جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكـــرة مـــاستـــر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فـــرع: الحـــقوق
تخصص: قانون الأسرة
رقم: .....

إعداد الطالبة:
موسى سعاد

يوم: 2020/09/27

الولاية في عقد الزواج بين المذهب المالكي وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

دبابش عبد الرؤوف	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر	رئيسا
خلف الله ميلود	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة محمد خيضر	مشرفا
نصيغة فيصل	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر	مناقشا

السنة الجامعية: 2019 - 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

« قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ »

سورة القصص الآية – 27 –

الشكر و العرفان

الحمد لله مالك الملك سامع الصوت رفيع الدرجات غافر الزلات، الحمد لله على حلمه قبل علمه وعلى مغفرته قبل عذابه ، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات حمدا يليق بعظم منه ن وجلال وجهه ، الحمد لله ربي العالمين.

ولأن الخير خيرات ، ولأن الإحسان جزاء الإحسان أتقدم بالشكر و العرفان وخالص تقديري و جزيل شكري لكل أساتذتي وإلى كل من حاول مساعدتي و لو بدعوة بظهر الغيب أو كلمة شجعتني .

ولأستاذي الفاضل : خلف الله ميلود بأصدق الأماني وأجملها بتمام موفور الصحة و العافية جزاه الله كل الخير و الإحسان .

وشكر خاص جدا بكل ما يحمله قلبي من محبة و احترام ، و دعوات صادقة لأستاذتي الطيبة الكريمة : بوسطلة شهرزاد مع خالص الشكر والامتنان سقاها الله من خيره ورضاه وعافيته

و الشكر الموصول لأساتذة لجنة المناقشة الذين أتشرف بتقيمهم هذا العمل و قبوله دون أن أنسى أن أتقدم بخالص الشكر والاحترام إلى كل من علمني حرفا عبر مختلف مراحلي الدراسية ، فأحسن الله لهم و إليهم جميعا.

الإهداء

إلى من حيـاتي تفتقد وجوده وقلبي يرنو إلى رؤيتـه وعينان ونفسي تســـر ببسمته إلى أبي رحمة الله عليه جعله الله سبحانه برحمته في علين ، رفقة الصالحين .

إلى أمي ثم أمي ثم أمي إلى القلب الحنون ، إلى من فضلت تعبها على راحتي إلى من دعواتها رافقت توفيقي ، و صلواتها أنارت دروبي ن أطال الله في عمرهـــا ورزقها موفور الصحة و العافية.

إلى كـل من تمنى لـــي الخـير وسعد لسعـادتـــي و صدق في مودتـي و أحبـني في الله

إلى كل من دعى لي دعوة خير ولو بظهر الغيب بارك الله فيهم جميعا.

اهدي هذا العمل

قائمــة المختصرات:

- ج : جـزء
- ط : ط
- ص : ص
- ص ص : صفحة متتالية
- د ص : دون صفحة
- د س ن : دون سنة نشر
- د.ت.ن : دون تاريخ نشر
- د.د.ن : دون دار نشر
- ح ر : حديث رقم
- د ط : دون رقم طبعة
- مـ ج : مجلـد
- ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري
- ج ر : الجريدة الرسمية
- م : مـادة
- ق م : القانون المدني

مقدمـــــــة

إن الغاية الأساسية من وجود الإنسان حددها الله عز وجل بأنها عبادته تعالى مصداقا لقوله جل وعلا : { فَمَا وَجَدْنَا فِيهَا غَيْرَ بَيْتٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ} ﴿٣٦﴾ [1].

و حدد المقصود من عبادته بأنها الاستخفاف في الأرض قال تعالى :

{وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ} ﴿٣٠﴾ [2].

فتعمير الأرض لا يتحقق إلا بالاستقرار الذي يتطلب بناء أسرة و تكوين مجتمع وهذا لا يتحقق إلا بالزواج الذي رغب الإسلام فيه و دعا القادرين وحثهم على سرعة تنفيذه والحرص على تفضيل الخلق و الدين ليستقيم و يتحقق المقصود و هو السكينـة والمودة فالزواج أقدس رابطة جمعت بين رجل و امرأة، فالمرأة قبل الإسلام كانت مغرمة الحق منزوعة الكرامة، حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الشرائع القديمة (المسيحية واليهودية) حتى عند العرب في الجاهلية فكانت للأب سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج سواء كانت كبيرة أو صغيرة بكرا أو ثيبا، فيزوجها الولي ممن يختار أو يمنعها من تراه كفئا، إلى أن ظهر الإسلام فكفل لها جميع حقوقها، واعترف لها بإنسانيتها حقها في الرأي و جعلها شريكة الرجل في الدين والرأي و مقومات الحياة ، فأعطاها الحق في اختيار شريك الحياة وأوجب على وليها أخذ إذنها في تزوجها، فأعظم تشريع ضبط العلاقة الزوجية وحدد أطرها هو التشريع الإسلامي، فالزواج شرع بالكتاب و السنة وإجماع الأمة ،فهو نظام إلهي شرع لخلافة الله في الأرض و سعادة الإنسانية و التواصل و البقاء ، فلقد ذكرت عبارة الزواج في القرآن الكريم : 67 مرة و كلمة النكاح 21 مرة فلا رهبانية في الإسلام

قال تعالى:{ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} ﴿٣٢﴾ [3].

فالزواج عقد يحل العشرة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، فمتى عقد الزواج يتحقق أركانه ،وشروطه الشرعية ترتب عليه آثاره الشرعية التي شرع من أجلها،ومن شروط نفاذه أن يكون العاقد ذا ولاية و قدرة على تنفيذ أحكامه ،ولقد منح لهذا العقد عناية كبيرة

[1]-سورة الذاريات الآية :36

[2]-سورة البقرة الآية :30

[3]-سورة النور الآية : 32

من طرف الفقه و القانون فوضعوا له أركانا وشروطا منها ما اتفقوا عليه و منها ما اختلفوا فيه ، فلقد اتفق على ركنية تطابق رضا الزوجين واختلف في ركينة الأسس الباقية من صداق يدفع للزوجة كحق شرعي لها ، إضافة إلى شاهدين عدل ، يشهدان إقامة حدود الله في هذا الميثاق الغليظ وضرورة ولي ناصر، قريب عاقلا، يحقق الهدف من الولاية والأصل في الولاية أنها أولا و أخر لله عز وجل بقوله جل وعلا في كتابه الكريم {إِنَّ وَلِيِّيَ اللَّهُ الَّذِي نَزَّلَ الْكِتَابَ وَهُوَ يَتَوَلَّى الصَّالِحِينَ} ﴿١٩٦﴾[1].

وهي محدودة بحدود الله كمسؤولية شرعية و من المسلم به أن الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا للتشريع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية والإسلامية، باعتبارهم مجتمعات مسلمة ، إلا أن المجتمع الجزائري مر بمراحل مختلفة فما يخص تشريع الأحوال الشخصية ،فبعد الاستقلال لم ينل جزءا من استقلاله التشريعي بالرغم من صدور القانون رقم 63-244 بتاريخ 1963/06/29 ، والمتعلق بتحديد الزواج و تسجيله ، وظل الشعب الجزائري طوال 21 سنة بلا قانون في الأحوال الشخصية، إلى أن صادق البرلمان الجزائري على ق أ ج رق 84-11،متوافقا مع المذهب المالكي فيما رآه في مسألة الولي باعتباره مذهبا إسلاميا له رؤيته الخاصة لهذه المسألة ن فقد وافق الجمهور في بعضها واختلف معهم في البعض الآخر، فالميزة الجوهرية لهذا القانون أنه قانون مستمد من الشريعة الإسلامية ومتناسبا مع عرف المجتمع وعاداتـه، بالرغـم من الثغرات والانتقـادات التي وجهت له و التي كانت محل نقاش بين رجال الدين و القانون و السياسة.

فالتشريـع الإسلامـي ظل طيلة قرون مهيمن على جميـع مناحـي الحياة في البلاد العربيــة والإسلامية عموما ، لكن الأسباب عدة استبعدت الشريعة الإسلامية تدريجيا من شتى جوانب الحياة ، و تأثرت المنظومة التشريعية في كثير من البلاد الإسلامية بالقوانين الغربية ، غير أن الجانب الوحيد الذي حاول الصمود نوعا ما في وجه التغيير هو جانب الأحوال الشخصية .

إلا أن المشرع الجزائري ونظرا لعدة أسباب و تدخلات اتجه هو أيضا إلى هذا التعديل تماشيا مع أحكام الاتفاقيات الدولية لاسيما قواعد حقوق الإنسان ، بالإضافة إلى دور الجمعيات الضاغطة وعلى رأسها الجمعيات النسوية التي تدافع عن حقوق المـرأة و تطالب

[1]-سورة الأعراف الآية 196.

بمساواتها مع الرجل ،و تحت تأثيرات خارجية قام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، و كانت الولاية في عقد الزواج من أهم المسائل التي مسها هذا التعديل .

فهل التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري في قانون الأسرة خالفت المذهب المالكي أم اتفقت معه ؟

الأمر الذي يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية :

ما مدى موافقة المشرع الجزائري المذهب المالكي في الولاية على عقد الزواج ؟

أهمية الموضوع :

يعد البحث في موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع الهامة:

- نظرا لخصوصية الشرعية، و الأخلاقية ، و النفسية ، و الاجتماعية و القانونية أيضا.

- موضوع مصيري و مؤثر لتعلقه بمصير العلاقات الأسرية خاصة و الروابط الاجتماعية عامة .

- الولاية مقصد شرعي إلهي جعله الله سبحانه و تعالى إكراما للمرأة ، ورفعة لشأنها .

- الولاية في عقد الزواج تمس الإنسان باعتباره و ليا أو مولى عليه .

- أهمية الولاية مستمدة من أهمية عقد الزواج

أهداف الدراسة : من الأهداف المهمة المرجوة من هذه الدراسة :

- تبيان مدى أهمية الولي و دوره في هذا العقد شرعا و فقها و قانونا .

- إعادة الاعتبار له في زواج القاصرة والراشدة على حد سواء تطبيقا للشريعة الإسلامية وما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

- إظهار الحكمة من الولاية في هذا العقد على المرأة و مفهومها الإيجابي .

-التحذير مما قد ينجم عن هذا التقليص و التهميش لدور الولي .

– التأكيد على أن الله سبحانه ما حثنا على أمر أو نهانا عنه إلا لخيرنا وتحقيق مصالحنا لحكمة يعلمها هو سبحانه.

ولقد واجهتنا خلال عملية البحث هذه بعض الصعوبات من أهمها : نقص المراجع المتخصصة ، وعلى رأسها المراجع الجزائرية متعلقة بآخر التعديلات إلي قام بها المشرع الجزائري .

أسباب الدراسات السابقة:

لقد كانت الولاية في الزواج محلا لدراسات سابقة من قبل الكثير من الفقهاء ، كما كان موضوعا هاما و مميزا في كتب الفقه و القانون قديما و حديثا و من أهم كتب الفقه المالكي التي تعرضت لمسألة الولي :

ابن جزي في كتابه قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية ، وابن رشد في كتابه بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، والحطاب محمد بن محمد في كتابه مواهب الجليل لشرح مختصر خليل الدسوقي في كتابه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير و القرافي في كتابه الذخيرة ، كما تم طرحه أيضا من خلال دراسات مقارنة لولاية الزواج بين الفقه و القانون و منها ما نسخ على شكل كتاب مثل : كتاب الولاية في النكاح للدكتور عوض بن رجاء العوفي .

وكذلك رسالة ماجستير للأستاذ : قاضي السعيد المعنونة بـ: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، و كذلك أطروحة الدكتوراه بعنوان " شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي للدكتور شهيباني سمير.

أسباب اختيار الموضوع:

لأن الولاية مقصد شرعي محدود بحدود الله محاولة و لو بسيطة إلى دراسة هذا البحث بطرح مختلف و شكل جديد برغم ما يشوبه من نقص.

وإكراما مني لكل ولي يفرحه كثيرا توليه عقد زواج ابنته و يحزنه أيما حزن اختيارها لغيره وليا لها في عقد زواجها .

ولأن الولايــة في عقد الزواج وسيـلة للترابط الأسـري و التواصـل الاجتمـاعي فلماذا كل هذا الإنكار لها والتقليل منها .

المنهج المتبع:

لقد اعتمدنا غي بحثنا هذا على المنهج الوصفي المتناسب توضح مسألة الولاية في عقد الزواج و شرح أحكامها وأسبابها ن و شروطها وسرد الأدلة الدالة على وجوب الولي كذلك تمت الاستعانة أيضا بالمنهج التحليلي ليتسنى لنا معرفة المزيد عن هذه المسألة لأنها من المواضيع الجوهرية التي تستوجب الإطلاع لأنها تمس كل بيت من بيوت المسلمين إضافة إلى استخدام الأسلوب المقارن باعتباره أنجح الأساليب و أكثرها ملائمة لمثل هذه الدراسات التي تستدعي معرفة نقاط الاختلاف والاشتراك لقانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعده ، ومدى موافقتها للمذهب المالكي كما يساعدنا أيضا غلى معرفة الثغرات والتناقضات والفراغات التشريعية في هذا القانون خاصة و أن مسألة التعديل قد طرحت جدلا واسعا.

التقسـيم :

ومـن أجـل دراسـة أغلب جـوانب هـذا الموضـوع سنحـاول الإجابـة علـى إشكاليـة البحث المطروحة من خلال معالجة فقهية وقـانونيـة تتضمن : الولاية في عقد الزواج في المذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعده و مدى تماشها وتناسبها مع المذهب المالكي و هذا من خلال خطة مزدوجة تتضمن فصلين و كل فصل به ثلاث مباحث كالتالي:

الفصل الأول: الولاية في عقد الزواج في المذهب المالكي

المبحث الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج و أنواعها

المبحث الثاني : مشروعية الولاية في عقد الزواج و أسبابها

المبحث الثالث: شروط الولي عند المالكية و ترتيب الأولياء

الفصل الثاني : الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : الولاية في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11

المبحث الثاني : ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11

المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وفقا للأمر رقم 05-02

الفصل الأول

الولاية في عقد الزواج في المذهب المالكي

الفصل الأول : الولاية في عقد الزواج في المذهب المالكي.

لعقد الزواج شروط خاصة و لكل ركن شروط عديدة و مختلفة و قد وقع الخلاف في بعض الأركان أهي كذلك أم هي مجرد شروط.

ومرد الخلاف في ذلك يعود إلى معنى الركن و معنى الشرط ، فالركن عند جمهور الفقهاء ما به قوام الشيء ووجوده فلا يتحقق إلا به ، أو ما لابد منه ، و بعابرتهم الشهيرة وهو مالا توجد الماهية الشرعية إلا به ، أو ما تتوقف عليه حقيقية الشيء سواء كان جزءا منه أم خارجا عنه، أما الشرط عندهم فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس جزء من ماهيته[1].

ولقد شرعت الولاية في الإسلام عموما حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ، و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و تهدر، و ذلك لأن الإسلام الحنيف يعتبر المجتمع وحدة متماسكة ، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام به الشارع من يتولى أمره و يحقق له النفع و يدفع عنه الضرر .

و الولاية تنقسم إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة منها أنها قد تنقسم الى ولاية على المال وولاية على النفس وولاية على النفس والمال معا، والولاية على النفس هي التي تعنينا في هذا المقام لأن ولاية الزواج جزء من الولاية على النفوس، والولاية على النفس تكون في المسائل المتعلقة بشخص الإنسان، أو بشخص المولى عليه كولاية التزويج و غيرها ، و قد تكون ولاية قاصرة أو متعدية.[2]

إن علاقة الزواج بالولاية تتضح من خلال تحقيق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرع الزواج ، والحديث عن أهمية الولاية وتعريفها و بيان أحكامها مستمدة من أهمية عقد الزواج بحد ذاته و سنحاول بداية تعريف الولاية في عقد الزواج مع الإشارة إلى أنواعها ، ثم بيان مشروعيتها و الحكمة منها.

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله،**الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**.ط1 ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2007 ، ص50

[2]–جابر عبد الهادي، سالم الشافعي ، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج**. د. ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ،2008 ، ص243.

المبحث الأول : تعريف الولاية في عقد الزواج و أنواعها

لقد تعددت وجهة النظر في حكم الولاية و اختلفت الآراء حولها في عقد الزواج ، فمنهم من عرفها معتمدا على مفهومها العام ، و منهم من اكتفى في تعريفها على ولاية الإجبار .

و تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام ولاية على النفس ، ولاية على المال ، و ولاية على النفس و المال معا ، و الولاية على النفس هي ما يهمنا ، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج .

المطلب الأول : تعريف الولاية في عقد الزواج .

الولاية في الزواج هي : السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه و لغيره.[1]

الفرع الأول : لغـة:

الولاية بكسر الواو لغة : هي المحبة و النصرة ، و منه قوله تعالى :

{ وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ} ﴿٥٦﴾ "[2]

- و الولي : القرب و الدنو ، يقال تباعد بعد ولي .[3]

و الولي له معان كثيرة منها : المحب و هو ضد العدو واسم من والاه إدا أحبه ، و الصديق و النصير.

- والولاية بالكسر السلطان .

قال تعالى : **{ أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ} ﴿١٠٧﴾**[4]

يقال : هم علي ولاية : أي مجتمعون في النصرة [5]

و قال سيبويه :" الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل : الأمارة و النقاية لأنه اسم لما توليته و قمت به ، فإذا أرادوا المصدر فتحوا.[6]

---

[1]–بلخير سديد ، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري دراسة مقارنة** . دار الخلدونية ، الجزائر 2009.

[2]–سورة المائدة الآية 56.

[3]– ابن فارس أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، **معجم مقايس اللغة**. ط2، دار الفكر ، لبنان 1998، ص 1104.

[4]–سورة البقرة الآية 107.

[5]– نضال محمد أبوسنينة ، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية** .ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ، 2011 ، ص 32.

[6]– اسماعيل بن حماد الجوهري ، **تاج اللغة و صحاح العربية** . تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، ط2 ، دار العلم للملاين ، بيروت .1979 ، ص 2528

و أيضا يسمى متولى العقد و ليا ، قال تعالى :{ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ}.[1]

و ولي المرأة : الذي يلي عقد نكاحها و لا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه ، و الولي الفعيل بمعنى الفاعل : و هو من توالت طاعته من غير أن يتخلله عصيان أحد ،ومنه الحديث " أيما امرأة نكحت بغير إذن مولاها ، و رواه بعضهم بغير إذن ويلها [2]

إذن فالولاية من كل ما سبق تشعر المتتبع أنها القيام على شؤون الغير و متابعتها ، وتدبير أمره بما يصلح حاله [3].

و الولي في النكاح هو : الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا[4] يصح بدونه ، و قال ابن الأثير: " و كأن الولاية (أي بالكسر) تشعر بالتدبير و القدرة

و الولي في الدين هو الولي ،و منه قوله تعالى:

{وَإِنْ يُرِيدُوا خِيَانَتَكَ فَقَدْ خَانُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ فَأَمْكَنَ مِنْهُمْ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ} ﴿٧١﴾ [5].

الفرع الثاني : اصطلاحا :

بالنسبة لفقهاء المالكية وفيما يخص الولاية ففي هذا الصدد لم يذكروا تعريفا معينا للولاية فقد اعتبروها تلك الولاية الأصرة الموجبة للإرث . [6]

---

[1]– سورة البقرة الآية 282

[2]– سليمان ابن الاشعث السجستاني، **سنن ابي داود مع حكم الالباني .تحقيق مشهور بن حسن أل سلمان،ط2،مكتبة المعارف ،السعودية 1417** .

[3]–نضال محمد أبو سنينة ، المرج السابق ، ص 33.

[4]–عوض بن رجاء العوفي ،**الولاية في النكاح**.ج1 ،ط1 ،الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية 2002 ،ص 24 .

[5]–سورة الأنفال الآية 71.

[6]–وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية**. ج 45 ، ط1، وكالة يوم النحر ، الكويت ، 2006 ، ص 136.

حيث ذكر ابن جزي للولاية خمسة أنواع " ولاية الإسلام " و لا يورث بها إلا مع عدم غيرها و ولاية الهجرة ، و كانت يتوارث بها في الإسلام ثم نسخت و ولاية القرابة ، و ولاية العتق و الميراث بهما ثابت.[1]

وهذا لا يعد تعريفا لولاية الزواج لأنه ذكر أنواع الولاية الموجبة للإرث ، لكن يمكن استنتاجها من قولهم : " لا نكاح إلا بولي و صداق ، و شاهدي عدل [2].

إلا أن الولي كما عرفه ابن عرفه هو :" من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام " [3]

ويتبين لنا من هذا التعريف أن الولي في عقد الزواج هو من له سلطة على المرأة قررها له الشارع بسبب الملك في حالة الأمة أو بسبب كونه أبا أو عصب كالأخ الشقيق أو الأب أو العم ، أو كونه وصيا أو كافلا ، أو حاكما للبلاد و يدخل معه القاضي أو سبب ولاية الإسلام إن عدم ما سبق ذكرهم .

وبالتالي فإن هذا التعريف أكد على أن الولاية سلطة شرعية .

مع ملاحظة أنه لا توجد سوى بعض التعريفات اللغوية القريبة ولا يوجد تعريفات اصطلاحية سوى ما وجد في أسهل المدارك و الذي جاء فيه أن الولاية هي :" صلاحية

للأب أو من يقوم مقامه تخوله الاضطلاع بتزويج المرأة أنيط به القيام بذلك .[4]

وأقرب التعريفات إلى هذه الولاية في الزواج ما ذكر في تكملة المجموع :" من له على المرأة ملك و أبوة ".[5]

---

[1]– محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي ، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التشبيه على مذهب الشافعية ، و الحنفية و الحنبلية** . د.ط ،مطبعة وزارة الأوقاف ، الكويت ، د س ن ،ص، 561 .

[2]– مالك ابن أنس بن عامر الاصبحي، **الموطأ** ، ط 10 ، دار النفائس ، بيروت 1987 ، ص 525.

[3]–ابن قاسم الأنصاري ، ابو عبد الله التونسي المالكي ، **الهدية الكافية الشافية ، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية** . د. ط ، المكتبة العلمية ، لبنان ،دس.ن ، ص 156 .

[4]– ابو بكر ابن حسن الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك** ، ط2 ، المكتبة العصرية ، لبنان ، د.س.ن، ص ص 69–71.

[5]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 37.

الفرع الثالث : شرعـا

و هي حق يستطيع الإنسان به تنفيذ قوله ، رضى الغير أم أنكر، أيضا هي سلطة شرعية أو حق شرعي يخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات ، و جعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف لنفسه أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الغير أو هي سلطة شرعية يتمكن بها الشخص من انشاء العقود و التصرفات و تنفيذها على الوجه الأكمل [1].

و الحاصل : أن الولي هو من يزوج المرأة إذا تقدم إليها من يرغب في زواجها .

المطلب الثاني : أنواع الولاية في الزواج عند المالكية :

قبل الخوض في هذه المسألة لا بد من توضيح أصناف النساء ثم بيان مواطن الاتفاق و الاختلاف ، فأصناف النساء أربعة :

1 – البكرة الصغيرة التي لم تصل إلى درجة البلوغ.

2 – الثيب الصغيرة و هي التي زوجت ثم مات عنها زوجها ، أو طلقت و لم تصل بعد درجة البلوغ.

3 – البكر البالغ .

4 – الثيب البالغ.

هذه هي أصناف النساء و قد اتفق الفقهاء في اثنتين و اختلفوا في اثنتين

أ – **محل الاتفاق :**

* **البكر الصغيرة** :لقد اتفق المالكية مع العلماء على أن لأبيها أن يجبرها على الزواج ، و ليس له استئذانها ، بل أن عبارتها ساقطة فرضاها و عدمه سواء.

[1]–محمد مصطفى شحاته الحسني ، **الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية ، و الوقف**. د .ط ، مطبعة دار التأليف ، جامعة الأزهر ، مصر1976، ص 37 .

***الثيب البالغ:** يرى المالكية و الشافعية أن المرأة إذا كانت ثيبا لا يزوجها الولي إلا بعد استئذانها برضاها فإنه لا بد من التصريح بالرضا لفظا[1].

حيث قال الرسول صلى الله عليه و سلم :" الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر بستأذنها أبوها و إذنها سكوتها" [2].

–أما ابن تيمية : فقوله أن الثيب البالغ لا يجوز تزوجها بغير إذنها ولا لغيره با جماع المسلمين و بالتالي فإن للمرأة الحق في الموافقة على زواجها دون ضغط أو إكراه أو تدليس و ذلك لقول نبي الرحمة (ص) :" **الأيم أولى بنفسها ، و البكر تستأمر في نفسها**" [3]

ما اللتان اختلف الفقهاء فيهما :

1 الثيب الصغيرة :

لقد ذهب مالك و أبو حنيفة و أحمد إلى أن الثيب الصغيرة يزوجها أبوها و حجتهم في ذلك القياس ، و ذلك أنهم قاسوا الثيب على البكر الصغيرة .

فأبو حنيفة يرى العلة هي الصغيرة لا البكارة ، وهي موجودة في الثيب الصغيرة ، بينما يرى مالك أن العلة هي الصغر ، أو البكارة فإيهما وجد حصل به جواز الإجبار، و واضح أنهما قد خصصا عموم الأدلة بالقياس .

2 البكر البالغة :

لقد ذهب مالك إلى أن البكر البالغة .العاقلة يحق لأبيها اجبارها ، وإن كان يستحب له استئذانها و حجتهم في ذلك :

---

[1]–محمد خضر قادر ، **دور الإرادة في أحكام الزواج ، و الطلاق و الوصية ، دراسة فقهية مقارنة** ، ط1،دار البارودي ، عمان ، 2010، ص 191 .

[2]– مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم** ط1، تحقيق محمد عبد الباقي، دار صادر، لبنان ، 2004 ، ص 511.

[3]– النميري تقي الدين ابو العباس احمد بن عبد الحليم، **احكام الزواج**.ط1 ،دار الكتب العلمية ، لبنان، 1988، ص 115.

أ – **الحديث** : (الأيم أحق بنفسها من وليها ، و البكر تستأذن و إذنها صماتها) ، فدل قوله (ص) (الأيم أحق بنفسها من وليها) على أن البكر ليست كذلك فوليها أحق منها بها ، فيكون الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة الذي يعتبر دليلا عندهم .[1]

ب – القياس : لقد جعل الإمام مالك العلة في الإجبار هي الصغر و البكر [2].

جـ – عمل أهل المدينة : و هو استدلال خاص بالإمام مالك لكن ذهب أبو حنيفة إلى وجوب استئذان البكر البالغة فلا يجوز اجبارها .

–لقد تضاربت آراء الفقهاء في سلطة الولاية على المولى عليها و ذلك راجع إلى اختلاف المولى عليه بين أن يكون صغيرا أو كبيرا ، أو ثيبا هذا من جهة ، ومن جهة أخرى في اختلاف الأشخاص الذين يمارسنها .

و أصناف الولاية عند القائلين لها هي : نسب ، و سلطان ، و مولى أعلى و أسفل ، و مجرد الإسلام عند مالك صفة ، تقتضي الولاية على الدنيئة ، واختلفوا في الوصي فقال مالك يكون الوصي وليا ، و منع ذلك الشافعي .[3]

والولاية عند المالكية ولايتان أو قسمان : ولاية خاصة ، و ولاية عامة . [4]

الفرع الأول : الولاية الخاصة و الولاية العامة

أولا: الولاية الخاصة :

وتثبت لأشخاص معينين : الأب و وصيه ، القريب العصبة ، الولي و السلطان و الكافل.

وتنقسم إلى أربعة أقسام :

1– ولاية نسب : و هي على مراتب أعلاها الأب .

---

[1]– جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف ، الزيلعي ، **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألماعين في تخريج الزيلعي** ، ط1، تحقيق محمد عوامة دار القبلة لثقافة الإسلامية – الجدة– ، بيروت ، لبنان ، 1997 ، ص 196.

[2]–عبد القادر حرز الله ، المرجع السابق ،ص 58.

[3]–بن رشد محمد بن احمد الحفيد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، ج3 ، ط1، تحقيق محمد صيحى حسن حلاق ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، د.س.ن، ص 27.

[4]–محمد ابن أحمد بن جزي الغرناطي ، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية** . د .ج ، د. ط ، دار ابن حزم ، د.ب.ن، ص 199.

2- ولاية تقديم : و هي على وجهين : تقديم من قبل الأب ، و تقديم من قبل السلطان .

3- ولاية السلطان

4 - ولاية حضانة و كفالة .[1]

والولاية بالكفالة هي أن يكفل الرجل امرأة فقدت والدها وغاب عنها أهلها ، فقام بتربيتها مدة خاصة ، فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها ، و يشترط لثبوت هذه الولاية شرطان

أحدهما :أن تمكث عنه زمنا يوجب حنانه و شفقته عليها بالفعل ، فلا حاجة لتقدير زمن معين كأربع سنوات أو عشر على الأظهر .

و الثاني : أن تكون شريفة ، و الشريفة هي ذات الجمال ، أو المال فإذا كانت ذات جمال فقط أو ذات مال فقط ، زوجها الحاكم و رجح المالكية أن ولاية الكفيل عامة تشمل الشريفة و الدنيئة .

أما بالنسبة للوكالة في النكاح ، فإن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ، مع ملاحظة أنه لا فرق بين الوكالة و الإيصاء ، لأن الوصي وكيل بعد الموت ، و الوكالة تنقطع بالموت.

ثانيا :الولاية العامة :

وهي ولاية الإسلام وتثبت بسبب واحد و هو الإسلام ، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم ، بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها ، بشرط أن لا يكون لها أب

أو وصيه ، و يشرط أن تكون دنيئة لا شريفة ، و الدنيئة في هذه الحال هي المفتقدة للجمال و المال ، و الحسب و النسب ، و الخالية من النسب هي بنت الزنا ، أو المعتوقة من الجواري أما الحسب فيقصد به كرم الأخلاق ، كالعلم و الحلم ، و الكرم و التدبر و نحوها من مكارم

الأخلاق.

و الأصل في ولاية الإسلام (العامة):

[1]-الحبيب بن طاهر ، **الفقه المالكي و أدلته** ،ج3، ط3 ، مؤسسة المعارف ، لبنان ، 2005، ص .207.

أ – قوله تعالى:

{ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ} ﴿٧١﴾[1]

فإذا أوكلت الدنية ، كالمعتقة و المسكينة –أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان ، أو فيه ولكن يعسر الوصول إليه ، ولا و لي لها ، جاز و إن أسلمت على يديه أو أبوها لا يصير بذلك أولى من غيره ، و كذلك الكافل في الدنية ، و لو وكلت ذات القدر غير وليها فزوجها فرضي الولي توقف فيه مالك .

فإن كانت المرأة شريفة فلا يصح لها نكاح إلا بولي ، و إن كانت دنيئة صح نكاحها بالولاية العامة ، فيصح أن تجعل أمرها إلى رجل صالح من المسلمين فيعقد لها ، و يصح نكاحها و لو تولى الزوج العقد بنفسه ، و هذا القول مشهور عن الإمام مالك رحمه الله [2].

إن الظاهر في توجيه هذه الرواية للإمام مالك رحمه الله : هو النظر منه إلى المصلحة في نكاح من هذا شأنها من النساء ، و يدل على ذلك قول الباجي في المنتقى : " ووجه رواية الإجازة أن الدنيئة يتعذر عليها رفع أمرها إلى الحاكم ، فلو كلفت ذلك لأضر بها و تعذر نكاحها ."[3]

و كذلك تعليل بعضهم الجواز بقولهم : " لأن كل واحد كفؤ لها " [4]

نقـد: و قد حكى القرطبي عن ابن عبد البر قوله : " وأما تفريق مالك بين المسكينة والتي لها قدر ، فغير جائز

[1]– سورة التوبـة الآيـة : 71

[2]–عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق ،ص 239.

[3]–القاضي أبو الوليد الباجي ، **المنتقى شرح موطأ مالك**. ج3، ط2، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2009 ، ص 270 .

[4]–ابن عبد البر النمري القرطبي ، **الكافي**. ج1 ، ط4، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2012، ص 432 .

لأن النبي (ص) قد بين أحكامهم فقال : "المسلمون تتكافؤ دماؤهم [1]"

و إن كانوا في الدماء سواء فهم في غير ذلك شي ء واحد .[2]

– ثم حكي القرطبي أدلة اشتراط الولاية في النكاح ، و عقب عليها بقوله : " و لم يفرقوا – أي المشترطين – بين دنية الحال و بين الشريفة ، لإجماع العلماء على ان لا فرق بينهما في الدماء لقوله عليه الصلاة و السلام : (المسلمون تتكافؤ دماؤهم) و سائر الأحكام كذلك ، و ليس في شيء من ذلك فرق بين الرفيع و الوضيع "[3] و قال ابن حزم " و أما قول مالك فظاهر الفساد ؟ لأن لا فرق بين الدنيئة و غير الدنيئة ، و ما علمنا الدناءة إلا معاصي الله تعالى و أما السوداء و المولاة فقد كانت أم أيمن[4]

رضى الله عنها سوداء و مولاة ، و والله ما بعد أزواجه عليه الصلاة و السلام في هذه الأمة امرأة أعلى قدرا عند الله تعالى و عند أهل الإسلام كلهم منها.

وأما الفقيرة : فما الفقر دناءة ، فقد كان في الأنبياء عليهم الصلاة و السلام – الفقير الذي أهلكه الفقر ، و هم أهل الشرف و الرفعة و قد كان هارون ، و فرعون و هامان من الغنى بحيث عرفا و هم أهل الدناءة و الرذالة حقا.

وقد رآى عوض بن رجاء العوفي أن هذه الرواية عن مالك رحمه الله ، تحتاج إلى تحقيق في صحتها ، و ما يقصد بها قبل و الله أعلم :" – أن مالك إنما قصد بها – إن صحت عنه امرأة لا مطمع فيها و لا ولي لها ، مجبرا كان أو غير مجبرا إلا الحاكم ولا قدرة لها على رفع أمرها إليه فإذا كان حالها كذلك فما السبيل إلى نكاحها ؟ و من وليها غير ما فعلت من إسناد أمر نكاحها إلى رجل من المسلمين فينكحها [5].

---

[1]–محمد ناصر الدين الألباني ، **مختصر إرواء العليل في تخريج أحاديث منار السبيل** . ج2، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن ، ص 439.

[2] – محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** . ج3، ط2،الرسالة ،لبنان 2006، ص 76 .

[3]–عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ، ص244.

[4]– هي أم أيمن مولاة رسول الله (صل) ، و أم أسامة بن زيد أيضا، و اسمها " بركة بنت ثعلبة ".

[5]–عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ، ص 246.

ب – عن سعيد بن المسيب أنه قال : عمر بن الخطاب :لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطات[1].

و الولاية العامة تجوز إذا تعذرت الولاية الخاصة .

– و رغم تضارب الفقهاء في سلطة الولاية في الزواج على المولى عليه إلا أنهم اتفقوا على تقسيمها إلى نوعين : 1 – ولاية إجبار 2– ولاية اختيار .

الفرع الثاني : ولاية الإجبار و ولاية الاختيار :

أولا : ولاية الإجبار :

وهي حق للولي تزويج بعض من له عليه الولاية ، بدون إذنه و رضاه ، و يختص الولي المجبر بتزويج الصغير و الصغيرة ، و الكبيرة و الكبير إذا جنا، و الكبيرة البالغة العاقلة إذا كانت بكرا حقيقة أو حكما ، فللولي المجبر تزويج هؤلاء ، بدون استئذان و رضا بشروط.

– قال المالكية : الولي المجبر هو الأب لا الجد ، و وصي الأب بعد موته بشرط أن يقول له : أنت وصي على بناتي أو بنتي ممن أحببت ، أو أنت وصي على أن تزوجها من فلان ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الإجبار كالأب [2].

ولكن بشروط أن يزوجها بمهر المثل ، لرجل غير فاسق .

أو يزوجها لمن عينه له الأب .

أما إذا قال له : أنت وصي على بناتي أو بنتي ، و لم يذكر التزويج ففيه خلاف، والراجح أنها لا يكون بذلك وليا مجبرا.

و الثالث المالك فإنه له الحق في جبر إمائه [3]

و هذه الحالة لم تعد محققة في زمننا هذا .

و للأب جبر إبنته ، و لو بدون صداق المثل و لو لأقل حال منها أو لقبيح المنظر، وذلك :

أ– البكر ب – الثيب الصغيرة ، جـ – البالغة إذا زالت بكارتها بزنا أو عارض.

---

[1]–الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص 207.

[2]–التواتي بن التواتي ، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، ج4، د.ط، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1969 ، ص 29.

[3] – الحبيب بن طاهر ،المرجع السابق، ص 207.

ثانيا : ولاية الاختيار (الشركة).

وهي حق للولي تزويج من في ولايته برضاها ، و إذنها فيتعذر عليه أن يستبد بتزويج المولى عليها دون ذلك ، بل لا بد منه ، و اتفق المالكية على أن الولي غير المجبر ، و إن كان يتوقف عليه العقد ، لكن ليس له أن يباشره بدون إذن من له عليها الولاية و رضاها بعد استئذانها ، فلا بدا من اللفظ الصريح بالرضا [1]و ذلك تصديقا لقوله (ص) : " **الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر يستأذنها أبوها ، وإذنها سكوتها** [2] " أوضمنا إذا كانت بالغة هذا في الكبيرة .

مع ملاحظة أن ولاية الإختيار تثبت لكل الأولياء عموما ولا فرق بين ولي و ولي ، فلا يراعي ترتيب الأولياء فيها [3].

أما الصغيرة فقد اتفقوا على أنه ، إذا كانت دون تسع سنين فإنه لا يجوز للولي غير المجبر زواجها بأي حال من الأحوال .

ثم اختلفوا بعد ذلك فقال المالكية : إذا بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد إن لم تتزوج فللولي أن يزوجها بإذنها.

أما فيما يخص رضاها صراحة أو صمتها ، قولان أرجحهما صمتها ، ولكن على الولي أن يشاور القاضي [4].

يستخلص مما سبق أن ولاية الإجبار عند المالكية تثبت بالبكارة و الصغر و الجنون ، فيقع الإجبار للبكر و إن كانت بالغا ، و للصغيرة و إن كانت ثيبا و يستحب استئمارها و الولي المجبر عندهم أحد الثلاثة : مالك الأمة و العبد ، فالأب ، فوصي الأب عند عدم الأب .

أما ولاية الاختيار تخص العصبة ، ثم المولى (من أعتق المرأة ثم عصبته) ثم الكافل ، ثم الحاكم و قرابة العصبة كالابن و الأخ و الجد و ابن العم لا يزوجون إلا البالغة بإذنها و تأذن الثيب بالكلام ، و البكر بالصمت.

---

[1]–محمد خضر قادر ، المرجع السابق ،ص 186.

[2]– أبو الحسن مسلم بن الحجاج ، المرجع السابق ، ص 511.

[3]–نور الدين أبو لحية ، **الضوابط الشرعية لحماية الزواج ، الولاية في الزواج** .نقلا عن الموقع :

http……hoursolom.freefrily.htm ، بتاريخ 2020/07/13 على الساعة 16.19

[4]–عبد الرحمن الجزيري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**. ج4 ،ط 1 ،المكتبة التجارية الكبرى،مصر 1969، ص 52

فالولي غير المجبر يزوج البالغ لا الصغيرة ، بإذنها و رضاها ، سواء كانت البالغ بكرا أو ثيبا.

الفرع الثالث : من تثبت عليهم ولاية الإجبار

أ-**البكـر** : ودليل جبر الأب لأبنته البكر قوله تعلى :{ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} ﴿٣٢﴾**[1]

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بانكاح الأيامى من الأحرار و العبيد و لم يذكر في ذلك استئمار .

وقوله تعالى أيضا: **{ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ }﴿٢٧﴾**"[2]

و هذا استدلال يشرع ما قبلنا إذا لم يقم دليل على نسخه و هو قول مالك ، وهذا على القول بأن البنتين كانتا بكرين[3]

أما البكر غير ذات الأب أي اليتيمة فإنها لا تجبر و دليل ذلك حديث" تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، و إن أبت فلا جواز عليها [4]"

روى مالك في الموطأ أنه بلغه : أن القسم بن محمد و سالم بن عبد الله كانا ينكحان الأبكار لا يستأمرانهن [5]" .

---

[1]– سورة النور الآية 32

[2]–سورة القصص الآية 27

[3]–الحبيب بن طاهر، المرجع السابق ، ص 211.

[4]-ابو داود سليمان بن الأشعث ، **السنن** . ج2، ط1 ، دار الكتب العلمية ،لبنان ، د.س.ن ،ص 127 .

[5]-محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك** ، ج2، د.ط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، د.س.ن، ص 127.

روى أيضا أنه بلغه : أن القاسم بن محمد و سالم بن عبد الله و سليمان بن يسار كانوا

يقولون في البكر :" يزوجها أبوها بغير إذنها : إن ذلك لازم لها "[1]

أما استثناء المالكية في المشهور – البكر المعنسة أو المرشدة أو التي قامت في بيت الزوجية سنة كاملة ، ثم فارقها زوجها ، و أنكرت مسيسه لها ، و شهدت مشاهد النساء فهؤلاء لمعرفتهن ، غالبا – بأمور نكاحهن – فأشبهن الثيبات المكلفات .

قال الخرشي في توجيه رواية عدم إجبار البكر المعنسة : لأنها لما عنست صارت كثيب و منشأ الخلاف : هل العلة البكارة ؟ و هي موجودة ، أو الجهل لمصالح النساء ؟و هي مفقودة و هو ظاهر تعليلهم أيضا في البكر المرشدة أو التي أقامت في بيت زوجها سنة ، ثم فارقها فأنكرت مسيسه .

ب- الولاية على الصغار :

لا يجوز أن يباشر الصغير عقد زواجه لنفسه بنفسه ، لأنه ليس بأهل لمثل لهذه التصرفات فيجوز إجبار الصغير على الزواج و دليل ذلك عن عائشة رضى الله عنها أن : " أن النبي صلى الله عليه و سلم تزوجها و هي بنت ست سنين و أدخلت عليه و هي بنت تسع و مكثت عنه تسعا"

فإذا كانت صغيرة ، دون بلوغ جاز لوليها أن يزوجها بغير استئذانها لأنها لا تستطيع أن تقدر مصلحتها كما يجب .[2]

و بما أن الصغير لا يعرف مصلحة نفسه في الزواج ، و مصلحته في اختيار من تكون زوجة له مستقبلا ، فقد منع المالكية ، و جميع الفقهاء مباشرته عقد زواجه لنفسه ، و أعطوا الولي كامل الأهلية للقيام بتزويج الصغيرة و الصغير.[3]

-الثيب الصغيرة :

---

[1]- المرجع نفسه ، ص- ص 127،128.

[2]- محمد رواس قلعرجي ، **موسوعة فقه عمر بن الخطاب** . ط4، دار النفائس ، لبنان 1989 ، ص ،843 .

[3] -اسماعيل أمين نواهضة ، أحمد محمد المومني، **الأحوال الشخصية فقه النكاح** ، د.ط ، دار المسيرة ،د.ب.ن 2010 ، ص9

وهي التي لم تبلغ و تأيمت ، بعد أن تزوجت ، فالأب جبرها لصغرها ، اذ لا عبرة لثبوتها في هذه الحالة ، و أدلة ذلك هي أدلة جبر البالغة و الغير بالغة ، لأنه علة جبر الأب ابنته البكر ، الصغر و البكارة ، فهما علتان كل واحدة منهما توجب الإجبار بانفرادها ، فإذا ارتفعت البكارة قبل ارتفاع الصغر كان من حقه أن يزوجها لعلة الصغر حتى تبلغ ، كما أنه اذا ارتفع الصغر قبل ارتفاع البكارة ، كان له من حقه أن يزوجها بعلة البكارة حتى ترتفع أيضا .[1]

وهو قول ابن القاسم و أشهب ، و تجبر مطلقا عند سحنون .

إذا زالت بكارة البنت البالغة بزنا ، و لو تكرر منها حتى زال جلباب الحياء عن وجهها ، او ولدت منه فان للأب جبرها و كذلك اذا زالت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة و نحو ذلك ، فله جبرها .

ووجه الاستدلال عدم سقوط حق الأب في الجبر بالزنا ، ان زناها بجعلها متهمة ان تكون قصدت رفع الولاية عن أبيها عنها بما أحدثت ، فلما تمكن من ذلك .[2]

وتستثنى البنت البالغة اذا زالت بكارتها بنكاح فاسد ، ولو مجمعا على فسادها ، فمثلها مثل البالغة اذا زالت بكارتها ، بنكاح صحيح ثم تأيمت .[3] فليس للأب جبرها ، إلا أنه يشترط في النكاح الفاسد ان يدرا الحد ، و الا له جبرها لأنه زنا .

قال (صلى الله عليه و سلم): " الأيم أحق بنفسها "

د-الولاية على المجنون و المعتوه :

المجنون هو من اختل عقله بحيث يمنع جريان فعله و قوله على نهج العقل الا نادرا.[4]

ذهب المالكية إلى القول بثبوت ولاية الإجبار على المجنون و المجنونة لكنهم خصوصها للأب والولي عندهم للمجانين هو الأب ، و الحاكم ، و الوصي عند عدم الأب ، و ليس للولي بشكل عام واشترطوا لذلك أن يكون الجنون مطبقا حتى و ان كان لها ولد ، و للأب عندهم إجبار ابنته المجنونة إذا لم يترتب على تزويجها ضرر كتزويجها بخصي ، او مجذوم ،او بذي عيب او نحو ذلك مما يعتبر سببا مشروعا لطلب فسخ النكاح .

-واشترط القرافي لثبوت ولاية الإجبار على المجنون الذي لم يفق ان يخشى عليه من الفساد فإن أمن فساده لا يزوج.

---

[1]-الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص214

[2]-المرجع نفسه،ص215

[3] .....لفظ يطلق على الثيب التي مات زوجها ، و على البكر التي لا زوج لها ، و على الزوج الذي لا زوجة له ، و المراد هنا الثيب خاصة .

[4] - اسماعيل أمين نواهضة ، أحمد محمد المومني ، المرجع نفسه ، ص 95.

أما العته : فهو آفة تجعل العقل فيه خلل ، فيصبح الشخص مختلط الكلام ، بعض كلامه يشبه كلام العاقل و البعض الأخر منه يشبه كلام المجانين ، و كذا سائر أموره.[1]

المجنونة البالغة الثيب :

فلأبيها جبرها لعدم تميزها ، ولا كلام لولدها معه ،إن كان لها ولد رشيد ، وإما الصغيرة البكر فللأب جبرها على كل حال مجنونة أو عاقلة والمجنونة البالغة الثيب إذا كانت تفيق من جنونها أحيانا فإنها تنتظر إفاقتها لتستأذن فلا تجبر عادة ، ومحل جبر الأب فيما تقدم إذا لم يلزم على تزويجها ضررا عادة مما يرد به الزواج شرعا ، و الا فلا جبر له لقوله (صلى الله عليه و سلم)"لا ضرر ولا ضرار " و الأب لا يجوز له الإضرار بابنته و إنما يلزمه أن يحسن النظر إليها . [2]

و-الولاية على السفيه في زواجه :

السفه هو الخفة و الرقة لغة ، أما اصطلاحا : فهو المبذر لماله ، المضيع له على خلاف ما يقتضيه العقل و الشرع.[3]

أجاز المالكية و جمهور العلماء عموما للولي تزويجه للسفيه اذا علم حاجته إلى النكاح سواء قال ذلك ام لم يقل و تستوي في ذلك حاجته إلى الاستمتاع او الى خدمة ، غير أنه إذا لم يكن له حاجة للنكاح ، لم يجز تزويجه لان النكاح يلزم حقوقا متعددة ، كالنفقة ، و العشرة و المسكن ،.....الخ

فيكون تضييعا لأمواله و نفسه في غير فائدة كتبذير ماله.[4]

ي-الولاية على المرأة البالغة العاقلة :

لقد اجمع فقهاء المذاهب الأربعة بما فيهم المالكية ، على عدم إجبار المرأة العاقلة على الزواج [5] فلا لابد من رضاها ليصلح زواجها و يصح.[6]

---

[1]-عمر سليمان الأشقر ، **احكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة** ، ط1، دار النفائس ، لبنان ، 1997 ، ص ص 127،126

[2]-الحبيب بن طاهر، المرجع السابق،ص216.

[3]-اسماعيل أمين نواهضة ،أحمد محمد المؤمني، المرجع السابق ، ص96.

[4]-نور الدين ابو لحية ، نقلا عن الموقع:http :noursalam.free.fr/b4.htm، المرجع نفسه.

[5]-السعيد قاضي ، **رضا المكلف في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة و القانون ،جامعة الجزائر 2010-2011،ص125.

[6]-عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص51.

الثيب البالغة :

لا ولاية إجبار عليها لكن للولي حق مباشرة عقد زواجها ، فإذا باشرته بدونه وقع باطلا ، فكلا من الولي و المرأة الثيب شريكان في هذا العقد إذا كانت كبيرة عاقلة ، أما إذا كانت ثيبا صغيرة فهي ملحقة بالبكر البالغ، لكن خالفهم الحنابلة فقالوا : إن الثيب الصغيرة التي تجبر هي ما كانت دون تسع سنين ، فإذا بلغت تسعا كانت كبيرة لا تجبر .[1]

و يروى ان حسناء بنت خدامة الأنصارية : " أن أباها زوجها و هي ثيب فكرهت ذلك ، فاتت رسول الله (صلى الله عليه و سلم) فرد نكاحها.[2]

وأضاف المالكية المرأة الثيب البالغة ، إذا ظهر فسادها[3] يتم إجبارها.

-البكر البالغة :

لقد ذهب ملك و الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن البكر البالغة العاقلة ، يحق لأبيها إجبارها و إن كان يحق له استئذانها.[4]

فالبكر عندما تستأذن سكوتها كاف ، و الدليل عن ابي هريرة ان النبي (صلى الله عليه و سلم) قال :" **لا تنكح الايم حتى تستأمر و لا تنكح البكر حتى تستأذن** " ، قالو يا رسول الله : و كيف اذنها ؟ قال : **ان تسكت**"[5]

و بالتالي فان علة ثبوت ولاية الإجبار في النكاح على البكر هو البكارة ومادامت كذلك لا تسقط عنها حتى و لو أصبحت عانسا ولو بلغت ستين سنة او اكثر.[6]

---

[1]-المرجع نفسه،ص51.

[2]-ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، **صحيح البخاري** ،ج3 ، د. ط، د .ب.ن ، د.س.ن ، ص.944.

[3]-غسان غشا ، **الزواج و الطلاق و تعدد الزوجات في الإسلام : الأحكام الفقهية و تبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين** ، ط1 ، دار الساقي، لبنان ، 1997 ، ص24.

[4]-مصطفى سعيد الخن ، **اثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** ،د.ط.مؤسسة الرسالة ، بيروت ،1994 ، ص581.

[5]- محمد بن اسماعيل البخاري ، **صحيح البخاري** .ج3 ، د.ط ،د.ب.ن، 2003 ،ص944.

[6]- السعيد قاضي ، المرجع السابق ، ص18.

المبحث الثاني : مشروعية الولاية في عقد الزواج عند المالكية و أسبابها.

أما مشروعية الولاية في النكاح ، و هي في الجملة مما اتفق على مشروعيته و الخلاف إنما هو في وجوب بعض صورها ، و أما حكمة مشروعية الولاية في النكاح فهي تنبع من أهمية النكاح نفسه ، و ما يترتب عليه من أثر في حياة الإنسان فمشروعيتها من تمام عناية الإسلام بعقد الزواج ، و صيانته ، و رفع مكانته و رعاية مقاصده ، فأصبحت أهمية الولاية في النكاح من المكان المعروف عند المسلمين في مختلف عصورهم ، إدراكا منهم لأهميتها في حياتهم الاجتماعية ، فهي شرف لمن تمسك بها ، وأن حفظ المكارم من نتائجها ، و ذلك موطن لا يناله محل الخلاف و لا يرغب عنه ذو الغيرة على أعراضهم و أنسابهم [1].

وذلك أن المولى عليه في النكاح إما أن يكون عاجزا عن إدراك المصلحة لنفسه بنفسه و عن درء المفسدة عنها ، كالصغار و المجانين ذكورا و إناثا ، فهؤلاء تكن عليهم في النكاح ضمن ولاية أعم و أشمل لحفظ النفس و المال ، و كون تلك المسؤولية بيد أوليائهم فيها بالإضافة إلى وازع الشرع ، و وازع الطبع و الدافع إلى الشفقة و الحرص على القيام بشؤون ذوي القربى العاجزين ، و تلك هي الرعاية الاجتماعية في أسمى مكانتها ، و أجل و أكمل وصفها و هذا مما لا خلاف فيه.

المطلب الاول: مشروعية الولاية في عقد الزواج

ولاية النكاح رعاية لحق الأنثى ، و صيانة لكمال أدبها ، و كرم حيائها و إيصاله إلى مرادها على أتم وجه و أشرفه و أكمله[2].

فالأصل في الولاية انها لله عز وجل وهي اعز وأعظم و اقوي ولاية ،فمن ولاه الله لا شيء يخشاه. وقد استدل جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية بأحاديث قرآنية (الفرع الاول) وبأحاديث نبوية (الفرع الثاني)

[1]–عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ، ص 57.

[2]– عبد الرحمان الجزيري ،المرجع السابق، ص 58.

الفرع الاول: من الكتاب

اما دليل مشروعيتها من الكتاب قوله تعالى

{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ} ﴿٢٣٢﴾"[1]

فلو لم يكن لهؤلاء الأولياء حق المنع لما كان لخطابهم بمثل هذا وبه ، لأنه كان يكفي أن يقول للنساء إذا منعتن من الزواج فزوجوا أنفسكن [2].

و العضل : المنع سبب نزول الآية ما روى معقل بن يسار ، قال : زوجت أختا لي من رجل فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها ، فقالت له : زوجتك وفرشتك و أكرمتك ، فطلقتها ثم جئت تخطبها ، لا و الله لا تعود إليك أبدا ، و كان رجلا لا بأس به و كانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله هذه الآية : فلا تعضلوهن ، فقلت الآن أفعل

يا رسول الله ، قال : فزوجها إياه [3].

ووجه الاستدلال أن الخطاب موجه للأولياء ، و قد نهتهم الآية عن الامتناع من انكاح من تحت ولاياتهم ، و هذا يدل على أن العقد يتوقف على الولي ، و إلا لم تحتج أخت معقل إلى أختها ، ولا توقفت في الرجوع إلى زوجها على أخيها ن وهي تريد زوجها وهو يريدها ، فيتبين أن العضل إما يصح ممن إليه عقدة النكاح ، و لو كان للمرأة أن تعقد لنفسها لم يكن امتناع وليها عضلا لها ولما نهى عنه [4]

وقوله تعالى أيضا :{ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ }﴿٢٧﴾[5]".

ووجه الاستدلال أن شعيبا عليه السلام تولى العقد لابنته على موسى عليه السلام دونها لأنه وليها ، و هذا الاستدلال بشرع من قبلنا [6].

---

[1]-سورة البقرة الاية 232

[2]- عبد الرحمان الجزيري ،المرجع نفسه ، ص 47.

[3]- محمد ابن اسماعيل البخاري ،المرجع السابق ،ص 945 .

[4]- الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص 208

[5]- سورة القصص الآية 27 .

[6]- الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق، ص 208.

فعدم جواز النكاح بغير ولي قال به جمهور الأئمة بما فيهم المالكية [1]

قوله تعالى أيضا:{وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾}"[2].

-قال القرطبي : و في هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي ، وهو قول أكثر العلماء .

و قال بن العربي : قال علماؤنا : في هذه الآية دليل على أن النكاح إلى الولي ملاحظا للمرأة فيه ، لأن صالح مدين تولاه ، و به قال فقهاء الأمصار ، و قال أبو حنيفة : لا يفتقر النكاح إلى ولي ، و عجبا له متى رأى امرأة قط عقدت نكاح نفسها ؟

الفرع الثاني : من السنة :

أ - حديث أبي موسى الأشعري ،عن رسول الله (ص) قال: "**لا نكاح إلا بولي**" [3]

ب - و قوله صلى الله عليه و سلم : " **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**" [4]

و من ما رواه ابن ماجه ، و الدار قطني عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" **لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها**" [5]

وهذان الحديثان أقوى ما استدل به الجمهور بما فيهم المالكية على ضرورة الولي فليس للمرأة حق مباشرة العقد دونه.

---

[1] – وبه قال عدد كبير من المعاصرين مثل ، الشيخ ابن الباز و الشيخ ابن عثيمين ، و الشيخ أبي عبد الله مصطفى العدوي و الشيخ اسحاق الحويني ..... و غيرهم.

[2]–سورة القصص الآية 32 .

[3]– الألباني ناصر الدين،**سنن ابن ماجة**. ج3،ط1 ،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ،السعودية، ب.س.ن .ص 387 .

[4]–الحافظ بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج 9،د.ط ،المكتبة السلفية، دب.ن،دس.ن، ص200 .

[5]–عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، **التلقين في الفقه المالكي** .تحقيق محمد بوخبزة ، ج 2،ط1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 2004 ،ص553 .

جـ – حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي (ص) قال :" **أيما امرأة نكحت دون إذن وليها فنكاحها باطل – ثلاثا – و لها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له** ". [1]

قال الترميذي : و العمل في هذا الباب على حديث النبي صلى الله عليه و سلم : " **لا نكاح إلا بولي** " عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، منهم : عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب ، و عبد الله بن عباس ، و أبو هريرة ... وغيرهم .

وبهذا يقول سفيان الثوري والأوزعي وعبد الله بن المبارك ومالك والشافعي وأحمد واسحاق [2].

عن عبد الله بن عباس أن النبي (ص) قال :" **البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة** " [3]

الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم

أثر عمر رضي الله عنه قال : **(لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها ، و إن نكحت عشرة أو بإذن سلطان)** .

عن عكرة بن خالد قال : (جمعت الطريق ركبا ، فجعلت امرأة منهم تبت أمرها إلى رجل من العوام غير وليها ، فأنكحها رجلا).

قال : **(فجلد عمر رضي الله عنه الناكح و المنكح ، وفرق بينهما)**

الفرع الثالث : من المعقول :

قالوا: إن النكاح عقد جليل قدره ن عظيم خطره في حياة الإنسان ، و في إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظرا، و أوفر عقلا ، و أشد حرصا على صيانة أعراضهم و أنسابهم – تكريم للمرأة وصيانة لها ، و حفظا للأنساب و الأعراض من العار و الزلل.

---

[1]–سليمان ابن الاشعث ابي داود،المرجع السابق ،ص 77 .

[2]–أحمد بن محمود آل رجب ، **الإيضاح لأحكام الولاية في النكاح**. ط1، دار الفقراء ، د ب ن، 2019، ص30.

[3]–محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، **سنن الترمذي مع تحفة الاحوذي**.ط1 ، دار الكتب العلمية ،لبنان د.س.ن،ص 197 .

وبذلك فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالة قدره و عظم خطره ، و شرف مقاصده [1].

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النسوان في الإيضاح و بين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال : و الفرق من وجوه:

أحدهما : أن الإيضاح أشد خطرا و أعظم قدرا ، فناسب ألا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها ، و الموال خسيسة بالنسبة إليها ، فجاز تفويضها لمالكها ، إذا الأصل ألا يتصرف في المال إلا مالكه.

ثانيها: أن الإيضاح يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القوية التي يبذل لأجلها عظيم المال .

ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يرديها في دنياها و آخرتها .

ثالثهما : أن المفسدة إذا حصلت في الإيضاح بسبب زواج غير الأكفاء ، حصل الضرر و تعدى للأولياء بالعار و الفضيحة الشنعاء . [2]

و قد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوج نفسها ، فقال في الجواب : (المرأة محل الزلل و العار إذا وقع يذل)

– **قل ابن رشد** :اختلف العلماء: هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح ؟ أم ليست بشرط؟

فذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي ، و أنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه و به قال الشافعي[3]

– **وقال سحنون** : قلت أرأيت لو أن امرأة زوجت نفسها و لم تستخلف عليها من يزوجها فزوجت نفسها بغير أمر الأولياء وهي ممن لا خطب لها أو هي ممن الطلب لها ؟

---

[1] –أحمد بن محمود آل رجب ، المرجع السابق، ص 36

[2] –أحمد بن محمود أل رجب، المرجع السابق ، ص 37.

[3] -عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق، ص151.

قال : قال مالك : لا يقر هذا النكاح أبدا على حال وإن تطاول و ولدت منه أولادا لأنها هي عقدت عقدة النكاح ، فلا يجوز ذلك على حال .

قال ابن عبد البر : و أما مالك فتحصيل مذهبه أنه ، (لا نكاح إلا بولي) هذه جملته.[1]

قال القاضي عبد الوهاب : و لا نكاح إلا بولي ذكر ، ولا يجوز لإمراة أن تنكح نفسها ولا غيرها يوجه ، و ذلك باطل متى وقع ، لا يجوز بوجه[2].

كما أننا عن الحديث عن الحكمة من اشتراط الولاية على المرأة البالغة لا بد من عدم نسيان مسألة :" انعقاد النكاح بعبارة النساء ".

والراجح من رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنبلية عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء ، و اشتراط الولاية على المرأة البالغة سواء كان هذا الاشتراط للوجوب أو الندب يؤكد أهمية هذا الأمر في عقد النكاح ن و هناك حكم متعددة منتظرة من هذا الاشتراط و التي يمكن إيجازها فيما يلي :

أولا: أن ولي المرأة أقدر منها على متابعة شؤون الزواج ، من حيث السؤال على الخاطب ، و جمع بيانات عنه يمكن من خلالها قبول الخاطب أو رفضه ، و أن المرأة في الغالب لو تركت لوحدها بمعزل عن وليها و أهلها ، لن توفق في الإختيار.

ثانيا:ارتباط الرجل بالمرأة ليس ارتباطا مقصورا عليهما فقط ، بل هو ارتباط بين الأسر [3]

يقول الشيخ محمد أبو زهرة :" أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما ، بل ينال الأسرة منه شيء من العار و الفخار". [4]

ثالثا: يعد ارتباط الولي فيه مزيد من الإشهار و الإعلان عن النكاح ، و الشريعة الإسلامية ، تدعونا إلى إعلان النكاح و إشهاره من أجل ذلك كان الولي وبحضور الشهود و وليمة العرس و ما يصحبها من مراسيم احتفالية

---

[1]- عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي ،المرجع السابق ،ص112

[2] نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 225.

[3]-، المرجع نفسه ، ص ص 225،224.

[4]–محمد أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية**. د ج ، ط3 ، دار الفكر ، القاهرة ، 1957 ، ص 107.

رابعا: الاحتياط لمصلحة البنت و سعادتها ، بعد فساد ذمم الناس في هذا الزمان ، فالأحوط ألا تنفرد المرأة بعقد زواجها بمعزل عن الولي ، مخافة خداع الرجل لها [1]

فهي بعض محاسن الولاية في النكاح على النساء في أعز و أكمل صورها ، فهي حفظ للحقوق ، و صيانة للأعراض و تمسك بالفضيلة في أجمل وأبهى صورها ، وأرفع و أسمى معانيها .[2]

المطلب الثاني : أسباب الولاية في الزواج عند المالكية

الولاية عند المالكية نوعان ولاية خاصة و ولاية عامة وهذه الأخيرة هي ولاية الدين ، و هي جائزة مع تعذر الولاية الخاصة ن و هي للمسلمين الأحرار هم في النكاح بعضهم أولياء بعض

وذكر الدسوقي أن الولاية إما أن تكون بالتعصب أو الحاكم أو للكافل [3].

وهذا السبب مما اشتهر به القول عند المالكية ، دون غيرهم من أصحاب المذاهب الفقهية وهو أيضا عند عدم وجود الولي الخاص.

الفرع الأول: تعريف السبب:

أ – **لغـة:** هو كل شيء يتوصل به إلى غيره ، و الجمع أسباب ، و جعلت فلانا لي سبب إلى فلان في حاجتي ، و ودجا أي و صلة وذريعة .

- و السبب : الحبل و كل ما يوصل إلى شيء يعد سببا له قال تعالى :{ **إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا} ﴿٨٤﴾** [4]

–عرف الجرجاني السبب بأنه : " عبارة عما كان طريق للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه "

---

[1]-عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ، ص 59.

[2]– الدسوقي محمد بن أحمد ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير** ، ج2 ، ط1، دار احياء الكتب العلمية، لبنان 1996 ، ص 22 .

[3]–الفيروز أبادي محمد بن يعقوب ، **القاموس المحيط** . ط 6 ،تحقيق محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة ،لبنان 1998، ص 96.

[4]–سورة الكهف ، الآية : 84.

– أما المقصود بالسبب عند الحديث عن " أسباب الولاية في النكاح " : تلك الرابطة بين الولي و المولى عليه من قرابة أو ملك أو ولاء أو إمامة أو وصية مما ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره ، و تقديمه على من سواه في ذلك إلا أن هده الأسباب منها ما يزال قائما و منها ما اندثر و لم يعد كذلك .

الفرع الثاني : أسباب الولاية في النكاح عند المالكية

الولاية عند المالكية خاصة وعامة عندهم، فالولاية الخاصة خمسة أصناف : الأب و وصيه و القرابة و المولى و السلطان و زاد بعض المالكية الكفالة ، أما العامة فهي ولاية الإسلام

أولا:ا لأبوة و الوصية

أ – **الأبـوة** : وتثبت الأبوة الأصلية لا الحكمية ، و تعني بذلك الأب لا الجد وهي أقوى أنواع الولاية ، لأن الولد فرع الأب ، فالمالكية يثبتونها للأب دون الجد [1]

فالأب ولايته نوعان : جبر و إذن فالجبر للبكر و إن كانت بالغا ، و للصغيرة و إن كانت ثيبا و يستحب استئمارها فالجبر معلول بعلتين الصغر و البكارة .

فإن عنست البكر اختلف في دوام الإجبار عليها بعد إدراكها و لم تتزوج و برز وجهها للناس ، وباشرت أمورها بنفسها و عرفت مصالحها .[2]

وقد اختلف في مقدار سنها ، ففي رواية ابن وهب في المدينة الثلاثون والخمس الثلاثون و في رواية عيسى بن القسم الأربعون و الخمس و الأربعون .

مع ملاحظة أن الثيوبية المانعة من الإجبار هي الوطء الحلال دون الحرام و قيل هما في ذلك سببان .

[1]-محمد سمارة ، **أحكام و آثار الزوجية ، شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية** ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2008، ص 87.

[2]–أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي ،المرجع السابق ، ص 133.

ب – الوصيـة :

-**الوصية لغـة:** مشتقة من الفعل وصى يصى فهو واصى ، وأوصى إليه : جعله وصيه بعد موته.

و المعنى الأقرب إلى هدفنا في هذا البحث هو ما جاء في المعجم الوسيط من أن : الإيصاء هو جعل الوصي يتصرف في أمر الموصي وماله ، و عياله ، بعد موته[1]

ولقد عرف المالكية الوصية بأنها : " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

-وقال الدكتور الزحيلي : " بأن هناك من العلماء من عرف الوصية تعريفا أشمل و أعم مما ذكر ، فقال : " هي الأمر بالتصرف بعد الموت و بالتبرع بمال بعد الموت ، فشمل الوصية ، الوصية لإنسان بتزويج بناته أو غسله و الصلاة عليه إماما "[2]

بالتالي و من خلال التعريفات السابقة فالمقصود بوصي الولي في الزواج هو : من عهد إليه ولي الأمر بإنكاح بناته أو إحداهن بعد وفاته.

فوصي الأب و وصي الوصي يقومان في العقد مقام الأب ، و له الجبر و التزويج قبل البلوغ و بعده من غير استئمار إن جعل له الأب ذلك و هو أولى من القرابة ، فالوصية سبب تثبت به ولاية النكاح و هذا هو مذهب المالكية [3]

والراجح أيضا عن الإمام أحمد قال المرداوي :"و تستفاد ولاية النكاح بالوصية ،إذا نص على التزويج ، كالأب ، و يجبر من يجبره الموصي وهذا المذهب و عليه جماهير الأصحاب [4]

واستحب بعض المتأخرين أن يعقد الولي بتقديم الوصي جمعا بين الوجهين فإن عقد الوصي جاز و إن لم يأذن الولي و إن عقد الولي دون إذن الوصي جاز في الثيب لا في البكر.

---

[1]-ابراهيم أنيس و رفاقه ،**المعجم الوسيط** ، ج2،ط2، د.ب.ن،د.س.ن ، ص 1081.

[2]-نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 135.

[3]-محمد ابن احمد ابن رشد ، المرجع السابق ، ص 27.

[4]- المرجع نفسه ، ص 137 .

وأما الوصي من القاضي فيعقد بعد البلوغ لا قبله و لا يجبر و يجب استيمارها، وإن كان الوصي امرأة استخلفت من يعقد .[1]

ثانيا: القرابة و الإمامة :

أ – **القرابــة :** يرى الإمام مالك – رحمه الله – أن الولاية معتبرة بالتعصب إلا الإبن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية ، و الأبناء عنده أولى و إن سفلوا و لا خلاف بين العلماء في ثبوت ولاية التزويج لأقارب الميت العصبات ، واعتبارهم أقوى الأسباب لأن الإرث بها متفق عليه و يستحق بها جميع المال .

والعصوبة : كالنبوة ، و الأخوة ، و الجدودة و العمومة فهم العصبة كالابن و الأخ و الجد و العم و ابن العم ولا يزوجون إلا البالغة بإذنها و برضاها الصريح ، فتأذن الثيب بالكلام و البكر بالصمت.

واستحب مالك في رواية ابن الماجشون : أو تعلم البكر أن إذنها صمتها ، لئلا تجهل ذلك فتصمت في الكراهية .

وقال الشيخ أبو اسحاق : يقال لها ذلك ثلاث مرات إن رضيت فأصمتي ، وإن كرهت فأنطقي ويعتبر رأي الشيخ أبو إسحاق من أرجح الآراء في نظري و لهذا الوضوح معناه و مبناه ، و كذلك لاستبعاد أي شك أو سوء فهم قد ينتج عن صمت البكر ، فقد يكون خوفها أو حياؤها حائلا دون رفضها .[2]

وان تقدم العقد عن الإذن فاختلف في صحة النكاح و بطلانه و لا يجبرها أحد منهم و بالتالي لا ولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات و هو قول جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنبلية و الظاهرية أيضا.

واستدل الجمهور على ذلك بما روي عن علي – موقوفا عليه مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه و سلم : قال: " النكاح إلى العصبات "

---

[1]–أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزيء ،المرجع السابق، ص 133.

[2]- محمد ابن أحمد ابن رشد ،المرجع السابق، ص 133

– قال الإمام السرخسي رحمه الله : " وإدخال الألف و اللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح انما تثبت لمن هو عصبة دون من ليس بعصبة ، و الدليل عليه أنه لا تثبيت لغير العصبات ولاية التصرف في المال بحال "[1]

– وجاء في مواهب الجليل :" المعروف أن الأحق الإبن و إن سفل ثم الأب ، ثم ابنه و لو سفل ثم الجد ثم العم ثم ابنه و لو سفل

قال الخطاب هذا : " أي تقدم الابن على العم " إذا لم تكن الابنة في حجر أبيها أو في حجر وصي لها ، أما إذا كانت في حجر أبيها أو وصيها ،فالأب مقدم على الإبن وكذلك الوصي ووصي الوصي.[2]

ب– الإمامة (السلطان): ذكر ابن قدامي المقدسي – رحمه الله–:"ان السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك ، و هناك خلاف في والي البلد و الصحيح جواز الولاية له عند عدم وجود القاضي ، إذا احتاط للمرأة في المهر و الكفء ذو سلطان.

فالسلطان يزوج البالغة عند عدم الولي ، أو عضله ، أو غيبته ولا يزوج هو ولا غيره الصغيرة ، ولا يزوجها غير الأب من سائر الأولياء وقيل يجوز له و للقرابة تزويجها إن دعتها ضرورة و مستها حاجة و كان مثلها يوطأ[3] فإن كانت يتيمة فلا تزوج أصلا حتي تبلغ.

أما الدكتور عبد الكريم زيدان :"فبين المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: الإمامة العامة ، فتثبت لصاحبها و هو الإمام العام ، أي الخليفة أو نائبه و هو القاضي ، و ولاية التزويج هذه من لا ولاية له.[4]

فالولاية العامة تجوز في المذهب المالكي إذا تعذرت الخاصة ، فأما مع وجودها فقيل لا تجوز أصلا وفاقا لهم، و قيل تجوز في الدنية التي لا خطر لها وكل أحد كفؤ لها بخلاف غيرها [5].

---

[1]–نضال محمد أبوسنينة، المرجع السابق، ص79

[2]–ايمان الزهرة حميدي، **دور الولي في إبرام عقد الزواج دراسة مقارنه بين الفقه المالكي وقانون الاسرة الجزائري**. مجلة الحقوق و العلوم الانسانية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة ،العدد 03 ،د.س.ن، ص 120 .

[3]–أبوالقاسم محمد ابن أحمد بن جزي، المرجع السابق، ص 133 .

[4]–ايمان الزهرة حميدي، المرجع السابق، ص 120.

[5]–أبوالقاسم محمد بن أحمد بن جزي، المرجع نفسه، ص134.

روي عن طريق سعيد بن المسيب عن عمر رضى الله عنه قال :" لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو سلطان ".[1]

وجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبة أو من يقوم مقامهم و هو دليل على اعتبار السلطنة سببا من أسباب ولاية النكاح ، لكن من الذي يزوجها عند غياب الولي الأقرب هل هو الولي الذي يليه ؟ ، ام السلطان ؟

يرى جمهور الفقهاء المالكية و الحنفية و الحنبلية في حال غياب الولي الأقرب بزوجها الذي يليه رتبة ، قال ابن رشد :" إن غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية للأبعد".[2]

ثالثا: الولاء

- الولاء لغة: من الولي : الواو و الام و الياء أصل صحيح يدل على القرب
- و الولاء: ولاء المعتق وهو أن يكون ولاءه لمعتقه كأنه أولى به في الإرث من غيره ، إذا لم يكن للمعتق وارث نسب ، و الباب كله راجع للقرب ، '
- إذا أنه المعنى المشترك للولاء ، وغيره.
- أما الولاء اصطلاحا : فقد عرفه المالكية بأنه : من الولى الذي هو من أعتق .

و القرافي قال : المولى الأعلى كالعصبات عند عدمها ،فإن كان المعتق امرأة استحلفت رجلا ولا ولاء للأسفل عند عدمها ، لأن الولاية سبب تصرف و استيلاء على المولى عليه و لا يناسب الاستيلاء المنعم عليه ، وقيل الولاية تسوية بين النسب و الولاء.

[1]– علي بن عمر الدرقطني، **سنن أبوداود**. ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986 ص317.

[2]–ايمان الزهرة حميدي، المرجع السابق، ص 121.

أما الإمام أبو حنيفة – رحمه الله– فقد أضاف ولاء الموالاة إلى ولاء العتق ، فهذا خاص به ، ولم يوافقه على هذا التقسيم أحد من العلماء.[1]

فعند ما يجهل الوالد الحقيقي ، فإلى مواليهم و هم المعتقون لهم و هذا دليل واضح على اعتبار سبب الولاء في ولاية النكاح قال تعالى: { **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا}** ﴿٥﴾[2]

أما من السنة فقوله – صلى الله عليه و سلم :" **إنما الولاء لمن أعتق** ".[3]

وقوله أيضا عليه أفضل الصلاة و أزكى تسليم :" **الولاء لحمه**" **كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب** ".[4]

وتشبه النبي (ص) الولاء بالنسب دليل على قوة اعتبار الولاء بالعتق فكما هو معلوم أن النسب سبب للإرث ، و سبب للنكاح ، فعندما لا توجد القرابة النسبية ، يلجأ إلى القرابة السببية " العتق".

عن جابر قال رسول الله (ص) :" **أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر**" [5] جاء في سبيل السلام أن العاهر هو الزاني .

قال الصنعائي :" و الحديث دليل على أن النكاح بغير إذن مالكه باطل ، و حكمه حكم الزاني عند الجمهور إلا أنه يسقط عنه إذا كان جاهلا للتحريم و يلحق به النسب .[6]

جاء في عارضة الأحوذي أنه :" لا خلاف في أن العبد لا يجوز له زواج بغير إذن سيده ، فإن تزوج بغير إذن سيده فلا يجوز ، فإن لسيده إجازته ورده، فإن أقدم عليه فلا حد عليه أما أنه يؤدب ، و أما الأمة فنكاحها بغير إذن سيدها فاسد ولا يجوز له ، لأنه نكاح بغير ولي فهذه الأدلة كلها تؤكد أن الولاء سبب من أسباب الولاية في النكاح ، و هذا ما عليه

---

[1]–نضال محمد أبوسنينة، المرجع السابق، ص 114.

[2]–سورة الأحزاب الآية 05.

[3]– محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق ،ص 530.

[4]- أحمد بن حسن بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، **السنن الكبرى**. ج6،ط1، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة، 1984، ص 494

[5]– محمد بن عيسى بن سورة الترميذي ،المرجع السابق ، ص 263.

[6]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق، ص 119.

أهل العلم كما توضح لكن في زماننا هذا و الحمد لله لا عبيدا ولا إيماء على الأقل في دولنا الإسلامية.[1]

رابعا: الإسلام و الكفالة :

أ – الإسلام:

مجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنية [2]

قال تعالى : { وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} ﴿٧١﴾[3]

والمذهب المالكي لم يختلف في أن ولاية الإسلام صحيحة و أن للولي منع موليته من الوقوع في المعرة، قال (ص) : " **الإسلام يعلو ولا يعلى**". [4]

فالدين سبب للولاية العامة و لا يقدم على العقد لها مع الولاية الخاصة ، فإن أقدم عليهما معا : فإن كانت الخاصة ولاية إجبار كالأب و السيد ، فسخ النكاح على كل حال و ليس للأب و لا السيد إجازته ، وحكى القاضي أبو محمد أن في إجازة السيد روايتين

إذا كانت الولاية الخاصة ليست ولاية إجبار كالأب في الثيب و سائر العصبة في البكر و الثيب فقال ابن القاسم : إن اجازه الولي قبل البناء أو بعده جاز وإن رده قبل البناء أو بعد رد، ما لم يطل و يكن صوابا .

وقد توقف مالك في الجواب عنه إذا إجازة الولي بالقرب ، و قال : ابن نافع و علي بن زياد : لا يجوز و إن أجازه الولي

وقال القاضي أبو محمد : إن زوجها الأجنبي مع القدرة على ولي بالنسب أو بالحكم ففيهما روايتان:

أحدهما:أن ذلك جائز

ثانيهما: أنه ماض إذا تزوجت كفؤا

---

[1]– في الإتحاد السوفياتي ،لاتزال تتواجد ظاهرة العبيد و الإيماء لكن في الخفاء رغم قلتها

[2]–ابن رشد محمد بن احمد الحفيد ، المرجع السابق ، ص 4.

[3]–سورة التوبة ، الآية 71

[4]-ابراهيم النحاس ، **الجامع لعلوم الامام أحمد** ،ج 14 ، ط1 ، دار الفلاح للبحث العلمي و تحقيق التراث ، مصر 2009 ، ص 50.

روى ابن القاسم في الواضحة في الدنية في الحال و الموضع ، لا ولي لها بقرابة و لا ولاء يزوجها أجنبي دون الإمام .

وأنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم و قال : انما قال مالك و علماؤنا في مثل : الأعجمية الوغدة ، تستند إلى الرجل ذي الحال فيصر لها كنفا و مستندا و يأخذ له القسم و يجري عليها النفقة و يلي منها ما يلي من مولاته ، فلا بأس أن يعقد عليها بإذنها إن لم يكن لها ولي فأما ذات النعمة و الحال و النسب و المال فلا.

ب – الكفالـة :

لقد أضاف بعض العلماء إضافة إلى الأسباب الخمسة للولاية الكفالة و هذه مسألة فيها نظر عند من أوردها.

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

–جاء في الذخيرة أنه : لا ولاية بسبب الكافلة و الإلتقاط لعدم القرابة ، و قيل : لهما لأن الكفالة و الالتقاط يتضمنان حسن النظر ، و الخلاف جار في سائر التصرفات ، هل يقومان مقام الوصي أم لا ، و الكفالة مسألة لم يقل بها أحد من الفقهاء سوى المالكية ، وهي عند عدم الولي .[2]

بعد ما تأكد من مشروعية الولي و الولاية كتابا و سنة ، و بأن الولاية مقصد شرعي ، جعلها الله سبحانه و تعالى رحمة منه و حكمة لحفظ الحقوق ، وصيانة الأعراض ، و حماية العاجزين عن درء المفسدة عن أنفسهم كالصغار ، و المجانين ، و بأن الولي ضرورة في عقد الزواج سواء كانت المرأة قاصرة أو راشدة.

وبعد تم تحديده من أسباب موجبة للولاية من أبوة و وصاية ، و قرابة ، و ولاء ، وسلطنة ، وإسلام ، وكفالة لابد من التطرق و ضبط الشروط اللازم توافرها في الولي حتى تتحقق ولايته ، وتوضيح الترتيب الواجب للأولياء درجة و أسبقية.

---

[1]–عبد القادر داودي ، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، د.ط، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010، ص17

[2]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 132

المبحث الثالث: شروط الولي و ترتيب الأولياء عند المالكية

لكي تتحقق صلاحية الولي في الزام عقد الزواج لابد من توفر مجموعة من الشروط ليصح عقده لمن تحت ولايته ، كما يجب أيضا أن يراعي ترتيب الأولياء من حيث درجاتهم و أسبقية ولايتهم على الآخر مع وجود جميع من يحق لهم الولاية وهذا حسب ما رآه المذهب المالكي وهذا ما سنحاول توضحه من خلال : شروط الولي (كمطلب أول)، وترتيب الأولياء (كمطلب ثاني)

المطلب الأول : شروط الولي

الشروط اللازمة توفرها في الولي على الزواج هي:

قال النفراوي المالكي :"وشروطه ستة: الإسلام إذا كانت مسلمة ،وأن يكون حلالا لأن الإحرام من أحد الثلاثة يمنع صحة العقد و الذكورة فلا يصح عقد الأنثى، ولو على ابنتها ،أو أمتها و الحرية ، فلا يزوج الرقيق ابنته أو امته ، والبلوغ فلا يزوج الصبي اخته أو امته ، و العقل فلا يزوج المجنون ابنته.

فهذه سنة شروط في ولي المرأة ، و أما العدالة فهي شرط كامل فيستحب وجودها ، كما يستحب أن يكون راشدا فيعقد السفيه ذو الرأي على ابنته[1]

و بالتالي فإن شرطي العدالة و الرشد هما شرطي كمال و ليس صحة .[2]

الفرع الأول : العقل و البلوغ

أ – **العقل:** وهذا شرط لا خلاف فيه بين الفقهاء ، بما فيهم فقهاء المالكية ، إذ أن العقل كما هو معروف مناط التكليف ، و فاقد العقل لا ولاية له على نفسه ، فألا يكون له ولاية على غيره أجدر و أولى.

[1]–أحمد بن محمد بن رجب ، المرجع السابق ، ص 110.

[2]–صبري محمد خليل خيري ،**شرط الولي في النكاح الشرعي في المذهب المالكي** ، مقال مأخوذ من موقع المحجة ، على الرابط التالي :httpllalmahajjafes.net بتاريخ 2020/09/18 ، على الساعة 20.33 د

جاء في المغني :" فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه و من لا عقل له لا يمكنه النظر و لايلي نفسه، فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل و من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند[1]"

–وأما الإغماء و الجنون غير المطبق فإنهما لا يزيلان [2]

الولاية لأن زوال العقل يكون مؤقتا.[3]

واستدلوا بما روى عن النبي (ص) أنه قال : " رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصغير حتى يكبر ، و عن المجنون حتى يعقل – أو : يفيق " [4]

ب – البلـوغ:

كما أن غير العاقل لا تثبت له ولاية التزويج ، فلا يجوز للصبي أن يكون وليا لأنه قاصر ، و هذا أيضا شرط أجمع عليه الفقهاء إلا عند الحنبلية في احدي الروايتين عن الإمام أحمد قال فيها :" إنه إذا بلغ عشرا زوج و تزوج وطلق و أجيزت و كالته في الطلاق.

و وجه ذلك عنده أنه يصح بيعه و وصيته في طلاقه فتثبت له الولاية كالبالغ لكن الراجح عند الحنبلية هو ما وافقوا عليه الجمهور ، قال ابن قدامة :" البلوغ شرط في ظاهر المذهب "

فإن كان صغيرا فلا يصلح للولاية لعدم البلوغ لذلك اشرط في من يصلح للولاية أن يكون بالغا عاقلا.[5]

---

[1]–الفند: الخرف و انكار العقل من الهرم أو المرض، و الفند الكذب و في القرآن الكريم حكاية يعقوب عليه السلام :"لولا أن تفندون "سورة يوسف الآية رق: 94

[2]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 306

[3]–محمد محين أبو يحي ، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** ، ط1، دار يافا العلمية للنشر و التوزيع ،عمان ، الأردن، 2011، ص 221

[4]–أحمد بن حسن بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، المرجع السابق، ص 84.

[5]– عبد الهادي جابر ، سالم الشافعي ، المرجع السابق ،ص 259

الفرع الثاني : الذكورة و الحرية:

أ – الذكـورة:

تعتبر الذكورة شرط عند المالكية و باقي جمهور الفقهاء إلا ما روى عن الإمامين أبي حنيفة و أبي يوسف ووجه قول الجمهور بما فيهم المالكية أن الأصل في الولاية الكمال و المرأة ناقصة قاصرة ، تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها ، و لأنها لا تثبت لها ولاية على نفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى[1].

وأدلتهم في ذلك :

- من القرآن الكريم : قوله تعالى :{ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ} ﴿٣٤﴾[2]"
- من السنة :– حديث أبي موسى الأشعري رضى الله عنه قال : قال رسول الله (ص) قال : " **لا نكاح إلا بولي** "

ولم يقل (ص) : لا نكاح إلا بولية.

–قال الدردير: (شرطه) أي :شرط صحة الولي الذي يتولى العقد للزوجة– سنة:(الذكورة) فلا يصح من أنثى و لومالكة

ب – الحرية:

يشترط في من يتولى أمور الولاية أن يكون حرا ، فلا يكون عبد وليا على حره، لأن العبد المملوك مشغول بخدمة مولاه و هو القيام بطلباته ، فليس لديه الوقت الكافي للنظر في شؤون غيره ، ولأن رقبته بيد غيره، و لأنه أيضا ليس له ولاية ينفذ بها على نفسه و بالتالي لا تكون له ولاية على غيره.

- **قال الحطاب** :قال ابن الحاجب : ولا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها ، ويقبل لنفسه و لموكله بإذن سيده و بغير إذنه ، و لا صبي و لا معتوه ، و لا تزوج امرأة نفسها ولا غيرها[3]

[1]–محمد حسن ابو يحى ، المرجع السابق ، ص 222

[2]– سورة النساء ، آية 34 .

[3]–أحمد بن محمد بن رجب، المرجع السابق، ص 120

الفرع الثالث : الإسلام و العدالة:

أ – الإسلام:

فلا تصح ولاية المشرك على المسلمة بالإجماع قال تعالى :{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ} ﴿١٤٤﴾ [1]"

– قال :ابن المنذر: و أجمعوا أن الكافر لا يكون وليا لابنته المسلمة [2].

– جاء في الشرح الصغير : فلا يصح أن يتولى عقد نكاحها كافر و لو كان أباها [3]

فالكافر لا يصلح وليا على المرأة في النكاح بالإجماع

فيشترط في الولي الإسلام ، و أن يكون متحد الدين مع المولى عليه ، فإذا كان المولى عليه مسلما فلا بد أن يكون الولي مسلما أيضا ، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله عز و جل :{ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} ﴿١٤١﴾" [4]

ولذلك كان السبب في اشتراط الإسلام أن الله تعالى قطع الموالات بين المؤمنين و الكافرين ولأن الولاية مبنية على التعصيب في الإرث و لأن لا توارث مع اختلاف الدين ، كما أن ولاية الكافر على المسلم فيها إذلالا لهذا الأخير ، كما يخشي أن يحول الولي الكافر المولى من دين الإسلام إلى دين آخر.[5]

–لهذا كله أجمع فقهاء المسلمين اشتراط هذا الشرط [6]،لكن الإمامية منعوا ولاية غير المسلم على المسلم لكن أجاز ولاية المسلم على الكافر.

---

[1] سورة النساء الآية 144

[2] – أحمد بن محمد بن رجب ،المرجع نفسه، ص122 .

[3] – أحمد بن محمد ، بن أحمد دردير ، المرجع السابق، ص 380.

[4] –سورة النساء الآية 141

[5] –فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان ،د.س.ن، ص 511

[6] –علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** . ج2،ط2،المكتبة الحبيبية ، باكستان ، 1989،ص 501.

قال المالكية: يزوج الكافرة الكتابية مسلم ، و لا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر.

لقوله تعالى :{ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} ﴿٧١﴾[1]"

و قوله عز و جل أيضا :{ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} ﴿٧٣﴾" [2]

أما السنة النبوية:

1 – قوله صلى الله عليه وسلم :" **الإسلام يعلو و لا يعلى عليه** " [3]

2 – و ما روي عن أم حبيبة ، أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة ، فزوجها النجاشي النبي (ص) .

– فأ مهرها عنه أربعة آلاف و بعث بها مع الرسول (ص) – مع شرحبيل بن حسنة.[4]

ب – العدالــة:

العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى ، و أن هناك واسطة قوية بين العدالة و الفسق ويشير إلى هذه الواسطة : أن الصبي إذا بلغ و لم يصدر منه كبيرة و لم تحصل تلك الملكة لاعدل و لا فاسق.

ويمكن تعريف العدالة بأنها : فعل المأمورات و ترك المنهيات وخوارم المروءة، وعدم الإصرار على الصغائر [5]

يرى المالكية والحنفية صحة ولاية الفاسق في النكاح و كذلك إحدى الروايتين عن الإمام أحمد

واستدلوا بالكتاب و السنة و الإجماع و المعقول.

---

[1]–سورة التوبة الآية 71

[2]–سورة الأنفال الآية 73

[3]– محمد بن اسماعيل البخاري ، المرجع السابق، ص 235.

[4]–سليمان بن الاشعث ابو داود،المرجع السابق،237

[5]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 314

فأما من الكتاب:

فقوله تعالى :{ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ } ﴿٣٢﴾".[1]

ووجه الإستدلال من هذه الآية أن الله – عز وجل – خاطب الأولياء على وجه العموم ، و لم يفصل القرآن بين عدل و فاسق.

فأما السنة :

فعن عائشة – ك – أن النبي (ص) قال:" **تخيروا و أنكحوا الأكفاء و انكحوا إليهم** "

أما الإجماع : فالحنفية يعتبرون أن الإجماع منعقد على هذه المسألة دون نكير ، قال الكساني :" ولنا اجماع الأمة أيضا ، فإن الناس عن آخرهم ، عامهم و خاصهم ، من لدن رسول الله (ص) – إلى يومنا هذا ، يزوجون بناتكم من غير نكير من أحد خصوصا الأعراب و الأكراد و الأتراك.

أما المعقول:

1- فلأن هذه ولاية نظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، و لا في الداعي إليه و هو الشفقة ،و كذلك لا يقدح في الوراثة ، فلا يقدح في الولاية .[2]

2-ولأن الفاسق من أهل الولاية فيلي نكاح نفسه ، فتثبت له الولاية على غيره .

3-ولأن سبب الولاية القرابة ، و شرط النظر ، و هذا قريب ناظر.[3]

- **قال الدردير:**

(لا العدالة) : فلا تشترط في الولي إذ فسقه لا يخرجه عن الولاية ، فيتولى غير العدل عقد نكاح ابنته أو ابنة أخيه[4].

وهو قول مالك ، و أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي .

---

[1]-سورة النور الآية 32

[2]أحمد بن محمد بن رجب ، المرجع السابق ، ص 114

[3]-نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص ص 315، 316

[4]-أحمد بن محمد بن رجب ، المرجع نفسه، ص 115.

الفرع الرابع: عدم الإحرام و عدم الإكراه (الإختيار)

أ – عدم الإحرام :

وهذا يعني أن المحرم لا يجوز له أن ينكح ، أو ينكح غيره ، مادام محرما في الحج أو عمرة أوبهما معا، فإذا تحلل جاز له ذلك ، و قد اختلف الفقهاء في اعتبار الإحرام مانعا من صحة الولاية و لهم في ذلك قولان:

- القول الأول: أن المحرم لا يجوز له أن يعقد لنفسه النكاح و لا لغيره ، و لا يجوز كذلك أن يعقد له أحد النكاح ما دام محرما و هذا ما رآه وذهب إليه كل من المالكية [1]و الشافعية و الحنبلية و الظاهرية [2].
- أما القول الثاني : إن المحرم يجوز له أن يعقد لنفسه ، و كذلك لغيره ، و يجوز لغيره أن يعقد له ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية و الثوري إذن فالمالكية يرون أن المحرم لا يصح منه تولي عقد النكاح ، فإن عقد فسخ أبدا ، و مثله احرام أحد الزوجين .[3]

وقد استدل الفريق الأول و هم جمهور من المالكية و الشافعية و الحنبلية على رأيهم بالحديث الذي رواه أبان بن عثمان بن عفان عن ابيه أن الرسول (ص) قال:" لا ينكح المحرم و لا ينكح و لا يخطب [4]".

قال النووي : قال مالك و الشافعي و أحمد و جمهور العلماء من الصحابة و من بعدهم : لا يصح نكاح المحرم / معتمدين على هذا الحديث[5].

– واستدلوا كذلك بالعقول : جاء في المغنى :" و لأن الإحرام يحرم الطيب ، فيحرم النكاح كالعدة ، و متى 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 [6]

---

[1]–ابن رشد محمد ابن احمد ، المرجع السابق ، ص 348

[2]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع نفسه ، ص 321

[3]–محمد حطاني ، المرجع السابق ، ص 220.

[4]– أبو حسن مسلم بن الحجاج،المرجع السابق ص ص 671/670

[5]–يحي بن شرف النووي ، **صحيح مسلم بشرح النووي** ، ط1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان ، 2000 ،ص 165

[6]–نضال محمد أبو سنينة ، المرجع السابق، ص 322

ب – عدم الإكراه (الإختيار):

يجب أن يكون الولي مختارا ، فلا يصح التزويج من المكره و الإختيار ليس شرطا في ولي الزواج في كل العقود و التصريحات .

وقد ذكر المالكية أنه لا يصح الزواج من مكره و اعتبروا عدم الإكراه شرط في صحة العقود كلها.

قوله تعالى:{ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا } ﴿٢٨٦﴾"[1]

ودليلهم أيضا عن ابن عباس رضي الله عنها ، أن الرسول (ص) قال: " **إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه** " [2].

قال ابن العربي : و الخبر وإن لم يصح سنده ، فإن معناه صحيح باتفاق من العلماء .

وقال الدردير المالكي : و بقي شرط سابع ، و هو عدم الإكراه فلا يصح من مكره.

إلا أن عدم الإكراه لا يختص بولي عقد النكاح ،بل هو عام في جميع العقود الشرعية.

قال أبو عبد الله المواق المالكي :

أما إجازة النكاح فلابن سحنون : أجمع أصحابنا بإبطال نكاح المكرهة و المكره.

ثم لا يجوز للمكره و لا للمكرهة إجازة ذلك النكاح ، لأنه لم يكن عقدا ، و لو كان عقدا يبطل لأنه نكاح على خيار و قيل : يجوز إمضاؤه إن قرب [3].

قال ابن رجب : المكره نوعان : أحدهما من لا اختيار له بالكلية و لا قدرة له على الامتناع ، كمن حمل كرها ، و أدخل مكان حلف على الإمتناع من دخوله ، أو حمل كرها

---

[1]–سورة البقرة الآية 286

[2] – محمد بن يزيد ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة بتخريج الألباني**. ج1 ،دار الرسالة العالمية ،لبنان د.س.ن ص 353

[3]–أحمد بن محمد بن رجب ، المرجع السابق، ص ص 103 ، 104

و ضرب به غيره حتى مات ذلك الغير ، مع عدم قدرته على الامتناع فهذا لا يؤثم اتفاقا و لا يترتب عليه حنث في يمينه عند جمهور العلماء [1].

فالإكراه في النكاح يجعل التصرف على غير وجه الاختيار فيخرجه عن دائرة المشروعية ، كما فهم شراح الحديث منه فيمكن إضافة هذا الشرط إلى شروط الولي ، لأن الإكراه في العقود يبطلها ، فإذا كان الإكراه سبب مبطلا للعقود العادية ، في الأموال و غيرها ، فمن باب أولى أن يكون الإكراه سببا لإبطال عقد الزواج لما لهذا العقد من الهيبة و القداسة.

الفرع الخامس: الرشد

قال المالكية ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه و لو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره ، لكن يستحب عند المالكية ، أن يكون التزويج من سفيه ذي الرأي بإذن موليه ، و بإذن وليه ، فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة.

و وجه صحة عقد السفيه أنه غير محجور عليه في ذلك و أن الولاية عليه إنما هي في ماله [2]

إذن فشروط الولي منها ما هو شرط صحة و منها ما هو شرط كمال ، أما شروط الصحة فهي:

- كمال الأهلية بالبلوغ و العقل فلا ولاية للصبي ، و المجنون ،و المعتوه ، و السكران، و كذا مختل النظر بهرم أو خبل ، لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه لقصور إدراكه و عجزه، و بالتالي الأحرى أن لا تكون له ولاية على غيره، لأن الولاية تتطلب حسن التدبير و الحماية ،ومراعاة المصلحة و الكفاءة.
- والإسلام لأن الكفر مانع من استيلاء الكفار على خروج المسلمات و لا يجوز أن يكون الولي عبدا لأنه لا يملك العقد لنفسه فكيف يملكه لغيره.
- وأن يكون الولي حلالا لأن الإحرام من أحد الثلاثة يمنع العقد.

[1]–ابن رجب عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد ، **جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم** ، تحقيق محمد بن عبد الرزاق الرعود ، عمان ،ط1، دار الفرقان ، د.ب.ن، 1990م،ص560

[2]-عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص 62

- والذكورة فلا يصح عقد الأنثى و لا على ابنتها.
- وأن لا يكون الولي مكرها فلا يصح التزويج من مكره لأن الاختيار ليس شرطا في الولي فقط وإنما هو شرط في العقود و التصرفات

أما العدالة و الرشد فيها شرطا كمال فيستحب وجودهما

وقد تم تلخيص هذه الشروط في الأبيات الشعرية التالية:

شروط الولي بعقد النكاح = تلوح بخير كضوء الصباح

فأولهن ذكوريـــة = فإياك فأحذر وقوع السفاح

ومنها بلوغ و حريـــة = واسلام دين هدى للفـلاح

و تمليك نفس وعقل وعدل = ورشد أتاك كنظم الوشاح[1]

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء

لقد اختلف الفقهاء فيمن هو أولى بالتقديم حتى في المذهب الواحد ، في كل ولاية يقدم الشرع ما هو أقوم بمصالحها فللقضاء العارف بالفقه و أحوال الخصوم و البينات ، و للحروب من هو أعلم بمكائدها و سياسة شعوبها ، و رب كامل في ولاية ناقص في أخرى ، كالنساء : ناقصات في الحروب كاملات في الحضانة لمزيد رحمتهن، وصبرهن فيقدمن على الرجل في الحضانة ، فكذلك الأولياء يقدم من وصفه أقرب لحسن النظر في الولاية[2] ، **قال سحنون:** وقال ابن نافع عن مالك :إن ذا الرأي من أهلها الرجل من العصبة [3] ، **قال اللخمي :** النسب مقدم على غيره ، و أولى النسب الابن ، ثم ابن الابن، ثم الأب ثم الأخ ، ثم ابن الأخ ، و إن سفل ، ثم الجد ، ثم العم ، ثم ابن العم و إن سفل.

[1]–محمد محدة ،**الخطبة والزواج** ،4،ط2،دار الشهاب ،الجزائر، شهاب 2000 باتنة ،1994،ص 246 .

[2]– شهاب الدين أحمد ابن ادريس القرافي ، **الذخيرة**، ج4 ، ط1 ، دار الغرب الاسلامي ، لبنان ، 1994 ، ص 246.

[3]–أحمد بن محمود آل رجب ، المرجع السابق، ص129.

و أسباب التقدم في المواريث هي نفسها أسباب التقدم ههنا وسوى في الكتاب بين الأخ الشقيق للأب نظرا لأن المعتبر إنما هو جهة الأب ، و الأمومة و الإدلاء بها ساقط في ولاية النكاح[1]

قال الشيخ خليل في المختصر: (وقدم ابن ، فابنه ، فأب ، فأخ فابنه، فجد ، فعم، فابنه، و قدم الشقيق على الأصح و المختار ، فمولى ، ثم هل الأسفل، و به فسرت أولا وصحح ، فكافل وهل إن كفل عشرا "أي عشر سنين"، أو" أربعا" أي أربع سنين " أو ما يشفق" أي أن الكفالة لا حد لزمانها إلا ما يوجب الحنان و الشفقة " تردد، وظاهرها " أي ظاهر المدونة " شرط الدناءة ، أي أن الدناءة شرط في قبول ولاية الكفالة "، فحكم ، فولاية عامة مسلم ، وصح بها "أي بالولاية العامة " ، في دنيئة مع خاص لم يجبر "أي مع الولي الخاص غير المجبر" . كشريفة دخل وطال "أي أن دخل بها و طال صحت الولاية العامة مع وجود الولي الخاص " [2].

-**وقال ابن جزي عن المالكية:** المسألة الثالثة في ترتيب الأولياء :

فأما الذي يجبر فالأب ثم وصيه ، و أما الذي لا يجبر فالقرابة ثم المولى ثم السلطان و المقدم من الأقارب الابن ثم ابنه و إن سفل ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه وقيل الأب أولى من الابن[3].

جاء في المدونة:

قلت : فمن أولى بإنجاحها ؟ الابن أم الأب

قال: قال مالك : الابن أولى بإنكاحها و الصلاة عليها

و قال ابن رشد : و أما المسألة الثانية ، فإن مالك يقول : إن غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد.

- و قال شهاب الدين النفراوي :

---

[1]-جمعة محمد براح ، **الولاية في عقد الزواج** ، مقال مأخوذ من موقع جامعة الكويت على الرابط التالي:usixwww.pubcomal.kuuivied.kwبتاريخ :2020/09/21 على الساعة:09:36 د :

[2]-خليل بن اسحاق الجندي المالكي ، **مختصر خليل** ،ج1،ط1، دار الحديث ، القاهرة، 2005، ص 97.

[3]-محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي ، المرجع السابق، ص 134

محل تقديم على الأب ما لم تكون الثيب في حجر أبيها أو وصيها أو مقدم قاص بناء على أنه في منزلة الأب و إلا فيقدم كل على الابن[1].

و قال ابن الجلاب : قال مالك يرحمه الله و الابن أولى بانكاح أمه من أبيها وكذلك ابن الابن أولى من أبيها و الأخ و ابن الأخ أولى به من جدها ، ثم الولاية بعد ذلك مرتبة على ترتيب العصبات في المواريث [2].

و يرى المالكية أيضا : أن الترتيب بين الأولياء مندوب و ليس و اجب ، فلو زوج الأبعد أو الحاكم مع وجود الأقرب جاز ذلك إذا كان الأقرب غير مجبر.

و قال ابن رشد : و أما المسألة الثانية ، فإن مالك يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد.

و قال المالكية: ترتيب الأولياء في النكاح هكذا : الولي المجبر هو الأب و وصيه والمالك ثم بعد الولي المجبر يقدم الابن و لو من الزنا بأن تزوجت أمه أولا بنكاح صحيح وأتت به بعد ذلك من الزنا ففي هذه الحالة يكون له الحق في الولاية عليها مقدما على الجميع أما إذا كانت زنت به ابتداء قبل أن تتزوج ، فحملت به ، فإن أباها في هذه الحالة يقدم عليه لأنه يكون وليا مجبر لها إذ الولي المجبر يجبر البكر و الثيب بالزنا ، و مثلها المجنونة لأن مجبرها أبوها ، ومثل الأب و وصيه ثم بعد الابن يقدم ابن الابن ، ثم الأب غير المجبر بشرط أن يكون أبا شرعيا جاءت به منه بنكاح صحيح ، أما إذا كان أبا من الزنا فإنه لا قيمة له فلا ولاية له .

ثم الأخ على الصحيح ، ثم الأخ لأب ، وقيل الأخ الشقيق ، و الأخ لأب في مرتبة واحدة ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب على الصحيح أيضا ، ثم الجد لأب على المشهور ، ثم العم الشقيق ثم ابنه، ثم العم لأخ ، ثم ابنه، ثم أبو الجد ، ثم عم الأب ، ثم تنتقل الولاية إلى الحاكم بشرط أن لا يكون قد وضع ضريبة مالية على تولي العقد فإن كان كذلك لا تكون له ولاية ، و الحاكم يزوجها بإذنها و رضاها ، بعد أن يثبت عنده خلوها من الموانع و أن لا ولي لها ، أو لها ولي منعها من الزواج ، أو غاب عنها غيبة بعيدة ، ثم إن كانت رشيدة فإن

[1]–أحمد بن محمود آل رجب ، المرجع السابق، ص 144

[2] –ابو القاسم عبيد الله ابن الجلاب ،**التفريغ في فقه مالك بن أنس** ،ج1 دار الكتب العلمية ،لبنان ، د.س.ن ،ص312.

رضاها بالزواج يكفي و إن لم تكن رشيدة فلا بد له أن يتحقق من كفاءة الزوج في الدين و الحرية ، والسلامة من العيوب ، ومساواته لها فيما هي تحمله من صفات الكمال و المهر ، و ذلك لأن الرشيدة لها حق إسقاط الكفاءة المذكورة ، فمتى رضيت فصح أما غيرها فليس لها ذلك.

خلاصة الفصل الأول:

لقد اتضح مما سبق ذكره أن المالكية ذهبوا إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فاعتبروا الولي ركنا أساسيا في عقد الزواج لا يصح إلا به ، بحيث لا تعقد المرأة الزواج لنفسها بنفسها سواء كانت بكرا أو ثيبا ، رشيدة أو سفيهة ، كان لها أب أم لم يكن ، و دليل الولاية وشرعيتها ، و حكمتها ثابت كتابا ، و سنة و معقولا ، فلا يمكن أن يترك الإسلام هذا العقد بماله من أهمية دون رعاية ، و أحكام خاصة.

والمالكية كمذهب إسلامي كانت لهم طريقتهم و رؤيتهم الخاصة في مسألة الولاية في عقد الزواج ، مشروعية ، وحكمة ، و حكما و تقسيما ، و أنواعا ، و أسبابا ، و ترتيبا ، فقد اتفقوا مع جمهور الفقهاء في بعضها ، و اختلفوا معهم في البعض الآخر ، غير أن الفكرة الجوهرية التي اتفقوا فيها مع الجمهور أنه ((لا نكاح إلا بولي)).

و تميزوا عن باقي الجمهور بتقسيم الولاية في الزواج إلى قسمين :

ولاية عامة، و ولاية خاصة ، فأما الأخيرة فتثبت لخمسة أصناف هم : الأب ، ووصيه و القريب العصبة، و المولى و السلطان ، واعتبروا أسبابها خمسة أيضا هي : الأبوة و الإحصاء (الوصية) و العصوبة (القرابة) و الولاء و السلطنة و مجرد الإسلام عند المالكية صفة تقتضي الولاية على الدنية و هذا يعرف عندهم بالولاية العامة ، بشرط أن لا يكون لها أب أو وصيه و بشرط أن لا تكون شريفة ، وهذا التميز عندهم مجرد رواية منقولة ، إلا أن الراجح عندهم يتفق مع قول الجمهور باعتبار الولي شرطا لصحة عقد الزواج.

و لقد اعتبر الدسوقي أن الولاية تكون بالتعصيب ، أو للحاكم أو للكافل و هذا السبب مما اشتهر به القول عند المالكية دون غيرهم ، وهذا طبعا عند عدم وجود الولي الخاص.

أما الشروط التي يجب تحقيقها في الولي حتي تكون له صلاحية ابرام عقد الزواج ، فهي الإسلام ، العقل، البلوغ، الذكورة، و الحرية و عدم الإحرام و الاختيار كشروط صحة و عدالة و رشد كشرطي كمال.

وبعد أن تتوفر الشروط المطلوبة في الولي لابد من معرفة وتحديد ، و احترام ترتيب الأولياء درجة وأسبقية فأعتبر المالكية أن الولاية للعصبات، و ليس لأولي الأرحام ولاية عندهم في وجود العصبات.

وبعد الأب ووصيه في البكر ، والصغيرة و المجنونة لا جبر لأحد من الأولياء ، و إنما تزوج البالغة لا الصغيرة ، بإذنها و رضاها سواء كانت البالغة بكرا أو ثيبا.

والملاحظ أن المالكية قد خالفوا غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الأخوة و ليس بعد الأب ، وأن الولي المجبر هو الأب لا الجد ، كما خالفوهم بثبوت الولاية بالإيصاء و الكفالة ، و بالولاية العامة (ولاية الإسلام).

و القياس على المواريث هو الأصل في ترتيب الأولياء عندهم ، فالأولى بالتقديم من كان أقوى تعصيبا ، فإن اجتمع الأولياء يقدم من وصفه أقرب لحسن النظر في الولاية و النسب مقدم على غيره .

وأولى النسب :

الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ و إن سفل ثم الجد ، ثم العم ثم ابن العم و إن سفل ، و أسباب التقدم هنا هي أسباب التقدم في المواريث .

كما أن المالكية يرون بأن ترتيب الأولياء مندوب و ليس واجبا ، فلو زوج الأبعد أو الحاكم مع وجود الأقرب جاز ذلك خاصة إذا كان الأقرب غير مجبر .

و خلاصة الأمر أن تحصيل مذهب مالك رحمه الله أنه" لا نكاح إلا بولي " هذه جملته ، متناسبا و متوافقا في هذا مع الجمهور ، و لا نكاح إلا بولي ذكر ، فلا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها و لا غيرها بوجه ، و ذلك باطل متى وقع.[1]

[1] عبد الرحمان الجزيري المرجع السابق ، ص19

الفصل الثاني

الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بعدما اتضح لنا من اعتبار الولي شرطا أساسيا في صحة عقد الزواج و هذا ما راه مالك وأتباعه رحمهم الله في مسالة اعتبار الولي في عقد الزواج ، و هذا يتفق مع الجمهور القائلين بعدم صحة تولي المرأة لعقد زواجها فعند مالك الولي شرطا لصحة عقد الزواج و هو الرأي الراجح مقترنة مع الرواية التي نقلت عنه في صحة المرأة الدنيئة ، و الشريفة بولي عام من غير إذن من وليها الخاص.

ما ذهب إليه ابن رشد في مفهوم قول مالك إلى أنه لا نكاح بدون ولي ، لأنه شرط صحة ، فالأثر نفسه يتحقق في حالة تخلفه في عقد الزواج في الحالتين .

وبعدما ذكر و قدم من أدلة شرعية من الكتاب و السنة وأدلة من المعقول ، تتضح لنا أهمية الولاية عموما ، و أهميتها في الحياة العامة و الخاصة ،وما تمثله من ضرورة في عقد الزواج ، فما موقف المشرع الجزائري من فكرة ضرورة الولي في هذا العقد؟

لقد كان المرسوم رقم 59-1082 الصادر في سبتمبر 1959 ، يعطي الحرية التامة للزوجين إلى الولي بل اشترط موافقة كلا الزوجين شفويا و علانيا ، و شخصيا ، لصلاحية هذا العقد إذ نص في مادته الثانية": ينعقد الزواج بتراضي الزوجين ، و يكون العقد باطلا إذا لم يكن التعبير عن الرضا شفويا ، و صادرا عن الزوجين شخصيا بحضرة شاهدين بالغين رشيدين..."

وكان من الطبيعي ان يطبق القانون الفرنسي على الجزائريين لأنهم كانوا تحت السلطة الاستعمارية[1].

[1]-محمد الشافعي ، **قانون الأسرة في دول المغرب العربي** ، ط1، مراكش ، المطبعة و الوراقة الوطنية ، 2009، ص62

ولقد عملت سلطات الاحتلال الفرنسي منذ 1830 إلى محاولة التضيق من مجال العمل بأحكام الشريعة الإسلامية ، وأولى الخطوات التي قامت بها إدارة الاحتلال الفرنسي هي محاولة استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية ، و إحلال أحكام القانون المدني الفرنسي محلها ، كما عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين التدخل في قانون الإسلامي و نظام العائلة الجزائرية من بينها القوانين الصادرة في 11 جويلية 1957، والمتعلقة بأحكام المفقود الوصاية و الحجر و كيفية إثبات الزواج .[1]

وبعد الاستقلال حاولت الجزائر التخلص من قواعد النظام الفرنسي بصفة تدريجية ، و لكن ذلك تسبب لها في فراغ تشريعي إلى غاية صدور قانون الأسرة سنة 1984 و ذلك أنه لم تكن هناك قوانين جاهزة تحل محل القوانين الفرنسية أو حتى مؤسسات مؤهلة تتولى هذه القوانين باعتبار أن الجزائر كانت حديثة العهد بالاستقلال ، و بالتالي لم تكن لديها نموذجا تشريعيا يحل محل النموذج الفرنسي ، و لهذا أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 62-157 بتاريخ 31-12-1962 الذي نص فيه على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواده الاستعمارية و العنصرية و المخالفة للحقوق و الحريات و ذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني

ولقد تضمنت المادة 02 على ما يلي : "أن كل نص تشريعي باطل إذا مس بالسيادة الداخلية و الخارجية للدولة الجزائرية ، و كان مستوحى من بواعث استعمارية او كان ذا طبيعة تميزية أو مس بالممارسة الطبيعية الديمقراطية للحريات الديمقراطية "

مع ملاحظة أن هناك الكثير من القوانين التي صدرت خلال فترة 1962-1984 ، غطت تقريبا كل المجالات التشريعية ، ماعدا الأحوال الشخصية التي لم يصدر بشأنها قانون خاص وان كانت هناك بعض المبادرات تدخل بها المشرع الجزائري أدت الي ظهور بعض النصوص القانونية منها قانون 29 جوان 1963 الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج و حدد الحد الأدنى لسن الزواج .[2]

[1] محمد الشافعي ، المرجع السابق ،ص62.

[2] -اسند للقاضي العادي تحديدا دور شبه تشريعي فضلا عن وظيفته الأصلية وذلك يرجع الى عدم وضوح المعايير التي نصت عليها المادة 02 من القانون الصادر 1962 م، المتعلق بالاحوال الشخصية قصد تحديد القوانين الملغاة منها والقوانين المستمرة النفاذ، الا أن هذه المعايير كانت عامة ،مما يدفع بالقضاء الى الإجتهاد أكثر.

لم يطرح حتي كمشروع على البرلمان رغم إنشاء عدة لجان للدراسة و وجود عدة مشارع خاصة به على عكس كل من المملكة المغربية التي أصدرت مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 و الجمهورية التونسية التي أصدرت في نفس السنة مجلة الأحوال الشخصية ، و لعل السبب الرئيسي في تأخر الصدور إلى غاية شهر رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 أي بعد مرور 22 سنة من الاستقلال هو الصراع الفكري و الثقافي بين المؤيدين لأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون الأسرة و أنصار التغريب ، و الغاء كل ما يتعلق بالعروبة و الإسلام .

وأخيرا و بعد كل هذا الصراع الطويل تمكن المشرع الجزائري من المحافظة على الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون الأسرة ويصدر قانون الأسرة سنة 1984 اعتبرت الولاية في الزواج ركن من أركان عقد الزواج وهذا ما سيتم توضحه لاحقا.

لكن بعد عدة سنوات و نظرا للتغيرات عدة: عالمية ، سياسية ،اقتصادية ، اجتماعية ، ثقافية بالإضافة إلي الثورة التحريرية للمرأة ،وسعي المنظمات الدولية و النسوية لتحقق أكبر قدر من الحقوق للمرأة و تحت تأثيرات خارجية قام المشرع الجزائري بتعديل ق أج 84-11 سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05-02 ومن بين أهم الأمور التي مسها هذا التعديل مسألة الولي في عقد الزواج .

وسنحاول توضيح مسألة الولي في عقد الزواج في هذا الفصل قبل تعديل قانون الأسرة وبعد هذا التعديل ،و ذلك من خلال ثلاث مباحث كالآتي :

المبحث الأول : الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و فقا لقانون 84-11 واثر تخلفه

المبحث الثاني : ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة الجزائري 84-11

المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وفقا للأمر رقم 05-02

وهذا ما سيتم دراسته لمعرفة مكانة الولي في عقد الزواج في ظل ق أج ، من أجل الوصول الي مدى الاشتراك و الاختلاف مع المذهب المالكي .

المبحث الأول: الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري 84-11 وأثر تخلفه.

لقد نصب المشرع الحكيم ممثلا يدعم المرأة يكون حريصا على مصلحتها أكثر من حرص أي أحد غيره فخول الوالي المرأة الراغبة في الزواج عقد زواجها نيابة عنها ، أبا كان أو وليا أو قريبا أو قاضيا.

اشتراط الولي للمرأة في الإسلام هدفه تحقيق مصلحتها و فوائد تعود عليها و على أهلها بالنفع ، لحمايتها من أي موقف يخدش حيائها الطبيعي ، و ينتقص من كرمتها و كرامة أهلها. فالمرأة غلبا ما تحكم عاطفتها على حساب عقلها ، و هذا قد يشكل خطرا كبيرا عليها ، خاصة في و قتنا الحالي ، و ما نشاهده و نسمعه يوميا من قصص و مآسي و جرائم في حق الأسرة عموما و المرأة و الأطفال خصوصا .

فقد يسهل انخداع المرأة بمن يعرض الزواج بها ،عكس وليها الذي يكون أكثر خبرة و علما بأحوال الرجال ،ويحكم عقله في غالب الأحيان ، فيقوم بدور المحقق و المدقق المتفحص لحال الرجل ، وبسؤاله عنه ومعرفة سيرته و سلوكه ، و أصدقائه دون تسرع ، و هذا كله حرصا منه على مصلحة من تحت ولايته (ابنته) .

و لقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي و اعتبر ولي المرأة ركنا من أركان عقد الزواج و نظم هذا الركن في المواد: 09-11-13-32-33. من ق أ ج 84-11 مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يعرف الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل شرعيتها و لا شروطها أيضا ، غير أنه فيما يخص الشروط فقد أشار الى شرط الذكورة و هذا يفهم من خلال نص المادة 11 من نفس هذا القانون ، وهذا ما يؤدي الى الرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة قبل التعديل وبعده حيث جاء في المادة (كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[1]

[1]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984م، **المتضمن قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية عدد 24 ، المؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984م.

كما نصت المادة 33 من نفس هذا القانون أيضا أنه : (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا الصداق فيه ، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل) و من هنا يتضح لنا بأن كلا من الولي و الصداق يعدان ركنان من أركان عقد الزواج لكن ما يهمنا هنا هو ركن الولي ليتبين لنا المغزى من اشتراطه و أثر تخلفه.

المطلب الأول : الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الاسرة الجزائري 11/84

لقد وافق المشرع الجزائري جمهور الفقهاء في مسألة الولي و حقه في عقد الزواج في ظل هذا القانون 11/84 قبل تعديله و اعتبره ركنا في هذا العقد ، و رضاه معتبر الى جانب رضا الزوجين .

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 09 من ق أ ج 11/84 بأنه ((يتم عقد الزواج برضى الزوجين و بولي الزوجة و الشاهدين و صداق)) [1].

الركن في العقد هو أساس انعقاده ، فإن تحقق هذا الركن صح العقد ، و إذا انعدم ترتب بطلانه غير أن انعقاد عقد الزواج لا يتحقق بركن واحد فقط ، و هذا ما تم النص عليه في المادة 09 من هذا القانون المذكورة سابقا .

حيث تم حصر أركان عقد الزواج في 04 أركان هم :

1- الزوج و الزوجة و خصهما بالرضا في عقد زواجهما .
2- والولي بمباشرة عقد زواجهما وليا شرعيا
3- إلى جانب الشاهدين
4- الصداق.

كما نص المادة 11 من ق أ ج 11/84 قبل التعديل ((يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين ،و القاضي ولي من لا ولي له))

ويتضح لنا من خلال ما ذكرناه آنفا أن المشرع الجزائري قد منح ، دورا مهما للولي ، وأهميته كبيرة في مسألة عقد الزواج ، و اعتبره حماية و شفقة لمن تحت ولايته في ظل قانون 11/84 إلا أن المشرع رغم هذا الإسناد الذي يخص عقد الزواج ، قد وضع حدودا لممارسة

[1]- قانون الأسرة الجزائري 11/84

هذا الدور ، الأمر الذي يدعونا الى ضرورة التطرق الي دور الولي في عقد الزواج (فرع أول) ، حدوده (فرع ثاني).

الفرع الأول : الولي في عقد الزواج وفقا لقانون 11/84

أولا : دور الولي في عقد الزواج :

حسب ما هو موضح من خلال نص المادة 11 من القانون 11/84 فإنه لا يسمح للمرأة في زواجها أن تنفرد بإبرام عقد زواجها بنفسها ، وقد تم إسناد دور مهما لوليها في هذا العقد بحيث نصت ((يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له)).

ومعنى أقاربها الأولين هنا: الابن و وصى الأب ، و الأخ فابن الأخ ، فالجد ، فالأقربون وهذا طبعا موافقة للمذهب المالكي ، و القاعدة عندهم أنه إذا غاب الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل للذي يليه [1].

واستثنى الإمام مالك الأب فإنه يقول في حالة غيابه لا يزوجها غيره إلا إذا كانت غيبته بعيدة أو مجهول الإقامة أو أسيرا.

أو خيف الفساد على البنت و يرجع تخصيص الأب بهذا الحكم لاعتبارات كثيرة منها الحماية و الشفقة .

كما لا يخفى علينا أن الشريعة الإسلامية قررت أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو باطلا مطلقا ، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه .[2] ووفقا لنص المادة 09 من القانون 11/84 ، لابد من توفر رضا الخاطبين لانعقاد الزواج ، و برغم من هذا فرضا الفتاة لابد من دعمه برضا وليها و موافقته و مباركته لهذا الزواج فرضاها لا يكفي وحده و الولي برضاه يقوم بنقل إرادة الزوجة ، وهذا أيضا احتراما لحيائها و خجلها اللذان يمنعانها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد .

---

[1] – قانون الأسرة الجزائري 11/84

[2]- العربي بلحاج، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، د .ط ،دار هومة2013 ،الجزائر ،ص 411

كما أنها جاهلة بأحوال الرجال و وليها أعلم بمصلحتها فولي الفتاة في زواجها هو أبوها مطلقا ، لكن الإشكال يطرح في حالة غيابه عن موطنه لسبب أو لآخر، فهنا لابد من انتظار حضوره إذا لم يكن الانتظار له تأثير على مصلحة البنت ، أما إذا كان هذا الانتظار قد يؤثر على مصلحة البنت أو ضياع فرصة جيدة فهنا الولاية تنتقل من الأب إلى أقرب شخص من المرأة.

أ- **في حالة غيبته:** إذا كان الولي غائبا لسبب أو لآخر فبإمكان الأخ أن يكون وليا على أخته في عقد الزواج كما هو الأمر في قضية الحال : نيابة عن أبيه و أن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر ، وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عليها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع اجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة خاصة و قد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد.[1]

ب- **في حالة وفاته:**تعتبر وفاة الولي ناقلة للولاية الى الشخص الذي يليه في الولاية و هذا طبعا مع مراعاة درجة القرابة .[2]

وتنتقل الولاية إلى القاضي و ذاك تطبيقا لنص القانون((القاضي ولي من لا ولي له)) في حالة ما إذا لم يكن للمرأة وليا يتولى إبرام عقد زواجها .

ثانيا : نطاق الولاية في إبرام عقد الزواج :

كما تم ذكره سابقا في الفصل الأول من البحث فإن الولاية في الزواج عند المالكية سببها الصغر و البكارة معا و يترتب على أن البكر الصغيرة jeune fille و كذا الولد الصغير و المجنون و المجنونة عليهم ولاية تتحقق بالصغر و البكارة و الجنون ، و عليه فإن الكبيرة الثيب .femme majeur لا ولاية عليها باتفاق الفقهاء إلا ولاية اختيار (أو المشاركة أو الندب) .[3]

---

[1]-المحكمة العليا ،**غرفة شؤون الاسرة والمواريث ، قرار رقم 92638 المؤرخ بتاريخ 1993/09/28** ،غير منشور

[2]-نسرين شريقي، كمال بوقرورة ، **سلسلة مباحث في القانون قانون الأسرة الجزائري** ، ط1 ، دار بلقيس ،الجزائر، 2013، ص 36

[3]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 413.

كما أن المشرع الجزائري رغم منحه الولي سلطة في عقد الزواج لموليته، إلا أنه لم يجعل مجال هذه السلطة مفتوحا بل حدده و ذلك بوضع حد لهذه السلطة في منع موليته من الزواج من جهة ، و حدود السلطة بعدم إجبارها على الزواج من جهة أخرى .

أ- **حدود سلطة الولي بعدم إجبار موليته:**

لقد تم مناقشة مسألة الإجبار في الزواج من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية ، و لقد ذهب المذهب المالكي إلى أن للولي ولاية الإجبار على البكر البالغة وعلى القصر، و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أيضا.

فلا يجوز للأب أو غيره إجبار من في ولايته بدون رضاها وهذا طبقا لنص المادة 13 ق أ ج 11/84 قبل تعديله وبالتالي لابد من الحصول على رضا القاصرة و البالغة و موافقتها على زواجها ، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يفصل بين البكر أو البنت البالغة ، كما أغفل أهم مسألة في ولاية الزواج و هي زواج الصغيرة ، و المجنون و المجنونة و مدى ثبوت ولاية الإجبار[1] ، على هؤلاء فالمادة 13 ق أج من هذا القانون 11/84 كانت واضحة في مسألة الإجبار وشموله دون تحديد بالرغم من أن ولاية الإجبار خصصت لحماية حقوق العاجزين عن التصرف في أنفسهم و أموالهم مع العلم أن هذه الولاية عرفت خاصة بأنها :

((تنفيذ القول على الغير الذي يقصد به القاصر و المجنون و من في حكمه))

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فموقفه من مسألة الإجبار و منعه يمكن أن يتوضح لنا من خلال تطبيقات القضاء و القضية التالية بالقرار المؤرخ في 2000/07/18 (غ. أ . ش) ملف رقم 249128 قرار بتاريخ 2000/07/18 ، المجلة القضائية لسنة 2003 ، العدد 02، ص 267 .

قررت المحكمة العليا أنه يبطل الزواج بانعدام الرضا ولا يحق للقضاة الموضوع إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج و خاصة أن الطاعنة أعلنت منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج فإن القبول يكون منعدما ،و هو ما جعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال .[2]

---

[1]- السعيد قاضي ، المرجع السابق، ص 153.

[2]- المحكمة العليا ،**غرفة شؤون الاسرة و المواريث** ،قرار رقم **249128 المؤرخ بتاريخ 2000/07/18**،المجلة القضائية ،عدد 2 ،الجزائر 2003 ، 267ص.

كما أن مجلس قضاء مستغانم حكم في قراره المشهور الصادر في 03 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية بأنه : وإن كان حضور الولي الى جانب المرأة شرط أساسي و إلى أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة و مباشرة العقد نيابة عنها ، و عرض شروطها و مطالبها بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على الولي (أب المرأة)بعقوبة الغرامة يتجاوز حدود مهمته الشرعية (ذلك أنه صرح في المجلس العقد بأن الزوجة موافقة على الزواج في حين أنها كانت ترفضه) كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوما .

وهذا اجتهاد صائب ينسجم مع أحكام الفقه الإسلامي الذي يجعل من الولاية في الزواج حق تمارسه المرأة الراشدة حسب اختيارها و مصلحتها ، و بعيدا عن الضغط و الإكراه و الإجبار فلا يجوز للولي أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها و موافقتها .[1]

ويحق للولي توكيل غيره في الزواج و لو كان حاضرا و قد وكل الرسول (ص) أبا رافع في تزوجه ميمونة رضى الله عنها.

وأن الوكيل (mondataire) كالأصيل (le mondont) وفقا لأحكام الوكالة (المادة 571 الى المادة 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 و دفعا كل شبهة ونفيا لكل تهمة ، فإذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة كان فضوليا فيتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الأصل[2] .

ب/ حدود سلطة الولي في منع موليته من الزواج :

لقد تم التعرض لمسألة منع الولي أو العضل كما يعرف في الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله و ذلك من خلال ما نصت عليه م 12 من القانون 11/84 على أنه : ((لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و إذا وقع المنع فللقاضي أن يؤذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع أبنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت)).

وبالتالي ومن خلال ما نصت عليه هذه المادة فإن الولي ليس له منع موليته من الزواج إذا تحقق شرطين.

---

[1]– العربي بلحاج، المرجع السابق ،ص 416.

[2]–نفس المرجع، ص 416.

أولهما :أن تكون راغبة في الزواج من الخاطب

ثانيهما: أن يكون الخاطب كفئا لها.

غير أن المشرع قد أغفل مسألة مهمة و هي في حال ما تمت مخالفة أحكام النص القانوني و ذلك حين يجبر الولي ابنته عموما على الزواج بمن لا ترضاه فتضطر للموافقة فهل يكون العقد صحيحا أو باطلا؟ وما مصير هذا العقد ؟.

كما أن المشرع أيضا قد ميز بين البنت البكر و الثيب من حيث سلطة الولي في التزويج فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج ، اذا رغبت في الزواج ، فليس له أن يمنعها و للقاضي أن يؤذن بذلك .

أما البنت البكر فعليها ولاية الإجبار فيجوز لوليها أن يعترض غلى زواجها إذا لم يرى فيه مصلحة أو لم يكن كفئا.[1]

إلا أن المشرع في م 12 /ف 2 ،أضاف أنه في حالة ما تحقق المنع فللقاضي أن يؤذن بالزواج وهذا طبعا مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون .

فنجد مثلا : في قضية : (رب) ضد : (رز) و (ص م) ملف رقم 90468 قرار بتاريخ 1993/03/30 منع البنت الراشدة من الزواج من طرف الأب لا يجوز إذا كان أصلح لها و للقاضي أن يؤذن به و هذا تطبيق للقانون الصحيح .

و للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانه .

ولما ثبت – من قضية الحال – أن البنت راشدة وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم و له مسكن ، فإن والدها – الطاعن – لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج ، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه .[2]

ومع كل ما ذكرناه سابقا من ضرورة موافقة البنت ، و توفر ركن الرضا في زواجها ، وانه ليس لوليها منعها من الزواج إذا كانت راضية به ، ومن كفء ، بالرغم من أن الواقع المعاش

---

[1]– منير بن عنتر ، **إشكالات الولاية في الزواج بين الفقه والقانون** ،مذكرة ماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة المسيلة 2016/2015 ،ص 30–31.

[2]– المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 90468 المؤرخ بتاريخ 1993/03/30 ، المجلة القضائية عدد 32 ، الجزائر، 1994، ص66 .

يؤكد لنا ان البنت غالبا ما تكون جاهلة لمصلحة الزواج ، و أحوال الرجال ، ووليها غالبا أدرى مصلحتها ، لكن ما يثير التساؤل حقا إذا لم يتحقق صالح البنت ، وانعدم المبرر الشرعي للولي ، فهنا فوض القاضي تزويج البنت رغم معارضة أبيها ، فهل القاضي مع احترامنا لهذه المهنة النبيلة يمكن له تقدير مصلحة البنت في هذا الزواج أكثر من أباها و هو وليها الذي أنجبها ورباها ليحرم في الأخير من فرحته و مباركته لها و لزواجها بتوليه عقد قرانها.

رغم أننا لا ننكر جميعا وجود حالات لآباء ظلموا بناتهم و اختاروا لهم و أجبروهم على الزواج من أشخاص لأهدافهم الخاصة و المادية ، تسديدا لديونهم ، أو هربا من فقرهم آو حتى الزواج من قريبة للزوج المختار.

فكان أجدر بالمشرع أن يجد حلا لهذا المأزق الإنساني قبل أن يكون مأزقا قانونيا .

وهل القاضي في هذه الحالة قام بمراعاة أحكام المادة 09 من ق أج 84-11 التي اعتبرت الولي ركنا من أركان الزواج ؟

فالولاية في عقد الزواج ليست أمرا فقهيا ، و قانونيا فقط بل أولا و آخرا هي مسالة لا تخلو من المشاعر الإنسانية و الروابط الاجتماعية و حفظا لماء وجه الأب لا غيره حتى و إن كان هذا الغير قاضيا ، فالقاضي كما نعلم ولي من لا ولي له .

مع الاحتفاظ بالكي كعلاج أخير ، و هذا طبعا إن وجد أن الأب غير أهل لهذه الولاية أصلا كانحرافه و سوء أخلاقه و عدم مراعاته لمصلحة ابنته و عدم حمايتها و الشفقة عليها فالولاية حماية ، و نصرة و رعاية ، و شفقة قبل أي شيء أخر.

الفرع الثاني : اثر تخلف الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري 84-11

لقد اتضح لنا في الفصل الأول بان المذهب المالكي سار مسار جمهور الفقهاء واتفق معهم على انه لا يجوز النكاح إلا بولي ، ووجود الولي في عقد الزواج من الشروط الأساسية ، يتميز عن بقية العقود لما يترتب عليه من أثار مهمة وما يؤكد على ضرورة الولي في هذا العقد الاعتماد عليه حتى في المذاهب التي لا تشترط الولي في العقد كالحنفية ، و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري وفقا للمذهب الذي يقر البطلان في عقد الزواج في حالة عدم موافقة الولي فعند مالك وقوع العقد بدون ولي يفسخ قبل الدخول و بعده.

لقد نص قانون الأسرة الجزائري على أثر تخلف الولي في عقد الزواج من خلال نص المادتين 32 ، 33 منه و التي يمكن تقسيمها إلى ثلاثة تقسيمات:

أ–قبل الدخول : في هذه الحالة فان م32 وم33 قد حددت بأنه يفسخ العقد ولا صداق للزوجة فلا تستحقه كون الصداق تستحقه المرأة بالدخول الحقيقي، ويصبح العقد كأنه لم يكن لعدم وجوده أساسه.

كما حدد الأثر المترتب عند اختلال احد أركان الزواج بالفسخ في م32 ،مع أن اختلال الركن الواحد يترتب البطلان عليه إلا أن المشرع استعمل مصطلح الفسخ "أما البطلان" فاثر ناتج عن اختلال أكثر من ركن واحد كزواج المرأة بدون وليها وبدون مهرها .

وهذا ما تم تأكيده في قرار المحكمة العليا رقم 51107 بتاريخ 1989/01/02:" من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان وهي : رضا الزوجين، صداق، وشاهدين و بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا انه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل العقد . [1]

ب– بعد الدخول :في هذه الحالة فان الزواج يثبت بصداق المثل و يرتب أثار العقد الصحيح و هذا وفقا لنص المادة 33 ق أ ج .

فقد احتاط المشرع و حمى المقاصد الشرعية و وجود الأبناء مع ذلك فان اختلال أكثر من ركن واحد و ترتب البطلان عنه ينطبق على حالة بعد الدخول أيضا .وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 رقم 253366:

"يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل ، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 ق أ ج وبما ان قضاة الموضوع ،رفضوا دعوى إثبات الزواج العرف للمرأة لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون."[2]

وبالتالي فان الأثر المترتب عن زواج المرأة بدون وليها فسخ العقد قبل الدخول طبقا للمادة 32 ق أ ج ولا صداق فيه أما بعد الدخول يثبت بصداق المثل و هذا وفقا لنص المادة 33 ق ا ج.

[1]– المحكمة العليا ،**غرفة شؤون الاسرة والمواريث ، قرار رقم المؤرخ بتاريخ51107 بتاريخ 1989/01/02**،المجلة القضائية الجزائر 2002 ،ص 23 .

[2]–المحكمة العليا ،**غرفة شؤون الاسرة و قرار رقم 253366 المؤرخ بتاريخ 2001/01/23** ،المجلة القضائية عدد 02 ، الجزائر2002 ،ص 440.

أ –تخلف ركن الولي مع احد الأركان الثلاثة

وهي الرضا ، الصداق و الشاهدين ، فالعقد في هذه الحالة باطلا سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، و لا يمكن إثباته و هذه المسالة مكرسة في التطبيقات القضائية وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 02 جانفي 1989 تحت رقم 51107 المذكور سابقا.

لكن المذهب المالكي جعل من الولي ركنا من أركان عقد الزواج و رتب عليه البطلان في حالة عدم وجوده ولم يفرق بين البطلان قبل الدخول او بعده فقد اعتبر الزواج باطلا من الأساس .

كما أضاف الدكتور محمد محدة –رحمه الله – مخالفة للمعاني اللغوية والفقهية فيما يخص معنى الركن و الشرط مما جعل النصوص مضطربة.[1]

بذلك لم يعد الولي ركنا من أركان الزواج جعله شرطا من شروطه يترتب عليه الفسخ قبل الدخل والثبوت بعده وهذا المسلك الذي رفع التعارض بين المادة 09 ق أ ج السالفة الذكر والمادة 33.[2]

المطلب الثاني: أنواع الولاية وترتيب الأولياء وفقا لقانون الأسرة الجزائري 84-11

لقد تم تقسيم الولاية في الزواج من طرف الفقهاء إلى قسمين : ولاية اختيار و ولاية إجبار والولي في ولاية الإجبار له ولاية كاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج ، دون مشاركة أحد فيه [3] وهي ثابتة كما اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على الصغير و الصغيرة ،و المجنون و المجنونة و زاد مالك البكارة ، فالبكر حتى و لو كانت بالغة فولاية الإجبار محققة عليها ما دامت لا تزال بكرا ،كما أن ولاية الإجبار ثابتة على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا .

---

[1]– شهرزاد بوسطلة ، **الولي في عقد الزواج و موقف المشرع الجزائري** . مجلة المنتدى القانوني ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد04 ، 2007، ص 44.

[2]– منير بن عنتر ، المرجع السابق، ص31

[3]–زبير العواد ،**اركان وشروط عقد الزواج وتأثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني لمجلس قضاء المدية،الجزائر، 2004 ،ص 17.

فذهب مالك و أحمد إلى أن البكر البالغة العاقلة يحق لأبيها إجبارها و إن كان يحق له استئذانها [1].

فما دامت لا تزال بكرا ، فولاية الإجبار محققة ولا تسقط عليها حتى ولو أصبحت عانسا[2].

وبالتالي وحسب ما رآه الجمهور، بما فيهم المالكية فإنه ليس للمرأة أن تتولى زواج نفسها و لا غيرها بل يزوجها وليها بدون تفريق بين البكر و الثيب .

إلا أن أبا حنيفة ذهب إلى أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها [3] متى كان الزوج كفئا و المهر مهر المثل ، ويستحب مباشرته من الولي احتراما له و تماشيا مع أعراف المجتمع[4].

أما ولاية الاختيار فلا جير فيها ، فهي ثابتة على المرأة البالغة ، الراشدة ، فالخيار لها غير أنه يستحسن أن تأخذ مشورة وليها و أن يقوم هو بإجراء عقد زواجها، بعد إذنها، و تسمى عند المالكية ولاية الشركة .

وسنحاول التطرق إلى هذين النوعين من الولاية وفقا لقانون 84-11 لنوضح كيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة قبل التعديل بالأمر 05-02

الفرع الأول : أنواع الولاية في عقد الزواج وفقا لقانون 84-11

لقد اعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج ،وهذا ما نصت عليه المادة 09 من هذا القانون (84-11) – فلا يتم زواج المرأة إلا برضاها ، ووليها ، وشاهدين و الصداق .

---

[1]– مصطفى سعيد الخن ،المرجع السابق ،ص 581.

[2]– زبيدة أقروفة ، **قانون الأسرة بين التأييد والتنديد** ،مذكرة ماجستار في الشريعة الإسلامية، كلية أصول الدين الخروبة ،جامعة الجزائر 1999،ص، 144.

[3]– محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية** ،ط 9، دار محمود للنشر و التوزيع، لبنان، 1999 ،ص 256.

[4]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا** ، ج1 ، ط6 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون 2010 ص249.

الولي في هذا القانون دوره مهم فلا يصح الزواج بدونه إذ يفسخ العقد قبل الدخول و لا صداق فيه ، ويبطل في حالة اختلال أكثر من ركن واحد .

وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا – حتى قبل صدور قانون الأسرة – بأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها الى جانبها هو شرط أساسي وإلا كان العقد باطلا بطلان مطلقا ، يقضى به القاضي من تلقاء نفسه[1].

فمتى يمكن للولي أن يجبر موليته في عقد الزواج ؟ و متى يشاركها فيه وفقا لهذا القانون ؟

برجوعنا الى نص المادتين 12و13 من ق أ ج 84-11 نجد أن المشرع الجزائري نص في م 12 على: (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 09 من هذا القانون). غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت .

وما نلاحظه مما ذكر في نص هذه المادة أن المشرع قام باستثناء الثيب و إخراجها من ولاية الإجبار، ولها أن تتزوج بمن رغبت به و رأت أنه الأنسب لها و هذا متناسبا مع المذهب الحنفي الذي يرى جواز عقد المرأة الراشدة زواجها بنفسها .

أما فيما يتعلق بالبكر فقد اختار المشرع الاحتياط لها و حمايتها بإخضاعها لولاية الإجبار من وليها فالمشرع إذن اتبع و وافق المذهب المالكي في هذه المسألة بالنسبة للبكر فقط

الفرع الثاني : ترتيب الأولياء وفقا للقانون 84-11

يقصد بترتيب الأولياء ، النظر في مدى أسبقية ولاية أحدهما على الآخر مع وجود جميع من يحق لهم الولاية .

و لقد أثبت المذهب المالكي ولاية الإجبار لأحد الثلاث [2]:

1- السيد المالك و لو أنثى يشرط عدم الإضرار بها.
2- الأب رشيدا كان أو سفيها ذا رأي .

[1] – العربي بلحاج ،**الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا** ،المرجع السابق ، ص 14.

[2]-عبد القادر بن حرزالله ، المرجع السابق ،ص 63-64.

3- ووصى الأب عند عدم الأب بشروط ثلاث :

أ- أن يعين الأب للوصي الزوج.

ب- أن لا يقل المهر عن مهر المثل.

ت- أن لا يكون الزوج فاسقا.

وبعد الأب وصيه في البكر و الصغيرة و المجنونة ، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على الأنثى الصغيرة ، أو الكبيرة و وإنما تزوج البالغة بكرا أو ثيبا .

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة ترتيب الأولياء من خلال ما نصت عليه المادة 11 من نفس هذا القانون ، فلابد من احترام هذا الترتيب و عدم مخلفته ، وبالتالي لا يجوز أن يحل أحد الأقارب محل الولي الشرعي في حالة وجوده ،فللأب ولاية ثابتة بالقانون على ابنته المقبلة على الزواج و لا يمكن أن يحل محله أحد غيره في هذه الحالة .

و سنحاول التطرق إلى هذه المسألة من خلال :

ترتيب الأولياء (أولا) ، و مدى مراعاة المشرع الجزائري هذا الترتيب (ثانيا)

أولا : ترتيب الأولياء:

(يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له [1]) وهذا ما نصت به م 11 من ق أ ج 84-11 فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقا بغض النظر اذا كان للمرأة ابن أم لا ، و بالتالي فقد نهج منهج الشافعية و الحنبلية في جعلهما الولاية ابتداء للأب و لو كان لها ابن وذلك بالنسبة لثيب، أي التي قام زواجها سابقا لكن هذا الزواج كانت نهايته بوفاة أو بطلاق و هنا طبعا خلافا لما ذهب إليه المالكية و الحنفية في تقديم الفروع على الأصول .

ومن جهة أخرى فأن المشرع لم يقم بذكر مراتب الأولياء كلها ودراجتهم من حيث الأسبقية بل اكتفى فقط بإيراد عبارات عامة شاملة لهم ، و خص المرتبة الأولى للأب ، لأنه

[1]- قانون الاسرة الجزائري 84-11 .

غالبا من يتولى زواج ابنته ، كما خص القاضي بالذكر في المرتبة الأخيرة وليا لكل من لا ولي له [1].

يستخلص من قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم 84-11 و حسب م 09 منه أنه لا يجوز للمرأة ، أن تزوج نفسها من دون ولي و هذا ما أكدته المادة 11 من هذا القانون .

في حين أن المشرع حسب م 32 و م 33 اعتبر الولي شرط صحة و ليس ركنا ، فيفسخ قبل الدخول بانعدام الولي ، و يثبت بصداق المثل بعد الدخول ، و لا يختل الزواج إلا إذا انعدم ركن أخر مضاف إليه كاجتماع الولي مع الشاهدين أو الولي مع الصادق .

كما أن هذا القانون لم يميز بين أركان عقد الزواج (تبادل الرضا) و شروطه .

كما أنه أخذ برأي الحنفية في إلغاء ولاية الإجبار ، وهذا من خلال المادتين 12و13 ، ففي هاتين المادتين عبر المشرع صراحة عن اتجاهه في هذا المنع ، على اعتبار رفعه لسن الزواج للمرأة إلى 18 سنة ، فلم يرى مبرر بعد ترشيدها ، لإبقاء الولاية عليها جبرا ، ذلك لما أصبح لديها من الخبرات ، و التفكير الناضج مما يؤهلها على اتخاذ القرار الملائم لمصلحتها و هو أمر منطقي و يتماشى مع قول الفقه [2].

وبالتالي من خلال المواد السابقة الذكر حاول المشرع التوفيق في القانون 84-11 بين رضا المرأة في الزواج ، و موافقة وليها لاعتباره أدرى بشؤونها ويعمل على الحفاظ على مصلحتها [3].

[1]-زبيدة أقروفة ، المرجع السابق ، ص158.

[2]- محمد محدة، **الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالقرارات و الإحكام القضائية** .ط 2, دار الشهاب ، الجزائر ،2000، ص 192.

[3]- جلاني وحياني ، **حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية** ، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بالقايد ، 2018-2019، ص 37.

أما فيما يخص قوله (أقاربها) فيقصد بها الأقربون منها كالابن المولود من زواج سابق ووصي الأب ثم الأخ فابن الأخ ، فالجد لأب ،الأخ لأم ، فالقاضي.[1]

ثانيا: مدى مراعاة المشرع لهذا الترتيب باعتبار القصور و البلوغ:

بعدما تطرقنا الى المذهب الذي اتبعه المشرع الجزائري في ترتيبه للأولياء ، و بالعودة مرة أخرى الى ما نصت عليه المادة 11 من ق أ ج نلاحظ : أن المشرع الجزائري شدد في احترام هذا الترتيب للأولياء لكن دون تفصيل منه وبالتالي يمكن العودة الى أحكام الشريعة الإسلامية لتطبيق المادة 222 من هذا القانون .

كما انا المشرع أيضا لم يحدد صفة المرأة هل هي قاصرة أم راشدة في قوله :

((يتولى زواج المرأة)) و بالتالي فإن المشرع ساوى بينهما في مسألة وجوب احترام هذا الترتيب في مسألة عقد زواجها وفقا لما نصت عليه المادة 11 [2].

إذا ما يمكن استخلاصه من حكم الولي في القانون 84-11 أن المشرع عد الولي ركنا دون أن يلتزم بحقيقية الاصطلاح ، بحيث رتب صحة الزواج بعد الدخول في الزواج الذي يتم بغير ولي ، ومنع العضل والإجبار بالزواج و ان نص على حق الولي في منع من في ولايته عن الزواج[3].

[1]- العربي بلحاج ،**أحكام الزوجية وأثارها في قانون الاسرة الجزائري**،المرجع السابق ،ص 122

[2]-قانون الاسرة الجزائري 84-11 .

[3]- شهرزاد بوسطلة ،المرجع السابق ، ص 06

المبحث الثالث : ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة 84-11:

لقد احتوى هذا القانون على بعض النقائص فيما يخص الزواج و أركانه والأهم أنه احتوى على كثير من الإيجابيات ، و قد تخللته أيضا بعض التناقضات و الثغرات و هذا كله طبعا لا ينفي أنه ذو مرجعية شرعية و هذا أهم ما يميزه، سنتطرق للايجابيات والانتقادات (المطلب الاول) ،والتناقضات والثغرات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإيجابيات و الانتقادات

لقد احتوى قانون الاسرة رقم 11/84 على جملة من الايجابيات (الفرع الاول) تحسب له لما تضمنه من مواد ذات مرجعية شرعية تتناسب والنسيج الاجتماعي للأسرة الجزائرية ،غير أنه وبالرغم من هذه الايجابيات الا أنه كان عرضة لجملة من الانتقادات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإيجابيات

يعتبر أهم ما يلاحظ في هذا القانون ايجابيا التالي :

1-المرجعية الشرعية لقانون الأسرة و هي أهم ايجابية و أبرزها ، بحيث أن المشرع الجزائري اعتمد أساسا على الشرعية الإسلامية عند تقنينه وقد ورد في ديباجة المشروع التنفيذي ما يلي : (اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية : القرآن الكريم ، و السنة النبوية الثابتة مقبولا عند علماء الحديث)[1].

2-توافقه مع عرف المجتمع الجزائري ، فهو لم يصطدم مع ما تعارف عليه أفراد المجتمع من الأعراف و الأحكام ، كاستعماله لكلمة الفاتحة مثلا في المادة السادسة دليل على ذلك ، و أحال القاضي في كثير من الأحيان الى العرف [2].

---

[1]-أنظر دليلة حمريش ، **تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري** . دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في علم اجتماع القانون ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2013-2014 ص 79.

[2]-كلثوم مسعودي ، بن قة سعاد، **الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري 2005**، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الإيصال وجودة الحياة في الأسرة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 09و 10أفريل 2013.

3-استعابة لمعظم الأحكام الخاصة بالأسرة و ذلك بصياغة قانونية ، مقبولة للأحكام الشرعية ليسهل تطبيقها من طرف القضاة .

4- الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم ورود نص حسب ما نصت عليه م 222 ق أ ج ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى الأحكام الشريعة الإسلامية))

ففي هذه الحالة فإن المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي بحيث لم يتقيد القاضي بمذهب واحد بحد ذاته .[1]

الفرع الثاني : الانتقادات

لقد تواجد ق أ ج 84-11 بقواعده و نصوصه في فترة حرجة ، و بين عدة تيارات فكرية متضاربة ومن بين هذه الاتجاهات من طلب بإلغائه باعتباره لم يعد متماشيا مع متطلبات العصر حسب زعمهم ، انطلاقا من التفتح السياسي الذي عرفته الجزائر منذ 1989 .

وبالاتجاه المعاكس لهذا الرأي هناك بعض الاتجاهات التي اعتبرت هذا القانون انعكاسا و تطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية و لاسيما القاعدة الدستورية التي تعتبر أن الإسلام دين الدولة.

وانطلاقا من القواعد الدستورية ذهب الاتجاه الرافض لهذا القانون الى كونه لم يحترم المبادئ الصادرة في الدستور ، فيما يتعلق بمركز المرأة بل تضمن أحكام قانونية و قواعد متناقضة مع الدستور ، و الاتفاقيات و المعاهدات الدولية ، التي صادقت عليها الجزائر ، رغم إبدائها بعض التحفظات على بعض المبادئ الواردة فيها ، وقد ذهبوا الى أكثر من ذلك حين اعتبروه قانون تميز يمس بالمرأة. [2]

ومن خلال الاقتراحات التي قدمتها الجمعيات النسوية تعرض هذا القانون لعدة انتقادات منها :

---

[1]-و هذا خلافا للمشرع الموريطاني ، و المشرع المغربي بحيث جعل المذهب المالكي المصدر الأساسي الذي ينبغي للقاضي أن يرجع إليه في هذه الحالة

[2]- أنظر دليلة حمريش ،المرجع السابق ، ص 79.

أ-عدم تماشي و توافق أحكام قانون الأسرة مع ما يحتاجه العصر من متطلبات خصوصا المتعلقة بالمرأة ، حيث يوجد بها مساس بشخصيتها و أهليتها [1].

وبالتالي تسمح لها بممارسة حقوقها بكل حرية بما فيها أمر زواجها .

ب-حسب رأيهم اعتبروا أن المرأة لا تزال مضطهدة و حريتها مقيدة من طرف الرجل و الولي أيضا ، بالإضافة إلى الأعراف السائدة من جهة أخرى .

ج-تم انتقاد المادة 11 من قانون 84-11 على أساس أنها ماسة بمبدأ المساواة الذي يكرسه الدستور ، فليس منطقيا أن تتقلد المرأة مناصب سامية في الدولة ، و لا تكون بحكم قانون الدولة ولية على نفسها[2].

د-أشاروا إلى وجود تعارض في المادة 7 ق أ ج الذي حدد سن الزواج ب 18 سنة مع المادة 40 ق م التي اعتبرت بلوغ 19 سنة كاملة أهلية كاملة ، مع العلم أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص في فروعه جميعا، و لقد تم تدارك هذا فيما بعد ليرفع سن الزواج الى 19 سنة[3].

المطلب الثاني: التناقضات و الثغرات الحاصلة في بعض نصوص قانون الأسرة 84-11

لقد احتوى قانون الأسرة الصادر سنة 1984على جملة من التناقضات (الفرع الأول)في مواده المنظمة للأسرة الجزائرية إبان الحقبة الاستعمارية ، ما جعله عرضة لعدة ثغرات(الفرع الثاني)

[1]-كوثر زهدود ، **الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديله سنة 205 مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية** . مجلة الفقه و القانون ، ص 20على المرجع www.magalah.new.maبتاريخ : 2020/07/25على الساعة 16:59 د

[2]-كوثر زيدي، المرجع السابق، ص 20.

[3]-السعيد قاضي،المرجع السابق،ص 94 .

الفرع الأول: التناقضات

إن المتتبع لفحوى مواد هذا القانون يلاحظ تناقضات عدة و من أمثلها:

أن المشرع قد جعل الولاية ركنا من أركان الزواج في المادة 09 ولكن بالرجوع الى باقي المواد نجد أن المشرع لم يعتمد الولاية و لم يجعلها ركنا ن و دليل ذلك المادة 04 من هذا القانون التي تنص على أن ((الزواج عقد يتم بين الرجل و المرأة)) وعليه فما دور الولي في عقد الزواج ؟

وما جاء في المادة 09: يتم عقد الزواج برضا الزوجين ثم جاء في المادة م 10 أن الرضا هو عبارة عن إيجاب وقبول من أحد الطرفين ، و قبول من طرف أخر ، فهل الرضا هو الصيغة ؟

فإذا كان الرضا هو الصيغة فالمعلوم فقها ، وقانونا أن مكونات العقد هما الإيجاب و القبول ، فما دور الولي إذا كان كل من الزوج و الزوجة هما من يتوليا الإيجاب و القبول [1].

الفرع الثاني :الثغرات

لقد حدد المشرع الجزائري في ق أج 84-11 أركان عقد الزواج في م 09 وهي : رضا الزوجين و لي الزوجة و شاهدين و الصداق ، و كان من باب المنطق أن يرتب حكم البطلان عند غياب أحد الأركان لا حكم الفسخ كما جاء في المادتين 32 و 33 من نفس القانون.

ويكون العقد باطلا في حالة تخلف أكثر من ركن واحد طبقا للمادة 33 ويلاحظ عدم ورود ركن الرضا مما قد يفهم منه أن الركن الوحيد الذي يؤدي تخلفه بمفرده الى الحكم بالبطلان على عقد الزواج لأن المشرع الجزائري قد التبس عليه الأمر في حالة تخلف ركن ، ورتب على تخلف ركن واحد الفسخ ، و البطلان عند تخلف ركنين ، فهنا المشرع قد خالف المذهب الحنفي الذي أخذ بتقسيمه حالات البطلان و فساد عقد الزواج : و كذاك يأخذ على

[1] –دليلة حمريش، المرجع السابق ، ص 87

المشرع الجزائري أنه خالف المبادئ العامة للقانون التي تستدعي أن يترتب البطلان في حالة تخلف ركن من الأركان في حين أن المشرع رتب عليه الفسخ[1].

كما أن المشرع الجزائري أيضا لم يكن واضحا في نص م 33 من ق أ ج لما ربط تخلف ركنين في عقد الزواج ، هل تخلف ركن الرضا يدخل ضمن الركنين المنصوص عليها؟

وبالتالي كان قانون الأسرة الجزائري 84-11 محلا لانتقادات داخلية وخارجية.

الفرع الثالث : الأسباب الدافعة إلى تعديل أحكام الولاية في الزواج

بعد كل الانتقادات التي وجهة إلى قانون الأسرة 84-11و ما تم تسليط الضوء عليه من ثغرات و تناقضات ، فكانت عدة ظروف سببا في تعديل هذا القانون ، ودفعت المشرع الى المسارعة في ذلك لأن المشرع الجزائري ، يعتبر متأخرا في هذا التعديل مقارنة بالتشريعات الأخرى .

و من الأسباب التي دفعت إلى هذا التعديل خاصة و قانون الأسرة عامة ما يأتي :

أ-التغييرات التي طرأت على المجتمع الجزائري عامة والأسرة خاصة مما أدى الى تعديل قانون الدولة تماشيا مع واقع المجتمع [2].

ب-مصادقة الجزائر على عدة اتفاقيات دولية من بينها اتفاقية سيداو المناهضة لكل أشكال التمييز و العنف ضد المرأة ، فمن غير المعقول المصادقة على اتفاقيات دولية ، وعدم تطبيقها و الالتزام بها داخليا من خلال القوانين التي تحكمها [3].

غير أن الضغط من المنظمات الحقوقية للإنسان كان أكثر تأثيرا على المشرع الجزائري ، فقد نصت المادة 16 من إتفاقية سيداو أن الدول الأطراف تتخذ كل التدابير المناسبة للقضاء

---

[1]- دليلة حمريش، المرجع السابق، ص 87

[2]-حكيمة الحطري ، **المرأة المغربية و قانون الأسرة** ، على الموقع : www.majalah.new.maبتاريخ:2020/09/11 على الساعة 19:31

[3]-أنظر فوزية قارون ، **دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماستر القانون تخصص قانون أسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة 2013 /2014 ، ص 99

التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج .والعلاقات العائلية، والمساواة بين المرأة والرجل بإعطائها :

-نفس الحق في اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا بالرضا الحر الكامل [1]

مطالبة النساء في مختلف الجمعيات النسوية بإلغاء الولي ، وكان هذا الأخير محور المطالب بالنسبة لهن ، مع المساواة في الطلاق بين الجنسين ، و إلغاء تعدد الزوجات .

و بعد مطالبتهن بإلغاء الولي ، لم يكتفين بذلك بل طلبن أيضا باقتراح تعديل تعريف الزواج ، كما جاء في المادة 04 من ق أ ج قبل التعديل الى :

((الزواج يتم برضا الزوجين وحديهما)) و فعلا تم ذلك ، و تم الاستغناء عن دور الولي ليتم إكمال العبارة ((على الوجه الشرعي)) لكن الولي ووجوده في عقد الزواج مشترط شرعيا .

المطالبة بتعديل المادة 11 و ذلك بإعطاء الحق القانوني للزوجين الراشدين بعقد قرانهما بنفسيهما أمام ضابط الحالة المدنية أو أي سلطة مختصة بحضور شاهدين بدون تمييز بين الجنسين ، رغم أن شهادة المرأة لا تعادل شهادة الرجل ، فالمعلوم أن شهادة المرأتين تعادل شهادة الرجل الواحد شرعا [2].

المطالبة بإلغاء المادة 13 كليا من ق أ ج التي تمنع الولي من إجبار المرأة على الزواج ، المطالبة بإلغاء م 18 التي تستوجب توثيق عقود الزواج المبرمة .

العولمة و ما فرضته من إلزامية تغيير القوانين الخاصة بكل دولة وفرض الثقافة الواحدة [3]

ويتضح لنا من خلال نص م 09 و المادة 33 ق أ ج أن المشرع الجزائري من خلال ق أ 84-11 قد كيف الولي ركن في عقد الزواج فاعتبر الولي و الصداق ركنان أساسيان من هذا العقد فالمشرع أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي و سار عليه فلا تستطيع المرأة عقد زواجها بدونه .

[1]- كوثر زهدود ، المرجع السابق ، ص 20

[2]-أنظر ، فوزية قارون، المرجع السابق ص 100

[3]-أنظر ، المرجع نفسه ، ص101

و قد تم من خلال المواد : 09-11-13-33 من نفس هذا القانون وهذا ما أكدته م 11 لكن بالرجوع إلى المادتين 32 و 33 ق أ ج نجد أن الولي أعتبر شرطا صحة في عقد الزواج ، فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثال هذا أولا.

وثانيا وبرجوعنا إلى القواعد العامة في ق م ، فإنه يبطل العقد بطلانا مطلقا إذا اختل ركن من أركان العقد و هو ما لم ينص عليه المشرع في ق أ ج رقم 84-11[1].

ولقد ظل هذا القانون معمول به لفترة تزيد عن العشرين سنة من تطبيقه، و نظرا للتغيرات و التناقضات التي شملها و التغيرات التي شهدتها الجزائر في ظل النظام الجديد العالمي ، أصبحت الأحوال الشخصية من المسائل المثيرة للجدل و انقسام الآراء فقد أثارت مواد قانون الأسرة و التعديلات الخاصة به ، بين التيارات الإسلامية و العلمانية واسع الجدل

و خاصة فيما يخص المواد : 8-11-48-52 و التي تخص تعدد الزوجات ، و الولي و الطلاق و مسكن الحاضنة بعد الطلاق و مدى موافقة هذه التعديلات للنصوص الشرعية الاجتهادات الفقهية الإسلامية، ومدى مسيراتها التشريعات الدولية.[2]

ولقد كانت اتفاقية سيداو من أهم الاتفاقيات التي نادت بنبذ كل أنواع العنف و التمييز ضد المرأة [3].

ولقد أبدت الجزائر تحفظاتها على بعض المواد لكونها تتعارض مع قيم المجتمع و الشريعة الإسلامية و لقد جاءت في مقدمة ما رفضته السلطات الجزائرية من بنود ما تعلق بالتبني و الولي والميراث ، وحرية المرأة في التصرف في جسدها ، و تعد المادة 15 من بين المواد الأخطر حيث تقر الفقرة الأولى منها على ضرورة المساواة بين الرجل و المرأة أمام القانون

[1]-أنظر، دليلة حمريش ، المرجع السابق ص 92

[2]-أنظر ،المرجع السابق،ص 92

[3]- صادقت الجزائر على إتفاقية سيداو في عام 1996م

وتأكد الفقرة الثانية في السياق ذاته على أهلية قانونية للمرأة ممثلة لأهلية الرجل في إبرام العقود. [1].

و هو الأمر الذي يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، فيما يتعلق بالولي ، وأكثر من ذلك تدفع المادة 16 نحو منح الحق نفسه في عقد الزواج للمرأة مع الرجل ، و الحق نفسه في اختيار الزوج ، و في عدم عقد الزواج الا برضاها الكامل ، إضافة الى الحقوق و المسؤوليات نفسها أثناء الزواج و عند فسخه و نفس الشيء للحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و الوصية ، و القوامة ،.....الج[2].

وقد اجمع متابعوا الملف ، ممن تحدثت إليهم الشروق على أن أي تراجع عن تلك التحفظات يعد مساسا بالسيادة الجزائرية، وإضفاء تغييرات جديدة على قانون الأسرة رضوخا لضغوطات غربية بحتة، تحت غطاء المساواة و حقوق الإنسان ، لاسيما ما خالف الشريعة الإسلامية [3].

وقد انتهى هذا الجدل بالمصادقة على قانون الأسرة الجديد و الذي أثار جدلا كبيرا بصغته الأولى التي تنفي الشرط الأول في عقد الزواج ، وقد كانت نتيجة هذا الإلغاء رفض النسخة الأولى من مشروع القانون فلجأ المشرع بعد هذا الرفض الى التقليص من الولاية ودورها بدلا من إلغائها .

وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الولاية في عقد الزواج في ق الأسرة الجزائري بعد التعديل(كمبحث ثالث)

---

[1]– رافعت الجزائر فيما بعد تحفظاتها سنة 2008 م ، تماشيا مع التغييرات الحاصلة في تلك الفترة .

[2]–زين الدين زديرة ، **هذه أهم بنود اتفاقية سيداو التي تحفظت عليها الجزائر**. المحور اليومي جريدة وطنية مستقلة مقال مؤخذ من موقع http//elm.hwar.com بتارخ 2020/07/26 على الساعة 19:07 د

[3]بلقاسم حوام ، هيبة سليماني ،زهيرة محراب، كريم خلاص ، نادية سليماني ، **الجزائر تستسلم للضغوطات الاروبية في تعديلات قانون الأسرة** . الشروق ، مقال من موقع hhps.//wwwechorouk.online.comبتاريخ 2020/07/26 على الساعة 20:01 د

المبحث الثالث : الولاية في عقد الزواج وفقا للأمر 05-02 المعدل و المتمم للقانون 84-11:

لا يخفى علينا أن قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لمسائل الأحوال الشخصية ، لكن مسألة الولاية كقضية أثارت جدلا واسعا اختلف عما كانت عليه قبل التعديل و بعده .

وسنحاول التطرق و معرفة ما جاء به المشرع الجزائري من التعديلات فيما يخص هذه المسألة و مدى مطابقتها للشريعة الإسلامية ، و المذهب المالكي خصوصا ، اعتبارا بأنه المذهب السائد في الجزائر ، و ذلك طبعا من خلال الولي في عقد الزواج و أثر تخلفه وفق للأمر 05-02 (كمطالب أول) ، و أنواع الولاية و ترتيب الأولياء (كمطلب ثاني) .

المطلب الأول: الولي في عقد الزواج و أثر تخلفه وفقا لتعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02

باعتبار الولي ركنا قبل التعديل ، فقد كانت له علاقة بالرضا الذي يعد أساس انعقاد العقد إلى جانب رضا الزوجين و كان في مسألة الرضا للولي دور اساسيا و هاما ، بينما نجد أن قانون الأسرة الجزائري وفقا لتعديل 05-02 قد جعل الولي شرطا لصحة عقد الزواج ، فأصبحت المرأة تستطيع عقد زواجها بنفسها مع حضور ، وليها أو اي شخص تختاره ، فكان هذا التغيير تقليصا لدور الولي من جهة و الاستغناء عنه و إهماله ، و تهميشا لدوره من جهة أخرى للأسف ، و في نفس الوقت وسع من مجال الأولياء ، عندما جعل المرأة تستطيع أن تجعل أي شخص وليا لها و إن لم تجمعها به أي صلة قرابة وهذا ما جاء في نص المادة 11 / ف1 بعد التعديل الذي طرأ عليها و هذا ما سنحاول توضيحه من خلال دور الولي ، و تهميشه (كفرع أول)، و أثر تخلفه (كفرع ثاني).

الفرع الأول :دور الولي في عقد الزواج وفقا للأمر 05-02

لا يخف علينا أن الزواج في الشريعة الإسلامية كما عند جمهور الفقهاء المسلمين يعد من أهم الأركان و الروابط الأساسية لبناء مجتمع سليم و لقد اعتبر الدين الإسلامي الولاية موجبة للنصرة و الحماية من جهة و للطاعة من جهة أخرى ، و ولاية التزويج نوع من أنواع

الولاية على النفس يتوجب احترامها و إعطائها دورها الذي اونيط بها دون ضرر أو ظلم أو تعسف .

وسنحاول توضيح أهم التعديلات التي مست ولاية التزويج و الدور الذي أعطى للولي في هذا العقد ، في ظل الأمر 05-02 ، وذلك من خلال :

أولا :تقليص دور الولي وتهميشه :

يعد التعديل بالأمر05-02 للقانون القديم 84-11 نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل الولي شرط صحة في عقد الزواج بعدما كان ركنا من أركانه لا يتم إلا به وهذا ما تأكد بالمادة 09 مكرر ق أ ج [1].

حيث نصت هذه المادة على ما يلي : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :

-أهلية الزواج

-الصداق

-الولي

-انعدام الموانع الشرعية.

ومن جهة أخرى فإن انعدام الولي المنصوص عليه كشرط في هذه المادة لا يؤدي الى انعدام الزواج لأن المادة 9 مكرر من الأمر 02/05 تطبق في حدود المادة 33 من القانون 11/84 المعدل التي نصت على ((يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا)).

ومن خلال نص المادة 11 ق أ ج المعدل، التي نصت أن ((تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له)).

[1]- قانون الاسرة الجزائري 02/05 .

يتضح لنا أن المشرع قسم الولاية الى قسمين الأول : يخص المرأة الراشدة و يخص القسم الثاني : الغير الراشدين قانونا [1].

أ-بالنسبة للمرأة الراشدة: طبقا لنص المادة 07 من نفس هذا القانون فقد خولها القانون إبرام عقد زواجها و جعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد ، غير أن المشرع إضافة الى الرضا ، اشتراطا حضور الولي في هذا العقد و هذا الولي قد يكون أبا ، أو أحد الأقارب دون تحديد درجة القرابة ، ولا نوعها ، و ان لم يكن أحد الأقارب أي شخص تختاره الراشدة لإبرام عقد زواجها في حين أن ولاية التزويج قبل التعديل كانت مفوضة للولي الشرعي.

والأمر الذي يستوقفنا هنا أن المشرع ذكر الأب أولا و في حالة غيابه يحل محله أحد الأقارب ، دون مراعاة الدرجة و الترتيب ، أو أي شخص تختاره المرأة نفسها.

و السؤال الذي يطرح هل المرأة الراشدة ملزمة باحترام هذا الترتيب أم لها الخيار؟

خاصة أن المشرع قد استعمل في صياغة حرف "أو" وهو حرف يستعمل للتخيير في اللغة العربية ، و الذي مفاده أن المرأة لها اختيار من تشاء وليا في عقد زواجها لها ، دون احترام لترتيب معين فهذا ما سمح به القانون [2].

غير أن حالة عدم صلاح هذا الزواج المنعقد بغياب الأب هنا يطرح إشكالا خطيرا ، لأن فشل هذا الزواج يجعل المرأة مجهولة المصير في اتجاهها ، فهل تعود إلى وليها الذي اختارت غيره وليا لها في هذا العقد[3].

وعموما فإن الولي غالبا إن لم نقل دائما موجه لمصير أولاده و لم يكن يوما ضد إرادتهم وهذا طبيعي ، كما أنه برجوعنا إلى قانون الأسرة قبل التعديل لا نجد فيه نصا كاملا يحمل طابع الإجبار بل العكس ، فقد منحت المرأة قانونا حق اللجوء الى القضاء إذا أجبرت في زواجها.

---

[1]-عيسى حداد ، **عقد الزواج دراسة مقارنة**. د.ط ، منشورات جامعة مختار ،عنابة 2006 ، ص 139.

[2]-أنظر عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 140.

[3]-انظر، المرجع نفسه ،ص 141.

أما مسألة إثبات هذا الزواج الذي قد يحضر فيه الولي و قد يغيب ، لابد من التطرق إليها لأنها عنصر جد مهم فقد جاء في المادة 22 المعدلة : أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجله يثبت بحكم قضائي .

أما في القانون القديم قبل التعديل فقد كان النص في المادة نفسها كالتالي: " و في حالة عدم تسجله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه "[1].

والملاحظ أيضا أن عبارة أي " شخص تختاره " تثير جدلا كبيرا وقد وسعت من نطاق الولاية دون تحديد و جعلت النص غامضا و ساعده على إفراغ الولاية في عقد الزواج من مدلولها و قد تم التعليق على هذه العبارة من طرف الأستاذة بوسطلة شهرازاد في مقال لها بعنوان الولي في عقد الزواج و موقف المشرع الجزائري منه حيث قالت : نرى أن التعليق على هذه العبارة من وجهين :

أولا: ما زعمته اللجنة أنه منسوب إلى المالكية فهذا أمر فيه تجاوز لما نقل عن المالكية و نقله الجزيري عنهم فقد جاء في الفقه على المذاهب الأربعة: أن مذهب المالكية في ترتيب الأولياء، أنه إذا وجد ولي أقرب و أبعد صح عقد النكاح بالولي الأبعد مع وجوب الأقرب كوجود العم مع الأخ صح العقد إن باشره العم ، وان للمرأة أن تتزوج بواسطة أي فرد من أفراد المسلمين مع وجود وليها الخاص غير المجبر " الأب و وصيه " و هو خاص بغير الشريفة أي التي ليست ذات مال ولا جمال ولا نسب عالي ، أما الشريفة فلا يصح منها ، فإن فعلت فسخ العقد دخل بها أم لم يدخل[2].

ثانيا: القول بأن يكون ولي المرأة أي شخص تختاره إفراغا للولاية من معناها، و الهدف منها فقد شرعت لما للولي على من في ولايته من شفقة و مودة أساسها ما يربطه بها من علاقة دم فيكون أحرص الناس على مراعاة مصلحتها في الزواج خاصة ، وأكثر من يدفع عنها الضرر الذي قد يلحقها بأي سبب من الأسباب أما غيره فليس له شفقته و لن يكون أحرص دفع للضرر عنها و مراعاة الأصلح لها .

---

[1]–العربي بختي ، **احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.د.ط**، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر د.س.ن ص 33

[2]– شهرزاد بوسطلة ، المرجع السابق ، ص 07

خلاصة القول أن الولي وان كان شرطا بنص المادة : 09 مكرر الا أنه ليس له أثر من حيث التطبيق كون الزواج الذي يكون قابلا للإبطال هو فقط في حال تخلفه عن العقد في حال وجوبه [1].

كما أنه عادة ما يكون الاختيار مفاضلة ، فكيف لنا عقلا و منطقا أن نفاضل بين ولي للمرأة رباها ، وأدبها و علمها ، وحماها ، وانتظر فرحته بها و بين شخص أخر قد يكون أجنبي ، غريبا عنها ، فالولاية قبل أن تكون نصرة هي حماية و شفقة ومن أكثر شفقة و حماية من الأب على ابنته ؟

ب-بالنسبة للقصر:

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 11 ق أ ج ، رغم تأكيد المشرع الجزائري على أهلية الزواج إلا أنه جاء باستثناء عام يشمل كل من المرأة و الرجل بإمكانية زواجها قبل بلوغ سن الزواج ، لكن هذا الاستثناء لم يكن مطلقا بل كان مقيدا ، بشروط وردت في المادة 09 مكرر ، الفقرة الثالثة و المتعلقة بالولي في عقد الزواج ، كما أنه حصر الولي للقصر في الأب ، وان لم يكن الأب تنتقل الولاية لأحد الأولين الأقرب درجة ، و قد رعى المشرع عنصر الرحمة و الشفقة التي تقوم على أساسه الولاية و القاضي ولي من لا ولي له في حالة عدم وجودهم .

فالمشرع قرر حماية القصر في عقد الزواج لأنها فئة ضعيفة بحاجة إلى حماية أكثر [2].

ثانيا: نطاق الولاية في عقد الزواج

إن المشرع الجزائري لم يترك مسألة الولي في عقد الزواج مجالا واسعا مفتوح النطاق فكما منح الولي سلطة في هذا العقد ، قام بوضع حدود لهذه السلطة منعا و إجبارا أو إهمالا و تهميشا .

أ-حدود سلطة الولي في منع موليته من الزواج :

لقد أعطى المشرع في قانون الأسرة الجزائري ، قبل تعديله بالأمر 05-02 مسألة منع الولي أو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالعضل اهتماما واضحا ، فقد نص على عدم جواز

[1] – المرجع نفسه ، ص 07

[2] عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص141

منع الولي موليته من الزواج بشرط أن يكون الخاطب كفئا لها مع رغبتها في الزواج منه وهذا ما نصت عليه م 12 من القانون 11/84 و منحت سلطة الإذن بالزواج للقاضي ، مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون ،وهذا وفقا للنص م 12 ف2.

أما بعد التعديل بموجب الأمر 05-02 ، فإن المشرع الجزائري اختار إلغاء المادة 12 ، وعدم طرح مشكلة العضل أساسا ، وهذا يشكل فراغا قانونيا ، و بالتاي يجب الرجوع إلى الأحكام الشريعة الإسلامية .وفقا للمادة 222 ق ا ج مع ملاحظة انه ليس هناك عضل بنسبة للمرأة الراشدة خاصة بعد هذا الإلغاء .

وحسب نص المادة 13 ق أ ج لا يجوز للولي إجبار القاصر التي في وليته على الزواج، وبالتالي لا يجوز له منعها من الزواج إذا رغبت فيه، ويأتي هنا دور القاضي ليقدر مدى صلاحية هذا الزواج بالنسبة لها فيأذن به .

فقد جعل المشرع عقد زواج القاصرة مرهونا بوليها، فهو من يتولى إبرامه ، بترخيص من القاضي طبعا [1].

وهذا ما تم تأكيده بنص م 11 ف2 على أنه : " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له "

ولقد طبق مبدأ " القاضي ولي من لا ولي له " على المرأة بكرا كانت أو راشدة أو قاصر قبل تعديل ، أما بعده فقد طبق هذا المبدأ على القاصر التي لم تبلغ 19 سنة كاملة فقط، ولم يكن لها ولي يتولى زواجها.

فالولي في هذا التعديل لم يترك للولي دورا فعالا و حقيقيا الا في حالة تزويج القصر [2].

مع تقيده بنص المادة 13 ق أ ج فلا يجوز للولي إجبار القاصرة زواجها ولا تزوجها بغير رضاها ، فزيادة القول وما تم فهمه ان اختصاص الولي ودوره قد حدد جدا ، وتم تقليصه

---

[1]-أنظر ، السعيد قاضي ، المرجع السابق ، ص179

[2] -أنظر، المرجع نفسه ، ص 179

ولخص دوره في حضور العقد هذا الحضور المهدد بالاختيار ، فالمرأة الراشدة تتولى عقد زواجها بنفسها وليس لوليها حق الاعتراض حتى في حالة الزواج من غير الكفء ، وبالتالي فإن المشرع في هذا التعديل لم يحتط للولي و أهمل دوره و همشه.

ب-حدود سلطة الولي بعدم إجبار موليته:

ما يلاحظ بعد التعديل بالأمر 05-02 ، أن المشرع الجزائري قد منع ولاية الإجبار في الزواج بالنسبة للقاصرة و كذلك الحال بالنسبة للمرأة الراشدة بكرا كانت أم ثيبا ، غير أن الإجبار بالنسبة للمرأة الراشدة لم يطرح في أي نص صراحة لكن الأمر يتضح من خلال عودتنا الى المواد [1]4-11-13.

في حين أن مسألة إجبار القاصرة نصت عليه م 13 المعدلة بأنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في وليته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[2].

فالولي بعد التعديل أصبح شرطا بعد ما كان ركنا في عقد الزواج بموجب ما نصت عليه م 09 مكرر ، إضافة الى أن الولي أصبح يتمتع بولاية الحضور فقط ، وحتى حضوره هذا مهدد من طرف موليته فقد تختار غيره من أقاربها الأولين ، أو أي شخص أخر .

فعبارة أي شخص تختاره نطاقها واسع جدا ، وغير محدد ، فقد يكون هذا الشخص المختار غريبا ، أو اجنبيا ، فالأمر وارد لأن المشرع لم يحدد لنا شروط الشخص المختار التي يجب توافرها لتصح ولايته فكان من المفروض أن يكون المشرع أكثر دقة و حذرا في هذا الأمر: لأنه يتعلق بعقد قدسه الله عز و جل .

وخلاصة الأمر فإن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البت القاصرة ، أما الراشدة فلها أن تعقد زواجها بنفسها.

[1]-تنص المادة 4 من الأمر 05-02 على ما يلي " الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه ، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب .

[2]- قانون الاسرة الجزائري 02/05.

أما فيما يخص ولاية الإجبار في الزواج فلا وجود لها بالنسبة للقاصرة وكذلك الحال بالنسبة للراشدة بكرا كانت أو ثيبا ، فقد ألغاها المشرع فدل هذا على ممارسة ولاية الاختيار ، و منع ولاية الإجبار.

و من كل هذا يتضح لنا أن دور الولي في عقد الزواج قد قلص و همش و حدد مجاله في ظل تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02 .

وبالتالي فإن المشرع في هذه الحالة قد خالف المذهب المالكي لأن هذا الأخير منح دورا هاما و فعالا للولي في عقد الزواج ، و اعتبر أن هذا العقد لا ينعقد بعبارة النساء حتي و لو كانت أهلية المرأة كاملة ، و لهذا اشترطوا أن يباشر الولي العقد بنفسه وكل ما على المرأة إذا كانت ثيبا الاشتراك مع وليها في اختيار الزوج .

كما تمت مخالفة المذهب المالكي في مسألة ولاية الإجبار لأنها تثبت عندهم على الصغيرة مطلقا و تثبت بالبكارة و الجنون و خالفه أيضا في ولاية الاختيار فهي تثبت عند المالكية على الحرة البالغة العاقلة و هذا خلافا لما جاءت به المادة 11 ق أ ج .

فدور الولي انحصر في الحضور و بهذا يكون المشرع قد أخذ برأي الأحناف القائل بثبوت الاختيار للمرأة البالغة ، وأغفل شرط الكفاءة ، الذي أقر به الأحناف كحق للولي في اعتراضه عن الزواج من غير الكفء .

المشرع قد ألغى حق الولي في الاعتراض سواء كان ابا أو غيره ، فقد يكون هذا سببا لعدم ذكره شرط الكفاءة في نص م 11 ق أ ج.

الفرع الثاني : أثر تخلف (إهمال) الولي في عقد الزواج وفقا للأمر05-02.

في قانون الأسرة القديم 84-11 تم معالجة أثر تخلف الولي في عقد الزواج من خلال م 32 ، و م 33 فكان الأثر المترتب عن هذا التخلف إما الفسخ أو البطلان .

أما بعد التعديل بالأمر 05-02 و هذا ما تم بإضافة م 9 مكرر ، وإلغاء م 12 كليا من قانون الأسرة الجزائري وتعديل كل من المواد 04-09-11-13 ق أ ج ، فاستلزم الأمر أيضا تعديلا للمادة 33 من القانون القديم حتى يتغير الأثر المترتب عن غياب الولي في هذا العقد.

حيث نصت المادة 33 ق أ ج المعدلة على " : 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 ".

وقد أثارت مسألة الولي في عقد الزواج جدلا واسعا، عند مناقشة قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 ففي مقال للشيخ عبد الرحمان شيبان بعنوان " زهرة في غصنها أجمل و أطهر لو يعقلون " قال : أتساءل عن هذه المرأة التي تواجه أكبر حدث في حياتها و هو الزواج كيف لا تحضر وليها ؟ أيه امرأة هذه ؟[1].

لقد اعتبر الرضا هو الركن الوحيد في هذا العقد بعد التعديل فترتب البطلان كأثر لغيابه أما الولي فقد أصبح شرط صحة في هذا العقد بعد ما كان ركنا سابقا .

فالمشرع رتب الفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و ثبوتها بعد الدخول بصداق المثل كأثر قانوني على عدم حضور الولي .

مع هذا فإن المشرع بعد التعديل لم يهمل وجود الأولاد في حالة الفسخ بعد الدخول ، فتم إثبات النسب لهم بتأكيد نص المادة 40 من نفس القانون [2].

حيث نصت هذه المادة على " يثبت النسب بالزواج الصحيح ، أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب."

كما أن عبارة في حالة وجوبه "تدل على أن المسألة تتعلق فقط بوجوب الولي في زواج القاصر لكن ماذا عن المادة 11التي تشترط حضور الولي في زواج الراشدة ؟

---

[1]-محمد الطاهر بلموهوب ، **الذكورة و الأونثة و أثارهما في تشريع الأحوال الشخصية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الأسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر2005 ، ص 133

[2]-سمير شيهاني ، **شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي**.اطروحة دكتورا ،تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري،تيزي وزو2014 ، ص 127

المطلب الثاني :أنواع الولاية وترتيب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وفقا للأمر 05-02:

لقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي عندما تناسب معه في إخضاع المرأة سواء كانت بكرا أو قاصرا أو بالغة لولاية الجبار ، حيث تم منع الولي مهما كانت درجته من إجبار من في واليته دون تمييز بين القاصرة و البكر و البالغة " م 13 ق أ ج 84-11 " .

لكن بعد التعديل بالأمر 05-02 اختلف الأمر حيث تم اخراج البالغة بطريقة غير مباشرة ليتوافق هذا الأمر مع ما ذهب إليه المذهب الحنفي الذي حصر ولاية الإجبار على الصغار [1].

لكن هذا الأخذ لم يكن كليا لأن المشرع الجزائري اغفل شروط الكفاءة ، و أحقية الولي في الاعتراض إذا تم عقد الزواج بموليته من غير كفء ، ودون مهر المثل .

وسنحاول توضيح هذه المسألة من خلال التطرق الى ولاية الاختيار و الإجبار (كفرع أول) و ترتيب الأولياء (كفرع ثاني) كالتالي :

الفرع الأول : ولاية الاختبار و الاجبار وفقا للامر 05-02

أولا ولاية الاختيار:

أ-بالنسبة للقاصرة: تبين من خلال نص م 13 ق ج أ المعدل بالأمر 05-02 أن المشرع الجزائري ، قد أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للبنت القاصرة ، فلا يمكن للأب أو غيره من الأقارب ان يزوجها الى شخص دون موافقتها او إجبارها على الزواج[2]،فقد قام المشرع بمنع ولاية الإجبار و تخلى عنها تماما بالنسبة للقاصرة، و كذلك الأمر بالنسبة للراشدة.

وهنا يأتي دور القاضي الذي له السلطة التقديرية لتحديد مدى أهمية الزواج بالنسبة للقاصرة، فإذا تأكد من ذلك كان له إجازة الزواج[3].

---

[1]-عبد العزيز سعد ،**الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، ط 3 ، دار هومة ، الجزائر 1999 ، ص 123.

[2]- منير بن عنتر ، المرجع السابق،ص35

[3]- رشيد بن الشويخ ، **شرح قانون الأسرة المعدل**.ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر2008 ،ص66

ب: بالنسبة للراشدة:

أما الراشدة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها حسب نص م11ف$_1$ ، و اشترط حضور الولي ، و جعل رضاها ركنا أساسيا و تخلفه يرتب البطلان ، و هذا ما أكدته المادة 33 ق أ ج بنصها " يبطل الزواج اذا اختل ركن رضا الطرفين".

لكن مع هذا تبقى عبارة :"أي شخص تختاره" مغلفة بالغموض و مفسرة بنطاق واسع غير محدد ،وقد يؤدي سوء استخدام هذا الحق الى نتائج أسوء ، فهي تعمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد الزواج للمرأة إلى شخص أجنبي عنها وهذا مستهجن[1].

ثانيا : ولاية الإجبار :

-أ-بالنسبة للقاصرة :

ويتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بما أخذ به فقهاء المذهب المالكي ، و باقي جمهور الفقهاء بالنسبة لزواج القصر ، فالمادة 13 ق أ ج المعدلة بموجب الأمر 05-02 لم تجز للولي أبا كان او غيره ،ومنعته قانونا من إجبار القاصرة ، التي هي تحت ولايته على الزواج.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف المذهب المالكي في مسالة ولاية الإجبار ،لا نه و كما تم ذكره سابقا فإن ولاية الإجبار عندهم تثبت بالصغر و البكارة ، و فقدان العقل ،وأضافوا البنت البالغة ان خيف فسادها.

ب-بالنسبة للراشدة :

لقد قام المشرع بإخراج المرأة الراشدة من ولاية الإجبار في قانون الأسرة المعدل ، و هذا ما أكدت عليه المادة 11 من هذا القانون.

فالمرأة الراشدة حسب نص هذه المادة يجوز لها أن تختار أي شخص وليا لها و هذا فيه افراغ للولاية من معناها و الهدف منها فقد شرعت لما للولي على من في ولايته من شفقة و مودة أساسها ما يربطه بها من علاقة دم فيكون احرص الناس على مراعاة مصلحتها في

[1]- منير بن عنتر ، المرجع نفسه، ص35.

الزواج خاصة وأكثر من يدفع عنها الضرر الذي قد يلحقها لأي سبب من الأسباب.[1]فقد ابتدع المشرع معيارا اخر للولاية هو معيار الاختيار ،ولم يحترم الترتيب في هذا الأمر.

مع ملاحظة ان عقود الزواج التي تبرم من الولي في بلد أجنبي لا تمنع قوانينه إجبار البنات على الزواج ، فإن المصالح الوطنية الإدارية تعده باطلا كأن لم يكن ، لأنه مخالف لأحكام المادة 97 ق ح م " الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين او بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا اذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج.[2]

الفرع الثاني : ترتيب الأولياء

في اعتبار فقهاء المسلمين فان الشخص الأقرب للمرأة هو الأجدر بالولاية عليها ، كما اعتبرت القرابة من أسباب الولاية و هي تثبت لكل قريب عصبة عند جمهور العلماء، فإذا اجتمع الأولياء يقدم من وصفه أقرب لحسن النظر في الولاية ، فلقد جعل الإمام مالك الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن : فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية فلابن عندهم أولى وان سفل.

ولقد اتفق فقهاء المذهب المالكي على اقتصار الولاية على الأقارب الذكور من العصبات ، و أصلهم في الترتيب القياس على المواريث فمن كان أقوى تعصيبا كان أولى بالتقديم بينما المذهب الحنفي قد خالفهم فأقرها، للأقارب من ذوي الأرحام

والملاحظ ان المشرع الجزائري قد ميز بين القاصرة و المرأة الراشدة من حيث ترتيب أوليائهما.[3] ومن المادة 11 فـ2 [4] يتضح لنا ان المشرع قد حافظ غلى هذا الترتيب كما كان من قبل التعديل بالنسبة للقاصرة وهم مرتبون بترتيب حسب درجة قرابتهم في الولاية ، ولم

[1]–شهرزاد بوسطلة ، المرجع السابق ، ص07.

[2]–الأمر 70–20 المؤرخ في 13ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، **المتعلق بالحالة المدنية**.

[3]– مراد كاملي ، **الوجيز في قانون الأسرة** ، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ،ام البواقي ،2009–2010، ص36.

[4]– قانون الأسرة الجزائري 05–02

يعطي للقاصر حرية اختيار وليها ، فهي مقيدة نوعا ما بما نص عليه المشرع ، بما أنه استعمل بترتيب أوليائهما أداة العطف عكس المرأة الراشدة التي أعطى لها المشرع مطلق الحرية.[1]

فهي مخيرة في مسألة اختيار أوليائها، لدرجة واسعة النطاق ، فتستطيع اختيار اي شخص و لا يهم قرابته أو بعده ، فقد يكون أجنبيا عنها.

وهذا طبعا مختلف عما كان عليه الحال قبل التعديل الذي لم يفرق بين القاصرة و الراشدة فيما يخص الأولياء اذ جاءت في المادة 11 عامة شاملة لكليهما دون تميز ،وسنوضح ترتيب الأولياء بالنسبة للراشدة و القاصرة كما يلي :

أولا: بالنسبة للمرأة الراشدة :

أ- **القرابة الأبوة :** وهي أول القربات التي تمنح لصاحبها حق ممارسة ولايته على المولى عليها ، و حصرت في الأب فقط قانونا ، واستبعد الجد و هو عكس ما كان قبل التعديل معمولا به

ب- **القرابة :** و فيها ترك للمرأة حرية اختيار أحد أقاربها ، دون تحديد للدرجة و لا الأسبقية لمن يكون وليا لها .

ت- **الولي المختار :** وفي هذه الحالة حرر المشرع المرأة في مسألة اختيار وليها دون تحديد، فقد يكون أجنبيا عنها [2].

ثانيا :القاصرة :

أ- **قرابة الأبوة :** وهي قرابة تؤهل صاحبها لممارسة الولاية سواء كان الأب أو الجد و ان علا ، غير أن الأولوية للأب عند وجوبه.

---

[1]-عيسى حداد ، المرجع السابق،ص140

[2]- ايمان الزهراء حميدي ، **دور الولي في ابرام عقد الزواج ، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي و قانون الأسرة الجزائري .** مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ،العدد الثالث ، د ت ن ، ص 06

ب- **الأخوة:** تثبت الأخوة متى تعذرت قرابة الأبوة فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب ، و تقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ للأم وفقا للنص م154 ق أ ج[1].
وهذا ما تقرره قاعدة الأقرب يحجب الأبعد.

ث- **العمومة:** فتقدم الجهة الأكثر قرابة متى تعذر الأعمام ، فيقدم العم الشقيق على العم لأب و يقدم العم لأب على العم لام هذا طبقا لقاعدة الأقرب يقدم على الأبعد.

ج-**القاضي** : عند عدم وجود هذه الأصناف من الأقارب ، ترجع الولاية للقاضي كولي لمن لا ولي له طبقا نص المادة 11 ق أ ج[2].

[1]-م 154 : (إذا كان موجودا من العصبة أكثر من واحد و اتحدوا في الجهة و القرابة ، كان الترجيح بقوة القرابة ، وورثوا بالتعصب ، واشتركوا في المال سوية)

[2]- ايمان الزهرة حميدي ، المرجع نفسه ، ص 6.

الخـــــــاتمة

لقد اشترطت الشريعة الإسلامية وليا للمرأة في عقد زواجها ، حماية و نصرا لها ورفعا لقدرها و حفظا على كرامتها ، وكل هذه المقاصد و الأهداف تعود عليها و على أهلها بالخير و الرفعة و الأمان ، و ليس الهدف من هذا الاشتراط الحجر على المرأة ، أو التسلط عليها لأن الإسلام دين أنصف المرأة و أكرمها أيما إنصاف في مختلف جوانب حياتها ومراحلها قبل ولادتها و بعدها طفلة و شابة و زوجة وأما وما قوامة الرجل على المرأة إلا تشريفا لها و تكليفا له ،كما أكد الإسلام على ضرورة مشاركة المرأة في أمر زواجها و ذلك بأخذ إذنها و رضاها فيما ترضاه زوجا لها و رفيقا لحياتها كما أكدت الآيات القرآنية في الولاية والأحاديث النبوية على مشروعيتها .

فمن خلال دراسة مسألة الولي ودوره في عقد زواج المرأة اتضح أن للولي أهمية كبرى في هذا العقد و ما شرع إلا لحماية مصلحة المولى عليها و ذلك باختيار الأصلح لها دينا و خلقا و عقلا ، و طبعا فإن مسؤوليته هذه تستوجب النصح و التوجيه و الإرشاد .

والمالكية كمذهب إسلامي اعتبروا أن الولي ركنا من أركان عقد الزواج لا يتحقق عقد الزواج إلا به ، و هذا جاء متناسبا مع جمهور الفقهاء و المسلمين فالزواج لا ينعقد بعبارة النساء ، باستثناء المذهب الحنفي الذي أجاز للمرأة الراشدة أن تبرم عقد زواجها بنفسها أما أنواع ا لولاية عندهم ، فقد جعل المالكية الولاية في عقد الزواج نوعان : ولاية عامة و تثبت بالإسلام و ولاية خاصة و تمثلت في ولاية الاختيار أو الشركة وولاية الإجبار فأما الأولى فتثبت للثيب فلا تتزوج إلا بإذنها و إخبارها و أن تتكلم بلسانها.

وأما الثانية فتثبت بالصغر و البكارة و فقدان العقل ، فخصت البكر البالغة و الصغيرة بتولي عقد زواجها من وليها دون رضاها و الولي المجبر هو الأب ووصيه دون غيرهم.

لكن من الأفضل أخذ إذن المرأة في عقد زواجها لأنه أمر بالغ الأهمية و يخص حياتها المستقبلية ، فالغاية من الزواج حصول المودة و الرحمة ، و السكون و هذا لا يتحقق جبرا فمن الأحسن محاولة التواصل معها بالكلمة الطيبة ، و الرأي السديد للوصول إلى أحسن

النتائج و أسلمها ، و تفاديا لحلول أسوء قد تلجأ إليها الفتاة في حالة اجبارها في مسألة زواجها كالانتحار و الهروب من البيت ، أو الزواج العرفي ....الخ

أما بالنسبة لأسباب الولاية عند المالكية فقد حددوها 1- الأبوة 2- التعصيب 3- الإيصاء 4- الكفالة 5- السلطان 6- الولاء، بينما اعتبروا : الذكورة و الإسلام و البلوغ و العقل ، الحرية ، وعدم الإحرام ، و حرية الاختيار شروطا لها .

في حين اعتبر الإمام مالك الولاية معتبرة بالتعصب إلا الابن، فالابن أولى و إن سفل وبالتالي فقد اقتصروا الولاية في عقد الزواج على الأقارب الذكور من العصبات : وتعد عصبة النسب تنتقل الولاية الى المولى الأعلى ، و وصي الأب عند عدم وجود الأب و السلطان و لي من لا ولي له ، كما أن الولاية عندهم لا تثبت لذوي الأرحام من العصبات، و الوصي عندهم أولى من ولي النسب .

وعند مالك فإن العقد بدون و لي أثره الفسخ مطلقا قبل الدخول و بعده و لو طال ولاحد في ذلك.

ولقد تأثر ق أج قبل التعديل بما ذهب إليه المذهب المالكي و جمهور العلماء ، و جعل الولي ركنا أساسيا في عقد الزواج .

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري في ق أ ج 84-11 لم يتطرق الى تعريف الولاية و لم يحدد لنا أساسها أو شروطها واستمر العمل بذلك مدة طويلة ، و أمام الضغوطات التي مارستها شرائح من الطبقة السياسية ، و المجتمع المدني و نظرا لتغيرات الاجتماعية و انضمام الجزائر و مصادقتها على عدة اتفاقيات دولية أهمها اتفاقية سيداو ، و تحت ضغوط خارجية استجابت الجزائر بمصادقة مجلس الوزراء الى التعديل بموجب الأمر 05-02 ، فأدرج الولي ضمن شروط عقد الزواج بعدما كان ركنا و هذا حسب النص م 09 مكرر كما اعتبر الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج وفقا للمادة 09 و تخلفه يرتب البطلان حسب م 33 / ف1 ، و رتب الولي في المرتبة الثالثة بعد الأهلية و الصداق.

أما بالنسبة للمادة 11 و هي فصل الأمر، فقد اكتفى المشرع بحضور الولي ن حضورا شكليا ، مهددا بالاختيار بينه و بين أحد الأقارب أو أي شخص أخر تختاره الراشدة فقام

المشرع بتقليص دور الولي و إهماله لدرجة أنه يساوي بينه و بين شخص أجنبي قد تفضله المرأة في حضور عقد زواجها بدلا من أبيها، فأي منطق ؟ و أي معقول ؟ ، وأي مذهب هذا ؟

في حين أن المادة 13 منعت القاصرة أن تعقد زواجها إلا بوليها ، دون أن تكون له سلطة الإجبار عليها ،ويتضح من خلال قراءة المادتين أن المشرع الجزائري قد تحول عن المذهب المالكي في مسألة الولاية في عقد الزواج حين أعطى للمرأة الراشدة حق إبرام عقد زواجها بنفسها وحصر دور الولي في الحضور فقط ، فذهب الى ما ذهب إليه الأحناف غير أن الأحناف عندما أعطوا للمرأة الراشدة هذا الحق احتاطوا لوليها بإمكانية الاعتراض في حالة عدم الزواج بالكفء و مهر المثل ، لكن المشرع الجزائري أغفل ذلك وكأنه أراد الأخذ بمذهب النصف هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن إثباته الولاية لأي شخص تختاره المرأة الراشدة ، خالف به كل المذاهب فكانت المسألة غامضة غير محددة الزوايا .

والملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد تناول مسألة ترتيب الأولياء في المادة 11 ق أ ج المعدل ، فاعتبر أن للأب ولاية ثانية قانونا على ابنته المقبلة على الزواج ، فإن لم يوجد فأحد الأقارب الأولين ، و بالتالي فإن المشرع بهذا الترتيب قد خالف المذهب المالكي في جعله الولاية للأب ابتداء و لو كان لها ابن و هذا بالنسبة للثيب لأن المالكية قدموا الفروع عن الأصول ، إضافة إلى أن المشرع اكتفى بعبارة عامة فلم يقم بتحديد و ذكر مراتب الأولياء بالتفصيل و دراجتهم من حيث الأسبقية .

أما فيما يخص تخلف الولي في هذا العقد في ظل القانون المعدل بالأمر 05-02 فإن أثره مخالف لما ذهب إليه المالكية ، لأن المشرع في هذا القانون رتب الفسخ كأثر في حالة إتمام الزواج بدون شاهدين أو صداق ، أو ولي في حالة وجوبه قبل الدخول و يثبت بعد الدخول بصداق المثل ، فالزواج إذا فقد شرطا من شروطه الواردة في م 09 مكرر يكون قابلا للإبطال .

غير أن ما يثلج الصدر و يريح النفس هو أن المرأة الجزائرية رغم هذا كله ، ما زالت محافظة تعتز بوليها فلا تستطيع تزويج نفسها دون موافقته و حضوره ، فهي لن تنسى أبدا فضل أباها الذي رعاها و حماها فهو عزها و سندها كما أنها لا ترضى أبدا أن تنعت

بالزانية لقوله (ص) :"لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها."

وهناك مثل من التراث الشعبي جميل و معبر جدا يقول : (عز الطفلة مع بوها ، و من غير بوها تتهان، حتي و لو كان شيخ القبيلة خوها ، و راجلها سلطان) ، و بعد كل ما ذكر تم الوصول إلى النتائج التالية :

1- الولي ليس قيمة شرعية أو قانونية فحسب بل هو أيضا قيمة نفسية و أخلاقية ، ورابطة دموية اجتماعية .

2- اشتراط الدين الإسلامي للولي لم يكن يهدف إلى استبداد المرأة أو قهرها و الحجر عليها بل كرامة لها و حماية و سندا .

3- الولاية في الزواج من أهم المواضيع التي كفلها الشارع الحكيم وفق نصوص خاصة لأنها أصل و منبع التواصل بين أفراد الأسرة.

4- الغاية من الولاية هي التوجيه و الحماية و الصيانة .

5- المالكية احتاطوا للولي باشتراطه في عقد الزواج و الحنفية احتاطوا له بحق الاعتراض

6- ولاية الأب و لو كان سفيها صحيحة عند المالكية .

7- لقد منح الإسلام للمرأة كامل الحرية في رفض أو قبول من تقدم لزواج بها ، و اشتراط الولي في هذا العقد لا يقيدها.

8- دافع الرحمة والشفقة للولي،وخبرته في الحياة يجعلانه يختار الأصلح لمن تحت الولاية .

9- عقد الزواج مهم ، وحق مشترك بين المرأة و وليها بحيث لا يصح لأحديهما أن يستقل به ابتداء بل لا بد من تحقيق رضاهما معا .

10- اتجه المشرع بعد التعديل إلى اعتبار الولاية أمرا شكليا في عقد الزواج ، فالولي بمثابة الشاهد فقط وهذا ما أكدته م 33 ق أج

و اعتبارا لهذه النتائج نقدم الاقتراحات التالية :

1- ضرورة التمسك بتعاليم الدين الإسلامي لأنه دين كل زمان و مكان و خاصة في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لأن الله سبحانه و تعالى ما حثنا على أمر أو نهانا عنه إلا لحكمة لا يعلمها إلا هو سبحانه.

2- اليقظة و الحذر في مسألة المصادقة على الاتفاقيات الدولية لأنها قد تشكل قيدا أو عامل هدم لعلاقاتنا الاجتماعية و قيمنا الدينية .

3- تخصيص بابا كاملا لشرح و تناول مسألة الولاية قانونا و شرعا ، بتعاون ثنائي بين رجال الفقه و القانون من اهل الاختصاص لتدارك ما تم إهماله و شرح ما كان غامضا و تحديد ما كان عاما .

4- ضرورة تكوين قضاة الأحوال الشخصية تكوينا يمكنهم من تطبيق م 222 ق أ ج تطبيق سليما.

5- تحديد و إتباع مذهب واحد في قانون الأسرة الجزائري و عدم التأرجح بين المذاهب أو اعتماد مذهب النصف .

6- استرجاع مكانة ا لولي الشرعية و القانونية بجعله ركنا في عقد الزواج .

7- الولي داخل في حقيقة النكاح و مهيته و هذه صفة الركن.

8- قصور التعديلات في ملامسة واقع الأسرة الجزائري.

9- تحرير المرأة من قيد الولي ، لا يبرر إغفال ما يترتب عليه من شقاق و تصدع البناء الأسري.

تمت بحمد الله وعونه

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر

و المراجع

أولا: المصـــــــادر.

I. القرآن الكريم برواية ورش.

II. القوانين.

1. الأمـر رقـم 05-02 المـؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ المـوافق 27 فبرايـر سنـة 2005 م،يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984م ،**المتضمن قانون الأسرة** . الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005 الموافق 18محرم 1426 هـ .

2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984م، **المتضمن قانون الأسرة**.الجريدة الرسمية عدد 24 ، المؤرخة في 12 يونيو سنة 1984م الموافق 12 رمضان 1404 هـ.

3. أمر 70-20 المؤرخ في 13ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، **المتعلق بالحالة المدنية.**

III. الكتب.

أولا: كتب الحديث

1. الألباني ناصر الدين،**سنن ابن ماجة.** ج3،ط1 ،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ،السعودية،ب.س.ن .
2. البخاري محمد ابن اسماعيل ،**صحيح البخاري**.ج3 ،د.ط،د.ب.ن، 2003 .
3. البيهقي أحمد بن الحسن بن علي ابن موسى ابو بكر،**السنن الكبرى** .ج 06،ط1 تحقيق محمد عبد القادر عطا ،مكتبة دار الباز ،مكة المكرمة 1984.
4. الترمذي محمد بن عيسى ابن سورة ،**سنن الترمذي**. بتخريج الألباني محمد ناصر الدين ،كتاب النكاح ،د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.
5. الدرقطني علي بن عمر ،**سنن أبي داود**. ط 1،دار الكتب العلمية،لبنان 1986 .
6. السجستاني سليمان ابن الاشعث ،**السنن** .ج2 ،ط1،دار الكتب العلمية،لبنان د س.ن.

7. السجستاني سليمان ابن الاشعث ،**سنن أبي داود مع حكم الألباني** . ط ،تحقيق مشهور بن حسن أل سلمان ،مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ،السعودية 1417 هـ.
8. العسقلاني أحمد بن علي، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**. ج3،د.ط المكتبة السلفية، ب.ب.ن،ب.س.ن.
9. ابوالفرج ابن رجب عبد الرحمان ابن شهاب ،**جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**.ط1 ،دار الفرقان ،عمان 1990 .
10. ابن ماجة محمد بن يزيد ، **سنن ابن ماجة بتخريج الألباني**. ج1 ،دار الرسالة العالمية ،لبنان د.س.ن.
11. نووي يحي بن شرف،**صحيح مسلم** .ج 9 ،د.ط، مؤسسة قرطبة ،ب.ب.ن ،د.س.ن .
12. نيسبوري مسلم بن الحجاج،**صحيح مسلم**. ط1،تحقيق محمد عبد الباقي ،دار صادر ،لبنان 2004 .

IV. - كتب الفقه.

1. الألباني محمد ناصر الدين،**مختصر ارواء العليل في تخريج احاديث منار السبيل** .ج2 ،د.ط،د.ب.ن،د.س.ن،
2. أنصاري القرطبي محمد ابن احمد،**الجامع لأحكام القرآن**.ج3 ،ط 2،مؤسسة الرسالة ،لبنان 2006 .
3. الانصاري أبو عبد الله التونسيي المالكي ،**الهدية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**. د.ط ،المكتبة العلمية ،لبنان،د.س.ن.
4. بن التواتي التواتي،**الفقه على المذاهب الأربعة**.ج4،د.ط ، دار إحياء التراث العربي،لبنان 1969 .
5. بن طاهر الحبيب،**الفقه المالكي وأدلته**. ج3 ،ط 3 ، مؤسسة المعارف،لبنان 2005 .
6. ابن تيمية تقي الدين بن العباس،**أحكام الزواج** .ط 1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 1988 .
7. الثعلبي البغدادي عبد الوهاب بن علي،**التلقين في الفقه المالكي**.ج1 ،ط 1 ،دار الكتب العلمية،لبنان 2004 .

8.الجزيري عبد الرحمان،**كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**. ج4 ،ط 1 ،المكتبة التجارية الكبرى،مصر 1969 .

9.ابن الجلاب ابو القاسم عبيد الله ،**التفريغ في فقه مالك بن أنس** .ج1 دار الكتب العلمية ،لبنان ، د.س.ن

10. الجندي المالكي خليل ابن إسحاق،**مختصر خليل**.ج1 ،ط1 ،دار الحديث ،القاهرة 2005

11. الدسوقي محمد بن احمد ،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير**.ج2 ،ط1، دار إحياء الكتب العلمية ، لبنان 1996 .

12.ابن رشد محمد بن احمد الحفيد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، ج3 ، ط1، تحقيق محمد صيحى حسن حلاق ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة د.س.ن.

13.الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف،**شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**.ج2 ،د.ط ، دار الكتب العلمية،لبنان،ب.س.ن .

14.الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي،**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. ج2 ،ط1 ،دار المعرفة ،لبنان د.س.ن .

15.ابن العربي محمد بن عبد الله،**أحكام القرآن.ج 3**،دار الكتب العلمية،لبنان ، ب.س.ن

16.الغرناطي المالكي محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التشبيه على مذهب الشافعية ، و الحنفية و الحنبلية** . د.ط مطبعة وزارة الأوقاف ، الكويت ، د س ن ،

17.القاضي ابو الوليد الباجي،**المنتقى شرح موطأ مالك**.ج3 ،ط2 ، تحقيق محمد عبد القادر احمد عطا ،دار الكتب العلمية،لبنان ،2009 .

18.القرافي شهاب الدين احمد ابن إدريس،**الذخيرة** .ج4،ط1 ،دار العرب الإسلامي،لبنان 1994 .

19.القرطبي بن عبد البر النمري،**الكافي**.ج 1،ط 4 ،دار الكتب العلمية ،لبنان،2012 .

20.الكاساني علاء الدين،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. ج2،ط2 ،المكتبة الحبيبة، باكستان، 1989 .

21.الكشناوي أبو بكر بن حسن،**أسهل المدارك في إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك**.ط2 ، المكتبة العصرية ،لبنان،د.س.ن.

22.النووي يحي بن شرف ، **صحيح مسلم بشرح النووي** ، ط1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 2000.

V. كتب اللغة.

1. ابراهيم ورفاقه ،**المعجم الوسيط** .ج 2، ط 2 ، د.ب.ن ،د.س.ن.

2. الجوهري اسماعيل ابن حماد، **تاج وصحاح العربية**.ط2، تحقيق احمد عبد الغفور عطار ،دار العلم للملايين ،بيروت 1970 .

3. الفيروز ابادي محمد ابن يعقوب،**القاموس المحيط** .ط6 ،تحقيق محمد نعيم العرقسوسي،مؤسسة الرسالة ،لبنان 1998 .

4. القزويني ابن فارس أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، **معجم مقايس اللغة**. ط2، دار الفكر ، لبنان 1989.

ثانيا:المراجـــع.

I. الكتب.

1. ابراهيم النحاس،**الجامع لعلوم الامام أحمد** .ج14 ،ط1 ،دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث،مصر 2009 .

2. الأشقر عمر سليمان،**أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**.ط 1 ،دار النفائس لبنان 1997 .

3.الاصبحي مالك ابن أنس بن عامر ،**الموطأ**. ، ط 10 ، دار النفائس ، بيروت 1987

4. البكري محمد عزمي ، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية** ،ط 9، دار محمود للنشر و التوزيع، لبنان، 1999 .

5. بن الشويخ رشيد ،**شرح قانون الأسرة المعدل**.ط 1 ،دار الخلدونية للطباعة و النشر والتوزيع،الجزائر 2008 .

6. جابر عبد الهادي ، سالم الشافعي ،**أحكام الأسرة الخاصة بالزواج**.د.ط ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2008 .

7.حرز الله عبد القادر،**الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق**.ط 1 ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر 2007 .

8. الحسني محمد مصطفى شحاتة ،**الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية والوقف**.د.ط ،مطبعة دار التأليف ،جامعة الأزهر، مصر 1976 .

9. الخن مصطفى سعيد ،**أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء**.د،ط، مؤسسة الرسالة، بيروت 1994 .

10. داودي عبد القادر،**أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائـري**. ب ط ،دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر 2010 .

11. رجب أحمد بن محمود، **الإيضاح لإحكام الولاية في النكاح**.ط1 ،دار الفقراء،د .ب.ن 2019

12. ابو زهرة محمد ،الأحوال الشخصية. ط 3 ،دار الفكر ،القاهرة 1957 .

13. سديد بلخير ،**الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة**.د.ط ،دار الخلدونية ،الجزائر 2009 .

14. سعد عبد العزيز،**الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** .ط 3 ،دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع،الجزائر 1999 .

15. سمارة محمد ،**أحكام وأثار الزوجية شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية**.ط 1 دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن 2008 .

16. سمارة محمد،**أحكام الزوجية شرح مقارنة لقانون الاحوال الشخصية** .ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الاردن 2008 .

17. الشافعي محمد، **قانون الأسرة في دول المغرب العربي**.ط 1 ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2009 .

18. شريقي نسرين، بوقرورة كمال،**سلسلة مباحث في القانون قانون الأسرة الجزائري**. ط 1 ،دار بلقيس للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2013 .

19. عبد القادر داودي ، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** . د.ط، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010.

20. العربي بلحاج ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**. ج1، ط4، ديـوان المطبوعات الجـامعية، الجزائر، 2005.

21. العربي بلحاج ،**قانون الأسرة ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**.ط1 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 2000 .

22. العربي بلحاج، **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري**. د .ط ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2013.

23. العوفي عوض بن رجاء،**الولاية في النكاح**. ج 1 ،ط 1 ،الجامعة الإسلامية،المدينة المنورة 2002 .

24. غشا غسان ، **الزواج و الطلاق و تعدد الزوجات في الإسلام : الأحكام الفقهية و تبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين** ، ط1 ، دار الساقي، لبنان ، 1997 ،

25. قـادر محمد خضر، **دور الإرادة في أحكـــام الزواج و الطلاق والوصية**.ط 1، دار البارودي ،عمان 2010 .

26. قلعرجي محمد رواس ،**موسوعة فقه عمبر بن الخطاب**. ط 4،دار النفائس ،لبنان 1989

27. محمد محسن أبو يحي ،**أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**. ط 1 ،دار يافا العلمية للنشر و التوزيع،الأردن 2011 .

28. النحاس ابراهيم ،**الجامع لعلوم الامام مالك**. ج 14 ،ط 1 ،دار الفلاح للبحث العلمي و تحقيق التراث، مصر 2009 .

29. نضال محمد ابو سنينة،**الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**.ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن 2011 .

30. النميري تقي الدين ابو العباس احمد بن عبد الحليم،**احكام الزواج**.ط1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 1988 .

31. نواهضة إسماعيل أمين ،مومني احمد محمد،**الأحوال الشخصية فقه النكاح**. د.ط ، دار المسيرة، د.ب.ن،2010 .

32. محمد محدة، **الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالقرارات و الإحكام القضائية** .ط 2، دار الشهاب ، الجزائر ،2000.

33. عيسى حداد ، **عقد الزواج دراسة مقارنة**. د.ط ، منشورات جامعة مختار ،عنابة 2006

34. العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**.د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر د.س.ن.

II. **المجـــلات :**

أ. **المجالات القضائية :**

1. المجلة القضائية : عدد 02،2002
2. المجلة القضائية : المجلة القضائية ، عدد 2 ، 2003
3. المجلة القضائية : عدد 03، 1994
4. المحكة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 92638 بتاريخ 1993/09/28 غير منشور

ب. **المجالات العلمية :**

1. شهرزاد بواسطة " الولي في عقد زواج و موقف المشرع الجزائري " مجلة المنتدى القانوني ، كلية الحقوق و العلوم الاسياسية ، بسكرة ، العدد الرابع ، 2007
2. الزهرة ايمان حميدي " دور الولي في ابرام عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه المالكي و قاون الأسرة الجزائري " مجلة الحقوق و العلوم الانسانية ،ن العدد الثالث ، د ، ت ، ن
3. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، ج 45 ، وكالة يوم تالنحر ، الكويت ، 2006

III. **الندوات و الملتقيات :**

– كلثوم مسعودي ، بن قفة سعاد ، الأسرة الجزائرية كما يصورها القانون دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم 2005 ، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال و جودة الحياة في الأسرة جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 07 و 10 أفريل 2013

IV. **المحاضرات :**

كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة ، مذكرة لطلبة السنة علوم قانوننة و إدارية كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2009 ، 2010

VI. الرسائل الجامعية :

1. بلموهوب محمد الطاهر ، الذكورة و الأنوثة و أثارها في تشريع الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ، الجزائري، 2005
2. بن عنتر منير ، إشكالات الولاية في الزواج بين الفقه و القانون ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة 2015-2016
3. جيلاني وحياني ، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، 2018-2019 .
4. حمريش دليلة ، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم 2005 ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في علم اجتماع القانون ، جامعة الحاج لخضر باتنة العلوم الانسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، الجزائر ، 2013 ، 2014
5. العواد زبير ، أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني ، مجلس قضاء المدية ، الجزائر 2004
6. قارون فوزية ، دور الوالي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص قانون أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أكلي محتد أو لحاج لبويرة
7. قاضي السعيد ، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، الجزائر 2010-2011
8. قروفة زبيدة ، قانون الأسرة بين التأيد و التنديد ، رسالة لنيل درجة ماجستير في الشريعة الإسلامية ، كلية أصول الدين ، الخروبة ، جامعة الجزائر ، 1994 .

VII. المقالات على شبكة الأنترنت :

1. خيري صبري محمد ، شرط الوالي في النكاح الشرعي في المذهب المالكي ، مقال مأخوذ من موقع المحجة على الرابط التالي : https//almahajjafes.net

بتاريخ 2020/09/18 على الساعة 20:33

2. أبو لحية نور الدين ، الضوابط الشرعية لحماية الزواج ، الولاية في الزواج ، مقال من موقع نور سلام من الموقع التالي :https//noursalam.free.fril.htm

بتاريخ : 2020/17/13 على الساعة 16: 29

3. حوام بلقاسم ، سليماني وهيبة ، محراب زهيرة ، خلاص كريمة ، سليماني نادية ، الجزائر تستسلم للضغوطات الأوروبية في تعديلات قانون الأسرة ، الشرق ، مقال من موقع : https//www.echoroukonline.com بتاريخ : 2020/07/26 على الساعة 20:01

4. الحطري حكيمة ، المرأة المغربية و قانون الأسرة ، 2009 ، مقال من الموقع : www.mojalah.new.ma بتاريخ : 2020/09/11 على الساعة 19:31

5. زهدود كوثر ، الوالي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديله سنة 2005 مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية مجلة الفقه و القانون ، مقال من الموقع : www.majalah.new.ma بتاري : 2020/07/25 على الساعة 16: 59

6. زديغة زين الدين : هذه أهم بنود إتفاقية سيداو التي تحفظت عليها الجزائر ، المحور اليومي ، جريدة وطنية مستقلة مقال من موقع : www.elmihwar.com //httpsM بتاريخ 2020/27/26 على الساعة 07:19

الفهـــــرس

فهرس الموضوع

مقدمة	أ ب ج د هـ
الفصل الأول : الولاية في عقد الزواج في المذهب المالكي	07
المبحث الأول : تعريف الولاية في عقد الزواج	08
المطلب الأول : تعريف الولاية في عقد الزواج	08
الفرع الأول :لغـة	08
الفرع الثاني :اصطلاحا	10
الفرع الثالث :شرعـا	11
المطلب الثاني :أنواع الولاية في الزواج عند المالكية	11
الفرع الأول : الولاية الخاصة والولاية العامة	13
الفرع الثاني : ولاية الإجبار و ولاية الاختيار	17
الفرع الثالث :من تثبت عليهم ولاية الإجبار	19
المبحث الثاني :مشروعية الولاية في عقد الزواج عند المالكية وأسبابها.	24
المطلب الأول: مشروعية الولاية في عقد الزواج	24
الفرع الأول: من الكتاب	24
الفرع الثاني: من السنة	26
الفرع الثالث: من المعقول	26
المطلب الثاني :أسباب الولاية في الزواج عند المالكية	30
الفرع الأول : تعريف السبب	31
الفرع الثاني :أسباب الولاية في النكاح عند المالكية	31
المبحث الثالث: شروط الولي وترتيب الأولياء عند المالكية	39
المطلب الأول :شروط الولي	40
الفرع الأول :العقل والبلوغ	40
الفرع الثاني :الذكورة والحرية	41
الفرع الثالث :الإسلام والعدالة	42
الفرع الرابع: عدم الإحرام وعدم الإكراه (الإختيار)	45
الفرع الخامس: الرشد	47

فهرس الموضوع

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء	48
الفصل الثاني : الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري	54
المبحث الأول: الولي في عقد الزواج وفي القانون الأسرة الجزائري 84-11 وأثر تخلفه	57
المطلب الأول : الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الاسرة الجزائري 11/84	58
الفرع الأول :الولي في عقد الزواج وفقا لقانون 11/84	59
الفرع الثاني : اثر تخلف الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الاسرة الجزائري 84 /11	64
المطلب الثاني: أنواع الولاية وترتيب الأولياء وفق قانون الأسرة الجزائري 11/84	66
الفرع الأول :أنواع الولاية في عقد الزواج وفقا للقانون 11/84	68
الفرع الثاني :ترتيب الأولياء وفقا للقانون 84-11	69
المبحث الثاني :ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة 84-11	72
المطلب الأول : الإيجابيات والإنتقادات:	72
الفرع الأول: الإيجابيات	72
الفرع الثاني : الإنتقادات:	74
المطلب الثاني : التناقضات والثغرات الحاصلة في بعض نصوص قانون الأسرة 84-11	74
الفرع الأول: التناقضات	74
الفرع الثاني :الثغرات	75
الفرع الثالث : الأسباب الدافعة الى تعديل أحكام الولاية في الزواج	76
المبحث الثالث :الولاية في عقد الزواج وفق للأمر 05-03 المعدل والمتمم للقانون 84-11	79
المطلب الأول: الولي في عقد الزواج وأثر تخلفه وفقا لتعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02	80
الفرع الأول :دور الولي في عقد الزواج وفقا للأمر 05-02	80
الفرع الثاني :أثر تخلف (إهمال) الولي في عقد الزواج وفقا للأمر 05-02.	87
المطلب الثاني: أنواع الولاية وترتيب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة	88

فهرس الموضوع

الجزائري وفقا للأمر 05-02:	
الفرع الأول :ولاية الاختيار والإجبار وفقا للامر 05-02	89
الفرع الثاني : ترتيب الأولياء	91
الخاتمـــة	97
قائمة المصادر و المراجع	103
الفهرس	109

الملخـــــص

يعد اشتراط الولي في عقد زواج المرأة و لو راشدة مقصدا شرعيا، و هذا ليس من باب الحد من حريتها أو التضييق عليها و اهانتها بل هو من باب إكرامها و حمايتهـا و قد شكل هذا الأمر جدلا واسعـــا بين مختلف التيارات و التشريعات و الفقهاء أيضا، فمنهم من أكـــد دوره و رتب البطلان على تخلفه، و من قلل دوره و همشه، فالمشرع الجزائري بتخليه عن الولي في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 بعدما كان يعده ركنا قد شارك في فك الروابط الأسرية، لكن بالـرغم من كل هذا، الحمد لله، لا تزال للولي مكانتـــه الشرعية و الاجتماعية في هذا العقد.

Summary

The requirement of a guardian in the marriage contract of a woman even if she is an adult is a legitimate aim, and this is not a matter of limiting her freedom or restricting her and insulting her, but rather a matter of honoring and protecting her, and this matter has raised a wide debate between the various currents, legislations, and jurists as well. Whoever some of them confirmed his role and arranged nullity on his backwardness, and others reduced his role and marginalized him, the Algerian legislator by abandoning the guardian in the Algerian Family Law amended by Order 05-02 after he was considered as a pillar. This has contributed in breaking family ties, but despite all this, praise be to God, The legal and social status of the guardian is still in this matter.