جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون أسرة

رقم:.....

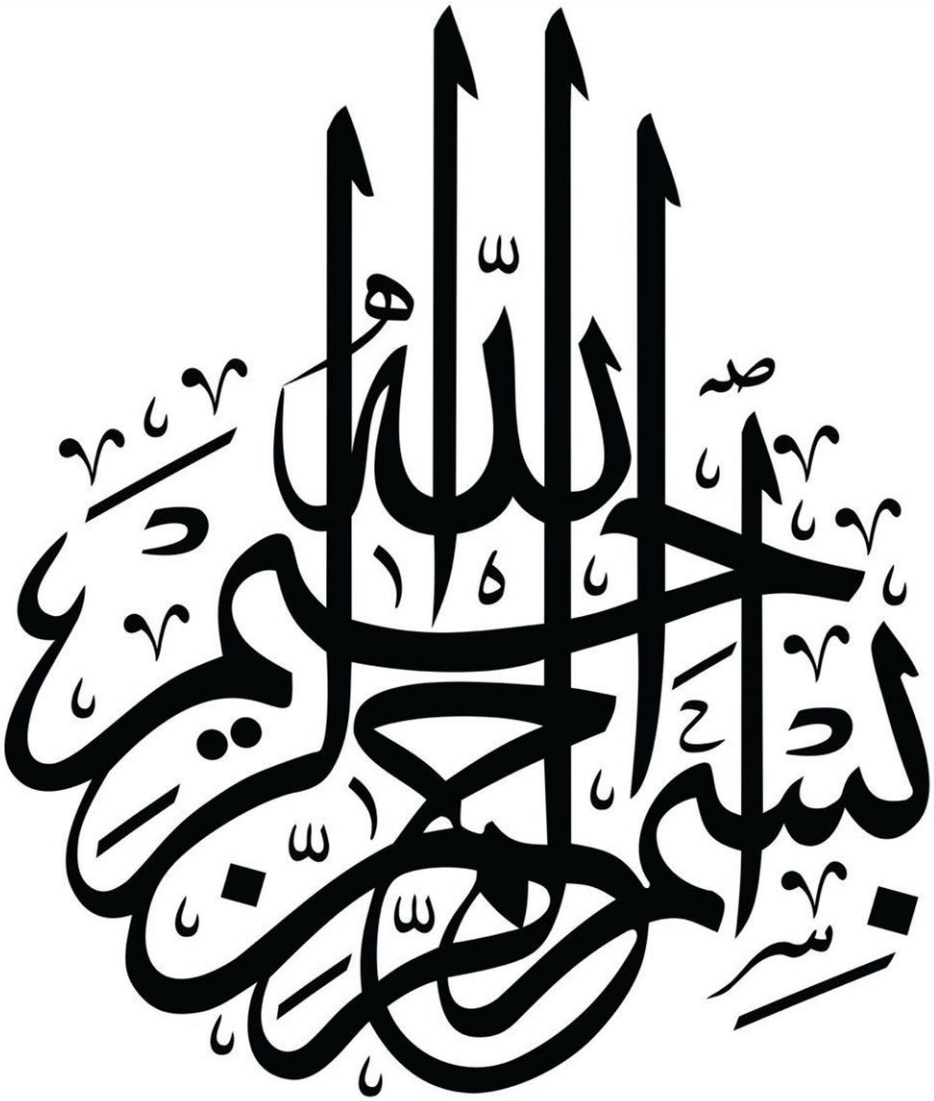
إعداد الطالبين :
(1) رامي بن مشيش
(2) رامي لمباركي

يوم:2023/06/20

الولاية في زواج القصر

لجنة المناقشة:

سهام خليلي	أستاذ محاضر أ	محمد خيضر بسكرة	رئيسا
الزهرة رزايقية	أستاذ مساعد أ	8 ماي 1945 قالمة	مشرفا
حسن كليبي	أستاذ محاضر أ	محمد خيضر بسكرة	مناقشا


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــداء

بعد مسيرة علمية متواضعة وفقا لتيسير الله أهدي ثمرة جهدي:

إلى جنتي في الأرض وملاكي في الحياة، إلى التي جعلتني أعانق الفرح كل يوم، إليك أيتها الإنسانة الرائعة، من حملتني وهنا على وهن وسقتني من نبع حنانها وكان دعاؤها سر توفيقي والتي لا يجزي مني لها كلام فلها أهدي ما حصدت "**والدتي العزيزة**" أطال الله في عمرها.

إلى ذلك الرجل العظيم، إلى من كان يعمل بكد ليوصلني إلى ما أنا عليه، إلى من أحمل لقبه بكل فخر واعتزاز، "**والدي العزيز**" حفظه الله وأطال في عمره.

إلى أخي الغالي **أيمن** وأختي الغالية **حنين**، وفقهما الله.

إلى **جميع أفراد عائلتي**، وأخص بالذكر **جدتي** أطال الله في عمرها، سيكون من الصعب علي أن أذكركم جميعا، أنتم في قلبي دائما ولا أستطيع أن أشكركم في بضعة أسطر وأعبر عن امتناني العميق لدعمكم المستمر.

إلى صديقي ورفيق دربي الذي كان بمثابة أخ لي **عايشي عبد الجليل**، دون أن أنسى من كان معي في المذكرة صديقي **لمباركي رامي**.

إلى كل من أحبني، ويحبني وأفادني ووجهني ولو بالكلمة الطيبة.

رامي بن مشيش

إهـــداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

أهدي عملي هذا إلى أفضل وأروع وأجمل والدين في العالم، بدونهما أنا نكرة، فالوالد الذي كان يشقى ويتعب من أجل هذه اللحظة، فهو من علمني الصبر والجهاد وأوصلني إلى ما أنا عليه اليوم **'أبي العزيز'**.

إلى التي سهرت وربت وتعبت وأنارت دربي وأعانتني بالدعاء في صلواتها **'أمي العزيزة الغالية'**.

تعجز الكلمات عن وصف ما فعلاه وهذا شيء بسيط أشاركهما به من أجل إسعادهما، اللهم احفظهما وأطل في عمرهما كما ربياني صغيرا.

إلى **إخوتي** عمر وجاب الله ورياض وأيمن وإلى عمتي وأختي صفاء وعمتي بسمة وإلى كل أصدقائي وأحبابي وإلى نور عيني إيمان.

إلى زميلي في المذكرة ورفيقي في الدرب **رامي بن مشيش**.

رامي لمباركي

شكر وعرفـــان

قال الله تعالى: ﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ (إبراهيم: الآية 7)

أول ما نبدأ به الشكر والحمد الله عز وجل، ربي أوزعنا أن نشكر نعمتك كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، على أن شرحت صدورنا وأنرت دروبنا ووفقتنا لإنهاء هذا العمل الذي نرجو أن يكون خالصا ومقبولا.

نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الجميل إلى الأستاذة المشرفة: الدكتورة **الزهرة رزايقية** على توجيهاتها القيمة ومتابعتها لنا بكل صبر ودعمها المتواصل، فجزاها الله عنا خير الجزاء وبارك الله في صحتها ووقتها وعلمها ونفع الله به كل طالب علم.

الشكر موصول إلى **لجنة المناقشة** على تفضلها بقبول قراءة المذكرة ومناقشتها.

نشكر أيضا جميع **أساتذتنا الكرام**، الذين ساهموا في توجيهنا وتعليمنا الأفضل طيلة هذه السنوات، فنسأل الله أن يدخلهم جناته بلا حساب ولا سابقة عذاب.

إلى كل من ساندنا في إنجاز هذا العمل، وقدم العون المعنوي قبل المادي من الأقارب والأصدقاء.

في الأخير فما كان من توفيق فمن الله، وما كان من خطأ فمن أنفسنا ومن الشيطان.

قال الله تعالى: ﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾(هود: الآية 88).

قائمة المختصرات

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ط: طبعة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ج ر ج ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية

الخطة العامة

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج

المطلب الأول: مدلول الولاية في الزواج

المطلب الثاني: شروط الولي في الزواج

المبحث الثاني: أحكام الولاية في الزواج

المطلب الأول: مشروعية الولاية في الزواج

المطلب الثاني: طبيعة الولاية في الزواج

خلاصة الفصل

الفصل الثاني: ولاية تزويج القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: الولاية في تزويج القاصر من منظور الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم الولاية في تزويج القاصر

المطلب الثاني: الخلافات الفقهية بشأن الولاية في تزويج القاصر

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من الولاية في زواج القاصر

المطلب الأول: حكم الولي في زواج القاصر

المطلب الثاني: أثر الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر

خلاصة الفصل

الخاتمة

مقـــدمـــة

مقدمة

يعتبر الزواج السبيل الوحيد شرعا وقانونا لتكوين أسرة سليمة يربط أفرادها المودة والرحمة والاحترام المتبادل. فهذه الرابطة هي التي تخلق الاستقرار لمجموعة من الأفراد يبدؤون اثنين زوج زوجة وينتهون بعائلات تمتد عبر أحقاب متتالية من الزمن تحفظ نسل الزوجين وتضاعفه، فقد قال عز وجل: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [الروم، 21]. والزواج الصالح يُمهد له اختيار صائب للزوجين وهذا غالبا يتأتى بطلب المشورة والمساعدة ممن هم أهل خبرة وسعة تبصر وأصحاب نظر ثاقب لأمور الحياة، ومن ثم جُعل الأولياء في الزواج لبنة أساسية لإتمام هذا البناء، فمتى تم الزواج صحيحا كان لبنة سليمة في بناء مجتمع سليم.

ولأن عقد الزواج يمثل أقدس الروابط التي سنها الله عز وجل بين خلقه، فهو يحتاج لينتج ثماره الطيبة أن يكون مبنيا على أسس سليمة، لذا سن له الشرع الحكيم أركانا وشروطا بغيابها ينهار هذا البنيان، والولاية اعتبرت إحدى هذه الأسس الواجب توفرها لإتمام عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وتبعا لما اتفق عليه فقهاؤها الأفاضل، فهي تكمل جانبا من الضعف في أطراف هذا العقد خاصة إن كانوا قصرا. وباعتبار المجتمع الجزائري دينه الإسلام فقد جعل المشرع الجزائري القانون الذي يحكم أحواله الشخصية مستمد أغلبه مما نسخته الشريعة الإسلامية(قرآن كريم وسنة نبوية شريفة) للأمة الإسلامية جمعاء بل للبشرية كلها إن هي ارتضت ذلك. ويعد عقد الزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي احتكم فيها قانون الأسرة الجزائري[1] للشريعة الإسلامية وتعد الولاية إحدى مضامين هذا العقد ومنها الولاية في زواج القاصر والتي تُعد جزء جد هام في موضوع الولاية في الزواج لأنه يمس فئة موسومة بالضعف والعجز أقره إياها الشرع والقانون.

وتبدو أهمية البحث في موضوع الولاية في زواج القاصر من جوانب عدة نجمل منها:

[1] قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404ه الموافق 09 جوان سنة 1984م، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان عام 1404ه الموافق 12 جوان سنة 1984م، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426ه الموافق 27 فيفري سنة 2005م، ج ر ج ج عدد 15، مؤرخة في 18 محرم عام 1426ه الموافق 27 فيفري سنة 2005م.

– هو موضوع يتعلق بفئة تمتاز غالبا بسوء تدبر الأمور وبالتالي تحتاج لمن يوجهها نحو الأصلح لها لتكون ذات نفع في المجتمع.

– هو يمس فئة حساسة في المجتمع الجزائري تزداد أهمية الإحاطة بكل ما يتعلق بها في زمن التكنولوجيات الحديثة ومدى تأثيرها على أفكار وتوجهات هذه الفئة وبالتالي توفير الحماية الكافية لها من خلال وضع القواعد خاصة القانونية اللازمة لذلك.

– إن الطابع العملي والواقعي الذي يميز موضوع الولاية في زواج القصر هو الذي خلق له أهميته فهو يمثل إشكالا مطروحا قد تعاني منه أي أسرة جزائرية، لأنه إن لم يضبط بوضوح ودقة من قبل المشرع قد يتسبب في انقطاع صلة الرحم وتفكك الروابط بين الأسر ومن ثم إصابة المجتمع بأمراض قد يصعب أو يطول علاجها.

أما عن أسباب اختيارنا للولاية في زواج القصر كموضوع لمذكرتنا فنلخصها في صنفين من الأسباب، الأولى ذاتية وتتمثل في كون الموضوع قد يلحق أي واحد منا أو أي قريب لنا ومن ثم معرفة ما قُرر له سواء في الشريعة الإسلامية أو التشريع الجزائري سيجنبنا سوء التدبير والتقرير فيه. أيضا تطلعنا لمعرفة أمور ديننا وهل ما قرره المشرع يتماشى وما تبتغيه شريعتنا حتى لا نحيد عما ابتغاه لنا المولى عز وجل لحسن دنيانا ومن ثم آخرتنا.

بينما الأسباب الثانية فهي موضوعية تتلخص بدرجة أولى في ارتباط الموضوع بمجال تخصصنا 'قانون الأسرة'، ثم يدفعنا التطلع للإحاطة بكل ما يتعلق بالموضوع من الناحية الشرعية أولا ثم ما قرره المشرع الجزائري في الموضوع لتقصي وتوضيح حقيقة الجدل الكبير الذي عرفه هذا الموضوع، في الأخير وككل طالب باحث نسعى لإضافة بحث أكاديمي ولو بسيط لمكتبة جامعتنا وهذا نظرا لقلة البحث في هذه الجزئية بالذات سواء في مذكرات أو أطروحات جامعية حيث البحث فيها دائما كان كعنوان فرعي في بحوث تتعلق بالزواج أو بالطلاق أو بالولاية في الزواج بصورة عامة.

ونبتغي من وراء البحث في موضوع 'الولاية في زواج القاصر' تحقيق بعض الأهداف نلخصها في:

– معرفة الدور الحقيقي للولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بما سنته له الشريعة الإسلامية.

– محاولة الوصول إلى اقتراح ما هو أفضل فيما يخص ولاية تزويج القاصر تأسيسا على ما قررته الشريعة الإسلامية السمحاء في الموضوع.

كما ذكرنا آنفا فموضوع الولاية في زواج القاصر لم يتم البحث فيه منفصلا في مذكرات أو أطروحات خاصة في التشريع الجزائري نظرا لقلة الأحكام القانونية المقررة له وهي أحيانا تسد رمق مقالات أو مداخلات فقط، أو تم البحث فيه كجزئية ضمن موضوع واسع كالزواج أو الطلاق أو حتى الولاية في الزواج ومن هذه الدراسات السابقة نذكر:

– "الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا"، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الإجرائي، للطالب محمد بشير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، 2017– 2018، عالج الطالب إشكالية موضوعه التي تساءل فيها عن مدى نجاعة وكفاية القواعد القانونية الواردة في التشريع الجزائري لحماية ورعاية المولى عليه القاصر أم الأمر يحتاج لاستحداث نصوص جديدة للتكفل بالأمر من خلال بابين، الأول ضمنه الولاية على نفس القاصر وإجراءات حمايته بينما خصص الثاني للولاية على مال القاصر وإجراءات حمايته وبالتالي فموضوع مذكرتنا هو جزئية ضمن هذا العمل البحثي.

– مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي موسومة بـــ "الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية"، لـــ نضال محمد أبو سنينة، نشرت ككتاب سنة 2011، وقد كانت لنا كمرجع أساسي لتتبع البحث في مذكرتنا.

وقبل تناول موضوع الولاية ضمن البحوث الأكاديمية الجامعية فقد أفاضت فيه الكتب من الحبر الكثير من ذلك كتاب "الولاية في النكاح وما يترتب عليها من أحكام" لـــ "أحمد جبر عبد ربه جحيش".

أما عما واجهنا من صعوبات في إطار البحث في موضوع الولاية في زواج القاصر، فهو قلة المراجع التي تناولت هذه الجزئية بدقة وتمحيص وإن كانت المراجع التي تناولت

موضوع الولاية في الزواج هي عديدة. أيضا قلة الأحكام القانونية التي خصصها المشرع الجزائري لهذه الجزئية مما يُضيق من آفاق البحث فيها، وقد ألغى مثلا المادة 12 ق أ ج وهي التي كانت تتضمن موضوع العضل وهو من المواضيع الهامة المتعلقة بالولاية في الزواج.

ولأن الولاية في الزواج هي إحدى القضايا التي أثارت نقاشات كثيرة خاصة بعد تغيير بعض أحكامها عند تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، فمعالجة موضوع مذكرتنا ستدور ضمن هذا الإطار من خلال الإشكالية التالية: **ما الدور الذي أنيط بالولي في عقد نكاح القاصر في التشريع الجزائري مقارنة بما قُرر له في الفقه الإسلامي؟**

إن معالجة هذه الإشكالية ستتم بتتبع منهجين من مناهج للبحث العلمي، المنهج الوصفي لحاجتنا لتبين كنه بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع البحث، والمنهج التحليلي لأننا سنتطرق بالتحليل لمجمل النصوص القانونية التي تناول من خلالها المشرع الجزائري موضوع الولاية في تزويج القاصر. ودون أن ننسى حاجتنا للأسلوب المقارن لكون بحثنا سيكون في إطار التشريع الجزائري مقارنة بما تم تقريره في الموضوع عند مجموع فقهاء الإسلام.

أما عن الخطة التي ستكون قالبا لموضوع بحثنا فهي ثنائية كما يأتي:

الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج
الفصل الثاني: ولاية تزويج القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول

ماهية الولاية في الزواج

الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج

إن اهتمام المشرع الجزائري بعقد الزواج نابع من أهمية هذا العقد الذي أولته إياه قبل قرون خلت الشريعة الإسلامية سواء في القرآن الحكيم أو في السنة النبوية الشريفة، والتي تعتبر وكما ذكرنا آنفا المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري. كما توضحت هذه الأهمية من خلال كتابات عديد الفقهاء والعلماء والباحثين عبر العصور وصولا لعصرنا هذا عن هذا العقد وما تعلق به من مسائل، وقد كانت الولاية ولا تزال من هذه المسائل التي أخذت حيزا واسعا من النقاشات خاصة بعد ما لحق الأحكام المنظمة لها من تغيير بمناسبة تعديل قانون الأسرة الجزائري.

قبل التفصيل في صلب موضوع مذكرتنا وهو الولاية في تزويج القاصر(الفصل الثاني) سنحاول من خلال هذا الفصل الإلمام بالولاية في الزواج بصورة عامة وهذا بتحديد مفهومها (مبحث أول) ثم سنبحث في أحكامها سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري(مبحث ثان).

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج

يتحدد مفهوم الولاية في الزواج بالبحث في مدلولها(مطلب أول) وتقصي مجمل الشروط الواجب توفرها في القائم بها(مطلب ثان).

المطلب الأول: مدلول الولاية في الزواج

نتبين مدلول الولاية في الزواج من خلال التعريف بالولاية بصورة عامة ومن ثم الولاية في الزواج(فرع أول) وكذا تمييزها عما يشابهها من مفاهيم(فرع ثان).

الفرع الأول: التعريف بالولاية في الزواج

يمكننا أن نعرف بالولاية من جهة باستعراض جملة من التعريفات التي قدمت لها من جوانب مختلفة(أولا) ثم بتبيان مجمل أنواعها(ثانيا).

أولا: تعريف الولاية في الزواج

تعرف الولاية من جوانب عدة، فقد نعرفها لغة(1)، وقد تُعرف اصطلاحا(2)، وأخيرا نتبين المقصود بها قانونا(2).

1. تعريف الولاية لغة

لغة تُعرف الولاية في معجم الوسيط[1] بأنها: الولاية بكسر الواو وتعني القرابة والخطة والإمارة والسلطان والبلاد التي يتسلط عليها الوالي. أما الولاية بفتح الواو فتعني القرابة. ويُقال القوم عليه ولاية: يد واحدة يجتمعون في الخير والشر. وقيل أيضا في الولي بأنه: كل من ولي أمرا أو قام به. والنصير والمحب. والصديق ذكرا. والحليف. والصهر. وولي المرأة من يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح من دونه.

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، 2005، ص 1058، https://www.noor-book.com، 13-02-2023.

وعُرفت الولاية أيضا بأنها: الولي من أسماء الله الحسنى والولي هو الناصر، وقيل: المتولي لأمور العالم والخلائق والقائم بها. ومن أسمائه عز وجل: الوالي وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها. وقال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لا يسمى بالوالي. وقال ابن السكيت: الولاية بالكسر تعني السلطان، والولاية هي النصرة. يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصرة، وقال سيبويه: الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الإسم مثل الإمارة والنقابة، لأنه إسم لما توليته وقمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا[1].

"والولاية بكسر الواو هي السلطان وبالفتح والكسر هي النصرة وتحمل معنى النسب قال سيبويه "الولاية بالفتح المصدر وبالكسر الإسم""[2].

وذُكرت الولاية في القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى: "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم"[3]. وقوله تعالى أيضا: "ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون"[4].

2. تعريف الولاية اصطلاحا

قيل عن الولاية بأنها: "هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إدارة شؤون المولى

[1] إبن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة محققة ومشكولة شكلا كاملا ومذيّلة بفهارس مفصّلة، دار المعارف، القاهرة، ص 4920.

[2] محمد بشير، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه "ل.م.د"، تخصص القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017–2018، ص 18–19، https://ds.univ-oran2.dz:8443/handle/123456789/1637

[3] سورة التوبة، الآية 71.

[4] سورة المائدة، الآية 56.

عليه، كلها أو بعضها وتنفيذها"[1].

وعرفت أيضا بأنها: "القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحدا"[2].

وقد اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية الأربع في تعريف الولاية فعرفها الحنفية بأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"، يُفهم من تعريف الأحناف أنهم حصروا تعريف الولاية على ولاية الإجبار والتي تكون على الصغيرة والمجنونة فقط، بينما الأصل في التعريف أن يكون جامعا مانعا أي أن يشمل الولاية على الكبيرة البالغة(البكر) والأمر ليس كذلك في هذا التعريف[3].

أما الشافعية فعرفوا الولاية بأنها: "من له على المرأة ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو تعصيب، أو ولاء، أو إيصاء، أو كفالة أو سلطنة، أو ذو إسلام"[4]. إذن الشافعية جعلوا الولاية سلطة على المرأة وهي تمثل حق شرعي للولي وهذا لعديد الأسباب جاء تعدادها في التعريف منها الوصية القرابة ...الخ[5].

---

[1] ابتسام محمد أحمد الغامدي، 'ولاية النكاح – دراسة فقهية مقارنة'، أبحاث، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد 75، ص 200–201، https://mdak.journals.ekb.eg/article_157010_6075970230698dafacf96629d2fcb9c8.pdf، 28–04–2023، 19:37.

[2] سميرة عبدو، 'المركز القانوني للولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي'، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي التاسع الموسوم بـــ "قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية"، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 27–28 نوفمبر 2018، ص 219، http://fac-sciences-islamiques-ar.univ-batna.dz/images/ouvrages-enseignants/Samira.Abdou4.pdf، 22–03–2023، 11:28.

[3] نقلا عن: إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، ط 1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010، ص 92.

[4] نقلا عن: نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 35–36.

[5] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 36.

بينما عُرفت لدى المالكية في قول إبن جزي بأنها: "الولاية خمسة أنواع ولاية الإسلام ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها وولاية الحلف وولاية الهجرة وكان يتوارث بهما أول الإسلام ثم نسخ، وولاية القرابة وولاية العتق والميراث بهما ثابت". فالمالكية استعملوا الولاية بمعنى الآصرة الموجبة للإرث، وقد عددوها إلى خمس أنواع وهي ولاية الإسلام، ولاية الحلف، ولاية الهجرة، ولاية القرابة وولاية العتق[1]. "وقد أوضح القاضي ابن رشد مرادهم بذلك فقال: فأما ولاية الإسلام والإيمان، فإن الله قد نص عليها في محكم القرآن فقال: "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء ببعض"[2]، وهي ولاية عامة. وأما ولاية الحلف(ولاء الموالاة)، فقيل: إن الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام بدليل قول الله عز وجل: "والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم"[3][4]. وولاية الهجرة فتوارث بها الناس في بداية الإسلام باتفاق أهل العلم[5]. قال تعالى: "إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا وإن استنصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعملون بصير"[6] .

وأما ولاية النسب فموجودة أيضا في القرآن الكريم، من ذلك قوله تعالى: "ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون"[7]. بينما ولاية العتق فتوجب الميراث عند انقطاع النسب بحق الأنعام بالعتق والمن به عند جماعة العلماء[8].

---

[1] أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 95.

[2] سورة التوبة، الآية 71.

[3] سورة النساء، الآية 33.

[4] أحمد جبر عبد ربه جحيش، الولاية في النكاح وما يترتب عليها من أحكام، ط1، دار إعادة هندسة الفكر، الكويت، 2008، ص 4-5.

[5] المرجع نفسه، ص 5-6.

[6] سورة الأنفال، الآية 72.

[7] سورة النساء، الآية 33.

[8] أحمد جبر عبد ربه جحيش، مرجع سابق، ص 6.

وقد عرف الشيخ الزرقا الولاية بأنها: "سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه"[1].

من كل ما سبق من تعاريف للولاية يمكننا أن نعرفها بأنها سلطة على شخص قاصر، تتبعا لمصالحه الشخصية، المعنوية، المادية والاجتماعية وهذا وفقا لشروط يحددها الشرع.

أما الولاية في الزواج فعُرفت بأنها: "الولاية في الزواج هي تنفيذ القول على امرأة أو القاصر وفي حكمه في الزواج والإشراف على شؤونها في العقد من طرف شخص له المقدرة على ذلك"[2]. وقال فيها البعض[3] بأنها: "سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا. وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية".

بينما قيل في الولي بأنه: "الولي من له ولاية على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة"[4].

3. تعريف الولاية قانونا

لم يتناول المشرع الجزائري تعريف الولاية بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة الجزائري حيث كرسها كشرط وجب توفره في عقد الزواج وهذا ما جاء في نص المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

---

[1] نقلا عن: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 36.

[2] نقلا عن: سميرة عبدو، مرجع سابق، ص 220.

[3] محفوظ بن صغير، 'ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري'، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 08، مارس 2018، ص 34، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44479، 22-03-2023، 11:26.

[4] عبد الباسط محمد خلف، 'الولاية وأثرها في عقد النكاح'، مجلة كلية الدراسات الإسلامية أسوان، جامعة الأزهر، العدد 04، 2021، ص 4038-4153، https://fisb.journals.ekb.eg/article_182266.html، 07-05-2023، 09:11.

- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،
- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

والفقرة الثانية من المادة 11 التي تنص على: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

وكذلك تم ذكرها في الفقرة الثانية من المادة 33: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وكذا في المواد 81، 83، 87، 88، 90 و91 من نفس القانون.

إذن النصوص القانونية المتقدمة لم تقدم تعريفا جامعا مانعا للولاية بل كرستها ضمن شروط أو أركان انعقاد الزواج.

ثانيا: أنواع الولاية

حسب البعض[1] تتخذ الولاية تقسيمات عدة، فهي من حيث المصدر والسبب ولاية شرعية وقضائية واتفاقية، وهي من حيث الأثر الناشئ عنها ولاية لازمة ومتعدية، عامة وخاصة، إجبارية واختيارية. بينما يصنفها بعض من الباحثين[2] إلى ولاية عامة وأخرى خاصة.

[1] عبد العالي عشاري، 'الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد'، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 09، جوان 2018، ص 317.

[2] محمد بشير، مرجع سابق، ص 22.

عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4046.

فأما الولاية العامة فيُعبر عنها بأنها سلطة عامة غايتها إلزام الغير وإنفاذ التصرف في جانبه دون تفويض منه، وهي تخص أمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتختص بمرافق الحياة العامة وشؤونها وهذا لأجل تحقيق المصالح للأمة ودرء المفاسد عنها، وهي تعد منصب ديني ودنيوي، وما تشريعها إلا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأداء الأمانات إلى أهلها والحكم بينهم بالعدل[1]. بينما الولاية الخاصة فتُعرف بأنها: "سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير ولا تعلق لها بتدبير الأمور العامة"[2].

والولاية الخاصة نوعان؛ ولاية قاصرة وولاية متعدية[3]، فأما الولاية القاصرة فتثبت للشخص الرشيد وتكون على نفسه وماله[4]، ومن ثم فأثرها يقتصر على من يتمتع بها[5]. بينما الولاية المتعدية فتكون للشخص على غيره ولكن شرط أن تثبت ولايته على نفسه[6].

ويجمع عديد من الباحثين[7] على تقسيم الولاية الخاصة إلى صنفين، ولاية على المال وولاية على النفس، وإن كان هذا التقسيم بالنسبة لباحثين آخرين[8] هو للولاية بصورة عامة ويضيفون صنف ثالث وهو الولاية على المال والنفس معا أو المشتركة.

---

[1] عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4046.

[2] محمد بشير، مرجع سابق، ص 23.

[3] المرجع نفسه.

[4] الصادق فريوي، 'الولاية في الزواج'، مجلة التواصل، معهد الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 02، جانفي 1997، ص 57.

[5] محمد بشير، مرجع سابق، ص 24.

[6] عبد القادر رحال، 'أحكام وضوابط الولاية في الزواج بين الفقه والقانون'، انعقاد الزواج – الإشكالات والحلول–، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021، ص 4، http://sjcddp.univ-km.dz/images/revue_echos/contrat_mariage.pdf، 14-03-2023، 08:55.

[7] يراجع: علي بودفع، 'حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون'، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2009، ص 254. عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4050.

[8] يراجع: إيمان الزهرة حميدي، 'دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 03، سبتمبر 2017، ص 118. أحمد شامي، فيروز بن شنوف، 'الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج 'دراسة على ضوء أحكام قانون الأسرة

بينما باحثون آخرون[1] فيصنفون الولاية حسب مجالين؛ من حيث النطاق ومن حيث الموضوع، فوفقا للنطاق تقسم الولاية إلى قاصرة وأخرى متعدية. أما من حيث الموضوع فنجد الولاية على المال والولاية على النفس.

وتعرف الولاية على المال بأنها: "الولاية على المال هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق"[2]. بينما تعرف الولاية على النفس بأنها: "الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج"[3]. وهي تشمل جملة من التصرفات تتعلق بشخص المُولى عليه، وهي بالتالي تمثل سلطة للولي على المولى عليه، تمنحه حق تزويجه وتعليمه وتأديبه وتطبيبه ورعايته في كل ما تحتاجه نفسه وهذا شاء هذا المولى عليه أم أبى لأن في كل هذا حفظ لمصالحه، وتعتبر الولاية على الزواج جزء من الولاية على النفس[4].

ويندرج موضوع الولاية في زواج القاصر ضمن الولاية على الزواج. وتتخذ هذه الولاية صورتين، ولاية اختيار وولاية إجبار. فأما ولاية الاختيار فتوصف بأنها: "هي الولاية التي تشترك فيها المرأة مع وليها في اختيار الزوج وليس له إجبارها، ولكن هو يتولىَ عقد

الجزائري'، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 03، جوان 2017، ص 202.

[1] لأكثر توضيح يراجع: عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 46، http://dspace.univ-tlemcen.dz/handle/112/8665

[2] العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2009- 2010، ص 24.

[3] أحمد شامي، فيروز بن شنوف، ص 202.

[4] عبد الحفيظ بقة، 'ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 01، العدد 23، جوان 2015، ص 109، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44479، 21-02-2023، 09:57.

نكاحها ممن ترضاه زوجا لها"[1]. بينما تُعرف ولاية الإجبار بأنها: "الولاية التي يستقل الولي بإنشاء العقد فيها دون إذن من تحت ولايته"[2]، "وتسمى ولاية الحتم والاستبداد والإيجاب ومعناها أن يباشر الولي العقد فينفذ قوله وعقده على المولى عليه شاء أو أبى، أي بدون إذنه ورضاه"[3]. وهي تعد ولاية كاملة حيث يستبد الولي فيها وذلك بإنشاء عقد النكاح على المولى عليها دون تدخل أو مشاركة من أي أحد[4]. وسيتم التفصيل في هذا النوع من الولاية لاحقا في الفصل الثاني من المذكرة.

الفرع الثاني: تمييز الولاية عما يشابهها من مفاهيم

قد تتشابه الولاية أو تختلف مع بعض المفاهيم من بينها الوصاية(أولا)، وكذا القوامة(ثانيا) وأيضا الوكالة(ثالثا).

أولا: الولاية والوصاية

يُقصد بالوصاية أخذ عهد من شخص ما بقصد القيام بكل ما ترك من شؤون من بعده، وبهذا يكون الوصي هو الشخص الذي يوصى إليه ويعهد له القيام بكل ما يتعلق بالصغير والقاصر، ويعتبر نظام الوصاية نيابة قانونية شرعية غير مباشرة، فهي بالأساس تستند إلى الولاية أي هي مصدرها[5].

---

[1] حفصة عزيزي، عمر مونة، 'الولاية على المرأة في عقد النكاح وأحكامها'، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، نوفمبر 2021، ص 416.

[2] المرجع نفسه، ص 414.

[3] عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4064.

[4] علي بودفع، مرجع سابق، ص 254.

[5] عبد الجليل بوبندير، 'النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي'، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 31، العدد 03، ديسمبر 2020، ص 133.

وقد عالج المشرع الجزائري الوصاية في المواد من 92 إلى 98 ق أ ج، حيث تنص المادة 92: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون". أما المادة 93 فحددت شروط الوصي بنصها: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

وتلتقي الوصاية مع الولاية في بعض نقاط التقارب وتتباعد عنها في نقاط أخرى ويمكننا حصرها كما يلي:

من حيث التعيين الولاية تقوم بقوة القانون ولا يوجد دخل للمحكمة في تعيين الولي أو تثبيته بينما في الوصاية فالوصي يُعين أو يثبت إن تم اختياره بتدخل من القاضي[1].

من حيث الشروط فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة في قانون الأسرة الجزائري على شروط الولي أما شروط الوصي فقد أقرتها المادة 93 من نفس القانون.

كما أن الولاية أقوى من الوصاية لأن حق الولاية مستمد من الشرع، وثبوتها يكون للعصبات الأقرب فالأقرب، بينما لا تملك الوصاية ذات القوة؛ فالوصي يستمد وصايته من إذن الأب أو الجد أو القاضي. ولا يمكن لأي شخص أن يوقف ويعزل الولي من إدارة شؤون من تحت ولايته بلا سبب شرعي أما الوصي فيمكن أن يُعزل متى شاء الموصي أو القاضي. ويمكن أن يكون أكثر من وصي من نفس الدرجة والتصرف أما الأولياء فالأقرب منهم يحجب الأبعد من التدخل في الولاية، كما له الحق وحده في التصرف بالولاية، وبالتالي

[1] محمد بشير، مرجع سابق، ص 30.

فالعلاقة بين الولاية والوصاية تتسم بالعموم والخصوص، فالولاية أعم من الوصاية وهذا لأن هذه الأخيرة تكون غالبا على المال بينما الولاية تكون على النفس والمال[1].

ثانيا: تمييز الولاية عن القوامة

لا تعتبر القوامة في الشريعة الإسلامية سوى آلة تنظيمية تستلزمها حاجة الأسرة المسلمة وما ينتج عنها من نسل طيب إلى السير الآمن، وما يستتبعه من تبعات[2]، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "درجة قوامة للرَجل، ليست سلطة استبدادية، وإنما هي رياسة أو قيادة وإدارة في تسيير شؤون الأسرة كأي رياسة في سفر أو عمل؛ لأنَ الرَجل أولى بالنَفقة والحماية، وأكثر خبرة ومعرفة بشؤون الحياة وهو الذي ينفق على الأسرة وأقدر تحمَل الأعباء المسؤوليات والمهام"[3].

وحسب الفقهاء تطلق القوامة على معان ثلاث؛ فأما الأول فيقصد به القيام بشؤون القاصر وهي الولاية التي يعهد بها القاضي إلى شخص عاقل حكيم يتولى الشؤون المالية للقاصر مقدما الأصلح له. بينما يقصد بها في الثاني القيام على الوقف، وهي ولاية تلزم صاحبها بالحفاظ على المال الموقوف والعمل على إبقائه صالحا ناميا وهذا تبعا لما وضع الواقف من شروط. أما المعنى الثالث فهو القيام على الزوجة، أي تكليف الزوج بتدبير شؤون زوجته وإتيان ما يصلح أمرها[4]، وقد قال تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما

---

[1] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 41.

[2] العمرية شايب ربي، 'قوامة الرجل بين مقاصد الشريعة الإسلامية، وواقع الحال في المجتمع الإسلامي اليوم'، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة، العدد 11، جوان 2017، ص 327.

[3] نقلا عن: العمرية شايب ربي، مرجع سابق، ص 328.

[4] شهر الدين قالة، 'مفهوم القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي ورد الشبهات الواردة حولها'، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي التاسع الموسوم بـــ "قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية"، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 27–28 نوفمبر 2018، ص 196، http://fac-sciences-islamiques-ar.univ-batna.dz/images/ouvrages-enseignants/Chahreddine.Kalla5.pdf

فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله"[1].

وقد كرس المشرع الجزائري القوامة من خلال نص المادة 99 ق أ ج؛ "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". كما نصت المادة 100 من نفس القانون على أن المقدم يقوم مقام الوصي ومن ثم فهو يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها هذا الأخير[2].

وبالتالي فالولاية تتقارب مع القوامة في كون كلاهما عبارة عن سلطة تُمنح للغير على شخص ناقص الأهلية[3]، بينما تتباعد عنها من خلال نقاط أخرى يمكننا تبيانها فيما يلي:

- تنص المادة 99 أن المقدم يُعين من طرف المحكمة ولكن الولي يُعين بقوة القانون والشرع.
- تبعا لنص المادة 100 ق أ ج يخضع المقدم لنفس أحكام الوصي أي شروط الوصي هي نفسها شروط المقدم وهذا خلافا للولاية حيث لم ينص المشرع الجزائري على شروطها.

ثالثا: تمييز الولاية عن الوكالة

يوصف الله عز وجل بالوكيل؛ فهو من أسمائه جل وعلا ويعني المقيم الكفيل بأرزاق العباد[4]. وقد قال تعالى: "ألا تتخذوا من دوني وكيلا"[5]. "والوكيل يعني الجريء وقد يكون

[1] سورة النساء، الآية 34.

[2] تنص المادة 100 على: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

[3] محمد بشير، مرجع سابق، ص 32.

[4] ابن منظور، مصدر سابق، ص 4909.

[5] سورة الإسراء، الآية 02.

الوكيل للجمع، وكذلك الأنثى، وقد وكله على الأمر، والإسم الوكالة والوكالة. ووكيل الرجل: الذي يقوم بأمره، سمي وكيلا لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليها لأمر. والوكيل، على هذا القول: فعيل بمعنى مفعول"[1].

تعرف الوكالة بأنها: "إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا في تصرف جائز معلوم"[2]. وتتخذ الوكالة صورتين أو نوعين؛ وكالة مطلقة ووكالة مقيدة، فالوكالة المطلقة هي أن يوكل شخص دون أن يذكر له امرأة معينة بالذات والصفات ولا يحدد مقدار مهرها، أما الوكالة المقيدة فهي التي يقيد فيها الموكل الوكيل بأن يزوجه بإمرة معينة بالذات والصفات ومهر محدد، ومن ثم لا يجوز مخالفة الموكل في هذا النوع من الوكالة[3].

وقبل تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 نص المشرع الجزائري على الوكالة في المادة 20 منه ثم ألغيت ومن ثم ما تبقى للقاضي حاليا سوى الرجوع في حال النزاع إلى نص المادة 222 ق أ ج للإحالة لقواعد الشريعة الإسلامية في الأمر. أي يمكن استعمال الوكالة في الزواج لأن الفقهاء أجازوا ذلك[4].

ومما تقدم عن الوكالة يمكننا استخلاص بعض من نقاط التقارب والإختلاف بينها وبين الولاية:

---

[1] ابن منظور، مصدر سابق، ص 4910.

[2] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الحوال الشخصية– دراسة مقارنة، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في "القضاء الشرعي"، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2015، ص 22، http://dspace.hebron.edu/xmlui/handle/123456789/496#:~:text=%D9%81%D9%83%D8%A7%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B5%D9%84%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D9%84%3A%20%D8%A8%D8%B9%D9%86%D9%88%D8%A7%D9%86%3A%20%22,%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D9%86%D8%B4%D8%A3%D8%A9%20%D9%87%D8%B0%D8%A7%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%84%D8%AD%20%D9%88%D9%85%D9%88%D8%B6%D9%87%D8%B9%D8%A7%D8%AA%D9%87، 10-05-2023، 08:35.

[3] نصيرة بلعبيد، النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 49-50.

[4] المرجع نفسه، ص 50.

- يوصف الإثنين بكونهما نيابة، ففي الولاية الولي ينوب عن المرأة في عقد النكاح والوكيل ينوب عن الزوج أو الولي أو الزوجة، وإن كانتا تختلفان في كون الولاية قد تكون إجبارية في حال ولاية الإجبار بينما شرعية في ولاية الاختيار أو المشاركة والندب وأما الوكالة فهي نيابة اتفاقية بين طرفين، قد يكون الزوج والوكيل حيث هذا الأخير يتولى العقد نيابة عن الزوج، أو الولي والوكيل وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، أو قد تكون الزوجة والوكيل على اختلاف في ذلك[1].
- يتم تعيين الولي حسب ما قررته أحكام الشرع أو نصوص القانون أما الوكالة فإضافة لذلك قد تكون نتيجة اتفاق(عقد) بين شخصين الوكيل والموكل كما في حالة الزواج يوكل الولي شخص ليقوم مقامه ويُزوج من تحت ولايته.
- من حيث الشكل الولاية تفرغ في قالب شكلي محدد وهو عقد رسمي مُعد من قبل موظف عمومي بينما الولاية فهي ثابتة للشخص المعني في نصوص الشرع أو بنص القانون.

المطلب الثاني: شروط الولي في الزواج

لتولي أمر قاصر يبتغي الزواج وُجب توافر مجموعة من الشروط يجب تحققها في هذا الولي. البعض منها متفق عليه بين الفقهاء(فرع أول) بينما البعض الآخر فلم يتم الاتفاق(الإجماع) عليه (فرع ثان).

لكن سنكتفي باستعراض هذه الشروط ضمن الفقه الإسلامي، أما من الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص ضمن قانون الأسرة الجزائري على الشروط التي يجب أن تتوفر في الولي، فالمواد 09، 11، 12، 13، ذكرت الولي دون التطرق لشروطه، وكان

[1] عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4152–4153.

من الأجدر أن يشير إليها كالذكورة والبلوغ والإسلام والعقل، والمعروف في هذه الشروط الأخيرة أنها من شروط صحة التصرف في المولى عليه[1].

الفرع الأول: شروط الولي المتفق عليها

يشترط تحقق مجموعة من الشروط في جانب من له حق الولاية في الزواج وتتمثل هذه الشروط في اتحاد الدين (الإسلام)(أولا)، وكمال الأهلية(ثانيا). وهي شروط متفق عليها بين الفقهاء.

أولا: الإسلام (اتحاد الدين)

يقصد بهذا الشرط أن يكون الولي من نفس ديانة المولى عليه، فهذه كقاعدة عامة تنطبق على الولاية الخاصة كالولاية التي تثبت للأب وغيره، فالولاية لا تثبت لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم ومثالها في حال كان للصغيرة أخوان، أحدهما مسلم والآخر مسيحي فالولاية تكون للأخ المسلم في حال كانت الصغيرة مسلمة بينما تكون للأخ المسيحي إن كانت الصغيرة مسيحية. أما الإستثناء فهي الولاية العامة والتي تثبت للقاضي أو الحاكم، حيث لا يشترط فيها إتحاد الدين؛ فولاية القاضي المسلم عامة تشمل المسلم وغير المسلم[2].

وما يؤكد ما تقدم عن الولايتين قوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[3]. وقال أيضا: "لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 280.

[2] جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء – دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 259.

[3] سورة النساء، الآية 141.

فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذرُكُمُ الله نفسه وإلى الله المصير"[1].

أما عن رأي المذاهب الفقهية الإسلامية في أمر الولايتين، فقد اتفق الحنابلة والأحناف على منع تزويج الكافر للمسلمة وتزويج المسلم للكافرة، أما الشافعية فقالوا بصحة تزويج الكافر للكافرة سواء كان الزوج مسلما أو كافرا بينما المالكية فحسبهم يصح تزويج المسلم للكتابية أما المرتد فلا ولاية لأحد في تزويجه مسلما كان أو كافرا وهذا لبطلان تزويج المرتد[2]. وفي هذا يقول عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم إن الله لا يهدي القوم الظالمين"[3].

فإثبات الولاية للكافر على المسلم تخلق في نفس المسلم نوع من النقص من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا مُنعت المسلمة عن نكاح الكافر[4]. وقوله تعالى أيضا: "والذين كفروا بعضهم أولياء بعض إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"[5]. يتضح من قوله عز وجل أن الكفار أولياء بعضهم أي الولي الكافر والمولى عليه نفس الشيء(كافر) وبمفهوم المخالفة لا ولاية لهم على زواج المسلمين.

و"**قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا ولاية للكافر على مسلم أو مسلمة. وإذا كانت المخطوبة ذمية فلا يشترط أن يكون الولي مسلما فيجوز للكافر أن يكون وليا للمرأة الذمية عند زواجها من مسلم لأنه وليها، فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافر ولأن هذه إمرأة ولها ولي مناسب فلم يجيز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي.**

---

[1] سورة آل عمران، الآية 28.

[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي (دراسة تشريعية وفقهية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 132.

[3] سورة المائدة، الآية 51.

[4] محمد بجاق، 'مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء'، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2015، ص 147.

[5] سورة الأنفال، الآية 73.

أما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكر في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين"[1].

مما تقدم يمكننا القول أن الولاية على المسلم لا تثبت إلا للمسلم كقاعدة عامة أما استثناءا فيمكن أن تكون لغير المسلم وهو ما يسمى بالولاية العامة أي ولاية القاضي.

ثانيا : كمال الأهلية

عرف الدكتور وهبة الزحيلي الأهلية بأنها: "الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه وصلاحيته لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليه آثارها الشرعية"[2]. والأهلية نوعان؛ أهلية الوجوب وأهلية الأداء وهذه الأخيرة هي ما يجب توافرها لدى الولي وهي تُعرف بأنها قدرة الإنسان على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وتنقسم أهلية الأداء إلى أهلية أداء قاصرة وأهلية أداء كاملة[3].

ويقصد بالعقل أن يكون الشخص سليم غير مجنون وغير معتوه لأن الولاية لها كمال الحال فهي تثبت لعجز المولى عليه عند النظر لنفسه، والمجنون أو المعتوه لا يمكنه النظر وهو مولى عليه أي هو كشخص لا بد من ولاية عليه لقصوره ولا يستطيع أن يلي نفسه لأن عقله زال أو فسد فغيره أولى. وأما البلوغ فيقصد به ظهور علامات البلوغ على الولي، فالولاية لا يمكن أن تكون للصغير فلا ولاية له على نفسه وهو مولى عليه لقصوره وعدم بلوغه ومن ثم فالأولى ألا تثبت له على غيره[4].

---

[1] محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 221– 222.

[2] محمد بشير، 'عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري– دراسة مقارنة'، مجلة صوت القانون، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2018، ص 75، https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/268/5/2/61771، 10-05-2023، 08:55.

[3] نصيرة بلعبيد، مرجع سابق، ص 33.

[4] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية (فقه الأحوال الشخصية المقارن – شرح قانون الأحوال الشخصية – لوائح دعاوى الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة – وإجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتى

والأهلية نُص عليها في القانون المدني الجزائري[1] من خلال المادة 40 حيث تنص على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة ".

أما قانون الأسرة فأقر أهلية الزواج في نص المادة 07 حيث تنص على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

إذا كان الفقهاء اتفقوا على اتحاد الدين والأهلية كشرطين لصحة الولاية في الزواج فقد اختلفوا في عديد الشروط الأخرى أولها العدالة(أولا)، فالذكورة(ثانيا)، الرشد(ثالثا)، وأن لا يكون الولي محرما بحج أو عمرة(رابعا)، وأن لا يكون مكرها(خامسا)، وأن يكون الولي حرا بعيدا عن كل قيود تمس حريته(سادسا) وأخيرا شرط البصر والنطق (سابعا).

أولا : العدالة

نجد لفقهاء الاسلام في اشتراط العدالة في الولاية في الزواج من عدمه قولين؛ فأما الأول فيعتبرها شرط للولاية في الزواج، حيث لا تصح ولاية الفاسق وهذا ما قال به الإمام الشافعي في أحد قوليه وكذا الإمام أحمد فيما روي عنه. وقد استدلوا لصحة قولهم بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل"، وما رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل"، وكذلك لاعتبار الولاية في الزواج ولاية نظرية[2]. وأما

فصلها بالحكم والقرارات القضائية الإستئنافية – والقوانين)، الجزء الأول والثاني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 147.

[1] أمر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395ه الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، مؤرخة في 24 رمضان عام 1395ه الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م، معدل ومتمم.

[2] لأكثر توضيح ينظر إلى: محمد حسن أبو يحي، مرجع سابق، ص 222.

القول الثاني فحسبه العدالة ليست شرطا للولاية على الزواج وبالتالي تصح ولاية الفاسق عليه، وهذا ما قال به الإمام أبي حنيفة والإمام مالك والإمام الشافعي في قولين آخرين عنهما، ودليل هذا القول أن الفاسق يلي نكاح نفسه ومن ثم تثبت ولايته على غيره كالعدل من جهة وسبب الولاية القرابة وشرطها النظر من جهة ثانية[1].

وحسب البعض[2]، ففي قول يشترط في الولي سبعة شروط، العدالة هي السادس منها، فالولي العدل يكفي أن يكون مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهرا وباطنا فيه حرج ومشقة ويؤدي إلى بطلان أغلب الأنكحة إلا بالنسبة للسلطان فإنه يزوج من لا ولي لها فلا تشترط عدالته نظرا للحاجة.

و"أن مبنى الولاية في الزواج الشفقة والنظر في مصلحة المولي عليها، وكلا الأمرين يوجد في الفاسق، حيث لا يؤثر فسقه في مراعاة المصلحة، وفي الإشفاق على من في ولايته"[3].

يتضح من خلال ما تم شرحه حول شرط العدالة وكذا حسب أدلة كل من القائلين بأنها تعتبر شرط ومن أسقطها "ليست شرط"، فالصائب ما قال به الحنفية والمالكية في عدم اشتراطها في الولي وسبب ذلك أدلتهم المعقولة وكلامهم المقنع لكونه مؤسس على قوله عز وجل.

ثانيا: الذكورة

القائلين باشتراط الذكورة في الولاية هم المالكية والشافعية والحنابلة، فحسبهم لا تثبت ولاية التزويج للأنثى فلا يمكن أن تكون لها ولاية على نفسها وبما أن الأمر كذلك فكيف تكون ولية غيرها[1].

---

[1] محمد حسن أبو يحي، مرجع سابق، ص 223.

[2] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 175.

[3] محمد عقلة الإبراهيم، الزواج وفُرَقُه في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 100.

والقائلين بعدم اشتراط الذكورة في الولاية هم أبو حنيفة وزفر والحسن وأبو يوسف في ظاهر الرواية عنه أن عبارة النساء معتبرة في النكاح حيث لو أرادت المرأة الحرة العاقلة البالغة أن تزوج نفسها بنفسها جاز لها ذلك، ويمكن لها أيضا أن تزوج غيرها بالولاية أو الوكالة وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها أو زوجها غيرها فأجازت[2].

ويبدو أن الرأي الصائب فيما يخص صحة ولاية المرأة سواء على نفسها أو على غيرها هو ما قال به المالكية والشافعية والحنابلة ذلك أن المرأة تتعامل غالبا بعواطفها وتتأثر بسرعة بما يحدث حولها من مواقف وهذا ما قد يؤثر سلبا على صحة حكمها على الأمور والأكيد أن ما سنه الشرع الحكيم في موضوع ولاية المرأة فيه ما يحقق النفع لها ومن ثم للمجتمع ككل.

ثالثا: الرشد

يُعرف الرشد في قاموس المنجد في اللغة بأنه: "رشد – رشدا ورشادا ورشد – رشدا: اهتدى واستقام. و– أمره: رشد فيه. رشده إلى كذا وعليه وله: هداه. و – ه القاضي: جعله رشيدا. أرشده إلى كذا وعليه وله: هداه. استرشده: طلب منه الرشد. و– لأمره: اهتدى له. الرشد(...): الاستقامة على طريق الحق ضد الغي"[3]. وجاء ذكر الرشد في نص المادة 40 ق م ج المذكور نصها آنفا.

واختلف الفقهاء في اشتراط كون الولي في عقد النكاح رشيدا:

الحنابلة: معنى الرشد عندهم معرفة الكفء ومصالح النكاح، واعتبروه (الرشد) شرط في ولاية النكاح[4]. أما الحنفية والمالكية فلم يعتبروه كذلك، فالحنفية برروا ذلك في كون السفيه حتى لو كان محجورا عليه يمكن أن يتولى تزويج غيره، بينما المالكية فحسبهم يستحب أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن موليته وبإذن وليه فإن زوج ابنته مثلا

[1] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 133.

[2] أحمد جبر عبد ربه جحيش، مرجع سابق، ص 21.

[3] لويس معلوف، المنجد في اللغة، قسم المعاجم والقواميس، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2009، ص 262.

[4] العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، 'الولاية في الزواج بين التشريع الإسلامي والاتفاقيات الدولية'، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، المجلد 08، العدد 02، جويلية 2022، ص 402.

بغير إذن وليها ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإن كان صوابا أبقاه وإن كان عكس ذلك رده، وإن لم ينظر فهو ماض[1].

أما الشافعية فيرون أنه "لا ولاية لمحجور عليه بسفه بأن بلغ غير رشيد أو بذر في ماله بعد رشده ثم حجر عليه على المذهب لأنه لا يلي أمر نفسه فغيره أولى، فإن لم يحجر عليه، قال الرافعي: فما ينبغي أن تزول ولايته وهو مقتضى كلام النووي وهو المعتمد وجزء ابن أبي هريرة بزوال ولايته واختاره السبكي"[2].

رابعا: أن لا يكون الولي محرما بحج أو عمرة

القائلون بأن المحرم بحج أو عمرة لا يجوز أن يلي عقد النكاح هم جمهور الفقهاء وحجتهم على هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يَنكح المحرم ولا يُنكح" رواه الجماعة إلى البخاري[3]. وأما القائلون بأن المحرم بحج وعمرة يجوز له أن يلي عقد النكاح هم الحنفية وقد أجازوا هذا استنادا إلى ما رواه ابن عباس من أن رسول صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم، رواه الستة. أي أنه صلى الله عليه وسلم أجرى عقده مع ميمونة وهو محرم[4].

يُفهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز للمحرم أن يعقد نكاحه ولا نكاح غيره، حديث واضح وصريح ؛ أي يعني لا ينكح: لا يتزوج هو كشخص، ولا يُنكح أي لا يُزوج غيره ما دام محرما فحسب الحديث عقده غير صحيح سواء كان العقد يخصه هو كشخص أو ابنته أو من تحت ولايته.

[1] العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، مرجع سابق، ص 402.
[2] نقلا عن: أحمد جبر عبد ربه جحيش، مرجع سابق، ص 22.
[3] محمد بجاق، مرجع سابق، ص 148.
[4] المرجع نفسه، ص 149.

خامسا: أن لا يكون الولي مكرها

يُعني بالإكراه في منجد اللغة بأنه: "كره – كرها وكرها و كراهة وكراهية ومكرهة ومكرهة الشيء: ضد أحبه، فهو كاره والشيء مكروه، كره– كراهة وكراهية الأمر أو المنظر: قبح ، فهو كريه. كره الشيء فلانا وكره الشيء إلى فلان: نقيض حببه إليه. اكره الرجل: حمله على أمر يكرهه // و – فلانا على الأمر: حمله عليه قهرا. تكره وتكاره الشيء ولم يرضه// و – ه: تسخطه. استكره الشيء: وجده أو عده كريها. الكره والكره (مصدران): الإباء والمشقة // ما أكره الإنسان عليه. وقيل هو بالضم ما أكرهت نفسك عليه وبالفتح ما أكرهك غيرك عليه// ويقال (شيء كره) أي مكروه؛ وهو (رجل كره) أي متكره؛ و(وجه كره) أي قبيح؛ و(فعله كرها) أي إكراها"[1].

ويُعرف الإكراه بأنه: "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد"[2]. وقد تم تكريس الإكراه كأحد عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري(المادتين 88 و89).

إن القائلين بهذا الشرط أي أن لا يكون الولي مكرها هم المالكية والشافعية والحنابلة بقولهم لا ينعقد زواج بالإكراه لعدم توافر الرضا الذي تقوم عليه جميع العقود[3]، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين أي وجوب تبادل الرضا بين الطرفين، وبالتالي فلا يجب أن يُكره أو يُجبر الولي على أمر لا يبتغيه.

سادسا: الحرية كشرط من شروط الولي في الزواج

تُعرف الحرية لغة في معجم لسان العرب بأنها: "هي كما قال ابن الأعرابي: حر يحر حرارا إذا عتق، وحر يحر حرية من حرية الأصل، وحر الرجل يحر حرة عطش؛ قال الجوهري: فهذه الثلاثة بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل. وفي حديث الحجاج:

---

[1] لويس معلوف، مصدر سابق، ص 682–683 .

[2] علاء أحمد القضاة، عبد السلام عطوة الفندي، 'زواج المكره بين الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية'، الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، المجلد 24، العدد 01، جوان 2022، ص 528.

[3] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 38.

أنه باع معتقا في حراره؛ الحرار، بالفتح: مصدر من حر يحر إذا صار حرا، والاسم الحرية. وحر يحر إذا سخن ماء أو غيره. ابن سيده: وإني لأجد حرة وقرة أي حرا وقرا؛ والحرة والحرارة: العطش، وقيل: شدته. قال الجوهري: ومنه قولهم أشد العطش حرة على قرة إذا عطش في يوم بارد، ويقال: إنها كسروا الحرة لمكان القرة"[1].

إن القائلين باشتراط الحرية في الولي هم جمهور الفقهاء، فحسبهم لا بد من أن يكون الولي حرا، وقد برروا قولهم هذا بأنه لا ولاية للمملوك على أحد لكونه ليس من أهل الولاية، فكيف لشخص لا يمكنه أن يتولى أمور نفسه أن يكون وليا على غيره، فهذا لا يعقل ولا يصح، (...) ولأن هذه الولاية هي ولاية نظر ومصلحة ولأن مصالح النكاح تحتاج لقيامها التأمل والتدبر والمملوك وقته نذره لخدمة مولاه فلا يكون له بالتالي الوقت للتدبر والتأمل في مثل هكذا أمور ومن ثم فهو لا يعرف أن في تزويجه مصلحة[2].

نخلص مما تقدم من آراء حول وجوب أن يكون الولي حرا من عدمه، للأخذ برأي من قالوا بوجوب كونه حرا، فالحرية أمر لازم في جانب الولي حتى يكون أهلا لولاية غيره، فكونه حرا يساعده على حسن التفكير والتدبير في شؤون المولى عليه لتحقيق الأصلح له.

سابعا: شرط البصر والنطق

فأما البصر فيعرف لغة بأنه: "بَصُرَ – وبَصر– بَصَرا وبَصَارة ه: رآه. بصَّر الجرو: فتح عينيه. أَبْصر ه: رآه// جعله بصيرا. باصر الشيء: أشرف ينظر إليه من بعيد. تَبَصَّر الشيء: استقصى النظر إليه // و– في الشيء: تَأَمل. تباصروا: نظروا أيهم يبصر قبل// أبصر بعضهم بعضا. استبصر الأمر: تمكن من النظر إليه// و– فيه: تَأَمَّل. البصر ج أبصار: حاسة النظر، العين// يقال (أتيته بين سمع الأرض وبصرها) أي بأرض خلاء لا

[1] ابن منظور، مصدر سابق، ص 827.

[2] أحمد جبر عبد ربه جحيش، مرجع سابق، ص 20.

يبصرني ولا يسمع بي إلا هي. الباصرة ج بواصر: العين// ويقولون (خير العشاء بواصره) أي ما يبصر من الطعام قبل هجوم الظلام"[1].

وقد عرفت منظمة العمل الدولي المكفوف بأنه: "فرد عاجز عن عد أصابع اليد على بعد أكثر من الثلاثة أمتار بأحسن العينين بعد التصحيح بالعدسات الطبية". إذن البصر هو الرؤية بالعين المجردة التي تميز الألوان وتكشف بين النور والظلام، وفي اشتراطه من عدمه في الولي فقد اختلف الفقهاء في أمره، فالقائلون بعدم اشتراطه هم جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة على الأصح في مذهبهم والإمامية والزيدية استدلوا على هذا بأن سيدنا شعيب عليه السلام زوج ابنته من موسى عليه السلام وكان أعمى لأنه من أهل النظر والاجتهاد والبحث في اختيار الأصلح. أما القائلون باشتراط البصر في الولي وهم بعض الشافعية والحنابلة فحجتهم تكمن في أن الولي خاصة الذي يتولى عقد الزواج يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج ورؤية تصرفاته وأفعاله[2].

وأما النطق فنجده في معجم لسان العرب يُعنى به: "نطق الناطق ينطق نطقا: تكلم. والمنطق: والكلام. والمنطيق: البيلغ"[3].

وقد جاء في نص المادة 80 ق م ج أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابل للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة ". يُفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر الشخص الذي اجتمعت فيه عاهتان هو ناقص أهلية.

[1] لويس معلوف، مصدر سابق، ص 40.

[2] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 36-37.

[3] ابن منظور، مصدر سابق، ص 4462.

واختلف الفقهاء في اشتراط النطق في الولي إلى رأيين: فكان الرأي الأول للقائلين بعدم اشتراط النطق في الولي خاصة من يتولى عقد الزواج وهم جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة على الأصح في مذهبهم والإمامية والزيدية، حيث قالوا أنه ما دام قادر على الإشارة التي يمكن أن يفهم معناها أو كتابة تقوم مقام النطق فلا داعي لاشتراط النطق فيه أما إن لم يكن الأمر كذلك أي إن كانت الإشارة التي يستعملها غير مفهومة وكذا ليست لديه كتابة تعوض نطقه فتسقط عنه الولاية لتعذر معرفة اختياره[1]. أما الرأي الثاني فكان للقائلين باشتراط النطق في الولي وهم الشافعية والحنابلة في قولهم الثاني، وكانت حجتهم في ذلك "أن الإشارة محتملة فإذا أقيمت في حق الأخرس لضرورة مقام نطقه، فلم تصح الضرورة إلى ذلك في حق غيره، وتبعا لذلك لا يصح منه التوكيل على اعتبار أن المعنى الإحتمالي لإشارة الأخرس موجود في توكيله كوجوده في عقده، ومن ثم فلا يصح منه تولي عقد الزواج ولا التوكيل فيه"[2].

إذن فالقاعدة العامة أنه يستحسن أن يكون الولي ناطقا لكن هذا لا يعني أن لا يتولى الزواج الشخص الأخرس فاستعماله لإشارات دالة ومفهومة على مراده تفي بالغرض.

[1] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 37.

[2] المرجع نفسه، ص 37–38.

المبحث الثاني: أحكام الولاية في الزواج

من خلال هذا المبحث سنتبين أحكام الولاية في الزواج من خلال البحث في مشروعيتها (مطلب أول) ثم تحديد طبيعتها(مطلب ثان).

المطلب الأول: مشروعية الولاية في الزواج

يمكن أن نميز في مشروعية الولاية في الزواج بين أسس إقرارها في الشريعة الإسلامية(فرع أول) وأساس مشروعيتها قانونا(فرع ثان).

الفرع الأول: مشروعية الولاية في الشريعة الإسلامية

أقر الفقهاء ثبوت الولاية في الزواج ودليلهم في ذلك نابع من الكتاب الكريم (القرآن الكريم)(فرع أول) والسنة النبوية الشريفة(فرع ثان).

أولا: إقرار الولاية في القرآن الكريم

حسب المالكية فعقد الزواج لا ينعقد بعبارة النساء حتى ولو كانت المرأة كاملة الأهلية ولهذا فإن الولي هو الذي يباشر العقد بنفسه وما على المرأة هنا إذا كانت ثيبا سوى الاشتراك مع وليها في اختيار الزوج[1]، فإذا عقدت المرأة زواجها بنفسها فهنا يفسخ قبل البناء وبعده وحتى لو طال الزمان بينهما، بل حتى لو أجازه الأولياء أو أذنوا بذلك، كما يُفسخ العقد بطلقة ولها المسمى من الصداق إن تم الدخول بها، ولا ميراث فيما عقدته لضعف الخلاف فيه[2].

وبرروا موقفهم هذا بجملة من الحجج تضمنتها مجموعة من الآيات القرآنية الكريمة ومنها:

[1] إيمان الزهرة حميدي، مرجع سابق، ص 119.

[2] المرجع نفسه.

قوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا"[1]. وقوله تعالى "وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ"[2].

إذن يتبين من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى خاطب بالنكاح الرجال دون مخاطبة النساء، وقوله تعالى "فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[3]. يتضح من خلال هذه الآية الكريمة أن تزويج النساء يكون بعد استشارة أوليائهن أو المالكين لهن، أي أمر نكاحهن مرهون بأمر وموافقة من الأولياء أي الأسياد[4]. وقد اتفق الفقهاء على أن نكاح الأمة يقع باطلا بغير إذن سيدها(وليها) لأن الله عز وجل جعل إذنه شرطا ليصح زواج الأمة[5].

وأيضا قوله عز وجل: "وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ"[6]. فالآية الكريمة تذكر بأحكام معاملة النساء اليتيمات، حيث جرت العادة أن لا يأخذن حقهن من الميراث لكونهن مولى عليهن، وكذلك لا يتحصلن على مهورهن كاملة إن رُغب فيهن للزواج وهو الأمر الذي نهى الله عنه[7].

ثانيا: ثبوت الولاية في السنة النبوية الشريفة

يستدل المالكية في إقرارهم بعدم إنعقاد الزواج بعبارة النساء ولو كانت المرأة كاملة الأهلية بجملة من الأحاديث التي رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك: "ما روى أبو داوود والترمذي وابن ماجة عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي". وما روى إبن ماجة وأحمد الطبرافي والبهقي والدار القطبي وضياء المقدسي عن

---

[1] سورة البقرة، الآية 221.

[2] سورة النور، الآية 32.

[3] سورة النساء، الآية 25.

[4] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 26.

[5] المرجع نفسه.

[6] سورة النساء، الآية 127.

[7] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 26.

ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان"، وما روى إبن ماجه والدار القطبي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: 'لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها'"[1].

وأيضا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له". يستخلص من هذا الحديث أنه عند اختلاف الأولياء فهنا الولاية ترجع للسلطان وإن تم عقد النكاح بامرأة فقط دون وليها فيُعد نكاحها باطل لعدم وجود الولي[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها". هذا الحديث يوضح أولوية وأحقية الثيب بنفسها، أي لابد من أخذ رأيها بمعنى وجوب توفر رضاها لعقد قرانها، وفي حالة ما تمت إستشارتها فيما يخص عقد نكاحها وسكتت فهنا سكوتها يعتبر قبولا(راضية)[3].

ثالثا: حكم ثبوت الولاية من الأثر والمعقول

أما من الأثر فقد صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"، وأيضا قال أبو هريرة رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة نفسها: فإن الزانية تنكح نفسها"، ويؤكد هذا ما قاله محمد بن سيرين؛ "لا تنكح المرأة نفسها وكانوا يقولون أن الزانية هي التي تنكح نفسها"[4].

[1] إيمان الزهرة حميدي، مرجع سابق، ص 119–120.

[2] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 29.

[3] المرجع نفسه، ص 30.

[4] زينب جبارة، 'دور الولي في زواج المرأة'، بحوث، جامعة الجزائر 1، العدد 11، الجزء 01، جوان 2017، ص 258.

"ويذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب الولاية على المرأة في النكاح، وعليه فلا يصح تولي المرأة عقد نكاحها بنفسها، كما روي هذا القول عن عدد كبير من الصحابة والتابعين والفقهاء"[1].

بينما من المعقول؛ فعقد الزواج ذو شأن عظيم، وخطره ذي أثر بليغ في حياة الإنسان، وما إسناد تمامه للأولياء من الرجال الذين هم أصحاب نظر ثاقب لشؤون الحياة وأشد حرصا للحفاظ على أعراضهم وأنسابهم، إلا هو تكريم للمرأة وحماية لها، وبالتالي فعد الزواج يفرق كثيرا عن العقود المالية التي يمكن للمرأة أن تتصرف فيها، فهي ومهما بلغت من الأهمية فلن تقارب عقد الزواج أو تماثل مكانتها المكانة التي يحظى بها عقد الزواج، وهذا سواء في عظم شأنه أو المقاصد النبيلة التي وجد لأجل تحقيقها أو حتى في خطورة الآثار التي قد يخلفها[2].

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمشروعية الولاية في الزواج

نص قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية على الولاية في الزواج حيث جاء في نص المادة 09 منه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"، فالمشرع حينها جعل الولي ركنا في عقد الزواج في نفس هذه المادة، ولكن هذا يتناقض مع المادتين 32 و33 من نفس القانون اللتين اعتبرتا الولي شرطا لصحة الزواج ويتضح ذلك من عبارة فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول ويثبت بعدى الدخول بصداق المثل[3].

[1] العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، مرجع سابق، ص 399.

[2] زينب جبارة، مرجع سابق، ص259.

[3] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات(دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 85.

كذلك نص القانون سالف الذكر في المادة 11 على أن: "يتولى زواج المرأة وليها"، فنص المادة وكما هو واضح لا يسمح للمرأة من أن تنفرد بإبرام العقد، وأكدت المادة 12 من نفس القانون على وجوب وجود الولي في عقد نكاح المرأة بقولها :"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 بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". كذلك جاء ذكر الولي في المادة 13 من نفس القانون بقولها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره...."، وأيضا أشير له ضمنيا في المادة 32 من نفس القانون، وذكر أيضا في نص المادة 33 من نفس القانون، حيث جعلت منه المادتان كما ذكر آنفا شرط صحة لعقد الزواج.

ثم بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أبقى المشرع على وجود الولي في عقد الزواج من خلال جملة من النصوص وهي 9 مكرر، 11، 13 و33، حيث ذكرت المادة 9 مكرر شروط عقد النكاح والتي من بينها الولي، بينما كرست المادة 11 من ذات التعديل حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها واشترط المشرع فقط حضور وليها سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره[1]. كما أقرت المادة 18 من نفس التعديل على شكلية عقد الزواج ولكن في إطار مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر التي تتضمن الولي كشرط من شروط عقد الزواج.

إذن الولاية كشرط في الزواج مكرسة قانونا في عديد النصوص من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، وهذا ما يعتبر دليل مشروعية الولاية في الزواج من الناحية القانونية.

ونجد تأكيدا لمشروعية الولاية في الزواج في اجتهادات المحكمة العليا، منها القرار رقم 51612 والذي جاء فيه: "أن الأب إذا لم يستعمل ولايته على ابنته لإتمام الزواج ورفضه ذلك فالقضاء يلزمه برد ما قبضه من الصداق تطبيق صحيح للقانون"[2].

[1] راجع المادة 11 من نفس القانون.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 51612، الصادر بتاريخ 22-11-1988، المجلة القضائية، العدد 02، ص 52.

وأيضا القرار رقم 187692 الذي جاء فيه: "أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يُعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على من له مصلحة والقضاء بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي يعد مخالفة للقانون"[1].

المطلب الثاني: طبيعة الولاية في الزواج

نتبين طبيعة الولاية في الزواج من جانبين، أولا نحدد هذه الطبيعة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية(فرع أول)، ثم نتحدث عن هذه الطبيعة من وجهة نظر المشرع(القانون)(فرع ثان).

الفرع الأول: طبيعة الولاية في الزواج في الفقه الاسلامي

اختلف فقهاء الإسلام في تحديد مكانة الولي في عقد الزواج بين رأيين، الفريق الأول وهم جمهور الفقهاء اعتبروه شرطا[2] لتمام عقد النكاح(أولا) بينما الفريق الثاني فيمثله الأحناف وهم الذين لم يعتبروه كذلك(ثانيا) وكلا الفريقين قدما لتبرير رأيهما أدلة سواء من الكتاب الكريم أو السنة الشريفة أو حتى من المعقول.

أولا: مكانة الولي في عقد الزواج لدى جمهور الفقهاء

أقر المالكية والشافعية والحنابلة وهم جمهور الفقهاء عدم صحة الزواج من غير ولي، فالزواج عندهم لا ينعقد بعبارة النساء[3]. فهم يقولون أن الولي شرط صحة في العقد، وبالتالي

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 187692، الصادر بتاريخ 23-12-1997، المجلة القضائية، العدد 01، ص 53.

[2] يُعرف الشرط لغة بأنه: "بزغ الحجام بالمشرط، شرط يشرط ويشرط شرطا إذا بزغ، والمشراط والمشرطة: الآلة التي يشرط بها. إبن منظور، مصدر سابق، ص 2237.

ويعرف اصطلاحا بأنه: "هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عنه، وليس مؤثرا فيه ولا موصلا إليه". محمد بجاق، مرجع سابق، ص 150.

[3] حمزة أحمد محمد أبو صيلح، 'ولاية المرأة في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني واتفاقية سيداو(دراسة مقارنة)'، المجلة الدولية للبحوث القانونية، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 252.

فبدونه لا يصح العقد كما لا يجوز للمرأة تزويج نفسها ولا تزويج غيرها بكرا كانت أو ثيبا، وليس لها أن توكل غيرها في إتمام هذا العقد[1]. وقد استدلوا على ذلك من الكتاب والسنة.

فأما من الكتاب فقوله تعالى: "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم"[2]، وقوله أيضا: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا "[3]. وتفسير ابن كثير للآية الأولى هو أمر بالتزويج، وقد ذهب طائفة من العلماء إلى وجوبه على كل من قدر عليه واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء" أخرجاه من حديث إبن مسعود، بينما تفسير الآية الثانية لابن كثير فمضمونه ألا تزوجوا الرجال المشركين النساء المؤمنات[4].

وقوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"[5]، فالآية تنهى الأولياء عن منع النساء من نكاح من اخترن من الأزواج، والمنع يتحقق في هذه الحالة في يد الممنوع ووجه الدلالة هنا هو أن النكاح بيد الولي وليس بيد المرأة[6]. وما يؤكد هذا ما ورد في سبب نزول الآية، "فقد روى البخاري في صحيحه، عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه، قال: زوجت أختا لي فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم حاجته إليها، وحاجتها إليه. فنزلت هذه الآية "وإذا طلقتم النساء" فقلت: الآن افعل يا رسول الله، فزوجها إياه قالوا: فلو كان لها أن تزوج

[1] محمد بجاق، مرجع سابق، ص 152.

[2] سورة النور، الآية 32.

[3] سورة البقرة، الآية 221.

[4] إسماعيل أبي الفداء بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2000، ص 276.

[5] سورة البقرة، الآية 232.

[6] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 56.

نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها في زوجها"[1]. ما يستشف من هذا الحديث هو أن الولاية للذكر لا للأنثى ولا يمكن للمرأة مباشرة عقد النكاح بنفسها وإلا عدت زانية.

ولوجود الولي في عقد الزواج عديد المقاصد والغايات؛ حفظ حقوق المرأة وصون كرامتها، فبأخذها الإذن من وليها تتجنب كل ما يضرها ولو بالكلام[2]، وإشراك المرأة أسرتها في الرأي يُعبر عن حبها واحترامها وتقديرها لها، ذلك أن أمر الزواج لا يخصها لوحدها فقط بل أيضا يهم باقي أفراد أسرتها، فكل ما سيمسها من وراء هذا الارتباط سيؤثر لا محالة في أسرتها وبالتالي فكيف لهم ألا يشاركوا في قرار سيمسهم كلهم[3].

ثانيا: الولي في عقد الزواج من منظور المذهب الحنفي

لم يعتبر الأحناف الولاية شرطا لصحة النكاح[4]، فحسبهم يحق للمرأة العاقلة البالغة لوحدها مباشرة عقد قرانها وهذا بكرا كانت أم ثيبا، كما لها أن تتولى عقد نكاح غيرها من النساء، مع أنه يستحب لها الاستئذان من وليها الذي يبقى له فقط حق الاعتراض على زواجها إن كان من اختارته زوجا ليس كفؤا لها أو في حال قدم لها مهرا لا يليق بها[5].

وقد استدلوا لتبرير رأيهم من الكتاب والسنة والمعقول. أما من الكتاب فقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[6]، وهنا وجه الدلالة على أن الولي لا يعتبر شرطا يأتي من وجهين: أحدهما أن الله سبحانه وتعالى سمح للمرأة بأن تزوج نفسها، بينما الثاني فكون الله سبحانه وتعالى جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي[7].

---

[1] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 56.

[2] محمد بجاق، مرجع سابق، ص 149.

[3] المرجع نفسه.

[4] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 58.

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

[6] سورة البقرة، الآية 230.

[7] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 59،

وأيضا استدل الأحناف بقوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"[1]. ووجه الدلالة هنا يبرر أمرين؛ الأول أضاف النكاح للنساء، فيتم بعبارتهن فقط دون تدخل الولي والثاني أن الله سبحانه وتعالى نهى الأولياء عن منع نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان[2].

وأما من السنة النبوية فلهم في ذلك دليلين: يتمثل الأول فيما 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"، يفهم من هذا الحديث أن المرأة الثيب لها الحق بنفسها ولا دخل لأي شخص كان في شؤونها الشخصية وبالأخص نكاحها، وهو بعمومه يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد، أما البكر فنظرا لعدم ألفها الرجال وما يغلب عليها من الحياء الذي يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد، فالشارع اكتفى منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها. وهذا لا يعني أن يسلبها الشارع حقها في مباشرة العقد الذي ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة، حيث تستوي المرأة البكر طالما كانت بالغة عاقلة مع الثيب فيما يخص أمر النكاح. وأما الدليل الثاني فهو ما روي عن زواجه صلى الله عليه وسلم بأم سلمة؛ لما بعث إليها رسول الله يخطبها إلى نفسه قالت: ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك". من جهة يتبين من خلال هذا الحديث أنه لم يكن أحد من أولياء أم سلمة حاضرا في ذلك العقد، ومن جهة ثانية يبدو أن لا حق للأولياء في الاعتراض بإبداء الكراهة في غير محلها، ويظهر ذلك في أن لا قيمة لاعتراض الولي، حين تتوفر الكفاءة، كما أن صحة العقد لا تتطلب إتمامه من قبل الولي[3].

أما من المعقول فقال الحنفية أن المرأة عندما تعقد قرانها فهي تمارس حقها وهي أولى بمباشرة أحوالها الشخصية فالفقهاء اتفقوا على أن المرأة متى كانت كاملة الأهلية كان لها الحق في التصرف في أموالها والزواج كباقي التصرفات فلها الأولوية أن تباشر نكاحها

[1] سورة البقرة، الآية 232.

[2] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 59.

[3] المرجع نفسه، ص 59-60.

بنفسها، فهي من سيتزوج وليس وليها ومن ثم فلها حق اختيار الزوج المناسب لها لأنها من ستكون شريكته في الحياة[1].

ودليلهم أيضا "**فهو أنها لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليًا عليها، كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا، متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل، زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها...**"[2].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للولاية في الزواج

لقد جاء تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 بجملة من التعديلات مست المكانة أو الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج التي كان عليها قبل التعديل. فعقد الزواج في قانون الأسرة حصره المشرع في رضا طرفيه(الزوج والزوجة) وهذا ما يؤكده نص المادة 9؛ "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وحسب المادة 9 مكرر المستحدثة بعد تعديل 2005 فالولي في عقد الزواج يعد شرطا من شروط هذا العقد وليس ركنا كما كان سابقا قبل التعديل؛ "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

- الصداق،

- الولي،

[1] الصادق فربوي، مرجع سابق، ص 68-69.

[2] نقلا عن: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 60-61.

– شاهدان،

– انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وإن كانت المادة 9 مكرر عددت الولي ضمن شروط عقد الزواج فالمادة 11 لم تعطه نفس المكانة بالنسبة للمرأة الراشدة والمرأة القاصرة، فأما عن زواج الراشدة فقصرت دوره على الحضور بينما جعلت منه شرطا لصحة زواج القاصرة وهو ما قررته في فقرتيها على التوالي؛ "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

وانعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 9 مكرر ق أ ج قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج وهذا لأن هذه المادة تطبق في حدود المادة 33 في فقرتها الثانية[1]، الأمر الذي يوحي بموافقة المشرع للجمهور حيث إذا تم الزواج بدون ولي(في حالة وجوبه) يفسخ قبل الدخول وإذا تم بعده فيثبت بصداق المثل وهذا طبعا إن استوفى باقي الشروط المقررة في المادة 9 مكرر[2].

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

[2] أحمد شامي، فيروز بن شنوف، مرجع سابق، ص 205–206.

خلاصة الفصل

تناولنا في هذا الفصل ماهية الولاية في الزواج وهذا من خلال تحديد مفهومها في مبحث أول فتبيان أحكامها في مبحث ثان.

فأما الإلمام بمفهومها فكان من خلال التطرق **أولا** لمدلولها وذلك بالتعريف بها في مقام أول من خلال تقديم ما قيل في تعريفها سواء لغة أو إصطلاحا حيث لم نجد لها تعريفا جامعا مانعا بين الفقهاء. أو تعريفها قانونا وإن كان المشرع الجزائري لم يقدم لها تعريفا بل اكتفى بتبيان أحكامها باعتبارها شرط في عقد النكاح من خلال نص المادة 9 مكرر. ثم بتعداد أنواعها، وقد اختلفت آراء الباحثين في تقسيم الولاية بصورة عامة لكن اتفاقهم كان حول أنواع الولاية في الزواج حيث يجمعون على أنها إثنان، ولاية إجبار وولاية إختيار. وفي مقام ثان بتمييزها عما يشابهها من مفاهيم، فالولاية تلتقي مع بعض المفاهيم في جملة من الخصائص وتبتعد عنها في ميزات أخرى، من هذه المفاهيم التي تم التمييز بينها وبين الولاية تم التطرق إلى الوصاية، القوامة والوكالة.

وثانيا بتوضيح مجمل الشروط الواجب توفرها فيمن تحق له الولاية في الزواج، فهناك من الشروط ما هو متفق عليه من قبل الفقهاء وهما شرطا الإسلام وكمال الأهلية في الولي، بينما اختلفوا في شروط أخرى وهي العدالة، الذكورة، الرشد، ألا يكون الولي محرما بحج أو عمرة، ألا يكون مكرها وأن يكون حرا ويتمتع بنعمتي البصر والنطق.

أما عن تبيان أحكام الولاية في الزواج فكان من خلال التطرق في مقام أول إلى أدلة مشروعيتها سواء في الشريعة الإسلامية وهذا من خلال توضيح مدى إقرارها في القرآن الكريم أو في السنة النبوية الشريفة، أو بتبيان أساسها القانوني في التشريع الجزائري حيث أقرت عديد النصوص من قانون الأسرة الجزائري مشروعيتها. وفي مقام ثان إلى طبيعة هذه الولاية أولا في الفقه الإسلامي حيث جمهور الفقهاء يقول بأن الولي شرط صحة في عقد النكاح بينما الحنفية فلم يعتبروه كذلك بل أجازوا للمرأة تزويج نفسها ويكون للولي حق الاعتراض في حالتين وهما عدم اختيارها للزوج الكفؤ وتقديمه مهرا لا يليق بها. وثانيا في

قانون الأسرة الجزائري، الذي عده شرطا في عقد النكاح تبعا لما قررته المادة 9 مكرر وإن كانت المادة 11 جعلت منه شرط صحة في زواج القصر فقط بينما حصرت دوره في الحضور في زواج المرأة الراشدة.

الفصل الثاني

ولاية تزويج القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني: ولاية تزويج القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يُعرف القاصر بأنه: "الذي لم يبلغ سن الرشد ولا يزال تحت السلطة الوالدية أو الوصاية، والقاصر المأذون هو الذي يتزوج أو يسمح له بعمل من قبل والديه أو وصيه فيكتسب أهلية القيام بهذا العمل"[1]. يتضح من هذا التعريف أن القاصر هو الذي لا يزال تحت كنف والديه ولا يمكنه التصرف دون إذنهما ومن ثم فالتصرفات التي قد تشكل خطرا عليه لا يمكنه الفصل فيها إلا بعد أخذ المشورة، - ١٤١١ح كان عبر العصور من الشؤون التي قد تشكل خطرا إن لم يتم وفقا لما حدد له من ضوابط، لذا فزواج القاصر لا بد وأن يتم تحت رقابة ولي يخاف على مصلحته ويحميها بكافة الطرق، وهو ما قررته الشريعة الإسلامية منذ قرون ووافقها قانون الأسرة الجزائري في ذلك وإن كان بعد تعديل 2005 قيل أن المشرع الجزائري خالف بعض ما قال به جمهور فقهاء الإسلام، هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال هذا الفصل من مذكرتنا.

وباعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري، فالبحث في ولاية تزويج القاصر لا بد أن يكون أولا ضمن أحكام الفقه الإسلامي(مبحث أول) ثم نتقصى أمرها في قانون الأسرة الجزائري(مبحث ثان).

[1] نقلا عن: عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 16.

المبحث الأول: الولاية في تزويج القاصر من منظور الفقه الإسلامي

للإحاطة بما قررته الشريعة الإسلامية فيما يخص موضوع الولاية في تزويج القاصر طبعا من خلال ما استنبطه الفقهاء نتطرق أولا لمفهوم هذه الولاية(مطلب أول) ثم نتوضح مجمل الخلافات الفقهية التي ثارت حول موضوع ولاية تزويج القاصر(مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الولاية في تزويج القاصر

يمكن أن يتحدد المفهوم من خلال مجموعة من العناصر لكننا سنختصر في تحديده بالنسبة للولاية في زواج القاصر في الفقه الإسلامي على تعريف هذا النوع من الولاية(فرع أول) فتعداد أسباب إعمالها أو إقرارها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية حيث استنبطوها من القرآن الحكيم ومن سنة النبي صلى الله عليه وسلم(فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الولاية في تزويج القاصر

الثابت أن ولاية تزويج القاصر هي ولاية إجبار وقبل معرفة المقصود بها يُستحب التطرق أولا لتعريف الإجبار سواء لغة أو اصطلاحا.

يعرف الإجبار لغة: "أجبره: أكرهه، والأخيرة أعلى. وقال اللحياني: جبره لغة تميم وحدها، قال: وعامة العرب يقولون: أجبره. والجبر: تثبيت وقوع القضاء والقدر. والإجبار في الحكم، يقال: أجبر القاضي الرجل على الحكم إذا أكرهه عليه. قال اللحياني: أجبرت فلانا على كذا فهو مجبر، وهو كلام عامة العرب، أي أكرهته عليه. وتميم تقول: جبرته على الأمر أجبره جبرا وجبورا، قال الأزهري: وهي لغة معروفة. وكان الشافعي يقول: جبر السلطان، وهو حجازي فصيح"[1]. وقال تعالى: "ولم يكن جبارا عصيا"[2].

أما اصطلاحا؛ فتُعرّف الإجبارية بأنها سلطة تفويض منحت للشرع والقضاء للتصرف في مصلحة القاصر ومثال ذلك ولاية الأب والجد أو الوصي على الصغير، والولاية العامة

[1] ابن منظور، مصدر سابق، ص 535-536.

[2] سورة مريم، الآية 14.

وهي ولاية القاضي على القاصر، فمصدر ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع، ومنبع ولاية الوصي إما تكون من الأب أو من الجد أو يمكن أن تكون من القاضي[1].

أما ولاية الإجبار فهي عبارة عن ولاية كاملة تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر وكذلك تثبت على الصغيرة سواء كانت بكرا أو ثيبا وهي التي يظهر فيها استبداد الولي وهذا بتزويج من كان تحت ولايته بغير إذنه ورضاه[2].

وتعد ولاية الإجبار ولاية منفردة للولي بحيث يتم بها إنشاء عقد الزواج على من له ولاية عليه دون أخذ رأيه ورضاه، أي لا إرادة هنا للمولى عليه في إجراء عقد الزواج، فرضاه ينعدم وتثبت الولاية الكاملة عليه من قبل الولي في تزويجه وهذا لأن حق رفض واعتراض المولى عليه لا يخلف أي أثر[3].

وعُرفت أيضا ولاية الإجبار بأنها حق للولي في تزويج من تحت ولايته دون أخذ رأيها في ذلك، وإن كانت تُستشار في تزويجها[4].

مما سبق طرحه عن ولاية الإجبار يمكن تعريفها بأنها سلطة ممنوحة للولي في زواج ابنته الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ولا إرادة ورأي لها في زواجها.

وقد اتفق فقهاء الإسلام على أن تكون ولاية الإجبار على المجنون والمعتوه، وعلة ذلك ضعف العقل عندهما، كما تثبت على الصبي غير المميز نظرا لصغره، وأيضا على الفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة فيما يخص زواجهما وسبب ذلك جهلهما بأمور الزواج وأحوال

---

[1] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد – الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 16.

[2] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 66.

[3] ليدية براهمي، 'ظاهرة زواج القصر أية حماية؟ دراسة مقارنة في ظل التشريع الجزائري والمغربي'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 15، العدد 01، أفريل 2022، ص 1707.

[4] محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط 1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2008، ص 67.

الرجال، وانعدام الخبرة لديهما فيما يتعلق بالحياة العملية وسرعة التأثر عاطفيا والحكم على الأمور من مظاهرها[1].

الفرع الثاني: أسباب إعمال الولاية في تزويج القاصر

إن إعمال أو إقرار الولاية في تزويج القاصر تدفع إليه مجموعة من الأسباب، القرابة في مقدمتها(أولا)، فالإمامة أو السلطان(ثانيا)، ثم الإيصاء(ثالثا)، والملك(رابعا) وأيضا الولاء(خامسا).

أولا: القرابة

تُعرف القرابة في مفهومها العام بأنها الصلة بين الشخصين وهي من أقوى الصلات الإنسانية، لأنها لا تزول من أصلها (لأن أصلها الوجود)، كذلك لا يوجد خلاف بين الفقهاء، كونها تُعد أحد أسباب ولاية الإجبار، لكنهم اختلفوا حول من تثبت له الولاية من الأقرباء، وجاء اختلافهم على قولين؛ فحسب القول الأول تثبت الولاية للأب وحده وأصحاب هذا القول هم المالكية والحنابلة والشافعية وحسبهم لا ولاية لذوي الأرحام بل هي خاصة بالعصبات، غير أن الشافعية ألحقوا الجد لأب بالأب، فتثبت ولاية الإجبار عندهم للأب وللجد وإن علا[2].

ومما استدل به جمهور الفقهاء(المالكية، الحنابلة والشافعية) على قولهم هذا ما روي عن علي موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي –صلى الله عليه وسلم– أنه قال: "النكاح إلى العصبات". ونجد أيضا ما روي عن علي أنه قال: "إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى إذا أدركن"[3]. و"أن الأصل في الأولياء أنهم العصبات، على الترتيب المعروف في الإرث، لأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكفء، وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك دون الأرحام"[4].

---

[1] ليدية براهمي، مرجع سابق، ص 1708.

[2] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 160.

[3] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 81.

[4] المرجع نفسه، ص 82.

أما حسب مضمون القول الثاني فالولاية تثبت للأب والجد وغيرهما من سائر الأقارب وقد ذهب إلى ذلك الحنفية إلا أنهم اختلفوا في المدى الذي تقف عنده ولاية القرابة. فقال محمد بن الحسن وأبو حنيفة في رواية عنه وأبو يوسف في رواية أخرى عنه، إنما تثبت للعاصب بنفسه فقط وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية أخرى عنه، أنها تثبت للقريب مطلقا، عصبة أو غيره مادام من أهل الميراث، ذكرا كان أو أنثى[1]. ومما قدموه من حجج لتبرير قولهم، قوله تعالى: "وانكحوا الأيامى منكم"[2]، ونجد أيضا "حديث ابن مسعود –س– في إجازته تزويج امرأته ابنتها"[3].

ثانيا: الإمامة (السلطان)

"جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج لأنه نائب عن الإمام"[4].

ونجد ولاية القاضي في الأنكحة على نوعين: فأما في النوع الأول فولايته باعتباره نائبا عن الولي الخاص ويظهر أثرها عند عضل هذا الولي الخاص. يختص القاضي بهذه الولاية وهو الذي يباشرها ولو كان مأذون بالتزويج لأن ثبوت الولاية له فيها بطريق النيابة عن الولي العاضل هو لدفع ظلمه، أما النوع الثاني فولايته تكون باعتباره ولي لمن لا ولي له وهي لا تثبت له ولا يختص بها إلا إن أُذن له بالتزويج، ومباشرة القاضي هذا النوع من الولاية يُعد من الأعمال الولائية التي يقوم بها بما له من ولاية عامة، ويترتب عن ذلك أن قضاءه لا ينتج حكما يحوز قوة الشيء المقضي به، وبالتالي ينظر فيه غيره من القضاء بما هو أصلح للمولى عليه[5].

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 160.

[2] سورة النور، الآية 32.

[3] نقلا عن: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 82.

[4] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 121.

[5] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 163– 164.

وقد "ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية والظاهرية إلى أن الولاية تنتقل بعد ذوي الأرحام ومولى الموالاة إلى الحاكم، لأنه نائب السلطان"[1]. ولا خلاف بين أهل العلم في صلاحية الإمام أو السلطان لأن يكون وليا لتزويج المرأة عند عدم أوليائها أو في حال عضلهم إياها[2].

واستدلوا بمجموعة من الأدلة منها: "ما روي عن عائشة أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم – قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له". وأيضا "ما روي عن أمّ حبيبة –ك–، أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش، فمات بأرض الحبشة، فزوجها النجاشي النبي –صلى الله عليه وسلم– وأمهرها عنه أربعة آلاف وبعث بها إليه مع شرحبيل بن حسنة"[3]. وذكر الفقهاء مجموعة من الشروط باعتبار السلطان وليا في الزواج وهي كالتالي: عند عدم الولي الخاص مطلقا، عند العضل أي عضل الولي ولم يوجد غيره من الأولياء ممن هم دونه والشرط الثالث والأخير هو عند غياب الولي الأقرب[4].

ثالثا: الإيصاء

لغة تعرف الوصية بأنها: "الوصية اسم من الإيصاء كالوصاة بالفتح والقصر، وأوصيت أي فوضت إلى زيد لعمر بكذا فهو موص وذلك وصيَ، ويقال له الموصى إليه والموصى له والموصى به، ويقال للفعل الوصية، وقد تأتي الوصية بمعنى الموصى به"[5] .

أما اصطلاحا فبالنسبة للمذهب الحنفي عرف ابن عابدين الوصية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصي به عينا أو منفعة"[1]، أما بالنسبة للمذهب

---

[1] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 122.

[2] المرجع نفسه، ص 123.

[3] لأكثر توضيح ينظر إلى: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 125–126.

[4] لأكثر توضيح ينظر إلى: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 126–127.

[5] خالد ضو، "الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية – دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي–"، أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، جوان 2022، ص 888، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/193933، 20–05–2023، 20:59.

المالكي فعرفها بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث مال العاقد يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"[2]، وعرّفها الشافعية بعدّة تعريفات نذكر منها تعريف الشربيني بقوله: "الإيصاء يعم الوصية والوصايا لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد الذي يقوم على من بعده"[3]. كذلك لم يُغفل الحنابلة تعريف الوصية فعرفوها بأنها: "الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال التبرع به"[4].

وقد اختلفت آراء أو مواقف الفقهاء حول جواز الوصي أو عدم جوازه في ولاية التزويج على النحو التالي:

ذهب فقهاء الحنفية إلى اعتبار أن الوصي لا يملك التزويج بالولاية مطلقا قريبا كان أو حاكما، سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا، وليس للوصي أن يُزوج اليتيمة وإن أوصى إليه الأب، لأن الوصي ليس بولي[5].

أما الشافعية فقالوا أنه: "لا ولاية للوصي إن لم يكن من العصبة لأن الولاية أشبه أن تكون جعلت للعصبة للعار عليهم، والوصي ممّا لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار، وسواء وصى الأب بالأبكار والثيبات ووصى غيره فلا ولاية لوصي في النكاح بحال، وذلك

---

[1] نقلا عن: أحمد بوفاتح، درشا الصباغ، 'أحكام الوصية في القانون الجزائري'، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر 2022، ص 1704، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/206792، 20-05-2023، 20:24.

[2] نقلا عن: فريدة حايد، 'الوصية الواجبة من خلال الاجتهاد الفقهي المعاصر والقانون الجزائري'، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 19، العدد 02، جويلية 2022، ص 86، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/198221، 20-05-2023، 21:55.

[3] نقلا عن: أحمد بوفاتح، درشا الصباغ، مرجع سابق، ص 1705.

[4] نقلا عن: محمد توفيق قديري، 'حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري'، الدراسات القانونية المقارنة، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 641، https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/141/6/2/139112، 20-05-2023، 21:14.

[5] سلام عبد الزهرة الفتلاوي، أنغام محمود شاكر، 'مفهوم الولاية في الزواج(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)'، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد02، جامعة بابل لكلية القانون، 2012، ص 245، https://search.mandumah.com، 01-05-2023.

لأن الوصي ليس بوكيل الولي ولا هو بولي والخال أولى من أن يكون عليه العار من الوصي وهو لا ولاية له إذا لم يكن له نسب من قبل الأب"[1].

بينما المالكية فقالوا بثبوتها بسبب الوصية من الولي[2]. وبحسب الحنابلة "يجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أم غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك وصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قام مقامه كالوكيل ووصي الأب في النكاح يكون بمنزلته ويكون ذلك في التزويج بخاصة"[3].

رابعا: الملك

"يراد بالملك ملك الرقيق، فإذا ملك شخص عبدا أو أمة ثبتت له الولاية الكاملة عليهما، ومنها ولاية التزويج"[4]. وفي الوقت المعاصر لم يعد لهذه الظاهرة(الرق والعبودية) من وجود حيث بمجيء الإسلام زالت، فقد جعل تحرير الرقيق كفارة لعديد من التصرفات والأفعال[5].

وقد تباينت آراء المذاهب الفقهية حول أسباب ثبوت ولاية الملك:

بالنسبة للأحناف يرون أن سبب ثبوت ولاية الملك هو الملك ويعود ذلك إلى اعتبار ولاية النكاح ولاية نظر فقط، والملك أدعى إلى الرحمة والنظر في حق المملوك، ومن ثم كان سببا من أسباب ثبوت الولاية[6]، وبيان ذلك عندهم في قول الله عز وجل: "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم"[7].

---

[1] سلام عبد الزهرة الفتلاوي، أنغام محمود شاكر، مرجع سابق، ص 245.

[2] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 137.

[3] سلام عبد الزهرة الفتلاوي، أنغام محمود شاكر، مرجع سابق، ص 246.

[4] أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص 99.

[5] المرجع نفسه، ص 99–100.

[6] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 99.

[7] سورة النور، الآية 32.

وبالنسبة للمالكية، فالملك يعتبر سبب من أسباب الولاية لأن الرقيق يعتبرونه مال وما على السيد إلا الإصلاح والاعتناء بماله وذلك وفقا لما يراه من تزويج وما يشبه ذلك، سواء برضى الرقيق أو بغير رضاه[1].

بينما الشافعية فقالوا بأنه لا ولاية لرقيق، وساندوا بذلك الحنفية والمالكية، وجعلوا الملك سببا من أسباب الولاية، وقد قال الشربيني(رحمه الله): "ولا ولاية لرقيق قن أو مدبر أو مكاتب لنقصه"[2].

خامسا: الولاء

يُعد الولاء سببا من أسباب الولاية في الزواج لأن ولاء العتاقة هي التي تثبت بها ولاية النكاح لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب"[3]. ويعرف الولاء بأنه: "ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه، أو سبب عقد الموالاة، والولاية بأنها من الولي وهو القرب، فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة"[4].

وقد اختلف الفقهاء فيما يخص أسباب ثبوت ولاية الإجبار، فبالنسبة للحنفية ورواية عن الإمام أحمد يرجعون سبب الولاية في زواج القاصر لانتفاء الصغر الذي هو سبب في ثبوت هذه الولاية والثيب الصغيرة عليها ولاية الإجبار لتحقق السبب في ثبوتها[5]. أما المالكية فحسبهم يعود سبب ولاية إجبار الثيب الصغيرة ما لم تكن بالغة لعدم تميزها (...)، ومحل إجبار الولي هو عندما لا يترتب عن تزويجها ضرر بيّن[6].

---

[1] نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 102-103.

[2] المرجع نفسه، ص 104.

[3] أحمد جبر عبد ربه جحيش، مرجع سابق، ص 24.

[4] نقلا عن: نضال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 115.

[5] أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص 102-103.

[6] المرجع نفسه، ص 104.

"وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الاعتبار بالبكارة فتكون الولاية على البكر ولو كبيرة عاقلة لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة، إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة فللأب ولاية الإجبار عليها بغير إذنها لأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء، وهذا في البكر الصغيرة بلا إذن لها، وكذلك البكر الكبيرة فللأب أو الجد عند فقدان الأب أن يزوجها جبرا كالصغيرة، وإنما يستأذنها استطابة لنفسها من غير أن يكون شرطا في جواز العقد وبه قال ابن أبي ليلي وأحمد وإسحاق"[1].

المطلب الثاني: الخلافات الفقهية بشأن الولاية في تزويج القاصر

تتوضح الخلافات التي قامت بين الفقهاء حول الولاية في تزويج القاصر من جوانب عدة؛ من حيث ترتيب الأولياء(فرع أول) ومن حيث ثبوت هذا النوع من الولاية(فرع ثان).

الفرع الأول: ترتيب الأولياء كأساس لخلاف الفقهاء في مسألة الولاية في تزويج القاصر

يكمن أساس الولاية في كون الولي من عصبة المولى عليه من جهة وأن يكون من أقرب العصبات من جهة ثانية[2]. وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في ترتيب العصبات في الولاية على القاصر في زواجه فالحنفية لهم قول بهذا الشأن(أولا) وللمالكية رأي آخر(ثانيا)، كما للشافعية حديث في هذا الأمر(ثالثا) وأخيرا للحنابلة ما يقال في ذات الأمر(رابعا) .

أولا: رأي الأحناف في مسألة ترتيب الأولياء في زواج القاصر

أخذ الأحناف في ترتيبهم للأولياء في زواج القصر بالترتيب الخاص بمسألة الإرث حيث الأقرب يحجب الأبعد تبعا لما يأتي تفصيله:

1- البنوة: الابن وابن الابن وإن نزل.
2- الأبوة: وتشمل كل من الأب ثم الجد وإن علا.

[1] عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4074.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 39-40.

3- الأخوة: وتشمل كل من الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناء كل منهما وإن نزلوا.
4- العمومة: العم الشقيق، والعم لأب وأبناؤهم وإن نزلوا، وكذا الأعمام لأب[1].

وإذا تعدد العاصبون سالفي الذكر فإن الترجيح بينهم يكون وفق القواعد التالية[2]:

أول قاعدة وهي التقديم بالجهة؛ إن العصبات بالنفس أربع جهات وهي على النحو سالف الذكر(جهة البنوة، جهة الأبوة، جهة الأخوة، جهة العمومة)، فجهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة وعلى جهة الأخوة وعلى جهة العمومة، وجهة الأبوة أولى من جهة الأخوة وأولى من جهة العمومة، وجهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة.

ثاني قاعدة وهي التقديم بالدرجة؛ إذا وصل عدة عاصبون بالنفس ومن جهة واحدة فهنا التقديم يكون بالدرجة (يقدم الأقرب درجة على الأبعد)، مثلا في جهة البنوة الإبن يقدم على ابن الابن، وإبن الابن يقدم على إبن إبن الابن وهكذا، وفي جهة الأبوة الأب يقدم على أب الأب، وأب الأب يقدم على أب أب الأب وهكذا، أما في جهة الأخوة إذا كان الأخ الشقيق فيقدم على ابن الأخ الشقيق، وابن الأخ الشقيق، يقدم على ابن ابن الأخ الشقيق والأخ لأب يقدم على إبن الأخ لأب، وإبن الأخ الأب يقدم على إبن إبن الأخ لأب وهكذا، بينما في جهة العمومة فالعم الشقيق أولى من ابن العم الشقيق والعم لأب يقدم على إبن العم لأب وابن العم الشقيق أولى من ابن العم لأب وهكذا، وباختصار إذا تعدد العاصبون وكونهم من جهة واحدة فهنا الأقرب يقدم على الأبعد.

ثالث قاعدة وهي التقديم بقوة القرابة؛ إذا كان هناك عدة عاصبون بالنفس من الجهات سالفة الذكر واتحدوا في الجهة وكذا متساوين في الدرجة فإن الأولوية تكون بقوة القرابة، لكن هذه القاعدة ورد عليها استثناء في جهتي البنوة والأبوة فلا تصح لأن العصبة فيهما لا يتساوون في الدرجة، فالإبن أقرب درجة من ابن الإبن وإبن الإبن أقرب درجة من إبن إبن الإبن والأب أقرب من الجد وهكذا لا يُتصور التساوي في الدرجة في هاتين الجهتين، لكن القاعدة سالفة الذكر يكون العمل بها في جهتي الأخوة والعمومة، ففي جهة الأخوة إذا كان

[1] حفصة عزيزي، عمر مونة، مرجع سابق، ص 421.
[2] جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص 253-255.

هناك أخ شقيق مع أخ لأب فإن الأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب إذا كان كل منهما متحدا مع الآخر في الجهة ومتساو معه في الدرجة غير أن الأخ الشقيق إذا كان فهو أقوى قرابة من الأخ لأب، حيث أن الأخ الشقيق ينتسب إلى من تثبت عليه الولاية بأصلين هما الأب والأم، وأما الأخ لأب فإنه ينتسب إليه بأصل واحد هو الأب، لذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، كما يقدم ابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب لأن الأول أقوى قرابة من الثاني وهكذا نفس الشيء في الباقي، وإذا اتحدا في الجهة والدرجة وقوة القرابة تُثبت الولاية لكل واحد منهما، لأنهما متساويان، وأي من هذين زوّج كان زواجه صحيحا نافذا لأن الولاية لا تتجزأ (...). ونفس الكلام يستقيم على الصغيرة التي لها أخوان شقيقان فأيهما تولى العقد صح ذلك، حتى ولو لم يجزه الآخر. (...) أما وفقا للإمام أبو حنيفة ورأيه الراجح، فإنه إن لم يوجد أحد من العصبة بالنفس تنتقل الولاية إلى الأقارب غير العصبات ويتم ذلك على حسب درجة القرابة وقوتها وهم الأم فالجدة لأب فالجدة لأم، ثم البنت فبنت الابن فبنت البنت، فبنت ابن الابن فبنت بنت البنت، ثم أب الأم، ثم الأخت الشقيقة، فالأخت لأب، فالأخ أو الأخت لأم، ثم لأولاد الأخوات على الترتيب سالف الذكر، ثم الأعمام لأم فالعمات، ثم الأخوال فالخالات، ثم لباقي ذوي الأرحام على حسب ترتيبهم وفقا للراجح في المذهب الحنفي، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية للسلطان وهو القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له.

ثانيا : موقف المذهب المالكي من ترتيب الأولياء في زواج القاصر

رتب المالكية الأولياء كالآتي: يقدم الإبن وإبنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ويليهم أبناؤهم على الترتيب، ثم الجد لأب ثم العمومة وإن نزلوا وهذا حسب الترتيب في الولاء وصلاة الجنازة، ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة[1]، وتنتقل الولاية للحاكم أي السلطان في حالة عدم وجود أحد من العصبة، وإن لم يوجد حاكم فرجل من عامة المسلمين ويدخل في هذا الخال والجد لأم والأخ لأم[2].

[1] حفصة عزيزي، عمر مونة، مرجع سابق، ص 421.

[2] المرجع نفسه.

وحسب المالكية فالولي نوعان، ولي مجبر وولي غير مجبر، فالولي المجبر تُثبت له ولاية الإجبار وهم على الترتيب التالي: أولا الأب وله تزويج من يلي جبرا كالبنت الصغيرة وإن كانت ثيبا، فثانيا الوصي لأب عند عدم الأب، ووصي الوصي، فمقامهم مقام الأب في العقد ولكن لابد من أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط لتكون له ولاية الإجبار وهي: أن يأمر الأب بالجبر صراحة أو ضمنا وأن يكون الزواج بمهر المثل وأن لا يكون الزواج من فاسق، أمّا الولي غير المجبر فهو من القرابة، ثم المولى، ثم السلطان، والمقدم من الأقارب[1].

من خلال ما تم تقديمه من آراء للمذهبين المالكية والحنفية، فهذا الأخير وقّف الولاية للسلطان وهو القاضي، أما المالكية فأضافوا أنه في حالة عدم وجود السلطان يتولى الولاية رجل من عامة المسلمين.

ثالثا: ترتيب الأولياء في زواج القاصر من منظور المذهب الشافعي

الأولى بالولاية عندهم في تزويج المرأة هو الأب، ثم يليه الجد لأب وإن علا، ثم يأتي الأخ الشقيق فالأخ لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا، ثم الأعمام وأبناؤهم وإن نزلوا، والإبن لا تكون له ولاية بحض البنوة وإنما يلي بسبب آخر كأن يكون عصبة كابن ابن عم[2].

والمذهب الشافعي هو الآخر يجعل من الولي نوعان؛ الولي المجبر وهو الأب، ثم الجد في حالة عدم وجود الأب، فللأب تزويج البكر الصغيرة، ويستحب استئذانها والجد كالأب عند عدم وجود الأب، أمّا الولي غير المجبر فهو كل العصبات غير الأب والجد، كالأخ والعم لأبوين أو لأب وابن كل منهما فلا يزوج أي منهم صغيرة بحال، وهؤلاء ليس لهم ولاية الإجبار. وأيضا أشار المذهب الشافعي إلى وضع المولى عليها المجنونة فقال بأنه يجوز للجد في حالة عدم وجود الأب تزويجها، صغيرة كانت أو كبيرة، لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها، ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها يعد إجبارا[3].

[1] أحمد محمد علي داوود، مرجع سابق، ص 182-183.

[2] حفصة عزيزي، مرجع سابق، ص 421.

[3] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 184.

مما تقدم نخلص للقول أن المالكية والشافعية اتفقا على أن الولي المجبر هو الأب لكنهما اختلفا في ترتيب الأولياء في حالة عدم وجوده فالمالكية أعطوا ولاية الإجبار للوصي بينما الشافعية فأعطوها للجد.

رابعا : موقف المذهب الحنبلي من ترتيب الأولياء في زواج القاصر

الأولى بالولاية الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الابن ثم ابن الابن وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم أبناء الإخوة، ثم الأعمام فأبناؤهم، ثم سائر الأولياء على ترتيب الإرث بالتعصيب، وإن لم يوجد كل من سبق ذكرهم فالولاية للحاكم[1].

وجاء في المغني: إن الولاية يكون ترتيبها كترتيب الإرث بالتعصيب، فالأولى والأحق بالميراث هو الأولى والأحق بالولاية، ثم يأتي المعتق ثم أقرب عصبة ثم السلطان، والسلطان هنا الحاكم أي من فوض إليه ذلك، وكما قال ابن قدامة في المغني: لا نعلم خلافا بين أهل العلم أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، وبه يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وبالرجوع للأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "فالسلطان ولي من لا ولي له"، ولأن السلطان له ولاية عامة، فإن لم يسمح وتعذر من السلطان في ذلك المكان، فروي عن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل ولكن يشترط إذنها، أي هذا الأخير ليس له الحق في إجبارها، وهذا إن كان في البلد حاكم أبى التزويج إلا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار وجوده كعدمه. وهذا المذهب هو أيضا يجعل من الولي نوعان، الولي المجبر وهو الأب ثم وصي الأب بعد وفاة الأب ثم يليه الحاكم عند الحاجة، فإن احتاج الصغير العاقل إلى النكاح زوَّجه الحاكم إذا لم يوجد أب ولا وصي من قبله ولا يملك ذلك بقية الأولياء ماعدا الأب ووصيه والحاكم، أما النوع الثاني فهو الولي غير المجبر وهو باقي العصبة من الأقارب بعد الأب ووصيه ويتم ذلك حسب ترتيب الإرث[2].

[1] حفصة عزيزي، عمر مونة، مرجع سابق، ص 421.

[2] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 185–186.

ويخلص البعض[1] للقول بأن اتفاق الفقهاء في ترتيب الأولياء في النكاح مرجعه مجموعة من الأمور نذكر منها؛ أن الولي في النكاح إذا كان مجبرا يكون هو المقدم ولا ينازعه في أمر الولاية أحد، وفي حال تعددت أسباب الولاية فتقدم ولاية الملك ثم صاحب ولاية القرابة ثم من كانت ولايته بسبب الإمامة ثم من ولايته كان سببها الولاء.

الفرع الثاني: ثبوت الولاية في زواج القاصر بين آراء الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار تثبت على الصغيرة، لكنهم اختلفوا في ثبوتها بين البكر والثيب[2]. وهم في ذلك على رأيين. فأما الرأي الأول فيُثبت ولاية الإجبار على الصغيرة(القاصرة) بكرا كانت أو ثيبا(أولا) بينما الثاني فتثبت حسبه على الصغيرة البكر دون الثيب (ثانيا).

أولا: ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة بكرا أو ثيبا

أنصار هذا الرأي أي الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية وهم جمهور الفقهاء يقولون أن ولاية الإجبار تثبت على الصغيرة بصرف النظر إن كانت ثيبا أم بكرا، ودليلهم على هذا أن ناقص الأهلية لا يمكن له أن ينفرد برأيه أي الصغيرة عندهم مهما كانت بكرا أم ثيبا فإنها ناقصة أهلية وبالتالي فهي لا تستقل بنفسها في اختيار الزوج[3]. ودليلهم من القرآن الكريم قوله تعالى "واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا"[4].

---

[1] لأكثر توضيح ينظر إلى: عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4123.

[2] إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة)، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 120.

[3] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 28، نوفمبر 2021، ص 338.

[4] سورة الطلاق، الآية 04.

وجاء تفسير هذه الآية الكريمة حسب البعض[1]؛ "**يقول تعالى مبينا لعدة الآيسة- وهي التي انقطع عنها الحيض لكبرها-: أنها ثلاثة أشهر، عوضا عن الثلاثة قروء في حق من تحيض، وقوله: "إن ارتبتم" فيه قولان: أحدهما – وهو قول طائفة من السلف، كمجاهد، والزهري، وابن زيد-: أي إن رأين دما وشككتم في كونه حيضا أو استحاضة، وارتبتم فيه. والقول الثاني: إن ارتبتم في حكم عدتهن، ولم تعرفوه فهو ثلاثة أشهر. قال أبو هريرة: أنا مع ابن أخي – يعني أبا سلمة – فأرسل ابن عباس غلامه كريبا إلى أم سلمة يسألها، فقالت: قتل زوج سبيعة الأسلمية وهي حبلى، فوضعت بعد موته بأربعين ليلة. فخطبت، فأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أبو السنابل فيمن خطبها. هكذا أورد البخاري هذا الحديث هاهنا مختصرا. وقد رواه هو ومسلم وأصحاب الكتب مطولا من وجوه أخر**".

وأيضا ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن زواجها من الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قالت: "تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ستة وبنى بي وأنا ابنة تسع"، ومن المعلوم أنها في ذلك السن لم تكن ممن يُؤخذ بإذنها، وروى كذلك الأثرم أن قدامى بن مظعون تزوج من ابنة الزبير حين نفست فقيل له فرد قائلا أن ابنة الزبير ترثني إن مت وإن عشت فهي امرأتي، كما تزوج علي رضي الله عنه من ابنة أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وباعتبار زواج النبي بعائشة لم يأت بشأنه نص يشير إلى خصوصيته، فلنا أن نأخذ به(نتأسى به)[2]. وهذا لقوله تعالى: "لقد كان لكم في رسول الله إسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر"[3].

ثانيا: ثبوت الولاية على البكر الصغيرة دون الثيب

ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية إلى القول بأن ولاية الإجبار تثبت على الصغيرة البكر دون الثيب الصغيرة وكانت حججهم على قولهم هو ما روي عن ابن عباس رضي الله

[1] إسماعيل أبي الفداء بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، مرجع سابق، ص 1886.

[2] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 82.

[3] الأحزاب، الآية 21.

عنهما من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها". إذن يتبين من قول الرسول أن الصغيرة الثيب لا يمكن إجبارها على الزواج، أي لا يحق لأبيها أن يجبرها على الزواج، بل الأمر يرجع لإرادتها وإلا فالأب يعتبر قد تعدى حدود ولايته عليها[1]. "ويكون قوله صلى الله عليه وسلم والبكر تُستأذن في نفسها محمولا على الاستحباب دون الوجوب استطابة للنفس، لأنه لو كان محمولا على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب"[2].

ويرجع بعض الفقه[3] أساس ثبوت ولاية الإجبار إلى أمرين؛ الأمر الأول وهو الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة الصغيرة ورعاية شؤونها، والأمر الثاني الإصابة في حسن الاختيار على الوجه النافع، وبالتالي فمتى توافر هذان الأمران كاملين من غير نقصان كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازما يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر، وهنا الشارع لم يقيد الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة ولا مهر المثل، أما إذا إختل أحد الأمرين بأن يكون الولي غير كامل الشفقة، أو غير حسن التدبير، فإن الولاية هنا لا تكون كاملة.

إذن يمكن القول أنه وإن أجاز الفقهاء الإجبار في ولاية التزويج فأساس مشروعية ذلك يكمن في مصلحة المولى عليهم، وهذا يرجع إلى أن الصغيرة لا تدرك أين تكمن مصلحتها في مختلف التصرفات التي تقوم بها، بينما أساس الولاية على البنت البكر فهو عدم معرفتها وتبصرها بأمور الزواج وأحوال الرجال وهذا من قلة خبرتها في أمور الحياة[4]، ولهذا أجازت الشريعة الإسلامية الولاية عليها وهذا تحقيقا لمصالحها على أحسن وأكمل وجه، ولكن لا يعني هذا أن الولي يتعدى حقه ويتصرف بوجه مطلق، بل حتى وإن كانت الولاية حق إلا أنه لا بد من ممارسته وفق ما شرعه الله سبحانه وتعالى، أي وفقا للحدود المبينة له

---

[1] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف – التعسف في استعمال حق الولاية أنموذجا–'، مجلة الدراسات القانونية، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 540.

[2] عبد الباسط محمد خلف، مرجع سابق، ص 4074–4075.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، دون بلد نشر، 1957، ص 118–119.

[4] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، ص 339.

دون تجاوزها، وتطبيقا لذلك يجب أن يتوافق قصد الولي مع قصد الشارع من تشريعه حق الولاية، فإذا خالف الولي ولو قليلا القصد الشرعي وأدى ذلك إلى تعسف في استعمال الحق، فإن ذلك يعد باطلا لمناقضته قصد الشارع في تشريع ذلك الحكم[1].

وبالنظر لأقوال الفقهاء نجد أنها متقاربة في مسألة ولاية الإجبار، فهم يثبتون ولاية الإجبار على الصغيرة مطلقا وإن اختلفوا في ثيوبتها وبكارتها[2]. ووفقا لما تم بيانه حول ثبوت ولاية الإجبار فالرأي الراجح هو الرأي الأول، أي تُثبت ولاية الإجبار للصغيرة مهما كانت ثيبا أو بكرا لاستناد الرأي الأول لقول الله عز وجل.

[1] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، ص 339.

[2] ربيعة حزاب، فتيحة يعقوبي، 'أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري'، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي تندوف، الجزائر، العدد 05، جوان 2018، ص 183.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من الولاية في زواج القاصر

من خلال هذا المبحث سنتناول موقف المشرع الجزائري من مسألة الولاية في زواج القاصر من خلال البحث في حكم الولي في هذا الزواج ضمن نصوص قانون الأسرة سواء قبل تعديله أو بعد ذلك(مطلب أول) وكذا بالبحث فيما قدمه قانون الأسرة دائما من حلول لصور التعسف التي قد يمارسها الولي في زواج من تحت ولايته أي في حال مخالفته لأحكام الولاية في زواج القاصر المكرسة في قانون الأسرة المعدل والمتمم(مطلب ثان).

المطلب الأول: حكم الولي في زواج القاصر

يمكن أن نتوضح حكم الولي في زواج القاصر في التشريع الجزائري بالتطرق لمكانته في هذا الزواج قبل تعديل قانون الأسرة(فرع أول) ثم لمركزه القانوني في عقد هذا الزواج بعد التعديل الذي عرفه هذا القانون بموجب الأمر 05-02(فرع ثان).

الفرع الأول: مكانة الولي في زواج القاصر قبل تعديل قانون الأسرة

عرفت الولاية في ظل القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري من الجدل والنقاش الكثير وهذا بين معارض ومؤيد لها وكانت وراء ذلك أسباب مختلفة، ومرجع ذلك أن المرأة جبلت على الحياء والضعف ما يجعلها لا تدرك أين تكمن مصلحتها، ومن ثم فهي تخطئ في اختيار الزوج الأصلح والأنسب لها، كما أن خلقها وغريزتها يؤثران في قراراتها فيجعلانها أشد تأثرا وتسرعا مما يكون من الرجل وهذا نجده بالأخص عند المرأة القاصرة[1].

[1] مسعودة عمارة، "قراءة قانونية في إشكالية الولي في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد 09، العدد 01، جانفي 2020، ص 42.

تطرق المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون رقم 84-11 إلى الولاية في الزواج ولكنه لم يفرق لا بين ولايتي الإجبار والاختيار ولا بين المرأة الراشدة والقاصرة ولا بين البكر والثيب، بل استعمل مصطلح امرأة لتشمل كل هؤلاء[1].

وأيضا أكدت المادة 11 والتي تنص على: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد الأقارب الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له"، أن المرأة لا يمكنها مباشرة عقد زواجها بدون ولي. بينما يبدو تناقض المشرع في المادتين 32 و33 من نفس القانون واللتان اعتبرتا الولي كشرط صحة بدل ركن ودليل ذلك أنه في حالة غيابه وعدم حضوره يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[2].

ومن أوجه التناقض أيضا التي وقع فيها المشرع الجزائري نصي المادتين 12 و13 من نفس القانون، حيث تنص المادة 12 على 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 بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، يستشف من نص هذه المادة أن المشرع لم يميز بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج، فالبكر تخضع لولاية الإجبار إن كان في المنع مصلحة لها أمّا الثيب فلا تدخل ضمن ولاية الإجبار، فلا يمكن لوليها أن يمنعها إن أرادت الزواج ممّن كان أصلح لها وللقاضي أن يأذن لها بذلك. أما المادة 13 من نفس القانون وهي التي تنص على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، فيُفهم منها أن الولي ليس له أي مدلول، فلا يمكنه أن يجبر على الزواج من تحت ولايته سواء كانت المرأة بكرا أو ثيبا وهذا يناقض ما تنص عليه المادة 12 من نفس القانون[3].

[1] ليدية براهمي، مرجع سابق، ص 1709.

[2] عبد العالي عشاري، مرجع سابق، ص 326.

[3] المرجع نفسه، ص 326-327.

ومما يعاب أيضا على المشرع فيما يخص قانون الأسرة قبل التعديل أنه لم يتعرض لمسألة ترتيب الأولياء بشكل واضح ودقيق بل كانت إشارته لها بصورة عامة، كما أنه لم يستفيض في شرح أيلولة الولاية الشرعية فيما بين الأولياء[1].

خلاصة لما تم طرحه عما تضمنه قانون الأسرة قبل التعديل فيما يخص مسألة الولاية في الزواج بصورة عامة وولاية تزويج القاصر بصورة خاصة، يمكننا القول أن القانون 84-11 شمل نوعين من الولاية وهما ولاية الإختيار وولاية الإجبار، هو أقر الولاية في زواج المرأة سواء راشدة أو قاصرة، بكرا أو ثيبا، والأهم من كل هذا أنه جعل الولي في عقد زواج الراشدة والقاصرة على السواء ركنا(المادة 9)، يبطل العقد في حال تخلفه.

الفرع الثاني: المركز القانوني للولي في زواج القاصر بعد تعديل قانون الأسرة

بالرغم من النقاشات الحادة التي ثارت حول ما جاء به الأمر رقم 05-02 فيما يخص نظام الولاية في الزواج، فباستقراء نصوصه بهذا الشأن يتبين أنه لم يعط قط للمرأة حق تزويجها نفسها دون ولي حتى وإن اشترطت موافقتها صراحة، وهذا ما تقره المادة 11 من هذا التعديل؛ "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"[2]، إلا أن المشرع بموجب هذا التعديل قد ميز بين المرأة الراشدة والقاصرة من حيث الولاية، حيث خصص للراشدة الفقرة الأولى من المادة 11 والتي أجازت لها ابرام عقد زواجها بنفسها بحضور وليها، في حين خص القصر بالفقرة الثانية من ذات المادة والتي تمنح أولياءهم حق تزويجهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي يكون وليا لمن لا ولي له[3]، فيكون بالتالي المشرع بعد تعديل 2005 قد سن تفرقة واضحة بين ولاية الاختيار وولاية الإجبار، وبين الراشدة والقاصرة[4].

---

[1] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 58.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، 'نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث'، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، العدد 02، 2014، ص 133.

[3] ليدية براهمي، مرجع سابق، ص 1709.

[4] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 70-71.

والقراءة المتأنية لنص المادة 11 توحي بأن المشرع الجزائري أراد نقل فتوى الحنفية[1] والتي مفادها أن المرأة البالغة الراشدة تعقد زواجها بنفسها[2]. إذن فتعديل 2005 للمادة 11 جعل الولي شرطا شكليا لا أكثر، فهذه المادة ألغت الولي كشرط في عقد الزواج كما أنها لم تعط البديل عن ولاية الأب[3]. فالمشرع في الفقرة الأولى من المادة 11 منح الولي مجرد حق الحضور، وفي هذا ميل للمذهب الحنفي، لكنه في الفقرة الثانية من ذات المادة يكرس خروجا عن كافة المذاهب وهذا بجعله الولاية لأي شخص تختاره المرأة حتى دون تقديم الأقارب على غيرهم وهذا ما يفيده معنى "أو" أي للتخيير[4].

وبإلغائه للمادة 12 من القانون رقم 84-11، يكون المشرع الجزائري قد ألغى حق الأب(الولي) في تزويج ابنته البكر في حال وجود مصلحة، وهو ما يخالف رأي فقهاء الشريعة الذين أعطوا الولي حق الاعتراض إن تم زواج البنت من غير كفء من الرجال[5]. ويخلص البعض[6] للقول عن أثر إلغاء هذه المادة بأنه لم يبق للولي أي دور أو تأثير سواء في الإذن أو المنع.

أما فيما يخص المادة 13 بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة فقد قصر المشرع من خلالها الولاية في الزواج على القاصرة فقط مع عدم إجبارها من قبل وليها بل يجب عليه أخذ موافقتها، وهي بالتالي ولاية اختيار وليس إجبار حيث تنص 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".

---

[1] ولكن حسب البعض فالمذهب الحنفي هو بريء من هذا الطرح، وهذا لأن هذا المذهب أجاز فعلا للمرأة أن تزوج نفسها دون إذن وليها ولكنه احتفظ لهذا الولي بحقه في الاعتراض على هذا الزواج إذا كان المهر دون مهر المثل، كما شدد في اشتراط أن يكون من تختاره المرأة كفؤا. عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص 115.

[2] عبد العالي عشاري، مرجع سابق، ص 327.

[3] عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص 114.

[4] فاتح ربيعي، 'موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية'، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، الجزائر، العدد 05، 2009، ص 73.

[5] عبد العالي عشاري، مرجع سابق، ص 328.

[6] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 48.

ويبدو أن الجبر بالنسبة للمشرع يعني الإكراه إلا أنه غير ذلك فهو والمصلحة وجهان لعملة واحدة، وقد عُرف بأنه سلطة أدبية خُولت للأب رحمة بالمرأة القاصرة وليس رهبة في نفسها لإجبارها على الزواج بل هو حمل رحيم لا إكراه فيه على الزواج[1].

وإذا كانت إرادة الولي مخالفة لإرادة القاصر فتسقط منه الولاية وتحال للقاضي ليحكم بما يراه الأصح والأنسب للقاصرة، لنجد في النهاية أنفسنا أمام ولاية اختيار على القاصرة، وبالتالي تم استبعاد ولاية الإجبار بصورة مطلقة ولو كانت المرأة صغيرة وكل هذا يؤكده قانون الأسرة[2].

وقد استعمل المشرع في الفقرة الثانية من المادة 11 مصطلح "القصر" وهذا ليشمل كلا الجنسين الذكر والأنثى، ودون أن يضع حد أدنى لسن زواج القصر، فهل هو سن التمييز الذي حددته المادة 43 ق م ج بـــ 13 سنة أم هو أقل من ذلك أم يجب الاعتداد بسن البلوغ. ولكن يرجح أن الاعتداد يكون بالبلوغ، وهذا طالما أنّ قاضي شؤون الأسرة يطالب بشهادة طبية للقاصرة تثبت مدى قدرتها على ممارسة الحياة الزوجية وهذا لمنح الترخيص بالزواج[3].

كما استخدم المشرع في نص المادة 2/11 مصطلح "يتولى" والتولي من الولاية، ويُفهم من هذا أن إبرام عقد زواج القصر أسند لأوليائهم وهذا نظرا لما يكتسيه هذا العقد من أهمية وخطورة الآثار القانونية المترتبة عليه، والقاصر في منظور هذه المادة قد يكون أنثى أو ذكر[4]. وقد استعمل المشرع أداة العطف "ف" وهي تفيد الترتيب، بخلاف ما ورد في زواج الراشدة، ثم أشار إلى من تنتقل إليه الولاية بعد الأب بعبارة "الأقارب الأولين"، ولكن بقى

---

[1] عبد العالي عشاري، مرجع سابق، ص 328.

[2] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 71-72.

[3] المرجع نفسه، ص 60.

[4] حمزة بوضراع، أحمد رباحي، "الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 569.

الغموض يُخيم على العبارة حيث لم يُعين من هم الأقارب، هل هم الأصول ثم الفروع، أم العصبة أم الأقربون بحسب ترتيب الميراث، وهل الأم واحدة منهم أم لا؟[1].

مما تقدم عن مختلف التعديلات التي عرفها قانون الأسرة الجزائري يمكن القول أن المشرع الجزائري خالف في عديد النقاط المتعلقة بالولي في الزواج والتي تم طرحها آنفا ما قال به جمهور فقهاء الإسلام في هذا الشأن، والبعض وصف موقف المشرع الجزائري من الولي في عقد الزواج بالمتذبذب، وحسبه فذلك دليل على أن المشرعين الجزائريين تعرضوا لضغوطات متزايدة من وجهات مختلفة جعلتهم يختاروا اتخاذ هذا الموقف الغامض[2].

وصائب أيضا ما قاله البعض[3] من أن إلغاء الولي كركن في عقد الزواج فيه مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية وكذا لأعراف ومعتقدات المجتمع الجزائري بكافة شرائحه الاجتماعية أميا كان أو متعلما، فلا زواج للمرأة دون وليها والأسرة تسعى لألا تتزوج المرأة دون مشورتها وهذا حفاظا على مصالحها واستبعادا لانتشار العداوة والكراهية بينها وبين أسرتها في حال مخالفتها ومبادرتها للزواج دون مشاورتها، حيث لن تتقبلها أسرتها في الغالب إن هي عادت لها بعد ذلك وهذا ما سيفكك الأواصر الأسرية وبالتالي المساس بالمجتمع ككل.

في الأخير يمكن القول أن ما جاء من تعديل فيما يخص الولي خاصة ما أقرته المادة 11 لا يتناسب وطبيعة الأسرة الجزائرية (عاداتها وثوابتها) ومن ثم فقد يؤثر على تماسكها[4].

---

[1] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 60.

[2] حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص 26، http://dspace.univ-tlemcen.dz/handle/112/2931

[3] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015، ص 24.

[4] المرجع نفسه.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر

قبل التطرق للأثر الذي قد يخلفه الإخلال بالأحكام المقررة للولاية في تزويج القاصر في قانون الأسرة الجزائري(فرع ثان) وجب التعرف أولا على أوجه هذا الإخلال أو صور التعسف التي قد يأتيها الولي في جانب القاصر المقبل على الزواج(فرع أول).

الفرع الأول: صور الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر

بالنسبة للمرأة القاصرة أي التي لم تبلغ سن 19 سنة، نص المشرع صراحة بشأن تعسف الولي في تزويجها سواء بإجبارها أو الإفتيات عليها وهذا في نص المادة 13 ق أ ج بعد التعديل؛ "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، فهذه المادة تشير إلى صورتين من صور التعسف في ولاية التزويج؛ تتمثلان في الإجبار والإفتيات، فوفقا لما يقتضيه نص المادة لم يجيز المشرع زواج القاصرة وفق هاتين الصورتين، وبالتالي فقد جعل رضا المرأة شرط صحة في عقد نكاحها[1].

وبما أن الإجبار كصورة من صور تعسف الولي في تزويج القاصر تم البحث فيه كأهم أوجه الولاية في زواج القاصر فسيقتصر البحث في هذا الموضع على الصورة الثانية لتعسف الولي في تزويج القاصر وهي تزويج القاصر دون موافقتها أو ما يسميه البعض 'الافتيات" وهذا بتبيان حكمه شرعا وقانونا(أولا)، فالآثار التي ينتجها الزواج الذي تم بالإفتيات(ثالثا).

أولا: حكم الإفتيات كصورة لمخالفة أحكام الولاية في تزويج القاصر

يُعرف الإفتيات بأنه: "هو أن يتعدى الولي غير المجبر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها، بكرا كانت أو ثيِّبا، ثم يبلغها خبر زواجها"[2]. إذن الإفتيات هو تزويج الولي غير

[1] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، "تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، ص 343.

[2] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 86.

المجبر لمن هي تحت ولايته دون علمها وهذا سواء كانت بكرا أو ثيبا، حيث لا يكون لها من الأمر سوى إخبارها به. وهو بالتالي يعتبر صورة لتعسف الولي في الزواج.

أما عن حكم الإفتيات فيمكن البحث فيه من ناحيتين، الأولى الناحية الشرعية(1) أما الثانية فهي الناحية القانونية(2).

1. حكم الإفتيات شرعا

يمكن تبيان الحكم الشرعي للإفتيات على المرأة من الكتاب في قوله تعالى: "وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"[1]، وبالرجوع إلى أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي نجد أنه فسر الآية الكريمة على النحو التالي: "قال الحافظ أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار، رحمه الله، في مسنده: حدثنا أحمد ابن داود الوسطي، حدثنا أبو عمرو واللخمي – يعني: محمد بن الحجاج– حدثنا محمد بن اسحاق، عن الزهري قال: كانت جارية لعبد الله بن أبي سلول، يقال لها مَعَاذَ، يكرهها على الزنا، فكما جاء الإسلام نزلت "ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء" إلى قوله: "فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم"، وقال الأعمش عن أبي سفيان، عن جابر في هذه الآية قال: نزلت في أمة لعبد الله بن أبي بن سلول جارية يقال لها مسيكة وكان يكرهها على البغاء، فأنزل الله الآية الكريمة"[2].

ومن السنة؛ "روي أيضا عن الخنساء بنت خذام الأنصارية أنّ أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت الرسول عليه الصلاة والسلام فردّ نكاحها، وكذلك ما روي عن عبد الله بن عباس– رضي الله عنهما– قال صلى الله عليه وسلم: الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر ، وإذنها صماتها". وقد دل هذا الحديث على أن لوليها حق لكنها أحق منه"[3].

---

[1] سورة النور، الآية 33.

[2] إسماعيل أبي الفداء بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، مرجع سابق، ص 1333.

[3] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، ص 340.

2. حكم الإفتيات قانونا

تنص المادة 10 ق أ ج على: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، يتضح من نص المادة أن الإفتيات على المرأة لا يمكن تصوره من الناحية القانونية لأن المشرع أوجب لتمام عقد النكاح موافقتها ورضاها، فهي التي تتولاه وينحصر دور الولي في الحضور فقط[1]، فالإفتيات يُمثل إحدى المسائل القديمة التي ليس لها أي صلة بقواعد قانون الأسرة الجزائري الجديد الذي أعطى للمرأة حق ابرام عقد نكاحها بنفسها، ومادامت ولاية الولي تنحصر في مجرد الحضور فليس له أن يستبد بهذا العقد ولا أن يفتات عليها[2].

ثالثا : أثر عقد الزواج النافذ بالإفتيات[3]

أعطت الشريعة الإسلامية للمرأة التي تم الإفتيات عليها في زواجها حق فسخ هذا الزواج، ويكون بالتالي هذا الزواج مردودا، والأدلة على هذا الحكم كثيرة ومنها قصة الخنساء بنت خذام الأنصاري التي زوجها أبوها وهي ثيب فرد صلى الله عليه وسلم نكاحها، وعليه فإن رضيت تم زواجا صحيحا، ويشترط أن يتجسد رضاها بالقول صراحة وإلا يكون عقد نكاحها غير نافذ، وهذا لأنها في هذه الحالة وكما قال المالكية أصبحت من السبعة الأبكار التي لا يُكتفى منهن بالسكوت بل لا بدّ من الإذن بالقول صراحة كالثيب[4].

وليُعتد برضاها قولا لا بد من تحقق مجموعة من الشروط؛ يجب ألا تتعدى المدة الزمنية بين رضاها وانعقاد العقد يوما، فإن تعدت وجب تجديد العقد حتى وإن نطقت، لا بد من أن يتواجد العاقد والمرأة في مدينة واحدة، لأن بعد المسافة يؤدي بالضرورة إلى التأخر في الرضا بالعقد، أن لا يقر الولي أثناء العقد بأن غايته من العقد كانت للمساس بحقها وعدم

---

[1] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 94.

[2] المرجع نفسه.

[3] أثر عقد الزواج الذي حصل فيه الإفتيات(الذي تم دون علمها وإذنها). هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، 341.

[4] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، 341.

أخذ رأيها بعين الاعتبار ويتحقق ذلك إذا ما سكت الولي ولم يستشرها، أو قوله بأنه قام باستئذانها فكذبته، أن لا ترفض العقد ثم ترضى به، وإن قامت بذلك فلن يؤخذ ذلك بعين الاعتبار لذا وُجب أن ترضى بالعقد مباشرة، ويصح عقد المعتدى عليها إن رضيت به بالقول[1].

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر

حسب البعض[2] المشرع الجزائري أغفل مسألة مهمة تتعلق بعقد الزواج وهي حالة مخالفة أحكام الولاية التي كرسها قانون الأسرة، أي أن يجبر الولي ابنته على الزواج ممن لا ترضاه، ومن ثم تساءل حول مآل مثل هذا العقد. وأما إجابته فلخصها الأستاذ بن شويخ في أمرين؛ الأول منهما حالة غياب الرضا ومآل العقد فيه هو البطلان، أما الثاني فيتعلق بحالة تعيب الرضا بأحد عيوب الإرادة(الإكراه المعنوي) بالرغم من وجوده، وفي هذه الحالة يصبح عقد الزواج قابلا للفسخ، أي يجوز للمرأة بعد تمام العقد اللجوء للقضاء وطلب فسخه وهذا بتقديم أدلة بكافة السبل على وجود الإكراه، وهذا الحق يكون لها سواء قبل الدخول أو بعده.

وقد يبرم عقد الزواج من دون ولي وتتحقق هنا مخالفة أحكام الولاية من قبل المولى عليه أو المولى عليها ويكون ذلك بقبوله تمام عقد زواجه من دون ولي[3]. هذه الحالة تناولها المشرع في نص المادة 2/33 ق أ ج: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وما يمكن أن يستخلص من نص المادة هو مسألتين، تتلخص الأولى في اشتراط المشرع لترتيب الأثر القانوني للمادة أن يكون وجود الولي واجبا وهو ما أشارت له عبارة 'في حالة وجوبه' ضمن نص المادة، وهذا ما يثير مسألة حالة عدم وجوب الولي، وهي التي لم يفصل فيها المشرع، حيث يبدو الغموض واضحا في نص هذه الفقرة، لكن يمكن انطلاقا من التمييز الوارد في

[1] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مرجع سابق، 341.

[2] إيمان الزهرة حميدي، مرجع سابق، ص 124.

[3] حمزة بوضراع، أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 571.

فقرتي المادة 11 من نفس القانون الاعتقاد بأن حالة وجوب الولي تتحقق إذا تعلق الأمر بالقاصر(المادة 2/11)، أما إن كان الأمر يخص الراشد(الراشدة) فيكون غير واجب (المادة 1/11)[1].

إذن لقد حصر المشرع مصير العقد الذي يتم دون ولي في حالتين وهذا ما قررته المادة 2/33؛ الأولى هي حالة عدم الدخول التي أقر فيها المشرع فسخ العقد دون صداق وإن كان لم يوضح شكل هذا الفسخ، أيقع تلقائيا من قبل القاضي أو لا بد من طلبه من ذي مصلحة وهو الولي كقاعدة، أما الثانية فهي حالة الدخول، فإذا تم الزواج بدون ولي وتم الدخول فهنا يثبت العقد وللزوجة الحق في صداق المثل، ولا يقع العقد باطلا، ولا يفسخ العقد من أي شخص كان[2].

وتبقى إرادة القاصرة أو القاصر في الزواج هي الأولى ولا يمكن للولي إجبار من تحت ولايته على الزواج، كما أن من شروط صحة العقد موافقة المرأة[3]، وهذا عملا بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فيمكن لهذه الأخيرة أن ترفض وتمتنع عن قبول من يُفرض عليها ولها الحق أن تقبل مثلها مثل الرجل في التمتع بحق القبول أو الرفض[4].

لكن وبالرغم من أن المشرع الجزائري أسقط من قانون الأسرة الجزائري صورة هامة من صور تعسف الولي في جانب المولى عليها القاصر تتمثل في العضل[5] وتكرس هذا

---

[1] حمزة بوضراع، أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 571.

[2] المرجع نفسه.

[3] العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص 85.

[4] المرجع نفسه، ص 85-86.

[5] يعرف العضل بأنه: "هو منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه". سبتي بن مصيليت العنزي، 'العضل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها – دراسة فقهية تطبيقية'، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد 27، ماي 2022، ص 111، https://qadha.org.sa/files/3/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%A9%20%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1/27%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%AF%D8%AF/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%A9%20%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%AF%D8%AF%2027%20-%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B6%D9%84%20%D9%88%D8%A7%D9%94%D8%AB%D8%B1%D9%87%20%D9%81%D9%8A%20%D8%B3%D9%82%D9%88%D8%B7%20%D8%A7%D9%84%D9%88%D9%84%D8%A7%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D8%A7%D9%86%D8%AA%D9%82%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A7.pdf

الإغفال أو التخلي بإلغائه للمادة 12 ق أ ج، فيمكن أن تحدث هذه الحالة في الواقع أي قد تتضرر المرأة من وليها من خلال منعها من الزواج من رجل كفء اختارته وهو ما يسمى بالعضل والذي يُعد إحدى صور تعسف الولي في جانب المولى عليها، وعندها يطرح التساؤل حول كيفية معالجة مثل هذا الإشكال. إن معالجة المسألة تكون ابتداءا بالرجوع إلى نص المادة 222 ق أ ج والتي تقرر أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبالتالي فيمكن إيجاد الحلول بخصوص العضل ضمن ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية أ ي ما استنبطوه من أحكام الشرع الحكيم وسنة نبيه الكريم.

ونكون أمام ولي عاضل إذا كانت المولى عليها أهلا للزواج أي عاقلة راشدة وتوفرت فيمن تقدم لخطبتها الكفاءة للزواج بها، كما أنه قدم لها مهر المثل ومع ذلك رفض هذا الولي إتمام أمر نكاحها ليس رعاية لمصلحتها بل إضرارا بها خاصة إن كان سبب منعه لها هو أنها تقوم بخدمته كالقيام بشؤون منزله أو هي موظفة يستفيد مما تتلقاه من أجر في عملها، أو أنه مصاب بمرض نفسي ويحتاجها لمرافقته ولا يستطيع مفارقتها وغيرها من الأسباب التي تنطوي على تحقيق مصالح الولي وليس مصلحة المولى عليها، ومن ثم فهو يعد متعسفا في استعمال حق العضل وتبعا لما أقرته الشريعة الإسلامية سواء في الكتاب أو السنة فلا يحق له عضلها[1].

وقد نهى سبحانه وتعالى عن العضل بقوله: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"[2]، وإن حصل ومنع الولي زواج من تحت ولايته، وكانت الزوجة راضية به وكفؤا لها فيعد منعه لها من الجاهلية، ويتم معالجة هذا بانتقال الولاية من الولي العاضل إلى غيره[3] .

لكن في بعض الحالات لا تنتقل الولاية بالتدرج أي من ولي إلى آخر بل هي تنتقل مباشرة إلى القاضي، ومثالها إذا كان الزوج كفئا والمهر هو مهر المثل ولم يوجد مبرر

[1] الصادق فريوي، مرجع سابق، ص 80.

[2] سورة البقرة، الآية 232.

[3] علي بودفع، مرجع سابق، ص 259.

شرعي للامتناع عليه، بينما المولى عليه كان مجنونا ورأى الطب أن علاجه يكمن في زواجه ومع ذلك يمتنع الولي عن تزويجه فهنا تنتقل الولاية مباشرة إلى القاضي لينوب عن هذا الولي الظالم ويقوم بتزويج المولى عليه[1]، وأيضا تعود الولاية للقاضي مباشرة عند تعدد الأولياء ويكونوا من نفس الجهة ومن نفس الدرجة والقوة لكنهم اختلفوا فيها بينهم، فالرأي الأخير في هذه الحالة يكون للقاضي فله أن يحسم أمر هذا الخلاف[2].

لكن إن تعدد الأولياء فيستبعد تزويج القاضي للمولى عليها وهنا يقتصر دوره في منح الإذن للولي الأبعد بتزويج المولى عليها في حال عضل الولي الأقرب، أما إن عضلها الولي الأبعد فللقاضي في هذه الحال أن يزوجها وهذا اقتداء بما قال به احمد ابن حنبل. كما يمكن للقاضي وتبعا لما أقره المذهب المالكي(إن عضل الولي المرأة أمره السلطان بإنكاحها فإن امتنع زوجها السلطان) أن يأمر وليها بتزويجها[3].

وبتوقيعه على اتفاقية سيداو[4] التي كُرست بنودها حماية للمرأة من مختلف التعسفات التي قد تتعرض لها، وكذا دعم مركزها الأسري، منح المشرع الجزائري المرأة حق تزويج نفسها أو لها أن توكل من شاءت لإتمام عقد نكاحها إن هي كانت راشدة، بل أيضا وبغاية حمايتها من تعسف وليها أو عضله إياها جعل وجوده في عقد قرانها أمرا شكليا لا يتعدى الحضور حيث أنه لا يستشار حتى وإن غاب فلا ضرار في ذلك على عقد زواجها، وكأن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 جعل منه شاهدا على الزواج أو هو بالأكثر نائبا عنها إن هي اتفقت معه على ذلك وبالتالي فلا يمكننا حتى أن نستشف ولو صورة واحدة للعضل في نصوص قانون الأسرة وهو الأمر الذي يؤكده نص المادة 11 من هذا القانون[5].

---

[1] علي بودفع، مرجع سابق، ص 259-260.

[2] المرجع نفسه، ص 260.

[3] الصادق فريوي، مرجع سابق، ص 82.

[4] سيداو هي اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، هي أولى الإعلانات والاتفاقيات التي صدرت عن الأمم المتحدة تخص إلغاء التمييز ضد المرأة وكان ذلك سنة 1976. حمزة أحمد محمد أبو صيلح، مرجع سابق، ص 260.

[5] هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف –التعسف في استعمال حق الولاية أنموذجا–'، مرجع سابق، ص 542.

خلاصة الفصل

تطرقنا من خلال هذا الفصل إلى صلب موضوع المذكرة ألا وهو ولاية تزويج القاصر من منظور الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري، حيث تم التفصيل فيها من خلال مبحثين تناولنا في **الأول** معالجة الفقه الإسلامي لمسألة ولاية تزويج القاصر من خلال البحث في إعمال هذه الولاية في الفقه الإسلامي وكذا توضيح الاختلافات التي قامت بين الفقهاء بشأنها. فأما عن إعمال أو الإقرار بالولاية في تزويج القاصر من قبل فقهاء الإسلام فتجلى بتعريف ولاية الإجبار وهي الولاية الثابتة في حق القاصر ثم بتعداد أسباب إعمال(إقرار) مثل هكذا ولاية، وقد اتفق بخصوصها الفقهاء حيث حسبهم تُثبت ولاية الإجبار على الصغيرة(القاصرة) لعدة أسباب وهي القرابة، الإمامة(السلطان)، الإيصاء، الملك والولاء. أما عن خلافات الفقهاء فيما يخص هذه الولاية فأثيرت أولا بمناسبة ترتيب الأولياء، فالحنفية والمالكية قدموا البنوة بينما قدم الحنابلة والشافعية الأبوة وثانيا بسبب ثبوت هذه الولاية. فالحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية أقروا بثبوتها على الصغيرة(القاصرة) ثيبا كانت أم بكرا، أما الشافعية فكان قولهم بثبوتها على الصغيرة البكر فقط.

أما في **الثاني** فتطرقنا أولا لكيفية تعامل المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة مع مسألة ولاية تزويج القاصر، وكان ذلك بالبحث في إعمال هذه الولاية قبل تعديل قانون الأسرة لتبين المركز القانوني الذي مُنح للولي في زواج القاصر في ظل القانون 84-11، حيث عد ركنا سواء في عقد زواج الراشدة أو القاصرة عقد الزواج، ومن ثم ففي حال غيابه يبطل هذا العقد بطلانا مطلقا. ثم لتوضيح المكانة التي أخذها بعد التعديل حيث أصبح شرط صحة في عقد زواج القاصر فقط.

وثانيا تعرضنا لأثر الإخلال بأحكام الولاية التي جاء بها تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، وذلك بالتعريف بصور هذا الإخلال والتي تتمثل في الإجبار والإفتيات ثم بتوضيح الجزاء المترتب عن هذا الإخلال وهو إمكانية فسخ المولى عليها عقد زواجها، أما إن حدث في الواقع عضل للمولى عليها وهو إحدى صور تعسف الولي والذي أسقطه المشرع

الجزائري من أحكام الولاية في الزواج بإلغائه للمادة 12 ق أ ج فالجزاء المطبق يتحقق بتطبيق أحكام المادة 222 ق أ ج.

الخـــاتمـــــة

الخـــاتمة

إن بحثنا في موضوع الولاية في زواج القاصر غايته توضيح موقف المشرع الجزائري من هذا الأساس، وهذا بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري الذي دعت له عديد العوامل منها مناداة عديد الأصوات بتحقيق معادلة المساواة بين المرأة والرجل وإن كانت هذه المساواة أرسيت منذ قرون ضمن قواعد الشريعة الإسلامية والتي تعد المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري وهذا التوضيح تم مقارنة بما قرر لهذا الموضوع في الفقه الإسلامي.

أقرت الشريعة الإسلامية منذ قرون خلت بالولاية في تزويج المرأة سواء كانت راشدة أم قاصرة وإن اختلفت آراء الفقهاء في تدرج هذه الولاية من الإجبار إلى الاختيار. بينما في التشريع الجزائري فموقف المشرع الجزائري من مسألة الولاية خاصة تلك المتعلقة بزواج القاصر عرف نوعا من التغير غير المتوقع بمناسبة تعديله لقانون الأسرة لسنة 2005، ففي ظل القانون 84-11 اعتبر الولي ركنا حيث في غيابه يبطل عقد النكاح إلا أن الحال تغيرت بعد التعديل وما بات الولي في تزويج القاصر سوى شرطا في عقد نكاحه.

إن البحث في حقيقة موقف المشرع الجزائري من مسألة الولاية في زواج القاصر مقارنة بما استقر عليه الفقه الإسلامي في الموضوع أوصلنا إلى جملة من النتائج:

- يمثل الولي في عقد النكاح عند جمهور الفقهاء شرط صحة بينما خرج عنهم في هذا التقييم الأحناف حيث لم يعتبروه شرطا بل حسبهم يصح للمرأة تزويج نفسها وما على وليها سوى الاعتراض في حالتين؛ اختيارها لزوج غير كفؤ وإن لم يقدم لها مهرا يليق بها.

- قرر فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط يجب توافرها في الولي البعض منها متفق علي وهي؛ الإسلام وكمال الأهلية بينما أختلف في البعض الآخر وهي على التوالي: الرشد، أن لا يكون الولي محرما بحج أو عمرة، وأن لا يكون مكرها، وأيضا هناك شرط الحرية والبصر والنطق وأخيرا العدالة.

– اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الولاية في زواج الصغيرة(القاصرة) تكون ولاية إجبار.

– أجمع فقهاء الإسلام على أن إعمال الولاية في الزواج يعود لمجموعة من الأسباب وهي القرابة، السلطان أو الإمامة، الإيصاء، الملك والولاء.

– اختلف فقهاء الإسلام في مسألة ثبوت الولاية في الزواج، فالحنبلية والمالكية والحنفية والظاهرية أقروا بثبوتها على الصغيرة ثيبا كانت أو بكرا بينما اكتفى المذهب الشافعي بثبوتها على الصغيرة البكر فقط.

– بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري أقرت المادة 9 مكرر منه أن الولي بات شرطا في عقد زواج القاصر.

– قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري أخذ المشرع الجزائري بولاية الاختيار وولاية الإجبار في مسألة الزواج، وبعد التعديل أبقى المشرع الجزائري على ولاية الاختيار فقط.

– بعد التعديل أحدث المشرع الجزائري فيما يخص مسألة الولاية في الزواج تمييزا بين المرأة الراشدة والقاصرة.

– وإن عددت المادة 2/11 ق أ ج الأولياء بأنهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، فالغموض بقي قائما لأن المادة لم تحدد مفهوم الأقارب كما لم ترتبهم.

– أصبح تخلف الولي في عقد الزواج يؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما قررته المادة 2/33 ق أ ج ولكن هذا يتحقق فقط في حال وجوب الولي والأكيد أنها في زواج القاصر.

– بإلغاء المادة 12 ق أ ج بعد تعديله يكون المشرع قد استبعد إمكانية منع الولي ابنته البكر من الزواج إن وجد في ذلك المنع مصلحة لها.

– أقر المشرع الجزائري صورتين فقط لتعسف الولي اتجاه موليته وهما الإجبار والإفتيات وأسقط العضل، وإن حدث واقعا وعضل ولي موليته فهنا نكون أمام تطبيق للمادة 222 ق أ ج وبالتالي العودة لما قرره الفقه الإسلامي في الأمر.

– إن علاج مسألة مخالفة أحكام الولاية(أو ما يشار له بتعسف الولي اتجاه موليته) بحسب ما أقرها قانون الأسرة يكون من خلال تقنية انتقال الولاية وهي المأخوذة دائما من أحكام الفقه الإسلامي في الموضوع.

ما يمكن أن نخلص له مما تقدم خاصة من نتائج نقول أن المشرع الجزائري بالغ نوعا ما في جعله الولي شرطا خاصة في عقد زواج القاصر وهو المعروف عنه الضعف وسوء تدبر الأمور في هذه الحياة التي تزداد تعقيدا وخطورة في عصرنا هذا المسمى عصر العولمة حيث الحفاظ على أبنائنا بات أمرا جد صعب خاصة مع ما تعرفه الأسرة الجزائرية من تفكك وبعد عن معالم الدين الحنيف والذي ساهمت فيه عدة عوامل منها كثرة استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة التي تغري أولادنا دون أن نمارس الرقابة الكافية عليهم مما يجعلهم مع الوقت يفلتون من السيطرة الأسرية.

والمشرع في تقريره هذا في جانب الولي في مسائل الزواج خاصة زواج القصر يكون قد خرج عن رأي جمهور الفقهاء في الموضوع وهو بالتالي يحرم الأولياء من ممارسة حقوق توارثوها عبر أجيال عديدة حيث أقرتها لهم الشريعة الإسلامية السمحاء. وهم إن مارسوا تلك الحقوق فهي للحفاظ على بناتهم وصونهن من مغريات الدنيا التي تخلف آثارا لا تُمحى ولا تندثر حتى بوفاة صاحبها.

إذن وإجمالا لما تمت ملاحظته نقدم بعض الاقتراحات:

– إقرار شروط الولي ضمن أحكام الولاية المقررة في قانون الأسرة.

– توضيح المقصود بالأقارب الأولين في ترتيب الأولياء.

– بما أن المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري هو الشريعة الإسلامية فيحبذ أن تضبط مسائل الولاية في الزواج عموما وفي زواج القصر خصوصا في إطار ما أقرته هذه الشريعة بإجماع من فقهائها، وبالتالي فإعادة الاعتبار للولي في الزواج وجعله كما كان ركنا سيعود بالنفع على بناتنا القاصرات خاصة وإن حدث وأن ظهر من هذا الولي تعسفا فالنصوص القانونية واضحة وصارمة في مثل هكذا حالات.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم

2. المعاجم

- ابن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة محققة ومشكولة شكلا كاملا ومذيّلة بفهارس مفصّلة، دار المعارف، القاهرة.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، 2005.
- لويس معلوف، المنجد في اللغة، قسم المعاجم والقواميس، المطبعة الكاثوليكية، بيروت 2009.

3. النصوص القانونية

- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404ه الموافق 09 يونيو سنة 1984م، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان عام 1404ه الموافق 12 يونيو سنة 1984م، معدل ومتمم بالأمر رقم 05 -02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426ه الموافق 27 فيفري سنة 2005م، ج ر ج ج عدد 15، مؤرخة في18 محرم عام 1426ه الموافق 27 فيفري 2005م.
- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395ه الموافق 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، مؤرخة في 24 رمضان عام 1395ه الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م، معدل ومتمم.

ثانيا : المراجع

1. الكتب

- أحمد جبر عبد ربه جحيش، الولاية في النكاح وما يترتب عليها من أحكام، ط 1، دار إعادة هندسة الفكر، الكويت، 2008.

- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات(دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد - الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية (فقه الأحوال الشخصية المقارن - شرح قانون الأحوال الشخصية - لوائح دعاوى الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة - وإجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتى فصلها بالحكم والقرارات القضائية الإستئنافية - والقوانين)، الجزء الأول والثاني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة)، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

- إسماعيل أبي الفداء بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2000.

- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، ط 1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.

- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

– جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء – دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، دون بلد نشر، 1957.

– محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

– محمد عقلة الإبراهيم، الزواج وفُرَقُه في فقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2014.

– محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي(دراسة تشريعية وفقهية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

– محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، ط 1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2008.

– نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

– نصيرة بلعبيد، النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

– نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

2. الأطروحات

– عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015.

– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015.

- محمد بشير، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه "ل.م.د"، تخصص القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017- 2018.

3. المذكرات

- العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2009-2010.

- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010.

- محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في "القضاء الشرعي"، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2015.

4. المقالات

- ابتسام محمد أحمد الغامدي، 'ولاية النكاح - دراسة فقهية مقارنة'، أبحاث، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد 75.

- أحمد بوفاتح، درشا الصباغ، 'أحكام الوصية في القانون الجزائري'، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر 2022.

- أحمد شامي، فيروز بن شنوف، 'الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج (دراسة على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري)'، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 03، جوان 2017.

- العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، 'الولاية في الزواج بين التشريع الإسلامي والاتفاقيات الدولية'، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، المجلد 08، العدد 02، جويلية 2022.

- الصادق فريوي، 'الولاية في الزواج'، مجلة التواصل، معهد الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 02، جانفي 1997.

- العمرية شايب ربي، 'قوامة الرجل بين مقاصد الشريعة الإسلامية وواقع الحال في المجتمع الإسلامي اليوم'، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة، العدد 11، جوان 2017.

- إيمان الزهرة حميدي، 'دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 03، سبتمبر 2017.

- حفصة عزيزي، عمر مونة، 'الولاية على المرأة في عقد النكاح وأحكامها'، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، نوفمبر 2021.

- حمزة أحمد محمد أبو صيلح، 'ولاية المرأة في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني واتفاقية سيداو (دراسة مقارنة)'، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2021.

- حمزة بوضراع، أحمد رباحي، 'الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري'، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020.

- خالد ضو، 'الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية – دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي–'، أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، جوان 2022.

- ربيعة حزاب، فتيحة يعقوبي، 'أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري'، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي تندوف، الجزائر، العدد 05، جوان 2018.

- زينب جبارة، 'دور الولي في زواج المرأة'، بحوث، جامعة الجزائر 1، العدد 11، الجزء 01، جوان 2017.

- سبتي بن مصيليت العنزي، 'العضل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها – دراسة فقهية تطبيقية'، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد 27، ماي 2022.

- سلام عبد الزهرة الفتلاوي، أنغام محمود شاكر، 'مفهوم الولاية في الزواج(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)'، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد 04، العدد 02، 2012.

- عبد الباسط محمد خلف، 'الولاية وأثرها في عقد النكاح'، مجلة كلية الدراسات الإسلامية أسوان، جامعة الأزهر، العدد 04، 2021.

- عبد الجليل بوبندير، 'النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي'، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 31، العدد 03، ديسمبر 2020.

- عبد الحفيظ بقة، 'ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 01، العدد 23، جوان 2015.

- عبد العالي عشاري، 'الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد'، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 09، جوان 2018.

- عبد القادر رحال، 'أحكام وضوابط الولاية في الزواج بين الفقه والقانون'، انعقاد الزواج – الإشكالات والحلول–، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021.

– علاء أحمد القضاة، عبد السلام عطوة الفندي، 'زواج المكره بين الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية'، الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، المجلد 24، العدد 01، جوان 2022.

– علي بودفع، 'حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون'، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2009.

– فاتح ربيعي، 'موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية'، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، الجزائر، العدد 05، نوفمبر 2009.

– فريدة حايد، 'الوصية الواجبة من خلال الاجتهاد الفقهي المعاصر والقانون الجزائري'، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 19، العدد 02، جويلية 2022.

– ليدية براهمي، 'ظاهرة زواج القصر أية حماية؟ دراسة مقارنة في ظل التشريع الجزائري والمغربي'، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 15، العدد 01، أفريل 2022.

– محفوظ بن صغير، 'ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري'، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 08، مارس 2018.

– محمد بجاق، 'مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا و قضاء'، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2015.

– محمد بشير، 'عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري– دراسة مقارنة'، مجلة صوت القانون، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2018.

- محمد توفيق قديري، 'حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري'، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020.
- مسعودة عمارة، 'قراءة قانونية في إشكالية الولي في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري'، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد 09، العدد 01، جانفي 2020.
- مسعودة نعيمة إلياس، 'نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث'، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، العدد 02، 2014.
- هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف –التعسف في استعمال حق الولاية أنموذجا–'، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020.
- هاجرة عمير، محمد حاج بن علي، 'تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج –دراسة تأصيلية مقارنة–'، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 13، العدد 28، نوفمبر 2021.

5. المداخلات

- سميرة عبدو، 'المركز القانوني للولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي'، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي التاسع الموسوم بـــ ""قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية"، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 27-28 نوفمبر 2018.

- شهر الدين قالة، 'مفهوم القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي ورد الشبهات الواردة حولها'، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي التاسع الموسوم بـــ ""قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية"، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 27-28 نوفمبر 2018.

6. القرارات القضائية

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 51612، صادر بتاريخ 1988/11/22، المجلة القضائية، العدد الثاني.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 187692، صادر بتاريخ 23-12-1997، المجلة القضائية، العدد الأول.

الفهرس

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج	06
المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج	07
المطلب الأول: مدلول الولاية في الزواج	07
الفرع الأول: التعريف بالولاية في الزواج	07
أولا: تعريف الولاية في الزواج	07
1. تعريف الولاية لغة	07
2. تعريف الولاية اصطلاحا	08
3. تعريف الولاية قانونا	11
ثانيا: أنواع الولاية	12
الفرع الثاني: تمييز الولاية عما يشابهها من مفاهيم	15
أولا: الولاية والوصاية	15
ثانيا: تمييز الولاية عن القوامة	17
ثالثا: تمييز الولاية عن الوكالة	18
المطلب الثاني: شروط الولي في الزواج	20
الفرع الأول: شروط الولي المتفق عليها	21
أولا: الإسلام (اتحاد الدين)	21
ثانيا: كمال الأهلية	23
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها	24
أولا: العدالة	24
ثانيا: الذكورة	25
ثالثا: الرشد	26

رابعا: أن لا يكون الولي محرما بحج أو عمرة	27
خامسا: أن لا يكون الولي مكرها	28
سادسا: الحرية كشرط من شروط الولي في الزواج	28
سابعا: شرط البصر والنطق	29
المبحث الثاني: أحكام الولاية في الزواج	32
المطلب الأول: مشروعية الولاية في الزواج	32
الفرع الأول: مشروعية الولاية في الشريعة الإسلامية	32
أولا: إقرار الولاية في القرآن الكريم	32
ثانيا: ثبوت الولاية في السنة النبوية الشريفة	33
ثالثا: حكم ثبوت الولاية من الأثر والمعقول	34
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمشروعية الولاية في الزواج	35
المطلب الثاني: طبيعة الولاية في الزواج	37
الفرع الأول: طبيعة الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي	37
أولا: مكانة الولي في عقد الزواج لدى جمهور الفقهاء	37
ثانيا: الولي في عقد الزواج من منظور المذهب الحنفي	39
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للولاية في الزواج	41
خلاصة الفصل	43
الفصل الثاني: ولاية تزويج القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	46
المبحث الأول: الولاية في تزويج القاصر من منظور الفقه الإسلامي	47
المطلب الأول: مفهوم الولاية في تزويج القاصر	47
الفرع الأول: تعريف الولاية في تزويج القاصر	47
الفرع الثاني: أسباب إعمال الولاية في تزويج القاصر	49
أولا: القرابة	49
ثانيا: الإمامة (السلطان)	50

ثالثا: الإيصاء	51
رابعا: الملك	53
خامسا: الولاء	54
المطلب الثاني: الخلافات الفقهية بشأن الولاية في تزويج القاصر	55
الفرع الأول: ترتيب الأولياء كأساس لخلاف الفقهاء في مسألة الولاية في تزويج القاصر	55
أولا: رأي الأحناف في مسألة ترتيب الأولياء في زواج القاصر	55
ثانيا: موقف المذهب المالكي من ترتيب الأولياء في زواج القاصر	57
ثالثا: ترتيب الأولياء في زواج القاصر من منظور المذهب الشافعي	58
رابعا: موقف المذهب الحنبلي من ترتيب الأولياء في زواج القاصر	59
الفرع الثاني: ثبوت الولاية في زواج القاصر بين آراء الفقهاء	60
أولا: ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة بكرا أو ثيبا	60
ثانيا: ثبوت الولاية على البكر الصغيرة دون الثيب	61
المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من الولاية في زواج القاصر	64
المطلب الأول: حكم الولي في زواج القاصر	64
الفرع الأول: مكانة الولي في زواج القاصر قبل تعديل قانون الأسرة	64
الفرع الثاني: المركز القانوني للولي في زواج القاصر بعد تعديل قانون الأسرة	66
المطلب الثاني: أثر الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر	70
الفرع الأول: صور الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر	70
أولا: حكم الإفتيات كصورة لمخالفة أحكام الولاية في تزويج القاصر	70
1. حكم الإفتيات شرعا	71
2. حكم الإفتيات قانونا	72
ثانيا: أثر عقد الزواج النافذ بالإفتيات	72
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بأحكام الولاية في زواج القاصر	73
خلاصة الفصل	77

الخاتمة	80
قائمة المصادر والمراجع	85
الفهرس	95

الملخص

تعد الولاية في الزواج بصورة عامة والمتعلقة بزواج القاصر بصورة خاصة من المسائل التي أثارت من الجدل الكثير خاصة وأن المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أخذ منحى مخالفا لما كان متبنى قبل هذا التعديل، حيث حاولنا من خلال هذه المذكرة الإحاطة بحقيقة موقف المشرع الجزائري من ولاية تزويج القاصر بعد هذا التعديل مقارنة بما قررته لها الشريعة الإسلامية من أحكام.

الكلمات المفتاحية

الولاية، زواج القاصر، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة الجزائري، المشرع الجزائري.

Abstruct

The issue of guardianship in marriage, in general, and specifically regarding the marriage of minors, has been a subject of extensive debate, especially since the Algerian legislature, after amending the Family Law in 2005, adopted a different approach than what was previously established. Through this memorandum, our goal was to shed light on the actual position of the Algerian legislator regarding the guardianship of marrying off minors after this amendment, in comparison to the provisions outlined by Islamic Sharia.

Keywords

Guardianship, Minor marriage, Islamic jurisprudence, Algerian family law, the Algerian legislator.