جامعة – الجلفة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص : أحوال شخصية

الولاية في عقد الزواج

دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إعداد الطالبة:

✓ حميدي ايمان الزهرة

إشراف الدكتور:

فشار عطاء الله

لجنة المناقشة:

أ هزرشي عبد الرحمان	رئيسا
د فشار عطاء الله	مقررا
أ داودي صحراء	مناقشا

الموسم الجامعي:2014/2013

أتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتور فشار عطاء الله الذي تفضل

بإشرافه على هذه المذكرة و الذي لم يبخل علينا بالتوجيه و النصيحة

كما نوجه جزيل الشكر إلى جميع الأساتذة الأفاضل وطاقم إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية بالجلفة وموظفيها .

وشكـــرا

أهدي هذا العمل إلى أبي

الذي أنار لي درب الحياة وكان دافعي على طلب العلم

إلى من علمني أن حياة بدون علم لا تساوي شيء .

كما اهديه إلى أمي التي سهرت من أجلي الأيام

و الليالي وكانت لي نبع الحنان ورمز الحياة

كما أهديه إلى كل أفراد أسرتي الصغير قبل الكبير كل باسمه

وأخص بذكر المدللة آية منار

كما لا يفوتني أن أهدي هذا العمل المتواضع

إلى زملائي الطلبة كل بإسمه دون استثناء

مقدمـة

تعتبر الأسرة هي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع حيث تتميز بنظام اجتماعي فريد من نوعه يضمن ديمومة البشرية، فإن للأسرة دورا هام يمارس على مستوى الفرد والمجتمع على حد سواء، ولهذا سعت كل القوانين الوضعية والشرائع السماوية بالعمل للحفاظ على هذا الإرث الإنساني العظيم، فسنت شبكة من القوانين والقواعد التي تحافظ وتحمي هذه الأسرة .

وقد حرص الشارع على تنظيم الزواج والدال على ذلك العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، كما أن المشرع الجزائري لم يكن ليحيد عن هذه القواعد فوضع مجموعة من القوانين ليحرص على حماية هذه الأسرة وتنظيمها وقد حدد أهم الشروط الواجب توافرها حتى يقوم هذا العقد على الأساس السليم ومن بين هذه الشروط ومن أهمها شرط الولي وهو موضوع دراستنا، حيث اختلف فيه الفقهاء فمنهم من يرى أن المرأة في الشريعة الإسلامية كاملة الأهلية، وان الأنوثة لا تمنع من مباشر العقود الشرعية، كما أن الإسلام هو أول تشريع في العالم كرس مبدأ حرية المرأة في اختيار زوجها، وهذا منذ خمسة عشر قرنا وبدون منازع، بينما ترى وجهة النظر الأخرى أنه نظرا لخطورة عقد الزواج، وتبعاته المادية والمعنوية الجسيمة، تحتاج المرأة لا محالة لرأي أو استشارة وليها الشرعي، للتأكد من اختيارها ومصلحتها وضمان حقوقها .

كما أن تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة وليها فيه إعلان عن رغبتها في الجنس (وهو الأمر الذي مازالت تمنعه التقاليد)،ومواجهتها للرجال وجها لوجه ومناقشتهم في الشروط التي ترغب باشتراطها في العقد .

أهمية الموضوع :

- إن النكاح من الموضوعات المهمة في حياة المسلم ، إذ به إيجاد النسل وحفظه ، وتكوين البيت المسلم ، وتحقيق العفة و الإحصان للزوجين و الولاية في النكاح أمر مهم جدا في مكونات عقد الزواج ولذا وجب علينا توضيح كل من رأي المذهب المالكي على وجه الخصوص لأن أغلب تشريعاتنا متخذة من الفقه المالكي مع ضرورة تبيان موقف قانون الأسرة في الولاية .
- إن الولي يعد حامي المرأة عندما تشعر بالظلم سواء كانت متزوجة أو لا كما أنها لا تستطيع أن تناقش أمور زواجها وإبراز شروطها مع الرجال ولذلك لا بد لها من ولي يسهر على تمثيلها .
- إن اشتراط الولاية في عقد الزواج يعد ضابطا لحسن اختيار الأزواج ، فلولا الولي لتمكن أصحاب نية السوء من التغرير بالمرأة وخداعها .

أهداف الموضوع :

- البحث المتعمق في موضوع الولاية في كل من الفقه المالكي كمذهب مستقل بذاته وتوضيح كامل جوانبه مع طرح آراء الفقهاء و اختلافهم داخل المذهب .
- كما من أهداف البحث دراسة الولاية من جانبها القانوني وفقا لقانون الأسرة الجزائري بآخر تعديلات وكشف مواطئ الاتفاق و الاختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري .

أسباب اختيار الموضوع :

أ/ أسباب موضوعية :

- إبراز الدور الذي يلعبه الولي في عقد الزواج .
- أن الولاية في النكاح من الموضوعات الفقهية المهمة و المأثرة في المجتمع بشكل مباشر لذا وجب علينا توضيح أحكامها بشكل واضح وبسيط للمتلقي.

ب/ أسباب شخصية :

- الرغبة الشديدة البحث في هذا الموضوع لأنه يمس أصل تكوين الأسرة وهو عقد الزواج وبالتالي يمس المجتمع بأكمله .
- إن أحكام الولاية في عقد النكاح متناثرة ومتشعبة الفروع ، وجمعها في بحث منفرد يسهل على الباحثين وطلبة العلم .

صعوبات البحث :

لقد واجهتني في هذا البحث عدة صعوبات منها قلة المراجع المتناولة لهذا الموضوع وخصوصا في جانبها القانوني المتناول لتعديل قانون الأسرة 02/05 وعدم التسهيلات التي واجهتنا من مكتبة المعهد .

طرح الإشكالية : ما مفهوم الولاية في عقد الزواج؟ وما حكم الولاية في عقد الزواج في كل من الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري ؟

المنهج المتبع : اتبعت في دراستي هذه المنهج الاستقرائي و التحليلي و المقارن :

الاستقرائي : وذلك باستقراء آراء الفقهاء في موضوع الولي واستقراء النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن .

التحليلي : وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ونقدها .

المقارن: وذلك بإجراء مقارنة بين ما ورد في المذهب المالكي بشأن الولي مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

و للإجابة على الإشكالية سالفة الذكر نقترح الخطة التالية :

الخطـــــة

❖ الفصل الأول : ماهية الولاية في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

✓ المبحث الأول : مفهوم الولاية .

- المطلب الأول : تعريف الولاية .
- المطلب الثاني : أنواع الولاية .
- المطلب الثالث : أسباب الولاية .

✓ المبحث الثاني : احكام الولاية في الفقه المالكي و قانون الأسرة الجزائري

- المطلب الأول : شروط الولي لابرام عقد الزواج
- المطلب الثاني : ترتيب الأولياء لابرام عقد الزواج
- المطلب الثالث : حقوق وواجبات الولي في عقد الزواج

❖ الفصل الثاني : حكم الولاية في عقد الزواج بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

✓ المبحث الأول : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة

- المطلب الأول : حدود سلطة الولي في إبرام عقد الزواج .
- المطلب الثاني : عضل الولي للمراة الراشدة في عقد الزواج
- المطلب الثالث : الوكالة في ولاية التزويج.

✓ المبحث الثاني : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للقاصرة.

- المطلب الأول : حدود سلطة الولي في إبرام عقد الوزاج .
- المطلب الثاني : عضل الولي للقاصرة .
- المطلب الثالث : الولاية لفاقد الاهلية او ناقصها بسبب الجنون او العته او سفه

الفصل الأول : ماهية الولاية في الفقه المالكي و ق أ ج.

شرعت الولاية في الإسلام حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر، وذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر [1].

1 – عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر ، 2007 ص : 54 .

المبحث الأول : مفهوم الولاية .

قبل التطرق الى تعريف الولاية في عقد الزواج وجب علينا بمفهوم الولاية العامة وما هي انواعها واين تتدرج ولاية التزويج وماهي أسباب هذه الولاية ولتوضيح هذا المبحث اكثر نقسمه إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : تعريف الولاية

المطلب الثاني : انواع الولاية

المطلب الثالث : اسباب الولاية

المطلب الأول : تعريف الولاية .

الفرع الأول :الولاية في اللغة

الولي : القرب و الدنو

والولي : له معان كثيرة منها المحب وهو ضد العدوّ، والصديق، والنصير

والولاية بالكسر : السلطان، والولاية والولاية : النصرة .

يقال: هم على ولاية : أي مجتمعون في النصرة .

وقال سيبويه : « الولاية بفتح المصدر، الولاية بالكسر لاسم مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحو» والولي في أسماء الله تعالى:هو الناصر وقيل: المتولي لأمور العالم والخلائق، القائم بها، ومن أسمائه عز وجل الوالي، وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها .

وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، ومالم يجتمع ذلك فيها لم ينطق عليه اسم الوالي، الوليّ: ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفالته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه، والجمع أولياء[1] .

والمولى في الدين هو الولي ومنه قول تعالى ﴿ **ذَلِكَ بِأَنَّ اللهَ مَوْلَى الَّذِينَ آَمَنُوا وَأَنَّ الكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ**﴾ [1] وقوله تعالى :﴿ **مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ** ﴾[2] بالفتح وبالكسر بمعنى النصرة .

1 – نضال محمد أبو سنينه، الولاية في النكاح في الشريعة إسلامية،دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1 عمان2011 ،ص: 33/32.

وقول رسول الله صى الله عليه وسلم « من كنت مولاه فعلي مولاه»[3] .أي من كنت وليه والولاية: من الولي وهو القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة والولاية: هي قيام العبد بالحق عند الغناء عن نفسه، ووالیت بين الشيئين إذا عاديت بينهما ولاءا.

وتولى الشيء: أدبر: ويقال تولى فلان هاربا.

تولى عنه: أعرض وتركه وتولى الشيء: لزمه، وتولى الأمر: تقلده وقام به .

فالولاية من كل ما سبق تشعر المتتبع أنها القيام على شؤون الغير ومتابعتها وتدبير أمره بما يصلح حاله[4] .

الفرع الثاني : الولاية في الاصطلاح

الناظر في كتب الفقه المالكي يجد أن فقهاء هذا المذهب قد عرفوا الولاية باعتبار الأصرة الموجبة للإرث .

جاء في قوانين لابن جزي: ما نصه: أن الولاية خمسة أنواع ولاية الإسلام: ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها، وولاية الهجرة وكان يتوارث بها أول الإسلام ثم نسخ وولاية القرابة وولاية العتق، وولاية الحلف.

1. ولاية الإسلام فإن الله نص عليها في محكم القرآن فقال ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾[5] إلا أن هذه الولاية ولاية عامة، فلا يتوارث بها إلا عند عدم النسب والولاء، لكنها شرط في صحة الميراث بهما لقوله عليه الصلاة والسلام « لايرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم ولا يتوارث أهل ملتين شيئا » [6] .
2. أما ولاية الهجرة : فإن الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك،قال تعالى :﴿ **إِنَّ الَّذِينَ آَمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آَوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آَمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ**

---

1 – سورة محمد الآية 11.

2 – سورة الأنفال آية رقم 72 .

3 – الترمذي ، الجامع الصحيح ، بتخريج الألباني ، ص 842 ، كتاب المناقب عن رسول الله "ص"

4 – نضال محمد أبو سنينه ، المرجع السابق ، ص33 .

5 – سورة التوبة الآية رقم 71 .

6 – صحيح البخاري ص 11 كتاب الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر مسلم .

وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [1]

فكان المهاجرون والأنصار يتوارثون بالهجرة والمؤاخاة التي آخى الرسول عليه الصلاة والسلام بها بينهم دون ذوي الأرحام حتى انزل الله قوله ﴿**وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ** ﴾[2]

3. أما ولاية النسب فموجودة أيضا في القرآن لقوله تعالى ﴿**وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ**﴾[3]

4. أما ولاية العتق فإنها توجب الميراث عند انقطاع النسب بحق الإنعام .

5. أما ولاية الحلف فقيل إن الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام بدليل قوله تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ** ﴾[4]. وقيل إن ذلك كان في جاهلية فلما جاء الإسلام أمروا أن يؤتوهم نصيبهم من النصر والنصيحة والمعونة والمشورة ولا ميراث[5]

وكما عرفت الولاية بانها« صلاحية للأب أو من يقوم مقامه، تخوله الاضطلاع بتزويج إمرأة أنيط به القيام بذلك » هذا فيما يخص الفقه المالكي .

وقد عرف الشيخ الزرقا الولاية بأنها:«سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه» وهذه قررت الشريعة لها نظاما خاصا يرجح فيه للولاية الأقرب فالأقرب إلى القاصر، بشرط أن يكون الولي ذي أهلية وحسن التصرف فالأب يقدم على الجد، والأخ يقدم على العم، وهكذا.

يمكن تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي في ضوء استعمالات الفقهاء لها بأنها :« قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله».

---

1 – سورة الأنفال آية 72 .

2 – سورة الأنفال آية 75 .

3 – سورة النساء آية 33 .

4 – سورة النساء آية 33 .

5 – ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف ش إ من تولى المرأة لعقد النكاح دار جامعة جديدة الإسكندرية 2005،ص 222،223

وقد عرفها الدكتور عوض العوفي بأنها:« سلطة شرعية، لعصبة نسب،أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده».

المطلب الثاني : أنواع الولاية .

هناك العديد من أنواع الولاية وحتى نقف على النوع الذي تندرج تحته ولاية التزويج نذكر باختصار هذه الأنواع وهي بحسب الاعتبار الذي ينظر إليه في الولاية كالتالي :

الفرع الأول : من حيث أقسامها الشكلية :

أولا : من حيث الشخص الذي ترد عليه الولاية: ينقسم إلى :

1. **ولاية ذاتية:**وهي سلطة تثبت للشخص على نفسه وماله، ويتمتع بهذه الولاية الشخص الكامل الأهلية والتي تحصل مع كمال العقل والبلوغ وتمتع بالحرية حيث تعتبر جميع تصرفاته نافذة مالم يترتب عليها ضررا بالغير سواء تعلقت هذه التصرفات بشخصه أو ماله.

2. **ولاية متعدية:** وهي سلطة تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع سببا لثبوتها، ولا تكون إلا لمن أثبتت له الولاية على نفسه، وهذه الولاية باعتبار من تثبت له نوعان من حيث مصادرها[1] .

أ- **ولاية أصلية:** وهي الولاية التي تثبت للشخص ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب على أولاده، والجد على أحفاده، فإنها تثبت ابتداء بسبب الأبوة، وهي ثابتة له شرعا بمقتضى صفة القرابة باعتباره العصبة بالنفس، فهي ملازمة للولي فلا يصح منه التنازل عنها أو إسقاطها، وكان حق الغير قد تعلق بها إلا أن يوجد سبب لاسقاطها فهذا يقرره الشرع والقانون مثلا كالجنون المطبق[2] .

1-حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ج2 مطبعة سامي للطباعة الإسكندرية 2001 ص:31.

2- عيسى حداد، عقد زواج ، منشورات جامعة باجي مختار،عنابة، 2006 ص: 118 .

ب- **ولاية نيابة:** وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي والوصي، فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم، لأنه نائب عنه فيما يتولاه من الأمور وأما الوصي فإنه يستمد ولايته من الذي أقامه وصيا، فهو نائب عنه فيما يتولى من شؤون القاصر[1]

وتنقسم الولاية المتعدية إلى ولاية عامة وخاصة :

أ-**الولاية العامة:** وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية .

ب- **الولاية الخاصة :** وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكاما .

والقاعدة أن الولاية الخاصة مقدمة على العامة إذا تعلق بأمر واحد، فأقارب المرأة مثلا أولى بعقد نكاح المرأة من القاضي أو الوالي أو الحاكم .

الفرع الثاني : من حيث أقسامها الموضوعية .

أ- **الولاية على النفس :** وهي ترد على الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب و الحضانة وولاية التزويج ، فللولي في هذه الأمور له حق إنشاء عقد الزواج المولى عليها .

ب- الولاية على المال: وهي ترد على التصرفات المتعلقة بأموال المولى عليه وتجعل لمن له الولاية القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال النافذة كولاية الموصى على الموصى عليه .

ج- الولاية على النفس والمال معا: كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصيها فهو يمارس الولاية على النفس بممارسة الحضانة عليهم وكذلك الولاية على المال.

اما ولاية النكاح التي نحن بصدد دراستها من الولايات الخاصة وتتعلق بالنفس لا بالمال ويمكن أن تكون أصلية كما أن يكون بإمكانها أن تكون نيابية[2] .

الفرع الثالث : أنواع الولاية عند المالكية : تنقسم الولاية عند المالكية إلى قسمان عامة وخاصة .

---

1 – عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر 2010 ، ص:105

2 – حسن حسن منصور ، المرجع السابق ص:31.

1- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم بأن توكل امرأة احد المسلمين ليباشر عقد زواجها بشرط أن لا يكون لها أب أو وصيه، وبشرط أن تكون دنيئة لا شريفة، والدنيئة هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب، والخالية من النسب هي بنت الزنا أو المعتوقة من الجواري والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبر والكرم ونحوها من الأخلاق .

2-الولاية الخاصة: وهي التي تثبت لأشخاص معينين، الأب، ووصيه والقريب العصبة المولى والسلطان.

وشرعت الولاية للمرأة في عقد زواج ليس لنقص أهليتها بل لجهلها لأمور الزواج وأحوال الرجال،وقلة تجاربها في الحياة العملية، وسرعة تأثرها عاطفيا وانخداعها بمظاهر الأمور، أما إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها فلا يجوز لوليها أن يزوجها دون أن يأخذ رأيها وموافقتها[1] .

- وتنقسم ولاية الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار:

1- ولاية الإجبار: هي سلطة الولي في تزويج من في ولايته، والجبر على المرأة فقط ويكون في مباشرة عقد الزواج أصلا، وليس نائبا عنها، أو وكيلا عليها.

وولاية الإجبار هي سلطة ثابتة شرعا، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليها من غير موافقتها أو رضاها بسبب الصغر أو البكارة، أو فقدان العقل، والمقصود بالأب في هذا التعريف هو الأب أو وصيه عند المالكية والأب والجد عند الشافعية أو جميع العصبة لدى الحنفية، غير أن المولى عليه في هذه الولاية فيه خلاف بين المذاهب .

2- ولاية الاختيار: هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليها بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي، ويشترك في الاختيار، ويتولى هو الصيغة وتكون الولاية على المرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا لأنها سلطة ثابتة شرعا للولي، تخول له تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها[2] .

---

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 ، الجزائر 2010 ص 238 .

2 - عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص120، 124 .

المطلب الثالث : أسباب الولاية

السبب هو ما يتوصل به إلى أمر من الأمور ، وكل من حصل له سبب من أسباب الولاية ، ثبتت له الولاية بذلك السبب ، وأشارت بعض الكتب الفقهية إلى أسباب الولاية مثل ما ورد في تعريف ابن عرفة ، وهي إما الملك أو الأبوة أو التعصيب، أو الايصاء أو الكفالة أو السلطان أو ذي اسلام .

إلا أن هذه الأسباب منها مازال قائما وموجودا بين الناس في زماننا ، ومنها ما اندثر ولم يعد له وجود مثل سبب الملك فهو غير موجود في عصرنا لانتقاء ملك الرقيق .

1-الملك : ويرى المالكية أن الملك سبب من أسباب الولاية، وذلك لان الرقيق مال وللسيد إصلاح ماله بما يراه من تزويج وغيره، رضي الرقيق أو كره كسائر وجوه التصرف وذكر عليش في حاشيته تفسير العبارة "وجبر المالك المسلم الحر" فقال جبر المالك: أي لكل الرقيق أخذا مما بعده. والمسلم: وأما الكافر فلا نعترض له، أي لا علاقة له بالولاية. والحر: وأما المالك الرقيق فلا جبر له والجبر لسيده، والمراد الحر المالك لأمر نفسه وإلا كان الجبر لوليه، ومثل الحر المالك لأمر نفسه، فالعبد المأذون له في التجارة فإنه يجبر رقيقه.

واختلفوا في الجبر كذلك، فقال مالك: "يجبر السيد عبده على النكاح" والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟.

والسبب في اختلافهم كذلك: هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليس بمصلحة وإنما طريقة الملاذ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي ألا يتوقف في ذلك .

وبخصوص الجبر كذلك، يرى القرافي أن للسيد إجبار العبد والأمة ولا خيار لهما. وذلك استنادا إلى قوله تعالى : ﴿**وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ** ﴾[1] وقال مالك " « وليس له إضرارها بتزويجها ممن يضربها» .

ولو زوج عبده من أمته فلا بد من الصداق، ووجه ذلك عندهم: أن الصداق لله – تعالى – فقط [2] .

---

1 – سورة النور آية رقم : 32 .

2 – نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص102 ، 103 ، 104 .

2- الأبوة : وتثبت للأبوة الأصلية أو الحكمية ونعني بذلك الأب أو الجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية، لأان الولد فرع الأب. أما المالكية فإنهم يثبتونها للأب دون الجد[1]

3- التعصب : يرى الإمام مالك – رحمه الله – أن الولاية معتبرة بالتعصب إلا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب ثم بنوا الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم بنوا الإخوة للأب وإن علوا، والجد وأبوه أولى من الأخ وابنه، ثم العمومة على الترتيب الإخوة وإن سفلوا وهناك خلاف داخل المذهب في تقديم الإخوة الأشقاء ولأب وبنيهم على الجد .

جاء في مواهب الجليل:«المعروف أن الأحق الابن وإن سفل ثم الأب ثم الاخ للأب ثم ابنه ولو سفل ثم الجد ثم العم ثم ابنه ولو سفل».

قال الحطاب: "هذا" :" أي تقدم الابن على الأب" إذا لم تكن الابنة في حجر أبيها أو في حجر وصي لها، أما إذا كانت في حجر أبيها أو وصيها فالأب مقدم على الابن وكذلك الوصي ووصي الوصي .

أما الولاية العامة فهي آخر المراتب في ولاية النكاح فتجوز في المذهب إذا تعذرت الولاية الخاصة، أما مع وجودها فلا تجوز.

4-الايصاء: والمقصود بالايصاء هنا أن تكون الوصية سببا من أسباب الولاية على المرأة في التزويج وعرفه الفقهاء بأنه: من عهد إليه ولي الأمر بنكاح بناته أو إحداهن بعد وفاته ومن الجدير بالذكر أن الوصاية فيها معنى النيابة عن الولي، وهي تشبه الوكالة من حيث هذا المعنى إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه وهو أن الوكيل الوصي، يكون نائبا عنه في حياته، أما وصي الولي فيكون نائبا عنه في مماته .

وتثبت الولاية بسبب الوصية من الولي، وهذا مذهب المالكية والراجح عن الإمام أحمد رحمه الله[2] .

قال المرداوي « وتستفاد ولاية النكاح بالوصية، إذا نص على التزويج كالأب... ويجبر من يجبره الموصى».

---

1 – محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون أحوال الشخصية) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط1 ، عمان ، 2008 ، ص:87 .

2 – نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص89 ، 90 ، 137،140 .

- أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته ، بها كولاية المال .
- ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته ، فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال.

5- الكفالة : تكون للكافل الذي كفل امرأة فقدت والدها حيث يكون قد قام بتربيتها مدة زمنية معينة فيكون له حق الولاية في تزويجها بشرط أن تكون هذه المدة الزمنية معتبرة.[1]

6- السلطان : وذكر ابن قدامة المقدسي – رحمه الله – "أن السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه ذلك، وهناك خلاف في والي البلد و الصحيح جواز الولاية له عند عدم القاضي، إذا احتاط للمرأة في المهر والكفء، لأنه ذو سلطان " .

وقد عرف الجرجاني الامامة، بكونها مشتقة من الإمام، وأن الإمام الذي له الرياسة العامة في الدين والدنيا جميعا .

وأما الدكتور عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو : الإمامة العامة ، فتثبت لصاحبها وهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه وهو القاضي ، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له .

أ- الأدلة على ثبوت ولاية السلطان في النكاح :

قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ [2]

ووجه الدلالة عبارة ﴿**أُولِي الْأَمْرِ** ﴾ الواردة في هذه الآية قد جاء في بيان المقصود منها أقوال الفقهاء والعلماء في الدين، وقول آخر هم أولوا العقل و الرأي الذين يتدبرون أمر الناس، وإن كانت الآية قد نزلت في عبد الله بن حذيفة السعدي كما جاء في صحيح البخاري، إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما قرر العلماء .

– ما روي عن عائشة أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل،فنكاحها باطل، فنكاحها باطل،فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1]

1 – عبد القادر داودي ، المرجع السابق، ص 107.

2 – سورة النساء ، آية رقم : 59

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه نص وبشكل صريح على اعتبار الولي من لا ولي له وهو من أقوى ما يستدل به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح[2]

عن سهل بن سعد قال :« جاءت امرأة إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام : فقالت إني وهبت منك نفسي : فقامت طويلا ، فقال رجل : زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة قال : "هل عندك من شيء تصدقها؟ "قال: ما عندي إلا إزاري ، فقال :« إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا فقال: ما أجد شيئا فقال:"التمس ولو خاتما من حديد" فلم يجد فقال: أمعك من القرآن شيء؟ قال نعم،سورة كذا وكذا....لسور سماها،فقال :« زوجناكها بما معك من القرآن »[3]

ووجه الدلالة ن هذا الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام نسب التزويج إلى نفسه ، بقوله "زوجناكها" لأنه كان يرى ثبوت ولاية النكاح له بكونه إماما أو سلطانا .

- ما روي من طريق سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه قال : «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها ، أو السلطان»[4]

ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبة أو من يقوم مقامهم، وهو دليل على اعتبار السلطنة سببا من أسباب ولاية النكاح .

- ماروي عن أم حبيبة،أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش، فمات بأرض الحبشة فزوجها النجاشي النبي عليه الصلاة والسلام وأمهرها عنه أربعة ألاف وبعث بها إليه مع شرحبيل بن حسنة[5] .

---

1 – الترمذي سنن الترمذي بتخريج الالباني ص259 كتاب النكاح باب لا نكاح الابولي حسنه الترمذي وصححه الالباني رقم الحديث 1102

2 – نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص: 124،123،122.

3 – البخاري ، صحيح البخاري ، ص945 ، كتاب النكاح، باب السلطان ولي ، رقم الحديث 5135 .

4 – الدار القطبي، سنن أبو داود، ص317 ،كتاب النكاح ، باب لا تنكح إلا بولي ، ط4 بيروت 1986 ،رقم الحديث :32 .

5 – أبو داود ، سنن أبو داود ، ص317 ، كتاب النكاح، باب في الولي ، رقم الحديث 2086 .

ب- شروط ثبوت ولاية السلطان في النكاح .

ذكر الفقهاء مجموعة من الشروط لاعتبار السلطان وليا في النكاح وهي كما يلي :

- ✓ عند عدم الولي الخاص مطلقا .
- ✓ عند العضل: أي عضل الولي، ولم يوجد غيره من الأولياء ممن هم دونه انتقلت الولاية إلى السلطان، جاء في البدائع قوله:"..... لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده ، فإذا امتنع فقد أضر بها، والإمام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه ".
- ✓ عند غياب الولي الأقرب .

ولكن من الذي يزوجها عند غياب الولي الأقرب، أهو الولي الذي يليه ؟ أم السلطان ؟

يرى جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والحنبلية في حال غياب الولي الأقرب يزوجها الذي يليه رتبة .

جاء في الهداية:" فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة: جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج"

وقال ابن رشد : "إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"

وقال البهوتي:« وإن غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، ولم يوكل من يزوج، زوج الولي الأبعد دون السلطان، لان السلطان ولي من ولا ولي لها، وهذه لها ولي، ما لم تكن أمة غاب سيدها فيزوجها السلطان» .

إن هذه الولاية نظرية ، وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه ففوضناها الى الابعد وهو مقدم الى السلطان كما إذا مات الأقرب .

لان السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لها ولي[1] .

أما من خلال دراستنا لقانون الأسرة لم نجد أي تعريف للولاية مما يؤدي بنا إلى عدم معرفة ما هي الولاية في نظر المشرع الجزائري كما لم يعر اهتماما إلى تقسيم الولاية لشيء من الإيضاح بعد غموضه في تعريف الولاية مع العلم أن الولاية تنقسم إلى عدة أنواع في الفقه الإسلامي كما سبق ووضحنا هذه التقسيمات إلا أن المشرع الجزائري فصل في نوع واحد من الولاية ألا وهي الولاية على المال .

1 – نضال محمد ابو سنينة، المرجع السابق ، ص125، 126، 127،128

المبحث الثاني: أحكام الولاية في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

وسنتناول في هذا المبحث الشروط التي يجب توفرها في الولي ومن هم الأشخاص الذين لهم سلطة تزويج البنت وهل تثبت لهم حقوق وواجبات ام لا وللتعمق في هذا المبحث نقسمه الى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: شروط الولي في عقد الزواج

المطلب الثاني: ترتيب الاولياء في عقد الزواج

المطلب الثالث: حقوق وواجبات الولي

المطلب الأول: شروط الولي

يشترط في الولي بعض الشروط منها ما هو متفق عليه و منها ما هو مختلف فيه.

الفرع الأول :الشروط المتفق عليها

1/ **كمال الأهلية:** ويكون كمال الأهلية بالبلوغ و العقل والحرية.

أ) **البلوغ:** لا يجوز للصبي أن يكون وليا لأنه قاصر، وهذا الشرط لا خلاف عليه عند الفقهاء، فلا ولاية لصبي لفقد ولايته، فمن لا ولاية له على نفسه، فأولى أن لا تكون له ولاية على غيره، لأن هذه الولاية ولاية نظر، ولا نظر في التفويض الصغير ،لأنه يعجز عن تحصيل الكفء للمرأة.

ودليل اعتبار البلوغ شرطا في الولي عند الفقهاء هو ما استدلوا به على اعتبار العقل قول رسول الله (ص) « رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلم، وعن المجنون حتى يعقل» [1].

ب) **العقل:** لأنه شرط التكليف، ومعرفة الصحيح من الخطأ، فإذا فقد العقل انتفى تكليف من فقده ولذلك فلا ولاية له سواء كان قد فقد العقل لجنون أم عته أم صغر .

1- ابن حزر احمد ابن علي ابن حزر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري كتاب الحدود باب من لايرحم المجنون والمجنونة دون طبعة 1407هـ 1986م دار ريان للتراث رقم الحديث 6430 ص124

وقد يكون فقد الولاية لا بسبب فقد العقل، بجنون أو عته أو صغر، و إنما يكون فقدالولاية لضعف يصيب الإنسان، فلا يجعله قادرا على النظر العميق، و تمييز مواطن الخيرلمواليه وذلك كمختل النظر بهرم أو كبر أو خبل،فلا يعرف ما يناسب المرأة فلا ولاية له . والجنون لا بد أن يكون مطبق [1].

ت)**الحرية:** فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم، فوجه ذلك عندهم:«أنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى » وهو مملوك لسيده ولا يملك تزويج نفسه بغير إذنه وهذا الشرط مما لا خلاف فيه عند العلماء جاء في معنى المحتاج قوله: (لا ولاية لرقيق)[2].

إن قانون الأسرة الجزائري لم يذكر أي شرط من الشروط سالفة الذكر التي يجب أن تتوافر في الولي إلا أن المشرع الجزائري نظمها في ق م نص ما 40 :« كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد (19) سنة كاملة» [3].

2/ إتحاد الدين: يشترط في الولي أن يكون مسلما فلا ولاية لغير مسلم على المسلم وذلك لقوله تعالى: ﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾[4]،لأن ولاية الكافر لا تصح وهذا بنص الآية الكريمة ﴿**وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾[5] وقوله جل شأنه ﴿ **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ**﴾[6]، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء لانعدام أي مدلول آخر في الآية، وأهمية هذا الشرط تستمد من كون الولاية رعاية مصالح المولى عليها المبنية على الرحمة، والمودة، وهي صفات لا يمكن تصورها بين عدوين في العقيدة،لأن الواقع اليومي يؤكد انعدامها بين المتعادين في المصلحة فما بالك بالعداء الروحي.

1- محمد سمارة، المرجع السابق. ص99-100

2- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق ص308.

3- عيسى حداد، المرجع السابق، ص144.

4- سورة النساء آية رقم141.

5- سورة الأنفال آية رقم73.

6- سورة آل عمران آية رقم28.

وقد منع المولى عز وجل التقارب بين الكافر والمؤمن في قوله تعالى ﴿**وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ**﴾[1]،وهذا ما سلكه المشرع الجزائري عندما منع الزواج بين المسلمة والكافر لكي لا يعلو الزوج على زوجته ويتسلط عليها لهذا نص المشرع في ما30 ق.أج « يحرم من نساء مؤقتا:المحصنة، المعتدة، من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع زواج المسلمة من غير مسلم ». كما نصت ما 32 من نفس القانون « يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، في هذه الحالة يفسخ العقد إذا ارتد الزوج، وذلك لمنع حصول ولاية الكفر على الإسلام[2].

لذا منع المشرع الجزائري زواج المسلمة بكافر سواء كان كافرا قبل العقد أو بعده وهذا تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن يكون الولي في عقد الزواج مسلما[3].

وكذلك اتفق الفقهاء على أنه لا ولاية للمسلم على الكافرة إلا أنهم استثنوا من ذلك حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الولي المسلم سيدا لأمة كافرة، أو وليا لسيدة هذه الآمة أو لسيدها ففي هذه الحالة يلي الولي المسلم تزويجها لكافر، ووجه ذلك: أنها ولاية بالمال فلم يمعنها كون سيد الآمة الكافرة مسلما كسائر الولايات ولأنها تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها.

الحالة الثانية: أن يكون المسلم هو الحاكم أو السلطان، شريطة أن لا يكون للكافرة ولي لأن من يقطنون دولة الإسلام يكونون تحت ولايته، سواء أكانوا مسلمين أو غير مسلمين ففي هذه الحالة يكون السلطان المسلم وليا على الكافرة بعموم ولايته على ساكني الدولة الإسلامية [4].

1- سورة الممتحنة آية رقم10.

2- ما 30-32 قانون الأسرة الجزائري (أمر رقم02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005).

3- عيسى حداد، المرجع السابق ص146.145.144.

4- نضال محمد ابو سنينة، المرجع السابق ص311 .2.

الفرع الثاني :الشروط المختلف فيها

1/ الذكورة: شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى.

2/ العدالة: وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر كالزنا والخمر وعقوق الوالدين ونحوها، وعدم الإصرار على الصغائر، وهي شرط عند الشافعية والحنابلة، فلا ولاية لغير العدل مثل الفاسق لما روى عن ابن عباس: «لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد»[1]، لأن ولاية النكاح تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة. وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه مثلا، لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه ورعاية المصلحة لقريبه، ولان حق الولاية عام ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام ومن بعده منع من التزويج بسبب فسقه، وهذا هو الراجح، لأن حديث ابن عباس ضعيف وكذلك استدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ**﴾[2]، ووجه الاستدلال من هذه الآية :أن الله عز وجل خاطب الأولياء على وجه العموم، ولم يفصل القرآن بين عدل وفاسق.

3/ الرشد: ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح لا حفظ المال لأن الرشد كل مقام بحسبه ،ومعناه عند الشافعية عدم تبذير المال، وقال الحنفية والمالكية: ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره، لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج ذي الرأي بإذن موليته و بإذن وليه، فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة فإن كان صوابا أبقاه وإلا رده، ووجه صحة عقد السفيه أنه غير محجور عليه في ذلك، وأن الولاية عليه إنما هي في ماله[3].

1- نفس المرجع، ص311 .

2- سورة النور آية رقم 32 .

3- عبد القادر بن حرز الله.المرجع السابق: ص61. .

4/ عدم الاحرام: وذلك يعني أن المحرم لا يجوز له أن يَنْكح أو يُنْكح غيره، مادام محرما في حج أو في عمرة أو بهما معا، فإذا تحلل جاز له ذلك، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الإحرام مانعا من صحة الولاية ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: أن المحرم يجوز له أن يعقد لنفسه ولغيره كذلك، ويجوز له أن يعقد له غيره، والى ذلك ذهب الحنفية والثوري واستدلوا بحديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج ميمونة وهو محرم[1].

القول الثاني: أن المحرم لا يجوز له أن يعقد لنفسه النكاح، ولا لغيره، ولا يجوز كذلك أن يعقد أحد له النكاح، ما دام محرما، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية والشافعية، والحنبلية والظاهرية وأدلتهم في ذلك: الحديث الذي رواه أبان ابن عثمان بن عفان عن أبيه أن رسول الله (ص) قال: «لا يَنْكحُ المُحْرمُ ولاَ يُنْكحُ و لا يَخْطُبْ»[2].

قال النووي: قال مالك والشافعي وأحمد وجمهور العلماء من الصحابة ومن بعدهم: لا يصح نكاح المحرم معتمدين على هذا الحديث.

واستدلوا كذلك بالمعقول: جاء في المغنى:« ولأن الإحرام يحرم الطيب، فيحرم النكاح كالعدة، ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زوجت محرمة فالنكاح باطل، سواء كان الكل محرمين أو بعضهم، لأنه منهي عنه، فلم يصح كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها».

5/ الاختيار:(عدم الإكراه)أي يكون الولي مختارًا، فلا يصح التزويج من المكره والاختيار ليس شرط في ولي الزواج فحسب، إنما هو شرط في كل العقود والتصرفات ودليل ذلك قول رسول الله عليه الصلاة والسلام :« أن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[3].

والاكراه في النكاح يجعل التصرف على غير وجه الاختيار، فيخرجه عن دائرة المشروعية كما فهم شراح الحديث منه، فيمكن إضافة هذا الشرط الى الشروط الولي من غير نكير وذلك لأن الإكراه في العقود يبطلها فإن إبطال عقد الزواج نتيجة الإكراه يكون من باب أولى لما لهذا العقد من قداسة وهيبة[4].

1- البخاري. صحيح البخاري،941/2،كتاب النكاح، باب نكاح المحرم رقم الحديث 5114 .

2- مسلم، صحيح مسلم، ص670، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، رقم الحديث 109 .

3- ابن ماجة، سنن ابن ماجة بتخرج الالباني من 353 كتاب نكاح باب طلاق مكره والناسي رقم الحديث 2043 .

4- نضال محمد ابو سنينة، المرجع السابق ص321 .322 .327 .328 .

– ومن خلال دراستنا لقانون الأسرة الجزائري لم نجد أن المشرع قد وضع أي شرط من شروط الولاية تارك ذلك للفقه ونستخلص ذلك من خلال نص ما 222 ق.أ.ج.

المطلب الثاني:ترتيب الأولياء

الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه المالكي

عند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنوا الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا، وقال المغيرة: الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان، والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل والوصي عنده أولى من ولي النسب: أعني وصي الأب، وأختلف أصحابه فيمن هو أولى، وصي الأب أو ولي النسب؟ فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك، وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولي أولى وروي عن مالك أن الأب أولى من الإبن وهو أحسن؛ وقال أيضا: الجد أولى من الأخ وبه قال المغيرة، والشافعي اعتبر التعصيب، أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمرِ:ِ{ لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان } ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمه:« أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر ابنها أن ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم والولاء عنهم للعصبة.

وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم في من هو أقرب هل الجد أو الأخ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة:

1) إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب.
2) إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان .
3) إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل؟

المسألة الأولى: فاختلف فيها قول مالك، فمرة قال: إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ، ومرة قال النكاح جائز، ومرة قال: للأقرب أن يجيز أو يفسخ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته، فإنه لا يختلف

قوله إن النكاح في هذين مفسوخ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي.

وسبب الاختلاف هذا هو هل الترتيب حكم شرعي: أعني ثابتا بالشرع في الولاية، أم ليس بحكم شرعي؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟ فمن لم يرى الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال: النكاح منعقد فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله قال: النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب، أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد[1].

المسألة الثانية: فإن مالك يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية الى الأبعد.

وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا، وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت.

المسألة الثالثة: وهي غيبة الأب عن ابنته البكر، فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون، وإما للأمرين جميعا فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسير وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لا تزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه. واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذ كان بعيدا ؟ فقيل تزوج وهو قول مالك؛ وقيل لا تزوج، وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما في حل عدم النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة: أعني في الغيبة البعيدة، وفي الأسر، والجهل بمكانه؛ وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صون تزوج و إن لم تدع إلى ذلك، ولم يختلفوا فيما أحسب أنها تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته، وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال: إن ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريب.

1- محمد ابن أحمد محمد بن رشد القطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2 دار احياء التراث العربي ط1 بيروت (لبنان) 1996 م .ص15-16.

وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب؛ فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو أن يكونا عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم، فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما.

واختلفوا إذا دخل ثاني، فقال قوم: هي للأول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم.

وسبب الخلاف في اعتبار الدخول او لا باعتباره معارضة العموم للقياس وذلك أنه قد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال:« أيما امرأة أنكحها وليان فهي للأول منهما » فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها ثاني أو لم يدخل؛ ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف، وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ، وقال مالك: يفسخ ما لم يدخل أحدهما، وقال شريح: تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج، وهو شاذ، وقد روي عن عمر بن عبد العزيز[1].

وكخلاصة لآراء المذهب المالكي في ترتيب الأولياء نطرحها كما يلي:

- **ولاية الإجبار تثبت لأحد الثلاثة بالترتيب الآتي:**

1) السيد المالك ولو أنثى، فله أن يجبر أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بها ، كالتزويج من ذي عاهة كالجذام أو البرص ، فلا جبر للمالك.

2) الأب رشيدا كان أو سفيها ذا رأي فله تزويج البكر و لو عانسا جبرا عنها و لو بدون مهر المثل أو غير كفء كأن يكون أقل حالا منها أو قبيح المنظر.

وليس للأب جبر ابنته إذا رشدها أي جعلها رشيدة أو أطلق الحجر عنها لصيرورتها حسنة التصرف.

3) وصي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاث هي:

- أن يعين الأب للوصي الزوج بأن يقول له زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة كأن يقول له زوجها ممن أحببت.
- أن لا يقل المهر عن مهر المثل.
- أن لا يكون الزوج فاسقا.

1- محمد ابن أحمد محمد بن رشد القطبي ،المرجع السابق، ص16-17.

بعد الأب ووصيه في البكر والصغيرة و المجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على الأنثى صغيرة أو كبيرة، و إنما تزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها ورضاها سواء كانت البالغة بكرا أو ثيبا.

1/ تقديم ابن المرأة في العقد عليها برضاها، ثم ابنه يقدم على والد المرأة أي على جده ودليل ولاية الابن على أمه:

- حديث زواج النبي عليه الصلاة والسلام بأم سلمه وفيه قولها لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله عليه الصلاة والسلام فزوجها.
- تزويج أنس ابن مالك أمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وفيه قول لأم سليم لابنها أنس: يا أنس قم فزوج أبا طلحة، فزوجها.

ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها او ابن ابنها جاز ولا ضرر.

2/ ثم والد المرأة.

3/ ثم أخ المرأة الشقيق للأب، فابن أخيها وان سفل،أما أخوها للأم فلا ولاية له خاصة.

4/ ثم الجد للأب فمرتبته بعد الأخ وابنه كالولاء والصلاة على الجنازة.

5/ ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه.

6/ ثم كافل المرأة غير العاصب.

7/ ثم الحاكم أو القاضي الشرعي.

8/ ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين ومنهم الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم.

والحاصل أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الأخوة وليس بعد الأب، وأن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد، ويخالفونهم أيضا في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة وبالولاية العامة الإسلام[1].

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص63-64-65.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتبع نهجا معينا في مسألة من هو أحق بهذه الولاية على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج بين ما إن كانت بالغة أو قاصرة أي لم تبلغ السن المؤهلة قانونا.

I.ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة:

1/ قرابة الأبوة: هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها وهنا حصر القانون في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله، يستنتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني.

2/ القرابة: يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجها، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج.

3/ الولي المختار: في حالة عدم اختيار الأب أو أحد الأقارب خول المشرع الحق للمرأة اختيار الولي، وبهذا يكون خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عنها لذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة اختيار الولي.

II. ترتيب الأولياء بالنسبة للبنت القاصر:

1/ قرابة الأبوة : الأبوة هي القرابة التي تؤهل صاحبها لممارسة ولاية على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد وإن علا، لأن الأب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع، غير أن الأولوية للأب عند وجوده فإن لم يكن موجودا فالجد، إلا بسقوط أحد شروطها هي:

أ) عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

ب) الحجر عليه لانعدام الأهلية، و توفر سبب الحجر سفاهة أو جنون.

ت) سقوطها بقوة القانون عند الوفاة سواء كانت الوفاة حقيقة أو حكما.

2/ الأخوة: هذه الرقابة التي تؤهل أصحابها للحصول على سلطة الولاية إذا تعذرت قرابة الأبوة، ومتى ثبتت للأخوة فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم وفقا لنص ما 154 ق أ ج التي تنص على أنه:« إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد واتحدوا

في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة، وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقرابة وورثوا بالتعصيب واشتركوا في المال بالسوية» وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد[1].

3/ العمومة: وإذا كانت الولاية تقوم على عنصر الشفقة، فإن قرابة العمومة تأتي في الدرجة الرابعة لنيل الولاية على النفس، ومتى تعدد الأعمام المولى عليها تقدم الجهة الأكثر قرابة فيقدم العم الشقيق على العم لأب، ويقدم العم لأب على العم لأم، طبقا لقاعدة الأقرب تقدم على الأبعد وهو مبدأ المنصوص عليه في ما 154 من قانون الأسرة الجزائري التي تقدم صاحب القرابتين على القرابة الواحدة بحسب درجة الإرث فيكون الأقرب حاجبا للأبعد وفقا للشروط التي تخول ذلك.

4/ القاضي: أما عند عدم وجود هذه الأصناف من الأقارب، وتوفر الشروط اللازمة للقيام بشؤون المولى عليها فترجع الولاية للقاضي باعتباره وليا لمن لا ولي له طبقا لنص ما 11 من ق أ ج، والحاصل هو أن الولي ضروري في عقد الزواج ضرورة ماء والهواء بالنسبة للحياة سواء كانت المرأة ثيبا أو بكرا، ووجود الولي في عقد الزواج من شروط البناء الأساسية، يتميز عن بقية العقود بما ترتب عليه من آثار مهمة لذا وجب الحذر فيه وهذا لا يأتي إلا لمن كانت له خبرة واسعة بشؤون الحياة، وأسرار الرجال، ونعني بهذا الولي لأن المرأة كالقارورة كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام سريعة التأثر والانخداع والانسياق وراء العواطف الخادعة.

وما يؤكد ضرورة الولي في عقد الزواج الاعتماد عليه حتى في المذاهب التي لا تشترط الولي في العقد كالحنفية بالنسبة للبالغة عكس الصغيرة لأن الولاية عندهم تقوم على أساس الصغر، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري وفقا للمذهب الذي يقر البطلان عقد الزواج بعدم موافقة الولي[2].

1- عيسى حداد ،المرجع السابق، ص147،148.

2- المرجع نفسه، ص149،150.

المطلب الثالث : حقوق وواجبات الولي

إن التشريع الإسلامي أعطى للولي بعض الحقوق، كما أنه قد أوجب عليه بعض الواجبات اتجاه موليته، ولتفصيل هذا المطلب أكثر نورده في فرعين:

الفرع الأول:حقوق الولي.

1/ حقوق الولي المقررة لمصلحته ومصلحة المولى عليه.

من حقوق الولي التي يستمدها من ولايته في التزويج، حقه في اختيار الزوج الكفء لمن هي تحت ولايته.

وقد لوحظ في ذلك مصلحة الولي والمولى عليه، أما بالنسبة للمولى عليه كالصغير مثلا فلتحصيل الرجل الكفء، لأن الظفر بالزوج الكفء لا يكون ميسورا دائما، لأن الكفء عادة عزيز، والزوج الكفء ضروري لتحقيق مقاصد النكاح، إذ بالكفء تصلح الحياة الزوجية غالبا، لأنه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها، مما يؤدي إلى دوامها واستمرارها وتحصيل الكفء يكون عن طريق الولي لصغر المولي عليها، وكذلك بالنسبة للبالغة عند من يقول لا بد من إذن الولي لنكاحها، فإن الولي أقدر منها على معرفة الكفء ومعرفة الرجل المناسب لها.

2/ ما تظهر به مصلحة الولي بتقرير حقوق الولاية له.

وأما ملاحظة مصلحة الولي نفسه في تقرير هذه الحقوق له، فتظهر في أن الزواج في الحقيقة لا يقتصر على ارتباط الزوجين، بل يتعداها إلى ذويهما وعائلتيهما وأقاربهما عموما، فمن مصلحة الولي – وهو قريب المرأة عادة – أن يكون الزوج مرضيا و كفء هذا يحمله على بذل الجهد الصادق لمعرفة الزوج الكفء لموليته، فكان من حقوقه اختيار الكفء لمن هي تحت ولايته.

3/ من حق الولي اختيار الكفء لمن تحت ولايته.

وبناءا على ما تقدم فمن حق الولي – بناءا على ولايته – أن يختار الكفء لمن هو تحت ولايته، وأن يرفض نكاح المرأة البالغة العاقلة إن زوجت نفسها من غير كفء، عند من يقول بصحة نكاحها بنفسها، لأن مثل هذا النكاح يمس مصلحة الولي واعتباره، كما يمس مصلحة من هي تحت ولايته[1].

1– نضال محمد ابو سنينة، المرجع السابق ص 330–331.

الفرع الثاني: واجبات الولي

كما أن للولي حقوقا، فإن عليه واجبات يجب عليه القيام بها اتجاه موليته وهذه الواجبات تتضمن تحقيق المصالح للطرفين للولي ومن تقع عليه الولاية.

و من هذه الواجبات:

1/ تزويج الولي موليته بالمرضي دينا وخلقا:

وذلك امتثالا للحديث الصحيح الذي احتج به الإمام الغزالي على المعنى ذاته عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال: « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض» [1].

فهذا الحديث صريح في أمر النبي عليه الصلاة والسلام وتوجيه للولي في كل زمان وفي كل مكان أن يزوج موليته بصاحب الخلق والدين، ولم يذكر الحديث صاحب المال الكثير، أو الجاه أو السلطان كما يفعل الكثير من الناس في أيامنا هذه، حينما يتقدم للخطبة صاحب الدين والمال الذي يسد الحاجة وفي المقابل ذلك يتقدم صاحب المال الكثير من غير الدين فللأسف يقدم صاحب المال الكثير على صاحب الدين، وهذا مخالف لهدى النبي عليه الصلاة والسلام .

فقد حدد النبي مواصفات الرجل الذي رضيه لبناتنا وأخواتنا ولخصها في الدين والخلق ولست أدري ماذا يساوي المرء دونهما ؟ وقد حذر النبي عليه الصلاة والسلام من عدم فعل ذلك، وأشار إلى أن عدم تزويج الولي موليته لصاحب الدين والخلق، يكون إيذانا بانتشار الفتن الكبيرة والفساد العريض، كما يحصل الآن عند البعض والعياذ بالله.

بقي أن أشير إلى أن لفظة الحديث الشريف " فزوجوه " جاءت بصيغة الأمر ومعروف عند العلماء الأصول أن الأمر للوجوب، إلا إذا جاءت قرينة وصرفت هذا الوجوب إلى الندب و ليست هنا، فيبقى الأمر مفيدا للوجوب قولا واحدا، والولي الذي لا يلتزم بذلك يعتبرا مخالفا لأمر النبي عليه الصلاة والسلام وهو آثم بذلك قال تعالى: ﴿**وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا**﴾[2].

1- الترميذي، سنن الترميذي بتخريج الألباني ، كتاب النكاح باب من ترضون دينه تزوجوه ص256 رقم الحديث1084.

2- سورة الحشر، آية رقم07.

2/ عرض الولي موليته على أهل الخير والصلاح:

فهذا ما درج عليه الصحابة الكرام، و هذا ما روي عن التابعين و أهل العلم، وإن كان هذا الكلام غريبا في أيامنا، إلا أن بعض الآباء الذين فهموا الإسلام فهما دقيقا، لا يجدون حرجا في أن يتقدم الواحد منهم لخطبة الشاب صاحب الدين والخلق، وصاحب الخير والصلاح لموليته وقد حصل مثل ذلك، وهذا جائز و غير واجب[1].

لأن الله قد فصل لنا ما حرم علينا، ولو كان هذا الفعل حراما لجاء تحريمه في القرآن والسنة، لكن السنة جاءت تحرض وتحث على عرض الإنسان موليته على أهل الخير والصلاح قال تعالى:﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[2].

ويمكن أن يستدل على مشروعية هذا الفعل بما رواه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر بن الخطاب قال عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال سأنظر في أمري، فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، قال عمر فلقيت ابا بكر الصديق فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت أبو بكر فلم يرجع إلى شيئا، وكنت أوجد عليه مني على عثمان فلبثت ليالي ثم خطبها رسول الله عليه الصلاة والسلام فأنكتحها إياه، فلقيني أبو بكر فقال لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيئا؟ قال عمر، فقلت:نعم، قال أبو بكر فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي، إلا أني كنت علمت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قد ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله عليه الصلاة والسلام ولو تركها رسول الله عليه الصلاة والسلام لقبلتها[3].

3/ اختيار الولي لموليته حَسَنْ الخلقْة:

إن الإسلام العظيم كما اهتم بالدين و الخلق في الزوج، لم يغفل الجانب الحسي المادي الجمالي فقد دعا الولي أن يختار لموليته رجلا حسن الخلقة، وذلك لأن المرأة تحب من الرجال ما يحب الرجال من النساء.

1- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص331 -332.

2-سورة الأنعام، آية رقم 119.

3-البخاري، صحيح البخاري، 942/2، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته وأخته على أهل الخير، رقم الحديث5122.

قال ابن الجوزي: « واستحب لمن أراد تزويج ابنته أن ينظر لها شابا مستحسن الصورة لأن المرأة تحب ما يحب الرجل ».

وجاء في كشاف القناع قوله: « وتنظر المرأة إلى الرجل إذا عزمت على نكاحه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها»، ثم ذكر أنه يستحب للولي أن ينظر لها شابا حسن الصورة ولا يزوجها دميما، والدميم هو القبيح.

ومما يستدل به على ذلك، قول عمر بن الخطاب:« يعقد أحدكم إلى ابنته فيزوجها القبيح، أنهن يحببن ما تحبون»، يعني إذا زوجها الدميم كرهت في ذلك ما يكره وعصت الله فيه[1].

ومما يجدر القيام الإشارة إليه أن الحديث في هذه المسألة، لا يقصد منه الشاب الجميل الوسيم – وان كان ذلك جيدا– لكن المقصود أن يكون الشاب مقبول الشكل وليس منفرًا وكم من الشباب الذين لا يبدون بمظهر الوسامة، يحملون بين جنباتهم كل معاني الجمال الروحي والنفسي والخلقي الذي يضفي جمالا على الجانب الخلقي.

4/ التقارب في السن بين الزوجين:

وعلى الرغم من إباحة الإسلام للنكاح دون تقييد للسن بين الزوجين، إلا أن التقارب في السن أمر مهم لاستمرار الحياة الزوجية، وكذلك لصيانة كل من الزوجين للآخر والأصل في حكم النكاح مع تفاوت السن أنه صحيح من الناحية الفقهية، لكن لولى الأمر تقييد هذا المباح للمصلحة وذلك من باب السياسة الشرعية[2]

وأخيرا نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري وفقا لتعديلات الأمر 02/05 جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج (م9 مكرر) غير انه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره (م11معدلة) كما أن انعدام الولي(المنصوص عليه كشرط صحة في م9 مكرر) قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج لان م 9 مكرر من قانون الأسرة تطبق في حدود م 33 من نفس القانون.

1- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص334 -335.

2- المرجع نفسه ، ص336.

الفصل الثاني:حكم الولاية في إبرام عقد الزواج بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

لقد اتفق الفقهاء باعتبار الولاية شرط لصحة زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، ولو كبارا أما البالغة العاقلة فلقد اختلف فيها الفقهاء ولدراسة هذا الموضوع أكثر ونبين موقف الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن. نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة .

المبحث الثاني : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للقاصرة .

المبحث الأول : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة

إن المرأة غالبا ما تحكمها العاطفة ويغلب عليها الضعف، وهي قليلة الخبرة بالرجال ويمكن أن تنخدع بهم، لأجل هذا كان لا بد من الولي سندا لها، ومساعدا تستند برأيه فيحقق لها المصالح ويدرأ عنها المفاسد.

ولدراسة هذا المبحث أكثر نقسمه إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول : حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة .

المطلب الثاني : عضل الولي للمرأة الراشدة في عقد الزواج .

المطلب الثالث : الوكالة في ولاية التزويج .

المطلب الأول : حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة

وقبل الزواج التطرق إلى موقف الفقه والقانون في هذا الموضوع نرى بعض التعريفات التي تهمنا :

1- البكر : الجارية لم تفتض وجمعها أبكار، والبكر من النساء التي لم يقر بها رجل والبكر من الرجال: الذي لم يقرب امرأة بعد والبكر: هي العذراء.

يرى المالكية أن البكر من لوليها أن ينكحها بغير أمرها، والولي المقصود هنا هو الأب خاصة، ويراد بها التي لم تذهب عذريتها، ويقال لها العذراء .

2- الثيب : هي التي تزوجت وفارق زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها وجمع الثيب من النساء ثيبات، قال تعالى:﴿ **ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَارًا**﴾ [1] .

والثيب من النساء : من أزيلت بكارتها بنكاح .

يرى المالكية أن الثيب هي الحرة التي لا تجبر، ولا تزوج إلا برضاها، ولا بد أن تأذن بالقول[2].

1 – سورة التحريم الآية رقم 5

2 – نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص : 193.192.187.186 .

الفرع الأول : موقف الفقه المالكي

يرى المالكية أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ولو كانت المرأة كاملة الأهلية ولهذا فقد اشترطوا في صحة الزواج أن يباشر الولي العقد بنفسه، وكل ما للمرأة إذا كانت ثيبا الاشتراك مع وليها في اختيار الزوج لان ولايته عليها اختيارية .

هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح، أم ليست شرط ؟ فذهب مالك : إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي، وإنها شرط في الصحيح في رواية أشهب عنه، ويتخرج في رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول آخر: أن اشتراطها سنه لا فرض، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون: أنها من شروط الصحة لا من شروط التمام. كما يفهم من قوله بجواز تزويج الفقيرة الدنيئة الخسيسة غير الشريفة نفسها[1]

وقال مالك إن عقد المرأة على نفسها أو غيرها يفسخ قبل البناء وبعده ولو طال الزمان بينهما، بل ولو أجازه الأولياء أو كان بإذنهم، ويفسخ العقد بطلقة، ولها المسمى من الصداق إن دخل بها .

وقال: لاميراث فيما عقدته المرأة لضعف الخلاف فيه، خلافا لمذهبه في الأنكحة المختلف فيها، (ونقل عنه ثبوت التوراث أيضا).

واستدلوا في ذلك بما يلي :

I – الكتاب:فقوله تعالى :﴿ **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ** ﴾[2] وقوله سبحانه وتعالى:﴿**وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا** ﴾[3] وقوله تعالى:﴿ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ** ﴾[4]

ووجه الاحتجاج بالآيتين أنه تعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب النساء.

وأجيب بأن دلالة الآيتين هو خطاب لأولي الأمر من المسلمين، لا خطاب للمرأة وقوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ**

[1] - أحمد محمد علي داود ، الأحول الشخصية ، ج1.2 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط2 عمان 2009 ص : 152.151

[2] - سورة البقرة الآية رقم 221 .

[3] - سورة البقرة الآية رقم 221 .

[4] - سورة النور الآية رقم 32 .

مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾[1] وقوله تعالى:﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2]

روى البخاري في سبب هذه الآية عن معقل بن يسار قال « زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله ما تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ....﴾ فقلت : الآن أفعل يارسول الله ، قال: نعم ،قال فزوجتها إياه»

قال ابن حجر: هذا أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يقال إن غيره منعه منه .

II- السنة :

- ما روي أبوداود و الترمذي وابن ماجه عن أبي موسى أن النبي (ص) قال «لا نكاح إلا بولي» [3] .
- ما روي ابن ماجة وأحمد الطبراني والبهقي والدار القطني وضياء المقدسي عن ابن عباس قال : قال رسول الله "ص" «لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان» وفي رواية «لا نكاح إلا بولي وشاهدين عد ،وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل».
- ما روي أبو داود و الترمذي وابن ماجة عن عائشة قالت : قال رسول الله "ص" : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فنكاحها باطل، ثلاث مرات فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» .

1 – سورة النساء الآية رقم 19 .

2 – سورة البقرة الآية رقم 232.

3 – عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني ، مودنة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته ، الكتاب الأول الزواج ، مطبعة النجاح الجديدة ط1 ، دار البيضاء (المغرب) 2005 ص : 99 – 100 .

- ما روى ابن ماجة و الدار القطبي عن أبي هريرة قال رسول الله "ص": «لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها» .
- ما روى البخاري عن عائشة زوج النبي "ص" قال «إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء : فنكاح منها ، نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها ....» ثم حكت بقية أنكحة الجاهلية التي تعتبر في الشرع زنا فقالت : «فلما بعث محمد "ص" بالحق هدم نكاح الجاهلية كله ، إلا نكاح الناس اليوم » .

والحديث استدل به البخاري على أن النكاح الصحيح لا بد فيه من ولي يزوج وليته، وإلا كان من نكاح الجاهلية .

- ما روى البخاري عن ابن عمر : «أن عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة قال : لقيت عثمان بن عفان ، فعرضت عليه فقلت : إن شئت أنكتك حفصة، فقال : لا أتزوج يومي هذا فلقيت أبا بكر فقلت : إن شئت أنكحتك حفصة » . والحديث استدل به البخاري على أن الولي هو الذي يزوج وليته لقول عمر "أنكحتك" [1] .

III – دليلهم من المعقول : أن الزواج من العقود الهامة، وأن المرأة لا خبرة لها بالرجل وأن عاطفتها المتأججة، قد توقعها في زوج غير كفء ، فلا ينبغي أن تترك لعواطفها وعدم خبرتها ، خاصة و أن الزواج لا ينصرف إليها وحدها ، بل يمتد إلى أسرتها ، بما يجعل المصاهرة تأخذ حكم القرابة [2].

الولاية عند المالكية تنقسم إلى قسمين ولاية اختيار وولاية إجبار أما ولاية الاختيار فتشمل الثيب فلا تتزوج الا بإذنها واختيارها وأن تتكلم بلسانها، فلا بد من رضاها بالقول ولا يزوجها الولي إلا بإذنها وذلك تماشيا مع قول رسول الله "ص" « ليس للولي من الثيب أمر»

1 –عبد الله ابن الطاهر السوسي ، المرجع السابق ، ص 100 . 101 . 102 .

2 – محمد كمال الدين إمام،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين،ج1 عقد الزواج، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، 2000 ص 169 .

وقوله « الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها» فهذا الحديث قد دل صراحة على جعل الحق الى الثيب في نفسها وامتناع أن يكون لغيرها أمر فيها يتعلق بنكاحها[1] .

أما ولاية الإجبار فتشمل البكر، وذلك لان الولي أحق بالبكر ، بسبب بكارتها وان كانت بالغة، بما وسع المالكية في سلطة الأب على إجبار البنت البكر البالغة حتى التي تزوجت وظلت بكرا أي لا تزال بكارتها ، وفارقت زوجها ولم تفتض بكارتها كان حق الأب دائما في ممارسة ولاية الإجبار و المستحب أن يستأذنها للخبر، وإذنها صمتها [2].

الفرع 02 :موقف قانون الأسرة الجزائري

من خلال نص ما 11 المعدلة بالأمر 05-02 التي تنص :«تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ..... »

نلاحظ أن القانون لما نص على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها جعل حضور الولي في عقد الزواج شرطا للزومه ، بما مؤداه أن المرأة الراشدة إذا زوجت نفسها بدون حضور وليها كان الزواج موقوفا على إجازة الولي .

ودليلنا على ذلك أن النص عبر "تعقد المرأة" بما مؤداه أنها إذا عقد زواجها انعقد العقد صحيحا ، ولكن القانون باشتراطه بحضور الولي ، جعل حضوره لإجازة العقد،الإجازة قد تكون وقت العقد وقد تكون بعده ، يضاف إلى ذلك أن حضور الولي عقد الزوج ليس مقصودا به انعقاد العقد لان الحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة ، فقد تختار شخصا آخر غير وليها[3] .

فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة، ولم يراع الترتيب بين القرابة ولا بين القرابة والأجانب، فللأجنبي أن يلي عقد زواج المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب وأخ أو أي قريب آخر حيث ورد العطف على الأب (أو التي تفيد التخيير لا الترتيب) وعندئذ لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد ذات مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب و الصلاحيات [4] .

1 – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في ق أ ج ، دار هوجة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط3 الجزائر 1996 ص 122.

2 – عيسى حداد، المرجع السابق ، ص: 127

3 – احمد نصر الجندي ،شرح قانون الاسرة ،مطابع شتات دار الكتب القانونية ،مصر 2009ص 52.

4 – عبد القادر داودي ، المرجع السابق ص112.

وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور و الدرجة ،فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد، كما أنهما يخضعان لاختيار المرأة أو الرجل.
كما تنص ما 9 مكرر : «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :
- أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج »
إنها تضع الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج فهل يعني ذلك أن غياب أو تغييب الولي عن مجلس إبرام عقد زواج ابنته سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أو فساد العقد ؟ أو أن هذا الولي غير معتبر قانونيا ، وأنه إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار؟ ولا فضل بحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته ؟ ثم ما الهدف من نص الفقرة الثانية من ما 33 المعدلة «..... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل »

ومن خلال دراستنا هذه المادة نرى أن المشرع ذكر صفة الولي في حالة وجوبه مما يبين لنا أن هناك حالات أخرى لا تشترط الولي وهو نص ما 11 المعدلة حيث كلف المرأة الراشدة بإبرام عقد زواجها بنفسها ولها كامل الحرية في اختيار أي ولي، كما أن للقاصر أن تتزوج بدون ولي وذلك في حالة الدخول فإنه يثبت الزواج بصداق المثل[1]
ولقد ألغى المشرع الجزائري ولاية الإجبار من خلال إلغاء لنص ما 12 من ق أ و التي كانت تنص« لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام مادة 9 من هذا ق غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت »
غير أن هذا القانون قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الأمر وذلك حين يجبر الولي بنته عموما على الزواج بمن لا ترضاه فتضطر لموافقة ، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة ؟ وهل يكون صحيحا أم باطلا ؟ في رأي بن شويخ لا بد من التفريق بين أمرين :

- **الأمر الأول** : إذا كان الرضا غير موجود ، فهنا يكون العقد باطلا.

1 - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة ط2 ، الجزائر 2003 ص : 41 و 42 .

- **الأمر الثاني** : إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي) ، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل، بكافة الطرق على وجود الإكراه ويكون لها هذا الحق سواء قبل الدخول أو بعده [1]

المطلب الثاني : عضل الولي

العضل في اللغة : بمعنى التضييق و المنع ،يقال : عضلت الدجاجة إذا أمسكت بيضتها فيها حتى تهلك وبهذا المفهوم يكون أسوأ من المنع [2] .

اصطلاحا : هو امتناع الولي القريب عن تزويج موليته بغير حق والعضل يعد ظلما فلا تنتقل الولاية إلى ما يليه بل إلى القاضي [3]

للتزويج بالنيابة عنه لرفع الظلم لقوله "ص" « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[4] .

الفرع الأول: رأي المذهب المالكي في العضل

هناك حالتان لعضل الولي في تزويج موليته :

الحالة الأولى : أن يكون العضل الولي له ما يبرره كعدم كفاءة الخاطب وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الدين في ذلك واختلفوا في النسب هل من الكفاءة أم لا؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ؟

والمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب و أنه احتج لذلك بقوله تعالى: ﴿أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾[5]

ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ نكاح الأب إبنته البكر، إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة .

---

1 – بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر 2008 .

2 – عبد الله إبن الطاهر السوسي التناني ، المرجع السابق، ص : 93 .

3 – طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الخدلونية، ط1 الجزائر، 2009 ص: 33 .34 .

4 – سبق تخريجه

5 – سورة الحجرات الآية 13 .

وأما مهر المثل فإن مالكا و الشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل:أعني البكر، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال[1] .

الحالة الثانية : أن يكون عضل الولي ليس له ما يبرره ، في هذه الحالة يعتبر ظالما ولا تنقل الولاية إلى من بعده من الأولياء ، ولكن تنقل إلى ولي الأمر وهو الحاكم و ينوب عنه فيها القاضي ، ولكن ليس بصفته أحد الأولياء ولكن باعتباره نائبا عن الولي الأصلي فيحل محله في تزويج المولى عليها رفعا للظلم عنها بمقتضى وظيفته[2] .

كما نفرق في هذه الحالة بين الحالتين : في حالة الولي المجبر و الولي غير المجبر

1/ الولي الغير المجبر : على الولي ولو أبا غير مجبر وجوبا الإجابة لكفء رضيت به ولو دعت لكفء ، ودعا وليها لكفء غيره ، كان كفؤها أولى، أي أوجب ، أي فيتعين كفؤها فيأمره الحاكم بتزويجها في المسألتين :

الأولى: ما إذا طلبها كفء ورضيت به وطلبته للتزوج به، أو لو تطلبه بأن خطبها ورضيت به .

الثانية : ما إذا دعت لكفء ودعا وليها لكفء آخر، وذلك بعد أن يسأله عن وجه امتناعه ، ولم يظهر له وجه صحيح ، ثم إن امتنع زوج الحاكم، أو وكل من يعقد عليها ولو أجنبيا منها ولا ينتقل الحق للأبعد ، لان الولي يصير عاضلا برده أول كفء .

2/ الولي المجبر : وهو الأب فلا يجبر عليه الإجابة لكفؤها : لأنه يجبرها إلا لكخصي إلا أن يتبين عضله ، و إلا وجب الإجابة بكفؤها ، فلا يعد الأب المجبر للبكر أو وصيه عاضلا برده لكفء ردا متكررا ، وذلك لما جبل عليه الأب من الحنان و الشفقة على ابنته ولجهلها بمصالح نفسها ، فربما علم الأب من حالها ، أو من حال الخاطب ما لا يوافق فلا يعد عاضلا بما ذكر ، حتى يتحقق عضله وإضراره و لو بمرة ، فإن تحقق أمره الحاكم ثم زوجها .

وقيل : إن الوصي المجبر يعد عاضلا برد أول كفء .

---

1 – محمد ابن أحمد محمد بن رشد القطبي ، المرجع السابق، ص:18

2 – حسن حسن منصور ، المرجع السابق ، ص: 44.

وقال ابن القاسم : لا يكون الأب عاضلا لابنته البكر البالغ في رده أول خاطب ، أو خاطبين : حتى يتبين ضرره .

أما غير المجبرة سواء كانت ثيبا أو بكرا مرشدة ، فيعد الأب عاضلا برد أول كفء ، كما أن غيره من الأولياء كذلك ،فإذا رضيت ثيب بكفء، ورده الأب أو الولي زوجها الحاكم منه[1] .

الدليل على حرمانية العضل :

من الكتاب: قوله تعالى:﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2]

وقوله تعالى : :﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آَتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾ [3]

من السنة :

روى البخاري عن معقل بن يسار قال: « زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها،لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية :﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ** ﴾ فقلت : الآن أفعل يا رسول الله .قال فزوجها إياه»[4] قال ابن حجر: « في هذا الحديث أن الولي إذا عضل، لا يزوج السلطان الا بعد أن يأمره بالرجوع عن العضل، فإن أجاب فذلك ، وان أصر زوج عليه الحاكم والله أعلم »[5] .

1 – أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص : 192 .

2 – سورة البقرة الآية : 232

3 – سورة النساء الآية : 19

4 – سبق تخريجه

5 – عبد الله بن الطاهر السوسي التنائي ، المرجع السابق ، ص: 93 .

الفرع الثاني: رأي قانون الأسرة في العضل

قد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها ، أو من الولي ، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة ؟

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة، لان الراشدة هي التي تتولى عقد زواجها بنفسها فإن الولي ليس من صلاحياته المعارضة في إبرام العقد، لأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها ويتضح لنا ذلك من خلال دراستنا لنص ما 11/ق أ ج، كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد، أو في التي يشترطها الزوج وتقبلها مواد (9. 10 . 19/ق أ ج ، إن الولي ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج)[1] .

ومن هذا المنطلق نقول أنه ليس هناك عضل في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للمرأة الراشدة وخاصة أنه تم إلغاء نص ما 12 من ق أ التي كان يتكلم فيها عن العضل .

المطلب الثالث : الوكالة في ولاية التزويج

من الأصول المقررة في الفقه الإسلامي بأن الإنسان يتولى بنفسه كل التصرفات الخاصة به ولو كانت تقبل الإنابة ولكن يجوز له أن يوكل غيره في القيام بالتصرفات التي تقبل الإنابة وحدها، واشترط الفقهاء أن يكون الموكل مالكا للتصرف وإلا بطلت الوكالة لان فاقد الشيء لا يعطيه .

وقد ذكر الفقهاء نوعين من الوكالة لتحديد نطاقها هما :

أولا : وكالة تنصرف آثارها إلى الوكيل كالوكالة في البيع و الشراء و الإجارة حيث ترجع آثار هذه التصرفات إلى الوكيل دون الموكل وقد ينقلها إلى الموكل ولكنها في الأصل تنصرف إلى الوكيل .

ثانيا :وكالة تنصرف آثارها إلى الموكل دون الوكيل كعقد الزواج حيث تنصرف آثارها إلى الموكل وحده فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر مثلا .

لان الوكيل في هذه الحالة يعتبر وسيط بين الطرفين ولا يجوز له إضافة العقد إلى نفسه وإلا كان أصيلا وليس وكيلا، ويقرر الفقهاء أنه يجوز للشخص كامل الأهلية سواء كان رجلا أو امرأة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواجه لأنه من التصرفات التي يملكها وتقبل

1 – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص : 245 .

الإنابة، ويجوز للولي الشرعي في الزواج أن وكل غيره في تزويج من له ولاية عليها لأنه يملك حق التزويج [1] .

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قام بدور الوكيل عن الزوجين، يشهد لذلك مارواه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر، أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه، وبما أن كامل الأهلية، وهو البالغ والعاقل يملك تزويج نفسه فله أن يوكل غيره بتولي عقد زواجه [2] .

وقد اتجه المذهب المالكي بإجازة الوكالة في عقد الزواج بالنسبة للرجال فقط ويرون أن المرأة لا يجوز لها أن توكل غيرها في إبرام عقد الزواج، أو أن تتوكل هي عن غيرها في إبرام هذا العقد لأنها لا تملك إنشاء عقد الزواج، وإنما الذي يملك ذلك هو وليها .

على عكس الأحناف الذين يرون بصحة توكيل المرأة البالغة العاقلة الراشدة في هذا العقد لأنها أهل عندهم لمباشرة الزواج في حق نفسها، فهي أهل لأن تباشره في حق الغير [3] .

ونلاحظ أخيرا، بأنه يحق للولي توكيل غيره في الزواج، ولو كان حاضرا، وقد وكل الرسول "ص" أبا رافع في تزويجه ميمونة رضي الله عنها .

ولأن الوكيل كالأصيل وفقا لأحكام الوكالة (م571 إلى 589 ق م) ومن ملك تصرفا كان له أن يتولاه بنفسه، ومن ثم، فإنه ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه، ما لم ينص على ذلك صراحة في وكالة خاصة، دفعا لكل شبهة، ونفيا لكل تهمة، فإذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة، كان فضوليا فيتوقف نفاذ تصرفه على إجازه الأصيل [4] .

قبل تعديل قانون الأسرة ووفقا للقانون القديم رقم 11/84 كان الولي هو الذي يبرم عقد زواج المرأة الراشدة مقتديا في ذلك بالمذهب المالكي وكان يمكن طرح مسألة الوكالة في ولاية التزويج لأنه كان للولي دور حقيقي في إبرام عقد الزواج ولكن بعد التعديلات التي طرأت في قانون الأسرة بموجب أمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 أصبحت المرأة الراشدة هي التي تبرم عقد زواجها بنفسها وليس للولي إلا مجرد حضور مجلس العقد

1 – حسن حسن منصور ، المرجع السابق ، ص: 46 .

2 – بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص : 71 .

3 – محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص: 180 .

4 – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص : 247 .

ومن هذا المنطلق ننتقل من فكرة توكيل الولي شخص آخر لإبرام عقد زواج موليته إلى فكرة إمكانية المرأة من توكيل شخص آخر لإبرام عقد زواجها ما 11 ق أ ج .

وقد كان قانون الأسرة يجيز قبل التعديل للزوج أن يوكل غيره في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة نص عليها في ما 20 ق أ، إلا أنها ألغيت بمقتضى التعديل الأخير .

وهذا من وجهة نظرنا لا يمكن قبوله لاعتبارات تتعلق بأحكام النظرية العامة للعقد،لأن التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا .

ومن جهة أخرى فإن هذا الأسلوب من شأنه التضييق على الناس فقد يكون الزوج مسافر في بلد أجنبي لا تسعفه الظروف أن يتنقل إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج، بسبب التكاليف المادية أو لأسباب أخرى وأمام هذه الوضعية يصبح من المستحيل عليه أن يبرم عقد زواجه لأن التوكيل غير جائز، لذلك نرى أن هذا الحكم يعتبر غريبا ويعد خروجا عن القواعد القانونية و الشرعية والعرفية أيضا [1] .

كذلك أن أمر الوكالة قد يطرح في حالة زواج الراشدة بالوكالة وذلك من خلال نص ما 11 التي تقضي في فقرتها الأولى على أن تباشر بنفسها عقد زواجها بحضور وليها فماذا لو لم تسعفها الظروف من مباشرة العقد بنفسها أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية كونها مسافرة مثلا في بلد أجنبي؟ لا شك أن المشرع بالغاءه الوكالة لم يكن موفقا في ذلك للاعتبارات السابق ذكرها .

والسؤال المطروح هل يحق لكلا الزوجين التوكيل بمباشرة عقد الزواج بالرغم من أن الوكالة بمقتضى التعديل الجديد ألغيت؟ إن المشرع بالغاءه للتوكيل يعني أنه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحتم على القاضي في حال النزاع بالرجوع إلى أحكام المادة 222 من ق أ ج أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية مما يعني العودة مجددا إلى الوكالة لان أحكام الفقه الإسلامي كلها تجيز التوكيل في الزواج وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت ما 20 السابقة بلا معنى [2] .

1 – بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ص: 71 ،72.

2 – عبد الفتاح تقية ،مباحث في قانون الاسرة من خلال مبادىءواحكام الفقه الاسلامي ،الجزائر 1999ص152.

ولقد أباح بعض فقهاء المالكية للزوج أن يوكل من قام به مانع من موانع الولاية غير مانع الإحرام بحج أو عمرة أو العته (ضعف العقل)، فيجوز له أنه يوكل نصرانيا أو عبدا أو امرأة أو صبيا مميزا على عقد نكاحه.

المبحث الثاني : نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للقاصرة

الولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها وحقوق ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها وعدم تجربة حياة الأزواج، إن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له[1]

ولدراسة هذا المبحث أكثر نقسمه إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للقاصر

المطلب الثاني : الولي في زواج فاقد أو ناقص الأهلية بسبب عته أو جنون أو سفه

المطلب الثالث : عضل الولي في عقد الزواج بالنسبة للقاصر

المطلب الأول : حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للقاصر

الفرع الأول: موقف الفقه المالكي

يرى الفقه المالكي أن الولاية تثبت على الصغار ذكورا كانوا أو إناثا وبالنسبة للإناث لا يدخل بها حتى تتحمل الدخول، ولا يلحقها الضرر فيه، لان الضرر مرفوع شرعا واستدلوا على رأيهم بما يلي : قوله تعالى﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾[2]

ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن الله تبارك وتعالى بين عدة الصغيرة ،و سبب العدة شرعا هو النكاح ، وذلك دليل على تصور نكاح الصغيرة ، كما جعل للائي لم يحضن عدة ثلاث أشهر ولا تكون العدة ثلاث أشهر إلا من الطلاق في النكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها (أي صغيرة) تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر[3] .

---

1 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2002 ص 125

2 – سورة الطلاق ، آية رقم 4

3 – أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص : 163 .

وقوله تعالى : :﴿ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى** ﴾ [1] والأيم : اسم لأنثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام، كبيرة كانت أو صغيرة لا زوج لها. وكلمة (من) ان كانت للتبعيض يكون هذا خطابا للآباء، وان كانت للتجنيس يكون خطابا لجنس المؤمنين.

واستدلوا كذلك بحديث عائشة أن النبي "ص" تزوجها وهي بنت ست سنين، وادخلت عليه وهي تسع سنين، ومكثت عنده تسعا، متفق عليه وفي رواية: تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع سنين، رواه مسلم وأحمد .

والذي تولى انكاح عائشة لرسول الله (ص) والدها أبو بكر الصديق رضي الله عنه .

قال ابن قدامة معقبا على هذا الحديث: "ومعلوم أنها "أي عائشة" لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها ".

وقد جاء في نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار أورده المصنف: الاستدلال به على أنه يجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة بغير استئذانها، وفي الحديث ايضا دليل على انه يجوز للأب أن يزوج ابنته قبل البلوغ[2] . واستدلوا كذلك بالآثار التالية :

- أن قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير يوم ولدت وقال : إن مت فهي خير ورثتي وإن عشت فهي بنت الزبير .
- أن عليا رضي الله عنه زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه
- أن ابن عمر – رضي الله عنهما – زوج بنتا صغيرة له لعروة بن الزبير .
- وقد استدلوا على رأيهم بجواز تزويج الولي لابنه وهو صغير بعمل الصحابة ومن ذلك ما رواه الأثرم " أن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما زوج إبنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازوه جميعا" ولو لم يكن للأب ولاية على ولده الصغير لم يكن له تزويجه وهو صغير .
- واستدلوا كذلك بما روي البيهقي أن أبن عمر زوج ابنا له ابنة أخيه وابنه صغير آنذاك[3] .

---

1 – سورة النور ، رقم الآية 32 .

2 – نضال محمد أبوسنينة ،المرجع السابق ، ص: 163 – 164 .

3 – المرجع نفسه ، ص : 237 .

يرى الفقه المالكي بعدم اشتراط البكارة في الصغيرة لإجبارها على الزواج: فهم لا يشترطون في الصغيرة أن تكون بكرا حتى تثبت عليها ولاية الإجبار من وليها، ومعنى ذلك أنه يجوز لوليها أن يزوجها وإن كانت ثيبا .

فهؤلاء يعتبرون أن الصغيرة بمعناه وما يترتب عليه من أحكام قائمة لم تتغير ولو أصبحت الصغيرة ثيبا والصغر عندهم موجب لثبوت هذه الولاية على الصغيرة وليس الثيوبة، فالصغير– كما هو مشهور– عاجز في الغالب عن تدبير شؤون نفسه، والاختيار الصحيح والتخطيط للمستقبل، فوصف الصغر لازال قائما وهو ملازم للصغير لا ينفك عنه إلا عند البلوغ وحجتهم في ذلك ما يلي :

- أن من يعجز عن ولاية نفسه وماله، فالولي يستبد بالعقد عليه وذلك كالبكر، وتأثير ذلك أن الشرع باعتبار صغرها أقام رأي الولي مقام رأيها كما في حق الغلام، وكما في حق المال، والثيوبة ليست سببا في زوال الصغر القائم الذي لا ينفك عن صاحبه فالصغر صفة ملازمة للبنت الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا .
- لان معنى الرأي لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر، إذا إنها تبقى على صغرها ورأيها رغم ثيوبتها، ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف بحكم الرأي، فيقام رأي الولي مقام رأيها كالتصرف في المال تماما .
- لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر، والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورة، ثم الغلام يجبر في الصغر وكذا البنت [1] .

الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري

من خلال دراستنا للفقرة ثانية من ما 11 و التي تنص «... دون الإخلال بأحكام مادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له » .

ومن المعلوم أن الولي تكون له الولاية على شخص القاصر دون ماله، باستثناء الأب فإن له الولاية على النفس والمال معا، (م11 /م87 ق أ ج)، بينما الوصي والمقدم تكون ولايتهما على مال القاصر دون شخصه كقاعدة عامة (م92 الي 100ق أ) وتنتهي

1 – بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ،(احكام الزواج) ،المرجع السابق ، ص : 244 ،246.

الولاية على النفس بالبلوغ(م7 ق ا)أما الولاية على المال فلا تنتهي إلا بالرشد القانوني (م40 ق.م.86 ق.أ) .

كما حدد القانون أهلية الزواج في ما 7 ق أ، وأنه لا يجوز قانونا تزويج الصغار، قبل بلوغهم السن القانوني (وهو 19سنة) إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة، بعد موافقة وليهم الشرعي .

كما نصت ما 87 من ق أ المعدلة بالأمر 02/05 بخصوص الولاية على القاصر، بأنه للأب ثم للأم، ثم للوصي الولاية على القاصر ولا تبطل إلا بإذن من القاضي لأسباب شرعية [1] .

كما نجد أن المشرع الجزائري حصر الولي للقصر في الأب، وإن لم يكن الأب تنتقل الولاية لأحد الأولين أي الأقرب درجة .

وهنا المشرع بهذا الترتيب يكون قد راعى عنصر الشفقة التي تقوم على أساسه الولاية وفي حالة عدم وجود الأقارب الأولين يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد بدوره وليا لمن لا ولي له،حيث أبقى المشرع للولي الشرعي دوره الحقيق في حالة تزويج القصر (من ذكور أو إناث)، وفي هذه الحالة اعتمد المشرع على القرابة والترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره الذي ينبغي أن يقوم به . [2]

وبهذا النص يكون المشرع قد قرر حماية للقصر في عقد الزواج ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي هي بحاجة إلى حماية أكثر [3] .

1 –عيسى حداد ،المرجع السابق ،ص141

2 – عبد القادر داودي ،المرجع السابق ،ص112

3–عيسى حداد ،مرجع سابق ، ص141

المطلب الثاني:الولي في زواج فاقد أو ناقص الأهلية بسبب عته أو جنون أو سفه

الفرع الأول: موقف الفقه المالكي

لقد اتفق الفقهاء على أن من زال عقله بجنون أو عته لا يمارس عقده بنفسه، لأنه غير مكلف لقول رسول "ص" « رفع القلم عن ثلاث .... عن المجنون حتى يعقل أو يفيق» وفي رواية « وعن المعتوه حتى يبرأ ،أو يعقل»

كما اتفقوا على جواز تزويجه روى ابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص قال: « كتبت إلى عمر في رجل مجنون يخاف أن يقتل امرأته، فكتب إلي أن أجله سنة يتداوى ». وهذا الأثر من عمر يدل على أن المجنون يصح زواجه إذ لو لم يكن صحيحا لأمره بالفسخ أو الطلاق.

والفقهاء اشترطوا جواز تزويج من زال عقله ببعض الشروط منها :

- إذا خيف عليه الزنا أو الهلاك أو الضرر الشديد ، وتعين الزواج لإنقاذه منه .
- إذا توقع الأطباء في تزويجه ذهاب علته ومرضه لأنه من أعظم مصالحه .
- إذا ظهر منه شهوة ورغبة في النساء بإتباعهن، ودورانه حولهن، وتعلقه بهن .
- إذا احتاج إلى من يخدمه ويتعهده ولا يجد في محارمه من يقوم بذلك .
- أن يكتفي بزوجة واحدة ، لاندفاع الحاجة بها لإيفائها بالمقصود [1] .
- كما تشترط هذه الشروط في الرجل فاقد الأهلية بالجنون فإنها كذلك في المرأة فاقدة الأهلية بالجنون ما عدا الشرط الأخير فإنه بديهي بالنسبة للمرأة.

يرى المذهب المالكي أن الولاية تقوم على المجنون كما تقوم على المعتوه والسفيه كما يجب أن نفرق هنا بين الجنون المطبق والجنون المتقطع بالنسبة للجنون المطبق فإنه يوجب الولاية أما الجنون المتقطع فإنه إذا كان الرجل في حالة الإفاقة فإنه يزاول عقد زواجه بنفسه أما بالنسبة للمرأة فإننا نراعي حالتها إذا كانت صغيرة أو راشدة بكرا أم ثيب كما سبق وأن درسناها .

1 – عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني ، المرجع السابق ، ص : 94. 95 .

كما أن للأب فقط تزويج ابنه المجنون، أو ابنته المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة ونحوهما في حال صغرهما أو كبرهما إلا من ذي عاهة : كجنوذ أو برص، أو جذام أو خصي أو عنين أو مجبوب .

أما بالنسبة للسفيه: إن تزوج السفيه بغير إذن وليه أمضاه ان كان سدادا وإلا رده فان رده قبل البناء فلا صداق، وبعد الدخول يكون الصداق ربع دينار .

وقال ابن الماجشون : لا شيء لها .

وفي مختصر خليل والشرح الكبير: ولولي سفيه بالغ تزوج بغير إذنه فسخ عقده بطلقة بائنة وتعين الفسخ إن كانت لا مصلحة فيه، وتعين الإمضاء إن كانت مصلحة [1] .

كما جاء في القوانين الفقهية أن السفيه هو المبذر لماله إما لإنفاقه بإتباعه لشهواته، وإما لعدم معرفته بمصالحه، وإن كان صالحا في دينه، فإن ثبت سفهه حجرعليه القاضي وإن كان كبيرا وطلاق السفيه نافذ ولا يزوج بناته إلا بإذن وليه .

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فلقد بين في مواده انه لا يمكن لناقص الأهلية أو فاقدها أن يتولى أمور نفسه بنفسه أي كان سبب فقدانه للأهلية بجنون أو عته أو سفه وبين ذلك من خلال مواد 81 و 85 ق أ ج .

ما 81: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون »

ما 85 :« تعتبر تصرفات المجنون المعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه » .

وفي حالة زواج المجنون أو المعتوه أو السفيه يكون قد بدر منه تصرفا حال جنونه أو عتهه أو سفهه وبالتالي يكون هذا التصرف غير نافذ، حسب نص ما 85 ق أ ج ولكن هل للولي أن يزوج موليه أو موليته المجنون أو المجنونة حسب نص ما 81 ق أ ج ؟

وبالخصوص إذا علمنا أن شرط من شروط عقد الزواج هي أهلية الزواج بحسب نص ما 9 مكرر « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية ».

[1] – احمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص : 192 .

وكخلاصة نقول أن المشرع الجزائري سكت في حالة زواج المجنون أو المعتوه أو السفيه على غرار المشرع المغربي الذي نظم هذه الفئة من خلال نص ما 23 من المدونة المغربية .

المطلب الثالث : عضل الولي .

الفرع الاول: موقف الفقه المالكي من عضل

ذهب المالكية إلى أن للأب إجبار ابنته الصغيرة على النكاح سواء كانت بكرا أو ثيبا أما البكر الصغيرة فلقد اتفق العلماء على أن لأبيها أن يجبرها على الزواج وليس عليه أن يستأذنها ، بل أن عبارتها ساقطة فرضاها وعدمه سواء .

قال ابن المنذر : «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن انكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز »[1]

أما الثيب الصغيرة فلقد اختلف فيها الفقهاء فقد ذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز إجبارها بل لا يجوز تزويجها حتى تبلغ ، وهو مذهب أحمد فيما ذكره الخرقي .

وحجتهم في ذلك عموم الأدلة الواردة في الثيب ، وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن الثيب الصغيرة يزوجها أبوها،وحجتهم في ذلك القياس ، وذلك أنهم قاسوا الثيب على البكر الصغيرة ، فأبو حنيفة يرى العلة في البكر الصغيرة هي الصغر لا البكارة ، وهي موجودة في الثيب الصغيرة ، ويرى مالك أن العلة هي الصغر أو البكارة فأيهما وجد حصل به جواز الإجبار ، وواضح أنهما خصصا عموم الأدلة بالقياس .

ومن هذا المنطلق يجوز إجبار الصغيرة على الزواج أي عدم الأخذ برأيها أو موافقتها في الزواج فهناك إمكانية عضلها عن الزواج ممن تريد أو تختار و في حالة إذا كانت ترغب في شخص تقدم لخطبتها وكان هذا الشخص كفء واختار لها أباها شخص آخر بنفس الكفاءة أو أقل فهناك الاختيار لأباها وليس لها بحجة أنها صغيرة وهو أدرى بمصالحها .

1 – عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص: 57 .

الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري من عضل

ما 13 ق أ ج : «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره ، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها »

فالقانون خرج على ولاية الإجبار بأن نص على أن الولي لا يجوز له أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج، كما لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، مؤدى هذا لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يمنع الصغيرة التي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية هذا الزواج بالنسبة لها، فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها – متى توافرت للزواج أركانه وشروطه [1] .

ومن هنا،ركز المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث جعلها ولاية اختيارية، تعتمد على إذنها وموافقتها، فالولي هنا هو ممثل القاصر الذي يقف بجانبها ويكتب اسمه في عقد الزواج، وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد في حدود مهمته، ولقد اشترط القانون موافقة المرأة، وعدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه مما يحيط الولاية بسياج من الحماية والرعاية والحرية، بعيدا عن الضغط أو الإجبار أو الإكراه [2] .

وهو بذلك يكون قد وضع حدا نهائيا لنقاش طويل وقديم حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو تكره أن ترتبط به بعقد الزواج .

وإذا أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنات على الزواج فان مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية لأنه سيكون مخالفا لنص ما 37 من قانون الحالة المدنية .

التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن ألا يخالف الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لإمكانية عقد الزواج[3] .

1 – أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 53 .

2 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج (الزواج و الطلاق) ج1 ، ص :125 .

3 – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في ق أ ج ، ص 123 .

وعليه فإن خلاصة ما يمكن أن نقوله بشأن حكم الولاية في عقد الزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري أن الفقه المالكي دعم رأيه بحجج قوية من نصوص قرآنية وكذلك أحاديث سنية أما بالنسبة لقانون الأسرة فإنه يظهر لنا أن المشرعين الجزائريين واضعي تعديل 05-02 لا يريدون أن يكون للولي أي تأثير على عقد الزواج المرأة الراشدة التي في ولايته ويظهر دور الولي في زواج القاصر فقط .

الخاتمة :

إن تقاليدنا وموروثاتنا الثقافية و الدينية قد سارت منذ زمن بعيد على اعتبار أن المرأة لا تزوج نفسها ، وأن وليها هو الذي يزوجها، لذلك يمكن القول إن استناد المشرعين الجزائريين إلى اختلاف المذاهب الفقهية ، و مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو (القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة) وتأثرهم بأحكام المادة 146 من القانون المدني الفرنسي يكونون قد خالفوا آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين ، ولا سيما المالكيين منهم وأنهم ايضا يكونون قد عملوا على تدمير قواعد التماسك العائلي ، وعلى إيقاع الفتنة بين العائلات

وحبذا لو ان المشرعين الجزائريين الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في ولايته أن منحوا الولي المتعثر حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد الزواج من غير كفء ، أو فاسق أو فاجر ، مع العلم أن أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها بقدر ما يهم أسرتها .

ومن ثم ، فإن تغيب الولي وتهميشه عند الاقتضاء ، وإبرام زواج المرأة بدون ولي تربطها به صلة قرابة من الأصول أو من الفروع ، وجعله إحدى الشكليات القانونية أو الإدارية لا غير هي أمور لا تخدم مصلحة المرأة على الإطلاق ، وهي بصدد إبرام أخطر العقود وأقدسها في الحياة ، وهو ما ساعد بشكل كبير في انتشار ظاهرتي الخلع و الطلاق .

قائمة المصادر و المراجع :

- القران الكريم

1. قانون الأسرة رقم 84 -11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم : 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
2. البخاري ، محمد بن إسماعيل ، المتوفى سنة 256 هـ ، صحيح البخاري ، حققه : طه عبد الرؤوف سعد 1424 هـ 2003م
3. الترميذي / محمد بن عيسى بن سورة ، المتوفى سنة 279هـ سنن الترميذي بتخريج محمد ناصر الدين الألباني ، ط1 الرياض مكتبة المعارف للنشر و التوزيع
4. ابن حزر أحمد ابن علي حزر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح ةالبخاري ، كتاب الحدود ، بابس من لا يرحم المجنون و المجنونة ، دون طبعة 1407 هـ : 1986 م دار ريان للتراث .
5. الدار قطني ، على بن عمر ، المتوفى سنة 385 ، سنن الدار قطني ط4 ، بيروت عالم الكتب 1406هـ 1986م .
6. أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، المتوفى سنة 275هـ سنن أبو داود ، بتخريج محمد بن ناصر الألباني ، ط1 الرياض مكتبة المعارف .
7. ابن رشد ، محمد بن أحمد ، المتوفى سنة 595هـ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، إعتنى به الشيخ هيثم خليفة طعيمي ، ط1 بيروت ، المكتبة العصرية 1423هـ 2002 م
8. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج) ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط6 الجزائر 2010.
9. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2002 .
10. تقية عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي الجزائر 1999.
11. الجندي أحمد نصر ، شرح قانون الأسرة ، مطابع شتات دار الكتب القانونية ، مصر 2009.

12. بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر 2007 .
13. حداد عيسى ، عقد الزواج ، منشورات جامعة باجي مختار عنابة 2006 .
14. حسن حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ج2 مطبعة سامي لطباعة ،الإسكندرية 2001 .
15. داود أحمد محمد علي ، الأحوال الشخصية ، ج21 ، دار الثقافة لنشر و التوزيع ط2 عمان 2009 .
16. داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر لنشر و التوزيع الجزائر 2010 .
17. طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر 2009 .
18. كمال الدين امام محمد ، أحكام الأحوال الشخصية للمسمين ج1 عقد الزواج الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية (مصر) 2000 .
19. ناصر أحمد . إبراهيم النشوى ، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح ، دار جامعة جديدة الإسكندرية 2005 .
20. أبو سنينة نضال محمد ، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط1 عمان 2011 .
21. عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، ط3 ، الجزائر 1996 .
22. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة ط2 الجزائر 2009.
23. سمارة محمد ، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون أحوال شخصية) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط1 عمان 2008 .
24. السوسي التناني ، عبد الله ابن الطاهر ، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته كتاب الأول الزواج ، مطبعة النجاح الجديدة ، ط1 دار البيضاء (المغرب)2005 .

25. بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ط1 ، الجزائر 2008 .

الفهـرس

إهداء

الشكر

مقدمة..... أ

الفصل الأول: ماهية الولاية في الفقه المالكي و ق أ ج

تمهيد الفصل..... 07

المبحث الأول: مفهوم الولاية..... 08

المطلب الأول: تعريف الولاية 08

الفرع الأول: الولاية في اللغة..... 08

الفرع الثاني: الولاية في الاصطلاح..... 09

المطلب الثاني: أنواع الولاية..... 11

الفرع الأول: من حيث أقسامها الشكلية 11

الفرع الثاني: من حيث أقسامها الموضوعية..... 12

الفرع الثالث: أنواع الولاية عند المالكية 13

الفرع الرابع: أنواع ولاية التزويج 13

المطلب الثالث: أسباب الولاية 14

المبحث الثاني: أحكام الولاية في الفقه المالكي و ق،أ،ج..... 19

المطلب الأول: شروط الولي 19

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها..... 19

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها 22

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء..... 24

الفرع الأول: ترتيب الأولياء في الفقه المالكي..... 24

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري..... 28

المطلب الثالث: حقوق وواجبات الولي 30

الفرع الأول: حقوق الولي 30

الفرع الثاني: واجبات الولي..... 31
الفصل الثاني: حكم الولاية في إبرام عقد الزواج بين الفقه المالكي و ق أ ج
تمهيد الفصل..... 35
المبحث الأول: نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة..... 36
المطلب الأول: حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة... 36
الفرع الأول: موقف الفقه المالكي..... 37
الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة 40
المطلب الثاني: عضل الولي 42
الفرع الأول: رأي المذهب المالكي في العضل..... 42
الفرع الثاني: رأي قانون الأسرة في العضل 45
المطلب الثالث: الوكالة في ولاية التزويج 45
المبحث الثاني: نطاق الولاية في عقد الزواج بالنسبة للقاصرة..... 48
المطلب الأول: حدود سلطة الولي في عقد الزواج بالنسبة للقاصر..... 48
الفرع الأول: موقف الفقه المالكي..... 48
الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري..... 50
المطلب الثاني: الولي في زواج فاقد أو ناقص الأهلية بسبب عته جنون سفه 52
الفرع الأول: موقف الفقه المالكي..... 52
الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري..... 53
المطلب الثالث: عضل الولي 54
الفرع الأول: موقف الفقه المالكي..... 54
الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري..... 55
الخاتمة..... 58
قائمة المصادر والمراجع..... 60
الفهرس..... 64