وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

شرط الولي بين الاجراء القديم والإجراء الحديث

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الاسرة

اعداد الطالبتين:

- ✓ بوركيزة رتيبة
- ✓ طالبي فريال

إشراف الأستاذ:

فيساح جلول

لجنة المناقشة :

1) **الأستاذ :** قرمال بوعلام — رئيسا
2) **الأستاذ :** فيساح جلول — مشرفا ومقررا
3) **الأستاذ :** محمودي رشيد — عضوا مقررا

تاريخ المناقشة : 2019.06.24

السنة الجامعية : 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أنعم علينا بنعمة العلم ومن علينا بإتمام هذا العمل فلا يسعنا إلا أن نتقدم بعظيم الامتنان وعميق الشكر والعرفان وهذا لقول الحبيب المصطفى:" لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

وكثيرا الذين هم يستحقون الشكر

فشكر كبير وتحية وتقدير

للأستاذ المشرف " فيساح جلول"

الذي كان لنا نعم الموجه والمعيين طيلة مدة إشرافه علينا وكان سند لنا في كل خطوة تقدمنا فيها بعلمنا إلى الأمام ولا يفوتنا إلا أن نشكر جميع أساتذتنا الكرام في مشوارنا الدراسي كما نتوجه كذلك بأسمى عبارات التقدير والاحترام والشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة

دون أن ننسى العاملين في المكتبة الجامعية وكل الشكر والامتنان إلى كل من ساهم أو أرشد أو نصح

فجزاهم الله خيرا

وأخيرا فما هذا البحث إلا محاولة متواضعة منا، فإن كنا قد وفقنا فهذا بفضل الله ونعمته وإن أخفقنا حسبنا أن النقص من أعمال البشر وأن الكمال لله وحده.

وذلك فضل الله يتمه على من يشاء

وهو ذو الفضل العظيم

إ هـد ا ء

الحمد الله الذي وفقني لهذا ولم أكن أصل إليه لولا فضل الله تعالى عليَّ هذا العمل ثمرة جهدي أهديها إلى من علمني أن الجد ليس له عمر وأن العطاء ليس له حدود أمي الغالية التي أنارت دربي بدعائها ورفع الله من شأنها وجعل الجنة تحت أقدامها، وإلى الشمعة التي احترقت لتنير لي طريق حياتي أبي الغالي أطال الله في عمره.

إلى أمي الثانية أختي سهام وزوجها وابنتها حفظهم الله ورعاهم إلى جميع إخوتي زوجاتهم وأبنائهم.

إلى زوجي الحبيب الذي طالما كان رفيق دربي وسندي طوال مسيرتي الدراسية وأعانني في كل ما مررت به حفظه الله لي ورعاه.

إلى عائلة زوجي الكريمة من كبيرها إلى صغيرها.

إلى رفيقات العمر (رتيبة، ريم، مروى، نهيدة، سارة، بشرى) عشت معهن أجمل لحظات حياتي.

وإلى كل روح شاركتني بدعائها.

فـريـال طالـبـي

إ هـد ا ء

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وكل التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

أهدي هذا العمل إلى:

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين النبل والعطاء إلى من أرضعتني الحب ولحنان إلى رمز المحبة وبلسم الشفاء.

إلى من أعانتني بالصلوات والدعاء إلى من نزلت في حقهم الأيتين الكريمتين في قوله تعالى، إلى والدتي الحبيبة أرقى القلوب الطاهرة.

إلى مثلي الأعلى أبي أطال الله عمره وحفظه.

إلى أخواتي حورية لويزة وأزواجهم وأبنائهم.

إلى إخوتي وزوجاتهم وأبنائهم.

إلى امي الثانية أطال الله في عمرها وحفظ الله أبنائها.

إلى زوجي الغالي الذي أعانني في مشواري الدراسي وكان خير سندي "لطفي"

إلى كل الصديقات والأصدقاء والأحبة وإلى كل الذين لا يسع المكان لذكرهم إلا أن مكانهم في القلب والذاكرة.

إلى كل من رفع من معنوياتي في ساعة الضيق حتى لو بالكلمة الطيبة.

بـوركـيـزة رتـيـبـة

قال الله تعالى:

{وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١}

سورة الروم الاية 21

مقدمة

مقدمة:

الزواج أساس الجنس البشري أوجده الخالق سبحانه وتعالى ليكون العماد الذي تقوم عليه الأسرة والمكون الأساسي للمجتمع والأمم، لقوله تعالى: {وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١ } سورة الروم الآية21.

ومنه فإن المجتمع الصحيح المستقر هو الذي أجمع أفراده روابط متينة مبنية على الألفة والمحبة والرحمة والتعاون، شرع الله عز وجل الزواج وجعله بناء للأسرة، فالأسرة بطبيعة الحال تعتبر خلية المجتمع، بحيث أقره الله تعالى في كتابه الكريم « يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا » النساء الآية 01.

ومن خلال هذه الآيات الكريمة نجد أن الله تعالى جعل مرتبة سامية للزواج، ونظرا لأهميته فقد وضع له أركان وشروط من خلال أحكام الشريعة الإسلامية ليكون هذا العقد صحيحا ومتينا، ومنتج لآثاره تهم كلا الزوجين من حيث الحقوق المختلفة التي تترتب لهما ومن آثاره التي تلاحق الأسرة والمجتمع كافة.

فجاء الإسلام لكي يضع أسسا سليمة لنشود الأسرة الصالحة، ووضع لكل من الزوج والزوجة حقوقا وواجبات يتمتع بها كل طرف.

إن المرأة قبل صدور الإسلام كانت مسلوبة الحق منزوعة الكرامة حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الديانات السابقة وعصر الجاهلية عند العرب فكان للأب سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج سواء كانت كبيرة أو صغيرة بكرا أو ثيبا، أي بمعنى أن إرادتها كانت مسلوبة فيزوجها ممن يختاره هو (الولي) أو يمنحها ممن تراه كفء لها،

إلى أن ظهر الإسلام وكفل لها جميع حقوقها واعترف لها بالإنسانية وحقوق في الرأي أي جعلها شريكة الرجل في الدين وأمور الحياة ووضع حدا للتسلط الذي كان يمارس على الفتاة في الزواج، وأعطاها الحق في اختيار شريك للتعبير عن إرادة ابنته لقوله صلى الله عليه وسلم:" لاَ نكَاحَ إلاَ بِوَليْ".

من خلال هذا الحديث نستشف أن الولي يتمتع بمركز مهم في إبرام عقد الزواج بما أن الشريعة الإسلامية هي مصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري وهذا الأخير معظم نصوصه مستمدة منها وبما أن الزواج يعتبر عقد فيقوم على أركان وشروط يجب استئنافها ليكون نافذا في حق صاحبه فحسب ما جاء به قانون الأسرة الجزائري رقم11/84 عدد أركان الزواج في ركن وحيد وهو الرضا لنص المادة 09 من القانون الجزائري أما باقي الأركان فنص على أنها شروط لعقد الزواج وهذا ما جاء به نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ومن أهم المواضيع التي أثارت جدلا بين فقهاء التشريع الإسلامي مسألة الولاية في عقد الزواج حيث اعتبر معظم الفقهاء على أن الولي ركن من أركان عقد الزواج بينما اكتفى البعض باعتباره شرطا فقط واعتبره البعض الآخر مجرد شرط تمام واتسع هذا الجدال حيث انتقل إلى مجال التشريع في نظام الأسرة مما أدى إلى اتساع دائرة التساؤلات لدى الدارسين عن مركز الولي في إبرام عقد الزواج من في ولايته وظهور اختلافات وأراء بخصوص هذا المركز للولي.

والأمر الذي أدى إلى فتح باب النقاش واسع كما جاء في آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري رقم 02/05 والذي جاء في نص المادة 11 منه وأصبح بإمكان المرأة بمقتضى هذا النص أن تباشر في إبرام عقد زواجها وتختار وليها.

فهل ألغت المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري الولي أم أعطت بدائل لولاية الأب؟ وهل هذا التعديل أضفى ترفيه للمرأة الجزائرية أم إهانة لها؟ وماذا يقصد المشرع من (أو) هل هي للترتيب أم للاختيار؟ ومدى استجابة هذا التعديل إلى طموح المرأة لا سيما مع هذه المستجدات الاجتماعية والفكرية.

الدوافع الشخصية:

أردنا من خلال هذا البحث الوقوف على ما جاء في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 فيما يتعلق بالولي ومدى توافقه مع الفقه الإسلامي إذ أن المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة الجزائري كان ينص على أن الولي يعتبر ركن من أركان انعقاد الزواج، وما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع هو ما جاء به مشرعنا الجزائري بآخر تعديل له لقانون الأسرة حيث أنه عدل نص المادة 09 وحصر لإبرام عقد الزواج ركن وحيد وهو ركن رضا الطرفين أما ما كان منصوص عليه فقد نص بتعديله في المادة 09 مكرر وجعل من الولي شرط من شروط عقد الزواج.

دفعنا على هذا الموضوع ما جاء به في نص المادة 11 حيث أن المشرع الجزائري لم يكن واضح الموقف عند هذا النص فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج.

لأن في هذا الموضوع اختلف الجميع في فهم هذا النص ولم يتفقوا على فهم واحد هذا أردنا الخوض في هذا الموضع لتدارك مبررات كل اتجاه.

الدوافع الموضوعية:

- بيان الموضوع لإقرارنا في المجتمع.
- الإسهام في بيان أهمية الولي من خلال دراسة الأحاديث النبوية الدالة على ذلك.
- ظهور دراسة حديثة تستحق الاهتمام فيما يخص الولي في حق.

- الزواج.

المنهج المتبع:

للإجابة على الإشكالية المطروحة كان لازما علينا اعتماد المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليلنا للمواقف الفقهية من جهة وموقف المشرع الجزائري من جهة أخرى وكذلك اعتمادنا بالإضافة إلى المنهج التحليلي المنهج المقارن وذلك لكي يكون موضوعنا واضح من جميع الاتجاهات وتقارن قانون الأسرة الجزائري مع بعض القوانين العربية الأخرى فيما يخص الولي.

هيكل الدراسة:

لتحليل هذا الموضوع وللإجابة على الإشكالية المطروحة وتصحيح الفرضيات واستكمال عناصر الدراسة، ارتأينا أن نقسم دراستنا هذه طبقا للهيكل الدراسي الآتي:

يعالج الفصل الأول ماهية الولاية حيث توسعنا في تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول كان حول مفهوم الولاية، أما المبحث الثاني تحدث عن أسباب ومراتب الأولياء.

أم الفصل الثاني فتناولنا فيه أحكام الولاية وهذا الفصل ينطوي على مبحثين ، المبحث الأول تطرقنا فيه إلى المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون أما المبحث الثاني فقد خصصناه إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج

الصعوبات:

هذا الموضوع ثري بكثرة المصادر والمراجع وهذا من حسن الحظ إلى أن هذه الكثرة أوصلتنا إلى وجود عدة اختلافات دليل ليد وما واجهناه أيضا قلة الدراسات في مجال عدم

اشتراط الولي، وأهم ما اصطدمنا به موقف المشرع الجزائري من الولي في كونه شرطا أم غير شرط وكذلك فكرة الولي في إبرام عقد الزواج بمفهوم الشريعة الإسلامية وكذلك مرتبط بالعرف السائد في البلد.

الفصل الاول:
ماهية الولاية

الفصل الأول: ماهية الولاية

نظرا لأهمية الولاية في الزواج جعلها الفقهاء موضوع دراسة حيث اجتهدوا في إعطاء تعريف لها كما تطرقوا إلى أنواعها باعتبار أن هذه الأخيرة لا تنحصر في الأدب فقط بل قد تكون لأشخاص آخرين حسب ترتيبهم وهذا ما أتى به الفقه الإسلامي بآراء مختلفة.

وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى تعريف الولاية في الزواج وأنواعها كما سنتناول أيضا أسباب ومراتب الولاية.

المبحث الأول: مفهوم الولاية

المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج

لفهم المقصود في الولاية لا بد من تعريفها لغة اصطلاحا وقانونا.

الفرع الأول: الولاية لغة

للولاية عدة تعاريف لغة ويكون ذلك حسب الألفاظ التي ترد بها فالولي في أسماء الله الحسنى هو الناصر، وقبل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها، ومن أسمائه عز وجل: الوالي وهو مالك الأشياء جميعها، المتصرف فيها ويقال فلان أولى بهذا الأمر من فلان، أي أحق به وفلان أولى بهذا أو أخرى به وأجدر.

والمتولي ورثة الرجل وابن عمه فالمولى عموما هو الرب والمالك والسيد والمنعم والمعتق والناصر والمحب والتابع وابن العم والحليفي والعقيد والصر والعبد المعتق والمنعم[1].

[1]. أبي الفضل جمال الدين محمد ابن المنظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، جزء الثاني لبنان، 1993، ص 761، 762.

والولي كل من ولي أمرا وقام به وهو ضد العدو لقوله عز وجل:« **وَٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ** »[1].

وقوله تعالى: { **وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ**}[2].

الولي القرب، الدنو والمطر بعد المطر، وليث الأرض، بالضم.

والولي: الاسم منه والمحب، والصديق والنصير وولي الشيء، وعليه ولاية وولاية وولاية، أو هي المصدر، وبالكسرة الخطة والإمارة والسلطان وأوليته الأمر[3].

الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا

المقصود القدرة على التصرف الصحيح، النافذ، سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره نيابته عن المشرع أو من الإنسان مع إقرار الشارع[4].

وبمعنى آخر هي سلطة شرعية تمكن الشخص من إنشاء العقود والتصرفات الصحيحة النافذة سواء كان ينشئها لنفسه أو لغيره[5].

---

[1]. سورة آل عمران، الآية 68.

[2]. سورة التوبة، الآية 71.

[3]. العلامة اللغوي مجد الديني محمد يعقوب الفيروز اباوي، القاموس المحيط، الطبعة8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2005، ص 1344.

[4]. عبد السلام زايدي، عليلي بوبي، شروط عقد الزواج، في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية 2012-2013، ص14.

[5]. محمد كمال الدين أمام، جابر عبد الهادي عالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، دون طبعة، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2003، ص 259.

ويعرفها الدكتور محمد محدة، بأنها تنفيذ القول على امرأة أو القاصر في حكمها في الزواج والإشراف على شؤونها في العقد من طرف شخص له المقدرة على ذلك[1].

وعموما تعرف الولاية على أنها المقدرة على مباشرة التصرف من غير التوقف على إجازة أحد، أي أنها حق منحته الشريعة الإسلامية لبعض الناس يكسب به صاحبه حق تنفيذه على غيره، أما الولي شرعا فقد عرف على أنه هو القريب، ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه.[2]

الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا

أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف الولاية وعليه وبالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[3].

نجد أن هذه المادة تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني في موضوع ما وجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الولاية، بأنها

[1]. محمد محدة، الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الشهاب 2000، ص191.

[2]. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني الأحوال الشخصية، فقه النكاح دون طبعة ، دار المسيرة 2010، ص 136.

[3]. قانون رقم 84- 11، المؤرخ في 05 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 17 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15.

القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد،[1] ومني تخول له هذه السلطة يسمى بالولي[2]، ولا تتحقق الولاية الشرعية إلى بحضوره.

أولا: تعريف الولي:

في اللغة: هو السيد والمحب والصديق والنصير أي هو ضد العدو[3]

في الإصطلاحا: هو ولي المرأة أو الزوج إذا كان محجورا عليه أو رقيق[4]

ثانيا: دليل مشروعيته الولي في عقد الزواج

وردت مجموعة من الأدلة في الكتاب والسنة التي تدل على وجوب الولي في عقد الزواج ونذكر منها ما يلي:

1- في الكتاب: قوله تعالى: **« وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ »**[5] **وقوله كذلك:« وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِ»**[6].

---

[1]. نسرين شريفي، كمال بوقرورة، سلسلة مباحث في القانون: قانون الأسرة الجزائري ، طبعة الاولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص36.

[2]. رفيق خوجة،س، بوشارب، معجم المصطلحات القانونية(عربي، فرنسي- فرنسي، عربي) دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 221.

[3]. محمد محدة ، مرجع سبق ذكره، ص 190.

[4]. محمد محدة، مرجع سابق ، ص 191.

[5]. سورة النور، الآية 32

[6]. سورة القرة، الآية 232.

2- في السنة: قوله صلى الله عليه وسلم« لا نكاح إلا بولي»[1] ومنه ما أوردته عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[2]

المطلب الثاني: شروط الولاية

يشرط في الولي بعض الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف عليه.

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

اتفق العلماء المسلمون على ضرورة توافر الشروط الآتية في الولي:

أولا: كمال الأهلية:

بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية المجنون والمعتوه والسكران وكذا مختل النظر بصرم أو خبث، فلا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه بقصور عجزه فلا تكون له ولاية على غير بسبب أن الولاية تتطلب كمال الحال[3].

[1]. رواه داود وابن ماجة، حديث صحيح.

[2]. رواه الترميذي وأحمد وأبو داود وامن ماجة والدارمي، صحيح عن عئاشة.

[3]. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، طبعة الاولى، الخلدونية، الجزائر 2007، ص60..

ثانيا: اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه

فيشترط أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه، فإذا كان للفتاة أو الصغير أحدهما مسلم والأخر غير مسلم فالولاية للفتاة لأخيها المسلم إذا كانت مسلمة[1].

لأن الولاية لغير المسلم لقوله تعالى: «**لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ**»[2].

فمن غير المعقول أن يجمع الإنسان بين محبة الله وبين محبة أعدائه لقوله تعالى:« **وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** » [3].

أي لا يزوج عند الحنابلة والحنيفة كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة، وقال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية على أحد مسلم أو كافر[4].

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

رغم اتفاق الفقهاء على بعض الشروط إلا أنهم اختلفوا في البعض الآخر ومن هذه الشروط المختلف فيها:

---

[1]. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي (دراسة تشريعية مقارنة) دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1992، ص132.

[2]. سورة آل عمران، الآية 28.

[3]. سورة النساء، الآية 141.

[4]. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سبق ذكره، ص60.

أولا_ الذكورة: يرى جمهور الفقهاء اشتراط الذكورة في الولي فلا يثبت ولاية التزويج للأنثى لأن المرأة عندهم لا ولاية لها على نفسها ومن باب أولى لا ولاية لها على غيرها.

وقال الحنيفة: ليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية فالمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريق الولاية أو الوكالة[1].

وكذلك قال المالكية: تتصف المرأة بالولاية إذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة[2].

ثانيا: العدالة: تشرط العدالة في الولي كما يرونها بعض الفقهاء على أن يكون الولي عادلا بمعنى أن يكون متجنبا للكبائر، كالسرقة، والزنا، وأن يكون غير مصر على ارتكاب الصغائر، وأن يكون بعيدا عن الأفعال التي تمس بالرجولة[3].

فلا ولاية للفاسق عند الحنابلة والشافعية.

وذهب كل من الحنيفة والمالكية أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فالولي كان عدلا أو فاسقا يحق له تزويج ابنته[4].

ولا تشرط العدالة في الولي إذا الفسق لا يسلب أصلية التزويج إلا إذا خرج به الفسق إلى حد التهتك فإن الولي في هذه الحالة لا يؤتمن على ما تحت يده، فيسلب حقه في الولاية.

---

[1]. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سبق ذكره، ص 61

[2]. بدران بو العنين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، الفقه المقارن بين المذاهب الأربعة السنة والمذهب الجعفري والقانون) مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 142.

[3]. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، الأحوال الشخصية، دار الفقير، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 197.

[4]. محمد خليل إبراهيم عبد الله، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 37.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شروط الولي

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توفرها الأمر الذي يستدعي لنا العودة إلى ما حددته الشريعة الإسلامية وهذا ما تطرقنا إليه سابقا وذلك تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحلينا إلى اللجوء لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني ووفقا لما ورد في المادة 11 من نفس القانون، فإن المشرع أخذ بالرأي الذي يشترط الذكورة وهو رأي أغلب الفقهاء.

المطلب الثالث: أنواع الولاية

تتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة، فقد تكون ولاية عامة (كولاية القاضي) أو خاصة (كولاية الأب والجد)، وقد تكون ولاية قاصر (ولاية الشخص على نفسه وماله) أو متعدية (التي تخول الشخص التصرف في الشؤون غيره).

- فالولاية العامة هي التي تخول للشخص بصفته حاكما كرئيس الدولة أصالة والقضاة نيابة عنه بصفيتهم حاكما لا بصفتهم الشخصية.
- أما الولاية الخاصة فهي عكس الولاية العامة فهي ثابتة للأشخاص بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما[1].
- ومن المقرر في الفقه أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة أي إذا كان لفاقد الأهلية، وناقصها ولي من أقاربه تكون الولاية لوليه لا للقاضي[2].

وتنقسم الولاية إلى ولاية قاصر وولاية متعدية.

[1]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سبق ذكره، ص 135.

[2]. د. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سبق ذكره، ص54.

فالولاية القاصر:" هي قدرة الشخص على إنشاء العقد بنفسه وتنفيذ أحكامه وثبت له بكمال أهليته (البلوغ العقل الحرية).

الولاية المتعدية: هي ولاية الشخص على غيره ولا ثبت له إلا بعد أن ثبت له الولاية على نفسه وتكون إما أصلية أو نيابية[1].

فالولاية الأصلية لا تكون مستمدة من الغير وإنما ثبت ابتداء كولاية الأب أو الجد أما النيابة فهي مستمدة من الغير لولاية القاضي أو الوصي فالقاضي يستمدها من الحاكم والوصي يستمدها ممن أقامه وصيا.

كما تنقسم الولاية المتعدية حسب موضوعها إلى ثلاثة أقسام:

ولاية على النفس ولاية على المال، وولاية على النفس والمال.

الولاية على النفس:

تكون في الأمور المتعلقة بالشخص المولى عليه وتتمثل في أمرين:

- التربية والحفظ، التعليم والحضانة.
- التزويج.

الولاية على المال:

وهي القدرة على مباشرة التصرفات المالية حيث يصبح هذا التصرف نافذا تكون في أموال المولى عليه.

[1]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سبق ذكره، ص134.

الولاية على النفس والمال:

كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية وناقصيها[1].

كما ذكرنا سابقا أن ولاية النفس تنقسم إلى قسمين أولها التربية والتعليم والحضانة والثانية تخص ولاية الزواج وهذه بدورها تنقسم إلى نوعين: ولاية الإجبار وولاية اختيار.

الفرع الأول: ولاية الإجبار

تثبت ولاية الإجبار على الشخص فاقد الأهلية مثل المجنون والصبي الغير مميز ومعنى ثبوت ولاية الإجبار أن للولي الحق في تزويج من تحت ولايته من هؤلاء دون الرجوع إليهم دون أخذ رأيهم ويكون عقد نافذا على المولى عليه دون توقف على رضاه[2].

أولا: لمن تثبت لهم ولاية الإجبار:

الولاية على الصغار في زواجهم:

لا يجوز للصغير أن يباشر عقد الزواج بنفسه لأنه ليس بأهل لمثل هذه التصرفات، فيجوز إجبار الصغير على الزواج، ودليل على ذلك عن عائشة رضي الله عنها:" أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا[3]:

---

[1]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سبق ذكره، ص 135.

[2]. السيد السابق، فقه السنة، المجلد السابع، طبعة الثانية ، دار نوبيليس، بيروت، لبنان، 2008،ص 1154

[3]. رواه أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب نكاح الرجل ولده الصغار، المجلد الخامس، دار صادر، لبنان،دون سنة نشر، ص 944

يدل هذا الحديث على أن أبو بكر الصديق رضي الله عنه أن أب السيدة عائشة رضي الله عنها زوجها دون الرجوع إليها لعدم اعتبار إذنها[1].

فإذا كانت الزوجة صغيرة دون البلوغ جاز لوليها أن يزوجها بغير استئذانها لأنها لا تستطيع أن تقدر مصلحتها حق قدرها[2].

ومن المعروف أن الصبي لا يعرف مصلحة نفسه في الزواج أولا ولا مصلحته فمن يختارها لتكون زوجة له فقد منح الفقهاء مباشرته عقد زواجه لنفسه بنفسه، وكلفوا الامر للولي كامل الأهلية، وجعلوا له الحق بتزويج الصغيرة والصغير[3].

وتختلف فيما إذا كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا.

1/ البكر الصغيرة:

اختلف الفقهاء على أن الأب يجبر ابنته على الزواج وليس عليه أن يأخذ رضاها بل أن عبارتها ساقطة ورضاها وعدمه سواء.

قال ابن المنذر:" أجمع الكل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائزا"[4]

---

[1]. إسماعيل أحمد نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دون طبعة، دار الميسرة، 2010، ص94.

[2]. محمد رواس قلعرجي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، طبعة الرابعة، دار النفائس، لبنان، 1989، ص843.

[3]. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 93.

البكر الصغيرة: التي لم تصل إلى درجة البلوغ

الثيب الصغيرة: هي التي تزوجت ثم مات عنها زوجها أو طلقت ولم تصل درجة البلوغ

[4]. د. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سبق ذكره، ص 57.

فولاية الإجبار تثبت على الصغير والصغيرة وهذا ما ذهب إليه الحنيفة في قول الإمام محمد أبو زهرة ولاية الإجبار عند الحنيفة على القاصرين وفي قول ابن المنذر أن نكاح الأب لابنته الصغيرة البكر جائزا إذا زوجها من كفؤ[1].

2/ الثيب الصغيرة:

عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها[2].

فإذا كانت المرأة ثيبا فلا بد من رضاها بالزوج صراحة ولا بعد سكوتها رضا لقوله صلى الله عليه وسلم:" الثيب تشاور"

بمعنى لكل من الولي والمولى عليه مشاورة فيما بينهما ولا بد بالنطق أو استعمال أي إشارة تدل إما على الموافقة أو الرفض وهذا ليس لقلة حياء أو عيب[3].

وذهب الشافعية إلا أنه لا يجوز إجبارها بل لا يجوز تزويجها، حتى تبلغ وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في أحد وجهين عنه إلى أن الثيب الصغيرة يزوجها أبوها.

وفي قول الدكتور أحمد فراج حسين أن الثيب لا تثبت عليها ولاية الإجبار مطلق سواء صغيرة كانت أو كبيرة لأن الثيب أحق بنفسها[4].

---

[1]. الإمام ابن المنذر، الإجماع ، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص39.

[2]. رواه أبي حسين مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، المجلد الثاني، طبعة الأولى، دار صادر لبنان، 2004، ص 511.

[3]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص140

[4]. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص165

وذهب داود الظاهري إلى التفريق بين الثيب والبكر فقام باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب.

رأي ابن حزم، إذا كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب أو لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ.

والحجة في ذلك على أنهم قاسوا الثيب على البكر الصغيرة فأبو حنيفة يرى العلة في البكر الصغيرة هي الصغر لا البكارة وهي موجودة في الثيب الصغيرة[1].

ومالك يرى أن العلة الصعر أو البكارة وجب الإجبار وأخذوا أدلتهم عن طريق القياس[2].

3/ الولاية على المجنون والمعتوه في زواجهما:

المجنون: اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا[3].

العته: هو آفة تصيب العقل فيصبح صاحبها مختلط الكلام يشبه بكلام المجانين في بعض الأحيان وكذا سائر أموره.

جمهور أهل الفقه يبيحون تزويج المجنون والمعتوه وبعضهم يشترط إذن القاضي ولا شك أن موافقة القاضي محصورة بوجود مصلحة في هذا الزواج.

وفيما يخص المجنون يشترط أن لا يكون جنونه من النوع الذي يلحق الضرر بالآخرين.

---

[1]. أسعاد زغيشي، الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق، مجلد العلوم القانونية جامعة باتنة، العدد 10، دون طبعة، دون سنة نشر، ص4

[2]. د. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 57.

[3]. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، مرجع سبق ذكره، ص 95.

فالأحناف لم يفرقوا بين المجانين والصغار والمعتوهين فيما يخص ولاية الإجبار لأنها ثبت للعصبات النسبية (الأب والجد) أما غير الأحناف فقد فرقو بين الصغار والمجانين والمعاتهة فاتفقوا على أن الولاية على المجانين والمعاتهة ثبت للأب والجد والوصي والحاكم، أما الولاية التزويج على الصغار فثبت للأب ووصيه فقط وعند الشافعية ثبت للأب والجد فقط.[1]

4/ الولاية على السفيه في الزواج:

السفيه: هو ذلك المبذر لماله المضيع له على ما يقضيه العقل والشرع اتفق الفقهاء على أن للولي السفيه تزويجه، إذا علم مصلحته في الزواج بقوله أو بغير قوله وتستوي في ذلك حاجته إلى الاستمتاع أو إلى الخدمة فإن لم يكن بحاجة إليه لم يجز تزويجه لان الزواج يلزمه حقوق مثل المهر والنفقة...الخ.

فيكون تضييعا لأمواله ونفسه من غير فائدة كتبذير لماله[2].

ذهب الشافعية إلى عدم جواز زواج السفيه من غير إذن وليه، وزواجه عنده كالبيع والشراء والهبة فلا بد من إذن وليه.

وذهب الحنيفة إلى صحة نكاح السفيه من غير إذن الولي لأن ليس بعقد مالي والسفيه محجوز عليه في تصرفاته المالية والمالكية يصححون زواج المحجوز عليه لسفهه ويكون موقوفا على إجازة الولي ورأي الحنابلة يعد زواجه صحيح، إذا كان محتاجا له فإذا انعدمت الحاجة لم يجز الزواج[3].

---

[1]. السيد السابق، فقه السنة ،مرجع سبق ذكره، ص1154، 1155.

[2]. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، مرجع سبق ذكره، ص 97.

[3]. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، مرجع سبق ذكره، ص 97.

5/ الولاية على المرأة البالغة:

اجتمع أهل الفقه على ان ولاية الإجبار لا تثبت على الثيب لكن اختلفوا في مسألة إجبار البكر على الزواج، فيما يلي نفصل بين الثيب البالغة والبكر البالغة.

6/الثيب البالغة:

اجتمع فقهاء المذاهب الأربعة وأجرون على عدم إجبار المرأة البالغة العاقلة على الزواج ولكن تثبت عليها ولاية الاختيار التي سوف نتطرق إليها لاحقا[1].

فعن حسناء بنت خدام الأنصارية:" أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها"

ومعنى ذلك أن الثيب البالغة لا تزوج إلا عن طريق تصريح بإرادتها ولا يحق لوليها أو غيره أن يزوجها بدون رضاها.

وعن ابن عباس أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها"

وجه الدلالة من هذا الحديث أن عقد الزواج لا يتم إلا برضا البنت إما بعبارة دالة على القبول أو الرفض ولا يكفي سكوتها لأن لا تخجل عادة من هذا التصريح"[2]

وقال ابن المنذر" واجمعوا أن نكاح الأب ابنته الثيب بغير رضاها لا يجوز"[3]

---

[1]. سعيد قاضي، رضا المكلف في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 125.

[2]. إسماعيل علي طه سكيري، أحكام النكاح عند الإمام ابن العربي الملكي في ضوء كتابه أحكام القآن دراسة مقارنة، دون طبعة، دون سنة نشر، 2006، ص 91.

[3]. ابن المنذر الاجماع، مرجع سابق، ص 59.

وفي قول الدكتور غسان غشا:" تجبر على الزواج المرأة الثيب البالغة التي زالت بكارتها بأمر عارض كالضرب مثلا"[1]

وفي قول المالكية أن المرأة الثيب البالغة إذا ظهر فسادها تجبر على الزواج وفي رأي للدكتور أبو العنين بدان أن الثيب البالغة إذا زالت بكارتها بسبب مرض أو جراحة أو كانت كذلك لأصل خلقتها فإنها تعتبر بكرا لأن الحياء لا يزال قائما[2].

7/ البكر البالغة:

إن البكر البالغة حتى وإن كانت بالغة عاقلة فتكون تحت ولاية الإجبار لأن العلة هنا البكارة، حيث ذهب الشافعي ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن البكر البالغة العاقلة يحق لأبيها أن يجبرها على الزواج، وإن كان يحق له استئذانها فالبكر عندما نستأذن في الزواج يكفي سكوتها ودليل ذلك عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم:" ولا تنكحوا البكر حتى تستأذن قال: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت"[3].

إن علة ثبوت الإجبار في الزواج هي البكارة وما دامت كذلك فلا تسقط عنها حتى لو تقدمت في السن.

[1]. غسان غشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات، في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات كتاب المسلمين المعاصرين، طبعة الأولى، دار الساقي، لبنان، ص 25.

[2]. بدران أبو العنين بدران مرجع سبق ذكره، ص 140.

[3]. رواه البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينحك الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاه، مجلد الثامن، ص 944.

فعن جابر ابن زيد أنه لا يجوز نكاح الأب عن ابنته إلا برضاها ودليل ذلك ما رواه ابن ماجة عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم :" لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن وإذنها الصموت"[1].

ثانيا: من ثبت لهم ولاية الإجبار:

لقد اختلف الفقهاء من حيث لمن تثبت له ولاية الإجبار في الزواج وانقسموا إلى عدة آراء:

1/ رأي المذهب المالكي:

الولي المجبر هو الأب لا الجد وهي الأب بعد موته بشرط أن يصرح بالعبارة التالية: أنت وصي على زواج بناتي أو أنت وصي على زواج بناتي.

في هذه الحالة يكون للوصي حق الإجبار كالأب[2].

2/ رأي المذهب الشافعي:

اتجه الإمام الشافعي على أن ولاية الإجبار تثبت للجد، أما عن الولاية على المجنون والمعتوه تثبت أيضا للحاكم وللمذكورين سابقا، ويضيف الشافعي في قوله أن الجد للأب لشموله اسم الأب له، فإن الجد لأب وافر الشفقة وتثبت له على أولاد أولاده في ولاية المال ومن خلال هذا يكون له الحق في ولاية الإجبار في النكاح كالأب[3].

---

[1]. الإمام الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مختصر صحيح مسلم، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، دار نوبليس، بيروت، 2011، ص 346.

[2]. التواتي ابن التواتي، المبسط في الفقه الماكلي بالأدلة: كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، دون طبعة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 119.

[3]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سبق ذكره ص 145.

3/ رأي المذهب الحنفي:

ذهب الحنيفة أن ولاية الإجبار تثبت للعاصب بالنفس وترتيبهم في ولاية الزواج يكون حسب ترتيبهم في الميراث.

أما الإمامية فيرون أن ولاية الإجبار تكون للأب والجد (أب لأب) والحاكم في بعض الحالات فيكون لهم الولاية على الصغير والصغيرة وعلى المجنون والسفيه، أما إذا بلغوا راشدين بالغين ثم طرأ عليهم جنون أو سفه فلا للأب ولا للجد ولاية وإنما للحاكم فقط.

الفرع الثاني: ولاية الاختيار

هي التي لا يستطيع الولي أن ينفرد أو يتسلط بتزويج المولى عليه بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج ويتولى الولي عقد الزواج بمعنى يجب أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي ويتشاركا في الاختيار ويتولى هو الصيغة[1].

يطلق عليها ولاية الشركة أو الاستحباب لأنها تخلو من الإجبار بل يكون الرضا فيها من الطرفين (الولي والمولى عليه).

وتعرف أيضا بأنها هي التي تخول للولي حتى تزويج المولى عليه مع اشتراطها في الرأي والاختيار وهذه الولاية بطبيعتها لا تتأتى إلا من البالغ لأن غير البالغ العاقل ليس أصلا للرأي والاختيار[2].

[1]. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة برج باجي مختار، عنابة 2006، ص120.

[2]. أحمد فراج حسين، مرجع سبق ذكره، ص 175.

أولا: لمن ثبت عليه ولاية الاختيار:

1/ ولاية الاختيار على الرجل:

اتفق جميع الفقهاء على ثبوت النكاح للرجل البالغ العاقل فله أن يزوج نفسه بأي امرأة يختار وبأي مهر كان، ويكون تصرفه صحيحا نافذا لا يعترضه أحد.

وما يفهم من هذا أنه لم يعد يحتاج إلى موافقة وليه ولا القاضي ولا يمتلك أحد سلطة إجباره على الزواج بغير رضاه، أما إذا فوض أباه أو جده في مباشرة عقد الزواج فإن ذلك من باب الوكالة وليس من باب الولاية[1].

2/ ولاية الاختيار على المرأة:

تثبت على المرأة البالغة العاقلة ولاية الاختيار ولكن اختلف الفقهاء حول من يتولى عقد زواجها.

وفيما يلي سوف نوضح أهم النقاط التي جاءت حول ولاية الاختيار.

3/ البكر البالغ:

ذهب المالكية إلى أنها تثبت على المرأة البكر البالغة التي رشادها أبوها وكذلك البكر التي أقامت مع الزوج سنة وأنكرت العلاقة الزوجية بعد الفراق، فهي قول فيما يخص المذهب المالكي، والشافعي إلى ثبوت ولاية الإجبار عليها وسبب ذلك هي البكارة لأن البكر تجهل

[1]. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر 1999، ص122.

شؤون الزواج ولو كانت بالغة عاقلة لعدم التجربة فهي عاجزة عن إدراك المصلحة في الزواج واختيار الزوج المناسب[1].

ودليل ذلك قوله تعالى: «وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ»[2]

أما الحنفية والشيعة الجعفرية فيرون عدم ثبوت ولاية الإجبار عليها، وإنما تثبت عليها ولاية الاختيار فيستحب لهذه المرأة أن تدرك مباشرة عقد زواجها إلى وليها مراعاة للتقاليد والأعراف بين الناس[3].

4/ الثيب البالغ:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها سكوتها"[4]

من خلال الحديث اتجه كل من المالكية والشافعية أن المرأة إذا كانت ثيبا لا يزوجها الولي إلا بعد استئذانها والأخذ برضاها ويكون تصريحها لفضا في حين ذهب الحنفية في المرأة البالغة الراشدة لا تثبت عليها ولاية وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعبارتها ويستحب أن يتولى وليها في ذلك وأن يكون راضيا بذلك ونلاحظ بأن الحنفية لم يحددوا المرأة إذا كانت ثيبا أو بكرا وإنما اكتفوا بقولهم المرأة البالغة الراشدة.

---

[1]. حسن حسن منصور، المحيط في شرع السائل الشخصية، أحكام الزواج، المجلد الثاني، دون طبعة، مطبعة سامي، الإسكندرية، 1997، ص35.

[2]. سورة النور، الآية 32.

[3]. محمد كمال الدين أمام، جبار عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، دار منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 274.

[4]. رواه أبو حسين مسلم، صحيح مسلم ، مرجع سبق ذكره ص 511.

وفي قول أبن تميمة:" أما الثيب البالغة فلا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا للغير بإجماع المسلمين[1].

فإن للمرأة حق الموافقة على زواجها بإرادتها الحرة ورضاها الكامل دون ضغط أو إكراه أو تدليس، لقوله صلى الله عليه وسلم : " الايم أولى بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها"[2].

ثانيا: لمن تثبت له ولاية الاختيار:

تثبت هذه الولاية لكل الأولياء فلا داعي للترتيب فيما بينهم فلا فرق بين ولي وولي.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بولاية الاختيار وهذا ما أشارت إليه نص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها[3].

ومن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بمصطلح قاصر ولم يفصل لنا مثلما فصلت أحكام الشريعة الإسلامية مثل الثيب الصغيرة والبكر الصغيرة.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من أنواع الولاية

لم يختلف قانون الأسرة على الفقه الإسلامي فيما يخص تصنيف الولاية فقسمها إلى ولاية إجبارية وولاية اختيار الآمر الذي يدفعها إلى التركيز على تبيان مجالات تطبيقها بقراءتها

---

[1]. ابن تميمة ، أحكام الزواج، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص 115.

[2]. رواه المحافظ أبو عبد الله بن يزيد الغزويني، (بن ماجة) سنة ابن ماجة، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والثيب، الجزء الأول، دار الريان التراث، ص601.

[3]. الأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مادة 13.

لأحكام المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح أن المشرع مكن المرأة الراشدة من عقد زواجها بنفسها بولاية الاختيار تثبت لها كأصل عام.

ويختلف الأمر بالنسبة لزواج القاصرة حيث ألزم المشرع موافقة ولي أمرها على ذلك، سواء كان أبوها أو احد أقاربها الأولية والقاضي في انعدام هذين الأوليين، فولاية الإجبار تثبت على المرأة القاصر[1]

المبحث الثاني: أسباب ومراتب الولاية

المطلب الأول: أسباب الولاية

السبب ما يتوصل أي أمر من الأمور، وكل ما حصل له سبب من أسباب الولاية تثبت له الولاية بذلك السبب وأشارت بعض الكتب الفقهية إلى أسباب الولاية مثلما ورد في تعريف ابن عرفة وهي إما الملك أو القرابة النسبية أو الكفالة أو الإيصاء والإسلام الوكالة عن الولي الإمامة أو السلطان.

ومن هذه الأسباب ما هو متفق عليه عند الفقهاء وما هو مختلف فيه، ونستثني في دراستنا هذه بسبب الملك لأنه اندثر ولم يعدله وجود وهو تلك العلاقة بين المعتق وعتيقه بسبب العتق (الولاء)[2].

[1]. تنص المادة 11 من الأمر رقم 05-02 مرجع سبق ذكره على ما يل:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"

دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون:" يتولى زواج القصر أولياء هم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"

[2]. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن للأحوال الشخصية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص87.

الفرع الأول: القرابة النسبية والكفالة

أولا: القرابة النسبية

وتعد من أهم أسباب الولاية في النكاح لأنها تثبت بالعصبة وهي القرابة من جهة الأب وفي الذكور منهم خاصة فكل سبب غير هذا السبب يعتبر إما نيابة عنها أو خلافة لها.

دليلها في القرآن الكريم: قوله تعالى: { **وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٧٥﴾** }[1] وقوله تعالى :" { **وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ۚ كَانَ ذَٰلِكَ فِي ٱلْكِتَٰبِ مَسْطُورًا** }[2]

من خلال هاتين الآيتين نستنتج بأحقية ذوي الأرحام في الولاية النكاح ويدلان على تقديم أقرباء النسب على غيرهم عموما فإن قريب النسب هو أولى الأولياء.

وتثبت ولاية النكاح حسب نوع القرابة أولا إلى العصابات من أقرباء النسب وثانيا لذوي الأرحام اتفق الفقهاء على أنه إذا ما وجدت العصبات تقدمها على ذوي الأرحام ولكن وجدنا الاختلاف حول ثبوت ولاية النظام لذوي الأرحام من جهة الأم (كأب الأم، والأخ لأم والعم لأم) حيث انقسموا إلى قسمين:

أ- **القسم الأول:** لا ولاية لذوي الأرحام بل الولاية خاصة بالعصبات فقط وهذا اجتمع عليه جمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة، عدا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله.

1. سورة النساء الآية 34.

2. سورة الأحزاب الآية 06.

ودليل هذه الاتجاه ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم:" النكاح إلى العصبات"[1]

وذكر الكساني أن قال:" فوض كل نكاح إلى عصبة، لأنه قابل الجنس بالجنس أو بالجمع فيقتضى مقابلة الرفد بالفرد"[2]

ب- **القسم الثاني**: أن كل من يرث بفرض أو تعصيب تثبت له الولاية في الزواج وهذا ما جاء في أحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

ودليلهم قوله تعالى:" وانكحوا الأيامى منكم" من غير فصل بين العصبات وغيرهم[3].

ثانيا: الكفالة

وتثبت بها الولاية في الزواج وهذا ما أتى به المذهب المالكي فقط لأنه اعتبرها سبب مستقل تستحق به الولاية، لكن كانت محل اختلاف بين الفقهاء الآخرين، لأنهم اعتبروها من الولاية العامة وهي ولاية عندهم لكل مسلم بسبب الإسلام[4].

والولاية العامة عندهم تثبت على الدنيئة دون الشريفة.

وتكون للكافل الذي كفل امرأة فقدت والدها ويكون قد قام بترتيبها لمدة زمنية معينة ومعتبرة لكي يحق له دولاية تزويجها[5].

---

[1]. رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دون سنة نشر، الجامعة الإسلامية، 2002، ص 122

[2]. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، الجامعة الإسلامية 2002، ص 63.

[3]. سورة النور، الآية 32.

[4]. أبي الفضل جمال الدين محمد، مرجع سبق ذكره، ص 256.

[5]. د. عبد القادر دواودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار البضائع والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 17.

وهناك أسباب أخرى لدى المالكية لكي يستحق الكافل ولاية نكاح مكفولته، فقد حدد زمن الكفالة إما عشرة سنوات أو أربعة أعوام وقيل أيضا لا حد لأقل زمن الكفالة وإنما المعتبر في زمن أن يحتوي على شفقة عليه وحنان وهذا المختار عندهم أكثر.

وأما ما يتعلق بالمكفول فشرطها الدناءة وهي المرأة التي لا يرغب فيها النسب ولا الحسب ولا المال والجمال.

وأما فيما يتعلق بالكافل فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصبات النسب[1].

الفرع الثاني: الإسلام والإيصاء

أولا: الولاية في الزواج بالإسلام

غلب القول لدى الفقهاء على ثبوت الولاية على المرأة في مسألة الزواج بسبب فالولاية حسب ما سبق في دراستنا أنها تنقسم إلى نوعين:

1/ ولاية خاصة: والتي ثبت بسبب النسب أو الولاء أو العتق أو الكفالة أو الإمامة.

2/ ولاية عامة: وهي ولاية ثابتة بمقتضى أهل الإسلام من موالاة وهي عندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين.

وليثبت هذا السبب يجب أن يشترط عدم وجود ولي خاص للمرأة مطلقا (النسب، كافل، الحاكم).

وهذا ما يكون في المرأة الدنيئة، فهي إذا لم يكن لها ولي خاص مجبر صح لها أن تفوض أمرها لرجل من المسلمين فيزوجها.

[1]. د. عوض ابن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، الجامعة الإسلامية، 2002، ص 177.176.

ثانيا: الإيصاء

والمقصود بالإيصاء هنا أن يكون الوصي سببا من أسباب الولاية على المرأة في مسألة الزواج وعرفها الفقهاء من عهد إليه الولي بنكاح بناته أو إحداهن بعد وفاته[1].

بمعنى أن الوصاية عبارة عن نيابة عن الولي وهي تشبه الوكالة من حيث المعنى إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه وهو أن الوكيل يكون نائبا عنه في حياته أما الموصي يكون نائبا عنه في وفاته.

فوصي الولي في نيابته خلاف بين العلماء على أقوال وفيما يلي بيان لهذ الأقوال وأدلتها.

1/ أقوال العلماء في نيابة الوصي عن الولي.

خلاصتها ثلاثة أقوال:

أ- **القول الأول:** أن الولاية في النكاح لا تستفاد بالوصية وهذا ما نصب إليه كل من الحنفية والشافعية، والظاهرية وإحدى الروايتين الظاهرتين عن الإمام أحمد رحمه الله[2].

ب- **القول الثاني:** أنها تستفاد بالوصية وهو ما إتجه إليه المذهب المالكي واظهر الروايتين المشهورتين من الإمام أحمد.

[1]. بو خالف ، محاضرات في قانون الأسرة القيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2006، 2007.

[2]. وهيبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 164.

ت- **القول الثالث:** أن الولاية في النكاح تستفاد بالوصية إذ لم يكن للمرأة عصبة تلي تزويجها وأما مع وجود العصبة فلا تستفاد الوصية هنا وهذا رواية ثالثة عن الإمام أحمد اختارها عبد الله بن حامد[1].

الفرع الثالث: الوكالة والسلطان

أولا: الوكالة

تعرف الوكالة على انها عقد شرعي يصح في كل ما تدخله النيابة شرعا، فيكون الوكيل في مقام من وكله (الولي) بمعنى انه استنابه في تزويجه موليته في حياته بحضور الولي أو غيابه ويثبت لوكيل الولي ما يثبت للولي من الإجبار أو عدمه[2].

1/ حكم التوكيل من حيث الإطلاق والتقييد

فصفة توكيل الولي لا يزوج موليته في حياته فهذا إذا كان توكيلا معنيا كأن يعين له الخاطب يصح التوكيل ولا يحق له ان يتعدى ذلك.

وإما إذا كان توكيلا مطلقا كأن يقول بصريح العبارة وكلتك في تزويجها بمن شئت هنا اختلف العلماء وانقسموا إلى قولين:

أ- **القول الأول:** صح ذلك أيضا وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء واستدل لهم ابن قدامة بما روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فإذا وجدت لها كفأ فزوجه إياها ولو بشرا لا نعلمه، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقد تقد الأثر.

---

[1]. عوض ابن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكره ص 187، 188.

2. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 70

قال ابن قدامة: واشتهر ذلك فلم يذكره منكرا" ولأنه إذن في النكاح فجاز مطلقا كإذن المرأة، أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع.

ب- **القول الثاني:** أنه لا يصح وهو احد القولين للشافعية، لكن الأظهر صحته سواء كان الولي مجبرا أو غير مجبرا إلا أن غير المجبر مقيد بالصفة بإذن المرأة فإن أذنت له بحدود لا يتجاوزها يكون مقيد وإن أطلقت الإذن له أن يطلق التوكيل في الأصح[1].

وعلى هذا فإذا كان التوكيل مطلقا المشهور في كتب المذاهب انه مقيد بحسن النظر للمرأة في الكفاءة وغيرها حتى قال بعض الشافعية أنه لا يزوجها حينئذ بكفء وقد خطبها من هو أكفأ منه ولا بمهر المثل مع بذل أكثر منه

مما قد يظهر رأيان القول بصحة التوكيل المطلق كما يصح المقيد، وكذلك وجوب احتياط الوكيل للمرأة في الكفاءة وغيرها[2].

2/ أدلة ثبوت الوكالة في الزواج:

استدل على ثبوت الوكالة في الزواج عدة أدلة منها:

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم:" أنه وكل أبا رافع في تزويج ميمونته رضي الله عنها: وهذا الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ عن ربيعة ابن أبي عبد الرحمن، عن سلميان ابن ياسر أن الرسول صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج"[3]

---

[1]. عوض ابن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكره ص 185.

[2]. عوض بن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكره، ص 176.

[3]. عوض بن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكره، ص173

ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمر ابن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة رضي الله عنها " رواه الحاكم والبيهقي.

ولأن النكاح عقد معاوضة فجاز فيه التوكيل كالبيع[1].

واستدل على توكيل الولي على وجه الخصوص، ما روي أن رجلا من العرب ترك عندهم ابن الخطاب رضي الله عنه، وقال: " إذا وجدت كفأ فزوجه إياها ولو يشارك فعله، فزوجها عمر ابن الخطاب من عثمان ابن عفان رضي الله عنه فهي أم عمران ابن عفان.

ومن هذه الرواية يستدل على التوكيل المطلق في النكاح.

واشتهر النافعية أن الولي لا يوكل إلا بإذن المرأة المعتبر إذنها وهذا الصحيح عندهم[2].

ثانيا: ولاية السلطان في الزواج

تثبت الولاية في الزواج إلى سبب السلطة أو الإمامة وهي من أحد الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها.

ونقصد بالسلطان هو إمام المسلمين العام الذي له الأمر والولاية على كافة إذ هو الأمين على رعاية مصالح بمقتضى الشريعة وقد يقوم مقامه نائب أو مفوضه أو قاضيه أو من يفوضه إليه.

وعرفه ابن قدامة المقدسي:" أن السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك وهناك خلاف في والي البلد والصحيح جواز ولاية له عند عدم وجود القاضي، إذا احتاط للمرأة في المهر والكفء لأنه ذو سلطان.

---

[1]. محمد محدة، مرجع سبق ذكره، ص 113.

[2]. عوض بن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكر، ص174.

وما روي عن طريق سعيد ابن المسيب عن عمر رضي الله عنه قال:" لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان.

وجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبية أو من يقوم مقامه، وهو دليل على اعتبار سبب من أسباب ولايته النظام، حيث من شروط ثبوت ولاية السلطان في الزواج هي عدم وجود الولي الخاص مطلقا أو في حالة عجز الولي أو غيابه، ولكن من الذي يزوجها عند غياب الولي الأقرب هو الولي الذي يليه؟ السلطان؟[1]

يرى جمهور الفقهاء في حالة غياب الولي الأقرب يزوجها الذي يليه رتبة.

قال ارن رشد :" أغاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"

ومن الأحاديث التي تثبت ولاية السلطان في النكاح ما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم لمن خطب منه المرأة التي وهبت نفسها للنبي:" زوجا لها بما معك من القرآن" متفق عليه ومنن استدل بهذا الحديث على ثبوته ولاية السلطان في النكاح الإمام البخاري في صحيحه[2].

1/ الحالات التي تمنح فيها الولاية للسلطان:

يكون السلطان وليا في النكاح في الحالات التالية:

أ- إذا لم يكن للمرأة وليا غيره.

[1]. دار القطبي، سنن أبو داوود، باب لا تنكح المرأة إلا بولي ، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1986، رقم الحديث 32، ص 317.

[2]. محمد كمال إمام، أستاذ الشريعة الإسلامية كلية الحقوق، ددون طبعة، دار الجامعة الجدية للنشر جامعة الإسكندرية، 1998، ص 129.

ب- إذا امتنع جميع الأولياء من تزويجها فيزوجها السلطان أو نائبه وإن عضل بعضهم دون بعض وأمكن تزويجها ممن يلي العاضل من أوليائها فقد تقدم أن فيه قولين للعلماء:

- : أنه يزوجها السلطان وهو ما ذهب إليه المذهب المالكي والشافعي وكذلك الحنفي بناء على أن العضل كما يكون في الحرة المكلفة يكون في الصغيرة والمجنونة.
- : أن يزوجها الولي الذي يلي العاضل في الترتيب وهو المذهب الحنبلي

ت- إذا غاب الولي الأقرب وفيه كذلك قولين لجمهور العلماء بصحة تزويجها في غياب وليها.

- أن السلطان من يزوجها وهو ما اتجه إليه الشافعي وظاهر المذهب المالكي المعتمد في مختصر خليل وشروحه.

- : أنه الولي الحاضر الذي يلي الغائب في الترتيب، وهو مذهب الحنيفة والحنابلة.

ث- إذا كان الخاطب هو الولي، كابن العم فيزوجه بها السلطان إن لم يكن لها ولي في درجته وهذا مذهب الشافعية[1].

وهذا مبنى على مسألة مشهورة وهي: هل يتولى شخص واحد طرفي العقد بنفسه

- فعقد الشافعية المنح إلا للجد، فيصح أن يزوج بنت بابن اينه الآخر في الأصح عندهم.
- أما الجمهور فالجواز يتولى ابن العم مثلا طرفي الإيجاب والقبول بنفسه لنفسه.

[1]. عوض بن رجاء العوفي، مرجع سبق ذكره، ص 173

المطلب الثاني: مراتب الأولياء

يقصد بترتيب الأولياء مدى أسبقية ولاية أحدهما على الأخر مع وجود جميع من يحق لهم الولاية وفي هذا الشأن سوف نرى رأي كل من المذاهب الأربعة:

الفرع الأول: ترتيب الأولياء حسب الفقه المالكي والشافعي

أولا: ترتيب الأولياء حسب الفقه المالكي

ترتيب البنوة ثم الأبوة مباشرة ثم الأخوة ثم الجدود ثم العمومة على الترتيب التالي:

- الابن ثم ابن الابن ولو بعد
- ثم الأب ويقصد به الأب المباشر
- الأخ ثم ابن الأخ ويقدم الشقيقين على الأخ لأب وابن الأخ وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب
- ثم الجد (الجد الصحيح) أي جد النسب كأب الأب.
- ثم العم ثم ابن العم على أن العم الشقيق على العم الأب.
- ثم أبو الجد، ثم العم لأب ثم ابن العم الأب ثم الجد[1].
- ثم المولى الأعلى وهو من اعتق المرأة ثم عصبته.

[1]. التواتي ابن التواتي، مرجع سبق ذكره، ص 126.

ثانيا: ترتيب الأولياء حسب الفقه الشافعي

أحق الأولياء الأب ثم الجد ثم أبوه يعني جد الأب، ثم أخ الأبوين أو الأب ثم ابنه وإن نزل ثم العمومة ثم ابن العمومة وإن نزل، سائر العصبات الإرث[1].

ويكون ترتيبهم كالآتي:

- الأب ثم الجد وإن علا
- باقي العصبات وهم الأخوة ثم أبنائهم ثم الأعمام الأعمام ثم أبنائهم ثم المعتق ثم السلطان كالآتي:
- الأب ثم الجد أبو الأب، ثم أبوه وإن علا.

ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ وإن نزل.

ثم العم ثم ابن العم.

ثم سائر العصبات من القرابة (الإرث).

ثم السلطان لا حديث نبوي السلطان ولي من لا ولي له.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء حسب الفقه الحنفي والحنبلي

أولا_ ترتيب الأولياء في الفقه الحنفي

ذهب الحنيفة إلى أنها ثبت لكل عصبة بنفسه وهو كل قريب ذكر ليس في نسب إلى المولى عليه أنثى، وهو أربعة أصناف مرتبة حسب ترتيبهم في الإرث كما يلي:

[1]. الخمار البقالي، عضل الولي في بلاد الغرب صوره وأحكامه ومواقف أئمة المساجد ولمراكز الإسلامية والقاضي منه، مقدم إلى الدولة الثانية عشر للمجلس الأوروبي لإفتاء المقدم للبحوث المنعقدة بتاريخ 07-07-2004، إلى 10-07-2004، ص 06نقلا عن موقع https://www.ecfr.orgأخر زيارة بتاريخ 2019/04/25، بتوقيت 15:52.

- جهة النبوة، الابن فابنه وإن نزل.
- جهة الأبوة والأب ثم الجد الصبي وإن علا.
- جهة الأخوة الأخ الشقيق ثم الأب وأبنائهم وإن نزلوا.
- جهة العمومة العم الشقيق والعم الأب وأبنائهم وإن نزلوا.

ثانيا: ترتيب الأولياء حسب الفقه الحنبلي

قدم الأصول على الفروع لمراعاة مصلحة المولى عليها وشفقة الولي عليها ويكون الترتيب كالآتي:

- الأب وهو أول الناس في التزويج ابنته.
- الجد لأب وإن على فيقدم على جميع الأولياء لأنه يعتبر بمثابة الأب عند غيابه
- الابن وابنه وإن نزل.
- الأخ لأب بعد الأب والابن لأنه أقرب العصبات.
- الأخ الشقيق مثل الشقيق.
- أولاد الأخوة وإن نزلوا.
- العم الشقيق والعم وأوليائهم وإن نزلوا
- المعتق ثم أقرب عصبة إليه.
- السلطان عند انعدام أولياء المرأة أو عضلهم[1].

[1]. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 208.

الفرع الثالث: أصحاب الولاية من غير العصبة:

تثبت الولاية بغير العصبات لكن اختلف الفقهاء في ثبوتها لبعض الأصناف واتفقوا في البعض الأخر فيما يلي:

أولا: ذوي الأرحام:

وهم أخ الأم وعم الأم وجد الأم وبنو الأخوات والبنات والعمات وأخوالهم من يدلي إلا بأنثى وقد اختلف الفقهاء في ثبوت ولا يهتم في الزواج.

- عند المذهب الحنفي: يرى أصحاب هذا المذهب جواز انتقال الولاية للأقارب غير العصبات بحيث إذا انعدم وجود عاصب انتقلت الولاية إلى الأصول من غير العصبات ماعدا الأب الأم[1].

فتنتقل من الأم إلى البنات وبنات الابن والأخوات وسائر ذوي الأرحام[2].

واستدلوا بهذا الرأي لقوله تعالى:" وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض"[3].

- **رأي الجمهور الفقهاء:** فيتمثل في أن الأولياء هم الأقارب من العصبة الذكور وليس للخال ولا الأخوة لأم، ولا لأي من ذوي الأرحام ولاية.

---

[1]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 147.

[2]. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس لبنان، 1990، ص 151.

[3]. سورة النساء، الآية 25.

ثانيا: الوصي:

لقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية للوصي كما يلي:

1/ المذهب المالكي والحنبلي:

ذهب إلى أنه ثبت للوصي ولاية تزويج إذا أمر الأب الوصي بالتزويج كما لو قال:" زوج ابني بعد وفاتي، أو عين له الزوج، بأن يقول له زوجها من فلان، لأن ولاية النكاح ثابتة للأب وجده[1].

2/ رأي جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز الإيصاء في الزواج لأن النكاح إلى العصبات ولأن مصالحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج وهذا لا يتوافر في الوصي إذا لم يكن منهم والمصلحة في الزواج تحيط باعتبارات دقيقة.

ثالثا: السلطان:

فإن لم يوجد ولي أصلا من العصبات ولا من الغير أو وجد لكن غير مستوفي الشروط الولي، انتقلت الولاية إلى السلطان[2]، لقوله صلى الله عليه وسلم:" أيما امرأة لم ينكحها الولي، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل فإن أصابها فلها مهر بما أصابها، فإن اشتروا فالسلطان ولي من لا ولي له.[3]"

---

[1]. أحمد فراج حسين، مرجع سبق ذكره، ص 126.

[2]. بدران أبو العنين بدران، مرجع سبق ذكره ،ص 147.

[3]. رواه ابن ماجة، كتاب النكاح إلا بولي، الجزء الاول، دار الريان التراث، ص 604.

الفرع الرابع: ترتيب الأولياء وفق القانون الأسرة الجزائري

أولى المشرع نوعا من الأهمية لترتيب الأولياء في ظل قانون 84-11 حيث نصت المادة 11 منه على انه:« يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولية والقاضي ولي من لا ولي له»[1]

يتفحص أحكام هذه المادة نستخلص أن المشرع تأثر بالمذهب الحنفي في مسألة ترتيب الأولياء، وذلك حسب درجة الميراث، إذا استهلها بقرابة الأبوة فالبنوبة ثم الأخوة والعمومة.[2]

لكن بعد تعديل قانون 84-11 أصبح ترتيب الأولياء ليس دور مهم، وليس للمرأة الراشدة الراغبة في الزواج أن تحترمه، فلها أن تختار رأي شخص تريده ان يحضر مجلس عقدها بمثابة وليها بموجب نص المادة 11 فقرة 1 من الأمر رقم 05-02 ومن خلال هذه الفقرة نفهم أن للمرأة مطلق الحرية في تعيين وليها اختياريا، من أحد الأقارب بمختلف الدرجات أو في شخص تختاره وإن كان أجنبيا.

أما بالنسبة للمرأة القاصر فحدد المشرع ترتيب الأولياء وهو الذي ورد في الفقرة 2 من المادة 11 وهذا الذي كان عليه نص المادة 11 من قبل التعديل والذي أدخلت عليه تغييرات طفيفة، بتعديل المرأة بمصطلح القاصر وهذا الذي يوضح التمييز بين المرأة الراشدة والقاصر في الأمر رقم 05-02 في مسألة ترتيب الأولياء، إذن فقضية الإجبار باتت تطرح بالنسبة للقاصرة أما البالغة الراشدة فلا إجبار عليها.

[1]. المادة 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري مادة 11.

[2]. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 166

الفصل الثاني:
أحكام الولاية

الفصل الثاني: أحكام الولاية

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وأغلب مذاهبها المتعددة في شرط الولي في عقد النكاح ومدى ضرورة اشتراطه، وفي مدى صحة الزواج باعتبار النساء، فهناك من أجاز صحة هذا العقد بعبارتين بنشأته صحيحا لا غبار عليه أن المرأة لها كامل الحرية في ان تباشر عقد زواجها بنفسها.

وعلى عكس الرأي السابق هناك فريق له رأي آخر في مدى صحة العقد بعبارة النساء وقالو بعدم نفاذه أصلا، وأن المرأة لا يجوز لها أن تباشر عقد زواجها لنفسها ولا لغيرها، وفي صدد هذا نعرج إلى مركز الولي في ظل قانون الأسرة الجزائري مع تبيان أثر تخلفه من الناحية الفقهية والقانونية.

المبحث الأول: المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون

إن الولاية في عقد الزواج من قضايا التي أثارت جدلا بين علماء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

المطلب الأول: الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

إن الزواج لا يصح بدون ولي ولا تمتلك المرأة حق تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها وإلا اعتبر زواجها باطلا[1].

الفرع الأول: اشترط الولي في عقد الزواج عند جمهور الفقهاء: (شرط صحة)

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بضرورة اشتراط الولي في الزواج حتى يصح العقد، لأن وجود الولي هو شرط لانعقاد العقد.

حيث ذهب كل من المالكية والحنفية والشافعية إلى أن الولي شرط صحة في العقد وأنه لا يصح العقد بدون ولي ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا تزوج غيرها سواء كانت بكرا أو ثيبا، وليس لها ان توكل غيرها في أنشاء هذا العقد.

وذهب الإمام مالك بأنه لا يكون نكاح إلا بولي وأن الولاية شرط إتمام وهذا ما جاء في رواية أشعب عنه وبه قال الشافعي:[2]

[1]. محمد بحاق، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلدة الأول، العدد الأول، دون طبعة، دون دار نسر، ديسمبر 2015، ص 152.

[2]. الغمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبعة الأولى، دار القلم، بيروت، 1938، ص 11

وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وابن مسعود وابي هريرة، وعائشة رضي الله عنها وإليه[2] ذهب سعيد بن المسير وعد ابن عبد العزيز والثوري وابن عبيدة رحمهم الله[1].

أولا: أدلتهم من القرآن الكريم

قوله عز وجل: « وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ »[2]

فوجه الدلالة في هذه الآية، فهي موجه للأولياء عن منعهن من النكاح من يخترن من الأزواج ولا يتحقق المنع إلا ممن في يده الممنوع فالدال على عقد الزواج يكون في يد الولي لا في يد المرأة، فلا يصح فيها ولو باشرته بنفسها.

وهذه الآية تنهي الأولياء المرأة على أن يمنحوها حق الزواج وفيه دلالة على صحة قول من قال (لا نكاح إلا بولي) لأن قصد الآية في نظر الجمهور تبين مدى سلطة الولي على المولى عليها في تزويجه حتى ولو كانت ثيبا، لأن المولى عليها في هذه الحالة كانت ثيبا، حتى لو لم يكن الولي أبا لأن الولي في هذه الآية كان الأخ، ولأنه لم تثبت له هذه الولاية فاستدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال:" إن كنت مؤمنا فلا تمنح أختك على أبي البذاح، فقال أمنت بالله وزوجتها منه"[3]

---

[1]. وهبة الرحيلي، مرجع سبق ذكره، ص 154.

[2]. سورة البقرة، الآية 232.

[3]. القرطبي: تفسير القرطبي، جامع الأحكام القرآن الكريم، الجزء الثاني، دون طبعة، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص666

وهنا الرسول صلى الله عليه وسلم طلب منه عدم منح أخته من الرجوع إلى زوجها الأول بعقد جديد.

وأما تعليق الإمام الشافعي رحمه الله فدل كتاب الله عز وجل وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام على أن حق الأولياء أن يزوجوا الحرائر البالغات أن أردن الزواج ودعون إلى الرضا لقوله تعالى:« **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ** »[1]

قال وهذه أبين أنه في كتاب الله تعالى دلالة على انه ليس للمرأة أن تتزوج بغير إذن ولي[2].

وقوله تعالى:« **وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ**»[3]

وقوله تعالى: «**فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ**»[4]

نلاحظ أن الله عز وجل خاطب الرجال ليكونوا المزان العقلي ولم يخاطب الإناث وهذا راجع إلى قلة خبرتهن بعقول وخبايا الرجال وكحماية وأضفى الله عز وجل على المرأة وجوب الولي في حضور عقد قرانها، وذلك لتفادي كل السلبيات الناتجة والمتوقعة إذا زوجت فنفسها فزواجها ليس شأنا لوحدها بل له انعكاسات على أهلها.

---

[1]. سورة البقرة، الآية 232.

[2]. الأكحل ابن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، دون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 22

[3]. سورة النور، الآية 32.

[4]. سورة النساء، الآية 25

وقوله تعالى:« فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٞ مِّنۡهَا وَطَرٗا زَوَّجۡنَٰكَهَا »[1]

وسبب نزول هذه الآية زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من السيدة أم المؤمنين السيدة زينب بنت جحش حيث تولى الله تعالى أمر زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من السيدة زينب مما جعلها تتباهى وتقول لأمهات المؤمنين ما من واحدة منكم إلا وزوجها أبوها أو أخوها، أما أنا فزوجني ربي من فوق سبع سموات.

وقوله تعالى :« وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡ »[2]

وهذا الإسناد للزواج كان للأولياء وليس للنساء حيث نهاها الشارع الحكيم من كُنَّ تحت ولايته من المشركين لما في ذلك من ضرر إليهن من ناحية دينهم وعدم أمساكهن بمعروف.

كما استدل القائلون بشرط وجود الولي في الزواج بقوله تعالى:« ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ »[3]

فهذه النصوص قد خاطبت الرجال ولم تخاطب النساء.

---

[1]. سورة الأحزاب، الآية 37

[2]. سورة البقرة، الآية 221.

3. سورة النساء، الآية 34.

وقال في كتابه الكريم على لسان النبي صالح مخاطبا النبي موسى عليهما السلام: «**قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ**»[1]

جاءت هذه الآية بلفظ النكاح، وهو القيام بفعل التزويج بيد شخص على شخص وهو الولي ومولية، أي أن صالح مدين أراد تزويج أحدى ابنتيه للنبي موسى عليه السلام، فأمره موسى عليه السلام على تصرفه وقبل زواجه بابنته، وكان هذا ساريا في شريعة بني إسرائيل، وهو شريعة لنا بناءا على القول بأن الشرع من قبلنا شرع لنا.

ومنه فقد استدل العلماء في هذه الآية على أن النكاح للولي لاحظّ للمرأة فيه لأن صالح مدين تولاه بنفسه[2].

ويقول القرطبي في تفسيره للآية 32 من سورة النور" والخطاب للأولياء وقيل للأزواج والصحيح هو الأول إذا لو أراد الأزواج لقال (وانكحوا) بغير همزة، ولو كانت الألف للوصل وفي هذا الدليل على أن المرأة ليس لها حق أن تنكح نفسها بغير إذن وليها وهو قول أكثر العلماء.

ويقول فيه الشيخ عبد الرحمن ناصر السعدي في تفسيره: يأمر الله تعالى الأولياء بإنكاح من تحت ولايته من الأيامى، وهم من لا أزواج لهم من الرجال أو النساء ثيبات أو أبكار فيجب على القريب وولي اليتم أن يزوج من يحتاج إلى الزواج، ممن تجب نفقته عليه، وإذا كانوا مأمورين بإنكاح من تحتهم، كان أمرهم بالنكاح بإنكاح أنفسهم من باب أولى[3].

---

[1]. سورة القصص، الآية 27.

[2]. أبي بكر محمد، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دون طبعة، دار الجبل، بيروت، لبنان، 1978، ص 1476.

[3]. عبد الرحمن بن نصرة السعدي، تسيير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1996، ص 516.

ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية الشريفة

بالإضافة للآيات الكريمة استدل جمهور الفقهاء على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، من السنة النبوية الشريعة في مجموعة من الأحاديث نذكر منها:

عن عائشة رضي الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.[1]

ففي أحاديث أشارة واضحة تؤكد على ضرورة اشتراط الولاية في الزواج وقد ورد في الحديث ما رواه أبو موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" لا نكاح إلا بولي" رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه[2].

وجه الدلالة من هذا الحديث هو اشتراط الولي في النكاح واضح فالحديث صريح في نفي الصحة عن النكاح الخالي من الولي لأن الأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال وقد روى هذا الحديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وعلي ابن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة رضوان الله عنهم وبه قال جمهور التابعين.

كذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمى رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أوليائها غيب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ليس من أولئك من لا يرضى، قم يا عمر، فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم"[3]

---

[1]. رواه ابن ماجة، مرجع سبق ذكره، ص 605

[2]. أحمد فرج حسين، مرجع سبق ذكره، ص213

[3]. السرخسي المبسوط، باب النكاح من غير الولي، جزء الخامس، دون طبعة، دون دار نشر، ص 12

فهذا الحديث يبين لنا مدى ضرورة الولي في الزواج لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل لها، إنكحي أنت نفسك.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[1].

من هذا الحديث يتضح لنا كذلك اشتراك الولي في النكاح، إذ أن المرأة الحرة الشريفة، لا تزوج نفسها إن الولي هو المشرف الراعي على زواجها.

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:" لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان وقال أيما امرأة لم ينكحها الولي أو الولاة فنكاحها باطل"[2]

فمن خلال هذه الأحاديث الكريمة أن المرأة لا يخلو لها تزويج نفسها بدون وليها وإلا اعتبر زواجها باطل، ومن قامت بهذا الفعل اعتبرها النبي صلى الله عليه وسلم في منزلت الزانية وهذه المكانة دنيئة بالنسبة للمرأة في الإسلام.

ثالثا: أدلة القائلين باشتراط الولي من آثار الصحابة رضوان الله عنهم

ما روي عن عكرمة بن خالد قال: (جمعت الطريق ركبا، فجعلت امرأة منهن وهي ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فانكحها، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها) ووجه الدلالة فيما ذكر من قضاء جلي لا يحتاج إلى بيان إذ لو كان النكاح دون ولي جائز لما عاقب عليه عمر وعلي رضي الله عنهما[3].

---

[1]. رواه ابن ماجة، مرجع سبق ذكره، ص606

[2]. محمد رواس قلعرجي، مرجع سبق ذكره، ص 843

[3]. الأكحل ابن حواء، مرجع سبق ذكره، ص26

كما قال الشعبي: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في نكاح من علي كان يضرب فيه.

وأن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول:" اعقدوا وان النساء لا يعقدن"[1]

وهذه بعض الآثار التي ثبتت عن الصحابة فرضوان الله عنهم، ونبني عليه الاستدلال لأنها وقعت اقتداء بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم لا يرقى إليها الشك، لأنها وقعت في زمن يحرم الممنوع بالتنبيه ويقر المشرع بالاستدلال، ومقاصده حسنة حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" أصحابي كالنجوم بأيهم افتديتم اهتديتم"

رابعا: من المعقول

يعتبر الزواج ميثاق غليظا دائما ذو مقاصد متعددة، من تكوين الأسرة وتحقيق واستقرار وغيرها، والرجل لديه من خبرة واسعة في شون الحياة أقر على مراعاة هذه المقاصد،[2] وهذه الأمور غير متيسرة بالنسبة للنساء لقلة خبرتهن، وسرعة تأثرهن وانخداعهن بالثناء وعدم تحكيمهن العقل، وغلبته الهوى على تصرفاتهن، فلهذا لا تحقق مقاصد الزواج إذا باشرت المرأة بنفسها عقد زواجها فلا ينعقد الزواج بعبارتها[3].

[1]. الأكحل ابن حواء، مرجع سبق ذكره، ص25

[2]. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص195

[3]. بدران أبو العينين، بدران، مرجع سبق ذكره، ص 137

الفرع الثاني: عدم اشتراط الولي في عقد الزواج عند الحنيفة (شرط اتمام)

والقائلون بعدم اشتراط وجود الولي في الزواج يعنون بذلك بحسب بعض المحققين عدم اشتراطه عند العقد وعدم اعتباره من أركانه ولكن شرط إتمام العقد والمقصود بذلك بأنه لا يتم البناء بالمرأة إلا بإعلامه ورضاه، ولا يعنون عدم اشتراطه مطلقا.

من أصحاب هذا القول أبو حنيفة أبو يوسف في ظاهر الرواية:(ينفذ نكاح مكلفة بالغة عاقلة بلا رضى ولي، فالمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد الزواج غيرها، لكن إذا تولت عقد زواجها وكان لها ولي عاصب، اشترط لصحة زواجها أن تكون الزوج كفأ وأن لا يقل المهر عن المهر المثل، فإذا زوجت يغير كفأ فلوليها حق الاعتراض على الزواج، ورفع دعوى فسخ لدى القاضي، إلا انه إذا سكت وولدت وحملت حملا ظاهرا سقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق حفاظا على مصلحة الأولاد، ولكي لا يضيع التفريق بين أبويه فإن بقائهما مجتمعين على تربيته أحفظ له[1].

فلاحظنا بالرغم ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، على اعتبارهم أن المرأة لا يمكن لها مباشرة عقد نكاحها عن نفسها، فهذه المهمة من حق وليها، إلا أن هذا الفريق منح للمرأة الحرية في تولي عقد زواجها.

أولا: أدلتهم من القرآن الكريم

اعتمدوا على مجموعة من الآيات نذكر منها:

[1]. وهبة الزحلي، مرجع سبق ذكره، ص 194

قوله تعالى: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ »[1]

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنه سبحانه وتعالى أضاف النكاح إليها وفق ذلك في الآية كذلك على أن لها الولاية الكاملة وليس للأولياء هنا عليه سلطان إن اختارت من الأكفاء، والنهي عن شيء يثبت أنه غير حق ولا يرضاه الشراع، والنهي عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم ويسوغ لهم وانه لا سلطة لهم عليهن[2].

وقوله عز وجل:« فلاَ جناحَ علَيْكمْ فيمَا فعلنَ في أنفُسِهنَ بالمَعرُوفِ واللهُ بمَا تَعلَمونَ خبِيرْ»[3]

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة على عدم اشتراط الولي في النكاح هو جواز تصرف المرأة في العقد على نفسها، لأن المقصود من قوله تعالى:" فيما فعلن في أنفسهن" هو عقد الزواج بصفة خاصة لأنه أهم عقد بالنسبة لها كما أن العبارة كذلك تشمل باقي العقود الأخرى بصفة عامة.

وقوله تعالى:«**أن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**»[4] من ظاهر اللفظ يتبين لنا أن الفعل من قبل المرأة، لكن للأولياء حق الفسخ أو الاعتراض على ما فعلت إن لم يكن زواجها بالمعروف.

---

[1]. سورة البقرة، الآية 232

[2]. محمد أبو زهرة، أبو حنيفة، حياته ، عصره، آرائه، فقهه، طبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1947، ص 396

[3]. سورة البقرة، الآية 234

[4]. سورة البقرة، الآية 323

وقوله تعالى: «**حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ**»[1] ففي هذه الآية أشد النكاح للمرأة مما يدل على جواز توليه له وإنتاج الأثر دون الرجوع إلى الولي أو ارتباطهما به.

من خلال هذه الآيات الكريمة يوجد دلالة على أن العقد الذي يصدر عن المرأة يعتبر صحيحا (عقد الزواج) من غير توقف على إجازة الولي أو مباشرته إياه، لأن الزواج أسند إلى المرأة والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي[2]

وقوله سبحانه وتعالى { **وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ** }[3].

وجه الدلالة من الآية فيما نص على انعقاد الزواج بعبارتها فكانت حجة على المخالف.

وقوله تعالى:« **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا**»[4].

ومن الآية أضاف النكاح إليهما دون ذكر الولي

إن المذهب الحنفي خالف الفقهاء في إطلاق حرية المرأة وأن العقد يصح بغير ولي[5]، وبذلك للمرأة البالغة العاقلة الحق في تزويج نفسها[6]، ولكنه شدد في اشتراط الكفاءة في من

---

[1]. سورة البقرة، الآية 230

[2]. شلتوت ممحمود، السايس محمد علي، مقارنة المذاهب في الفقه، دون طبعة، دار المعارف، 1986، ص55

[3]. سورة الأحزاب، الآية 50

[4]. سورة البقرة، الآية 230

[5]. مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص 442.

[6]. محمد خليل إبراهيم عبد الله، مرجع سبق ذكره، ص 40

من تختاره فالمقصود بالكفاءة: هي مساواة الزوج و الزوجة في منزلة حيث لا يكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعبير بهذه المصاهرة حسب العرف،[1] حيث خص الفقهاء ست أمور لتحقق الكفاءة:

النسب ، الإسلام، الحرفة، الحرية، الديانة، والمال، وإذا لم يتحقق هذا الشرط أو مهرها أقل من مهر المثل هنا الولي له الحق الاعتراض في زواج موليته[2].

واستدل المذهب الحنفي بمجموعة من الحجج سبق وأن ذكرنا منها ما ذكر في القرآن الكريم والآتي سوف يكون ما تم ذكره في السنة النبوية الشريفة ومن المعقول.

ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية الشريفة

استدلوا أصحاب هذا الاتجاه بمجموعة من الأحاديث في عدم اشتراط الولي في الزواج موليته.

أن المرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم قالت:" إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع من حسيسته ، فجعل صل الله عليه وسلم الأمر لها فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن يعلم النساء انه ليس للآباء من الأمر شيء" أخرجه احمد ونسائي[3].

وجه الدلالة من الحديث هو تخيره عليه الصلاة والسلام للفتاة،

ودل على عدم ضرورة اشتراط الولي[4].

---

[1]. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة ثالثة، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص69

[2]. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 302.

[3]. أبن القين الجوزية، أعلام الموقعين في رب العالمين، الجزء الخامس، دار الجبل، لبنان، ص342

[4]. الأكحل ابن حواء، مرجع سبق ذكره، ص 30

وعن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت:" قلت يا رسول الله تستأمر النساء في أبطاعهن؟ قال: نعم فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت" قال " سكاتها إذنها" أخرجه البخاري.

قال البخاري البضع بالضم هو النكاح، وهذا يعني: يستشار النساء في عقد نكاحهن[1].

وعن أبي سلمة: أن أبي هريرة حدثه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا تنكح الأيام حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا يا رسول الله: وكيف إذنها؟ قال أن تسكت"[2].

وقوله أيضا:" الأيام أحق نفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها؟ قال نعم"[3].

والأيم سبق وعرفانها وهي المرأة التي لا زواج لها بكرا كانت أم ثيبا، فالأيامى من النساء كالأغرب من الرجال وهو الوجه الصحيح من أهل اللغة، فالحديث أثبت للمرأة ثيبا كانت أو بكرا أحقية تزويج نفسها.

---

[1]. محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان، جزء الأول، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، 2002، ص210.

[2]. رواه البخاري: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره بالكر والثيب إلا برضاها، مجلد ثالث، جزء رقم 5136، ص 964.

[3]. رواه أبي حسين مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب والنطق والبكر بالسكوت، جزء رقم 3493ن ص 511.

رواه مالك ابن أنس، الموطأ، جزء رقم 1493،ص 244

رواه اين ماجة، سنن ابن ماجة، جزء رقم 1871 ص 601، 206

ثالثا: أدلتهم من الصحابة رضوان الله عنهم

ما روى مالك في الموطأ عن عائشة أنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن عائد بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلى يقتات في بناته، فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير، فقال: أن ذلك بيد عبد الرحمن فقال: عبد الرحمن ما كنت لأرد أمرا قضيته فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا[1]

فاستدلوا بهذا الأثر وأن للمرأة التصرف، لكامل حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة.

كذلك أن المرأة زوجت ابنتها برضاها من رجل، فجاء أوليائها فتخاصموها إلى على رضى الله فأجاز النكاح.

رابعا: من المعقول

وذلك ان النكاح تصرف للمرأة في خالص حقها وهي من أهله، لكونها عاقلة، مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج، وإنما بطلب الولي بالتزويج من جانب الاستحباب مراعيا للعادات والتقاليد[2].

وقالوا أن عقد الزواج له مقاصد تخص المرأة لا يشاركها فيها احد من الأولياء كالاستمتاع ووجوب النفقة والسكن وما إليها من حقوق، وله مع ذلك بعض الفوائد التي تعود إلى الأولياء كالمصاهرة التي تتطلب الكفاءة والأصل ويكفي في مراعاة ما للغير من حق ثانوي حق الاعتراض على العقد إذا رأى انه لا يحقق الفوائد المطلوبة[3]

[1]. محمد سمارة، دراسات في الطبعة المقارن، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية، عمان الأردن، 2002، ص 217.

[2]. يحي محمد بكوش، فقه الإمام جابر بن زيد، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1986، ص 384.

[3]. شلتوت محمود، سايس محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص 57-58

خامسا: الرأي التوفيقي

بعض الفقهاء أخذوا بالموقف الوسط بين الرأيين وهذا الرأي لا يقول بالجواز المطلق ولا الوجوب المطلق.

وفرقوا بين ما تكون المرأة بكرا وكونها ثيبا، فاشترطوا الولي في الزواج:« الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صمتها».

ومن أصحاب هذا الرأي أبو ثور حيث يحيز للمرأة أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذا بقوله صلى الله عليه وسلم:" أيما امرأة نكحت بغي وليها..."[1]

ومنه هذا الرأي يقول بصلاحية صيغة المرأة لإنشاء عقد الزواج وذلك موقوف على أخذ بإذن الولي، وهكذا هذا الرأي يتلقى مع كل من الرأيين السابقين، حيث يتلقى، مع الجمهور من ناحية مشاركة الولي في اختيار لموليته الزوج ويتلاقى مع المذهب أبي حنيفة من ناحية تقرير والقول بصلاحية صيغة المرأة لإنشاء عقد زواجها والاعتداد برأيها.

ومن أصحاب هذا الرأي كذلك، محمد بن حسن الحنطي، وما روي عن ابن القاسم في قول، ملك، والشيعة حسب ما قالوا لأن الزواج يتم بصيغة المرأة ولكن لا يكون صحيحا إلا إذا استأذنت وليها.

وهكذا جمع هذا الفريق بين الرأيين لصحة دلالتهما ولصراحة كل منهما حيث استدل برأيه بجمعه كل من الاتجاهين لأنها صحيحة لاعتبار عليها ما جعله بأخذها فاشتراك الولي في الزواج أمر صحيح لا مجال لإنكاره أبدا، وقيام المرأة البالغة العاقلة بتزويج نفسها

[1]. محمد علي الشوكاني، نيل الاوطار، دون طبعة، دار القلم، بيروت، لبنان، ص 119

توحي الأدلة بجوازه ولا يوجد دليل قطعي الثبوت والدلالة في منعها من فعل هذا العقد لم يتم ثبوت صحته إن وجد على هذه الحالة"[1]

المطلب الثاني: الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يعتبر القانون الجزائري الولاية نوعا من أنواع النيابة التي بها أعلى إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني مع انصراف جميع آثارها إلى ذمة الأصيل.

والاختلاف الذي تراه بين الفقه الإسلامي والقانون في مصدر الولاية، إذ في الأول مصدرها الشارع الحكيم (الله تعالى) لأنها سلطة شرعية بينما في القانون فهي قانونية من وضع المشرع القانوني لأن ولاية الأب في القانون الوضعي هي نيابة قانونية ليستمدها الأب من القانون، ولاحظنا سابقا أن المشرع الجزائري لم يعرف الولاية في القانون الأسرة الجزائري بل نجد فقهاء القانون يعتمدون تعريف الحنفية في الولاية لأنه التعريف الوحيد في الفقه الإسلامي وهذا استقراء لنص المادة الأولى من القانون المدني القرة الثانية والتي تنص على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"[2]

[1]. محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، دون طبعة، مؤسسة الوراق، عمان الأردن، 2000، ص 128

[2]. أنظر المادة الأولى، فقرة الثانية من قانون المدني الجزائري.(اذا لم يوجد نص شرعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، اذا لم يوجد فبمقتضى العرف . فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة)،من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2010 الجريدة الرسمية 44

وكذلك دراستنا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى إحكام الشريعة الإسلامية[1]

الفرع الأول: الولي في عقد الزواج في إطار قانون الأسرة 84-11

قبل تطرقنا إلى موقف المشرع الجزائري من الولي، وجب أن نعرج على مفهوم الركن والشرط أما الركن فهو ما يتوقف عليه حقيقة الشيء أي ماهيته أو ما يتوقف عليه الشيء أو هو ما يتحقق به وجود الشيء فلا يقوم إلا به أما الشرط فهو خارج عن الماهية والركن جزء منها.

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

وبالرجوع إلى النصوص القانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم 84-11 لينظم مسائل الزواج، خاصة بما جاء في نص المادة 09 منه بقوله:" يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدي وصداق" حيث عد الولي ركنا من أركان الزواج متأثرا بالمذهب المالكي الذين يشترطون الولي في العقد، حيث أنهم أبطلوا عقد النكاح بدون ولي[3].

فالولي حسب هذه المادة يعد ركنا من أركان عقد الزواج حيث انه وبموجبها لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من دون ولي، وقد جاءت المادة 11 من نفس القانون مؤكدة على

---

[1]. أنظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري :(كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية)، الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]. أحمد الشامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة 2008-2009، مصر، ص20

[3]. بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص43

ذلك بقولها :" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

غير انه وبالرجوع إلى نصوص المواد 32-33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج حيث نصت المادة 32 على انه:" يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج"

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

فالمشرع هنا وحسب المواد السابق ذكرها اعتبر الولي شرط صحة وليس ركنا في عقد الزواج أي أنه يفسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم وجود الولي ويثبت بمهر المثل بعد الدخول ولا يبطل الزواج إلا إذا انعدم ركن مضاف إليه كاجتماع الولي مع شاهدين أو الولي مع صداق.

كما أننا نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طلبات هذا القانون، وذلك بما جاءت به المادتين 12و 13 حيث جاء في نص المادة 12:" لا يجوز للولي أن يتمتع من هي في ولادته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت" فالمشرع الجزائري هنا يميز بين البنت والبكر والثيب من حيث سلطة الولي في التزويج، فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج وإذا رغبت في الزواج فليس له أن يمنعها وللقاضي أن يأذن بذلك.

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

هذه النصوص وبالرغم من كونها جاءت مفصلة لأحكام الولي إلا إنها لم تخلو من الغموض ومن الملاحظ على نص مادة 13 التناقض والتعارض بحيث نصت هذه الأخيرة على انه:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي ولايته على الزواج، ولا يجوز له ان يزوجها بدون موافقتها".

هذا ما دفع بالكثير من شراح وفقهاء القانون بالمنادات بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص.

كما جاء في قانون 84-11 في مادة 33 منه حيث نصت على فسخ الزواج الذي انعقد بدون ولي ويكون الفسخ قبل الدخول أما إذا تم الدخول فيعتبر صحيح ويثبت بصداق المثل[2].

وبالإضافة على نص المادة 09 من القانون ذاته والتي سبق ذكرها حيث اعتبرت الولي ركنا من أركان الزواج والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يشمل الزواج على حكمين مرة يكون قابلا للإبطال ومرة باطلا؟

وحسب ما جاء به المذهب المالكي الذي جعل من الولي ركنا من أركان الزواج ورتب عليه في حال عدم وجود الولي البطلان، ولم يفرق بين البطلان قبل الدخول أو بعده، فقد اعتبر الزواج باطلا من الأساس.

---

[1]. عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص 212-122

[2]. بوسطلة شهرزاد، مرجع سبق ذكره، ص 44

وكما أضاف الدكتور محمد محدة مخالفة للمعاني اللغوية والفقهية فيما يخص معنى الركن والشرط مما جعل النصوص المضطربة[1].

وبذلك لم يعد الولي ركنا من أركان الزواج جعله شرطا من شروطه يترتب عليه الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده، هذا المسلك الذي رفع التعارض بين المادة 09 السالفة الذكر والمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري[2].

أما في ما يخص دور الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 11 و 12 الفقرة 02 بأنه هو الذي يتولى زواج المرأة أي أنه يجد أن توفر رضا الطرفين رضا الولي ومولیته، ويقوم بنقلها أمام مجلس العقد، لأن هذه الأخيرة حياؤها يمنعها من حضور مجالس وتصريح برأيها فالولي هو الذي يتولى هذه المهمة وهذا ما يستخلص من نص المادة 11.

أما فيما يخص حدود السلطة الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع الجزائري في مادة 12 فقرة 01 إلى من تؤول له الولاية في حال تعسف الولي، بالاعتراض على الزواج فنصت :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون"[3].

ومما سبق ذكره فإن باشتراط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المولى عليها ودرء المقاسد عنها، وصونا لها من حضور مجالس الرجال، وبالتالي أعطى المشرع هذا الدور للولي لكنه وضع له قيد على سلطة ولايته بأن لا يمنعها من الزواج إذا رغبت به سواء كانت بكرا أم ثيبا، فالمادة لا تخلو من الغموض، إذ أنها لم تحدد المعايير التي وفقها

[1]. بوسطلة شهرزاد، مرجع سبق ذكره، ص 44

[2]. أحمد الشامي، مرجع سبق ذكره، ص 47

[3]. عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص 120-121

يتبعن تحديد الزواج الأصلح، كما أن الفقهاء لم يتولى تحديد معناها، لكنه حدد بعض الحالات التي يمكن أن يكون الرجل أصلح للمرأة، ففي حالة كان الزوج أصلح للمرأة ورغبت فيه فإن عضل الولي يكون تعسف وبالتالي يجوز لهذه الأخيرة أن تلجأ للقضاء باعتبار السلطان ولي من لا ولي له"[1]

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ: 30-03-1993م[2]

الفرع الثاني: الولي في عقد الزواج في إطار الأمر 05-02 المعدل المتمم لقانون الأسرة الجزائري 84-11

لقد كانت أحكام الولي في القانون 84-11 والتي أثارت حدا كبيرا في أوساط الباحثين والدارسين وشراح القانون نظرا لما اشتملت عليه من تناقضات على الأقل من وجهة نظرهم، وخاصة ضغط الجمعيات النسوية المطالبة لتحرير المرأة ومساواتها بالرجل، إذا انه لا يتفوقن مع كون المرأة التي هي في مناصب العليا مثالا: كالوزيرة والقاضية مثلا لا تستطيع أن تعقد زواجها إلا بحضور وليها.

ومع كل الضغوط لهاته المنظمات النسوية وما جاءت به الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع إشكال التميز ضد المرأة المنادية بتحرير المرأة ومساواتها بالحقوق والالتزامات مع الرجل، وبذلك تمت الاستجابة لكل تلك الضغوطات، وجاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لتعديل نصوص قانون الأسرة والتي مست بمواد الولاية في الزواج والتي سنبينها كالآتي:

[1]. سيد سابق، مرجع سبق ذكره، ص 136

[2]. قرار المحكمة العليا رقم 90468، بتاريخ 1993/03/30، مجلة قضائية، عدد خاص ، اجهاد غرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، الجزائر، ص49

جاء في عوض أسباب مشروع التعديل الذي عرض على مجلس الحكومة ثم في عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة على ان هذه المادة وانه مما لا يدعو للشك ان عقد الزواج تتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود، ومن ناحية أخرى يخضع من القواعد الشروط التي تخضع لها العقود، إلا انه يتميز عنها بعدة خصائص، لا سيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل رضا الطرفين ألا وهو الزوج والزوجة من اجل تكوين أسرة على الوجه الشرعي.

جديد هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاث أركان هما: الزوج والزوجة والتراضي عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان وعند من يرى الوقوف عند القراءة والزوجة والتراضي عند، من يرى التقسيم الشرعي فللأركان، وعند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي للمادة 09 المعدلة حرصت الركن الشرعي الوحيد في الزواج هو الرضا، أما فيما يخص غير التراضي فقد اعتبرها المشرع شروط، ومسألة التفرقة بين الشرط والركن اختلاف لفظي بين المذاهب فالركن المتفق عليه هو التراضي، أما الباقي فهي مختلف فيها بين اعتبارها ركن أو شرط والقاعدة الأصولية تنص على أنه لا إشكال إلا الإصلاح[1].

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في 15 فبراير 2015 بقولها :" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزوج
- الصداق
- الولي
- شاهدان

[1]. أحمد صقر، موسوعة الفكر القانوني، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، الجزائر، ص 82-83

- انعدام الموانع الشرعية للزواج

فقد جاءت هذه المادة أن الولي شرط عقد الزواج

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

وبفرض معالجة نصوص القانون السابق حاول المشرع التوفيق بين النصين، وقام بتعديل على محتوى النص بقوله:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.

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

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

كما ان المشرع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل من أن كان ركنا وذلك بنص المادة 09 مكرر والتي من بين الشروط المنصوص عليها الولي أي أن زواج المرأة

[1]. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سبق ذكره، ص 68

يكون صحيحا غير انه على إجازة الولي، والإجازة يكون قبل وبعد العقد وحضور الولي متروك تقديره للمرأة الراشدة في اختيار وليها[1]

كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 2 في الفقرة الأولى: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج، إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع فللقاضي أن يأذن على مراعاة أحكام المادة من هذا القانون"

فالولي لم يتبقى له أي دور في العقد أن المشرع رتب عن الزواج بدون ولي كل الآثار الخاصة بالزواج الصحيح.

ومما سبق يستنتج أن المشرع قد تخلى تماما عن ولاية الإجبار بالنسبة لكلتا الحالتين أي الراشدة والقاصرة بالنص على عدم جواز الولي بتزويج القاصرة دون موافقتها أو إجبارها على الزواج[2].

وهنا يأتي دور القاضي الذي له سلطة تقديرية لتحديد مدى أهمية الزواج بالنسبة للقاصرة، فإذا تأكد من ذلك كان أجاز الزواج[3].

ومن خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 المعدلة يتضح لنا أن هذا الأخير كرس مبدأ حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع اشتراط حضور وليها في العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تقوم اختياره، وهذا ما قد يفتح الباب من التأويل فالحرف "أو" الذي تم ذكره في نص المادة والذي يفيد التخيير ما قد يدفع

[1]. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة ، دار الكتب القانونية، 2009، مصر، ص52

[2]. يوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلقاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون العدد الثاني، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، 2 يونيو 2014، ص 156

[3]. بن شيوخ الرشيد، مرجع سبق ذكره، الجزائر، 2008، ص 65-66

بالمرأة على الاستغناء عن أبوها كولي، وتعتمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخص أجنبي عنها ما هو مستهجن والذي لا يتوافق مع العراف السائدة في مجتمعنا

ونصت المادة 13:" لا يجوز للولي أب كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

بالرغم من أن القانون يجيز للمرأة إبرام عقد زواجها بدون حضور وليها، وبخلاف ما كان ساري في ظل القانون قبل التعديل وحل بموجبه القانون 05-02 فإن من حق المرأة أن تختار وليها بالضرورة أن يكون الولي من أهلها وتعد الولاية في عقد الزواج واجبة مصداقا لقول:" لا نكاح إلا بولي أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" وقوله عليه الصلاة والسلام " لا تزوج المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".

فالزواج يعد من العقود الهامة والخطيرة في نفس الوقت لذلك فقد حرصت الشريعة الإسلامية على تباين ما إذا كان عقد الزواج تم في حالة وجود الأب والأقارب أو في عدم وجودهم وهذا ما وجب أن يتناوله شراح القانون[1].

على أن يتم إدعائهم صحيحة وقوية بما في ذلك حضور الولي في عقد الزواج وهذا ما سلكه المشرع الجزائري ومنذ فترة الاستقلال، وحتى التعديل الجديد فقد بقي الولي شرط في عقد الزواج مع إعطاء المرأة الراشدة الحق في اختيار أي شخص تختاره ليكون وليها دون ان يبين ما إذا كان ذلك في حال وجود الأب أو احد الأقارب، أو حق في حالة وجوده وهو ما وجب تداركه وتفسيره من قبل شراح القانون، أما من تثبت الولاية في حقهم فأغلب

[1]. بن شويخ الرشيد، مرجع سبق ذكره، ص 67

الفقهاء يرون بأنها في حق الأب والجد وهناك من زاد بعضهم العصبات قياسا على الميراث إلى غاية الوصول إلى السلطان باعتباره ولي من لا ولي له.

وأن ولاية الاختيارية فهي ثابتة في حق الثيب والبكر البالغة التي قام بترشيدها أبوها، كما هو بالنسبة لليتيمة الصغيرة حفاظا على مصلحتها من الفساد.

والمشرع لم يغفل عن هذه النقطة وذلك بالأخذ بولاية الاختيار في حق القاصرة، وقد نصت المادة 13 من القانون 05-02 على انه :" لا يجوز للولي، أبا أو غيره ، أن يجبر القاصرة التي هي من ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[1].

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

وهنا وجب التفريق بين أمرين:

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

2/ الأمر الثاني: إذا كان الرضا معيب من عيوب الإرادة من إكراه أو غلط أو غير ذلك فإن العقد يكون قابلا للفسخ، إذا يمكن للمرأة أن تلجأ للقضاء، وان تطلب الفسخ لوجود عيب من عيوب الإرادة وهو الإكراه[2].

[1]. الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة المادة 13..

[2]. بن شويخ الرشيد، مرجع سبق ذكره، ص 67

أما فيما يخص امتناع الولي عن تزويج موليته من ترضاه فقد نص المشرع في المادة 11 الفقرة 02 بقوله:" ... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

من يكون الولي عاضلا والعضل ظلم في حق المرأة فهنا تنتقل الولاية إلى القاضي"[1].

وقد كانت المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري 11-84 فقد عالجت حالة عضل الولي باستناد الولاية إلى القاضي إذ رأى ما فيه مصلحة وقد قضت المحكمة العليا في قرار الصادر بتاريخ 30-03-1993 وقد جاء فيه" ومن تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون".

غير أن النص ألغى بمقتضى التعديل مما أدى إلى القول بوجود فراغ تشريعي في هاته المسألة وبالتالي وجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي وجب على القاضي التدخل لحسم الموقف وفق ما يرى فيه مصلحة، والفقه الإسلامي يقر بإقساط الولاية عن الولي في حال والذي يكون دون وجه مشروع، منع لمجرد المنع، وبالتالي القاضي ولي من لا ولي له.

إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من القانون الأسرة لا يتميز بين البنت البالغة والقاصرة الحاصلة على إذن الزواج من القاضي فهنا المشرع قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية استغنائه عن ولاية الإجبار على القاصرة وحسنا فعل المشرع.

[1]. طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص33

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

وأخيرا يمكن القول ان المشرع الجزائري، بهذا التعديل قد خرج، عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي، إلا أن المشرع لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية بخصوص القاصرة والتي تكون عليها ولاية الإجبار أما المشرع فقد اعتبرها ولاية اختيار[1]

بالإضافة إلى انه اشترط المشرع حضور الولي في العقد، وأنه ابتعد عن ما جاء به المذهب الحنفي، مع عدم نصه على حق الولي في الإعتراض في الزوج في الحال زوجت المرأة نفسها بغير كفء وكان مهرها أقل من مهر المثل، فضلا عن ذلك فإن المذهب الحنفي لم يذهب إلى رسالة اختيار الولي.

هذا من جهة اما الجهة الثانية فيرى إن عقد المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمن الجزيري في الفقه في المذاهب الأربعة، وفي رواية عن أبي القاسم أبي مالك ابن أنس أن اشتراط الولاية سنة وليست بفرض... وانه يجوز للمرأة غير الشريفة أن توكل في زواجها من هو ليس من أقاربها ما انه من المستحب للثيب أن يتولى عقد زواجها وليها.

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

[1]. أحمد الشامي، مرجع سبق ذكره، ص 48

وأما ذلك لأن اشرطا الولاية في الزواج لها ما يبررها في الشريعة الإسلامية، وذلك للحكمة التي شرعت من اجلها بما فيها حماية المصلحة المرأة من الغرر بها لقلة خبرتها بالرجال ودرء المقاصد التي قد تقع فيها مستقبلا، ونظرا لأهمية البالغة التي يكتسبها عقد الزواج باعتباره الميثاق الغليظ، ولا يتأتى ذلك من خلال الولي الذي عادة ما يلحق بها الضرر أو بالأحرى من المستحيل[1].

المطلب الثالث: الولي في قانون الأسرة المقارن

الفرع الأول: الولي في عقد الزواج في مدونة الأسرة المغربية

لقد تبنى القانون المغربي مسألة الولاية في الزواج، حيث أنه خصص لها بابا وهو الباب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بتاريخ 2-10-1957 الصادر بتاريخ 06-12-1957.تشكل الولاية في الزواج من المواضيع الي أثارت جدلا واسعا على مستوى التشريع الإسلامي والتشريع المغربي خاصة، بما في ذلك مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة الجدية حيث تولت إلى شرط صحة في الزواج، إلى حق من حقوق المرأة الراشدة.

فبالنسبة للتشريع المغربي فقد كان الولي شرط صحة في الزواج، اما في مدونة قانون الأسرة الجديد، الصادر في 03-02-2004 فقد نظم المشرع المغربي الولاية في الزواج في المادتين 24-25 وقد نصت المادة 24 من المدونة بقولها:" الولاية حق المرأة الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها".

[1]. علال طحطاح، نص المادة 11 من القانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية و حتمية التفسير، مجلة صوت القانون العدد الثاني، أكتوبر، 2014، ص 53-54

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

أما فيما يخص المادة 25 من المدونة والتي جاء فيها:" للراشدة ان تعقد زواجها بنفسها أو تفرض ذلك لأبيها أو احد أقاربها"[1]

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

- أهلية الزوج والزوجة
- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق
- ولي الزواج عند الاقتضاء
- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه
- انتقاء المواقع الشرعية[2].

يتضح جليا من المادة السالفة الذكر أن المشرع جعل الولي شرطا من شروط الزواج بذلك عقد الاقتضاء، فالمراد من ذلك إن الولي حق بالنسبة للقاصر، وأن هذا الأخير لا يمكن له ان يزوج نفسه من دون ولي لأن زواجه متوقف على نائبه الشرعي، أما بالنسبة للقاصر وأن هذا الأخير لغا يمكن له أن يزوج نفسه من دون ولي، لأن زواجه متوقف على نائبه الشرعي، أما في حال بلوغ من الرشد والتي حددتها المادة 19 من المدونة ب 18 سنة، فالقانون المغربي اتجه اتجاه مذهب الحنفية، بحيث أنه يجوز لكلا الزوجين أن

[1]. بن شويخ رشيد، مرجع سبق ذكره، ص66.

[2]. أحمد شامي، مرجع سبق ذكره، ص 48

يزوجا نفسيهما من دون ولي. هذا ما نصت عليه المادتين 24 و 25 من المدونة المغربية.

من نص المادتين نلاحظ أن القانون المغربي أعطي الحق في الولاية للمرأة الراشدة بحيث لا يجوز للأب أو غيره أن يزوجهما من دون رضاها، كما أعطاها الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها وان تفرض ذلك لأبيها أو لغيره من أقربائها.

ما يمكن قوله أن المشرع المغربي حذاحذ والمشرع الجزائري في اعتبار الولي شرط من شروط الزواج، أي أنهما أخذا بالمذهب الحنفي، كما اتفقا على جواز أن تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها أو إن تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقربائها، ألا أنهم اختلفوا في أن القانون المغربي قد جعل التفويض في الولاية إلى الأب امرأة أو أحد أقاربها بخلاف القانون الجزائري الذي سمح للمرأة أن تفوض شخص تختاره أن يتولى إبرام عقد زواجها، ولذلك لا نجد لها أي سند في الشريعة الإسلامية[1]

الفرع الثاني: الولي في القانون الإماراتي:

إن القانون الإماراتي يعتبر من بين القوانين التي انفردت وتناولت موضوع الولاية بكل جوانبها وأحاطه بترسانه من المواد التي تنظم هاته المسألة الهامة في عقد الزواج وسنعرض إلى بقاء الضوء على هذا القانون كالآتي:

فقد نص المشرع الإماراتي في المواد 32،33،34،34،35،38،39 فنص في المادة 32 على أنه:" الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه، على الترتيب الإرث ابنا ثم أخا ثم عما، فإذا استوي وليان في القرب وأيهما تولى الزواج بشروط جاز ، ويتعين من أذنت له المخطوبة"

[1]. بوكايس سمية، مرجع سبق ذكره، ص 161

فعلى ضوء هذه المادة فقد حدد المشرع من تكون له الولاية، فجعل الأولى في الولاية هو الأب ثم حدد من يلي الأب في الولاية والذي تم تحديدهم على أساس الإرث، مع النص في محتوى المادة على أن المرأة هي التي تختار وتأذن لمن يكون يتولى عقد زواجها، فالولي حدده المشرع على سبيل الترتيب انطلاقا من أبوها، فقد أسند المشرع الولاية على أساسا العصبات، ولم يفتح باب الولاية ما فعل المشرع الجزائري بجواز المرأة أن تختار أي شخص تختاره لتولي عقد زواجها وحتى ولو كان أجنبيا عنها، وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري.

وأضاف المشرع الإماراتي بالنص على شروط الولي وذلك بنص المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية بقوله:" يشترط في الولي أن يكون ذكرا عاقلا، بالغا غير محرم بحج أو عمرة مسلما وأن كانت الولاية على مسلم" فالمشرع هنا بتحديده للشروط الواجب توفرها في الولي قد سد كل باب من أبواب التأويل، فليس كل شخص أن يكون وليا.

وأضاف المشرع الإماراتي بنص المادة 34 التي جاء فيها:" إذا غاب الولي الأقرب غيبته منقطعة، آو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، انتقلت الولاية لمكن يليه بإذن من القاضي وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي[1].

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

[1]. قانون الأحوال الشخصية، الامر 28-2005، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة

الولي موليه من الزواج، وكرس مبدأ القاضي ولي من لا ولي له بقوله:" وفي حالة العضل تنقل إلى القاضي"

كما أن المشرع الإماراتي يعود ويخص من جديد على سلطة القاضي باعتباره ولي من لا ولي له من خلال إضافة مادة أخرى تؤكد على ما جاء في المادة السابقة لها، وهذا ما يفهم من نص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية بقوله:" القاضي ولي من لا ولي له " وما يستشف من نص المادة أنه في حالة انعدام وجود ولي للمرأة أو في حالة العضل تنتقل الولاية وعلة ضوء هذا النص إلى قاضي كما عاد المشرع ليؤكد وينص من جديد على مدى سلطة القاضي في الولاية، حيث إن هذا الأخير لا يكون وليا إلا بشروط ساقها المشرع وذلك حسب نص المادة 36 التي نصل على أنه :" ليس للقاضي أن يزوج من له ولي الولاة عليه من نفسه ولا من أصله ولا من فرعه"

أي أن حدود سلطة القاضي تنتهي في حال وجود الولي من الأصل او من الفرع ومن المستشف من نصوص القانون الإمارات في أن المشرع جعل من الولي ركنا في عقد الزواج أي أن العاقدان وعلى ضوء ما جاء به النصوص القانونية هما الولي والزوج، فالمشرع لا يجيز أن تزوج المرأة نفسها بل الولي هو الذي يتولى إبرام هذا العقد، حيث جاء في نص المادة 38 قولها:" أركان عقد الزواج: العاقدان (الزوج والولي) المحل، الإيجاب والقبول[1].

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

[1]. قانون الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره

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

فالمشرع في هذا النص جعل من الولاية اختيار وليس إجبار بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة كم أنه رتب على العقد بعد الدخول بون ولي البطلان المطلق، مع إبقاء على نسب المولود حتى لا تضيع الانساب.

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

لكن بمفهوم المخالفة يفهم أن الولاية إجبار وليس اختيار لكن هذا لا يعلو رأي المرأة وراضاها.

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

وحسب رأينا الشخصي ذاته فلما وجد قانون أولى اهتمامه بقضايا الأحوال الشخصية وكرس لها ترسانة من القوانين والضوابط وخاصة الولاية في الزواج وذلك بهدف حماية الطرق الضعيف في العقد ألا وهي المرأة خاصة وأن مجتمع الإماراتي يتسم بالتشدد والتمسك بالقيم الإسلامية العربية الأصيلة، ولم تؤثر فيها الاتفاقيات دولية ولا جمعيات نسوية خاصة قانون الأحوال الشخصية الذي هو مستسقى من مبادئ التشريع الإسلامي[1].

[1]. قانون الأحوال الشخصية، الإمارات مرجع سبق ذكره.

الفرع الثالث: الولي في عقد الزواج في القانون التونسي

أما ما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية قد أخرجت الولي من دائرة أركان العقد واكتفت بان جعلت من رضاء الزوجين شرطا لانعقاد الزواج، ومن الشهود والمهر شرطان لصحته، أما دور الولي فقد حددته المجلة بزواج المرأة والرجل اللذين لم يبلا سن الرشد القانوني والمحجور عليه ثم قالت، في الفصل التاسع منها للزوجة والزوج أن يتوليا زواجهما وأن يوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا[1].

المبحث الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج

سنتعرض إلى اثر تخلف الولي في عقد الزواج من وجهتين أساسيتين سيتم عرضهما كالآتي تبيانه:

المطلب الأول: أثر تخلف الولي في الفقه الإسلامي

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين في حال تخلف الولي عدم صحة العقد وبالتالي فالزواج يعد باطلا مصادقا لقوله صلى الله عليه وسلم" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، ثلاث مرات" إما فيما يخص الحنفية، فأنهم أجازوا تولي المرأة عقد زواجها بخير وليها فالمرأة الحرة، البالغة عندهم لها حق إبرام عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أو ثيبا فالزواج صحيح ونافذ ولازم عندهم لكنهم اشترطوا شرطين لذلك مهما أن يكون الزوج كفئا وان لا تزوج نفسها بأقل من مهر المثل، ولا عبرة من رضا وليها أو من ندمه، وذهب فريق من الحنفية على أن الزواج صحيح لكنه متوقف على إجازة الولي"[2].

---

[1]. عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره ، صفحة 128

[2]. سيد سابق، مرجع سبق ذكره، ص 56

المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في أثر الولي في عقد الزواج في نص مادة 32 والتي نصتا على" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد بالإضافة إلى المادة 33 التي جاء فيها:" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق او ولي وفي حال وجوبه، يفسح العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق مثل" ويمكن تقسيم المادتين إلى ثلاث حالات.

أولا: في حال ما إذا تخلف الولي وتم اكتشافه قبل الدخول فإن نص المادة 32و33 قد نصت على أن الزواج يفسخ ولا تستحق الزوجة صداق[1].

ثانيا: في حال تخلف شرط الولي ولم يتم اكتشافه إلا بعد الدخول، فهنا وجب ما جات به المادة 33 من قانون الأسرة بطلانه يثبت الزواج بصداق المثل وترتب كل آثار العقد الصحيح.

ثالثا: ففي هذه الحالة في حال تخلف شرط الولي مع شروط الثلاثة وهما الشاهدين وصداق والولي، والعقد يكون باطلا سواء تم الدخول أو لم يتم ولا يمكن إثباته.

ونجد أن هذه المسألة مكرسة في الاجتهادات القضائية، وقد قضت المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 01-01-1989 تحت رقم 51107 والذي جاء فيه :"... من المقرر أيضا أنه اختل ركن من أركان عقد الزواج غير الرضا يبطل الزواج... "

وقد نص المشرع بنص المادة 02/11 " دون لإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"

[1]. عيسى حداد، عقد زواج ، دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، 2006، 142.

فقد ميز القانون بين حالتين الحالة الأولى: إذا تم الزواج بدون ولي وفي الحالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ويفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

أما إذا تم الدخول بدون ولي وفي حالة وجوبه وتم بدخول المرأة القاصر فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل، بمفهوم المخالفة فزواج المرأة الراشدة بدون ولي يكون العقد صحيحا.

وعلى أساس ان المشرع الجزائري قد كرس المذهب الحنفي في عدم االشتراطهم للولي في عقد الزواج، وجواز للمرأة الراشدة تولي عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أو ثيبا، فالمشرع وبرغم اعتماده على هذا المذهب فإن هذا الأخير وبتعدد الروايات المنقولة عليه، فإن المشرع لم يتقيد بأي رواية عنه جملة وتفصيلا.

فقربوا الأحناف بقولهم جواز تولي المرأة عقد زواجها بنفسها، فإنهم لم يبلغوا دور الولي في عقد الزواج فقد جعلوه شرط إنقاذ وأعطوا الحق للولي في الاعتراض على الزواج برفع الأمر القاضي إذا كان الزوج غير كفء وزوجت المرأة نفسها دون مهر المثل، وذلك قبل وقوع حمل ظاهر أو لم تلد بعد.[1]

المطلب الثالث: بعد الاجتهادات القضائية في مسألة الولاية في الزواج

المادة: 09: الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

متى كان من المقرر شرعا، أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح، وزفي ذلك أصناف ابن القيرواني في مسألة لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل

[1]. بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2008-2009، ص 389

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

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعتين اعتمادا على تصريحات الشهود، ولا يتبين منهما توافر هذه الأركان ذاتهم بهذا القضاء خالفوا الشرع.

- من المقرر شرعا، أن الزواج الذي يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا.

ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإذا كان الثابت في قضية الحال، أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه يعاشر الطرف الأخر، لأن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه وتصحيحه وإلحاق نسب المولود بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه بدون إحالة"[1]

[1]. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات

- المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1996-2010، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2012، الجزائر، ملف رقم 33715، م ق، 1989، العدد الرابع، ص 99.
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19-11-1984، ملف رقم 34262، م ق، 1990، العدد الرابع، ص 99
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 05-05-1986 ملف رقم: 04429 قم ق، العدد أربعة وأربعين، ص 179.
- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 02-10-1989 ملف رقم 55116، مق، 1991،العدد الأول، ص 33
- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 23-05-2000، ملف رقم 243417، أ ق، غ، أ، ش عدد خاص ص 109-م ق 2002، العدد الأول، ص 301.

- من المقرر شرعا وقانونا، أن للنكاح أربع أركان هي: صيغة ورضا الزوجين، صداق المقرر كذلك، انه إذا اختل ركنا من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج.
- ومن ثم فإن النفي عن القرار المطعون فيه، بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ تطبق القانون غدر وصية ويستوجب رفضه.

ولما كان– في قضية الحال– أن الشاهد صرح انه لا يوجد ولي ولا صداق فإن القضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، وإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا صحيحا[1].

المادة 11: من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي هو الزواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.
- من المقرر شرعا وقانونا، أنه لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا وولي وشاهين وصداق.

حيث انه فيما يخص الولي فللأخ أنم يكون وكما هو وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو شان في الدعوى الحالية نيابة عين أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر.

[1]. بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص 65-66-76-77-78

وعليه فالإجراء الذي قام به الأخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد[1]

حيث أن القرار المنعقد في نسبه على انعدام الولي في الزواج وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزوج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج[2].

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

المادة 13: الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 17 فبراير 2005.

من المقرر شرعا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزوج، إذا رغبت فيه وكان الأصح لهما، وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.

ومتى تبين أن الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بأذن المدعية الزواج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

[1]. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 23-05-2000 ملف رقم 243417، أ، ق،غ،أ،ش، عدد خاص، ص 109، م ق2002، العدد الأول، ص301.

[2]. المحكمة العليا، تاريخ 24-09-1984، نلف رقم 34483، م ق، 1990، العدد الأول، ص 64

- يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذ اختل ركنا واحدا طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة وبما أن قضاة الموضوع رفضوا إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون.[1]

وأخيرا من المستنتج من جل الاجتهادات القضائية السالفة الذكر انه ومنذ التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على القانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي مس في جوهره بالمركز القانوني للولي في عقد الزواج بحيث تحول من ركن في العقد إلى شرط صحة، مع القول والتأكيد أنه بموجب هذه المواد لم يعد للولي أي دور في عقد الزواج موليته سوى الحضور بغض النظر عن قبوله أو عدم قبوله، وهذا ما لم يأتي به أي مذهب من مذاهب الأربعة فحتى بالقول بأن المشرع انتهج المذهب الحنفي، فهو إلى حد ما اخذ بهذا الأخير، لكنه بتر هذا المذهب في جوهره الذي يؤكد بإبقاء الولي حق الاعتراض على الزواج، إذا كان الزوج كفء وزوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل، وهذا ما أغلفه المشرع الجزائري ولم يذكره بموجب نق قانوني، أمر، بل أحاك ذلك إلى الشرعية الإسلامية في حال عدم وجود نص

وذلك بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، غير ان هذا الأخير قد أغلق مسألة هامة وهي في حال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فلا يخطي عليها التنوع في المذاهب الفقهية لكل مذهب آراء شرعية ثم سياقاتها والسؤال الذي يبقى مطروح فأي مذهب سيطبق من هذه المذاهب؟

بالإضافة إلى كل ما سبق فإنه من غير المعقول و حتى بفتح باب الولاية في الزواج وهذا ما لوحظ على الاجتهادات القضائية في هذه المسألة التي خلت تقريبا من وجود الاجتهادات من هذا النوع فحياء المرأة وحشمتها والتربية التي تشبعت بها من والديها التي

[1]. بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص 77-79

هي من مبادئ وقيم الشريعة الإسلامية السمحاء يمنعها من حط وليها في موقف ين المطرقة والسندال.

كما انه يجوز للمرأة تزوج نفسها بدون إذن وليها والذي جاء به الحنفية إلا أنهم قالوا أن للمرأة الوضيعة التي تزوج نفسها بنفسها أما الشريفة عندهم فهي تكون تحت ولاية وليها وهو الذي يرحم عقد زواجها، إلا أمهم ومع تناولهم لهذه المسألة فإنهم لم يلغ دور الولي في عقد الزواج وبالمقابل المذهب المالكي التي يتسم بالتشدد نوعا ما وإبطائهم لعقد الزواج المرأة بنفسها وجعلوها ولاية الزواج للولي إلا أنهم لمك يلغ رأي المرأة ورضاها في العقد، مع القول أن كلا الطرفين ساق أدلة لم تكن قطعية فغي دلالتها[1]

[1]. بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص79

خاتمة

خاتمة:

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات وأفضل الصلوات وأزكى التسليم على المبعوث رحمة للعالمين- محمد ابن عبد شالله، صلى الله عليه وسلم-.

إن مسالة الولاية تعد المسائل الهامة والتي نتمس بإعظام رباطة قدسية، بحيث انه الميثاق الغليظ الذي ينظم هذه الرابطة على الوجه المشروع في إطار من الحقوق والواجبات لذلك فد أحطاها الشارع الحكيم بأسس ومبادئ تبنى عليه.

ولا يخص علينا أن المرأة ونظرا لما جبت عليه من رقة الشعور والعاطفة، فقد جعل الشارع الحكيم لها من يحيطها بكنف الرعاية والأمن والحفاظ على مصالحها ودرء المفاسد عنها، ولا يتألق ذلك من خلال الولاية لأن هذه الأخيرة ليست على دراية كافية بالرجال، لذلك فلا خير من ولي ينوب ويبرم عنها العقد باسمها واحتسابها لذلك فقد رأى بعض الفقهاء أن الولاية يجب أن تكون ولاية شركة بينهما وبين وليها حتى لا يستبعد كل طرف بالآخر.

ومما سبق ذكره فإن كل ساقه الفقهاء وعلى اختلاف وتنوع المذاهب الفقهية فإن الأدلة التي تم سياقها كلها لم تكن قطعية في دلالتها، مع العلم أن فريق الجمهور مثلا بقولهم أن الولي شرط صحة الزواج لمن يلغ حق المرأة في إبرام العقد باعتبار رضاها بحيث أنهم حكموا على العقد الذي تضمنه عيب من عيوب الإرادة إلا وهو الإكراه فإن مصيره البطلان عندهم، وبالمقابل الحفية بقولهم بصحة العقد من دون ولي لم يبلغ حق الولي في إبرام الزواج حيث جعلوا منه شرط نفاذ مع العلم بأن كلا الفريقين ناقش أدلة الفريق الآخر.

وبالرجوع إلى ما ذهب إليه القوانين في البلاد العربية عامة منها الجزائر خاصة بأن جعلت أمر إبرام عقد الزواج حق المرأة، بل وأخذت موقفا أوسع من ذلك في حق المرأة في اختيار رأي شخص يتولى إبرام عقد زواجها، وهذا ما سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا يحمد عقباها على المستوى البعيد، نظرا أما قد ينجز عنه من مشاكل وأسباب قد يتحمل نتائجها أسرتها والتي لم تشارك في بناء هذا الزواج، والذي سيؤدي بدوره إلى انتشار المشاكل واتساع رقعة الشقاق بين الرجل والمرأة وأهلها بسبب تهميش رأي وليها وعدم مشاركته في هذا العقد، وأي مجتمع منتظر يسوده الشقاق والعدوان بين أفراد؟

فالمشرع الجزائري وبتخيله عن الولاية قد ساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة، كما تؤدي إلى هشاشة العلاقة الزوجية، فالمشرع قد خالف ما جاء به جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها وشروطها ومراتب الأولياء وذلك بتوسيع دائرة الولاةي، وبإلغاء الولي في عقد الزواج وتهميشه وإعطاء المرأة الحرية في اختيار وليها مهما كانت صفة يكون قد ألفى أي مركز له بحيث يكون وجوده من عدمه.

وعليه فإن المشرع قد استقر على المذهب الحنفي في تكييفه لمسألة الولاية في الخداع، بحيث كيف هذا الأخير كشرط في العقد، لكن ما يعاب على المشرع انه بتر هذا المذهب والذي أعطى للولي الحق الاعتراض على الزواج إذا لم تتوفر الشروط المنصوص عليها سابقا، وهذا ما أغلفه المشرع الجزائري، وبالتالي فإنه وبموجب التعديل الذي أجراه على النصوص قانون الأسرة والتي مست في مضمونها مركز الولي، بحيث انتقل من الركنية إلى شرط العقد، وهذا ما لم يوفق فيه المشرع إلى حد ما.

وفي الأخير ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري ومهاما كان التوجه والهدف الذي يسعى الوصول إليه بشأن مسألة الولاية في الزواج حاجة لا غنى عنها ، والأهمية البالغة التي يكتسبها الولي ووجوده، وعلى أساس ما قد جبل الفساد عليه من رقة الشعور والعاطفة فإن ولا بد من وجود هذا الأخير في العقد الذي يتعاقد باسم واحتساب موليه وأي مساس لحقوقه ووظائفه سيؤدي بالتالي إلى إهدار حقوق المرأة وفتح أبواب من المشاكل والآفات الاجتماعية التي قد تفتك بالفرد والمجتمع، ولن يكون أفضل من الولي باعتباره الحامي والمنقذ للمرأة وكذا منحها حريتها بعكس المخالفات التي جاءت بهخ الجمعيات النسوية المنادية بتحرر المرأة ومساواتها بالرجل، فالمرأة ومهما على شانها فهي الطرف الضعيف في عقد الزواج لذا شرع الله عز وجل الولاية من فوق سبع سماوات وباركته الأعراف والتقاليد السائدة وسط المجتمع.

وعليه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الولاية في الزواج، كما أنهم رتبوا عدم صحة الزواج بدون ولي نظرا ما يتميز هذا العقد كما سماه الشراع الحكيم بالميثاق الغليظ.

وبعد هذه الخاتمة يمكن ذكر أهم ما تم التوصل إليه من نتائج في هذه الدراسة والتي نوجزها كما يلي:

أولا: إن المشرع بإلغائه لركن الولي قد خالف ما ساتقر عليه الفقه الإسلامي والأعراف والمبادئ التي كرست في أذهان المجتمع، فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، لأن الأسرة هي التي تتكفل بهذه المسؤولية الهامة، وهي التي تحفظ وتصون مصلحة المرأة، وزاج هذه الأخيرة بدون وليها ينمي العداوة بينهما، وبين أهلها، كما انه في حالة الطلاق سيرفضونها لأن وليها لم يكن أطراف في هذا الزواج، وهذا ما يساهم في تحطيم العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة ومن ثم المجتمع.

ثانيا: إن إلغاء الولي يترتب أثارا ويمكنها أن تتجلى في إعطاء الفرصة للرجال للتلاعب بالنساء كون المرأة بطبيعتها التي تغلب عليها طابع العاطفة، ويسهل الإيقاع بها واستغفالها ولأكبر دليل حالات الإجهاض الكثيرة وشيوع الامهات العازبات اللواتي هن ضحية الوعود الزائفة بالزواج، اللواتي يرمن عقود زواجهن بأنفسهن بدون حضور أولياء هن، والذي انعكس انتشارا أبناء مجهولي النسب، والتي مستقبلا ستكون قنابل موقوتة تفكك المجتمع أما تحمله من عقد نفسية وأمراض اجتماعية مما يزيد عبئا عن الدولة لتتكفل بهم ضمن ما يعرف بالطفولة المسعفة.

ثالثا: إن إلغاء الولي وعدم اشتراكه في عقد الزواج سيؤدي إلى نتيجة سلمية على مستوى الصحة النفسية لأطفال الذين يربون بمعزل عن أموالهم وفروعهم من أجداد وجدات وأخوال وعمات... اله والسبب في ذلك إرادة أرادة أمهم في إبرام عقد زواجها بنفسها وتغييب وليها في العقد تبعا للتعديلات الواردة في القانون.

رابعا: إن إلغاء ركينة الولي سيؤدي حتما إلى تفشي الطلاق، ونلتمسه من خلال حدوث الشقاق بين الزوجين ومن المعروف من إجراءات الصلح في القانون الأسرة عادة ما يكون الأهل كطرف تحكيم يلجأ إليه باتساع رقعة الشقاق، فكييف سيقبل الأهل وساطة التحكيم وهم يشاركوا في عقد الزواج ولم يحظروا فيه، كما أنهم خافوا مكن المعارضين له، وبالتالي لم يبقى للزوجين إلا اللجوء إلى القضاة لذلك الرابطة الزوجية والتي في جل الأحيان ما تنتهي بالتفريق بين الزوجين، وما تنجر عنه من آفات اجتماعية وعقد نفسية يكون ضحيتها الأولاد، وهذت كله نظرا للمغالطة التي تتجسد لان الولاية فيه مساس بكرامة المرأة وحريتها.

خامسا: إن إلغاء الولي في عقد الزواج يعتبر تكريس منصب الفردية، ومن البديهي أن للزواج ليس عقد بين فردين وإنما أسرتين تبني علاقتهم على أساس المودة والاحترام والتعارف نظرا لما يمتاز به هذا الميثاق الغليظ الذي باركه الله عز وجل.

فينتقل من مدلوله الصحيح إلى مفهومه الضيق، وما قد ينجر على هذه القاعدة من آفات اجتماعية تفتك بالفرد والمجتمع.

ومما سبق ذكره ومن خلال هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها يمكن إدراج بعض التوصيات التي وجب على المشرع أخذها بعين الاعتبار والتي نوجزها فيما يلي:

1/ على المشرع الجزائري انم يحاول إعادة إدراج الولي بصفته ركنا وليس شرطا في عقد الزواج في التعديلات القانونية اللاحقة،

2/ ضرورة تدارك المشرع ووضع شروط معينة يجدبان تتوافر في الزولي على غرار باقي التشريعات العربي الأخرى إذ ليس لأي شخص أن يكون وليا.

3/ ضرورة تحديد منهج المشرع الجزائري وأي من المذاهب الأربعة يؤخذ بعين الاعتبار في المسائل المتعلقة بالولي

4/ على المشرع عدم ربط مسألة الولي بالسن فيما يخص القاصرة بالبكر والقاصرة الثيب من جهة والبالغة البكر و الثيب من جهة أخرى مع تحديد المذهب الذي اعتمده

قائمة المصادر والمراجع

قـــائمة المراجع :

أولا: المصادر

1-القرآن الكريم

2-السنة النبوية الشريفة

- ابن حسين مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر لبنان، 2004.
- أبو عبد الله ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب النكاح الرجل ولده الصغير، المجلد ثالث، دون طبعة، دار صادر لبنان، دون سنة نشر.

3-المعاجم اللغوية:

- أبي الفضل جمال الدين محمد، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
- مجد الدين محمد ابن يعقوب، الفيروز ابادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.

4- القانون

1-أمر رقم75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل والمتمم بقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980، التأمينات القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983 القانون رقم 84- 21 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985 القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988، القانون

2-رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 والقانون رقم 07 -05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

3-قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون 84-11 المؤرخ في 09 ينويو 1984 والمتضمن قانون الأسرة والمتمم، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

4-قانون الأحوال الشخصية الأمر 28 /2005، طبعة، 2009، الإمارات العربية المتحدة

5- قرار المحكمة العليا، رقم 68-904، بتاريخ 30-03-1993، مجلة القضائية، عدد خاص، اجتهاد الأحوال الشخصية لسنة 2001الجزائر.

ثانيا: الكتب الخاصة

(1): الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي، وقوانين العربية، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.

(2): ابن ماجة، سنن ماجة، كتاب النكاح، باب لا النكاح إلا بولي ، الجزء الأول، دار الريان التراث، دون بلد نشر، دون تاريخ نشر.

(3): ابن تميمة، أحكام الزواج الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988

(4):أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر 2009.

(5): أحمد فراج، حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

(6): إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المؤمن، الأحوال الشخصية (فقه النكاح)دون طبعة، دار الميسرة، دون بلد النشر، 2010.

(7): إسماعيل علي طه سيكري، أحكام النكاح عند الأمام ابن العربي المالك في ضوء كتابه أحكام القرآن دراسة مقارنة، دون طبعة، دون دار النشر، دون بلد النشر، 2006.

(8): بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، (الفقه المقارن بين المذاهب الأربعة السنة والمذهب الجعفري، وقانون)دون طبعة، مؤسسة شياب الجامعية، الإسكندرية، دون بلد نشر، دون سنة النشر.

(9): بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات للمحكمة العليا المشهورة 1996-2010، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2012

(10): بن شويخ، رشيد شرح قانون الأسرة الجزائر المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

(11): دار القرطبي، سنن أبو داوود باب لا تنكح المرأة إلا بوتلي، الطبعة الرابعة، دون دار النشر، بيروت، لبنان، 1986.

(12): وهبة الزجدلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء السابع، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر، دار الفكر، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

(13): حسن حسن منصور، المحيط في شرح المسائل الشخصية، أحكام عقد الزواج، المجلد الثاني، الطبعة السادسة، مطبعة سامي، الإسكندرية، 1997.

(14): طاهري حسيدن، الأوساط في شرح قانون الآسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

(15): محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، دون طبعة، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 2000.

(16): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

(17): محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخالصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، في الفقه والقضاء، دون طبعة، منشورات الجبلي، الحقوقية اللبنانية، 2003.

(18):محمد كمال إمام، أستاذ الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، دون طبعة دار الجامعة الجدية للنشر، جامعة الإسكندرية 1998.

(19): محمد كمال إمام، أستاذ الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة الإسكندرية، 1998.

(20): محمد محدة، الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الشهاب، دون بلد النشر، 2000.

(21): محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن للأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، دون سنة نشر

(22): المحافظ لأبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (ابن ماجة) سنن ابن ماجة، باب النكاح، باب استئذان البكر والثيب، الجزء الاول، دون طبعة دار الراين التراث، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

(23):نسرين شريفي، كمال بوقرورة، سلسلة مباحث في القانون، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

(24): السرخسي المبسوط، باب النكاح من غير ولي، الجزء الخامس، دون طبعة، دون سنة نشر، دون بلد نشر.

(25): عبد الوهاب خالاق، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة، الإسلامية الطبعة الثالثة، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

(26): عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، الجزائري، 1999.

(27): عبد القادر داودي، أحكام الأسرة ين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزئاري؟، دون طبعة، دار الباضئع للنشر والتوزيع الجزائر، 2010.

(28):عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

(29): عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الطبعة الأولى، الجمعة الإسلامية، دون بلد نشر 2002.

(30): عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس، لبنان، 1990.

(31): رمضان الشرنياصي، أحكام الأسرة في الشرعة الإسلامية، دون طبعة دون دار النشر، لبنان، 2002.

(32): تواتي ابن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بأدلة: كتاب الأحوال الشخصية، مجلد الرابع، دون طبعة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

(33): غسان غشر، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبريرات كتاب المسلمين، المعاصرين، الطبعة الأولى، دار الساقي، لبنان، 1997.

ثالثا: الكتب العامة

1-الإمام أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار القلم، بيروت لبنان، 1998.

2-احمد صقر، موسوعة الفكر القانوني، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، 2004.

3-أبي بكر محمد، أحكام القرآن ، الجزء الثالث، دون طبعة، دار الجبل، بيروت، لبنان 1987.

4-الإمام ابن الحسين ابن الحجاج القرشي النسا بوري، مختصر صحيح مسلم، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، دار نوبلس بيرحوت، 2011.

5-الإمام ابن المنذر، الإجماع، الطبعة الثانية، دار الكتب اعلمية، لبنان، 1988.

6-ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الرابع، دون طبعة، دار الجبل، بيروت، دون سنة نشر.

7-يحي محمد بكوش، فقد الإمام جابر ابن زيد، الطبعة الاولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان 1986

8-محمد أبو زهرة، أبو حنيفة: حياة عصره آرائه، فقه الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1947

9-محمد سمارة، دراسات في الفقه المعارف،الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية، عمان الأردن، 2002.

10- محمد علي الشكراني، نيل الأوطان، دون طبعة، دار القلم، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

11- محمد فؤاد، عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان، الجزء الاول، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، 2002.

12- مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.

13- محمد روان القلعرجي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، الطبعة الرابعة، دار النفائس، لبنان، 1989.

14- السيد السابق: فقه السنة المجلد السابع، الطبعة الثانية، دار نوبلس ، بيروت، لبنان 2008.

15- عبد الرحمن ابن نصر السعدي، تفسير الكريم، الرحمن في كلام المنان، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، دون بلد النشر، 1996.

16- القرطبي، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن الكريم، الجزء الثاني، دون طبعة ، دون دار نشر، دون سنة نشر.

17- رفيق خوجة، س- بوشراب معجم المصطلحات القانونية(عربي، فرنسي، فرنسي، عربي) دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.

18- شلتوت محمد، إلياس محمد مقارنة المذاهب في الفقه، دون طبعة، دار المعارف، دون بلد نشر، 1986.

رابعا: الرسائل العلمية

(1) أطروحة الدكتوراه

- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضاي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.

(2) سائل الماجستير،

- أحمد الشامي، تعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزئاري، رسالة ماجستير كلية الحقوق، قسم الشريعة 2008-2009، مصر
- سعيد القاضي، رضا المكلف في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، القانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 2010-2011

(3) مذكرات ماستر:

عبد السلام زايدي، عليلي بوجي، شروط عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012-2013.

خامسا: المقالات والمجلات

(1) بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة. العدد الرابع، جوان 2007.

(2) بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري، في الجزائر، ما بين الإلقاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون، العدد عشرون، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، 02 بونيو 2014.

(3) طحطاح علال، نص مادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، محلية صوت القانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي بونعامة، العدد الثاني أكتوبر 2014

(4) محمد بحاق، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مجلد الأول، العدد الأول، دون طبعة، دون دار نشر، سبتمبر 2015.

(5) سعاد زغيشي، الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية، جامعة باتنة، العدد العاشر، دون طبعة دون سنة نشر.

سادسا: محاضرات ومنشورات

(1) بوخلاق، محاضرات في قانون الأسرة ألقية على طلبة الكفاءة المهنيةو، كلية الحقوق جامعة الجيلالي إلياس، سيدي بلعباس، 2006-2007.

(2) عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة) منشورات جامعة برج باجي مختار عنابة، 2006.

(3) الخمار البقالي، عضل الولي باب الغرب صوره و أحكامه ومواقف أئمة المساجد ومراكز الإسلامية والقاضي منه، بحث مقدم إلى الدولة الثانية عشر للمجلس الأوروبي للافتتاء والبحوث بتاريخ 07-07-2014.

قائمة المواقع الإلكترونية:

الموقع:https://wwwe.c.fr.org آخر زيارة بتاريخ 25-04-2019 بتوقيت 15:52.

الفهرس

الفهرس:

شكر وتقدير	
إهداء	
خطة البحث	
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: ماهية الولاية	7
المبحث الأول: مفهوم الولاية	7
المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج	7
الفرع الأول: الولاية لغة	7
الفرع الثاني: الولاية اصطلاحا	8
الفرع الثالث: الولاية قانونا	9
أولا: تعريف الولي	10
ثانيا: دليل مشروعية الولي في الزواج	10
(1)في الكتاب	10
(2)في السنة	11
المطلب الثاني: شروط الولاية	11
الفرع الأول: الشرط المتفق عليه	11
أولا: كمال الأهلية	12
ثانيا: اتحاد الدين بين الولي و مولي عليه	12
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها	12
أولا: الذكورة	13
ثانيا : العدالة	13
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الشروط الولي	14

المطلب الثالث: أنواع الولاية	14
الفرع الأول: ولاية الإجبار	16
أولا: لمن تثبت لهم ولاية الإجبار	16
(1) البكر الصغيرة	17
(2) الثيب الصغيرة	18
(3) الولاية على المجنون والمعتوه في زواجها	19
(4) الولاية على السفيه في الزواج	20
(5) الولاية على المرأة البالغة	21
(6)الثيب البالغة	21
(7)البكر البالغة	22
ثانيا: من تثبت لهم ولاية الإجبار	23
(1) رأي المذهب المالكي	23
(2) رأي المذهب الشافعي	23
(3) رأي المذهب الحنفي	24
الفرع الثاني: ولاية الاختيار	24
أولا: لمن تثبت عليه ولاية الاختيار	25
(1) ولاية الاختيار على الرجل	25
(2) ولاية الاختيار على المرأة	25
(3) البكر البالغ	25
(4) الثيب البالغ	26
ثانيا: لمن تثبت له ولاية الاختيار	27
ثالث: موقف الشرع الجزائري من أنواع الولاية	27

المبحث الثاني: أسباب و مراتب الولاية	28
المطلب الأول: أسباب الولاية	28
الفرع الأول: القرابة النفسية والكفالة	29
دليلها في القرآن الكريم	29
الفرع الثاني: الإسلام والإيصاء	31
أولا: الولاية في الزواج بالإسلام	31
1- ولاية خاصة	31
2- ولاية عامة	31
ثانيا: الإيصاء	32
(1): أقوال العلماء في نيابة الوي عن الولي	32
الفرع الثالث: الوكالة والسلطان	33
أولا: الوكالة في الزواج	33
(1) حكم التوكيل من حيث الإطلاق والتنفيذ	33
(2) أدلة ثبوت الوكالة في الزواج	34
ثانيا: ولاية السلطان في الزواج	35
(1) الحالات التي تمنح الولاية للسلطان	36
المطلب الثاني: مراتب الأولياء	38
الفرع الأول: ترتيب الأولياء الفقه المالكي والشافعي	38
أولا : ترتيب الأولياء الفقه المالكي	38
ثانيا: ترتيب الأولياء الفقه الشافعي	39
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء الفقه الحنفي والحنبلي	39

أولا: ترتيب الأولياء الفقه الحنفي	39
ثانيا: ترتيب الأولياء الفقه الحنبلي	40
الفرع الثالث: أصحاب الولاية من غير العصبة	41
أولا: ذوي الأرحام	41
ثانيا: الوصي	42
ثالثا: السلطان	42
الفرع الرابع: ترتيب الأولياء وفق قانون الأسرة الجزائري	43
الفصل الثاني: أحكام الولاية	45
المبحث الأول: المركز القانوني في عقد الزواج بالشريعة والقانون	46
المطلب الأول: الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية	46
الفرع الأول: اشتراط الولي في عقد الزواج عقد جمهور الفقهاء لشرط صحة	46
أولا: أدلتهم من القرآن الكريم	47
ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية الشريفة	51
ثالثا: أدلة القائلين باشتراط الولي من آثار الصحابة رضوان الله عنهم	52
رابعا: من المعقول	53
الفرع الثاني: عدم اشتراط الولي في عقد الزواج عقد الحنفية (شرط إتمام)	54
أولا: أدلتهم من القرآن الكريم	54
ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية الشريفة	59
ثالثا: أدلتهم من الصحابة رضوان الله عنهم	59
رابعا: من المعقول	59
خامسا: الرأي التوفيقي	60

المطلب الثاني: الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	61
الفرع الأول: الولي في عقد الزواج في إطار قانون الأسرة 84-11	62
الفرع الثاني: الولي في عقد الزواج في إطار الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري 84-11	66
المطلب الثالث: الولي في قانون الأسرة المقارن	74
الفرع الأول: الولي في عقد الزواج في مدونة الأسرة المغربية	74
الفرع الثاني: الولي في القانون الإماراتي	76
الفرع الثالث: الولي في عقد الزواج في القانون التونسي	80
المبحث الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج	80
المطلب الأول: أثر تخلف الولي في الفقه الإسلامي	80
المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري	81
المطلب الثالث: بعض الاجتهادات القضائية في رسالة الولاية في الزواج	82
خاتمة	89
قائمة المراجع	94
الفهرس	104