاث مرات تأكيد بطلان زوج المرأة لنفسها بدون وليها وأن ولاية النكاح من حق وليها.²

الدليل الخامس:

روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة اعتذرت بأعذارها من جملتها أن أوليائها غيب فقال النبي صلى الله عليه وسلم " ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله."
ووجه الاستدلال من الحديث أن الرسول عليه الصلاة والسلام تزوج ن أم سلمة ولم يكن أوليائها حاضرين فدل على صحة النكاح دون ولي.
والمردود على هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج من أم سلمة بكونه وليا عليها كونه السلطان، والسلطان ولي من لا ولي له، بالإضافة إلى خصوصية ولاية الرسول عليه الصلاة والسلام على باقي المسلمين بدليل قوله عز وجل " النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم"³
ومن الأدلة التي جاءت في الأثر نوجز بعض منها كما يلي :

¹ عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، ص 112-113

² اسماعيل أبو بكر علي البامري، نفس المرجع السابق، ص 114.

³ اسماعيل أبو بكر علي البامري، نفس المرجع السابق، ص 114.

أولاً: أن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر الزواج وتخطب ثم تقول اعقدوا فإن النساء لا يعقدن.

ثانياً: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فرق بين رجل و امرأة زوجها غير وليها، وقال : لا تتزوج المرأة إلا بولي.
وأما دليلهم من العرف والعادة :

كما جرى التعامل به والسائد بين مختلف العرب في صدر الإسلام أنه لم يحدث وإن زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها، " والعادة محكمة " كما تقول القاعدة الفقهية.

و إلى جانب كل النصوص سواء كانت من الكتاب أو السنة هناك جانب يتعلق بطبيعة المرأة ونفسيتهما نظرا لما جبلت عليه من رقة الشعور والعاطفة فقد تؤدي بنفسها على ما لا يحمد عقباه بزواجها من رجل قد تندم عليه مستقبلا من حيث لا ينفذ ندم وما قد تلحق بعائلتها ووليها من العار، لذلك فأن مصلحة المرأة في ولاية وليها عليها لكون هذا الأخير له من الإدراك ما يميز به شخصية الرجال ومعرفتهم على حقيقتهم.¹

ويرجع اختلاف العلماء في اشتراط الولي من عدمه إلى جملة من الأسباب من بينها أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما اتفقوا في المسائل والشروط الواجب توفرها في العقد بدليل الاختلاف بين الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، بكون لابد من وجود الولي في العقد و إلا عد الزواج باطلا بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته عُد ركنًا من أركان العقد ومن جانب آخر الحنفية الذين لم يعدوه ركنًا في الزواج وبالتالي يجوز للمرأة أن تُباشر عقد زواجها بنفسها².

المطلب الثاني : أدلة القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج وأدلتهم

لقد جاء الحنفية بنقيض ما جاء به الجمهور موقفهم وأدلتهم كما سبق ذكره فأجاز الحنفية أن تزوج المرأة نفسها وحتى تزويج غيرها، لكنهم وضعوا شروطا لكي تستطيع المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها، بحيث هذه الشروط تكون واجبة لصحة العقد ومن بين تلك الشروط أن يكون

¹ الأكل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 26.

² محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة و الزواج، دار الاعتصام للطبع و النشر و التوزيع، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر.

الزوج كفئاً للزوجة، بالإضافة إلى أن لا تزوج نفسها بمهر أقل من مهر المثل، فإذا لم تتوفر هذه الشروط جاز للولي الاعتراض على الزواج، وهذا ما جاء به الزهري.¹ واستناد فريق الحنفية في رأيهم إلى أن الولاية على النفس والمال تثبت للشخص البالغ العاقل والكمال الأهلية سواء أكان رجلاً أم امرأة، فكل العقود التي يبرمها كلا الطرفين تعتبر صحيحة وناظفة ما دامت مستكملة لكل شروطها الشرعية ولا تتوقف على إجازة أحد، فالمرأة البالغة الراشدة الكاملة الأهلية عندهم لها أن تزوج نفسها بكمال إرادتها بشرط أن لا يكون الزوج غير كفء أو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل، ولا يجوز لغير وليها العاصب الاعتراض عن الزواج إذا لم تتوفر هذه الشروط.

وهنا يطرح التساؤل التالي: ما الحكم إذا زوجت المرأة نفسها بدون توفر الشروط المنصوص عليها وكان وليها معترضاً على الزواج؟

وللإجابة على التساؤل المطروح اختلف فقهاء الحنفية في حكم العقد ويظهر احتمالين:

أ - العقد نافذ والزواج صحيح.

ب - الزواج غير صحيح والعقد باطل.²

فعند الحنفية وأبو يوسف أن الكفاءة، من حق الأولياء دفعا للضرر الذي يلحق بهم من العار أما إذا كان مرها أقل من مهر المثل وكان الغبن فاحشاً، فإن العقد يعتبر صحيحاً وناظفاً لكن يظل غير ملزم في حق الولي، إذا يمكن لهذا الأخير الاعتراض ما لم يظهر عليها حملاً ظاهراً أو تلداً، فعدم إكمال الزوج لمهر المثل يبقى للولي حق اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد فأغلب على رأي الحنفية والمفتي به عدم لزوم العقد في حالة عدم رضا الولي نظراً لغياب الشروط السالفة الذكر.³

وقد ذهب فريق الحنفية والجعفرية إلى أنه يجوز للمرأة بأن تزوج نفسها بدون حضور وليها دون إليه.⁴

¹ أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 79.

² جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، (د، س، ن)، الجزائر، ص 72.

³ جمعة سمحان الهلباوي، ص 71-72.

⁴ فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، كلية القانون، طبعة 2004 العراق، ص 88

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

الفرع الأول : أدلتهم من الكتاب

فهناك العديد من الآيات أسندت النكاح إلى النساء كإسناد الفعل إلى فاعله والتصرف إلى من يباشره، كما أنها أكدت على الولي ونهته أن يمنعها من حقها ولو كان ذلك غير مباح وغير صحيح لما نهى الشارع الحكيم الولي عن منها منه.

الدليل الأول:

قال تعالى "و إذا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرِفِ ذَاكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " البقرة 230¹.

فقد قال أبو بكر الحصاص : قوله تعالى "فلا تعضلوهن" معناه لا تمنعهن ولا تضيقوا عليهن في التزويج، وقد دلت هذه الآية جواز تزويج المرأة لنفسها من غير وليها كما نهى الشارع الحكيم عن عضلهن إذا تراضوا بين أزواجهن².

وجعل النكاح بأيديهن لأنهن هن محل وسبب النكاح.

كما أن هناك وجه آخر هو أن المرأة البالغة الحرة لا تتزوج إلا بإذنها فهي لا تتعدى الحالتين إما ثيباً أو بكراً ، فالثيب لا تنكح إلا بإذنها، أما البكر في فالظاهر في أقوال العلماء أن ليس لأحد إجبارها على الزواج إلا كان وليها أبوها أو جدها، وهذه الحالة هي مستثناة في حديث آخر.

والاستدلال بمنع الأولياء من عضل من هن في ولايتهن فيه إثبات إلى حقهم في الولاية عليهن لا نفيها، و ولاية الولي مصلحة ونظر فلو احتمل العضل في الآية أكثر من معنى، وجاء سبب نزول الآية مبينا وجاء سبب نزول الآية أن المارد أحدهما وجب اعتماده وترك ما خالفه³.

الدليل الثاني:

¹ القرآن الكريم، نفس المرجع السابق، سورة البقرة، الآية 230

² محمد رافت عثمان، عقد الزواج أركانه و شروطه و صحته في الفقه الإسلامي، (د، ط)، (د، ن).

³ عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 157-158.

قال تعالى "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يعلمون" البقرة: الآية 230 ووجه الاستدلال بهذه الآية يظهر من خلال وجهين:

- أ - إضافة النكاح إلى المرأة في قوله "تنكح"
ب- نسب التراجع إلى الزوجين بدون ذكر الولي.¹

الدليل الرابع :

قوله تعالى "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ" البقرة: الآية 234²

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تضمنت النهي عن التريث عليهن فيما يفعلنه في أنفسهن بدون إذن أوليائهن والمقصود هنا هو النكاح.³

الدليل الخامس :

قال تعالى "وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ" الأحزاب الآية 50⁴

وجاء في هذه الآية اعتبارها دليلا على انعقاد عقد الزواج بلفظ المرأة وهي نص على ذلك وذلك لو لم تكن تملك عقد النكاح لما ملكت أن تهب نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم وظاهر الآية أن هبتها لم تتوقف على إجازة وليها. وقد ظهر ثلاث أقوال في هذه الآية :

القول الأول : لا تعتبر دليلا على صحة إنكاح المرأة لنفسها لغير رسول الله ،وكون النكاح من دون ولي من خصائصه صلى الله عليه وسلم وهو المشهر بين مذهب جمهور الفقهاء. وأما القول الثاني والثالث فلا ذكر فيه لإسقاط الولي وبديل ذلك قوله "إن أراد النبي أن يستنكحها" وهذا دليل على أن المرأة المؤمنة لا تحل للنبي بمرد أنها وهبت نفسها له وإنما الأمر متروك

¹ الأكل بن حواء، مرجع سابق، ص 29.

² القرآن الكريم، نفس المرجع السابق، سورة البقرة، الآية 234

³ عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، ص 166-185.

⁴ القرآن الكريم، نفس المرجع السابق، الأحزاب، الآية 50

له عليه الصلاة والسلام إن أراد أن يتزوجها و إلا ترك فيكون النكاح مستأنفاً، أي أن المقصود من الهبة هو سقوط الصداق الذي هو خالص للمرأة.¹

الفرع الثاني : أدلتهم من السنة

الدليل الأول:

ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الأيم أحق بنفسها من وليها " و الأيم هي التي لا زوج لها سواء أكانت ثيباً أم بكراً، وهذا أصح من الأحاديث التي استدلت بها الفريق الآخر المخالف.²

قال الزيلعي : أن الشرع شارك بينها وبين الولي ثم قدمها (أحق) والعقد صحيح. كما أن بعض من الفقهاء قالوا على أحقية المرأة بإنكاح نفسها بدون إذن وليها لكنه يبقى صحة نكاحها أو بطلانه موقوف على إجازته . وهذا ما ذهب إليه أبو ثور.

وجه الدلالة:

قالوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم النساء إلى بكر وثيب وخص الثيب بأنها هي أحق بنفسها من وليها وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه معارض للحديث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام "والبكر تستأذن" و الاستئذان مناف للإجبار، فالثيب تخطب بنفسها عن طريق وليها سواء استأذنها في إبرام العقد أم لا.

يقول ابن حزم : الدليل على إجازة النكاح للبنات الصغيرة البكر أنهم استدلوا بإنكاح أبو بكر الصديق للنبي صلى الله عليه وسلم من عائشة - رضي الله عنها - وهي بنت سبع سنين.³ ويضيف ابن حزم أن الاستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل بدليل قوله عليه الصلاة والسلام "رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ"⁴

¹ عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، 165-166.

² محمود محم حمودة و من معه، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، الأردن، ص 129.

³ مصطفى أمين، حيدر الأتروشي، **أحكام الزواج و الطلاق في فقه الامام الظاهري**، دار قنديل للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2010 ، الاردن، ص 93-94-95-96.

⁴ مصطفى أمين، حيدر الأتروشي، **أحكام الزواج و الطلاق في فقه الامام الظاهري**، دار قنديل للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2010 ، الاردن، ص 93-94-95.

- واستدلال أبو بكر الصديق بحديث النبي صلى الله عليه وسلم " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن ... " يظهر من عدة أوجه ن وجزها كآلاتي:
- الوجه الأول: الثيب أحق من وليها، فلا يجوز تزويج هذه الأخيرة إلا بإذنها ورضاها، والكلمة عامة تعني الكبير والصغيرة، وهذا الحديث عام.
- الوجه الثاني: انتقل ابن حزم إلى حكم البكر فقسمه إلى جزأين:
- أ - البكر الكبيرة حكمها حكم الكبيرة أي أنها لا يجوز إجبارها على الزواج.
- ب - البكر الصغيرة، فالحديث يشمل البكر سواء كانت كبيرة أو صغيرة، والبكر الصغيرة لا تستأذن لكونها غير بالغة، بدليل ما جاء في السنة النبوية الشريفة من السنة الفعلية وهو زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - وهي صغيرة.
- الوجه الثالث: استدلال ابن حزم بقوله عليه الصلاة والسلام " يستأذنها أبوها " الحديث يخص الأب وحده، ولا يجوز تخصيصه فلأب يستأذن البكر الكبيرة، أما في ما يخص الصغيرة فيجوز إجبارها على النكاح.¹

الدليل الثاني:

زواج النبي عليه الصلاة والسلام من أم سلمة فعندما بعث إليها يخطبها لنفسه قالت " ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : ليس أمح من أوليائك شاهد ولا غائب يكره "

فالاستدلال بهذا الحديث دل على عدم حضور أولياء أم سلمة عقد الزواج هذا من جهة ودل على أنه لا يجوز للأولياء حق الاعتراض بوجود الكفاءة ، بالإضافة إلى أن العقد صحيح منتج لآثاره ولا يتوقف على إجازة الولي.²

وهذا ما جاء في هذا الحديث، أما ما روي بزيادة قوله لابنها " يا عمر قم فزوج أمك رسول الله " أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر " قم يا غلام فزوج أمك " فهو غير ثابت، لأن عمر ابنها كان صغير السن وليس أهلا للتصرف عندما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم من أمه.

¹ مصطفى أمين، حيدر الأثروشي، نفس المرجع السابق، ص 100.

² نضال محمد أبو سنيّة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2011 الأردن، ص 153-154.

ثالثاً : واستدلوا بحديث خنساء بنت خازم الأنصارية "أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فرد نكاحه".

ووجه الاستدلال: أنه لو كان للولي أمر في نكاح ابنته لما رد رسول الله عليه الصلاة والسلام نكاحه، وهذا دليل صحة النكاح بعبارة النساء وقد عقد البخاري - رحمه الله - باباً في صحيحه سماه "باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود" وعلق عليه بن حجر بقوله "هكذا أطلق ، فشمّل البكر والثيب¹ "

وجاء في مختصر القدوري ينعقد زواج المرأة الحرة البالغة برضاها، وقال أبو يوسف ومحمد : لا ينعقد إلا بولي، ولا يجوز للولي إجبارها على النكاح فإذا سكنت أو أشارت بإيمائها بعدم اعتراضها و إذا أبت لم يزوجه.

عن أبي يوسف أكد على قول أبي حنيفة وصرح في الهداية : بأن ظاهر الرواية، ثم قال ويروي رجوع محمد إلى قولهما : لا فرق بين الكفاء وغير الكفاء وللولي الاعتراض على الزواج إذا كان الزواج غير كفاء . وقال في المبسوط روى الحسن عن أبي حنيفة إن كان الزوج غير كفاءً لها بطل النكاح . وهذا القول هو المعتمد عند أهل الفتوى . وجاء في بداية المبتدى و الهداية : ينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة برضاها ولو بدون ولي بكرة كانت أم ثيباً وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف: أنه يستحب للمرأة أن تكل عقد زواجها لوليها، صونا لها عن التبذل إذا تولت هي عقد زواجها بنفسها وحضور مجالس الرجال الأجانب عنها، كما أنه ليس² لوليها العاصب الحق في الاعتراض إذا زوجت نفسها من كفاء ولم يقل مهرها عن مهر المثل. فإذا لم تتوفر هذه الشروط ووقع النكاح فالمروى عن أبو حنيفة وأبو يوسف بعدم صحة الزواج سدا لباب الخصومة، وفي رواية أخرى أن للولي الحق في الاعتراض بأن يتقدم إلى القاضي ويطلب التفريق، دفعا لما قد يلحق به من عار بشرط أن لا تحمل حملاً ظاهراً أو تلد من³ زوجها، أما بعد ذلك فإنه يسقط حق الولي في الاعتراض حماية وصونا لنسب الولد.

فإذا كان الزوج كفاءً وكان مهرها أقل من مهر المثل فإذا قبل الزوج إكماله إلى مهر مثيلاتها العقد لازم، و إذا رفض رُفع الأمر للقاضي للفسخ العقد إذا كان الاعتراض من وليها العاصب

¹ نضال محمد أبو سنينة، نفس المرجع السابق، ص 153.

² أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009، الأردن، ص 156.

³ نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص 153.

أما إذا كان غير ذلك فلا يحق لأحد الاعتراض على نكاحها سواء كان الزوج كفوّاً أم لم يكن أو بمهر المثل أو دونه، هنا الأمر لها وحدها ولا حق لأحد عليها لأن العار لا يلحق بغير وليها العاصب، أما ما يخص مهرها فببتازلها عليه هو حق لها وحدها¹.

ثمرة هذا الخلاف:

تكمن ثمرة الخلاف من الناحية العملية :

في حال إذا زوجت المرأة نفسها وكان الزوج كفوّاً ولم يكن المهر أقل من مهر المثل، ثم توفي هذا الزوج قبل اللجوء إلى القضاء... فهل يتوارثان أم لا؟

فهنا الاختلاف يختلف بحسب وجهة نظر كل فقيه من الفقهاء، وبحسب التباين الحاصل بين الروايات المساقة.

إذا ألقينا نظرة على رأي الحنفية فإنهما أقرأ بتوارثهما، لأن الموضوع هو كونها زوجت نفسها من كفاء، فهنا ليس للولي حق الاعتراض.

بالمقابل ونقلا عن رواية أبي يوسف أنهما يتوارثان أيضاً، لأن العقد بحسب هذه الرواية منعقد وليس للولي فسخه، لانتفاء الضرر بكونها زوجت نفسها بكفاء.

أما ما جاء في رواية محمد، فإنهما لا يتوارثان، لأن العقد في نظر هذه الرواية موقوف على إجازة الولي، والعقد الموقوف لا يجري فيه التوارث.

فالسؤال المطروح أي من هذه الروايات يجدر إتباعها في حال إعداد تشريع بخصوص هذا الموضوع، وفي حال الفتوى فأأي فتوى يجب إتباعها؟

و إلى جانب مذهب الجمهور ومذهب الحنفية بشأن اشتراط الولي في عقد الزواج وما يترتب عليه القول بضرورة اشتراطه من عدمه من نتائج.

كما أنه يوجد مذهب ثالث هو مذهب أبي ثور من الشافعية ومن معه، وحسب وجهة نظري فإنه هو المذهب الراجح من غيره، بحيث أنهم قالوا بأن الولاية في الزواج تكون ولاية شركة بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة وبعد ذلك للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها.²

¹ سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، الجزء الثاني، طبعة 2008، لبنان، ص 519.

² الأكليل بن حواء، مرجع سابق، ص 38-39.

وهذا الرأي يقول بجواز العقد بصيغة المرأة لإنشاء العقد لكن وجب استئذان وليها، هذا الرأي وفق بين كلا الرأيين للمذهبين السالفي الذكري، من ناحية مشاركة المرأة في اختيار زوجها.¹ وحثهم في ذلك أن الأدلة التي اجتهدت بشأن إنشاء عقد الزواج تدل على مراعاة إشراك الولي في اختيار الزوج صالحة، ولم ترد هذه النصوص قصد النص على عدم جواز عقد الزواج بعبارة المرأة، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل..." فظاهر ومفاد الحديث أن علة بطلان العقد إنما هو عدم استئذان وليها لا أن صيغتها لا تصلح لإنشاء عقد الزواج.

المطلب الثالث : شروط الولي في الشريعة الإسلامية

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. و التشريع الإسلامي يتناوله لموضوع الولي فإنه لم يغفل على التطرق إلى الشروط التي ينبغي توفرها في الولي والتي بغيابها قد تخل بالمعنى الحقيقي لغرض الولاية في النكاح.² فلكي تثبت الولاية في حق الولي على موليته في عقد النكاح لا بد من أن تتوفر فيه جملة من الشروط الجوهرية، وقد نص عليها الفقه الإسلامي. لكن هناك من الفقهاء من وضع شروطا لم يطلبها غيره من الفقهاء لذلك نجد أنهم اختلفوا في بعض الشروط واختلفوا في غيرها. أ - أن يكون كامل الأهلية : وتتحقق عند الفقهاء بشروط وهي : البلوغ - والعقل - والحرية. فالصبي لا تثبت عليه الولاية حتى ولو كان غير بالغ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته... إلخ. أما بالنسبة للحرية فهي في زماننا غير موجودة، فالقاصر ليس له ولاية على نفسه ومن باب أولى ليس له ولاية على غيره.

ب- اتحاد الدين بين الولي وموليته : فغير المسلم لا تثبت ولايته على المسلم، فلو كان للفتاة أخا مسلما وآخر مسيحيا فالولاية لأخيها المسلم .

الفرع الأول : الشروط المتفق عليها

¹ الأكل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 38 - 39 - 40.

² الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، شركة دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2003 الجزائر، ص 90.

لقد اتفق الفقهاء على ضرورة توفر جملة من الشروط والأتي بيانها كالتالي:

أن يكون كامل الأهلية :وتتحقق عند الفقهاء بشروط وهي : البلوغ - والعقل - والحرية.

فالصبي لا تثبت عليه الولاية حتى ولو كان غير بالغ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته... إلخ.

أما فيما يخص الولاية العامة فإن الفقهاء لم يشترطوا اتحاد الدين فيها فالحاكم سواء كان مسلماً أو غير مسلم له ولاية على المواطنين داخل دولته، فهو ولي من لا ولي له.¹

الفرع الثاني : الشروط المختلف فيها

اختلف الفقهاء في بعض الشروط الواجب توفرها في الولي وذلك على مختلف مذاهبها فالبعض من الفقهاء وافق غيره على بعض الشروط، والبعض الآخر نفوها ونذكر من بينها:

أ - الذكورة :والذين قاموا باشتراطها هم فقهاء الجمهور الذين أبطلوا تولي المرأة العقد بنفسها ومن باب أولى غيرها، عكس فقهاء الحنفية الذين أجازوا للمرأة تزويج نفسها بإرادتها، والذين قالوا الذكورة ليست شرط في ثبوت الولاية، فالمرأة البالغة الراشدة عندهم لها ولاية تزويج نفسها وغيرها.

ب-العدالة : والتي اشتراطها الشافعية وفريق الحنفية، فالفاسق عندهم ليس له ولاية بديل ما روي عن ابن عباس قال :قال رسوله الله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

جاء في المنهاج ومغني يجوز للفاسق ولاية التزويج لأن الفسق لم يمنعوا من التزويج في عصر وفي مذهب الشافعية لا يجوز للفاسق أن يكون ولياً، وفريق من الشافعية لا تثبت إن كان أبا أو جداً فغيرهما فهي غير لازمة.²

كما جاء في فقه الحنابلة أنه يشترط في الولي سبعة شروط من بينها العدالة، وفي ذلك روايتان إحداهما هي شرط، وفي ذلك ما روي عن جابر قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل"، ولأنها ولاية نظرية ولا استبداد للفاسق فيها.

¹ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دار اليازوردي العلمية للنشر و التوزيع، طبعة 2010 الاردن، ص 191 - 192

² محمد خضر قادر، نفس المرجع السابق ص 191 - 192.

أما الرواية الأخرى ليست شرط، وقال ابن قدامة في المغني: أنه سأل أحمد إذا تزوج بولي فاسق وشاهدي عدل فالنكاح صحيح وهذا ظاهر كلام الخرقي وهذا ما وافق به مالك¹ وأبا حنيفة وقول من أقوال الشافعي. والعدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند الحنفية فالفاسق لأن يزوج ابنته الصغيرة.

و زاد الشافعية والمالكية والحنابلة شرط الرشد ذلك لأن السفية لا ولاية له على نفسه وبالمقابل لا ولاية له على غيره، ومنهم من قال يجوز له أن يكون وليا وحتى ولو حُجر عليه لإذن الحجر لا ينفي عليه الولاية، وإنما خوفاً على عدم تبديد أمواله فقط لا غير. كما اشترط الحنابلة الرشد والمقصود بها هو الكفاءة.

وأضاف الشافعية شرط آخر وهو عدم اختلال النظر بهرم أو خبل وهذا ما جاء به في المنهاج لا ولاية لمختل النظر بهرم أو خبل، ولا فرق بين العارض أو الأصلي ذلك لأنه يعجز عن اختيار الزوج الكفاء، كما له معنى آخر وهو السلامة من الأمراض.

وهناك شرط آخر عند المالكية والشافعية والحنابلة وهو عدم الإحرام لحج أو عمرة في حال التزويج. وجاء في مختصر خليل والشرح الكبير في فقه المالكية يمنع من ذلك: الزوج والزوجة ووليها فإذا وقع فمآله الفسخ.²

وبصفة عامة يشترط في الولي لكي يؤدي هذه المسؤولية التي على عاتقه أن يكون أهلاً للولاية، بحيث إذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يعتد بوجوده وولايته.³ والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح من هم الأولياء؟ وما الواجبات التي تقع عليهم على أساس ولايتهم في التزويج؟

لقد ذهب جمهور العلماء، منهم مالك والثوري، والليث والشافعي إلى أن الأولياء الذين لهم ولاية التزويج هم العصبات فقط، وليس للخال ولا الإخوة، ولا الأخ لأم ولا لأي أحد من ذوي الأرحام ولاية.

و ذهب الشافعي إلى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء إذ لا بد من الولي وليس لأي ولي بل القريب فقط هو الذي يوقعه بعبارته، فإذا لم يوجد ولي قريب فبعبارة الولي البعيد، ثم الولي السلطان باعتباره ولي من لا ولي له.

¹ أحمد محمد علي داود، نفس المرجع السابق، ص 175 - 176 - 177.

² سيد سرايق، نفس المرجع السابق، ص 519.

³ محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف، مرجع سابق، ص 129.

أما أبي حنيفة أن الولاية تكون لغير العصابة من الأقارب، وقد أضاف صاحب الروضة الندية تحقيق في هذا الموضوع بقوله "الذي ينبغي عليه التعويل عليه عندي¹ هو أن يقال "لأن الأولياء هم قرابة المرأة : الأدنى فالأدنى،الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفء،وكان المزوج لها غيرهم."

وهذا المعنى لا يخص العصابات بل يوجد في ذوي السهام، ومثاله الأخ لأم وذوي الأرحام كابن البنت، وربما كانت الغضاضة معهما أشد منها في بني الأعمام ونحوهم، فلا وجه لتخصيص الولاية في العصابات فقط ولا يجوز حصرها في من يرث فقط.²

كما أن أبو حنيفة أضاف أنه إذا فقدت العصابات انتقل الولاية إلى الأم ثم الأم لأب ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ثم لبنت البنت، فبنت ابن الابن ...وهكذا فإذا فقدوا فالولاية تنتقل للسلطان وحجته في ذلك أن الولاية مستحقة باعتبار الشفقة وهي موجودة فثبتت لهم ولاية التزويج، وقد قدمت قرابة الأب على قرابة الأم باعتبار عصابات كما في الميراث بتقديم العصابات على ذوي الأرحام في الميراث.³

أما فيما يخص واجبات الولي فإن التشريع الإسلامي بإعطائه للولي هذا الحق بالمقابل أوجب عليه بجملة من الواجبات تجاه موليته نوجزها في ما يلي :

أولاً : يجب أن يختار لها الزوج الكفء إذا رضيت به ووافقت عليه.

ففي حالة اعتراضه على الزوج الكفء يعتبر هنا عاضلاً، وهنا الأمر لها فإذا رفع الأمر للقاضي فإن هذا الأخير يتحرى امتناع وليها، فإذا أبدى أسباب وحجج رآها القاضي مقنعة وافق القاضي على امتناعه، أما إذا كان اعتراضه في غير محله فإن القاضي يزوجه منه باعتبارها ولياً ، ولا تنتقل الولاية للأبعد، وفي رأي المالكية تنتقل.

أما في ولاية الإيجاب فإن لوليها أن يجبرها ولو لغير كفء إلا لما فيه ضرر، لأنه لا يكون عاضلاً لأنه أدري منها بمصلحتها وخبرة بالرجال.

¹ سيد سرايق، المرجع السابق، ص 519.

² سيد سرايق، المرجع السابق، ص 519.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون و موزعون، الطبعة الثالثة، سنة 2010 الأردن، ص 54.

ثانياً: يجب على الولي تعيين الزوج لموليته سواء كانت بكرة أم ثيباً قبل الزواج فإذا تم العقد بدون أن يعينه لها فإن لها رد النكاح قبوله.¹

وعليه فقد ذهب جمهور العلماء ومن أبرزهم مالك والشافعي و الثوري والليث إلى أن الولاية في الزواج تكون للعصبات، وقد أضاف الشافعي أن الزواج لا ينعقد إلا بعبارة الولي القريب، فإذا غاب هذا الأخير انتقلت الولاية للولي البعيد، والسلطان ولي من لا ولي له، فإن زوجت نفسها بإذن الولي أو بدونه بطل الزواج، ولم يتوقف.²

وقد اختلف العلماء في حال اجتماع الابن والأب، فأيهما يقدم على الآخر؟ هناك عدة آراء نذكر منها :

الرأي الأول:

يقدم الأب على الابن و إن نزل، وهذا ما قال به الإمام مالك في رواية عنه وقول للإمام محمد ابن الحسن الشيباني وقول الإمام الشافعي والحنابلة.

الرأي الثاني :

الذي تمسك بالميراث فالجواب عنه "بأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث، فإنه لا يعتبر له النظر، ولهذا يرث من هو عديم الأهلية كالمجنون مثلاً، وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث"³

¹ عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2007، الجزائر، ص 62.

² سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص 521.

³ محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2011، الأردن، ص 216 – 217.

الفصل الثاني

أحكام الولي في
الزواج في قانون
الأسرة الجزائري و
بعض التشريعات

لقد جاء التعديل الجديد 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 وثار 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 و مطالبين بإلغائه، وبين هذا وذاك ظهر تيار ثالث منادي بتعديل قانون الأسرة وتحيينه، بحيث يتساير مع التطور الحاصل للمجتمع الجزائري وذلك على ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة واعتباره قانونا وضعيا من طرف البشر أي أنه قد يكون على صواب وقد يخطئ، وبالتالي لابد من تعديله وفق ما يتلاءم مع مصلحة الفرد والمجتمع.¹

وقد أثارت مسألة الولاية في الزواج جدلا كبيرا، وانقسم الرأي إلى شطرين منهم من يرى أن الولاية يجب أن تلغى كليا لأنه من غير المعقول أن تتولى المرأة الولاية باعتبارها قاضية وتكون ولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 / 11 ، و تكون إطار بالمناصب العليا وتحتاج إلى ولي.

و قد ظهر فريق آخر رأى أن بإسقاط الولاية مخالف لما جاءت به الشريعة الإسلامية وما سادت من أعراف في أوساط المجتمع الجزائري من عادات وتقاليد وبالتالي من غير المشروع إرضاء فئة من وتهميش رأي الأخرى لاسيما وأن تعليمات رئيس الجمهورية ركزت وأكدت على إبقاء الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة ، كما أنه لم يأتي أي مذهب من مذاهب الشريعة الإسلامية من أسقط الولاية كليا وبالتالي المساس بالمبادئ الدستورية لاسيما المادة 2 من الدستور التي تعتبر الإسلام دين الدولة ومن ثم إلغاء الولاية، فهذه الأخيرة لا تمس بحقوق المرأة والخط من كرامتها و ليها بل بالعكس فهي حماية وصونا لها وحفاظا عليها مستقبلا.

¹ أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة، 2008 – 2009 مصر، ص أ.

وللإجابة على التساؤلات المطروحة سالفًا وجب تسليط الضوء على التعديلات التي أتت بها المشرع الجزائري في مسألة الولاية ومركز الولي في عقد النكاح، حيث تحول من ركن إلى شرط صحة في الزواج ، وبالتالي استقراء موقف المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل¹.

المبحث الأول : الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري

إن الحديث على مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة القديم يقتضي التعرّيج على موقف الفقه الإسلامي من الولاية، والذي انقسم الفقه بشأنها إلى فريقين وكما أسلفنا سابقا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وفي رواية أبي يوسف إلى أن المرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، كما أن لا يجوز لغير وليها القيام العقد و إلا عد النكاح باطلا.

وعلى عكس الرأي السابق يرى المذهب الحنفي أن المرأة البالغة الراشدة لها كل الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا، ويبقى من المستحب أن تقوم باستئذان وليها، أما الولي فلا يبقى أمامه إلا الاعتراض على الزواج إذا رأى أن الزوج غير كفء أو كان مهرها أقل من مهر المثل لاسيما وأن الكفاءة شرط في النكاح يتقاسمه الولي و المرأة. و بالتوفيق بين الرأيين يرى بعض الفقهاء أن الولاية تكون ولاية شركة بين المرأة و وليها ولا يمكن تجزئتها.

المطلب الأول : الولي في عقد الزواج ضمن قانون الأسرة رقم 11/84

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الولي، وجب أن نخرج عن مفهوم الركن والشرط أما الركن فهو ما يتوقف عليه حقيقة الشيء أي ماهيته أو ما يتوقف عليه الشيء أو هو ما يتحقق به وجود الشيء فلا يقوم إلا به.

وقد تباينت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، ما أدى إلى انعكاس هذه الآراء المتباينة على القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عام ومنها الجزائر بوجه خاص.²

¹ أحمد صقر، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004، الجزائر، ص 84 - 85.

² أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 20.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ : 09 جوان 1984 تحت رقم 11/8 لينظم مسائل الزواج، خاصة بما جاء في نص المادة 09 منه بقوله " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدي وصادق " حيث عد الولي ركنا من أركان الزواج متأثرا بالمذهب المالكي الذين يشترطون الولي في العقد، حيث أنهم أبطلوا عقد النكاح بدون ولي.¹

فالولي حسب هذه المادة يعد ركنا من أركان عقد الزواج حيث أنه وبموجبها لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من دون ولي، وقد جاءت المادة 11 من نفس القانون مؤكدة على ذلك بقولها "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين .والقاضي ولي من لا ولي له" غير أنه وبالرجوع إلى نصوص المواد 32 ، 33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج حيث تنص المادة 32 على أنه " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج".

كما نصت المادة 33 من القانون ذاته على أن " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صديق يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه ويثبت بعد الدخول بصديق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن".

فالمشرع هنا وحسب المواد السابق ذكرها اعتبر الولي شرط صحة وليس ركنا في عقد الزواج أي أنه يفسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم وجود الولي، ويثبت بصديق المثل بعد الدخول ولا يخل الزواج إلا إذا انعدم ركن مضاف إليه كاجتماع الولي مع الشاهدين أو الولي مع الصديق.

كما أننا نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طيات هذا القانون، وذلك بما جاءت به المادتين 12 و 13 حيث جاء في نص المادة 12 "لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. و إذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت" فالمشرع هنا ميز بين البنت البكر و الثيب من حيث سلطة الولي

¹ بوسطة شهرزاد، مرجع سابق، ص 43.

في التزويج، فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج، و إذا رغبت في الزوج فليس له أن يمنعها و للقاضي أن يأذن بذلك.

أما البنت البكر فعليها ولاية الإجبار، حيث أن يجوز لوليها أن الاعتراض على الزواج إذا لم يرى فيه مصلحة، أو لم يكن حسبه كفئا.¹

هذه النصوص وبالرغم من كونها جاءت مفصلة لأحكام الولي إلا أنها لم تخلو من الغموض ومن الملاحظ على نص المادة 13 التناقض والتعارض بحيث نصت هذه الأخيرة على أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له² أن يزوجه بدون موافقتها"، هذا ما دفع بالكثيرين من شراح وفقهاء القانون بالمناداة بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص. ثم جاء 84/11 في فصل الفساد و البطلان المواد (32-35) المادة 33 من نفس القانون حيث نصت على فسخ الزواج الذي انعقد بدون الولي ويكون الفسخ قبل الدخول أما إذا تم الدخول فيعتبر فيثبت صحيحا بصداق المثل.

بالإضافة إلى نص المادة 9 من القانون ذاته التي نصت على أن "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق" حيث اعتبرت هذه المادة الولي ركنا من أركان الزواج، والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح كيف يشتمل الزوج على حكمين مرةً يكون قابلا للإبطال ومرةً باطلاً؟

وحسب ما جاء به المذهب المالكي الذي جعل من الولي ركنا من أركان الزواج ورتب عليه في حال عدم وجود الولي البطلان، ولم يفرق بين البطلان قبل الدخول أو بعده، فقد اعتبر الزوج باطلا من الأساس. وكما أضاف الدكتور محمد محدة -رحمه الله- مخالفة للمعاني اللغوية والفقهية فيما يخص معنى الركن والشرط مما جعل النصوص مضطربة.³

وبذلك لم يعد الولي ركنا من أركان الزواج جعله شرطا من شروطه يترتب عليه الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده، هذا المسلك الذي رفع التعارض بين المادة 9 السالفة الذكر والمادة 33.⁴

¹ أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 46 - 47.

² بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 44.

³ بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 44.

⁴ أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 47.

أما فيما يخص دور الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 11 و 12 الفقرة 2 بأنه هو الذي يتولى زواج المرأة أي أنه يجب أن يتوفر رضا الطرفين رضا الولي وموليته ويقوم بنقلها أمام مجلس العقد، لأن هذه الأخيرة حياؤها يمنعها من حضور مجالس الرجال والتصريح برأيها، فالولي هو الذي يتولى هذه المهمة، وهذا ما يستخلص من نص المادة 11 أما فيما يخص حدود سلطة الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 1/12 تؤول إليه الولاية في حال تعسف الولي بالاعتراض على الزواج فنصت "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون".

ومما سبق ذكره فإن باشرط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المولى عليها ودرء المفساد عنها، وصونا لها من حضور مجالس الرجال، وبالتالي أعطى المشرع هذا الدور للولي لكنه وضع له قيد على سلطة ولايته بأن لا يمنعها من الزواج إذا رغبت به سواء أكانت بكرة أم ثيبا، فالمادة لم تخلو من الغموض، إذ أنها لم تحدد المعايير التي وفقها يتعين تحديد الزوج الأصلح، كما ان القضاء لم يتولى تحديد معناها، لكنه حدد بعض الحالات التي يمكن أن يكون الرجل أصلح للمرأة ، ففي حال كان الزوج أصلح للمرأة ورغبت فيه فإن عضل الولي يكون تعسف وبالتالي يجوز لهذه الأخيرة أن تلجأ للقضاء باعتبار السلطان ولي من لا ولي له.¹

و هذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ : 1993/03/30²

المطلب الثاني : الولي في عقد الزواج ضمن الأمر رقم 02/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84

لقد كانت أحكام الولي في القانون 11/84 و التي أثارت حذا كبيرا في أوساط الباحثين و الدارسين شراح القانون نظرا لما اشتملت عليه من تناقضات على الأقل من وجهة نظرهم، وخاصة ضغط الجمعيات النسوية المطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل، إذا أنهم لا

¹ سيد سابق، مرجع سابق، ص 136.

² قرار المحكمة العليا رقم 90468، بتاريخ : 1993/3/30، مجلة قضائية، عدد خاص، اجتهد غرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، الجزائر، ص 49.

يتفقون مع كون المرأة التي هي في المناصب العليا مثلا كالوزيرة أو القاضية مثلا لا تستطيع أن تعقد زواجها إلا بحضور وليها.

ومع كل الضغط لهاته المنظمات النسوية وما جاءت به الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المنادية بتحرير المرأة ومساواتها في الحقوق و الالتزامات مع الرجل، وبذلك تمت الاستجابة لكل تلك الضغوطات، وجاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لتعديل نصوص قانون الأسرة والتي مست بمواد الولاية في الزواج، والتي سنبينها كالتالي¹ :

جاء في عرض أسباب مشروع التعديل الذي عرض على مجلس الحكومة ثم في عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة أن هذه المادة وأنه مما لا يدعوا للشك أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود، من ناحية انه يخضع للعديد من القواعد والشروط التي تخضع لها العقود، إلا أنه يتميز عنها بعدة خصائص، لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل رضا الطرفين ألا وهما الزوج والزوجة من أجل تكوين أسرة على الوجه الشرعي.

جديد هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاث أركان هما : الزوج والزوجة والتراضي ، عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان، وعند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي المادة 09 المعدلة حصرت الركن الشرعي الوحيد في الزواج وهو الرضا، أما فيما يخص غير التراضي فقد اعتبرها المشرع شروط، ومسألة التفرقة بين الشرط والركن اختلاف لفظي بين المذاهب، فالركن المتفق عليه هو التراضي ، أما الباقي فهي مختلف فيها بين اعتبارها ركن أو شرط والقاعدة الأصولية تنص على أنه - لا إشكال في الاصطلاح-²

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في : 15 فبراير 2005 بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :
- أهلية الزواج.

¹ بوسطة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 44.

² نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني، نفس المرجع السابق، ص 82-83.

- الصداق.

- الولي.

- شاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

فقد جاء في هذه المادة أن الولي شرط من شروط عقد الزواج.

كما عدلت المادة 11 فأسند فيها المشرع الجزائري ولاية التزويج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان في النص قبل التعديل والتي جاء فيها " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين .والقاضي ولي من لا ولي له"¹

وبغرض معالجة نصوص القانون السابق حاول المشرع التوفيق بين النصين، وقام بتعديل على محتوى النص بقوله " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

وبذلك المشرع جعل الحق للمرأة في عقد زواجها بعبارتها بصفتها طرفا في العقد، من خلال الإدلاء بموافقتها أمام ضابط الحالة المدنية.

وبناء على ما سبق ذكره فقد كرس المشرع حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع النص على اشتراط حضور وليها والذي لا يتجلى فقط في أبوها بل أي شخص تختاره المرأة ويتجلى ذلك من خلال استعمال حرف التخيير أو، وما يفهم أن الولي يقتصر دوره على الحضور فقط أي حضورا شكليا، فالحضور ينطوي على عدة معان فقد يفيد حضوره وجه الإلزام أو الاختيار.

كما أن المشرع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل من أن كان ركنا وذلك بنص المادة 9 مكرر والتي من بين الشروط المنصوص عليها الولي، أي أن زواج المرأة يكون صحيحا غير أنه موقوفا على إجازة الولي، والإجازة يكون قبل وبعد العقد، وحضور الولي متروك تقديره للمرأة الراشدة في اختيار وليها.²

¹ عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص 68.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، سنة 2009، مصر، ص 52.

كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 12 في الفقرة الأولى "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، و إذا المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون" فالولي لم يبقى له أي دور في العقد كما أن المشرع رتب عن الزواج بدون ولي كل الآثار الخاصة بالزواج الصحيح.

ومما سبق يستنتج أن المشرع قد تخلى تماما عن ولاية الإجماع بالنسبة لكلتا الحالتين أي الراشدة والقاصرة بالنص على عدم جواز للولي تزويج القاصرة دون موافقتها أو إجبارها على الزواج.¹

وهنا يتأتى دور القاضي الذي له السلطة التقديرية لتحديد مدى أهمية الزواج بالنسبة للقاصرة، فإذا تأكد من ذلك كان الإجازة الزواج.²

ومن خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 المعدلة يتضح لنا أن هذا الأخير كرس مبدأ حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع اشتراط حضور وليها في العقد، سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تقوم باختياره، وهذا ما قد يفتح باب من التأويل. فالحرف " أو " الذي تم ذكره في نص المادة والذي يفيد التخيير ما قد يدفع بالمرأة إلى الاستغناء عن أبوها كولي، وتعتمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخص أجنبي عنها ، وهذا ما هو مستهجن والذي لا يتوافق مع الأعراف السائدة في مجتمعنا.³

ونصت المادة 13 "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"

بالرغم من أن القانون لا يجيز للمرأة إبرام عقد زواجها بدون حضور وليها ، وبخلاف ما كان ساري في ظل القانون قبل التعديل وحل بموجبه القانون 02/05 فإن من حق المرأة أن تختار وليها وليس بالضرورة أن يكون الولي من أهلها.

وتعد الولاية في عقد الزواج واجبة مصداقا لقوله تعالى "لا نكاح إلا بولي و أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له"

¹ بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 53-159.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص 65-66.

³ يوسف دلاندة، نفس المرجع السابق، ص 23-24.

وقوله عليه الصلاة والسلام "لا تزوج المرأة و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"

فالزواج يعد من العقود الهامة والخطيرة في نفس الوقت، لذلك فقد حرصت الشريعة الإسلامية ببيان ما إذا كان في حال وجود الولي الأب أو الأقارب أو حتى في وجودهم وهذا ما وجب أن يتناوله شراح القانون.¹

على أن يتم على دعائم صحيحة وقوية بما في ذلك حضور الولي في عقد الزواج، وهذا ما سلكه المشرع الجزائري ومنذ فترة الاستقلال، وحتى بعد التعديل الجديد فقد بقي الولي شرط في عقد الزواج ، مع إعطاء المرأة الراشدة الحق في اختيار أي شخص تختاره ليكون وليها دون أن يبين ما إذا كان ذلك في حال وجود الولي الأب أو أحد الأقارب، أو حتى في حالة وجوده وهو ما وجب تداركه وتفسيره من قبل شراح القانون . أما من تثبت الولاية في حقهم فأغلب الفقهاء يرون بأنها في حق الأب والجد وهناك من زاد بعض العصابات قياسا على الميراث، إلى غاية الوصول إلى السلطان باعتباره ولي من لا ولي له.

وأما ولاية الاختيار فهي ثابتة في حق الثيب والبكر البالغة التي قام بترشيدها أبوها، كما بالنسبة لليتيمة الصغيرة حفاظا على مصلحتها من الفاسد.

والمشرع لم يغفل عن هذه النقطة وذلك بالأخذ بولاية الاختيار في حق القاصرة، وقد نصت المادة 13 من القانون 02/05 على أنه " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ويجوز له أن يزوجه دون موافقتها"

غير أن المشرع قد أغفل جزئية هامة وهي في حال إجبار الولي من هي في ولايته على الزواج سواء القاصرة أو الراشدة بمن لا ترتضيه زوجها لها. والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح ما مصير عقد الزواج في هذه الحالة ؟ وهل يقع العقد صحيحا أم باطلا.

هنا وجب التفريق بين أمرين :

الأمر الأول : في حال غياب الرضا ، يكون العقد باطلا لانقضاء عنصر هام من عناصر العقد وهو الرضا .

¹ بن شويخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص 67.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا معيب من عيوب الإرادة من إكراه أو غلط أو غير ذلك فإن العقد يكون قابلاً للفسخ، إذا يمكن للمرأة أن تلجأ للقضاء وأن تطلب الفسخ لوجود عيب من عيوب الإرادة وهو الإكراه.¹

أما فيما يخص امتناع الولي عن تزويج موليته لمن ترضاه فقد نص المشرع في المادة 2/11 بقوله "... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"

هنا يكون الولي عاضلاً والعضل ظلم في حق المرأة فهنا تنتقل الولاية إلى القاضي.² وقد كانت المادة 12 من قانون الأسرة 84/11 قد عالجت حالة عضل الولي بإسناد الولاية إلى القاضي إذا رأى ما فيه مصلحة.

وقد قضت المحكمة العليا في القرار بتاريخ : 1993/03/30 و قد جاء فيه "و متى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون." غير أن النص ألغي بمقتضى التعديل مما أدى إلى القول بوجود فراغ تشريعي في هاته المسألة. وبالتالي وجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي وجب على القاضي التدخل لحسم الموقف وفق ما يرى فيه مصلحة، والفقهاء الإسلامي يُقر بإسقاط الولاية عن الولي في حال العضل والذي يكون دون وجه مشروع، منع لمجرد المنع، وبالتالي القاضي ولي من لا ولي له.³

إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من قانون الأسرة لا تميز بين البنت البالغة والقاصرة الحاصلة على إذن الزواج من القاضي، فهنا المشرع قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية باستغنائه عن ولاية الإجماع على القاصرة وحسنا فعل المشرع.

¹ بن شويخ الرشيد، من نفس المرجع السابق، ص 69.

² طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009 الجزائر، ص 33.

³ أحمد شامي، مرجع سابق، ص 48.

وكخلاصة إلى كل ما سبق فقد اتجه المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولي في عقد الزواج أمرا شكليا، فالمرأة يمكن لها أن تختار أي شخص يوليها في عقد زواجها كما يمكن لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى بلغت سن الرشد.

وأخيرا يمكن القول أن المشرع بهذا التعديل قد خرج عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي إلا أن المشرع لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية بخصوص القاصرة والتي تكون عليها ولاية الإجماع، أما المشرع فقد اعتبرها ولاية إجبار.¹

بالإضافة إلى أنه باشتراط المشرع حضور الولي في العقد، فإنه ابتعد عن ما جاء به المذهب الحنفي، مع عدم نصه على حق الولي في الاعتراض عن الزواج في حال زوجت المرأة نفسها بغير كفاء وكان مهرها أقل من مهر المثل، فضلا عن ذلك فإن المذهب الحنفي لم يذهب إلى أي مسألة في اختيار الولي.

هذا من جانب أما الجانب الآخر، وقد جاء في تعليق للأستاذ بن داود عبد القادر، بصفته عضوا ضمن لجنة المناقشة لقانون الأسرة فيما يخص مسألة الولاية "...هذا من صميم الفقه المالكي، إذا عند المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمان الجزيري في الفقه في المذاهب الأربعة، وفي رواية عن ابن القاسم ابن مالك ابن أنس أن اشتراط الولاية سنة وليست بالفرض...، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن توكل في زواجها من هو ليس من أقرائها، ما أنه من المستحب للثيب أن يتولى عقد عقد زواجها وليها.

وبالرغم من ذلك فسواء أخذ المشرع بالمذهب المالكي أو المذهب الحنفي، فإنه لا مناص أن التعديل الذي جاء به المشرع بخصوص الولاية في الزواج، أن التعديل جاء لإنقاص من حدة الصراع الذي كان بين الاتجاهين المتناقضين، والذي كان واضحا جليا من خلال المواد المتعلقة بموضوع الولاية في الزواج.

وأما ذلك فإن اشتراط الولاية في الزواج لها ما يبررها في الشريعة الإسلامية، وذلك للحكمة التي شرعت من أجلها بما فيها حماية لمصلحة المرأة من الغرر بها لقلة خبرتها بالرجال ودرء المفسدات التي قد تقع فيها مستقبلا، ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها عقد الزواج

¹ أحمد شامي، مرجع سابق، ص 48.

باعتباره الميثاق الغليظ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الولي الذي عادة ما من المستحيل أن يلحق بها الضرر.¹

المطلب الثالث : الولي في قانون الأحوال الشخصية المقارن

الفرع الأول : الولي في عقد الزوج في القانون المغربي.

لقد تبنى القانون المغربي مسألة الولاية في الزواج، حيث أنه خصص لها بابا وهو الباب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بتاريخ : 1957/10/22 الصادر بتاريخ : 1957/12/6.

تشكل الولاية في الزواج من المواضيع التي أثارت جدلا واسعا على مستوى التشريع الإسلامي عامة والتشريع المغربي خاصة، بما في ذلك مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة الجديد حيث تحولت إلى شرط صحة في الزواج إلى حق من حقوق المرأة الراشدة. فبالنسبة للتشريع المغربي فقد كان الولي شرط صحة في الزواج، أما في مدونة قانون الأسرة الجديد، الصادر في : 2004/2/3 فقد نظم المشرع المغربي الولاية في الزواج في المادتين 2 و 25 وقد نصت المادة 24 من المدونة بقولها "الولاية حق للمرأة الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها"

فحسب هذه المادة فقد اعتبرت الولاية هي حق للمرأة الراشدة التي بلغت السن القانوني المحدد بحسب المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية، وقد أخذ المشرع برأي الأحناف الذين يجيزون للمرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها.

أما فيما يخص المادة 25 من المدونة والتي جاء فيها "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"²

وبالرجوع إلى المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية فقد نص على شروط الزواج بقوله "يجب أن تتوفر في الزواج الشروط التالية :

- أهلية الزوج والزوجة.
- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

¹ بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 161.

² www.amanjordan.org القانون المغربي، بتاريخ : 2005/04/23، الساعة 19:00

- ولي الزواج عند الاقتضاء.

- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

- انتفاء الموانع الشرعية¹

يتضح جليا من المادة السالفة الذكر أن المشرع جعل الولي شرطا من شروط الزواج وذلك عند الاقتضاء، فالمراد من ذلك أن الولي حق بالنسبة للقاصر، وأن هذا الأخير لا يمكن له أن يزوج نفسه من دون ولي، لأن زواجه متوقف على نائبه الشرعي، أما في حال بلوغ سن الرشد والتي حددتها المادة 19 من المدونة بـ 18 سنة، فالقانون المغربي اتجه اتجاه مذهب الحنفية بحيث أنه يجوز لكلا الزوجين أن يزوجا نفسيهما من دون ولي. وهذا ما نصت عليه المادتين 24 و 25 من المدونة المغربية.

من نص هاتين المادتين نلاحظ أن القانون المغربي أعطى الحق في الولاية للمرأة الراشدة بحيث لا يجوز للأب أو غيره أن يزوجها من دون رضاها، كما أعطاهما الحق في إبرام عقد زواجهما بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو غيره من أقربائها.

ما يمكن قوله أن المشرع المغربي حذا حذو المشرع الجزائري في اعتبار الولي شرطا من شروط الزواج، أي أنهما أخذا بالمذهب الحنفي، كما اتفقا على جواز أن تتولى المرأة الراشدة عقد زواجهما بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقربائها، إلا أنهم اختلفوا في أن القانون المغربي قد جعل التفويض في الولاية إلى أب المرأة أو أحد أقربائها بخلاف القانون الجزائري الذي سمح للمرأة أن تفوض لأي شخص تختاره أن يتولى إبرام عقد زواجهما، ولذلك لا نجد لها أي سند في الشريعة الإسلامية².

الفرع الثاني : الولي في القانون الإماراتي

إن القانون الإماراتي يعتبر من بين القوانين التي انفردت وتناولت موضوع الولاية بكل جوانبها فأحاطه بترساة من المواد التي تنظم هاته المسألة الهامة في عقد الزواج وسنتعرض إلى إلقاء الضوء على هذا القانون كالاتي بيانه :

¹ أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 48.

² بوكايس سمية، نفس المرجع السابق، ص 161.

فقد نص المشرع الإماراتي في المواد 32، 33، 34، 35، 36، 38، 39، 32 من على أنه "الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنا ثم أختا ثم عما، فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروط جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة"

فعلى ضوء هذا المادة فقد حدد المشرع من تكون لهم الولاية، فجعل الأولى في الولاية هو الأب ثم حدد من يلي الأب في الولاية والذي تم تحديدهم على أساس الإرث، مع النص في محتوى المادة على أن المرأة هي التي تختار و تأذن لمن يكون يتولى عقد زواجها، فالولي حده المشرع على سبيل الترتيب انطلاقا من أبوها، فقد أسند المشرع الولاية على أساس العصباء، ولم يفتح باب الولاية كما فعل المشرع الجزائري بجواز للمرأة أن تختار أي شخص تختاره لتولي عقد زواجها وحتى لو كان أجنبيا عنها، وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري. وأضاف المشرع الإماراتي بالنص على شروط الولي وذلك بنص المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية بقوله " يشترط في الولي أن يكون ذكرا، عاقلا، بالغاً، غير محرم بحج أو عمرة مسلما إن كانت الولاية على مسلم"

فالمشرع هنا بتحديد الشروط الواجب توفرها في الولي قد سد كل باب من أبواب التأويل، فليس كل شخص أن يكون وليا.

وأضاف المشرع الإماراتي بنص المادة 34 التي جاء فيها "إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، انتقلت الولاية لمن يليه بإذن من القاضي وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي¹".

من الملاحظ أن المشرع في هذه المادة قد حدد الحالات التي تنتقل فيها الولاية في حال غياب الولي الأقرب، وضرب هذا الأخير أمثلة عن الحالات التي يمكن أن يتعذر حضور ولي المرأة بحيث استعمل حرف "أو" الذي يفيد التخيير، ونص على من يلي الولي الأقرب بعد استئذان القاضي، والتي تم ذكر الترتيب الذي حدده في انتقال الولاية من ولي آخر بنص المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية، كما أنه لم يغفل وأن ذكر في حال عضل

¹ قانون الأحوال الشخصية، الأمر 28/2005، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.

الولي موليته من الزواج، وكرس مبدأ القاضي ولي من لا ولي له بقوله "وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي"

كما أن المشرع الإماراتي يعود و ينص من جديد على سلطة القاضي باعتباره ولي من لا ولي له من خلال إضافة مادة أخرى تؤكد على ما جاء في المادة السابقة لها، وهذا ما يفهم من نص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية بقوله "القاضي ولي من لا ولي له"، وما يستشف من هذه المادة أنه في حال انعدام وجود ولي للمرأة أو في حالة العضل تنتقل الولاية وعلى ضوء هذا النص إلى القاضي، كما عاد المشرع ليؤكد و ينص من جديد على مدى سلطان القاضي في الولاية، بحيث أن هذا الأخير لا يكون ولياً إلا بشروط ساقها المشرع وذلك حسب نص المادة 36 التي قضت بما يلي "ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله ولا من فرعه"

أي أن حدود سلطة القاضي تنتهي في حال وجود ولي من الأصل أو من الفرع. ومن المستشف من نصوص القانون الإماراتي أن المشرع جعل من الولي ركناً في عقد الزواج أي أن العاقدان وعلى ضوء ما جاءت به النصوص القانونية هما الولي والزوج، فالمشرع لا يجيز أن تزوج المرأة نفسها بل الولي هو الذي يتولى إبرام هذا العقد، حيث جاء في نص المادة 38 قوله " أركان عقد الزواج : العاقدان (الزوج والولي)، المحل، الإيجاب والقبول"

فعلى ضوء ما سبق في هذا المادة أن الولي ركن في العقد بحيث اعتمد المشرع الإماراتي المذهب المالكي الذي لا يجيز زواج المرأة بنفسها، نقيض ما أتى به المشرع الجزائري في التعديل الجديد بحيث جعل من الولي شرطاً من شروط عقد الزواج وأجاز للمرأة تولي عقد زواجها وذلك حسب نص المادة 11 السالفة الذكر¹.

كما أن المشرع جعل من الولي هو الذي يتولى عقد زواج موليته وهذا ما أضافته المادة 39 بقولها "يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها، ويوقعها المأذون على العقد ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب المولود".

¹ قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع السابق، الأمر 2005/28، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.

فالمشرع في هذه المادة جعل من الولاية ولاية اختيار وليس إجبار بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة كما أنه رتب على العقد بعد الدخول بدون ولي البطلان المطلق، مع الإبقاء على نسب المولود حتى لا تضيع الأنساب.

ومن المستسقى من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع قد أغفل الولاية بالنسبة للقاصرة من حيث الولاية هل تكون عليها ولاية إجبار أو ولاية اختيار؟

لكن وبمفهوم المخالفة يفهم أن الولاية بالنسبة للقاصرة تكون ولاية إجبار وليس اختيار، لكن هذا لا يلغي رأي المرأة ورضاها.

ومما سبق ذكره فالمشرع الإماراتي جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج، مع عدم تهميش رضا المرأة في العقد، فالولاية على المرأة البالغة الراشدة هي ولاية اختيار وليس إجبار، وهذا ما ذهب إليه جل الفقهاء المسلمين.

وحسب رأيي الشخصي فإنه قلما وجد قانون أولى اهتمامه بقضايا الأحوال الشخصية وكرس لها ترسانة من القوانين والضوابط وخاصة الولاية في الزواج، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد ألا وهي المرأة، خاصة وأن مجتمع الإمارات العربية المتحدة يتسم بالتشدد والتمسك بالقيم الإسلامية العربية الأصيلة، ولم تؤثر فيها لا اتفاقيات دولية ولا جمعيات نسوية خاصة قانون الأحوال الشخصية الذي هو مستسقى من مبادئ التشريع الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج

سنعرض إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج من وجهين أساسيين سيتم عرضهما كآلاتي بيانه :

المطلب الأول : أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين في حال تخلف الولي عدم صحة العقد وبالتالي فالزواج يعد باطلا، مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، ثلاث مرات."

أما فيما يخص الحنفية فإنهم أجازوا تولي المرأة عقد زواجها بنفسها بغير وليها، فالمرأة الحرة البالغة عندهم لها حق إبرام عقد زواجها بنفسها سواءً أكانت بك أو أم ثيباً، فالزواج صحيح ونافذ ولازم عندهم لكنهم اشترطوا شرطين لذلك وهما أن يكون الزوج كفئاً وأن لا تزوج نفسها بأقل من مهر المثل، ولا عبدة لرضا وليها أو من عدمه، وذهب فريق من الحنفية إلى أن الزواج صحيح لكنه يبقى متوقف على إجازة الولي¹.

المطلب الثاني : أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري عن أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة 32 التي نصت على "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بالإضافة إلى المادة 33 من قانون الأسرة التي جاء فيها "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وفي حال وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" ويمكن تقسيم هاتين المادتين إلى ثلاث حالات :

- **أولاً :** في حال ما إذا تخلف الولي وتم اكتشافه قبل الدخول فإن نص المادتين 32 و 33 قد نصت على أن الزواج يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق².
- **ثانياً :** في حال تخلف شرط الولي ولم يتم اكتشافه إلا بعد الدخول، فهنا وحسب ما جاءت به المادة 33 من قانون الأسرة بأنه يثبت الزواج بصداق المثل، وترتب كل آثار العقد صحيحة.
- **ثالثاً :** ففي هذه الحالة في حال تخلف شرط الولي مع الشروط الثلاثة وهما الشاهدين والصداق والولي، فالعقد يكون باطلاً سواءً تم الدخول أو لم يتم ولا يمكن إثباته، ونجد هذه المسألة مكرسة في الاجتهادات القضائية، وقد قضت المحكمة العليا في القرار

¹ سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص 56.

² عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة -، منشورات جامعة باجي مختار، 2006، (د، ط)، الجزائر، ص 142.

المؤرخ في : 1989/1/2، تحت رقم : 51107 والذي جاء فيه "... ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركن من أركان عقد الزواج غير الرضا يبطل الزواج... إلخ¹ " وقد نص المشرع بنص المادة 2/11 : "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له" فقد ميز القانون بين حالتين الحالة الأولى : إذا تم الزواج بدون ولي وفي حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. أما إذا تم الدخول بدون ولي في حالة وجوبه وتم الدخول بالمرأة القاصر فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل، بمفهوم المخالفة فزواج المرأة الراشدة بدون ولي يكون العقد صحيحا، ونص المادة 7 السالفة الذكر بقول "في حال وجوبه " أي بالنسبة للقاصر. وعلى أساس أن المشرع الجزائري قد كرس المذهب الحنفي في عدم اشتراطهم للولي في عقد الزواج، وجواز للمرأة الحرة الراشدة تولي عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا، فالمشرع وبرغم اعتماده على هذا المذهب فإن هذا الأخير وبتعدد الروايات المنقولة عليه، فإن المشرع لم يتقيد بأي رواية عنه جملة وتفصيلا. ففريق الأحناف بقولهم بجواز تولي المرأة عقد زواجها بنفسها، فإنهم لم يلغو دور الولي في عقد الزواج فقد جعلوه شرط نفاذ، و أعطوا الحق للولي في الاعتراض على الزواج برفع الأمر إلى القاضي إذا كان الزوج غير كفء وزوجت المرأة نفسها دون مهر المثل، وذلك قبل أن يقع حملا ظاهرا أو ما لم تلد².

المطلب الثالث : بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الولاية في الزواج

المادة 9 : الأمر رقم 05-02 المؤرخ في : 27 فبراير 2005

1. متى كان من المقرر شرعا، أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، وفي ذلك أضاف ابن زيد القيرواني في رسالة لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل.

¹ عيسى حداد، نفس المرجع السابق، ص 142.

² بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص 389.

كما أنه لا يجوز للولي أن يزوج مولته بدون رضاها، بل إلى أبعد من ذلك وهو أن تأذن له بالقول، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، و لا يتبين منها توافر هذه الأركان فإنهم بهذا القضاء خالفوا الشرع.

2. من المقرر شرعاً، أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً. ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجاً، ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه يعاشر الطرف الآخر، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه وتصحيحه و إلحاق نسب المولود بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.¹

3. من المقرر شرعاً وقانوناً، أن للنكاح أربع أركان هي: صيغة ورضا الزوجين صداق وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية. ومن المقرر كذلك، أنه إذا اختل ركناً من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه، بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

¹ بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات، و معلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و اربعين سنة 1996 - 2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2012، الجزائر، 63 - 64. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد 4، ص 99. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/11/19، ملف رقم 34262، م ق، 1990، عدد 1، ص 99. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم 40429، ن ق، عدد 4، ص 179. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1989/10/02، ملف رقم 55116، م ق، 1991، عدد 1، ص 33. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2000/05/23، ملف رقم 243417، ا ق، غ، أ، ش، عدد خاص، ص 109، م ق 2002، عدد 1، ص 301.

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 الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقاً صحيحاً¹.

المادة 11 : من الأمر 02/05 المؤرخ في : 27/فبراير 2005 "تعقد المرأة الراشدة بحضور وليها..."

1. من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي هو زواج باطل بطلانا مطلقاً، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.
2. من المقرر شرعاً وقانوناً، أنه لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا، وولي وشاهدين، وصداق.
3. حيث أنه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون و كما هو وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقاً لأحكام قانون الأسرة خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد.
4. حيث أن القرار المنتقد ركز في تسببيه على انعدام الولي في الزواج وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل منه ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج.

¹ بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص 65-66-67-77-78.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ : 2000/05/23، ملف رقم 243417، اق، غ، أ، ش، عدد خاص، ص 109، م ق 2002، عدد 1، ص 301.

3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ : 1984/09/24، ملف رقم 34483، م ق، 1990، عدد 1، ص 64.

والمادة 9 من ق.أ تطبق في حدود المادة 33 من ق.أ وبرفضهم دعوى قضاة الموضوع، على الرغم من وجود شاهدين، يكونون قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقد.

المادة 13 : الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"

1. من المقرر شرعا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .و إذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

2. يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركنا واحدا طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ وبما أن قضاة الموضوع رفضوا إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب، لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون¹.

و أخيرا المستنتج من جل الاجتهادات القضائية السالفة الذكر أنه ومنذ التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي مس في جوهره بالمركز القانوني للولي في عقد الزواج، بحيث تحول من ركن في العقد إلى شرط صحة، مع القول والتأكيد أنه وبموجب هذه المواد لم يعد للولي أي دور في عقد زواج موليته سوى الحضور بغض النظر عن قبوله أو عدم قبوله، وهذا ما لم يأتي به أي مذهب من المذاهب الأربعة، فحتى بالقول بأن المشرع انتهج منهج المذهب الحنفي، فهو إلى حد ما أخذ بهذا الأخير، لكنه بتر هذا المذهب في جوهره الذي يؤكد بإبقاء للولي حق الاعتراض على الزواج، إذا كان الزوج غير كفء وزوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري ولم يذكره بموجب نص قانوني آمر، بل أحال ذلك إلى

¹ بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، 77 - 79

الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص، وذلك بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، غير أن هذا الأخير قد أغفل مسألة هامة وهي في حال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يخفى علينا التنوع في المذاهب الفقهية للفقهاء لكل مذهب من آراء وأدلة شرعية تم سياقها.

والسؤال الذي يبقى مطروح بالحاح لأي مذهب سيطبق من هذه المذاهب؟ بالإضافة إلى كل ما سبق فإنه من غير المعقول وحتى بفتح باب الولاية في الزواج، فإن لم يثبت وأن المرأة التجأت للقضاء في حال اعتراض وليها على الزواج وهذا ما لوحظ على الاجتهادات القضائية في هذه المسألة التي خلت تقريبا من وجود اجتهادات من هذا النوع فحياء المرأة وحشمتها والتربية التي تشبعت بها من والديها التي هي من مبادئ وقيم الشريعة الإسلامية السماح يمنعها من حط وليها في موقف بين المطرقة و السندان.

كما أنه وبجواز للمرأة تزويج نفسها بدون إذن وليها والذي جاء به الحنفية إلا أنهم قالوا بأن المرأة الوضيعة هي التي تزوج نفسها بنفسها أما الشريفة عندهم فهي التي تكون تحت ولاية وليها وهو الذي برم عقد زواجها. إلا أنهم ومع تناولهم لهذه المسألة فإنهم لم يلغوا دور الولي في عقد الزواج و بالمقابل المذهب المالكي الذي يتسم بالتشدد نوعا ما و بإبطالهم لعقد زواج المرأة بنفسها و جعلوا ولاية الزواج للولي إلا أنهم لم يلغوا رأي المرأة و رضاها في العقد مع القول أن كلا الفريقين ساق أدلة لم تكن قطعية في دلالتها.

الخاتمة

يعد موضوع الولاية من أهم المواضيع الهامة التي تمس بأعظم رابطة قدسية ألا وهي رابط الزواج، التي أحاطها الشارع الحكيم بأسس و مبادئ تبنى عليها .

نظرا للخصوصية التي خلقت عليها المرأة من رقة في الشعور و العاطفة فقد أحاطها الله سبحانه وتعالى بمن يرعاها ويحافظ على مصالحها ويدبر عنها المفاصل ، و لن يتأتى ذلك إلا من خلال الولاية على اعتبار أن المرأة وبحكم خصوصيتها لا تملك الدراية الكافية و الوافية عن الرجال، لذلك نصت الشريعة الإسلامية على وجوب وجود ولي ينوب عنها في إبرام هذا العقد باسمها ولحسابها، وقد ذهب فريق من الفقهاء على اعتبار الولاية شركة بين المرأة ووليها حتى لا يستبد كل طرف برأيه عن الآخر .

ومما سبق ذكره فإن كل ما ساقه الفقهاء على اختلاف تنوعهم مذاهبهم الفقهية بخصوص ضرورة وجوب وجود الولي في عقد الزواج، لم تكن أدلة قطعية في الدلالة، رغم إن فريق آخر من الفقهاء ذهب إلى حد اعتبار الولي شرط صحة في عقد الزواج، لكن دون إلغاء شرط رضا المرأة في إبرام عقد الزواج باعتباره عقدا رضائيا بين الرجل والمرأة و أي وجود لعيب من عيوب الإرادة كعيب الإكراه في إبرام عقد الزواج يجعل العقد باطلا .

وبخصوص ما ذهبت إليه القوانين التي شرعتها البلاد العربية عامة والجزائر بصفة خاصة في موضوع مركز الولي في عقد الزواج فقد تبنت العديد من هاته التشريعات موقفا أوسع في إعطاء الحرية للمرأة في إبرام عقد الزواج بل ذهبت إلى حد منح المرأة الحق في اختيار أي شخص يتولى إبرام عقد زواجها، في تكريس واضح لسير بعض لدول العربية لتكريس مبدأ علمانية الدولة على حساب إسلامية الدول العربية والذي يتنافى والتقاليد العربية الأصيلة وما جاء به الشارع الحكيم حول قدسية مكانة الولي في إبرام عقد الزواج باعتباره رابطة مقدسة أحاطها الله سبحانه وتعالى بمكانة سامية قصد تكريس شرعية الرابطة بين المرأة والرجل .

فالمشرع الجزائري وبتخليه عن الولاية قد ساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة ، كما تؤدي إلى هشاشة العلاقة الزوجية، فالمشرع قد خالف ما جاء به جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها وشروطها ومراتب الأولياء وذلك بتوسيع دائرة الولاية، وبإلغاء الولي

في عقد الزواج وتهميشه، وإعطاء هامش اكبر وأوسع للمرأة في اختيار وليها مهما كانت صفته بحيث يكون وجوده مثل عدمه.

وفي الأخير ورغم كل ما قيل بشأن مركز الولي في عقد الزواج فإن المشرع الجزائري غيب إلى حد بعيد أي دور للولي في عقد الزواج في إشارة واضحة إلى تأثير المشرع الجزائري بمطالبات الجمعيات النسوية المتعلقة بضرورة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، كما لا يفوتنا الإشارة في هذا الصدد إلى تأثير المشرع الجزائري بالضغوطات التي مارسها المنظمات الغير الحكومية الناشطة في ميدان حقوق الإنسان وحقوق المرأة بشكل خاص بالإضافة إلى ضغوط الدول الغربية المنادية بتحسين حقوق المرأة خاصة في أروقة مجلس حقوق الإنسان.

ومن خلال هاته الدراسة فقد توصلنا إلى النتائج التالية :

- إن المشرع بإلغائه لركن الولي قد خالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي و الأعراف والمبادئ التي تكرست في أذهان المجتمع.

- إن إلغاء ركن الولي في عقد الزواج يمكن أن يكون له آثار عكسية بالنسبة للمرأة على اعتبار انه يسهل الإيقاع بها واستغلالها و اكبر دليل على ذلك حالات الإجهاض الكثيرة و تنامي ظاهرة الأمهات العازبات اللواتي ذهبن ضحية الوعود الكاذبة بالزواج الشرعي وضحية إبرامهن لعقود زواج دون رضا ووجود أوليائهن.

- إن إلغاء ركن الولي في عقد الزواج سيؤدي حتما إلى ارتفاع معدلات الطلاق وغياب كلي لأي محاولة للصلح بين الزوجين خاصة إذا اعتبرنا أن الزواج لم يكن برضا ولي أو أولياء الزوجة فكيف يمكن إتمام إجراءات الصلح التي نص عليها الله سبحانه و تعالى في القرآن الكريم أو تلك التي جاء نص قانون الأسرة وبالتالي لن يكون اما الزوجين إلا سلوك طريق القضاء لفك الرابطة الزوجية.

إن كل ما سبق يدفعنا إلى القول بأنه على المشرع أن يقوم بإعادة إدراج الولي كركن أساسي في إبرام عقد الزواج و هذا تماشيا مع جمهور الفقهاء وتماشيا كذلك مع الأعراف والتقاليد

المحافظة التي تسود معظم مجتمعات الدول العربية وهذا حفاظا على الترابط الأسري وحفاظا كذلك على مناعة المجتمع من أية أخطار قد تؤدي إلى تفكك الأسرة وتصدع المجتمع ككل.

قائمة المصادر و المراجع

أولا :المصادر

1. القرآن الكريم.

ثانيا : القوانين و المراسيم و الأوامر

1. قانون الأحوال الشخصية، الأمر 2005/28، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.
2. قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3. قرار المحكمة العليا رقم 90468، بتاريخ : 1993/3/30، مجلة قضائية، عدد خاص، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، الجزائر.

ثالثا : المراجع

أ - الكتب :

- أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة، 2008-2009.
- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2011، مصر.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، سنة 2009، مصر.
- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2009، الأردن.
- أحمد صقر، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004.
- اسماعيل أبا بكر البامري، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية، دار حامد للنشر و التوزيع، طبعة 2009، الأردن.
- اسماعيل نواهضة و من معه، الأحوال الشخصية في فقه النكاح، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010، الأردن.
- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، سنة 1982، الجزائر.
- أماني علي المتولي، الضوابط الشرعية و القانونية لأنواع الحديثة للزواج و الطلاق، دار الكتاب الحديث، طبعة 2010، مصر.
- الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، شركة دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2003، الجزائر.
- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د، س، ن)، مصر.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2008 ، الجزائر.
- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.
- سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، الجزء الثاني، طبعة 2008، لبنان.

- طاهري حسين، الأوسط في شرح القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009، الجزائر.
- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2007، الجزائر.
- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى 2002، الجزء الأول، السعودية.
- عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة-، منشورات جامعة باجي مختار، 2006، الجزائر.
- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون و موزعون، الطبعة الثالثة، سنة 2010، الأردن.
- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة و الزواج، دار الاعتصام للطبع و النشر و التوزيع، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر.
- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه و شروطه و صحته في الفقه الإسلامي (د،س،ن).
- محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2011، الأردن.
- محمد محمود حمودة و من معه، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع (ب،ط)، الأردن.
- مصطفى أمين حيدر الأتروشي، أحكام الزواج و الطلاق في فقه الإمام الظاهري، دار قنديل للنشر و التوزيع، طبعة 2010، الأردن.
- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، كلية القانون، سنة 2004، العراق.
- نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2011، الأردن.
- هاني بن عبد الله، (د،د،ن)، (د،س،ن).
- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2008، الجزائر.

ب- الرسائل و المذكرات العلمية :

- أطروحة الدكتوراه :
بن صغير محفوظ ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

ج- المقالات و المجلات :

- 1 - بوسطة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، الجزائر.
- 2 - بوكايس سمية، مجلة الفقه و القانون، العدد 20، بتاريخ : 02 يونيو 2014.
- 3 - موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، (د،س،ن)، الجزائر.

د- قائمة المواقع الالكترونية :

www.amanhordan.org، القانون المغربي، 2016/05/23.

الفهـرس

الصفحة	العنوان
	شكر و عرفان
	إهداء
أ-ب-ج	المقدمة
1	الفصل الأول : أحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية
1	المبحث الأول : مفهوم الولاية في الزواج
1	المطلب الأول : تعريف الولاية في الزواج
1	الفرع الأول : الولاية في اللغة
2	الفرع الثاني : الولاية شرعا
3	المطلب الثاني : أدلة مشروعية الولاية
3	الفرع الأول : من القران الكريم
4	الفرع الثاني : من السنة النبوية
5	المطلب الثالث : أقسام الولاية
5	الفرع الأول : ولاية الاختيار
6	الفرع الثاني : ولاية الإيجاب
6	المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح
6	المطلب الأول : القائلين باشتراط الولي في الزواج و أدلتهم
7	الفرع الأول : أدلتهم من الكتاب
11	الفرع الثاني : أدلتهم من السنة
14	المطلب الثاني : أدلة القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج و أدلتهم
15	الفرع الأول : أدلتهم من الكتاب
17	الفرع الثاني : أدلتهم من السنة
21	المطلب الثالث : شروط الولي في الشريعة الإسلامية

22	الفرع الأول : الشروط المتفق عليها
22	الفرع الثاني : الشروط المختلف فيها
28	الفصل الثاني : أحكام الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات
29	المبحث الأول : الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري
29	المطلب الأول : الولي في عقد الزواج ضمن قانون الأسرة رقم 11/84
32	المطلب الثاني : الولي في عقد الزواج ضمن أمر 02/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84
39	المطلب الثالث : الولي في قانون الأحوال الشخصية المقارن
39	الفرع الأول : الولي في عقد الزواج في القانون المغربي
40	الفرع الثاني : الولي في القانون الإماراتي
43	المبحث الثاني : أثر تخلف الولي في عقد الزواج
43	المطلب الأول : أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية
44	المطلب الثاني : أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري
45	المطلب الثالث : بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الولاية في الزواج
50	الخاتمة
53	قائمة المراجع
	الفهرس