



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الانسانية والاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية



الولاية في عقد الزواج

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د/ رحمانى السعيد

إعداد الطالبتين:

توامي سماح

زرواق بثينة

السنة الجامعية : 1441-1442هـ - 2019 - 2020 م



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الانسانية والاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية



الولاية في عقد الزواج

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

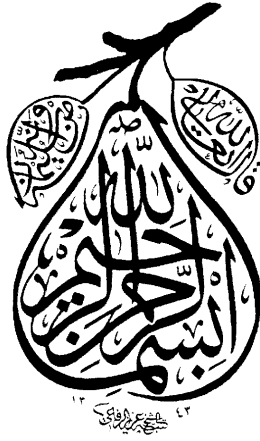
إشراف الأستاذ:

د/ رحمانى السعيد

إعداد الطالبتين:

توامي سماح

زرواق بثينة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: علوم إسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): توأمي سماح

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 017831

والصادرة بتاريخ: 2015/08/17

عن دائرة: الشلال

المسجل (ة) بكلية: علوم إنسانية واجتماعية قسم: علوم إسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: الولائية في عقد الزواج - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري

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

التاريخ:

إمضاء المعني



عن رئيس المجلس العلمي البلدي
و يتنوع من
أوقاف
13 سبتمبر 2020



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



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: علوم إسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بشينة زرواق

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 094802

والصادرة بتاريخ: 2014, 08, 26

عن دائرة: الخبانة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: علوم إسلامية

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

الولاية في عهد الزواج - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون

الأئمة الجزائريين

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

التاريخ:

إمضاء المعني



شكر وعرفان

مصداقا لقوله تعالى ﴿ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه﴾ [لقمان 10]

فإننا نحمد الله تعالى ونثني عليه الثناء الحسن على أن وقّنا وهداني لهذا وما كنا
لننتدي لولاه.

ثم إننا نتوجه بخالص الشكر وجميل العرفان إلى أستاذنا الفاضل **الدكتور رحمانى السعيد** الذي شرفنا بقبوله الإشراف على هذه المذكرة وجاد علينا بإرشاداته الدقيقة وملاحظاته العميقة فأضفى على البحث جمالا وحسنا فجزاه الله عنا خير الجزاء وبارك الله له صحته ووقته وعلمه ونفع الله به الإسلام والمسلمين.
والشكر كذلك موصول إلى **لجنة المناقشة** على تفضلها بقبول قراءة المذكرة وتقييمها وتقويم اعوجاجها.

كما لا يفوتنا أن نبدي فائق امتناننا وتقديرنا لجميع **أساتذتنا الكرام**، الذين لم يدّخروا جهدا ولا وقتا في غرس حب العلم والأدب في قلوبنا فنسأل الله أن يدخلهم جناته بلا حساب ولا سابقة عذاب.

وإلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل، وقدم العون المعنوي قبل المادي من
الأصحاب والأصدقاء

إهداء 01

أهدي ثمرة جهدي إلى:

✓ من علمتني أن الجد ليس له عمر، وأن العطاء ليس له حدود أمي الغالية
التي أنارت دربي بدعائها ودعمها غير المشروط، رفع الله من شأنها
وجعل الجنة تحت قدميها.

✓ إلى صاحب البر الجميل، ومنفذ الخير العميم، إلى تاج رأسي أبي الغالي.

✓ إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء، وأبنائهم وبناتهم.

✓ إلى رفيقة دربي وصديقتي الغالية "بثينة".

✓ إلى كل من رفع معنوياتي في ساعة الضيق ولو بالكلمة الطيبة.

كلمة سماح



إهداء 02

أهدي هذا العمل العلي إلى:

✓ الينبوع الذي لا يمل من العطاء، إلى من حاكت سعادتي بخيوط
منسوجة من قلبها، إلى رمز الحب أمي الغالية.

✓ إلى من كلت أنامله ليقدّم لنا لحظة السعادة، وأماط الأشواك عن دربي
أبي الغالي.

✓ إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إخواتي الغالين:
يزيد، نضال، وشمس.

✓ إلى رفيقتي الغالية "سماح".

كـه بشينة

هَدْيِ نَبَوِي

عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال:
(أَيُّ امْرَأَةٍ لَمْ يُنكِحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا
أَصَابَ مِنْهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)

رواه ابن ماجه

المختصرات

- ت: توفي.
- ج: جزء
- د ب ن: دون بلد النشر
- د ت: دون تاريخ النشر
- د د ن: دون دار النشر
- د ط: دون طبعة.
- ص: صفحة
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.
- م: ميلادي
- م ج: مجلد
- هـ: هجري



مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الكون وبث فيه الخلائق، وكرم الإنسان أكرم بأعلى مرتبة فيه، وجعل منه الذكر والأنثى وحدد العلاقة بينهما بالزواج على أساس من المودة والرحمة. لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم: 21].

والصلاة والسلام على الرحمة المهداة محمد صلى الله عليه وسلم، الذي كرم المرأة وجعلها شقيقة الرجل وأمر بحفظ حقوقها وصيانة عشرتها، وأوصى بها خيرا.
أما بعد؛

فإنه من القضايا المهمة في حياة الإنسان هي تلك القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية لما لها من أهمية، لكونها مرتبطة بحياة الإنسان الخاصة التي يفترض أن يجد فيها المودة والرحمة والاستقرار والراحة.

ولعل أهم موضوع في باب الأحوال الشخصية هو الزواج الذي يمكن واختيار شريك العمر للارتباط به وتأسيس أسرة معه يفترض أن يكون أساسها المودة والرحمة والاحترام المتبادل.
وبما أن المرأة هي أهم طرف في عقد الزواج، ونظرا لما يفترض أن تتصف به من حياء فإنه يتعذر عليها حضور مجلس الرجال لمناقشة أمر زواجها، فاختصها الإسلام بمن ينوب عنها في مجلس العقد ويتولى إبرام عقد زواجها بدلا عنها بما يحفظ مصالحها ويرفع عنها الضرر والاستغلال.
هذا الشخص الذي كلفه الفقه الإسلامي بتمثيل المرأة في عقد الزواج يعرف بمصطلح "الولي"، ولذلك كان موضوع بحثنا ضمن هذه المذكرة بعنوان "الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري"

أولاً: أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في الآتي:

- يعالج هذا الموضوع ظاهرة اجتماعية من الظواهر المتعلقة بالأسرة.

- ضبط المفهوم الصحيح للولاية في الزواج والأحكام المتعلقة بها.
- بيان حدود سلطة الولي في عقد الزواج.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:

يقف على اختيار موضوع البحث جملة من الأسباب بعضها ذاتي وبعضها الآخر موضوعي:

1. الأسباب الذاتية:

- الرغبة في البحث ضمن مواضيع الأسرة والأحوال الشخصية.
- طبيعة التخصص التي تفرض البحث في الدراسات المقارنة.
- الرغبة في التعرف على الأحكام المرتبطة بالولاية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

2. الأسباب الموضوعية:

- ضبط أقوال الفقهاء وتحريروا مواضيع الاختلاف ومقارنتها بقواعد قانون الأسرة الجزائري بخصوص أحكام الولاية.
- بيان مواضع النقص والفراغ التشريعي في قانون الأسرة الجزائري بخصوص أحكام الولاية، بما يعمل على تصويبه حتى يكتمل به النفع وتستقر بقواعده الأسر.
- إثراء مكتبة الجامعة بصفة عامة وقسم العلوم الإسلامية بصفة خاصة ببحث في فقه الأحوال الشخصية المقارنة من شأنه أن يسدّ الرأي ويعين الطالب على الفهم.

ثالثاً: أهداف دراسة الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف أهمها ما يلي:

- إبراز قيمة الولي ومكانته في عقد الزواج، وضرورة تواجده في مجلس العقد حفظاً لمصالح المرأة وحماية لحقوقها وصيانة لها من الغرر والاستغلال، إما لصغر سنها أو لقلّة خبرتها وعدم معرفتها بعالم الرجال.
- التأكيد على أن المفهوم الصحيح للولي في عقد الزواج هو تمثيل موليته بأمانة لا الانفراد برأيه والتعسف في حقها.

- إبراز أهم مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بخصوص موضوع الولاية في عقد الزواج.

رابعاً: إشكالية البحث:

تتمحور إشكاليات البحث في إشكالية رئيسية وأخرى فرعية بيانها كالآتي:

1. الإشكالية الرئيسية:

ما هي الأحكام والقواعد التي تختص بها ولاية الزواج في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

2. الإشكاليات الفرعية:

- ما مفهوم الولاية؟ وما حكمها؟ وما هي أنواعها وشروطها؟

- ما هي حالات انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد؟

خامساً: المنهج المعتمد في البحث:

بغرض الإلمام والإحاطة بمختلف جوانب الموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة جملة من المناهج، بعضها أساسي والآخر فرعي.

أما المنهج الأساسي في البحث فهو دون شك "المنهج المقارن" باعتبار التخصص من جهة، وطبيعة العنوان من جهة أخرى الذي يقتضي المقارنة وفق الآتي:

✓ المقارنة الداخلية: بين المذاهب الفقهية في الإسلام، وقد تم الاقتصار على المذاهب السنية الأربعة وهي الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

✓ المقارنة الخارجية: وتتم بين الفقه الإسلامي بصفة عامة وقواعد قانون الأسرة الجزائري في كل ما يتعلق بموضوع البحث

✓ وقد اعتمدت المقارنة الأفقية (المباشرة) بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،

حيث أنه تمت المقارنة بينهما مع كل عنصر مباشرة، دون تقسيم البحث إلى جزأين أحدهما يخصص للفقه الإسلامي والآخر لقانون الأسرة الجزائري، لأن ذلك مما يعيبه

أساتذة المنهجية ويُقللون من فائدته.

وأما المناهج الأخرى فهي متعدّدة أهمها ما يلي:

- **المنهج الوصفي:** وتمت الاستعانة به لضبط المفاهيم وتحديد معاني المصطلحات الفقهية

والقانونية مثل: الولاية، الزواج، العزل، الغياب، التعسف ...

- **المنهج الاستقرائي:** وذلك بتتبع النصوص الشرعية والمواد القانونية وأقوال الفقهاء المتعلقة

بموضوع البحث.

- **المنهج التحليلي:** وذلك لتحليل النصوص وأقوال الفقهاء وبيان المقصود منها.

سادساً: الدراسات السابقة:

لا شك أن موضوع البحث قديم في عنوانه متجدّد في طرحه ومنهجه المقارن، ولا شك أن الدراسات فيه موجودة لكنها تختلف عن دراستنا وفق ما نبينه من خلال ذر عناوين أهم هذه الدراسات:

1. **الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري:** إعداد عبد الله شيباني، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015.

وقد تناول صاحب هذه المذكرة دراسته بتقسم البحث إلى ثلاثة فصول، فصل تمهيدي، وفصلين رئيسيين، خصص التمهيدي منها لضبط المفاهيم الأساسية مثل الزواج وولاية التزويج في القانون، وخصص الفصل الأول لأركان الولاية، والثاني لآثار ولاية التزويج وحالات انتهائها.

ولا شك أن هذه الدراسة وبالرغم ارتباطها الموضوعي بدراستنا إلا أنها تختلف من حيث المنهج المتبع، حيث أن دراسته في القانون الوضعي البحث، بينما دراستنا مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

2. **شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي:** إعداد سمير

شيهاني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014. وباعتبار أن هذه الدراسة هي أطروحة دكتوراه فقد قسمها صاحبها إلى بابين، تناول الأول منها حقيقة الولاية في عقد الزواج، بينما اختص الثاني بتولي إبرام عقد الزواج .

ولا شك أن هذه الدراسة تتلاقى موضوعيا ومنهجيا مع دراستنا إلا أنهما تختلفان من حيث توسعة الطرح وطور البحث، فالدراسة المعنية وسع صاحبها في دراسته لكونها أطروحة دكتوراه فتناول بالبحث أغلب القوانين العربية وقارن أحكامها بالفقه الإسلامي، بينما مذكرتنا ركزنا فيها الدراسة بما يتناسب وحجم مذكرة الماستر، واكتفينا فيها بالمقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

3. المركز القانوني للولي في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري: إعداد سليمة بكوش، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

وقد اعتمدت صاحبة المذكرة تقسيم بحثها إلى فصلين، تناول الأول منهما ماهية الولاية في عقد الزواج، أما الفصل الثاني فقد تناول تطبيقات وموقف القضاء الجزائري من الولاية في عقد الزواج.

وهذه الدراسة تتناول جزئية محددة من موضوع الولاية في عقد الزواج وهي مركز الولي، بينما دراستنا تتناول موضوع الولاية بشكل عام.

ولكن يلاحظ أن صاحبة المذكرة اعتمدت خطة لا تتلاءم وعنوان مذكرتها، كما أنها لم تحترم مجال البحث الذي رسمته لبحثها، وخرجت عن قانون الأسرة الجزائري وتناولت أحكام الفقه الإسلامي وهو خارج عن تخصصها، كما أشارت في عدة مواضع إلى القوانين العربية بينما العنوان يشير إلى القانون الجزائري كمجال للدراسة.

سابعاً: الصعوبات والعوائق:

لا شك أنه وفي هذه الظروف العصيبة المرتبطة بانتشار الوباء المتمثل في المرض المعدي "كوفيد 19" أن أهم صعوبة مرتبطة بإنجاز البحث تمثلت في الآتي:

- صعوبة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لتباين الأسلوب بينهما، بي الفقه بأسلوبه

الراقي والدقيق والمضبوط مع أسلوب القانون البسيط والمبهم في بعض الأحيان.

- قلة المراجع المتعلقة بشرح قانون الأسرة الجزائري من الباحثين في الدراسات المقارنة، حيث أن

أغلب الشروح المتوفرة بخصوصه قديمة وتخص أساتذة في القانون الوضعي البحث قد لا

تكون لهم الآلة اللازمة والدراية الكافية بالفقه الإسلامي لشرح قانون يُفترض فيه أنه مستمد من الشريعة الإسلامية.

- قلة الاجتهادات القضائية بخصوص موضوع الولاية في القضاء الجزائري.

ثامناً: الخطة العامة لموضوع البحث:

تم تقسيم خطة البحث إلى مقدمة وفصلين رئيسيين وخاتمة.

تم تخصيص الفصل الأول لضبط وبيان مفهوم الولاية في عقد الزواج وحكمها وأنواعها، وقد تم تقسيمه إلى مبحثين اثنين، اختص الأول منهما بضبط مفهوم الولاية وبيان حكمها، بينما اختص المبحث الثاني بيان أنواع الولاية وشروطها.

أما الفصل الثاني فقد حُصص لبيان حالات انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، وقد قُسم هو الآخر إلى مبحثين، تناول الأول منها مسألة عضل الولي، وتناول الثاني مسألة غياب الولي.

وقد ختم البحث بخاتمة تضمنت نتائج البحث وتوصياته، وفهارس علمية تخدم البحث..

الفصل الأول



الولاية في عقد الزواج حكمها وأنواعها وشروطها

❖ المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وحكمها

❖ المبحث الثاني: أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج

تعتبر الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمع، والركيزة واللبننة الأساسية في وجود المجتمع المثالي، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بها لأنها الدعامة الأساسية لتنظيم سلوك الإنسان كونها الإطار الذي يلتقي فيه يتلقى فيه أول دروس الحياة الاجتماعية، ولقيام أسرة على طابع سليم من أجل الحفاظ على النوع الإنساني ولضمان بقائها واستمرارها، فشرع الله عزّ وجل الزواج واعتبره رابطة أساسية بين الرجل والمرأة، وبها أنّ الزواج من العقود الرضائية ثنائية الأطراف، فيتم على إيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، ويتم التعبير عن الإرادة بموافقة الطرفين على عقد زواجهما بكل لفظ أو إشارة تُفيد معنى الزواج، وليس هناك من سبيل لتأسيس الأسرة إلا الزواج، وهو الوسيلة الوحيدة للحياة الجنسية بين الرجل والمرأة حفاظا على الرجل من جهة وتكوين المرأة والأناب من جهة أخرى، فالإسلام اعتنى بالمرأة واعتبرها زوجة وشريكة للزوج في العقد من جهة أولى، والحياة الزوجية من جهة ثانية، والقيام بالأعمال وتحمل المسؤولية من جهة ثالثة.

كما أنه أعطى للمرأة حقوقا كما أوجب عليها واجبات، إلا أنه لم يكتف بذلك بل خصّها بدرع واق حين أسند أمر زواجها إلى شخص آخر أعلم بشؤون الحياة لتحقيق مقاصد الزواج على أكمل وجه، حتى يكون سندا لها في حالة الخلافات.

هذا الشخص الذي تستند إليه المرأة في عقد الزواج لتبليغ رأيها وحفظ حقوقها وتمثيلها في مجلس العقد هو ما يعرف في مجال الأسرة والأحوال الشخصية باسم الولي، فما المقصود بالولاية في عقد الزواج؟ وما حكمها؟ وما هي أنواعها والشروط اللازمة لأدائها؟

كل هذه الإشكالات تتم الإجابة عنها وتقصي أحكامها في الفقه الإسلامي، ثم بيان موقف قانون الأسرة الجزائري، وذلك من خلال هذا الفصل الذي تمّ تقسيمه إلى المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وحكمها.
- المبحث الثاني: أنواع الولاية وشروطها في عقد الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

يُعدُّ موضوع الولاية من الموضوعات التي أثارت إشكالات منذ القدم، حيث كانت محل اختلاف بين المذاهب الفقهية، وعليه ومن خلال هذا المبحث يتم ضبط مفهوم الولاية (المطلب الأول)، ثم استقراء أقوال الفقهاء وبيان موقف قانون الأسرة الجزائري بخصوص أحكامها (المطلب الثاني):

- المطلب الأول: تعريف ولاية الزواج.

- المطلب الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول: تعريف ولاية الزواج

قبل الخوض في موضوع الولاية في عقد الزواج وكل تفاصيله التي تُحيط به يجب التطرُّق أولاً إلى تعريف الولاية في عقد الزواج (الفرع الأول)، ثم بيان مراتب الأولياء (الفرع الثاني).

- الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

- الفرع الثاني: مراتب الأولياء

الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

تعددت تعريف الولاية في عقد الزواج من فقيه لآخر، إلا أن حاصل تعريفهم على أنها حق يُمنح لشخص على آخر، لذلك سنسعى إلى إظهار أهم هذه التعاريف بضبط مفهوم الولاية في عقد الزواج لغة، ثم تحديد مفهوم المصطلح غي كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: تعريف ولاية الزواج لغة:

1. تعريف الزواج لغة:

يطلق الزواج في اللغة العربية ويراد له معان عدة أهمها¹:

¹ - مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، ص 405 - 406 / الزبيدي أبو الجواد محمد بن محمد (ت 1205هـ): تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق حسين نصار، مطبعة الحكومة، الكويت، د ط، ج6، ص 20 - 24 / الفيومي أبو العباس أحمد بن محمد (ت 1137هـ): المصباح المنير في غريب شرح الكبير، د د ن، د ب ن، ط1، 1322 هـ، ج1، ص 128 / ابن فارس أحمد بن الحسين (ت 395هـ): مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1979، ج3، ص 35 .

- **الاقتران:** يُقال رَوَّجَ الأشياء تزويجاً أي قرن بعضها ببعض، ويقال هذه زوجة فلان بمعنى قرينته، لأنها اقترنت به واجتمعت شخصيتها بشخصيته.
 - **خلاف الفرد:** ومثاله قوله تعالى: ﴿ وَالْأَرْضَ مَدَدْنَا هَا وَالْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾ [سورة ق: 7].
 - **الاختلاط:** يقال زوجه النوم أي خالطه.
 - **النظير:** وهو عكس النقيض، فالنظير يكون في المحسوسات والمعنويات، والنقيض مثل الليل والنهار والرطب واليابس ...
- وقد يُستعمل الزواج بلفظ النكاح، ومعناه في اللغة الضم والجمع¹.

2. تعريف الولاية لغة:

هناك عدة تعاريف للولاية، وهذا حسب الألفاظ التي ترد بها، فالولي في أسماء الله الحسنى هو الناصر، وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق والقائم بها، ومن أسمائه عز وجل الوالي، وهو مالك الأشياء جميعها، المتصرف فيها، فيقال: فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أعرف به وأجدر، والمتولي ورثة الرجل وبنو عمه، فالمولى عموماً هو الرب والمالك والسيد المنعم والمعتق².

أما الولاية بكسر الواو فهي المحبة والنصرة والقربة والإعانة والإمارة والسلطان. والنصرة هم على الولاية أي مجتمعون في النصرة، والولاية على الإيمان واجبة³ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [سورة التوبة: 71].

وكذلك من معاني الولي كل من وُلِّيَ أمراً وقام به وهو ضد العدو، لقوله تعالى: ﴿ وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ﴾ [سورة البقرة: 257]، وقوله أيضاً: ﴿ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [سورة آل عمران: 68].

¹ - الجرجاني، أبو بكر عبد القهار بن عبد الرحمن (ت 471 هـ): التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الريان للتراث العربي، د ط، د ت، ص 315.

² - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711 هـ): لسان اللسان تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ج2، ص 761 - 762.

³ - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711 هـ): لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 1967، ج6، ص 490.

ثانياً: تعريف ولاية الزواج شرعاً:

1. تعريف الزواج شرعاً:

لقد تعددت عبارات الفقهاء القدامى في تعريف الزواج إلا أنها جميعاً تدور حول مفهوم واحد لا اختلاف فيه، والتفاوت بينها إنما هو حاصل في القيود والألفاظ، إلا أن العلماء المحدثين خالفوا القدامى من حيث تركيز هؤلاء المتأخرين والالتفات إلى ما يتضمّن الزواج من معانٍ كالمودة والرحمة والإحسان وما إلى ذلك من معانٍ، ويُمكن توضيح ذلك كله من خلال عرض عدد من تعريفات القدامى، وأخرى لبعض الباحثين المتأخرين.

أ) تعريف الفقهاء القدامى لعقد الزواج:

نستقرأ من خلال هذا العنصر أبرز التعاريف التي أطلقها فقهاء المذاهب على عقد الزواج وفق التفصيل التالي:

- **المذهب الحنفي:** الزواج عند الحنفية "عقدٌ يُفيد ملك المتعة قصداً"¹.
- **المذهب المالكي:** اتّجه المالكية في تعريفهم لعقد الزواج وجهة مقاصدية من خلال استحضار مقصد النسل فعرفوه بأنّه: "عقد لحل يتمّ بأنثى غير محرم وغير مجوسية، أو أمة كتابية، بصيغة، لقادر محتاج، أو راجٍ نسلاً"².
- **المذهب الشافعي:** الزواج عند الشافعية هو عقد يتم بلفظي الزواج والنكاح حصراً، فهو حسبهم "عقد يتضمّن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج، أو ترجمته"³.
- **المذهب الحنبلي:** عرفوه بأنه عقد التزويج⁴.

¹ - النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد (710 هـ): كنز الدقائق في الفقه الحنفي، تحقيق فائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 2011، ص 251.

² - الصاوي، أو العباس أحمد بن محمد (ت 1241 هـ): بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج3، ص 212-213.

³ - الشرييني، شمس الدين محمد بن محمد (ت 977 هـ): المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج4، ص 200.

⁴ - ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت 620 هـ): المغني، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد، عبد القادر أحمد عطا، مكتبة القاهرة، مصر، ط1، 1979، ج7، ص 3.

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تدور في فلك واحد تقريبا، وهو أن موضوع عقد الزواج امتلاك لمتعة على الوجه المشروع، ولا شك أن قصر معنى النكاح على المتعة غير سديد، لأن المتعة هي بعض مقاصد الزواج وليست كلها، بل إن المقصد الأسمى منه هو التنازل، وحفظ النوع الإنساني على بساط من المودة والرحمة¹.

ويلاحظ على هذه التعاريف رغم اختلاف ألفاظها وعباراتها أن معناها واحد ولكن يؤخذ عليها الملاحظات الآتية:

- تُظهر الزواج وكأنه عقد من جانب واحد وهو غير ذلك، بل هو عقد رضائي من جانبيين، وهو ما أفصح به القرآن الكريم في قوله سبحانه: ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [سورة البقرة: 230]، وقوله أيضاً: ﴿ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾ [سورة البقرة: 232].
- حصر الزواج في الاستمتاع، وفي ذلك إغفال للمقاصد السامية الأخرى والتي أشار إليها القرآن الكريم والسنة النبوية من مودة ورحمة وتنازل وغيرهما.
- حصر المتعة على أنها حق للرجل مع أنها حق مشترك بين الزوجين، فكل منهما يستمتع بالآخر.

ب) تعريف الفقهاء المحدثين لعقد الزواج:

- تناول الكثير من الفقهاء المحدثين تعريف عقد الزواج، نذكر منها التعاريف التالية:
- عرّفه محمد أبو زهرة بأنه "عقد يُفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يُحقّق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة، ويُحدّد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"².
 - وعرّفه وهبة الزحيلي بأنه: "عقد وضعه الشارع يُفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"³.

¹ - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص 17.

² - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط، د ت، ص 47.

³ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ج7، ص 29.

- وعرف الفقهاء الزواج بتعريفات متقاربة تجتمع في أن المقصد من الزواج هو التنازل وحفظ النوع الإنساني، وأن يُحقَّق كل واحد من العاقدين من صاحبه الأُنس الزوجي الذي يؤلف بينهما¹، ولعلَّ هذا ما ذهب إليه علماء مقاصد الشريعة الإسلامية الذين جعلوا للزواج مقصدين، أحدهما أصلي وهو التنازل وحفظ النوع الإنساني، ومقصد تبعي وهو حل الاستمتاع.

- **التعريف المختار:** بناء على ما تقدّم يُمكن تعريف الزواج بأنه: "عقد شرعي رضائي بين رجل وامرأة بالغين مختارين خاليين من العيوب والموانع الشرعية، لاستحلال الوطء وإنجاب الذرية وتكوين الأسرة، يَعرِّض لكل منهما حقوقا وواجبات"².

2. تعريف الولاية شرعا:

تتوّعت مفاهيم الولاية عند الفقهاء المتقدّمين منهم والمحدثين بسبب اختلاف المعايير التي سلكها كل منهم، وعليه يتم ضمن هذا العنصر بيان مفهوم الولاية عند المتقدمين ثم المحدثين.

(أ) تعريف الفقهاء القدامى للولاية:

- تعدّدت تعريف الولاية لدى فقهاء المذاهب، حيث لكل مذهب تعريف خاص به، بيانها كالآتي:
- **تعريف الولاية في المذهب الحنفي:** عرّف صاحب الدر المختار الولاية بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي³.
 - **تعريف الولاية في المذهب المالكي:** الناظر في الفقه المالكي يجد أن فقهاء هذا المذهب قد عرّفوا الولاية بأنها "الأصرة الموجبة للإرث"⁴.

¹ - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 43-44.

² - محمد سليم مصطفى: الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، العدد 183، 1439 هـ، ص 36.

³ - ابن عابدين، محمد الأمين عبد العزيز (ت 1252هـ): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار والمعروف بحاشية ابن عابدين، مكتبة الحلبي القاهرة، ط2، 1986، ج3، ص 55.

⁴ - ناصر أحمد إبراهيم: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2005، ص 219 .

- تعريف الولاية في المذهبين الشافعي والحنبلي: الناظر في المصادر الفقهية لهذين المذهبين يجد أنهما لم يذكرتا تعريف الولاية بمعناها العام، بل أشارا إلى أن الولاية سلطة تمنح للشخص إما على نفسه وإما على غيره، وذلك في أكثر من موضع¹.

(ب) تعريف الفقهاء المحدثين للولاية:

- عرّفها محمد أبو زهرة بأنها "القدرة على إنشاء العقد نافذا"²، متقفا في ذلك مع الأستاذ مصطفى شلبي الذي ذهب إلى أنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"³.

- في حين يرى الدكتور وهبة الزحيلي أنها "القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد"⁴، متقفا في ذلك مع الأستاذ حسين الله الذي عرّفها بأنها "سلطة تمكّن صاحبها من مباشرة عقود وتصرفات تترتب عليها آثار دون توقف على رضا غيره"⁵.

- كما ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد حسين الذهبي الذي عرّفها بأنها سلطة شرعية يملك صاحبها التصرف بشؤون غيره مجبراً أو اختياراً، فتسمى الأولى ولاية إجبار والثانية ولاية اختيار"⁶.

- عرّفها مصطفى الرافي بأنها: "قدرة شرعية يملك بها صاحبها التصرف بشؤون غيره مجبراً أو اختياراً، فتسمى الأولى ولاية إجبار والثانية ولاية اختيار"⁷.

- أما الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا فعرف الولاية بأنها "قيام شخص كبير على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"⁸.

¹ - ناصر أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 220-229.

² - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107.

³ - محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ط 4، 1983، ص 271.

⁴ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 186.

⁵ - علي حسين الله: الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1971، ص 126.

⁶ - محمد حسين الذهبي: الشريعة الإسلامية، دار التأليف، مصر، ط2، 1968، ص 107.

⁷ - مصطفى الرافي: نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاء، الشركة العامة للكتاب، ط1، 1990، ص 31.

⁸ - مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طرسين، دمشق، سوريا، ط10، 1968، ج2، ص 817.

أما الولي في الزواج شرعا فهو:

- من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام¹.
- هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه، وهو الأب أو وصيه، والقريب العاصب، والسلطان والمالك².
- هو القريب الذي ولّاه الله أمر تزويج من لا يجوز أن يزوج نفسه بنفسه كالمرأة والصغير³.

ثالثاً: تعريف ولاية الزواج في القانون:

1. تعريف الزواج قانوناً:

(أ) تعريف الزواج في الفقه القانوني:

يعرّف فقهاء القانون الزواج بأنه "عقد يُفيدُ حلَّ العشرة بين الرجل والمرأة، بما يُحقّق ما يتطلّبه النوع الإنساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات قبل الآخر"⁴.

(ب) تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج في مادته الرابعة معدّلة (4) بأنه "عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁵.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه أكّد النزعة الرضائية التي تستوجب حصول الرضا من الطرفين وهما الزوج والزوجة وليس الولي، خلافاً للتعريف الوارد طبقاً للقانون 11/48 الذي عرّف

¹ - النصاروي، أحمد بن غنيم بن سالم (ت 1126 هـ): الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج2، ص 4.

² - الجزيري، عبد الرحمن (ت 1360 هـ): الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح والطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، ص 29.

³ - عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1997، ص 117.

⁴ - رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 23.

⁵ - الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005.

الزواج بأنه "عقد يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹.

2. تعريف الولاية قانوناً:

تعددت تعريف الولاية لدى فقهاء القانون نذكر منها:

- عرّفها بلحاج العربي بأنها "تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم والقدرة على إسناد العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد"².
- عرّفها عبد العزيز سعد بأنها "تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه"³.
- عرّفها محمد محدّة بأنها: "تنفيذ القول على امرأة أو قاصرة في حكمها في الزواج والإشراف على شؤونها في العقد من طرف شخص له المقدرة على ذلك"⁴.

أما تعريف الولاية في القانون الجزائري فإن قانون الأسرة التزم مبدأ عدم إدراج تعريف المصطلحات ضمن نصوصه إلا ما دعت إليه الضرورة التشريعية، وعليه وطبقاً لذلك لم يتناول هذا التشريع تعريف الولاية وتركها للفقه القانوني، واكتفى ببيان أحكامها⁵.

الفرع الثاني: مراتب الأولياء في عقد الزواج

يُقصد بمراتب الولاية ترتيب الأولياء، حيث يتقدّم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية عند تعددهم، وعليه يتم من خلال هذا الفرع بيان مراتب الأولياء في عقد الزواج في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

¹ - حرّرت بالقانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984، المعدّل والمتّم.

² - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د و م ج ج، ط5، 1994، ج1، ص 118.

³ - عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص 120.

⁴ - محمد محدّة: الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، ط2، 2000، ج1، ص 191.

⁵ - انظر: المواد من 87- 91 (الولاية العامة)، 9-13 (ولاية الزواج).

أولاً: مراتب الأولياء في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

تثبت الولاية عند جمهور الفقهاء للأقارب الذكور دون النساء، وانتفقوا على أنهم الأولى بتزويج المرأة لأنها لا تزوج نفسها كما تمّ بيانه سابقاً. ولكنهم اختلفوا في اقتصار الولاية على الأقارب من العصابات أم أنها تتعدى إلى غيرهم من غير العصابات.

1. ترتيب الأولياء من العصابات:

يرى جمهور الفقهاء أن أولى الناس بتزويج المرأة هم العصبية، والمراد بالعصبية هم الأقارب من جهة الأب، وسموا بالعصبية لأنهم يُحيطون به¹.

أ. **المذهب الحنفي:** يرى الحنفية أن الولاية تثبت للأقارب العصابات الأقرب فالأقرب لأن النكاح للعصابات، وهي على الترتيب الآتي: البنوة (الابن، ثم ابن الابن وإن نزل)، ثم الأبوة (الأب، والجد العصبي (الصحيح) وإن علا)، ثم الأخوة (الأخ الشقيق، الأخ لأب، وأبناؤهما وإن نزلوا) ثم العمومة (العم الشقيق، العم لأب، وأبناؤهما وإن نزلوا)².

- **المذهب المالكي:** كان مالك يقول: "أولهم البنون وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة لأب وأم، ثم لأب، ثم بنوا الإخوة لأب وأم، ثم بنوا الإخوة لأب، ثم الأجداد لأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الإخوة، ثم بنوهم على ترتيب بني الإخوة وإن سفلوا"³.

- **المذهب الشافعي:** ذهب الشافعية أن ولاية الزواج تثبت للعصابات كالإرث وهم على النحو التالي: الأب، ثم الجد، ثم أبوه وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب وإن سفل، ثم العم وسائر العصبية من القرابة كالإرث⁴، فلا

¹ - عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 51.

² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 199.

³ - التواتي بن تواتي: المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009، ج4، ص 126.

⁴ - الشربيني: مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 4، ص 249 / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 206.

تثبت عندهم الولاية للأبناء فلا يزوّج الابن أمه وإن علت بنوته إلا إذا كانت له صفة أخرى كالقاضي وليس له ولي من عصبته¹.

- **المذهب الحنبلي:** ذهب الحنابلة إلى القول باقتصار الولاية على العصابات دون غيرهم، وقالوا بأن أحقّ الناس بتولي عقد المرأة أبوها لأنه أكمل نظراً وأشدّ شفقة، ثم جدّها لأب وإن علا الأقرب فالأقرب لأن له تعصياً فهو أشبه بالأب، ثم ابنها، ثم بنوه وإن نزلوا²، وبعدهم يأتي الأخ الشقيق لكونه أقرب العصابات بعد الأب والابن، ثم الأخ لأب، ثم أولاد الإخوة وإن سفّلوا³، يلي بعد هؤلاء عمها لأبوين ثم لأب، ثم بنوهما، ثم أقرب عصبه النسب كالإرث⁴.

وخلاصة لما سبق يتبيّن أن الشافعية والحنابلة يُقدّمون الأب على غيره في تزويج مولّيته، ثم تنتقل إلى الجد، ويتفق الإمامان أبو حنيفة ومالك في تقديم الابن على الأب ثم أبناءهما.

2. ترتيب الأولياء من غير العصابات:

اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية لغير العصابات عند انعدام هؤلاء على التفصيل التالي:

أ. **ذوو الأرحام:** وهو الإخوة لأم، وعم الأم، وجد الأم، وبنوا الأخوات، وبنوا البنات وبنوا العمات ونحوهم ممن يدلي بأنثى.

وقد اختلف الفقهاء في ولايتهم على قولين⁵:

¹ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 206 / نضال أبو محمد سنيّة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011، ص 92.

² - النجدي عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت 1392 هـ): حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، د د ن، د ب ن، ط1، 1999، ج6، ص 265 - 266.

³ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج7، ص 207.

⁴ - النجدي: المرجع السابق، ص 267.

⁵ - نور الدين بولحية: عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط2، 1426 هـ، ص 239 - 240.

القول الأول: هو رأي أبي حنيفة، يرى جواز انتقال الولاية إلى الأقارب من غير العصابات. في حالة انعدام العاصب¹. واستدل بقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة النساء: 75].

القول الثاني: هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويتمثل رأيهم أن الأولياء هم الأقارب من العصابة الذكور، وليس للخال والإخوة لأم ولأبي من ذوي الأرحام ولاية، فإذا انعدم العاصبون انتقلت الولاية للسلطان².

ب. الوصي: اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية للوصي على قولين³:

- **القول الأول:** صحة ثبوتها له، وهو قول المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين.

- **القول الثاني:** عدم صحة ثبوتها له، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية أخرى.

ج. السلطان: المراد بالسلطان هو إمام المسلمين العام الذي له أمر الولاية على الكافة، إذ هو الأمين على رعاية مصالحهم بمقتضى الشريعة، ويقوم مقامه نائبه أو مفوضه أو قاضيه، أو من يفوض إليه.

فإن لم يوجد ولي أصلا من العصابات، ولا من غيرهم، أو وُجد لكنه غير مستوف لشروط الولاية انتقلت الولاية إليه⁴، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يَنْكِحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)⁵.

¹ - بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام - دراسة مقارنة-، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 124.

² - عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 151.

³ - نور الدين بولحية: المرجع السابق، ص 242.

⁴ - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفرية والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ج1، ص 150.

⁵ - أخرجه ابن ماجة (ت 275هـ) في سننه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1879، سنن ابن ماجه، دار الاحياء الكتب العربية، د ط، د ت، ج1، ص 605.

ثانياً: مراتب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

ميّز قانون الأسرة الجزائري في ترتيب الأولياء بين المرأة الراشدة والقاصرة عكس ما كان عليه الحال قبل التعديل حيث جاءت المادة 11 من القانون 11/84 عامة ولا تميّز بين الراشدة والقاصرة في ترتيب الأولياء بنصّها على أنه "يتولى زواج المرأة وليّها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فلفظ المرأة في المادة عام يشمل الراشدة والقاصرة معا. وقد رتب قانون الأسرة -قبل تعديله- الأولياء في عقد الزواج بتقديم الأب، ثم الأقارب الأولين، والقاضي في آخر مرتبة.

ولم يُحدّد القانون مفهوم القرابة وترك اللفظ على إطلاقه مما يُفهم منه توجه المرّح نحو عدم التحديد وترك الحرية للمرأة في اختيار من تراه مؤهلاً لولاية عقد زواجها من أقاربها¹.

أما بعد التعديل فقد ذهب قانون الأسرة إلى التمييز بين الراشدة والقاصرة على التفصيل الآتي:

1. ترتيب أولياء الراشدة: جاءت الفقرة 1 من المادة 11 -معدّلة- مبهمّة من حيث الصيغة بخصوص أولياء الراشدة، بنصّها على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو: أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

أ. فهذه المادة استعمل حرف العطف "أو" الذي يُفيد التخيير بدل لفظ الاستئناف "ف" الذي يُفيد الترتيب والمستعمل في تحرير المادة قبل تعديلها. مما يفيد أن المرأة ليست ملزمة بأي ترتيب.

ب. لم تبين المادة المقصود بعبارة "أي رجل تختاره" مما يفيد بأنها حرة في اختيار أي رجل لتولي عقد زواجها، ولو كان أجنبياً، وهذا يُعد مغامرة خطيرة وغير محسوبة من قانون الأسرة الجزائري الأمر الذي قد يؤدي إلى تفاقم الخلافات والنزاعات داخل الأسرة الواحدة وبين الأهل والأقارب.

¹ - عيسى حدّاد: عقد الزواج - دراسة مقارنة-، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، د ط، 2006، ص 148.

2. ترتيب أولياء القاصرة: حدّد المشرّع الجزائري أولياء المرأة القاصرة في المادة 11 فقرة 2 بنصها على أنه: ". يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم: الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، ويلاحظ من خلال نص هذه المادة ما يلي¹:

- أ. الإبقاء على ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصر كما كان عليه الحال قبل التعديل.
- ب. ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة بتقديم الأب، ثم الأقارب الأولين، ثم القاضي. وقد استعمل المشرّع حرف الاستئناف "ف" الذي يفيد الترتيب بين الأولياء خلافاً للفقرة 1 من نفس المادة والمتعلقة بالراشدة.

ومن خلال تتبع آراء الفقهاء وبيان موقف قانون الأسرة الجزائري نخرج بالملاحظات التالية:

- أن المشرّع الجزائري لم يتّبع مذهباً فقهياً معيّناً، فقد ميّز بين القاصرة والراشدة على نحو شبيه بما ذهب إليه الحنفية من التمييز بين الكبيرة والصغيرة.
- تقديم الأبوة على غيرها على النحو الذي ذهب إليه الشافعية والحنابلة، خلافاً للحنفية والمالكية اللذان قدّما البنوة على الأبوة.
- أجاز للراشدة اختيار وليها من غير أقاربها، وهو توجه قريب من المذهب الحنفي الذي أجاز اختيار الولي من غير العصبات، لكن توجه الحنفية كان عند انعدام الولي من العصبات خلافاً لقانون الأسرة الذي منح الراشدة الاختيار حتى في وجود والدها وأقاربها الأولين، وهنا تكمن الخطورة.

¹ - عيسى حدّاد: المرجع السابق، ص 149 - 150.

المطلب الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج

اتفق الفقهاء على أنه يصح للرجل البالغ أن يباشر زواجه بنفسه بأي امرأة يختارها ويكون تصرفه صحيحاً بدون اعتراض أحد عليه، لكن اختلفوا فيما يخص ولاية المرأة البالغة العاقلة أو الصغيرة في تولي عقد زواجها بنفسها، وهذا ما نتعرض له في هذا المطلب، فنتناول رأي القائلين باشتراط الولاية في عقد الزواج وأدلّتهم (الفرع الأول)، ثم نستعرض رأي القائلين بعدم اشتراط الولي وبيان أدلتهم (الفرع الثاني). ثم بيان موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك (الفرع الثالث)

- الفرع الأول: القائلون باشتراط الولاية في عقد الزواج وأدلّتهم.

- الفرع الثاني: القائلون بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج وأدلّتهم.

- الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشتراط الولاية في عقد الزواج

• الفرع الأول: القائلون باشتراط الولاية في عقد الزواج وأدلّتهم.

سنتطرق إلى القائلين باشتراط الولي في عقد الزواج (أولاً)، وأدلة القائلين باشتراط الولي (ثانياً)

أولاً: القائلون باشتراط الولاية في عقد الزواج:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى القول باشتراط الولي في عقد الزواج، لأن الزواج لا ينعقد بغير ولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها، ولا غيرها، ولا توكيل غيرها في تزويجها، فإن فعلت ذلك ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة لم يصح الزواج. ولا يصح للمرأة سواء كانت بالغة أو قاصرة أن تبرم عقد زواجها بنفسها، وقد اعتمدوا جملة من الأدلة من المنقول والمعقول.

¹ - ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 595 هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حلاق، مكتبة

ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415 هـ، ج3، ص 20 - 21.

² - الشربيني: مغني المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص 239.

³ - ابن قدامة: المغري، المصدر السابق، ج7، ص 7.

ثانياً: أدلة القائلين باشتراط الولاية في عقد الزواج:

اعتمد القائلون باشتراط الولاية في زواج المرأة البالغة العاقلة مجموعة من الأدلة العقلية والنقلية

لدعم آرائهم وهي كالاتي:

1. الأدلة النقلية:

أ) من القرآن الكريم:

- قوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [سورة النور: 32]، دلّت هذه الآية بأنه لا يجوز للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تتفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، كما أن الآية وردة بصيغة الأمر وهي تخاطب الأولياء، والأمر يدل على الوجوب¹. وقال القرطبي: "وفي الآية خطاب موجّه للأولياء، وقيل الأزواج والأصح هو الأول، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تُنكح نفسها بغير ولي"².

- قوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [سورة البقرة: 219]، دلّت هذه الآية على أن الولي شرط في الزواج لصحته، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي لأن النهي الصريح في الآية وارد في حق الأولياء³. وقال الشعراوي: "إن الله تعالى لم يخاطب الإناث هنا، ولكن خاطب الرجال ليكونوا ميزانا عقليا للرجل الولي على ابنته أو من في رعايته هو الأساس"⁴.

¹ - ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله (ت 543 هـ): أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت، مصر، ج3، ص 1376.

² - القرطبي، أبو عبد الله بن أبي بكر بن فرج (ت 671 هـ): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ج15، ص 229.

³ - ابن العربي: المصدر السابق، ج1، ص 158.

⁴ - محمد متولي الشعراوي (ت 1419 هـ): الفقه الميسر وأدلته، المكتبة العصرية، لبنان، د. ط، 2006، ج3، ص 1088.

- قوله تعالى ﴿ فَانكحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [سورة النساء: 25]، قال بعض الفقهاء أن المراد بالأهل من لهم عليهن ولاية تزويج، كالأب والجد والقاضي والوصي¹.
- قوله تعالى ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾ [سورة القصص: 27]، دلت الآية أن تولي عقد الزواج ومباشرته يكون للولي، ولا حق فيه للمرأة بالانفراد والانعقاد².
- (ب) من السنة النبوية:

بالإضافة إلى الآيات الكريمة استدل جمهور الفقهاء بعدة أحاديث تمنع المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها، نذكر منها الأحاديث التالية:

- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)³، والحديث يدل صراحة على عدم صحة النكاح بلا ولي، لأن النهي يدل على الفساد وهو مرادف للبطلان⁴.
- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿ لَا تَزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تَزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تَزَوِّجُ نَفْسَهَا ﴾⁵. فقد دل الحديث على نهي المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها أو نيابة عن غيرها. فإن النهي يقتضي الفساد والبطلان، فيكون دليلاً على عدم صحة ولايتها⁶.
- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنْكَحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا،

¹ - المراغي، أحمد مصطفى (ت 1371هـ): تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د.ت، ج5، ص 10.

² - ابن العربي: المصدر السابق، ج3، ص 1467.

³ - أخرجه ابن ماجة في سننه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1880، المصدر السابق، ج1، ص 605.

⁴ - الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت 1255 هـ): نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، الأردن، د ط، 2004، ص 1190.

⁵ - أخرجه ابن ماجة (ت 275 هـ) في سننه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1882، سنن ابن ماجة، المصدر السابق، ج1، ص 606.

⁶ - الشحات إبراهيم محمد منصور: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1999، ص 101.

فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ¹. فقد دلّ الحديث على أن عقد الزواج الذي تعقده المرأة وتتولاه من غير إذن وليها باطل. وقد شدّد النبي صلى الله عليه وسلم في تحذير النساء من أن يزوّجن أنفسهن من غير إذن الولي، ومباشرتهن للعقد².

2. الأدلة العقلية:

إن الزواج هو عقد جليل القدر وسامي المقصد، لذلك جُعل فيه الأمر للرجال دون النساء من باب أولى لأنهم أكمل نظراً، وأن المرأة البالغة العاقلة مولى عليها كالصغيرة، وذلك لما تتصف به المرأة من الحياء والحشمة من حضور مجالس الرجال التي تتناول أمر زواجها، لما جاءت به الشريعة من رعاية الأخلاق الكريمة³.

• الفرع الثاني: القائلون بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج:

نستعرض في هذا الفرع إلى رأي القائلين بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج (أولاً)، وأدلتهم (ثانياً).

أولاً: القائلون بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج:

يرى الحنفية أنه لا ضرورة لاشتراط الولي في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة، غير أنهم يُفرّقون بين الصغيرة والكبيرة، فاشتراطوا الولي في الصغيرة، ومنحوا للكبيرة أي البالغة العاقلة حق إبرام عقد زواجها بدون ولي، بشرط أن يكون الزوج كفاء، وأن لا يقل مهرها عن مهر مثلها، فإن تزوّجت بغير كفاء فلوليها حق الاعتراض على هذا الزواج، ويفسخه القاضي⁴.

¹ - سبق تخريجه : ص 19.

² - الصنعاني، أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل (ت 1182هـ): سبل السلام شرح بلوغ المرام من جامعة أدلة الأحكام، تحقيق إبراهيم عمر، دار الحديث، القاهرة، ط7، 1992، ج3، ص 989.

³ - القاضي محمد عبد الله بن نصر المالكي (ت 422 هـ): المعونة على عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج1، ص 480 / الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (ت 977 هـ): الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ج2، ص 242 / ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 7.

⁴ - الكاساني، علاء الدين أبي بكر لن مسعود (ت 587 هـ): بدائع الصنائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ج3، ص 369 / السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل (ت 483 هـ): المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ج5، ص 10.

ثانياً: أدلة القائلين بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج:

على غرار ما استدل به جمهور الفقهاء القائلين باشتراط الولاية في عقد الزواج فإن المذهب الحنفي -أيضا- قد أقام الدلي على عدم اشتراط الولاية في عقد الزواج، فاعتمدوا مجموعة من الأدلة النقلية والعقلية.

1. الأدلة النقلية:

(أ) من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: 232]، فقد دلّت هذه الآية على أن الزواج ينعقد بعبارة النساء دون اشتراط الولي من وجهين¹:

- أنه أضاف النكاح إليهن وجواز إبرام النكاح بعبارتهم من غير اشتراط الولي.
- أنه نهى الأولياء عن منعهم من الارتباط بأزواجهن إذا تراضا الزوجان.

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [سورة البقرة: 230]، وقال الألوسي: "الآية دليل على أن الولي ليس شرطا في النكاح لأنه أضاف العقد إليها فهي التي تتولاه لنفسها"²، فدلت هذه الآية على جواز نكاح المرأة من غير ولي من وجهين³:

- أنه أضاف النكاح إلى المرأة.
- أنه نسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي.

¹ - الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت 370 هـ): أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1992، ج2، ص 100 / الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 373.

² - الألوسي، شهاب الدين أبو الثناء محمود بن عبد الله (ت 1270 هـ): روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ج2، ص 141.

³ - الجصاص: المصدر السابق، ج2، ص 100 - 101.

- قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة البقرة: 234]، وهي تنمة للآية السابقة، وقد دلّ هذا الموضع على جواز عقد المرأة زوجها بنفسها من غير وليها¹. مما يتعين معه صحة عبارتها ونفاذها إذا زوجت نفسها من كفاء وبمهر المثل، وهذا هو المقصود من فعلها في نفسها بالمعروف².
- (ب) من السنة النبوية:

استدل الأحناف بعدة أحاديث نبوية تسمح للمرأة إبرام عقد زواجها بنفسها بدون حضور الولي، نذكر منها:

- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: (الأيّم أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في نفسها، وإذنها صماتها)³.

- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: (لا تُنكح الأيّم حتى تُستأمرَ، ولا تُنكح البكر حتى تُستأذنَ قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت)⁴.

فقد دلّ الحديثان على أنه للمرأة حق في تولي عقد زواجها، وحقها مقدّم على حق وليها⁵.

2. الأدلة العقلية:

إن انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها من التصرف في خالص حقّها لأنها كاملة الأهلية بالعقل والبلوغ، فهي من أهله مثلها مثل الرجل. قياساً على صحة تصرفها في مالها. أما

¹ - الجصاص: المصدر السابق: ج2، ص 101.

² - الرزاي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر (ت 606 هـ): مفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1981، ج6، ص 122.

³ - أخرجه مسلم (ت 261 هـ): في صحيحه: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 3493، صحيح مسلم، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ج2، ص 511.

⁴ - أخرجه البخاري (ت 256 هـ): في صحيحه: كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم الحديث 5126، صحيح البخاري، دار التأسيس، بيروت، لبنان، ط1، 2012، ج7، ص 48.

⁵ - محمد كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، د ت، ص 107 / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: المرجع السابق، ج 7، ص 194.

المطالبة بالولي لتولي عقد زواجها فهو من باب صيانة المرأة عن حضور مجالس الرجال لما في ذلك من تجاوز للأدب وخلق الحياء¹.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشتراط الولاية في عقد الزواج.

سنتعرض في هذا الفرع إلى بيان موقف قانون الأسرة الجزائري في اشتراط الولي قبل التعديل 02/05 ثم بعده، وذلك من خلال العنصرين التاليين:

أولاً: قبل التعديل:

قبل التعديل الذي تمّ بموجب القانون رقم 02/05 كان للولي سلطة ومركز يختلف عنه بعد التعديل، فقد نصّت المادة 09 - قبل التعديل - على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة وشاهدين والصدّاق"، كما أكّد في ذلك نص المادة 11 "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، كما جاء في نص المادة 33 أنه "إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صدّاق يُفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويُثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

ومن خلال نصوص هذه المواد يتبيّن أن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله كان قد منح سلطة واسعة للولي وجعله ركناً في عقد الزواج، وأنّه ليس للمرأة أن تزوّج نفسها، وإلا فُسخ عقدها قبل الدخول².

ثانياً: بعد التعديل:

بعد التعديل الذي شهده قانون الأسرة الجزائري بموجب قانون 02/05 نجد أنه قد عدّل المادة 09 المذكورة أعلاه قبل التعديل لتصبح صياغتها الجديدة وفق الآتي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وبذلك فإنه قد قصر أركان الزواج على الرضا المتبادل بين الزوجين حصراً، وجعل من

¹ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 373 / السرخسي: المصدر السابق، ج5، ص 12 / العيني، أبو محمد محمود بن أحمد (ت 855 هـ): البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990، ج4، ص 577 - 578.

² - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ج1، ص 118.

بقية الأركان المتمثلة في: الولي، والشهود، والصدّاق مجرّد شروط يتم بها العقد وذلك طبقاً للمادة 09 مكرر التي جاء فيها أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج

- الصدّاق

- الولي

- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج"

بحيث أنه وخلافاً للرضا الذي يبطل بتخلّفه عقد الزواج فإنه لا يترتب على تخلّف الولي البطلان وإنما يُفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصدّاق المثل طبقاً لنص المادة 33 التي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي -في حال وجوده- يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

وأفصحت المادة 11 على بيان مكانة الولي في قانون الأسرة الجزائري -المعدّل- والتي لا تعدو أن تكون مجرد حضور شكلي لا تأثيره لع في انعقاد عقد الزواج، بل أن المرأة إن كانت راشدة¹ بإمكانها أن تختار أي رجل تتخذه ولياً لها ولو من غير أقاربها، حيث نصت على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

* * *

وعليه وبعد عرض موقف الفقهاء من مسألة اشتراط الولي ودراسة أدلة كل فريق من الجمهور والأحناف، وموقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك يتبيّن أنّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك للاعتبارات التالية:

¹ - ويتم بلوغها 19 سنة كاملة، فقد نصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري (02/05) على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بالزواج بتمام 19 سنة".

- ضعف أدلة القائلين بعدم اشتراط الولاية وتعارض تفسيراتهم للآيات القرآنية وشروحهم للأحاديث النبوية مع ما جاء في مذهبهم، حتى كانت أدلتهم حجة عليهم لا لهم.
 - قوّة أدلة الجمهور في أن العمل بمذهبهم لا يتعارض مع نصوص القرآن والسنة.
 - اشتراط الجمهور حضور الولي لإبرام عقد الزواج إنما هو لمقصد حفظ مصالح المرأة وصيانة حقوقها في أمر يكون وليها أعلم به منها، ومع ذلك أنكروا تعسف الولي متى ثبت بالقرائن الظاهرة وهو ما يتم تفصيله لاحقا في مبحث عضل الولي.
 - الأخذ بمذهب الجمهور يحفظ كرامة المرأة التي يتعذر عليها حضور مجلس الرجال ومناقشتهم في أمر زواجها، لما يفترض أنه تتصف به من حياء .
- أما موقف قانون الأسرة الجزائري فقد خرج عن جميع المذاهب الفقهية بإجازته للمرأة الراشدة اختيار أي رجل تتخذه وليا لها حتى ولو كان أجنبيا عنها، وفي ذلك مخاطرة ومجازفة في أمر شخصي يفترض أن ينحصر النقاش فيه بين أفراد الأسرة الواحدة، ولا يتوسّع إلى غير الأقارب، كما أن ذلك من شأنه أن يمس مركز الأسرة ككل.

المبحث الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج وشروطها

يقوم الإنسان بعدة تصرفات، إما أن تكون معلقة بشخص المولى عليه فتتمثل في القيام بشؤونه مثل تعليمه وتزويجه، وتسمى هذه الولاية بالولاية على النفس، وإما أن تكون متعلقة بمال المولى عليه فتشمل إيجاره والبيع والشراء بأمواله لمصلحته، وتسمى هذه الولاية بالولاية على المال، أما جمعها فيسمى الولاية على النفس والمال، فهذه أنواع الولاية باختصار، والذي يهمنا هنا هي الولاية على النفس، وهي قد تكون قاصرة وقد تكون متعدية، فالولاية القاصرة يكون لصاحبها حق تزويج نفسه، والولاية المتعدية يكون لصاحبها حق تزويج نفسه وغيره، هذه الأخيرة هي المسألة التي تهتمنا وهي تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تقسيماتهم للولاية فإنهم اشترطوا في الولي الذي يتولى عقد الزواج شروطاً، اتفقوا حول بعضها واختلفوا في البعض الآخر. وهو ما يتم تفصيل أحكامه ضمن المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: أنواع الولاية في عقد الزواج.
- المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول: أنواع الولاية في عقد الزواج.

تضاربت آراء الفقهاء في سلطة الولاية في عقد الزواج على المولى عليها، وذلك راجع إلى اختلاف المولى عليها بين أن تكون صغيرة أو كبيرة، بكرةً أو ثيباً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اختلاف في الأشخاص الذين يمارسونها، لذلك قام الفقهاء بتقسيم الولاية في عقد الزواج إلى قسمين، استناداً إلى ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين: ولاية الإيجار (الفرع الأول)، ثم ولاية الاختيار (الفرع الثاني).

- الفرع الأول: ولاية الإيجار.
- الفرع الثاني: ولاية الاختيار.

• الفرع الأول: ولاية الإيجاب

تمّ التطرق في هذا الفرع إلى تعريف ولاية الإيجاب، ومن هم الأشخاص الذين تثبت لهم وعليهم الولاية الجبرية، لذلك قسّمنا هذا الفرع إلى: ولاية الإيجاب في الفقه الإسلامي (أولاً)، وموقف قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: ولاية الإيجاب في الفقه الإسلامي:

1. تعريف ولاية الإيجاب:

وهي الولاية التي ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج من له الولاية عليها دون التوقّف على إذنها ورضاها، ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره هو دون أن يرجع إلى من له الولاية عليه، فالمولى عليه لم يكن له اختيار في هذا الزواج، ولهذا سميت هذه الولاية بولاية الإيجاب¹.

أو هي سلطة يملك بها الولي تزويج من تحت ولايته من الصغار والمجانين دون إذن منهم، والمقصود هنا تملك الولي مباشرة عقد الزواج دون السؤال عن رضا المرأة من عدمه².

2. أساس ثبوت ولاية الإيجاب:

يتكوّن من أمرين:

- أولهما: الشفقة الدائمة والحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة قصوره، وفي قابل حياته بعده.

- ثانيهما: حسن الرأي وتخيّر أوجه النفع.

فإن توافر هذان الأمران من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر، ولا يُقيد الشارع ذلك الولي بأي نوع من القيود، ولا مهر المثل، فلا

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة القوانين والأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 20.

² - إسماعيل أبو بكر علي البامري: أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) - دراسة مقارنة-، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 120.

يتقيد بكفاءة، أما إذا انقضى أحد هذين الأمرين فإن الولاية لا تكون كاملة، وتكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة¹.

3. الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإيجابار:

اختلف الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجابار إلى عدة آراء هي:

- **الرأي الأول:** وإليه ذهب فقهاء الحنفية، حيث يرون ثبوت ولاية الإيجابار على الصغار ذكورا أو إناثاً، كما تثبت على من في حكمهم من المجانين² والمعاتيه³ ذكوراً أو إناثاً، حتى ولو كان هؤلاء المجانين والمعاتيه من الكبار. فمدار ثبوت ولاية الإيجابار عند الحنفية هو الصّغر وما في حكمه من الجنون والعتة، ولا دخل للبكارة والثوبه في ذلك، فتثبت ولاية الإيجابار على الصغيرة سواء كانت بكرًا⁴ أو ثيبًا⁵، كما تثبت على من في حكمهما، وبالتالي فإن الولي هو الذي يقوم بتزويج هؤلاء، ويكون هذا الزواج نافذاً في حقهم دون التوقف على رضاهم.

وبناء على ما تقدّم لا تثبت ولاية الإيجابار عند الحنفية على الكبيرة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا⁶.

¹ - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 146.

² - هو اختلال العقل يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل / الجرجاني: المصدر السابق، ص 107.

³ - هو آفة توجد خلا في العقل فيختلط كلامه، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه الآخر بكلام المجانين، وكذا سائر أموره / الجرجاني: المصدر السابق، ص 190.

⁴ - البكر: هي المرأة التي لم يمسه رجل حتى ولو زالت بكارتها بغير وطء فهي بكر إجماعاً، فإن وطأها رجل بنكاح صحيح أو شبهة فهي ثيب إجماعاً / عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط1، 2002، ج1، ص 272.

⁵ - الثيب: هي المرأة التي زالت بكارتها بوطء مطلقاً، إلا أن الموطوءة بالزنا خلاف في ذلك / عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ص 345.

⁶ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 208 - 209 / محمد رأفت عثمان: فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د ط، د ت، ص 99 / جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 251.

- **الرأي الثاني:** وإليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون ثبوت ولاية الإجماع على البنت البكر سواء كانت صغيرة أو كبيرة، وعلى الغلام الصغير فقط دون الكبير، كما تثبت على المجانين والمعاتية.

وقد اختلف جمهور الفقهاء بخصوص الولاية على الثيب فقال المالكية والحنابلة بأنه لا ولاية إجبار عليها إذا كانت بالغة عاقلة، خلافا للشافعية الذين ذهبوا إلى منع ولاية الإجماع على الثيب سواء كانت صغيرة أو كبيرة، فتكون بذلك علة الإجماع عند المالكية والحنابلة هي البكارة والصغر، بينما هي عند الشافعية البكارة فقط¹.

4. الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجماع:

- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من تثبت له ولاية الإجماع في الزواج إلى عدة آراء فقهية:
- **الرأي الأول:** مذهب الحنفية، حيث يرون أن ولاية الإجماع تثبت للعاصب بالنفس، وترتيبهم في ولاية الزواج يكون بحسب ترتيبهم في الميراث².
 - **الرأي الثاني:** مذهب المالكية، الولي المجرى هو الأب، والجد، ووصي الأب بعد موته بشرط أن يقول له: "أنت وصي على زوج بناتي أو أنت وصي على تزويج بنتي أو أنت وصي على أن تزوج بنتي ممن أحببت" ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الإجماع كالأب³.
 - **الرأي الثالث:** مذهب الشافعية، ويرون ثبوت ولاية الإجماع لكل من الأب والجد عند عدم الأب⁴، وأما الولاية على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، فإنها تثبت أيضا للحاكم والمذكورين⁵.

¹ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 208-209 / محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 99 / جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 251.

² - محمد كمال الدين إمام، وجابر عب الهادي سالم الشافعي: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 1997، ص 269.

³ - التواتي بن التواتي: المرجع السابق، ص 219.

⁴ - إسماعيل أبو بكر علي البامري: المرجع السابق، ص 128.

⁵ - بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 121.

ويضيف الشافعية لذلك قولهم أن الجد لأب لشموله اسم الآلة، فإن الجد لأب وافر الشفقة وتثبت له على أولاده ولاية المال، فكذاك يكون له ولاية الإجماع في النكاح كالأب¹.

- **الرأي الرابع:** مذهب الحنابلة، وتثبت الولاية عندهم للولي الجبر، وهو الأب، ثم وصيه، ثم الحاكم كالمالكية والولي غير المجبر، ثم بقية الأقارب العصبات، الأقرب فالأقرب كالإرث. وترتيب الأولياء: الأبوة، ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، فهم يُقدّمون البنوة على الأبوة خلافا للحنفية والمالكية².

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجماع في عقد الزواج:

من خلال الاطلاع على المواد الخاصة بتنظيم ولاية الزواج نجد أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج بين الزوجين طبقاً للمادة 04، وعدم جواز إجبار المرأة، سواء كانت قاصرة أم راشدة، حيث نصت المادة 13 على ما يلي: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها".

كذلك يتبين من خلال المواد 4، 13، 11 من ق.أ.ج أن المشرع الجزائري أكد على عدم جواز إجبار المرأة الراشدة سواء كانت بكراً أم ثيباً، لأن الولي طبقاً لنص المادة 9 مكرر مجرد شرط من شروط عقد الزواج وكذلك اسناده في المادة 11 معدلة حق زواج المرأة البالغة لنفسها.

وفي تقدير موقف المشرع الجزائري من مسألة الإجماع كما قال الأستاذ قاضي سعيد أنه موقف إيجابي لتماشيه مع عموم النصوص الشرعية، وأضاف أن إجبار المرأة البالغة على الزواج من شخص لا تريده كان ولا يزال اعتقاد الكثير من الأولياء بأحقيتهم في تزويج من هن في ولايتهم حسب اختيارهم³. فعلاقة الرضا بولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري يظهر من خلال نص المادة 13 حيث أكد المشرع الجزائري على منع ممارسة كل أشكال الإجماع عن المرأة.

¹ - أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات، الإسكندرية، د ط، 1997، ص 161.

² - وهبة الزحيلي: الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 2005، ج3، ص 80.

³ - سعيد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010 - 2011، ص 33.

• الفرع الثاني: ولاية الاختيار

بعد دراسة ولاية الإيجاب التي اتفق فقهاء الإسلام على ثبوتها، والتي تسمح للولي مباشرة العقد دون أخذ إذن المرأة في ذلك، نأتي إلى دراسة النوع الثاني للولاية في الزواج والمتمثل في ولاية الاختيار وهي عكس ولاية الإيجاب حيث لا يستطيع الولي الاستبداد في ممارستها، كون رضا المرأة معتبر في عقد الزواج، ولتوضيح هذا جاولنا تقسيم هذا الفرع إلى ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي (أولاً)، وموقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الاختيار في الزواج (ثانياً).

أولاً: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

1. تعريف ولاية الاختيار:

هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليها، فلا بد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع

إرادة الولي، ويشترط في الاختيار ويتولى هو الصيغة¹.

وتعرّف أيضا بأنها الولاية التي تمكّن صاحبها من إنشاء عقد الزواج بناء على اختيار المولى

عليها².

وتسمى عند المالكية بولاية الشركة، ويُطلق عليها الأحناف ولاية الاستحباب³.

2. لمن تثبت عليه ولاية الاختيار:

اتفق أصحاب المذاهب الفقهية على أن الولاية الاختيارية تكون على المرأة البالغة العاقلة بكرة أم

ثيباً، لأنها سلطة ثابتة شرعاً للولي تخوّل له تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام

الصريح⁴.

والأساس في ثبوت الولاية الاختيارية هو عدم صلاحية عبارة المرأة لإنشاء عقد الزواج، وعدم

جواز استقلالها بعقد الزواج لنفسها من غير رضا وليّها⁵.

¹ - عيسى حدّاد: المرجع السابق، ص 120 - 121.

² - نور الدين أبو لحية: الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، د ت، ص 134.

³ - العربي بلحاج: أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، د ت، ص 309.

⁴ - عيسى حدّاد: المرجع السابق، ص 21.

⁵ - محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1994، ص 120.

أ. مدى ثبوت ولاية الاختيار على الرجل:

اتفق الفقهاء على أن هذه الولاية لا تثبت على الرجل البالغ العاقل الراشد لأنه يثبت له حق تزويج نفسه بنفسه، فإذا باشره بنفسه يكون صحيحاً نافذاً لازماً سواء أكانت الزوجة التي تزوّجها كفاء له أم لا، وحتى لو تزوّجها بأكثر من مهر مثلها، ولا يتوقف عقده على الولي، أما إذا فوّض الرجل البالغ العاقل الراشد أباه أو جدّه في مباشرة عقد زواجه فإن ذلك من باب الوكالة وليس من باب الولاية.

أما بالنسبة للصغير فعند الأحناف تثبت عليه ولاية الإيجاب لا ولاية اختيار¹.

ب. مدى ثبوت ولاية الاختيار على المرأة:

ولاية الاختيار تثبت على المرأة البالغة العاقلة، وقد اختلف الفقهاء حول تولي وليها عقد زواجها، وتفصيل كل هذا فيما يلي:

- **البكر البالغ:** ذهب المالكية إلى القول بثبوت ولاية اختيار على البكر البالغ الذي أرشدها أبوها أو وصيه، بأن جعلها راشدة أو رفع الحجر عنها وكذلك البكر التي أقامت مع الزوج سنة ثم تأينت وهي بكر، لأن إقامة المرأة في بيت الزوج تنتزل منزلة الثوبه في تكميل المهر، فتتزل في الرضا بالزواج²، وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة فيجعلون الولاية عليها ولاية اجبار، لأن البكر تجهل شؤون الزواج ولو كانت بالغة عاقلة وبالتالي فهي عاجزة عن ادراك مصلحتها في الزواج³.

والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

وَأِمَائِكُمْ﴾ [سورة التوبة: 32].

أما الحنفية فيرون عدم ثبوت ولاية الإيجاب عليها، وإنما من الممكن ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهي ولاية ندب واستحباب، فيستحب لهذه المرأة أن تترك مباشرة عقد زواجها إلى وليها مراعاة للتقاليد

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 68.

² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 211.

³ - حسن حسن منصور: المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية وأحكام عقد الزواج، مطبعة صاحب الإسكندرية، د ط، 1977،

ص 35/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 211

والأعراف بين الناس، لأنه يحق للمرأة البالغة العاقلة الراشدة أن تزوج نفسها بنفسها طالما زوجت نفسها من كفاء وبمهر مثلها¹.

- **الثيب البالغ:** اتفق فقهاء المالكية والشافعية على ثبوت ولاية الاختيار للمرأة الثيب البالغة وهي التي زالت بكارتها بزواج صحيح، أو فاسد ولو مجمع على فسادها، إن درأ الحد لشبهة، فهذه لا تزوج بالاتفاق إلا برضاها وإذنها².

والدليل على ذلك قوله- صلى الله عليه وسلم: **(الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)**³، يدل على أن الثيب لا تزوج إلا برضاها.

في حين ذهب الحنفية وابن تيمية من الحنابلة إلى أن المرأة البالغة الراشدة لا ولاية عليها، وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعباراتها، ويرى ابن تيمية أن الثيب البالغ لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا لأب ولا لغيره بإجماع المسلمين⁴. وإن كان يُستحب عند الحنفية أن يتولى وليها ذلك، وأن يكون راضيا في ذلك⁵. وبهذا نستخلص أن فقهاء الحنفية لم يُحدِّدوا صفة المرأة إذا كانت ثيباً أم بكرًا، بل اكتفوا بقولهم المرأة البالغة الراشدة.

واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: **(الأيْمُ أَوْلَىٰ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا)**⁶.

- **اليتيمة:** يرى فقهاء المالكية ثبوت ولاية الاختيار على اليتيمة، وهي الصغيرة التي خيف عليها، إما لفساد في دينها كضياع مالها أو فقرها، وقلة الإنفاق، فللولي غير الأب ووصيه أن

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 208.

² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 211.

³ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 3494، المصدر السابق، ج2، ص511.

⁴ - ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (ت 728 هـ): أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1988، ص 115.

⁵ - أحمد محمد عساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة (المعاملات)، دار الإحياء للعلوم، بيروت، لبنان، ط3، 1988، ج2، ص 210.

⁶ - أخرجه ابن ماجه (ت: 275هـ)، في سننه كتاب النكاح، باب لانكاح إلا بولي، رقم الحديث، 1870، مصدر سابق ج1، ص 52.

يزوّجها إذا بلغت عشرين سنة بعد مشاورة القاضي لثبوت سنّها، وخلوّها من زوج، وعدّة، وغيرها من الموانع الشرعية، ورضاها بالزوج، وأنه كفاء له في الدين والحرية والحال، وأن المهر مهر مثلها، فيأذن لوليها في العقد¹.

3. لمن تثبت لهم ولاية الاختيار:

تعدّدت آراء الفقهاء بخصوص من تثبت لهم ولاية الاختيار كالتالي:

أ. **المذهب الحنفي:** الولاية هي ولاية إجبار، فهي تثبت بالترتيب للأولياء كما سبق ذكره في ولاية الإيجار².

ب. **المذهب المالكي:** تثبت ولاية الاختيار عند المالكية للبنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم القاضي، ثم لكل مسلم بحكم الولاية العامة بسبب الإسلام، لأنهم يُخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الأخوة، وفي إثبات الولاية العامة بسبب الإسلام³.

ج. **المذهب الشافعي:** تثبت للأب والجد و باقي العصبات، وتثبت الولاية للأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم سائر العصبات من القرابة كالإرث، أي لا ولاية للأبناء⁴.

د. **المذهب الحنبلي:** تثبت لسائر الأولياء عند تزويج المرأة الحرة المك لفة (بالغة عاقلة) ثيبًا كانت أم بكرًا بإذنها، كما قال الحنفية والشافعية والمالكية، وإذن البكر الصمت، وإذن الثيب الكلام⁵.

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الاختيار في عقد الزواج:

عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري عقد رضائي، وعليه ليس للولي إجبار موليته قاصرة كانت أو راشدة على الزواج أو عدمه بدون رضاها.

¹ - وهبة الزحيلي: الوجيز في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3، ص 88.

² - الولاية هي ولاية إجبار وتثبت للأقارب العصبات / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 130.

³ - وهبة الزحيلي: الوجيز في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3، ص 80.

⁴ - المرجع نفسه: ج3، ص 81.

⁵ - المرجع نفسه: ج3، ص 87.

أما الراشدة فقد حوّل لها القانون إبرام عقد زواجها حسب نص المادة 11 الفقرة 1، واشترط حضور الولي في عقد الزواج حضوراً شكلياً فقط¹، حيث جعل رضاها هو الأساس في إبرام العقد بموجب المادة 09 من نفس القانون التي تنص على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وفي حالة تخلفه يترتب عنه البطلان، وذلك بموجب المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".
وأما القاصرة فلا يُمكن للأب أو غيره من الأقارب أن يُزوَّجها إلى شخص ليست رغبة فيه، وهو ما نصّت عليه المادة 13 بصريح العبارة بقولها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يُزوَّجها بدون موافقتها".

المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج

المقصود بشروط الولاية في عقد الزواج، هي الصفات التي يجب أن تتوفر في الشخص المتمثل في الولي حتى تمنح له مسؤولية الولاية، أو الصفات المطلوبة في كل ولي حتى تكون تصرفاته صحيحة في العقد الذي يتولاه، وقد فلا بد من توفّر جملة من الشروط في الولي حتى تصح ولايته، وقد فصل الفقهاء هذه الشروط فاتفقوا في بعضها، واختلفوا في البعض الآخر، وهو ما يتم التطرق له ضمن هذا المطلب، وذلك ببيان الشروط المتفق عليها (الفرع الأول)، ثم الشروط المختلف فيها (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

اتفق الفقهاء المسلمون على ضرورة توفّر شروط في الولي بيانها كآتي:

أولاً: الشروط المتفق عليها في الفقه الإسلامي:

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. **كمال الأهلية:** تكتمل الأهلية عند الفقهاء لبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصغير لعدم البلوغ، ولا ولاية للمجنون والمعته ومن في حكمهما لقصور العقل، أما شرط الحرية فلا مكان له في عصرنا لزوال الرق، فمن لم يبلغ، أو بلغ غير عاقل لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره من باب أولى².

¹ - عيسى حداد: المرجع السابق، ص 139.

² - كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 107.

2. اتحاد الولي والمولى عنها في الدين: يشترط في الولي أن يكون مسلماً فلا ولاية للكافر على المسلم أو المسلمة¹ لقوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [سورة النساء: 141].

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الشروط المتفق عليها:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشروط الواجب توفرها في الولي الذي عقد زواج موليته. لكن وطبقاً للمادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص يمكن الأخذ بالشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة.

الفرع الثاني: الشروط المختلف عليها:

اختلف فقهاء الإسلام حول جملة من الشروط التي رتبوها على الولي في الزواج، بيان أهمها ضمن الآتي:

أولاً: الشروط المختلف فيها في الفقه الإسلامي:

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. الذكورة: اشترطه الجمهور خلاف الحنفية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها، فعلى غيرها أولى².

ودليل ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قوله: (لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)³.

أما الأحناف يرون أن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد الزواج أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها ولاية ووكالة⁴.

¹ - محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط3، دت، ص 54.

² - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 196.

³ - سبق تخريجه، ص 24.

⁴ - كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 109.

2. **العدالة:** هي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر¹، وقد اختلف الفقهاء في اشتراطها في الولي، فذهب الشافعي في أحد قوليه وأحمد في رواية إلى أن العدالة شرط في الولي.

وذهب جمهور الفقهاء والشافعي في القول الثاني وأحمد في الرواية الثانية إلى أن ولاية الفاسق في النكاح صحيحة، لأن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وغير العدل قريب ناظر قبلي كالعدل².

3. **الرشد:** المراد بالرشد ضد السفه، ومعناه الصلاح في الدين، ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط ذلك في الولي بخصوص عقد الزواج، فاختلف أصحاب مالك بين من عدّه شرطا ومن لم يعتبره كذلك، وهو المشهور في المذهب المالكي، ورأى بعضهم أنه شرط كمال لا صحة، وهذا يُحتمل أن يكون جمعا بين القولين، أو تقييدا لقول من أطلق اشتراط الرشد في الزواج.

أما الشافعية فقد قالوا باشتراط الرشد في عقد النكاح، فلا ولاية للسفيه في النكاح على الصحيح المعتمد في المذهب، وهناك قول آخر مرجوح أنه يلي لأنه كامل النظر في النكاح، وإنما الحجر عليه لحفظ ماله.

وقد نصّ بعض الحنابلة على أن الرشد شرط من شروط الولي في النكاح إلا أنهم صرّحوا بالفرق بين الرشد في المال والرشد في النكاح، وأن رشد المال غير معتبر في النكاح، فقالوا: أن الرشد هنا هو معرفة الكفاء ومصالح النكاح، وليس هو حفظ الما لأن الرشد كل مقام بحسب.

أما الحنفية فلم يعتبروا الرشد شرطا من شروط الولي في النكاح، هذا هو قياس مذهب أبي حنيفة، في الولاية على المال، إذ لا حجر على السفيه الحر المكّاف في ماله ولا في نكاح نفسه، وكذلك ينبغي أن لا يحجر عليه في كتاب الطلاق، أي أن الرشد ليس شرطا في ولي النكاح³.

¹ - كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 109.

² - محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص 57.

³ - عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ج2، ص 255-256.

4. **الخلو من الإحرام:** سواء بحج أو عمرة أو بهما معا، ومعناه أنه لا يصح للولي تزويج موليته مادام

محرما بحج أو عمرة أو بهما معا، وقد اختلف الفقهاء إلى رأيين¹:

- **الرأي الأول:** أنه لا يصح للمحرم أن يعقد النكاح لا لنفسه ولا لغيره، وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

- **الرأي الثاني:** أن الإحرام لا يمنع النكاح مطلقاً، وهو رأي أبي حنيفة وأصحابه والثوري.

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الشروط المختلف فيها:

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي المختلف فيها، ولكن بالعودة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. نجد هذه المادة تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني في موضوع ما، ولذلك يجب الرجوع إلى ما حدّده فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص شروط الولي في عقد الزواج من ذكورة، ورشد، وخلو من الإحرام، وعدالة.

* * *

¹ - عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ج2، ص 260 - 261.

خلاصة الفصل:

من خلال ما تم دراسته في هذا الفصل يمكن أن نلخص ما يلي:

- لم يُبين قانون الأسرة الجزائري مفهوم الولاية ، وترك ذلك للفقه الإسلامي الذي عرفها بأنها سلطة تمكّن الشخص من إبرام عقد موليته.
- للولاية مراتب اختلف فقهاء الإسلام فيها بين تقديم وتأخير، فقدّم الحنفية والمالكية البنوة، وقدّم الشافعية والحنابلة الأبوة، بينما رتبّ قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للقاصر الأولياء بتقديم الأب ثم بقية الأقارب، خلافا للراشدة التي منحها حرية اختيار وليّها بنفسها.
- اشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حضور الولي في عقد موليته وجعلوه ركنا في الزواج، خلافا للحنفية الذين فرّقوا بين الصغيرة والكبيرة (البالغة العاقلة الراشدة)، وهو ما اقتبس منه القانون الجزائري الذي فرّق بين القاصرة والراشدة.
- الولاية في الفقه الإسلامي نوعان: ولاية إجبار، وولاية اختيار، فولاية الإجبار تثبت للأب والجد، وغيرهما ولاية اختيار، بينما ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى إنكار ولاية الإجبار.
- للولاية شروط متفق عليها وأخرى مختلف فيها بين فقهاء الإسلام، أما الشروط المتفق عليها فهي: كمال الأهلية، واتحاد الدين، أما المختلف فيها فهي: الذكورة، والعدالة، والرشد، والخلو من الإحرام. بينما لم يهتم بها قانون الأسرة الجزائري على اعتبار أن حضور الولي مجرد إجراء شكل في عقد الزواج.

الفصل الثاني



حالات انتقال الولاية للأبعد



❖ المبحث الأول: مسألة عضد الولي

❖ المبحث الثاني: مسألة غياب الولي

بعدما تعرفنا على حقيقة وطبيعة الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وتعرفنا على أنه لا بدّ للولي أن تتوفر فيه جملة من الشروط حتى يتولى الإشراف على تزويج موليته، غير أنه قد تنتهي ولايته إذا تخلف شرط من تلك الشروط، وينتقل حق الولاية إلى من يليه في درجة ترتيب الأولياء، لكن في بعض الأحيان تسلب منه هذه الولاية وتنتقل إلى ولي آخر ولو كان مستوفيا لشروط الولاية، ويكون ذلك في حالتين: إما في حالة عضله كمنعه موليته من الزواج بمن هو كفؤ لها أو من ترضاه، أو في حالة غيابه. وهذا ما سنحاول دراسته وتفصيله في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأسرة الجزائري ضمن المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: مسألة عضل الولي.
- المبحث الثاني: مسألة غياب الولي.

المبحث الأول: مسألة عضل الولي

لاشك أن الفقه الإسلامي قد منح سلطة للولي في إبرام عقد زواج موليته، وهي أشد من تلك السلطة الممنوحة له من قبل قوانين الأحوال الشخصية عامة وقانون الأسرة الجزائري خاصة، إلا أن هذه السلطة التي يمنحها الفقه الإسلامي للولي ليست مطلقة فهو لا يعدو أن يكون مجرد مبلغ لرأي موليته لمجلس عقد النكاح، فمتى تجاوز هذه الحدود وثبت أنه قد تعسف في استعمال حق الولاية فقد وقع في ما يسمى بالعضل، وهو ما يتم تفصيل أحكامه ضمن المطالبين التاليين:

- المطالب الأول: مفهوم العضل وحكمه.

- المطالب الثاني: شروط تحقق العضل وآثاره.

المطلب الأول: مفهوم العضل وحكمه.

للعضل معان وأحكام بينها فقهاء الإسلام ورجال القانون، وهو ما يتم تفصيله ضمن الفرعين التاليين.

- الفرع الأول: تعريف العضل

- الفرع الثاني: حكم عضل الولي

• الفرع الأول: تعريف العضل

للعضل معان في الإطلاق اللغوي وأخرى في اصطلاح فقهاء الإسلام ورجال القانون تفصيلها ضمن الآتي.

أولاً: تعريف العضل لغة:

العضل مصدر للفعل "عضل" "يعضل" ويُطلق على عدة معان¹:

- عضل المرأة عن الزواج: حبسها

- عضل الرجل أيمه يَعْضِلُهَا وَيَعْضُلُهَا عَضْلاً وَعَضَّلَهَا: بمعنى منعها من الزواج ظلماً.

¹ - ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، ج4، ص 661 / الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817 هـ): القاموس المحيط، دار الحيل، بيروت، لبنان، ط1، 1952، ج4، ص 17 / الفراهدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (ت 170 هـ): كتاب العين، دار الهلال، د.ط، د.ت، ج1، ص 254.

- عضل المكان تعضيلاً: ضاق، وعضلت الأرض بأهلها غصت وضاق، قال الفراهدي: "عضلت عليه؛ أي ضيقت عليه في أمره، وحلت بينه وبين ما يرد ظلماً".
- المعضلات: الشدائد، وذلك لأنه يضيق بها من تصيبه.
- وعضلت المرأة بولدها: إذا نشب الولد فخرج بعضه ولم يخرج البعض الآخر فبقي معترضاً.
- عضل الزوج لامرأته وهو أن يضارها ويسيء عشرتها، كأن يمعنها حقها من النفقة. فيضطرها ذلك إلى الافتداء منه بمهره الذي أمهرها به.

ثانياً: تعريف عضل الولي شرعاً:

تتوعدت مفاهيم فقهاء الإسلام في بيان حقيقة العضل الشرعية حول اتجاهين، أحدهما فقهي بحث وذهب إليه جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، والآخر مقاصدي وهو توجه المالكية. وعليه يتم تتبع مفهوم العضل عند الجمهور ثم المالكية ليتم بعد ذلك ذكر بعض التعاريف المعاصرة.

1. تعريف الجمهور:

لتفصيل مفهوم العضل عند الجمهور يتبين بيان مفهومه عند فقهاء كل مذهب وفق الآتي:

أ) العضل عند الحنفية:

عرّفه الكاساني بأنه "منع الحرة البالغة من الإنكاح بكفء طلبته"¹، وعرّفه السمرقندي بأنه: "امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر"².

ب) العضل عند الشافعية:

عرّفه الشربيني بأنه: "أن تدعى البالغة إلى الكفء فيمتنع الولي"³.

¹ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج9، ص 386.

² - السمرقندي، أبو الليث علاء الدين نصر بن محمد (ت 673 هـ): تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1993 م، ج2، ص 153.

³ - الشربيني: المغنى المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص 252 - 253.

ج) العضل عند الحنابلة:

عرّفه ابن قدامة بأنه: "منع المرأة من التزوج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما بصاحبه"¹.

2. تعريف المالكية:

عرّفه عليش بأنه "منع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها"².
 من خلال التعاريف السابقة للجمهور والمالكية يمكن الخروج بجملته من الملاحظات وهي:

- الاختلاف بين التعاريف ليس اختلاف تضاد وإنما اختلاف تنوع وثناء.
- توجه الجمهور في تعريف العضل توجهها فقهيًا محضًا متأسس على منع الكفاء، بينما بنى المالكية تعريفهم للعضل على توجهه مقاصدي قائم على تقدير الضرر ودرئه.
- المالكية لم يقصروا العضل على الأب دون غيره من الأولياء، وإنما خصّوه بالذكر من باب أولى، فإذا مُنع العضل من الأب فهو في حق غيره من الأولياء أكد، لأنه غيره ليس أكثر شفقة على موليته منه.

3. تعريف المعاصرين:

تعددت تعاريف الباحثين في الفقه الإسلامي للعضل نذكر منها ما يلي:

أ) تعريف وهبة الزحيلي: عرّفه بأنه "منع الولي المرأة العاقلة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ورغب كل واحد منهما في صاحبه"³.

ب) تعريف عمر سليمان الأشقر: هو "منع الولي موليته من الزواج"⁴.

¹ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج 7، ص 31.

² - عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت 1299 هـ): شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ج3، ص 283.

³ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 215.

⁴ - عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 148.

ج) تعريف عبد الكريم زيدان: عرّفه بأنه "امتناع الولي من تزويج موليته من الكفاء"¹.
 د) تعريف محمد رأفت عثمان: عرّفه بأنه: "منع المرأة من الزواج بالكفاء الذي يدفع للمرأة مهر مثلها"².

هـ) تعريف عوض بن رجاء العوفي: عرّفه بأنه "امتناع الولي من تزويج موليته بغير حق شرعي كامتناعه من تزويجها بكفاء رضيته"³.

و) تعريف محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام: عرفاه بأنه: "منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج بمن رضيته وهو كفؤ لها ويريد الزواج منها"⁴.

وعليه ومن خلال التعاريف الفقهية السابقة للعضل القديمة منها والحديثة يتبين أنها في أغلبها - إن لم نقل جميعها - قصر العضل على حالة المنع، بالرغم من أنه أن يتحقق في حالة الإجماع، وانطلاقاً من هذه الملاحظة يمكن القول أن العضل هو "منع أو إجبار الولي موليته من الزواج دون رضاها، وتقوم القرائن على قصد الإضرار بها".

ثالثاً: تعريف عضل الولي قانوناً:

مصطلح العضل مصطلح فقهي غير متداول في لغة أهل القانون، ومع ذلك فقد عبّروا عنه بمصطلح التعسف في استعمال الحق.

والتعسف كما عرّفه أهل القانون هو ممارسة صاحب الحق لحقه بقصد الإضرار بالغير⁵، وقد تناوله القانون المدني الجزائري في المادة 124 مكرر التي نصت على ما يلي⁶: "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الحالات الآتية:

¹ - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ج6، ص 361.

² - محمد رأفت عثمان: فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 97.

³ - عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، المرجع السابق، ج2، ص 137.

⁴ - محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. ط، 1999، ص 147.

⁵ - أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة، القاهرة، مصر، د ط، 1983، ص 63.

⁶ - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

وهذه الحالات الثلاث للتعسف بصفة عامة يمكن تطبيقات على الولي وعضله بأن يقصد الولي

الإضرار بموليته، أو الحصول على منفعة لا تقارن بالضرر الواقع على موليته، كأن يزوجه من

دائن له، أو يقصد بتزويجها الحصول على فائدة غير مشروعة.

• الفرع الثاني: حكم عضل الولي

أولاً: الحكم الشرعي لعضل الولي:

لقد نهى الله تعالى جميع الأولياء عن العضل¹ سواء كان العاضل الأب أم غيره، لما فيه من

أضرار تلحق المرأة، ولما يترتب عليه من مفاصد تتناقض ومقاصد الزواج، فإذا قامت القرائن والأدلة

على وجود ضرر يلحق الزوجة جراء منع وليها من الزواج بكفئتها أو إجبارها من الزواج دون رضاها

فهذا يعدُّ عضلاً وجب رفعه لعدم جوازه².

والأدلة على منع العضل متضافرة من القرآن الكريم والسنة النبوية والفقه بيان أهمها ضمن

الآتي:

1. أدلة تحريم العضل من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا

بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة: 232]، وقد نزلت هذه الآية في حق معقل بن يسار وأخته، ذلك أنه

زوجه من رجل رغب فيها، ثم طلقها زوجها وبعد انقضاء عدتها أراد الزواج بها من جديد فمنعها

معقل رغم رغبتها في زوجها قائلاً له: "زوجتك وفرشتك وأكرماتك فطلقتها ثم جئت تخطبها. لا والله لا

¹ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 215.

² - انظر محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 97.

تعود إليك أبدا"، فنزلت الآية تستنكر فعل معقل وتمنعه من عضل أخته. فانطلق معقل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قائلا: "الآن افعل يا رسول الله" ثم زوجه إياها"¹.

2. أدلة تحريم العضل من السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (إذا خطب إليكم من ترصون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض)².

3. أدلة تحريم العضل من الفقه الإسلامي:

أجمع الفقهاء على أن منع الولي موليته من الزواج بكفئتها ممنوع شرعا لما فيه من الظلم والإضرار بالمرأة بمنعها من حقه بالزواج بمن ترصاه وهو كفاء لها³.

ثانياً: الحكم القانوني لعضل الولي:

رغم أن الولي في قانون الأسرة الجزائري لم تعد له تلك المكانة التي كان يحتلها قبل تعديل 02-05، ومع ذلك فقد جاء التأكيد على منع تعسفه حفظاً لمصالح موليته ودفعاً للضرر عنها ومراعاة إرادتها الحرة في اختيار شريك حياتها، خاصة إن كانت قاصرة.

فبالرجوع للمادة 13 بينت أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وعليه فالعضل بالنسبة للقاصرة ممنوع في قانون الأسرة الجزائري بالمنع أو الإيجابار.

¹ - أخرجه البخاري (ت 256 هـ) في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5120، المصدر السابق، ج7، ص 44.

² - أخرجه الترمذي (ت 279 هـ) في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في من ترصون دينه فزوجوه، حديث رقم 1107، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، دار التأصيل، بيروت، لبنان، ط1، 2014، ج2، ص 319. قال الألباني: حديث حسن، في صحيح سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2000، ج1، ص 551.

³ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج2، ص 386 - 387 / ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج3، ص 31 / الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت 204 هـ): الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2001، ج 6، ص 35 / ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 7، ص 30-31.

أما الراشدة فإن العضل غير متصوّر في حالها، لأن القانون أطلق حريتها في اختيار وليها وفق ما ترضاه وترغب فيه بنص المادة 11 الفقرة الأولى التي نصت على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، فإذا اختارت وليا ثم تعسّف وعضل في حقها فإنه يمكنها العدول عنه واختيار غيره.

المطلب الثاني : شروط تحقق العضل وآثاره

بما أن العضل هو منع الولي موليته من الزواج بمن تراه كفاء لها، ولا يعتبر المنع عضلا إلا إذا تحققت فيه جملة من الشروط.

فإذا تحقّق العضل وفق الشروط - المنصوص عليها والتي سيتم بيانها - فإنه تترتب جملة من الآثار تلحق عقد الزواج وتمس سلطة الولي تحديداً.

وهذا ما يتم تناوله ضمن هذا المطلب، وقد تم تفصيله إلى فرعين، تناول الأول منها شروط تحقّق العضل، بينما اختصّ الثاني ببيان آثار ثبوت العضل.

• الفرع الأول: شروط تحقق العضل

نتعرض إلى شروط تحقّق العضل في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: شروط تحقّق العضل في الفقه الإسلامي:

اشتراط الفقهاء جملة من الشروط قبل الحكم بتحقّق العضل، اتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر؛ بيانها وفق الآتي:

1. أن تكون المرأة بالغة عاقلة: فإن كانت المولى عليها صغيرة فإن امتناع الولي من تزويجها لا يُعتبر عضلا¹.

¹ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 386 / ابن رشد: المصدر السابق، ج3، ص 31 / عليش: المصدر السابق، ج3، ص 283 / الشربيني: المغنى المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص 252 / قليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة (ت 1069 هـ)، وعميرة أحمد البرليسي (ت 957 هـ): حاشيتنا قليوبي وعميرة، مطبعة البابي وأولاده، مصر، ط3، 1956، ج3، ص 225.

2. أن يكون الزوج أو الخاطب كفاء لها¹: وهذا الشرط متفق فيه بين الفقهاء الأربعة، فإن كان الخاطب غير كفاء فللولي حق الاعتراض².

3. أن يكون المهر مهر مثلها: أما إن كان أقل من مهر مثلها فقد وقع خلاف في المسألة حول رأيين، تفصيلهما ضمن الآتي:

- **الرأي الأول:** يرى أبو حنيفة أنه للأولياء منعها من التزويج بدون مهر مثلها، وفي ذلك يقول السرخسي: "وإن كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى يبلغ مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة -رحمه الله-"³.

- **الرأي الثاني:** وهو رأي أبي يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فقد ذهبوا إلى القول بأنه ليس للولي منع موليته من التزويج بسبب نقص مهرها عن مهر مثلها⁴.

وقد رجّح ابن قدامة الرأي الثاني مستندا في ذلك إلى الأدلة التالية⁵:

أ. أن المهر خالص حقها وعضو يختص بها.

ب. أن لها حق إسقاطه كله بعد وجوبه وإسقاط بعضه أولى.

¹ - معنى الكفاءة المماثلة بين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة، وهي عند المالكية: الدين والمال، أي السلامة من العيوب التي توجب لها الخيار، وعند الجمهور الدين، والنسب، والحرية والحرقة (أو الصناعات)، وزاد الحنفية والحنابلة اليسار أو المال / وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2010، ج8، ص 227.

² - السرخسي: المبسوط، المصدر السابق، ج 4، ص 224 / الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 574 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 128 / ابن رشد: المصدر السابق، ج3، ص 31 / الشربيني: المغنى المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص 252 - 253 / القيلوبي وعميرة: المصدر السابق، ج3، ص 225 / ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 225.

³ - السرخسي: المصدر السابق، ج5، ص 13 - 14 / الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 585 - 586.

⁴ - السرخسي: المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص 13 - 14 / الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 585 - 586 / ابن رشد: المصدر السابق، ج3، ص 32 - 33 / الشافعي: المصدر السابق، ج6، ص 40 / الماوردي: المصدر السابق، ج9، ص 109 / ابن قدامة: المصدر السابق، ج4، ص 31 - 32.

⁵ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج4، ص 31.

ثانياً: شروط العضل في قانون الأسرة الجزائري:

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

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

وهذا الحق في الاعتراض الذي تُقرّه الفقرة الثالثة من المادة 12 يثبت للولي بثلاثة شروط:

1. أن تكون المرأة بكرة لا ثيباً
 2. يقتصر الاعتراض على الأب دون غيره من الأولياء.
 3. أن يُثبت الأب أنه في اعتراضه قصد مصلحة ابنته.
- فإن استثنى أحد هذه الشروط كان اعتراض الأب عضلاً وجب رفعه ومنعه¹.

• الفرع الثاني: أثر تحقق العضل

نتطرق في هذا الموضوع إلى أثر تحقق العضل في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم أثر تحقق العضل في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: أثر تحقق العضل في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن الولي يفسق بالعضل فتؤخر الولاية عنه، لكنهم اختلفوا إلى من تؤول إليه الولاية، هل تنتقل للولي الأبعد، أم إلى السلطان؟.

وعلى هذا انقسم الفقهاء بشأن هاته المسألة إلى رأيين أو مذهبين، رأي يقول بانتقال الولاية إلى السلطان، ورأي ثانٍ يقول بانتقالها إلى الولي الأبعد.

¹ - سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 174.

الرأي الأول: انتقال الولاية إلى السلطان:

ذهب الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ إلى أنه إذا ثبت عضل الولي الأقرب في حق موليته تنتقل الولاية إلى السلطان وهو القاضي لأن العاضل يُفسق بالعضل إذا تكرر منه لأن معصيته صغيرة، وإذا عضل الولي ولو كان مجبراً انتقلت الولاية إلى السلطان، لأن العضل ظلم، وولاية رفع المظالم إنما هي حق الحاكم⁴.

حيث يقول الكاساني: "لأن الحرة البالغة العاقلة إن طلبت الإنكاح من كفاء وجب عليه التزويج منه لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمرٌ بضده، فإن امتنع فقد أضرب بها، والإمام نصب لدفع الضرر فتنقل إليه الولاية"⁵.

وإن امتناع الولي الأقرب عند التزويج يكون لسبب معقول كأن يكون الممتنع يرى أن الزوج غير كفاء، فيتدافع الولي الأقرب مع الولي الأبعد فيحتاج ذلك إلى الفصل بينهما، ولذلك كانت الولاية للحاكم⁶.

وعلى هذا فالحاكم هو الذي يزوج المرأة التي منعها وليها من الزواج بالكفاء الذي رغبت فيه ورغب فيها، ولا تنتقل ولاية هذا الولي الذي عضلها إلى من هو أبعد منه بل إلى الحاكم⁷، حيث يقول الدسوقي: "إذا امتنع الولي الأقرب انتقل الولاية للحاكم لا للأبعد، وخالف في ذلك عبد السلام فقال إنما يُزوجها الحاكم عند عدم الولي غير العاضل، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد"⁸.

¹ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 387.

² - مالك بن أنس الأصبحي (ت 179 هـ): المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان، 1994، ج2، ص 106 / الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230 هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الإحياء للكتب العربية، د.ط، د ت، ج2، ص 332 / عليش: المصدر السابق، ج3، ص 383 / ابن رشد: المصدر السابق، ج34، ص 31.

³ - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد (ت 386 هـ): الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1994، ج 9، ص 112.

⁴ - محمود علي السرطاوي: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 57.

⁵ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 386 - 387.

⁶ - محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص 57.

⁷ - محمد رأفت عثمان: عقد الزواج أركانه وشروطه وصحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، دط، دت، ص 282.

⁸ - الدسوقي: المرجع السابق، ج2، ص 232.

وقال الشافعي: "لو عضلها الولي زوجها السلطان، والعضل إنما أن تُدعى إلى مثلها فيمتنع الولي¹."

وقال الماوردي هذا صحيح².

واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يَنْكِحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)³.

قال الشافعي: "هذا دليل على أن السلطان إذا اشتجروا أن ينظر، فإن كان الولي عاضلاً أمره بالتزويج، فإن زوج فحقّ آداه، وإن لم يزوّج فحقّ منعه، وعلى السلطان أن يزوّج أو يوكل ولياً غيره فيزوّج، والولي عاص بالعضل لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة 232]، وإن ذكر شيئاً نظر فيه السلطان فإن رآها تدعو إلى الكفاءة لم يكن له منعها حتى ولو دعاها الولي إلى خير منه، أما إن دعت إلى غير كفاءة لم يكن له تزويجها والولي لا يرضى به، إنما العضل أن تدعو إلى مثلها فيمتنع الولي⁴."

والولاية عند الشافعية في حال عضل الولي الأقرب لا تنتقل إلى الولي الأبعد جزماً، وهذا محله إن كان العضل دون ثلاث مرات، فإن كان دون ذلك زوج الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق⁵.

الرأي الثاني: انتقال الولاية إلى الولي الأبعد:

هو رأي الحنابلة حيث يروا أنه إذا عضل الولي الأقرب موليته من الزواج بالكفاءة انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد⁶. حيث يقول البهوتي: "إذا عضل الولي الأقرب زوج الأبعد لأن الولاية لا

¹ - الشافعي: المصدر السابق، ج6، ص 31.

² - الماوردي: المصدر السابق، ج9، ص 112.

³ - سبق تخريجه ص 19.

⁴ - الشافعي: المصدر السابق، ج6، ص 31.

⁵ - الشريبي: المعنى المحتاج، المصدر السابق، ج 4، ص 252.

⁶ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 30 / البهوتي منصور بن يونس (ت 1051 هـ): كشف القناع على متن الامتاع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط، 1983، ج5، ص 45 / المردوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت 885 هـ): الإنصاف في معرفة الراجح من الأحداث على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقيه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1،

تثبت للأقرب مع اتصافه بما تقدم، فوجوده كعدمه، ولتعذر التزويج من جهة الأقرب بالعضل جُعل كالعدم كما لو جنّ، فإن عضل الأبعد أيضا زوجها الحاكم"¹، ويقول أيضاً: "فإن عضل الولي مطلقاً بأن لم يوجد أحد ممن تقدّم أو عضل وليها ولم يوجد غيره زوجها ذوو السلطان في ذلك المكان كولي البلد أو كبيره أو أمير القافلة ونحوه لآلة السلطنة فإن تعذر ذوو السلطان في ذلك المكان زوجها عدل بإذنها"².

فيتضح من خلال كلامه أنه إذا عضل الولي موليته انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، فإذا عضل الولي الأبعد انتقلت إلى السلطان، فإذا تعذر انتقلت إلى كل مسلم عدل برضاها واختيارها. وقال ابن قدامة: "ولنا أنه إذا تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جنّ ولأنه يُفسق بالعضل فتنقل الولاية عنه كما لو شرب خمرًا، فإن عضل الأولياء كلّهم زوج الحاكم"³. وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث عائشة رضي الله عنها، قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنكِحْهَا الْوَلِيُّ، فَانكِاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)⁴. حيث قال ابن قدامة: "والحديث حجة لنا لقوله: (السلطان ولي من لا ولي له)، وهذه المرأة لها ولي ويمكن حمله ما إذا عضل الكل لأن قوله صلى الله عليه وسلم: (وإن اشتجروا) ضمير يتناول كل الأولياء)"⁵.

1956، ج8، ص 78 / الزركشي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله (ت 772 هـ): شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ج2، ص 333 / ابن مفلح برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد (ت 884 هـ): المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج5، ص 110.

¹ - البهوتي: المصدر السابق، ج5، ص 54.

² - المصدر نفسه: ج5، ص 54.

³ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 30-31.

⁴ - سبق تخريجه: ص 19.

⁵ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 31.

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من تحقق العزل:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على العزل ولا أثره، ولكن بالرجوع إلى المادتين 11، 13 يمكن استنتاج أنه ميّز بين القاصرة والراشدة بخصوص ثبوت العزل وأثره.

1. أثر ثبوت العزل على القاصرة: متى حصل العزل من الولي وثبت بالدليل القاطع يحال

الأمر إلى القاضي ليفصل فيه ويتولى عقد زواج المرأة، حيث نصت المادة 13 أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

2. أثر ثبوت العزل على الراشدة: للزوجة الراشدة حرية اختيار وليها على النحو الذي

نصّت عليه المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فلا يتصور حصول العزل من وليها في حقّها، ومتى حدث ذلك أمكنها العدول عنه واختيار ولي غيره ترضى به.

* * *

الرأي الراجح: بعد عرض آراء الفقهاء وبيان موقف قانون الأسرة الجزائري بخصوص أثر ثبوت عزل الولي، يترجّح رأي الجمهور الذي ذهب إلى انتقال الولي مباشرة إلى السلطان عند ثبوت العزل، وذلك لعدة اعتبارات، أهمها عدم التسبب في الحرج بين الأولياء لما بينهم من قرابة، وتقاديا لإحداث مشاحنات ومنازعات وعداوة بينهم، بينما إذا أحيل الأمر إلى القاضي وفصل فيه فلا ينازعه أحد.

أما موقف قانون الأسرة الجزائري فهو وإن وقرّ الحماية للقاصر من عزل وليها وتعهّفه، إلا أنه بالنسبة للراشدة لا يتصوّر معها العزل أساساً.

المبحث الثاني: مسألة غياب الولي

إن ظاهرة غياب الولي شائعة الحدوث في مجتمعاتنا، بحيث يبتعد الولي عن موطنه، إما بسفره إلى مكان بعيد لا يمكن بلوغه إلا بكلفة ومشقة، أو إلى مكان قريب يشك انه فيه ولا يعلم مكانه بالتحديد، وفي هذه الحالة يتعذر على المرأة إبرام عقد زواجها دون حضور وليها الأقرب، وبالتالي تجد نفسها أمام موقف صعب بسبب غياب وليها وعجزه عن التعبير عن إرادته، وعليه وللتفصيل في أحكام غياب الولي يتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: أنواع غيبة الولي.

- المطلب الثاني: حكم غياب الولي.

- المطلب الأول: أنواع غيبة الولي.

خُص الفقهاء إلى تحديد نوعين لغيبة الولي عن زواج موليته؛ غيبة غريبة وغيبة منقطعة، وللتعرف أكثر على آراء الفقهاء بخصوص أنواع غيبة الولي يتم تقسيم هط المطلب إلى الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الغيبة القريبة

- الفرع الثاني: الغيبة المنقطعة.

• الفرع الأول: الغيبة القريبة

تفاوتت عبارات الفقهاء في تحديد مسافة الغيبة القريبة كالتالي:

أولاً: **مذهب الحنفية:** قال الحنفية في تحديد الغيبة المنقطعة إما تكون بأدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه¹.

فيتضح من كلامهم أن ما دون مسافة القصر هو غيبة قريبة.

ثانياً: **مذهب الحنابلة:** قال البهوتي الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر، لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر².

¹ - السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 222. / الرازي: المصدر السابق، ج2، ص 127 / المغرنياني أبي الحسن علي بن أبي بكر (ت 533): الهدية شرح بداية المبتدئ مع شرح عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان/ ط1، 1307 هـ، ج3، ص 49.

² - ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج7، ص 32 / البهوتي: المصدر السابق، ج5، ص 55 / الزركشي: المصدر السابق، ج2، ص 334 / المردوي: المصدر السابق، ج8، ص 77.

وعلى هذا فإن فقهاء الحنفية والحنابلة يتفقون على أنه ما دون مسافة القصر هي غيبة قريبة.

ثالثاً: مذهب المالكية: فقد فرقوا بين الولي المجرر وغير المجرر¹.

إذا كان الولي مجبراً فغيبته القريبة عشرة أيام، أما إن كان غير مجبر فغيبته القريبة ثلاثة أيام من بلد المرأة.

حيث قال عليش: "وصلة التزويج في الغيبة القريبة التي على مسافة عشرة من الأيام ذهاباً"².

رابعاً: مذهب الشافعية: قالوا مسير أقل من يوم وليلة تكون فيها الغيبة قريبة، قال الماوردي: "إذا كانت غيبة قريبة وهو أن يكون أقل مسافة يوم وليلة"³.

لهذا فإن تحديد مسافة القصر منضبط في هذه المسألة أكثر من غيره، لأن أغلب أحكام السفر روعي فيها هذا القيد، فلا بأس أن تطبق هنا، هذا لمن كان سفره سفراً قريباً⁴.

• الفرع الثاني: الغيبة المنقطعة

تفاوتت عبارات فقهاء في تحديد مسافة الغيبة المنقطعة كالآتي:

أولاً: الحنفية: اتفق الفقهاء الحنفية على أن الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي تنتقل بها الولاية من الولي الأقرب إلى ولي آخر، لكنهم اختلفوا في تحديد وصف الغيبة المنقطعة على أقوال:

1. أن يكون الولي في بلد لا تصل إليه القوافل والرسول إلا مرة في السنة الواحدة، أما إن كانت تصل إليه في السنة أكثر من مرة فهي ليست منقطعة⁵.

2. قيل إن كان الأقرب في موضع يُقَوِّتُ الكفاء الخاطب استطلاع رأيه، فهي غيبة منقطعة. وهو الأصح¹.

¹ - عليش: شرح منحنى الجليل، المصدر السابق، ج3، ص 286-287 / الدردير أبي البركات أحمد بن محمد (ت 1201): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، بها متن الصاوي أحمد بن محمد، دار المعارف، القاهرة، د ط، د ت، ج2، ص 360 / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 218 - 219.

² - عليش: المصدر السابق، ج3، ص 286.

³ - الماوردي: المصدر السابق، ج9، ص 111.

⁴ - فراس سعدون: غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني عشر، 2012، ص 11.

⁵ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص 381 / الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743هـ)، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، مع حاشية شلبي، مطبعة الأميرية، ببلاغ، مصر، ط1، 1313هـ، ج2، ص 127 / المغربياني: المصدر السابق، ج3، ص 43 / السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 222 / العيني: البداية شرح الهداية، المصدر السابق، ج4، ص 614.

3. وقيل إن كان الولي في مكان يستغرق المسير إليه شهرا كاملا، وهو مروى عن أبي يوسف ومحمد من الحنفية².
4. قيل أنها أدنى مدة السفر، لأنه لا نهاية لأقصاه -أي السفر- وهو اختيار بعض المتأخرين وعليه الفتوى³.
5. قيل إن كان جوالا من موضع إلى موضع، فلا يوقف له على أثر، أو يكون مفقوداً لا يعرف خبره، وهو قول بعض المشايخ⁴.
6. قيل إن كان في موضع يدفع إليه الكراء بدفعة واحدة ليست منقطعة، أما إذا كان يدفع الكراء إلى ذلك بدفعتين أو أكثر فهي منقطعة⁵.
7. قيل من بغداد إلى الري (مدينة بإيران قرب طهران) أي أكثر من عشرين مرحلة، وهي رواية عن أبي يوسف ومحمد، وقيل من الكوفة إلى الري في رواية عن محمد أي 25 مرحلة أو ما بين الرقة (مدينة سورية) إلى البصرة في رواية أخرى عنه، وقيل مسافة مائة وخمسين فرسخاً⁶.
- وقيل من جبلقا إلى جبلكت وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب، وهي رواية عن أبي يوسف، وقد قيل فيها لا تزوج لأنها دليل على رجوعه إلى قول زفر أي أن المرأة لا تزوج في غيبة وليها وذكر هذا عن طرق ضرب المثل⁷.

¹ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 381 / السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 222 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 27.

² - الكاساني: المصدر نفسه، ج3، ص 381 / السرخسي: المصدر نفسه، ج4، ص 222 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 27.

³ - السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 222 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 27.

⁴ - السرخسي: المصدر نفسه، ج4، ص 222 / الزيلعي: المصدر نفسه، ج2، ص 27.

⁵ - السرخسي: المصدر نفسه، ج4، ص 222 / الزيلعي: المصدر نفسه، ج2، ص 27.

⁶ - المرحلة عند الحنفية تعادل 44.2 كلم فتكون مسافة الغيبة هي 667.2 كلم، أما الفرسخ فيعادل 5565 متر، فتكون المسافة 836.75 كلم أي 150 فرسخا / على جمعة محمد الكامل: الموازين الشرعية، دار القدس، ط2، القاهرة، 2001، ص 96.

⁷ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 381 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 27 / السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 222.

ثانياً: المالكية: الولي الغائب عند المالكية لا يخلو من أمرين¹:

1. إما أن يكون غير مجبر كالأخ والعم فإن حدّ الغيبة المنقطعة أكثر من ثلاثة أيام.
2. وإما أن يكون ممن يُجبر البنت البكر، فقبل المسافة التي يكون فيها غائبا غيبة منقطعة هي مثل ما بين المدينة المنورة والأندلس، أو طنجة أو إفريقية (القيروان)، وقيل ما بين ما بين هذه المدن ومصر، هذا إذا كان قد خرج مضطراً كأن يخرج في المغازي، أو أن يكون أسيراً، أما إن خرج ترفهاً أو اختياراً كأن يكون خرج للتجارة فلا تُعدّ هذه الغيبة غيبة انقطاع، ولا تنتقل بها الولاية، وقد حددوا الغيبة المنقطعة بثلاثة أشهر فأكثر.

ثالثاً: الشافعية: الغيبة المنقطعة عند الشافعية تُحدّد بمسافة القصر، وأما ما دونها قولان في المذهب:

1. أحدهما أنها لا تزوّج إلا بإذنه، وقيل بل تزوّج لئلا تتضرر بفوت الزوج الكفاء الراغب².
2. وقال الماوردي إن كانت بعيدة بأن يكون على أكثر من مسافة يوم وليلة³.

رابعاً: الحنابلة:

هو أشبه بالمذهب الحنفي في الغيبة المنقطعة، لنهم اختلفوا في حدّها على أقوال كالاتي:

1. قال الخرقي هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، وهو قول أشار إليه الإمام أحمد في رواية الأثر، وهذا لتعدّر مراجعته فيلحق الضرر بالانتظار⁴.

¹ - مالك بن أنس (ت 179 هـ): المدونة الكبرى، المصدر السابق، ص 106 / الدردير: المصدر السابق، ج2، ص 365 - 366 / عليش: المصدر السابق، ج3، ص 286 - 287 / الخطّاب الرعيني أبي عبد الله محمد بن محمد (ت 354 هـ): مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج 5، ص 67 - 70 / الرجراجي أبي الحسن علي بن سعيد (ت 610 هـ): مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص 343 - 345 / وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج7، ص 218 - 219.

² - وهما مرحلتان كما في مغني المحتاج: المصدر السابق، ج4، ص 252 - 260. والمرحلة عند الشافعية تقدّر بـ 80 كلم، فتكون بذلك مسافة الغيبة 178 كلم / انظر علي جمعة محمد: المرجع السابق، ص 56 - 96.

³ - الشريبي: المصدر السابق، ج4، ص 261 / الرملي أبي العباس محمد بن أحمد (ت 1004 هـ): نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ج6، ص 241.

⁴ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر السابق، ج8، ص 76 / ابن مفلح: المصدر السابق، ج6، ص 501 / الزركشي: المصدر السابق، ج2، ص 336.

2. قال القاضي ما لا تقطعه القافلة إلا مرة في السنة، لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر،

فيلحق الضرر بترك تزويجها¹.

3. قيل أنها المسافة التي تقصر فيها الصلاة²، فقد روي عن الإمام أحمد أنه إن كان الأب بعيد

السفر يزوّج الأخ، وقال ابن قدامة فيحتمل أنه أراد السفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة لأن

لذلك السفر الذي علّقت عليه الأحكام³.

4. وقيل مسافتها ما لا يُقطع إلا بكلفة ومشقة⁴.

وقال ابن قدامة: "هذا القول أقرب إلى الصواب، فإن التحديدات بابها التوقيف، ولا توقيف في

هذه المسألة، فتردُّ إلى ما تعارف الناس بينهم، ما لم تجر العادة بالانتظار فيه يلحق الضرر بالمرأة

ويمنعها من التزويج بمثله⁵.

5. وقيل ما يفوت به الكفء الراغب حيث قال صاحب الإنصاف هو القوي⁶.

- المطلب الثاني : حكم غياب الولي

مسألة غياب الولي من المسائل التي ثار حولها جدل كبير بين الفقهاء من أجل بيان الحكم

فيمن يتولى أمر تزويج المرأة التي غاب عنها وليها وتعدّر الوصول إليه لأخذ موافقته في إبرام عقد

زواج موليته.

وللتفصيل في هذه الأحكام تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: حكم غياب الولي في الفقه الإسلامي.

- الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من غياب الولي.

¹ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر السابق، ج8، ص 76 / ابن مفلح: المصدر السابق، ج6، ص 501 / الزركشي: المصدر السابق، ج2، ص 336.

² - ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر نفسه، ج8، ص 76 / ابن مفلح: المصدر نفسه، ج6، ص 501 / الزركشي: المصدر نفسه، ج2، ص 336.

³ - ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر نفسه، ج8، ص 76 .

⁴ - ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 32 / البهوتي: المصدر نفسه، ج5، ص 55.

⁵ - ابن قدامة: المصدر السابق، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر السابق، ج8، ص 76 .

⁶ - المردوي: المصدر نفسه، ج8، ص 75 - 76.

• الفرع الأول: حكم غياب الولي في الفقه الإسلامي:

باعتبارات الفقهاء قسموا غيبة الولي إلى غيبة قريبة وغيبة منقطعة، إلا أنهم اتفقوا أن الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي تنتقل بها الولاية لكنهم اختلفوا في الشخص الذي تؤول إليه الولاية على آراء مختلفة وهي كالآتي:

الرأي الأول: انتقال الولاية إلى الولي الأبعد:

وهو رأي الحنفية¹ والحنابلة²، حيث أنه إذا غاب الولي الأقرب عن موليته غيبة منقطعة ولم يوكل من يزوج المرأة انتقلت الولاية إلى من هو أبعد من العصابات، فلو غاب الأب فللجد تزويج المرأة دون السلطان، لأن الولاية تحتاج إلى نظر وتقدير المصلحة، وليس من النظر تفويض من لا تنتفع برأيه، ففوض النظر للأبعد وهو مقدم على السلطان³.

حيث قال الكاساني: "ولنا أن في ثبوت الولاية للأبعد زيادة النظر في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة قلنا إن الأبعد أقدر على تحصيل النظر، لأن مصالح النكاح متضمنة الكفاءة والمهر ولا شك أن الأبعد متمكن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لا يفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لا ينتظر استطلاع رأيه غالباً⁴."

وقال السرخسي: "ووجبنا في ذلك أن ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه حتى لا تثبت إلا على من هو عاجز عن النظر لنفسه، وجعل الأقرب مقدماً لأن نظره لها أكثر لزيادة القرب، ثم النظر لها لا يحصل بمجرد رأي الأقرب بل رأي حاضر منتفع به"⁵.

¹ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 380 / السرخسي: المبسوط، المصدر السابق، ج4، ص 220 / العيني: المصدر السابق، ج4، ص 613 / الزيلعي: المصدر السابق، ج2، ص 127.

² - ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 32 / المردوي: المصدر نفسه، ج8، ص 76 / ابن مفلح: المصدر السابق، ج6، ص 110 / الزركشي: المصدر نفسه، ج2، ص 234 / البهوتي: المصدر السابق، ج5، ص 55.

³ - الكاساني: المصدر نفسه، ج3، ص 380 / السرخسي: المصدر نفسه، ج4، ص 220 / ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 32.

⁴ - الكاساني: المصدر نفسه، ج3، ص 380

⁵ - السرخسي: المصدر نفسه، ج4، ص 221.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث عائشة - رضي الله عنها-: (فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)¹. قال ابن قدامة: "فهذه المرأة لها ولي فلا يكون السلطان وليها وذلك الأقرب تعذر حصول التزويج منه، فثبتت الولاية لمن يليه من العصابات، كما لو جنّ أو مات، ولأنها حالة يجوز بها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل"².

وقال الكاساني: "أن تنتقل الولاية للسلطان باطل، لأن السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولي له، وههنا لها ولي، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العزل من الولي ولم يوجد"³. وقال الزركشي بعد ذكر حديث عائشة - رضي الله عنها-: "إذا غاب الولي الأقرب غيبة معتبرة زوج الأبعد من العصابات فإن لم يكن للسلطان، وهذه لها ولي مناسب فيزوج بحكم الحديث، ولأن البعيد ترجح بقرب نفسه والقريب يكون بقرب محلّه"⁴.

وعلى هذا فبان انتقال الولاية للأبعد تزول ولاية الغائب، وباعتبار أن الولاية تثبت لمصلحة المرأة فلا تستمر ولايته فغيابه أسقطه حق الأولوية، لذلك إذ زوجها الولي الأقرب الغائب من رجل وزوجها البعيد من رجل آخر، فإن عقد الولي الأقرب باطل، لأن ولايته سقطت بسبب غيبته"⁵.

الرأي الثاني: انتقال الولاية إلى السلطان:

وهو رأي المالكية⁶ والشافعية⁷، بأنه إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى السلطان لا إلى الولي الأبعد.

1 - سبق تخريجه، ص 19.
 2 - ابن قدامة: المصدر السابق، ج4، ص 32.
 3 - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 381.
 4 - الزركشي: المصدر السابق، ج2، ص 334.
 5 - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، ص 164.
 6 - مالك بن أنس: المصدر السابق، ج2، ص 106 / عليش: المصدر السابق، ج3، ص 286 - 287 / الرجراجي: المصدر السابق، ج3، ص 345 / الرعييني: المصدر السابق: ج5، ص 67 / ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج3، ص 29 / الدردير: المصدر السابق، ج2، ص 365 - 366.
 7 - الشافعي: الأم، المصدر السابق، ج6، ص 38 / الشربيني: المصدر السابق، ج4، ص 260 / الماوردي: الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج9، ص 111 / الغزالي أبو حامد محمد بن أحمد، (ت505هـ)، الوجيز في فقه الامام الشافعي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت - لبنان، ط1، 1997، ج2، ص 11.

حيث يقول مالك: "إذا غاب غيبة منقطعة مثل هؤلاء الذين يخرجون في المغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها مثل الأندلس أو إفريقية أو طنجة، قال: فأرى أنه يرجع أمرها إلى السلطان فينظر لها ويزوجها، فقلت: أليكون للأولياء أن يزوجهوا بغير أمر السلطان؟ قال: هكذا سمعت مالك يقول: يرجع أمرها إلى السلطان"¹.

وقال الشافعي: "إذا كان الوي حاضرا فامتنع من التزويج فلا يزوجه الولي الذي يليه في القرابة ولا يزوجه إلا السلطان الذي يجوز حكمه، فإذا أرجع ذلك إلى السلطان فحق عليه أن يسأل عن الولي فإن كان غائبا سأل الخاطب فإن رضي له أحضر أقرب الولاية به وأهل الحزم من أهلها وقال هل تنعمون شيئا؟ فإن ذكروه نظر فيه، فإن كان كفؤا رضيته أمرهم بتزويجه، فإن لم يفعلوا زوجته، وإن لم يأمرهم وزوجه فجائز"².

وقال الماوردي: "فإن كان الولي الأقرب مفقودا أو غائبا زوج المرأة الحاكم من دون استئذان، وقيل إن كان غائبا مسافة قريبة لم يكن تزويجها إلا بعد إذن الولي الأقرب"³.

وللحاكم أن يحضر أهلها ممن له ولاية كالعصابات، أو لا ولاية له كالأخوال ليشاورهم في تزويجها ويسألهم عن كفاءة زوجها استطابة لقلوبهم، وذلك لأن الحاكم لا يكون متفرغا في العادة، لأن أولياءها أعرف بحالها وحال الزوج لمكان اختصاصهم وكثرة فراغهم من الحاكم، فإن أحضرهم الحاكم للمشاورة في نكاحها كان عندهم فيه الخيار بين أمرين: أن يقول لهم اختاروا زوجا، فإن اختاروا نظر الحاكم في كفاءته فإن كان كفاء زوجها بعد إنها، وإن كان غير كفاء لم يزوجه به وإن أذنت فيه ورضي أهلها، لأن الغائب حقا حقا في طلب الأكفاء لها، وبين أن يختار الحاكم لها الكفاء ثم يسأل الأولياء عنه بعد إذن الزوجة فيه، فإن لم يقدحوا في كفاءته زوجها به سواء أرادوه أم

1 - مالك بن أنس: المصدر السابق، ج2، ص 106.

2 - الشافعي: المصدر السابق، ج6، ص 38.

3 - الماوردي: المصدر السابق، ج9، ص 111.

لا، فإن قدحوا في كفاءته نظر الحاكم فيما ذكروه من القدح، فإن كان مانعا من الكفاءة لم يزوجه بها، والتمس لها غيره، وإن كان غير مانع من الكفاءة زوجها به وإن كرهوا¹.

واستدل أصحاب هذا القول بحديث عائشة رضي الله عنها-: (فالسُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِّنْ لَا وَلِيٍّ لَهُ)². أي أن المرأة التي ليس لها ولي فالسلطان وليها.

الرأي الثالث: عدم انتقال الولاية إلى الغير:

وهو رأي زفر من الحنفية³، فإن الولاية لا تنتقل إلى الولي الأبعد في حال الغيبة المنقطعة بل ينتظر مجيئه، لأن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة، ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز، فقيام ولايته تمنع الانتقال إلى غيره⁴.

• **الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من غياب الولي:**

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

أولاً: موقف قانون الأسرة من غياب الولي قبل التعديل:

قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على مسألة غياب الولي قبل تعديله.

لكن من خلال نص المادة 11 من القانون 84 / 11 "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد

أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

فظاهر هذا النص يدل على أن مسألة تولي عقد زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، حيث

أن الأب في الدرجة الأولى يليه الأقارب الأولين في الدرجة الثانية، والقاضي في الدرجة الأخيرة،

¹ - الماوردي: المصدر السابق، ج8، ص 110 - 111.

² - سبق تخريجه: ص 19.

³ - الكاساني: المصدر السابق، ج3، ص 380 / السرخسي: المصدر السابق، ج4، ص 220 / السمرقندي: تحفة الفقهاء، المصدر السابق، ج2، ص 351.

⁴ - الكاساني: المصدر نفسه، ج3، ص 380.

ومنه نستنتج أنه في حالة غياب الولي الأقرب وهو الأب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد وهم الأقارب الأولين، حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة عدم وجود الأولياء¹.

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

ثانياً: موقف قانون الأسرة من غياب الولي بعد التعديل:

كما الحال قبل التعديل فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول صراحة مسألة غياب الولي في تعديله الجديد، لكن بالرجوع إلى نص المادة 11 معدلة نجد أنها أبقّت على نفس النظام في ترتيب الأولياء، لكنها قصرت ذلك على زواج القصر، فإنه في حالة غياب الولي الأقرب الذي هو الأب فإن الذي يتولى زواج القاصر هو الولي الأبعد وفي حال انعدامه يتولاه القاضي².

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

وهذا الشخص الذي نص عليه القانون قد يكون أباً أو زوجاً أو ابناً أو أخاً أو غيرهم، لكن لم ينص على غياب الولي الشرعي.

كما نلاحظ أن المشرّع الجزائري حدّد مدة الغياب بسنة كاملة ويعتبر الغائب مفقوداً بمضي أربع سنوات يصدر الحكم بفقده أو موته.

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

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

¹ - عبد الله الشيباني: الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014، ص 192.

² - المرجع نفسه، ص 192.

وخلاصة ما سبق أن المشرّع الجزائري أخذ برأي الحنفية الذي يرى أنه في حال غياب الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد.

الرأي الراجح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم فيما يخص انتقال الولاية عند غياب الولي يترجح الرأي الأول الذي يرى انتقال الولاية عند غياب الولي الأقرب إلى الولي الأبعد وذلك لعدة اعتبارات:

- إن المراد من الحديث النبوي: (السلطان ولي من لا ولي له) أن ولاية السلطان تكون للمرأة التي ليس لها ولي أصلاً، وانعدم الأولياء من أهلها، أما المرأة التي لها أولياء وكان وليها الأقرب غائبا غيبة منقطعة فهذه يزوجها وليها الأبعد الذي يلي مرتبة الولي الغائب.
 - أن الولي الأبعد أحذر وأحرص على مصلحة موليته التي غاب عنها وليها، وذلك لقربته منها فيكون من مصلحته أن يحرص على تحصيل الزوج الكفء لها، فيكون حرصه أكثر من القاضي لذلك وجب أن يتقدم، فهو أولى منه في تزويجها.
 - أن السلطان أو القاضي بحكم ولايته العامة وكثرة انشغالاته وتعدد مهامه قد يؤدي إحالة ولاية عقد الزواج إليه إلى تعطيل مسار العقد وتأخيره بما قد يفوت الزوج الكفء، خلافاً للولي الأبعد الذي له ولاية خاصة ولا يؤخره عنها عمل أو مشغلة. بدليل أن مجالس القضاء والمحاكم تعجّ بالقضايا التي لم يُفصل فيها منذ أمد بعيد.
- أما بخصوص المقارنة مع قانون الأسرة الجزائري فإنه راعى ترتيب الأولياء بخصوص القاصرة، وعليه تنتقل الولاية إلى الولي الأقرب ثم إلى السلطان، أما الراشدة فلا إشكال معها في غياب الولي الأقرب، لأن القانون قد منحها حرية اختيار وليها من البداية، وفي ذلك خروج عن المذاهب الفقهية.

*

*

*

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما تمت دراسته في هذا الفصل، فقد تم التطرق فيه إلى مسألتين بهما تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى ولي آخر أبعد عنه في الدرجة.

- **مسألة عضل الولي:** وهو بمفهومه العام امتناع الولي عن تزويج أو منع موليته من الزواج ظلماً، وهو مصطلح فقهي يرادفه في القانون مصطلح تعسف الولي. وقد حكم الفقهاء في من يثبت عضله بالفسق، لكنهم اختلفوا في الشخص الذي تنتقل إليه الولاية:

- فذهب الجمهور إلى القول بانتقال الولاية إلى القاضي.
- وذهب الحنابلة إلى القول بانتقالها إلى الولي الأبعد.
- أما قانون الأسرة الجزائري فقد وافق الجمهور بخصوص المرأة القاصرة، وخرج تماماً عن الرأي الفقهي بخصوص المرأة الراشدة.

- **مسألة غياب الولي:** والمقصود به انقطاع أخبار الولي الأقرب وانعدام التواصل معه، وغيابه إما أن يكون غيبة قريبة وهي التي حدّدها الحنفية والحنابلة بما دون مسافة القصر، وحدّدها المالكية بما دون عشرة أيام بالنسبة للولي المجرر وثلاثة أيام لغير المجرر، والشافعية بما دون يوم وليلة. وإما أن يكون غيبة منقطعة وهي بمفهومها العام كل غيبة تنقطع معها أخبار الولي الأقرب تماماً ولا تعرف حياته من موته لمدة اختلف فيها الفقهاء. وإذا كانت الولاية لا تنتقل إلى الولي الأبعد في الولاية القريبة، فإن الفقهاء اتفقوا على

انتقالها في الولاية المنقطعة إلا أنهم اختلفوا في من تنتقل إليه على ثلاثة آراء:

- ✓ ذهب الحنفية والحنابلة إلى انتقال الولاية للولي الأبعد.
- ✓ وذهب المالكية والشافعية بانتقالها إلى السلطان.
- ✓ وذهب زفر من الحنفية إلى عدم انتقالها إلى أحد، وتنتظر المرأة حتى يعود وليها أو يحكم بموته.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم تتناول مواده غياب الولي بصراحة لكن يفهم من ترتيب الأولياء في المادة 11 انتقال الولاية إلى الأبعد ثم إلى السلطان بخصوص المرأة القاصرة، أما الراشدة فلا يثار معها هذا الإشكال لأنها هي من تختار وليها.



المختصة



وفي الختام وبعد دراسة إشكاليات البحث وتناولها بالتحليل والتفصيل تم توصلنا إلى النتائج وبعض التوصيات بيانا كالآتي:

أولاً: نتائج البحث:

1. الولاية في الفقه الإسلامي ركن في الزواج عند الجمهور يبطل العقد بغيابه، خلافا للحنفية الذين أجازوا للكبيرة إبرام عقد زواجها بنفسها إذا كان الزوج كفاء ومنحها مهر مثلها.
2. قانون الأسرة الجزائري أهمل الولي وجعله مجرد شرط شكلي في عقد الزواج، بل خرج عن أقوال الفقهاء تماما بمنحه الحرية للراشدة في اختيار وليها ولو كان شخصا أجنبيا.
3. الأولياء في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مراتب، وقد اختلف فقهاء الإسلام في التقديم والتأخير بينها، فالحنفية والمالكية يُقدّمون البنوة، ثم الأبوة، أما الشافعية والحنابلة فيقدمون الأب على غيره، لكن وإن كان الحنابلة قد أخرجوا ولاية الابن بعد الأب فإن الشافعية أنكروا ولاية الابن تماما ولم يقولوا بها.

أما قانون الأسرة الجزائري فيلاحظ عليه بهذا الخصوص ما يلي:

- ✓ أنه فرّق في ترتيب الأولياء بين القاصرة والراشدة، أما بالنسبة للقاصرة فقد قدّم الأب ثم الأقارب الأولين فالقاضي. بينما أعطى للراشدة حرية اختيار وليها دون مراعاة لأي ترتيب.
- ✓ لم يبين المقصود بالأقارب الأولين ولا مراتبهم.
- ✓ لم يُحدّد ما إذا كانت الراشدة ملزمة باختيار وليها من أقاربها أم لها مطلق الحرية في اختيار من تريد ولو كان أجنبياً.

4. الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي إنما شرّعت لحفظ مصالح المرأة وصيانة حياتها من أن تحضر مجلس الرجال وتناقشهم في أمر زواجها، وهي إن كانت صغيرة تفتقد للخبرة التي تُمكنها من الاختيار الواعي والصحيح، الأمر الذي ذهب معه الفقهاء إلى فرض ولاية الإيجابار عليها بولاية أبيها أو جدها أو الوصي عند المالكية، منعا من التحايل عليها أو إهدار حقوقها بحكم



صغر سنها. عكس الكبيرة (البالغة العاقلة) التي لها الحرية المطلقة في إبداء رأيها والتصريح به لوليها لينقله إلى مجلس العقد بأمانة.

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

وحتى بالنسبة للقاصرة حين تَدْخُل القانون بين الأب وابنته في إجبارها أو منعها من الزواج دون رضاها، وهذا استثناء ما كان ينبغي تقنينه، لأن القانون يشمل القواعد العامة والاستثناء يُقَيّد، والقاعدة العامة تقتضي أن الأب محب لابنته ويريد الخير لها حريص على تحصيل مصالحها، فإذا ثبت خلاف ذلك فهو استثناء يبقى على حالته ولا يُعمم، وهو الخطأ الذي وقعت فيه المادة 13 من خلال افتراضها سوء النية في الأب تجاه ابنته رغم أنه لا خبرة لها ولا دراية بمسؤوليات الزواج وأعباء الأسرة.

5. ذكر الفقهاء لصحة الولاية جملة من الشروط بعضها متفق عليه وهي: الأهلية، والإسلام، وبعضها مختلف فيه وهي: الذكورة (فقد أجاز الأحناف ولاية المرأة)، العدالة (وقد أجاز بعض الفقهاء ولاية الفاسق)، الرشد (وحوله اختلاف كبير حتى داخل المذهب الواحد)، الخلو من الإحرام بحج أو عمرة (ويرى الحنفية والثوري صحة ولاية المحرم).

أما قانون الأسرة الجزائري فلم تنص مواده على شروط الولي وترك ذلك للفقهاء (الشرعية الإسلامية) طبقاً للمادة 222.

6. الفقه الإسلامي وإن منح للولي سلطة إبرام عقد الزواج نيابة عن موليته لأنه أدري بمصالحها وأكثر خبرة منها والأعلم بعالم الرجال، فإنها في نفس الوقت منعه من التعسف في حقها وقصد الإضرار بها، وهو ما يُعرف في لغة الفقهاء بمصطلح "العضل"، حيث متى ثبت قصد الولي الإضرار بموليته سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى القاضي (الجمهور)، وإلى الأبعد (الحنابلة).

أما قانون الأسرة الجزائري فنص المادة 13 يمكن أن يفهم منه أن الولاية تنتقل إلى القاضي مباشرة عند تعسف وليها.



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

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

ويلاحظ عدم تحديد قانون الأسرة الجزائري لمفهوم الأقارب وعدم ترتيبهم.

ثانياً: التوصيات:

وفي نهاية البحث نود تقديم التوصيات التالية:

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

2. ضرورة سد الثغرة القانونية في قانون الأسرة الجزائري والنص على الشروط التي يتوجب توفرها في الولي حتى تصح ولايته.

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

4. منع معالجة الضرر بضرر أكبر منه، وعليه فلا يمكن منح الحرية المطلقة للراشدة في اختيار وليها من خارج أقاربها المباشرين، لأن ذلك لا يضر بها وحدها فحسب بل يمتد ضرره إلى عائلتها وأقاربها ككل لما يلحق بهم من عار وإهانة. فإن تعسف أب مع ابنته أو أحد الأقارب مع موليته فذلك لا ينبغي أن يكون ذريعة للمرأة في أن تطالب بحريتها المطلقة في اختيار وليها بحجة أن الأمر يخصها وحدها. بل هذه حالات معزولة لا ينبغي أن تُعمّم ولا أن تُقنن، ثم أن أمر زواجها لا يخصها وحدها فحسب، بدليل أنه لو انفصلت عن زوجها مستقبلاً فإنها ستعود إلى بيت أهلها ليتحملوا معها الضرر.



5. إدراج عبارة "بقصد الإضرار بها" في المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري لتكون صياغة المادة وفق الآتي: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها بقصد الإضرار بها"، وذلك حتى تتسجم المادة مع حكم العضل الذي قال به الفقهاء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية
فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	نص الآية	رقم الآية	السورة
23	﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾	219	البقرة
26-12	﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾	230	
57-51	﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ أَرْوَاجَهُنَّ﴾	232	
27	﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	234	
10	﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾	257	
10	﴿وَاللَّهُ وَلِيٌّ الْمُؤْمِنِينَ﴾	68	آل عمران
24	﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾	25	النساء
19	﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾	75	
41	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	141	
10	﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾	71	
37-23	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾	32	النور
24	﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾	27	القصص
أ	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	21	الروم
10	﴿وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَالْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيًّا وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾	7	ق

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
1.	إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض.	52
2.	الأيّم أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن ، وإذنها صماتها	38-27
3.	أيما امرأة لم ينجحها الولي، فنجحها باطل ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، وإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له	57-19- 66-58 68
4.	النّيبُ أحقُّ بنفسها من وليها.	38
5.	لا تزوّج المرأة المرأة ولا تزوّج المرأة نفسها فإنّ الزّانية هي التي تزوّج نفسها	41-24
6.	لا تُنكح الأيّم حتّى تُستأمرَ ، ولا تُنكح البكر حتّى تُستأذنَ قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت.	27



قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره وعلومه:

- القرآن الكريم .

1. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله (ت 543 هـ): أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت، مصر.

2. الآلوسي، شهاب الدين أبو الثناء محمود بن عبد الله (ت 1270 هـ): روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت.

3. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت 370 هـ): أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، 1992

4. الرزاي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر (ت 606 هـ): مفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1981.

5. القرطبي، أبو عبد الله بن أبي بكر بن فرج (ت 671 هـ): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006.

6. محمد متولي الشعراوي (ت 1419 هـ): الفقه الميسر وأدلته، المكتبة العصرية، لبنان، د. ط، 2006.

7. المراغي، أحمد مصطفى (ت 1371 هـ): تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د. ت.

ثانياً: الحديث النبوي وشروحه:

8. ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت 275 هـ): سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، د. ط، د. ت .

9. الألباني محمد بن ناصر الدين: صحيح سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2000.

10. البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل (ت 256 هـ): صحيح البخاري، دار التأصيل، بيروت، لبنان، ط1، 2012.
11. الترمذي محمد بن عيسى (ت 279 هـ): سنن الترمذي، الجامع الصحيح، دار التأصيل، بيروت، لبنان، ط1، 2014.
12. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت 1255 هـ): نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، الأردن، د ط، 2004.
13. الصنعاني، أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل (ت 1182 هـ): سبل السلام شرح بلوغ المرام من جامعة أدلة الأحكام، تحقيق إبراهيم عمر، دار الحديث، القاهرة، ط7، 1992.
14. مسلم أبي الحسين مسلم بن الحجاج (ت 261 هـ): صحيح مسلم، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
- ثالثاً: اللغة العربية ومعاجمها:**
15. ابن فارس أحمد بن الحسين (ت 395 هـ): مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1979.
16. الجرجاني، أبو بكر عبد القهار بن عبد الرحمن (ت 471 هـ): التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الريان للتراث العربي، د ط، د ت.
17. الزبيدي أبو الجواد محمد بن محمد (ت 1205 هـ): تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق حسين نصار، مطبعة الحكومة، الكويت، د ط.
18. الفراهدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (ت 170 هـ): كتاب العين، دار الهلال، د ط، د ت.
19. الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817 هـ): القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1952.
20. الفيومي أبو العباس أحمد بن محمد (ت 1137 هـ): المصباح المنير في غريب شرح الكبير، د ن، د ب ن، ط1، 1322 هـ..

21. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711 هـ): لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 1967، ط1، 1993.
22. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711 هـ): لسان اللسان تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت.
23. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004
- رابعاً: الفقه الإسلامي:
المذهب الحنفي:
24. ابن عابدين، محمد الأمين عبد العزيز (ت 1252 هـ): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار والمعروف بحاشية ابن عابدين، مكتبة الحلبي القاهرة، ط2، 1986.
25. الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي : (ت.743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية شلبي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط1، 1313 هـ.
26. السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل (ت 483 هـ): المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
27. السمرقندي، أبو الليث علاء الدين نصر بن محمد (ت 673 هـ): تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1993.
28. العيني، أبو محمد محمود بن أحمد (ت 855 هـ): البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990.
29. الكاساني، علاء الدين أبي بكر لن مسعود (ت 587 هـ): بدائع الصنائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
30. المغریناني أبي الحسن علي بن أبي بكر (ت 533): الهدية شرح بداية المبتدئ مع شرح عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان/ ط1، 1307 هـ.
31. النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد (710 هـ): كنز الدقائق في الفقه الحنفي، تحقيق فائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 2011.

المذهب المالكي:

32. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 595 هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخرير محمد صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415 هـ.
33. التواتي بن تواتي: المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009.
34. الخطّاب الرعيني أبي عبد الله محمد بن محمد (ت 354 هـ): مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.
35. الدردير أبي البركات أحمد بن محمد (ت 1201 هـ): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، بها متن الصاوي أحمد بن محمد، دار المعارف، القاهرة، د ط، د ت.
36. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230 هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الإحياء للكتب العربية، د.ط، د ت.
37. الرجرجي أبي الحسن علي بن سعيد (ت 610 هـ): مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
38. الصاوي، أو العباس أحمد بن محمد (ت 1241 هـ): بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.
39. عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت 1299 هـ): شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1984.
40. القاضي محمد عبد الله بن نصر المالكي (ت 422 هـ): المعونة على عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
41. مالك بن أنس الأصبحي (ت 179 هـ): المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان، 1994.
42. النصراوي، أحمد بن غنيم بن سالم (ت 1126 هـ): الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

المذهب الشافعي:

43. الرملي شمس الدين أبي العباس محمد بن أحمد (ت.1004هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الفكر بيروت لبنان ، د ط، 1984.
44. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت 204 هـ): الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2001.
45. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد (ت 977 هـ): المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
46. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (ت 977 هـ): الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
47. الغزالي أبو حامد محمد بن أحمد، (ت 505هـ)، الوجيز في فقه الامام الشافعي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت -لبنان، ط1، 1997 ، ج2.
48. قليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة (ت 1069 هـ)، وعميرة أحمد البرليسي (ت 957 هـ): حاشيتا قليوبي وعميرة، مطبعة البابي وأولاده، مصر، ط3، 1956.
49. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد (ت 386 هـ): الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1994.

المذهب الحنبلي:

50. ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (ت 728 هـ): أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1988.
51. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت 620هـ): المغني، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد، عبد القادر أحمد عطا، مكتبة القاهرة، مصر، ط1، 1979.
52. ابن مفلح برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد (ت 884 هـ): المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

53. البهوتي منصور بن يونس (ت 1051 هـ): كشف القناع على متن الامتاع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط، 1983.
54. الزركشي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله (ت 772 هـ): شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
55. المردي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت 885 هـ): الإنصاف في معرفة الراجح من الأحداث على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقيه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1956.
56. النجدي عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت 1392 هـ): حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، د د ن، د ب ن، ط1، 1999.
- الفقه العام والفقه المقارن:**
57. أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات، الإسكندرية، د ط، 1997.
58. أحمد محمد عساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة (المعاملات)، دار الإحياء للعلوم، بيروت، لبنان، ط3، 1988.
59. إسماعيل أبو بكر علي البامري: أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) - دراسة مقارنة-، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009.
60. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفرية والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
61. بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، -دراسة مقارنة مطبوعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
62. الجزيري، عبد الرحمن (ت 1360 هـ): الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح والطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003.

63. حسن حسن منصور: المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية وأحكام عقد الزواج، مطبعة صاحب الإسكندرية، د ط، 1977.
64. دران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام - دراسة مقارنة-، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
65. الشحات إبراهيم محمد منصور: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1999.
66. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
67. على جمعة محمد المكامل: الموازين الشرعية، دار القدس، ط2، القاهرة، 2001.
68. علي حسين الله: الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1971.
69. عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1997.
70. عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط1، 2002.
71. محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957.
72. محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1994.
73. محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، د ت.
74. محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. ط، 1999.
75. محمد حسين الذهبي: الشريعة الإسلامية، دار التأليف، مصر، ط2، 1968.
76. محمد رأفت عثمان: فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د ط، د ت.
77. محمد رأفت عثمان: عقد الزواج وأركانه وشروطه وصحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، د. ط، د. ت.

78. محمد أحمد سيراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الاسلامي ديوان المطبوعات الجامعية الاسكندرية، دط، 1991.
79. محمد كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، د ت.
80. محمد كمال الدين إمام، وجابر عب الهادي سالم الشافعي: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 1997.
81. محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ط 4، 1983.
82. مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طرسين، دمشق، سوريا، ط 10، 1968.
83. مصطفى الرافي: نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاء، الشركة العامة للكتاب، ط 1، 1990.
84. ناصر أحمد إبراهيم: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2005.
85. نضال أبو محمد سنيينة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2011.
86. نور الدين أبو لحية: الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط 1، د ت.
87. نور الدين بولحية: عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 2، 1426 هـ..
88. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985.
89. وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2010.
90. وهبة الزحيلي: الوجيز في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2005.
- خامساً: كتب القانون:

91. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة، القاهرة، مصر، د ط، 1983
92. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د و م ج ج، ط5، 1994.
93. رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
94. عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996.
95. العربي بلحاج: أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، د ت.
96. عيسى حدّاد: عقد الزواج - دراسة مقارنة-، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، د ط، 2006.
97. محمد محدّة: الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، ط2، 2000.
98. محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط3، د ت.
- سادساً: المراجع المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:**
99. جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة القوانين والأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- سابعاً: البحوث الأكاديمية:**
100. سعيد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1، 2010 - 2011.
101. عبد الله الشيباني: الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014.
- ثامناً: المقالات العلمية:**
102. فراس سعدون: غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني عشر، 2012.

103. محمد سليم مصطفى: الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، العدد 183، 1439 هـ.

تاسعا: النصوص القانونية:

103. القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

104. الأمر 02/05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005.

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



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

ص	الموضوع
	شكر وتقدير
	إهداء 02
	اهداء 01
أو	المقدمة
الفصل الأول: الولاية في عقد الزواج حكمها وأنواعها	
9	المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج
9	المطلب الأول: تعريف ولاية الزواج
9	الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج
9	أولاً: تعريف ولاية الزواج لغة
9	3. تعريف الزواج لغة
10	4. تعريف الولاية لغة
11	ثانياً: تعريف ولاية الزواج شرعاً
11	3. تعريف الزواج شرعاً
13	4. تعريف الولاية شرعاً
15	ثالثاً: تعريف ولاية الزواج في القانون
15	3. تعريف الزواج قانوناً
16	4. تعريف الولاية قانوناً
16	الفرع الثاني: مراتب الأولياء في عقد الزواج
17	أولاً: مراتب الأولياء في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
17	3. ترتيب الأولياء من العصابات

18	4. ترتيب الأولياء من غير العصابات
20	ثانياً: مراتب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
20	1. ترتيب أولياء الراشدة:
21	2. ترتيب أولياء القاصرة
22	المطلب الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج
22	الفرع الأول: القائلون باشتراط الولاية في عقد الزواج وأدلتهم
22	أولاً: القائلون باشتراط الولاية في عقد الزواج
23	ثانياً: أدلة القائلين باشتراط الولاية في عقد الزواج
23	3. الأدلة النقلية
25	2. الأدلة العقلية
25	الفرع الثاني: القائلون بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج
25	أولاً: القائلون بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج.
26	ثانياً: أدلة القائلين بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج.
26	3. الأدلة النقلية
27	4. الأدلة العقلية
28	الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشتراط الولاية في عقد الزواج
28	أولاً: قبل التعديل
28	ثانياً: بعد التعديل
31	المبحث الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج وشروطها
31	المطلب الأول: أنواع الولاية في عقد الزواج
32	الفرع الأول: ولاية الإيجابار
32	أولاً: ولاية الإيجابار في الفقه الإسلامي
32	5. تعريف ولاية الإيجابار:
32	2. أساس ثبوت ولاية الإيجابار:
33	3. الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإيجابار:

33	4.الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجبار
35	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجبار في عقد الزواج
36	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
36	أولاً: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي
36	4.تعريف ولاية الاختيار:
36	5. لمن تثبت عليه ولاية الاختيار:
39	3.لمن تثبت لهم ولاية الاختيار:
39	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الاختيار في عقد الزواج
40	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج.
40	الفرع الأول: الشروط المتفق عليها
40	أولاً: الشروط المتفق عليها في الفقه الإسلامي
40	1-كمال الأهلية:
41	2-اتحاد الولي والمولى عنها في الدين
41	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الشروط المتفق عليها
41	الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها
41	أولاً: الشروط المختلف فيها في الفقه الإسلامي
41	1.الذكورة
42	2.العدالة
42	3.الرشد
43	4.الخلو من الإحرام
43	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الشروط المختلف فيها.
44	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني: حالات انتقال الولاية للأبعد	
47	المبحث الأول: مسألة عضل الولي
47	المطلب الأول: مفهوم العضل وحكمه
47	الفرع الأول: تعريف العضل

47	أولاً: تعريف العضل لغة
48	ثانياً: تعريف عضل الولي شرعا
48	1.تعريف الجمهور
49	2.تعريف المالكية
49	3.تعريف المعاصرين
50	ثالثاً: تعريف عضل الولي قانونا
51	الفرع الثاني: حكم عضل الولي
51	أولاً: الحكم الشرعي لعضل الولي
51	1.أدلة تحريم العضل من القرآن الكريم
52	2.أدلة تحريم العضل من السنة النبوية
52	3.أدلة تحريم العضل من الفقه الإسلامي
52	ثانياً: الحكم القانوني لعضل الولي
53	المطلب الثاني: شروط تحقق العضل وآثاره
53	الفرع الأول: شروط تحقق العضل
53	أولاً: شروط تحقق العضل في الفقه الإسلامي
53	1.أن تكون المرأة بالغة عاقلة
54	2.أن يكون الزوج أو الخاطب كفاء لها
54	3.أن يكون المهر مهر مثلها
55	ثانياً: شروط تحقق العضل في قانون الأسرة الجزائري.
55	الفرع الثاني: أثر تحقق العضل
55	أولاً: أثر تحقق العضل في الفقه الإسلامي
56	الرأي الأول: انتقال الولاية إلى السلطان
57	الرأي الثاني: انتقال الولاية إلى الولي الأبعد
59	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من تحقق العضل
60	المبحث الثاني: مسألة غياب الولي
60	المطلب الأول: أنواع غيبة الولي

60	الفرع الأول: الغيبة القريبة
60	أولاً: مذهب الحنفية
60	ثانياً: مذهب الحنابلة
61	ثالثاً: مذهب المالكية
61	رابعاً: مذهب الشافعية
61	الفرع الثاني: الغيبة المنقطعة
61	أولاً: الحنفية
63	ثانياً: المالكية
63	ثالثاً: الشافعية
63	رابعاً: الحنابلة
64	المطلب الثاني: حكم غياب الولي
65	الفرع الأول: حكم غياب الولي في الفقه الإسلامي
65	الرأي الأول: انتقال الولاية إلى الولي الأبعد
66	الرأي الثاني: انتقال الولاية إلى السلطان
68	الرأي الثالث: عدم انتقال الولاية إلى الغير
68	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من غياب الولي
68	أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من غياب الولي قبل التعديل
69	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من غياب الولي بعد التعديل
71	خلاصة الفصل الثاني
74	الخاتمة
79	فهرس الآيات القرآنية
80	فهرس الأحاديث النبوية
82	قائمة المصادر والمراجع
93	فهرس المواضيع
	ملخص

ملخص:

يتناول موضوع مذكرتنا الاحكام العامة للولاية في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ذلك أنه أثار الكثير من الجدل مؤخرا في الأوساط القانونية والقضائية حول مكانة الولي في عقد الزواج هل هو ركن يبطل العقد بفقده ام مجرد شرط فيه؟ وهذا الاشكال الذي تمحورت حوله دراستنا والاجابة عنه وتفكيك جزئياته اعتمدنا منها مقارنا بين الفقه الإسلامي(المذاهب الاربعة) وقانون الأسرة الجزائري، وقد قسمنا الدراسة الموضوع الخطة الى فصلين، يحتوي كل فصل على مبحثين حيث يتناول الفصل الأول منها الولاية في عقد الزواج حكمها وانواعها وشروطها أما الفصل الثاني حالات انتقال الولاية الابد. وقد خلصت الدراسة الى جملة من النتائج أهمها: أنه لاينبغي الاستهانة بمكانة الولي وضرورة حضوره في عقد الزواج لأنه بمثابة صمام الأمان والمحافظ على مصالح موليته وحريص على مستقبلها دون أن يتعسف في ذلك.

الكلمات المفتاحية: الولي-الزواج-العضل-البكر-الشيبة-الرضا.

Abstract

The subject of our memorandum deals with the general provisions of the guardianship in the marriage contract in Islamic jurisprudence and the Algerian family law, as it has sparked a lot of controversy recently in the legal and judicial circles about the position of the guardian in the marriage contract. And this problem that our study and answer focused on and its partial breakdown, we adopted a comparative approach between Islamic jurisprudence (the four schools of thought) and the Algerian family law, and we have divided the study of the topic into two chapters, each chapter contains two topics, where the first chapter deals with the mandate in the marriage contract Its rule, types and conditions, while the second chapter is the cases of the most distant guardian transfer. The study concluded with a number of results, the most important of which are: That the position of the guardian and the necessity of his presence in the marriage contract should not be underestimated, because it is a safety valve that preserves the interests of his financier and is keen on her future without abusing it.

Key words: guardian, intimate marriage, virgin, married , contentment