جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الولاية في عقد الزواج

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إعداد الطالب:

عرعار عبد الرحمن

إشراف الأستاذ:

هلالي مسعود

لجنة المناقشة:

1- أ مسلمي عبد الله .....رئيسا

2- أ هلالي مسعـــود .....مشرفا و مقرارا

3- أ بورزق أحمـــد .....مناقشا

الموسم الجامعي: 2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى سيّدي وحبيبي أبي القاسم محمد صلّى الله عليه وسلّم، وصحابته الغُرّ الميامين، رضوان الله تعالى عليهم أجمعين .

إلى الوالدين الكريمين، أطال الله بقاءهما، وأحسن عاقبتهما .

إلى إخوتي جميعا وزوجاتهم، وأخواتي وأزواجهن، وأبناؤهم جميعا " حفظهم الله تعالى ورعاهم ".

إلى كل الأعمام والعمّات والأخوال والخالات و أبنائهم .

إلى القابضين على دينهم كالقابض على أشدّ من الجمر، من الدُعاة والعُلماء والمُجاهدين والمُرابطين وعامة المُسلمين .

إلى شهداء الجزائر وفلسطين .

إلى أساتذتي الأفاضل.

إلى زُملائي الطلبة والطالبات .

إلى الأحباب والأصدقاء والجيران وخاصة أبو بكرزيتوني ومحمد جعيد .

إلى كلّ مسلم إقتنع بفكرة فدعى إليها، وعمل على تحقيقها، لا يقصد بذلك إلا وجه الله تعالى، ومنفعة الناس جميعا، في كل مكان وزمان .

إلى كلّ أسرة مسلمة، تتّخذ من القرآن والسنّة دستورا لحياتها .

إلى كلّ من كان النّبراس الذي أضاء لي دُروب العلم .

إلى كلّ هؤلاء أُهدي هذا العمل.

الشُكر والتقدير

الحمد لله الذّي منّ عليّ بإتمام هذا البحث، وأعانني عليه حتى خرج على هذه الصورة، فله الحمد كُله، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه .

واعترافا بالفضل لأهل الفضل، ومِن مُنطلق من لا يشكر الناس لا يشكر الله تعالى، فإني أتوجهُ بجزيل الشكر والعِرفان للأُستاذ الفاضِل: هِلالي مسعود، لِما تفضل بِه من إشراف على هذا البحث حتى خرج على هذه الصورة .

كما أُقدم شُكري وإحترامي ومحبتي لأصحاب الفضل، الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، لِما بذلوه من جُهد في دراستها، وتقديم الملاحظات والتوجيهات .

ولا يفُوتني أن أشكر كلّ من قدّم لِي المُساعدة والنُصحِ وأعانني في جمع المادة العِلمية وخاصة أُسرة مكتبة الحقوق، والمكتبة المركزية لجامعة زيّان عاشور بالجلفة .

فجزاهُم اللهُ عنّا خير الجزاءِ .

مقدمة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وعلى آله وأصحابه و التابعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، قال تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ آل عمران الآية 102.

لقد شرع الله سبحانه و تعالى للانسان ما يصلح له حياته كلها حتى يحيى آمنا سعيدا، فقال الله تبارك وتعالى :﴿ فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُمْ مِنِّي هُدًى فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى * وَمَنْ أَعْرَضَ عَنْ ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكًا وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْمَىٰ ﴾ طه الآية124/123، ففي اتباع شريعة الاسلام الأمن والهداية في الدنيا والسعادة في الآخرة، وان الاعراض عنها يؤدي الى ضنك الدنيا وشقاء الآخرة، كما أوصانا الحبيب المصطفى بالتمسك بكتاب الله وسنته حتى لا نضل بعده أبدا، ثم أما بعد :

إن المرأة قبل صدور الإسلام كانت مغرمة الحق، منزوعة الكرامة، حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الشرائع القديمة، وحتى عند العرب في الجاهلية فكانت للأب سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج سواء كانت كبيرة أو صغيرة، بكرا أو ثيبا، أي أن إرادتها كانت مسلوبة من طرف هذا الأب أو أي شخص يقوم مقامه، فيزوجها ممن يختار هو أو العكس وذلك بمنعها ممن تراه كفأ لها، إلى أن ظهر نور الحق ألا وهو الإسلام فكفل لها جميع حقوقها واعترف لها بإنسانيتها وحقها في إبداء رأيها أي جعلها شريكة الرجل في الدين ومقومات الحياة فوضع حدا لهذا الجبر والتسلط الذي كان يمارس على الفتاة أو المرأة في الزواج، فأعطاها الحق في اختيار شريك حياتها وعلى هذا الأساس أوجب على وليها أخذ إذنها في تزويجها بعين الاعتبار.

وفي المقابل نجد أن الزواج في حد ذاته شرع لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمه، فأسسه على ما يدعم الحياة الزوجية ويقوي بنيانها رغبة في التناسل وخدمة الإنسانية والتعفف والعصمة وابتعادا عن الظلمات والمنكرات والفواحش، فالزواج الذي يبنى على أسس سليمة في إنشائه أو عند إنشائه ومن بينها المشورة وخاصة بين المرأة وأهلها أو وليها الذي يساعدها في اختيار الزوج الكفء لها، وهذا بطبيعة الحال ما نادت به شريعتها الغراء، فالأجدر بكرامة المرأة و كمال حشمتها و أدبها

أن لا تباشر عقد الزواج بنفسها لتنأى بنفسها عن مواطن الريب و لتصون عرضها عما يشعر بوقاحتها أو إبداء ميلها إلى الرجال، حتى تنتج عندنا أسرة مبنية على قيم المشورة والاحترام، هذه الأسرة السليمة تكون صالحة لخدمة المجتمع الإسلامي، لكن إذا انتهكت الأسرة هذه المبادئ والقيم في بناء العلاقة الزوجية فتنشأ لدينا أسرة منحلة وبالتالي ما بني على باطل فهو باطل.

فالولاية في الزواج هي من بين الأمورالتي اهتم بها الدين الاسلامي الحنيف وذلك من أجل صيانة حقوق المرأة وكرامتها والحفاظ عليها من اقتحام مجالس الرجال لجهلها بها، لما في ذلك من هدر لكرامتها وتقليل من شأنها ودفع كل ما يخدش شعورها، اضافة الى ترفيعها عن مواضع الشبهات و تحصينها من القيل و القال، فالولاية حتى وان كانت معروفة عند العرب في الجاهلية الا أن هذه الولاية كانت ولاية استبداد و تسلط، دون أي اعتبارلرأيها، وهو ما حاربه الاسلام الذي شرفها وأعطاها قدرها، ومنع الأولياء من عضله، ومنحها في مقابل ذلك حق الالتجاء للقاضي ليرفع الظلم عنها.

وقد ارتأيت في بحثي هذا أن أتطرق لموضوع الولاية في النكاح لما له من أهمية بالغة وذلك تحت عنوان :

أحكام الولاية في عقد الزواج

ــ دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري ــ

أولا: اشكالية البحث

أحاول من خلال هذه الدراسة أن أجيب عن هذه التساؤلات الأتية :

أ ــ الاشكالية الأساسية للبحث

ــ ما هو المركز القانوني للولي في قانون الأسرة الجزائري ؟ وما مدى مطابقته لأحكام الشريعة الاسلامية ؟

ب ــ الاشكاليات الفرعية: تنطوي تحت هذه الاشكالية الأساسية مجموعة من الاشكاليات الجزئية أوردها فيما يلي :

ــ ما معنى الولاية في عقد الزواج ؟ وما الحكمة من مشروعيتها ؟

ــ ما هي أقسام الولاية في النكاح ؟ وما هي شروطها ؟

ــ ما هو حكم الولي في زواج البنت القاصرة ؟ وما حكمه أيضا بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة ؟

ــ ما هو ترتيب الأولياء في ولاية النكاح ؟ و ما هي حدود وظيفة الولي ؟ وما هو أثر تخلف الولي عن ولاية النكاح ؟

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

ما دفعني لإختيار هذا الموضوع هو عدة أسباب هي :

ــ لقد قرأت مجموعة من المقالات لعدة باحثين تؤيد ولاية المرأة، وتجيزها، واحتجوا لرأيهم أنه يوافق الشرع الاسلامي، و ردّ عليهم بعض الفقهاء بانتقادات عارمة، فاشتبه الأمر، فأردت أن أبحث عن الحقيقة .

ــ هناك كتابات عديدة حول قضايا المرأة في شتى المجالات، في مقابل ذلك لا نكاد نجد ماكُتب عن ولاية المرأة في النكاح، خاصة كدراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الاسلامي .

ــ كثرة الجدال حول التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري ومنه قضية الولاية في الزواج، وغموض رأي المشرع في ذلك .

ثالثا: أهمية الموضوع: إن موضوع الولاية في الزواج له أهمية بالغة وحساسة، لما يعرفه من جدال ونقاش حاد حول مسألة إشتراط الولاية في الزواج، سواء على مستوى الفقه الاسلامي، أو على مستوى قانون الأسرة الجزائري، خصوصا بعد الضجة التي ثارت في بلادنا حول هذا الموضوع وغيره بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، ومن شد وجذب بين من يريد التشبث باشتراط

الولاية في الزواج، وبين من يطالب بإسقاطها وإعطاء المرأة الحق في تزويج نفسها، وذلك بضغوط داخلية وخارجية، ولكن وللأسف إنتهى الأمر بإنتصارالفئة الأخيرة، وبالتالي هُمش دور الولي .

رابعا: أهداف الموضوع: هناك عدة أهداف أصبوا إلى تحقيقها وهي :

ـ بيان الأحكام الفقهية لموضوع الولاية في النكاح، لأن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لها، وهذا ما يُعاب على المشرع الجزائري .

ـ باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الاسلامية، أردت أن أعرف المذهب الفقهي الذي إستند عليه المشرع الجزائري في تعديله الأخير لمسألة الولاية في الزواج .

ـ المساهمة في إبراز عدالة الدين الاسلامي، وصلاحيته في كل زمان ومكان .

ـ توضيح الغموض الذي وقع فيه المشرع الجزائري بالنسبة لمسألة الولي أو الولاية في الزواج .

ـ المساهمة في إثراء المكتبة القانونية لجامعة زيان عاشور بهذه الدراسة حتى يسهل الرجوع إليها من طرف الباحثين في هذا المجال .

خامسا: منهجية البحث: بعد دراسة الموضوع من جميع جوانبه الفقهية، ومايقابله من أبحاث حديثة ذات الصلة وربطها ببعضها البعض للحصول على فهم جديد وشامل للموضوع، سأعتمد الأسس الآتية في البحث :

ـ ذكر الأدلة الشرعية للمسائل من الكتاب الكريم، والسنة الشريفة، وفهمها وفق مقاصد الشريعة الاسلامية .

ـ ذكر أقوال العلماء و الفقهاء في المسائل الخلافية و الترجيح بينها بعد المناقشة والتحليل.

ـ الإعتماد ماستطعت على أمهات الكتب والمراجع في التحرير والتوثيق والتخريج.

ـ إستخدام لغة واضحة ومُيسرة بلا تعقيد و لا تكلف.

ـ توثيق كل ما سأنقله و أقتبسه من أي مصدر كان تحقيقا للأمانة العلمية.

ـ القيام بعزو الآيات الكريمة إلى مواضعها في القرآن الكريم.

ـ التعريف بالمصطلحات والمفردات الغريبة.

ـ التوثيق العلمي للمصادر والمراجع المعتمدة بالطريقة الآتية:

1-بالنسبة للكتب: يكون ذلك بالمنهجية الآتية:

- الكاتب، الكتاب، دار النشر، مكان النشر، البلد، الطبعة، السنة، الجزء، الصفحة.

وإذا كان الكتاب: -بدون مكان: نكتب: د م.

-بدون طبعة: نكتب: د ط.

وفي حالة إعادة إستعمال هذا المؤلف مرة ثانية يتم التوثيق بالطريقة التالية:

- الكاتب، الكتاب(إن كان للكاتب أكثرمن مرجع مُستعمل في بحثي)، المرجع السابق، الجزء، الصفحة.

2- المذكرات والرسائل العلمية:

- إسم الباحث، عنوان المذكرة، الجامعة، السنة، نوعية المذكرة.

3-المقالات العملية:

- عنوان المقال، الأستاذ، إسم المجلة، جهة الإصدار، الجامعة، العدد، السنة، الصفحة.

سادساً: منهج البحث: بعون الله تعالى سأعتمد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال البحث عن جميع المعلومات المتعلقة بالمسائل المطروحة، عن طريق تسليط الضوء على المسالة ومناقشتها معتمداً عن الأدلة الشرعية، ومن ثم أقوال الأئمة في المذاهب الأربعة والترجيح بينها، كما أعتمد في هذه الدراسة أيضاً على المنهج المقارن وذلك بمقارنة ما جاء في الفقه الإسلامي حول مسألة الولاية في النكاح وما يُقابه في قانون الأسرة الجزائري ومن ثمّ معرفة المذهب الذي أخذ به المشرع الجزائري في مسألة الولاية، بإعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، وهل وُفق في ذلك.

سابعا: الدراسات السابقة: لم أقف فيما إطلعت عليه من مراجع، على كتاب أو مذكرة أضعها كدراسة سابقة ، لتعلقها بموضوع بحثي، سوى مذكرة ماجستير، للباحث: عوض بن رجاء العوفي، بعنوان: الولاية في النكاح، تقدم بها لقسم الدراسات العليا بالجامعة الإسلامية، في المدينة المنورة .

ثامنا: صعوبات البحث: من الطبيعي أن يتعرض كل باحث لمجموعة من الصعوبات والعقبات أثناء إنجازه لبحثه، والتي تتحدد بحسب طبيعة الباحث وظروف الباحث، والتي ما تُساهم في توجيه مسار البحث أو التأثير عليه، إذ لا يخلو أي بحث علمي من مشاق تستدعي المزيد من الصبر ومما يمكن تسجيله من صعوبات التي إعترضت سبيل هذا البحث فيمايلي:

ـ قلة الكتب الفقهية التي تناولت هذا الموضوع بشكل مُباشر أو مُستقل، مما إضطرني إلى جمع شُتات هذا الموضوع من الكُتب الفقهية الحديثة و القديمة .

ـ قلة الكتب القانونية، وخاصة ما يتعلق بموضوع الولاية في قانون الأسرة الجزائري .

ـ ضيق الوقت والذي عانيت منه كثيرا .

تاسعا: خطة البحث: لقد إعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على الخطة الآتية:

مقدمة وفصلين وخاتمة وتفصيل ذلك كله جاء على النحو الآتي:

المقدمـــــــــــــة

وضمنتها إشكالية البحث وأسباب إختيار الموضوع وأهميته وأهدافه ومنهجية البحث ثم منهج البحث، مع بيان بعض الصعوبات التي واجهتني في بحثي هذا والخطة الإجمالية له.

الفصـــــــــل الأول

وقد ضمنته مفهوم الولاية في عقد الزواج وذلك من خلال مبحثين هما:

المبحث الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج ودليل مشروعيتها وحكمتها، وفيه مطلبين هما

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج.

المبحث الثاني: أقسام الولاية في النكاح وشروطها.

المطلب الأول: أقسام الولاية في النكاح فقها وقانوني.

المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد النكاح.

الفصـــــل الثانـــــي

تعرضت فيه لحكم الولي في عقد الزواج فقها وقانوناً وذلك من خلال مبحثين هما:

المبحث الأول: حكم الولي في زواج كل من القاصرة والمرأة البالغة العاقلة.

المطلب الأول: حكم الولاية في النكاح على القاصرة.

المطلب الثاني: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة.

المبحث الثاني: ترتيب الأولياء وحدود وظيفة الولي وأثر تخلفه.

المطلب الأول: ترتيب الاولياء.

المطلب الثاني: حدود وظيفة الولي وأثر تخلفه.

الخاتمـــــــــــة

وبينت فيها أهم نتائج البحث وما تم الوصول إليه من مقترحات.

الفـــــــــهارس

ثم وضعت فهارس فنية للبحث تسهل الإستفادة من المذكرة وهي مرتبة كالآتي:

أ- فهرس المصادر والمراجع.

ب-فهرس الموضوعات.

الفصل الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

الفصل الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

بما أن الولاية في عقد الزواج من الموضوعات التي طرحت تساؤلات كثيرة منذ القدم وكانت محل اختلاف بين الطوائف والمذاهب الفقهية وحتى نتمكن من توضيح هذه الإشكالية نتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم الولاية في عقد النكاح، ولذلك قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، أخذت في المبحث الأول تعريف الولاية في عقد الزواج و دليل مشروعيتها وحكمتها.

أما المبحث الثاني فأخذت فيه أقسام الولاية وشروطها.

المبحث الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج و دليل مشروعيتها و حكمتها

فهنا قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، أخذت في المطلب الأول تعريف الولاية في عقد الزواج وفي المطلب الثاني دليل مشروعيتها، أما في المطلب الثالث فسوف أتعرض للحكمة من هذه الولاية.

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

سأقوم بتعريف الولاية لغة ثم بتعريفها اصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغةً:

الوِلاية بالكسر هي السلطان، والوَلايةُ والوِلاية بفتح الواو وكسره هي النصرة فيقال همَّ عَلَي وِلاية أي مجتمعون في النصرة، وقال سيبويه: الوَلاية، بالفتح، المصدر، والوِلاية بالكسر هي الإسم مثل الإمارة والنقابة لأنه إسم لما توليتَه وقمتَ به فإذا أرادوا المصدر فتحوا[1] أيضا هي المحبة والنصرة وكما قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ ﴾[2]

و قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[3] أو بمعني السلطة والقدرة، يقال: "الوالي" أي صاحب السلطة[4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف ــ القاهرة ــ مصر، د ط، دت، مادة "ولي"، ج 6، ص 4920 .

[2] المائدة، الآية 56 .

[3] التوبة، الآية 71 .

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ــ دمشق ــ سوريا، ط 2، 1985، ج7، ص 186 .

أما الوليُّ فهو الناصر وهو من أسماء الله تعالى، وقيل أيضا المتولِّي لأمور العالم والخلائق القائم بها، ومن أسماءه عز وجل: الوالي وهو مالك الأشياء جميعِها المتصرف فيها، قال إبن الأثير و كأن الولاية تُشعِر بالتدبير و القدرة و الفعل، و ما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطبق عليه إسم الوالي[1].

الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا:

اختلف الفقهاء في تعريف الولاية حسب نوعية الولاية التي يأخذ بها في مذهبه، لذا لا نكاد نجد تعريفا شاملاً أو تعريفاً جامعا مانعا للولاية.

فهناك من يرى أنها: " حقٌ شرعي، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه" [2]

وهناك تعريف آخر يشبه التعريف السابق وقول بعض الحنفية "إن الولاية هي تنفيذ القول علي الغير شاء أم أبى"[3].

وقيل هي: " قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه"[4].

إذن فمن خلال التعاريف السابقة نجد أنها تعني: "حقٌ منحته الشريعة لبعض الناس، يكسب به صاحبه تنفيذ قول علي غيره، رضي ذلك أم لم يرضى"[5].

ومما يمكن أيضا ملاحظته على هذه التعاريف السابقة أنها تقتصر فقط على ولاية الإجبار دون ولاية الاختيار[6].

عرفها الشيخ محمد أبو زهرة علي أنها:"هي القدرة علي إنشاء العقد نافذا وهي قسمان: قاصرة ومتعدية"[7].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج 6، ص 4920 .

[2] حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، دارابن حزم ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2004، ج5، ص 127. والسيد سابق، فقه السنة، دار الفتح ــ القاهرة ــ مصر، ط 2، 1999، ج2 ، ص399 .

[3] عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 2002، ج1، ص26 .

[4] حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، عبد العظيم رمضان عبد الصادق، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة القرآن الكريم و العلوم الإسلامية، د م، عدد5، 2012، ص02 .

[5] حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، عبد العظيم رمضان عبد الصادق، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة القرآن الكريم و العلوم الإسلامية، د م، عدد5، 2012، ص02 .

[6] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص26 .

[7] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر، ط 3، 1957، ص107.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي:" الولاية هي القدرة علي مباشرة التصرف من غير توقف علي إجازة أحد، ويسمى متولي العقد الولي" .

ومنه قوله تعالى ﴿ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [1].

أيضا هناك من يعرف الولاية بأنها:"سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة نافذة سواء أكان ينشئها لنفسه أم لغيره"[2].

ما يلاحظ على هذا التعريف الأخير أنه لا يشمل الولاية وحدها، و إنما يمكن أن يشمل الوكالة في إنشاء العقود، والتصرفات أيضا بما فيها عقد الزواج .

من خلال كل التعريفات السابقة، لابد أن يكون هناك تعريف جامع غير متعرض لمحل الخلاف ويكون الأقرب لمراد الفقهاء بالولاية في النكاح، فيمكن تعريفها على النحو الذي عرّفها به الدكتور: عوض بن رجاء العوفي:" الولاية في النكاح هي سلطة شرعية، لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقدة "[3].

إذن فقوله:"سلطة شرعية" فهو هنا يبين الجهة التي يستمد منها الولي ولايته أصلا و هو الشرع وليس من المولى عليه وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة[4]

وقوله :"لعصبة نسب أو ما يقوم مقامهم" فهو يبين من يستحق الولاية، و إخراج من لا تربطه بالمولي عليه رابطة نسب ونحو، فهو يقيدها بعصبة النسب أما في قوله :"أو من يقوم مقامهم" فلبيان بقية أسباب الولاية سواء كانت تلك الأسباب متفقا عليها، كالولاية بالعتق والسلطنة، أو مختلفا فيها كالولاية من غير العصبات و بالموالاة والكفالة و الإسلام والوصية[5].

---

[1] البقرة، الآية 288 .

[2] محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2003، ص259 .

[3] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 29 .

[4] إذ إن الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي فإنه لا يستمد ولاية من المولي عليه ولا ينعزل بعزله .

[5] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ج1، ص30 .

و قوله:"يتوقف عليها" فهذا بيان لمدى هذه السلطة وهو: أنّ الولي بيده عقد التزويج سواء كان المولي عليها ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، و بكلمة "تزويج" يُخرج بقية العقود المالية وغيرها[1].

وقوله:" من لم يكن أهلا لعقده" أي بيان لِمن تثبت عليهم هذه الولاية من النساء و الأطفال والمجانين و الأرقاء والمحجور عليهم[2].

الآن بالنسبة للمشرع الجزائري و من خلال دراستنا للنصوص القانونية المتعلقة بالولاية في عقد الزواج فإننا لم نجد أنه قد قام بتعريف الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل مشروعيتها أو شرعيتها وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشرعية الإسلامية وذلك حسب المادة 222 ق أ ج.

إذن وبعد أن تطرقت لتعريف الولاية لغة واصطلاحا أقوم ببيان معنى الولي، إذن فمن هو الولي؟

الولي: هو قرابة المرأة الأدنى فالأدنى الذين يلحقهم الفضاضة، إذا تزوجت بغير كفء، وكان المزوج لها غيرهم.[3]

و هناك تعريف آخر للولي وهو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة، لكونه أباها، أو وصيا عليها أو كافلاً لها أو قريبا عاصبا أو رجلا من عامة المسلمين أو حاكما.[4]

بالنسبة للمشرع الجزائري فإننا نجده في نص المادة 11 من قانون 11/84 قد نصت على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

أما في المادة 1/11 من القانون 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، فإننا نجد أنها تنص على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، والمادة 2/11 من القانون 05 /09 المؤرخ في 2005/05/04 فإننا نجد أنها تنص على :"يتولى زواج القُصّر أولياءهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 30 .

[2] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 30 .

[3] العوايشة، المرجع السابق،ج 5، ص 127.

[4] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2002، ج 2، ص 556 .

إذن نلاحظ أن المشرع الجزائري في القانون 84 /11 جعل الولي ركن، و له كامل الولاية، في حين جعله في قانون 09/05 شرطا في المادة 9 ق أ ج[1] منه و في المادة 11 من القانون 09/05 قد أعطاه مجرد الحضور الرمزي فقط، ونجده يخرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره، ودليل ذلك هو استعماله لأداة "أو" التي تفيد التخيير في اللغة العربية.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

لقد إستدل الفقهاء على شرعية الولاية في الزواج إلى نصوص كثيرة وردت في القرآن الكريم وأحاديث المصطفى صلى الله عليه و سلم الواردة في السنة النبوية.

الفرع الأول: دليل شرعية الولاية في الزواج في القرآن الكريم

هناك آيات كثيرة دلت على ذلك ومنها قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾"[2]، هذه الآية نزلت في معقل بن يسار إذ عَضَل أخته عن مراجعة زوجها، و لولا أنّ له حقا في الإنكاح ما نُهي عن العضل[3] وقوله: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ في الآية يقصد بها من تقدم لخطبتها إذا رضيت به، والعضل في اللغة هو المنع والحبس فنقول عضل المرأة عن الزوج أي حبسها وعَضَلها أو عَضّلها أي منعها[4].

أيضا قوله تعالى ﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾[5] في هذه الآية دليل بالنص على شرعية الولاية في النكاح، قال محمد بن علي بن الحسين النكاح بولي في كتاب الله ثم قرأ: ﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ..... ﴾[6].

---

[1] موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لأحكام السياسة الشرعية، فاتح الربيعي، دراسات قانونية، مركزالبصيرة، دار الخلدونية، القبة ــ الجزائر، العدد 05، 2009، ص 73 .

[2] البقرة، الآية 232 .

[3] محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2006، ج3، ص 463. و يحي ابن أبي الخيرالشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، دار المنهاج ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2000، ج9، ص 153. و أبي الوليد القرطبي " ابن رشد " ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار العقيدة ــ الاسكندرية ــ مصر، ط 1، 2004، ج2،ص12 .

[4] ابن منظور، المرجع السابق، ج 4، مادة "عضل"، ص 2988 .

[5] البقرة، الآية 221 .

[6] محمد بن أحمد أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص 462 .

قال تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ ﴾[1] فلم يخاطب المولى عز وجل بالنكاح غير الرجال ولو كان إلى النساء لذكرهن[2].

أيضا المراد بالخطاب بقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا﴾ قيل: هم الأزواج، وقيل هم الأولياء من قريب أو نسيب، لكن الصحيح: أنهم الأولياء؛ لأنه قال ﴿ وَأَنْكِحُوا﴾ بالهمزة، ولو أراد الأزواج لقال ذلك بغير همزٍ، وكانت الألف للوصل وإن كان بالهمز في الأزواج له وجه، فالظاهر أولى، ولا يعدل إلى غيره إلا بدليل[3].

يقول السيد سابق: إن وجه الاحتجاج في الآيتين السابقتين: في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ (البقرة 221)، وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ ﴾ (النور32)

هو أن الله سبحانه وتعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب النساء فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء مُوّلّيّاتِكم للمشركين[4].

و ما يدل أيضا على شرعية الولاية في النكاح هو قوله عز وجل ﴿ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ... ﴾ [5]

قال الإمام الشافعي "رحمه الله" إنّ أصرح أية في اعتبار الولي هي قوله تعالى ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُن ﴾[6] و أضاف يقول: وإلاّ لما كان لعضله معنى[7].

هذه في مجملها الآيات التي تدل على مشروعية الولاية في الزواج وهي في الجملة مما إتُفق على مشروعيتها والخلاف إنما هو في وجوب بعض صورها كما سيأتي بيان ذلك.

الفرع الثاني: دليل شرعية الولاية في الزواج من السنة النبوية

لقد إستدل الفقهاء بأحاديث كثيرة دلت على شرعية أو مشروعية الولاية في الزواج ومن بينها: حديث سليمان بن موسى عن الزُهري عن عروةَ عن عائشة:أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

---

[1] النور، الآية 32 .

[2] محمد بن أحمد أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج3، ص 463 .

[3] ابي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ الإمام مالك، دار الغرب الاسلامي ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2007، ج 5، ص 428 .

[4] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 399 .

[5] النساء، الآية 25 .

[6] البقرة الآية 232 .

[7] العواشية، المرجع السابق، ج 5، ص 127 .

"أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما إستحل من فرجها، فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[1] .

عن أبي موسى: عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا نكاح إلا بولي" رواهما الخمسة إلا النسائي[2].

وفي رواية أخرى لأبي داود الطَيّالِسيُ ولفظه: " لا نكاح إلا بولي و أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له"[3].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال :" كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية"[4]، وروي الحديث عن أبي هريرة قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" رواه إبن ماجه و الدارقُطني[5].

وعن عكرمة بن خالد قال: جمعت الطريق ركبا، فجعلت امرأة منهن ثيّبٌ أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها، فبلغ ذلك عمر، فجلد الناكح و المُنكح وردّ نكاحها. رواه الشافعي و الدارقطني[6].

وعن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من علي، كان يضرب فيه، رواه الدارقطني[7].

وكانت السيدة أم حبيبة قد هاجرت مع زوجها عبيد الله بن جحش أخ زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله عليه وسلم إلى الحبشة، فتنصر عبيد الله، ومات بأرض الحبشة، وبقيت أم حبيبة على إسلامها، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي بالحبشة، وزوجها له النجاشيُ وتولى عقدها، لأن الحاكم ولي من لا ولي له، و لم تزوج نفسها بنفسها[8].

---

[1] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، دار الامام مالك ــ الجزائر، ط 1، 2005، ج 6، حديث رقم 2657، ص138.وأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، مكتبة الصفا ــ القاهرة ــ مصر، ط 1، 2003، ج 9، باب "لا نكاح الا بولي"، ص 99 .

[2] الشوكاني، المرجع نفسه، ج 6، حديث رقم 2658، ص 138. وأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار ابن حزم ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 1997، كتاب النكاح، حديث رقم 2083، ص391. و القرطبي "ابن رشد"، المرجع السابق، ج 2، ص 12 .

[3] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 139 .

[4] العواشية، المرجع السابق، ج 5، ص 122 .

[5] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 139 .

[6] الشوكاني، المرجع نفسه، ج 6، ص 139 .

[7] الشوكاني، المرجع نفسه، ج 6، ص 139 .

[8] الغرياني، المرجع السابق، ج 2، ص 556 .

وهناك حديث أخر عن أبي عباس رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"البَغِيُّ: من أنكحت نفسها بغير ولي ولا بيّنة و"البَغِيُّ" هي الزانية[1].

هذا باختصار كل ما جاء في بيان مشروعية الولاية أو بعضه من كلام العزيز الحكيم في كتابه الكريم أو ما روي عن المصطفى صلى الله عليه وسلم من أحاديث شريفة تتعلق بشرعية الولاية .

إذن وبعد أن قمت ببيان مشروعية الولاية يجب علي أن أتكلم عن الحكمة من اشتراط الولاية في عقد الزواج وأضعها في فرع ثالث.

الفرع الثالث :الحكمة من اشتراط الولاية

يقول الإمام محمد أبو زهرة : "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مَغَبَّاتُهُ على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار"[2].

فلقد شُرعت الولاية على الصغار والمجانين لأنهم ليسوا بأهل للتصرف في أمورهم، فيحتاجون إلى من يقوم بمصالحهم ومنه الزواج، أما الولاية على المرأة البالغة العاقلة فليس المقصود منه قهر المرأة و إذلالها و التحكم فيها، بل وراء ذلك حِكم كثيرة منها:[3]

1/ صيانة المرأة عما يُشعر بوقاحتها و رعونتها و ميلها إلى الرجال، فالمرأة تجد غضاضة في مباشرة ذلك، وحيائها يمنعها من ذلك[4].

2/ الرجال أقدر على البحث عن أحوال الخاطب من النساء[5].

3/اشتراط الولي في عقد النكاح فيه مزيد من الإعلان عن النكاح، والشريعة الإسلامية تدعوا إلى إعلان النكاح و إشهاره من أجل ذلك شرع : الولي والشهود والوليمة والتهنئة .

4/ إرتباط المرأة بالرجل الذي تختاره ليس شأنا خاصا بالمرأة دون سواها، فالزواج يرتبط بين الأسر التي تربطها مجموعة من العلاقات، و الآباء و الإخوة يهمهم أن تكون الأسرة التي يرتبطون بها على مستوى من الفضل والخلق، لذا فارتباط المرأة بالزوج الصالح يريح أسرتها، وتعثرها في حياتها الزوجية يقلقهم ويتعبهم.[6]

---

[1] يحي بن ابي الخيرالشافعي، المرجع السابق، ج 9، ص 158 .

[2] أبو زهرة، المرجع السابق، ص108 .

[3] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس ــ عمان ــ الأردن، ط 1، 1997، ص119 .

[4] قلت حيائها لأن المرأة طبعت على الحياء بالفطرة .

[4]ولو تركت المرأة وحدها تقرر مصيرها بلا معونة من أهلها و أقاربها فقد لا توفق في اختيار الرجل الناسب لها .

[6] ويشتد بلاء الأولياء إذا وصل الشقاق بين المرأة وزوجها إلى الطريق الذي ينعكس على حياتهم سلبا نتيجة قرار مخزي لم يشاركوا في اتخاذه أول مرة .

و كذلك أن المرأة لو باشرت عقد النكاح بنفسها فهذا يُنسب إلى الوقاحة و سوء التربية على وجه يلصق العار بأوليائها و أهلها، و بالجملة فإن النكاح شرع لمقاصد جليلة كما هو معروف، والتفويض إلى النساء مخل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الإغترار وسيئات الإختيار، فقد يخترن من لا يصلح، خصوصا عند غلبة الشهوة، فكانت المصلحة في مباشرة الأولياء أولى.

والعالم بأحكام الشريعة الإسلامية في الولاية يعلم أن هذا التشريع فيه خير للمرأة يُجنبها المزالق والمهالك و يحميها من شياطين الإنس الذين يريدون التلاعب بها، فلم يُشرع الله عز وجل الولاية لقهر المرأة و إذلالها كما يضنه البعض أو بعض الذين لا يعلمون. [1]

[1] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص120 .

المبحث الثاني: أقسام الولاية في النكاح وشروطها

المطلب الأول: أقسام الولاية في النكاح فقها وقانونا

إن الولاية بصفة عامة تقسم إلى قسمين: ولاية قاصرة و ولاية متعدية، فالقاصرة تنحصر في قيام الشخص بشؤون نفسه، والولاية المتعدية هي التصرف في شؤون الغير شاء أم أبى[1].

يقول الإمام محمد أبو زهرة أن الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذا وهي قسمان: ولاية قاصرة و ولاية متعدية، ويضيف قائلا : الولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع[2].

أيضا تنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين: قد تكون عامة كالولاية التي للحاكم والقاضي وقد تكون خاصة تتعلق بحفظ حقوق الصغار والمجانين ومن في حكمهم .[3]

أما الأستاذ محمد مصطفى شلبي: فيرى بأن الولاية المتعدية نوعان: ولاية على النفس وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج. و ولاية على المال وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .[4]

إذن الولاية في الزواج جزء من الولاية على النفس وتثبت بسببين هما :[5]

1-بالقرابة النسبية: وهي ولاية بعض الأقارب على بعض إما بقرابة قريبة كالأب والجد و إما بقرابة بعيدة كإبن الخال و إبن العم وسوف يكون فيه شرح مفصل فيما يتعلق ببيان ترتيب الأولياء.

2-بالإمامة: وهي ولاية الحاكم ومساعديه من القضاة وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة والرسول (صلى الله عليه و سلم) يقول "السلطان ولي من لا ولي له".

و ولاية الحاكم تجعل لهم سلطة تزويج من لا ولي لهم بصفتهم حُكاما لا بصفتهم الشخصية لأن القاعدة الشرعية المقررة تقول "الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد".[6]

---

[1] محمد كمال الدين إمام، أحكام الزواج في الشرع الإسلامي، كلية الحقوق ــ جامعة الاسكندرية ــ مصر، ط 1، 1994، ص 121 .

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر، ط 2، 1971، ص 153 .

[3] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 121 .

[4] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دارالنهضة العربية ــ بيروت ــ لبنان، ط 2، 1977، ص 254 .

[5] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص121. و محمد شلبي، المرجع السابق، ص254 .

[6] محمد شلبي، المرجع السابق، ص255 .

إذن بعد ما رأينا أن الولاية في الزواج هي جزء من الولاية على النفس نجد أن الفقهاء قسموا الولاية في الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار و ولاية إختيار [1] و سوف أتطرق إلى هذين النوعين بشيء من التفصيل فيما هو آت.

و الآن أتطرق إلى تقسيم الولاية في عقد الزواج لدى المذاهب الفقهية.

الفرع الأول : أقسام الولاية في الفقه الإسلامي

أولا : أقسام الولاية عند الحنفية

لقد قسم الحنفية الولاية لثلاث أقسام: ولاية على النفس و ولاية على المال و ولاية على النفس والمال معا.[2]

ومحل بحثنا في الزواج هو الولاية على النفس، والتي قسمها الحنفية إلى نوعين: ولاية إجبار و ولاية إختيار.[3]

1/ولاية الإجبار (ولاية الحتم و الإيجاب): هي تنفيذ القول على الغير وهي بهذا المعنى العام تثبت بأربعة أسباب هي : القرابة، الملك، الولاء، الإمامة.

أ/ ولاية القرابة :

تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه إما بقرابة قريبة كالأب والجد والإبن أو بقرابة بعيدة كإبن الخال و إبن العم، وقد سبق شرحها في سببي الولاية على النفس في السبب الأول "القرابة النسبية".

ب/ ولاية الملك :

هي التي تثبت للسيد على مملوكه، فله تزويج عبده أو أمته جبرا عنهما ويتوقف نفاذ زواجهما على إذنه[4].

ملاحظة: يشترط لثبوت هذه الولاية للسيد أن يكون عاقلا، بالغا، إذ لا ولاية للمجنون والمعتوه ولا للصبي قبل البلوغ على تزويج العبد أو الأمة [5].

---

[1] أبو زهرة، المرجع السابق، ص154 .

[2] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر ــ دمشق ــ سوريا، ط 3، 2012، ج8، ص190 .

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص187 .

[4] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه،ج 7، ص188 .

[5] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص191 .

ج/ ولاية الولاء: وهي نوعان:ولاء عتاقة و ولاء موالاة .

- ولاء العتاقة: هو الحق الشرعي الذي يثبت للمعتق على عتيقه فله أن يزوجه إذا كان العتيق صغيرا أو كبيرا مجنونا أو معتوها وشرط ثبوت هذه الولاية أن يكون المعتق عاقلا وبالغا[1].
- ولاء الموالاة: يثبت بناء على عقد بين إثنين على أن يناصره و يرثه إذا مات وتثت بهذا العقد ولاية تزويجه، وشرط ثبوت هذه الولاية أن يكون الولي عاقلاً بالغاً و حراً و ألا يكون للمولي عليه أحد يرثه من النسب أو العصبة السببية [2].

د/ ولاية الإمامة : سبق و أن شرحناها في سببي الولاية عن النفس في السبب الثاني و لا بأس أن نذكر به فهي ولاية الحاكم أو السلطان ومساعديه من القضاة وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة [3].

إذن فولاية الإجبار بالمعنى الخاص: هي حق الولي في أن يزوج غيره بمن شاء و تثبت ولاية الإجبار بهذا المعنى عند الحنفية على الصغيرة و لو كانت ثيبا[4]، وعلى المعتوه والمجنونة والأمَة المرقوقة و يقال لصاحبها "ولي مُجْبِر"[5].

يقول أبو زهرة: أن ولاية الإجبار تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولي عليه ولا يشاركه فيه أحد[6].

2/ ولاية الاختيار (ولاية الشركة): كما يسميها أبو حنيفة ولاية الاستحباب، [7] فهي حق الولي في تزويج المولي عليه بناءًا على إختياره ورضاه، ويقال لصاحبها:"ولي مُخيّر"[8].

فهي تثبت على البالغة العاقلة، لأن أبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحسن أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج، لذا سماها أبو حنيفة "ولاية استحباب"[9].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص188 .

[2] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص188 .

[3] أي ألا يكون له ولي قريب لحديث المصطفى (صلى الله عليه و سلم) :"السلطان ولي من لا ولي له" .

[4] الثيب هي التي تزوجت وفارقت زوجها بعد ان مسها ، بطلاق او وفاة زوجها (ابن منظور، المرجع السابق، باب ثيب، ج 1، ص 525) .

[5] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص191 .

[6] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108 .

[7] أبو زهرة، المرجع السابق، ص 108.

[8] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص188.

[9] أبو زهرة، محاضرات في عقود الزواج، المرجع السابق، ص 154.

و الإستحباب من طرف أبي حنيفة و زُفَر في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة سواءٌ أكانت بكراً [1] أم ثيباً، هو رعاية لمحاسن العادات والآداب التي يراعيها الإسلام، فالمرأة عندهم تتولى تزويج نفسها باختيارها و إرادتها، لكن يستحب لها أن تولي أمر العقد لوليها، و شرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولي عليه لا غير وهي المرأة[2].

و خلاصة القول نستنتج أنه لا ولي عند الحنفية إلا الولي المجبر، فليس عندهم ولي غير مجبر يتوقف عليه العقد، وكل ولي: مجبر[3].

ثانيا: أقسام الولاية عند المالكية

الدارس للفقه المالكي يجد أن العلماء (المالكية) قسموا الولاية إلى قسمين:

ولاية خاصة و تكون بالنسب و ولاية عامة و هي ولاية الدين عندما تتعذر الولاية الخاصة[4].

1/ **الولاية الخاصة:** هي التي تثبت لأناس معينين و هم ستة أصناف: الأب و وصيه والقريب العصبة و المولى والكافل و السلطان[5].

إذن فمما سبق ذكره في بيان الأصناف الستة الذين تثبت لهم الولاية الخاصة نستنتج أسباب هذه الولاية وهي أيضا ستة أسباب :الأبوة ــ الإيصاء ــ العصوبة ــ الملك ــ الكفالة ــ السلطة.

و الولاية الخاصة نوعان: ولاية على النفس و ولاية على المال وما يهمنا هو الولاية على النفس ويشترط فيما بالنسبة للولي ما يلي:[6]

أ/ كمال الأهلية بالعقل والبلوغ لأنهما أساس التكليف.

ب/ الذكورة وذهب إلى ذلك الجمهور في إشتراطها في ولاية الزواج عدا الحنفية.

ج/ إتفاق دين الولي والقاصر لقوله تعالى: ﴿ "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..... ﴾ [7]

[7]

---

[1] بكراً أي العذراء و البكر هي من النساء التي لم يقربها رجل.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص189.

[3] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص192.

[4] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ــ الجزائر، ط 1، 2013، ص 188. وأبو محمدعبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2010، ج 1، ص 282 .

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص192.

[6] العربي بختي، المرجع السابق، ص 188 .

[7] التوبة، الآية 71 .

د/ القدرة على القيام بمهام هذه الولاية.

2/ الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم، بأن توكل إمرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها.[1]

كما تشمل الولاية العامة كل من الولاية على النفس والولاية على المال [2].

و يشترط في المرأة التي توكل أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها ألا يكون لها أب أو وصيه، و أن تكون دنيئة لا شريفة، ونقصد بالدنيئة؛ الخالية من النسب، أي بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجواري، والخالية أيضاَ من الحسب، ونقصد به الدين ومحاسن الأخلاق، وأيضاَ الخالية من الجمال والمال.[3]

أما الشريفة فهي ذات الدين و النسب والجمال والمال، كما جاء في حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم، الذي روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " تنكح المرأة لأربعة: لمالها وحسبها ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك " رواه الجماعة إلا الترمذي[4].

فيصح الزواج بالولاية العامة في امرأة دنيئة مع وجود ولي خاص غير مجبر كأبٍ و ابنٍ وعمٍّ، كما يصح زواج شريفة بالولاية العامة مع وجود ولي خاص غير مجبر إن دخل الزوج بها، وطال الدخول مدة؛ هي أن يمضي زمن تلد فيه الأولاد كثلاث سنين كطول مدة زواج الصغيرة التي لا أب لها، إذا زُوجت مع فقدِ الشروط أو بعضها، وتجوز الولاية العامة إذا تعذرت الولاية الخاصة[5].

ومعنى ما نقل عن المالكية من أن الدنيئة لا يشترط في صحة عقدها الولي، فان مَرادهم بذلك؛ الولي الخاص، أما الولي بالولاية العامة فلا بد منه بحيث لو باشرت عقد زواجها بنفسها لا يصح، وقد خُفي ذلك على بعض شُرّاح الحديث فنقلوه عن المالكية مبهما[6].

إذن فعند المالكية تثبت ولاية الإجبار بأحد السببين: البَكارة والصِغر فيقع الإجبار للبكر وإن كانت بالغا، وللصغيرة و إن كانت ثيبا ويستحب استئمارها[7].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص190 .

[2] العربي بختي، المرجع السابق، ص 189 .

[3] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج8، ص 193 .

[4] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، كتاب النكاح، حديث رقم 2629، ص 123 .

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص190 .

[6] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان، ط 2، 2003، كتاب النكاح، ج4، ص 29 .

[7] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج8، ص 193 .

ثالثا :أقسام الولاية عند الشافعية

يقسم الشافعية الولاية إلى قسمين: ولاية الإجبار و ولاية الإختيار[1]، فولاية الإجبار عند الشافعية تثبت للأب وللجد عند عدمه[2]، فللأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها ويستحب استئذانها[3]، وسوف وسوف يكون بيان ذلك بالتفصيل في الآتي من هذه الدراسة ويكون ذلك في مناقشة آراء الفقهاء فيما يتعلق بحكم الولاية فقها.

أما ولاية الاختيار فعند الشافعية تثبت لكل الأولياء العصبات في تزويج المرأة الثيب، فليس للولي تزويج الثيب إلا بإذنها[4].
فإن كانت الثيب صغيرة؛ لم تُزوج حتى تبلغ لأن إذن الصغيرة غير معتبر، وبالتالي إمتنُع تزويجها إلى البلوغ، وتزوج الثيب البالغة بصريح الإذن أي لا يكفي سكوتها[5].

والفرق بين البكر والثيب هو في حكم الإذن ونوعه، فالبكر يستحب إستئذانها وإذنها صماتها، والثيب يجب إستئذانها بصريح الإذن.

أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة[6].

رابعاً: أقسام الولاية عند الحنابلة

يقسم الحنابلة الولاية في عقد الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار و ولاية إختيار[7].

تثبت ولاية الإجبار عند الحنابلة للأب، ووصييه، ثم الحاكم وهنا نجدهم قد وافقوا المالكية في هذا، ولا تثبت للجد وسائر الأولياء وذلك عند تزويج الصغيرة فقط[8].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص191 .

[2] أقصد "بعدمه " أي عدم وجود الأب .

[3] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص191 .

[4] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص191 .

[5] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 194.

[6] وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 192.

[7] وهبة زحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص 192.

[8] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص195.

أما ولاية الإختيار عند الحنابلة فتثبت لسائر الأولياء عند تزويج إمرأة حرة مكلفة أي كبيرة بالغة؛ ثيبا كانت أو بكراً بإذنها وإذنها الصمت، وإذن الثيب الكلام، ويرى الحانبلة أن البنت التي بلغت تسع سنين فأكثر فلسائر الأولياء تزويجها بإذنها أي لها إذن صريح معتبر[1].

وكخلاصة نجد أن الأحناف قسموا الولاية إلى ولاية إجبار و ولاية إختيار أو كما سموها ولاية إستحباب أما المالكية فقسموا الولاية إلى ولاية عامة و ولاية خاصة، في حين نجد الشافعية قسموها كذلك إلى ولاية إجبار و ولاية إختيار ويتفق معهم في ذلك الحنابلة كذلك.

لكن ما يجب التنبيه له هو أن كل ولي مجبر عند الحنفية و المجبر عند المالكية والحنابلة هو الأب ووصيه والحاكم والمجبر عند الشافعية هو الأب والجد فقط عند عدم الأب، ويستحب إستئذان البنت البكر عند المالكية والشافعية، ولا إذن للصغيرة بحالٍ عند الحنابلة، وليس عندهم للحاكم ولسائر الأولياء تزويج بنت دون تسع سنوات[2].

الفرع الثاني: أقسام الولاية في قانون الأسرة الجزائري

لقد ميز المشرع الجزائري بين الولاية بالنسبة للبنت القاصر و الولاية بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة فبالرجوع إلى قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ومن خلال المواد 11 و 12 و 13 من هذا القانون نجد أن هناك نوعان من الولاية في غقد الزواج وهما: ولاية الإجبار و ولاية الإختيار.

فولاية الإجبار تتجلى في قوله حسب نص المادة 11 من قانون 11/84 والتي تنص على: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها ..."، ونص المادة 12 من نفس القانون والتي تنص على: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا غبت فيه وكان أصلح لها ...".

إذن بالرجوع إلى المادتين نجد أن الولي له ولاية إجبا في التزويج وذلك لأنه هو من يتولى زواج المرأة من جهة ، ومن جهة أخرى إذا لم يكن الزوج كفئاً لهذه المرأة فللولي الحق في معارضة هذا الزواج وذلك حسب نص المادة من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري أما ولاية الإختيار فتتجلة في نص المادة13 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: " لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، و لايجوز له أن

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 195.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 193.

يزوجها بدون موافقتها"".وهذا نص صريح و واضح بأن زواج المرأة البالغة العاقلة لا يتم عن طريق الإجبار بل من الضروري الأخذ برأيها وموافقتها وبالتالي هي شريكة في رأي نكاحها.

أمّا في قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد ألغى ولاية الإجبار وأصبحت هناك ولاية وحيدة وهي ولاية الإختيار فقط وذلك حسب نصوص المواد 11 و 13 من هذا القانون فحسب المادة 11 من قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد همش دور الولي في النكاح وأصبح حضور شكلياً فقط دون أي إعتبار لرأيه في مجلس العقد، لأن المادة تنص على: "تعقد المرأة الراشدة زواجهابحضور وليها وهو أبوها أو ... أو أي شخص آخر تختاره وكذلك بالنسبة للقاصر فنص المادة 13 من قانون 09/05 واضح وصريحإذ تنص على أنه: " يجوز للولي، أيا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"

المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد النكاح

إن المشرع الجزائري ومن خلال دراستنا لقانون الأسرة الجزائري نجده قد أحجم عن وضع نص لتحديد الشروط الواجب توفرها في شخص الولي الذي يتولى عقد النكاح، وعند سكوت المشرع الجزائري على ذلك يجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة لضبط الشروط التي يجب أن تتوفر في الولي الذي يتولى هذا العقد ومن خلال المادة 222 قانون الأسرة الجزائري يتحتم علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية و ما حدده فقهاءها من شروط للولاية في عقد الزواج.

إذن فلقد اشترط أهل العلم أو فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي شروط عدة، بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه.

يقول عبد الله بن أحمد بن قدامة: يشترط في الولي ثمانية شروط: 1/العقل، 2/الحرية، 3/الذكورية[1]، 4/البلوغ، 5/اتفاق الدين،6 /العدالة، 7/التعصيب (أو ما يقوم مقامه فلا تثبت الولاية لغيرهم كالأخ من الأم والخال وسائر من عدا العصبات لأن الولاية تثبت لحفظ النسب)، 8/عدم من هو أولى منه (فلا تثبت الولاية للأبعد مع حضور الأقرب الذي اجتمعت الشروط فيه)[2].

[1] عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، دار هجر ــ الجيزة ــ مصر، ط 1، 1997، ج 4، ص229 .

[2] بن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ج 4، ص 231 .

الفرع الأول: الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي

اتفق الفقهاء على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي:[1]

أولا: كمال الأهلية: و يكون ذلك بالبلوغ والعقل و الحرية.

1/ البلوغ: فلا ولاية للصغير، لأن الولي يراد لطلب الحظِّ للمرأة، والصبي لا معرفة له في طلب الخط[2]، وقد اشترط البلوغ في الولي أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي و إسحاق و أبو ثور، وهو قول لأحمد، وعن أحمد رواية أخرى أنه "إن بلغ عشرا زَوّج وتزوج وطلّقَ"، والأول هو القول الصحيح الذي عليه الفتوى عند الحنابلة، لأن الصبي كما يقول إبن قدامى:" يحتاج إلى ولاية القصور، فلا تثبت له الولاية في حق غيره"[3].

2/ العقل: إذن فلا ولاية لمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو نحوهما [4]، أيضا يقول ابن قدامة: "من لا عقل عنده لا يستطيع أن يراعي مصلحة نفسه، فكيف يمكنه أن يراعي مصلحة غيره "[5].

يقول محمد كمال الدين إمام: "لا ولاية للمجنون والمعتوه ومن في حكمهما لقصور العقل " [6].

3/ الحرية: هذا الشرط لا مكان له في عصرنا بعد إلغاء الرق[7].

فلا تكون للرقيق ولاية على غيره لأن الولاية تتطلب كمال الحال، و أما للرقيق فإنه مشغول بخدمة مولاه، فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره[8]، و ممن قالوا بعدم ولاية الرقيق فقد عللوا أقوالهم بأن العبد العبد لا ولاية له على نفسه، فعدم ولايته على غيره أولى[9].

ثانيا: إتفاق دين الولي و المولي عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم[10].

---

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 197. و محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 125 .

[2] يحي بن أبي الخير الشافعي، المرجع السابق، ج 9، ص 169 .

[3] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص158 .

[4] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، دار القلم ــ دمشق ــ سوريا، ط 1، 1998، ج1، ص422 .

[5] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص158 .

[6] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 125 .

[7] محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، ص 125 .

[8] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 198 .

[9] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص160 .

[10] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 192 .

يقول تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[1]

وقوله سبحانه وتعالى : ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[2]

وقوله تعالى: ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[3]

و لحديث المصطفى: "الإسلام يعلوا ولا يُعلى"، و السبب في إشتراط إتحاد الدين هو إتحاد وجهة النظر في تحقيق المصلحة، لأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر المسلم بإذلال من جهة الكافر[4].

فقول: "لا ولاية لكافر على مسلمة و عكسه ولا لنصراني على مجوسية وعكسه، لو كانت ابنته، لأنه لا توارث بينهما".

يستثنى من ذلك السلطان، فله أن يتزوج بولايته العامة كافرة لا ولي لها[5]. وقول: "لا ولاية لغير مسلم على مسلم و لا للمسلم على غير المسلم"، يستثنى من ذلك الإمام أو نائبه، لأن له الولاية العامة على جميع المسلمين[6].

فعند الحنابلة والحنفية لا يُزوج كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم: يُزوج الكافر الكافرة، سواء كان زوج الكافرة كافرا أو مسلما، وقال المالكية: يُزوج الكافرة الكتابية مسلم، ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر[7].

إذن فالإسلام شرط لا بد من تحققه في من تجوز له الولاية، قال ابن قدامة : "أم الكافر فلا ولاية على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم" وقال إبن المنذر:"أجمع عامة ممن نحفظ عنه من أهل العلم على هذا" وقال الإمام أحمد: "بلغنا أنّ عليّاً أجاز نكاح الأخ وردّ نكاح الأب، وكان نصرانيا"، والسبب في عدم صحة ولاية الكافرــ كما يقول الكاساني ــ "أنّ الشرع قطع ولاية الكافر على المسلمين"[8].

ويرى الجعفرية أن غير المسلم لا ولاية له على المسلم و أجازوا ولاية المسلم على غير المسلم[9].

---

[1] التوبة، الأية 71 .

[2] الأنفال، الآية 73 .

[3] النساء، الآية 141 .

[4] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 198 .

[5] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج1، ص 422 .

[6] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 198 .

[7] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 196 .

[8] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص158 .

[9] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 256 .

الفرع الثاني: الشروط المختلف على وجوب توفرها في الولي

أولا: الذكورة

هي شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى[1].

وقال الحنفية: ليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريق الولاية أو الوكالة [2].

وهناك من يقول: "أنّ المرأة لا تتولى إنكاح نفسها، فإنكاح غيرها أولى" [3].

ثانيا: العدالة

وهي استقامة الدين، بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر كالزنا والخمر وعقوق الوالدين ونحوها، وعدم الإصرار على الصغائر وهي شرط عند الشافعية وعند الحنابلة[4].

قال أحمد: أصح شيء في هذا قول ابن عباس: "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"[5].

و أهل العلم اختلفوا في اشتراطها في الولي، فذهب أكثرهم إلى عدم اشتراطها، وهو قول أبي حنيفة والمشهور من مذهب مالك[6]، ودليل من قالوا بأن الفاسق[7] ولي في النكاح بكل حال وهو قول مالك وأبي حنيفة رحمهما الله، هو قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ ﴾[8] وهذا الخطاب للأولياء، ولم يفرق بين العدل والفاسق[9].

إذن فالذين اشترطوا العدالة نظروا للمعنى، فقالوا: لا يُؤمَنُ مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفء.

---

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 198 .

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 196 .

[3] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج 1، ص 422 .

[4] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 199 .

[5] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج 1، ص 422 .

[6] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 160 .

[7] الفاسق عكس العدل .

[8] النور، الآية 32 .

[9] يحي بن أبي الخير الشافعي، ، المرجع السابق، ج 9، ص170 .

والذين لم يشترطوها قالوا: إن الحالة التي يختار الولي الكفء لموليته غير حالة العدالة، وهي خوف لحاق العار بهم، وهذه هي موجودة بالطبع[1].

و يستثنى من شرط العدالة: السلطان فهو يزوج من لا ولي لها، فلا تشترط عدالته للحاجة، والسيد يزوج أمته، فلا تشترط عدالته، لأنه تصرف في أمته كإيجارها ونحوه[2].

والخلاصة أن الفسق لا يمنع وجود الشفقة لدى الولي و بالتالي عدم رعاية مصلحة موليته، ولأن حق الولاية عام، ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده مُنِع من التزويج بسبب فسقه، وهذا الرأي هو الراجح، لأن حديث ابن عباس ضعيف ولأن "المرشد" ليس معناه "العدل" بل هو الذي يرشد غيره إلى وجود المصلحة، والفاسق أهل لذلك[3].

وفي ترجيح هذا الرأي يقول: عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام:"و ولاية النكاح لا تشترط فيها العدالة على قول، لأن العدالة إنما شرطت في الولايات لنزع الولي عن التقصير و الخيانة وطبع الولي في النكاح يبعده عن التقصير والخيانة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عاراً عليه وعليها، وطبعه يبعده عما يدخله على نفسه و موليته من الأضرار والعار"[4].

والجعفرية يوافقون أصحاب هذا الرأي في ولاية الأب والجد لا تشترط العدالة فيهما لكنهم شرطوها في الحاكم والوصي[5].

ثالثا : الرشد

ومعنى الرشد في هذا الموضوع: "هو المعرفة بالكفء ومصالح النكاح، وليس حفظ المال، فإن الرشد في كل مقام بحسبه[6]. وهذا معناه عند الحنابلة[7].

ومعناه عند الشافعية: هو عدم التبذير أي عدم تبذير المال[8].

---

[1] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 160 .

[2] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 199 .

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 197 .

[4] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص257 .

[5] محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص257 .

[6] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج 1، ص423 .

[7] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 197 .

[8] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 199 .

و الرشد شرط عند الشافعية على المذهب و الحنابلة في ثبوت الولاية، لأن لمحجور عليه بسفهٍ لا يلي أمر نفسه في الزواج، فلا يلي أمر غيره، فإن لم يكن السفيه محجوراً عليه جاز له تزويج غيره على المعتمد عند الشافعية[1].

و قال الحنفية والمالكية : ليس الرشد بمعنى حُسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره، لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن مُوليّته، وبإذن وليّه[2].

فإن زوّج ابنته بغير إذن وليّه، ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإن كان صوابا أبقاه و إلا ردّه، فإن لم ينظر فهو ماضٍ.

أضاف المالكية شرطين آخرين هما:

أولا: خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة: فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح [3].

ثانيا: عدم الإكراه: فعند المالكية لا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح بل هو عام في جميع العقود الشرعية[4].

و كخلاصة؛ يمكننا أن نقول أن شروط الولي عند المالكية هي سبعة:

1/الذكورة، 2/الحرية، 3/البلوغ، 4/العقل، 5/الإسلام "في المرأة المسلمة"، 6/ الخلو من الإحرام 7/ عدم الإكراه [5].

إذن فشرطي: العدالة و الرشد غير معتبرين عند المالكية.

و أيضا عند الحنابلة والشافعية؛ الشروط سبعة و هي:

1/الحرية، 2/الذكورة، 3/ اتحاد الدين بين الولي والمولي عليها، 4/البلوغ ، 5/ العقل، 6/العدالة، 7/الرشد [6].

ملاحظة

الرشد عند الحنابلة معرفة الكفء و مصالح النكاح وليس حفظ المال.

لأن رُشدَ كلُ مقام بحَسَبه، وعند الشافعية هو عدم تبذير المال كما سبق شرحه في شرط الرشد.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 8، ص 199 .

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 198 .

[3] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص 198 .

[4] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص 198 .

[5] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي و القضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 200 .

[6] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 200 .

وعند الحنيفة؛ الشروط هي أربعة: [1]

1- العقل 2- البلوغ 3- الحرية 4- اتحاد الدين.

وعند الحنفية ليست العدالة والرشد وخُلُوُ الولي من الإحرام بحج أو عمرة وعدم الإكراه بشروط معتبرة يجب توفرها من الشخص الولـــي وكذلك شرط الذكورة.

هناك أيضا من يضيف إلي الشروط السابقة ما يلي:[2]

- أن لا يكون الولي محجورا عليه لسفه.
- أن لا يكون مختل النظر أي أعمى.

ففي ما يخص شرط عدم السفه، فإذا كان سفيها و لكن ذا رأي وعقل فإن سفهه لا يخرجه عَن الولاية[3].

ولا يشترط من الولي أن يكون متكلما، بل يكفي الأخرس بشرط أن تفهم إشارته[4].

ملاحظة

ولاية العبد: إتفق الجمهور على منع ولاية العبد وجَوَّزَها أبو حنيفة[5]، ولا يشترط في الولاية البصر لأن شُعَيباَ عليه السلام زوَّج موسى عليه السلام لابنته وهو أعمى من أهل الرّواية و الشهادة فكان من أهل الولاية كالبصير[6].

لكن نجد أن الشافعية وبعض المالكية اشترطوا في الولي عدم اختلال النظر لِهرَم أو خَبَلٌ جَبَلي أو عارضٍ، وسلامته من الأسقام و الآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة[7].

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 8، ص 200 .

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص22 .

[3] عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه ، ج 4، ص25 .

[4] محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج 1، ص423 . و ابن قدامة، المرجع السابق، ج4، ص233.

[5] القرطبي "ابن رشد"، المرجع السابق، ج2، ص15 .

[6] ابن قدامة، المرجع السابق، ج 4، ص233 .

[7] محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ــ عمان ــ الأردن، ط 3، 2010، ص 54 .

الفصل الثاني

حكم الولي في عقد الزواج فقها وقانونا

الفصل الثاني: حكم الولي في عقد الزواج فقها وقانونا

في هذا الفصل من هذه الدراسة سأحاول أن أتطرق للولاية في عقد الزواج في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، الذي يُعتبر محل نقاش واسع وجدلٍ في الفقه والقانون، فأثيرحولها عدة تساؤلات منذ القِدم ولا يزال يطرحها إلى يومنا هذا وأهم هذه التساؤلات هو ما مدى سلطة الولي على المولى عليها في تزويجها؟ وما حكم تزويج المرأة نفسها أو بدون إذن وليها وما هي حدود وظيفة هذا الولي وأثر تخلفه؟

للإجابة عن هذه التساؤلات قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين :

المبحث الأول: حكم الولي في زواج كل من البنت القاصرة و المرأة البالغة العاقلة.

المبحث الثاني: ترتيب الأولياء وحدود وظيفة الولي وأثر تخلفه.

المبحث الأول: حكم الولي في زواج كل من البنت القاصرة والمرأة البالغة العاقلة

لقد قُمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، أخذت في المطلب الأول رأي الفقه الاسلامي في مسألة الولي في عقد الزواج وكذلك موقف المشرع الجزائري من ذلك وفي المطلب الثاني أخذت فيه ترتيب الأولياء وحدود وظيفتهم وأثر تخلف الولي.

المطلب الأول: حكم الولاية في النكاح على البنت القاصرة

قبل دراسة موقع الولي في قانون الأسرة الجزائري يجدر بنا معرفة مذاهب الفقهاء من هذه المسألة باعتبار أن القانون مستمد من الشريعة الإسلامية ويفترض في المشرع الجزائري عند وضع القانون إطلاعه على هذه المذاهب الفقهية واستلهام القواعد القانونية منها، فما موقع الولي عند الفقهاء؟ وما المذهب الذي استقى منه المشرع الرأي في مسألة الولي في عقد الزواج؟

إن البنت الصغيرة أو القاصر هي التي لم تبلغ درجة البلوغ ويجب أن نفرق بين حالتين تكون عليهما البنت الصغيرة وهما:

1/ البكر الصغيرة ، 2/ الثيب الصغيرة.

جاء في لسان العرب أن: البكر هي العذراء والمصدر "البكارة" بفتح الباء.

والبكر من النساء هي التي لم يقربها رجل[1].

أما الثيب فهي التي تزوجت وفارقت زوجها" بعد أن مسها " بطلاق أو بوفاة.[2]

إذن فالبكر الصغيرة هي: التي العذراء التي لم تصل إلى درجة البلوغ.

أما الثيب الصغيرة فهي: التي تزوجت ثم مات عنها زوجها أو طلقها ولم تصل بعد إلى درجة البلوغ[3] لكن زالت بكارتها، ولا يهم النكاح صحيحا أو فاسدا أو زالت بفعل الزنا.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، مادة بكر، ج 1، ص 334.

[2] ابن منظور، المرجع نفسه، مادة ثيب، ج 1، ص 525.

[3] العربي بختي، المرجع السابق، ص 28 .

الفرع الأول: الولاية في النكاح على البكر الصغيرة

يقول ابن رشد: "واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت: أن رسول الله صلى الله عيه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ستٍ أو سبعٍ"[1].

(فعن عائشة رضي الله عنها:" أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ستٍّ سنين، وأُدخلت عليه وهي بنتُ تِسع سنين ومكثت عنده تسعا" متفق عليه وفي رواية: "تزوجها وهي بنت سبع سنين، وزُفت إليه وهي بنت تسع سنين" رواه أحمد ومسلم)[2]. إذْ لم تكن في سن يعتبر فيها إذنها وليس لها الخيار إذا بلغت[3].

والقول الراجح عند الفقهاء هو جواز تزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، ولا خلاف بين الفقهاء أيضا في أن ولاية الإجبار تثبت على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز كما أنها تثبت على ناقص الأهلية كالصغير المميز والصغيرة المميزة، فإذا زوَّج من سبق ذكرهم مَنْ لَهُ ولاية الإجبار من الكفء وبمهر المِثل كان الزواج صحيحاً وإن كَرِهَ الصغير الزواج وامتنع[4].

والسرُّ في إجماع أهل العلم على جواز تزويج الأولياء للصغير، عائدٌ إلى قوة النصوص الدالة على صحة هذا التوجه، ومن هذه الأدلة قوله تعالى:" واللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيض مِن نِسَائِكُم إِنِ ارْتَبْتُم فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَة أَشْهُر واللَّائِي لَم يَحِضْنَ..."[5]

و وجه الدلالة هنا: أنهُ جعل اللائي لم يحِضْن؛ عدتهن ثلاثة أشهر ولا تكون العدة إلاّ من طلاق في

---

[1] القرطبي "ابن رشد"، المرجع السابق، ج2، ص 8 .

[2] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، باب ما جاء في الإجبار والإستئمار، حديث رقم 2660، ص 140 .

[3] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 404 .

[4] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 47 .

[5] الطلاق، الآية 4 .

نكاح أو فسخ فدل ذلك على إنما تُزَوج وتُطلق ولا إذن لها.[1]

وقد عقد البخاري باباً قال فيه: "باب إنكاح الرجل ولده الصغار" وذكر تحته الآية التي استشهد بها، ثم قال: "فجعل عدتها ثلاثة أشهر قبل البلوغ "[2].

فإن قيل: هذه الآية في النساء اللواتي بلغن سنّ الرشد ولم يحضن، فالجواب: أنّ الآية شاملة للنوعين، للبالغة التي لم تحض وللصغيرة التي لم تحض[3].

قال النووي رحمه الله في تزويج عائشة: "أجمع المسلمون على جواز تزويجه (أي أبا بكر) بنته البكر الصغيرة، لهذا الحديث "[4].

و أمّا ما حُكِيَ عن ابن شِبرمة من أنّ تزويج النبيّ صلى الله عليه وسلم عائشة وهي صغيرة من خصائصه، فأُجِيبْ عنه بأنّ دعوى الخصُوصية خِلاف الأصل، ولا دليل عليها هنا[5].

أيضاً أنّ علي بن أبي طالب زوَّج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب[6].

وقد نقل جَمعٌ من أهلِ التحقيق والعلم بالخلاف إجماع أهل العِلم على تزويج الولي الصغير والصغيرة، ومن هؤلاء إبن المنذر وإبن قدامة، و إبن حجر[7].

لكن بالمقابل يجب أن نشير هنا إلى رأي لبعض الفقهاء السابقين الذين لا يُجيزون تزويج البكر الصغيرة.

---

[1] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 47 .

[2] العسقلاني، فتح الباري، ج 9، كتاب النكاح، ص 108 .

[3] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 123 .

[4] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 381 .

[5] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ج 1، ص 382 . و عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 125 .

[6] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 47 .

[7] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 121 .

فهناك رأي عثمان اليمني، وابن شِبرمة وأب بكر الأصَمْ، فقد قالوا إن ولاية الإجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط، فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير، لأن الصِغَر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج.[1]

يقول أبو زهرة: "إذاً لا ثمرة في العقد قبل البلوغ، لأنه عقد لا تظهر ثمراته قبل البلوغ، وفي إثباته قبله ضرر بالصغير، لأنه لا يستفيد من العقد، ويبلغ فيجد نفسه مكبلاً بقيود الزوجية وهو عقد يستمر في أصل شرعته مدى الحياة.[2]

إذاً فالذين لم يُجيزوا تزويج الولي للصغيرة لا يجوز أن توضع أقوالهم في مصاف العلماء الأفذاذ الذين يُعتد بِخِلافهم، فممن قال بذلك أبو بكر الأصم من فقهاء المعتزلة، وخلاف المعتزلة لا يعتد به عند العلماء أهل السنة حال إتفاق أهل السنة على القول، ولم يُعرف عن واحدٍ من أهل السنة أنه قال بعدم جواز تزويج الصغيرة إلاّ قول إبن شِبْرمة، خاصةً وأن مذهب إبن شِبْرمة لم يُهذب ولم يُحقق.[3]

فلقد نُقل عن إبن شِبْرمة – فيما حكاه إبن حجر– أنه منع تزويج من لا تصلح للوطء، ولم بمنع تزويج الصغيرة[4].

إذاً فكما سبق وأن قلنا أن تزويج البكر الصغيرة جائزٌ بإجماع الفقهاء لكن هناك إختلاف بينهم في عِلَّة الولاية على الصغيرة:

- فقال الشافعي ومالك وأحمد على قولٍ، إن العِلّة هي البكارة[5] أي الولاية ثابتة بالبكارة فالولاية يمتد إلى ما بعد البلوغ مادامت لا تزال بكراً.
- أمّا أبو حنيفة وأصحابه فيرون أنّ عِلّة الولاية في الصغيرة هي الصِغَر.[6]

---

[1] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 109 .

[2] أبو زهرة، المرجع السابق، ص 109 .

[3] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 121 .

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 122 .

[5] أبو زهرة، المرجع السابق، ص 110 .

[6] أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 110 .

فعند أبو حنيفة الصِغر هو سبب العجز والعجز هو سبب وجود الولاية، فتنتهي الولاية عندهم بالبلوغ.

الآن هناك شروط يجب أن تتوفر لجواز تزويج الولي الصغير، هذه الشروط وضعها أهل العلم نُوجزها في ما يلي:[1]

1/ أن يكون الولي هو الأب دون سائر الأولياء: وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي وأبو عُبيد والثوري و ابن أبي ليلى و أضاف الشافعي الجد إلى الأب، لأنّ وفرة شفقتهما واستقامة رأيهما يجعل العقد متمحضاً لمصلحة الصغيرة.[2]

وذهب أبو حنيفة و أحمد في رواية و جماعة من الفقهاء إلى أنّ لجميع الأولياء الحق في تزويج الصغير أو الصغيرة من الكفء وبمهر المثل[3].

وذهب آخرون منهم الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة و إبن شِبْرمة والأوزاعي إلى أنه يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخيارإذا بلغت[4].

ولعل أقوى حُجة لمن منع غير الأب من الأولياء تزويج الصغار أنّ الأب تامُ الشفقة على أولاده، ونظره في مصالحهم في غاية القوة، ولا يطعن في شفقته ولا في نظره وليس ذلك لغير الأب، وإن كان الجد قريباً منه.

2/ صلاحية الصغير والصغيرة للزواج: وهذا إذا حدث دخول بعد الزواج، أمّا الاقتصار على العقد فقط دون دخول فلا مشكلة فيه، إذن فيجب أن تكون صالحة للمعاشرة الجنسية وكل ما يتعلق بالحياة الزوجية.

3/ يشترط أن يكون الزوج كُفأ غير معيب: فالكفاءة شرط مهم في الزوج، إذ لا مصلحة للصغيرة في الزواج مع عدم وجود الكفاءة، فيقول إبن قُدامة " لا يحل تزويجها من غير كفء ولا من معيب، لأن

---

[1] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 123 .

[2] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 50 .

[3] محمود علي السرطاوي، المرجع نفسه، ص 51 .

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 123 .

الله تعالى أقام الولي مقامها ناظرا لها فيما فيه الحظ، ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها،فلا يجوز له فعل ما لاحظ لها فيه كما في مالها، ولأنه إذا حرّم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه، ففي نفسها أولى"[1].

4/ تزويجها بمهر المثل: فلا يحق للولي أن يبخس مهرها ويقلل من قيمته حسب ما هو معتاد في قيمة المهر أثناء فترة تزويجها، أي لا يقل عن مهر المثل حسب رأي أبو حنيفة وأحمد وجماعة من الفقهاء، كما سبق توضيحه.

5/ وجود المصلحة من الزواج لهذه البكرالصغيرة:إذ لابد أن تكون هذه المصلحة بينة وواضحة ومشروعة في هذا الزواج، فقد يكون لهذه البنت ميل واضح للرجال فخوفا من ضياعها كان من الأولى لوليها أن يقوم بتزويجها، وهذا حماية لها وصيانة لشرفها.

6/ ألا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة: ويقصد من تزويجها الانتقام منها أوالتخلص منها.

7/ ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم.

الفرع الثاني: الولاية في النكاح على الثيب الصغيرة

ذهب جمهور الفقهاء (مالك و أبو حنيفة و بعض الحنابلة) إلى أن للأب إجبارها على الزواج، وذلك لأنها صغيرة، وعلة الولاية ضعف العقل، وعدم إدراك المصلحة في التصرفات وقد توفرت هذه العلة فيها فجاز إجبارها كالصغيرة البكر[2].

واستثنى الشافعية الثيب الصغيرة، فلا إجبار عليها لأن علة ثبوت ولاية الإجبار عندهم هي البكارة فقط، وهذه العلة لا تتحقق في الثيب الصغيرة، وحكمها عندهم لا تزوج حتى تبلغ وتأذن لوليها في زواجها[3] لحديث المصطفى عليه الصلاة والسلام: " الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن

[1] عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 124 .

[2] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 48 .

[3] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 209 .

في نفسها، و إذنها صماتها" رواه الجماعة إلا البخاري[1]. ورُد عليهم بأن المراد من الثيب هنا البالغة العاقلة.[2]

والملاحظ أن القول في تزويج الثيب الصغيرة هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة في كل ما سبق تقريبا إلا أن للشافعية وإبن حزم الظاهري وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين وذلك فيما يلي:[3]

- الشافعية يرون أن الثيب الصغيرة لا يزوجها أب ولا غيره حتى تبلغ فيزوجها وليها بإذنها، وهذا بخلاف ما تقدم عنهم في البكر الصغيرة، حيث للأب والجد ــ دون غيرهماــ تزوجها بدون إذنها ولا خيار لها إذا بلغت، وكذلك مذهب إبن حزم في المسألتين، إلا أن الجد عنده كسائر الأولياء، وهذا يخالف فيه الشافعية.
- الحنابلة لهم في الثيب الصغيرة ثلاث أوجه[4]:

1/ أن للأب ووصيه تزويجها كالبكر الصغيرة.
2/ أنه لا يزوجها أحد كمذهب الشافعية وإبن حزم[5].
3/ التفصيل بين من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز تزويجها.

الترجيح:

نقصد هنا بالقاصرة بكرا كانت أو ثيبا، إذاً فلا نستطيع كباحثين منصفين أن نخالف النصوص الصريحة والواضحة التي تُجيز تزويج الصغار بصفة عامة والصغيرة بصفة خاصة، كما لا يحق لنا أن نقول ما يخالف ما ذهب إليه علماء أهل السنة والجماعة، إلا أنني وحسب رأيي كباحث أنه لابد أن تؤخذ الشروط السابقة الذكر في حكم زواج البكر الصغيرة بعين الاعتبار سواء تعلق الأمر بتزويج البكر الصغيرة أو بتزويج الثيب الصغيرة، لأن هذه الشروط تضيق هذا النوع من الزواج إن لم نقل تحصره في أضيق الحدود، فلا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب تزويج الصغار بصفة عامة

---

[1] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، حديث رقم 2661، ص 141 .

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 209 .

[3] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 424 .

[4] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ج 1، ص 424 .

[5] ذهب بعض الحنابلة إلى أنه لا يجوز تزويجهما بدون إذنها كمذهب الشافعية .

والصغيرة بصفة خاصة، إلا بشرط أن يكون الزوج كفؤا و للصغيرة مصلحة بينة و واضحة في هذا الزواج، و في حال وجب الدخول بها يجب النظر بعين الإعتبار إلى مقدرتها للمعاشرة الجنسية و كل ما يتعلق بالحياة الزوجية، ولا يحبذ إجبار القاصرة على الزواج إذا كانت كارهة له لئلّا يوقعها في أسر الزواج و هي كارهة له وخاصة أنه في الغالب لا نجد حاجة أو مصلحة للصغيرة في الزواج.

و بهذا لا يكون فرق في صحة تزويج الصغيرة بين بكر و ثيب[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في ولاية النكاح على البنت القاصر

بالرجوع الى المادة 2/7 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه: "تكتمل أهلية ...، والمرأة بتمام 18 سنة"، ثم عدل هذا السن، فأصبحت المادة 1/7 من القانون09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، تنص على:"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، أي وحد المشرع سن الزواج بين الرجل والمرأة وجعله 19 سنة، وفي كل الأحوال يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل هذا السن اذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة، لكن أضاف المشرع في التعديل الجديد لهذه المادة شرط جديد يجب توفره وذلك في قوله: "متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" ، وحتما التقدير هنا يكون للقاضي لأنه هو المانح للترخيص، والقدرة هنا ليست من الناحية الجنسية فقط، بل من ناحية تحمل أعباء الحياة الزوجية في مجملها كذلك .

أيضا نجد أن المشرع قد ألح على شرط الأهلية وذلك من خلال المادة 9 مكرر، من القانون 09/05 والتي تشترط عدة شروط يجب أن تتوفر في عقد الزواج، فأول هذه الشروط هي الأهلية .

فالملاحظ أن المشرع الجزائري ذكرها مرتين من خلال المادة 7 و المادة 9 مكررمن القانون 09/05 .

أيضا المشرع الجزائري جعل الولاية على القصربداية للأب لأنه أكثرالأولياء شفقة وحنانا على أبنائه القصر ثم أحد الأقارب الأولين، وفي الأخيروعند انعدام هؤلاء تعود الى القاضي (م 2/11) من القانون 09/05 .

[1] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ج 1، ص 427 .

كذلك نهى المشرع الجزائري عن جبر القاصرة عن الزواج اذا لم تكن راغبة فيه، ولا يجوز للولي أن يزوجها بدون موافقتها، وذلك بنص صريح في المادة 13 من القانون 09/05 .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد قد ألغى ما كان يعرف بولاية الاجبار، سواء على البنت القاصرة ــ ثيبا أو بكرا ــ و كذلك على البكر البالغة .

المطلب الثاني: الولاية في النكاح على المرأة البالغة العاقلة

الفرع الأول: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في الفقه الإسلامي

إختلف الفقهاء في ولاية المرأة لنفسها في عقد زواجها بعبارتها إذا كانت بالغة عاقلة إلى ثلاث مذاهب:[1]

المذهب الأول: هو مذهب جمهور الفقهاء و أهل العلم و منهم المالكية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية و الإمامية و الظاهرية و الإباضية و رواية عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة.

يرون باشتراط الولي في تزويج المرأة البالغة العاقلة و لا فرق في ذلك بين البكر والثيب[2].

و أيضا لا يجوز و لا يصح ولايتها عقد نكاح نفسها أو غيرها بنفسها، لا في الإيجاب و لا في القبول، حيث لا يصح العقد بعبارتها فإن عقدته كان النكاح باطلا لبطلان عقده، و للمرأة مهرها إن دخل الزوج بها لِمَا استحل من فرجها[3].

إذاً فعند جمهور الفقهاء لا يصح النكاح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها و لا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت حتى و لو كانت بالغة و عاقلة رشيدة لا يصح النكاح.

و هذا رأي كثير من الصحابة كإبن عمر و علي و ابن مسعود و ابن عباس و أبي هريرة و عائشة رضي الله عنهم، و إليه ذهب سعيد بن المسيب و الحسن و عمر بن عبد العزيز و جابر بن زيد

---

[1] نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، دار الشروق ــ القاهرة ــ مصر، ط 1، 2002، ص 27 .

[2] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 129 .

[3] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 27 .

والثوري و ابن أبي ليلى و إبن شِبْرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري وإسحاق و أبو عبيدة رحمهم الله تعالى.[1]

أدلة هذا المذهب: أتناول فيها الأدلة من القرآن الكريم و من السنة الشريفة و من المعقول.

I) من القرآن الكريم

يقول المولى عز و جل: ﴿و انْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ أمائِكُم﴾[2].

و يقول تعالى : ﴿و لَا تَنْكِحُوا المُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[3].

إن وجه الإحتجاج بالآيتين، أن الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال و لم يخاطب به النساء، فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء مُوَالِّياتِكُم للمشركين[4]، فهذا يدل على أنه حق للأولياء لا يتولاه غيرهم.

و كلمة الأيم في الآية الأولى يدل على إسم لإمرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً[5].

و كذلك قوله تعالى: ﴿و إذا طَلَّقْتُمِ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إذا تَرَاضَوا بَيْنَهُم بِالمَعْرُوفِ ذَلِك يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنْكُم يُؤْمِنُ بالله و اليَوْمِ الآخِرِ ذَلِك أَزْكَى لَكُم وَأَطْهَر وَ الله يَعْلَمُ وَ أَنْتُم لَا تَعْلَمُون﴾[6]، و وجه الإحتجاج بهذه الآية أن الخطاب موجه للأولياء و لو لم يكن لهم حق في الولاية لما نُهُوا عن العضل[7].

قال معقل بن يسار: "كانت لي أخت تخطب و أمنعها الناس، حتى خطب إلي ابن عمٍّ لي فأنكحتها فاصطحبها ما شاء الله، ثم إنه طلقها طلاقا له فيه رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، ثم خطبت إلي فأتاني يخطبها مع الخُطَّابِ فقلت له: خطبت إليَّ فَمَنعْتَها الناس فآثرتك بها، ثم طلقت

---

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج8، ص 197 .

[2] النور، الآية 32 .

[3] البقرة، الآية 221 .

[4] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 399 .

[5] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259 .

[6] البقرة، الآية 232 .

[7] القرطبي"ابن رشد" ، المرجع السابق، ج 2، ص 12 . و العوايشة، المرجع السابق، ج 5، ص 133 .

طلاقا لك فيه رجعة، فلما خطبت إليّ أتيتني تخطبها مع الخُطَّاب، والله لا أُنْكِحُهَا أبداً[1]، قال ففِيَّ نزلت هذه الآية : ﴿وإذا طَلَّقْتُمِ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ..... ﴾. وأضاف يقول: "فكفرت عن يميني و أنكحتها إياه"[2]

و كذلك هنالك دليل آخر في قوله تعالى: ﴿و إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمُسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُم إِلّا أَن يَعْفُونَ أو يَعْفُوا الذِّي بِيَدِهِ عُقْدَة النِّكَاحِ وَ أَن تَعْفُوا أَقْربُ لِلتّقْوَى و لَا تَنْسَوْا الفَضْلَ بَيْنَكُم إنّ الله بِمَا تَعْمَلُون بَصِير﴾[3].

و وجه الإحتجاج بهذه الآية هو قوله سبحانه و تعالى في أول الآية: ﴿و إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمُسُّوهُنَّ.... ﴾ فذكر الأزواج وخاطبهم بهذا الخطاب، ثم قال: ﴿ إِلّا أَن يَعْفُونَ... ﴾ فذكر النساء، ﴿أو يَعْفُوا الذِّي بِيَدِهِ عُقْدَة النِّكَاحِ... ﴾ فهو ثالث، فلا يُرد إلى الزوج المتقدم إلا لو لم يكن لغيره وجود، و قد وجد، و هو الولي، فهو المراد، و ذكره إبن العربي[4].

II) من السُّنـــة

هناك عدة أحاديث نبوية استدل بها الجمهور في هذا الباب و منها الحديث الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها..." رواه أحمد و أبو داود وابن ماجة والترمذي و قال: حديث حسن، و قال القرطبي: حديث صحيح[5].

و لقد أورد محمد بن علي بن محمد الشوكاني في كتابه نيل الأوطار باب سماه باب "لا نكاح إلا بولي" و كذلك نجد في فتح الباري للعسقلاني باب "لا نكاح إلا بولي" وعن أبي موسى عن النبي

---

[1] أي لا أُنْكِحُها لَك .

[2] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 70 .

[3] البقرة، الآية 237 .

[4] محمد بن احمد القرطبي، المرجع السابق، ج4، ص 172 .

[5] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 400 .

صلى الله عليه وسلم قال:"لا نكاح إلا بولي"[1] وبقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل".[2]

و كذلك ما رواه ابن ماجة عن أبي هريرة قال: قال الرسول صلى الله عليه و سلم:"لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[3].

و عن عكرمة بن خالد قال: جمعت الطريق ركبا، فجعلتِ إمرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير وليٍّ فأنكحها، فبلغ ذلك عمر، فجلد الناكح و المنكحة وردَّ نكاحها، ــ رواه الشافعي والدار قطني ــ و عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير وليّ من علي، كان يضرب فيه ــ رواه الدار قطني ــ[4].

III) من المعقــول:

ان الزواج من العقود الهامة وان المرأة لا خبرة لها بالرجال، و ان عاطفتها المتأججة، قد توقعها في زوج غير كفؤ، فلا ينبغي أن تترك لعواطفها و عدم خبرتها خاصة و أن الزواج لا ينصرف أثره إليها وحدها، بل يمتد إلى أسرتها مما يجعل المصاهرة تأخذ حكم القرابة، فعقد الزواج عقد دائم ذو مقاصد متعددة من تكوين أسرة و تحقيق طمأنينة واستقرار و غيرها، و الرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة أقدر على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن مصلحتها تفويض العقد لوليها دونها[5].

و بما أن الزواج هوعقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر و يترتب عليه آثار خطيرة فالمصلحة تقضي بالحذر و الحيطة فيه فيحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال و معرفة من يصلح زوجا و من لا يصلح، و لا يتوفر ذلك إلا في الولي من الرجال، لأن المرأة مع قلة خبرتها بأحوال الرجال سريعة

---

[1] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، باب "لا نكاح إلا بولي"، حديث رقم 2657، ص 138 .

[2] محمد كمال الدين أمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 261 .

[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259 .

[4] الشوكاني، المرجع السابق، ج 4، ص 138 .

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص 197 .

التأثر و الإنخداع فتنساق وراء العاطفة دون نظر للمستقبل[1]، فلذلك سلبت الولاية في عقد الزواج لخطره من المرأة و جُعلت لوليها لتحصيل مقاصد الزواج على الوجه الأكمل.

إذاً فمن خلال ما سبق بيانه في أدلة الجمهور من المنقول "القرآن الكريم أو السنة المطهرة" أو كان من المعقول، فيمكننا القول أن ما ورد في الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة هو واضح الدلالة على أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة بنفسها يكون باطلا فلا بد وأن يباشره الولي نيابة عنها و أيضا لا يصح للمرأة أن تتولى عقد الزواج لا بالأصالة عن نفسها ولا بالنيابة عن غيرها أو بعبارة أصح عن أمرأة أخرى، فإن تولته كان باطلا و شُبه ذلك بالزنا، وبالتالي الولي ركن ركين في عقد النكاح.

المذهب الثاني: هو مذهب أبي حنيفة و أبي يوسف في ظاهر الرواية،[2] و محمد بن الحسن فيما روي عنه في آخر حياته، و هو مذهب الإمامية الإثني عشرية[3]، فإنهم يرون أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها، و يكون زواجها صحيحا نافذا و لازما، إذا كان الزوج كفؤا و بمهر المثل، ولا تتوقف صحة الزواج على إذن وليها.[4] و ذهب أبو حنيفة و زخر و الشعبي و الزهري إلى عدم اشتراطه، والولي في النكاح عندهم مندوب إليه، وليس شرط.[5]

فهم يرون كذلك أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بالأصالة عن نفسها يكون صحيحا و نافذا و لازما طالما لم يكن لها ولي عاصب، فإذا كان لها ولي عاصب اشترط لعقد زواجها أن تزوج من كفؤ لها و بمهر المثل، فإن تزوجت من غير كفؤ لها أو بأقل من مهر مثلها كان للولي حق الإعتراض على هذا الزواج و المطالبة بفسخه ما لم يظهر عليها حمل.[6]

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259 .

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 196 .

[3] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 27 .

[4] نصر فريد واصل، المرجع نفسه، ص 27 .

[5] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 129 .

[6] محمد كمال الدين أمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 262 .

و يسقط حقه أي الولي في الإعتراض بالسكوت، و بالولادة و الحمل الظاهر رعاية لحق الولد، والمفتى به أن المرأة إذا تزوجت بغير كفؤ، وقع العقد فاسدا، فلو رضي الولي بعد العقد لا ينقلب العقد صحيحا.[1]

أدلة هذا المذهب: أتناول فيها الأدلة من القرآن الكريم و من السنة المطهرة و كذلك من المعقول.

I) من القرآن الكريم

استدل أصحاب هذا المذهب بالعديد من الآيات الكريمة و منها قوله تعالى: ﴿وإذا طَلَّقْتُمِ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ....﴾[2] و الملاحظ هنا أن أصحاب هذا المذهب استدلوا بنفس النص الذي استدل به الفريق الأول، و الإستدلال بهذه الآية من وجهين، أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، و الثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع من نكاحهن أنفسهن أزواجهن إذا تراضى الزوجان.[3]

و كذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيرَهُ...﴾[4]

فقد أضاف النكاح إليها وهذا يفيد أنه يتصور النكاح منها وأنه جائز لأنه جعله غاية للحرمة ومنهيا لها.[5]

و منه قوله تعالى أيضا: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَن يَتَراجَعَا...﴾[6] فقد أضاف التراجع و هو التناكح إليهما من غير ذكر الولي.[7]

---

[1] محمد كمال الدين أمام، المرجع السابق، ص 123 .

[2] البقرة، الآية 232 .

[3] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 137 .

[4] البقرة، الآية 230 .

[5] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 260 .

[6] البقرة، الآية 230 .

[7] محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 260 .

و هناك دليل آخر في قوله تعالى: ﴿و الذين يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ و يَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشراً فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالمَعْروفِ والله بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِير﴾[1]

قال أبو بكر الجصاص: و من دلائل القرآن على ذلك (أي على تزويج المرأة نفسها) قوله تعالى: ﴿فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالمَعْروفِ...﴾، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي.[2]

أيضا استدلوا بقوله تعالى: ﴿...وَ امْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَها لِلنّبِي إِن أَرَادَ النّبِي أَن يَسْتَنْكِحَها خَالِصَةً لَكَ مِن دونِ المُؤْمِنِين...﴾[3]

فقالوا: إن في هذه الآية الكريمة دليلا على أن انعقاد النكاح بعبارة المرأة، بل قيل إنها نص في ذلك، و ذلك والله أعلم أن هذه المرأة لو لم تملك إنكاح نفسها لم تملك هبته بغير أمر من يملكه، و ظاهر أن الآية الكريمة أن هبتها للنبي صلى الله عليه و سلم لم يتوقف على أمر وليها.[4]

II) من السنـــة

فأما الدليل من السنة على إنكاح المرأة نفسها، فقد استدلوا بجملة من الأحاديث فمنها ما يلي:

عن ابن عباس–رضي الله عنهما– أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:"الأيم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستإذن في نفسها و إذنها صماتها" رواه الجماعة (مالك و أحمد و مسلم والأربعة، والدرامي و ابن الجارود و الطحاوي و الدارقطني و البيهقي)[5] إلا البخاري.[6]

---

[1] البقرة، الآية 230 .

[2] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 159 .

[3] الأحزاب، الآية 50 .

[4] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 165 .

[5] عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ج 1، ص 167 .

[6] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، حديث رقم 2661، ص 141 .

فقالوا إن الأيم في هذا الحديث إسم لإمرأة لا زوج لها، بكرا كانت أم ثيبا، فدل على أن للمرأة الحق في تولي العقد.[1]و هذا الحديث استدل به دأود الظاهري على عدم وجوب الولي في النكاح المرأة الثيب و وجوبه في البكر.[2]

و عن أبي هريرة–رضي الله عنه– أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستإذن"، قالوا يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال: "أن تسكت".[3]

و هناك في رواية " ليس للولي مع الثيب أمر"[4] رواه أبو داود والنسائي، فهذا الحديث جعل الحق للثيب في نفسها و نفى أن يكون لوليها أمر فيما يتعلق بزواجها، غير أن البكر نظرا لغلبة الحياء عليها اكتفى منها في الدلالة على رضاؤها بالسكوت لأن حيائها يمنعها من التصريح، و إذا كان رضاؤها شرطا لكي يكون العقد صحيحا في باب أولى إذا باشرت العقد بنفسها أن يكون العقد صحيحا طالما تزوجت من كفؤ لها و بمهر مثلها،[5] و ليس للولي حق الإعتراض عليها، أما جار العكس فكان للولي حق الاعتراض عليها مراعاة لما قد يلحقه من الضرر.

و استدلوا أيضا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما، أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع بي خسيسته وأنا له كارهة فقال لها:"أجيزي ما صنع أبوك"، فقالت لا رغبة لي فيما صنع أبي، قال:"فإذهبي فانكحي ما شئت"، فقالت لا رغبة لي عمّا صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء،[6] وهذا وهذا دليل على أن الأمر في النكاح لهنَّ. و الحديث مذكور في نيل الأوطار: فعن ابن عباس: "أن

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 196 .

[2] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 138 .

[3] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 403 .

[4] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 141 .

[5] محمد كمال الدين أمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 263 .

[6] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 31 .

جارية بكراً أتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت أن أباها زوجها و هي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه و سلم" رواه أحمد و أبو دأود وابن ماجة و الدارقطني.[1]

و احتجوا كذلك بفعل عائشة، فقد زوجت بنت أخيها عبد الرحمان من المنذر بن الزبير لكن هناك قول على هذا الإحتجاج للكاساني في بدائع الصنائع فيقول:"إذا كان مذهبا في هذا الباب هذا القول فكيف تروي حديثا لا تعمل به، و نقصد حديث: "أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل".[2]

كما استدلوا بحديث خنساء بنت خذام الأنصارية، أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فردَّ نكاحها.[3]

III) من المعقــول

فهم يرون أن للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع و إيجار و رهن وغيرها من العقود، فتكون أهلاً لمباشرة زواجها بنفسها، لأن التصرف حقٌّ خالص لها.[4]

إذاً فهم قاسوا ولاية المرأة في التصرف في مالها من خلال العقود المتعلقة به على ولايتها في تزويج نفسها طالما كانت بالغة عاقلة ورشيدة، فأنا أرى أن عقد الزواج ليس كباقي العقود الأخرى فهو عقد ذوطبيعة خاصة فهو ميثاق غليظ وعقد أبدي يمتاز بالديمومة وقد يترتب عليه آثار خطيرة، و هم يرون كذلك أن عقد الزواج له مقاصد أصلية وأخرى تبعية، فالأصلية تخص المرأة نفسها كالمعاشرة والنفقة وغيرهما، والتبعية هي ما تخص الأولياء من حسن المصاهرة كالكفاءة، والأصل أن العقود يتولاها من يختص بمقاصدها، الأصلية و أن يكتفي في صاحب المقاصد التبعية أن يعطى حق الإعتراض على العقد إذا لم تراعى هذه المقاصد.[5]

---

[1] الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، حديث رقم 2667، ص 142 .

[2] علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، ط 2، 1986،ج2، ص 249.

[3] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 32 .

[4] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص 196 .

[5] محمد كمال الدين أمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 264 .

و من جهة أخرى يرون أن نفسها مملوكة لها و هي عاقلة و بالغة و أجمع الفقهاء على أهليتها في أن تتصرف في أموالها، فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي التي ستتزوج و ليس وليها، فمن حقها أن تختار الرجل الذي تسلمه نفسها وتلتزم بطاعته.[1]

إذاً فمن خلال ما سبق ذكره و بالرجوع إلى الآية الكريمة التي قال فيها المولى عز و جل: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالمَعْروفِ...﴾[2] نجد أن الله سبحانه و تعالى أضاف النكاح و الفعل إلى النساء، و ذلك يدل صراحة على صحة عبارتهن و نفإذها في عقد النكاح، لأنه سبحانه وتعالى أضافه إليهن على سبيل الإستقلال حيث لم يذكر معهن غيرهن[3]، وبالتالي لا جناح على الأولياء في ذلك إذا عقدت المرأة نكاحها من كفؤ و بمهر المثل.

و لأن عقد النكاح عقد على خالص منافعها المتعلقة بالعقد[4]، فهذه الأمور لا يشاركها فيها أحد إلا الزوج، فكان الحق لها و له أي الزوج، فصح منها معه الإيجاب والقبول، و هذا هو صورة العقد وركنه الركين أو ركنه الأصلي و هو الصيغة.[5]

و لعل الزوجة فيما يتعلق بحقها من مقاصد الزواج هي أولى الناس وأدرى بمصلحتها فيها من وليها، وهذا قد لا يتحقق إلا إذا جعلناها شريكة لوليها في ولاية الزواج عنها، لأن لعقد النكاح مقاصد شرعية أغلبها يرجع إلى الزوجين ولا يشاركهما فيها أحد. ومن ثم منع الشرع إكراه المرأة بكرا كانت أو ثيبا على الزواج و إجبارها على من لا رغبة لها فيه، و جعل العقد عليها قبل استئذانها غير صحيح.[6]

المذهب الثالث: و هو قول محمد بن الحسن، و المشهور عنه في المذهب: أن العقد الذي تعقده المرأة لنفسها في زواجها موقوف على إذن وليها، و كذا لو عقد وليها بدون إذنها يكون موقوفا في صحته

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 260 .

[2] البقرة، الآية 234 .

[3] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 32 .

[4] مهر ونفقة واستمتاع و دخول وغيرها من الحقوق .

[5] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 32 .

[6] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 403 .

على إذنها، فإن إذن كل منهما صح العقد و إذا تخلف في العقد إذن أحدهما، ظهر أن العقد انعقد غير صحيح من الأصل فيجب الحكم بفساده و إبطاله، و يحرم به الدخول و يفرق بينهما بعد الدخول، ولها المهر بما استحل من فرجها.[1]

استدل الإمام محمد بن الحسن بأدلة المذهبين السابقين و وفق بينهما فيرى أن نكاح الحرة البالغة العاقلة بنفسها موقوف على إذن وليها فإن أجازه صح العقد و إن لم يجزه لا يصح العقد إذا لم يكن عاضلاً لها، فإن كان عاضلا لها رجع الأمر إلى الحاكم إن أجازه صح و إن لم يجزه بطل.[2]

فمن خلال ما سبق نجده قد أخذ بأدلة الجمهور وذلك بأن نكاحها موقوف على إذن وليها إلا أنه قد جعله موقوفا كذلك على الإجازة[3] و ذلك بالرجوع لأحاديث المذهب الثاني التي استدل بها أبو حنيفة و التي تجعل للمرأة أن تزوج نفسها.

و يشهد لذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما الذي سبق و أن ذكرناه في أدلة المذهب الثاني وهو: "أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: "يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ..... وأنا كارهة" فقال: لها: "أجيزي ما صنع لأبوك"، و هذا حديث صريح في أن صحة العقد متوقفة على إجازتها، و لهذا وجب التوفيق بين الأدلة.[4]

فالملاحظ على هذا المذهب أنه مذهب وسطي أراد صاحبه التوفيق والجمع بين الرأيين أو المذهبين السابقين، و ذهب إلى هذا الرأي كذلك الفقيه أبو ثور.[5]

الترجيح: إن الزواج حق مشترك بين المرأة و وليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداءاً، بل لا بد من اشتراكهما فيه و ذلك برضائهما معاً.

---

[1] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 28 .

[2] نصر فريد واصل، المرجع نفسه، ص 34 .

[3] جعل عقد النكاح موقوفا على إجازة المرأة و الأخذ برأيها في الزواج .

[4] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 34 .

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2010، ص 40 .

و لكن حسب رأيي فإني أرجح رأي الجمهور في ذلك لأن آيات الكتاب العزيز أظهر في الدلالة على إشتراط الولاية في عقد النكاح منها على غيره، فقد جاء الأمر والنهي والحصر، فيما جاء في أدلة الجمهور من آيات كريمة، خطابا للأولياء دون النساء و أقصد بهذا ما يلي:

- فالأمر يتجلى في قوله سبحانه و تعالى: ﴿و انْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ ....﴾[1]
- أما النهي ففي قوله تعالى: ﴿و لَا تُنكِحُوا المُشرِكِينَ حَتَّى يُؤمِنُوا...﴾[2] وكذلك في قوله سبحانه وتعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ...﴾[3].
- أما الحصر فنجده في قوله سبحانه و تعالى: ﴿أو يَعْفُوا الذِّي بِيَدِهِ عُقْدَة النِّكَاحِ... ﴾[4] ففيما سبق بيانه نجد أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي و هو الذي يبرم هذا العقد.

لكن إذا نظرنا إلى ما استدل به أصحاب المذهب الذي يرى بإسقاط الولاية عليهن، سوى إسناد النكاح إليهن في بعض الآيات مثل قوله تعالى: ﴿...حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيرَهُ...﴾[5]، و قوله تعالى: ﴿...أن ينكحن أزواجهن...﴾[6]، وكذلك في قوله سبحانه عزوجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَن يَتَراجَعَا...﴾[7]، فلا يلزم من هذا الإسناد إستقلالهن به دون أوليائهن و بالمقابل لا مانع من هذا الإسناد الإسناد المذكور في الآيات الكريمة لتوقف عقد النكاح على رضائهن لأنهن محل النكاح و سببه.

أما من السنة فلكلٍّ دليله و هذا يدل على أن لكلٍّ منهما حقا فيما استدل به، ومهما يكن من خلاف في ولاية المرأة فإنه يجب على الولي أن يبدأ بأخذ رأي المرأة و يعرف رضاؤها قبل العقد، لأن الزواج كما سبق و قلنا عنه بأنه عقد دائم و شركة قائمة بين رجل و امرأة فلا يجب أن تحتم على زوج لم تكن راضية به.

---

[1] النور، الآية 32 .
[2] البقرة، الآية 221 .
[3] البقرة، الآية 232 .
[4] البقرة، الآية 237 .
[5] البقرة، الآية 230 .
[6] البقرة، الآية 232 .
[7] البقرة، الآية 230 .

فهنا نجد أن الشرع منع إكراه المرأة –بكراً كانت أو ثيباً– على الزواج، و إجبارها على من لا رغبة لها فيه و جعل العقد عليها قبل استئذانها غير صحيح، و لها الحق بالمطالبة بالفسخ، إبطالا لتصرفات الولي المستبد إذا عقد عليها[1]، لذا وجب استئذان المرأة قبل الزواج.

ولكن في المقابل أي شبهة أشد إيلاما للنفس من شبهة إنكاح المرأة نفسها بنكاح البغايا، كما صّح عن أبي هريرة رضي الله عنه قوله:" التي تنكح نفسح هي الزانية" وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير أولياء".[2]

ثم من ذا الذي ينشرح صدره لنكاح بدون ولي خاصة و نحن في مجتمع مسلم و محافظ و تحكمنا عادات و تقاليد تدعوا لخلاف ذلك.

و لذلك نرى أن النظر في الأدلة مجتمعة يمكن أن يؤدي إلى رأي وسط و هو أن عقد الزواج لا بد فيه من رضا المرأة و وليها، و متى تحقق رضاؤهما فأيهما باشر العقد صح الزواج فلا فرق بين الولي و المرأة الكاملة الأهلية، و الواقع أنه إذا رضي الولي والمرأة فإن الشيء الطبيعي أن يتولى الولي العقد، و مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها لا يحصل في العادة إلا في حالة النزاع بينها وبين وليها.[3]

الفرع الثاني: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في قانون الأسرة الجزائري

سأتعرض تحت طائلة هذا العنوان مسألة ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في قانون الأسرة الجزائري مبينا في ذلك موقف المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل لهذا القانون ومبينا كذلك الفرق بينهما و أي مذهب أخذ به المشرع الجزائري و هل وفق في ذلك.

ولبيان مواد القانون الخاصة بالولي في قانون الأسرة الجزائري، لا بد من بيان موقع الولي في القانون 11/84 و موقعه في القانون 09/05 لتسهل المقارنة بينهما.

---

[1] السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 403 .

[2] عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج 1، ص 267 .

[3] حُكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، عبد العظيم رمضان عبد الصادق، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة القرآن القرآن الكريم و العلوم الإسلامية، د م، عدد5، 2012، ص02 .

أولا: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في قانون الأسرة 11/84

- **المادة 09:** يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة، و شاهدين و صداق.
- **المادة 11:** يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له.
- **المادة 12:** لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يإذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت.
- **المادة 33:** إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.
- **المادة 13:** لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

بالرجوع إلى المواد 9، 11، 33 من القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 نجد أن الولي في قانون الأسرة الجزائري هو ركن من أركان العقد الأساسية و أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، و إنما الذي يزوجها هو وليها بتفويض منها، بمراعاة إذنها و رضاها، و هو ما ذهب إليه الفقه المالكي.[1]

فنجد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور، فنص بأنه لا تباشر المرأة عقد الزواج ولكن تفوض وليها (م 9، م 11 ق.أ.ج)، و أنه يجوز للولي أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها م 2/12 من قانون الأسرة الجزائري و هذا تماشيا مع التقاليد والأعراف الإجتماعية وأحكام الفقه المالكي[2]، ومن جهة أخرى و بالرجوع إلى المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري (قانون11/84) فهي تنص على ولاية الإجبار لا بالنسبة للصغار فحسب بل بالنسبة للفتاة البكر

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ــ كتاب الزواج و الطلاق ــ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2004، ج 1، ص 118 .

[2] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ج 1، ص 124 .

كذلك[1]، و بالتالي فالمشرع الجزائري في قانون 11/84 لم يجيز للمرأة البالغة العاقلة ولا لغيرها أن تزوج نفسها دون وليها و لكن أعطاها الحق في استئذانها و أخذ رأيها، أما العقد و انعقاده فهو من اختصاص الولي وليس من اختصاصها هي.

ثانيا: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في قانون الأسرة 09/05:[2]

- **المادة 09** (معدلة) ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.
- **المادة 09 مكرر** (جديدة) يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
  - أهلية الزواج
  - الصداق
  - الولـــي
  - شاهدان
  - إنعدام الموانع الشرعية للزواج.
- **المادة 11** (معدلة) تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقرابها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.
- **المادة 12** (ملغاة).
- **المادة 33:** (معدلة) يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ــ أحكام الزواج ــ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2010، ج 1، ص 237 .

[2] مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له ــ قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 ــ دار النجاح للكتاب، الجزائر، ط 1، 2005، ص 6، 7، 10 .

بالرجوع إلى المادة 9 مكرر (جديدة) من القانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري بين الطبيعة القانونية للولي من خلال هذه المادة فاعتبره شرط صحة بعد أن كان ينص عليه كركن في القانون 11/84.

إذن فبالرجوع إلى نص المادة 9 مكرر من قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا أن الولاية شرط صحة في عقد الزواج.[1]

أيضا لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/11 من القانون 09/05 " أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها..."، و ينص في الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، و يتولى زواج القاصرين أولياؤهم..."، أمام هذه النصوص القانونية لنا أن نطرح التساؤل التالي: هل شرط الولاية هو شرط جوهري أم شرط شكلي؟

إذن فمن خلال تحليل النصوص السابقة و مقارنتها بأحكام المذاهب الفقهية الإسلامية نجد أن المشرع الجزائري إختار أن يجمع بين المتناقضتين[2] فنص على أن المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها لكن بشرط حضور وليها أو أي شخص تختاره.[3]

ثم يطرح التساؤل التالي: ما الهدف من النص في الفقرة الثانية من المادة 33 المعدلة والتي تنص على أن "عقد الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده"، فهنا يحق لنا أن نقول أن المشرع الجزائري وقف من شرط الولي موقفاً متذبذباً إذ أن المشرع لم يقرر إلغاؤه نهائيا و في المقابل لم يقرر اشتراطه بصفة واضحة و جلية ولا تدع مجالا للشك فيها، أي اشترطه صراحةً. فهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن المشرع الجزائري تعرض إلى ضغوط من وجهات مختلفة فاختار أن يقف هذا الموقف الغامض.[4]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 250 .

[2] أي بين من عملوا على إلغاء وجود الولي من إبرام العقد من سياسيين و غيرهم و من أصروا على إبقاء شرط الولي كأمر واقع من فقهاء و بعض السياسيين .

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 42 .

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 47.

و إذا أردنا أن نبين الموقف المتذبذب للمشرع الجزائري أكثر، فما معنى أن تنص المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثم يقول بحضور وليها وبعد هنيهة يضيف أو أي شخص تختاره؟

أيضا ما فائدة هذا الحضور للولي إذا لم يكن له رأي مؤثر في انعقاد النكاح؟

فهذه المادة توحي و بقوة أن المشرع الجزائري جعل من شرط الولي شرطا شكليا وأنه بهذا الحكم خالف جميع المذاهب الفقهية الإسلامية، علما أنه اتضح لنا من قبل أن الحنفية يستحسنون شرط الولي، مع أنهم يجعلون له حق الإعتراض على الزواج ممن في ولايته إذا كان الزواج من غير كفؤ أو أنه كان بمهر بخس أي أقل من قيمة المهر المثل.

و من جانب آخر أرى أن الغموض الذي وقع فيه المشرع الجزائري سيزرع الفتنة والتفرقة والتقاطع داخل الأسر والعائلات، فحبذا لو أنه خرج بعض الشيء من هذا الغموض و أعطى صراحة للولي حق الإعتراض على تزويج المرأة البالغة العاقلة لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواجها مع غير كفؤ و بقيمة أقل من قيمة مهر المثل، حتى نستطيع أن نقول أنه ساير صراحة في هذا النص مذهب أبي حنيفة و له الحق في ذلك.

وعند قولي فيما سبق أنها "خرجت عن الطاعة" فأنا أرى أن من تجرأ على تزويج نفسها بدون وليها، فهذا ليس من بر الوالدين بأم عينه، خصوصا و نحن أمة مسلمة تحكمها عادات وتقاليد وشريعة غراء محافظة، و في المقابل نجد في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري قد نصت على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

لكن و للأسف كما سبق و أن قلناه أن المشرع الجزائري بهذا التعديل قد خالف جميع المذاهب الفقهية الإسلامية، و أراد تهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المسأواة بين طرفي العقد بغية تجسيد تعاليم حقوق الإنسان، بمنح المرأة نفس المركز القانوني في عقد الزواج، و لكن أخفق في ذلك، لأن

العدل و القسط لا يتحقق بالمسأواة أحيانا و خاصة إذا علمنا أن طبيعة المرأة تختلف اختلافا بيّنا مع طبيعة الرجل خلقا و فسيولوجيا و كل له تأثيره و مؤثراته.[1]

و في الأخير يمكننا أن نقول أن مسألة الولي في قانون 11/84، أخذ المشرع برأي الجمهور فجعل الولاية ركنا و الولي كامل الولاية، في حين نجد التعديل في القانون 09/05 جعله شرطا في المادة 9 منه، و في المادة 11 المعدلة أعطاه مجرد الحضور في الفقرة الأولى، وبالتالي لا يجوز له عضلها[2] عن الزواج.

---

[1] حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، جامعة ابو بكر بلقايد " تلمسان"، 2010/2009، مذكرة ماجستير.

[2] **عضل الولي و حكمه:** 1/ العضل: هو منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك، و رغب كل واحد منهما في صاحبه، و العضل ممنوع شرعا (وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 214) و هو يعد تعنتا و ظلما من غير وجه مصلحة ولقد نهى المولى عز و جل جميع الأولياء عن العضل بقوله: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن.." (البقرة الآية 232) .

2/ حكمه في الفقه اتفق العلماء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته، و يظلمها بمنعها عن الزواج إذا أراد أن يتزوجها كفؤ و بمهر مثلها فإذا منعها في هذه الحالة كان من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزوجها، و لا تنتقل الولاية في هذه الحالة إلى ولي آخر يلي هذا الولي الظالم، بل تنتقل إلى القاضي مباشرة لأن العضل ظلم، و رفع الظلم موكول إلى القاضي (سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 410) .

و إذا عضل الولي تنتقل الولاية عند الأمام أحمد إلى الأبعد، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جنَّ، و لأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه (وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 216)، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم و قال الحنفية والمالكية و الشافعية و في رواية عن أحمد: إذا عضل الولي و لو كان مجبراً تنتقل الولاية للسلطان أي القاضي في وقتنا هذا و لا تنتقل للأبعد و ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم: «فإذا استجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له» وبالعضل خرج من أن يكون وليا، ويصبح ظالما (وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 8، ص 216) .

و كخلاصة: إذا ثبت عضل الولي، سواء كان مجبرا أو غير مجبر أمره القاضي بأن يتقي الله و يزوج المرأة فإن امتنع سقط حقه لتعديه و زوجها القاضي رغما عنه رفعا للظلم (عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 2، ص 568) .

حكمه في قانون الأسرة الجزائري: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 12 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري بأنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من نفس القانون و المتعلقة بأركان عقد الزواج، غير أنه يجور للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت (م 2/12 ق أ ج) (العربي بلحاج، المرجع السابق،ج 1،ط 3، 2004، ص 125) .

إذن فإذا كان اعتراضه غير عقلاني و بدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم حينئذ، والمعيار المتبع هنا هو مصلحة المرأة و رضاؤها .

و كذلك إذا تحققت الكفاءة و بذل الزوج صداق المثل، والمرأة راشدة فإن امتناع الولي يكون عضلاً (أي ظلماً)، يحق معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، و إلا يولّى هو (القاضي)، مباشرة عقد زواجها (م 2/11 و م 13) من القانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .(العربي بلحاج، المرجع السابق ،ج 1،ط 6، 2010، ص 245) .

وهو انحياز للمذهب الحنفي[1]، ليعود في الفقرة الثانية من نفس المادة و يخرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره حتى دون تقديم الأقارب على غيرهم و هو ما يفيد معنى " أو" فهي في اللغة للتخيير.[2]

[1] إنحازلنصف قول المذهب الحنفي لأنه لم يعطي للولي حق الإعتراض إذا كان الزواج من غير كفؤ و بقيمة أقل من مهر المثل.

[2] موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لأحكام السياسة الشرعية، فاتح الربيعي، دراسات قانونية، مركزالبصيرة، دار الخلدونية، القبة ــ الجزائر، العدد 05، 2009، ص 73 .

المبحث الثاني: ترتيب الأولياء و حدود وظيفة الولي و أثر تخلفه

لقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، أخذت في المطلب الأول ترتيب الأولياء، و المطلب الثاني أخذت فيه حدود وظيفة الولي و أثر تخلفه.

المطلب الأول: ترتيب الأولياء

الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

أولا: عند الحنفية[1]: تثبت الولاية عندهم للأقارب العصبات،[2] الأقرب فالأقرب لأن النكاح إلى العصبات كما روي عن علي رضي الله عنه، و ذلك على الترتيب الآتي: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم المعتق ثم الإمام و الحاكم، أي الترتيب بالتالي:

1-الإبن و و إبنه وإن نزل.
2-ثم الأب و الجد العصبي (الصحيح) و إن علا.
3-ثم الأخ الشقيق والأخ لأب و أبناؤهما و إن نزلوا.
4-ثم العم الشقيق و العم لأب و أبناؤهما و إن نزلوا.

ثم يأتي بعد هؤلاء المعتق ثم عصبته النسبية.

ثم السلطان أو القاضي لأن السلطان ولي من لا ولي له.

إذاً فإذا زوج الولي مرتبة ما، مع وجود من هو أقرب منه، كان العقد موقوفا على إجازة الأقرب، إلا أن يكون هذا الأقرب صغيراً أو مجنونا فينفذ عقد الولي الأبعد.[3]

و قال كذلك أبو حنيفة: لغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند عدم وجود العصبات أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبة فالولاية للام ثم أم الأب ثم أم الأم فإن لم يوجد أحد من الأصول انتقلت الولاية إلى الفروع على أن تقدم البنت على بنت الإبن لقربها، و تقدم

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 200 .

[2] العصبات هم الذكور الذين لا ينتسبون لقريبهم بواسطة انثى وحدها .

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 201 .

بنت الإبن على بنت البنت لقوة قرابتها. ثم يأتي الجد الرحمي (غير الصحيح): و هو أبو الأم، و أبو أم الأب، ثم الأخوال ثم الخالات و أولادهم.

فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام انتقلت الولاية إلى الحاكم و هو القاضي الآن.[1]

و إذا اجتمع في المجنونة أبوها و ابنها، فالولي في نكاحها ابنها في قول ابو حنفية و أبي يوسف لإن الإبن هو المقدم في العصوبة.

و يخالف الحنفية غيرهم أيضا عدم ثبوت ولاية التزويج للوصي لقول علي السابق: "النكاح إلى العصبات" و هو ليس من العصبات.[2]

ثانيا: عند المالكية : عند المالكية قولان حسب نوعية الولاية:

ا) ولاية الإختيار: فتثبت عندهم للبنوة ثم للأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة.[3]

فيكون الترتيب على النحو التالي[4]:

1-الإبن فإبنه و إن نزل.
2-ثم الأب
3-ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.
4-ثم الجد أبو الأب (و يلاحظ أنه جُعل في المرتبة الرابعة أما الحنفية فجعلوه في المرتبة الثانية بعد الأب).
5-ثم العم، ثم ابن العم، على أن يقدم الشقيق على غيره.
6-ثم أب الجد، ثم العم لأب فإبنه، ثم عم الجد فإبنه. و يقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة فإن تساوى إثنان في الرتبة و الفضل كإخوة كلهم علماء، قدم الحاكم إن وجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أُقرع بينهم.
7-ثم المولى الأعلى: و هو من أعتق المرأة، ثم عصبته.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 200 .

[2] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ج 8، ص 202 .

[3] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 8، ص 204 .

[4] أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 469.

8-ثم الكافل للمرأة غير العاصب: و هو من قام بتربية الفتاة و هي صغيرة إلى أن بلغت عنده، أو بلغت عشراً و لكن بشرطين:

أ) أن يكفلها مدة توجب الحنان و الشفقة عليها عادة، دون تحديد زمن معين.

ب)أن تكون الفتاة دنيئة لا شريفة، فإن كانت شريفة زوجها القاضي.

9-ثم الحاكم و القاضي.

10-ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين، ومنهم الخال و الجد من الأم و الأخ لأم، فلكل مسلم تزويج المرأة الشريفة أو الوضيعة بإذنها ورضاها لقوله تعالى: ﴿المُؤْمِنُونَ وَ المُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أولِيَاءُ بَعض﴾[1]

و إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب نفذ الزواج.[2]

و الوصي مقدم في إنكاح الأيتام على الأولياء، فهو خليفة الأب و وكيله، فأشبه حاله لو كان الأب حياً.[3]

والملاحظ أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة، و أن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد كما سبق و أن رأيناه، و يخالفون أيضا الفقهاء الآخرين في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، و كذلك بالولاية العامة بسبب الإسلام كما سبق و أن أشرنا إليه، و يتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة و العصوبة غير الأبناء و السلطنة.

II) ولاية الإجبار: عند المالكية في ولاية الإجبار تثبت لأحد الثلاثة بالترتيب الآتي:[4]

1/ السيد المالك و لو أنثى: فله أن يجبر أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بهما، فإن وقع ذلك يفسخ و إن طال.

2/ الأب: رشيدا كان أو سفيها ذا رأي فله تزويج البكر و لو بلغت من العمر ما بلغت، فله تزويج البكر جبرا عنها و لو بدون مهر المثل، أو من غير كفؤ، كأن يكون أقل حالاً منها أو قبيح المنظر.

---

[1] التوبة، الآية 71 .

[2] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق ، ج 8، ص 205 .

[3] محمد بن أحمد القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 470 .

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 201 .

لكن ليس للأب جبر ابنته إذا رشدَّها أو أطلق الحجر عنها أو أقامت سنة فأكثر في بيت زوجها بعد أن دخل بها ثم تأيمت و هي بكر فلا جبر للأب عنها. و أيضا ليس للأب الجبر إن زالت بكارة البنت بنكاح فاسد يدرأ الحد عنها لشبهة فإن لم يدرأ الحدّ عنها فله جبرها.

و للأب جبر البنت الثيب الصغيرة، إذ لا عبرة لثيوبتها في هذه الحالة مع صغرها، و بغض النظر إن زالت بكارتها بزواج أو بزناً أو بعارض كوثبة أو ضربة أو بأي شئ آخر.

و للأب جبر المجنونة جنوناً مطبقا و لو كانت ثيباً، أما التي تفيق أي جنونها متقطع فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيباً، فتزوج بإذنها و رضاها بعكس البكر فيجبرها و لا ينتظر إفاقتها.[1]

3/ الوصي: و هو وصي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاثة هي:

أ) أن يعين الأب للوصي الزوج و يحدد له كأن يقول له: زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها، أو أن يأمره بالزواج دون تحديد الزوج ولا أن يقول له إجبرها كأن يقول له زوِّجها أو زوجها ممن أحببت، أو أن يقول له أنت وصيٌّ على ابنتي.

ب)ألاَّ يقل المهر عن مهر المثل.

ت)ألا يكون الزوج فاسقا.

ثالثا: عند الحنابلة: عند الحنابلة هناك ولي مجبر و ولي غير مجبر.

فالولي المجبر: هو الأب ثم الوصي (أي وصي الأب بعد موته، ثم الحاكم عند الحاجة).

و الولي غير المُجبر: بقية الأقارب العصبات، الأقرب فالأقرب كالإرث.[2]

و ترتيب الأولياء هو: الأبوة، ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم المعتق ثم عصبته، ثم السلطان على النحو التالي:

1-الأب.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 202 .

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 31 .

2-ثم الجد أبو الأب و إن علا.

3-ثم الإبن و إبنه و إن نزل.

4-ثم الأخ الشقيق.

5-ثم الأخ لأب.

6-ثم أولاد الأخوة و إن نزلوا.

7-ثم العمومة ثم أولادهم و إن نزلوا، ثم عمومة الأب ثم بنوهم ثم أعمام أبي الجد ثم بنوهم وهكذا.[1]

8-ثم المعتق، ثم أقرب عصبته منه.

9-ثم السلطان.

و الملاحظ أن الأبوة تقدم على البنوة عند الحنابلة عكس الحنفية و المالكية فعندهم البنوة تقدم على الأبوة، و عند الإجتماع بطبيعة الحال يقدم الأقرب في الترتيب.

رابعا: عند الشافعية: عند الشافعية هناك أيضا ولي مجبر و ولي غير مجبر.

فالولي المجبر: هو الأب، و الجد و إن علا،و السيد. أما الولي غير المجبر: هو فهو الأب و الجد وباقي العصبات.[2] و ترتيب الأولياء في الولي غير المجبر يكون على النحو التالي:[3]

الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، ثم المعتق ثم السلطان أي كما يلي:

1-الأب ثم الجد أبو الأب ثم أبوه و إن علا.

2-ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم إبن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب و إن نزلوا.

3-ثم العم.

4-ثم سائر العصبة من القرابة كالإرث.

5-ثم المعتق، ثم عصبته بترتيب الإرث.

6-ثم السلطان.

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 31 .

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 31 .

[3] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق ، ج 8، ص 206 .

و الملاحظ أنه عند الشافعية لا تثبت الولاية للأبناء خلافاً للأئمة الثلاث و حسب رأيهم أنه لا مشاركة بينه و بينها في النسب، فهو ينتسب لأبيه و هي تنتسب لأبيها.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصت المادة 11 من القانون القديم رقم 11/84 على أنه "يتولّى زواج المرأة وليّها و هو أبوها فأحدُ أقاربها الأوّلين، و القاضي وليّ من لا وليّ له".

و الجدير بالملاحظة أن الترتيب يكون إجباريا على الأساس التالي، و حسب المادة 11 من قانون 11/84: فتكون الولاية للأب ثم الأقربون ثم القاضي، أي على النحو التالي:

1-قرابة الأبوة: الأب، والجد الصحيح و إن علا.
2-قرابة الأخوة: الأخ الشقيق و الأخ لأب و أبناؤهم و إن نزلوا.
3-قرابة العمومة: العم الشقيق، و العم لأب..... .

و الملاحظ أن هذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث، و إذا إنعدمت هذه القرابات فالكافل، و إلاَّ تؤول للقاضي حسب المادة 3/11 " والقاضي وليّ من لا وليّ له"، فلقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في الترتيب الذي جاء في المادة 11 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.[1]

بينما بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أصبح ترتيب الأولياء غير إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة حيث أصبحت المادة 11 من قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة تنص على: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها و هو أبُوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره.."، وهذا يُوحي لنا أن للمرأة البالغة العاقلة الحريّة التامة في إختيار من يحضر زواجها، لأن المشرع الجزائري كما سبق وقُلناه أنّه خرج و للأسف على جميع المذاهب الفقهية، بقوله: "أو أي شخص آخر تختاره.." و أداة " أو" التي إستعملها المشرع في المادّة هي للتخيير.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ط 3، 2004، ص 122 .

أما بالنسبة للبنت القاصر، ففي التعديل الجديد ومن خلال المادة 2/11 من قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، يجري عليها نفس الترتيب الذي سبق وأن رأيناه في المادة 11 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري لأنها نفسُها .

المطلب الثاني: حدود وظيفة الولي و أثر تخلفه

أتطرق في هذا المطلب إلى حدود وظيفة الولي و التي آخذ فيها إختصاصه الذي يختلف باختلاف آراء الفقهاء و كذالك أتطرق إلى أثر تخلف الولي و هو بدوره يختلف باختلاف آراء الفقهاء، و أُبيّن في كل فرع منهما موقف المشرع الجزائري من ذالك .

الفرع الأول: حدود وظيفة الولي

أولا: حدود وظيفة الولي في الفقه الاسلامي

I) إختصاص الوليّ عند الخفية: عند الحنفية يختص الأب و الجد و غيرهما من الأولياء (عند عدم وجودهما) بتزويج الصغيرة و ان لم ترضى بذالك سواء كانت بكرا أو ثيبا، و لكن إذا زوجها الاب أو الجد فلا خيار لها بعد بلوغها بتوافر شرطين هما[1]:

- ألا يكون معروفا بسوء الإختيار قبل العقد.
- ألا يكون سكران فيقضي عليه سكره بتزويجها بغير مهرالمثل أو بغير كفء.

ملاحظة: إذا لم يكن الأب أو الجد معروفا بسوء الإختيار قبل العقد ثم زوج الصغيرة من فاسق أو من غير كفء فإنه يصح و ليس لها إختيار بعد البلوغ، فإذا زوج بعد ذلك بنتا أخرى بهذه الصورة فإنه لا يصح و كان لها حق الإختيارعند البلوغ؛ إذ بزواج الأولى عرف بسوء الإختيار، أما إذا زوجها غير الأب و الجد فإن كان من غير كفء و بغير مهر المثل فإن النكاح لا يصح أصلا، وإن كان من كفء و بمهر المثل فإنه يصح و يكون لها حق خيار الفسخ عند البلوغ[2].

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 32 .

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص 33 .

أما البالغة – بكرا كانت أو ثيبا – فلا جبر عليها و لها أن تزوج نفسها بمن تشاء بشرط أن يكون كفئا، و إلا فللولي حق الإعتراض و طلب فسخ العقد و يستحب عند عامة الحنفية أن تستإذن المرأة البالغة العاقلة و ليها في الزواج سبق و أن أشرنا اليه.

II) إختصاص الولي عند المالكية: عند المالكية يختص الولي المجبر بجبر الصغيرة و المجنونة بالغة كانت أو ليست بالغة إذا كان جنونها مطبقا بكرا كانت أو ثيبا، أما إذا كانت ثيبا و كان جنونها متقطعا فلا تزوج إلا في حال إفاقتها بعد إستئذانها، يختص كذالك بجبر الكبيرة البالغة العاقلة إذا كانت بكرا، و يستثني من ذلك البكر المرشدة من الأب أو وصيه و يشترط على الولي أن لا يزوجهن لخصي أو عنين أو مجبوب أو رقيق أو عبد، فليس له جبر في هذه الحالة، و إن فعل كان للمجبورة خيار الفسخ[1]، أما الولي غير المجبر فيختص بتزويج من له الولاية عليها بإذنها و رضاها إن كانت كبيرة عاقلة – بكرا كانت أو ثيبا – فإن ذلك من علامة الرضا، إلا إذا قامت قرينة على أن البكاء من علامة الرفض، أما الثيب فإنها تبين باللّفظ عما في نفسها و يلحق بالثيب البكرالمرشدة[2]، و يلحق بها كذالك البكر التي زوجها ولي غير مجبر بغير إذنها ثم بلغها الخبر فرضيت فإنه لا بد من لفظها بأنها رضيت و هذا هو نكاح الفضولي، ويصح بشروط هي[3]:

- أن يقع العقد بالبلد التي تقطن به الزوجة .
- أن يبلغها الخبر عقب العقد أو قريبا منه .
- ألا يصرح الولي عند مباشرة العقد بأنه غير مإذون منها فإن صرح يفسخ اتفاقا.
- ألا ترده عند علمها فإن ردته ثم أجازته فإنه لا يصح.

III) إختصاص الولي عند الشافعية: يختص الولي المجبر بتزويج الصغيرة و البكر البالغة العاقلة بدون إستئذان و رضا[4] و لكن بتوافر سبعة شروط[5]:

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص35 .

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص36 .

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص36 .

[4] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص37 .

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج 7، ص182 .

- ألاّ يكون بينه – الولي – و بينها عداوة ظاهرة و كذالك بينها و بين الزوج.
- أن يزوجها من كفء.
- أن يزوجها بمهر مثلها.
- أن يكون من نقد البلد و أن يكون حالا.
- ألا يكون الزوج معسرا بالمهر.
- ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى أو شيخ هرم.
- ألا يكون قد وجب عليها الحج، فإنّ الزوج قد يمنعها من أدائه.

فمتى توافرت هذه الشروط كان للأب أو الجد إجبار البكر صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة و لكن يجب إستئذانها لتطييب خاطرها إذا كانت كبيرة، أمّا الولي غير المجبر[1] فليس له أن يزوج من له ولاية عليها الا بإذنها ورضاها[2].

IV) إختصاص الولي عند الحنابلة[3]: يختص الولي المجبر باجبار غير المكلفة وهي الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وهي من كانت دون تسع سنين، أما التي لها تسع سنين وكانت ثيبا فليس عليها جبر، ويختص أيضا بإجبار البكر البالغة عاقلة كانت أو مجنونة أما الثيب البالغة التي لها تسع سنوات فإنه لا يصح تزويجها بدون إذنها و رضاها، و علامة رضا البكر كما هو معروف هو سكوتها و رضا الثيب فلا يتحقق إلا بالكلام.

أمّا الولي غير المجبر فليس له أن يزوج من له عليها الولاية إلا بإذنها و رضاها إن كانت كبيرة عاقلة أو صغيرة تبلغ تسع سنوات، أما الصغيرة التي لها دون تسع سنوات فالحاكم هو ولي مجبر لها و له أن يزوجها، و يسري نفس الشيئ على المجنونة المطبقة أي حالها حال الصغيرة التي لها دون تسع سنوات .

---

[1] هو غير الأب والجد ممن تقدم ذكره من العصبات وذوي الولاء والسلطان .

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 37 .

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ج 4، ص 38 .

و على الولي غير المجبر أن يذكر عند الإستئذان إسم الزوج بالتعيين بأن يذكر اسمه و لقبه ومنصبه و نسبه لتكون على بصيرة في أمرها، فإذا ذكره لها مبهما لا يصح العقد، و لا يشترط ذكر المهر. هذا بإختصار إختصاص كل من الولي المجبر و غير المجبر عند المذاهب الأربعة و بقي أن نتطرق إلى إختصاصه عند المشرع الجزائري و بيان حدود و ظيفته.

ثانيا: حدود وظيفة الولي في قانون الأسرة الجزائري: يجب أن نميز بين ما جاء في قانون 11/84 وبين ما جاء في قانون 09/05 المتضمنين قانون الأسرة الجزائري.

I) إختصاص الولي في قانون 11/84 وحدود وظيفته: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 12ق.أج، بأنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 ق.أج، كما أنه لا يجوز له أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أيضا أن يزوجها بدون موافقتها (م 13 ق.أج)، غير أنه يجوز للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها (م 2/12 ق.أج)، و له أيضا تمثيل المرأة و مباشرة العقد نيابة في عرض شروطها و مطالبها (م9 وم11 ق.أج)، أيضا المشرع الجزائري أخذ بعدم جواز العقد على الصغار لعدم فائدته و هو ما تؤكده المادة 7 ق.أج، و لكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل السن القانوني له لمصلحة أو ضرورة (م2/7 ق.أج)، كما ركزالمشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة البالغة العاقلة بحيث جعلها ولاية إختيارية، تعتمد على إذنها و موافقتها، فالولي هو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها، و يكتب إسمه في عقد الزواج، و هو الذي يعبر عن إرادة و شروط الزوجة في مجلس العقد في حدود مهمته، و لقد إشترط القانون موافقة المرأة و عدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه، ممّا يحيط الولاية بسياج من الحماية و الرعاية و الحرية، بعيدا عن الضغط و الإجبار أو الإكراه[1]، فلا يجوز للولي أن يجبر إبنته البالغة العاقلة على الزواج إلا بإذنها و رضاها.

إذن و طبقا لقانون الأسرة الجزائري يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، إستنادا لنص المادتين 9 و 10 من ق أ ج، على أنْ يكون ذلك بموافقة الولي م11 و م13 من نفس القانون، وهذا

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ط3، 2004، ص 125 .

منطقي بطبيعة الحال، لأن الأب كما سبق و أن أشرنا إليه يعرف مصلحة إبنته أكثر منها فهو ينظر بعين العقل و القلب معاً بينما تنظر هي بعين العاطفة فقط، لكن إذا إمتنع الولي عن الموافقة أو كان إعتراضه غير عقلاني و بدون مبررا شرعي يكون هنا عاضلا و تنتقل الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم عنها.

II) إختصاص الولي في قانون 09/05/ وحدود وظيفته: بالرجوع الى نص المادة 9 من ق أ ج (المعدلة) نجد أن إنعقاد الزواج يكون بتبادل رضا الزوجين أي أنّ الرضا هو الركن الركين الوحيد لإنعقاد الزواج.

و بالتالي فإن الولي ليس من صلاحياته المعارضة في إبرام العقد، لأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها. م11 ق أ ج – (المعدلة)[1].

كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد أو في التي يشترطها الزوج وتقبلها هي (م 19 ق أ ج)، (معدلة).

أيضا و حسب المادة 13 ق أ ج (معدلة) فإنه لا يجوز للولي – أبا كان أو غيره– أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد ألغى ولاية الإجبار لا بالنسبة للصغار فحسب، بل حتى بالنسبة للفتاة البكر، و التي لا يجوز للولي تزويجها إلا برضاها و موافقتها و ذلك بإلغاء م12 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

أما فيما يتعلق بزواج الصغار عموما فقد حدّد القانون أهلية الزواج في المادة 7 ق أ ج (المعدلة)، وأنه لا يجوز قانوناً تزويج الصغار قبل بلوغهم السن القانوني وهو19 سنة إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة بعد موافقة وليّهم الشرعي (م11 ق أ ج) (معدلة).

فبالرجوع الى نص المادة 11 ق أ ج (معدلة) نجد أنّ حضور الولي في مجلس العقد إنّما هو حضور شكلي فقط لأنه لا رأي ولا دور له في هذا المجلس، و بالتالي ليس له الحق في الإعتراض وهو كما

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق، ج 1، ط6، 2010، ص 245 .

سبق و أن أشرنا إليه يُعدّ خروجاً صارخاً عن جميع المذاهب و هذا ما يعاب على المشرع الجزائري الذي بتعديله الجديد وقف من شرط الولي موقفاً متذبذباً، فلا هو ألغاه نهائياً ولا هو قرر إشتراطه صراحةً، وبهذا أرى أن المشرع الجزائري أراد تهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد، و لكن للأسف الشديد قد أخفق في ذلك كما سبق و أن أشرنا إليه.

الفرع الثاني:أثر تخلف الولي: هنا يجب أن نفرق بين حالتين هما:

- إمّا أن يتم العقد بدون أن يحضر الولي أصلاً، والولي موجود لكن مُغيّبْ عن مجلس العقد، فما هو مصير هذا العقد الذي تخلف عنه الولي.
- وإمّا أن يغيب الولي لسبب ما عن مجلس عقد النكاح و كان في النكاح مصلحة للمعنية بالزواج، فما هو الحل في هذه الحالة.

أولا: أثر تخلف الولي في الفقه الإسلامي:

I) حالة تَغْيِّيبْ الولي مع وجوده: هناك رأيين:

1/ رأي الجمهور: هو أنّ النكاح لا يصِّح إلاّ بولّي و لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليّها في تزويجها، فإن فعلت و لو كانت بالغة عاقلة لم يصّح النكاح و يقع باطلاً، و هو رأي كثير من الصحابة كإبن عمر و عليّ و إبنُ مسعود و إبنُ عباس و أبي هريرة و غيرهم[1]

2/ رأي أبو حنيفة و أبو يوسف في ظاهر الرّواية: ينفذ نكاح البالغة العاقلة بلا رضا الولي، فلها أن تتولى عقد نكاحها و نكاح غيرها، لكن إذا تولّت عقد نكاحها و كان لها وليّ عاصب، إشتُرِط لصّحة زواجها و لزومه أن يكون الزوج كفئاً، و ألاّ يقل المهر عن مهر المثل، فإن فعلت و كان الزوج غير كفءٍ أو بغير مهرالمثل فلوليّها حق الإعتراض على الزواج و يفسخه القاضي[2] كما سبق و أن فصّلنا فيه.

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلّته، المرجع السابق، ج7، ص 194 .
[2] وهبة الزحيلي،المرجع نفسه، ج7، ص 194 .

II) حالة غيبة الولي لسبب مشروع: هناك ثلاث آراء في غيبة الولي[1] :

الرأي الأول: و هو رأي الحنفية و الحنابلة: يرون بأنه إنْ غاب الولي غيبةً منقطعة و لم يوكل من يقوم بالتزويج، تنتقل الولاية لمن هو أبعد منه من العصبات، فلو غاب الأب فللجدّ تزويج المرأة دون الحاكم.

والغيبة المنقطعة في رأي الحنفية هي أن يكون في بلــدٍ لا تصل إليها القوافــل في السنة إلاّ مــرة واحدة، أمّا الحنابلة فتكون الغيبة المنقطعة عندهم فوق مسافة القصر(19 كلم) لأن من دون هذه المسافة يكون في حكم الحاضر.

الرأي الثاني: هو رأي المالكية: يُميّزون بين غيبة الولي المُجبر، و غيبة الولي غير المُجبر.

1. إذا كان الغائب هو الولي المُجبر كالأب أو الوصي: فالغيبة إما أن تكون قريبة أو بعيدة، فإنْ كانت الغيبة قريبة (عشرة أيام ذهابا) فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود و ذلك بشروط :

- أن تكون لها النفقة الكافية.
- لم يُخشى عليها من الفساد.
- أن تكون طريق العودة مأمونة .

و إلا زوجها القاضي .

أما إذا كانت الغيبة بعيدة (ثلاثة أشهر فأكثر) فهنا إذا كان يُرجى قدومه فلا تزوج المرأة حتى يعود، و إن لم يكن ممن يُرجى قدومه، فللقاضي دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إذا كانت بالغاً، و إن لم تكن بالغةً فلا تُزوج ما لم يُخاف عليها من الفساد، فإن خِيف فسادها، زوّجها و لو جبراً على المعتمد، سواءٌ أكانت بالغة أم غير بالغة حتى و لو كانت غيبة الولي قريبة.

[1] وهبة الزحيلي،المرجع نفسه، ج7، ص 217 .

2. و إذا كان الغائب هو الولي غير المُجبر كالأخ و الجد: إذا كانت الغيبة قريبة (ثلاثة أيام) و دعت إلى الزواج بكفءٍ، و أثبتت ما تدّعيه من الغيبة و المسافة و الكفاءة، زوّجها الحاكم دون الوليِّ الأبعد لأن الحاكم وكيل الغائب.

أما إذا كانت الغيبة دون (ثلاثة أيام) أرسل اليه الحاكم فإن حضر أو وَكّل أحداً عنه تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي.

لكن إذا كانت الغيبة أكثر من (ثلاثة أيام) فللقاضي أن يزوجها لأنه هو وكيل الغائب، و يرى المالكية أنه لو زوّجها الوليُّ الأبعدِ صحّ ذلك مع الكراهة.

الرأي الثالث: هو رأي الشافعية: إذا غاب الولي الأقرب نسباً بمسافة القصر(19 كلم) أو فوقها، ولا وكيل له حاضرٌ في البلد زوّجها السلطان أو نائبه، ولا يزوّجها الأبعد على الأصّح لأن الغائب وليٌّ والتزويج حقٌ له فإذا تعذّر إستيفاؤه منه ناب عنه الحاكم. أما إذا غاب دون مسافة القصر لا تزوج إلا بإذنه في الأصّح – لِقِصَرِ المسافة – فيحضُر أو يُوكل كما لو كان مقيما.

ملاحظة: بالنسبة للغيبة بسبب الأسرأوالفقد[1]: فإنّ المشهور لدى المالكية أنه و بسبب أسر الولي الأقرب أو فقده و لم يُعرف مكانه و لا خبره فإنه يزوجها الولي الأبعد و لا تنتقل الولاية للقاضي، من غير فرق بين الولي المُجبِر و غير المُجبِرٍ لأن الأسر و الفقدان هما بمنزلة الموت.

و كذالك قال الحنابلة فالأسير المحبوس عندهم حتى و لو كان في مسافة قريبة فهو كالبعيد، فتنتقل الولاية للأبعد.

ثانيا: أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري:

I) حالة تَغْيِّيبْ الولي مع وجوده: هنا يجب أن نميّز بين قانون 11/84 و قانون 09/05 المتضمنين قانون الأسرة الجزائري، إذْ نجد أن الولي في القانون 11/84 كان ركناً في عقد الزواج حسب المادة 9 منه، أما في قانون 09/05 فالركن الوحيد هو رضا الزوجين حسب المادة 9 منه (معدلة)، فأصبح الولي شرط صحة فقط حسب المادة 9 مكرر (جديدة) ق أ ج .

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 219 .

و بالتالي و بالرجوع إلى المادة 33 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على: "إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يُفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا إختل ركنٌ واحد. ويبطل إذا إختل أكثر من ركن واحد".

أي قبل الدخول يُفسخ العقد وإذا إختل أكثر من ركن فمصيره البطلان، أمّا بعد الدخول فيثبت بصداق المثل لكن بشرط أن يختّل ركنٌ واحد فقط.

و بالرجوع إلى المادة 33 من القانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على: "يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

II) حالة غيبة الولي لسبب مشروع: إن المشرع الجزائري لم يتّبع نهجا معينا في مسألة من هم أحق بهذه الولاية على أساس سِن المرأة الراغبة في الزواج بين ما إن كانت بالغة أو قاصرة[1].

إذن و بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه:" يتولى زواج المرأة و ليُّها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

إذن فالمشرع الجزائري هنا بدأ بالأب و إذا غاب فتنتقل لأقاربها الأولين و إنْ لم يُوجدوا فتنتقل الولاية للقاضي لأنه ولي من لا ولي له، و معنى الأقربون فإنه يُقدم الأقرب فالأقرب مثل العصبة في الميراث[2] (م 153 ق أ ج)، لكن يجب الأخذ بعين الإعتبار أن المشرع الجزائري قدّم الأبوة في ولاية التزويج عكس ما جاء في المادة 153 ق أج، فيكون الترتيب حسب ما جاء في المادة 153 /4/3/2 أي نُهمل الفقرة 1، و إذا غاب الأقربون جاء القاضي في المرتبة الأخيرة في الولاية.

أما إذا رجعنا إلى المادة 11 من القانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور و ليها و هو ابوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره

[1] عيسى حداد، عقد الزواج ــ دراسة مقارنة ــ منشورات جامعة باجي مختار، عنابة ، ط1، 2006، ص 147 .

[2] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2010، ص 119 .

.....، يتولى زواج القصر أولياءهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

بالنسبة للمادة 2/11 من القانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري فيجري عليها نفس القول السابق بالنسبة للمادة11 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري لأنها نفسها، و ذلك بالنسبة للقُصر.

أما بالنسبة للمادة 1/11 المتضمنة أولياء المرأة الراشدة في قضية زواجها فإننا نجد أن المشرع جعل ترتيب الأولياء غير إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة، لأنه عندما يستعمل أداة " أو" و التي تُستعمل للتخيير كما سبق و أن و ضّحناه فإن للمرأة البالغة العاقلة الحرية التامة والمطلقة في إختيار من يحضر زواجها.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات،والصلاة والسلام على من ختم به الرسالات، وعلى آله وأصحابه ومن سار على هداه إلى يوم الدين. أما بعد:

فقد بذلت هذا الجهد المتواضع في بحث موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج، الذي عشت معه من خلال المصادر والمراجع المتنوعة، دراسة وتحليلا واستنتاجا، وأحسست أن الموضوع يحتاج إلى بحث أشمل ودراسة أعمق ولكن حسبي أني بذلت الجهد واستغرقت الوسع وذلك بتوفيق من الله المستعان، فكان من أهم النتائج التي خلُصت إليها في هذا البحث ما يأتي:

ــ إن مجمل ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من إشتراط الولي في الزواج لا يقصد منه إلا تحقيق مصالح المرأة في الزواج ودرء المفاسد التي قد تنتج في أثناء الحياة الزوجية أو بعدها.

ــ كذلك نجد أن المرأة البالغة لا يمكنها مواجهة الزوج مواجهة كاملة لتحقيق مطالبها وذلك لطبيعة تكوينها.

ــ يتضح من تحليل هذا الموضوع إتفاق الجمهور دون الحنفية على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، وكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب عنه يقع باطلاً.

ــ أيضاً ليس للمرأة الحق في أن تباشر عقد زواجها في أي حال من الأحوال سواءا كانت كبيرة أو صغيرة، عاقلة أو مجنونة، وذلك حسب رأي الجمهور، وخالفهم الحنفية في ذلك فقالوا أن الولي ضروري للصغيرة والكبيرة المجنونة، أما البالغة العاقلة، سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها بمن تشاء، فإن كان كفء فلها ذلك وإلا فلوليّها حق الاعتراض وطلب فسخ عقد النكاح .

ـ أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على عدم جواز عضل الولي للمرأة البالغة إذا كانت راغبة في الزواج، بشرط أن يكون كفئا لها وبمهر مثلها، وبخلاف ذلك يكون للولي الحق في الإعتراض عن هذا الزواج وطلب فسخه .

ـ أيضا بالإضافة إلى الرأيين المختلفين " الحنفية و الجمهور" حول الولاية في النكاح بالنسبة للمرأة العاقلة البالغة، هناك رأي وسط يجمع بين الرأيين، وهو رأي أبو الحسن، الذي جعل الولاية في النكاح ولاية مشتركة بين المرأة ووليّها، فتُبنى على المشُورة وأخذِ الرأيين معا بِعين الإعتبار.

ـ و أمام هذا الاختلاف الفقهي حول مسألة الولاية في الزواج نجد أن المشرع الجزائري وبعد تعديله الأخير لقانون الأسرة الجزائري، قد حذا حذو الفقه الحنفي وأخذ بنصف قولهم، حيث جعل الولاية على القاصرة فقط، أما البالغة العاقلة فهي من تُزوّج نفسها ولها الحق في إختيار وليّها، ولم يُعطي المشرع الحق للولي في مُعارضة الزواج إذا لم يكن الزوج كُفئا لها أو زوّجت نفسها بِأقل مِن قيمة مهر المِثل مِثلما رآى الحنفية، وهذا ما كُنت أقصِده حينما قُلت أنه أخذ بنصف رأي الحنفية .

ـ في قانون 11/84 كان الولي في الزواج رُكنا، وكان هناك ولايتان، ولاية إختيار وولاية إجبار، بينما في قانون09/05 جعله المشرع الجزائري شرطا، وألغى ولاية الإجبار، وعند تحليلنا للنصوص المعدلة المتعلقة بالولاية، خاصة المادة 11 من القانون 09/05، نجد الولي قد أصبح شرطا شكليا فقط، وذلك بالنسبة للبالغة العاقلة .

ـ بالنسبة لترتيب الأولياء في التعديل الجديد، نجد أن المشرع الجزائري خرج كذلك عن جميع المذاهب، فلم يُعدّ ترتيب الأولياء إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة، فأعطاها الحرية التامة في إختيار من يحضر زواجها، وذلك باستعماله لِأداة " أو" التّي تُفيد التخيّير .

ــ إنّ هذا التعديل أتى في رأيّي بتساؤلٍ هامٍ، ولا شك أنّه يُوافقني فيه الكثيرون، حينما سمح للمرأة البالغة العاقلة بتفويض أيِّ شخصٍ آخر تختارهُ للقيام بدور الوليّ، فالسؤال هو؛ من هوّ هذا الشخص يا تُرى؟ إذْ المعروف أنّ المُشرع عند سنِّه للقاعدة القانونية، يكون ذلك مُحاولة منه لِوضع حدٍّ للفوضى، وضمان الإستقرار في المُجتمع، فما بالُك بالأحوال الشخصية، حيث أتى بأحكام تُثير إشمئزاز الكثيرين، وتُؤدي إلى زوال المفهوم المُقدّس للأسرة، والروابط العائلية، ولكن رغم ذلك فإن الشاذ لا يُقاس عليه، فلا أظنُ أنّ أغلبية الجزائريات، مِن من لهن ذرّة شرفٍ وكرامةٍ، أن تسمح لشخصٍ آخر، غير أبيها أو أحدِ أقاربها أن يتولّى عقد نِكاحها، فالأب هو شرفُها وعزّتُها، فمن فقدت شرفها فقدت عِزّها .

لذا أقترح:

ــ أن يقوم المسلمون عامة، وأولياء الأمور خاصة بنشر الثقافة الإسلامية، وبالأخصِّ في المجال النسائي، حتى تعرِف النِساء ما هي حقوقهن، وما هي واجباتهن في الإسلام، فلا يُخدعن بِقول الزُور المُزيّنِ بالعبارات البرّاقة، ولا يُطالِبن بما لم يُشرِعه المولى عزّ وجلّ ونبيِّه المُصطفى، عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم .

ــ إعادة النظر فيما تم تعديله من مواد في قانون الأسرة الجزائري، وجعل المرجعية في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية .

ــ تفادي البدائل الغربية في قانون الأسرة، لعدم مُلاءمتها للنظام الاجتماعي الذي رسمه الإسلام لنا كمسلمين، ونعتّز بديننا الصالِح لكلّ زمان ومكان .

وأخيرا أسأل الله سبحانه وتعالى، أن يتقبّل هذا العمل، وينفع به الباحث والقارئ، والحمد لله ربّ العالمين، وصلّي الله وسلم على سيّد الأنبياء والمُرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين .

قائمة

المصادر والمراجع

فهرس المصادر و المراجع

أولا: الكتـــب

1- القـــــــــرآن الكريـــــــــم.

2- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار ابن حزم ــ بيروت ــ لبنان، ط1، 1997.

3- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، مكتبة الصفا ــ القاهرة ــ مصر، ط 1، 2003.

4- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف ــ القاهرة ــ مصر، د ط، دت.

5- ابي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ الإمام مالك، دار الغرب الاسلامي ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2007.

6- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، دارابن حزم ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2004.

7- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح ــ القاهرة ــ مصر، ط 2، 1999.

8- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان، ط2، 2003.

9- عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2002.

10عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2010.

11-عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2010.

12-العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ــ الجزائر، ط 1، 2013.

13-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ــ كتاب الزواج و الطلاق ــ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2004.

14-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ــ أحكام الزواج ــ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2010.

15- علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، ط 2، 1986.

16-عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس ــ عمان ــ الأردن، ط 1، 1997.

17-عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 2002.

18-وأبو محمدعبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2010

19-عيسى حداد، عقد الزواج ــ دراسة مقارنة ــ منشورات جامعة باجي مختار، عنابة ، ط1، 2006.

20-أبي الوليد القرطبي " ابن رشد " ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار العقيدة ــ الاسكندرية ــ مصر، ط 1، 2004.

21-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر، ط 3، 1957.

22-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر، ط 2، 1971.

23-محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2006.

24-محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، دار القلم ــ دمشق ــ سوريا، ط 1، 1998.

25-محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، دار الامام مالك ــ الجزائر، ط 1، 2005.

26-محمد كمال الدين إمام، أحكام الزواج في الشرع الإسلامي، كلية الحقوق ــ جامعة الاسكندرية ــ مصر، ط1، 1994.

27-محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2003.

28-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دارالنهضة العربية ــ بيروت ــ لبنان، ط 2، 1977.

29-محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ــ عمان ــ الأردن، ط 3، 2010.

30-مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له ــ قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 ــ دار النجاح للكتاب، الجزائر، ط 1، 2005.

31-عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، دار هجرــ الجيزة ــ مصر، ط 1، 1997.

32-نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، دار الشروق ــ القاهرة ــ مصر، ط 1، 2002.

33-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ــ دمشق ــ سوريا، ط 2، 1985.

34-وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر ــ دمشق ــ سوريا، ط 3، 2012.

35-يحي ابن أبي الخيرالشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، دار المنهاج ــ بيروت ــ لبنان، ط 1، 2000.

ثانيا: الرسائل الجامعية

ــ حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، جامعة ابو بكر بلقايد " تلمسان"، 2010/2009، مذكرة ماجستير

ثالث: الدوريات

ــ مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة القرآن الكريم و العلوم الإسلامية، د م، عدد5، 2012.

ــ مجلة "دراسات قانونية"، مركزالبصيرة، دار الخلدونية، القبة ــ الجزائر، العدد 05، 2009.

فهرس الموضوعات

الفهـــــــــــرس

العنـــــــــوان الصفحة

المقدمة .....أ-خ

الفصل الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج 02

المبحث الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج ودليل مشروعيتها وحكمتها.....02

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج.....02

الفرع الأول: تعريفها لغةً 02

الفرع الثاني: تعريفها إصطلاحاً.....03

المطلب الثاني: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج.....06

الفرع الأول: دليل شرعية الولاية في الزواج في القرآن الكريم 06

الفرع الثاني: دليل شرعية الولاية في الزواج من السنة النبوية.....07

الفرع الثالث :الحكمة من اشتراط الولاية 09

المبحث الثاني: أقسام الولاية في النكاح وشروطها.....11

المطلب الأول: أقسام الولاية في النكاح فقها وقانوني.....11

الفرع الأول : أقسام الولاية في الفقه الإسلامي 12

الفرع الثاني: أقسام الولاية في قانون الأسرة الجزائري 17

المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد النكاح.....18

الفرع الأول: الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي 19

الفرع الثاني: الشروط المختلف على وجوب توفرها في الولي.....21

الفصل الثاني حكم الولي في عقد الزواج فقها وقانونا.....26

المبحث الأول: حكم الولي في زواج كل من القاصرة والمرأة البالغة العاقلة.....27

المطلب الأول: حكم الولاية في النكاح على القاصرة.....27
الفرع الأول: الولاية في النكاح على البكر الصغيرة 28
الفرع الثاني: الولاية في النكاح على الثيب الصغيرة 32
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في ولاية النكاح على البنت القاصر.....34
المطلب الثاني: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة.....35
الفرع الأول: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في الفقه الإسلامي.....35
الفرع الثاني: ولاية النكاح على المرأة البالغة العاقلة في قانون الأسرة الجزائري 47
المبحث الثاني: ترتيب الأولياء وحدود وظيفة الولي وأثر تخلفه.....54
المطلب الأول: ترتيب الاولياء..... 54
الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي.....54
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري.....59
المطلب الثاني: حدود وظيفة الولي وأثر تخلفه.....60
الفرع الأول: حدود وظيفة الولي.....60
الفرع الثاني:أثر تخلف الولي.....65
الخاتمـــــــــــة.....73
فهرس المصادرو المراجع 75
فهـــــرس الموضـــوعات.....79