الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

قسم : الحقوق

رقم : .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

فرع: ماستر

تخصص: أحوال شخصية

مذكرة مُقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالبة:يحياوي صبرينة

تحت عنوان

المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

أ .رحماني نجية	جامعة المسيلة	رئيســا
د. والي عبد اللطيف	جامعة المسيلة	مشرفا و مقررا
أ. عمارة عمارة	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

مقدمة

1- موضوع الدراسة:

رضي الله سبحانه وتعالى أن الإسلام دينا فهو دين رحمة لم يترك شيئا فيه مصلحة إلا وحث على تعاطيه، ولا شيئا فيه مصلحة إلا وحذر منه.

و كان من جملة التشريعات التي جاء بها الرسول تبيان الأحكام المتعلقة بالزواج الذي يعتبر نظاما إلا هي شرعه الله تعالى لخير الإنسانية ومصلحة المجتمع في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الآمة اذ يقول تعالى (ومِن آياتهِ أن خَلَق لكم مِن أنفُسِكُم أزواجاً لِتَسكُنُوا إليها وجَعَلَ بينكم مودةً ورحمة إنَّ في ذلك لآياتٍ لقومٍ يَتَفَكَرون)[1] ولقد أحاط الشارع الحكيم هذا العقد بهالة من التقديس فسماه بالميثاق الغليظ ولما له من أهمية خصه بعناية كبيرة من وقت إنشائه إلى غاية انتهائه، ووضع الأسس التي يقوم عليها وبيّن أركانه وشروطه لضمان نشوء الأسرة الصالحة و الحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت و الضياع حيث لم يُعتبر كسائر العقود فلقد شرعت له أحكام خاصة من شأنها ان تعنى بحماية وضمان لاستمرارية هذا العقد في إطار الترابط والتكافل و الاحترام للحقوق والواجبات لكل من الطرفين.

فالشريعة الإسلامية أولت له قيود وضوابط وحتى قبل انعقاد عقد الزواج أي المرحلة التحضيرية و الاعداد بحيث أن هذه المرحلة الجادة من مباشرته هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج و بحسب ما جاءت به المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري " هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب " فباعتبار الزواج عقد كسائر العقود المسماة فإن تنظيمه القانوني جاء بشكل عام لم يخرج عن نطاق ما جاءت به الشريعة من أحكام, حيث أورد المشرع في المادة 9 ما اعتبره شروطا للزواج وهي ألأهلية الصداق، الولي، الشاهدان وإنعدام الموانع الشرعية، لكن كانت مَثار خلاف بين جمهور الفقهاء بين من يعتبرها شروط صحة وتمام، وبين من يعتبرها أركان في العقد بجانب الصيغة، فالأحناف قصروا أركان عقد الزواج على الصبغة واعتبروا بقية الأركان شروط صحة، وهناك من أنكر شرط الولي متى عقدت المرأة مع كفء.

وتطبيقا للمذهب المالكي السائد في المغرب العربي حدد قانون الأسرة 84-11 أركان الزواج بمقتضى المادة 9 قبل تعديلها وهي الرضى، الولي، الشاهدان والصداق، وبمقتضى

[1] - الآية 21 من سورة الروم.

الأمر 05-02 تم التعديل فأصبحت الأركان المذكورة شروطا ما عدا ركن التراضي وأصبح بإمكان المرأة أن تباشر عقد زواجها وتختار وليها بنفسها او أحد أقاربها وهذا بمقتضى المادة 11 المعدلة، وهو مايفتح المجال على كل الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة, كأن تتخذ صديقتها أو جارها وليا لها، وهذا ما يتنافى مع مقاصد الشريعة وأن كانت تنسجم مع التشريعات الفرنسية في مجال عقد الزواج عندما تنص على أن عقد الزواج عقد مدني ينشأ عن إتفاق أرادتين أتفاق شخصيا حضوريا، فأنها لا تنسجم مع تقاليدنا وموروثات شعبنا كشعب مسلم متمسك بثقافته الإسلامية.

وقد اعتبر هذا التعديل انحرافا عن المذهب المالكي نحو مذاهب أخرى التي لا تشترط الولي في عند زواج الراشدة قاصدين بذلك المذهب الحنفي، وحتى وإن سلّمنا بهذا الطرح فإن المذهب الحنفي عند عدم اشتراط الولي يشترط فسخ الزواج وهما مهر المثل و الكفاءة وحتى وإن كان حضور الولي في عقد زواجها يمثل نقل لرغبة و إرادة المرأة إلى مجلس العقد على اعتبار حياءها يمنعها من حضور مجالس الرجال فإن هذا الحضور لا يتكيّف بأنه ولاية بلا نيابة اتفاقية يمكن لأي كان أن ينوب عنها في هذا المجلس.

لذلك كانت الولاية في هذا الزواج من المواضيع المكفولة شرعاً و قانونا ولخصوصية مواضيعها وحساسيتها و التي تتعلق بتنظيم الأسرة و العلاقات بين الأفراد، ولا يخفى علينا أن المرحلة التحضيرية لهذا العقد هي التي يثور فيها التضارب في الأراءفي نظرية الولاية بين مؤيد ومعارض، ومن هذا التضارب في الآرآء سيتم التطرق إليها من خلال الجانب القانوني وجانب ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية.

ولهذا فبعض المذاهب الفقهية سلمت بمبدأ رأي ضرورة اشتراط الولي في عقد الزواج وكانوا بهذا الطرح قد أهدروا حق المرأة في اختيار شريك حياتها، وبالمقابل فإن الاتجاه الآخر المناقض همشوا دور الولي في الزواج ولم يمنحوا له مكانة تولي عقد مُوَلِيَتِه وكذلك الأمر بالنسبة للقوانين الوضعية المعمول بها في سائر البلدان العربية حيث لا تزال توافق مع ما هو مقدر في الشريعة الإسلامية وذلك على اختلاف مذاهبهم الفقهية.

2- أسباب اختيار موضوع الدراسة:

لقد وقع إختيارنا لموضوع "المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" للبحث في هذه المسألة دون غيرها وذلك بسبب كثرة الكلام عن عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل حرية المرأة في الزواج قاصرة مدى الحياة ومرتبطة برجل

هو وليها، ونتيجة لذلك اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات حول هذا الموضوع بين معارض للولاية على المرأة وبين متمسك بهذا الأمر الذي يستدعي التساؤل عن الطريقة التي عالج بها قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة وأيضا لمسايرة تعديل هذا القانون بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 فيما يتعلق بمسألة الولاية في الزواج والوقوف على الفرق بين موقف المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل وعلى العموم تنقسم أسباب اختيار الموضوع إلى أسباب موضوعية وأخرى ذاتية كما يلي:

أ- أسباب موضوعية:

- طرحت العديد من التساؤلات على المستوى القانوني و العملي والتي سادها الغموض في تطبيق النص القانوني لذا وجب وضع الولي في مركزه المناسب.
- انتشار ظاهرة الطلاق بنسبة كبيرة نتيجة عدم توفق الزوجة في اختيار الزوج المناسب بسبب غياب دور الولي في النصح والإرشاد وتبيان دوره في بناء الأسس المتينة لقيام هذه العلاقة بشكل صحيح.
- كما أن الولاية في الزواج من الموضوعات الفقهية المهمة التي يترتب على الجهل بأحكامها بطلان عقد النكاح أحيانا وتعدد الآراء الفقهية في اشتراط الولي أو ركنيته في عقد الزواج وتبيان آراءهم.

ب - أسباب ذاتية :

- دراستي للموضوع في المسار الدراسي في مقياس الإجتهاد القضائي وإرادتي في مواصلة البحث واستكمال ما جاء في موضوع الولي وتبيان أهميته في انعكاسه على تنشئة الأسرة

- كثرة المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وتنوعها وقلة الدراسات التي تناولته حسب إطلاعي وأيضا التعديلات القانونية والتناقضات التي وقعوا فيها والبحث عن الدوافع الرئيسية التي اعتمدها المشرع في التعديل الأخير الذي مسّ الولاية في الزواج, فهو في تقديري لايزال إلى البحث والإثراء لأجل ذلك رأيت أن يكون موضوع "المركز القانوني للولي " عنوان مذكرتي التي أتقدم بها استكمالا لنيل شهادة الماستر.

3-أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في انه يتناول أحكام الولاية التي تعتبر منبع صلة للأفراد بعضهم بالبعض من ناحية أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في نفس الوقت، ولذلك اعتبر الولي مهما في عقد الزواج فإذا ما قام بعقد الزواج فإنه يساهم ويساعد الفتاة في اختيار الكفء لها،

وبالتالي يحمي حقوقها ويصونها، لأنه ينظر بعين العقل والقلب بينما تنظر للمرأة بعين العاطفة فقط.

أ- أهميته من الناحية العلمية:

إن موضوع الولي ومركزه من المواضيع التي كانت فيها العديد من التساؤلات على المستوى القانوني والعملي معا، والتي سادها الغموض في تطبيق النص القانوني لذلك وجب تحديد وضعه في الإطار المناسب له.

ب-أهميته من الناحية العملية :

محاولة العمل على تحليل هذا الموضوع وتبيان صورته على حقيقتها وتحديد الآثار المترتبة على غياب ركن الولي في عقد الزواج وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري والطريقة التي عالج بها قانون الأسرة هذه المسألة.

4- أهداف الموضوع :

- جمع مسائل هذا الموضوع المتفرقة في بحث واحد.
- بيان أحكام هذه المسائل الخاصة بالولي ومركزه في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.
- كما أنه يهدف البحث في دراسة ما جاء في كتب الفقه الإسلامي وبعض القوانين الوضعية، وعلى الخصوص قانون الأسرة الجزائري في ما يتعلق بموضوع الولاية.

5- إشكالية الدراسة:

ودراسة الموضوع تثير إشكالات عديدة وعليه يستوجب طرح الإشكالية الرئيسية على النحو الآتي :

ما هي حدود سلطة الولي ومركزه القانوني في عقد الزواج وما مدى انسجام مواد قانون الأسرة المتعلقة بالولاية مع أحكام الشريعة الإسلامية؟

ولقد تفرعت عن الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية وهي مبنية كالتالي :

- ما لمقصود بالولاية في عقد الزواج ؟
- ما حكم وجود الولي في عقد الزواج شرعا وقانونا ؟
- هل ألغت المادة 11 المعدلة ركن الولي أم أنها أعطت بدائل لولاية الأب؟ وما هي آثار تخلف الولي في عقد الزواج ؟.

6- المنهج المتبع :

إعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي وما يتوافق ويتلائم وطبيعة الموضوع ، وأهداف الدراسة بالوقوف على مختلف الآراء والنظر في الأدلة التي إستند إليها كل رأي وتحليلها والتركيز على تحليل نص المادة 11 بموجب قانون 05-02، مع عدم إغفال المنهج المقارن لمقارنة الدراسة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية والموازنة وترجيح ما يتبين لي أنه الأقوى والأرجح.

7-الدراسات السابقة :

إن البحث في موضوع الولاية يعد من المواضيع الجديدة نسبيا نظرا للتعديل الذي أجراه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الذي مس المركز القانوني للولي لذا كانت الدراسات في هذا الموضوع قليلة، وإن كانت فهي متفرقة في متن كتب الفقه الإسلامي ، والمقالات والرسائل والمذكرات الجامعية، بشكل عناوين في سياق مواضيع وأبحاث أخرى ذات صلة بالموضوع ، ومن هذه الدراسات الولاية على النفس بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري – مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء للطالبة القاضية بيتور فاطمة الزهراء الدفعة الثامنة عشر- 2007،2010.

8 – صعوبات الدراسة :

لا يخلو أي بحث في الغالب من الصعوبات تكون عائق عن تحصيله أو الوصول إلى كماله ، وأخذ العمل نصيبه من الصعوبات لعل أبرزها وجود مراجع لكنها غير متخصصة خاصة في شرح مسألة الولاية في مراجع قانون الأسرة الجزائري ،حيث يظهر لنا أن الشراح تعمدوا عدم الخضوع في الولاية ، بالإضافة إلا تداخل المواضيع التي تتعلق بالولاية ، صعب حصر هذا الكم الهائل من المادة العلمية في بحث واحد.

9-خطة الدراسة :

لقد حاولنا في بحثنا هذا الإحاطة بكامل جوانب الموضوع النظرية والعلمية فقمنا بتقسيمه إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية الولاية في الزواج من خلال مبحثين ، تطرقنا في الأول غلى مفهوم الولاية ، وفي المبحث الثاني شروط ومراتب الأولياء في الزواج

أما الفصل الثاني قمنا بتقسيمه إلى مبحثين الأول حكم إشتراط الولي في الزواج أما المبحث الثاني تطرقنا إلى عضل الولي للمرأة وأثر تخلف الولي في الزواج

الفصل الأول : ماهية الولاية في الزواج

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، ولذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها .

كما أنه نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع لذا حرصت الشريعة على إبراز مكانته ومتانته من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة، كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع .

ولقد جاء في ديننا الحنيف وحفاظا وصونا للمرأة من حضور مجالس الرجال شرع الله عز و جل الولاية، وحفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لاتضيع وتهدر، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، وهذا ماجاء في نظام الولاية والمركز القانوني للولي الذي يعتبر محل دراستنا .

وقبل التطرق إلى حكم الولاية لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة لتسليط الضوء عليها وذلك من خلال تبيان ماهيتها وانواعها والشروط المتطلبة في الولي لإنشاء عقد الزواج .

ولقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، الأول نتناول فيه مفهوم الولاية أما المبحث الثاني شروط ومراتب الأولياء في عقد الزواج.

المبحث الأول : مفهوم الولاية في الزواج :

يعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع التي أثارت إنشغالات التشريع الإسلامي والقانون، وكانت فيه آراء وإتجاهات مختلفة، ولمعرفة الأحكام المتعلقة بالولاية على الزواج وشروط الولي والاشكالات التي يثيرها، وحضوره في عقد الزواج ودوره وحدود سلطته من مرحلة الخطبة إلى مرحلة الدخول يقتضي أولا التطرق إلى تعريف الولاية وذلك من خلال المطلب الأول .

المطلب الأول : تعريف الولاية :

لقد جاءت الولاية بعدة تعاريف بحسب المنظور الذي عرفت منه، ولمعرفتها يجب الرجوع إلى ماتناوله الفقهاء في هذه المسألة وأحكام الشريعة، فلها تعريفين الأول لغوي والثاني اصطلاحي وهذا ماسوف نتطرق إليه من خلال فرعين:

الفرع الأول : تعريف الولاية لغة :

عرف اللغويون الولاية (بفتح الواو) فقالوا : ولي الشيء إذا قام به، وهي تعني النصرة لمحبة المنصور، وتكون بالإخلاص المودة والنصرة بالمعونة والتقوية[1] .

ووردت في قوله تعالى : اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّور" ﴿٢٥٧﴾

أي ناصرهم على عدوهم[2] .

كما تأتي بمعنى السلطة والقدرة والولاية بكسر الواو السلطان وبفتحها النصرة قال تعالى: "هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ ۚ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرٌ عُقْبًا"﴿٤٤﴾.[3]

والولاية من الولي وهو القرب ن فهي قرابة حكمية من العتق والموالات، وعرفت أيضا هي قيام العبد بالحق عند العناء عن نفسه، ووالیت بين الشيئين إذا عاديت بينهما ولاءً، وافعل هذا على الِولاء أي مرتّبا، والباب كله راجع إلى القرب .

وتولى الشيء، أدبر، ويقال تولى فلان هارباً، وتولى الرّطب :أخذ في الهيج ، وتولى عنه: أعرض وتركه ، وتولى الشيء: لزمه ، وتولى الأمر: تقلّده وقام به.[4]

والولي ضد العدو ، فهو في اللغة معنيان، المعنى الأول: الناصر المعين، والمعنى الثاني: هو القائم لأمر الشخص والمتولي لشؤونه .

---

[1] – د/ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 187.

[2] – سورة البقرة، الأية 257.

[3] – سورة الكهف، الآية 44.

[4] – نضال محمد أبوسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011، ص 33.

كما يعتبر الولي صاحب السلطة وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته، وولي المرأة هو الذي يلي عقد الزواج عليها[1].

قتال تعالى : "وَمَن يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ "[2]

والولي من أسماء الله تعالى هو الناصر وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق، والقائم به ومن أسمائه عزو جل الوالي، وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها، وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة بالفعل[3].

والمولى في الدين هو الولي، ومنه قوله تعالى"ذَٰلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ "4

الفرع الثاني : تعريف الولاية إصطلاحا :

ذكر بعض العلماء: أن الولاية في إصطلاح الفقهاء على أنها سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء التصرفات ونفاذها، سواء في حق نفسه أو في حق غيره.[5]

كما انها عرفت أيضا بـ " قدرة الشخص على مباشرة التصرف من غير التوقف على إجازة أحد[6] .

كما جاءت بعدة تعريفات مختلفة منها :" تنفيذ القول على الغير " و" قيام شخص كبير راشد وعلى شخص قاصر وفي تدبير شؤونه الشخصية والمالية "وأيضا :" قدرة الشخص على

---

1 – د/جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007،ص 67.

2 – سورة المائدة، الآية 56.

3 – نضال محمد أبو سنين، المرجع السابق، ص 33.

4 – سورة الأنفال، الآية 11.

5 – د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 64.

6 – د/زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة، الجزء1، الطبعة 2، مؤسسة دار الرسالة، 2000، ص 339.

إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله[1].

أما الولاية عند الحنفية فقد عرفها التمرتاشي في كتابه أنها :" تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى "، أما شلبي في حاشية الولي: "بأنه من كان أهلا للميراث وهو عاقل بالغ" .

أما تعريف الولاية عند المالكية والحنابلة فقد عرفها الشيخ الزرقا على أنها: "سلطة على شخص القاصر لتنشئته، وتطبيبه، وتعليمه، وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه"[2] .

كما عرفها الفقيه المالكي إبن عرفة في تعريفه للولي هو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذي إسلام.

فكلمة ملك شملت الحرة والأمة، فالأب مالك لأمر إبنه، ومالك رقبة الأمة أو تعصيبا كالأخ شقيقا.

- إيصاء : من الوصي هو من يعينه الأب قبيل وفاته وصيا على أبنائه
- كفالة : تطلق على الكفيل وهو في مقام الوصي .
- سلطنة :أي القاضي، أما ذو إسلام ففي حالة ما إذا فقدت المرأة العائل فيمكن أن تطلب من واحد من المسلمين لكي يكون ولياً عليها[3] .

وخلاصة القول أن هذه التعريفات جميعها تتحد في معناها وتختلف في الألفاظ الدالة عليها، ومنه فإن الولاية تعرف في العموم على أنها حق منحته الشريعة الإسلامية لبعض الناس يكتسب به صاحبه حق تنفيذه على غيره .

المطلب الثاني : أقسام الولاية وأدلة مشروعيتها :

لقد تضاربت آراء الفقهاء في سلطة الولي في عقد الزواج عن المولى عليه، وذلك راجع إلى اختلاف هذا الأخير بين أن يكون صغيرا أو بكراً أو ثيباً هذا من جهة، أما من جهة أخرى

---

1 – الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ،مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1 بن عكنون،كلية الحقوق،قسم قانون الأسرة، ص11.

2 – نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص 34، 35، 36 .

3 – د/ جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر– قسنطينة–، ص 124،125.

فالاختلاف على الأشخاص الذين يمارسونها لذلك قاموا بتقسيم الولاية إلى عدة أقسام وباعتبارات مختلفة وأدلوا على مشروعيتها من القرآن والسنة النبوية الشريفة وهذا سوف نتناوله في مطلبنا هذا .

الفرع الأول :أقسام الولاية :

تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قسموا الولاية إلى نوعان :

– ولاية قاصرة : وهي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه .

– ولاية متعدية : هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره، وهذه الولاية المتعدية تنقسم بدورها إلى قسمين :

*ولاية عامة كولاية السلطان والقاضي[1].

*ولاية خاصة : فهي نوعان ولاية على المال أساسها تدبير الشؤون المالية لناقص الأهلية وولاية على النفس أساسها الإشراف على شؤون القاصر الشخصية[2].

والولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار، والأولى تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستمد فيها بإنشاء العقد على موليته دون مشاركة أحد، أما الثانية فهي التي تثبت على البالغة العاقلة ، ذلك أن جمهور الفقهاء يرون بأنه ليس لها ان تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج[3] .

والسؤال المطروح هل ينفرد الولي بمباشرة عقد الزواج وحده أو باتفاق مع موليته ؟ وعلى من تثبت هذه الولاية ؟

أولا: ولاية الإجبار: تعريفها : وهي ولاية الأب والجد أو المقربون على الفتاة البكر والصغيرة والمجنون، وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد ولعدم توفر في

[1] – ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون، جامعة العقيد آكلي محند ولحاج، بويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، 2015، ص 21.

[2]– د/ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص 105.

[3] – الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة، ص 107،108.

المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج[1]، أي تملك الولي مباشرة العقد(عقد الزواج) دون رضا المرأة، فالذي اتفقوا عليه الحنفية والشافعية أن للولي تزويج البكر الصغيرة دون رضاها، وكما اتفقوا على عدم تزويج الثيب الكبيرة دون رضاها[2].

وأدلتها من القرآن في قوله تعالى:

" اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ "3.

تدل هذه الآية على ان اللواتي لم يحصن عدتهن ثلاثة أشهر مثلهن مثل اليائسة من الحيض، وهذا دليل على أن الصغيرة تزوج، ويحصل لها طلاق، وهي دون سن الحيض، فتثبت في حقها ولاية الإجبار عند من يقولون بأن العلة في الإجبار الصغر وليست الثيوبة .

وأدلتها من السنة، قالت السيدة عائشة رضي الله عنها " تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا إبنة ست، وبنى بي وأنا ابنة تسع " ويدل هذا الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج

عائشة في مرحلة لم يكن إذنها معتبر وهذه هي ولاية الإجبار[4].

*** من تثبت عليه ولاية الإجبار:**

ذهب فقهاء الحنفية والشيعة الجعفرية حيث يرون ثبوت ولاية الإجبار على الصغار ذكوراً وإناثاً، كما تثبت على حكم الصغار من المجانين والمعاتيه ذكوراً أو إناثاً حتى لو كان هؤلاء المجانين والمعاتيه من الكبار[5].

كما يجب أن نشير إلى رأي بعض الفقهاء كان لهم أثر في قوانين الأسرة منهم رأي عثمان البتا، وابن شبرمة، وأبي بكر الأصم، فقد قالوا أن ولاية الإجبار تكون على المجانين

---

[1] – د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1– أحكام الزواج–، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص 238.

2 – د/ إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دار الحامد للنشر والتنوزيع، 2008، ص120.

[3]– سورة الطلاق، الآية 4.

[4] – د/ جابر محمد الفضيلات، المرجع السابق، ص 126،127.

[5]– د/ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص 71.

والمعاتيه فقط و لا تكون على الصغار فقط، لأن الصغير يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ، فالحاجة إليه قبله والولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها ولا حاجة زواج بسبب الصغر وقد جعل الله تعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور و الكمال[1] لقوله تعالى :

"وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ۚ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا " [2]

أما فقهاء الشافعية فيرون أن ولاية الإجبار تثبت على البنت البكر كانت صغيرة أم كبيرة، وعلى الغلام الصغير فقط دون الكبير، كما تثبت هذه الولاية على المجانين والمعاتيه ، وبناءا على ذلك لا تثبت ولاية الإجبار على المرأة الثيب سواء كانت صغيرة أم كبيرة[3] .

***من تثبت لهم ولاية الإجبار :**

تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية للأقارب من العصبات بحسب قوة قرابتهم على حسب ترتيبهم في الإرث، فتقدم البنوة على الأبوة والأبوة على الأخوة والأخوة على العمومة، وإن اتحدت الجهة فعلى أساس قرب الدرجة إلى المولى عليه، وإن اتحدت الجهة والدرجة فعلى أساس قوة القرابة بالمولى عليه فيقدم مثلا الأخ الشقيق على الأخ لأب[4].

أما عند الشيعة الجعفرية حيث يرون أنها تثبت للأب وللجد لأب والحاكم (القاضي) ، مع ملاحظة أن الأب والجد في درجة واحدة، ولشمول إسم الأب للجد لأبْ، فإن زوج أحدهم صح زواجه ويستقل كل منهما في الولاية على الآخر، وإذا عقد الأب لشخص ثم عقد الجد

---

[1] – الإمام محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 108.

[2] – سورة النساء، الآية 6.

[3] – د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي،أحكام الأسرة الخاص ة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانوني والقضائي – دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 251.

[4] – د/جمال الضمراني، المرجع السابق، ص 82.

لشخص آخر صح العقد السابق وبطل اللاحق وإذا عقد في آن واحد صح عقد الجد وبطل عقد الأب[1].

ثانيا: ولاية الاختيار :

* **تعريفها** : هي حق الولي في تزويج المرأة باختيارها ورضاها، فليس له أن يستبد بالعقد، وهي عند الأحناف مستحبة، فهم يطلقون عليها ولاية ندب واستحباب[2]، وهي ولاية تعطى للولي حق تزويج المولى عليه برضاه، ففي هذه الولاية لا ينفرد الولي بالعقد وحده وإنما لابد من رضا واختيار المولى عليه[3].

***من تثبت عليه ولاية الاختيار :**

تثبت على الرجل البالغ العاقل الرشيد لأنه يثبت له حق تزويج نفسه فإذا باشره بنفسه يكون صحيحا نافذاً لازماً سواء كانت الزوجة التي تزوجها كفء له أم لا وحتى ولو تزوجها بأكثر من مهر مثلها ولا يتوقف عقده على الولي، أما إذا فوض الرجل البالغ العاقل الرشيد أباه أو جده فتكون وكالة وليست ولاية[4].

أما إذا كان البالغ العاقل إمرأة، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا باشر الولي عقدها وبإذنها ورضاها وكان عقده صحيحا نافذا لازما وبكرا كانت المرأة أو ثيبا[5].

*** من تثبت له ولاية الاختيار:**

تكون للعصابات وذلك في تزويج المرأة الثيب البالغة، ولايملك الأب والجد أيضا ولاية إجبار بنسبة لهذه المرأة، وذلك لأن البكر تستحي، وأما الثيب التي ذهبت بكارتها بالوطء فليس لأحد تزويجها إلا بإذنها بالنطلق وأما البكر فيحصل بصمتها.

---

[1] – د/ علي السيد الشرنباصي و د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، 317.

[2] – د/ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 108.

[3] – د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 256.

[4] – د/ جابر عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 257.

[5] – د/ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 175.

أما عند فقهاء، الحنابلة فتثبت لسائر الأولياء عند تزويج المكلفة البالغة العاقلة ثيبا كانت أو بكراً بإذنها[1].

ثالثا : موقف المشرع الجزائري :

أخذ قانون الأسرة الجزائري بولاية الاختيار بشأن القاصرة فقط في المادة 13 المعدلة التي تنص على أنه(لايجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولاية على الزواج، ولايجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)،غير أن النص قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الآمر، وذلك عندما يجبر الولي إبنته سواء كانت راشدة أو على الزواج بمن لا ترضاه، فتصبح مجبرة على الموافقة وفي هذه الحالة هل يكون عقد زواج صحيحا أو باطلا [2].

فيجب التفريق بين أمرين فإذا لم يكن الرضا موجوداً فالعقد يكون باطلا أما إذا كان موجودا ولكن فيه عيب من عيوب الارادة العقد يكون قابلا للفسخ،فهنا يجوز للمرأة طلب فسخ العقد من القضاء فيكون لها الحق سواء قبل الدخول أو بعده، فلا يعقل أن تجبر على البقاء مع رجل لاترغب فيه[3].

الفرع الثاني : أدلة مشروعيتها:

أولا :من القرآن الكريم:

*لقد استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى: " فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ" 4

وقوله أيضا :"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ" [5]

وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَاالَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ ۘ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ

---

[1]– د/ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص 77،78.

[2]– د/ بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008،ص 67.

3 – المرجع نفسه، ص 67.

4– سورة البقرة، الآية 282.

5 – سورة التوبة، الآية 71.

ۚوَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ" [1]

– وقوله تعالى: "وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَاتُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ ۚ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا "[2]

حيث وجه الدلالة في هذه الآية كما قالت السيدة عائشة رضي الله عنها أنها في اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها ولا يسقط لها في الصداق[3]

وقوله تعالى : "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ "[4]

حيث وجه الخطاب إلى الأولياء، ولم يكن عقد الزواج بيد الأولياء لما تم توجيه الخطاب إليهم[5].

إليهم[5].

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

– عن أبي موسى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :" لا نكاح إلا بولي ".رواه أحمد وأبود اود و الترميذي، وابن حبان، والحاكم وصححاه والنفي في الحديث يتجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون الزواج بغير ولي باطل[6].

–ومنها ماروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " "لاتزوج المرأة المرأة ،ولاتزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".[7]

---

1 – سورة االمائدة، الآية 51.

2 – سورة النساء الآية 127.

3 – د/ إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص 127.

4 – سورة البقرة، الآية 232.

5 – د/ عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 244.

6 – فقه السنة للشيخ السيد السابق، المجلد الثاني،الجزء 4، دار الفتح العربي للطباعة و النشر والتوزيع، القاهرة، 1997، ص 448.

7 – د/ محمد كمال الدين إيمان، المرجع السابق، ص 106.

– وروى ابن ماجه عن ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا نكاح إلى بولي وشاهدي عدل"، وروى أبو داودعن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل " ثلاث مرات، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له[1].

–كما روي عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث يخطبها فقالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : "ليس أحد من أوليائك شاهدا ولا غائبا يكره ذلك" فهذا الحديث يدل على غيبة أوليائها عن عقد زواجها [2].

المبحث الثاني: شروط ومراتب الأولياء في الزواج

إن ولاية إنسان على آخر ليس بالهين والشارع الحكيم إذ جعل ولاية بعض الأشخاص على غيرهم في حالات محدودة فهو إنما جعلها لمصلحة المولي عليه ولما يحقق الأغراض النافعة له، وفي المقابل لم يترك أمر الولي هكذا دون ضوابط بل جعل هناك شروط في الولي لا تنعقد له الولاية على غيره دون توافرها [3]

المطلب الأول : شروط الولاية في الزواج

الشخص الذي يمارس الولاية لابد أن تتوفر فيه جملة من الشروط أقرها الفقهاء منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال فرعين الأول نتناول فيه شروط الولي المتفق عليها والفرع الثاني شروط الولي المختلف عليها.

الفرع الأول : شروط الولي المتفق عليها

[1]– د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 239.

[2] – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق،ص 247.

[3] - د/ جمال الضمراني ، المرجع السابق ، ص134.

*الأهلية الكاملة : بالبلوغ والعقل ، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه والسكران وكذا مختل النظر بهرم أو خبل ، فلا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه لقصور إدراكه وعجزه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولاية تتطلب كمال الحال[1]

فالعقل كما هو معروف مناط التكليف ، وفاقد العقل لا ولاية له على نفسه ،فلا يكون له ولاية على غيره جاء في المغني :"فأما العقل فلا خلاف في إعتباره من أن الولاية فإنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى ، أما البلوغ فهذا شرط أيضا لا خلاف عليه عند الفقهاء إلا عند الحنبلية في إحدى الروايتين عن الإمام أحمد قال : "أنه إذا بلغ عشرا زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق.

***وحدة الدين:** أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه في الولاية الخاصة، كالولاية التي تثبت للأب وغيره، فلا تثبت الولاية لغير المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، فلو كان للصغيرة أخوان أحدهما مسلم والآخر مسيحي فالولاية للأخ المسلم إذا كانت مسلمة، وللأخ المسيحي إذا كانت مسيحية، ولا يشترط الإتحاد في الدين في الولاية العامة كالقاضي لأنها تثبت للمسلم وغيره[2].

وأقر فقهاء الحنابلة والحنفية على أن لا يُزوج كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة، أما المالكية فقالو يزوج الكافر الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر [3].

وهذا ما جاء في قوله تعالى: "وَالمُؤمِنُونَ وَالمُؤمِنَات بَعضُهُم أَولِيَاءُ بَعضٍ"[4]

***الحرية:** فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم، ووجه ذلك عندهم: " أنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى"، وهو مملوك لسيده ولا يملك تزويج نفسه بغير اذنه، جاء في مغني

[1] -د/ عبد القادر بن حرز اللهن الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر 2007 ، ص60.

[2] – نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص 306، 307

[3] – د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، د/ عبد الهادي سالم الشافع

[4] – سورة التوبة الآية 71.

قوله: "لا ولاية لرقيق"، وذهب بعض الحنبلية الى القول لأنه قد يجوز زواج العبد ابنته، لكن شرط أن يأذن له سيده فيقوم بتزويجها [1].

الفرع الثاني: شروط الولي غير المتفق عليها:

***الذكورة:** تعتبر شرط في ولاية الاختيار، حيث لا تكون الا للعاصب فقط، وليست شرط في الولاية الاختيارية.

أما اشتراط الذكورة في الولاية الإجبارية فعلى خلاف، فعند الإمام محمد شرط لأن الولاية الإجبارية لا تثبت عنده إلا للعاصب فقط [2] ، ووجه قول الجمهور أن الأصل في الولاية الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة، لا تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، ولآنها لا تثبت لها ولاية على نفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى[3].

أما عند الحنفية فليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريق الولاية أو الوكالة[4].

***العدالة:** وتعني استقامة الدين، وسلامة الخلق، ومظهرها أداء الفرائض واجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، والراجح عند الشافعية ومذهب الحنابلة أن لا ولاية لغير العدل استنادا لما روي عن ابن عباس –رضي الله عنه–: " لا نكاح إلا بشاهدي عدل"، وتكفي العدالة الظاهرة ويستثنى الحاكم عندهم، فلا تشترط العدالة فيه، لأنه آخر الأولياء في الترتيب[5].

ولا تشترط العدالة في الولي إذ الفسق لا يسلب أهلية التزويج، إلا إذا خرج به الفسق إلى حد التهتك، فإن الولي في هذه الحالة لا يؤتمن على ماتحت يده، فيسلب حقه في الولاية[6]

والعدالة نوعان:

---

[1]– نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق، ص308.

[2]– د/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق،ص 171.

[3]– نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص307.

[4]– د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص61.

[5]– د/ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق،ص 109.

[6]– الشيخ السيد السابق، المرجع السابق، ص 447.

-عدالة ظاهرة: تتحقق بالإسلام لأن المسلم عدل في ظاهره اذ لم يعلم ما يفسقه ويسمى مستور الحال.

-عدالة باطنة: هي أن يكون مؤدي للواجبات ممتنعا عن الكبائر في الظاهر وفي الباطن وتعرف بالتحري عنه بواسطة المزكين له من أهل مسجده وقريته وسوقه وجيرانه. [1]

***الرشد:** ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح لا حفظ المال لأن الرشد كله مقام بحسبه، ومعناه عند الشافعية عدم تبذير المال[2]، وقال الحنفية والمالكية: ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره، لكن عند المالكية يستحب أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن الولي موليته ومونليه[3].

أما الشافعية فيقولون أن المحجور عليه لسفه لا يجوز أن يباشر عقد النكاح لأنه ممنوع من مباشرته لنفسه، فلا يجوز أن يكون وليا لغيره، ومنهم من قال أنه يجوز أن يكون وليا لأنه حجر عليه في ماله خوفا من إضاعته[4]، واستدل الذين لا يرون الرشد شرطا في الولي لقوله تعالى: "وَانكِحُوا الأَيَامَى منكُم"، حيث جاء الخطاب عاما دون التفرق بين رشيد وسفيه، وقوله أيضا: "تَخَيَّرُوا لِنطَفِكُم وَانكِحُوا الأكِفاءَ وَانكِحوا إلَيهم" [5]

***الخلو من الإحرام بحجة أو عمرة:** فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، فإن عقد فسخ العقد أبدا ومثله إحرام الزوجين[6]، وهو شرط عند المالكية والشافعية والحنابلة، جاء في في مختصر خليل والشرح الكبير في فقه المالكية، ومنع صحة النكاح إحرام بحج أو عمرة من أحد الثلاثة: "الزوج والزوجة ووليهما، فلا يقبل زوج، ولا تؤذن زوجته، ولا يوجب وليهما، ولا يوكلون، ولا يوجزون، ويفسخ أبدا.

---

[1]- د/ جمال الضمراني، المرجع السابق،ص 136.

[2]- د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 61.

[3]- المرجع نفسه، ص 62.

[4]- د/ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص139.

[5]- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص319.

[6]- د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص62.

***عدم اختلال النظر بهرم أو خبل:** وهو شرط عند الشافعية فلا ولاية لمختل النظر لهرم أو خبلولا فرق بين الأصل والعارض لعجزه عن اختيار الأكفاء[1].

***عدم الإكراه:** فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية وهو شرط في صحة كل العقود[2].

أما في قانون الأسرة الجزائري لم يحدد المشرع الشروط الواجب توافرها في الولي ولهذا يجب الرجوع الى ماحدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة[3].

المطلب الثاني: مراتب الأولياء في الزواج

قد يثور الإشكال حول هوية الولي الأصلح لزواج المرأة في حالة تعدد الأولياء واذا لم يكن الأب هو الولي الى من تنتقل الولاية، فسوف نتناول في مطلبنا هذا ترتيب الأولياء في كل من التشريع الإسلامي وموقف الفقهاء من ذلك في الفرع الأول، وترتيبهم بحسب التشريع الجزائري وموقف المشرع من ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مراتب الأولياء في عقد الزواج حسب التشريع الإسلامي.

كما اختلف الفقهاء في شروط الولاية اختلفوا في ترتيب الأولياء فإن مراتبها عند القائمين بها نسب وسلطان ومولى، ومجرد الإسلام عند مالك، غير أن الفقهاء في ترتيب الولاية من النسب، فكل مذهب يرى ترتيب معين وعليه سوف نستعرض الترتيب الذي أخذ به كل مذهب [4].

-المذهب المالكي: تثبت الولاية في الزواج للعصبات حسب ترتيبهم في الميراث، فإن الإبن يتقدم على غيره ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها أو ابن ابنها جاز ولا ضرر، ثم والد المرأة ثم أخ المرأة الشقيق فللأب، فإبن أخيها وإن سفل، أما أخوها للأم فلا ولاية له خاصة، ثم الجد لأب فمرتبته بعد الأخ وابنه كالولاء والصلاة على الجنازة، ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه، ثم الكافل للمرأة غير العاصب، ثم الحاكم أو القاضي الشرعي.

---

[1]- الأحوال الشخصية للشيخ احمد محمد علي داود، الجزء 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص176..

[2]- د/ عبد القادر بن حرزالله، المرجع السابق، ص 62.

[3]- المادة 222، فانون الأسرة .

1- أ/ بقة عبد الحفيظ، " ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ،جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الثالث والعشرون، 23 جوان 2015، ص111.

ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يكن موجودا أحد من الأولياء السابقين ومنهم الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم[1].

ومن الأحاديث التي تدل على ولاية الأخ وولاية الإبن إذا كان عصبة للمراة بغير البنوة وابن العم .

أولا الابن : عن ثابت البناني بن عمر ابن أبي سلمه عن أبيه عن ام سلمه قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من أصابته مصيبة فليقل إنّا لله وإنّا إليه راجعون، اللهم عندك احتسب مصيبتي فأجبرني فيها وأبدلني فيها خيرا ..." فلما انقضت عدتها بعث إليها الرسول صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه يخطبها عليه فقالت لابنها يا عمر قم فزوج رسول الله "صلى الله عليه وسلم" فزوجه.

ثانيا: ولاية الأخ: عن يونس وعن الحسن، أن معقل زوّج أخته فتطلقت، ثم جاء بخطبها بعد أن بانت منه، فأبى عليه، فقال:" أفرشك كريمتي ثم طلقتها، لا و الله لا أزوجكما، وكانت أخته هويت أن تراجعه، ثم قال معقل:" نعم أزوجكما "[2] بعد أن نزل الله تعالى بقوله :"وإذا طلقتم النساء فَبَلَغْن أجَلَهن فلا تَعضلوهن أن ينكِحن أزواجهن"[3] .

- المذهب الشافعي: فترتيب الأولياء عندهم كترتيبهم في الميراث، فكل ماهو معروف في قواعد التوريث يطبق على الولاية عندهم فالأبعد محجوب بالأقرب، و عليه فأحق الأولياء بالتزويج أب ثم جد ثم أبوه ثم أخ لأبوين أو لأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم عم، ثم سائر العصبة كالإرث، ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب في الأظهر ولا ابن ببنوّة، أي لا يزوج ابن أمه ببنوّة، لأنه لا مشاركة بينه وبينها في النسب إذا انتسبها إلى أبيها[4] .

---

[1] – د/ عبد القادر بن حرزالله، المرجع السابق، ص 71.

[2] – د/ جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص 136.

[3] – سورة البقرة, الآية، 232.

[4] – نضال محمد أبو سنينة, المرجع السابق, ص 90 .

- المذهب الحنفي: روي أن الابن أولى من أبو المرأة المزوجة، لكن اختاروا تقديم الأب، و هو الذي يؤيده الاستدلال، ثم الجد أبو الأب، ثم ابن المزوجة، ثم ابن ابنها، ثم الأخ الشقيق، ثم ابنه...وهكذا بترتيب عصبات الميراث، ثم السلطان ولي من لا ولي له كما قال رسول الله وقد اختير هذا الترتيب لأنه يُجاري ترتيب **العصبات في الميراث** حسبما رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما عدا تقديم جهة الأبوة على جهة البنوّة، وذلك لما صح من قوة دليله.[1]
- المذهب الحنبلي: أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها، ثم أبوه وإن علا، ثم إبنها وإبنه وإن سفل، ثم أخوها لأبيها و أمها، و الأخ لأب مثله، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب.

و ابتدأ الحنبلية بالأب لأن الولد موهوب لأبيه، قال تعالى: "وَوَهَبْنَا له يَحي" و قوله: أنت و مالك لأبيك" .

و قدم الأب في الولاية لأنه أكمل نظرا و أشد نفقة على الجد، ثم الجد وإن علا، لأن له إيلاد وتعصيب فيتقدم على الابن و الأخ، ولأن الابن و الأخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها و الجد بخلافته لايسقط في الميراث إلا بالأب.[2]

- المذهب الظاهري: تتثبت الولاية للأب، ثم الأخوة، ثم الجد، ثم الأعمام، ثم بني الأعمام، ثم بني الأعمام وإن بعدو، و الأقرب فلأقرب أولى، وليس ولد المرأة وليّا لها إلا إذا كان من أبناء عمومتها ولا يكون أقرب منه إليها.

والمسألة المطروحة هنا إذا لم يراع هذا الترتيب فما مصير العقد ؟ اختلف فيها قول مالك فمرة يقول النكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز و مرة للأقرب أن يُجيز أو يفسخ فيما عدا الأب في ابنته، فإن زَوّجَها غير الأب في حضوره فالزواج مفسوخ وهذا ما قاله الشافعي " لا ينعقد أحد مع حضور الأب في البكر ولا في الثيّب"، ومنه هل ترتيب الأولياء حكما شرعيا أم ليس

[1] د/ محمد بلتاجي، المرجع السابق، ص 293.

[2] – نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص 93.

شرعيا؟ و إذا كان حكم شرعي هل يعتبر حقا للأب كولي على المرأة أم حق من حقوق الله، فمن رأى أنه حق شرعي قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي و حق للوليّ فهو متوقف على إجازة الولي، ومن رأى أنه حق الله فالنكاح غير منعقد.[1]

الفرع الثاني: مراتب الأولياء في عقد الزواج حسب التشريع الجزائري.

بالنسبة للقانون القديم كانت المادة 11 من قانون رقم 11/84 تنص على أنه "يتولى زواج المرأة وليّها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ومعنى الأقربون هنا: الابن، ووصي الأب، و الأخ، فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون، و القاعدة عند المالكية أنه إذا غاب الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل لمن يكون بعده، أما إذا كانت غيبته بعيدة أو لا علم بإقامته يُزوجها غيره. وسبب تخصيص الأب لهذا الحكم بسبب اعتبارات تربطه بابنته وحرصا لمصلحتها، لا تتوفر في غيره من الأولياء.[2]

هذا و قد أشارت المحكمة العليا على قرارها المؤرخ في 28 سبتمبر 1993، ملف رقم 96238، فيما يخص الولاية، فيمكن للأخ أن يكون وليّا على أخته في مباشرة عقد زواجها نيابة عن أبيه، وكما هو الشأن في هذه الدعوى، ومنه فلإجراء الطعن الذي قام به أخ المدعية صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة وثبوت عدم حضور وليّها بمجلس العقد.[3]

أما بالنسبة للقانون المعدل وفق المادة 11 فإن المشرع الجزائري لم يحذو أي مذهب من المذاهب الفقهية في ترتيبهم للأولياء، رغم نصه على أن الولاية للأب إلا أنه جعلها شرفية و شكلية، و لم يمنحه دورا فعالا في العقد، بأن جعله هو من يتولى إبرام عقد زواج ابنته بل ركّز

---

[1]– بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق،ص 112.

[2] د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 244.

[3] د/ بلحاج العربي, المرجع نفسه، ص 244.

على حضوره فقط[1] حيث نصت المادة: (تعقد المرأة الراشدة، زواجها بحضور وليّها أو أي شخص أخرى تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القُصّر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي وليّ من لا وليّ له) .

فعندما تكلم عمن يمكن أن يحضر مجلس العقد لتمثيل المرأة فيه بدأ بالأب ثم أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، و كأنه يريد أن يقول أن مجلس العقد يتكون من الرجال فقط كون المرأة يُوجد من ينوب عنها أو يُمثلها في حضورها و ما يُلاحظ أن المُشرِع لم يراعي أي ترتيب في هؤلاء الأقارب فترك مصطلح الأقارب مبهما فهل كان يقصد به العصبات أم ذوي الأرحام ![2].

ومما سبق بيانه وتفصيله في مسألة حضور الوليّ عقد موليته يمكن على غرار ذلك القول : إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي و اشتراط إذنه تكون الصياغة على النحو الآتي : (يتولى زواج المرأة الراشدة وليّها و هو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فواحد من ذوي الأرحام، و القاضي وليّ من لا وليّ لها، فإن انعدموا جميعا، فعدل من المسلمين.) أما إذا كانت متجهة إرادته إلى إلغاء حضوره ودوره تكون على هذا النحو (تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، و للأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل).[3]

الفصل الثاني : أحكام الولي في الزواج.

إن الحديث على مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة يقتضي التعريج على موقف الفقه الإسلامي من الولاية ، بالإضافة إلى معرفة حكم اشتراط الولي في الزواج في كل من الشريعة الإسلامية وكذا حكم اشتراطه في قانون الأسرة وما جاء به التعديل الجديد من طرف المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02 والذي كان فيه جدل وقع بين مؤيد لضرورة تعديله والرافض له ، وتباين الآراء بين من يرى أن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية لا

[1] أ/ بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 116.

[2] أ/ بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 116 .

[3] د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 235.

داعي لتعديله ، وبين معارضين للقانون ومطالبين بإلغائه، خاصة المادة من هذا القانون التي يرون البعض أنها تنشر الفتنة وتفوض قواعد التماسك الإجتماعي والأسري إذا لم يتدخل المشرع الجزائري لتعديلها وحذف عبارة "أو أي شخص تختاره"، ولقد ظهر تيار ثالث منادي بتعديل قانون الأسرة وتنحيه ، حيث أنه يساير مع التطور الحاصل للمجتمع الجزائري وذلك على ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة وإعتباره قانون وضعي من طرف البشر أي أنه قد يكون على صواب وقد يكون على خطأ ، وبالتالي لا بد من تعديله وفق ما يتلائم مع مصلحة الفرد والمجتمع وللإجابة على التساؤلات المطروحة سالفا وجب تسليط الضوء على التعديلات التي وضعها المشرع الجزائري في مسألة الولاية وإستقراء موقفه قبل التعديل.

المبحث الأول : حكم اشتراط الولي في عقد الزواج:

إن معضم المذاهب الفقهية تكاد آرآئهم مجمعة على أن القاصر والمجنونة يزوجها وليها، لكن ما اختلفوا فيه فيما بينهم بالنسبة للفتاة البالغة الراشدة، فمنهم فريق قائل باشتراط الولي في عقد قران المرأة ومنهم من ذهب الى عدم اشتراطه .

المطلب الأول: حكم اشتراط الولي في الشريعة الإسلامية :

اختلف الفقهاء في حكم الولي في نكاح المرأة الى عدة آراء واحتجّوا على ذلك بدلائل من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والمعقول.

الفرع1: القائلين باشتراط الولي في الزواج وأدلتهم

إن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة مباشرة تزويج نفسها ولا غيرها،ولا توكيل من غير وليها في زواجها، فإن فعلت لا يصح النكاح[1] كما أن الزواج لا ينعقد بعبارتها، إذ أن الولاية شرط في صحة العقد وأن العاقد هو الولي[2] واحتجّوا على ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة:

أولا : القرآن الكريم

1– د/محمد التاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة– الزواج والفرقة، دار التفوق, شبر الخيمة،2001، ص227.

2– فقه السنة للشيخ السيد السابق، المرجع السابق، ص 447.

قال تعالى " وانكحوا الأيامى مِنكم والصَالِحين من عِبادِكم وإمَائِكم"[1].

فالخطاب في قوله " وانكحوا" المقصود به الأولياء ودلالاته على اشتراط الولاية في الزواج من نواحي أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء ومنها أن صيغة الأمر الدالة على الوجوب فيدل ذلك على أنهم هم المكلفون، ومنها أن الله أمرهم بإنكاح نسائهم وعبيدهم وإمائهم، مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء ، وأن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم ولذلك قال شيخ الإسلام إبن تيمية رحمة الله عليه "فخاطب الله الرجال بإنكاح الأيامى كما خاطبهم بتزويج الرقيق"[2].

- و قوله تعالى : " **وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا**"[3]
- حيث وجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى خاطب بإنكاح الرجال، و لم يخاطب به النساء، فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء مولياتكم للمشركين.[4]

حيث وجه الاستدلال من الآية أن الخطاب موجه للأولياء فأمرهم بعدم إنكاح مُوَلِياتهم إلى المشركين حتى يُؤمنوا، لما قد يلحق من ضرر جسيم للمرأة المسلمة، فالآية 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 بل نهى عن نكاح المرأة من غير المسلم ونهى الاولياء[5].

- واستدلوا أيضا بقوله تعالى. " وإذا طلقتم النساء فبَلَغْنَ أجلهن فلا تعضلوهُنَّ أن ينكحن أزواجهن إذ تراضوا بينهم بالمعروف"[6].

1- سورة النور الآية32.

83- مناد وفاء، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة و القانون, المذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية,،قسم الحقوق, 2014-2015 , ص20.

3- سورة البقرة ، الأية 221.

4- الأحوال الشخصية للشيخ أحمد محمد علي داود،المرجع السابق ص152 .

5- مناد وفاء ، المرجع السابق، ص19

6- سورة البقرة،الآية 232

حيث أن الخطاب موجه إلى الأولياء، ولو لم يكن عقد الزواج بيد الأولياء لما تم توجيه الخطاب إليهم وإنما وجه مباشرة إلى النساء. (1)[1]

و استدلوا أيضا بقول الله تعالى :" فلا تعضلوهن أن يَنكِحن أزواجهن" فقال الحافظ في الفتح تعتبر هذه أقوى الحجج في نزول هذه الآية المذكورة فهي أصرح دليل على إعتبار الولي, وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لو كانت للمرأة أن تزوج نفسها[2] فقد نهى الأولياء عن منعهن من يخترن، وإنما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع ، وهو الإنكاح.

ثانيا: من السنة النبوية :

- فعن ابي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله " لا تزوج المرأةُ المرأة ولا تُزوجُ المرأة نفسها" رواه ابن ماجه والدار قطني ورجاله ثُقات، وفيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها، فلا عبارة لها في النكاح إيجابا ولا قبولا, فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيره, ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة، ولا تقبل النكاح بولاية[3].

- واستدلوا أيضا بالحديث الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي قال : " أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل" .

وقوله : " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل".

- فكل هذه الأحاديث واضحة الدلالة على أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة يكون باطلا وإنما لابد أن يُباشره الوليّ نيابة عنها [4].

ثالثا: من الآثار

- رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه ردّ النكاح بغير إذن الولي.

1- د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ص 244

2- فقه السنة للشيخ السيد السابق، المرجع السابق، ص 448

3- الأحوال الشخصية للشيخ أحمد محمد علي داود،،المرجع السابق، ص153

4 - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 245

- ❖ عن عكرمة بن خالد قال لجمعت الطريق ركبا فجعلت امرأة منها ثيبا أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فجلد الناكح و المنكح وردّ نكاحهما
- ❖ عن الشعبي قال: ماكان أحد من أصحاب الرسول أشد في النكاح بغير ولي من علي، كان يضرب فيه.[1]

رابعا: من المعقول:

- ❖ أما من المعقول فلأن الزواج له مقاصد كثيرة فهو من العقود الهامة التي لا تنصرف إلى المرأة وحدها بل يمتد إلى الأسر، حيث ينشئ علاقة مصاهرة بينها تأخذ حكم القرابة، والمرأة عاطفية بطبيعتها و كثيرا ما تخضع لهذه العاطفة[2].

لهذا فإن الولي أقدر على ذلك لأنه في الغالب أكثر تجربة من المرأة التي تريد الزواج، فتتعلق بالشاب الذي يطلبها لمظهره دون رؤيته، حيث يغلبها الهدي و رهافة الحس على رؤية مصلحتها الحقيقية من خلال المظهر الذي قد يكون مخادعا، لذلك احتاجت المرأة إلى من يقف بجانبها، فينبهها إلى الإختيار المناسب، الذي يضع في حسابه كل المقومات لزواج سعيد ناجح[3].

الفرع 2: القائلين بعدم إشتراط الولي في الزواج وأدلتهم.

إنّ المرأة في الشريعة الإسلامية كاملة ألأهلية، وأن الأنوثة لا تمنع من مباشرة العقود الشرعية، كما أن الإسلام هو أول تشريع كرسّ مبدأ حرية المرأة في اختيار زوجها[4].

1- د/ إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص 118

2- د/ رمضان علي السيد و د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق،ص.305

3- د/ صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلته، الجزء 1، مؤسسة الريان، بيروت، 2001، ص557

4- د/بلحاج العربي،أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة وانشلر والتوزيع،،2013, الجزائر، ص404.

وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية على عكس ما جاء به الجمهور فيجوز للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها، كما يجوز لها أن تتوكل على الغير، حيث لا يشترط الولي في نكاح البالغة العاقلة، لكن للولي حق الإعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفء، فلا بد للولي ان يستأذنها في زواجها، وليس له الحق في إجبارها, وإذا زوجها دون استأذانها كان العقد موقوفا على رضاها و موافقتها، ومن المستحب في المذهب الحنفي أن تفوض وليها زواجها وتطالبه بذلك [1] أما إذا كان الزوج كفئا، وكان المهر أقل من مهر المثل، فإن من حق الولي أن يطالب بمهر مثلها، فإن قَبِل الزوج لزم العقد و إن رفض رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه، وإن لم يكن لها ولي عاصي، بأن كانت لا ولي لها أصلا، أو لها ولي غير عاصي فلا حق لأحد في الإعتراض على عقدها ، سواء زوجت نفسها بكفء أو غير كفء، بمهر المثل أو أقل فالأمر هنا يرجع إليها وحدها، وأنها لتصرفت في خالص حقها، وليس لها وليّ يناله العار, لزواجها من غير كفء، ومهر مثلها قد سقط بتنازلها عنه[2].

وإستدل الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير وليّ أو وكيل بأدلة متعددة من القرآن والسنة منها.

أولا : من القرآن الكريم:

❖ استدلوا لقوله تعالى:" فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف" [3].

فلقد دلت الآية على إضافة الفعل إليهم يدل على صحة عبارتهن ونفاذها، وهي إذا زوجت نفسها من كفء وبمهر لمثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك، ولا النكاح خالص حقها، وهي أهل المباشرة، فصح منها كبيع مالها[4].

❖ وقوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فَبَلَغْن أجَلَهُّن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجَهّن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"[1] .

– الأحوال الشخصية للشيخ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق،ص 1.15

– فقه السنة للشيخ السيد السابق المرجع السابق، ص450،ص 2.451

– سورة البقرة، الآية 3.234

– د/جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق,،ص 4.131

ووجه الدلالة في هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير وليّ من وجهين.

الأول :أن الله تعالى أضاف ونسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الوليّ في قوله تعالى: " أن ينكحن" وهذا صريح في أن الزواج صادر منها.

الثاني: أن الله تعالى نهى الأولياء إذا المرأة باشرت عقد زواجها وإذا تراضى الزوجان ونُوقِش إستدلالهم بأنه في غير موضعه، فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الوليّ لأن سبب نزول هذه الآية ما رُوي عن معقل بن ياسر قال: كانت لي أخت تُخطب إلي فأتاني إبن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقا لا رجعة ، ثم تركها حتى إنقضت عدتها فلما خُطبت إليَّ أتاني يَخطبها فقلت : لا والله لا أنكحها أبدا فنزلت هذه الآية " وإذا طلقتم النساء" ، قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه[2].

❖ وقوله تعالى: فَإِنْ طَلَّقَهَا فلا تَحِلّ لهُ مِن بَعدُ حَتَى تَنْكِحَ زَوجًا غَيْرَه فَإِنْ طَلَّقهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدَودَ الله".

فقد دلت الآية على ثبوت مباشرة المرأة في عقد الزواج وذلك من جهتين :

الأولى.: أن الله تعالى أضاف عقد الزواج للمرأة في قوله تعالى :" حتى تنكح زوجا غيره"

الثانية: أنه تعالى نسب التراجع في الزواج إلى الزوجين من غير ذكر الوليّ في قوله تعالى: " فلا جناح عليهما أن يتراجعا، ومن ثم جواز إنفراد المرأة بعقد زواجها.

ونُوقش الاستدلال بأن إضافة النكاح للمرأة إسناد مجازي، لا النص في جواز المرأة بإنفراد بعقد زواجها بدون ولي، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن من يباشره.

وهذا ما قال فيه بن العربي: أن النكاح ها هنا هو الوطء فلا يصح الإستدلال به[3].

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة: استدلوا بأحاديث متعددة منها:

– سورة البقرة،الآية 1.232

- د/مححفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر,2013 2 ،ص 198.

102- د/ محفوظ بن صغير، مرجع سابق ،ص 201

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها".

ووجه الدلالة في الحديث أن الأيم إسم لإمرأة لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيّبا، وقد جعل الحديث في الزواج حقين، حق الولي وهو مباشرة عقد النكاح برضاها، وحقها و قد جعلها الحديث أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، ولكن من الممكن أن يرد على هذا بمعنى قوله (أحق بنفسها) ليس فقط أن تتزوج دون رضا الوليّ [1].

وكون الأيم حرة بالغة فتكون لها الولاية على نفسها كالغلام وكالتصرف بالمال.

ويري العيني أن الأيم عند العلماء و علماء الحجاز تعني في الحديث : الثيب التي فارقها زوجها، و قالو بأنه أكثر إستعمالا فيمن: فارقت زوجها بموت أو طلاق، و رواية الإثبات فيه الثيب مفسرا، وهذا لفظ الإمام مسلم كما مضى، الثيب أحق بنفسها من وليّها، ويقابله البكر تستأمر في نفسها، ولو كان المراد بالأيم كل ما لازوج لها من الأبكار و غيرهن، وإن جمعت أحق بأنفسهن، لم يكن لتفصيله الأيم من البكر والأصح لها لفظا الأيم أحق بنفسها.[2]

- وما روي عن أم سلمة رضي الله عنها، أنها لما بعث النبي يخطبها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال رسول الله " ليس أحد من أوليئك لا شاهد ولا غالب إلا سيرضاني" فقالت لإبنها :" قم يا عمر فزوِج رسول الله" فزوجه .

ووجه الإستدلال من هذا الحديث تزوج أم سلمة رضي الله عنها النبي من دون وليّ لقولها:" ليس أحد من أوليائك شاهد" وهذا ما يدل على أن المرأة تعقد زوجها وبإنفراد بعبارتها بغير ولي أو وكيل في ذلك.

ونُوقش إستدلالهم من جهتين:

الأولى: أن الحديث من خصوصيات النبي فقد كان من خصائصه صلى الله عليه وسلم الزواج بغير ولي، لأنه لا يفتقر في نكاحه لولي لأنه وليّ أم سلمة وغيرها من المؤمنين بقوله تعالى:" النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم"

1 - د/إسماعيل أبا بكر علي البامري,،المرجع السابق، ص 114.

2 - نضال محمد أبو سنينة,،المرجع السابق،,ص 152،153.

الثانية: أن الولي شرط في عقد الزواج لرعاية مصلحة المرأة، لأنها قد تنخدع لطبيعة أنوثتها من سرعة عاطفة الأمر الذي ينتفي في حق النبيّ"ص" بقوله: ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غالب إلا سيرضاني[1].

- وعن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " ليس للولي مع الثيب أمر" وجه الدلالة في الحديث أنه صريح في رفع الولاية على الثيب، ولكن من الممكن أن يرد على هذا بأنه من الممكن أن يكون معناه ليس للولي أن يأمر ويجبر الثيب على الزواج[2].

من المعقول:

جاء في البحر ووجه الجواز: أنها تصرفت في خالص حقها، وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها إختيار الأزواج، و الأصل أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه[3].

كما أن لعقد الزواج مقاصد أصلية وأخري تبعية،والأصلية تخص المرأة كالمعاشرة و النفقة وغيرهما، و التبعية هي ما تخص الأولياء من حسن المصاهرة كالكفاءة، والأصل أن العقود يتولاها من يختص بمقاصد ها الأصلية وأن يكتفي في صاحب المقاصد التبعية أن يعطي حق الإعتراض على العقد إذا لم تراعى هذه المقاصد.

من القياس:

فكما أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة لها الحق أن تتولى أمر التصرف في أموالها بنفسها من غير أن يكون لأحد سلطان عليها أي أنها لها الولاية الكاملة على مالها، فكذلك يكون لها ولايتها الكاملة على نفسها طالما كانت بالغة عاقلة رشيدة[4].

المطلب الثاني: حكم إشتراط الولي في قانون الأسرة:

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 203، ص 204.
2 - إسماعيل أبا بكر علي البامري ،المرجع السابق، ص 114.
3 - الشيخ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 159.
4 - د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 247.

بعد التطرق إلى موقف الفقهاء في حكم إشتراط الولي في الزواج ودوره في مباشرة عقد زواج موليته، والوقوف على إختلاف آرائهم سنحاول بعد هذا التطرق إلى ما جاء به القانون الجزائري المعدل بمستجدات مهمة من خلال أحكام القانون 02-05 والتعريج على ما كان متبعا قبل التعديل من خلال أحكام القانون 11-84 وسوف نتناول هذه المسألة وفق قانون الأسرة قبل التعديل في الفرع الأول وبعد التعديل في الفرع الثاني.

الفرع الأول : حكم إشتراط الولي قبل التعديل:

إن تباين المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج أدى إلى إنعكاس الآراء لتباينها على القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عام ومنها الجزائر بوجه خاص.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم 11-84 لينظم مسائل الزواج وخاصة بما جاء في نص المادة 09 ومنه بقوله (يتم عقد الزواج برضى الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق) حيث أخذ المشرع بالمذهب المالكي بإعتبار الولي ركن من أركان الزواج ، حيث أنهم يبطلوا عقد الزواج إذا لم يكن بحضور الوليّ.

فالولي حسب هذه المادة يُعد ركنا من أركان عقد الزواج ولا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها من دون الولي،غير أن المواد 32،33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج حيث تنص المادة 32 على أنه (يُفسخ النكاح، إذا أختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبُت رِدّة الزوج).

كما نصت المادة 33 من القانون ذاته على أن : (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويُبطل إذا اختل أكثر من ركن)[1].

أما المادة 11 والتي كانت تنص على مايلي: (يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له).

[1] - مناد وفاء، المرجع السابق، ص39.

فالملاحظ أن المادة تؤكد على ركنية الولي في عقد الزواج، ومفادها أن ولي المرأة هو أبوها، وهذا ما يتماشى مع رأي الفقهاء الذين قدموا الأب على جميع الأولياء في الترتيب، أجملت المادة في بقية الأولياء بعبارة (فأحد أقاربها الأولين) لم توضح من هؤلاء ولا مراتبهم[1].

وقد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها ، أو من أهل الولي، فقد كانت المادة 12 من نفس القانون تعالج هذه المشكلة ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة حيث نصت المادة على : (لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن الأب يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت)[2].

- وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/3/30 ملف رقم 90468." ولما ثبت من قضية الحال أن البنت راشدة، عبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها الطاعن لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه [3].

ومن الملاحظ أننا نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طيات هذا القانون وذلك بما جاءت به المادة 12 فالمشرع هنا ميّز بين البنت البكر والثيّب من حيث سلطة الوليّ في التزويج، فالثيّب ليس للوليّ سلطة اجبارها على الزواج، وإذا رغبت في الزواج ليس له أن يمنعها، أما البنت البكر فعليها ولاية الاجبار، حيث يجوز لوليها الإعتراض على الزواج إذا لم يرى فيه مصلحة، أو لم يكن حسبه كفئا[4].

---

1 - بيتور فاطمة الزهراء، الولاية على النفس بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر،2007-2010، ص 10.

2 - د/ بن شيويخ الرشيد،المرجع السابق،ص69.

3-أ/ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 16، 17.

4 - مناد وفاء, المرجع السابق, ص 40.

وهذه النصوص برغم من أنها جاءت مفصلة لأحكام الوليّ إلا أنها لم تخلو من الغموض والتناقض في أحكامها وهذا ما دلت عليه المادة 13 التي نصت: (لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر الفتاة القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها دون موافقتها) هذا ما دفع فقهاء القانون بالمنادات بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص.

الفرع الثاني : حكم اشتراط الولي بعد التعديل

لقد أثارت إحكام الولي في قانون 11/84 جدلا كبيرا في أواسط شرَّاح القانون و الدارسين والباحثين كونها اشتملت على عدة تناقضات و آراء ة نجد أن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين المتناقضين بين مطالب بإلغاء الولاية و تخليص المرأة من الولي استجابة لاتفاقيات حقوق الإنسان، و بالأخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، و هو ما ذهبت إليه الجمعيات النسائية الجزائرية للمطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل، حيث انطلقت من مطلبهن إن قانون الأسرة لسنة 1984 يعمل على إهانة المرأة لاحتوائه على نقاط كثيرة أهمها أن زواج المرأة لا يتم إلا بوكيل وصائي من الرجل و نتيجة لهذه الطالب جاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لقانون الأسرة في المادة 11 على أن "الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه بنفسها و تفوضه لأبيها أو احد أقاربها"

معنى إن المرأة أعطي لها حق الاختيار في تفويض أبيها او ما شاءت هي و تولي مباشرة عقد زواجها بنفسها، و لقد تبنت الحكومة اقتراح بتعديل في قانون الاسرة من صرف وزير العدل من اجل الغاء شرط الولي [1] .

وجاء في مشروع التعديل عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة على هذه المادة وأنه لا يدعو للشك أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود، ومن ناحية أنه يخضع لشروط وقواعد التي تخضع لها العقود، إلا انه يتميز

[1]– ا/ بوكايس سمية، " ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزاشري ما بين الإلغاء والبقاء" مجلة الفقه والقانون، العدد العشرون، يونيو 2017 ص 158، 159

عنها بعدة خصائص لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل بين برضا الطرفين أل وهما الزوج والزوجة من أجل تكوين أسرة على الوجه الشرعي [1].

أما الإتجاه الآخر المناقض للطالب بإلقاء الولي كأمر واقع وكشرط من الشروط التأسيسية لعقد الزواج وهو الإتجاه الذي يمثله خاصة التيار الإسلامي، والذي أثار جدلا ضد المادة 11 من المشروع التمهيدي، معتبرين أن هذه التعديلات تستجيب لدعاوى التيار التغريبي الذي يريد تجريد المجتمع من هويته العربية الإسلامبية، وعلى هذا الأساس بقي هذا الأمر تحت الضغط بين المطالبين بحقوق المرأة وتحريرها من القيود التبعية وبين التيار الإسلامي المطالب بتماشي نصوص قانون الأسرة مع أحكام الشريعة الإسلامية [2]

وبالرجوع للمادة 9 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 الوارد تحت عنوان أركان الزواج نجد أن المشرع الجزائري اعتبر رضا الزوجين هو الركن الوحيد في عقد الزواج، بينما اعتبر بقية الأركان المعتبرة أركانا عند جمهور الفقهاء مجرد شروط، ومنها الولي [3]

وإذا رجعنا الى المادة 11 منه نجد أن المشرع يتخذ موقفا متذبذبا في حكم انفردا المرأة البالغة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر الغاء اذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، حيث نصت المادة على: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعبارة تعقد فيها اسناد الفعل الى المرأة بينها عبارة حضور تدل على الفعل [4]

ثم أليس من حق المرء أن يتساءل ماهي الفائدة من حضور وليها مجلس عقد زواج ابنته اذا لم يكن له أي تأثير في ابرام العقد، فهل يحضر لكون شاهدا على عقد زواج ابنته ولو

---

[1]- مناد وفاء ، المرجع السابق، ص 42

[2]ا/ بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 159

[3]-الأستاذ بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 112

[4]- د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 216

مع شخص لا يرتضيه، ثم ماذا يقصد بعبارة أي شخص تختاره فهل يجوز أن تختار صديقها أو أب خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها![1]

والملاحظ أن المشرع أعطى المرأة حق ابرام عقد زواجها، وجعل دور الولي لا يتعدى الحضور الشرفي، كما ورد في المادة فإنه لايعتبر ولي أصلا إنها يعتبر نائبا أو وكيلا عنها في ابرام العقد[2] ، وهذا ما يستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية، بالرجوع الى نص المادة 10 التي تنص على: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر" فإذا كان الرضا المعبر عنه بالإيجاب ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في المادة 10 هما الزوجين، فأي دور للولي طبقا لنص المادة 11 التي عبرت هن دوره بالحضور.

كما يُفهم من إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، معنى هذا أنه لم يبقى للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع[3]

إضافة لما سبق، فإن المشرع الجزائري قد نص في المادة 13: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها"، مما يؤكد أن الشارع قد تخلى تماما عن ولاية الإجبار سواء بالنسبة للبالغة أو القاصرة وذلك بأن النص لا يجوز للولي إجبار القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، كما لا يجوز له تزويجها دون موافقتها أو منعها عنه إذا أرادت، إذ أن البالغة عليها ولاية الإختيار أما القاصرة فلا يجوز

---

[1]– د/ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 42

[2]– ا/ بقة عبد الحفيظ المرجع السابق، ص 113

[3]– د/ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 216، 217

له إجبارها وبذلك يأتي دور القاضي بالنظر في صلاحية هذا الزوج بالنسبة لها فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها [1]

ويمكن تبرير هذا الموقف المشرع أنه قد اعتمد على المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أو ثيبا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، إلا أن المذهب الحنفي رغم إجازته لذلك إلا أنهم أعطوا للولي حق الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل، كما أن بعض الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها، لا يجوز لها ذلك إذا كان بإذن وليها ويجوز لها ذلك إلا إذا انعدم الولي[2].

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري لم يعتمد على رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، ولم يأخذ بمذهب الجمهور فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج،[3] فحاول أن يرضي بعض الغاوين وبعض السياسيين ممن عملوا أكثر من قدرتهم على إلغاء وجود الولي في إبرام عقد الزواج وأن يرضي بالمقابل بعض المتسيسين وبعض المتفقهين ممن أصروا على إلغاء شرط الولي كأمر واقع، فاختار أن يجمع بين المتناقضين[4].

المبحث الثاني: عضل الولي وغيبته وأثر تخلفه في عقد الزواج

هناك حالات يتخلف فيها الولي عن حضور زواج مولِيتَه سواء لسبب يدخل في إرادته كما هو الحال للعضل أو لسبب خارج عن إرادته كالغيبة، و الأثآر المترتبة عن تخلفه في عقد الزواج و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال مبحثنا هذا.

المطلب الأول: عضل الولي وغيبته.

من خلاله سنتناول في الفرع الأول عضل الولي أما في الفرع الثاني غيبته.

الفرع الأول: عضل الولي:

---

[1]- ا/ بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 160

[2]- د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 218

[3]- المرجع نفسه، ص 219

[4]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 43.

تعريفه: في اللغة: الحبس و المنع يُقال: عضل المرأة عن الزواج، بمعنى حبسها و عضل الرجل موليته بعضلها، أي يمنعها من الزواج ظلما.

في الإصطلاح: منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منها في صاحبه الآخر[1].

كما عُرف بأنه امتناع الولي للأقرب عن تزويج المولى عليها إذا تقدم لها خاطب كفء ودفع مهر المثل فحينئدن تنتقل الولاية إلى القاضي على الرأي الراجح في المذهب الحنفي.

حكم عضل الولي: إن عضل الولي على موليته دون سبب شرعي فإنه يكون ظالما لها فالعضل ظلم من الولي و حرام عليه و قد نهى سبحانه وتعالى أولياء المرأة عن منعها من نكاح من ترضاه بسبب شرعي [2]، قال تعالى: "فَلا تَعْضلوهُن أنْ يَنْكحْنَ أَزْوَاجَهُنّ إذَا تَرَاضُوا بَينَهم بالمَعْرُوف"[3].

ومنه فإن الولي ليس له عضل موليته غير المجبرة إذا دعت إلى زواجها بكفء وبمهر مثلها، بل يجب عليها تزويجها به، ومنه ثبوت إرادة المرأة مع عضل الولي.

واستدلوا على ذلك بما روي عن معقل قال: زوجت أخت لي من رجل فطلقها حتى إنقضعت عدّتها جاء يخطبها، فقلت له زوجتك وأفرشتك و أكرمتك كريمتي فطلقتها، لا و الله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى قوله: " فلا تعضلوهن" فقلت: الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه.[4]

الفرع الثاني: غيبته

الأولياء مرتبون ترتيبا متناسقا حسب ما سبق, فكل ولي أقرب يحجب من بعده فلأخ يحجب إبن الأخ، و الأخ الشقيق يحجب الأخ لأب وهكذا.....

---

[1] د/ محفوظ بن الصغير،المرجع السابق، ص 224.

[2] د/ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص 145، 146.

[3] سورة البقرة، الآية 232.

[4] د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 224، 225.

لهذا فما هو العمل إذا غاب الولي القريب غيبةً يُخشى معها فوات الكفء إذا أُنتُظِرَ حظوره أو إستطلع رأيه ؟ لتوضيح ذلك نبين حكم غيبته وذلك على النحو التالي:

حكم غيبة الولي: إن الأولياء مرتبون في إستحقاق الولاية فهم مرتبون حسب السبب الذي يستحقون به الولاية ، ثم بحسب جهتهم التي يدلون بها إلى المولى عليه ثم حسب درجتهم في هذه الجهة.[1]

فإذا غاب الولي الأقرب بحيث لا ينتظر الزوج الكفء حضوره إنتقلت الولاية إلى من يليه حتى لا يفوت الزوج الكفء، و على ذلك لو كان الولي الأقرب أسيرا أو في مكان غير معروف أو كان الوصول إليه صعبا و خِيفَ فوات الكفء إنتقلت الولاية إلى من يليه، وعندئذ يحق للولي الأبعد أن يباشر العقد بنفسه فإن تولاه كان العقد صحيحا، فإن حضر الولي الأقرب بعد ذلك، فلا يحق له أن يرد هذا الزواج.[2]

المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج

سوف نتطرق إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و أثر تخلفه في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد، وبالتالي يكون العقد باطلا مستدلين بأدلة كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم:" أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا".

أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح.

ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضى أو عدم رضى الولي، ويذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا على إجازة الولي.[3]

---

[1] د/ جمال الضمراني، المرجع السابق، ص150.

[2] د/ رمضان علي السيد الشرنباصي،ود/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 318

[3]– د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 243، 244.

الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المُشرِع الجزائري على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة 32 التي نصت علي: (يبطل الزواج إذا إشتملت على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد)، بالإضافة إلى المادة 33 من قانون الأسرة التي جاء فيها:(يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضى).

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وفي حال وجوبه، ويفسخ العقد قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

ويمكن تقسيم المادتين إلى حالتين:[1]

أولا: في حالة ما إذا تخلف شرط الولي وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد، ولا تستحق الزوجة الصداق.

ثانيا: إذا تخلف شرط الولي و لم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة قد نصت على أن ازواج يثبت بصداق المثل، ويرتب أثآر العقد الصحيح و هو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج[2].

[1] – مناد وفاء, المرجع السابق، ص 53.

[2] – د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 244.

خاتمة

خاتمة:

إن مسالة الولاية تعد من المسائل الهامة والتي تمس بأعظم رابطة قدسية، حيث أنه الميثاق الغليظ الذي ينظم هذه الرابطة على الوجه المشروع في إطار الحقوق والواجبات ولذلك فقط أحاطها الشارع الحكيم بأسس ومبادىء تينى عليها.

ومن خلال ما سبق يتضح أن الشريعة الإسلامية قد تطرقت لكل ركن من أركان الزواج نظرا لقدوسية هذا العقد، من بينها ركن الولي الذي يسميه بعض الفقهاء بشرط الولي، واتضح بما لايدع مجالا للشكل بأن المشرع الجزائري بتعديله للمادة 11 من قانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02 يكون قد ألغى ركن الولي في الزواج عندما منح المرأة الحق في عقد زواجها،

ولكن عن طريق شخص وهوأبوها او أحد اقاربها أو اي شخص آخر، وبالتالي يمكنها الإستغناء عن وليها الشرعي وهو ابوها بسهولة لتلجأ إلى شخص آخر أجنبي على حد تعبير المادة 11 من قانون الأسرة حتى وإن لم تتوفر فيه شروط الولي وحتى وإن كان غير حريص على مصلحة من في ولايته، كما أن المشرع لم ينحرف عن المذهب المالكي نحو الحنفي بل انحرف عن كل المذاهب الإسلامية.

كما أن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة بأن المسؤول عن زواج القصر هو الولي، وهو الأب ثم أحد اقاربه فإنه يأخذ عليه بأنه لم يحدد من هم الأقارب أو بالاحرى لم يرتب الأقارب الذين قصدهم ومن له الأولوية الخال أم العم أم الجد أم من؟

وبعد الغطلاع على كل القوانين التي تخص الولاية، استطعنا الخروج ببعض الإقتراحات التي تتمثل فيما يلي:

- وقوع المشرع الجزائري في تناقض وعليه كان على المشرع وهوبصدد تعديل هذا القانون المتعلق بنواة المجتمع أن يقوم بإزالة كل الغموض واللبس، وبالتالي يكون صياغته غير قابلة للتأويل.
- إضافة مادة جديدة لقانون الأسرة الجزائري بخصوص الولاية في الزواج تنص على حق إعتراض الولي على زواج المراة التي تحت ولايته إذا كان الزوج غير كفء، ماذامت تعقد زواجها بنفسها لإعطاء الولي في عقد الزواج قيمة قانونية بدل حضوره الشكلي في ظل هذا القانون.
- كما نقترح عليه أن يتدخل المشرع لتعديل المادة 11، وذلك بحذف عبارة "أوأي شخص آخر" ويضيف مادة أخرى تضع ترتيب إستحقاق الولاية، وعلى المحكمة العليا أن تقوم بدورها الريادي في إطار توحيد الإجتهاد القضائي بأن تصدر إجتهادا يجعل تطبيق المادة 11 على أساس ترتيبي لا تخييري، فلا تتخذ المرأة وليا من أحد أقاربها إلا في حالة وفاة والدها، أو تعذر حضوره بعذر شرعي مقبول ولا تلجأ إلى شخص غريب أبدا.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يوفق في وضع قانون ملائم لنظام الولاية بسبب العشوائية التي اعتمدها من جهة، وبسبب تأثره الكبير بالقانون المدني الفرنسي من جهة اخرى، ونأمل منه أن يتدارك هذا في التعديلات القادمة.

قائمة المصادر

والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
شكر وعرفان	
الإهداء.....	
مقدمة	
الفصل الأول ماهية الولاية في الزواج	
المبحث الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج	
المطلب الأول تعريف الولاية	
الفرع الأول تعريف الولاية لغة	
الفرع الثاني تعريف الولاية اصطلاحا	
المطلب الثاني أنواع الولاية في عقد الزواج وأدلة مشروعيتها	
الفرع الأول أنواع الولاية في عقد الزواج	
الفرع الثاني أدلة مشروعية الولاية في عقد الزواج	
المبحث الثاني شروط الأولياء في عقد الزواج ومراتبهم	
المطلب الأول شروط الولاية في عقد الزواج	
الفرع الأول شروط الولي المتفق عليها في عقد الزواج	
الفرع الثاني شروط الولي غير المتفق عليها في عقد الزواج	
المطلب الثاني مراتب الأولياء في عقد الزواج	
الفرع الأول مراتب الأولياء في عقد الزواج حسب التشريع الإسلامي وموقف الفقه من ذلك.....	
الفرع الثاني مراتب الأولياء في عقد الزواج حسب التشريع الجزائري وموقف المشرع من ذلك	
الفصل الثاني أحكام الولي في عقد الزواج	
المبحث الأول حكم اشتراط الولي في عقد الزواج	
المطلب الأول حكم اشتراط الولي في عقد الزواج	
الفرع الأول القائلون باشتراط الولي في عقد الزواج وأدلتهم	
الفرع الثاني القائلون بعدم اشتراط الولي في عقد الزواج وأدلتهم	

المطلب الثاني حكم اشتراط الولي في قانون الأسرة الجزائري	
الفرع الأول حكم اشتراط الولي في عقد الزواج قبل التعديل	
الفرع الثاني حكم اشتراط الولي في عقد الزواج بعد التعديل	
المبحث الثاني عضل الولي وغيبته وأثر تخلفه في عقد الزواج	
المطلب الأول عضل الولي وغيبته في عقد الزواج	
الفرع الثاني غيبة الولي في عقد الزواج	
المطلب الثاني أثر تخلف الولي في عقد الزواج	
الفرع الأول أثر تخلف الولي وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية	
الفرع الثاني أثر تخلف الولي في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري	
خاتمة	
قائمة المراجع	

كلمات مفتاحية:

الولاية

ولاية الإجبار

ولاية الإختيار

النصرة

حكم الولي

عضل الولي

ملخص:

تعتبر الولاية في الزواج من المواضيع المهمة التي خاض فيها الفقهاء والقانونيون نظرا لارتباطها بنواة المجتمع، ألا وهي الأسرة.

ولقد جاء بحثنا هذا ليقف على حقيقة الولاية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرية حيث أن المشرع بإلغائه لركن الولي قد خالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي والأعراف، فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها لأن الأسرة هي التي تتكفل بهذه المسؤولية.

من خلال هذه الدراسة الموجزة تم التوصل إلى أن تنظيم مسألة الولاية على المرأة بالتشريع خاصة بعد تعديل جاء نتيجة للضغط الأمر الذي أدى إلى استحداث نص تميز به المشرع الجزائري غير أنه لم يسلم من الانتقاد لابتعاده عن مذاهب الشريعة الإسلامية وعدم الأخذ بمذهب واضح.

Résumé:

La tutelle en terme de mariage est l'un des sujets importants débattus par les jurisconsultes et les juristes en raison de sa corrélation au noyau de la société, qu'est la famille. Notre recherche vient pour observer la réalité de la tutelle dans la Charia islamique et le code de la famille algérienne de sorte que le législateur en abrogation du pilier de la tutelle , il a enfreint ce qui a été édicté par la jurisprudence islamique et les coutumes ; la femme ne peut être tutelle de son propre contrat de mariage car c'est à la famille que revient cette responsabilité.

A travers cette étude sommaire et le résultat auquel elle a abouti, il convient de dire que l'organisation de la question de la tutelle sur la femme en législation d'abord après modification due à la pression ; ce qui a entrainé l'introduction de texte ayant caractérisé le législateur algérien, néanmoins il n'a pas été épargné par la critique pour sa distance des doctrines de la Charia islamique et de la non prise d'une doctrine claire.