جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص:قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):

(1)عبيد دليلة

(2)حشاني زوبيدة

يوم: 2024/06/12

أحكام الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

بوشريط حسناء	محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
مدور جميلة	محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
غضبان غفران	مساعد ب	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023 – 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

أول من يشكر ويحمد آناء الليل وأطراف النهار، هو العلي القهار، الأول والآخر الظاهر والباطن ، الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى أنار دروبنا وهو الذي أنعم علينا إذ أرسل فينا عبده ورسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، أرسله بقرآنه المبين فعلمنا ما لم نعلم وحثنا على طلب العلم أينما وجد

لله الحمد و الشكر كله أن وفقنا وأعاننا على المشاق التي واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع

والشكر موصول للأستاذة المشرفة: "مدور جميلة" التي ساعدتنا على إنجاز هذه المذكرة ولم تبخل علينا بنصائحها وإرشاداتها.

كما نشكر كل من مد لنا يد العون من قريب أو من بعيد من أصدقاء و زملاء

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن ندعو الله عز وجل أن يرزقنا السداد والرشاد والعفاف والغنى وأن يجعلنا هداة مهتدين

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

لمن كانا سببا في وجودي أبي رحمه الله

وأمي حفظها الله رعاها

والى سندي ومن شجعني على إكمال دراستي زوجي الغالي خنير

والى زهرات حياتي وقرة عيني اخواتي و إخوتي

كما لا أنسى زميلاتي في العمل

ولكل من أعطاني يد العون من قريب أو بعيد وساعدني في إنجاز هذه المذكرة

وأخص بالذكر المشرفة الدكتورة : مدور جميلة

عبيد وليلة

إهداء

الى أغلى ما في الوجود الى اللذان حبهما يتعدى الحدود الى من أوصانا الله هبهما الى الذان تعبا في تربيتي حتى وصلت الى ما أنا عليه الآن الى والدي الكريمين حفظهما الله لي وأطالا في أعمارهما

الى من قدم لي الدعم المعنوي وكان لي السند الحقيقي الى زوجي رفيق دربي

الى نبضات قلبي وفرحته بناتي الأعزاء: أسيل، سيرين

الى من يسري حبهم في عروقي، من أقتشارك معهم الدم والصدق والحنان.. أخوتي الاحباء

الى أسرتي الى أصدقائي وزملائي في العمل

حمشاني زوبيدة

مقدمة

يعتبر موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع المثيرة للجدل في المجتمعات الإسلامية قديما وحديثا، فقد اختلف الفقه الإسلامي في تحديد مركز الولي في عقد الزواج بين من يعتبره ركنا وبين من يرى أنه مجرد شرط، كما اختلف في شروطه ونطاق سلطته.

وقد تبنى المشرع الجزائري بمقتضى قانون الأسرة 84/11 الرأي القائل باعتباره ركنا وذلك تبعا لتبنيه أحكام المذهب المالكي بشكل عام، إلا أنه غير موقفه من المسألة وقرر إسقاط شرط تولي الولي الشرعي إبرام عقد الزواج، ومنح هذا الدور للمرأة الراشدة وجعل دور الولي يقتصر على مجرد الحضور، وذلك بمقتضى قانون الأسرة 05/02.

بل إنه أجاز للمرأة استبدال وليها الشرعي بأي شخص تختاره، وهو ما أدى إلى موجة ردود فعل تنتقد هذا التوجه، ولعل هذا الموقف المستجد من المشرع كان تحت تأثير الحركات النسوية الداعية إلى إسقاط الولي تماما من عقد الزواج.

ولاشك أن الممارسات الخاطئة لبعض الأولياء والتقاليد البالية ابتعدت على المقاصد الشرعية من تشريع ولاية التزويج وهي تحقيق المصلحة الحقيقية للمرأة المتولى عنها وتحقيق المصلحة الشرعية من الزواج ككل، وهو ما شجع المشككين بتعاليم الدين على الدعوة إلى إعادة النظر في المركز القانوني للولي ودوره في عقد الزواج.

أولا: إشكالية البحث

إن إقدام المشرع الجزائري على تغيير موقفه من الولي وتبنيه لرأي لا يبدو منسقا مع عادات وتقاليد المجتمع الجزائري والقائمة على أساس تعاليم الدين الإسلامي التي استقرت في ضميره الجماعي، كما أنه تطرح تساؤلات كثيرة عن الآثار والمآلات التي قد تنجم عنه على مستوى العلاقات الأسرية وتأثيرها على استقرار المجتمع واستقامته.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما حكم اشتراط وجود الولي في عقد الزواج؟ وما حدود سلطته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

ثانيا : أهمية موضوع البحث

تكمن أهمية موضوع البحث في ما يلي :

1. مناقشة الخلاف الفقهي بخصوص حكم الولي في عقد الزواج
2. النظر في تعديل المشرع الجزائري من موقفه بشأن الولي من القول باعتباره ركنا إلى الاقتصار على شرط الحضور فقط مع إمكانية اختيار أي شخص لتولي الأمر
3. تقدير جدوى التعديل الذي أجراه المشرع بشأن موقفه من الولي

ثالثا : أسباب اختيار موضوع البحث

يقف على اختيار موضوع البحث جملة من الأسباب بعضها ذاتي وبعضها الآخر موضوعي:

1- الأسباب الذاتية

الرغبة في البحث ضمن مواضيع الأسرة والأحوال الشخصية

- طبيعة التخصص التي تفرض البحث في الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
- الرغبة في التعرف على الأحكام المرتبطة بالولاية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

2- الأسباب الموضوعية

- ضبط أقوال الفقهاء وتحديد مواقف الاتفاق والاختلاف فيما يتعلق بولاية التزويج وموقف المشرع الجزائري من ذلك.
- بيان الثغرات القانونية والفراغ التشريعي في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص أحكام ولاية التزويج.

رابعا : أهداف الدراسة

تهدف دراسة هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف منها :

- معرفة الحكم الشرعي للولي في عقد الزواج وتحديد مركزه القانوني.
- تحديد نطاق سلطة الولي في عقد الزواج بما يحفظ مصالح المرأة ويحمي حقوقها.
- بيان المفهوم الصحيح للولي في عقد الزواج لتمثيل مولّيته بأمانة وعدم التعسف برأيه في حقها.
- بيان مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بخصوص ولاية التزويج.

خامسا : المنهج المعتمد في الدراسة

اعتمدنا في هذه الدراسة على:

1- المنهج التحليلي: الذي يقوم بتحليل النصوص الشرعية والمواد القانونية وأقوال الفقهاء المتعلقة بموضوع الدراسة.

2- المنهج الوصفي: وذلك من خلال ضبط المفاهيم وتحديد معاني المصطلحات الفقهية والقانونية.

3- المنهج المقارن: ذلك بالمقارنة بين المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) من جهة، ثم المقارنة بين الفقه الإسلامي بصفة عامة ونصوص قانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى.

سادسا : الدراسات السابقة

1. **سمير شيهاني، شروط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014، قد جرى تقسيم البحث إلى بابين ، تناول الأول منها حقيقة الولاية في عقد الزواج، بينما اختص الثاني بتناول إبرام عقد الزواج ويتلاقى هذا موضوعيا ومنهجيا مع دراستنا إلا أنهما تختلفان من حيث التوسع في الطرح و تطور البحث، فالدراسة المعنية وسع صاحبها في دراسته لكونها أطروحة دكتوراه، إذا تناولت بالبحث عن أغلب القوانين

العربية وقارن أحكامها بالفقه الإسلامي، بينما مذكرتنا ركزنا فيها بما يتناسب مع حجم مذكرة الماستر والفترة الزمنية المحددة لذلك، فاكتفينا بالمقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

2. **عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي،2015.

تناولت هذه الدراسة تقسيم البحث إلى ثلاث فصول، فصل تمهيدي، وفصلين رئيسيين، خصص الفصل التمهيدي لضبط المفاهيم الأساسية مثل الزواج، ولاية التزويج في القانون، خصص الفصل الأول لأركان الولاية، والثاني لآثار ولاية التزويج وحالات انتهائها.

وهذه الدراسة وبالرغم من ارتباطها الموضوعي بدراستنا إلا أنها تختلف من حيث المنهج المتبع، حيث أن دراسته في القانون الوضعي البحث، بينما دراستنا مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

سابعا: الصعوبات و العوائق

- صعوبة المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في الأسلوب بينهما، فالفقه الإسلامي أسلوبه دقيق أما قانون الأسرة الجزائري أسلوبه بسيط.

ثامنا: خطة البحث

تم إعداد خطة الدراسة على النحو التالي:مقدمة وفصلين رئيسيين وخاتمة.

فالفصل الأول خصص لضبط مفهوم الولاية من تعاريف لغوية واصطلاحية مع ذكر أنواعها وبيان حكمها وشروطها في التزويج ومراتبها ، أما الفصل الثاني فقد خصص لبيان حدود سلطة الولاية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، حيث تناولنا فيه أقسام ولاية التزويج، وسقوطها، وقد ختم البحث بخاتمة تضمنت نتائج البحث مع بعض المقترحات فضلا عن قائمة المصادر والمراجع، فهرس المواضيع وملخص باللغتين العربية والإنجليزية.

الفصـــــل الأول

الولايـــة في عقــد الزواج ؛ مفــهومها وحكمـــها

أبدت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بعقد الزواج باعتبار أن المقصود منه دوام العلاقة الزوجية واستمرارها واستقرار الأسرة، فهو عقد أبدي يقوم على أساس الرحمة والمودة والتعاون والمحافظة على الأنساب ولا يمكن لهذا العقد أن يستمر إن أساء أحد الزوجين اختيار شريكه المناسب.

ولضمان تحصيل هذا الغرض أوجبت الشريعة الإسلامية أن يتم إبرام عقد الزواج بحضور الولي وموافقته، حيث أن المرأة يغلب عليها الجانب العاطفي، كما أنها تكون قليلة الخبرة بأحوال الرجال عادة.

إلا أنه اختلف في المقصود باشتراط الولاية هل هي ركن في العقد أم شرط فقط، وقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الخلاف وظهر ذلك جليا في مواقفه المتباينة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المباحث التالية:

- المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج
- المبحث الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
- المبحث الثالث: شروط ولاية التزويج ومراتبها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

يعد موضوع الولاية من المواضيع التي أثارت مجموعة من الإشكالات والاختلافات بين الفقهاء سواء كان فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون، حيث أن الولاية في عقد الزواج تقوم على أساس التعاون وتحمل المسؤوليات الناتجة عن هذا العقد، كون آثاره لا تقتصر على طرفيه بل تتجاوزهما إلى الأهل والأولياء.

وقبل مناقشة المسائل الخلافية المرتبطة بالولاية، سوف نحاول أولا بيان المقصود بها وضبط معناها في المطلب الأول، ثم نقوم بتحديد أنواعها وأقسامها في المطلب الثاني:

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

لبيان المقصود بالولاية يجب تعريفها لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الولاية مأخوذة من الولي، و هو القريب، قال سيبويه: الولاية بالفتح هي المصدر، والولاية بكسر الاسم مثل الإمارة لأنه اسم لما توليته و قمت به، والجمع: الولايا [1].

و قال الزبيدي بأن الولي له معان كثيرة منها: " المحب وهو ضد العدو، الصديق، و النصير من والاه إذا نصره ."[2]

و قيل المتولي لأمور العالم و الخالق و القائم بها، و من أسمائه عز وجل الولي، و هو مالك الأشياء جميعها، المتصرف فيها، فيقال: فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أعرف به

---

[1] إسماعيل بن حماد الجوهري ، **تاج اللغة و صحاح العربية** ، مج4 ، ط 4 ، دار العلم ، بيروت ، لبنان، 1990 ، ص 30.

[2] محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، ج 4 ، ط 1 ، التراث العربي ، الكويت ، 2001 ، ص 242.

وأجدر، والمتولي ورثة الرجل و بنوه، فالمولى عموما هو الرب و المالك و السيد المنعم و المعتق [1].

و قال ابن بري: الولاية بالكسر هي بمعنى النصرة [2].

فالولاية في اللغة من الفعل (ولي)، ولي الشيء، وولي عليه ولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، والولاية النصرة، قال تعالى : " ﴿**إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا** ﴾[3] قرءت بفتح الواو وكسرها، فمن الفتح جعلها من النصرة .

فكلمة الولاية " تشعر بالتدبير والقدرة و الفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم يطلق عليها اسم الوالي "[4].

و عليه فمن اجتمعت عنده القدرة و التدبير والفعل فهو الولي.

الفرع الثاني: تعريف الولاية في الاصطلاح

لتعريف الولاية اصطلاحا لابد من التطرق إلى تعريفها شرعا و قانونا

أولا: تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الولاية تعريفات عامة، إذ ركزت على تعريف الولاية على الغير، دون النظر إلى ولاية الشخص على نفسه أو ماله [5] ونذكر منها ما يلي:

أ ـ تعريف الولاية عند الحنفية: بأنها تنفيذ القول على الغير، شاء أم أبى، و التنفيذ لا يعبر عن الولاية لأن الولاية صفة و التنفيذ أثر [6].

---

[1] ابن منظور أبو الفضل جمال الدين: **لسان العرب** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1، ج 2، 1993 ، ص 761.

[2] الزبيدي، مرجع سابق، ص 242.

[3]: سورة الأنفال، الآية 72.

[4] ابن منظور، مرجع سابق، ج 15 ، ص 407.

[5] حافظ محمد أنور ، **ولاية المرأة في الفقه الإسلامي** ، ط 1 ، درا بلنسية للنشر و التوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الرياض، 1420 هـ ، ص 25.

[6] ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، ج 3 ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1992 ، ص 55 .

ب ـ تعريف الولاية عند المالكية: عرف المالكية الولي بأنه من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام[1].

وتعرف الولاية عموما بأنها السلطة الشرعية التي يملك بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره جبرا عليه.[2]

ومن خلال التعاريف سالفة الذكر نلاحظ أن هناك ترابطا و انسجاما مع التعاريف اللغوية للولي أو الولاية ، فالولي القائم على شؤون المولى عليه يكون عادة قريبا منه غير بعيد، محققا بذلك معاني التدبير والقدرة والرعاية وجلب المصالح، و دفع المفاسد، لأجل حق موليه.[3]

و لعل أقرب التعاريف وأشملها أن الولاية بشكل عام هي: سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة، سواء ينشئها لنفسه أو لغيره[4].

ثانيا : تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا خاصا بالولاية في عقد الزواج، بحيث اكتفى ببيان أحكامها، ففي نص المادة 81 من القانون 84/11 بيّن أن الولاية سلطة بموجب القانون، تقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، وبالإشارة إليها كذلك من خلال المواد (09 مكرر)،(11)،(13) من قانون الأسرة 05/02.

---

[1] محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع ، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، ط1، المكتبة العلمية، 1350هـ، ص158.

[2] عوض بن رجاء العوفي ، **الولاية في النكاح** ، ج1 ،ط1 ، المدينة المنورة ، 2002 ، ص 25.

[3] إبراهيم بن صالح التنم ، **ولاية التأديب الخاصة** ، ط 1 ، دار إبن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، 1428 هـ، ص 28.

[4] أسامة ذيب سيد مسعود ، **أثر الإكراه في عقد الزواج** ، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة ، و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، رسالة ماجستير في الفقه و التشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الدجاج الوطنية نابلسي ، فلسطين، 2006 ، ص 54.

المطلب الثاني: أنواع الولاية

قسّم فقهاء الشريعة الولاية إلى نوعين: ولاية قاصرة وولاية متعدية؛ ويقصد بالولاية القاصرة: قدرة العاقد على إنشاء العقد بنفسه، و تنفيذ أحكامه، أما الولاية المتعدية فهي: قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره، وهذه الولاية تنقسم بدورها إلى ولاية عامة كولاية السلطان والقاضي، وولاية خاصة.

وتقسم الولاية الخاصة إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، ولاية على المال وولاية على النفس و المال.[1]

وقد ذكر الإمام أبو زهرة، أن المولود تثبت عليه ثلاث ولايات؛ الأولى هي ولاية التربية، وهي الحضانة ، والثانية هي ولاية المحافظة على النفس و صيانته ، و هذه ثبتت على الطفل بعد تجاوزه سن الحضانة إلى بلوغه ، كما تثبت على المجنون و المعتوه، وعلى البكر من النساء والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ، أما الولاية الثالثة فهي الولاية على المال.

والمقصود من البحث هو الولاية الخاصة، ولذلك سنفصل بعض أحكامها فيما يلي:

الفرع الأول: الولاية على النفس

شرعت الولاية على النفس حماية للمولى عليه، وذلك لعجزه وعدم قدرته على قضاء حوائجه بنفسه، بسبب صغر السن أو مرض أو جنون أو عته، فهو دائما بحاجة إلى من يتولى القيام بشؤونه نيابة.

أولا: تعريف الولاية على النفس

تعرف الولاية على النفس بأنها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس الشخص أو بنفس المولى عليه، فإن كانت على نفس الصغير ومن في حكمه فإن ما يملكه

[1] خالد و عدنان نجا ، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1964 ، ص 63.

الولي يتعلق بصيانة المولى عليه من رضاعة و حضانة و حفظه و علاجه و تأديبه وتوجيهه إلى ما ينفعه وتعليمه و تزويجه .[1]

أما بالنسبة للرضاعة والحضانة، فقد تكفلت الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالطفل منذ ولادته، فشرعت للأم إرضاعه حولين كاملين لقوله تعالى: " **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** "[2].

حيث أن الرضاعة هي الطريق السليم لنمو الطفل والحفاظ على صحته ، أما الحضانة فهي رعاية الطفل وحسن تنشئته وتربيته على مبادئ الإسلام والتكفل بكل حوائجه المادية والمعنوية، وكذا التأديب والتعليم والصيانة، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن للولي على النفس سلطة تزويج نفسه و تزويج غيره.

ثانيا : شروط الولاية على النفس

لتعيين من تثبت له الولاية، يشترط أن يستوفي شروطا معينة، وهي:

أن يكون بالغا عاقلا، و هذا هو أساس التكليف، فلا يستطيع الولي القيام بمهمته من حفظ و رعاية إلا بالعقل و البلوغ.

- القدرة على تربية الولد و القيام بشؤونه و صيانته و تعليمه .
- الأمانة على أخلاق الولد، فلا يؤتمن من كان الفاسق والماجن الذي لا يبالي لما فعل ولا يكون أهلا للولاية.
- إتحاد الدين بين الولي و المولى عليه، فإن كان المولى عليه مسلما فلابد أن يكون الولي مسلما وإلا سقطت عنه الولاية.

الفرع الثاني: الولاية على المال

تعتبر الولاية على المال بمثابة أهلية التعاقد، فمن انعدمت أو قصرت أهليتهم وجب أن يكون لهم ولي يتولى إبرام تصرفاتهم القانونية نيابة عنهم، لأنهم لو سمح لهم بمباشرتها بأنفسهم

---

[1] محمد بخيت الغزالي ،**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي** ، ط1، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2008 ،ص468.

[2] سورة البقرة ، الآية 233.

فسوف يضرون بمصالحهم ومصالح غيرهم، ولذلك كان لابد من أن يكون هناك من يقوم بتلك التصرفات بدلا عنهم حفاظا على مصالحهم وقد تكون الولاية إما خاصة أو عامة أو ذاتية أو مكتسبة.

أولا: تعريف الولاية على المال

هي قيام شخص بالتصرفات القانونية بدلا من شخص آخر أو إلى جانبه، و يطلق على هذا الشخص الولي كما يطلق عليه الوصي و المقدم.

إن هذا النوع من الولاية لا يتعلق بنفس الشخص بحد ذاته ، و إنما تمس المال أي ما يملكه المولى عليه من أموال ، و تعتبر هي الأخرى مسؤولية كبيرة يتحملها صاحبها ، حتى وإن اختلفت عبارات الفقهاء ولكن اتفقت في المعنى حول أن الولاية على المال نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته لعجزه هو نفسه عن النظر فيها، و هذا كله تحقيقا لمصلحته[1].

ثانيا : أنواع الولاية على المال

تتنوع الولاية على المال إلى ولاية عامة أو ولاية خاصة، وإلى ولاية ذاتية أو مكتسبة، وبيانها كالتالي:

1ـ الولاية العامة والولاية الخاصة

الولاية العامة هي سلطة الشارع الحكيم للسلطان أو من ينوب عنه ، ما لم يكن وليا خاصا كالأب أو وصيه، أما الولاية الخاصة فهي ولاية شخصية تتسم بصفة القرابة من جهة الأب إما مباشرة أو عن طريق الإيصاء.

[1]صورية غربي ، **حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2014/2015 ، ص ص126.125.

2 ـ الولاية الذاتية (الأصلية) و الولاية المكتسبة (النيابية)

الولاية الذاتية وتسمى أيضا الولاية الأصلية وتستمد قوتها ومشروعيتها ووجودها من الشرع مباشرة دون واسطة، وسببها القرابة التي أمر الشرع بممارستها، وأما الولاية المكتسبة وتعرف أيضا بالولاية النيابية فلا يمكن أن تكون إلا في حالة غياب الأصلية للقيام بالشؤون المالية للقاصر وهي تستمد قوتها منها [1].

ثالثا: شروط الولاية على المال

يشترط في الولاية على المال عدة شروط، منها ما يلي:

- أن يكون الولي كامل الأهلية و الكمال هنا يتحقق معلوم بالبلوغ و العقل والحرية فليس من الممكن لشخص فاقد الأهلية أو ناقصها أن يكون ولي على غيره في حين أن يكون غير قادر حتى على تولي أمواله.
- أن يكون رشيدا لا يخشى على أموال القاصر منه سواء سفيه محجور عليه فعلا أو سفيه مبذر غير محجور عليه فهو ليس أهلا لتولي أموال غيره .
- إتحاد الدين بين الولي و المولى عليه [2].

[1] جميلة موسوس ، **الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة بومرداس ، 2006 ، ص 15.

[2] **المرجع نفسه** ، ص 17.

المبحث الثاني
حكم الولاية في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي
و قانون الأسرة الجزائري

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ينعقد الزواج باستيفاء مجموعة أركان، وهي: الصداق، الولي، الشاهدان ورضا الزوجين، حيث أن رضا المرأة وتعبيرها عن قبولها بالزواج من الخاطب هو تجسيد لحريتها وممارسة لمبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقد، وإن وجود وليها إلى جانبها له تأثير مهم على اتخاذ القرار وعلى مكانتها في نظر الرجل وبالنسبة للمجتمع ككل، غير أن هناك من يعتبر وجود الولي صورة من صور القصور عند المرأة، على اعتبار أنه يتكلم بدلا عنها بصيغة العقد، و هناك من يرى أن الولي مجرد وكيل مفوض من طرفها بإبلاغ من يتقدم للزواج منها بقبولها أو رفضها [1].

ولمعرفة المكانة الصحيحة للولي في الزواج سواء من جهة الشرع الإسلامي أو من جهة المشرع الجزائري سوف نتعرض لحكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي ضمن المطلب الأول، وحكم الولي في عقد الزواج في قـانون الأسرة الجزائري ضمن المطلب الثاني، وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الولاية في عقد الزواج، فهي ثابتة بالكتاب و السنة والإجماع والمعقول، إنما الخلاف في نوع الاشتراط، أي أن موضع الخلاف هو: هل ولاية التزويج واجبة بحيث أنه لا يصح عقد الزواج بدون ولي أم أنها مستحبة فقط، وبالتالي يمكن للمرأة عقد زواجها بدون ولي؟ وسبب هذا الخلاف هو اختلافهم في تأويل الآيات والأحاديث الواردة في هذه المسألة كما سنبينه فيما يلي:

---

[1] ابن ماجه، **سنن ابن ماجه، كتاب النكاح**، باب لا نكاح إلا بولي، منشأة المعارف، الرياض، السعودية، ط 1، 1417 هـ، ص 321.

الفرع الأول: دليل مشروعية الولي من القرآن الكريم

استدل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على رأيهم أن الولاية شرط لصحة النكاح بقوله تعالى:" **وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ**"[1] ، وقوله تعالى: " **وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا** "[2].

ففي هاتين الآيتين قد خاطب الله سبحانه وتعالى الرجال ولم يخاطب النساء، وكأنه يقصد بقوله في الآية الثانية لا تنكحوا أيها الأولياء مواليكم للمشركين[3]، فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، وإنما الذي يزوجها هو وليها [4].

واستدلوا أيضا بقوله تعالى:" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ.** " [5]

ووجه الاستدلال في هذه الآية أنها نهت الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترن من الأزواج، فقالوا: وإنما يتحقق المنع في يد الممنوع، فدل على أن عقد النكاح بيد الولي لا بيد المرأة[6].

أما فقهاء الحنفية فقد اتجهوا خلاف ذلك، بالذهاب إلى القول أن الولاية ليست شرطا لصحة الزواج، واعتمدوا في ذلك على قوله سبحانه وتعالى " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْد حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**"[7]، حيث أن الخطاب في هذه الآية موجه مباشرة للمرأة وليس للرجل، فقد أضاف النكاح إليها ، ومن ثم لها الحق أن تنشئ عقد زواجها بمفردها دون إذن وليها.

---

[1]سورة النور، الآية 32.

[2]سورة البقرة، الآية 219.

[3] أحمد شامي، فيروز بن شنوف، **الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج – دراسة على ضوء أحكام ق أ ج** ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، 2017 ص 204.

[4]أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1406هـ ، ص343.

[5] سورة البقرة ، الآية 231.

[6]نضال محمد أبو سنينة ، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي ، ط1، [د..ن]،2011، ص56.

[7]سورة البقرة ، الآية 230.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الولي من السنة النبوية

استدل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على اشتراط الولي في عقد الزواج بعدد من الأحاديث النبوية الشريفة منها ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها لها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم **"لا نكاح إلا بولي"** .

وبحسب الجمهور فإنه يستفاد من هذه الأحاديث أن ولاية إبرام عقد الزواج قد حصرها الشارع الحكيم في الأولياء الرجال دون النساء.

كما استدل الجمهور برواية أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:" **لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**"[2].

أما الحنفية فذهبوا إلى أن المرأة ولية نفسها مادامت بالغة عاقلة، وأن لها الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها، سواء كانت بكرا أم ثيبا، لأنها هي التي تتزوج لا وليها.

واستندوا إلى ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عباس–رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"**، واستئذان البكر في هذا الحديث هو في نظر الحنفية من باب الاستحباب[3].

---

[1] ابن ماجه، **سنن ابن ماجه** ، كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، الرياض : منشأة المعارف ، ط1 ، 1417 هـ ، ص321.

[2] أبو دواد ، **سنن أبي دواد** ، كتاب النكاح باب لا نكاح إلى بولي ، السعودية:منشأة المعارف ، ط 2 ، 1408 ، ص361.

[3] أحمد شامي، فيروز بن شنوف، مرجع سابق، ص 204.

المطلب الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري كان قد اعتمد مذهب الجمهور وفق قانون الأسرة 84/11 إلا أنه عدل عنه بمقتضى القانون 05/02، وفي مايلي توضيح ذلك:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من حكم الولي طبقا للقانون 84/11

لقد كيف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة 84/11 الولي على أنه ركن من أركان الزواج من خلال نص المادة (09) على أنه "**يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، و بولي الزوجة، و شاهدين و صداق**"، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها، و من بين ما أقرته من خلال القرار الصادر عنها و الذي جاء نصه:

" **من المقرر شرعا و قانونا أنه لصحة الزواج لابد من توافر أركانه من رضا الزوجين، وولي، شاهدين، و صداق**"[1]، و ما أكدته المادة (11) من نفس القانون على أنه **"يتولى زواج المرأة وليها، و هو أبوها، فأحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولاية له".**

كما جاء في نص المادة 33 أنه **"إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد** ".

و من خلال نصوص المواد المتقدمة يتبين أن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله كان قد منح سلطة واسعة للولي و جعله ركنا في عقد الزواج، و أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، و إلا فسخ عقدها قبل الزواج [2].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الولي طبقا للقانون 05/02

[1] حسين مهداوي ، **دراسات نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و أثاره** ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر ، 2010 ، ص26.

[2] بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة** ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص118.

بعد التعديلات التي مست قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05/02 نجد أنه قد عدل عن شرط وجود الولي كركن في عقد الزواج، واكتفى بجعل الولي شرطا من شروط صحة العقد.

ولم يعد في نظر المشرع الجزائري وجود الولي شرطا أساسيا لزواج المرأة، وأن الشرط الأساسي لصحة الزواج يقتصر على توفر إرادتين متطابقين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ، و يكون ذلك بتبادل الإيجاب و القبول من الطرفين والمتمثل في الرضا، وهذا ما نصت عليه المادة (09): " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**".

فالمشرع قد جعل الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج ، وأما بقية العناصر الأخرى المتمثلة في: الولي، والشهود والصداق فقد أصبحت في نظره مجرد شروط يتم بها العقد، وذلك من خلال إضافته للمادة 09 مكرر التي أوجب فيها جملة من الشروط حددها حصرا في عقد الزواج: " **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج**".

ومن خلال المادة (11) و التي جاء فيها: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره "**، أعطى المشرع المرأة حرية مباشرة العقد إن كانت راشدة، حيث يكون بإمكانها أن تختار أي رجل تتخذه وليا لها و لو من غير أقاربها ، فقد بينت هذه المادة مكانة الولي والتي لا تعدو أن تكون مجرد حضور شكلي شرفي للعقد الذي تتولاه المرأة من خلال عبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها" ، بحيث أنه و خلافا للرضا الذي يبطل بتخلفه عقد الزواج فإنه لا يترتب على تخلف الولي البطلان، و إنما يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل طبقا لنص المادة 33 التي جاء فيها :" **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، اذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** "، فقد ميز المشرع في هذه المادة بين الحالتين :

1- إذا تم الزواج بدون ولي و في حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا بفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه.

2- إذا تم الدخول بدون ولي بالمرأة القاصر فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل، بمفهوم المخالفة، فزواج المرأة الراشدة بدون ولي يكون العقد صحيحا.[1]

المبحث الثالث

شروط ولاية التزويج ومراتبها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لتحصيل الحكمة والغاية من اشتراط الولاية في عقد الزواج يجب أن تسند لمن يستوفي جملة من الشروط اعتمدها أهل العلم كمعيار لمن تثبت له صفة الولي، إلا أنه قد وقع اختلاف بين الفقهاء في ترتيب الأولياء، فمنهم من يعتمد على أصحاب الولاية من العصبة ومنهم من يجوز عنده أن تكون الولاية من غير العصبة، وهذا ما سنتعرف عليه فيما يلي:

المطلب الأول: شروط الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: مراتب ولاية التزويج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: شروط الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي في الولي عددا من الشروط، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، نبينها فيما يلي:

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها للولي

1- الإسلام: هو شرط لابد من تحقيقه فيمن يتولى عقد الزواج، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، فلا يزوج الكافر مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم منهم، مالك و الشافعي وأصحاب الرأي لأن الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين، قال تعالى: "**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** "[2]، فلو جاز إنكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل، وهذا لا يجوز[3].

---

[1] العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص149.

[2] سورة النساء ، الآية 141.

[3] علاء الدين الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج1 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، 1406هـ،ص 272.

وإنما شرعت الولاية في الزواج لتحقيق مصلحة المرآة، أو المولى عليه عموما، و دفع العار عليهم، و اختلاف الدين يصد عن هذا، أو يمنع منه، لأنه لا رأفة و لا رحمة في قلب الكافر على المسلم [1]، قال تعالى : " **لا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلا وَلا ذِمَّةً** "[2].

2ـ كمال الأهلية: تكتمل أهل الإنسان بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي، والمجنون، والمعتوه، و السكران، و مختل النظر، أو فاسد العقل، وبالتالي لا يجوز النكاح من المجنون، و الصبي الذي لا يعقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية[3].

و القلم مرفوع عن ثلاث لقوله صلى الله عليه وسلم :" **رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، و المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ** "[4].

أي من لا عقل عنده لا يستطيع أن يراعي مصلحة نفسه، فكيف يمكنه أن يراعي مصلحة غيره، و مثل المجنون، الصغير غير المميز، و الهرم الذي فقد قواه العقلية، بسبب هرمه. [5]

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها للولي

1ـ الذكورة: لا تثبت ولاية الزواج للأنثى عند جمهور الفقهاء – كما تقدم، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها، فعلى غيرها أولى، وقال الحنفية: ليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية ، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عن الغير، إما بالولاية أو الوكالة [6].

---

[1] عبد الله شيباني ، **الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حمة لخضر ، الوادي ، 2015 ، ص54.

[2] سورة التوبة، الآية 10.

[3] علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ص 239 .

[4] ابن ماجه، مرجع سابق، كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الزواج ،ج 3 ، ص 360.

[5] عمر سليمان الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة** ، ط 3 ، دار النفاش للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، 2004 ، ص158.

[6] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته** ،ج9 ، ط4 ، دار الفكر، د ن، سوريا، دمشق، ص 186 .

2ـ الرشد: يعبر الرشد عن مرحلة اكتمال الأهلية، فإذا بلغ الشخص راشدا اكتملت أهليته، والمشهور عند أصحاب مالك، أن ذلك ليس من شروط الولاية، وبه قال أبو حنيفة، إذ يصح النكاح عندهم إذا كان الولي سفيها.

3ـ العدالة: هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والالتزام بالتقوى والمروءة.وتعني كذلك استقامة الدين وسلامة الخلق وأداء الفرائض.

وقد اختلف أهل العلم في اشتراط العدالة في الولي ، فذهب أكثرهم إلى عدم اشتراطها، وهو قول أبي حنيفة، والمشهور من مذهب مالك، ورواية عن الشافعي و الإمام أحمد [1]، حيث يكون للفاسق أن يزوج ابنه وابنته ، و ذهب الشافعي في قول ثاني له ، ورواية عن الأمام أحمد إلى اشتراط العدالة في الولي، فليس للفاسق ولاية التزويج ، لأن الولاية من باب الكرامة، والفسق سبب الإهانة [2]، فعن ابن عباس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل، وأيما إمرأه أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل** "[3].

و أضاف المالكية إلى هذه الشروط :

4ـ عدم الإحرام بحج أو عمرة: لأنه لا يجوز للمحرم أن يتولى عقد النكاح [4].

5ـ عدم الإكراه: فلا يصح الزواج من مكره و هو شرط عام في جميع العقود [5].

المطلب الثاني: شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشروط الواجب توفرها في الولي في مواد خاصة، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 11 وهو كالتالي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، يفهم من هذا النص عدم اشتراط أي شرط مما شرطه الفقهاء، والشاهد في قول المشرع: (أي شخص تختاره)، فقد يكون من

---

[1] عمر سليمان الأشقر ، **مرجع سابق** ، ص160.

[2] علاء الدين الكاساني ، **مرجع سابق** ، ص 239.

[3] الدار قطني، مرجع سابق، كتاب النجاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج 4 ، ص 315 .

[4] الصادق عبد الرحمان الغرياني ، **مدونة الفقه المالكي و أدلته** ، ط 1 ، دار إبن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2008، ص543.

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 188.

تختاره رجلا أو امرأة، وقد يكون مسلما أو غير ذلك ..... الخ، حيث أشار إلى شرط الذكورة قبل تعديله، وعلى العموم فإن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري [1].

المطلب الثالث: مراتب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن الغرض من الولاية هو الحرص على تحقيق مصلحة المولى عليها ومراعاة حقوقها والحفاظ على كرامتها، وتتفاوت درجة الحرص بحسب درجة القرابة، والأصل في الولي أن يكون الأب وقد لا يكون موجودا وحينئذ يتحتم اللجوء إلى من يليه ، ممن يكون أقرب إلى المرأة، وبناء عليه جرى ترتيب الأولياء، إلا أنه حصل الاختلاف في تحديد من يحل في تلك المراتب، وفيما يلي سنتعرض إلى ترتيب الأولياء وفق الفقه الإسلامي وما تبناه المشرع الجزائري:

الفرع الأول: ترتيب الأولياء في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء في أن الولاية تثبت لذوي العصبة واختلفوا في ثبوتها لغيرهم،وبعد اتفاقهم في ثبوتها لذوي العصبة اختلفوا في انتقالها لغيرهم، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأولياء في الزواج هم العصبة ، و عند الحنفية تنتقل الولاية إلى بقية الأقارب ، فإن عدموا انتقلت إلى الغير عند الجميع[2]، و عليه سنتعرض لأصحاب الولاية من العصبة أولا، ثم أصحاب الولاية من غير العصبة ثانيا.

أولا : أصحاب الولاية من العصبة

[1] طاهري حسين، مرجع سابق، ص 42 .

[2] عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في في ضوء الكتاب و السنة**، ط3، الأردن، ذار النفائس للنشر و التوزيع، 2004، ص 151.

يقصد بالعصبة في الولاية في عقد الزواج الأقارب الذكور من جهة الأب، فالفقهاء وفي ترتيبهم للأولى والأقرب في الولاية قد يتفقون وقد يختلفون، لعدم علمهم بالأكثر نفعا، لقول الله تعالى" **آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا** "[1].

فقد اتفقوا في تقديمهم الأب على الجد والإخوة والأعمام، ولكنهم اختلفوا في أيهم المقدم، الأب أو الابن، والجد أو الإخوة[2]. فمن هم أصحاب الولاية من العصبة وما ترتيبهم؟

1. عند الحنفية:

يسبقون بالابن و ابنه و إن نزل، ثم الأب ، ثم الجد وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم الأب ، ثم الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم إبن العم لأب، ثم أعمام للأب الشقيق، ثم أبناءه، ثم عم الجد الشقيق، ثم أبناؤه، ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه و إن نزلوا.

2. عند المالكية :

قدموا هذا المذهب الآباء ثم الأبناء ثم أبنائهم و إن سفلوا[3]، و الابن هو الابن المولود من زواج سابق[4]، و الابن أولى من الأب بالميراث و أقوى تعصيبا[5]، بعد مرتبة الابن و أبنائه و إن سفلوا، تأتي مرتبة الأب ، ثم الأخوة الأشقاء ، ثم الإخوة لأب ، ثم بنو الإخوة للأب و الأم ، ثم بنو الإخوة لأب ، ثم الأجداد للأب و إن علوا ثم العمومة و إن سفلوا[6]. و يكون الأب مقدما على الابن في المحجورة على الرغم من أن الابن تصح منه الولاية و حتى يتم تقديم الابن على الأب يجب ألا تكون المرأة في حجر أبيها أو وصيه[7].

3. عند الشافعية:

---

[1] سورة النساء ، الآية 11.

[2] عمر سليمان الأشقر، **مرجع سابق**، ص 151.

[3] مصطفى السباعي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ج1 ، (د،ط) دار الوراق ، لبنان ، 2001، ص138.137

[4] عوض ابن رجاء العوفي ، **الولاية في النكاح** ، ج2 ، ط1 ، المدينة المنورة ، 2002 ، ص 74.

[5] محمود علي السرطاوي ، **مرجع سابق** ، ص 74.

[6] عوض بن رجاء العوفي ، **مرجع سابق** ، ص74.

[7] نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية** ، ط1، عمان، 2011، ص89

قال الشافعي رحمة الله تعالى عليه:" **لا ولاية لأحد مع أب، فإذا مات فالجد أبو الأب، فإذا مات فالجد أبو الجد، لأنهم كلهم أب** ".[1]

و قال أيضا: لا يعقد أحد مع حضور الأب غير الأب، لا في البكر و لا في الثيب.[2]

فالولاية عند المذهب الشافعي معتبرة بالتعصيب فترتيب الأولياء عند الشافعية كما يلي: الأب ثم الجد العصبي **(أبو الأب)** و إن علا، ثم الأخ للأب و الأم، ثم العم، ثم ابنه، فإذا عدم هؤلاء فالولاية للحاكم.

4. عند الحنابلة :

ترتيب الأولياء عند مذهب الحنابلة كالتالي: الأب، ثم أبوه، و إن علا، ثم الابن و ابنه و إن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهم، و إن نزلوا، ثم العم، ثم بنوه و إن نزلوا، و إن لم يوجد أحد فالحاكم [3]، و قدم الحنابلة الأب، لأن الولد موهوب لأبيه، لقوله تعالى **(وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى)**[4].

ثانيا : أصحاب الولاية من غير العصبة

1- **الوصي:** يكون الوصي عند المالكية والحنابلة في ولاية الإجبار بعد الأب، فهو في الدرجة الأولى من أصحاب الولاية من غير العصبة.

2- **الكافل:** قال به المالكية خلافا للجمهور، وهو من قام بتربية الفتاة، وهي صغيرة حتى بلغت عنده مدة توجب الحنان،والشفقة عليه عادة.[5]

3- **ذوو الأرحام:** ويقصد بهم كل من يجمع بينه وبين الأخر نسب، ويطلقه علماء الفرائض على الأقارب من جهة النساء، وهم كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة[6].

---

[1] محمد بن إدريس الشافعي ، **الأم** ، ج6 ،ط1 ، دار الوفاء للطباعة و النشر ، المنصورة ،2001، ص 35.

[2] عبد الحميد الجياش ، **الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثرهما، دراسة فقهية مقارنة** ، ط1، دار النهضة العربية و مكتبة الزهراء للنشر ، لبنان ، 2009 ، ص 38.

[3] مصطفى السباعي ، **المرجع السابق** ، ص137.138.

[4] سورة الأنبياء ، الآية 90.

[5] وهبة الزحيلي ،**مرجع سابق** ، ص 193

[6] محسن سميح الخالدي، **مجلة جامعة النجاح للأبحاث(العلوم الانسانية)**،المجلد17،نابلس ،فلسطين،2003،ص446

وقد اختلف الفقهاء حول إن كان ذوو الأرحام من الأولياء أم لا، وهو ما سنتناوله كالتالي:

مذهب الحنفية: تثبت الولاية لذوو الأرحام ،الأقرب فالأقرب،فإن لم يكن عصبة،فالولاية للأم ، ثم الأب،ثم أم الأم ، فإن لم يوجد أحد من الأصول ،انتقلت إلى الفروع،على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها،وتقدم بنت الابن على بنت لقوة قرابتها، ثم الجد الرحمي: أب الأم، ثم الأخوال والخالات وأولادهم، فإن لم يوجد أحد من ذوو الأرحام انتقلت الولاية إلى القاضي[1].

أما مذهب الجمهور فإن أولياء النكاح هم العصبة ، أي لا ولاية لغير العصبة بالنفس فإن عدموا انتقلت إلى السلطان[2]،إلا في الوصي عند المالكية والحنابلة،والكافل عند المالكية.

4- السلطان: للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أوليائهم أو عضلهم، ولا يريد أهل العلم بالسلطان إمام المسلمين وحده وإنما يريدون به إمام المسلمين وولاته ونوابه وقضاته، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم"....**والسلطان ولي من لا ولي له**"[3].

4-رجل من المسلمين: إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، ولا ولي لها مطلقا[4]، وهو عند المالكية والحنابلة.

الفرع الثاني : ترتيب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

في ظل القانون 84-11 أولى المشرع نوعا من الأهمية لترتيب الأولياء، حيث نص في المادة (11) منه على أنه: " **يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين ، و القاضي ولي من لا ولي له**"[5]، بالرغم من إعطاء الأهمية لترتيب الأولياء في المادة (11) ، إلا أنه اقترحت عدة صياغات لتعديلها منها :" **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها ، فجدها والقاضي ولي من لا ولي له** "[1]. بعد التعديل للقانون رقم 84-11 بموجب الأمـــر

189وهبة الزحيلي ،**مرجع سابق** ، ص [1]

[2] عمر سليمان الأشقر ، **مرجع سابق** ، ص151

[3] ابن ماجه سنن ابن ماجه ، **مرجع سابق** ، ص190

[4] عمر سليمان الأشقر ، **مرجع سابق** ، ص149

[5] **المادة 11 من القانون 84-11 ، المتضمن قانون الأسرة** ، ج،ر ، عدد 31 ، الصادرة بتاريخ 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

02-05 أصبح ترتيب الأولياء ليس له دور مهم، و ليس للمرأة الراشدة الراغبة في الزواج أن تحترمه، فلها اختيار أي شخص تريده أن يحضر مجلس عقدها بمثابة وليها وبموجب نص المادة 11 الفقرة الأولى **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون"**، فمن خلال هذه الفقرة يتضح لنا أن للمرأة الحرية المطلقة في تعيين وليها اختياريا من أحد الأقارب بمختلف الدرجات أو أي شخص أخر تختاره و إن كان أجنبيا [2].

أما بالنسبة للمرأة القاصر،فحدد المشرع ترتيب الأولياء،وهو الذي ورد في الفقرة الثانية في المادة (11) من الأمر رقم 05-02 ، وهو ما كانت عليه نص المادة (11) من القانون 84-11 و الذي أدخلت عليه تغييرات طفيفة تظهر في تبديل المرأة بمصطلح القصر بنصها **"يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي لمن لا ولي له"**، فقضية الإجبار باتت تطرح بالنسبة للقاصر، أما البالغة الراشدة فلا إجبار عليها.

[1] هجرس بولبداوي ، **الولاية في الزواج بين الشريعة و القانون** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ،(معهد الحقوق و العلوم الإدارية) ، الجزائر ، 2004، ص72.

[2] هجرس بولبداوي ، **المرجع السابق** ، ص73.

ملخص الفصل

لقد اتضح من خلال هذا الفصل اتفاق المذاهب الثلاث من المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، وأن النكاح الذي يقع بدونه أو من ينوبه يقع باطلا، وخالف الحنفية ذلك، فقالوا باشتراط الولي في زواج الصغيرة والمجنونة، أما البالغة العاقلة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، فإنها صاحبة الحق في تزويج نفسها بمن شاءت، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الأخير، حيث جعل الولاية على الصغيرة فقط، أما الراشدة فلها أن تزوج نفسها، ولها تفويض وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

الفصـــل الثانـي

حدود سلطة الولايـة
فـي الفقه الإسلامـي
و قانون الأسرة الجزائري

يعد من أهم أركان الزواج الإيجاب والقبول بين الزوجين، فلا يمكن أن تنشأ العلاقة الزوجية و تستمر من دون رغبة حقيقية من طرفيها، بأن يبدي الرجل رغبته في الزواج من امرأة معينة و يتقدم لها ثم تبدي موافقتها عليه بعد أن تأخذ وقتها وحريتها كاملة في التفكير والاختيار بدون إكراه ، لأن سبب فشل الكثير من العلاقات الزوجية يرجع إلى إجبار المرأة على الزواج من رجل ليس لها رغبة فيه، مما يؤدي إلى غياب المودة و الرحمة بين الزوجين، ومما يعرض الأسرة للانهيار والتفكك.

وفي المقابل قد ترغب المرأة في الزواج من شخص معين إلا أن وليها يرفضه بتعنت وتعسف دون التفات إلى مصلحتها، كما أنه ليس له أن يمنعها إن رغبت بالزواج ممن تقدم لها دون مبرر وبناء عليه يجب ضبط سلطة الولي بحدود وقيود معينة تكلف تحقيق المصلحة المتوخاة من اشتراط وجوده في عقد الزواج وهو ما سنحاول القيام به ضمن هذا الفصل ببيان أقسام الولاية في حالتي الاختيار والإجبار وتحديد حالات سقوطها، وما يترتب عن ذلك من آثار من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: سقوط ولاية التزويج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول

أقسام الولاية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين، وهما: ولاية الاختيار وولاية الإجبار، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى تعريف كل منهما مع بيان آراء الفقهاء، وموقف قانون الأسرة الجزائري من هاتين الولايتين:

المطلب الأول: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تعد ولاية الاختيار أحد نوعي ولاية التزويج، وفيما يلي سنتعرف على سبب التسمية وما يميزها من أحكام في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: تعريف ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي

سميت بولاية الاختيار، لأن الولي ليس له أن يجبر المولى عليها البالغة العاقلة على الزواج، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي، و يشتركا في الاختيار، ويتولى العقد بعد اتفاقه معها على الزواج.[1]

وعرفت أيضا ولاية الاختيار:" بأنها سلطة ثابتة شرعا للولي، تخوله تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح".[2]

ومن هنا سميت بولاية المشاركة، و هي تثبت للولي على المرأة البالغة و العاقلة خاصة، فالخيار لها، غير أنه سيتحسن أن يتشاورا.[3]

ولكن اختلفت المذاهب فيمن تثبت وفق ما هو مبين فيما يلي:

---

[1] الغوثي بن ملحة ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص64.

[2] الأكحل بن حواء، **نظرية الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1982 ، ص48.

[3] شامي أحمد عبد الحميد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية نقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص75.

أولا: ولاية الاختيار في المذهب الحنفي

تعد ولاية الاختيار الأصل في ولايتي التزويج، ولذلك تعرف أيضا بولاية الندب والاستحباب، وتكون لازمة في حال المرأة البالغة العاقلة، بكرا كانت أو ثيبا.[1]

واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى:" **فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ** ".[2]

ثانيا: ولاية الاختيار في المذهب المالكي

تثبت ولاية الاختيار عند المالكية على أصناف من النساء، وهن:

- الكبيرة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا، فإن كانت بكرا فصمتها رضاها، أما الثيب فإنها تبين باللفظ عما في نفسها، ولابد من التصريح بأنها رضيت.
- البكر المرشدة التي رشدها أبوها أو وصيها أو رفع الحجر عنها لحسن تصرفها.
- البكر البالغة التي أقامت مع الزوج سنة ثم تأيمت وهي بكر.
- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها الفساد، فللولي غير الأب أن يزوجها إذا بلغت عشرين سنة بعد مشاورة القاضي و خلوها من الموانع الشرعية ورضاها بالزوج لقوله صلى الله عليه وسلم: " **اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذنها و إن أبت فلا جواز عليها**".[3]

ثالثا: ولاية الاختيار في المذهب الشافعي

تثبت ولاية الاختيار عند الشافعية في حق المرأة الثيب صغيرة كانت أو كبيرة، فلا تزوج الصغيرة الثيب حتى تبلغ، كما لا تزوج الثيب البالغة العاقلة، إلا برضاها وإذنها، ويكون ذلك بكلام صريح، ولا يكفي سكوتها، لقوله عليه الصلاة و السلام: "**و ليس للولي مع الثيب أمرا**".[4]

---

[1] محمد محدة ، **الخطبة والزواج**، ج1، ط2 ، دار الشهاب ، الجزائر ، 2000، ص 233.

[2] سورة البقرة ، الآية 232.

[3] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 212.

[4] المرجع نفسه ، ص 213.

رابعا: ولاية الاختيار في المذهب الحنبلي

ذهب الحنابلة إلى أن الولاية الاختيارية تثبت على كل امرأة مكلفة بالغة، وإذنها هو الكلام الصريح ، واستدلوا بحديث أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :" **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها ؟ قال: تسكت**".[1]

الفرع الثاني: ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري

تقدم القول أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر الولي ممثلا للمرأة ومعبرا عن إرادتها وشروطها في مجلس العقد، حيث اشترط موافقتها في حال خطبتها ومنع إجبارها على الزواج فلا يجوز له أن يزوجها بدون إذنها حسب المادة 13 من قانون الأسرة، حيث نصت على أنه: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".[2]

أما فيما يخص المرأة الراشدة فطبقا لنص المادتين 9 و11، فقد خولها القانون إبرام عقد زواجها وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد.[3]

و عليه فإن المشرع يقر بولاية الاختيار في حق المرأة، سواء كانت بالغة راشدة أو قاصرا.

---

[1] محمد سمارة ، **دراسات في الفقه المقارن**، الدار العلمية الدولية، عمان ، الأردن ،2002 ، ص 80.

[2] **القانون رقم 05-02** ، مرجع سابق.

[3] بن شويخ الرشيد ، **مرجع سابق** ، ص 67.

المطلب الثاني: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

الإجبار في اللغة بمعنى الإكراه والإلزام، يقال: أجبر الرجل عدوه على الأمر يجبره إجبارا، فالرجل مجبر، أي أكرهه وحمله على فعل ما يريده بالجبر والإكراه[1].

فالإجبار بشكل عام حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على العمل، تحقيقا لحكم الشرع، أما الإجبار في الزواج فهو مباشرة الولي العقد نافذا على المولى عليه، دون التوقف على إذنه و رضاه[2].

ففي ولاية الإجبار ليس للمولى عليه اختيار، بل ينفرد الولي بإنشاء عقد زواج من له ولاية عليه، برضاه واختياره هو دون أن يرجع إلى من له الولاية عليه، أي دون التوقف على إذن ورضا هذا الأخير.[3]

الفرع الأول: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء بخصوص حكم ولاية الإجبار، والذين قالوا بجوازها اختلفوا فيمن تثبت وفق ما هو مبين فيما يلي:

أولا: ولاية الإجبار في المذهب الحنفي

ذهب الحنفية إلى أن ولاية الإجبار تثبت على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوهة، سواء كانت الصغيرة بكرا أم ثيبا، وعلى الكبيرة غير المرشدة والمعتوهة، ولا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على البالغة العاقلة.

---

[1] عصام نور الدين، **المعجم الوسيط (عربي–عربي)** ، ط1، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2005، ص48.

[2] أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ،2007، ص109.

[3] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء** ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2010، ص 84.

إذن مدار ولاية الإجبار عند الحنفية يقوم على أساس العقل[1]، واستدلوا بقوله تعالى: **"وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ "**[2]

ثانيا: ولاية الإجبار في المذهب المالكي

تثبت ولاية الإجبار عند المالكية في حق البكر البالغ وغير البالغ والثيب غير البالغ. وسبب جواز إجبار البكر هو أنها بشكل عام تجهل مصالح الزواج ومقاصده، وقد لا تهتدي لاختيار الزوج المناسب، و لهذا إذا تخلف هذا السبب لا تكون علة الإجبار، كما هو الحال في البكر المرشدة[3].

ثالثا : ولاية الإجبار في المذهب الشافعي

تثبت ولاية الإجبار عند الشافعية على البنت البكر، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، وعلى الغلام الصغير فقط دون الكبير ، كما تثبت أيضا على المجانين والمعاتيه، ولا تثبت ولاية الإجبار عندهم على المرأة الثيب ، سواء كانت صغيرة أم كبيرة[4].

الفرع الثاني: ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة لمعرفة موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار نجد أنها تميز بين المرأة البالغة الراشدة والمرأة القاصر.

ولكن بشكل عام نجد حرص المشرع على إظهار وتكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج أسوة بغيره من العقود.

لقد أدرك المشرع الجزائري أهمية تحقق رضا الزوجين، وعبر عن قناعته في التعديل الذي أجراه على قانون الأسرة في 2005، حيث عرف الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة

---

[1] إسماعيل أحمد علي بن ياسين ، **ولاية الإجبار ، دراسة فقهية مقارنة** ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، 2004، ص 11.

[2] سورة النور، الآية32.

[3] عبد الحميد الجياش، **الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرها**، دار النهضة ، لبنان، 2009، ص 36.

[4] جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج** ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص251.

الجزائري بأنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، بينما كان التعريف السابق كالتالي: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...".

وإمعانا في إظهار أهمية الرضا في عقد الزواج، اعتبر المشرع الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، بينما اعتبر بقية عناصر العقد شروطا فقط، وهي: الولي، الصداق، الشاهدان، وقد كان النص السابق يعبر هذه العناصر مجتمعة أركانا تبعا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

فبمقتضى التعديل جعل المشرع الرضا عنصرا متميزا عن غيره وأمرا لا ينعقد العقد بدونه.

فقد نصت المادة 09 من نفس القانون على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".واشتراط رضا الزوجة يفيد أنه لا مجال لإجبارها على الزواج إن كانت بالغة راشدة.

وبالنسبة للتفرقة بين البالغة الراشدة والمرأة القاصر المشار إليها آنفا، فتتضح من خلال اكتفاء المشرع بالنص على شرط حضور الولي في عقد زواج الراشدة البالغة في المادة 11، وإسقاط شرط توليه إبرام عقد زواج المرأة إثر التعديل الذي أجراه في 2005 ، وقد أدى هذا إلى التقليل من دور الولي، وهو ما يشير إلى عدم إمكان إجبارها.

في المقابل ليس للمرأة القاصر أن تتولى تزويج نفسها، فقد نصت المادة 11/2 على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم".

وقد ذكر المشرع حكم الإجبار صراحة وهو المنع في حق القاصر، بالنص عليه في المادة 13 من قانون الأسرة، فقال: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[1]، وقد كان النص قبل التعديل يسوي في المنع بين القاصر والبالغ.

أما عدم التصريح بمنع إجبار البالغة الرشيدة، فقد تقدم أنه يمكنها اختيار من تشاء ليكون وليا يحضر عقد زواجها، وبالتالي فإنه لا مجال لإجبارها ولا حاجة لكي ينص المشرع صراحة على منع إجبارها.

و في تقدير موقف المشرع الجزائري من مسألة الإجبار، كما قال الأستاذ قاضي سعيد، أنه موقف إيجابي لتماشيه مع عموم النصوص الشرعية ، و أضاف أن أهمية هذا الموضوع

[1] **القانون رقم 05-02**، مرجع سابق.

يقتضي النص صراحة على مبدأ منع الولي من إجبار من في ولايته على الزواج خاصة الصغيرة ، التي لا تزال جاهلة لأمور الزواج.

و أكثر من ذلك إجبار المرأة البالغة على الزواج من شخص لا تريده، كان ولا يزال اعتقاد الكثير من الأولياء بأن لهم الأحقية في تزويج من هن في ولايتهم حسب اختيارهم، غير آبهين بالآثار النفسية والعملية التي قد تنجم عن ذلك.[1]

[1]سعيد قاضي ، **رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، رسالة ماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر، 2016، ص153.

المبحث الثاني

سقوط ولاية التزويج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تسقط ولاية التزويج عن الولي الأصلي وتنتقل إلى غيره عندما يمارس حقه في غير محله ويتعسف فيه، وذلك بعضله عن زواج المولى عليها ، بالرغم من توفر شروط الزواج، كالرضا، والصداق، والكفاءة، و يجبر موليته على الرفض، فيكون عاضلا، فتنتقل الولاية إلى غيره، كما تسقط الولاية في حال غيابه الطويل، بسبب احتمال فوات مصلحة المولى عليها، ويتم تزويج المرأة في هاتين الحالتين، وتكون مصلحتها أولى بالمراعاة.

وبناء عليه، فإن سقوط ولاية التزويج يكون في حالتين؛ حالة العضل حالة الغيبة، وفيما يلي سنبين المقصود بهاتين الحالتين والأحكام المترتبة عنهما بالنسبة للمولى عليها في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: عضل الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: غيبة الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: عضل الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

العضل في اللغة الشدة، والمنع والتضييق، ويقال عضل الولي حرمته في التزويج، فقد منعها الحق الذي أتيح لها من النكاح إذا دعت إلى كفء لها.[1]

وفيما يلي نتعرف على موقف كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من العضل.

الفرع الأول: عضل الولي في الفقه الإسلامي

يقصد بالعضل شرعا منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، و رغب كل منهما في الآخر، سواء طلبت ذلك بمهر أو دونه، أو دون مهر مثلها ، وقد اتفق الفقهاء على أن الولي إذا امتنع عن تزويجها بخاطبها الكفء الذي رضيت به فهو عاضل لها.[2]

وقالوا: العضل ظلم من الولي، وهو حرام عليه، فلا يجوز للولي أن يعضل موليته من التزويج بكفئها و بصداق مثلها .[3]

و مما استدلوا به على تحريم العضل قوله تعالى :" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ** ".[4]

فقوله تعالى: " فلا تعضلوهن " موجه للأولياء، كما اختاره أكثر المفسرين، وإليه ذهب جمهور الفقهاء.

ولكن في حال رغبت المرأة في الزواج من كفء بدون مهر، وامتنع الولي عن ذلك، فهل يجوز للولي عضلها عن الزواج في هذه الحالة ؟

هنا اختلف في المسألة **فالحنفية** يرون أن للولي منعها من الزواج بدون مهر، ولا يكون في ذلك عاضلا، لأنه إن تزوجت بدون مهر فهو عار يلحق الولي وضرر يلحق بنساء أهلها

---

[1] إبن منظور، ج6، مرجع سابق، ص 298.

[2] عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح الإعتراض عليها** ، ج1، ط1 ، المدينة المنورة ،2002 ، ص137.

[3] محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، بيروت ، 2003 ، ص 89.

[4] سورة البقرة ، الآية 232.

لنقص مهر المثل،[1] بينما **يرى الشافعية** أنه ليس للولي منعها من الزواج ، لأن المهر حق خالص لها وعوض يختص بها، فلا يمكن للولي الاعتراض عليها.[2]

أما بالنسبة لحكم الولاية في حال ثبوت العضل، فقد اتفق الفقهاء على سقوطها عن الولي الأصلي في حال العضل، ولكن اختلفوا فيمن تنتقل إليه ويكون له تزويجها إذا عضلها وليها الأقرب، أي لمن تنتقل الولاية بعد ذلك، إلى رأيين:

1- الرأي الأول: إذا سقطت الولاية عن الولي الأصلي بسبب العضل، فإنها تنتقل إلى الأقرب منه، أي من يليه في الترتيب الشرعي، ويكون له تزويجها، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة و الشافعية، أي إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، ووجهة نظرهم تنتقل الولاية، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب، فملكها الأبعد كما لو جن الولي الأقرب. [3]

2- الرأي الثاني: إذا سقطت الولاية بسبب العضل، انتقلت ولاية التزويج إلى الحاكم أو القاضي، ولا تنتقل إلى الولي الأبعد، وبهذا قال الحنفية والمالكية، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله صلى الله عليه وسلم: " **السلطان ولي من لا ولي له**"، وقالوا: النكاح حق للمرأة، فإن تعذر من جهة وليها كان للحاكم استيفاؤه، كما لو كان على رجل دين فامتنع عن أدائه، فإن الحاكم يقوم باستيفائه.[4]

الفرع الثاني: عضل الولي في قانون الأسرة الجزائري

ورد العضل في المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل، بحيث جاء فيها أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".[5]

---

[1] سالم بن عبد الغني الرافعي ، **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب** ، دار إبن حزم ، بيروت، 2002، ص 274.

[2] سالم بن عبد الغني الرافعي ، **مرجع سابق** ، ص 275.

[3] محمد علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ط1 ، دار الفكر ، الأردن ، 2007 ، ص 57.

[4] عوض بن رجاء العوفي ، ج2 ، مرجع سابق، ص 193.

[5] بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2009 ، ص 69.

أما التعديل الجديد فقد ألغى هذا النص وهو ما يستلزم العودة إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يمكن للقاضي التدخل لحل الموقف حسب ما يراه مناسبا لأن الولاية تسقط عن الولي في حالة منعه، وهذا ما أقره الفقه الإسلامي.

ولما قد يترتب عن العضل من أثار اجتماعية بالغة السوء على تزويج الفتاة من الأكفاء كزيادة ظاهرة العنوسة في المجتمع و فتح باب الرذيلة و الفاحشة و غلق باب العفة و الفضيلة، إضافة إلى الآثار النفسية السلبية على الشاب و الفتاة معا في حالة رغبا الزواج ببعضهما ومنه حقد الفتاة و ضغينتها على من حرمها من حقها في الزواج فكان لابد من وجود حلول في إطار ما يرضي الله سبحانه و تعالى للمحافظة على المجتمع.

المطلب الثاني: غيبة الولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الغيبة في اللغة بالفتح مصدر غاب وهي البعد، يقال: غاب الشيء غيبا وغيبة وغيابا أي بعد.

و الغيبة في الاصطلاح هي وصف لحالة يكون فيها شخص معين غائبا عن موطنه وأهله، وقد انقطعت أخباره لظروف معينة، ولم يعد يمكن التواصل معه، ولا يدرى إن كان حيا أو ميتا.

فهل تسقط ولاية التزويج عن الولي الأقرب بغيبته إذا رغبت المرأة في الزواج ومن ثم يحل محله غيره، هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي، وذلك ببيان موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من المسألة.

الفرع الأول: غيبة الولي في الفقه الإسلامي

اختلفت أقوال الفقهاء في سقوط ولاية التزويج في حال غيبة الولي الأقرب حسب طبيعة الغيبة إن كانت منقطعة أو غير منقطعة، و كذلك حسب طبيعة الولاية، كما سنبينه فيما يلي:

أولا: سقوط الولاية بالنظر إلى طبيعة الغيبة

إن حد الغيبة التي تسقط فيها ولاية التزويج للولي الأقرب وتصبح للولي الأبعد أو السلطان، وينتقل إليه حق تولي تزويج المرأة التي غاب عنها وليها الأقرب، هي محل خلاف بين جمهور الفقهاء من الحنفية من جهة والشافعية والحنابلة من جهة أخرى، حسبما إذا كانت الغيبة منقطعة أو غير منقطعة[1].

1- **الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أن ولاية التزويج تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، إذا كانت غيبة الولي منقطعة يخشى معها فوات الكفء[2] ، بحيث لا يمكن أن ينتظر الخاطب الكفء جواب الولي الأقرب، فتنتقل الولاية إلى الولي الأبعد نظرا لمصلحة المخطوبة.

كما تنتقل ولاية التزويج عند الحنفية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد في حال كون الولي الأقرب في بلد لا تصل إليه القوافل إلا مرة في السنة، والمقصود بذلك عدم إمكانية التواصل مع الولي لمدة تزيد عن سنة.

2- **الشافعية و الحنابلة:** ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الغيبة المنقطعة هي مالا تقطع إلا بكلفة ومشقة، فإن كان الولي الأقرب أسيرا أو محبوسا في مسافة قريبة ولا يمكن مراجعته ، أو تعذر، فزوّجها الولي الأبعد صح الزواج، لأنه صار كالبعيد، و يصح كذلك إذا كان الولي الأقرب غائبا لا يعلم محله أقريب أم بعيد، أو علم أنه قريب المسافة و لم يعلم مكانه[3].

أما إن كانت غيبته دون مسافة القصر(ما يعادل 83 كلم)، فتكون حد الغيبة القصر لأنه دونها يكون في حكم الحاضر، و لا يتم تزويج المرأة إلا بإذن الولي الأقرب، لإمكانية رجوعه[4].

---

[1] وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 218.

[2] أسامة ذيب سعيد ، **أثر الإكراه في عقد الزواج**، رسالة ماجيستر في الفقه و التشريع، نابلس، فلسطين ، ص33.

[3] طالبي فاطمة ، مرجع سابق، ص54.

[4] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته** ، مرجع سابق ، ص 218.

ثانيا: سقوط الولاية بالنظر إلى طبيعتها

يمكن أن تسقط ولاية التزويج للأقرب بالنظر إلى طبيعة الولاية إن كان الولي مجبر أو غير مجبر، وهو ما تبناه المذهب المالكي.

فإذا كان الولي مجبرا، أبا أو وصيا، والغيبة عشرة أيام ففي هذه الحالة لا تزوج المرأة حتى يعود، وإذا كانت المدة بعيدة، كثلاثة أشهر أو أكثر، مع صعوبة المواصلات، فللقاضي دون الولي الأبعد تزويجها.

أما إذا كان الولي غير مجبر و كان موجودا، فحد الغيبة ثلاث ليال، يزوجها الحاكم دون الولي الأبعد، و دون ثلاث يرسل إليه الحاكم.[1]

غير أن هذه الأحكام بحاجة إلى إعادة النظر فيها بما يتماشى مع التطورات الحاصلة في مجال المواصلات و الاتصالات، في إطار العولمة و وسائل التكنولوجيا الحديثة حيث أصبح العالم قرية صغيرة.

الفرع الثاني: غيبة الولي في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع قد حدد مدة الغياب بسنة كاملة، وعرف الغائب في المادة 110 أنه الشخص الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه، وهذا الشخص قد يكون وليا أو زوجا أو أبا، أو أخا أو غيره، لكن لم ينص صراحة على حكم غياب الولي الشرعي.[2]

لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 87 قانون الأسرة الجزائري بأنه : "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا ، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل محله الأم في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، و في حال الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

---

[1] **المرجع نفسه** ، ص 219.

[2] قارون فازية ، **دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة ، جامعة آكلي محند ، البويرة،2014، ص28.

ومع أنه لم ينص المشرع صراحة على انتقال ولاية التزويج من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد بسبب غيبة الولي الأقرب، إلا أنه يفهم من هذا النص إمكانية حصول ذلك.

كما أن المادة 11 تشير إلى إمكانية انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد، بذكر ترتيب الأولياء في تزويج القصر من الأب فأحد الأقارب الأولين، وختم بالقول أن القاضي ولي من لا ولاية له، في إشارة إلى ما ذهب إليه المالكية وغيرهم من فقهاء الشريعة.من انتقال ولاية التزويج إلى القاضي في حال عدم وجود الولي من الأقارب.

و على العموم يمكننا الرجوع إلى ما نصت عليه الشريعة الإسلامية في كل ما يخص الغيبة ، سواء تعريفها ، أو حد الغيبة، أو انتقال الولاية في حال غيبة الولي ، عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

فنطبق على غيبة الولي، كل ما جاء أو كل ما تعرض إليه الفقهاء من مسائل وما استنبطوه لها من أحكام.

الفرع الثالث: الفرق بين العضل والغيبة

إن الغيبة أمر حسي مادي لا يقع اختلاف في تحقيقه ، فبمجرد تحققه يعتبر كالمعدوم ، وتنتقل الولاية إلى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر للقاضي، أما العضل فهو أمر نظري تقديري، وربما كان امتناع الولي مشروعا وفي مصلحة موليته ولم يكن ظلما ولا تعسفا، فيرفع الأمر إلى القاضي، حتى إذا تبين أن الولي ظالم بامتناعه تدخل القاضي لرفع الظلم وقام بتزويج من تم عضلها بنفسه.[1]

[1] عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الثانية ، دار القلم، الكويت ، ص62.

ملخص الفصل

من خلال هذا الفصل تطرقنا لحدود سلطة الولاية في نظر مذاهب الفقه الإسلامي وفي نظر المشرع الجزائري وتعرفنا على أقسام ولاية التزويج، وأنها قد تكون ولاية اختيار أو إجبار، وتعرفنا أيضا على حالات سقوط الولاية وهي عضل الولي أو غيبته.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقنا لانجاز هذه المذكرة و المعنونة بـ "أحكام الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري"، وقد توصلنا من خلال الدراسة إلى عدة نتائج، و بالاطلاع على تفاصيل و جزئيات البحث وجدنا بعض الثغرات ورأينا أنه من المناسب تقديم بعض الاقتراحات لسد تلك الثغرات.

أولا: نتائج البحث

1. اعتبر جمهور فقهاء الشريعة الولي ركنا في عقد الزواج، وفي المقابل ذهب الحنفية إلى اعتباره مجرد شرط.
2. من الشروط التي اشترطها الجمهور في الولي الذكورة خلافا للحنفية.
3. كان المشرع قد نص على اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، ثم عدل عن ذلك، وألغى اشتراط توليه إبرام عقد الزواج في القانون 84/11 وذلك بمقتضى القانون 05/02 المعدل.
4. بمقتضى التعديل الجديد، سمح للمرأة استبدال وليها الشرعي بأي شخص تختاره، ولم ينص على شرط الذكورة.
5. من غير المناسب أن تزوج المرأة نفسها وإن مسلك المشرع باستغنائه عن الدور الفاعل للولي يكون قد فتح الباب لثغرات قانونية و إشكالات عملية و اجتماعية كثيرة.
6. تم ضبط سلطة الولي للحد من تعسفه، سواء بإجبار موليته على الزواج دون رضاها أو بمنعها من الزواج من الكفء المناسب لها، وذلك بتحديد حالات ومبررات ذلك وهذا في الفقه الإسلامي، بينما لم يعد هذا الإشكال قائما في الجانب القانوني في حق المرأة الراشدة.
7. إن إضعاف دور الولي يطرح إشكالات تتعلق بالنتائج السلبية المترتبة عن تزويج المرأة نفسها دون رضا وليها الشرعي خاصة في إطار الروابط الأسرية و فقدان المرأة أهم سند لها في حال المساس بمكانتها و مصالحها.

ثانيا: الاقتراحات

1. على المشرع مراجعة موقفه فيما يتعلق بشرط وجود الولي في عقد الزواج خاصة فيما يخص المادة 11 من قانون الأسرة بما يتناسب مع المقاصد الشرعية من اشتراط الولي.

2. ضرورة تطرق المشرع إلى حكم الغيبة والفقدان بالنسبة للولاية في الزواج.
3. إن غياب الولي في عقد زواج موليته يعتبر تهميشا لدوره ومكانته الشرعية، وإن إبرام المرأة عقد زواجها بدون حضور وليها أو بمن تربطها بهم صلة قرابة من الأصول أو الفروع يطرح العديد من الإشكالات الشرعية والاجتماعية والعائلية، ولذلك نرى وجوب إعادة النظر في أحكام المادة 11 والمواد ذات الصلة من قانون الأسرة الجزائري وفق ما يحقق المقاصد الشرعية من الزواج واشتراط الولاية فيه.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم.

أولا: النصوص القانونية

1.القانون رقم 84/11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الصادر بتاريخ 09 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 09 يوليو 1984، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02، المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، 2005.

ثانيا: الكتب

1.إبراهيم بن صالح التنم، **ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي**، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، 1428هـ.

2.أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، لبنان، ، 1406هـ.

3.أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2007.

4.أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون السوري**، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009.

5.إسماعيل بن حماد الجوهري، **تاج اللغة و صحاح العربية**،ج1، دار العلم، بيروت، لبنان، 1990.

6.بدران أبو العينين بدران، **الزواج و الطلاق في الإسلام**، ط2، دار التأليف، مصر، 1921.

7.بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

8.جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

9.حافظ محمد أنور، **ولاية المرأة في الفقه الإسلامي**، دار النسبة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1420هـ.

10. خالد وعدنان نجا، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، بيروت، 1964.

11. أبو داود، سنن أبو داود، **كتاب النكاح**، ط 2، منشأة المعارف، السعودية، 1408.

12. سالم بن عبد الغني الرافعي، **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب** ، دار ابن حزم، 2002.

13. شامي أحمد عبد الحميد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا للأحدث التعديلات "دراسة فقهية نقدية مقارنة"**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

14. الصادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2002.

15. ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**،ط2، ج3، دار الفكر، بيروت، 1992.

16. عبد الحميد الجياش، **الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما**، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 2009.

17. عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط2، دار العلم الكويت 1990.

18. عصام نور الدين، **معجم الوسيط (عربي-عربي)** ، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان ، 2009.

19. عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة**، ط3، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2004.

20. عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح**، ج1، ط1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 2002.

21. الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

22. الكاساني علاء الدين، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، 1986.

23. ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الزواج، ط1، دار عيسى البابي الحلبي، القاهرة، 1952.

24. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

25. محمد بخيت الغزالي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

26. محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، ج6، ط1، دار الوفاء للطباعة و النشر، المنصورة، 2001.

27. محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، ط1، المكتبة العلمية، 1350هـ.

28. محمد سمارة، **دراسات في الفقه المقارن**، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان، الأردن، 2002.

29. محمد محدة، **الخطبة و الزواج**، ج1،ط2 ، دار الشهاب، الجزائر، 2000.

30. محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، بيروت، 2003.

31. محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الطبعة 2، دار الفكر، الأردن، 2007

32. مرتضى الحسني الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج40، ط1، التراث العربي، الكويت، 2001.
33. مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ج1 دار الوراق، لبنان، 2001.
34. مصطفى عبد الغني شيبة، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006.
35. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، **لسان العرب**، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993.
36. نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط1، عمان، الأردن، 2011.
37. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1997.

ثالثا: المجلات

1. أحمد شامي. فيروز بن شنوف، **الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج**، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، تيسمسيلت، الجزائر، 2017.

رابعا: الرسائل الجامعية

1. أسامة ذيب سيد مسعود، **أثر الإكراه في عقد الزواج**، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة، وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، دار جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
2. الأكحل بن حواء، **نظرية الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1982.

3. جميلة موسوس، **الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي،** رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة الجزائر، 2006.

4. حسين مهداوي، **دراسات نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره،** مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010.

5. سعيد قاضي، **رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،** رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائ، 2016.

6. صورية غربي، **حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري،** رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2014.

7. طالبي فاطمة، **قيود سلطة الولي في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،** مذكرة ماجستير، (جامعة أكلي محند أولحاج)، البويرة، 2015.

8. عبد الله شيباني، **الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري،** رسالة ماجستير في قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة لخضر ، الوادي ، 2015.

9. هجرس بولبداوي، **الولاية في الزواج بين الشريعة و القانون،** رسالة ماجستير، الجزائر ، 2004

10. إسماعيل أحمد علي بن ياسين، الولاية في عقد الزواج بين الإجبار والإختيار، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، (كلية الدراسات الفقهية و القانونية)، جامعة آل البيت، الأردن، 2004.

11. قارون فازية، **دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ،** مذكرة ماجيستير في القانون الأسرة، جامعة أكلي محند ، البويرة، 2014.

فهرس الموضوعـات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	**أ-هـ**
الفصل الأول: الولاية في عقد الزواج، مفهومها و حكمها	**01**
المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج	**03**
المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج	**03**
الفرع الأول: التعريف اللغوي	**03**
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	**04**
أولا: تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي	**04**
ثانيا: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني	**05**
المطلب الثاني: أنواع الولاية	**06**
الفرع الأول: الولاية على النفس	**06**
أولا: تعريف الولاية على النفس	**06**
ثانيا: شروط الولاية على النفس	**07**
الفرع الثاني: الولاية على المال	**07**
أولا: تعريف الولاية على المال	**08**
ثانيا: أنواع الولاية على المال	**08**
ثالثا: شروط الولاية على المال	**09**
المبحث الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**10**
المطلب الأول: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	**10**
الفرع الأول: مشروعية الولي من القرآن الكريم	**11**
الفرع الثاني: مشروعية الولي من السنة النبوية	**12**
المطلب الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	**13**
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من حكم الولي طبقا للقانون 84/11	**13**

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من حكم الولي طبقا للقانون 05/02	**13**
المبحث الثالث: شروط ولاية التزويج و مراتبها في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**15**
المطلب الأول: شروط الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	**15**
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها للولي	**15**
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها للولي	**16**
المطلب الثاني: شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	**17**
المطلب الثالث: مراتب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**18**
الفرع الأول: ترتيب الأولياء في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	**18**
أولا: أصحاب الولاية من العصبة	**18**
ثانيا: أصحاب الولاية من غير العصبة	**20**
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	**21**
ملخص الفصل	**23**
الفصل الثاني: حدود سلطة الولاية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**24**
المبحث الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**26**
المطلب الأول: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**26**
الفرع الأول : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي	**26**
أولا: ولاية الاختبار في المذهب الحنفي	**27**
ثانيا: ولاية الاختبار في المذهب المالكي	**27**
ثالثا: ولاية الاختبار في المذهب الشافعي	**27**
رابعا: ولاية الاختبار في المذهب الحنبلي	**28**
الفرع الثاني: ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري	**28**
المطلب الثاني: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**29**

الفرع الأول: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي	**29**
أولا: ولاية الإجبار في المذهب الحنفي	**29**
ثانيا: ولاية الإجبار في المذهب المالكي	**30**
ثالثا: ولاية الإجبار في المذهب الشافعي	**30**
الفرع الثاني: ولاية الإجبار في القانون الأسرة الجزائري	**30**
المبحث الثاني: سقوط ولاية التزويج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**33**
المطلب الأول: عضل الولي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**34**
الفرع الأول: عضل الولي في الفقه الإسلامي	**34**
الفرع الثاني: عضل الولي في قانون الأسرة الجزائري	**35**
المطلب الثاني: غيبة الولي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	**36**
الفرع الأول: غيبة الولي في الفقه الإسلامي	**36**
أولا: سقوط الولاية بالنظر إلى طبيعة الغيبة	**37**
ثانيا:سقوط الولاية بالنظر طبيعتها	**38**
الفرع الثاني: غيبة الولي في قانون الأسرة الجزائري	**38**
الفرع الثالث: الفرق بين العضل والغيبة	**39**
ملخص الفصل	**40**
خاتمة	**41**
قائمة المراجع	**43**

ملخص البحث

تبين من خلال هذه المذكرة المعنونة بـــ " أحكام الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري " وجوب وجود الولي في عقد الزواج، وأنه إذا تم بدونه أو دون من ينوب عنه فإنه يقع باطلا بحسب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وخالف الحنفية في هذا فقالوا: يشترط الولي في زواج الصغيرة أو المجنونة، أما المرأة البالغة العاقلة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، فلها الحق في تزويج نفسها بمن تريد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري وفق التعديل المتضمن في قانون الأسرة 05-02، حيث جعل الولاية على الصغيرة فقط، أما المرأة البالغة الراشدة فمنحها الحق في تزويج نفسها، أو بتفويض وليها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره.

كما تطرقنا في هذه الدراسة إلى حدود سلطة الولاية في نظر المذاهب الفقهية وفي نظر المشرع الجزائري، وتعرفنا على أقسام الولاية على الزواج، وأنها قد تكون ولاية اختيار أو إجبار، وتعرضنا لحالات سقوط الولاية، وهي عضل الولي أو غيابه.

الكلمات المفتاحية

الولي، عقد الزواج، ولاية التزويج، المشرع الجزائري، سلطة الولاية، أقسام الولاية، سقوط الولاية.

Research Summary:

It is clear through this memorandum entitled “The legal rulings of the guardian in the marriage contract in Islamic jurisprudence and Algerian family law” that the presence of a guardian is required in the marriage contract, and that if it is concluded without him or someone acting on his behalf, then it is invalid according to the majority of Maliki, Shafi’i and Hanbali jurists. The Hanafis disagreed with this and said: The guardian is required to Marriage of a young woman or an insane woman. As for a sane adult woman, whether she is a virgin or a married woman, she has the right to marry herself to whomever she wants. This is what the Algerian legislator decided upon in accordance with the amendment included in Family Law 05-02, where he made guardianship over the young woman only. As for the adult woman As an adult, she is given the right to marry herself, or by authorizing her guardian, one of her relatives, or any other person she chooses.

In this study, we also touched on the limits of guardianship authority in the eyes of the schools of jurisprudence and in the eyes of the Algerian legislator, and we learned about the divisions of guardianship over marriage, and that it may be a guardianship of choice or compulsion, and we exposed ourselves to cases of loss of guardianship, which is the absence or absence of the guardian.

key words :

Guardian, marriage contract, marriage mandate, Algerian legislator, guardianship authority, divisions of guardianship, fall of guardianship.