

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

الحقوق و العلوم السياسية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون أسرة

قسم الحقوق



أثر غياب الولي على صحة عقد الزواج دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون أسرة

إشراف الأستاذة

إعداد الطالبين

د/ شرفة سامية

- نوبيات سليم

- طبي سميحة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ.د./بوقرة العمرية	أستاذة التعليم العالي	جامعة المسيلة	رئيسا
د/سامية شرفه	أستاذة محاضرة	جامعة المسيلة	مشرفا و مقرا
أ.د محمد قاسمية	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	مناقشا

تاريخ المناقشة: 2024/06/05



ملحق بالقرار رقم 1082/2020... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): فوسيات سليم الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 2059557441 والصادرة بتاريخ: 2020-08-03
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم: العلوم القانونية والادارية
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: أثر غياب الولي على صحة عقد الزواج
دراسة مقارنة

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

التاريخ: 2020.10.15

توقيع المعني (ة)



ملحق بالقرار رقم10821..... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة):
الصفة: طالب، أستاذ، باحث
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم
المسجل(ة) بكلية / معهد
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها:
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2024/05/22

توقيع المعني (ة)

إهداء

إلى والدي العزيز أطل الله في عمره، الذي كان لي منه شرف الرعاية و التعليم...

و إلى روح والدي أسأل الله أن يرفع مقامها و يجعل مثواها عليين...

و إلى أبنائي إكرام و محمد و عبير و مريم أصلحهم الله و حفظهم و إلى إخوتي و أخواتي و كل

من كان لي عوناً...

و إلى كل الزملاء الذين سعدت بمرافقتهم في المشوار الدراسي

و أخيراً وليس آخراً أهدي هذا العمل المتواضع إلى رفيقة دربي و سندي

في حياتي أم البنين حفظها الله و جعلها وأبناءنا قرّة عين لنا في الدنيا و الآخرة

نوبيات سليم

إهداء

إلى والدي العزيزين أطال الله في عمرهما و يكرمهما في أعلى الدرجات، الذين كان لي منهما شرف
الرعاية و التعليم...

و إلى زوجي أسأل الله أن يحفظه و يطيل في عمره

و إلى بناتي إيناس و أسيل و شيماء و إلى مؤنساتي الغاليات كل من كان لي عوناً...

و إلى كل زملاء الذين سعدت بمرافقتهم في المشوار الدراسي

طبي سميحة

شكر و تقدير

إن خير ما يبدأ به المرء شكر الله تعالى فهو أهل الثناء و الحمد

فاللهم لك الحمد على نعمك التي أصبغت علينا و على توفيقك لنا لإنجاز هذه المذكرة

و إخراجها على هيئتها المقدمة

كما نتقدم بالشكر الموصول بأسمى عبارات التقدير و الاحترام للأستاذة الدكتورة

شرفة سامية على تكريمها و قبولها الإشراف على هذا العمل البحثي و التي لم تبخل

علينا بإرشاداتها و نصائحها و توجيهاتها.

دون أن ننسى أعضاء لجنة المناقشة الموقرين رئيسا و أعضاء، وإلى أعوان مكتبة الكلية وكل و إطارات

و مستخدمي كلية الحقوق بجامعة المسيلة

قائمة المختصرات

-ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري.

-م: ميلادي.

-ه: هجري.

-ص: صفحة.

-ط: طبعة.

-ب ت ط : بدون تاريخ الطبع.

-ب ت ن : بدون تاريخ النشر.

- ب د ن : بدون دار النشر.

مقدمة

إن عقد النكاح من العقود المهمة في حياة الناس، و لأهميته فإن الشريعة الإسلامية والنظم القانونية المختلفة قد عنت بهذا العقد أيما عناية، ففي الإسلام نجد أن الحق سبحانه وتعالى، لم يصف عقدا من العقود بما وصف به عقد النكاح، فقد وصفه بالميثاق الغليظ حيث قال تعالى: ﴿... وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (النساء، 21).

ثم إن الشارع الحكيم خص هذا العقد بمكانة رفيعة، و وضع له شروطا و ضوابط لتحقيق حكم و مقاصد غاية في النبل و الوجاهة، إذ أنه يتعلق بأكثر الأمور حساسية بين الرجال و النساء، و هو رابطة الوصال الفطري الذي يضمن استمرارية النسل و بقاء النوع البشري.

و من أعظم الضوابط الشرعية التي وضعها الشارع الحكيم لصيانة المرأة اشتراط الولي في نكاحها، لما في ذلك من الحفاظ التام على المرأة و كرامتها، و عفتها و طهارتها، و صيانة لأدبها و حياتها، إذ المرأة غالبا ما تحكمها العاطفة، و يغلب عليها الضعف.

ولأن الولي قد يغيب لسبب من الأسباب أو يفقد و تكون موليته في هذا الظرف بحاجة إلى عقد قرانها فتضطر إما إلى اللجوء إلى أحد أقاربها ليزوجها وفق ما يجيزه الشرع و يقتضيه القانون، أو انتظار عودة الولي فتقوتها فرصة الزواج إذا كان طلب يدها كفاء لها.

و تأتي أهمية الموضوع من عدة أمور منها:

- أن هذا الموضوع يتعلق تعلقا مباشرا بالحياة الاجتماعية للناس مما لا ينبغي التهاون والتساهل فيه.

- تبين آراء الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بغياب الولي أو عضله لموليته و ترتيب الأولياء.

- الحاجة إلى توضيح موقف المشرع الجزائري من المسائل المتعلقة بترتيب الأولياء و نقل الولاية من الولي الأقرب إلى غيره و مدى موافقته أو مخالفته لآراء الفقه الإسلامي في تلك القضايا و ما يرتبط بها، من أجل الوصول إلى استنباط قواعد قانونية قد تفيد المشرع الجزائري.

و تبرز أسباب اختيار الموضوع في النقاط التالية:

- الميول الشخصي لتبيين أهمية و خطورة مسألة الولي في عقد الزواج.

- أن هذا البحث يتعلق بأخطر العقود و هو عقد النكاح.

- الحاجة الملحة لمعرفة أحكام هذه المسألة خاصة للعاملين في السلك القضائي.

- ثبوت و جود الضرر الكبير الواقع على المولى عليها بسبب غياب وليها.

- الرغبة في جمع أطراف الموضوع و تحرير مسأله قدر الإمكان، لأهميته و احتلاله حيزا

هاما في الحياة العامة.

و تظهر إشكالية الدراسة في المقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية الأربعة مع ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج و ما يطرأ عن غياب الولي في هذا العقد. من حيث صورته و الآثار الناجمة عنه. و عليه يمكن طرح الإشكال التالي:

ما مدى تأثير غياب الولي على عقد الزواج فقها وقانونا ؟

و كمنهج للدراسة اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج المقارن و ذلك من خلال جمع المسائل المتعلقة بالولاية في عقد النكاح و غيبة الولي و وصف تلك المسائل و تحليلها تحليلا مقارنا بين المذاهب الفقهية الأربعة و قانون الأسرة الجزائري. وأيضا المنهج الاستنباطي في الوقوف على أهم النتائج التي تشير إليها الدراسة.

و قد استقيننا خلال البحث من بعض الدراسات السابقة بعد البحث و الاستقراء و السؤال من خلال دراستنا لموضوعنا و الفهارس العلمية و البحث في عدة مصادر و دراسات بحثية لم نطلع على بحث بهذا العنوان، و إن كانت هناك دراسات و بحوث تناولت جانبا أو أكثر من

جوانب الدراسة كماهية ولاية النكاح وأنواعها وترتيب الأولياء و مفهوم الغيبة و صورها و كذلك موقف المشرع الجزائري من مسألة الولاية بشكل عام و من أمثلة الدراسات السابقة:

(1)-الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصّص: " أحوال شخصيّة"، من إعداد الطالب عبد الله الشيباني، جامعة الشهيد حمة لخضر الواد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014 / 2015..كما تمت مناقشتها في العديد من المقالات العلمية ومذكرات الماستر أكاديمي والتي من بينها:

(2)- الدراسة الثانية هي بعنوان غياب وفقدان الولي وأثره على عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري العدد التاسع لمجلة القانون والمجتمع العدد الأول لسنة 2021 لكاتبه الأستاذ بوسحابة العيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أحمد دراية - أدرار - الجزائر.

وقد كانت أبرز العقبات هي قلة المراجع المفسرة لقانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى صعوبة تحميل بعض المراجع المفيدة من الانترنت نظرا لقيود حماية المنتج الفكري والثقافي كآليات حماية حقوق النشر، وعرضها للتسويق في المواقع الالكترونية. وكذلك افتقار مكتبة الجامعة فيما استطعنا استطلاعها للمراجع التي عالجت موضوع غيبة ولي التزويج بالذات.

أما الخطة في هذه الدراسة فقد قسمنا بحثنا إلى فصلين في الفصل الأول ماهية كل من الولاية وغيبة الولي في عقد الزواج، في المبحث الأول قمنا بضبط مفهوم الولاية في عقد الزواج تطرقنا فيه إلى تعريف الولاية و أدلة مشروعيتها، ثم إلى أقسامها و ترتيب الأولياء، ثم في المبحث الثاني تناولنا مفهوم غيبة الولي من حيث التعريف و الصور والأحكام، و في الفصل الثاني كان يدور محتواه حول أثر غياب الولي في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، ففي المبحث الأول عرجنا على مكانة الولي في عقد الزواج، عند كل فقهاء الشريعة، ثم في المبحث الثاني تم التطرق إلى أثر غياب ولي التزويج في القانون الجزائري، أبرزنا فيه أهم القيود الفقهية

والقانونية لعقد زواج بلا ولي ن ومدى تأثير المشرع الجزائري بالمناخ الدولي الداعي إلى التحرر والتقلت من القيم الدينية و الموروث الأخلاقي للشعوب.

الفصل الأول

ماهية الولاية و غيبة الولي في
عقد الزواج

الفصل الأول

ماهية الولاية و غيبة الولي في عقد الزواج

إن الولاية في النكاح هي مظهر من مظاهر تشريف و تكريم المرأة، فالشارع الحكيم نصب لها من يدافع عنها و يراعي حقوقها في عقد الزواج، لأنها لو تولته بنفسها لغلبتها العاطفة و الحياء مما ينجم عنه إسقاط الكثير من حقوقها، وعليه و حتى نغوص في أغوار هذا البحث و الذي يتعلق أساسا بغياب و فقدان الولي و مدى تأثيره على عقد الزواج، كان لزاما أن نمهد له بإلقاء نظرة دقيقة و مختصرة عن بعض المفاهيم المتعلقة بالولاية. وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول لبسط مفهوم الولاية أما الثاني فنخصصه لمفهوم غيبة الولي.

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن الولي في عقد النكاح فمنهم من جعله ركنا يندم الزواج عند عدمه، و منهم من جعله شرطاً في زواج الصغيرة فقط، أما القانون فاعتبر الولي شرطاً و قد فرق في ذلك بين زواج القاصر و الراشدة، و ما يهمننا في هذا المبحث هو معرفة مفهوم الولاية، من خلال التطرق إلى تعريفها و تحديد أنواعها في مطلب و أقسامها و ترتيب الأولياء في مطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف الولاية وأدلة مشروعيتها.

تقاربت تعريفات الفقهاء لمفهوم الولاية وهي من حيث الجملة لا تختلف كثيراً عن معناها الاصطلاحي واللغوي، وقد ورد تعريف الولاية بعدة تعريفات، حيث سنخرج أولاً على اللغوي منها، ثم نأتي على ذكر أنواع الولاية من خلال فرعين.

الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج.

أولاً: تعريف الولاية في عقد الزواج لغة.

الولاية - بكسر الواو و فتحها - النصر⁽¹⁾. قال سيبويه " الولاية - بالكسر الاسم، مثل

الإمارة و النقابة، لأنه اسم لما توليته و قمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا".⁽²⁾

وقال ابن فارس " وكل من ولي أمر آخر فهو وليه".⁽³⁾

ثانياً: تعريف الولاية في عقد الزواج اصطلاحاً.

(1) - إسماعيل بن حماد الجوهري " الصحاح"، تحقيق أحمد عبد الغفار عطار، ط 4، بيروت دار العلم للملايين، 1407 ج 1 ص 196.

(2) - نفس المصدر نفس الصفحة.

(3) - الرازي أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيقك عبد السلام هارون دار الفكر 1399 هـ.

1- تعريف الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

من التعريفات التي وردت في الولاية عند الفقهاء ما يأتي:

تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، و هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على أما عند المالكية فهي الأصرة الموجبة للإرث.

و في تعريف آخر: "سلطة شرعية لشخص في إدارة شأن من الشؤون، وتنفيذ إرادته فيه على

الغير⁽¹⁾ ومن الفقهاء المعاصرون الذين عرفوا الولاية نجد مصطفى الزرقا حيث عرفها بأنها:

"قيام شخص كبير على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية و المالية".⁽²⁾

التعريف المختار:

نرى أن التعريف الأنسب هو القول بأن الولاية: (هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره جبرا أو اختيارا).

فهذا التعريف جامع مانع - إن شاء الله - مع شموله لجميع أنواع الولاية من ولاية قاصرة و متعدية، خاصة و عامة، و ولاية على النفس و المال بالقول أو الفعل، جبرا أو اختيارا. سواء كانت هذه الولاية ثابتة من قبل الشارع مباشرة كالأب و الجد، أو مكتسبة كالوصي و الإمام و ناصره، يتولى النظر في شؤونه. و بهذا تظهر المناسبة بين التعريف اللغوي و الاصطلاحي، لأن ولي الشخص قريبه

2-تعريف الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

(1) - حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي. ط1 الرياض: دار بلنسية 1420هـ ص 27.

(2) - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 1، دار القلم دمشق، 1988، ص.843.

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في النكاح وإنما ذُكر الولي في عدة مواد، ففي المادة التاسعة مكرر من ق أ ج⁽¹⁾، اعتبر المشرع الولي شرطاً من شروط الزواج، فيما قيد سلطة الولي في تزويج القاصر أما المرأة الراشدة فقد منحها القانون حق إبرام العقد بنفسها و ذلك من خلال المادة 11 من ق أ ج⁽²⁾، ثم حد المشرع من سلطة الولي حينما نص في المادة الثالثة و الثلاثين على أن الزواج إذا تم بدون ولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل، و عليه يمكن تعريف ولاية التزويج في ق أ ج بأنها: سلطة يمكن من خلالها للولي مباشرة عقد زواج القاصر الذي في ولايته شريطة موافقته و ترخيص القضاء بذلك.

أما فقهاء القانون فتعريفهم للولاية مشتق من التعريف الاصطلاحي لها، فمحمد أبو زهرة مثلاً عرف الولاية في النكاح على أنها إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد.⁽³⁾

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الولاية في عقد الزواج.

أولاً: قال تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ (النور، 32).

وجه الاستدلال في الآية:

⁽¹⁾ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة، المعدل المرجع السابق، المادة 11 منه تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، بتولي زواج القصر أولياؤهم و القاضي وولي من لا ولي له.

⁽²⁾ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة، المعدل المرجع السابق، المادة 11 منه تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، بتولي زواج القصر أولياؤهم و القاضي وولي من لا ولي له.

⁽³⁾ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة، المعدل المرجع السابق، المادة 33 منه: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج دون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ الزواج قبل الدخول و لا صدق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

يقول الإمام القرطبي في تفسيره في المسألة الأولى من المسائل الواردة في هذه الآية: "هذه المخاطبة تدخل في باب الستر و الصلاح، أي: زوجوا من لا زوج له منكم، فإنه طريق التعفف، و الخطاب للأولياء. وقيل للأزواج. و الصحيح الأول، إذ لو أراد الأزواج لقال: ﴿وَ أَنْكِحُوا بِغَيْرِ هَمْزٍ، وَ كَانَتْ الْأَلْفُ لِلْوَصْلِ﴾⁽¹⁾

فالخطاب في قوله تعالى: ﴿وَ أَنْكِحُوا﴾ هو لأولياء النساء، و دلالته على اشتراط الولاية في النكاح⁽²⁾، و المراد بـ ﴿وَ أَنْكِحُوا﴾ قيل هم الأزواج، وقيل هم الأولياء من قريب أو سيد و الصحيح هم الأولياء.

و قوله تعالى: ﴿الْأَيَّامِ مِنْكُمْ﴾ و الأيم فيها قولان : الأول أنها التي توفي عنها زوجها و الثاني أنها التي لا زوج لها.⁽³⁾

ثانيا: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة، 232).

وجه الاستدلال في الآية:

هذه الآية حوت نهيا لأولياء النساء عن عضلهن ضرارا لهن في قوله تعالى: ﴿فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ منتهى كل قرء أو شهر، فإذا بلغن أجلهن : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ أي لا تحبسوهن، و في هذا الموضوع : منتهى العدة الوقت الذي وقته الله، ثم قال: ﴿تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، أي تزويجا

(3) - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن و المبين لما تضمنه من السنة و آي القرآن تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بمشاركة محمد رضوان العرقسوسي و محمد بركات - ط 1 1426 هـ/ 2006 مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ج 15 ، ص 229.

(2) - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية ط 1، المدينة المنورة ، مكتبة الملك فهد الوطنية 1423 هـ ص 83.

(3) - ابن عربي أحكام القرآن. منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان. ج 3 ص 390.

صحيحاً، و هو خطاب خاص موجه لأولياء النساء، ونهاهم عن الإضرار بهنّ إذا رغبن في نكاح أزواجهن.

و هناك وجه استدلال آخر للآية من الحديث: عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الأيم أحق بنفسها من وليها ... " (1). وهي التي لا زوج لها بعد زوجها. و دلالاته على اشتراط الولاية في الزواج تتمثل في:

- أن هذا الخطاب للرجال دون النساء.

- و منها أن الله خاطبهم بصيغة الأمر الدالة على الوجوب فدل على أنهم هم المكلفون بتزويجهم

- و منها أيضاً أن الله أمرهم بإنكاح نسائهم كما أمرهم بإنكاح عبيدهم وإمائهم، مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء، و أن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم، و لذلك قال " شيخ الإسلام" ابن تيمية، رحمه الله: " فخاطب الله الرجال بإنكاح الأيامي كما خاطبهم بتزويج الرقيق" (2).

ثالثاً: عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي". (3)

وجه الاستدلال من هذا الحديث:

استنبط هذا الحكم من الآيات و الأحاديث و التي استنبطها العسقلاني من خلال شرحه لصحيح البخاري لقوله تعالى: ﴿وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ (البقرة، 232). أي لا تمنعهن، و دخل فيه الثيب و كذلك البكر". و قوله: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ (البقرة، 221).

(1) - محمود محمد خليل كتاب النكاح ، باب استنثار السيد واستئذان البكر رقم 993 ج 2 ص 27.

(2) - العرفيمصدر سابق ص 69.

(3) - الجلال السيوطي كتاب جمع الجوامع المعروف ب: الجامع الكبير ، القسم الأول الأقوال، حرف اللام و الألف رقم الحديث ج 11 ص 608.

رابعاً: تظهر جليا حكمة مشروعية الولاية في الزواج كونها تتبع من أهمية النكاح نفسه، و ما يترتب عليه من آثار في حياة الإنسان، فمشروعيتها من تمام عناية الإسلام بهذا العقد وصيانتته و رفع مكانته و رعاية مقاصده، و لذلك أصبحت أهمية الولاية في النكاح من المكان المعروف عند المسلمين في مختلف عصورهم، و لا يرغب عنها ذوو الغيرة على أعراضهم و أنسابهم.(1)

المطلب الثاني: أقسام الولاية و ترتيب الأولياء .

بعد ضبط تعريف الولاية في عقد الزواج على أنها: سلطة شرعية تجعل الشخص قادرا على إنشاء عقد الزواج نافذا، لنفسه أو لغيره، يتبين أن الولي في عقد الزواج من صلاحياته مباشرة عقد الزواج لنفسه، أو مباشرته لغيره بإنابة من الشارع و في الحالتين (2) هو ولي على النفس، لأن ولاية التزويج تقع على النفس، و بهذا تنقسم الولاية في عقد الزواج إلى نوعين من الولاية: ولاية قاصرة، و ولاية متعدية، فما معنى كل منهما في الشريعة الإسلامية، و ما موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك؟

و للإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أقسام الولاية فقها و قانونا. الفرع الثاني: ترتيب الأولياء فقها و قانونا.

الفرع الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي و القانون.

إن ولاية التزويج، تتنوع من حيث ثبوتها لإنسان على نفسه، أو غيره إلى ولاية قاصرة و ولاية متعدية، و كل منهما، تندرج ضمن الولاية على النفس فما بيان كل منهما؟

أولاً: أقسام الولاية في الزواج فقها.

(1) - العوفي مصدر سابق ص 69.

(2) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (دار الفكر العربي، ط 2 1369 هـ - 1950 م)، ص 107 بتصرف.

1-الولاية القاصرة في عقد الزواج. و تسمى ولاية تزويج القاصرة، وهي ولاية الشخص على نفسه، ما دام أهلا للتعاقد⁽¹⁾، أو هي سلطة تزويج الإنسان نفسه، دون توقف على رضا أحد، و هذه الولاية مرتبطة بأهلية الأداء، فهي لا تنفك عنها مطلقا، فهذه الولاية إذا تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية، بالحرية و البلوغ والعقل، فمن تثبت له أهلية الأداء الكاملة، تثبت له من باب أولى الولاية القاصرة على نفسه، و من انتقلت عنه لم تكن له على نفسه ولاية، و عليه تثبت الولاية القاصرة في عقد الزواج للرجل البالغ الرشيد، فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، و على ما اتفقا عليه من مهر.

2-الولاية المتعدية في عقد الزواج. و هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره، أو هي السلطة أو الصلاحية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، و تولي إبرام العقد عليها، و هذه الولاية لا تثبت للإنسان إلا إذا تثبت له الولاية القاصرة على نفسه ، و منه فالولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة، و نجد أن الفقهاء لا يثبتون الولاية المتعدية إلا حين أثبتوا الولاية القاصرة.

إذن فالولاية المتعدية في عقد الزواج تخول للإنسان فضلا عن التصرف في شؤون نفسه، التصرف في شؤون غيره، و عليه اتفق الفقهاء على أنه إذا باشر الولي الشرعي، عقد زواج موليته البالغة العاقلة الرشيدة برضاها و بإذنها، كان هذا العقد صحيحا و نافذا.

ثم أن ولاية التزويج المتعدية تكون: عامة كالتالي تثبت للقاضي، و خاصة كالتالي: تثبت للأب أو الجد، كما تكون ذاتية تثبت للشخص ابتداء، و لا تقبل التنازل من الشارع، سواء كان الغير وليا خاصا كالأب و الجد، أو وليا عاما كالسلطان. أما على وجه الخصوص: أو فيما يرجع إلى المولى عليه، فيقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى ولاية إجبار، و ولاية اختيار.

(1)- محفوظ بن الصغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. (رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله) كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية. جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 / 2009 م، ص 366.

أ- فأما ولاية الإجبار: و تسمى ولاية حتم و إيجاب عند الحنفية، و ولاية استبداد عند الجمهور، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه، و لا يشاركه فيه أحد.(1)

ب-وأما المالكية فقد قال عنهم ابن جزي في القوانين الفقهية :المسألة الثالثة : في ترتيب الأولياء: أما الذي يجبر فالأب ثم وصيه، وأما الذي لا يجبر فالقربة ثم المولى ثم السلطان , والمقدم من الأقارب الابن ثم ابنه وإن سفل ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه وقيل الأب أولى من الابن.

ثانيا: أقسام الولاية في الزواج قانونا.

أ- بالنسبة للولاية القاصرة:تعرض المشرع الجزائري لأهلية الأداء في ق أج. فحدد ذلك بالنسبة للرجل و المرأة سواء بتمام تسعة عشرة سنة.(2) و قرر ضرورة الترخيص من القاضي لزواج القصر و ذلك لفقدانهم الأهلية حيث نص على أنه" دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، بتولي زواج القصر أولياؤهم... ".(3)

ويستخلص من هذا كله، أن المشرع الجزائري، قَصَد اكتمال الأهلية بتمام التاسعة عشرة سنة، هو اكتمال أهلية عقد الزواج، و ليس أهلية صلاحية أن يكون كل منهما زوجا، لأنها لو كانت هذه الأخيرة هي المقصودة، لما أجازت المادة "07" الفقرة 2 للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة، إذا دعت لذلك مصلحة أو ضرورة، و هذا يعني أن القاصر يجوز له أن يكون زوجا، بما مؤداه أن السن المحددة في المادة "07" ليست سنا لاكتساب صلاحية الزواج، و إنما لاكتساب أهلية التعاقد.

(1)- أبو زهرة، المرجع السابق، ص 109.

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

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

* المادة 04 من ق أ ج الأسرة الجزائري تنص على أن " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ". فالملاحظ أن المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا، الذي يتم بين الرجل و المرأة، و ليس بين الرجل و ولي المرأة، نفهم من هذا أن المرأة و هي طرف في العقد تثبت لها الولاية القاصرة، و التي هي: سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، و هي تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية و البلوغ و العقل.

*المادة 10 الفقرة 01 من ق أ ج تنص على أنه: " يكون الرضا بإيجاب و من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر... ". و المقصود بالطرفين هما الزوجان، كما نص على ذلك ق أ ج على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "(1)، بمعنى أنه ينعقد الزواج بإيجاب و قبول ممن هما أهل لذلك و في ذلك إشارة واضحة من المشرع الجزائري إلى إثبات الولاية القاصرة في عقد الزواج لكل من الرجل والمرأة على حد سواء.

(ب) - وأما بالنسبة للولاية المتعدية: والتي لا تثبت للإنسان إلا إذا تثبت له الولاية القاصرة، و أن الولاية المتعدية هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره، أو هي سلطة تزويج الإنسان غيره، والتي تعرض لها المشرع الجزائري كالتالي:

* عند الكلام عن زواج القصر، حيث ذكر قأج على أنه: " ... يتولى زواج القصر أولياؤهم... " و هذا فيه إشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالولاية المتعدية.

* عند الكلام عن الولاية عموما، حيث نص قأج في المادة "81"، على أنه: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي... "، و كذلك في المادة "87" من القانون نفسه على أنه: " يكون الأب وليا، على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا... ".

(1) - المادة (09) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

وفي هذين المادتين كذلك إشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالولاية المتعدية. أما موقف ق أ ج من ولايتي الإجبار والاختيار، فيظهر في قوله: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁽¹⁾، فمن خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد منع ولاية الإجبار، التي تثبت على القاصرة، وأبدلها بولاية الاختيار.

و خلاصة القول أن موقف المشرع الجزائري من أنواع الولاية في عقد الزواج هو كالاتي:

- أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالولاية القاصرة بالنسبة للمرأة الراشدة، فأثبت لها تولى عقد زواجها بنفسها، لاكتمال أهليتها.
- و أما ولاية الاختيار المتعدية فقد أثبتتها على القاصرة فقط.
- أما ولاية الإجبار المتعدية، فلم يبق منها قانون الأسرة الجزائري إلا ما يقع على فاقد الأهلية أو ناقصها⁽²⁾.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري.

تقوم ولاية التزويج على صلة الولي بالمولى عليه، و قوة قرابته و درجته في ذلك، و شدة حرصه و شفقتة عليه، تحقيقا لمصلحته و مراعاة لحقوقه و حفاظا على سمعته، من أجل ذلك كله كان للأولياء في عقد الزواج ترتيبا، تنتقل به ولاية التزويج من الأقرب إلى الأبعد.

أولا: ترتيب أولياء التزويج في الفقه الإسلامي.

(1)- المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

(2)- المادة 81 من ق أ ج: من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأولياء في الزواج هم العصبية، يقول فضيلة الشيخ السيد السابق-رحمه الله- في كتابه فقه السنة¹:

“ذهب جمهور العلماء منهم مالك والثوري والليث والشافعي إلى أن الأولياء في الزواج هم العصبية وليس للخال ولا للإخوة لأم، ولا لولد الأم، ولا لأي من ذوي الأرحام ولاية”.

أما الأحناف فتنتقل الولاية عندهم إلى بقية الأقارب، فإن عدموا انتقلت إلى غيرهم عند الجميع. وعليه سنعرض لأصحاب الولاية من العصابات ثم غيرهم من أصحاب الولاية:

1- أصحاب الولاية من العصابات:

قال جمهور أهل العلم: لا ولاية لغير العصبية بالنفس، وهم أربعة عشر، الابن وابن الابن وإن نزل، والأب والجد من قبل الأب وإن علا، والأخ الشقيق، والأخ لأب وأبنائهما وإن نزل، والعم الشقيق والعم لأب وإن عليا وأبنائهما وإن نزل، والمعتق والمعتقة، وهم: الوارثون من الرجال ما عدا الزوج والأخ لأم. لأن الفقهاء في ترتيبهم للأولى والأقرب في الولاية قد يتفقون و قد يختلفون، لعدم علمهم بالأقرب، و من اتفاهم في هذا الموضوع تقديمهم الأب على الجد و الإخوة و الأعمام، و لكنهم اختلفوا في أيهم المقدم الأب أو الابن، والجد أو الإخوة ؟ فمن هم أصحاب الولاية من العصبية و ترتيبهم؟

أ- **عند المالكية:** هناك ولي مجبر و ولي غير مجبر، فأما الولي المجبر فالأب، أما الولي غير المجبر أو ولاية الإختيار فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدوة ثم العمومة، و كان الإمام مالك يقول: أولهم البنون، و إن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة لأب و أم ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة لأب و أم، ثم الأجداد لأب و إن علوا، ثم العمومة، ثم بنوهم وإن سفلوا.⁽²⁾

1- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 3، 1397 هـ، 1977م، ب ت ص.

(2)-التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي (ط 2 دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة الجزائر، 1431هـ/2008) ص126. (2)-نفس المرجع ص 26 بتصرف.

ب- **عند الشافعية:** الولي إما مجبر أو غير مجبر، فأما الولي المجبر فالأب و الجد. و أما الولي غير المجبر، فالأب و الجد وباقي العصابات و ترتيبهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة العمومة. و قال الشافعي لا ولاية للابن⁽¹⁾.

ج- **عند الحنابلة:** الولي عند الحنابلة إما مجبراً أو غير مجبر، فأما المجبر فالأب، و أما الولي غير المجبر: بقية الأقارب العصابات، الأقرب فالأقرب كالإرث، و ترتيبهم: الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة⁽²⁾، فأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها، ثم أبوه و إن علا ثم ابنها و ابنه و إن سفل ثم الأخ الشقيق، ثم لأب ثم أولادهم ثم العمومة ثم أولادهم و إن سفلوا.

د- **عند الأحناف:** الولاية عندهم هي ولاية إجبار فقط، و تثبت للعصبة الأقرب فالأقرب: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، أي: الابن و ابنه و إن نزل، الأب و الجد و إن علا، الأخ الشقيق و الأخ لأب و أبناءهما و إن نزلوا، و العم الشقيق و العم لأب و أبناءهما و إن نزلوا، و عند الاجتماع يقدم الأب تعظيماً و احتراماً له.

في ولاية الإجبار الأحناف يقدمون الابن، و في أحد قولي أبي حنيفة يقدم الأب، لأنه من قومها و هو أشفق عليها، و أما الابن فليس منهم، ألا ترى أنه ينسب إلى أبيه⁽³⁾ و أما في ولاية الاختيار فهناك قولان:

القول الأول: ذهب المالكية و الحنفية إلى تقديم الفروع على الأصول في ولاية النكاح. بمعنى أنهم قدموا الأبناء و أبناء الأبناء على الأب، في المشهور من المذهب، و روى المدنيون عن مالك مثل قول الشافعي، و أن الأب أولى من الابن و هو أحد قولي أبي حنيفة.

(3) - التواتي بن التواتي المرجع سابق ص 27.

القول الثاني: ذهب الشافعية و الحنابلة إلى تقديم الأصول على الفروع، فيقدمون الأب و الجد على الابن و ابن الابن، كما هو عند الحنابلة، بخلاف الشافعية الذين يقولون لا ولاية للابن و لعل الراجح هو القول الثاني، الذي يرى أصحابه تقديم الآباء على الأبناء، و ذلك لأن الأب أكثر شفقة و مراعاة لمصلحة المرأة من الابن. و الأب و الجد هما الأكثر نظرا و رعاية لمصالح المولى عليه و هذا ما ذهب إليه الإمام مالك في رواية المدنيين عنه و هو أحد قولي أبي حنيفة.

و الخلاصة أن الأب مقدم في أصحاب ولاية التزويج من العصبه دائما، سواء في ولاية الإيجار، كما هو عند المالكية والشافعية والحنابلة، وأحد قولي أبي حنيفة، أو في ولاية الاختيار، كما هو مرجح بين القولين السابقين خاصة بعد الجمع و التوفيق.

2- أصحاب الولاية من غير العصبات:

يرى جمهور الفقهاء أنه لا ولاية لغير العصبه بالنفس، أي ليس للخال و لا للإخوة لأم، و لا الولد لأم ولا لأي من ذوي الأرحام ولاية.⁽¹⁾ بخلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة بانصراف الولاية إلى الأقارب حسب قوة قرابتهم، فإن عدموا انتقلت الولاية إلى السلطان عند الجميع، فإن لم يوجد فرجل من جماعة المسلمين على رأي المالكية و الحنابلة، فمن هم أصحاب الولاية من غير العصبه و ترتيبهم؟

- **الوصي:** قال به المالكية و الحنابلة في ولاية الإيجار بعد الأب، فهو يأتي عند هؤلاء في الدرجة الأولى من أصحاب الولاية من غير العصبه.

- **الكافل:** قال به المالكية خلافا للجمهور، و هو ما قام بتربية الفتاة و هي صغيرة حتى بلغت عنده مدة توجب الحنان و الشفقة عليها عادة.

(1) - سيد سابق فقه السنة (د.ط.د.ص) دار الجيل بيروت 1416هـ، 1995.

- **ذوو الأرحام:** عند الجمهور أولياء النكاح هم العصابة، و ليس لذوي الأرحام ولاية، أي لا ولاية لغير العصابة بالنفس فإن عدموا انتقلت إلى السلطان، إلا في حالة الوصي عند المالكية و الحنابلة و الكافل عند المالكية.

أما عند أبي حنيفة فإن ذوي الأرحام من الأولياء، أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصابة، فالولاية للأب، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من الأصول، انتقلت الولاية إلى الفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، و تقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها، ثم الجد الرحمي، أب الأم، ثم الأخوال و الخالات و أولادهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام انتقلت الولاية إلى القاضي.

- **السلطان:** لا خلاف بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أوليائها أو عضلهم، و به يقول مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أصحاب الرأي. و لا يريد أهل العلم بالسلطان إمام المسلمين و حده و إنما يريدون به إمام المسلمين و ولاته و نوابه و قضاته، و هذا لقول النبي صلى الله عليه و سلم:

"... فالسلطان ولي من لا ولي له".⁽¹⁾

- **رجل من المسلمين:** إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، و لا ولي لها مطلقا، فلرجل من المسلمين، أي زوجها رجل عدل بإذنها⁽²⁾ و هذا عند المالكية و الحنابلة. و الخلاصة في ترتيب أصحاب الولاية من غير العصابة، عند عدم وجود العصابة كالاتي:

(1)- فإن اشترجوا فالسلطان ولي من لا ولي له الروداني محمد بن سليمان المغربي كتاب جمع القران من جامع الأصول و مجمع الزوائد كتاب النكاح - الأولياء و الشهود و الاستئان و الكفاءة رقم الحديث 4121 ج 2 ص 114
(2)- محفوظ ابن الصغير - الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري (رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله) كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر. باتنة 2009/2008 ص 397.

ثانيا: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري.

جعل المشرع الجزائري الأب في المرتبة الأولى في ترتيب الأولياء في عقد الزواج، و هذا بلا شك يوافق القول الراجح في الشريعة الإسلامية، ثم أجمل القول في بقية الأولياء بعد الأب، و ميز بين المرأة الراشدة و القاصرة في تحديد الأولياء و مراتبهم و عليه سنتطرق إلى ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة أولا ثم ترتيبهم بالنسبة للبنت القاصرة ثانيا.

1- ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة:

نص المشرع الجزائري في المادة "11" الفقرة الأولى على انه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره". يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يفرق بين المرأة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا، كما فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم كل منهما،⁽¹⁾ لكنه حدد أولياء المرأة الراشدة في عقد الزواج و مراتبهم كما يلي:

- **الأب:** يأتي في الدرجة الأولى كما هو في الشريعة الإسلامية، لأن الأب هو الأكثر شفقة و حنانا و مراعاة لمصلحة ابنته، ثم تأدبا معه و احتراما، و توقيرا له، أن يكون هو الولي على ابنته، في حال حضوره، و توفر شروط الولاية فيه، وقد ذهب إلى هذا المالكية و الأحناف.

- **الأقارب:** نص عليهم قانون الأسرة الجزائري في المادة "11" الفقرة الأولى في عبارة " أحد أقاربها"، فالملاحظ أن العبارة يكتنفها الغموض، و منه فهي لم توضح لنا من هؤلاء الأقارب، هل يقصد بهم قرابة العصبية، أم ذوو الأرحام أم هما معا، و لكن بالرجوع إلى نص المادة "222" من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا

(1) - محفوظ بن الصغير المرجع السابق ص 368.

القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " نجد أنها لم تبين لنا المذهب الذي يرجع إليه.

- شخص آخر، و هو المنصوص عليه في المادة "11" الفقرة الأولى على أنه: " ... أو أي شخص تختاره " و هي عبارة يكتنفها الغموض كما هو ملاحظ. لكن لما نرجع إلى نص المادة "222" من ق أ ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و التي ورد في أحكامها أن المرأة تختار وليا رجلا من جماعة المسلمين إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، و أما بالنسبة لترتيب الأولياء فهو كالاتي:

- جعلت الترتيب اختيارا بالنسبة للراشدة، و استبدلت معيار القرابة بمعيار الاختيار، حيث استعملت حرف العطف " أو " الذي يفيد التخيير لا الترتيب، و كذلك لفظ "تختاره" فيتساوى بذلك بين حضور الأب، وغيره ممن تختاره المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر تختاره، و هذا بلا شك مخالف لنصوص الشريعة.

- جعلت من عبارة " أو أي شخص تختاره "، تستدعي معرفة موقع هذا الشخص من قبل المرأة ليتولى تزويجها، و أسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد، و حكم تزويج الأبعد مع وجود الأقرب⁽¹⁾، و هذا لم توضحه العبارة السابقة و هو كذلك من الغموض.

1- ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة القاصرة:

نص ق أ ج في المادة "11" الفقرة 2 على أنه: " يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له "، يظهر جليا أن المشرع الجزائري لم يبين صراحة المقصود بالقاصر، هل هو عديم الأهلية أو ناقصها، لكنه حدد أولياء المرأة القاصرة في عقد الزواج، و مراتبهم كما يلي:

(1)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 399.

- الأب: كما في المرأة الراشدة نجد أن المشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في كون الأب يأتي في المرتبة الأولى في الولاية على المرأة، راشدة كانت أم قاصرة، و قد كان قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل لم يحدد الفرق المعترف بين الراشدة و القاصرة.

- الأقارب: نص قانون الأسرة الجزائري في المادة "11" الفقرة 2 فأجمل في بقية الأولياء الأقارب بعد الأب، في عبارة " أحد أقاربها الأولين " حيث لم يوضح لنا من هؤلاء الأقارب الأولين، هل هم القرابة من العصبية، أم ذوو الأرحام أم هما معا؟ و هذا ما تفسره المادة "222" من نفس القانون، على انه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه أحكام الشريعة الإسلامية "، لكن لم تحدد المذهب الذي يرجع إليه. - القاضي: نصت المادة "11" في فقرتها الثانية، في ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة: بعد الأب فأحد الأقارب الأولين و"القاضي ولي من لا ولي له"، وهنا الأمر واضح خاصة بالرجوع إلى نص المادة "222" من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و التي و رد في أحكامها أن القاضي يأتي دائما في آخر ترتيب الأولياء من غير العصبية في عقد الزواج.

أما بالنسبة لترتيبهم: نص القانون على ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة فجعله إجباريا حيث عطف بحرف العطف "ف" الذي يفيد الترتيب، و عبارة " يتولى " بدل عبارة " بحضور"، و كأن المشرع الجزائري أراد أن يميز بين ولايتي الإيجار و الاختيار، لكن بالرجوع إلى نص المادة "13" من نفس القانون بعد التعديل نجد أنها قد منعت ولاية الإيجار على القاصرة، أي لا يستطيع وليها الذي هو أبوها أن يتولى عقد زواجها إلا بعد موافقتها، و الترخيص لها من القاضي⁽¹⁾.

(1) - المادة "07" من قانون الأسرة الجزائري: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج... ".

ومنه تبقى سلطة الولي في تولي عقد زواج القاصرة مقيدة بإذنها، و الترخيص من القاضي لها، إلا أن المشرع قد حافظ على معيار القرابة في ترتيب الأولياء، بالنسبة للقاصرة لكن أطلق في عبارة " فأحد الأقارب الأولين " التي تشمل الأقارب من العصابة و من غير العصابة، و خاصة عند فقدان الأب، حيث يمكن أن تنتقل الولاية إلى الأم على مذهب أبي حنيفة، و هذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في نص المادة "87" التي ورد فيها: " يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا... " و كل ذلك بسبب الغموض الذي يكتنف عبارة " فأحد الأقارب الأولين "، و حتى بالرجوع إلى نص المادة "222" نجدها لم تبين المذهب الذي يرجع إليه في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني:

مفهوم غيبة الولي.

سبق الكلام عن مسالة ترتيب الأولياء، عن الميراث فالأخ يحجب من بعده عن الولاية كما يحجبه عن الميراث فالأخ يحجب ابن الأخ، و العم يحجب ابن العم، و هكذا، فإذا غاب الولي الأقرب، خاصة إذا كان مستوفيا لشروط ثبوت ولاية تزويج، و خشي فوات الكفاء على المرأة إذا انتظر حضوره، و قد يتعذر على المرأة التي لا ولي لها الزواج، إما لانعدامه أو بجهل مكانه أو بالتخلي عنها، لتجد نفسها أما موقف صعب للوصول حتى إلى القاضي، أو السلطان لتزويجها. و سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، يحوي الأول تعريف غيبة الولي و صورها و في المطلب الثاني أحكام الغيبة فقها وقانونا.

المطلب الأول: تعريف غيبة الولي و صورها.

لإبراز ماهية غيبة ولي التزويج يلزم المرور على تعريف غيبة الولي لغة و اصطلاحاً مع بيان حدها من خلال فرعين حوى الأول منهما تعريف الغيبة، و الثاني صور الغيبة بالتفصيل الآتي:

الفرع الأول: تعريف الغيبة.

أولاً في اللغة:

و قد اعتبر بعض الفقهاء أن الغائب من كانت حياته معلومة لعدم انقطاع خبره و هذا ما يميزه عن المفقود، كما يطلق الغائب على من غاب و كانت أخباره موصولة و حياته معلومة، و من الفقهاء من عرف الغائب أنه من غاب عن أهله مع تيقن حياته سواء كانت غيبته في مكان معلوم أو في مكان مجهول.

ثالثاً في القانون:

لم يعرف المشرع الجزائري الغائب و إنما عرف المفقود فقط. و أشار إلى الغائب الذي منعه ظروفاً قاهرة من الرجوع إلى مقر إقامته، و بمفهوم المخالفة للمادة 109 من ق أ ج الجزائري يمكن تعريف الغائب أنه من غادر مقر إقامته و حياته معلومة و مكانه معلوم. أما من فقهاء القانون فقد عرف عبد الرزاق السنهوري الغائب أنه: " من تكون حياته محققة لكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه "(1). فيما هناك من عرفه أنه كل من توارى و بعد، و عليه فإن تعريفات الغائب تتقاطع في شرطين يتميز بهما الغائب عن المفقود و هما: معرفة حياته و أخباره موصولة غير منقطعة.

الفرع الثاني: صور الغيبة.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- ج 1- (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 285.

تتحصّر صور غيبة الولي إما في فقدانه أو غيابه، و هذا الأخير إما تكون فيه الغيبة قريبة أو بعيدة، لذا سنتطرق إلى فقدان الولي ثم لغياب الولي، مع العلم أننا نقصد بالغياب المفهوم الضيق الذي يخرج منه فقدان. كل ذلك من الناحيتين الشرعية و القانونية.

أولاً: فقدان.

1- فقدان في الشريعة الإسلامية:

تعددت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمفهوم المفقود و إن كانت تصب في قالب واحد و عليه سنتطرق لأهمها:

- عرف الرضّاع المفقود على أنه: " من انقطع خبره و يمكن الكشف عنه "(1). فيما عرفه صاحب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر أنه الغائب الذي لا يعلم مكانه و لا حياته و لا موته "(2).

و غير ذلك من التعريفات، أما من التعريفات المعاصرة للمفقود نجد كذلك تعريف الصادق بن عبد الرحمان الغرياني المفقود أنه من يغيّب فينقطع أثره و لا يعلم خبره.(3)

أما بخصوص أنواع المفقود فالحنفية و الشافعية لم يعطوا تقسيماً للمفقود و جعلوا فقدان صنفاً واحداً تتركب عليه جميع أحكامه، في حين أن المالكية قسموا المفاقيد إلى خمسة و جعلوا لكل أحكامه، بينما الحنابلة قسموا المفقود إلى نوعين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة و مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، حيث يختلف الحكم باختلاف نوع الغيبة.

(1)- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضّاع، شرح حدود ابن عرفة الموصوم إلى بداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية- القسم الأول- دار الفكر الإسلامي، بيروت لبنان. ب ت س ط- ب ت ص.

(2)- عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندي مجموع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - ج1- دار إحياء التراث العربي (ب ت ط) بيروت لبنان ص 312.

(3)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني ، الأسرة، دار ابن حزم، بيروت - لبنان- طبعة دار ابن حزم الأولى، 2007 ص

2- فقدان في القانون الجزائري:

نجد أن ق أ ج قد نظم أحكام المفقود و الغائب في الفصل السادس من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، و ذلك في المواد من 109 إلى 115 ق أ، كما عرف المفقود في المادة 109 منه. على أن المفقود " هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".⁽¹⁾ ومن تحليل نص المادة نجد أنه يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري كل من غاب عن أهله وانقطع خبره ، فلا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أم أنه مات، و أيضا يكون مجهول المكان كما أنه لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بفقدانه . استنادا لهذه الاعتبارات من اختفاء الشخص أو انقطاع أخباره لمدة طويلة، فإن احتمال وفاته يرجع على احتمال حياته. و بالتالي يعتبر الشخص مفقودا إذا كانت الظروف المحيطة باختفائه و عدم ظهوره تفيد حتما هلاكه".⁽²⁾

و من حيث أنواع المفقود فالمشرع الجزائري قسم المفقود إلى نوعين مفقود في غيبة ظاهرها السلامة و مفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية،⁽³⁾ كما أن الظروف التي مرت بها الجزائر دفعت المشرع إلى إصدار نصوص خاصة غطّ فيها الطرف عن قانون الأسرة و تتمثل

(1) - القانون 84-11 المعدل، المادة 109: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، و لا موته من حياته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم.

(2) - محمد أبو زهرة أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي طبعة 1963- القاهرة، مصر- ص 220.

(3) - القانون 84-11 المعدل السابق الذكر، المادة 113 منه.

في جملة من الأحكام تعالج مفقودي فيضانات باب الوادي.⁽¹⁾ و الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس.⁽²⁾ ومنها ما يخص مفقودي المأساة الوطنية.⁽³⁾

ثانيا: غياب الولي.

1- مفهوم الغائب في الفقه الإسلامي.

فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الغائب و المفقود و جعلوا لكل منهما أحكامه، فبعض الفقهاء اعتبروا أن الغائب من كانت حياته معلومة لعدم انقطاع خبره و هذا ما يميزه عن المفقود كما يطلق الغائب على من غاب و كانت أخباره موصولة و حياته معلومة، و من الفقهاء من عرّف الغائب بأنه من غاب عن أهله مع تيقن حياته سواء كانت غيبته في مكان معلوم أو في مكان مجهول.

و قد قسم الفقهاء أيضا الغيبة إلى غيبة قريبة و أخرى بعيدة، فالأولى هي التي يكون فيها الغائب في مكان يمكن الاتصال به، حيث اختلف الفقهاء في حدها فمنهم من حددها بمسافة القصر⁽⁴⁾، و منهم من حددها بمسير يوم و ليلة و منهم من زاد على ذلك.

(1)- أمر مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق لـ 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق لـ 28 فبراير 2002.

(2)- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 هـ الموافق لـ 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 37 الصادرة في 14 ربيع الثاني 1424 هـ الموافق لـ 15 يونيو 2003.

(3)- الأمر رقم 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37 مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق لـ 15 يونيو 2003).

(4)- رجح شيخ الإسلام ابن تيمية أن مسافة القصر هي ما تعارف عليه أهل البلد أنه سفر في عرفهم، وأن تلك المسافة لم يرد تحديدها في دليل شرعي، و أن أقوال الفقهاء في تحديدها بمسافة معينة لا دليل عليها.

أما الغيبة البعيدة و التي يعبر عنها بعض الفقهاء بالغيبة المنقطعة، فقد عرفها ابن قدامة أنها الغيبة التي يكون فيها الغائب في مكان لا تصله الرسائل، و قيل الغيبة غيبة منقطعة إذا كان الغائب في مكان يبعد أكثر من مسافة القصر، و بمعنى آخر إذا كان في مكان يقدر إذا تم استطلاع رأيه بفوات الكفاء الخاطب الحاضر، فيما مثل البعض غيبة الانقطاع كمن خرج في المغازي(1) إلى بلد بعيد مثل طنجة و أقام فيها، و سميت هذه الغيبة المنقطعة لأن الولي الغائب تعذر مراجعته فينقطع عن إمكان تزويج من في ولايته.(2)

2- مفهوم الغائب في القانون.

لم يعرف المشرع الجزائري الغائب و إنما عرف المفقود فقط، و أشار إلى الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقر إقامته.

و بمفهوم المخالفة للمادة 109 من ق أ ج يمكن تعريف الغائب أنه من غادر مقر إقامته و حياته معلومة و مكانه معلوم، أما من فقهاء القانون فقد عرف عبد الرزاق السنهوري الغائب أنه: " من تكون حياته محققة لكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه"(3). مع عدم إغفال الفرق البين بين من لم يقدر على الرجوع لموطنه و بين من ترك أسرته و كان في ذلك مفرطاً مرتكباً لمحذور.

المطلب الثاني: غيبة الولي في عقد الزواج بين الشريعة و القانون.

إن المبدأ الذي تقوم عليه الولاية هو التضامن في تحمل مسئوليات هذا العقد، الذي لا تنصرف آثاره على الزوجين فقط بل تتعداهما إلى الأهل و الأولياء، و ذلك إما تكريماً و اعتزازاً

(1)- المغازي مواضع الغزو و قد تكون الغزو نفسه - لسان العرب لابن منظور ص 3254.

(2)- موفق الدين أبي أحمد من محمد ابن قدامة، المغني - ج 9- تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 3، 1417 هـ / 1997م، ص 385-386.

(3)- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، المادة 10 منه.

أو عارا وحطة. و لكن قد يغيب الولي الأقرب أو يفقد و ترغب من هي في ولايته في عقد قرانها، فهل تؤول الولاية إلى من يليه في الترتيب أم كتب عليها انتظاره حتى يعود؟

الفرع الأول: غيبة ولي التزويج في الفقه الإسلامي.

أولا المالكية: قسم المالكية فقدان أو غياب الولي عن عقد الزواج إن كان الولي مجبرا أو غير مجبر على النحو التالي:

أ- غياب أو فقدان الولي المجرر: إذا فقد أو غاب الولي المجرر فإن الحكم عند المالكية يكون بحسب نوع الغيبة، بحيث إن فقد الولي المجرر أو غاب غيبة بعيدة فينتقل الحق للحاكم الذي يجوز له أن يزوج المجررة إن كانت بالغة أو خيف عليها الفساد⁽¹⁾، أما إذا كانت غيبته غيبة قريبة معلومة المكان فلا يجوز تزويج المجررة لعلة إمكانية الاتصال بالولي، فحكمه حكم الحاضر و بالتالي إن زوجت فسخ العقد، إلا إذا كان الطريق المؤدي إليه غير آمن و خيف عليها الضياع أو الفساد فحينئذ جاز للحاكم أن يزوجها.

ب- غياب أو فقدان الولي غير المجرر: إذا فقد أو غاب الولي الأقرب غير المجرر جاز للحاكم أن يزوجها و إن زوجها الولي الأبعد الحاضر فإن زواجها صحيح.⁽²⁾

ثانيا الأحناف: اعتبروا أنه إذا غاب الولي و كانت غيبته غيبة منقطعة بحيث لا ينتظر الكفاء الخاطب جوابه انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد،⁽³⁾ المقصود عندهم بالغيبة المنقطعة هي الغيبة التي قدرها مسافة القصر، علما أن الغيبة المنقطعة تشمل غياب الشخص أو فقدانه.

(1) - الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي و أدلته - ج 3- مؤسسة المعارف بيروت- لبنان- ط3، 1426 هـ / 2005م، ص 222.

(2) - المرجع السابق ص 8.

(3) - محمد بن الشيخ بن سليمان المعروف بداماد أفندي، المرجع السابق، ص 329.

ثالثا الشافعية: فقالوا إن كان الولي الأقرب مفقودا لا تعرف حياته من مماته انتقلت الولاية إلى السلطان، أما إن كان غائبا معلوم المكان فإن كان على بعد مسافة القصر زوج المرأة السلطان أيضا، أما إن كانت غيبته دون مسافة القصر فهناك روايتان أصحهما أنها لا تزوج حتى يراجع الولي أو يوكل⁽¹⁾.

رابعا الحنابلة: عندهم إذا غاب الولي الأقرب غيبة معتبرة انتقلت ولاية النكاح إلى الولي الأبعد فإن لم يوجد فالسلطان، و الولاية المعتبرة عندهم هي التي لا يصل فيها الكتاب إلى الغائب أو يصل فلا يجيب، و قد اختلفوا في حد ذلك فقول مسافة القصر و قيل إذا كان لا تصله القوافل في السنة إلا مرة أو كان في مكان لا يقطع إلا بكلفة و مشقة، أما إذا كان في مكان لا توجد فيه الغيبة المعتبرة فإن الولي ينتظر و يرأسل حتى يحضر أو يوكل من يقوم مقامه⁽²⁾. و الظاهر أن الحنابلة يعتبرون أنه في حالة غياب الولي غيبة بعيدة أو فقده تنتقل ولاية النكاح إلى الولي الأبعد فإن لم يوجد فتنقل إلى السلطان.

الفرع الثاني: غيبة ولي التزويج في القانون الجزائري.

قصر المشرع الجزائري الولي كشرط في الزواج على القاصر، و أن زواج هذا الأخير لا يكون إلا للضرورة و يرخسه القضاء، غير أن المشرع أغفل مسألة غياب الولي أو فقدانه على ابنته القاصر و وجدت ضرورة لنكاحها، و على سبيل المقارنة فإن المشرع الأردني حسم هذه المسألة حيث نص على انتقال الولاية إلى الولي الأبعد إذا كان في انتظار هذا الأخير تفويت

(1) - الإمام النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين - ج7- إشراف: زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان- ط2 1412 هـ 1991م، (صص 68، 69).

(2) - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله أحمد الخرقى - ج 2- قدم له و وضع حواشيه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان- الطبعة الأولى، 1423 هـ/2002 م (صص 334 و 335).

الفرصة على المخطوبة⁽¹⁾، و هو ما ذهب إليه المشرع السوداني أيضا⁽²⁾. وعليه و بناء على المادة 222 من ق أ ج فإن القاضي يرجع إلى الشريعة الإسلامية، فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في هذه المسألة حسب خلفية كل مذهب، فإذا أخذنا بالمذهب المالكي الذي هو المرجعية الدينية للجزائر نجد أن فقهاء المالكية فصلوا في المسألة حسب صفة الولي الغائب أو المفقود و كذا صفة المرأة محل الزواج و كذا نوع الغيبة، والظاهر أن توجه المشرع الجزائري في مسألة الولاية مؤسس على الفقه الحنفي الذي يعتبر فقد الولي الأقرب أو غيابه غيبة منقطعة بحيث إذا أنتظر فات على المرأة نكاح كفاء لها استخلفه الأبعد، و تقدير كل ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

(1)- قانون 15 عام 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردني، العدد 5578، الصادرة بتاريخ 06-02-2019 المادة 17 منه: إذا غاب الولي الأقرب و كان في انتظاره تقويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي.

(2)- قانون سنة 1991 بتاريخ 24-07-1991 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين المادة 35 منه: " إذا غاب الولي الأقرب و كان في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج فتنقل الولاية إلى من يليه".

الفصل الثاني

أثر غياب الولي في الشريعة
الإسلامية و القانون

الفصل الثاني:

أثر غياب ولي التزويج في الشريعة و القانون

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية قد عنيت بالزواج أيما عناية حيث أولى الإسلام عقد الزواج أهمية كبرى، و جعله من أوثق العقود و أقدها بين الناس، و أفردت له عددا جما من نصوص القرآن و السنة، واصفا إياه بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (النساء، 21).

و من مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أن جعلته عقدا أبديا، يقوم على أساس المودة و الرحمة و إحسان الزوجين و حسن المعاشرة، لذلك و مراعاة لمصلحة المرأة نصت الشريعة الإسلامية على الولي في عقد الزواج.

وعليه نخرج خلال هذا الفصل إلى مكانة الولي في عقد النكاح و آثار تخلفه في هذا العقد، مستعرضين أقوال الفقهاء و موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، مسلطين الضوء حول تكييفه للولي وذلك قبل تعديل هذا القانون و بعد التعديل، و مدى تأثره بالاتفاقيات الدولية و على رأسها اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة اختصارا باتفاقية "سيداو".

المبحث الأول:

مكانة الولي في عقد الزواج

قال الحق سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ (النساء، 28). هذا النص

الكريم يشير إلى حقيقتين:

أن الأحكام الشرعية جاءت لتخفيف مشاق هذه الحياة التي نحيها كي لا ينحدر المكلف إلى هاوية الرذائل، و لا إلى التقاطع و التناذب و عدم التآلف و التراحم، بلجم النفس عن شهواتها و تربيتها على الخير و المحبة و التواد، فإن الحياة لا تكون هينة إلا في هذا الإتجاه الذي تجتمع عليه النفوس.

و الحقيقة الثانية أن الإنسان ينشأ في هذا الوجود ضعيفا لا يقوى على الإنفراد لمواجهة نوازع النفس من عواطف و ميول، حيث يتجلى بوضوح قول المولى عز و جل: ﴿... وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ (النساء، 28).

و لهذا الضعف الذي صاحب الإنسان منذ ولادته شرعت الولاية حتى يبلغ ويعقل و يعتمد على نفسه، و ذلك يتفاوت بتفاوت جنس الإنسان من ذكورة أو أنوثة، و لأن المرأة الطرف الأضعف فهي بحاجة إلى من يحيطها بالحماية و الذود و لا يتأتى لها ذلك إلا في ظل ولي يحوطها و يصونها قبل الزواج أو بعده.

و عليه سنطلع من خلال هذا المبحث على مواقف فقهاء الشريعة و القانون لمقارنة مواقفهم فيما يخص مركز الولي في عقد الزواج متناولين ذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مكانة ولي التزويج عند جمهور فقهاء الشريعة.

المطلب الثاني: مكانة ولي التزويج عند الأحناف.

المطلب الأول: مكانة الولي عند جمهور الفقهاء

ذهب جماهير فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا يجوز للمرأة مباشرة عقد زواجها مطلقا لا لنفسها و لا لغيرها إنما الولي هو الذي يباشر عقد زواجها، لكن لا يملك أحد تزويج البنت دون إذنها و رضاها فهي تشترك مع وليها في اختيار الزوج فالولاية إذن كما يقول البعض هي "ولاية شركة و اختيار".⁽¹⁾

كما ذهبوا إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها، إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج و ينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج، حيث جاء في بداية المجتهد و نهاية المقتصد " أن النكاح لا يصح إلا بولي، لا يُنكح المرأة إلا وليها " و جاء في المذهب " لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح " و في المغني " النكاح لا يصح إلا بولي، و لا تملك المرأة تزويج نفسها و لا غيرها و لا توكيل غير وليها في الزواج فإن فعلت لم يصح النكاح".

كما اتفقوا أيضا على أن الولاية القاصرة تثبت للرجل البالغ العاقل فإن زوج نفسه ممن يريد الزواج منها، كان زواجه هذا صحيحا و ليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدر منه ما دام أمرا مشروعاً.

أما المرأة البالغة العاقلة فإنه ليس لها أن تزوج نفسها و لا أن تزوج غيرها وأن الذي يزوجه هو وليها،⁽²⁾ و استدلوا على ذلك بمجموعة من الأدلة من الكتاب و السنة نذكر منها:

الفرع الأول: أدلة الجمهور من الكتاب.

(1) - محمد سلام منكور: الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر ط 1399 هـ ص 116.

(2) - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4 الدار الجامعية بيروت لبنان 1983، ص 275 و ما بعدها.

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾ (النور، 32).

و وجه الاستدلال في هذه الآية أنه لا يجوز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، لإضافة الأمر الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرج عنه في قوله: ﴿...وَأَنْكِحُوا...﴾ (النور، 32) للأولياء الرجال دون النساء، و قد قال القرطبي في كتابه الجامع لأحكام القرآن "فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، و لو كان إلى النساء لذكرهن " (1).

- و قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة، 232).

و وجه الدلالة من هذه الآية وجهان كما قال الماوردي في الحاوي الكبير أحدهما: " نهى الأولياء عن عضلهن و العضل المنع في أحد التأويلين فلو جاز لهن التفرد بالعقد لما آثر عضل الأولياء و لما توجه إليهم النهي".

و الثاني قوله في سياق الآية: ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ و المعروف هو ما تناوله العرف بالاختيار و هو الولي و الشاهدان (2) و كذا اعتبار الولي شرطا في الزواج، وأنه هو الذي يتولى و يباشر عقد زواج موليته دونها، و إلا لما عاتب الله ما منعه، أو لما كان لمنع الولي لعقدها اثر في صحته و لثبت للمرأة الإنفراد بعقد زواجها و مباشرته دون الحاجة إلى وليها.

- و قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ (البقرة، 221)، حيث تدل الآية على أنه يوجد خطاب للأولياء و كان الله سبحانه و تعالى قال لا تنكحوا أيها الأولياء مولاتكم من المشركين فدل ذلك أن الولاية لهم لا للنساء.

(1) - الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج 2

الطبعة السادسة دار المعرفة للطباعة و النشر بيروت لبنان.ص10 بتصرف.

(2) - نفس المرجع نفس ط ج 15 ص 229.

كما تدل الآية على أن الولي يشترط في الزواج لصحته، ومن ثم عدم صحة إنفراد المرأة بعقد زواجها بغير الولي للنهي الصريح الوارد في حق الأولياء بعدم تزويج المسلمات بالمشركين و لولا ثبوت هذا الحق لهم لما نهاهم الله عز وجل عن ذلك.

- أما قوله تعالى: ﴿... وَأَنْكُحُوهُنَّ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ...﴾ (النساء، 25)، فإن وجه الدلالة فيه هو جعل إذن الأولياء شرطاً في نكاح المرأة، فدل على بطلانه لعدمه.

- وقوله تعالى أيضاً: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ...﴾ (القصص، 27)، و استدلوا في الآية أن تولي عقد الزواج و مباشرته يكون للولي و لا حق فيه للمرأة بالإنفراد والانعقاد، لأن شعيباً عليه السلام هو من تولي تزويج ابنته⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أدلة الجمهور من السنة.

استدل القائلون باشتراط الولي في العقد من السنة بجملة من الأحاديث نذكر منها:

- ما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " لا نكاح إلا بولي " ⁽²⁾.
و وجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز إنفراد المرأة بعقد زواجها و مباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن⁽³⁾.

(1)- ابن العربي، أحكام القرآن. 1467/3.

(2)- ورد من حديث أبي موسى وعائشة وابن عباس وأبي هريرة وعمران بن حصين وأنس. أخرجه أبو داود(2085) والترمذي(1101) وابن ماجه(1881) والدارمي(217) وأحمد(4/394-413) والطيالسي(1554) وابن الجارود(701) (702) (703) (704) وابن حبان(1243-موارد) والدارقطني(3474) وابن حزم في المحلى(9/452) و البغوي في شرح السنة(5/32) والبخاري(8/110/310).

(3)- المتقي الهندي كتاب كنز العمال الباب 4 غي أحكام النكاح وما يتعلق به- الأول في الولاية و الاستئذان رقم الحديث 44638 ص 309.

- و ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل. فإذا دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فإذا اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽¹⁾.

و وجه الاستدلال من هذا الحديث أنه يعتبر الولي في الزواج شرطاً لصحة العقد لما للولي من حق مع المرأة في نفسها و من ثم عدم صحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها، و يتأكد ذلك بتكرار حكم العقد عند انفرادها به.

- و ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها"⁽²⁾.

و وجه الدلالة في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إنفراد المرأة بتزويج نفسها و من ثم عدم جوازها، بل و لا تزوج غيرها بولاية و لا وكالة لعدم صحة عبارتها في الزواج إيجاباً و قبولاً، و لأن من لا يملك تصرفه بنفسه لا يملكه لغيره من باب أولى.⁽³⁾

الفرع الثالث: أدلة الجمهور من المعقول.

النكاح له مقاصد شتى فهو أخطر عقد في حياة الإنسان حيث يتحقق به السكن و الاستقرار لكلا الزوجين، و إنجاب الأولاد و تربيتهم و المحافظة عليهم و تحصيلاً لهذه المصالح على الوجه الأكمل هو ألا تتولى المرأة عقد النكاح لأنه يتطلب خبرة و دراية بأحوال الرجال، لمعرفة من يصلح للزواج و من لا يصلح و هذا لا يتيسر للنساء لقلة خبرتهن و سرعة

(1)-أخرجه الأربعة إلا النسائي، وصححه أبو عوانة، وابن حبان، والحاكم.

(2)- المتقي الهندي كتاب كنز العمال الباب الرابع في أحكام النكاح و ما يتعلق به ، الأول في الولاية و الإستان. رقم الحديد 44645. ج 16 ، 310.

(3)- أنظر الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3 ص 160.

تأثرهن و انخداعهن و غلبة العاطفة عليهن مما يكون في المتعة العاجلة دون النظر إلى المستقبل.

كما أن أنوثة المرأة و ما يفترض أن تكون عليه من حياء يقتضي ابتعادها عن مجامع الرجال أو مشاركة الرجال في مباشرة عقد الزواج حتى لا ترمى بالوقاحة ناهيك عما يلحق أسرتها من آثار سلبية نتيجة زواج قد يكون فاشلا بسبب عدم الكفاءة. و عليه نجد أن الشريعة الإسلامية قد أقرت الولاية على المرأة في النكاح حفاظا على حقوقها في هذا العقد الأبدي و لذلك اعتبر جمهور الفقهاء أن المرأة مهما كانت صفتها لا يمكن أن تعقد زواجها بنفسها.

المطلب الثاني:مكانة الولي عند الأحناف.

أجاز الأحناف للراشدة أن تعقد أو تباشر عقد قرانها بنفسها غير أنه يستحب أن يباشر ذلك وليها، وحفظوا لهذا الأخير حق الاعتراض على العقد إن تم مع غير كفاء لها، و قد أخذ المشرع الجزائري برأي الأحناف بشيء من الإطلاق حيث أجاز للمرأة الراشدة عقد قرانها بنفسها و لم يقيد ذلك بحق الولي في الاعتراض في حالة زواجها من غير كفاء لها حيث اقتصر دوره على حضور عقد القاصرة فقط، كما هو واضح من خلال نص المادة 11 من ق أ ج.(1)

الفرع الأول: أدلة الأحناف من الكتاب.

يذهب الأحناف إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرة كانت أو ثياب بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، و إن كان يستحب لها تقديم و ليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها.

(1)- المادة 11 من القانون 84-11 الصادر في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

و استدلت الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بأدلة متعددة منها:

(1)- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة، 232).

و وجه الدلالة من هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين "

الأول: أن الله تعالى أضاف و نسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ﴾ و هذا صريح في أن الزواج صادر منها.

الثاني: أن الله نهى الأولياء عن منع المرأة من مباشرتها العقد إذا تراضى الزوجان.⁽¹⁾

(2)- قوله تعالى: ﴿...فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ (البقرة، 234).

و وجه الدلالة من الآية هو جواز فعل المرأة في نفسها و انتفاء شرط الولي لصحة العقد، و من ثم جواز انفرادها بعقدها على نفسها بنفسها.

(3)- قال تعالى: ﴿وَ امْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (الأحزاب، 50).

(4)- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا نَجْلَ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ صَنَّا أَنْ يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ..﴾ (البقرة، 230).

فقد دلت الآية على ثبوت إرادة المرأة في إجراء عقد الزواج و ذلك من جهتين:

الأولى: أن الله تعالى أضاف عقد الزواج للمرأة في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

(1)- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار التراث العربي- بيروت ، لبنان 1405 هـ ج 1، ص402 .

الثانية: أنه تعالى نسب التراجع في الزواج إلى الزوجين من غير ذكر الولي في قوله تعالى:

﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾، و من ثم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها. (1)

الفرع الثاني: أدلة الأحناف من السنة.

(1)- ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إنها صماتها ". (2)

و وجه الدلالة في الحديث من وجهين:

الأول: أن النبي صلى الله عليه و سلم شارك بين المرأة و الولي ثم قدمها عليه بقوله " أحق بنفسها"، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا باشرته و انفردت به دون غيرها.

الثاني: يدل الحديث بروايته صراحة على توقف العقد على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، و ليس من المعقول و لا المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص في صحة تصرف ثم يحكم عليه بالفساد إذا ما باشره بنفسه، و من ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها.

(2)- ما روي النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " ليس للولي مع الثيب أمر ". (3)

و وجه الاستدلال بالحديث أن فيه رفعا و منعا لولاية الولي عن المرأة، و من ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها لصحة عبارتها و لعدم اعتبار الولي شرطا في صحة العقد.

(1)- نفس المرجع ص 400.

(2)- محمود محمد خليل كتاب النكاح باب استئثار السيد و استئذان البكر، رقم الحديث 993 ج 2 ص 27.

(3)- محمد ناصر الدين الألباني كتاب التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان ، كتاب النكاح باب الولي رقم الحديث 4077 ج 6 ص 204.

(3)- ما روي عن أم سلمة - رضي الله عنها- أنها لما بعث النبي صلى الله عليه و سلم بخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ليس أحد من أوليائك لا شاهدا و لا غائب إلا سيرضاني"⁽¹⁾ فقالت لابنها: قم يا عمر فزوج رسول الله فزوجه.

و وجه الاستدلال من هذا الحديث تزوج أم سلمة- رضي الله عنها- النبي صلى الله عليه و سلم بغير ولي، لقولها: " ليس أحد من أوليائي شاهد "، يدل على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها و انعقاده بعبارتها بغير ولي أو وكيل.

الفرع الثالث: أدلة الأحناف من القياس و المعقول.

(1)- القياس: و يستدل به من جهتين:

الأولى: لما كان للمرأة البالغة الرشيدة أن تستقل بالبيع بغير إذن وليها، كبيع أمتها و هو تصرف في رقيبتها و سائر منافعها صح منها الانفراد بعقد زواجها و انعقاده بعبارتها لأنه عقد على بعض منافعها فصار أولى.

الثانية: قياس إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بثبوت إرادتها في إقرارها بالنكاح لصحته.

(2)- المعقول.

إن انفراد المرأة بعقد زواجها و مباشرته بنفسها لنفسها من التصرف في خالص حقها لكمال أهليتها بكونها عاقلة مميزة، و لهذا كان لها التصرف في المال و كذلك اختيار الأزواج

(1) ابن أبي عاصم كتاب الأحاد و المثاني لابن أبي عاصم - النساء - أم سلمة و أسمها هند رضي الله عنها رقم الحديث 3081 ج 5 ث 423 .

بالإتفاق، و كل تصرف هذا شأنه صحيحا، أما مطالبة الولي بتولي عقد الزواج فهو من باب
صيانة المرأة عن النسبة إلى الوقاحة.(1)

(1)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان-
الطبعة الثانية ط 21982. ج 2 ص 249.

المبحث الثاني:

أثر غياب الولي في القانون الجزائري

في هذا المبحث سنتطرق إلى ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ميرزين مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهب الحنفي بخصوص الولي في الزواج، ثم في المطلب الثاني نبسط الكلام حول تأثيره بالاتفاقيات الدولية و على رأسها اتفاقية سيداو.

المطلب الأول: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها بين الفقه الإسلامي و ق أ ج.

لما كانت كفاءة الزوج هي الأساس في الولاية الاختيارية، وهي شرط لصحة الزوجية عند من يقررون حرية اختيار الزوج من غير اشتراط وليها وهم الأحناف، وقد ضبط الفقهاء إمكانية تزويج المرأة لنفسها، في حالة ما إن كانت المرأة مما ليس لها ولي، أما إن كان لها ولي فلها أن تزوج نفسها عند الحنفية خاصة لكن بشروط أولها، أن تكون المرأة راشدة، على أن يبقى العقد غير نافذ حتى يجيزه الولي فإن لم يجزه بسبب عدم استيفاء شرط الكفاءة، أو أنها زوجت نفسها بأقل من مهل المثل لم يكتمل زواجها ولا ينفذ وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب:

الفرع الأول: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها في الفقه الإسلامي.

أولاً: ضابط رشاد المرأة

يرى الإمام أبو حنيفة أن البالغة الرشيدة لا ولاية لأحدٍ عليها، وعليه: فلها أن تزوج نفسها بأن تباشر عقد نكاحها بكرًا كانت أم ثيبًا، وحصَرَ الولاية الحقيقية في الصغيرة غير البالغة، وجعل الولاية على البالغة الرشيدة وكالةً وليست ولايةً، والرشيدة هي التي بلغت سبعة عشرة سنة على المشهور عند الأحناف.

فإن لم يكن لها ولي من العصابة بنسب أو ولاء زوجها الحاكم بأمرها و إن زوج المرأة الأبعد من أولياها و الأبعد حاضر فإن لم ينكر الأعد شيئاً من ذلك و لا رده نفذ، وإن أنكره و هي ثيب أو بكر بالغ يتيمة و لا وصي لها فقد اختلف قول مالك و أصحابه و جماعة من أهل المدينة في ذلك فقال منهم قائلون لا يرد و ينفذ لأنه نكاح انعقد بإذن ولي من الفخذ و العشيرة.¹

ثانياً، ضابط كفاءة الزوج .

مدلول الكفاءة: وأصل معناها اللغوي المساواة، فيقال هذا كفاء لذاك أي مساو له،⁽²⁾ و يراد بها في النكاح المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال فيها مفسداً للحياة الزوجية، و قد اختلف الفقهاء في هذه الأمور، ما بين أكثر منها، وما بين مقل. ومن أسس نجاح الزواج الكفاءة، ومعناها أن يكون الزوج كفوًا لزوجته، أي مساوياً لها في المنزلة، ونظيراً لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي والمالي ويسبق كل ذلك الدين. وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج فذهب ابن حزم إلى عدم اعتبار الكفاءة وقال: أي مسلم - ما لم يكن زانياً - فله الحق أن يتزوج أية مسلمة، ما لم تكن زانية، وذهب جماعة إلى أن الكفاءة معتبرة، لكن اعتبارها بالاستقامة والخلق خاصة، فلا اعتبار لنسب، ولا لصناعة، ولا لغنى، ولا لشيء آخر، فيجوز للرجل الصالح الذي لا نسب له أن يتزوج المرأة النسبية، ولصاحب الحرفة الدنيئة أن يتزوج المرأة الرفيعة القدر، ولمن لا جاه له أن يتزوج صاحبة الجاه والشهرة، وللفقير أن يتزوج الغنية ما دام مسلماً عفيفاً، فإذا لم يتوفر شرط

1- محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك

الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض البطحاء، ط 11398 هـ، 1978 م. ص 525.

2- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - ط 4 1425 هـ / 2004، مكتبة الشروق الدولية. جمهورية مصر العربية ج2، ص

791 بتصرف.

الاستقامة عند الرجل فلا يكون كفواً للمرأة الصالحة، ولها الحق في طلب فسخ العقد إن كانت بكراً وأجبرها أبوها على الزواج من الفاسق.

و البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من رجل أو أوكلت رجلاً بالتزويج فتزوجها أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة و زفر و أبي يوسف الأول سواء زوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء بمهر وافر أو قاصر غير أنها إذا زوجت نفسها من غير كفاء فلأولياء حق الاعتراض و كذا إذا زوجت بمهر قاصر عند أبي حنيفة خلافا لهما... .

3- مراتب الكفاءة لدى الأحناف.

ونتكلم الآن في المذهب الحنفي، حيث يرى أبو حنيفة وأصحابه وجوب المساواة في ستة أمور: هي النسب، و الإسلام، والحرية، والمال، والتدين، والحرفة.

أ- الكفاءة في النسب.

اتفق فقهاء الأحناف على أن الكفاءة في النسب معتبرة عند العرب، و ليست معتبرة عند غيرهم، لأن العرب هم الذين يحتفظون بأنسابهم، و هم الذين يتفاخرون بها، و لأن الكفاءة مبنية على العرف، و هذا عرف العرب دون غيرهم، و لأن الآثار التي أكدت صحتها و ثبوتها موجودة عند العرب دون غيرهم.

وليس كل عربي من غير قريش كفاً للقرشية، و العرب بعد ذلك كلهم أكفاء لبعضهم، و من هذا يتبين أن الأعاجم ليسوا أكفاء للعرب و أنهم لا اعتبار عندهم للكفاءة، و قد روي عن أبي يوسف أن المتقدم للخطبة إن اشتهر بفضل، أو أحرز من الفضائل المشهورة ما يجعله ذا مكانة بين الناس يصير كفاً للعربية، بل القرشية حتى الهاشمية، و قد رجح ذلك في المذهب الحنفي، و لذلك تقرر فيه أن العالم الأعجمي كفاء للقرشية العربية، بل العلوية الفاطمية، لأن شرف العلم فوق شرف النسب⁽¹⁾.

ب- الكفاءة في الإسلام.

(1)- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي- مدينة النصر القاهرة، ط 1994 ص 129 بتصرف.

الكفاءة في الإسلام تعتبر عند الأعاجم فقط، لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم بالإسلام، يقوم عندهم مقام النسب، و يروى أنه تفاخر جماعة من الصحابة بأنسابهم، و سلمان الفارسي منهم، فقالوا لسلمان: ابن من أنت؟ فقال رضي الله عنه " أنا ابن الإسلام" فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه، فبكى عمر و قال: " و أنا ابن الإسلام" و إذا كان فخرهم بالإسلام فقد اعتبر أساسا في نسبه بين المسلمين، فمن أسلم بنفسه ليس كفتا لمن لها أب في الإسلام، و من له أب في الإسلام ليس كفتا لمن لها أبوان، و من له أبوان كفاء لمن لها آباء، وذلك لأن التعريف بالأب والجد، فمن كان له أبوان، فإنه يكمل تعريفه.

وقد قال أبو يوسف أن من له أب واحد في الإسلام هو كفاء لمن لها آباء، لأن التعريف عنده بالأب فقط، فيكون التعريف كاملا به، و على ذلك يكون الاختلاف أساسه الاختلاف في التعريف، فمن اقتصر في تعريف الأشخاص على أب واحد فإنه يكتفي به، و من يوجب التعريف الكامل بأبوين اشترط في كمال الكفاءة بالإسلام لمن لها آباء فيه إسلام أبوين. و ترى من هذا أن ذلك الأمر مبني على العرف، و على التعريف بالأشخاص من غير دليل من كتاب أو سنة أو أثر عن الصحابة رضوان الله عليهم. و لا تعتبر الكفاءة بالإسلام عند العرب، لأن شرفهم كان بالنسب، فالعربي المسلم بنفسه كفاء لمن لها آباء في الإسلام.

ج- الكفاءة في الحرية.

وهي معتبرة عند الموالى فقط أي غير العرب، و ليست معتبرة عند العرب لأنه لم يقبل منهم إلا السلام و إلا كان المصير القتل.

الأصل في اعتبارها أن الرق يجلب عارا للأسرة أكثر مما يجلب ضعف النسب أو قرب الطبقة في الإسلام، و يلاحظ أنه يعتبر فيه ما اعتبر في الإسلام فالعبد ليس كفتا للحر. والمعنى ليس كفتا لمن لها أب في الحرية، ومن له أب في الحرية ليس كفتا لمن لها أبوان، ومن له أبوان فيها كفاء لمن لها آباء.

د- الكفاءة في المال.

عند الأحناف الكفاءة في المال هي أن يكون قادرا على المهر و النفقة، لأن من لا يقدر على مهر امرأته و نفقتها لا يكون كفئا، بل إنه لا يكون عادلا في زواجه إذا كان لا يستطيع الإنفاق على زوجته.

والمهر حكم من أحكام الزواج ومن لا يكون قادرا عليه لا يكون قادرا على أعبائه، وفوق ذلك النفقة تدفع بها حاجتها، فهي ألزم لها من النسب، وروي عن أبي يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاءة في المال، إنما الشرط القدرة على النفقة لأنها هي التي بها تدوم العشرة، و بها دوام العقد و استمراره غالبا. أما المهر فقد يكون قادرا عليه بقدرة أبيه أو أمه أو جده أو جدته. وروي عنه رواية أخرى، وهي أن يكون قادرا على تقديم ما جرى العرف بتعجيله.

هـ- الكفاءة في التدين.

النوع الخامس الكفاءة في الديانة أو التدين، والمراد تدين المرأة وصلاحها، فالفاسق ليس كفئا للصالحة بنت الصالح، فإن كان أبوها فاسقا، أو كان صالحا، وبنته ليست مثله، فالفاسق كفاء باتفاق فقهاء المذهب الحنفي.

واختلف النقل عن أئمة المذهب في اعتبار هذا النوع من الكفاءة، و أصح الروايات أن محمدا يرى اعتبارا إلا أن يكون مهيبا ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه، و لم يعتبر أبو حنيفة كفاءة التدين مطلقا، لأن الفسق قابل للزوال، و قال ذلك القول أبو يوسف إلا إذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس و لا يخفيه، ففي هذه الحال لا يكون كفئا للصالحة بنت الصالح،⁽¹⁾.

و- الكفاءة في الحرفة.

(1)- المرجع السابق، ص 134 بتصريف.

وهي بأن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبي الزوجة، و قد اعتبر هذا النوع من الكفاءة صاحبي أبي حنيفة و لم يعتبره هو، وروي عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة إلا أن تفحش كالحجّام و الدباغ و السائق و غيرهم من ذوي الحرف التي تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب الشأن في أعراف الناس.

ولا شك أن اعتبار هذا النوع من الكفاءة أساسه العرف، إذ أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة، و خصوصا إذا فحش الفارق بينهما، كالأمثلة السابقة، و إذا كان العرف هو الأساس في الاعتبار فيمنطقه يعتبر ذلك النوع.

والراجح ما ذهب إليه المالكية من اعتبار الكفاءة بالاستقامة والخلق على وجه الخصوص، وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ﴾ (الحجرات، 13) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ دِينَهُ وَخَلْقَهُ فَانكحوه، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ».¹ رواه الترمذي من حديث أبي حاتم المزني، وهو الذي رجحه ابن القيم فقال في زاد المعاد: فالذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبار الكفاءة في الدين أصلاً وكمالاً، فلا تزوج مسلمة بغير المسلم ولا العفيفة بما هو دونها .

ثانياً: ضابط مهر المثل.

يرى جمع من الفقهاء ومنهم الأحناف أن المهر حق خالص للمرأة فإذا أخذته فهو ملكها تتصرف فيه كيفما تريد، ولا يجوز لأحد أن يأخذ منه شيئاً إلا برضاها، وإذا لم تأخذه عاجلاً صار ديناً في رقبة الزوج ووجب عليه سداه في حياته، وإذا لم تأخذه في حياته أخذته بعد وفاته من تركته قبل تقسيمها، ويجوز للمرأة أن تتنازل عن مهرها لزوجها أو عن جزء منه برضاها بعد إقراره في العقد والنص عليه .وليس للمهر حد أعلى ينتهي إليه، بل يباح للمرأة

(4)- أبو عيسى الترمذي كتاب سنن الترمذي أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه رقم الحديث 1085 ج 3 ص 387.

المهر الكبير مهما عظم قدره طالما رضي الطرفان بذلك، كما أنه يجوز من غير أن يكون من غير المال كالمنافع ونحوها، كما ذهب الأحناف أيضا إلى أنه مقدر في حده الأدنى بقيمة معتبرة من المال دون غيره، وقدروا ذلك بعشرة دراهم، فلا يجوز أقل من ذلك، وأدلتهم في ذلك كثيرة من القرآن والسنة والمعقول، ووافقهم المالكية في أن المهر مقدر في حده الأقل، لكنهم قدروا ذلك بثلاثة دراهم.

رابعاً: الولاية على من لا ولي لها.

الأحق بولاية من لا ولي لها كاللقطة هو سلطان المسلمين أو من ينوب عنه كالقاضي مثلا لأنه ولي من لا ولي له.

وقد ذكر ابن قدامة المقدسي في المغني: { لا نعلم خلافا بين أهل العلم ، في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: { فالسلطان ولي من لا ولي له } . ولأن للسلطان ولاية عامة، كانت له الولاية في النكاح كالأب.

الفرع الثاني: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها في ق أ ج.

يظهر جليا من خلال تعديل المادة "09" من ق أ ج التي جاء فيها: **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** "أنه بعدما كانت في القانون القديم تنص على "يتم الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصادق" أن المشرع الجزائري قد اكتفى من خلال التعديل الأخير بإدراج الرضا بين الزوجين كركن، مكثفيا بجعل بقية العناصر المذكورة آنفا و المعتبرة كذلك من الناحية الشرعية في مرتبة الشروط و التي يثبت بدونها الزواج بعد الدخول بمهر المثل.

أما المادة 09 مكرر فأضافت لشروط الزواج شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج كالتالي: **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج ، الصداق، الولي، الشاهدان، شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج.**

أما المادة 11 فعدلت كالتالي: "تعقد المرأة الراشدة بحضور و ليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" حيث أسند المشرع مباشرة الزواج إلى المرأة الراشدة، خلافا لما كان عليه القانون القديم الذي لم يميز بين القاصرة و الراشدة.

فمن خلال ما سبق يمكن القول بأمن المشرع خفف بشكل ملموس من القيود التي كان ملقاة على عقد المرأة لزواجها بنفسها بأن اشترط الأهلية القانونية و المحددة بسن 19 سنة، و أيضا توافر عنصر الرضا و مهر المثل مع الشهود.

المطلب الثاني: دوافع المشرع الجزائري في إلغاء دور الولي في عقد الزواج.

يعتبر موضوع المرأة و مكانتها محل جدل كبير في عدة مجتمعات و عبر أزمنة عدة و قد صدرت في هذا الصدد عدة اتفاقيات دولية و مؤتمرات، و التي تؤكد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل في شتى المجالات.⁽¹⁾

و سنتناول من خلال فرعين إبراز أهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع المرأة، و تبين مدى تأثير اتفاقية سيداو على ق أ ج.

الفرع الأول: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

صدرت عدة اتفاقيات خاصة من الأمم المتحدة تنادي بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة من بينها الاتفاقية الدولية لحقوق السياسية للمرأة الصادرة سنة 1952.⁽²⁾

و الإعلان العالمي للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1967.⁽¹⁾

(1) - تتمثل الشريعة الدولية في ميثاق الأمم المتحدة الصادر سنة 1945 و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948 و العهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية الصادر سنة 1966.

(2) - اعتمدت و عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 640 (د-7) المؤرخ في 20 كانون الأول/ديسمبر 1952 تاريخ بدء النفاذ: 7 تموز/يوليه 1954، وفقا لأحكام المادة 6.

كما نجد أهم اتفاقية في هذا الإطار هي اتفاقية سيداو والصادرة في 18 ديسمبر 1979، والتي دخلت حيز التنفيذ في 03 سبتمبر 1981. و تجلى بوضوح تأثيرها متمثلا في التعديل الذي طال ق أ ج بموجب الأمر 02 / 05.

- تعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية متكاملة تتضمن حقوق المرأة فهي تهدف إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة و إزالة كل تمييز أو تفرقة ضدها، و تتكون هذه الاتفاقية من 30 مادة تنادي جميعها بالمساواة المطلقة بين الرجل و المرأة في جميع الميادين كما تؤكد على إلغاء مفهوم التمييز ضد المرأة.(2)

إن هذه الاتفاقية من أبرز الاتفاقيات الدولية التي تكرس مبدأ المساواة المطلقة بين المرأة و الرجل، و من خلال إلزام الدول الأطراف فيها بإلغاء و تعديل كل ما قد يشكل أي تمييز ضد المرأة في تشريعاتها الداخلية و من بين هذه الدول الجزائر.

و قد كان مركز المرأة في ظل قانون الأسرة القديم 84-11 يثير جدلا كبيرا لأنه لا يتماشى مع مقررات اتفاقية سيدوا، و فعلا هذا ما اعتمده الجزائر سنة 2005 عند إصدار الأمر 05-02 (3) الذي ألغى بعض النصوص من قانون 84-11 من أجل إعادة صياغتها ، وبما أن موضوع دراستنا يدور حول مركز الولي في عقد الزواج فإننا سنسلط الضوء مباشرة على مدى تأثير اتفاقية سيداو على مسألة الولي و كيف أثرت عليها من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: اتفاقية سيداو.

(1)- صادر عن هيئة الأمم المتحدة، لتحدد فيه آراءها بشأن حقوق المرأة. اعتمده الجمعية العامة في السابع من نوفمبر عام 1967. [1] مهد الإعلان السبيل لاتفاقية عام 1979 الملزمة قانونًا.

(2)- نهى القرطاجي، قراءة إسلامية لاتفاقية سيدوا، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان : أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية و الإعلانات و الاتفاقيات الدولية، جامعة طنطا. مصر 2008.

(3)- الأمر رقم 05-02 الصادر في 27 جانفي و المتعلق بتعديل قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 15.

إن المادة 16 من الاتفاقية تعطي للمرأة حق اختيار زوجها بكامل رضاها وأن يكون هذا الرضا حرا و كاملا، معنى ذلك أنه لا يجوز لأي كان التدخل في اختيار المرأة و بالأخص تدخل الولي أبا كان أو غيره، و بالتالي فالرضا يجعل من المرأة صاحبة القرار في زواجها، و الأكثر من ذلك فإنه يمنح لها سلطة تزويج نفسها بنفسها.⁽¹⁾ أي تولي عقد قرانها بنفسها دون وليها و لم يأت ذكر أي دور للولي،. بخلاف ق أ ج قبل التعديل الذي نص على " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له".

و بالرجوع إلى نص المادة 11 من الأمر 05-02 التي تنص على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" و المادة 07 منه " يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي لمن لا ولي له ". نجد المشرع الجزائري و من خلال تعديل قانون الأسرة قد كرس حق المرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها مع اشتراط حضور الولي سواء كان الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر⁽²⁾، و هذا للتوافق مع نصوص اتفاقية سيداو. و تظهر هذه الفكرة من خلال استعمال المشرع لحرف "أو" الذي يفيد حرية الاختيار التي تتمتع بها المرأة عند إبرامها لعقد زواجها بمن تختاره كولي لها، و على هذا الأساس أصبح دور الولي ضمن قانون الأسرة بعد التعديل سنة 2005 دورا شكليا يتمثل في حضوره فقط دون ممارسة أي سلطة على موليته، و أكثر من ذلك فإن الولي لا يمارس أي سلطة لا على موليته البالغة و لا القاصرة، فالبالغة لها سلطة الاختيار أما القاصرة فلها حق عدم إلزامها، و ذلك بعدم إجبارها على الزواج بشخص لا ترغب فيه و هذا ما يظهر جليا من نص المادة 13 من ق أ ج التي تنص على " لا يجوز للولي أيا كان

(1) -سمية بوكايس: المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة' مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان. 2013-2014 ص 28 بتصرف.

(2) - أحمد عبدو. رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية دورية فصلية، تصدر عن مركز البصيرة. الجزائر، العدد 10. سنة 2011-ص 60.

أو غيره إجبار القاصرة التي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

و من خلال ما سبق يظهر جليا الاختلاف بين الجانبين الفقهي و القانوني المتمثل في قانون الأسرة قبل التعديل و بعده، فجمهور الفقهاء يعتبرون تخلف الولي سببا لبطلان عقد الزواج، وعليه إذا زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها كان زواجها باطلا.(1)

أما من الناحية القانونية وجود الولي يعتبر شكليا ، فتخلفه يؤدي لفسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق المرأة الصداق و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى العقد ركن الرضا و الشروط الأخرى(2) حسب نص المادة 33 الفقرة الثانية من ق أ ج.

وكل هذا جاء استجابة لدعوات اتفاقية سيدوا، و تتبغي الإشارة إلى أن قد تحفظت مبدئيا على بعض نصوص الاتفاقية، وكان ذلك عام 1996.(3)

و منه نلمس بشكل واضح أن اتفاقية سيداو قد أثرت على أحكام ق أ ج من خلال التعديل المذكور، و ذلك بهدف تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة على جميع الصُّعد، لكن لا يجب أن ننكر وجوب إعادة النظر في نقاط مهمة مرتبطة بقواعد أساسية منصوص عليها في الشريعة الإسلامية من أهمها مسألة الولي في عقد الزواج بشكل يتناسب مع قواعد الشرع، و ذلك بمنحه حق الاعتراض إذا رأى أن المتقدم للخطبة ليس بكفاء لموليته، و عليه كان ينبغي على المشرع أن يتحسس جانبا مهما و هو أن المساواة الفعلية التي تنادي بها المواثيق الدولية و من أهمها اتفاقية سيداو لن تحقق الهدف المرجو و المتمثل في حماية حقوق المرأة

(1) - العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات.

(2) - العربي بلحاج: المرجع السابق ص 323.

(3) - نص التحفظات معنون: بجامعة مينيسوتا مكتبة حقوق الإنسان الرابط

الإلكتروني: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Algeria-CedawR.html>

كإنسان، فالمساواة تكون في إطار العدل و إعطاء كل ذي حقه مع مراعاة الفوارق الفطرية بين الرجل والمرأة كجنس بشري و هو ما كرسته الشريعة الإسلامية السمحة.

و إذا كان المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة قد اعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج، فهل يعني ذلك أن غياب الولي عن مجلس العقد ينجر عنه فساد هذا العقد؟

نجد أن المادة 11 المعدلة نصت على ما يلي: " تعقد المرأة البالغة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ". واضح من خلال هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد قرانها بنفسها بمقتضى التعديل الجديد و اشترط فقط حضور الولي سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره و هو ما من شأنه أن يفتح باب التأويل لأن "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير و بالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي الذي هو الأب أو من يقوم مقامه أن تختار شخصا آخر من الغير و هذا الأمر يعد غريبا في مجتمعنا لأنه يتعارض مع المألوف.⁽¹⁾

كما أن واضعي التعديل 05-02 أرادوا أن لا يكون للولي تأثير في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة التي في ولايته و هذا ما يفهم من عبارة " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها"، حيث لا معنى من حضوره إذا لم يكن له أي تأثير في زواج من هي في ولايته، كما أن غيابه في مجلس العقد لا يجعل العقد باطلا و لا فاسدا و لا موقوفا على موافقته، على عكس

(1)- بن شيخ الرشيد- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، دار الخلدونية- الجزائر، الطبعة الأولى . 1429 هـ - 2008 م (صص 65-66). بتصرف.

ما ورد النص عليه في الفقرة الثانية من المادة 33 من ق أ ج من أن إبرام عقد الزواج بدون ولي في حالة و جوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و بثمن بعد الدخول بصداق المثل.⁽¹⁾

و بالتالي لا يسعنا إلا أن نقول أن المشرع الجزائري لا يشترط الولي لإبرام عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة و العاقلة بشكل عام، و أن حضوره في عقد الزواج من عدمه هو بحسب اختيارها، و اشتراط رضا المرأة في الزواج ارتبط في التشريع الجزائري بوجود الولي، فهو شرط قد يؤثر على الرضا كتعبير على الإرادة ، فلا يجوز للولي أن يجبر ابنته البالغة على الزواج إلا بإذنها و رضاها.

و بمصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو أصبحت ملزمة بما جاء في بنودها مما دفع بالمشرع على النص على أن الولي شرط فقط من شروط عقد الزواج و بالتالي الإنقاص من دور هو إعطاء المرأة الحرية الكاملة.

إلا أن الناظر في النص القانوني إجمالاً يلمح أن فيه عدة ملاحظات أهمها:

- بالنسبة للفقرة الأولى: فيما يخص عبارة " **أي شخص تختاره** " فإن هذه العبارة لا أصل لها في الشريعة الإسلامية فلا يعقل أن تساوي علاقة الأب بابنته مع أي شخص آخر تختاره فكان على المشرع أن يختار بين رأي الجمهور الذين يعتبرون الولاية في الزواج شرط صحة، و بين الأحناف الذين لا يعتبرونه كذلك بل يمكن للمرأة البالغة العاقلة عندهم مباشرة عقد زواجها بنفسها شرط زواجها بكفاء، و بمهر المثل، و يكون للولي مقابل ذلك حق الاعتراض.

- بالنسبة للفقرة الثانية فهي تتعلق بترتيب الأولياء فتتص هذه الفقرة على: " **يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولون و القاضي ولي من لا ولي له** ".

(1)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل) دارهومة، الجزائر- 2007.ص 43.

و يتجلى من هذا النص أن المقنن الجزائري اعتمد على رأي الإمام أبي حنيفة في ترتيب الأولياء على القصر حيث أنه لم يقتصر على الأب و من بعده الجد فحسب، بل تثبت عنده لجميع العصابات بالنفس حسب ترتيب الإرث بنوة أبوة أخوة عمومة و لذوي الأرحام من بعدهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام أو وجد و كان غير صالح انتقلت الولاية إلى القاضي.

- و مما يصح إلحاقه بالملاحظات الواردة على نص المادة 11 أن المقنن خلال إلغائه للمادة 12 ألغى حق الأب في الحيلولة دون انعقاد زواج ابنته البكر إذا كان في ذلك مصلحة، و هذا مخالف لرأي فقهاء الشريعة الذين منحوا للولي حق الاعتراض في حال رغبة البنت في الزواج من غير كفاء لها من الرجال.⁽¹⁾

(1) - دليلة فركوس - جمال عياشي محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1437 هـ - 2016

خاتمة

من خلال ما تم طرحه نخلص إلى أن موضوع الولي في عقد الزواج من المواضيع التي تثير الجدل و كذا العديد من وجهات النظر سواء على المستوى الفقهي أو على المستوى القانوني خاصة بعد قيام المشرع الجزائري باعتبار الولي شرطا لصحة عقد الزواج و التقليل من دوره قبل أن يكون ركنا قبل التعديل أي في ضل قانون 84-11 للأسرة، فالمشرع الجزائري كان يتبع المذهب المالكي الذي يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج و بتخلفه يعتبر عقد الزواج باطلا، فقد راعى المذهب المالكي مصلحة المرأة التي تحكمها العاطفة بخلاف الولي الذي يحكمه العقل.

أما بعد تعديل ق أ ج يظهر جليا تأثر أخذ المشرع بالاتفاقيات الدولية التي تمنح المرأة حق إبرام عقد الزواج دون حضور وليها، و هو الأمر الذي لم يستحسنه فقهاء القانون، و بالتالي فالمشرع الجزائري اعتبر حضور الولي في عقد الزواج مجرد حضور شكلي، و ترك أمر حضور الولي من عدمه و التدخل في اختيار الزوج وفقا لما تختاره المرأة الراشدة.

النتائج و التوصيات:

1- **النتائج:** بعد استعراضنا لهذا الموضوع يمكن أن نستخلص ما يلي:

- أن الزواج كما أنه حق للمرأة، فللولي حق فيه لأن عقد الزواج ليس عقد بين رجل وامرأة فحسب، بل هو بين أسرتين، لذا كان من حق الولي التدخل في هذا العقد لما يلحقه فيه من الفخر أو العار جراء هذا العقد.

- إن إلغاء ولاية الإجماع من المشرع الجزائري كان نتاج مسيرته للاتجاه الدولي العام بخصوص قضايا المرأة، و توافقا مع الإتجاه العام للدول الموقعة على الاتفاقيات الدولية و التي أبرزها اتفاقية سيداو.

- مما لا يمكن إغفاله كذلك أن المشرع الجزائري إذ ألغى دور الولي فإنه قد ذهب كذلك بعيدا عندما ترك للمرأة حرية اختيار أي شخص ليكون وليا حاضرا كولي في عقد زواج هي من تبرمه، فهذا مخالف بشكل فج حتى لتوجه الأحناف الذين لا يشترطون الولي لصحة عقد النكاح و إنما يضعونه في مصاف الاستحباب، فقد أقر المشرع بذلك ليس فقط إقصاء الولي بل و حتى الولي بجميع صوره الأقرب كالأب و الجد أو الأبعد كالعصيات و هذا في غاية الغرابة عما ألفه المجتمع منذ زمن بعيد.

- أن الشريعة الإسلامية وازنت بين المراكز في عقد الزواج فكما لا يمكن أن يزوج الولي موليته بغير رضاها، و منعه من أن يحول دونها و الزواج بكفاء لها إذا رغبت فيه و رغب فيها بمهر المثل، و منحت الولي حق الاعتراض على العقد، أي أن عقد الزواج إن لم يكن في مصلحة الفتاة من جهة إذا و ضعت نفسها في غير كفاء، و ما فيه مصلحته لما يلحقه من الفخر و العار من هذا الزواج من جهة أخرى.

(2) التوصيات:

يمكن الخروج ببعض التوصيات التي يمكن أن تخدم الموضوع و تزيد في وعي المجتمع و توسع حقل الرؤية لديه ليقدر بوضوح مدى خطورة الموضوع و حساسيته و التي نوجزها فيما يلي:

- لا بد من حضور الولي و اشتراطه في عقد الزواج لأن ذلك لا يعتبر إنقاصا من حرية وقيمة المرأة، بل يشكل حماية لها و تعزيزا لمكانتها إذا واجهتها أي مشاكل في حياتها مستقبلا.

- ضرورة تحديد صلاحيات و وظيفة الولي في عقد الزواج في العقد ذاته، و كذا ترتيب الأولياء و شروطهم بدقة من أجل تجنب أي نزاع بخصوصه.

- مما ينبغي على المشرع الجزائري إعادة النظر فيه هو: نص المادة 11 من ق أ ج التي أعطت للمرأة الراشدة حق إبرام عقدها بنفسها، و أسقطت حق الولي الثابت شرعا و جعلته

- شكليا و لا اثر له، و هذا ما يتعارض مع فكرة توازن المراكز القانونية، و هو ما قد يؤدي إلى الكثير من المشاكل لو استعملت المرأة هذا الحق و أهملت رأي و إرادة وليها.
- للحفاظ على تماسك و استمرارية المجتمع لا بد من احترام الأدوار الأسرية و خاصة دور الولي و الذي هو رب الأسرة و عدم إهماله فهو أدري بمصلحة من في ولايته.
- ضرورة مسايرة الأعراف الجزائرية في مسألة تزويج المرأة.
- وجوب عودة المشرع الجزائري إلى المذهب المالكي خاصة ما تعلق بمسألة الزواج و ما يتعلق به.
- لا بد من تعديل المادة 09 و 09 مكرر و من ق أ ج بما يتماشى و واقع المجتمع الجزائري.
- ضرورة تحفظ الجزائر على بعض مواد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث أن التحفظات التي أبدتها غير كافية.
- أيضا يؤدي إلغاء الولي في الزواج إلى فتح باب الزواج السري، و هذا بلا شك له محاذير شتة، حيث أن الأب يبقى هو الشخص الوحيد الذي يخاف على ابنته و الأحرص عليها إذا اختارت من هو غير مناسب، فبالغاء المشرع للولي يمكن للمرأة الزواج بأي كان ويكون هذا بحضور أي شخص آخر تختاره دون علم من أبيها و أخذا برأيه و هذا ما ينجر عنه ضياع حياة و مستقبل الفتاة فضلا عن خطر تفكك الأسرة و ضياع الأبناء.

المصادر و المراجع

القرآن الكريم

كتب الحديث:

أ- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ج 1 1412 هـ ، 1991 م ، بيروت لبنان.

ب- محمد ناصر الدين الألباني صحيح الجامع الصغير و زيادته (الفتح الكبير) ، أشرف على طبعه زهير الشاويش، الطبعة المجددة والمزيدة و المنقحة المجلد الأول الطبعة الثالثة

1470 هـ 1988 ، المكتب الإسلامي بيروت لبنان.

- أبو عيسى الترمذي كتاب سنن الترمذي أبواب النكاح.

أولاً- الكتب:

(1)- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة الموصوم إلى بداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية- القسم الأول- دار الفكر الإسلامي، بيروت لبنان.

(2)- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن و المبين لما تضمنه من السنة و آي القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بمشاركة محمد رضوان العرقسوسي و محمد بركات، ط 1 1428 هـ / 2006 م مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.

(3)- أبي الوليد الإمام أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة للطباعة، بيروت لبنان.

- (4)- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة، ط 2، دار القلم للنشر و التوزيع الكويت، 1990.
- (5)- ابن العربي، أحكام القرآن، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- (6)- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار التراث العربي- بيروت ، لبنان 1405هـ.
- (7)- أنور حافظ محمد، "ولاية المرأة في الفقه الإسلامي"، ط 1، الرياض: دار بلنسية 1420 هـ.
- (8)- البابارتي، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر بيروت، 1397 هـ.
- (9)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية - الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ط 1999.
- (10)- بلحاج العربي ، شرح قانون الأسرة الجزائري، الأحكام الزوجية و أثارها، دار هومة ب م ت ن.
- (11)- بن الشيخ رشيد- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية- الجزائر، ط 1 1429 هـ-2008 م.
- (12)- الجبوري حسين بن خلف، "عوارض الأهلية عند الأصوليين"، ط 1، ب ت س ط جامعة أم القرى 1405 هـ.
- (13)- جبر محمود الفضيلات: بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، دار شهاب للطباعة و النشر، الجزائر 2008.
- (14)- الجوهري، إسماعيل بن حماد، "الصاحح" تحقيق: أحمد عبد الغفار عطار ط 4، بيروت: دار العلم للملايين، 1407 هـ.

- (15)- دليلة فركوس و جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة- انعقاد الزواج-، دار الخلدونية، القبة- الجزائر-، 1437هـ/ 2016 م .
- (16)- وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي و أدلته- ، دار الفكر العربي- دمشق سوريا، طبعة معدلة - 2008.
- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة المعارف بيروت - لبنان- ط 3 1426 هـ/ 2005م.
- (17)- محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ط2 دار الفكر العربي 1369هـ- 1950م.
- (18)- محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة مصر. د ت ن.
- (19)- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي- مدينة النصر القاهرة، ط 1994.
- (20)- محمد سلام منكور: الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ط 1399هـ.
- (21)- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4 الدار الجامعية بيروت لبنان 1983.
- (22)- محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد -محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض البطحاء، ط1، 1398 هـ، 1978.
- (23)- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية- ط 4 1425 هـ / 2004 ، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية .
- (24)-مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 1، دار القلم دمشق، 1988.

- (25)- المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغيب و الفقدان - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية- مصر - ط 1، 2011.
- (26)- موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية - ط 3، 1417 هـ/1997.
- (27)- الإمام النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، إشراف: زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان - ط 2 /1412 /1991 م.
- (28)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام-
- (29)- مصادر الالتزام. دار إحياء الكتب العلمية، بيروت لبنان. د ت ن.
- (30)- السيد سابق، فقه السنة ، دار الجيل، بيروت لبنان 1416 هـ / 1998.
- (31)- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 3، 1397 هـ، 1977م.
- (32)- عبد الغفار جمال عبد الوهاب ، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، ط 2003.
- (33)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - ط 2، 1982.
- (34)- العوفي، عوض بن رجاء، " الولاية في النكاح " ط 1، مكتبة الملك فهد الوطنية المدينة المنورة، 1423 هـ.
- (35)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل دار هومة، الجزائر 2007.

(36)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، " الأسرة " دار ابن حزم - بيروت لبنان - ط 1
1428 هـ / 2007 م.

(37)- الرازي أحمد بن فارس، مقاييس اللغة- تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، 1399
هـ.

(38)- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، ط
جديدة
مكتبة لبنان، بيروت - 1995 م.

(39)- الشحات إبراهيم محمد منصور أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية (دار النهضة
العربية، 1999).

(40)- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي ط 2 دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة
الجزائر، 1431هـ/2008.

(50)- محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق
محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض البطحاء، ط 11398
هـ، 1978م.

(4)- الرسائل العلمية الجامعية:

- بن الصغير بعلي، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة
الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي و أصوله، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم
الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2008/2009.

- سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج
لشهادة ماستر في العلوم الإسلامية- تخصص شريعة وقانون جامعة حمة لخضر- الوادي
2014-2015.

5- الدراسات القانونية.

- أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية دورية فصلية، تصدر عن مركز البصيرة- الجزائر- العدد 10 سنة 2011.
- نهى القرطاجي، قراءة إسلامية لاتفاقية سيداو، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان: أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية و الإعلانات و الاتفاقيات الدولية جامعة طنطا، مصر 2008.

6- القوانين و الأوامر:

- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة في 12 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984، المعدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15 الصادر في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 28 فيفري 2005.

- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 13 ربيع ثاني عام 1424 هـ الموافق لـ 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 37 الصادر في 14 ربيع الثاني 1424 هـ الموافق لـ 15 يونيو 2003.

- أمر 02-03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 هـ الموافق لـ 28 فبراير 2002.

- الأمر رقم: 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية، العدد: 37 مؤرخة في 24 ربيع الثاني 1424 هـ الموافق لـ 15 يونيو 2003).

قوانين دول عربية أخرى:

(1)-القانون الأردني: 15 لعام 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للملكة الهاشمية الأردنية، العدد 5578، الصادرة بتاريخ 06-02-2019.

(2)- القانون السوداني: لسنة 1991 المؤرخ في 24-07- يتضمن قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين.

الملخص

رسخت الشريعة الإسلامية الولاية على المرأة في النكاح حفاظا على حقوقها في هذا العقد الأبدي، و لذلك اعتبر جمهور الفقهاء أن المرأة مهما كانت صفتها لا يمكنها أن تعقد زواجها بنفسها، بينما رخص الأحناف للراشدة أن تباشر عقد قرانها بنفسها مع استحباب أن يباشر ذلك وليها، و حفظوا لهذا الأخير حق الاعتراض على العقد إن تم بغير كفاء لها، و قد أخذ القانون الجزائري برأي الأحناف لكن بتوسع أكبر، و من ثم فإن فقد أو غاب الولي الأقرب يكون له أثر على المرأة إن رغبت في الزواج، لذلك عالج الفقهاء هذه المسألة فأجازوا انتقال حق ولاية التزويج و وضعوا لذلك ضوابط، أما القانون الجزائري فقد أعطى المرأة البالغة الراشدة حق مباشرة زواجها بنفسها فلا أثر يلحقها من جراء غياب أو فقد وليها، فدور الولي مقتصر على تزويج القاصرة فقط.

Abstract:

The Islamic law has established guardianship over the woman to preserve their rights forever Therefore, the majority of jurists decided that the woman, whatever her condition, should not establish her marriage contract by herself, however, the Hanafis authorized the adult woman to do that with conditions. The Algerian legislation took the opinion of the Hanafis. Almost absolutely therefore, if the closest guardian was lost or absent, that would have an effect on the woman. If she liked to get married, because of that, our jurists addressed this issue, they authorized the transfer of the right of marriage and they put conditions to that. The Algerian Law has given the adult woman the right to start her marriage by herself without her guardian. The Algerian legislator only to marrying a minor girl restricts the role of the guardian.

الصفحة	فهرس الموضوعات
01	مقدمة
06	الفصل الأول: ماهية الولاية و غيبة الولي في عقد الزواج
07	المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج
07	المطلب الأول: تعريف الولاية و أدلة مشروعيتها
07	الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج
09	الفرع الثاني: أدلة مشروعية الولاية في عقد الزواج
12	المطلب الثاني: أقسام الولاية و ترتيب الأولياء
12	الفرع الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي والقانون
16	الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي و القانون
24	المبحث الثاني: مفهوم غيبة الولي
24	المطلب الأول: تعريف غيبة الولي و صورها
25	الفرع الأول: تعريف الغيبة
25	الفرع الثاني: صور الغيبة

29	المطلب الثاني: أحكام غيبة ولي التزويج بين الشريعة و القانون
30	الفرع الأول: أحكام غيبة الولي في الفقه الإسلامي
31	الفرع الثاني: أحكام غيبة الولي في القانون الجزائري
33	الفصل الثاني أثر غياب الولي في الشريعة و القانون
37	المبحث الأول: مركز الولي في عقد الزواج
38	المطلب الأول: مركز الولي عند جمهور الفقهاء
38	الفرع الأول: أدلة الجمهور من الكتاب
40	الفرع الثاني: أدلة الجمهور من السنة
41	الفرع الثالث: أدلة الجمهور من المعقول
42	المطلب الثاني: مكانة الولي عند الأحناف
42	الفرع الأول: أدلة الأحناف من الكتاب
44	الفرع الثاني: أدلة الأحناف من السنة
45	الفرع الثالث: أدلة الأحناف من القياس و المعقول
47	المبحث الثاني: أثر غياب الولي في القانون الجزائري

47	المطلب الأول: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها بين الفقه الإسلامي و ق أ ج
47	الفرع الأول: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها في الفقه الإسلامي
53	الفرع الثاني: ضوابط انفراد المرأة بعقد زواجها في ق أ ج
54	المطلب الثاني: دوافع المشرع الجزائري في إلغاء دور الولي في عقد الزواج
54	الفرع الأول: الاتفاقيات و المعاهدات الدولية
55	الفرع الثاني: اتفاقية سيداو
61	خاتمة
64	المصادر و المراجع
71	الملخص
71	فهرس الموضوعات