جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنــوان المذكــرة

المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون.

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

- تخصص قــانون الأســرة -

إعــداد الطالبة : **إشــراف الأستــاذة:**

منـــاد وفــاء **أ/د لشهب حــوريــة**

الموسم الجامعي

2015-2014

شكر وعرفان:

الحمد لله الذي أنعم علي بنعمة العلم ومن علي بإتمام هذا العمل, فلا يسعني إلا أن أتقدم بعظيم الامتنان وعميق الشكر والعرفان لكل من الأساتذة الكرام :

– يشرفني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى من شرفتني بإشرافها على المذكرة

الأستاذة: لشهب حورية،التي لم تبخل علي بتوجيهاتها ونصائحها القيمة، إلى التي لم تدخر أي جهد، فكانت نعم المرشدة والناصحة الأمينة،إلى المؤطرة الموقرة التي لن تستوفي حقها كل كلمات الشكر، إلى التي يعجز اللسان عن وصف مدى تقديري لها واحترامها وأحيي فيها روح العمل الدؤوب من أجل البحث العلمي. شكرا جزيلا أساتذتي الفاضلة.

– كما أتقدم بالشكر إلى الذي أعتز بشرف لقائه،**الأستاذ:مستاري عادل رئيس قسم الحقوق** الذي لم يبخلني من توجيهاته ونصائحه القيمة، والذي زودني بكل ما استطاع إليه سبيلا، إليك أستاذي الفاضل أشكرك جزيل الشكر.

– إلى **الأستاذة:صولي ابتسام** التي كانت نعم الأستاذة والأخت والصديقة والناصحة الأمينة والتي قامت بنصحي وتوجيهي، وزودتني بكل ما استطاعت له، إلى التي أكن لها كل مشاعر التقدير والاحترام أستاذتي الفاضلة أشكرك جزيل الشكر.

– إلى من كان لي عونا وزودني بما أوتي من موارد علمية وكتب قيمة، إلى من كان نعم المعلم، إلى أستاذي الفاضل **الأستاذ: بلمهدي إبراهيم**.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من درسني وعلمني ودرس معي في كل الأطوار التعليمية وإلى كل أساتذة كليه الحقوق كل الاحترام والتقدير إليكم أساتذتي الأفاضل.

إن اللسان ليعجز وكل الكلمات لن تستوفيكم حقكم، فسأكتفي بكلمات الشكر والعرفان.

وإلى كل من ساهم بوقت أو جهد أو نصيحة لإنجاز هذا العمل .

إهـــــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وكل التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

أهـــدي هذا العمـــل إلى :

إلى من تعجز الكلمات عن وصفها، ويجف القلم بذكرها، إلى من حملتني وهنا على وهن وربتني واحترقت لتنير دربي، وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى منبع الحنان والأمان، إلى أغلى إنسانة بالوجود: أمي الحبيبة حفظها الله لي ورعاها.

إلى من عمل بكد وجد، إلى من أعز عن شكره، إلى من قلدني وسام الثقة مدعاة فخري واعتزازي، إلى من رسم لي خطى المستقبل، إلى من شجعني على العلم وزودني بسلاحه، إلى من ضحى في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني بعون الله إلى ما وصلت إليه:أبي العزيز أدامه الله لي وحفظه.

إلى أخواتي البنات سلمى،وبسمة، وإيمان، وإخواني الذكور ياسين، و اسماعيل، وأخي المدلل أحمد و إلى كل الأهل بالجزائر وعماتي وأولادهم بفرنسا .

كما أخص بالذكر صديقتي وزميلتي الحبيبتين فتيحة لعواد وشكال وردة، وخاصة إلى أغلى صديقتين في حياتي دلال كرباع وكريمة خليفي، وإلى كل الصديقات والأصدقاء وخاصة طلبة قانون الأحوال الشخصية بجامعة محمد خيضر بسكرة ، دفعة 2015/2014.

وإلى كل من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل وكل الأصدقاء الذين لم أذكرهم.

وفي الأخير هذا هو جهد المقل، واجتهاد الطالب فإن كان صوابا فلله الحمد والمنة على ما أعطى و امتن، وإن كان غير ذلك فهو من نفسي المقصرة، وأرجو من الله تعالى أن يعلمنا ما ينفعنا وينفعنا بما علمنا ويزيدنا علما وأن يجعل علمنا هذا نفعا وزادا يستفيد منه الطلبة المتربصين المقبلين على التخرج وبالتوفيق للجميع.

مقـــدمـــة

إن من فضل الإسلام على البشرية جمعاء بما جاء به من منهاج قويم يهذب النفوس ويساهم في تربية الأجيال وتكوين الأمم وبناء الحضارات، وذلك لا يتأتى إلا من خلال اللبنة الأولى لبناء المجتمعات ألا وهي الأسرة، ويكتسي نظام هذه الأخيرة أهمية بالغة باعتباره النواة الأساسية لبناء المجتمع، فصلاح المجتمع بصلاحها وفساده بفسادها، والأسرة في حقيقة الأمر هي صرح يحتاج إلى أسس ودعائم قوية التي تساعد في استقرار وثبات هذه الأخيرة، لذا وجب العناية بهذا الصرح وإنشائه في ظل معرفة حقوق وواجبات كلا من الطرفين وتحمل هذه المسؤولية الشاقة التي كرم بها الله عز وجل الزوج والزوجة.

فالمرأة قبل صدور الإسلام كانت مغرمة الحق، منزوعة الكرامة، حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الشرائع القديمة كالمسيحية و اليهودية على سبيل المثال و حتى عند العرب في الجاهلية. فكان للولي وهو الأب غالبا سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج سواء كانت كبيرة أو صغيرة، بكرا أم ثيبا، فإرادتها كانت مسلوبة ويزوجها ممن يختاره هو، أو يمنعها ممن ترغب فيه وترى فيه كفئا لها، إلى أن جاء التشريع الإسلامي و كفل لها جميع حقوقها و اعترف لها بالإنسانية و حقها في الرأي، أي جعلها شريكة الرجل في الدين و مقومات الحياة فوضع حدا وقيدا لهذا الجبروت و التسلط الذي كان يمارس على الفتاة وخاصة في الزواج فأعطاها الحق في اختيار شريك حياتها و على هذا الأساس أوجب على وليها اتخاذ إذنها في تزويجها، كما أنه أنكر على الولي إجبارها على ممن لا ترغب فيه ويراه هو مناسبا.

ومن المسلم به أن النظام الوحيد الذي أولى اهتمامه بالأسرة هو الإسلام الذي كفل وأرسى دعائم هذه الأخيرة على أسس قوية و متينة بدءا من الزواج الذي جعله الشارع الحكيم الميثاق الغليظ والذي لم يعتبره كسائر العقود، بحيث شرعت له أحكام خاصة من شأنها أن تُعنى بحماية وضمان استمرارية هذا العقد في إطار من الترابط والتكافل والاحترام لحقوق وواجبات كلا من الطرفين، ولذلك فقد أولت الشريعة الإسلامية قيودا وضوابط لهذا العقد وحتى قبل انعقاد عقد الزواج أي مرحلة التحضير والإعداد بحيث أن هذه المرحلة الجادة من العقد هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج .

ويعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا وذلك وفق اتباع إجراءات معينة، بحيث تعتبر الولاية منبع صلة الأفراد والأسر بعضهم بالبعض من ناحية أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في أن واحد، ومن ناحية أخرى الآثار المترتبة عنه والتي تتعدى طرفي عقد الزواج ممثلان في الزوج والزوجة بل أكثر من ذلك ألا وهي أسرتي الطرفين، ولذلك رسخت الشريعة الإسلامية مبادئ هذا الميثاق الغليظ وكفلته بحماية شاملة،ولا يخفى علينا أن مرحلة التحضير لهذا العقد هي التي يثور فيها التضارب في الآراء في نظرية الولاية بين مؤيد ومعارض.ومن هذا التضارب في الآراء سيتم التطرق إليها من خلال جانبين جانب الشريعة الإسلامية وجانب آخر وهو القوانين الوضعية .

ولهذا فبعض المذاهب الفقهية التي سلمت بمبدأ رأي ضرورة اشتراط الولي في الزواج وساهمت بشكل كبير في إهدار حق المرأة في اختيار شريك حياتها، وبالمقابل فإن بعض المذاهب الفقهية الأخرى رجحت رأي المرأة وهمشت دور الولي في عقد الزواج. كذلك الأمر نفسه بالنسبة للقوانين الوضعية المعمول بها في سائر البلدان العربية والإسلامية والتي لا تزال تتكامل وتتناسق نسبيا مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية وذلك على اختلاف مذاهبها الفقهية وتباينها.

ويبدو جليا أن الأعراف السائدة في بلدان المغرب العربي، ومنها الجزائر هو استبداد الأولياء بسلطة تزويج المولى عنهن بالإجبار، وهذا ما يخالف بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ومما لاشك فيه أنه هو العرف السائد في شتى المدن الجزائرية خاصة القرى والأرياف.

ولما كان انتهاج المشرع الجزائري للمذهب المالكي في تقنين شامل لأحكام قانون الأسرة خاصة فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الولاية والزواج، ومن المسلم به أن الشريعة الإسلامية من المصادر الأساسية المكونة للتشريع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية والإسلامية، إلا قد أننا قد نجد الكثير من المواد والأحكام والتي تتصادم في كثير من الأحيان والشريعة الإسلامية، و قد تعطى تفسيرات عدة لأسباب ودوافع المنظومات العربية التي عدلت ولو نسبيا في بعض قوانينها الداخلية استجابة وتماشيا مع ما تنص عليه أغلب الاتفاقيات الدولية وضغط الجمعيات النسوية المدافعة عن المرأة وحقوقها. ومن هذا التضارب والتعارض بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما هو معمول به في أعراف المجتمع في مسألة الولاية في الزواج استوجب على القوانين الوضعية تكييف هذا العرف بما فيه حماية مصلحة المرأة ومصلحة الدولة وكيانها.

وعليه يستوجب طرح الإشكالية الرئيسة على النحو الآتي :

ما موقف المشرع الجزائري من الولاية في عقد الزواج ومدى تبنيه لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية؟

وقد تفرعت عن الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية وهي مبينة كالتالي :

1) ما مدى تبني المشرع الجزائري للمذاهب الفقهية في تحديد المركز القانوني للولي في عقد الزواج من جهة وقواعد أحكام قانون الأسرة من جهة أخرى؟
2) ما التكييف القانوني للولي في عقد الزواج من منظور المشرع الجزائري؟
3) وهل وفق المشرع الجزائري في اعتبار الولي شرطا من شروط عقد الزواج؟

إن البحث في موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع الهامة والتي قد تم التطرق إليها من قبل باحثين في الميدان لكن في الأصل أن موضوع المركز القانوني للولي في عقد الزواج من المواضيع الجديدة نسبيا نظرا للتعديل الذي أجراه المشرع الجزائري في قانون الأسرة والذي مس بهذا المركز القانوني للولي، لذا بحثت في هذا الموضوع نظرا للإشكالات التي أفرزها هذا التعديل الذي في أساسه هو نوع من الاستجابة لضغوطات المجتمع الدولي والوطني والجمعيات النسوية المطالبة بتحرر المرأة، لذا وجب الإجابة على هذه الإشكالات من خلال الدراسة هذه والتي تهدف في أساسها إلى جملة من الأهداف والتي يمكن أن أدرجها فيما يلي:

أولا / من الناحية العلمية :

1) فتح آفاق جديدة للباحثين في مجال قانون الأسرة للإحاطة بالآراء المختلفة حول الولي في عقد الزواج وتسليط الضوء على الآراء الفقهية المختلفة وترجيح الأقوى دلالة وحجية.
2) إبراز مكانة الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري و القانون المقارن.
3) تحديد الآثار المترتبة عن غياب ركن الولي في عقد الزواج وما مذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد المركز القانوني للولي.

ثانيا/ من الناحية العملية :

1/ تتبع أهمية الدراسة من خلال البحث في الولي في الزواج نظرا إلى إحاطة الشريعة الإسلامية لهذا الميثاق الغليظ بهالة من القدسية بضرورة إبراز مكانة الولي في عقد الزواج حفاظا على الروابط الأسرية .

2/التضارب والتعارض بين ما هو معمول به في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بالإضافة إلى تحديد مدى تقيد المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في مسألة الولي في عقد الزواج.

3/ محاولة العمل على تحليل هذا الموضوع وبيان صورته على حقيقتها بحيث أن ما قد لاحظته أن ما كتب في موضوع المركز القانوني للولي في عقد الزواج من الأبحاث والدراسات السابقة قليله بالنسبة للموضوعات الأخرى التي كتب فيها شراح القانون خاصة فيما يخص قانون الأسرة من حيث الكم والكيف .

إن موضوع الولي في عقد الزواج ومركزه من الموضوعات التي طرحت العديد من التساؤلات على المستوى القانوني والعملي معا،والتي سادها الغموض في تطبيق النص القانوني لذا وجب تحديد وضعه في إطاره المناسب له، والذي كفلته الشريعة الإسلامية أولا لتأتي بعده القوانين الوضعية، والذي تم المساس بهذا الأخير الذي مسه التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري في تقنين شامل لأحكام مواد قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما جعلني أختار موضوع المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون باعتبار المركز الريادي للولي ودوره في حماية المرأة ومصالحها حتى قبل نشوء عقد الزواج، تترجم هذه الحماية وتنعكس بعد إبرام هذا الأخير وعلى مدى استقرار وثبات الأسرة.

وفي خضم كل ذلك فأسباب اختياري لهذا الموضوع بالذات قد أوجزها فيما يلي:

أولا/ أسباب موضوعية :

1/وجود كم هائل من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي أولت مكانة ودرجة عالية للولي في عقد الزواج والأحكام التي قررتها في مسألة الولاية في الزواج التعديل القانوني الجديد للمشرع الجزائري الذي أجراه بموجب الأمر 05 – 02 والذي مس بالمركز القانوني للولي في عقد الزواج والذي لم يحسم فيه أمره من مركز الولي.

2/تعدد وتشعب الآراء الفقهية من اشتراط الولي أو ركنيته في عقد الزواج وتباين الأسانيد المدعمة لآرائهم.

3/ ما لوحظ على مستوى مكتبتنا الجامعية من فقر تام وخلوها الزواج المعالجة لهذا الموضوع وذلك لمحاولة إثراء مكتبتنا الجامعية بهذا البحث المتواضع لأثبت مرونة الشريعة الإسلامية و ملائمتها لروح العصر وصلاحها لكل زمان ومكان حتى لا تكون حجة للمعاندين الذين يزعمون

أن الشريعة الإسلامية غير صالحة لكل زمان ومكان وأنها جامدة لا تتلاءم وتتفق مع روح العصر، فأردت من خلال هذه الدراسة أن أثبت لهؤلاء مدى مرونة التشريع الإسلامي من خلال تسليط الضوء على المركز القانوني للولي في عقد الزواج .

ثانيا / أسباب ذاتية :

1) سوء فهم بعض الأفراد للحكمة الأساسية من اشتراط الولي في عقد الزواج وأهميته في انعكاسه على تنشئة الأسرة وأهدافها.
2) المشاكل التي واجهت الأفراد عند إبرام لعقد الزواج والتصادم بين ما هي أعراف مرسخة في المجتمع والتي منبعها الشريعة الإسلامية و الإهمال والتهميش النسبي لدور ومركز الولي في عقد الزواج والنتائج المترتبة عن ذلك.
3) البحث عن الأسباب و الدوافع الرئيسة التي أخذ بها المشرع الجزائري في التعديل الأخير الذي مس الولاية في الزواج خاصة المركز الولي في عقد الزواج والتأثر الواسع للمشرع الجزائري بضغوطات الاتفاقيات الدولية والجمعيات النسوية المطالبة بالمساواة بين المرأة والرجل وحرية المرأة في حياتها.

المنهج المتبع في البحث :

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدت على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الذي يتوافق ويتلاءم وطبيعة موضوع وأهداف الدراسة ويحلل الموضوع تحليلا دقيقا ومعللا بالإضافة إلى اعتماد المنهج المقارن الذي يساعد في مقارنة الدراسة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هذا من جهة والتشريع الجزائري وتشريعات البلدان العربية من جهة أخرى وترجيح الأقوى حجية مع البعد.كل البعد عن التعصب والهوى .

وقد توسمت تقسيم هذا الموضوع إلى مقدمة و فصلين وخاتمة أما المقدمة فقد تناولت فيها بعض الأمور اللازمة كتمهيد لموضوع البحث من بيان أهمية الموضوع وسبب اختياره .

أما في الفصل الأول فقد تناولت فيه: أحكـــام الولايـة في الزواج في الشريعــة الإسلامية وهذا الفصل ينطوي على مبحثين، ففي المبحث الأول تطرقت إلى مفهوم الولاية في الزواج وفي المبحث الثاني فقد خصصته مـوقف الفقــه الإسـلامي من الـولي في عقـد الـزواج.

أما في الفصل الثاني فقد عالجت موضوع الفصل الثاني: الولي في عقد الـزواج في قـانون الأحـوال الشخصيـة وهو الأخر يتضمن مبحثين، ففي المبحث الأول فتناولت: الولي في عقـد الزواج في قـانون الأسـرة الجزائـري،أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة: أثــر تخــلـف الـولي في عقـد الــزواج.

إن نشوء الأسرة في الإسلام لا يتأتى إلا بعقد شرعي يتم بين طريفين رجل وامرأة والأسرة في الإسلام ليست فقط مجرد عقد بل هو ميثاق غليظ، قال تعالى: "وأخذنا منكم ميثاقا غليظا" بل هو عقد حيث يترتب عليه التزامات على عاتق كل واحد منهما، حيث أن الوظيفة الأساسية التي شرعها الله عز وجل، ألا وهي إعمار الأرض عن طريق النسل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" تكاثروا تناسلوا فإني مباهي بكم الأمم يوم القيامة"، فالزواج هو الوسيلة الشرعية لإنجاب الأبناء والمحافظة على هذه الرابطة الزوجية التي باركها الله عز وجل وشرعها لعباده والتي تقوم على أساس المودة والرحمة .

وبما أن الزواج في التشريع الإسلامي يكون بين أسرتين وليس فردين، فقد نص ديننا الحنيف وحفاظا وصونا للمرأة من حضور مجالس الرجال شرع الله عز وجل الولاية، والتي تكمن في تولي وليها الشرعي عقد زواجها، كما أكدت الشريعة الإسلامية الغراء على عدم إجبار الولي لمن هي في ولايته على الزواج ممن لا ترغب فيه وهو يفضله، وبالتالي لها الحق في اتخاذ القرار، ويبقى على وليها إضفاء الصبغة الشرعية عليه وهو التعبير عن إرادتها هي، فهو له سلطة القيام بالعقد وهي لها القرار.

والولي في الشريعة الإسلامية يعتبر الناطق الرسمي نيابة عن موليته، فهو بمثابة ناطق أو ممثل رسمي للحكومة أو لرئاسة الجمهورية مثلا، هذا الأخير يعبر عن رأي الحكومة ولا يعبر عن رأيه هو، فبوجوده في مؤسسة أو هيئة ما لا يعني أنه يحط من قيمة المؤسسة و كرامتها أو حريتها و في صدق مواطنتها بل بالعكس فإنه يضفي عليها هالة من الاحترام والوقار والتنظيم.

وقد حدد الإسلام حقوق وواجبات كل فرد من أفراد هذه الأسرة وبين لهم المسؤولية الملقاة على عاتقهم، والتي عليها يترتب الجزاء في الدنيا والآخرة، وبما أن الزوج هو الملك فقد كرمه الشارع عز وجل الحق في إبرام جل العقود و الاتفاقات التي تقوم بإبرامها مؤسسة العائلة، ولكي لا يطغى ولا يتعسف هذا الملك في هيمنته وغطرسته في استعمال سلطاته في إجبار من هي في ولايته حددت له الشريعة الإسلامية مبادئ وأسس تقوم عليها مسؤولية ولايته، فهي تكليف وليس تشريف باعتباره ملك، لكن هذا الأخير هو الذي يقوم بتولي ولاية التزويج، فالمواطنة الحقة تقتضي قيام الدولة بالسهر على شؤون مواطنيها وأن تمثل المواطن بالعلاقات الخارجية والزواج يعتبر من أكبر الصفقات الكبرى في حياة الفتاة بإبرام اتفاق مع طرف خارجي عن الأسرة يلحق بها مباشرة بعد العقد ويصبح جزءاً منها، والولي هو المخول شرعا وعرفا ومنطقا

بإضفاء الصبغة الشرعية على هذا العقد المبرم بين طرف من أطراف أسرته وتحت رئاسته من جهة ورجل أجنبي عنها من جهة أخرى.

وقد عرفت الجزائر فراغا قانونيا بعد الاستقلال في مجال الأحوال الشخصية، خاصة فيما يتعلق بمسألة الزواج والطلاق، فكانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية لسد الفراغ الحاصل، و مع تعدد وتنوع المذاهب الفقهية ارتأت الجزائر أن تأخذ بالمذهب المالكي الذي يتلاءم وطبيعة المجتمع الجزائري باعتباره من الشعوب المحافظة على القيم والأخلاق والأعراف المتشبعة من روح الشريعة الإسلامية الغراء.

وتعتبر الولاية من المسائل التي ثار فيه الجدال بيذن مؤيد ومعارض، وذلك بتأثير من الاتفاقيات الدولية والتيارات النسوية المنادية بمساواة المرأة بالرجل في الحقوق والواجبات.

ولذلك فقبل التطرق إلى الولاية من وجهة نظر القانون كان لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتسليط الضوء عليها من خلال تبيان ماهيتها وأحكامها ومشروعيتها، وهذا ما سيتم معالجته في الفصل الأول الذي سيتم تبيانه لاحقا.

ومن ذلك يثور التساؤل حول ماهية الولاية؟وما أساس وجودها وأهميتها في عقد الزواج من منظور التشريع الإسلامي؟

وللإجابة على التساؤل المطروح سوف يتم عرض ماهية الولاية في الزواج من خلال الفصل الأول والذي ينطوي على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزواج.

المبحـــــث الأول: مفهـــوم الولايـــة في ا لـــــزواج

لقد كانت الولاية من أهم الانشغالات التي تناولها الفقه و أخضعها لآرائه وانتقاداته فإن تعريف الولاية لم يسْلم من ذلك،وهذا ما نتطرق إليه في هذا المبحث الذي قُسم إلى مطلبين:

المطلـــب الأول : تعـــريـــف الولايـــــة في الـــــزواج :

لتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب أولا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما تم كتابته من طرف الفقهاء في مسألة الولاية في الزواج :[1]

تعريف الولاية لغة و شرعا:

لقد جاءت للولاية في عقد الزواج عدة تعاريف، و ذلك باختلاف الفقهاء و يتأرجح مفهومها بين المفهوم اللغوي و الاصطلاحي، و هذا ما سنحاول التطرق إليه .

الفـــرع الأول: الولايـــــة في اللغـــة

الولاية يفتح الواو وكسرها مصدرها ولي يقال: فلان ولي الشيء وعليه، إذا ملك أمره وقال سبويه:الولاية بفتح الواو المصدر ،وبكسر الواو الاسم مثل الإمارة والنقابة والولي من ولي أمر غير.

ومعناها اللغوي أحد معان ثلاث:

- النصرة :قال تعالى:" ومالكم من دون الله من ولي ولا نصير "
- السلطة: لأن كون الشخص ذا ولاية على شيء أن تكون له سلطة عليه.
- تولي الأمر والتصرف فيه،لأن من ولاه الشرع والقانون على قاصر أو مجنون أو معتوه... معناه أنه ولاه أمر التصرف في شؤونه.[2]

وتكون الولاية بمعنى القرابة والنصرة والمحبة فتأتي الواو مفتوحة وكسورة، وكلا المعنيين مراعى في الولاية، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والعمل... كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب ودعامة قوية من دعائم تحقيق هذه النصرة. [3]

---

[1] بوسطلة شهرزاد، **مجلة المنتدى القانوني**، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص 36.

[2] الأكحل بن حواء، نظرية الولايةفي الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، سنة 1982، الجزائر، ص 14.

[3] هاني بن عبد الله، (د، س، ن).

وتعرف الولاية أيضا أنها اسم من وليت الشيء ولايته وقمت عليه ودبرت شؤونه ونصرته والولي في لغة العرب القرب والدنو ،وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى:"فاليملل وليه بالعدل " وولي المرأة من يلي عقد نكاحها [1]

الفـــــرع الثـــــاني: الولايـــــــة شـرعـــــا

أما معناها الفقهي، فقد اختلفت فيه تعاريف الفقهاء فبعضهم عرفها :

بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر تدبير شؤونه الشخصية والمالية وبعضهم عرفها بأنها :

- " القدرة على إنشاء العقد نافذا "
- وبعضهم عرفها بقوله:
- " تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"

وهذا التعريف منتقد من ناحيتين :

أولا : ناحية أنه اقتصر على ذلك الأقوال دون الأفعال في الولاية .

ثانيا :أنه عرف الولاية بيان حكمها وهو أمر تأباه التعارف والنقد من هذه الناحية يوجه أيضا إلى التعريف الثاني.[2]

- أما التعريف الأول فيوجه إليه النقد من ناحية أنه لم يتضمن أوجه القرابة في الولاية الأمر الذي يدعو إلى البحث عن تعريف أخر للولاية ليسلم من النقد،وهذا التعريف يمكن أن يكون كما يلي:
- الولاية سلطة ثابتة لشخص بالغ تخوله لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات الشرعية النافذة بالنسبة لنفسه وغيره.

وتعرف اصطلاحا: بأنها سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه أو التصرف في ماله فهي بذلك ولاية قاصرة أما إذا كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي ولاية متعدية.[3]

---

[1] بوكايس سمية، مجلة الفقه والقانون،العدد 20، بتاريخ: 02 يونيو 2014، ص 156.

[2] هاني بن عبد الله نفس المرجع السابق، ص

[3] بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 39-40.

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية على النفس وهي الإشراف على الشؤون الشخصية للمرأة مما يعني أن ولاية الزواج هي أن يقدم شخص كبير راشد عل تدبير شؤون الزواج للمرأة المحتاجة لذلك.[1]

المطلـــب الثاني: أدلـــة مشـــروعـيتـــهـــا

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهمية وما يترتب عليها من آثار في حياة الإنسان فمشروعيتها مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده ولذلك أصبحت أهمية الولاية لها من الأهمية البالغة في حياة المسلمين على مختلف العصور و لقد وردت عدة نصوص شرعية تدل على اعتبار رأي المرأة في عقد الزواج وذهب كثير من العلماء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها.[2]

- وإلى أن الزواج لا ينعقد بعبارتها إذ أن الولاية تعتبر شرط صحة في العقد كما أن العاقد هو الولي واحتجوا بالعديد الأدلة الشرعية القوية الدلالة سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو المعقول وسيتم بيانها كالتالي:

الفـــرع الأول: من القـــرآن

- أ/ قال تعالى :"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يُؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون"– البقرة: الآية 232.

وقد ذكر فيها الشافعي رحمه الله أن هذه الآية دليل على أهمية مركز الولي ووجوده، فأن لو لم يكن له اعتبار لما كان لعضله معنى.

- ب/ وقوله تعالى :"ولا تنكحوا المشركين حتى يُؤمنوا".
- جـ/ وقوله:" وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله، والله واسع عليم.– النور :الآية 32.
- د/ وقوله عزو وجل:"... فانكحوهن بإذن أهلهن " النساء :الآية 25[3]

---

[1] بوسطلة شهرزاد ، نفس المرجع السابق ، ص 39– 40.

[2] بوكايس سمية، نفس المرجع السابق ، ص 156.

3 بوسطلة شهرزاد، مرجع سابق، ص 40.

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الأولى والثانية أن الله عز وجل قد خاطب بالنكاح الرجال وأضاف النكاح إليهم فدل على أنهم يملكون مباشرة العقد وليس النساء .

ووجه الدلالة في الآية (جـ) أنها وردت في الإماء لكنها تعد دليلا شرعيا على عدم جواز نكاحهن دون إذن أهلهن، ومن الممكن أن لا يكون ما يمنع ذلك في تطبيق نفس الحكم الذي يشمل غير الإماء.[1]

الفـــرع الثـــاني: من السنـــــــــة

قوله صلى الله عليه وسلم :"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "

وجه الدلالة من الحديث،أنه ينفي وجود نكاح شرعي من دون ولي ،وإذا تم نكاح دون ولي فهو ليس نكاح،أي أنه باطل.[2]

وقوله صلى الله عليه وسلم بما رواه مسلم من حديث ابن عباس "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"

وما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة :" لا تنكح الأيم حتى تستأذن "

كما ما ورد عن عائشة – رضي الله عنها– قالت: قلتُ: يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن ؟قال: نعم قلت: فإن البكر تستأذن فتستحي قال: إذنها صماتها، فنهى أن تُنكح بدون استأذانها"

وحديث أبو داود والنسائي وابن ماجة وأحمد في مسنده ،عن حسين بن جرير عن أيوب عن عكرمة،عن ابن عباس:"أن جارية أتت النبي صلى الله عليه وسلم:– فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه الصلاة والسلام "

وما أخرجه الدار قطني عن ابن عباس :"أن النبي صلى الله عليه وسلم،رد نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان "وأخرج النسائي في سننه حديث خنساء وفيه أنها كانت بكرا رواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت:" أنكحني أبي وأنا بكر فشكوت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال:لا تنكحها وهي كارهة"[3]

---

1 اسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)بين الحنفية والشافعية**، دار الحامد للنشر والتوزيع، طبعة 2009،الأردن ، ص 116– 117.

2 أماني علي المتولي، **الضوابط الشرعية والقانونية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق**، دار الكتاب الحديث، سنة 2010 مصر، ص 43.

3 بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 36_37.

وما روي أن فتاة جاءت للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء"

ومع كل ماتم عرضه من نصوص وأدلة شرعية دلت في مجملها على أن ليس للولي لإجبار من هي في ولايته على الزواج وعلى الاعتداد برأيها، وهذا يدل على أن المرأة رضاها معتبر في عقد الزواج.[1]

المطلب الثـــالث : أقســـام الـــولايـــة

لقد قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين:

الفـــرع الأول : ولايـــة اختيـــار

و تعني حق الولي في تزويج المولى عنه بناء على اختياره و رضاه وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت عند الحنفية المبالغة ثيبا كانت أم بكرا و هي عند الشافعية تثبت للثيب البالغة بينما جعلها المالكية و الحنابلة للثيب البالغة و للبكر المرشدة .[1]

وهي التي تعتبر ولاية كاملة،لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه.ولا يشاركه فيه أحد، و أما الولاية الثانية،وهي تثبت على البالغة العاقلة، و ذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج و ينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار، كما تسمى، ولاية الشركة، ولأنه ليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الاختيار، و يتولى هو الصيغة، وأبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة، ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج، ولذلك فقد أطلق عليها الحنفية اسم ولاية استحباب.[2]

---

[1] بوسطلة شهرزاد، مرجع سابق، ص 36- 37.

[2] الإمام أبو زهرة،**الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي،،(د، س، ن)، مصر، ص 107.

الفـــرع الثـــاني: ولايـــة الإجبـــار

هي التي ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره ولذلك بتهميش رأي المرأة كما يقررونها الحنفية على الصغيرة وإن كانت ثيبا وفي حالات نقص الأهلية أو عيوبها من سفه وغفلة وجنون وغير ذلك، لعلة الصغر،بحيث المولى عليه لا يعترض على تصرف موليه دون أخد رأيه، وقد سماها الفقهاء ولاية إجبار أو ولاية حتم وإيجاب.[1]

وعلة ولاية الإجبار عند الأحناف الصغر، أما عند المالكية فتثبت للبكر البالغة .

المبحث ا لثـــاني: مـــوقف الفقـــه الإســـلامي من الولي في عقـد النكـــاح.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بأغلب مذاهبها المتعددة في شرط الولي في عقد النكاح ومدى ضرورة اشتراطه، وفي مدى صحة الزواج بعبارة النساء، فهناك من أجاز صحة هذا العقد بعبارتهن بنشأته صحيحا لا غبار عليه أي أن المرأة لها كامل الحرية في أن تباشر عقد زواجها بنفسها .[2]

وعلى عكس الرأي السابق هناك فريق له رأي آخر في مدى صحة العقد بعبارة النساء وقالوا بعدم نفاذه أصلا، وأن المرأة لا يجوز لها أن تباشر عقد زواجها لا لنفسها ولا لغيرها.

ومما سبق سنتعرض إلى آراء الفقهاء المتباينة ومناقشة أدلتهم كالأتي بيانه :

المطلب الأول: القائلين باشتراط الولي في الزواج وأدلتهم

ثبت الخلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة الولي في عقد النكاح وعدم ركنيته، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الولي ركنا من أركان عقد الزواج أي أن النكاح بدون ولي باطل، واعتبروا هذا الأخير شرط صحة في عقد النكاح.

يرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز للمرأة تزويج نفسها ولا غيرها سواء أكانت بكرا أم ثيبا شريفة أو دنيئة، أو مهما كانت صفتها سواء كان بموافقة وليها أو بدون موافقته فإن مآله الفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا ما قال به الإمام ابن جزي[3]

---

1 بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق،ص 41.

[2] اسماعيل، أبا بكر علي المومني، نفس المرجع السابق، ص 113.

3 أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دار الجامعة الجديدة، مصر،سنة 2011، ص 77.

الفـــرع الأول: أدلتهم من الكتـــــاب

قوله تعالى :"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"–البقرة:الآية 232.

ففي هذه الآية نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن عضلهن قصد الإضرار بهن حين انقضاء عدتهن من الرجوع إلى أزواجهن وحصل بينهم طلاق ورغبن في الرجوع إليهم بعقد جديد، ودل في قوله تعالى:" ولا تعضلوهن" إذا لو كان أمرهن بأيديهن لما طلب الشارع الحكيم من الأولياء عدم المنع،فهذا دليل على عدم حرية النساء في تزويج أنفسهن.

تنقضي عدتهن، بقوله :" ولا تعضلوهن" أي أن المخاطب هنا هم الرجال وليس النساء، ولذلك فمن كان أمره بيده لا يقال إلى غيره منعه منه بحيث أنه لا معنى لمنع غيره له.

قال الشافعي –رحمه الله– :"هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"

والدليل على أن الخطاب في قوله تعالى :" فلا تعضلوهن" مخاطبا بها الأولياء في سبب نزول الآية كما قال بها ابن جرير الطبري، والقرطبي وغيرهم .

قال جرير –رحمه الله– : أن هذه الآية نزلت في لأجل كانت له أختا متزوجة من ابن عم لها فقام بتطليقها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها،ثم خطبها فأبى أخوها أن يزوجها إياه، ومنعها منه وهي راغبة به، وقد اختلف أهل التأويل فيه فنزلت الآية في شأنه.[1]

فقال بعضهم أنه كان معقل ابن يسار المزني كانت أخته تحت أبي البذاخ فطلقها هذا الأخير وتركها حتى انقضت عدتها ثم جاء ليخطبها مرة ثانية وأبى أخوها أن يزوجها إياه: وقال:وجهي من وجهك حرام أن تتزوجيه، فنزلت الآية، قال مقاتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم معقلا،فقال: إن كنت مؤمنا فلا تمنع أختك عن أبي البذاخ ، فقال: آمنت بالله وزوجتها منه.

وقال آخرون نزلت هذه الآية دليلا على نهي الرجل من هي في ولايته بقصد الإضرار بها بعضلها عن الزواج.[2]

---

1 عوض بن رجاء العوفي،**الولاية في النكاح**، مكتبة الملك فهد الوطنية،الطبعة الأولى، 2002، الجزءالأول،السعودية،ص 69-70.

2 الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 21.

فهذه الآية في نظر الجمهور تبين لنا مدى سلطة الولي على من هي تحت ولايته في الزواج حتى ولو كانت ثيبا، وحتى ولم يكن وليها هو الأب، ففي هذه الآية المولى عليها كان أخوها وبالرغم من ذلك فإن سلطة الولي قائمة في حق موليته،لأنه لو لم يكن له اعتبار وسلطة قائمة لما استدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وطلب منه ألا يمنع أخته من الرجوع إلى زوجها بعقد جديد، وترك لها حرية تزويج نفسها بمن ترغب، خاصة وأن هذه الآية نزلت لبيان حكم في التشريع الإسلامي .

والعضل بجعله إلى الأولياء في قوله:" ولا تعضلوهن" بمعناه الحبس والتضييق والمعنيين مليهما وارد فلما نهى الشارع الحكيم الأولياء عن العضل لما فيه من ضرر التضييق على مولياتهم دل على حق الأولياء في ذلك فيما نهو عنه.[1]

ومما يستخلص من الاستدلال بالآية الكريمة على اشتراط الولاية في النكاح ما يلي:

_ أولا : المقصود بقوله تعالى:"فبلغن أجلهن" انقضاء العدة وسقوط حقه في إرجاع زوجته بدون عقد جديد كما قال الشافعي:"دل سياق الكلامين على افتراق البلوغين"

وهذا المعنى كان الإجماع بين جل المفسرين.

_ ثانيا : المخاطب بقوله تعالى :"فلا تعضلوهن" هم أولياء النساء ودليلهم سبب نزول الآية.

_ ثالثا:المقصود بالأزواج في قوله تعالى:'أن ينكحن أزوجهن" هن الذين كن في عصمتهن من قبل وحصلت بينهما طلاق كما في سبب نزول الآية، ولا يمنع أن يشمل الحكم اللواتي لهن أزوجا أو سيكون لهن مستقبلا.

الدليل الثاني :

في قوله تعالى :"ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" –البقرة : الآية 221–

وجه الاستدلال من الآية :أن هذا الخطاب موجه إلى الأولياء فنهاهم بعدم إنكاح مولياتهم إلى المشركين حتى يؤمنوا، لما قد يلحق من ضرر جسيم للمسلمة ،فالآية الكريمة دلت على أن النكاح يقع بأيدي الرجال وليس بأيدي النساء،ولو كان أمر الإنكاح للنساء لما خاطب الشارع الحكيم الأولياء دونهن، فالآية لم تدل على منع المرأة من تزويج نفسها من مشرك ،وإنما نهى الأولياء ونكاح المرأة من غير مسلم غير جائز بالإجماع. [2]

[1] الأكحل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 21.

[2] عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، ص 68–69–70

وقد قال في شأنها القرطبي وغيره أن الآية دليل بالنص على أن: " لا نكاح بدون ولي"،وقال الصنعاني في _سبل الكلام_ باستدلال الولاية في النكاح تعقيبا على قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" الخطاب موجه للأولياء بأن لا ينكحوا موليتهم إلى المشركين.

ومن المعلوم عدم جواز زواج المسلمات من المشركين، فالأمر للولي في تولي النكاح لا للنساء.

والآية خطاب لكافة المشركين المكلفين الذين خوطبوا بصدرها بقوله :"ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمن"والمراد بها الأولياء الذين لهم سلطة الإنكاح الأولياء أو عند عضلهم يكون السلطان الذي يمثل الدولة بمقام الولي بدليل قوله:"فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

وهذه الآية دليل بالنص على أنه لا نكاح بدون ولي، قال محمد بن علي بن الحسين :النكاح بولي في كتاب الله بقوله :"ولا تنكحوا المشركين" وقد اختلف أهل العلم في النكاح بغير ولي.[1]

الدليل الثالث :

قال تعالى:"وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم "

فالخطاب في قوله: وانكحوا " المقصود به الأولياء ودلالته على اشتراط الولاية في الزواج من عدة نواح :

–أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء.

– ومنها أن صيغة الأمر الدالة على الوجوب فيدل ذلك على أنهم هم المكلفون.

و منها: أن الله أمرهم بإنكاح نسائهم و عبيدهم و إمائهم ،مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء، و أن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم ،ولذلك قال شيخ الإسلام إبن تيمية رحمة الله عليه: " فخاطب الله الرجال بإنكاح الأيامى كما خاطبهم بتزويج الرقيق".[(2)]

_ وقال تعالى في حكاية عن شعيب في قصة موسى عليهما السلام :"إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين"

وهذه دليل على أن النكاح يكون بيد الرجال لا النساء.

واستدل الجمهور باستدلالهم على وجوب شرط الولي في عقد النكاح على الفريق القائل بعدم اشتراطه،والقائم على إسناد النكاح إلى المرأة دون الرجل في جل الآيات السابق ذكرها بضرورة وجود هذا الأخير في العقد.[1]

---

1 الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 22.

[2] عوض بن رجاء العوفي ،مرجع سابق، ص 84.

الدليل الرابع :

"وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح وأن تعفوا ذلك أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير" –البقرة :الآية 237–

وقد قال بموجبها الفخر الرازي :" للشافعي أن يتمسك بهذه الآية للدلالة على أنه لا يجوز النكاح بدون ولي، بدليل إجماع جمهور المفسرين على أن المقصود بقوله :"أو يهفو الذي بيده عقدة النكاح" هو الزوج أو الولي واستدلال على أنه الزوج باطل،لأنه لا سلطة له على إبرام عقد الزواج لذلك فالاستدلال هنا يحمل على أن المقصود هو الولي فقط لا غير.

الدليل الخامس:

قوله تعالى: إني أُريد أن أُنكحك إحدى ابنتي هاتين"

الآية دليل على أن أمر النكاح للأولياء الرجال دون النساء والآية الكريمة في قول نبي الله صالح مدين ابنته موسى– رضي الله عنه –وشرع ما قبلنا لم يأت دليل على نسخه في شرعنا فكيف إذا ما جاء في شرعنا ما يؤكده ويؤيده، وهذه الآية دليلا قويا على أن الولاية في النكاح هي سنة السلف من الأنبياء و الصالحين قبل بعثة نبينا الكريم عليه أفضل الصلوات والتسليم.[2]

الفـــرع الثـــــاني :أدلتهم من الســـنة

إن اشتراط الولي من السنة النبوية هي الأساس بأدلة كثيرة سيقت من الفريق القائل بضرورة اشتراط الولاية في النكاح نذكر من بينها :

الدليل الأول :

قوله صلى الله عليه وسلم: الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها"

ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ الأيم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا، وقد جعل الحق في الزواج حقين، حق للولي وهو مباشرة عقد الزواج برضاها، وحقها هي أحق وأولى

---

[1] الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 24.

2 عوض بن رجاء العوفي ،مرجع سابق، ص 88

من وليها ولا يكون لها الحق في ذلك إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، وبمهر أقل من مهر المثل وكان الزوج غير كفء. [1]

و لكن من الممكن أن يرد على هذا بأن معنى قوله صلى الله عليه و سلم (أحق بنفسها) ليس محصورا فقط في أن تتزوج دون رضا الولي. فهناك الكثير من الحالات التي من الممكن أن يشملها قوله صلى الله عليه و سلم (أحق منه)، كأن تباشر العقد بنفسها بحضور وليها، وكذا تحديد وقت و مكان العقد، وحقها في اختيار زوجها أو الإذن، وغيرها من الحالات التي ترجع منفعتها الخالصة للمرأة. فتوجيه قول الرسول لهذا المعنى فقط، لا دليل له و الله أعلم.

ولو سلمنا فرضا بصحة المعنى، فإن هذا الحكم لا يشمل كل امرأة، بل يخص الثيب لا البكر،لأن الأيم هنا هي الثيب. ويؤد ذلك ما جاء في تتمة الحديث (و البكر تستأمر) فعلم أنه أراد الثيب إذ ليس هناك قسم ثالث.[2]

مع أن هذا الحديث لا يتعارض مع محتوى النصوص التي دلت على اشتراط الولاية، كما أن للولي، كم أن للولي حق تزويج الثيب،كما لها الحق في تزويج نفسها وحقها أرجح من حقه بدليل صيغة التفضيل، ولما كان الحق في تزويج نفسها لم تجز الشريعة الإسلامية الحق في إجبارها على الزواج إلا باستشارتها بدليل كل النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة.[3]

الدليل الثاني :

قوله صلى الله عليه وسلم :"لا نكاح إلا بولي"[4]

وجه الاستدلال من الحديث على اشتراط الولي في الزواج، الحديث صريح على إبطال عقد الزواج بدون ولي، وما روي عن هذا الحديث عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة _ رضي الله عنهم _ وقد ذكرها سعيد ابن المسبب وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد ين سفيان الثوري والعديد من الفقهاء والمفسرين.[5]

---

1 اسماعيل أبا بكر علي البامري، ص114.

2 اسماعيل أبا بكر علي البامري مرجع سابق ، ص 114.

3 اسماعيل نواهضة ومن معه، **الأحوال الشخصية في فقه النكاح**، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010 الأردن، ص 108

4 الأكحل بن حواء ،نفس المرجع السابق، ص24.

5 أحمد شامي، مرجع سابق، ص 77.

وفي رواية أخرى عن أبي بردة قال عليه الصلاة والسلام :"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" فوجه الدلالة من الحديث أن المرأة ليس لها الحق في تزويج نفسها ولا غيرها بدون وليها والحديث ينفي الصحة عن النكاح الذي أُبرم بدون ولي، أي أنه باطل ولا ينتج آثاره ولا يبقى أمامه إلا الفسخ.

الدليل الثالث :

ما وراه عبد الله عن بُريدة ،عن عائشة _رضي الله عنها_ قالت : جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم: فقالت: يا رسول الله: إن أبي _ ونعم الأب هو _ زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: إني أجزت ما قد صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء"– رواه الإمام أحمد والنسائي و الدار قطني _

فإقرار النبي عليه الصلاة والسلام للفتاة "ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء" دليل على أمر نكاحهن بأيديهن وهو حق ثبت لهن وحدهن وليس لآبائهن فيه شيء بل هو مراعاة للحشمة والحياء وصونا لكرامة المرأة من حضور مجالس الرجال.

الدليل الرابع :

حديث عائشة _ رضي الله عنها _ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها،فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "_ رواه أحمد ، وأبو داوود، وابن ماجة_[1]

ووجه الاستدلال من الحديث أن نكاح المرأة بدون إذن وليها مآله البطلان، والحديث هو حديث عام يشمل كل النساء دون استثناء بقوله عليه الصلاة والسلام:" أيما " .

وتأكيد النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ" باطل " ثلاث مرات تأكيد بطلان زوج المرأة لنفسها بدون وليها وأن ولاية النكاح من حق وليها .[2]

---

1 عوض بن رجاء العوفي ، نفس المرجع السابق ،ص 112– 113

[2] اسماعيل أبا بكر على البامري، نفس المرجع السابق، ص114.

الدليل الخامس :

روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة اعتذرت بأعذارها من جملتها أن أوليائها غُيب فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله".

ووجه الاستدلال من الحديث أن الرسول عليه الصلاة والسلام تزوج ن أم سلمة ولم يكن أوليائها حاضرين فدل على صحة النكاح دون ولي .

والمردود على هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج من أم سلمة بكونه وليا عليها كونه السلطان، والسلطان ولي من لا ولي له، بالإضافة إلى خصوصية ولاية الرسول عليه الصلاة والسلام على باقي المسلمين بدليل قوله عز وجل :"النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم"[1]

ومن الأدلة التي جاءت في الأثر نوجز بعض منها كما يلي:

أولا: أن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر الزواج وتخطب ثم تقول اعقدوا فإن النساء لا يعقدن.

ثانيا: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فرق بين رجل وامرأة زوجها غير وليها، وقال: لا تتزوج المرأة إلا بولي.

وأما دليلهم من العرف والعادة :

كما جرى التعامل به والسائد بين مختلف العرب في صدر الإسلام أنه لم يحدث وان زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها، "والعادة محكمة" كما تقول القاعدة الفقهية.

وإلى جانب كل النصوص سواء كانت من الكتاب أو السنة هناك جانب يتعلق بطبيعة المرأة ونفسيتها نظرا لما جبلت عليه من رقة الشعور والعاطفة فقد تؤدي بنفسها على ما لا يحمد عقباه بزوجها من رجل قد تندم عليه مستقبلا من حيث لا ينفع ندم وما قد تلحق بعائلتها ووليها من العار، لذلك فأن مصلحة المرأة في ولاية وليها عليها لكون هذا الأخير له من الإدراك ما يميز به شخصية الرجال ومعرفتهم على حقيقتهم[2].

---

1 اسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق ،114.

[2] الأكحل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص26.

ويرجع اختلاف العلماء في اشتراط الولي من عدمه إلى جملة من الأسباب من بينها أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما اتفقوا في المسائل والشروط الواجب توفرها في العقد بدليل الاختلاف بين الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، بكون لابد من وجود الولي في العقد وإلا عد الزواج باطلا بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته عُد ركنا من أركان العقد ومن جانب آخر الحنفية الذين لم يعدوه ركنا في الزواج وبالتالي يجوز للمرأة أن تُباشر عقد زواجها بنفسها.[1]

المطلب الثاني :أدلة القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج وأدلتهم

لقد جاء الحنفية بنقيض ماجاء به الجمهور موقفهم وأدلتهم كما سبق ذكره فأجاز الحنفية أن تزوج المرأة نفسها وحتى تزويج غيرها، لكنهم وضعوا شروطا لكي تستطيع المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها، بحيث هذه الشروط تكون واجبة لصحة العقد ومن بين تلك الشروط أن يكون الزوج كفئا للزوجة، بالإضافة إلى أن لا تُزوج نفسها بمهر أقل من مهر المثل، فإذا لم تتوفر هذه الشروط جاز للولي الاعتراض على الزواج، وهذا ما جاء به الزهري .[2]

واستناد فريق الحنفية في رأيهم إلى أن الولاية على النفس والمال تثبت للشخص البالغ العاقل والكامل الأهلية سواء أكان رجلا أم امرأة، فكل العقود التي يبرمها كلا الطرفين تعتبر صحيحة ونافذة ما دامت مستكملة لكل شروطها الشرعية ولا تتوقف على إجازة أحد، فالمرأة البالغة الراشدة الكاملة الأهلية عندهم لها أن تزوج نفسها بكامل إرادتها، بشرط أن لا يكون الزوج غير كفء أو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل، ولا يجوز لغير وليها العاصب الاعتراض عن الزواج إذا لم تتوفر هذه الشروط.

وهنا يطرح التساؤل التالي: ما الحكم إذا زوجت المرأة نفسها بدون توفر الشروط المنصوص عليها وكان وليها معترضا على الزواج؟

وللإجابة على التساؤل المطروح اختلف فقهاء الحنفية في حكم العقد ويظهر احتمالين :

أ/ العقد نافذ والزواج صحيح.

---

1 محمد رأفت عثمان، **فقه النساء في الخطبة والزواج**، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، كلية الشريعة، جامعة الأزهر مصر.

2 أحمد شامي ، مرجع سابق ، ص 79.

ب/ الزواج غير صحيح والعقد باطل .[1]

فعند الحنفية وأبو يوسف أن الكفاءة، من حق الأولياء دفعا للضرر الذي يلحق بهم من العار أما إذا كان مرها أقل من مهر المثل وكان الغبن فاحشا، فإن العقد يعتبر صحيحا ونافذا لكن يظل غير ملزم في حق الولي، إذا يمكن لهذا الأخير الاعتراض ما لم يظهر عليها حملا ظاهرا أو تلد، فعدم إكمال الزوج لمهر المثل يبقى للولي حق اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد فأغلب على رأي الحنفية والمفتى به عدم لزوم العقد في حالة عدم رضا الولي نظرا لغياب الشروط السالفة الذكر.[2]

وقد ذهب فريق الحنفية والجعفرية إلى أنه يجوز للمرأة بأن تزوج نفسها بدون حضور وليها دون الحاجة إليه.[3]

وقد استدل فريق الحنفية إلى جملة من البراهين والدلائل الشرعية من الكتاب والسنة والمعقول وهي مبينة كالآتي:

الفـــرع الأول : أدلتـــهم من الكتـــــاب

فهناك العديد من الآيات أسندت النكاح إلى النساء كإسناد الفعل إلى فاعله والتصرف إلى من يباشره، كما أنها أكدت على الولي ونهته أن يمنعها من حقها ولو كان ذلك غير مباح وغير صحيح لما نهى الشارع الحكيم الولي عن منها منه.

الدليل الأول:

قال تعالى:" وإذا طَلَقتُم النساءَ فبَلغنَ أَجَلهُنَ فلا تَعضُلوهُنَ أن يَنكحنَ أزواجَهُنَ إذا تَرَاضَوا بينهُم بالمعرف ذاك يُوعَظ به من كان منكم يُؤمنُ بالله واليوم الآخر ذلك أزكى لكم وأطهرُ لكم والله يعلمُ وأَنتُم لا تَعلمون"- **البقرة 230**-[4]

---

1 جمعة سمحان الهلباوي، **الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، (د،س،ن)،الجزائر، ص 72.

2 جمعة سمحان الهلباوي، ص 71-72.

3 فاروق عبد الله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، جامعة السليمانية، كلية القانون، طبعة 2004 العراق، ص 88.

4 محمد رأفت عثمان، **عقد الزواج أركانه وشروطه وصحته في الفقه الإسلامي**، (د، ط)،(د، د، ن).

فقد قال أبو بكر الحصحاص : قوله تعالى:"فلا تعضلوهن" معناه لا تمنعوهن ولا تضيقوا عليهن في التزويج، وقد دلت هذه الآية جواز تزويج المرأة لنفسها من غير وليها كما نهى الشارع الحكيم عن عضلهن إذا تراضوا بين أزواجهن.

وجعل النكاح بأيديهن لأنهن هن محل وسبب النكاح.

كما أن هناك وجه آخر هو أن المرأة البالغ الحرة لا تتزوج إلا بإذنها فهي لا تتعدى الحالتين غما ثيبا أو بكرا، فالثيب لا تنكح إلا بإذنها، أما البكر في فالظاهر في أقوال العلماء أن ليس لأحد إجبارها على الزواج إلا كان وليها أبوها أو جدها، وهذه الحالة هي مستثناة في حديث آخر.

والاستدلال بمنع الأولياء من عضل من هن في ولايتهن فيه إثبات إلى حقهم في الولاية عليهن لا نفيها، وولاية الولي مصلحة ونظر فلو احتمل العضل في الآية أكثر من معنى، وجاء سبب نزول الآية مبينا وجاء سبب نزول الآية أن المراد أحدهما وجب اعتماده وترك ما خالفه.[1]

الدليل الثاني :

قال تعالى:"فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون" –البقرة :الآية 230–

ووجه الاستدلال بهذه الآية يظهر من خلال وجهين :

أ/ إضافة النكاح إلى المرأة في قوله :"تنكح".

ب/ نسب التراجع إلى الزوجين بدون ذكر الولي.[2]

الدليل الرابع :

قوله تعالى :" فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعلمون خبير"

- البقرة: الآية 234–.
- ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها تضمنت النهي عن التريث عليهن فيما يفعلنه في أنفسهن بدون إذن أوليائهن والمقصود هنا هو النكاح .[3]

الدليل الخامس:

1 عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق ،ص 157–158.

2 الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 29.

3 .عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، ص ص 185–166.

قال تعالى :"...وامرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين..."– الأحزاب : الآية 50–

وجاء في هذه الآية اعتبارها دليلا على انعقاد عقد الزواج بلفظ المرأة وهي نص على ذلك

وذلك لو لم تكن تملك عقد النكاح لما ملكت أن تهب نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم وظاهر الآية أن هبتها لم تتوقف على إجازة وليها .

وقد ظهر ثلاث أقوال في هذه الآية :

القول الأول: لا تعتبر دليلا على صحة إنكاح المرأة لنفسها لغير رسول الله ،وكون النكاح من دون ولي من خصائصه صلى الله عليه وسلم وهو المشهر بين مذهب جمهور الفقهاء .

وأما القول الثاني والثالث فلا ذكر فيه لإسقاط الولي ويدل ذلك قوله:"إن أراد النبي أن يستنكحها " وهذا دليل على أن المرأة المؤمنة لا تحل للنبي بمرد أنها وهبت نفسها له وإنما الأمر متروك له عليه الصلاة والسلام إن أراد أن يتزوجها وإلا ترك فيكون النكاح مستأنفا، أي أن المقصود من الهبة هو سقوط الصداق الذي هو خالص للمرأة .[1]

الفـــــرع الثـــاني : أدلتـــهم من السنـــــة

الدليل الأول :

ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "الأيم أحق بنفسها من وليها " و الأيم هي التي لا زوج لها سواء أكانت ثيبا أم بكرا، وهذا أصح من الأحاديث التي استدل بها الفريق الآخر المخالف .[2]

قال الزيلعي : أن الشرع شارك بينها وبين الولي ثم قدمها (أحق) والعقد صحيح.

كما أن بعض من الفقهاء قالوا على أحقية المرأة بإنكاح نفسها بدون إذن وليها لكنه يبقى صحة نكاحها أو بطلانه موقوف على إجازته . وهذا ما ذهب إليه أبو ثور.

وجه الدلالة :

قالوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم النساء إلى بكر وثيب وخص الثيب بأنها هي أحق بنفسها من وليها .

---

1 عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع السابق، 165–166.

2 محمود محمد حمودة ومن معه، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ص 129.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه معارض للحديث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام:" والبكر تستأذن"و الإستأذان مناف للإجبار، فالثيب تخطب بنفسها عن طريق وليها سواء استأذنها في إبرام العقد أم لا.

يقول ابن حزم : الدليل على إجازة النكاح للبنت الصغيرة البكر أنهم استدلوا بإنكاح أبو بكر الصديق للنبي صلى الله عليه وسلم من عائشة _رضي الله عنها_ وهي بنت سبع سنين .[1]

ويضيف ابن حزم أن الإستأذان لا يكون إلا للبالغ العاقل بدليل قوله عليه الصلاة والسلام :"رُفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ".[2]

واستدلال أبو بكر الصديق بحديث النبي صلى الله عليه وسلم :" الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن ..." يظهر من عدة أوجه نوجزها كالآتي :

_ الوجه الأول: الثيب أحق من وليها، فلا يجوز تزويج هذه الأخيرة إلا بإذنها ورضاها،والكلمة عامة تعني الكبير والصغيرة ، وهذا الحديث عام.

_ الوجه الثاني:انتقل ابن حزم إلى حكم البكر فقسمه إلى جزأين :

أ/ البكر الكبيرة حكمها حكم الكبيرة أي أنها لا يجوز إجبارها على الزواج.

ب/ البكر الصغيرة، فالحديث يشمل البكر سواء كانت كبيرة أو صغيرة، والبكر الصغيرة لا تستأذن لكونها غير بالغة، بدليل ما جاء في السنة النبوية الشريفة من السنة الفعلية وهو زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة ام المؤمنين–رضي الله عنها– وهي صغيرة.

_ الوجه الثالث: استدلال ابن حزم بقوله عليه الصلاة والسلام: "يستأذنها أبوها" الحديث يخص الأب وحده، ولا يجوز تخصيصه فلأب يستأذن البكر الكبيرة، أما في ما يخص الصغيرة فيجوز إجبارها على النكاح.[3]

الدليل الثاني :

زواج النبي عليه الصلاة والسلام من أم سلمة فعندما بعث إليها يخطبها لنفسه قالت:" ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام:ليس أمح من أوليائك شاهد ولا غائب يكره"

---

1 مصطفى أمين، حيدر الأتروشي، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري**، دار قنديل للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى سنة 2010، الأردن، ص 93–94–95–96

2 مصطفى أمين حيدر الأتروشي، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري**، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2010، الأردن، 93–94–95.

3 مصطفى أمين حيدر الأتروشي، نفس المرجع السابق، ص 100.

فالاستدلال بهذا الحديث دل على عدم حضور أولياء أم سلمة عقد الزواج هذا من جهة ودل على أنه لا يجوز للأولياء حق الاعتراض بوجود الكفاءة ، بالإضافة إلى أن العقد صحيح منتج لآثاره ولا يتوقف على إجازة الولي.[1]

وهذا ما جاء في هذا الحديث،أما ما رُوي بزيادة قوله لابنها : "يا عمر قم فزوج أمك رسول الله" أو قوله –عليه الصلاة والسلام– لعمر: "قم يا غلام فزوج أمك" فهو غير ثابت، لأن عمر ابنها كان صغير السن وليس أهلا للتصرف عندما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم من أمه.

ثالثا: واستدلوا بحديث خنساء بنت خزام الأنصارية: "أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فرد نكاحه.

ووجه الاستدلال:أنه لو كان للولي أمر في نكاح ابنته لما رد رسول الله عليه الصلاة والسلام نكاحه، وهذا دليل صحة النكاح بعبارة النساء وقد عقد البخاري –رحمه الله– بابا في صحيحه سماه :"باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود"

وعلق عليه بن حجر بقوله :"هكذا أطلق ، فشمل البكر والثيب" [2]

وجاء في مختصر القدوري ينعقد زواج المرأة الحرة البالغة برضاها، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينعقد إلا بولي، ولا يجوز للولي إجبارها على النكاح فإذا سكتت أو أشارت بإيمائها بعدم اعتراضها وإذا أبت لم يزوجها.

عن أبي يوسف أكد على قول أبي حنيفة وصرح في الهداية :

بأن ظاهر الرواية، ثم قال ويروي رجوع محمد إلى قولهما: لا فرق بين الكفء وغير الكفء وللولي الاعتراض على الزواج إذا كان الزواج غير كفء. وقال في المبسوط روى الحسن عن أبي حنيفة إن كان الزوج غير كفئاً لها بطل النكاح. وهذا القول هو المعتمد عند أهل الفتوى .

وجاء في بداية المبتدى و الهداية: ينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة برضاها ولو بدون ولي بكرا كانت أم ثيبا وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف _رحمهما الله_.

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف:أنه يستحب للمرأة أن تكل عقد زواجها لوليها، صونا لها عن التبذل إذا تولت هي عقد زواجها بنفسها وحضور مجالس الرجال الأجانب عنها، كما أنه ليس[3]

---

1 نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011 الأردن، ص 153–154.

2 نضال محمد أبو سنينة، نفس المرجع السابق، ص 153.

3 أحمد محمد علي داود، **الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،سنة 2009 ،الأردن، ص 156.

لوليها العاصب الحق في الاعتراض إذا زوجت نفسها من كفء ولم يقل مهرها عن مهر المثل. فإذا لم تتوفر هذه الشروط ووقع النكاح فالمروي عن أبو حنيفة وأبو يوسف بعدم صحة الزواج سدا لباب الخصومة، وفي رواية أخرى أن للولي الحق في الاعتراض بأن يتقدم إلى القاضي ويطلب التفريق، دفعا لما قد يلحق به من عار بشرط أن لا تحمل حملا ظاهرا أو تلد من [1] زوجها، أما بعد ذلك فإنه يسقط حق الولي في الاعتراض حماية وصونا لنسب الولد.

فإذا كان الزوج كفئاً وكان مهرها أقل من مهر المثل فإذا قبل الزوج إكماله إلى مهر مثيلاتها العقد لازم، وإذا رفض رُفع الأمر للقاضي للفسخ العقد إذا كان الاعتراض من وليها العاصب أما إذا كان غير ذلك فلا يحق لأحد الاعتراض على نكاحها سواء كان الزوج كفئاً أم لم يكن أو بمهر المثل أو دونه، هنا الأمر لها وحدها ولا حق لأحد عليها لأن العار لا يلحق بغير وليها العاصب، أما ما يخص مهرها فبتنازلها عليه هو حق لها وحدها.[2]

ثمـــرة هـــذا الخـــلاف:

تكمن ثمرة الخلاف من الناحية العملية:

في حال إذا زوجت المرأة نفسها وكان الزوج كفئا ولم يكن المهر أقل من مهر المثل، ثم توفي هذا الزوج قبل اللجوء إلى القضاء... فهل يتوارثان أم لا؟

فهنا الاختلاف يختلف بحسب وجهة نظر كل فقيه من الفقهاء، وبحسب التباين الحاصل بين الروايات المساقة.

إذا ألقينا نظرة على رأي الحنفية فإنهما أقرا بتوارثهما، لأن الموضوع هو كونها زوجت نفسها من كفء، فهنا ليس للولي حق الاعتراض.

بالمقابل ونقلا عن رواية أبي يوسف أنهما يتوارثان أيضا، لأن العقد بحسب هذه الرواية منعقد وليس للولي فسخه، لانتفاء الضرر بكونها زوجت نفسها بكفء.

أما ما جاء في رواية محمد، فإنهما لا يتوارثان، لأن العقد في نظر هذه الرواية موقوف على إجازة الولي، والعقد الموقوف لا يجري فيه التوارث.

فالسؤال المطروح أي من هذه الروايات يجدر إتباعها في حال إعداد تشريع بخصوص هذا الموضوع، وفي حال الفتوى فأي فتوى وجب إتباعها؟

---

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص 153.

2 سيد سابق، **فقه السنة**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الثاني، طبعة 2008، لبنان، ص 519.

وإلى جانب مذهب الجمهور ومذهب الحنفية بشأن اشتراط الولي في عقد الزواج وما يترتب عليه القول بضرورة اشتراطه من عدمه من نتائج.

كما أنه يوجد مذهب ثالث هو مذهب أبي ثور من الشافية ومن معه، وحسب وجهة نظري فإنه هو المذهب الراجح من غيره، بحيث أنهم قالوا بأن الولاية في الزواج تكون ولاية شركة بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة وبعد ذلك للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها. [1]

وهذا الرأي يقول بجواز العقد بصيغة المرأة لإنشاء العقد لكن وجب استأذان وليها، هذا الرأي وفق بين كلا الرأيين للمذهبين السالفي الذكر، من ناحية مشاركة المرأة في اختيار زوجها.[2]

وحجتهم في ذلك أن الأدلة التي اجتهدت بشأن إنشاء عقد الزواج تدل على مراعاة إشراك الولي في اختيار الزوج صراحة، ولم ترد هذه النصوص قصد النص على عدم جواز عقد الزواج بعبارة المرأة، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام:"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل..." فظاهر ومفاد الحديث أن علة بطلان العقد إنما هو عدم استئذان وليها لا أن صيغتها لا تصلح لإنشاء عقد الزواج.

المطلب الثالث : شـــروط الولي في الشريعـــة الإسلاميـــة

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التى يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

والتشريع الإسلامي بتناوله لموضوع الولي فإنه لم يغفل على التطرق إلى الشروط التي ينبغي توفرها في الولي والتي بغيابها قد تخل بالمعنى الحقيقي لغرض الولاية في النكاح .[3]

فلكي تثبت الولاية في حق الولي على موليته في عقد النكاح لابد من أن تتوفر فيه جملة من الشروط الجوهرية، وقد نص عليها الفقه الإسلامي.لكن هناك من الفقهاء من وضع شروطا لم يطلبها غيره من الفقهاء لذلك نجد أنهم اختلفوا في بعض الشروط واختلفوا فيغيرها.

أ/ أن يكون كامل الأهلية: وتتحقق عند الفقهاء بشروط وهي :_ البلوغ _ والعقل _ والحرية.

---

1 الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 38-39.

[2] الأكحل بن حواء، نفس المرجع السابق، ص 38-39-40.

3 الشيخ شمس الدين، **قانون الأسرة والمقترحات البديلة**، شركة دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2003 الجزائر، ص 90.

3 محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، دار اليازوردي العلمية للنشر والتوزيع، طبعة 2010 الأردن، ص 191_192.

فالصبي لا تثبت عليه الولاية حتى ولو كان غير بالغ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته ...إلخ.

أما بالنسبة للحرية فهي في زمانا غير موجودة، فالقاصر ليس له ولاية على نفسه ومن باب أولى ليس له ولاية على غيره.

ب/ اتحاد الدين بين الولي ومولييته: فغير المسلم لا تثبت ولايته على المسلم، فلو كان للفتاة أخا مسلما وآخر مسيحيا فالولاية لأخيها المسلم .[3]

الفـــرع الأول : الشـروط المتفق عليهـــا

لقد اتفق الفقهاء على ضرورة توفر جملة من الشروط والأتي بيانها كالتالي :

أ/ أن يكون كامل الأهلية: وتتحقق عند الفقهاء بشروط وهي :_ البلوغ _ والعقل _ والحرية.

فالصبي لا تثبت عليه الولاية حتى ولو كان غير بالغ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته ...إلخ.

أما فيما يخص الولاية العامة فإن الفقهاء لم يشترطوا اتحاد الدين فيها فالحاكم سواء كان مسلما أو غير مسلم له ولاية على المواطنين داخل دولته، فهو ولي من لا ولي له.[1]

الفـــرع الثـــاني : الشـــروط المختلف فيـــها

اختلف الفقهاء في بعض الشروط الواجب توفرها في الولي وذلك على مختلف مذاهبها فالبعض من الفقهاء وافق غيره على بعض الشروط، والبعض الآخر نفوها ونذكر من بينها :

أ/ الذكورة: والذين قاموا باشتراطها هم فقهاء الجمهور الذين أبطلوا تولي المرأة العقد بنفسها ومن باب أولى غيرها، عكس فقهاء الحنفية الذين أجازوا للمرأة تزويج نفسها بإرادتها، والذين قالوا الذكورة ليست شرط في ثبوت الولاية، فالمرأة البالغة الراشدة عندهم لها ولاية تزويج نفسها وغيرها.

ب/ العدالة: والتي اشترطها الشافعية وفريق الحنفية، فالفاسق عندهم ليس له ولاية بديل ما رُوي عن ابن عباس قال: قال رسوله الله صلى الله عليه وسلم:"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل."

جاء في المنهاج ومغني يجوز للفاسق ولاية التزويج لأن الفسق لم يمنعوا من التزويج في عصر وفي مذهب الشافعية لا يجوز للفاسق أن يكون وليا، وفريق من الشافعية لا تثبت إن كان أبا أو جدا فغيرهما فهي غير لازمة.[1]

---

1 محمد خضر قادر، نفس المرجع السابق، ص 191-192.

كما جاء في فقه الحنابلة أنه يشترط في الولي سبعة شروط من بينها العدالة، وفي ذلك روايتان إحداهما هي شرط، وفي ذلك ما روي عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل"، ولأنها ولاية نظرية ولا استبداد للفاسق فيها.

أما الرواية الأخرى ليست شرط، وقال ابن قدامة في المغني: أنه سأل أحمد إذا تزوج بولي فاسق وشاهدي عدل فالنكاح صحيح وهذا ظاهر كلام الخرقي وهذا ما وافق به مالك [2] وأبا حنيفة وقول من أقوال الشافعي .

والعدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند الحنفية فالفاسق لأن يزوج ابنته الصغيرة.

وزاد الشافعية والمالكية والحنابلة شرط الرشد ذلك لأن السفيه لا ولاية له على نفسه وبالمقابل لا ولاية له على غيره، ومنهم من قال يجوز له أن يكون وليا وحتى ولو حُجر عليه لإذن الحجر لا ينفي عليه الولاية، وإنما خوفا على عدم تبديد أمواله فقط لا غير. كما اشترط الحنابلة الرشد والمقصود بها هو الكفء.

وأضاف الشافعية شرط آخر وهو عدم اختلال النظر بهرم أو خبل وهذا ما جاء به في المنهاج لا ولاية لمختل النظر بهرم أو خبل، ولا فرق بين العارض أو الأصلي ذلك لأنه يعجز عن اختار الزوج الكفء، كما له معنى آخر وهو السلامة من الأمراض.

وهناك شرط آخر عند المالكية والشافعية والحنابلة وهو عدم الإحرام لحج أو عمرة في حال التزويج. وجاء في مختصر خليل والشرح الكبير في فقه المالكية يمنع من ذلك: الزوج والزوجة ووليها فإذا وقع فمآله الفسخ [3].

وبصف عامة يشترط في الولي لكي يُؤدي هذه المسؤولية التي على عاتقه أن يكون أهلا للولاية، بحيث إذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يعتد بوجوده وولايته.[4]

والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح من هم الأولياء؟وما الواجبات التي تقع عليهم على أساس ولايتهم في التزويج ؟

---

1 أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، 175-176.

2 أحمد محمد علي داود، نفس المرجع السابق، ص 175-176_177.

3 سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص 519.

4 محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، مرجع سابق، ص129.

لقد ذهب جمهور العلماء، منهم مالك والثوري، والليث والشافعي إلى أن الأولياء الذين لهم ولاية التزويج هم العصبات فقط، وليس للخال ولا الإخوة، ولا الأخ لأم ولا لأي أحد من ذوي الأرحام ولاية .

وذهب الشافعي إلى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء إذ لابد من الولي وليس لأي ولي بل القريب فقط هو الذي يوقعه بعبارته، فإذا لم يوجد ولي قريب فبعبارة الولي البعيد، ثم الولي السلطان باعتباره ولي من لا ولي له.

أما أبي حنيفة أن الولاية تكون لغير العصبة من الأقارب، وقد أضاف صاحب الروضة الندية تحقيق في هذا الموضوع بقوله:"الذي ينبغي عليه التعويل عليه عندي[1]

هو أن يقال :"لأن الأولياء هم قرابة المرأة :الأدنى فالأدنى،الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفء،وكان المزوج لها غيرهم".

وهذا المعنى لا يخص العصبات بل يوجد في ذوي السهام، ومثاله الأخ لأم وذوي الأرحام كابن البنت، وربما كانت الغضاضة معهما أشد منها في بني الأعمام ونحوهم، فلا وجه لتخصيص الولاية في العصبات فقط ولا يجوز حصرها في من يرث فقط .[2]

كما أن أبو حنيفة أضاف أنه إذا فقدت العصبات انتقل الولاية إلى الأم ثم الأم لأب ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ثم لبنت البنت، فبنت ابن الابن... وهكذا فإذا فقدوا فالولاية تنتقل للسلطان وحجته في ذلك أن الولاية مستحقة باعتبار الشفقة وهي موجودة فثبتت لهم ولاية التزويج، وقد قدمت قرابة الأب على قرابة الأم باعتبار عصبات كما في الميراث بتقديم العصبات على ذوي الأرحام في الميراث.[3]

أما فيما يخص واجبات الولي فإن التشريع الإسلامي بإعطائه للولي هذا الحق بالمقابل أوجب عليه بجملة من الواجبات تجاه موليته نوجزها في ما يلي:

أولا:يجب أن يختار لها الزوج الكفء إذا رضيت به ووافقت عليه.

ففي حالة اعتراضه على الزوج الكفء يعتبر هنا عاضلا، وهنا الأمر لها فإذا رفع الأمر للقاضي فإن هذا الأخير يتحرى امتناع وليها، فإذا أبدى أسباب وحجج رآها القاضي مقنعة

---

1 سيد سباق، المرجع السابق، ص 519.

2سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص 519.

3 محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر ناشرون وموزعون، الطبعة الثالثة، سنة 2010 الأردن، ص 54

وافق القاضي على امتناعه، أما إذا كان اعتراضه في غير محله فإن القاضي يزوجها منه باعتبارها وليا ، ولا تنتقل الولاية للأبعد، وفي رأي المالكية تنتقل.

أما في ولاية الإجبار فإن لوليها أن يجبرها ولو لغير كفء إلا لما فيه ضرر، لأنه لا يكون عاضلا لأنه أدرى منها بمصلحتها وخبرة بالرجال .

ثانيا: يجب على الولي تعيين الزوج لموليته سواء كانت بكرا أم ثيبا قبل الزواج فإذا تم العقد بدون أن يعينه لها فإن لها رد النكاح قبوله.[1]

وعليه فقد ذهب جمهور العلماء ومن أبرزهم مالك والشافعي والثوري والليث إلى أن الولاية في الزواج تكون للعصبات، وقد أضاف الشافعي أن الزواج لا ينعقد إلا بعبارة الولي القريب، فإذا غاب هذا الأخير انتقلت الولاية للولي البعيد، والسلطان ولي من لا ولي له، فإن زوجت نفسها بإذن الولي أو بدونه بطل الزواج، ولم يتوقف.[2]

وقد اختلف العلماء في حال اجتماع الابن والأب، فأيهم يقدم على الآخر؟

هناك عدة آراء نذكر منها:

الرأي الأول:

يقدم الأب على الابن و إن نزل، وهذا ما قال به الإمام مالك في رواية عنه وقول للإمام محمد ابن الحسن الشيباني وقول الإمام الشافعي والحنابلة.

أما الرأي الثاني:

الذي تمسك بالميراث فالجواب عنه:" بأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث، فإنه لا يعتبر له النظر، ولهذا يرث من هو عديم الأهلية كالمجنون مثلا، وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث ."[3]

---

1 عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2007، الجزائر ص 62.

2 سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص 521.

3 محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2011 الأردن، ص 216-217.

لقد جاء التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري لأحكام قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 والذي جاء بعد الجدل الكبير الذي وقع بين المؤيدين لضرورة التعديل والرافضين له وثار نقاش حاد حول طبيعة هذا القانون وهويته، وتباينت الآراء بين من يرى أن هذا القانون أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية وبالتالي لا داعي لتعديله، وبين معارضين للقانون جملة وتفصيلا ومطالبين بإلغائه، وبين هذا وذاك ظهر تيار ثالث منادي بتعديل قانون الأسرة وتحيينه، بحيث يتساير مع التطور الحاصل للمجتمع الجزائري وذلك على ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة واعتباره قانونا وضعيا من طرف البشر أي أنه قد يكون على صواب وقد يخطي، وبالتالي لابد من تعديله وفق ما يتلاءم مع مصلحة الفرد والمجتمع .[1]

وقد أثارت مسألة الولاية في الزواج جدلا كبيرا، وانقسم الرأي إلى شطرين منهم من يرى أن الولاية يجب أن تلغى كليا لأنه من غير المعقول أن تتولى المرأة الولاية باعتبارها قاضية وتكون ولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84، وتكون إطار بالمناصب العليا وتحتاج إلى ولي .

وقد ظهر فريق آخر رأى أن بإسقاط الولاية مخالف لما جاءت به الشريعة الإسلامية وما سادت من أعراف في أوساط المجتمع الجزائري من عادات وتقاليد وبالتالي من غير المشروع إرضاء فئة من وتهميش رأي الأخرى، لا سيما وأن تعليمات رئيس الجمهورية ركزت وأكدت على إبقاء

1 أحمد شامي، **التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة،2008-2009 مصر، ص أ.

الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة ، كما أنه لم يأتي أي مذهب من مذاهب الشريعة الإسلامية من أسقط الولاية كليا وبالتالي المساس بالمبادئ الدستورية لاسيما المادة 2 من الدستور التي تعتبر الإسلام دين الدولة ومن ثم إلغاء الولاية، فهذه الأخيرة لا تمس بحقوق المرأة والحط من كرامتها و ليها بل بالعكس فهي حماية وصونا لها وحفاظا عليها مستقبلا.

وللإجابة على التساؤلات المطروحة سالفا وجب تسليط الضوء على التعديلات التي أتى بها المشرع الجزائري في مسألة الولاية ومركز الولي في عقد النكاح، حيث تحول من ركن إلى شرط صحة في الزواج ، وبالتالي استقراء موقف المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل.[1]

المبحث الأول : الولي في عقــد النكاح في قــانون الأســرة الجــزائري

إن الحديث على مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة القديم يقتضي التعريج على موقف الفقه الإسلامي من الولاية، والذي انقسم الفقه بشأنها إلى فريقين وكما أسلفنا سابقا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وفي رواية أبي يوسف إلى أن المرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، كما أن لا يجوز لغير وليها القيام العقد وإلا عد النكاح باطلا.

وعلى عكس الرأي السابق يرى المذهب الحنفي أن المرأة البالغة الراشدة لها كل الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا، ويبقى من المستحب أن تقوم باستئذان وليها، أما الولي فلا يبقى أمامه إلا الاعتراض على الزواج إذا رأى أن الزوج غير كفء أو كان مهرها أقل من مهر المثل لا سيما وأن الكفاءة شرط في النكاح يتقاسمه الولي والمرأة.

وبالتوفيق بين الرأيين يرى بعض الفقهاء أن الولاية تكون ولاية شركة بين المرأة ووليها ولا يمكن تجزئتها .

المطلــب الأول : الولي في عقــد الزواج ضمن قـــــانون الأســرة رقم 11/84.

2 أحمد صقر، **موسوعة الفكر القانوني**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004، الجزائر، ص 84- 85.

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الولي، وجب أن نعرج عن مفهوم الركن والشرط أما الركن فهو ما يتوقف عليه حقيقة الشيء أي ماهيته أو ما يتوقف عليه الشيء أو هو ما يتحقق به وجود الشيء فلا يقوم إلا به .

وقد تباينت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج،ما أدى إلى انعكاس هذه الآراء المتباينة على القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عام ومنها الجزائر بوجه خاص.[1]

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ : 09 جوان 1984 تحت رقم 11/84 لينظم مسائل الزواج، خاصة بما جاء في نص المادة 09 منه بقوله :"يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدي وصداق" حيث عد الولي ركنا من أركان الزواج متأثرا بالمذهب المالكي الذين يشترطون الولي في العقد، حيث أنهم أبطلوا عقد النكاح بدون ولي[2]

فالولي حسب هذه المادة يعد ركنا من أركان عقد الزواج حيث أنه وبموجبها لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من دون ولي، وقد جاءت المادة 11 من نفس القانون مؤكدةً على ذلك بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له"

غير أنه وبالرجوع إلى نصوص المواد 32، 33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج حيث تنص المادة 32 على أنه: "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج"

كما نصت المادة 33 من القانون ذاته على أن: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن".

فالمشرع هنا وحسب المواد السابق ذكرها اعتبر الولي شرط صحة وليس ركنا في عقد الزواج أي أنه يفسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم وجود الولي، ويثبت بصداق المثل بعد الدخول ولا يختل الزواج إلا إذا انعدم ركن مضاف إليه كاجتماع الولي مع الشاهدين أو الولي مع الصداق.

كما أننا نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طيات هذا القانون، وذلك بما جاءت به المادتين 12و13 حيث جاء في نص المادة 12: "لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج

---

1 أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 20.

2 بوسطلة شهرزاد، مرجع سابق، ص 43.

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" فالمشرع هنا ميز بين البنت البكر و الثيب من حيث سلطة الولي في التزويج، فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج، وإذا رغبت في الزوج فليس له أن يمنعها وللقاضي أن يأذن بذلك.

أما البنت البكر فعليها ولاية الإجبار، حيث أن يجوز لوليها أن الاعتراض على الزواج إذا لم يرى فيه مصلحة، أو لم يكن حسبه كفئا.[1]

هذه النصوص وبالرغم من كونها جاءت مفصلة لأحكام الولي إلا أنها لم تخلو من الغموض ومن الملاحظ على نص المادة 13 التناقض والتعارض بحيث نصت هذه الأخيرة على أنه :"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له [2] أن يزوجها بدون موافقتها"، هذا ما دفع بالكثيرين من شراح وفقهاء القانون بالمناداة بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص.

ثم جاء القانون 48/11 في فصل الفساد و البطلان المواد (32 – 35) المادة 33 من نفس القانون حيث نصت على فسخ الزواج الذي انعقد بدون الولي ويكون الفسخ قبل الدخول أما إذا تم الدخول فيعتبر فيثبت صحيحا بصداق المثل.

بالإضافة إلى نص المادة 9 من القانون ذاته التي نصت على أن:" يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق" حيث اعتبرت هذه المادة الولي ركنا من أركان الزواج، والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح كيف يشتمل الزوج على حكمين مرةً يكون قابلا للإبطال ومرة باطلاً؟

وحسب ما جاء به المذهب المالكي الذي جعل من الولي ركنا من أركان الزواج ورتب عليه في حال عدم وجود الولي البطلان، ولم يفرق بين البطلان قبل الدخول أو بعده، فقد اعتبر الزوج باطلا من الأساس .

وكما أضاف الدكتور محمد محدة–رحمه الله– مخالفة للمعاني اللغوية والفقهية فيما يخص معنى الركن والشرط مما جعل النصوص مضطربة.[3]

---

1 أحمد شامي، نفس المرجع السابق، ص 46–47.

2 بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص44.

3 بوسطلة شهرزاد ، نفس المرجع السابق ، ص44.

وبذلك لم يعد الولي ركنا من أركان الزواج جعله شرطا من شروطه يترتب عليه الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده، هذا المسلك الذي رفع التعارض بين المادة 9 السالفة الذكر والمادة 33.[1]

أما فيما يخص دور الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 11و12 الفقرة 2 بأنه هو الذي يتولى زواج المرأة أي أنه يجب أن يتوفر رضا الطرفين رضا الولي ومولیته ويقوم بنقلها أمام مجلس العقد،لأن هذه الأخيرة حياؤها يمنعها من حضور مجالس الرجال والتصريح برأيها، فالولي هو الذي يتولى هذه المهمة،وهذا ما يستخلص من نص المادة 11.

أما فيما يخص حدود سلطة الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة1/12 إلى من تؤول إليه الولاية في حال تعسف الولي بالاعتراض على الزواج فنصت:" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون."

ومما سبق ذكره فإن باشتراط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المولى عليها ودرء المفاسد عنها، وصونا لها من حضور مجالس الرجال، وبالتالي أعطى المشرع هذا الدور للولي لكنه وضع له قيد على سلطة ولايته بأن لا يمنعها من الزواج إذا رغبت به سواء أكانت بكرا أم ثيبا، فالمادة لم تخلو من الغموض، إذ أنها لم تحدد المعايير التي وفقها يتعين تحديد الزوج الأصلح،كما ان القضاء لم يتولى تحديد معناها،لكنه حدد بعض الحالات التي يمكن أن يكون الرجل أصلح للمرأة، ففي حال كان الزوج أصلح للمرأة ورغيت فيه فإن عضل الولي يكون تعسف وبالتالي يجوز لهذه الأخيرة أن تلجأ للقضاء باعتبار السلطان ولي من لا ولي له.[2]

---

1 أحمد شامي ، نفس المرجع السابق ، ص 47.

2سيد سابق، مرجع سابق، ص 136.

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ:1993/03/30 [1]

المطلب الثاني : الولي في عـقد الــزواج ضمن الأمر رقم 02/05 المعدل و المتمم لقـــانون الأســرة الجزائـــري رقم 11/84.

لقد كانت أحكام الولي في القانون 11/84 والتي أثارت حدا كبيرا في أوساط الباحثين والدارسين و شراح القانون نظرا لما اشتملت عليه من تناقضات على الأقل من وجهة نظرهم، وخاصة ضغط الجمعيات النسوية المطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل، إذا أنهم لا يتفقون مع كون المرأة التي هي في المناصب العليا مثلا كالوزيرة أو القاضية مثلا لا تستطيع أن تعقد زواجها إلا بحضور وليها .

ومع كل الضغط لهاته المنظمات النسوية وما جاءت به الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المنادية بتحرير المرأة ومساواتها في الحقوق والالتزامات مع الرجل، وبذلك تمت الاستجابة لكل تلك الضغوطات، وجاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لتعديل نصوص قانون الأسرة والتي مست بمواد الولاية في الزواج، والتي سنبينها كالتالي:[2]

جاء في عرض أسباب مشروع التعديل الذي عرض على مجلس الحكومة ثم في عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة أن هذه المادة وأنه مما لا يدعوا للشك أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود، من ناحية انه يخضع للعديد من القواعد والشروط التي تخضع لها العقود، إلا أنه يتميز عنها بعدة

1 قرار المحكمة العليا رقم 90468، بتاريخ:1993/3/30، مجلة قضائية، عدد خاص، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية لسنة2001، الجزائر، ص49.

2 بوسطلة شهرزاد، نفس المرجع السابق، ص 44.

خصائص،لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل رضا الطرفين ألا وهما الزوج والزوجة من أجل تكوين أسرة عل الوجه الشرعي.

جديد هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاث أركان هما: الزوج والزوجة والتراضي، عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان، وعند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي المادة 09 المعدلة حصرت الركن الشرعي الوحيد في الزواج وهو الرضا، أما فيما يخص غير التراضي فقد اعتبرها المشرع شروط، ومسألة التفرقة بين الشرط والركن اختلاف لفظي بين المذاهب، فالركن المتفق عليه هو التراضي، أما الباقي فهي مختلف فيها بين اعتبارها ركن أو شرط والقاعدة الأصولية تنص على أنه – لا إشكال في الاصطلاح –.[1]

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من الأمر 05- 02 المؤرخ في:15فبراير 2005 بقولها :"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي .
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

فقد جاء في هذه المادة أن الولي شرط من شروط عقد الزواج.

كما عدلت المادة 11 فأسند فيها المشرع الجزائري ولاية التزويج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان في النص قبل التعديل والتي جاء فيها :"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له"[2]

وبغرض معالجة نصوص القانون السابق حاول المشرع التوفيق بين النصين، وقام بتعديل على محتوى النص بقوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

---

1 نبيل صقر، **موسوعة الفكر القانوني**، نفس المرجع السابق، ص 82-83.

2 عبد القادر حرزلله، مرجع سابق، ص 68.

وبذلك المشرع جعل الحق للمرأة في عقد زواجها بعبارتها بصفتها طرفا في العقد، من خلال الإدلاء بموافقتها أمام ضابط الحالة المدنية.

وبناء على ما سبق ذكره فقد كرس المشرع حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع النص على اشتراط حضور وليها والذي لا يتجلى فقط في أبوها بل أي شخص تختاره المرأة ويتجلى ذلك من خلال استعمال حرف التخيير أو، وما يفهم أن الولي يقتصر دوره على الحضور فقط أي حضورا شكليا، فالحضور ينطوي على عدة معان فقد يفيد حضوره وجه الإلزام أو الاختيار.

كما أن المشرع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل من أن كان ركنا وذلك بنص المادة 9 مكرر والتي من بين الشروط المنصوص عليها الولي، أي أن زواج المرأة يكون صحيحا غير أنه موقوفا على إجازة الولي، والإجازة يكون قبل وبعد العقد، وحضور الولي متروك تقديره للمرأة الراشدة في اختيار وليها.[1]

كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 12 في الفقرة الأولى:"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون ". فالولي لم يبقى له أي دور في العقد كما أن المشرع رتب عن الزواج بدون ولي كل الآثار الخاصة بالزواج الصحيح.

ومما سبق يستنتج أن المشرع قد تخلى تماما عن ولاية الإجبار بالنسبة لكلتا الحالتين أي الراشدة والقاصرة بالنص على عدم جواز للولي تزويج القاصرة دون موافقتها أو إجبارها على الزواج.[2]

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

ومن خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 المعدلة يتضح لنا أن هذا الأخير كرس مبدأ حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع اشتراط حضور وليها في العقد، سواء كان أبا أو احد الأقارب أو أي شخص تقوم باختياره، وهذا ما قد يفتح باب من التأويل.

---

1 و أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، سنة 2009، مصر، ص52

2 بوكايس سمية ، مرجع سابق ، ص53- 159

3 بن شويخ الرشيد ،**شرح قانون الأسرة المعدل**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى، 2008، ص 65-66.

3 يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة(الزواج والطلاق)**،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية سنة 2008، الجزائر، ص 32.

فالحرف "أو" الذي تم ذكره في نص المادة والذي يفيد التخيير ما قد يدفع بالمرأة إلى الاستغناء عن أبوها كولي، وتعمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخص أجنبي عنها ، وهذا ما هو مستهجن والذي لا يتوافق مع الأعراف السائدة في مجتمعنا.[1]

ونصت المادة 13 :" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"

بالرغم من أن القانون لا يجيز للمرأة إبرام عقد زواجها بدون حضور وليها ، وبخلاف ما كان ساري في ظل القانون قبل التعديل وحل بموجبه القانون 02/05 فإن من حق المرأة أن تختار وليها وليس بالضرورة أن يكون الولي من أهلها.

وتعد الولاية في عقد الزواج واجبة مصداقا لقوله تعالى:"لا نكاح إلا بولي و أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل،فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له"

وقوله عليه الصلاة والسلام:" لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"

فالزواج يعد من العقود الهامة والخطيرة في نفس الوقت، لذلك فقد حرصت الشريعة الإسلامية يبين ما إذا كان في حال وجود الولي الأب أو الأقارب أو حتى في وجودهم وهذا ما وجب أن يتناوله شراح القانون .[2]

على أن يتم على دعائم صحيحة وقوية بما في ذلك حضور الولي في عقد الزواج، وهذا ما سلكه المشرع الجزائري ومنذ فترة الاستقلال، وحتى بعد التعديل الجديد فقد بقي الولي شرط في عقد الزواج، مع إعطاء للمرأة الراشدة الحق في اختيار أي شخص تختاره ليكون وليها دون أن يبين ما إذا كان ذلك في حال وجود الولي الأب أو أحد الأقارب، أو حتى في حالة وجوده وهو ما وجب تداركه وتفسيره من قبل شراح القانون. أما من تثبت الولاية في حقهم فأغلب الفقهاء يرون بأنها في حق الأب والجد وهناك من زاد بعض العصبات قياسا على الميراث، إلى غاية الوصول إلى السلطان باعتباره ولي من لا ولي له.

---

2 يوسف دلاندة، نفس المرجع السابق، ص 23-24.

2 بن شويخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص 67.

وأما ولاية الاختيار فهي ثابتة في حق الثيب والبكر البالغة التي قام بترشيدها أبوها، كما بالنسبة لليتيمة الصغيرة حفاظا على مصلحتها من الفاسد.

والمشرع لم يغفل عن هذه النقطة وذلك بالأخذ بولاية الاختيار في حق القاصرة، وقد نصت المادة 13 من القانون 02/05 على أنه:" لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ويجوز له أن يزوجها دون موافقتها"

غير أن المشرع قد أغفل جزئية هامة وهي في حال إجبار الولي من هي في ولايته على الزواج سواء القاصرة أو الراشدة بمن لا ترتضيه زوجا لها.والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح ما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟وهل يقع العقد صحيحا أم باطلا.

هنا وجب التفريق بين أمرين :

الأمر الأول: في حال غياب الرضا ، يكون العقد باطلا لانتفاء عنصر هام من عناصر العقد وهو الرضا.[1]

الأمر الثاني: إذا كان الرضا معيب من عيوب الإرادة من إكراه أو غلط أو غير ذلك فإن العقد يكون قابلا للفسخ، إذا يمكن للمرأة أن تلجأ للقضاء وأن تطلب الفسخ لوجود عيب من عيوب الإرادة وهو الإكراه .[2]

أما فيما يخص امتناع الولي عن تزويج موليته لمن ترضاه فقد نص المشرع في المادة 2/11 بقوله:"... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"

هنا يكون الولي عاضلا والعضل ظلم في حق المرأة فهنا تنتقل الولاية إلى القاضي.[3]

وقد كانت المادة 12 من قانون الأسرة 84/11 فقد عالجت حالة عضل الولي بإسناد الولاية إلى القاضي إذا رأى ما فيه مصلحة.

وقد قضت المحكمة العليا في القرار بتاريخ: 1993/03/30 وقد جاء فيه:"ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون".

---

2 بن شويخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص 69.

3 طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009 الجزائر، ص 33.

غير أن النص ألغي بمقتضى التعديل مما أدى إلى القول بوجود فراغ تشريعي في هاته المسألة. وبالتالي وجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة 02/05 والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي وجب على القاضي التدخل لحسم الموقف وفق ما يرى فيه مصلحة، والفقه الإسلامي يُقر بإسقاط الولاية عن الولي في حال العضل والذي يكون دون وجه مشروع، منع لمجرد المنع، وبالتالي القاضي ولي من لا ولي له.[1]

إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من قانون الأسرة لا تميز بين البنت البالغة والقاصرة الحاصلة على إذن الزواج من القاضي، فهنا المشرع قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية باستغنائه عن ولاية الإجبار على القاصرة وحسنا فعل المشرع.

وكخلاصة إلى كل ما سبق فقد اتجه المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولي في عقد الزواج أمرا شكليا، فالمرأة يمكن لها أن تختار أي شخص يوليها في عقد زواجها كما يمكن لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى بلغت سن الرشد.

وأخيرا يمكن القول أن المشرع بهذا التعديل قد خرج عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي إلا أن المشرع لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية بخصوص القاصرة والتي تكون عليها ولاية الإجبار،أما المشرع فقد اعتبرها ولاية إجبار.[2]

بالإضافة إلى أنه باشتراط المشرع حضور الولي في العقد،فإنه ابتعد عن ما جاء به المذهب الحنفي، مع عدم نصه على حق الولي في الاعتراض عن الزواج في حال زوجت المرأة نفسها بغير كفء وكان مهرها أقل من مهر المثل، فضلا عن ذلك فإن المذهب الحنفي لم يذهب إلى أي مسألة في اختيار الولي.

هذا من جانب أما الجانب الآخر، وقد جاء في تعليق للأستاذ بن داود عبد القادر،بصفته عضوا ضمن لجنة المناقشة لقانون الأسرة فيما يخص مسألة الولاية:"...هذا من صميم الفقه المالكي،إذا عند المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمان الجزيري في الفقه في المذاهب الأربعة، وفي رواية عن ابن القاسم ابن مالك ابن أنس أن اشتراط الولاية سنة وليست بالفرض...، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن توكل في زواجها من هو ليس من أقربائها، ما أنه من المستحب للثيب أن يتولى عقد عقد زواجها وليها.

---

4 أحمد شامي، مرجع سابق، ص 48.

2 أحمد شامي،مرجع سابق، ص 48.

وبالرغم من ذلك فسواء أخذ المشرع بالمذهب المالكي أو المذهب الحنفي،فإنه لا مناص أن التعديل الذي جاء به المشرع بخصوص الولاية في الزواج، أن التعديل جاء لإنقاص من حدة الصراع الذي كان بين الاتجاهين المتناقضين، والذي كان واضحا جليا من خلال المواد المتعلقة بموضوع الولاية في الزواج.

وأما ذلك فإن اشتراط الولاية في الزواج لها ما يبررها في الشريعة الإسلامية، وذلك للحكمة التي شرعت من أجلها بما فيها حماية لمصلحة المرأة من الغرر بها لقلة خبرتها بالرجال ودرء المفاسد التي قد تقع فيها مستقبلا، ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها عقد الزواج باعتباره الميثاق الغليظ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الولي الذي عادة ما من المستحيل أن يلحق بها الضرر.[1]

المطلب الثـــالث: الولي في قـــــانون الأحـــوال الشخصيـــة المقـــــارن

الفـــرع الأول:الولي في عقـد الزوج في القـانون المغـــربي.

لقد تبنى القانون المغربي مسألة الولاية في الزواج، حيث أنه خصص لها بابا وهو الباب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بتاريخ: 1957/10/22 الصادر بتاريخ:1957/12/6.

تشكل الولاية في الزواج من المواضيع التي أثارت جدلا واسعا على مستوى التشريع الإسلامي عامة والتشريع المغربي خاصة،بما في ذلك مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة الجديد حيث تحولت إلى شرط صحة في الزواج إلى حق من حقوق المرأة الراشدة.

فبالنسبة للتشريع المغربي فقد كان الولي شرط صحة في الزواج،أما في مدونة قانون الأسرة الجديد، الصادر في:2004/2/3 فقد نظم المشرع المغربي الولاية في الزواج في المادتين 24و25 وقد نصت المادة 24 من المدونة بقولها: "الولاية حق للمرأة الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها"

[1] بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 161.

فحسب هذه المادة فقد اعتبرت الولاية هي حق للمرأة الراشدة التي بلغت السن القانوني المحدد بحسب المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية، وقد أخذ المشرع برأي الأحناف الذين يجيزون للمرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها.

أما فيما يخص المادة 25 من المدونة والتي جاء فيها:"للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"[1]

وبالرجوع إلى المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية فقد نص على شروط الزواج بقوله:"يجب أن تتوفر في الزواج الشروط التالية:

-أهلية الزوج والزوجة.

-عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

- ولي الزواج عند الاقتضاء.

-سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

-انتفاء الموانع الشرعية.[2]

يتضح جليا من المادة السالفة الذكر أن المشرع جعل الولي شرطا من شروط الزواج وذلك عند الاقتضاء، فالمراد من ذلك أن الولي حق بالنسبة للقاصر، وأن هذا الأخير لا يمكن له أن يزوج نفسه من دون ولي،لأن زواجه متوقف على نائبه الشرعي, أما في حال بلوغ سن الرشد والتي حددتها المادة 19 من المدونة ب18 سنة، فالقانون المغربي اتجه اتجاه مذهب الحنفية بحيث أنه يجوز لكلا الزوجين أن يزوجا نفسيهما من دون ولي.وهذا ما نصت عليه المادتين24و25 من المدونة المغربية.

من نص هاتين المادتين نلاحظ أن القانون المغربي أعطى الحق في الولاية للمرأة الراشدة بحيث لا يجوز للأب أو غيره أن يزوجها من دون رضاها،كما أعطاها الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو غيره من أقربائها.

ما يمكن قوله أن المشرع المغربي حذا حذو المشرع الجزائري في اعتبار الولي شرطا من شروط الزواج،أي أنهما أخذا بالمذهب الحنفي,كما اتفقا على جواز أن تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبها أو أحد أقربائها،إلا أنهم اختلفوا في أن القانون المغربي قد جعل التفويض في الولاية إلى أب المرأة أو أحد أقربائها بخلاف القانون الجزائري الذي سمح للمرأة أن

1www.amanjordan.org . القانون المغربي، بتاريخ :2005/04/23، الساعة 19:00.

2 أحمد شامي،نفس المرجع السابق، ص 48.

تفوض لأي شخص تختاره أن يتولى إبرام عقد زواجها،ولذلك لا نجد لها أي سند في الشريعة الإسلامية.[1]

الفـــرع الثـــاني:الولي في القـــــانون الإمـــــاراتي

إن القانون الإماراتي يعتبر من بين القوانين التي انفردت وتناولت موضوع الولاية بكل جوانبها فأحاطه بترسانة من المواد التي تنظم هاته المسألة الهامة في عقد الزواج وسنتعرض إلى إلقاء الضوء على هذا القانون كالآتي بيانه:

فقد نص المشرع الإماراتي في المواد 32،33،34،35،36،38،39، فنص في المادة 32 من على أنه:"الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنا ثم أخا ثم عما،فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروط جاز,ويتعين من أذنت له المخطوبة"

فعلى ضوء هذا المادة فقد حدد المشرع من تكون لهم الولاية،فجعل الأولى في الولاية هو الأب ثم حدد من يلي الأب في الولاية والذي تم تحديدهم على أساس الإرث، مع النص في محتوى المادة على أن المرأة هي التي تختار و تأذن لمن يكون يتولى عقد زواجها،فالولي حده المشرع على سبيل الترتيب انطلاقا من أبوها، فقد أسند المشرع الولاية على أساس العصبات،ولم يفتح باب الولاية كما فعل المشرع الجزائري بجواز للمرأة أن تختار أي شخص تختاره لتولي عقد زواجها وحتى لو كان أجنبيا عنها،وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري.

وأضاف المشرع الإماراتي بالنص على شروط الولي وذلك بنص المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية بقوله: "يشترط في الولي أن يكون ذكرا،عاقلا، بالغا، غير محرم بحج أو عمرة مسلما إن كانت الولاية على مسلم"

فالمشرع هنا بتحديده للشروط الواجب توفرها في الولي قد سد كل باب من أبواب التأويل، فليس كل شخص أن يكون وليا.

وأضاف المشرع الإماراتي بنص المادة 34 التي جاء فيها:"إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به،انتقلت الولاية لمن يليه بإذن من القاضي وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي." [2]

---

1 بوكايس سمية، نفس المرجع السابق،ص161

[2] قانون الأحوال الشخصية،الأمر 2005/28، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.

من الملاحظ أن المشرع في هذه المادة قد حدد الحالات التي تنتقل فيها الولاية في حال غياب الولي الأقرب،وضرب هذا الأخير أمثلة عن الحالات التي يمكن أن يتعذر حضور ولي المرأة بحيث استعمل حرف"أو" الذي يفيد التخيير، ونص على من يلي الولي الأقرب بعد استئذان القاضي، والتي تم ذكر الترتيب الذي حدده في انتقال الولاية من ولي لآخر بنص المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية،كما أنه لم يغفل وأن ذكر في حال عضل الولي موليته من الزواج، وكرس مبدأ القاضي ولي من لا ولي له بقوله:"وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي"

كما أن المشرع ألإمارتي يعود و ينص من جديد على سلطة القاضي باعتباره ولي من لا ولي له من خلال إضافة مادة أخرى تؤكد على ما جاء في المادة السابقة لها،وهذا ما يفهم من نص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية بقوله: "القاضي ولي من لا ولي له"، وما يستشف من هذه المادة أنه في حال انعدام وجود ولي للمرأة أو في حالة العضل تنتقل الولاية وعلى ضوء هذا النص إلى القاضي، كما عاد المشرع ليؤكد و ينص من جديد على مدى سلطان القاضي في الولاية،بحيث أن هذا الأخير لا يكون وليا إلا بشروط ساقها المشرع وذلك حسب نص المادة 36 التي قضت بما يلي: "ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله ولا من فرعه"

أي أن حدود سلطة القاضي تنتهي في حال وجود ولي من الأصل أو من الفرع

ومن المستشف من نصوص القانون الإماراتي أن المشرع جعل من الولي ركنا في عقد الزواج أي أن العاقدان وعلى ضوء ما جاءت به النصوص القانونية هما الولي والزوج، فالمشرع لا يجيز أن تزوج المرأة نفسها بل الولي هو الذي يتولى إبرام هذا العقد، حيث جاء في نص المادة 38 قولها: "أركان عقد الزواج: العاقدان(الزوج والولي)، المحل، الإيجاب والقبول"

فعلى ضوء ما سيق في هذا المادة أن الولي ركن في العقد بحيث اعتمد المشرع الإماراتي المذهب المالكي الذي لا يجيز زواج المرأة بنفسها، نقيض ما أتى به المشرع الجزائري في التعديل الجديد بحيث جعل من الولي شرطا من شروط عقد الزواج وأجاز للمرأة تولي عقد زواجها وذلك حسب نص المادة 11 السالفة الذكر.[1]

كما أن المشرع جعل من الولي هو الذي يتولى عقد زواج موليته وهذا ما أضافته المادة39 بقولها:" يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها، ويوقعها المأذون على العقد ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب المولود"

[1] قانون الأحوال الشخصية،نفس المرجع السابق،الأمر 2005/28، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.

فالمشرع في هذا المادة جعل من الولاية ولاية اختيار وليس إجبار بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة كما أنه رتب على العقد بعد الدخول بدون ولي البطلان المطلق، مع الإبقاء على نسب المولود حتى لا تضيع الأنساب.

ومن المستسقى من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع قد أغفل الولاية بالنسبة للقاصرة من حيث الولاية هل تكون عليها ولاية إجبار أو ولاية اختيار؟

لكن وبمفهوم المخالفة يفهم أن الولاية بالنسبة للقاصرة تكون ولاية إجبار وليس اختيار، لكن هذا لا يلغو رأي المرأة ورضاها.

ومما سبق ذكره فالمشرع الإماراتي جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج، مع عدم تهميش رضا المرأة في العقد، فالولاية على المرأة البالغة الراشد هي ولاية اختيار وليس إجبار، وهذا ما ذهب إليه جل الفقهاء المسلمين.

وحسب رأي الشخصي فإنه قلما وجد قانون أولى اهتمامه بقضايا الأحوال الشخصية وكرس لها ترسانة من القوانين والضوابط وخاصة الولاية في الزواج، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد ألا وهي المرأة، خاصة وأن مجتمع الإمارات العربية المتحدة يتسم بالتشدد والتمسك بالقيم الإسلامية العربية الأصيلة، ولم تؤثر فيها لا اتفاقيات دولية ولا جمعيات نسوية خاصة قانون الأحوال الشخصية الذي هو مستسقى من مبادئ التشريع الإسلامي.

المبحث الثاني:أثر تخلف الولي في عقد الزواج

سنتعرض إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج من وجهين أساسيين سيتم عرضهما كالآتي بيانه:

المطلب الأول: أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين في حال تخلف الولي عدم صحة العقد وبالتالي فالزواج يعد باطلا، مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل،فنكاحها باطل،ثلاث مرات".

أما فيما يخص الحنفية فإنهم أجازوا تولي المرأة عقد زواجها بنفسها بغير وليها، فالمرأة الحرة البالغة عندهم لها حق إبرام عقد زواجها بنفسها سواءً أكانت بكرا أم ثيبا، فالزواج صحيح ونافذ ولازم عندهم لكنهم اشترطوا شرطين لذلك وهما أن يكون الزوج كفئاً وأن لا تزوج نفسها بأقل من

مهر المثل، ولا عبرة لرضا وليها أو من عدمه, وذهب فريق من الحنفية إلى أن الزواج صحيح لكنه يبقى متوقف على إجازة الولي.[1]

المطلب الثاني :أثــر تخلف الولي في قــانون الأســـرة الجــزائـــري

لقد نص المشرع الجزائري عن أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة 32 التي نصت على:"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بالإضافة إلى المادة 33 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وفي حال وجوبه،يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه،ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"

ويمكن تقسيم هاتين المادتين إلى ثلاث حالات:

ـ أولا: في حال ما إذا تخلف الولي وتم اكتشافه قبل الدخول فأن نص المادتين 32 و33 قد نصت على أن الزواج يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق.[2]

ـثانيا: في حال تخلف شرط الولي ولم يتم اكتشافه إلا بعد الدخول، فهنا وحسب ما جاءت به المادة 33 من قانون الأسرة بأنه يثبت الزواج بصداق المثل، وترتب كل آثار العقد صحيحة.

_ثالثا: ففي هذه الحالة في حال تخلف شرط الولي مع الشروط الثلاثة وهما الشاهدين والصداق والولي، فالعقد يكون باطلا سواءً تم الدخول أو لم يتم ولا يمكن إثباته، ونجد هذه المسألة مكرسة في الاجتهادات القضائية،وقد قضت المحكمة العليا في القرار المؤرخ في:1989/1/2، تحت رقم:51107 والذي جاء فيه:"... ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركن من أركان عقد الزواج غير الرضا يبطل الزواج...إلخ"[3]

وقد نص المشرع بنص المادة2/11: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم،وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"

فقد ميز القانون بين حالتين الحالة الأولى: إذا تم الزواج بجون ولي وفي حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

---

1 سيد سابق، نفس المرجع السابق، ص56.

2عيسى حداد، **عقد الزواج–دراسة مقارنة–**، منشورات جامعة باجي مختار، 2006،(د،ط)، الجزائر، ص 142,

3 عيسى حداد، نفس المرجع السابق،ص 142.

أما إذا تم الدخول بدون ولي في حالة وجوبه وتم الدخول بالمرأة القاصر فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل، بمفهوم المخالفة فزواج المرأة الراشدة بدون ولي يكون العقد صحيحا، ونص المادة 7 السالفة الذكر بقول"في حال وجوبه" أي بالنسبة للقاصر.

وعلى أساس أن المشرع الجزائري قد كرس المذهب الحنفي في عدم اشتراطهم للولي في عقد الزواج، وجواز للمرأة الحرة الراشدة تولي عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا،فالمشرع وبرغم اعتماده على هذا المذهب فإن هذا الأخير وبتعدد الروايات المنقولة عليه، فإن المشرع لم يتقيد بأي رواية عنه جملة وتفصيلا.

ففريق الأحناف بقولهم بجواز تولي المرأة عقد زواجها بنفسها، فإنهم لم يلغ دور الولي في عقد الزواج فقد جعلوه شرط نفاذ، وأعطوا الحق للولي في الاعتراض على الزواج برفع الأمر إلى القاضي إذا كان الزوج غير كفء وزوجت المرأة نفسها دون مهر المثل، وذلك قبل أن يقع حملا ظاهرا أو ما لم تلد.[1]

المطلب الثـــالث: بعض الاجتهادات القضائية في مسألة الولايـــة في الـــزواج

المادة 9: الأمر رقم 05-02 االمؤرخ في: 27 فبراير 2005

1/ متى كان من المقرر شرعا، أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، وفي ذلك أضاف ابن زيد القيرواني في رسالة لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل.

كما أنه لا يجوز للولي أن يزوج مولته بدون رضاها، بل إلى أبعد من ذلك وهو أن تأذن له بالقول، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود، و لا يتبين منها توافر هذه الأركان فإنهم بهذا القضاء خالفوا الشرع.[2]

---

1 بن صغير محفوظ، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة دكتوراه،جامعة الحاج لخضر باتنة، ص2008_2009،ص 389.

2/ من المقرر شرعا، أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا. ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت –في قضية الحال– أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه يعاشر الطرف الآخر، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه وتصحيحه وإلحاق نسب المولود بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.[1]

3/ من المقرر شرعا وقانونا، أن للنكاح أربع أركان هي: صيغة ورضا الزوجين صداق وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ومن المقرر كذلك، أنه إذا اختل ركنا من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه، بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان _ في قضية الحال _ أن الشاهد صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا صحيحا.[2]

---

[1] بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1996–2010**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2012، الجزائر،63–64.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد 4، ص 99.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ:1984/11/19، ملف رقم: 34262، م ق، 1990، عدد 1، ص 99.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 40429، ن ق، عدد 44، ص 179.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1989/10/02، ملف رقم: 55116، م ق، 1991، عدد 1، ص 33.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2000/05/23، ملف رقم: 243417، إ،ق، غ،أ،ش، عدد خاص، ص 109، م ق 2002،عدد 1، ص 301

[1] المحكمة العليا، بتاريخ:1984/09/24، ملف رقم: 34438، م ق، 1990، عدد1، ص 64.

[2] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص65– 66– 76–77–78.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2000/05/23، ملف رقم:243417،إ،ق،غ،أ،ش، عدد خاص، ص 109، م ق 2002، عدد 1،ص 301.

المادة 11: من الأمر 02/05 المؤرخ في: 27/فبراير 2005 " تعقد المرأة الراشدة بحضور وليها..."

1/ من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

2/ من المقرر شرعا وقانونا، أنه لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا، وولي وشاهدين، وصداق.

3/ حيث أنه فيما يخص الولي، فللأخ أن يكون و كما هو وليا عن أخته في عقد الزواج،كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر.

وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد. [2]

4/ حيث أن القرار المنتقد ركز في تسبيبه على انعدام الولي في الزواج وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل منه ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج. [3]

والمادة 9 من ق.أ تطبق في حدود المادة 33 من ق.أ وبرفضهم دعوى قضاة الموضوع، على الرغم من وجود شاهدين، يكونون قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقد.

المادة 13:الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

1/ من المقرر شرعا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي 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.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

---

3 المحكمة العليا، بتاريخ:1984/09/24، ملف رقم:34483، م ق، 1990، عدد 1،ص 64.

2/ يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل،إذا اختل ركنا واحدا طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ وبما أن قضاة الموضوع رفضوا إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب، لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون.[1]

و أخيرا المستنتج من جل الاجتهادات القضائية السالفة الذكر أنه ومنذ التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على قانون الأسرة بموجب الأمر 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي مس في جوهره بالمركز القانوني للولي في عقد الزواج، بحيث تحول من ركن في العقد إلى شرط صحة، مع القول والتأكيد أنه وبموجب هذه المواد لم يعد للولي أي دور في عقد زواج موليته سوى الحضور بغض النظر عن قبوله أو عدم قبوله، وهذا ما لم يأتي به أي مذهب من المذاهب الأربعة، فحتى بالقول بأن المشرع انتهج منهج المذهب الحنفي، فهو إلى حد ما أخذ بهذا الأخير، لكنه بتر هذا المذهب في جوهره الذي يؤكد بإبقاء للولي حق الاعتراض على الزواج، إذا كان الزوج غير كفء وزوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري ولم يذكره بموجب نص قانوني آمر، بل أحال ذلك إلى الشريعة الإسلامية في

حال عدم وجود نص، وذلك بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، غير أن هذا الأخير قد أغفل مسألة هامة وهي في حال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يخفى علينا التنوع في المذاهب الفقهية للفقهاء للكل مذهب من آراء وأدلة شرعية تم سياقها. والسؤال الذي يبقى مطروح بإلحاح فأي مذهب سيطبق من هذه المذاهب؟

بالإضافة إلى كل ما سبق فإنه من غير المعقول وحتى بفتح باب الولاية في الزواج، فإن لم يثبت وأن المرأة التجأت للقضاء في حال اعتراض وليها على الزواج وهذا ما لوحظ على الاجتهادات القضائية في هذه المسألة التي خلت تقريبا من وجود اجتهادات من هذا النوع فحياء المرأة وحشمتها والتربية التي تشبعت بها من والديها التي هي من مبادئ وقيم الشريعة الإسلامية السمحاء يمنعها من حط وليها في موقف بين المطرقة و السندال.

كما أنه وبجواز للمرأة تزويج نفسها بدون إذن وليها والذي جاء به الحنفية إلا أنهم قالوا بأن المرأة الوضيعة هي التي تزوج نفسها بنفسها أما الشريفة عندهم فهي التي تكون تحت ولاية وليها وهو الذي برم عقد زواجها.إلا أنهم ومع تناولهم لهذه المسألة فإنهم لم يلغ دور الولي في

[1] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، 77- 79.

عقد الزواج وبالمقابل المذهب المالكي الذي يتسم بالتشدد نوعا ما وبإبطالهم لعقد زواج المرأة بنفسها وجعلوا ولاية الزواج للولي إلا أنهم لم يلغ رأي المرأة ورضاها في العقد، مع القول أن كلا الفريقين ساق أدلة لم تكن قطعية في دلالتها.

الخـــاتمـــة

الحمد لله رب العالمين،الحمد لله التي تتم بنعمته الصالحات، وأفضل الصلوات وأزكى التسليم على المبعوث رحمة للعالمين، محمد ابن عبد الله_صلى الله عليه وسلم_

إن مسألة الولاية تعد من المسائل الهامة والتي تمس بأعظم رابطة قدسية، بحيث أنه الميثاق الغليظ الذي ينظم هذه الرابطة على الوجه المشروع في إطار من الحقوق والواجبات، ولذلك فقد أحاطها الشارع الحكيم بأسس ومبادئ تبنى عليها.

ولا يخفى علينا أن المرأة ونظرا لما جُبلت عليه من رقة الشعور والعاطفة،فقد جعل الشارع الحكيم لها من يحيطها بكنف الرعاية والأمان والحفاظ على مصالحها،ودرء المفاسد عنها، ولا

يتأتى ذلك إلا من خلال الولاية لأن هذه الأخيرة ليس على دراية كافية بالرجال وعقلياتهم، لذلك فلا خير من ولي ينوب ويبرم عنها هذا العقد باسمها ولحسابها،وذلك فقد رأى بعض الفقهاء أن الولاية يجب أن تكون ولاية شركة بينها وبين وليها حتى لا يستبد كل طرف بالآخر.

ومما سبق ذكره فإن كل ما ساقه الفقهاء وعلى اختلاف وتنوع المذاهب الفقهية فإن الأدلة التي تم سياقها كلها لم تكن قطعية في دلالتها، مع العلم أن فريق الجمهور مثلا بقولهم أن الولي شرط صحة في الزواج لم يلغ حق المرأة في إبرام العقد باعتبار رضاها،بحيث أنهم حكموا على العقد الذي تضمن عيب من عيوب الإرادة ألا وهو الإكراه فإن مصيره البطلان عندهم،وبالمقابل الحنفية بقولهم بصحة العقد من دون ولي لم يلغ حق الولي في إبرام عقد الزواج بحيث جعلوا منه شرط نفاذ،مع العلم بأن كلا الفريقين ناقش أدلة الفريق الآخر.

وبالرجوع إلى ما ذهبت إليه القوانين في البلاد العربية عامة ومنها الجزائر خاصة بأن جعلت أمر إبرام عقد الزواج حق للمرأة، بل وأخذت موقفا أوسع من ذلك في حق المرأة في اختيار أي شخص يتولى إبرام عقد زواجها،وهذا ما سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا يحمد عقباها على المستوى البعيد، نظرا لما قد ينجر عنه من مشاكل وأسباب قد يتحمل نتائجها أسرتها والتي لم تشارك في بناء سرح هذا الزواج، والذي سيؤدي بدوره إلى انتشار المشاكل واتساع رقعة الشقاق بين المرأة وأهلها بسبب تهميش رأي وليها وعدم مشاركته في هذا العقد،وأي مجتمع مُنتظر يسوده الشقاق والعداوة بين أفراده؟

فالمشرع الجزائري وبتخليه عن الولاية قد ساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة،كما تؤدي إلى هشاشة العلاقة الزوجية،فالمشرع قد خالف ما جاء به جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها وشروطها ومراتب الأولياء،وذلك بتوسيع دائرة الولاية، وبإلغاء الولي في عقد الزواج وتهميشه وإعطاء للمرأة الحرية في اختيار وليها مهما كانت صفته يكون قد ألغى أي مركز له بحيث يكون وجوده من عدمه.

وعليه فإن المشرع قد استقر على ما ذهب إليه المذهب الحنفي في تكييفه لمسألة الولاية في الزواج، بحيث كيف هذا الأخير كشرط في العقد، لكن ما يعاب على المشرع أنه بتر هذا المذهب والذي أُعطى للولي الحق في الاعتراض على الزواج إذا لم تتوفر الشروط المنصوص عليها سابقا، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري، وبالتالي فإنه وبموجب التعديل الذي أجراه على نصوص قانون الأسرة والتي مست في مضمونها مركز الولي، بحيث انتقل من الركنية في العقد إلى شرط في العقد، وهذا ما لم يوفق فيه المشرع إلى حد ما.

وفي الأخير ما يمكن القول أن المشرع الجزائري ومهما كان التوجه والهدف الذي سعى الوصول إليه بشأن مسألة الولاية في الزواج حاجة لا غنى عنها، والأهمية البالغة التي يكتسيها الولي ووجوده، وعلى أساس ما قد جُبل النساء عليه من رقة الشعور والعاطفة كان ولابد من وجود هذا الأخير في العقد الذي يتعاقد باسم ولحساب موليته وأي مساس لحقوقه ووظائفه سيؤدي بالتالي إلى إهدار حقوق المرأة وفتح أبواب من المشاكل والآفات الاجتماعية التي قد تفتك بالفرد والمجتمع،ولن يكون أفضل من الولي باعتباره الحامي والمنقذ للمرأة وكرامتها وحريتها بعكس المغالطات التي جاءت به الجمعيات النسوية المنادية بتحرر المرأة ومساواتها بالرجل، فالمرأة ومها على شأنها فهي الطرف الضعيف في عقد الزواج لذا شرع الله عز وجل الولاية من فوق سابع سماوات وباركته الأعراف والتقاليد السائدة وسط المجتمع.

وعليه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الولاية في الزواج، كما أنهم رتبوا عدم صحة الزواج بدون ولي نظرا لما يتميز هذا العقد كما سماه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ.

وبعد هذه الخاتمة يمكن ذكر أهم ما تم التوصل إليه من نتائج في هذه الدراسة والتي نوجزها كما يلي:

_ أولا:إن المشرع بإلغائه لركن الولي قد خالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي والأعراف والمبادئ التي كرست في أذهان المجتمع،فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، لأن الأسرة هي التي تتكفل بهذه المسؤولية الهامة،وهي التي تحفظ وتصون مصلحة المرأة، وزواج هذه الأخيرة بدون وليها ينمي العداوة بينها وبين وأهلها، كما أنه وفي حالة الطلاق سيرفضونها لأن وليها لم يكن طرفا في هذا الزواج، مما يؤدي إلى تحطيم العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة ومن ثم المجتمع.

_ثانيا:إن إلغاء الولي يرتب آثارا و يمكنها أن تتجلى في إعطاء الفرصة للرجال للتلاعب بالنساء، كون المرأة بطبيعتها التي تغلب عليها طابع العاطفة،و يسهل الإيقاع بها واستغفالها و لأكبر دليل حالات الإجهاض الكثيرة وشيوع الأمهات العازبات اللواتي هن ضحية الوعود الزائفة بالزواج، اللواتي يبرمن عقود زواجهن بأنفسهن بدون حضور أوليائهن، والذي انعكس انتشار أبناء مجهولي النسب، والتي مستقبلا ستكون قنابل موقوتة تفتك بالمجتمع لما تحمله من

عقد نفسية وأمراض اجتماعية مما يزيد عبئا عن الدولة لتتكفل بهم ضمن ما يعرف بالطفولة المسعفة.

-ثالثا:إن إلغاء الولي وعدم إشراكه في عقد الزواج سيؤدي إلى نتيجة سلبية على مستوى الصحة النفسية للأطفال الذي يتربون بمعزل عن أصولهم وفروعهم من أجداد وجدات وأخوال وأعمام...إلخ،والسبب في ذلك إرادة أمهم في إبرام عقد زواجها بنفسها وتغييب وليها في العقد تبعا للتعديلات الواردة في القانون.

رابعا: إن إلغاء ركنية الولي سيؤدي حتما إلى تفشي ظاهرة الطلاق، ونلتمسه من خلال حدوث الشقاق بين الزوجين ومن المعروف من إجراءات الصلح في قانون الأسرة عادة ما يكون الأهل كطرف تحكيم يلجأ إليه باتساع رقعة الشقاق، فكيف سيقبل الأهل وساطة التحكيم وهم لم يشاركوا في عقد الزواج ولم يحضروا فيه، كما أنهم كانوا من المعارضين له، وبالتالي لم يبقى للزوجين إلا اللجوء للقضاء لفك الرابطة الزوجية والتي في جل الأحيان ما تنتهي بالتفريق بين الزوجين،وما تنجر عليه من آفات اجتماعية وعقد نفسية يكون ضحيتها الأولاد،وهذا كله نظرا للمغالطة التي تجسد بأن الولاية فيه مساس بكرامة المرأة وحريتها.

خامسا: إن إلغاء الولي وتهميشه في عقد الزواج يعتبر تكريس لمذهب الفردية،ومن البديهي أن الزواج ليس عقد بين فردين وإنما بين أسرتين تُبنى علاقتهم على أساس المودة والاحترام والتعارف نظرا لما يمتاز به هذا الميثاق الغليظ الذي باركه الله عز وجل، فينتقل من مدلوله الصحيح إلى مفهومه الضيق،وما قد ينجر على هذه القاعدة من آفات اجتماعية تفتك بالفرد والمجتمع.

ومما سبق ذكره ومن خلال هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها، يمكن إدراج بعض التوصيات التي وجب على المشرع أخذها بعين الاعتبار والتي نوجزها فيما يلي:

-1/ على المشرع الجزائري أن يحاول إعادة إدراج الولي بصفته ركنا وليس شرطا في عقد الزواج في التعديلات القانونية اللاحقة.

-2/ ضرورة تدارك المشرع ووضع شروط معينة يجب أن تتوفر في الولي على غرار باقي التشريعات العربية الأخرى، إذ ليس لأي شخص أن يكون وليا.

-3/ ضرورة تحديد منهج المشرع الجزائري و أي من المذاهب الأربعة يؤخذ به في المسائل المتعلقة بالولي.

-4/ على المشرع عدم ربط مسألة الولي بالسن فيما يخص القاصرة البكر والقاصرة الثيب من جهة و البالغة البكر والثيب من جهة أخرى، مع تحديد المذهب الذي اعتمده.

قـــــائمـــــة المصادر و المـــــراجـع

أولا: المصـــادر

-1/القرآن الكريم.

-2/قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له،قانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثـــانيا: القوانين والمراسيم والأوامر

1/ قانون الأحوال الشخصية، الأمر 2005/28، طبعة 2009، الإمارات العربية المتحدة.

-2/ قرار المحكمة العليا رقم 90468، بتاريخ:1993/3/30،مجلة قضائية،عدد خاص،اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية،لسنة 2001،الجزائر.

ثـــالثـــا: المـــراجـــع

أ/ الكتـــب:

-1/أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير،كلية الحقوق

قسم الشريعة،2008-2009.
-2/ أحمد شامي،**قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2011، مصر.
-3/ اسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية** دار الحامد للنشر والتوزيع،طبعة2009،الأردن.
-6/ الأكحل بن حواء، **نظرية الولاية في الزواج**،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، سنة 1982،الجزائر
-7/ أماني علي المتولي،**الضوابط الشرعية والقانونية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق**،دار الكتاب الحديث، طبعة 2010، مصر.
-8/ أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، سنة 2009، مصر.
-9/ اسماعيل نواهضة ومن معه، **الأحوال الشخصية في فقه النكاح**، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010،الأردن.
-10/ أحمد محمد علي داود، **الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى 2009،الأردن.
_11/ الشيخ شمس الدين، **قانون الأسرة والمقترحات البديلة**، شركة دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الأولى، 2003 الجزائر.
-12/الإمام أبو زهرة،**الأحوال الشخصية**،دار الفكر العربي،(د، س، ن)، مصر.
-13/بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة المعدل**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى، 2008، الجزائر.
-14/ جمعة سمحان الهلباوي، **الأهلية و عوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي**،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
-15/ سيد سابق، **فقه السنة**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،الجزء الثاني، طبعة 2008،لبنان.
-16/ طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009، الجزائر.

-17/ عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**،دار الخلدونية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، سنة 2007، الجزائر.
-18/ عوض بن رجاء العوفي،**الولاية في النكاح**، مكتبة الملك فهد الوطنية،الطبعة الأولى 2002، الجزء الأول،السعودية
-19/ عيسى حداد، **عقد الزواج-دراسة مقارنة-**، منشورات جامعة باجي مختار، 2006 الجزائر.
-20/ محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر ناشرون وموزعون الطبعة الثالثة،سنة 2010 الأردن.
-21/ محمد رأفت عثمان، **فقه النساء في الخطبة والزواج**، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، كلية الشريعة، جامعة الأزهر مصر.
-22/ محمد رأفت عثمان،**عقد الزواج أركانه وشروطه وصحته في الفقه الإسلامي** (د،س،ن).
-23/ محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،سنة 2011، الأردن.
- 24/ محمود محمد حمودة ومن معه، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع (ب،ط)، الأردن.
-25/ مصطفى أمين حيدر الأتروشي، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري**،دار قنديل للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، 2010، الأردن، 1993.
-26/ محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، دار اليازوردي العلمية للنشر والتوزيع، طبعة 2010، الأردن.
-27/ فاروق عبد الله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، جامعة السليمانية،كلية القانون، سنة 2004، العراق.
-28/ نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، الأردن.
29/ أحمد صقر، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية،سنة 2004.
-30/ هاني بن عبد الله ، (د،د،ن)،(د،س،ن).

-31/ يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الثانية، سنة 2008، الجزائر.

ب/ الرسـائل والمذكـرات العـلميـة :

أ/ أطـروحة الـدكتـورا:

بن صغير محفوظ، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة دكتوراه، غير منشورة،جامعة الحاج لخضر باتنة.

ب/ المقـالات والمجـلات:

-1/ بوسطلة شهرزاد، **مجلة المنتدى القانوني**، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع جوان 2007،الجزائر.

-2/بوكايس سمية ، **مجلة الفقه والقانون** ، العدد 20 ، بتاريخ02: يونيو 2014

-3/ موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، (د،س،ن)، الجزائر.

قائمة المواقع الإلكترونية:

www.amanjordan.org، القانون المغربي، 2015/04/23.

الـــفهـــرس

الموضـوع	رقـم الصفحـة
[illegible]	2
[illegible]	3
[illegible]	5-4
[illegible]	10_9
[illegible]	_11
المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج.	12-11

المطلب الثاني: أدلـــة مشـــروعيتها .	15-13
المطلب الثالث: أقســـــام الـــولايـــة.	16-15
[illegible]	16
المطلب الأول : الـقـــائلين باشـتـــراط الولي في الـزواج وأدلتـــهم.	24-16
المطلب الثـــاني: القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج وأدلتهم .	31-24
المطلب الثـــالث: شـــروط الـولي في الشـــريعة الإسـلامية.	35-31
[illegible]	36
[illegible]	37
المطلب الأول: الولي في عـقد الزواج ضمن قـــانون الأســرة رقم 11/84.	40-37
المطلب الثاني: الولي في عـقـد الزواج ضمن الأمر رقم 02/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84.	46-41
المطلب الثـــالث: الولي في قـــانون الأحـوال الشخصيـة المقـــارن.	51-47
[illegible]	51
المطلب الأول: القـــائلين باشتـــراط الولي في الـــزواج وأدلـــتهم.	51
المطلب الثالث: بعض الاجتـــهـادات القضـــائية في مسـألة الـولاية في الـزواج.	56-53
[illegible]	60-57
[illegible]	63_61