جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة) :
شباح منيرة
شامخ صورية

يوم 2022/06/27

عنوان المذكرة

الزواج بدون ولي في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

بلجراف سامية	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
سلام أمينة	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
براهيمي حنان	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية:2021 - 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـــر وتقديـــر

من لم يشكر الله فلم يشكر الناس فالحمد لله الذي وفقنا ومنحنا القوة والصبر لإتمام هذا العمل المتواضع فبعد شكر الله عز وجل نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أمد لنا يد العون أستاذتنا الكريمة المشرفة سلام أمينة على توجيهاتها ونصائحها وصبرها علينا فجزاها الله كل خير.

كما نشكر كان لنا عونا وسندا في هذا العمل الزملاء والزميلات والأصدقاء شكرا لكم جميعا.

الإهـــــداء

إلى من علماني كيف أسلك دروب الحياة وأنار لي الطريق

والديا العزيزين حفظهما الله لي.

إلى إخوتي دمتم سندا لي ودعما لا ينقطع.

إلى كل أصدقائي وصديقاتي المحبين وإلى الغالية على قلبي

سميرة سليمان مداس

إلى حبيبة قلبي الجميلة رفيقتي لوسكا .

إلى صغيرتي وتوأم روحي غفران

إلى كل من يعرفني ويحبني و يتمنى لي الخير أهدي لكم

هذا العمل أعزائي

شامخ صورية

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وحاصل دراستي إلى من فرق القدر بيني وبينها، والتي لن أنساها أبدا، إلى أختي الحبيبة سعاد رحمها الله واسكنها فسيح جناته.

-إلى من أحمل اسمه بكل فخر وأحاطني برعايته والدي الحبيب حفظه الله وأدامه تاجا فوق رؤوسنا.

- إلى التي علمتني بالألف أدبا، وبالميم محبة، بالياء يقينا إلى والدتي الغالية ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل، أمي التي لم تبخل جهد في تربيتي وتوجيهي حفظها الله ورعاها.

-إلى إخوتي الأحباء، مونية، سناء، هادية.

-إلى أخي الحبيب، لمين.

-إلى أخي الذي لم تلده لي أمي بن سمينة محمد رضا منذر

-إلى كتكوتي الشقي سمسم.

-إلى خطيبي رواق يونس وكل عائلة رواق.

شباح منيرة

قائمة المختصرات

- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري
- م: ميلادي
- هـ: هجري
- ص: صفحة
- ط: طبعة
- ج: جزء
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ج.ج.د.ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة هي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها المجتمع حيث تتميز بنظام اجتماعي فريد من نوعه يضمن تنظيم وديمومة البشرية، لما لها من دور هام يمارس على مستوى الفرد والمجتمع على حد سواء، فسعت كل القوانين الوضعية لتطبيق ما جاء في الشريعة السماوية عل العمل للحفاظ على المقاصد التي تسعى إليها الشريعة الإسلامية، أين سنت شبكة من القوانين والقواعد التي تحافظ وتحمي هذه الأسرة.

وقد حرص الشارع على تنظيم الزواج لحماية الأسرة كونه الرابط الجامع والمنظم لوجود هذه العلاقة وما يترتب عليها من آثار، حيث حدد أهم الشروط الواجب توافرها حتى يقوم عقد الزواج على أساس سليم خالي من أي عيوب ومن بين هذه الشروط ومن أهمها شرط الولي وهو موضع دراستنا.

-أهمية الدراسة :

-المكانة التي يلعبها الولي في عقد زواج باعتباره ممثلا شرعيا للمرأة، ومعبرا عن رضاها وقبولها.

- وجود الولي في عقد الزواج، هو صون للمرأة وحماية لأسرتها فلا بد من وجوبه لأنه لا يعتبر إنقاصا لكرامتها.

- الجزاء المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج باعتباره الأساس لما ورد في مشروعيته من نصوص قرآنية وأحاديث نبوية تثبت أن تخلفه يترتب عليه جزاءات سواء في الشريعة الإسلامية أو قانون الأسرة الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع :

- العلاقة التي تربط بين الرجل والمرأة على هي علاقة مقدسة ذات قيمة تعتبر النقطة المهمة لبناء المجتمعات.

- انتفاء الولي يؤدي حتما إلى انتفاء الأسرة ، لان بوجوده تقوم العلاقة على أسس متينة وبشكل صحيح.

- ظاهرة الطلاق التي انتشرت بنسبة كبيرة نتيجة عدم توفق الزوجة في اختيار الزوج المناسب الذي سببه غياب دور الولي في النصح والإرشاد والتوعية.

– الأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الموضوع ليس فقط من الناحية الشرعية أو القانونية بل حتى من الناحية الواقعية الأمر الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع بالتحديد.

-أهداف الدراسة :

– التعمق في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالولي في عقد الزواج لإزالة الغموض وتوضيح الهدف منها.

– تحديد الجزاء المترتب عن تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، وما ذهب إليه المشرع الجزائري في التعديل الأخير الذي مس المواد القانونية المتعلقة بالولي والهدف منه.

– فتح مجال للباحثين في الأحوال الشخصية للإحاطة والإلمام بالآراء المختلفة حول حكم الولي في عقد الزواج وتقديم الأقوى والأرجح منها.

– إبراز دور الولي في عقد الزواج خاصة من الناحية الشرعية، من أجل رد الاعتبار لمكانته في عقد زواج الراشدة تماشيا مع شريعتنا باعتبارها المصدر الأصلي لقانون الأسرة الجزائري.

وللتعمق في الموضوع أكثر يجب أن نطرح الإشكالية:

كيف يؤثر غياب الولي في صحة عقد زواج المرأة ونفاذه ؟

الدراسات السابقة:

تعتبر الدراسات السابقة من أهم الخطوات في إعداد البحوث العلمية، بحيث تتدخل في جميع مراحل البحث، وهذه الدراسة لا تخلو من دراسات مشابهة سبقتها وتشترك في عدة عناصر وتختلف في الكثير من الجوانب الجديرة بالدراسة وفي مقدمتها أهدافها ونذكر منها:

– سعود الساسي، **الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، جامعة محمد لخضر الوادي، 2018. وتمحورت إشكالية هذه الدراسة حول كيفية تكييف حكم الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وهدفت هذه الدراسة إلى الكشف عن مواضع الاتفاق والاختلاف بين قانون الأسرة وأقوال فقهاء المذاهب الأربعة، وفسح المجال للباحثين للإحاطة بوجهات النظر المختلفة لحكم الولي وكذا الكشف عن الغموض في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري بهذا الصدد، وتوصلت الدراسة إلى أن الولاية على الغير في عقد الزواج

لا تنظر إلى ولاية الشخص على نفسه، كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج ، بالإضافة إلى إثبات المشرع الجزائري الولاية القاصرة للمرأة الراشدة عند بلوغ أهليتها تتولى عقد زواجها بنفسها أخذا بالمذهب الحنفي.

-قارون فازية،**أحكام قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية**، و هو بمثابة مذكرة شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014/2013، تعرضت فيها إلى دور الولي وأحكام الشرع، وهدفت إلى إظهار دور الولي في عقد الزواج من الناحية الشرعية، والتنبيه إلى قد ما يترتب عليه من تهميش للولي عن طريق حضوره الشرعي لعقد موليته، وتوصلت الدراسة إلى ضرورة توعية النساء بمشروعية الولاية عليها وذلك لمصلحتها.

- تقسيم الدراسة:

للتفصيل في موضوع دراستنا ولحل ما طرحنا من الإشكالية والتساؤلات الفرعية تم تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

الفصل الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج

- المنهج المتبع:

استدعت طبيعة دراستنا لهذا الموضوع الاعتماد على مناهج، المنهج الوصفي الملائم لسرد الأدلة الدالة على وجوب الولي في عقد الزواج باعتباره الولي الشرعي للمرأة ولبيان دوره داخل الأسرة، والمنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول

الفصل الأول
ماهية الولاية في عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يعقدها في الإنسان في حياته، وللولي فيه دور كبير يتمثل في النصح والإرشاد والتوعية لحماية هذا العقد ، وقد عرفت الولاية بمجموعة من التعاريف بينت اختلاف الفقهاء في مواقفهم وانجرت عنه مفاهيم خاطئة ضد المرأة، انقسمت بين متشدد لا يتردد في إلغاء شخصيتها وبين متساهل في اشتراط وجود الولي ومستغن عنه لتضييع حقوق المرأة، و لأهمية الولاية لنفاذ عقد الزواج يستوجب معرفة ما هي هذه الولاية ، وما أنواعها ولمن تثبت، وما هي مراتبهم ؟
وللإجابة على هذه الأسئلة قسم الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

المبحث الثاني: أحكام الولاية في عقد الزواج

المبحث الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

حرص الشارع على تنظيم الزواج لحماية الأسرة كونه الرابط الجامع والمنظم لوجود هذه العلاقة وما يترتب عليها من آثار، و شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق وحريات أطراف العلاقة الزوجية، لما لها من أثر بالغ معنوي مهم في استمرار واستقرار هذه العلاقة، الأمر الذي طرح إمكانية جعلها شرطا للصحة من عدمها، ومن خلال هذا المبحث سنعرف الولاية في عقد الزواج مع تحديد أنواعها.

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

المطلب الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

في الحالات العامة التي يبرم فيها عقد الزواج نجد الولي كشرط من شروط الزواج، لذلك سأتطرق إلى تعريف الولاية في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية

أولا: الولاية لغة

الولاية بفتح الواو وكسرها: المحبة والنصرة.

والولي: المحب والصديق والنصير[1]. ومنه قوله تعالى:

{وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُمْ من وِلَايَتِهِمْ مِن شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا }.[2]

هي الإمارة والسلطان.

والولي: هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباها أو وصيا عليها، أو كافلا لها..[3]

وقال بن فارس الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على القرب، من ذلك الولي وكل من ولى أمرا فهو وليه.

وكلمة الولاية (تشعر بالتدبير والقدرة والفعل،وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليها اسم الوالي)، وعليه فمن اجتمعت عنده القدرة والتدبير والفعل فهو الولي.

ثانيا: الولاية اصطلاحا

الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.[4]

الولاية هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها.[5]

---

[1]-محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، الجزائر، واريافا العلمية للنشر والتوزيع ،2011م،ص210.

[2]– سورة الأنفال ,الآية ,72.

[3]– نصيرة بلعيد، النظام القانوني لتوثيق الزواج في الجزائر، دراسة مقارنة، المركز الجامعي تيبازة ،معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، دار الجامعة الجديدة،2017، ص44.

[4]– عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، دار الخلدونية، ط1، 2007م، ص54.

[5]–بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، جامعة الملك عبد العزيز–جدة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ/2012م، ص ص309،308.

أما الولاية في الإصطلاح الشرعي هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

ثالثا: تعريف الولاية في قانون الأسرة الجزائري

نص القانون في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة (المضافة بالأمر 02/05) على أنه" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج ". كما أنه جاء في المادة 11 قانون الأسرة المعدلة بأنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

كما ورد في المادة 11 قانون أسرة، في فقرتها الثانية:" دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

وجاءت المادة 2/33 قانون أسرة المعدلة بالأمر 02/05، تقضي بأنه:" إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

يتبين لنا من هذه النصوص أن الولاية شرط صحة في عقد الزواج، وأنه يفسد بانعدامها في بعض الأحوال(م33 ق.أ)، بما أن الولاية في القانون لها جانب موضوعي على اشتراط الولي لمباشرة العقد(م9 مكرر و11 ق.أ)، ولو أن الولي ليست له صلاحية المعارضة في إبرام العقد (م13 ق. أ المعدلة). ولها أيضا جانب شكلي، حيث يفرض القانون حضور الولي والشاهدين لسماع الإيجاب والقبول من الزوجين (م9 و10 ق. أ).[6]

[6]–بلحاج العربي، المرجع السابق، صص307،308.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

شرعت الولاية في الإسلام للمحافظة على حقوق فاقد الأهلية وناقصها، وحماية مصالح الفتاة لقلة تجاربها، وجهلها لأمور الزواج وأحوال الرجال، وسرعة تأثرها وانخداعها، وهذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن حق مطلق، وأنها سلطة تحكم بدون قيود، ومنافية لمبادئ الحرية في الزواج.[7]

وقد استدل الفقهاء على الولاية بآيات وأحاديث كثيرة منها:

أولا: من الكتاب

*قال تعالى: "**وَانْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ**".[8]

*وقوله سبحانه وتعالى: "**وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَ فَلاَتَعْضُلُوهُنَ**". [9]

*وقوله سبحانه وتعالى: " **وَلَا تَنْكِحُوا المُشْرِكِينَ حَتَى يُؤْمِنُوا**".[10]

ثانيا: من السنة النبوية

*قول النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لَا نِكَاحَ إِلَا بِوَلِيْ**".[11]

*وروى ابن ماجة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **لَا تُزَوِجْ المَرْأَةَ المَرْأَةَ ، وَلَا تُزَوِجْ المَرْأَة نَفْسَهَا، فَإِنْ الزَانِيَةَ هَيَ التِي تُزَوِجْ نَفْسَهَا**".[12]

*ما روى ابن ماجة واحمد الطبرافي والبهقي والدار القطبي وضياء المقدسي عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**لَا نِكَاحَ إِلَا بِإِذَنْ وَلِيْ مُرْشِدٍ أَوْ سُلْطَانٍ**".

فهذه الأحاديث أقوى دلالة على ضرورة وجود الولي، فليس للمرأة حق مباشرة العقد دونه.

---

[7]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص120،121.

[8]– سورة النور، الآية 32.

[9]– سورة البقرة، الآية 232.

[10]– سورة البقرة، الآية 221.

[11]–أخرجه ابن ماجة في سننه، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجه)، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880، كتاب النكاح، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ، ص327..

[12]– أخرجه ابن ماجة في سننه ،حديث رقم 1882، باب لا نكاح إلا بولي، ص327.

المطلب الثاني:أنواع الولاية في عقد الزواج

الولاية سلطة شرعية تمكن الشخص من التصرف،في شؤون نفسه وغيره وصورها كثيرة، فقد تكون الولاية قاصرة، تنحصر في قيام الشخص بشؤون نفسه، وقد تكون ولاية متعدية تمكن من التصرف في شؤون الغير شاء أم أبى، والولاية المتعدية قد تكون عامة كالولاية التي للحاكم والقاضي، وولاية خاصة تتعلق بحفظ حقوق الصغار والمجانين ومن في حكمهم[13].وبهذا تتنوع الولاية في عقد الزواجإلى نوعين من الولاية: ولاية قاصرة على النفس، وولاية متعدية على النفس والتي تنقسم إلى ولاية اختيار وولاية إجبار.

الفرع الأول: الولاية القاصرة على النفس

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، واتفق الفقهاء على أنها تثبت للرجل العاقل فان زوج نفسه صح عقده أما المرأة البالغة فقد اختلفوا حولها فذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك.[14]

1-يرى جمهور-الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة-أن المرأة البالغة العاقلة، ليس لها أن تتولى عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها، وكأنه يسقط أهلية المرأة في مباشرة الزواج مطلقا، وطبيعي أن تحرم من تزويج غيرها، وقد منعت من تزويج نفسها وقد استدل الجمهور لرأيهم بالمنقول والمعقول:

أ-**دليلهم من المنقول:** استدل الجمهور بعدة أحاديث تمنع المرأة من مباشرة عقد الزواج منها:

-ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا نكاح إلا بولي و أيما امرأة تزوجت دون إذن وليها فنكاحها باطل باطل، فإن لم يكن لها ولي، فالسلطان ولي من لا ولي لها".

-ومنها ما روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **لا تُزَوَّجْ المَرْأَةُ المَرْأَةُ، ولا تُزَوَّجْ المَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَانِيَةُ هيَ الَّتِي تُزَوِّجْ نَفْسَهَا**".

---

[13]- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة الإسكندرية، 1998م، ص127.

[14]-نصيرة بلعبيد، المرجع السابق، ص44.

واستدلوا لذلك أيضا بما جاء في القرآن الكريم من إضافة العقد إلى الأولياء في مثل قوله تعالى: **{وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ}**.[15]

ب-دليلهم من المعقول: أن الزواج من العقود الهامة، وأن المرأة لا خبرة لها بالرجال، وان عاطفتها المتأججة، وقد توقعها في زوج غير كفء، فلا ينبغي أن نترك لعواطفها وعدم خبرتها خاصة وان الزواج لا ينصرف إليها وحدها، بل يمتد إلى أسرتها، بما يجعل المصاهرة تأخذ حكم القرابة.

2-ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية، أن المرأة البالغة العاقلة لها أن تتولى عقد زواجها وزواج غيرها، أي يمكن أن تكون أصيلة عن نفسها، وكيلة عن غيرها، فإن تولت عقد زواجها وليس لها ولي عاصب فالزواج نافذ لازم، وان كان لها ولي عاصب اشترط لصحة زواجها ولزومه أمران هما:

-كفاءة الزوج فليس للمرأة أن تتزوج من غير كفء، فإذا باشرت زواجها تثبت لوليها حق الاعتراض، ويسقط حقه بالسكوت، وبالولادة والحمل الظاهر رعاية لحق الولد، والمفتى ب هان المرأة إذا تزوجت بغير كفء، وقع العقد فاسدا، فلو رضي الولي بعد العقد لا ينقلب العقد صحيحا.[16]

-ألا يقل مهر الزوجة عم مهر المثل، وإلا ثبت لوليها حق الاعتراض على الزواج.

واستدل الأحناف على رأيهم بالمنقول والمعقول:

أ-دليلهم من المنقول: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا**". والأيم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، والحديث يثبت للمرأة الأيم تزويج نفسها وأنه مقدم على حق وليها.

---

[15]-سورة النور، الآية 32.

[16]-محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص ص ص 130،129،128.

ب–دليلهم من المعقول: أن المرأة تتصرف في حق خالص لها ولا مانع يمنعها من هذا التصرف فهي بالغة عاقلة، فإذا تزوجت بغير كفء أو دون مهر المثل، فلا خوف لان حق الاعتراض ثابت للولي.

ويرى محمد بن الحسن أن البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها ولها ولي فإن زواجها يتوقف على إجازته، فلا بد عند محمد من تلاقي إرادة الزوجة والولي حتى يتم عقد الزواج.

والرأي الراجح في نظر الدكتور بن شويخ[17] أنه لا بد من عقد الزواج من رضا المرأة ووليها بكرا كانت أو ثيبا لأن الزواج لا يربط بين زوجين فحسب بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة.

الفرع الثاني: الولاية المتعدية على النفس

وهي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره، وتنقسم إلى:

أولا: ولايةاختيار

وتعني حق الولي في تزويج المولى عنه بناء على اختياره ورضاه وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت، جعلها المالكية للثيب البالغة وللبكر المرشدة وعند الشافعية تثبت البالغة بينما عند الحنفية تثبت على البالغة ثيبا كانت أم بكرا.

فجمهور الفقهاء يرون أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل لا بد أن يشاركها وليها في اختيار الزوج وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج، ولذلك تسمى هذه الولاية بولاية اختيار.

كما تسمى عند الجمهور ولاية الشركة لان الولي ليس له أن يجبرها بل لا بد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الاختيار ويتولى هو الصيغة[18].

أما أبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج ولذلك لقد أطلق عليها الحنفية اسم ولاية استحباب.

---

[17]–الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م،ص 89.

[18]– حمداني هجيرة، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 2، المركز الجامعي مرسلي عبد الله–تيبازة، الجزائر، 2021م، ص215.

ثانيا: ولاية إجبار

وفيها ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره دون الرجوع إلى أحد، ويثبتها الأحناف على الصغيرة وإن كانت ثيبا–أي ليست بكرا– وفي حالات العته والجنون.

والصغير هنا مجبر على قبول تصرف الولي، ولا رأي له، ولا يتوقف العقد على رضاه، ويسميها الفقهاء لذلك ولاية إجبار أو ولاية حتم وإيجاب.

وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف بالصغر وكما في حكمه، وتثبت ولاية الإجبار عند الجمهور على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب.

أما المالكية فولاية الإجبار عندهم تثبت بالصغر مطلقا وتثبت بالبكارة[19].

والشافعية قالوا بثبوتها على البكر الصغيرة أو الكبيرة، لأن العلة عندهم هي البكارة، والحنابلة قالوا بثبوتها على الصغار، لان العلة عندهم هي الصغر[20].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من أنواع الولاية في عقد الزواج

إن ولايتي الإجبار والاختيار هما من أقسام الولاية المتعدية، كما ذكرت، وأما موقف قانون الأسرة الجزائري منهما، فيظهر في قوله: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "[21]، حيث من خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد منع ولاية الإجبار، التي تثبت على القاصرة[22]، وأبدلها بولاية الاختيار.

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد تخلى عن ولاية الإجبار في الحالتين على الراشدة والقاصرة معا، والقول بعدم الإجبار هو الرأي الوجيه، الذي ينسجم وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، في

---

[19]– محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص130–131.

[20]–بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة،رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية–بغزة، ، 2006م، ص38.

[21]–المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل من الأمر رقم05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد15 المعدل والمتمم للقانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[22]–عبد الله شيباني،الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ص30 .

تشريع الزواج، ويوافق القواعد الشرعية العامة، وهو أحد الآراء المعتبرة في الفقه الإسلامي – المذهب الحنفي – وقول كثير من الفقهاء .

إذا خلاصة القول أن موقف المشرع الجزائري من أنواع الولاية في عقد الزواج هو كالآتي. أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالولاية القاصرة بالنسبة للمرأة الراشدة، فأثبت لها تولي عقد زواجها بنفسها، لاكتمال أهليتها، وذلك موافقة للمذهب الحنفي .

وأما ولاية الاختيار المتعدية، فقد أثبتها على القاصرة فقط. أما ولاية الإجبار المتعدية، فلم يبق منها قانون الأسرة الجزائري إلا ما يقع على فاقد الأهلية أو ناقصها[23].

[23]–أنظر المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: شروط الولي في عقد الزواج

ويشترط في الولي شروط متفق عليها بين الفقهاء هي:

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

أ-كمال الأهلية: أن تكون بالبلوغ والعقل والحرية[24]، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه والسكران وكذا مختل النظر بهرم أو خبل، فلا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه لقصور إدراكه وعجزه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولاية تتطلب كمال الحال.[25]

-واشتراط البلوغ فلأنه مادام صغيرا فهو يحتاج إلى من ينظر في شؤونه فلا ينظر أيضا في شؤون غيره، ولأنه قاصر عن إدراك التصرف ومقاصد الزواج، والبالغ يدرك مصالح النكاح ومقاصده بينما البالغ يدرك ذلك.

ومن أدلة اشتراط البلوغ:

قال تعالى: « **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**».[26]

فإذا لم يؤتمن الصغير على حفظ ماله حتى بلغ، فأولى ألا يؤتمن في تصريف أمور غيره فيما هو أشد خطرا من المال، وهذه الآية الكريمة هي الأصل في منع عقود الصغار.

كذلك يستدل من جهة المعنى بأن الصغير مولي عليه في نفسه، فأولى أن لا يلي على غيره والولاية يعتبر لها كمال النظر والصغير إما لا نظر له إن كان غير مميز، أو ناقص النظر إن كان مميزا، ولأن الزواج عقد معاوضة فلم يصح من الصغير كالبيع.

-والعقل شرط من شروط الولي اتفاقا، لأن الولاية تثبت نظرا للمولى عليه، ومن لا عقل له لا يمكن أن ينظر لنفسه ولا لغيره.

---

[24]-نصيرة بلعيد، المرجع السابق، ص47.

[25]-عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص60.

[26]-سورة النساء، الآية 6.

ب–اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه في الولاية الخاصة، فلو كان للفتاة أو الصغير شقيقان أحدهما مسلم والأخر غير مسلم، فالولاية على الفتاة لأخيها المسلم إذا كانت مسلمة، وأخيها المسيحي إذا كانت مسيحية. و للفقهاء تفصيل يحسن ذكره، فالأحناف والحنابلة يمنعون تزويج الكافر للمسلمة وتزويج المسلم للكافرة، والشافعية يقولون يزوج الكافر الكافرة، سواء كان الزوج مسلما أو كافرا، ويصحح المالكية تزويج المسلم للكتابية. أما المرتد فلا ولاية لأحد في تزويجه مسلما كان أو كافرا لبطلان زواج المرتد.

ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة، فللحاكم أو نائبه ولاية عامة على المسلمين وغير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية فهو ولي من لا ولي له فيهم.[27]

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

وهناك شروط أخرى في الولي مختلف في اشتراطها بين فقهاء الشريعة الإسلامية وهي:

أ–العدالة: وتعني استقامة الدين وسلامة الخلق بأداء الفرائض واجتناب الكبائر وهي شرط عند الشافعية والحنابلة ، فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام:"لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل"، ويرى الأحناف والمالكية[28] أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية، فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه أو من في ولايته.

ب–الذكورة: وهو شرط يضيفه بعض الفقهاء كما هو الحال عند المالكية والشافعية والحنابلة،[29]وهو ليس شرطا مطلقا عند الأحناف بل يعد شرط كمال للمرأة الراشدة، فلا تثبت الولاية للمرأة لأنها ناقصة العقل قاصرة، فتثبت الولاية لقصورها عن النظر لنفسها[30].

---

[27]–محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص127.

[28]–محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص133.

[29]–مودع محمد أمين، التكييف الشرعي والقانوني للولي في عقد الزواج، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية– مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جامعة البليدة 2، العدد الأول، جانفي 2017، ص336.

[30]–محمد حسن أبو يحي، المرجع السابق، ص222.

ج-شرط البصر والنطق: لا يشترط أن يكون الولي بصيرا، ولا ناطقا العمى والخرس لا يعتبران من موانع الولاية، وبذلك فقهاء المالكية والحنابلة والحنفية وبعض الشافعية قالوا تصح ولاية الأعمى وولاية الأكم[31].

بعض الشافعية قالوا بأن الأعمى لأي كون وليا في عقد الزواج ، كونه شخصا عاجزا عن البحث في مصالح نفسه فأولى مصالح غيره.والرأي الراجح هو أن الأعمى يكون وليا في عقد الزواج، لان العم ليس من سوالب أهلية الولاية، وهو كامل الأهلية بالإسلام والعقل والبلوغ.

د-الخلو من الإحرام بحج أو عمرة: فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، [32]وهذا شرط عند المالكية.[33]

هـ-عدم الإكراه: وهو شرط عند المالكية فلا يصح زواج المكره وهو شرط لصحة جميع العقود[34]

-شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على شروط الولي، لكن بالرجوع إلى المادة 222 التي جاء فيها على أنه:" كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية'، ومنه قد ترك المشرع مجالا واسعا للإجتهاد القضائي في هذه المسالة، ليأخذ شروط الولي من مذاهب الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب المعتمد في ذلك، خاصة وان فقهاء الشريعة الإسلامية، مختلفين في شروط الولي، فما هو الحد الأدنى الذي اعتمده المشرع الجزائري من هذه الشروط؟

أولا: الإسلام: بما أن الأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين، وأن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية[35]، كما نص عليه الدستور رغم تعديلاته المتعاقبة، ثم إن قانون الأسرة الجزائري قد

---

[31]-قارون فازية، دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الوادي،ص17.

[32]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 6701 وما يليها.

[33]-بسمة عبد الرحيم رزق مطر، المرجع السابق، ص49.

[34]-عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص62..

[35]-الأمر 76-97 المتضمن إصدار دستور ج.ج.د.ش، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976م، ج.ر..ج.ج.د.ش،ع94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976م.

نص في المادة 222 على انه: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين..."، ثم إن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقين على شرط اتحاد دين الولي والمولى عليه، وهو الإسلام بالنسبة للمسلمين، ومنه فالإسلام هو من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

لم ينص المشرع صراحة على الشروط الواجب توافرها في الولي في مواد خاصة، إلا أنه تفهم من نصوصه، حيث أشار إلى شرط الذكورة قبل تعديله.لكن بعد التعديل جعل الولاية تثبت للذكور كما تثبت للإناث، خاصة من خلال عبارة "تعقد المرأة" و "أقاربها"والتي تشمل كلا الجنسين.

وباعتبار أن الوصي يحل محل الأب الذي يعينه، فان المشرع اشترط أن يكون الوصي مسلما عاقلا بالغا، وتبقى المادة 222 تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: الأهلية: يعتبر الزواج في قانون الأسرة الجزائري من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات وواجبات،[36] وأن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ، بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين،[37] وان كل شخص ينقصه كمال الأهلية أو يفقدها ينوب عنه قانونا ولي، وحتميا لا بد أن يكون الولي هو الأخر كامل الأهلية، لأن الولاية المتعدية فرع منها،وان الولاية القاصرة تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل،[38] ومنه أن كمال الأهلية شرط من شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مثلما هو متفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثا: الذكورة: لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة قبل التعديل على شرط الذكورة، أنه أورد في لفظ الولي صيغة المذكر مما يفهم أن ظاهر النصوص التي ورد فيها ذكر الولي، تعتبر شرط

[36]–محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 200–2009م، ص414.

[37]–انظر المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.

[38]–حافظ محمد أنور،ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ص29.

من شروطه،[39] لكن بعد التعديل حافظ المشرع الجزائري على ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر، في زواج القصر في قوله: "**يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب...**".[40]

وأما بالنسبة للمرأة الراشدة، فأسند فعل عقد الزواج إليها في قوله:" **تعقد المرأة الراشدة زواجها...**"[41]، حيث أثبت لها الولاية لنفسها لاكتمال أهليتها كالرجل،[42] وأن أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد وسن الرشد 19 كاملة،[43] مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في الولاية على تزويج القصر فقط، أما المرأة الراشدة العاقلة فلا ولاية عليها في عقد زواجها، لأنه قد اثبت لها الولاية القاصرة على نفسها، ويمكن أن تكون متعدية إلى غيرها كحالة وفاة الأب وانتقال الولاية إلى الأم،[44] كما هو عند المالكية، وان المرأة لا بأس أن تعقد على كل ذكر في ولايتها، وان يأمرها رجل أن تعقد عليه، وهذا ما قال به أبو حنيفة: يجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا، وأن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز نكاحها.

ومنه لا اعتبار لشرط الذكورة في قانون الأسرة الجزائري، ولو تولت المرأة الراشدة الزواج، تعقده لنفسها أو لغيرها، إلا أن المشرع الجزائري قد اشترط حضور الولي لعقد زواج موليته، لعله من اجل حق الاعتراض، الذي هو من صلاحياته،[45] إذا لم يكن الزوج كفؤا ، أو المهر اقل من مهر المثل مثلما ذهب إليه أبو حنيفة احتياطا لحق الولي.

---

[39]–عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص53.

[40]–أنظر المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

[41]–أنظر المادة 11 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

[42]–أنظر المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

[43]–أنظر المادة 40 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 2005/06/20.

[44]–أنظر المادة 87 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

[45]–بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ج1، ص317.

المبحث الثاني

أحكام الولاية في عقد الزواج

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق العاجزين عن التصرف ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر، وشرع شرط الولي للمرأة دون الرجل في إبرامها لعقد الزواج نظرا لخطورة هذا العقد وتبعاته المادية والمعنوية الجسيمة.

المطلب الأول : أسباب الولاية في عقد الزواج

السبب ما يتوصل به أي أمر من الأمور، وكل من حصل له سبب من أسباب الولاية تثبت له الولاية بذلك السبب، وأشارت بعض الكتب الفقهية إلى أسباب الولاية[46]، مثل ما ورد في تعريف إبن عرفة وهي إما الملك أو الأبوة أو التعصيب أو الإيصاء أو الكفالة أو السلطان وسنستثني في دراستنا هذه (سبب الملك) لأنه إندثر ولم يعد له وجود لإنتفاء ملك الرقيق.

الفرع الأول: الأبوة

وتثبت للأبوة الأصلية أو الحكمية ونعني بذلك الأب أو الجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية، لأن الولد فرع الأب، أما المالكية فإنهم يثبتونها للأب دون الجد."

الفرع الثاني: التعصيب

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

---

[46]–ايمان الزهرة حميدي، دور الولي في ابرام عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، جامعة الجلفة، ص120.

جاء في مواهب الجليل: « المعروف أن الأحق الإبن وإن سفل ثم الأب ثم الأخ للأب ثم إبنه ولوسفل ثم الجد ثم العم ثم إبنه و لوسفل »

قال الحطاب هذا: " أي تقدم الإبن على العم" إذا لم تكن الإبنة في حجر أبها أو في حجر وصي لها، أما إذا كانت في حجر أبها أو وصها فالأب مقدم على الإبن وكذلك الوصي ووصي الوصي.

الفرع الثالث: الوصية

وصي الولي هو من عهد إليه الولي بتزويج موليته بعد مماته،فالوصي نائب عن الولي كالوكيل، إلا أن وكيل الولي نائب عنه في حياته، ووصي الولي نائب عنه بعد مماته، ووكيل الولي تصح نيابته اتفاق ، وأما وصي الولي ففي نيابته خلاف بين العلماء على أقوال منها:[47]

-أن الولاية في الزواج لا تستفاد بالوصية ، وهدا مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية ، وإحدى الروايتين الظاهرتين عن الإمام احمد رحمه الله ودليل دلك أن ولاية الزواج تنتقل شرعا بعد موت الولي إلى غيره من الأولياء، فلم يجز أن يوصي إلى غير مستحقها كالحضانة.

-أنها تستفاد بالوصية وهو مذهب المالكية واظهر الروايتين المشهورتين عن الإمام أحمد رحمه الله ودليلهم أنها ولاية ثابتة شرعا للولي، فجازت وصيته بها كما وصيته في ولاية المال.

-أن الولاية في الزواج تستفاد بالوصية إن لم يكن للمرأة عصبة تلي تزويجها ، وأما مع وجود العصبة فلا ودلك لان الوصية في زواج النساء مع وجود أوليائهن فيه إسقاط لحقهم، بخلاف ما إذا لم يوجد لهن أولياء، إذ ليس فيه إسقاط لحق واحد ، ويبقى الشأن لمن يحسن للمرأة التي لا ولي لها.

الفرع الرابع: الكفالة

نصت على الكفالة مواد الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في المادة 116 منه الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية، ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي، وفي المادة 121 من نفس القانون على انه: تخول الكفالة الكافل

[47]-صادق سالم، الولي في الزواج، مذكرة مكلمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015 ، ص47.

الولاية القانونية ، ويشترط في الكافل أن يكون مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته، ومن خلال أحكام الكفالة في جملتها يظهر أن الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، باعتبار أن الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية.[48]

الفرع الخامس: السلطان

وذكر إبن قدامي المقدسي – رحمه الله – « أن السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك، وهناك خلاف في والي البلد والصحيح جواز الولاية له عند عدم وجود القاضي، إذا إحتاط للمرأة في المهروالكفء، لأنه ذو سلطان ».

وأما الدكتور عبد الكريم زيدان « فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: الإمامة العامة فتثبت لصاحبها وهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه وهو القاضي، وولاية الترويج هذه من لا ولي له[49].

وجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبة أو من يقوم مقامهم، وهو دليل على إعتبار السلطنة سببا من أسباب ولاية النكاح، حيث أن من شروط ثبوت ولاية السلطان في النكاح هي عدم وجود الولي الخاص مطلقا أو في حالة عضلا لولي أو غيابه ولكن من الذي يزوجها عند غياب الولي الأقرب، أهو الولي الذي يليه؟ أو السلطان؟ يرى جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والحنبلية في حال غياب الولي الأقرب يزوجها الذي يليه رتبة. قال إبن رشد: « إذا غاب الولي الأقرب إنتقلت الولاية إلى الأبعد ».

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

---

[48]–سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الوادي، 2018/2017، ص24.

[49]–الدار القطبي،سنن أبو داود، كتاب النكاح–باب لا تنكح المرأة إلا بولي–، ط4،بيروت–لبنان–،1986، رقم الحديث32،، ص317.

إن الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناها إلى الأبعد وهو مقدم إلى السلطان كما إذا مات الأقرب، لأن السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي.[50]

وجاء في نص المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "والقاضي ولي من لا ولي له مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر القضاء سبب من أسباب ولاية التزويج بالنسبة للقصر في حالة انعدام الأب والأقارب".[51]

[50]–نقال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة، دار النشر والتوزيع،ط1، عمان، 2011، ص89–137.

[51]–سعود الساسي، المرجع السابق،ص24.

المطلب الثاني : ترتيب الأولياء

يقصد بترتيب الأولياء النظر في مدى أسبقية ولاية أحدهما على الآخر مع وجود جميع من يحق لهم الولاية وفي هذا الشأن سوف نرى رأي كل من المذهب المالكي والمشرع الجزائري، ما سنطرحه فيما يأتي:[52]

الفرع الأول: ترتيب الأولياء حسب الفقه المالكي

أولا: السيد المالك ولو أنثي: فله أن يجبره أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بها كالتزوج من أي عاهة كالجذام أو البرص، فلا جبر للمالك.

ثانيا: الأب رشيدا كان أو سفيها ذا رأي: فله تزويج البكر ولوعانسا جبرا عنها ولو بدون مهرالمثل أو غير كفء، كأن يكون أقل حالا منها وليس للأب جبر إبنته إذا رشدها أي جعلها رشيدة أو أطلق الحجر عنها لصيرورتها حسنة التصرف.

ثالثا: وهي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاث:[53]

أ- أن يعين الأب للوصي الزوج بأن يقول له زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة كأن يقول له زوجها ممن أحبب

ب- أن لا يقل المهر عن مهر المثل.

ج- أن لا يكون الزوج فاسقا.

بعد الأب ووصيه في البكر والصغيرة والمجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على الأنثى الصغيرة أو الكبيرة، وإنما تزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها ورضاها سواء كانت البالغة بكرا أو ثيبا.

رابعا: تقديم ابن المرأة في العقد عليها برضاها: ثم ابنه يقدم على والد المرأة أي على جده ودليل ولاية الابن على أمه حديث زواج النبي صلى الله عليه وسلم بأم سلمة وفيه قولها لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله. – تزويج أنس بن مالك أمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وفيه

---

[52]–ايمان الزهرة حميدي ، المرجع السابق، ص121.

[53]–عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص ص، 63،64.

قول لأم سليم لابنها أنس: قم فزوج أب طلحة، فزوجها ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها أو ابن ابنها جاز ولا ضرر.

خامسا: ثم والد المرأة.

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

سابعا: ثم الجد للأب فمرتبته بعد الأخ وابنه كالولاء والصلاة على الجنازة.

ثامنا: ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه.

تاسعا: ثم كافل المرأة غير العاصب.

عاشرا : ثم الحاكم أو القاضي الشرعي.

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

الفرع الثاني : ترتيب الأولياء حسب قانون الأسرة الجزائري

لقد جعل المشرع الجزائري ترتيب الأولياء في عقد الزواج حسب قانون الأسرة، أن ولي المرأة في المرتبة الأولى هو أبوها، وهدا يوافق الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية، ثم أجمل المشرع

الجزائري القول في بقية الأولياء بعد الأب، وميز بين المرأة الراشدة والقاصرة في تحديد الأولياء ومراتبهم، وعليه يقسم إلى:[54]

أولا: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة:

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 11 الفقرة 1 " **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولهاوهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره** ". دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".[55]

[54]–سعود الساسي، المرجع السابق، ص32.

[55]–ايمان الزهرة حميدي ، المرجع السابق ، ص122.

1- **قرابة الأبوة:** هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها وهنا حصرها القانون في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه استعبد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله يستنتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني[56].

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

3- شخص آخر: وهو المنصوص عليه في المادة11 الفقرة 1 على أنه: أو أي شخص آخر تختاره وهي عبارة مغمضة غير واضحة كما هو ملاحظ، لكن لما نرجع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي ورد في أحكامها آن المرأة تختار وليا رجلا من جماعة المسلمين إدا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، وهدا مستبعد جدا بالنسبة لقانون الأسرة في الجزائر لوجود السلطان.[57]

ثانيا: ترتيب الأولياء بالنسبة للبنت القاصر:

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 11 الفقرة الثانية على انه: يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب ، فاحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، ومنه لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالقاصر صراحة، هل هو عديم الأهلية أو ناقصها، لكنه حدد أولياء المرأة القاصرة في عقد الزواج، ومراتبهم كما يلي:

1- قرابة الأبوة: الأبوة هي القرابة تؤهل صاحبها الممارسة الولاية سواء كان الأب أو الجد وإن علا، لأن لا فرق بينهما من الشفقة على الفروع غير أن الأولوية للأب عند وجوده.

2- الإخوة: متى تعذرت قرابة الأبوة تثبت للإخوة فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ الأم وفقا لنص المادة 154 قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد واتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح

---

[56]-ايمان الزهرة حميدي ، نفس المرجع، ص120.

[57]-عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط3، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004م، ص149.

بقوة القرابة وورثوا بالتعصيب واشتركوا في المال بالسوية " وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد.[58]

3- العمومة: وإذا كانت الولاية تقوم على عنصر الشفقة، فإن قرابة العمومة تأتي في الدرجة الرابعة لنيل الولاية على النفس، ومتى تعذر الأعمام المولى تقدم الجهة الأكثر قرابة فيقدم العم الشقيق على العم لأب، ويقدم العم لأب على العم لأم، طبقا القاعدة الأقرب تقدم على الأبعد حسب نص المادة 154 قانون الأسرة الجزائري.

4-**القاضي:** نصت المادة 11 في فقرتها الثانية، في ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة: بعد الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، وهنا الأمر واضح خاصة بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي ورد في أحكامها أن القاضي يأتي دائما في آخر ترتيب الأولياء من غير العصبة في عقد الزواج .

[58]-عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص ص، 148،147،.

المطلب الثالث: الحكمة من اشتراط الولي في عقد الزواج

اقتضت حكمة الله – سبحانه وتعالى– أن شرع الأحكام المصالح العباد تفضلا منه وإحسانا، حتى جعل الزواج أساس تحقيق هذه المصالح والحاجات، وأما عن حكمة مشروعية الولاية فهي تنبع من الأهمية البالغة لعقد الزواج الذي سماه الشارع الحكيم ميثاقا غليظا .

وبعد بيان الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي الشرعي للمرأة حتى تثبت له ولايته في تزويجها، باعتبارها حق مقرر لمصلحة الولي من جهة، ومصلحة المولى عليها من جهة أخرى، فأما كونها مقررة لمصلحته لأن الزواج لا يقتصر في الحقيقة

على الزوجين، بل العلاقة تتعدى إلى أسرة كلا الطرفين. ولأنها مقررة لمصلحة المرأة شرعت الولاية في عقد الزواج لأسباب وحكم كثيرة.[59]

الفرع الأول: أسباب اشتراط الولي في عقد الزواج

جمهور الفقهاء[60]اتفقوا على اشتراط الولي في عقد الزواج، وقالوا أن العقد الذي لم يتولاه أو تولته المرأة بنفسها هو عقد باطل وأدلتهم على ذلك:

أ– حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس رضي الله عنهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم **قال: "لَا نِكَاحَ إلا بِوَلِيْ".**[61]

ب– حديث عائشة رضي الله عنها: **"أَيمَا امْرأَة نُكِحَتْ بِغَير إذْنْ وَلِيهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِل نِكَاحُهَا بَاطِلْ، نِكَاحُهَا بَاطِلْ ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المَهَرْ بِمَا اسْتَحَلَ مِنْ فَرجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُلْطَانْ وَلَيْ مَنْ لَا وَلِيْ لَهُ".**[62]

واشتراط الشريعة الإسلامية الولاية في عقد الزواج كان لعدة أسباب نذكر البعض منها:

---

[59]–وهو ما ذهب إليه كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم..

[60]–قارون فازية، المرجع السابق، ص18.

[61]–حديث سبق تخريجه، ص11.

[62]–حديث سبق تخريجه ، ص12.وفي الرواية التي عند ابن ماجه:"أيما امرأة لم ينكحها الولي،فنكاحها باطل،فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له" باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم 1879، ص327.

1- شرعت حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع حقوقهم، فمن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع الحكيم من يتولى أمره بدفع المضرة وجلب المنفعة له، والمرأة تبقى عاجزة عن تولي أمر زواجها مهما بلغت.

2- تشريع الولاية في عقد الزواج هي محافظة لحقوق المرأة ومصالحها خاصة أن تجربة حياة الزواج هي مسؤولية كبيرة وخبرة المرأة في ذلك محدودة[63].

3-سبب تشريع الولاية في يد الرجل على المرأة في عقد الزواج راجع لأهمية الزواج بحد ذاته، والرجل بما لديه من خبرة في معرفة أمور الرجال[64].

4- تشريعها في يد الرجال دون النساء رغم أن كلا الجنسين أقر لهما الإسلام نفس الحقوق والواجبات هو أن الله عز وجل خص الرجال عليهن بدرجة، بوضع القوامة في يد الرجل حتى أن الشافعي عرف الولاية انطلاقا من القوامة.[65] وذلك لاختلاف طبيعة الرجل والمرأة من حيث التفكير والقدرة.

---

[63]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص240،241.

[64]-وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص203.

[65]-محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1984م، ص32.

الفرع الثاني: مقاصد الولاية في عقد الزواج

اشتراط الولي في عقد زواج المرأة كان لتحقيق عدة مقاصد منها :

أ-**مراعاة مصلحة المرأة:** دائما يسعى الولي الشرعي للمرأة من خلال تولي تزويجها إلى تحقيق مصلحتها، وذلك بالبحث عما ينفعها وعضلها من كل زواج لا يكون من مصلحتها.

ب- **تجنب المرأة التسرع في الزواج:** رغم أن الزواج هو السبيل المشروع لتحقيق مقصد حفظ النفس بإحصانها من الوقوع في الزنا فالولي يعمل جاهدا على تجنب زواج ابنته الصغيرة، ليجنبها مخاطر الزواج التي تجهلها كضحية لعاطفتها أو غش أو خداع .[66]

ج- **إعطاء عناية كبرى للزواج:** وذلك من خلال اختيار الولي الزوج الكفء للمرأة واهتمامه بمصالحها وتولي عقد زواجه.[67]

د-**تمتين جانب المرأة في أسرتها الجديدة ليكون أولياؤها سندا لها:** حتى تلجأ إليهم مع نشوب خلافات كبيرة بينها وبين زوجها أو أي اعتداء عليها، لذلك عد الولي حصنا واقيا الحياة المرأة، فتولي الولي لعقد زواجها دون أن تباشره بنفسها هو مصلحة لها وليس قيدا على حريتها كما أنه يلعب دورا مهما في مساعدة القاضي في تحقيق الصلح بين الزوجين في حالة الطلاق.

هـ- **تحقيق الاستقرار الأسري:** الزواج في حقيقة الأمر لا يربط بين الزوجين فقط بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة[68]، وتوحيد العلاقات الأسرية والتوسيع فيها بوجود الأولاد، ولا تعد ولاية الولي على المرأة قهرا وإذلالا لها.[69]

---

[66]-داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البصائر، الجزائر، 2010م، ص113

[67]-قارون فازية، المرجع السابق، ص20.

[68]-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م، ص 65.

[69]-عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص119.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : أثر تخلف الولي في عقد الزواج

تعتبر ولاية الولي على المرأة في عقد الزواج من الأمور التي أخذت حيزا كبيرا وأثارت جدلا واسعا لا يزال مستمرا لحد الآن بين فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال والقانون وداخل المجتمع في حد ذاته نظرا لأنه متعلق ومرتبط بشكل مباشر بعادات الناس وأعرافهم والنظام الحياة الذي ألفوه بغض النظر عن ارتباطه بالدين الإسلامي .

فإن كانت نظرة الشريعة الإسلامية للولاية على المرأة في عقد الزواج نظرة تكريم وتشريف وحماية لها من التعرض للخداع والتلاعب لأنها تغلبها الحياء والعاطفة لطبيعتها الفطرية, فإن القانون وجمعيات حقوق الإنسان والمنظمات النسوية ترى الأمر من جانب المساواة والعدالة مثلها مثل الرجل من بينها حق الزواج وإختيار الزواج المناسب بكل حرية ودون ضغوط من أي جهة كانت .

في هذا الفصل سوف نتطرق لتكييف الولي ف يعقد الزواج في مبحثين كالتالي :

المبحث الأول :تكييف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في قانون 11/84وبعد تعديل 02/05.

المبحث الثاني:جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري في قانون 11/84وتعديل 02/05.

المبحث الأول

تكييف الولي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مما لاشك فيه أن الولاية في الإسلام شرعت حفظا لحقوق ومصالح الزوجة بالدرجة الأولى أثناء إقدامها على خطوة الزواج الزواج ، فالأصل فيها ليس وجود خلل في شخصية المرأة أو نقصها بل جاءت لتدعم حق المرأة في إختيار زوجها وتحميه وتحافظ عليه ،كما أن نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت لتدعم آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وتكملها

لقد تضاربت آراء الفقهاء في مسألة الولي وهل بإمكان المرأة المسلمة تزويج نفسها دون وليها أو أن زواجها لايصح دون إجازة وليها والموافقة عليه

سنتناول في هذا المبحث تكييف الولي في كل من :

- الشريعة الإسلامية
- قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول :تكييف الولي في عقد الزواج الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف طبيعة الولي هل هي شرط لازم لزواج المرأة أم تستطيع المرأة تزويج نفسها فانقسم الفقهاء إلى اتجاهين كالتالي :

الفرع الأول :تكييف الولي عند جمهور الفقهاء

وهم(المالكية والحنابلة والشافعية)اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها حتى ولو كانت عاقلة بالغة، فلا يصح نكاحها ، وإلى هذا ذهب المالكية والحنابلة ، والشافعية [70]

حيث يرى جمهور الفقهاء ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، وقد استدلوا على ذلك بالقرآن والسنة النبوية[71]

وقالوا: أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها ولا غيرها، و لا حتى توكيل غير وليها في تزويجها، وان فعلت شيئا من ذلك فهو باطل يفسخ في كل حال، وإن أذن وليها بذلك صغيرة

---

[70]– محسن سميح الخالدي. الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة بين الفقهاء الأئمة الأربعة.وقوانين الأحوال الشخصية في كل من فلسطين والأردن.مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية علمية–محكمة.الإمارات العربية المتحدة2014. .ص9.

[71]– عيسى حداد .عقد الزواج عيسى حداد .مرجع سابق.ص129.

كانت أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء زوجت نفسها بمن هو كفئ لها أم من غيره، وقد روى عن أبي يوسف أنه قال هذا القول، فقد ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولي، وهو قوله الأخير.[72]

غير أن فقهاء الجمهور اختلفوا فيما بينهم في اعتبار الولي ركن في عقد الزواج بين المالكية من جهة والشافعية والحنابلة من جهة أخرى.

وسنحاول دراسة أقوال الأئمة الثلاثة في هذا الشأن كالتالي :

أولا: رأي الشافعية والحنابلة في اعتبار الولي في عقد الزواج:

يرى الشافعية أن المرأة لا يمكنها تزويج نفسها ، فولي المرأة هو من له مباشرة عقد الزواج[73]كذلك قال الحنابلة في مسألة نكاح المرأة لا يصح إلاّ بولي، بكرا كانت أو ثيبا، فلو زوجت امرأة نفسها، أو زوجت غيرها كابنتها، أو أختها أو وكلت امرأة غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها، في الحالات الثلاث لا يصح هذا العقد لعدم وجود شرط صحته، ولأنّها سرعان ما تتعرض للخداع لنقص خبرتها وعقلها[74] فحضور الولي لازم حتى يكون العقد صحيحا، وأن يعيش الزوجان في أمان واستقرار، وتدوم بينهما المحبة والمودة والرحمة، و ذلك صيانة للمرأة عن الابتذال وحفاظا لحيائها حتى لا تنسب إلى خروجها عن العادات والتقاليد والآداب.[75]

---

[72]– أحمد الصويعي شلبيك، الولاية في عقد الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية .مجلة العلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، العدد 1 ،ص 1.

[73]– زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 31434.

[74]– الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دارالفكر، دمشق، سوريا،2012. ص 192.

[75]– سريع محمد عبد الهادي، حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنكحة التحليل .الشغار. الهبة– النكاح بدون وليالنكاح من الزانية– الزواج العرفي، ب. ط، دار الذهبية، مصر، القاهرة، ص 87.

ثانيا: رأي المالكية في اعتبار الولي في عقد الزواج:

الولي عند المالكية شرط في صحة العقد، وليس ركنا كما اعتبره الشافعية والحنابلة، إلاّ أنّ الأثر المترتب على عدم وجود الولي في عقد الزواج، هو الأثر نفسه عند من يعتبره ركنا، فلا يصح عقد زواج المرأة بدون الولي الشرعي. بكرا كانت أو ثيبا، بل يكون للولي المجبر وهو الأب فقط[76]

قال ابن جزي المالكي: "بأنّ المرأة لا تعقد النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكرا كانت أو ثيبا، رشيدة أو سفيهة حرة أو آمة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع أن زوجت نفسها بغير وليها يفسخ قبل الدخول وبعده،

وإ ن طال وولدت الأولاد ولا حدّ في الدخول للشبهة وفيه الصداق المسمى[77]

ويستند جمهور الفقهاء على رأيهم من القران والسنة كالآتي:

1 :دليل الجمهور من القرآن:

قوله تعالى (وَإِنْ طَلَقْتُمْ النِسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنُ فَلَا تَعْضِلُوهُنَ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَ إِذَا تَرَاضَوُ بَيْنَهُمْ بِالَمَعْرُوفِ).[78]

يتبين وجه الدلالة من خلال هاته الآية الكريمة أن المولى عز وجل قد خاطب الأولياء محذرهم بعدم عضل النساء اضرارا بهن ، والعضل في هذه الآية يدور حول منعهن من العودة إلى أزواجهن، فإذا جاء الزوج

خاطبا ورغبت في الرجعة إليه بعقد جديد، فلو كان أمر زواج النساء إلى غير أوليائهن، لما كان هناك معنى

ولا فائدة لنهي الأولياء عن شيء لا يملكون إتيانه، وفي هذا دليل قاطع على أن ولاية النكاح للأولياء، ولا تصح مباشرة المرأة عقد النكاح.[79] قد نزلت هذه الآية في شأن معقل بن يسار الذي زوج أختا له من رجل فطلقها لكنه رجع لخطبتها بعد انقضاء العدة فقال له معقل

---

[76]– الجزيري عبد الرحمان ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969م، ص 51.

[77]– زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 444.

[78]– القرآن الكريم .سورة البقرة . الآية232.

[79]– مودع محمد أمين .مرجع سابق.ص7.

:زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع فأنزل الله هذه الآية الكريمة وبعد سماعه الآية قالمعقل :الآن أفعل يارسول الله ثم زوجها إياها فهذه الآية تؤكد ضرورة الولي في عقد الزواج على الرغم من أن الحادثة كانت فيها أخت معقل ثيبا ولو كان ذلك جائزا لزوجت نفسها دون إذن وليها ودون أن يكون هنالك داعي لنهي الأولياء عن عضل بناتهم عن الزواج وبهذا يكون الشارع أبعدها عن كل مايمكن أن يسيئ لها محافظا بذلك على كرامتها ومانعا للتصادم بينها وبين أهلها لأن المصلحة في الزواج ليست خاصة بها بل تهم أهلها أيضا لأن الزواج رابط ربط بين أسرتين.[80]

كما استدل الجمهور أيضا:

لقوله تعالى "فَأَنْكِحُوهَن بِإِذْنِ أَهْلِهِنَ "[81]

وقد جاء في تفسير الجلالين المقصود بالآية ضرورة الولي في الزواج لأن المرأة لا يحق لها عقد زواجها بنفسها حيث لوكان للنساء ولايةعلى أنفسهن كان حكم التكليف موجبا إليهن كما في سائر الأعمال والتصرفات والتكاليف الخاصة بهن[82] مصداقا لقوله تعالى "**وَالمُطَلَقَاتُ يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**"[83]وقوله تعالى "**وَاللاَئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنَ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَتُهُنَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ** "[84]وقوله عز شأنه" **وَقُلْ**

للمؤمنات يغضضن من أبْصَارِهِنَ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجِهِنَ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَ إِلَا مَاظَهَرَ منْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُورِهِنَ عَلَى جُيُوبِهِنَ "[85]

فكل هذه الآيات تؤكد وجوب وضرورة الولي في عقد الزواج لأن الأولياء ليسو أجانب وإنما هم مكلفون بهذه

---

[80]– عيسى حداد . مرجع سابق .ص129–130.

[81]– القرآن الكريم .سورة النساء الآية25.

[82]– عيسى حداد .المرجع نفسه.ص30.

[83]– القرآن الكريم .سورة البقرة الآية228 .

[84]– القرآن الكريم .سورة الطلاق الآية4.

[85]– القرآن الكريم .سورة النور الآية3.

المسألة لأهميتها هذا خلافا لتصرفاتهن الأخرى كالبيع والشراء والهبة.....وغيره فهي تصرفات يجوز للمرأة فيها أن تستقل برأيها[86]

2:دليل الجمهور من السنة النبوية:

ومن أحاديث السنة التي استدل بها الجمهور في إثبات بطلان زواج المرأة دون وليها مايلي :

أ-حديث النبي **صلى االله عليه وسلم: (لاَ نِكَاَحَ إِلَاّ بِوَلِيْ وَشَاِهَدَيْ عَدْلْ)**[87]

هذا الحديث يدل على أنه ليس للمرأة تزويج نفسهاولاغيرها حيث يبين هنا صراحة شروط الزواج إضافة إلى الولي توفر شهود عدلكما يعتبر هذا الحديث أقوى دليل على اشتراط الولي في عقد الزواج، فلا يصح العقد بدونه .ومن ذلك لا يحق للمرأة ثيبا كانت أو بكرا من تولي إبرام عقد زواجها، أو زواج غيرها. و لأنّ الأصل في النفي يكون نفيا للصحةويشمل البكر والثيب[88]

ب-الحديث الذي يقضي بإبطال عقد الزواج قال النبي صل الله عليه وسلم: **(أَيَّمَا امرأة نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلْ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلْ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلْ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ اشْتَجَرُوافَالسُلْطَاُن وَلِيُ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ)**[89]

إبطال الزواج بالثلاث تأكيدا على عدم صحة زواج المرأة من دون وليها، وهذا الحديث يضم جميع النساء وذلك من خلال صدر الحديث (أيّما امرأة)، فلم يميّز بين البكر والثيب كما ذهب إليه بعض الفقهاء ولا شريفة كانت أو دانية .فالعقد الذي يبرم بهذه الكيفية يكون باطلا يستوجب فسخه.[90]

---

[86]- عيسى حداد مرجع سابق .ص131.

[87]- سنن الدرامي .باب النهي عن النكاح بغير ولي .ص137.

[88]- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، بدون طبعة، دار الاعتصام،القاهرة، مصر، بدون سنة النشر، ص 88.

[89]-سنن الدرامي .نفس المرجع والصفحة.

[90]- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 573.

ج–الاستدلال بحديث هدم الرسول صلى الله عليه وسلم لأنواع الأنكحة في الجاهلية عن عروة بن الزبير أنّ عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته" :أنّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة

أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم: يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها [91].

نستدل من هذا الحديث أنّ عائشة رضي الله عنها ذكرت أنواع الأنكحة التي كانت منتشرة في الجاهلية، فلما جاء محمد صلى الله عليه وسلم برسالته، قام بهدّم وإزالة كل هذه الأنواع من الأنكحة و أبقى فقد على الزواج المتداول اليوم.أين يخطب الرجل إلى الرجل وليته، وهذا ما تعارف عليه الناس اليوم. فهو دليل على أنّ النكاح يكون من رجل إلى رجل وليس إلى المرأة نفسها. وأما النكاح الذي تبرمه المرأة بنفسها من غير وليها، هذا الذي يكون نكاح الجاهلية، وليس نكاح الإسلام[92] .الذي يشترط وجود الولي في عقد زواج المرأة.

3:استدلالهم الجمهور ببعض أقوال السلف عن وجوب الولي في عقد الزواج:

اعتمد الجمهور على عدة أقوال الصحابة أكدت على وجوب الولي في عقد الزواج منها:

أ–قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "**لاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ إِلَاّ بِإِذْنِ وَلِيِهَا أَوْ ذِي الرَأْيِ مِنْ أَهْلِهَا، أَوْ السُلْطَانْ**"[93]

ب–قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "**لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِإِذْنِ وَلِيْ، فَمَنْ نَكَحَ أَوْ أَنْكَحَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَنِكَاحُهُ بَاطِلْ**"[94]

ج– قول أبي هريرة رضي الله عنه قال: "**لاَ تَنْكِحُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ،فَإِنْ البَغَيَّ إِنَّمَا تَنْكِحُ نَفْسَهَا**[95] "

---

[91]– أخرجه البخاري في صحيحه. باب 32 لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127 ،ص 1016.

[92]– حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، لطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ، 1420هـ، ص 573.

[93]– عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، السعودية، 2002، ص145.

[94]–نفس المرجع والصفحة.

[95]– شىهاني سمير،شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،[95]جامعة مولود معمري تيزي وزو.2014م.ص350.

4: دليل الجمهور من المعقـول:

أ–يرى الشافعية أنّ مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات، وأنّ النكاح له مقاصد شتى وهو رباط الأسر. وقلة تجربة المرأة فقد لا تحسن الاختيار لعدم معرفتها الجيّدة لأحوال الرجال، "ولاسيما أ نّها تخضع لحكم العاطفة التي تفوت عليها جملة المصلحة، فتحصيلا لهذه المقاصد على الو جه الأكمل"، قال

الجمهور بمنعها من مباشرة العقد[96]

ب –أنّ الحكم الشرعي بولاية الولي عن المرأة ورضائه وإ ذنه وإ برامه لعقد الزواج هو حكم شرعي ثابت، ومحاولة التحايل على أحكام الشرع الإسلامي اعتمادا على حرية المرأة في كلالتصرفات، منها عقد الزواج هو نكاح باطل[97]

ج –أنّ الحياء المفروض في المرأة يقتضي ابتعادها عن تولي عقد الزواج لعدم تبصرها في أمور الزواج من جهة، ودخولها مع حلقة الرجال أمر فيه شبهة من جهة أخرى. لذلك حتى وإ ن كانت هذه المرأة بالغة عاقلة فإنّها تبقى مضمنة قصور الرأي، لذلك من الواجب أن يتولى وليها إبرام عقد زواجه تحقيقا لمقاصد الشرع من ذلك[98].

الفرع الثاني : تكييف الولي في عقد الزواج عند الحنفية

لم يشترط الأحناف الولي في عقد الزواج، فمتى بلغت المرأة وكانت عاقلة لها كامل الحرية في التصرف في حقوقها. وجعلوا حق زواجها حقا خالصا لها. ومن بين الأدلة التي اعتمد عليها هي نفسها أدلة الجمهور وكان تفسيرهم لما كان واردا في الآيات والأحاديث مخالفا تماما لتفسير الجمهور. وقبل دراسة الأدلة التي اعتمدوا عليها ومناقشتها لابد من بيان رأي الأحناف ومن تبعهم في عدّ الولي ركنا أو شرطا في عقد الزواج، أم أنّه محل استغناء في العقد ولا يؤثر في

---

[96]– نضال محمد عبد المعطي أو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي،

كلية الدر اسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، –2006م.، ص 13.

[97]– ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار 2000مالفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، .–.، ص 275.

[98]– زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 434.

ذلك شيء.فولي المرأة العاقلة البالغة عند الأحناف لا يعدّ ركنا ولا شرطا لصحة عقد نكاحها، ما يعطي لها الحق في تولي عقد زواجها دون حضور وليها؛ فغيابه لا يؤثر في صحة العقد متى كان الزوج كفئا، والمهر مهر المثل، كما أنّ لها أن تزوج غيرها. فلو كان الزوج غير كفء أو تزوجت بأقل من مهر المثل، في هذه الحالة لوليها حق الاعتراض على العقد، وأكثر من ذلك من قال بعدم انعقاد العقد أصلا. حتى قالوا أنّ المطلقة ثلاثا إذا زوجت نفسها من غير كفء ودخل بها فإنّ نكاحها

لا يحلها لزوجها الأول فأعطى الأحناف للمرأة الحرية في تولي عقدها، وثبت للولي حق الاعتراض إذا كان في مهر ها غبن فاحش الحرية في تولي عقدها ولها حق الإسقاط من قيمة المهر، فلا جدوى في الاعتراض ورفعه إلى مهر المثل من قبل الولي.

وهو اتجاه الحنفية، حيث قالوا: للمرأة العاقلة البالغة أن تزوج نفسها أو غيرها بكرا كانت أو ثيب، فلها أن تنشئ العقد بعبارتها من غير وليها، وان كان من المستحب عندهم أن يتولى الولي العقد صونا لها عن التبذل إذ هي تولت العقد بحضور رجال أجانب عنها، وأن يكون عنه راضيا، كما لها أن تتولى عقد زواج غيرها[99]

غير أنهم يفرقون بين المرأة الصغيرة والكبيرة حيث إذا كانت صغيرة لابد لها من ولي في عقد الزواج وإذا كانت عاقلة بالغة فهي حرة في التصرف في سائر أموالها لكامل أهليتها ومدام عقد الزواج كبقية العقود من حيث الإنشاء فالمرأة تعتبر فيه كاملة الأهلية فلها أن تزوج نفسها كما لها أن توكل الغير في تكوين هذا العقد وذلك قياسا على العاقل البالغ إذ لا فرق بينهما مادام لم يرد نص يفرق بين أهلية المرأة والرجل في سائر العقود [100]

لكنها إن تولت عقد زواجها وكان لها ولي عاصب اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفئا، وألا يقل عن مهر المثل، فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل صح الزواج وكان لازما، سواء رضي الولي بذلك أو لم يرضى .أما إذا زوجت نفسها من غير كفئ، ولم يكن وليها قد رضي بذلك قبل الزواج، فللولي حق الاعتراض، إلا إذا سكت حتى حملت أو ولدت، فأن حقه يسقط مراعاة لمصلحة الولد من الضياع، ولأن حق الولد أقوى من حق الولي، فإذا لم

[99]– أحمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق،ص7.

[100]– عيسى حداد مرجع سابق ,ص133.

يكن للمرأة ولي عاصب، وزوجت .نفسها، كان زواجها صحيحا لازما، ولو كان الزوج من غير كفئ لها[101]

أولا :دليل الحنفية من القـرآن

استدل الحنفية بهذه الآية في حق المرأة بالزواج دون وليه:

قال تعالى "**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا** "[102]

غير ان هذه الآية ليس المقصود ما فهمته الحنفية وإنما هي خاصة بحالة المرأة عندما تطلق ثلاثا حيث أنه لا يمكن أن ترجع إلى بيت زوجها حتى تتزوج رجلا آخر وذلك في حالة كون الزوج جادا معتمدا فكرة الطلاق

حيث يفضل في هده الحالات انصراف كليهما في البحث عن شريك جديد ويجب حينئذ تنتهي هذه الحياة التي تجد احتراما لها واحتراسا من المساس بها[103]

وقوله تعالى : "**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيَ أَنْفُسِهِنَ بِالمَعْرُوفِ**"[104]

وجه الدلالة في الآية الكريمة، الأحناف قالوا بأنّ الله سبحانه وتعالى أضاف فعل النكاح إلى النساء، ودّل على صحة عبارتهن في العقد، فذكر النساء في الآية على وجه الاستقلال دون إضافة الولي معها .يكون إبرامها لعقد الزواج على نفسها بكفء وبمهر المثل معروفا منها ولا جناح على الأولياء في ذلك شيئا. أما إذا لم يكن بالمعروف وهو ظاهر من الآية للأولياء حق الاعتراض[105].والاستدلال بهذه الآيات يفي عدم اشتراط الولي في عقد الزواج كما تضمنت النهي من التضييق عليهن فيما يفعلنه في أنفسهن دون إذن أوليائهن[106].

---

[101]– أحمد الصويعي شلبيك .نفس المرجع السابق والصفحة.

[102]–القرآن الكريم. سورة البقرة .الآية230.

[103]– عيسى حداد ,المرجع السابق ,ص134.

[104]–القران الكريم.سورة البقرة .الآية 234.

[105]– محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد على سلطان العلماء، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.1991م، ص 27.

[106]– عيسى حداد. مرجع سابق .ص133.

ثانـيا :دليل الحنفية من السنـة :

نذكر البعض منها

أ- الاستدلال بحديث "الأَيِّمُ أَحَقُ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيهَا..."

"1-عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**الأَيِّمُ أَحَقُ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيهَا وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهاَ وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**[107] ."

وجه الاستدلال في هذا الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أثبت للولي حقه في تزويج الأيّم بكر ا كانت أو ثيبا؛ كما جعل لها الحق في الزواج لنفسها من وليها. وذلك من خلال قوله "**أحق**[108]"، إلاّ أنّ حق المرأة في الحديث مقدم على حق الولي، وبما أنّ حقها ثابت فإن عقد كلا منهما يصح. فهو دليل على أنّ المرأة إذا بلغت عن عقل وحرية صارت ولية على نفسها في تولي عقد نكاحها[109] دون انتظار إذن وليها.

وأما تفسيرهم للأيّم وهي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، غير مسلم به من وجهين:

أولا: أي المراد بالأيّم هي الثيب بدليل الحديث الذي جاء في رواية أخرى، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها[110]"

ثانيا: لو كانت الأيّم تشمل البكر والثيب، فبماذا تفسروا تكملة الحديث "والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها". وبذلك

يكون حكم الثيب داخل في حكم البكر التي تستأذن[111] وظاهر الحديث ميّز بينهما.

---

[107]- أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1108 ،ص 407 ،وفي رواية أخرى: "ليس للولي مع الثيب أمر". الأيم هي المرأة التي لا زوج لها. وصماتها بمعنى سكوتها، مع الثيب أمر". للدلالة على رضاها بالزوج، فحياؤها يمنعها من التصريح عن رغبتها. د/ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص135.

[108]- عوض بن رجاء العوفي .الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص 168.

[109]- محسن بن أحمد بن حميد القثامي، فقه الإمام البخاري في النكاح من الجامع الصحيح مقارنا بالمذاهب الأربعة، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1996م ص 579.

[110]- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 580.

[111]- حافظ محمد أنور، نفس المرجع والصفحة .

ب- الاستدلال بحديث المرأة التي زوجها أبوها وهي كارهة

روى عبد الله بن بريدة [112]، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: **إِنَّ أَبِي زَوَجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لَيْرَفَعَ بِي خَسِيَستَهُ، قَالْ، فَجَعَلَ الأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِسَاءُ أَنَّ لَيْسَ إِلَى الآبَاءِ مِنْ الأَمْرِ شَيٌ[113].**

وجه الاستدلال في الحديث أنّ إقرار النبي صلى الله عليه وسلم قول الفتاة التي جاءت إليه تشكو إكراهها بالزواج من ابن عمها دو ن رضاها دليل على نفي حق الولي في تزويجها، وهو دليل على أنّ أمر النكاح يكون من حقها هي لا حق وليها وذلك من خلال قولها: "ولكن أردت أن تعلم النساء أنّ ليس إلى الآباء من الأمر شيء"، وقالوا بأنّ عموم الحديث يدل على أنّ مباشرة عقد النكاح ليس حقا ثابتا للآباء من خلال قوله: "فجعل الأمر إليها[114]لا إلى أبها الذي زوجها من ابن أخيه، دون إذنها.

ثالثـــا:دليل الحنفية من بعض آثار الصحابـــة:

-استدلال الأحناف بما ورد عن علي بن أبي طالب رضي االله:عنه ذكر السرخسي معنى هذا الأثر في كتابه (المبسوط) بقوله: " بلغنا عن عليّ بن أبي طالب –رضي االله عنه- أنّ امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى عليّ – رضي االله عنه- فأجاز النكاح. وفي هذا الدليل على أنّ المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح[115]

---

[112]- أخرجه ابن ماجة في سننه باب من زوج ابنته وهي كارهة، ص 326 ،حديث رقم 1874 ،إسناده صحيح كما قال محققه الزوائد .

[4]-أخرجه ابن ماجة في سننه باب من زوج ابنته وهي كارهة، ص 326 ،حديث رقم 1874 ،إسناده صحيح كما قال محققه الزوائد (زوائد ابن ماجة البصيري.

[114]- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق. ص 179

[115]- شيهاني سمير، المرجع نفسه ص 289.

انتقد هذا الدليل بحجة اختلاف إسناده ومتنه لكثرة طرق روايته بما يخالف ما ثبت عن الصحابة فقال البيهقي: "وقد روى عن أبي قيس الأودي[116]عن علي رضي الله عنه أنّه أجاز نكاح امرأة زوجتها أمها برضى منها[117]

واختلفوا في اسم هذه المرأة منهم من قال اسمها "سلمة" زوجتها أمها وأهلها. ومن قال اسمها "بحرّ ية بنت هانئ بنت قبيصة" أنّها زوجت نفسها بالقعقاع بن شور [118]

وقد نفى ابن التركماني عدم عدالة أبي قيس الأودي .وقال أحمد بن حنبل جعل الأمر للمرأة المكرهة لأنّ أباها كان نصرانيا[119]والإسلام شرطا من الشروط المتفق عليها في ولاية الزواج كما سبق بيانه .

ب- استدلال الأحناف بالأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها:

احتج الأحناف بما روي عن عائشة رضي الله عنها: " أنّها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن كان بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به ؟ ويفتات عليه ؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: فإنّ ذلك بيد عبد الرحمن، قال عبد الرحمن: ما كنت لأرُ دَ أمرَ ا قضيته، فقرت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقا " .[120]

استنتج الحنفية من هذا الحديث الدليل على صحة تولي المرأة لعقد زواج غيرها و أولى زواج نفسها، خاصة وأنّ عبد الرحمن أقرّ زواجها ولم يرده.

.ويعتبر هذا الحديث من أقوى الحجج والأدلة التي أيد بها الحنفية رأيهم وواجهوا بها رأي الجمهور .

ف كون أنّ المنذر ردّ الأمر إلى وليها الشرعي وهو عبد الرحمن فأمضاه، وهو دليل على أنّ الزواج يكون بإذن الولي. كما أنّه ليس بصريح أنّ عائشة هي التي تولت التزويج فقد تكون

---

[116]- هو عبد الرحمان بن ثروان أبو قيس الأودي، الكوفي- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 211.

[117]- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق, ص 212.

[118]- عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق .ص212.

[119]- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، الجزء 2 ،الطبعة الأولى، رمادي للنشر، الدّمام، السعودية، 1997م، ص 784.

[120]- شىهاني سمير، المرجع نفسه، ص 288.

وكلت رجلا مكانها لإتمام العقد[121]ويؤيد هذا المعنى ما رواه عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه أنّ عائشة رضي الله عنها أكدت في مذهبها على عدم صحة الزواج بدون ولي وأنّ المرأة لا تلي عقد النكاح[122].

رابعا : دليل الأحناف من المعقول

احتج الأحناف بصحة تولي المرأة لعقد زواجها:

أ-كون المرأة عاقلة بالغة حرة إذا تولت عقد زواجها من دون حضور ولا إذن وليها، تكون قد تصرفت في خالص حقها؛ فهي أهلا لجميع التصرفات لكمال أهليتها، ذلك لأنّ الولاية تكون للحاجة إليها بسبب عجز العقل عن إدراك الأمور [123] فبالتالي تصرفها صحيحا، كما لو تصرفت في مالها بنفسها، كما أن ما دامت المرأة تستطيع إبرام العقود المالية فبإمكانها إبرام عقد الزواج كذلك[124]

انتقد هذا الدليل باعتباره حقا خالصا للمرأة فيه إنكار وتهميش للولي في عقد الزواج، خاصة وأنّه حق مشترك بينهما، فالولي يتولى العقد مع إشراك المرأة بإذنها في اختيار زوجها، لتعلقه بشرف وكرامة المرأة و الأسرة .أما كونها أهلا للتصرف فلا يجو ز لها التصرف في عقد الزواج لاختلافه عن باقي التصرفات، و ذلك من شأنه أن يؤدي إلى شقاق واختلاف في الأسرة[125].

ب- كون المرأة عاقلة مميزة لها كامل التصرف في عقود البيع والشراء قياسا على ذلك يكون لها كامل الحرية في زواجها، لتصرفها في مالها، خاصة وأنّ نفسها أقرب إليها من مالها [126]قياسا على الرجل، الذي يملك حرية التصرف في ماله كذلك المرأة تثبت لها هذه الحرية.

انتقد هذا الدليل على أساس عدم جواز قياس عقد الزواج على العقود المالية. صحيح أنّ عقد الزواج من العقود الرضائية إلاّ أنّه أسمى منها، فهو ميثاق غليظ. و أنّ الأضرار الناتجة عن

---

[121]- العداوي مصطفى ، جامع أحكام النساء (النكاح وتوابعه)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية،1995م.ص 332.

[122]- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 217.

[123]-ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص277.

[124]-مودع محمد الأمين.مرجع سابق ص8.

[125]- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 5.

[126]- محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء ، مرجع سابق ,ص 213.

العقود الأخرى يمكن تداركها بسهولة على خلاف الواقعة على النفس والتي تمس حتى أولياء المرأة، فمن مصلحتها جعل عقد نكاحها إلى وليها[127].

وقال الجمهور لا يصح الاستدلال بهذا الرأي في مقابلة ما ثبت في القرآن والسنة[128] مؤكدا عدم صحة زواج المرأة بدو ن وليها ولا اجتهاد في مورد النص

ج- كون أنّ المهر حق للمرأة لها أن تتصرف فيه بكل حريتها، فلها أن تسقطه أو تقبضه، فهو حقا خالصا لها، وليس لوليها الاعتراض كما ذهب إليه أبي يوسف في روايته[129]والمعروف أنّ المهر هو بدل من عقد الزواج، فلما كان لها الحق في التصرف في المهر جاز لها التصرف في العقد [130].

أجاب الجمهور على حرية المرأة في إسقاط المهر، على أنّه ينافي تماما ما ذهب إليه الأحناف عندما جعلوا للولي حق الاعتراض على الزواج إذا كان بأقل من مهر المثل. رغم أنّ حق ثابت للمرأة لا يجوز إسقاطه فلا يمكن قياس عقد الزواج على المهر[131]

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

بعدما تطرقنا لتكييف الولي في عقد الزواج لدى فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبراهم الولي شرطا أساسيا في عقد الزواج بالإستناد إلى الأدلة من القران والسنة وبينا رأي الحنفية في تزويج المرأة البالغة الراشدة نفسها بنفسها سوف نتطرق في هذا المطلب إلى موقف قانون الأسرة الجزائري من تكييف الولي في عقد الزواجالذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لمسائل الأحوال الشخصية، خاصة و أنّ المشرع قد أحال في حالة غياب النص في تنظيم العلاقات الأسرية الرجوع إلى أحكام الشريعة حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

---

[127]- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 584.

[128]- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، دون بلد النشر، 1977م، ص 213.

[129]- حافظ محمد أنور، المرجع نفسه، ص 550.

[130]- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 214.

[131]- محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه .ص 250.

حيث أن مسألة الولاية في قانون الأسرة الجزائري المعدل تختلف عما كانت عليه قبل التعديل، لذلك تعمدنا دراسة موضوع ولاية الزواج قبل وبعد تعديل هذا القانون. حيث نحاول معرفة الجديد الذي أتى به المشرع فيما يخص الولاية في عقد الزواج، والأسباب والعوامل التي أدت إلى تعديل أحكام قانون الأسرة ومدى مطابقتها مع الشريعة الإسلامية، خاصة وأنّ قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه مستمدة من فقه الإمام مالك، باعتباره المذهب السائد في الجزائر والبعض منها من المذاهب الفقهية الأخرى .

سنتناول ف الفرع الأول تكييف الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة **84-11** وفي الفرع الثاني ستناول ماجاء به تعديل 05-02 من أحكام جديدة تخص الولي في عقد الزواج ومدى مطابقتها مع ماجاء في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول :تكييف الولي ف عقد الزواج في ظل قانون 84-11

نص المشرع في قانون الأسرة الجزائري 84-11 و تحديدا في المادة 9على مايلي "**يتم عقد الزواج ,برضى الزوجين,وبولي الزوجة, وشاهدين وصداق** "[132]

نلاحظ هنا أن المشرع قد كيف الولي كركن من أركان عقد الزواجمع الرضي والصداق والشاهدين على سبيل الحصر

وجاء في نص المادة 11 من قانون الأسرة: "يتولى **زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له**[133]."

طبقا لهذا النص تثبت الولاية للأب في الدرجة الأولى ثم تنتقل لأقارب المرأة الأولين إذا غاب الأب، دون تحديد صفة وذاتية الأقارب الذين لهم حق تولي زواج المرأة، بعد الأب، خاصة أن ضابط الحالة المدنية يصعب عليه تحديد الأقرب إلى المرأة بعد وليها الشرعي[134]

فالولي في عقد الزواج في ظل قانون 84-11 ،جاء موافقا لما ذهب إليه الجمهور في اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، فلا يصح للمرأة أن تلي عقد زواجها بدون وليها ولا تزويج غيرها.

---

[132]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24مؤرخة في 12 يونيو 1984 .

[133]- قانون الأسرة 84-11 نفس المرجع.المادة11.

[134]-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 3 ،دار هومة، الجزائر، 1996 ،ص 125.

ولما كان الولي ركنا في عقد الزواج فهو مرتبط بعنصر الرضا حسب المادة **09**من هذا القانون لا يحق للولي أن يستبد في ممارسة حقه بل لابد من استئذان المرأة في زواجها، وأنّ المرأة ليس لها أن تستبد بأمر زواجها، وتنفرد به، كون رضا وليها ركن في عقد الزواج، وكأنّ الولاية بينهما هي ولاية شراكة كما اعتبره الجمهور، متى تحقق هذا الرضا صح عقد زواجه[135]

كما نصت المادة **12**"**لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون .غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة البنت** "[136]

فجواز منع الولي البكر لعدم تحقق المصلحة في زواجها، فيعدّ عضله مشروعا و لا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد. و منع الولي من إكراه المرأة على الزواج من شخص لا تريده ذلك أن الرضا هو أساس هذا الزواج، والعقد لا يتم بدونه.

كما جاء نص المادة **13** "**لايجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ,ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها** "[137]

فالنص واضحا ودقيقا في معالجة مسألة الإجبار[138]حيث كان شاملا لجميع النساء فلا يمكن للولي أو غيره إجبار من في ولايته على الزواج بدون رضاها؛ فلابد عند تزويجه للبالغة أو القاصرة الحصول على رضاها وموافقتها على الزواج. لكنه لم يفصل بين البكر أو الثيب البالغة. كما أنه لم يوضح في مسألة زواج الصغيرة والمجنون والمجنونة وكيف تثبت عليهم الولاية.

لقد تعرض هذا القانون للعديد من الانتقادات أدت إلى تعديل نصوصه من أهمها:

---

[135]– طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م.، ص 33.

[136]– قانون الأسرة11/84.مرجع سابق.

[137]– المرجع نفسه

[138]– قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 2010–2011 ، ص 153.

1-أحكام قانون الأسرة لا توافق متطلبات العصر، خاصة وأنّ أحكامه المتعلقة بالمرأة فيها مساس بشخصيتها والحدّ من كرامتها وأهليتها[139] ، حيث لا تسمح لها بممارسة حريتها الشخصية والزواج من بينها .

2- طبقا لهذا القانون لا تزال المرأة سجينة بقيد حريتها واضطهادها من طرف الرجل والولي من جهة والأعراف السائدة من جهة أخرى [140]

3- وجه انتقاد إلى المادة **11** من قانون **11/84** على أساس أنّها تمس بمبدأ المساواة الذي يكرسه الدستور، فمن غير المعقول أن تكون المرأة قاضية ومحامية وذات منصب عالي في سياسة الدولة، ولا تكون بحكم هذا القانون ولية على نفسها[141]خاصة أن المرأة بإمكانها تولي منصب القضاء، ما يعطي لها الحق في كونها ولية على غيرها، فكيف لا تكون ولية على نفسها.

4- وجود تعارض في نص المادة **7** ، الذي حدد سن زواج المرأة بـ **18** سنة مع المادة **40** من القانون المدني التي اعتبر فيها المشرع الأهلية الكاملة ببلوغ 19 سنة كاملة. خاصة وأنّ القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص بكل فروعه، وقانون الأسرة أحد هذه الفروع. وقد تم تدارك هذا الخلل في التعديل الجديد[142] . فتم رفع سن الزواج للرجل والمرأة إلى 19 سنة بعد أن كان 21 سنة بالنسبة للرجل .

أمام هذه الانتقادات التي وجهت لهذا القانون وإضافة للعديد من الأسباب التي دفعت المشرع لتعديله ونذكر منها :

أ-تطور المجتمع الجزائري وتوجهه نحو الانفتاحية، كان لازما تعديل قوانين الدولة تماشيا مع واقع المجتمع[143] حيث كان تعديل قانون الأسرة من منطلق أنّ القيّم والمبادئ الإنسانية لكل

---

[139]- زهدود كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة 2005مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الفقه والقانون على الموقع www.majalah.new.ma. ص20.

[140]- زهدود كوثر، مرجع سابق.ص20.

[141]- زهدود كوثر، المرجع والموضع نفسهما.

[142]- قاضي سعيد، المرجع السابق، ص 94.

[143]- حكيمة الحطري، المرأة المغربية وقانون الأسرة، 2009 ،على الموقعwww.majalah.new.ma. ، ص 20.

مجتمع بشري، تتجلى عبر تنظيم علاقات أحواله الشخصية التي تعكس الصورة الحقيقية لمفهوم العدل والمساواة والحرية، والتي تعد من صميم ثقافة المجتمع[144]

ب-اعتبار الجزائر صادقت على عدّة اتفاقيات دولية[145] وكان من جملة المبادئ التي أكدت عليها حماية الأسرة وتكريس مبدأ الحرية للمر أة والقضاء على كل أشكال التمييز، فمن غير المنطق أن تصادق الجزائر على هذه المبادئ ولا تعمل على تحقيقها بدءا من إصلاح القانون الذي يحكمها.

وكان الضغط أكثر من منظمات حقوق الإنسان على المشرع الجزائري في المساواة بين الجنسين المرأة والرجل في الحقوق ،كنفس الحق في الزواج.نفس الحق في اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلاّ بالرضا

الحر الكامل[146]والأكثر من ذلك أنّ الدستور الجزائري يسوي بين جميع المواطنين[147]

ج- كثرة الجمعيات النسوية المتعددة الوجهات: تجمع النساء في جمعيات مختلفة كان قانون الأسرة بأحكامه محور نضالهن، فمنهن من دعت إلى تعديل القانون، ومنهن من طالبت بإلغائه كليا. ولقد تمحورت مطالب النساء أساسا في إلغاء الولي في الزواج، والمساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق وإلغاء تعدد الزوجات[148]

أمام كل هذه العوامل والضغوط كان لابد على المشرع الجزائري أن يقوم بتعديل قانون**84-11**بالأمر **05-02** كالتالي:

ما جاء في المشروع الذي قدم للتصويت على الأمر 05-02 ،المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة في 2005 ،الجريدة الرسمية للمداولات، رقم 146 ، الجزائر، ص 6.

[144]- ما جاء في المشروع الذي قدم للتصويت على الأمر 05-02 ،المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة في 2005 ،الجريدة الرسمية للمداولات، رقم 146 ، الجزائر، ص 6.

[145]- الزحيلي محمد ، المرجع السابق.18-119.

[146]-ز هدود كوثر، نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.

[147]-بلحاج العربي. الوجيز ي شرح قانون الأسر ة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010م. ، ص 249.

[148]-المادة 9 من الأمر رقم 05-02المؤرخ في :27فبراير2005،الجريدة الرسمية العدد:15ص:19.

الفرع الثاني: تكييـف الولـي في عقـد الزواج في ظـل تعديل 05-02

في محاولة من المشرع الجزائري لوضع حد لأي اعتراض على قانون الأسرة، قام سنة2005 بتعديل أحكام هذا القانون، وذلك بجعله أهلية الرجل والمرأة في الزواج تكتمل بتمام **19** سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة [149]، وعليه فقد حرص المشرع على وجود نوع من التناسق بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، وذلك بتحديد 19 سنة كأهلية للزواج لكلا الجنسين[150] ، من جهة، ومن جهة أخرى تأكيده على عدم التمييز بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، وقد جاء في بيان أسباب التعديل:" **توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى بتوحيده ب19 سنة تطابقا مع سن الرشد المدني**".[151]

ومنح المشرع للقاضي سلطة الترخيص بالزواج لأحد الطرفين متى وجدت المصلحة أو الضرورة،إلا أنه لم يحدد مفهومي الضرورة والمصلحة، الأمر الذي أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك..

وفي نفس الإطار، نجد المشرع أغفل تحديد حد أدنى للسن القانونية لايجب منح الترخيص القضائي دونها، كما أنه لم يحدد عقوبة الموظف المختص بإبرام عقد الزواج في حالة عدم تحقق شرط السن القانونية للزواج.

لم يقتصر تعديل 2005 على ولاية الزواج بل مس العديد من الأحكام كالزواج والطلاق، حتى تحققت معظم مطالب النساء، خاصة ما تعلق منها بمركز الولي في عقد الزواج، إن لم يلغ صراحة والذي يعدّ انتصارا للمرأة التي ترفض و جود وليها الشرعي في عقد زواج

حيث عمل على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة للولاية، وذلك لعدة اعتبارات:

حيث عدل في المادة **9** "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**" بعدما كانت في القانون القديم تنص يتم الزواج برضا الزوجين, وبولي الزوجة ,وشاهدين وصداق

---

[149]-بلحاج العربي ,، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر تعديل، مرجع سابق .ص 117.

[150]-الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم :2005/146.

[151]-الأمر 05-02.المرجع السابق.المادة 9.ص20.

أما المادة**9 مكرر** فأضافت لشروط الزواج شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج كالتالي ".**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج +الصداق +الولي +الشاهدان +شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج** "[152]

أما المادة **11**فعدلت "**تعقد المرأة الراشدة بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره** "

دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون , يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب ,فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "[153]

حيث أسند المشرع أمر مباشرة الزواج إلى المرأة الراشدة، خلافا لما كان عليه في القانون القديم الذي لم يميز بين القاصرة والراشدة، وما ذهب إليه الجمهور، ليوافق ما قاله الأحناف بشأن زواج البالغة من دون وليها .وأما توسيع المشرع لدائرة الولي فجاء مطلقا، فلم يق يّده في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربى عموما، علما أنّ الشريعة الإسلامية راعت في ذلك ترتيب العصبة ودرجة القرابة[154].

فالمشرع من خلال نص المادة **11** حمى حرية المرأة وإرادتها ف بإبرام عقد الزواج متى بلغت السن القانوني **19** سنة من خلال عبارة تعقد الراشدة وألغى دور القاضي في تزويج الراشدة وأبقاه فقط في تزويج القاصرة التي لا ولي لها .

وقام المشرع بإلغاء المادة **12** التي كانت تنص على عضل الولي .

بإلغائه للمادة **12** فلم يعد هنالك سند قانوني يعالج مشكلة عضل الولي التي بقيت مستمرة رغم إلغاء المادة **12** بالتعديل الجديد

كما عدلت 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** "[155]

---

[152]– الأمر 05-02 مرجع سابق .ص20.

[153]– نفس المرجع والصفحة.

[154]– شريقي نسرين و بوقرورة كمال، سلسلة مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مجلة سلسلة المباحث، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 14.

[155]– الأمر 05-02. المرجع السابق .المادة13 ص20.

فالمنع يخص القاصرة فقط بعد أن كان يخص شمول النساء في القانون القديم لأن الراشد ة تعقد زواجها برضاها كما جاء في التعديل .وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أغفل أن يذكر شرط الكفاءة في زواج المرأة الراشدة كما فعل الحنفية حيث جعلوا للأب حق الاعتراض في حالة كون الزوج غير كفئ.

حيث أنه في هذا التعديل المادة **11** منه قد مزج بين جميع المذاهب تزويج البالغة الراشدة نفسها مع الاحتفاظ بمباشرة الولي تزويج القاصر .

ويمكن إجمال بعض الملاحظات في التي جاء بها التعديل الجديد **05-02**هو تقييد سلطة الولي في عقد الزواج كما يلي:

1-جعل ولايته محصورة فقط في زواج القاصر بعد الحصول على إذن قضائي وفقا للمادة **7**

2-قام بإنهاء مسألة عضل الولي بإلغاء المادة **12**.وبذلك يبقي فراغ تشريعي في المسألة، ما يجعل العودة إلى أحكام المادة **222** ق.أ.ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تقضي بانتقال الولاية عن الأب المعضل بدون أي مبرر شرعي، وإ إسقاطها عنه[156].

3-كما قيد سلطة الولي في تزويج القاصر في المادة **13** منه بمنعه من إجبار القاصر على الزواج وبذلك لم يبقى للولي إلا حضور العقد الذي تتولاه المرأة الراشدة بنفسها ولا مجال لاعتراضه ولو كان الزوج غير كفء، كما جاء في المادة **11** الفقرة الأولى ق.أ.ج الأولى.

[156]- بن شويخ الرشيد، ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 69.

المبحث الثاني

جزاء تخلف الولي في عقد الزواج

إن المبدأ العام في الولاية على الزواج في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تستمد قوانينها منها كمصدر رسمي أولي أن إبرام العقد يتولاه الولي نيابة عن من في ولايته؛ وأن من المعلوم أن المبدأ الذي تقوم عليه الولاية هو التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد، الذي لا تثبت آثاره على الزوجين فقط بل تتعداهما إلى الأهل ، حيث أن آثار الزواج تشمل الأسرتين .

في هذا المبحث سنتطرق إلى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية عند تخلف الولي في عقد الزواج وأيضا رأي قانون الأسرة الجزائري كيف عالج موضوع تخلف الولي والزواج بدونه

سوف نقسم المبحث إلى مطلبين المطلب الأول سوف نخصصه لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية الشرعية في تخلف الولي في عقد الزواج وكيف والمطلب الثاني سوف نخصصه لموقف قانون الأسرة الجزائري في ظل قانون **11/84في** الفرع الأول وبعد تعديل **02/05** في الفرع الثاني كالتالي :

المطلب الأول :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

كما سبق الذكر في تكييف الولي فقد اختلفت اتجاهاتهم في بيان بأن الزواج لابد لانعقاده من وجود الولي، وبينت آراء الفقهاء في هذه المسألة، فكما اختلفت اتجاهاتهم جزاء تخلفه في عقدا لزواج وهذا ما سنوضحه كما يلي :

الفرع الأول:رأي الجمهور في جزاء تخلف الولي في عقد الزواج:

قال المالكية :ليس للمرأة الولاية في عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها، شريفة كانت أو دنيئة، أذن لها في ذلك وليها أم لم يأذن، فإن وقع وعقدت الزواج بغير ولي فسخ أبداً، قبل الدخول، وبعده، وإن طال وولدت الأولاد، ولها بالدخول وبعده، المهر المسمى، وإن كان حلالاً، وإلا فصداق المثل [157]

واختلف عن مالك فيكيفية فسخه، فروي عنه أن فسخه طلاق، وقيل أنه فسخ بغير طلاق[158]

وقال الشافعية :لو خالفت المرأة وزوجت نفسها بدون ولي، فيجب على الزوج مهر المثل بالوطء، ولا يجب المسمى، وذلك لفساد النكاح، وفي اقتصاره على المهر يفهم أنه لا يلزمه معه أرش البكارة، لو كانت بكراً، ولا يجب عليه الحد، سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته؛ وذلك لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح، ولكنه يعزر معتقد تحريمه لارتكابه محرماً لا حد ولا كفارة[159]

وإذا عقد النكاح بغير ولي وحكم به الحاكم ففيه وجهان[160]

1-أنه ينقض حكمه؛ لأنه مخالف لنص عائشة رضي الله عنها: أن النبي قال : **(أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ....)**.[161]

---

[157]- النفراوي. الفواكه الديواني، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت.ص22.

[158]- النمري القرطبي الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لشيخ الإسلام العلامة العلم حافظ المغرب الناقد أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت.الكافي .234

[159]النووي.روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان ص51.

[160]- النووي. المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676هـ، دار الفكر.ص146

[161]-سنن الدرامي .مرجع سابق.

2-لا ينقض، وهو الصحيح؛ لأنه مختلف فيه، فلم ينقض فيه حكم الحاكم، فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد[162]، وإن وطئها بعد الحكم ببطلانه وجب الحد وإذا حكم بصحته وجب المهر المسمى[163]

قال الحنابلة :إن النكاح لا يصح إلا بولي، فلا تملك المرأة تزويج نفسها، أو غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها فيهن، فإن فعلت لم يصح النكاح [164]

لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: **(أيما امرأة لم ينكحها الولي، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها، فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[165]**

فجعل لها المهر المميز بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل كاملاً كوطء الشبهة[166]

ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم؛ لأن النبي جعل لها بما استحل من فرجها يعني بما أصابها وفي الخلوة لم يصبها[167]

ولو حكم الحاكم بصحة النكاح بدون ولي، أو كان المتولي للعقد حاكماً لم ينقض[168].

ولأن هذا العقد مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالزواج بغير شهود؛ ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أقوى الشبهات[169].

---

[162]-النووي .المجموع.نفس المرجع السابق والصفحة.

[163]- الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.ص148.

[164]- ابن قدامة. المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبع على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني.ص449.

[165]-سنن الدرامي .مرجع سابق.

[166]-ابن قدامة .المرجع السابق .ص.455.454

[167]-نفس المرجع .ص455.

[168]- الحجاوي المقدسي:الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشيخ الإسلام المحقق أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى سنة (968هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.ض2417.

[169]-ابن قدامة .نفس المرجع السابق والصفحة.

إذن فكل فقهاء الجمهور الفقهاء متفقين على عدم جواز الزواج بدون ولي وعلى بطلانه في حالة عدم توفر ولي المرأة في زواجها.فإذا خالفت المرأة وزوجت نفسها، فيجب على الزوج مهر المثل بالوطء، ولا يجب المهر المسمى؛ وذلك لفساد الزواج، ولا يجب الحد بهذا العقد الباطل؛ وذلك لشبهة اختلاف الفقهاء فيه، والحدود تدرأ بالشبهات.

الفرع الثاني :رأي الحنفية في جزاء تخلف الولي في عقد الزواج :

قال الحنفية :للمرأة الولاية في تزويج نفسها وغيرها؛ لأن الولاية عليها ولاية ندب واستحباب وليست إجبار، وبالتالي فإنها إذا زوجت نفسها من رجل أو وكلت رجلاً بالتزويج فزواجها جاز في قول أبي حنفية وأبي يوسف، سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء أو قاصر، وليس للأولياء حق الفسخ[170] .

وعن أبي حنيفة: أنها زوجت نفسها من غير كفء، فلهم حق الفسخ وإذا قصرت عن مهر مثلها كان لهم أيضاً حق الفسخ خلافاً لهما [171].

وفي قول عن محمد أنه لا يجوز حتى يجيزه الولي والحاكم، فلا يحل للزوج وطئها قبل الإجازة، ولو وطئها كان وطئه حرام، ولا يقع عليها طلاقه وإبلاؤه، ولو مات أحدهما لا يرثه الآخر، سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء[172].

وبالتالي إن أجازه الولي جاز، وإن أبطله بطل إلا أنه إذا كان الزوج كفؤاً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجها منه'[173].

وعن أبي يوسف أنها إذا زوجت نفسها من كفء ينفذ وتثبت سائر الأحكام[174]

---

[170]– الكاساني:بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء، المتوفى سنة587هـ. طبعة جديدة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.ص369

[171]– السمرقندي: تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، المتوفى سنة 539هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.ص152.

[172]–الكساني .نفس المرجع السابق والصفحة.

[173]– السرخسي: المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.ص10.

[174]–الكساني .نفس المرجع السابق والصفحة.

وإذا مات أحدهما قبل أن يجيزه الولي والزوج كفء يتوارثان، وقيل: لا يتوارثان سواء أكان الزوج كفء أو غير كفء[175].

المطلب الثاني :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

بعد الإطلاع على جزاء تخلف الولي في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية ورأينا كيف اختلفت آرائهم حسب تكييفهم للولي نتطرق الآن لجزاء تخلف الولي لدى المشرع الجزائري وسوف تكون دراستنا :

الفرع الأول: بيان جزاء الز واج بدون ولي قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84.

الفرع الثاني: بيان جزاء الزواج بدون ولي بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05.

الفرع الأول: جزاء تخلف الولي في عقد الزواج قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84

نص قانون 11/84 في المادة 33" :**إذا تمّ 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 واحد[176]**."

المشرع الجزائري في هذه المادة قد أخذ برأي جمهور الفقهاء كما أنه ميز بين حالتين:

أولا جزاء تخلف الوليقبل الدخـــول:

يفسخ العقد الذي يبرم بدون ركن الولي، ولا صداق فيه، كون أنّ الصداق تستحقه المرأة بالدخول الحقيقي، ويصبح العقد كأن لم يكن لعدم وجود أساسه. كما أكد على الأثر المترتب في حالة اختل أحد أركان الزواج بفسخ العقد في المادة **32** ،على الرغم أنّه إذا اختل ركن واحد فالأثر المترتب هو البطلان إلاّ أنّ المشرع استعمل مصطلح "الفسخ"، أما "البطلان" عبر عنه في حالة اختلال أكثر من ركن واحد كزواج المرأة بدون وليها، وبدون مهرها .

فهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 51107 بتاريخ 1989/01/02" :من المقرر شرعا وقانونا أنّ للنكاح أربعة أركان وهي: رضا الزوجين، صداق، وشاهدين، وبالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا أنّه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل العقد[177]".

---

[175]– السمرقندي: تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، المتوفى سنة .539هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.ص152

[176]–قانون الأسرة 84–11.مرجع سابق .المادة33.

ثانيـــا :جزاء تخلف الولي بعد الدخـــول

إذا حدث وأن زوجت المرأة بدون وليها، فإنّ المشرع رتب أثر على ذلك وهو إثبات العقد بعد الدخول بصداق المثل .في هذه الفقرة لم يترتب فسخ العقد أو إبطاله، ذلك أنّ المشرع رعى المقاصد الشرعية وحالة وجود الأبناء.

إذا حدث وأن زوجت المرأة بدون وليها، فإنّ المشرع رتب أثر على ذلك وهو إثبات العقد بعد الدخول بصداق المثل .في هذه الفقرة لم يترتب فسخ العقد أو إبطاله، ذلك أنّ المشرع رعى المقاصد الشرعية وحالة وجود الأبناء

إلاّ أنّ إضافة المشرع عبارة إبطال العقد إذا اختل أكثر من ركن واحد ينطبق على حالة بعد الدخول أيضا لصعوبة تثبيت العقد في هذه الحالة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا التي قضت في قرار حديث مؤرخ في 2001/01/23 ملف رقم 253366" : يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ وبما أنّ قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنّهم خالفوا القانون[178] ".

كما ذهبت المحكمة العليا إلى إبطال العقد لتخلف أكثر من ركن في عقد الزواج (ركني الولي والصداق)، وذلك في القرار الذي كان نصه: "... **ولما كان في قضية الحال، أنّ الشاهد صرح أنّه لا يوجد ولي ولا صداق، فإنّ قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء حكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء يرفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق[179]**. "

لذلك يتضح أنّ الأثر المترتب عن زواج المرأة بدون وليها الشرعي قبل الدخول يفسخ العقد كونه فاسدا طبقا للمادة **32 و32** قانون الأسرة الجزائري. و المشرع في هذا التعديل لم يميّز

---

[177]– زهدود كوثر، زهدود كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة 2005مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الفقه والقانون على الموقعwww.majalah.new.ma. :، ص 23.

1– العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسر ة الجزائري وفق آخر التعديلات .مرجع سابق ، ص 249.

[179] – هجرس بولبداوي، لولاية في الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001/2000.، ص 64.

بين المرأة الراشدة أو القاصرة، فهو يطبق على جميع النساء، فقط فرق بين حالة الدخول وقبل الدخول أين راعى مصلحة وجود الأولاد [180]

قبل كل شيء؛ وأثبت نسبهم في حالة الفسخ بعد الدخول طبقا للمادة 33 ق.أ.ج، كما جاء في المادة 40 قانون الأسرة الجزائري. وهي نقطة إيجابية تحسب للمشرع الجزائري خاصة وأنّه حافظ على ذلك حتى في التعديل الأخير.

الفرع الثاني :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05:

بعد تعديل المشرع للمواد **4-9-11-13** ق.أ.ج، و إ ضافته المادة **9** مكرر وإ لغاء المادة **12**كليا من

قانون الأسرة ، التي مست ولاية الزواج بوجه خاص، كان من الطبيعي تعديل المادة **33**منه حتى يغيّر في الأثر المترتب عن غياب الولي في عقد الزواج. نصت المادة **33** من قانون الأسرة: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**[181]."

إن الولي أصبح شرطا لصحة العقد، وليس ركنا كما كان قبل التعديل من خلال المادة **9**مكرر ق.أ.ج، ظاهر المادة أنّ الجديد الذي عدّل فيها هو تأكيد على إبطال الزو اج إذا اختل ركن الرضا طبقا للفقرة الأولى. وكون الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج .

ليضيف عبارة "عند وجوبه"، حيث رتب على عدم حضور الولي عقد الزواج فسخه قبل الدخول ولا صداق فيه. ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. فهذه العبارة دلت على أنّ الأمر يتعلق فقط بتذكير و جوب الولي في زواج القاصر. وإ ذا كان كذلك فيمثل تناقضا مع أحكام المادة **11** التي تشترط حضور الولي في زواج الراشدة [182].

---

[180] – شىهاني سمير، المرجع السابق، ص 1.

[181]–الأمر05-02.مرجع سابق .المادة33.

[182]– الجمعية الوطنية "المرأة في الاتصال"، المرجع السابق، ص 240.

أما بالنسبة للفقرة الأولى من المادة نصت على الأثر المترتب على انعدام ركن الرضا أو في حالة وجود الرضا لكنه معيب بالإكراه كإجبار الأب المرأة على الزواج .كذلك المادة **33** ق.أ.ج بعد التعديل لم يغفل المشرع، عن حالة وجود الأولاد في حالة الفسخ بعد الدخول، أكد في المادة **40** على إثبات النسب لهم [183]، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

[183]– شىهاني سمير، المرجع السابق، ص 127.

الخاتمة

الخاتمـــة

من خلال ما تم طرحه نخلص إلى أن موضوع الولي في عقد الزواج من المواضيع التي تثير العديد وجهات النظر سواء على المستوى الفقهي، أو على المستوى القانوني ولأن الولاية في الزواج شرعت لحفظ مصلحة المرأة بالدرجة الأولى ، وهذا الأصل فيها والمقصد الحقيقي ، فأسندت الشريعة الإسلامية ولاية المرأة عند تزويجها لوليها الشرعي وهو الأب باعتباره أقدر بأحوال الرجال ، واعتبار المرأة تحكمها عاطفتها وعدم معرفتها بأمور الزواج فوليها هو من ينوب عنها في تولي عقد الزواج . وبطبيعة الحال لا يوجد من هو أحرص على مصلحة المرأة من وليها .

وكما رأينا فإن تصنيف الولاية من حيث كونها ركنا أو شرط صحة نجد أن الفقهاء قد قدموا واستعانوا بدلائل عديدة وقوية لتأييد آرائهم وموقفهم اتجاه الولي سواء الجمهور أو الحنفية فأشرنا إلى ضرورة إشراك الولي المرأة في زواجها عن طريق أخذ إذنها دون أن تنفرد هي بعقد زواجها، أو ينفرد وليها بالعقد على موليته أطلق على هذا النوع ولاية الاختيار أو الشركة، في حين خص المالكية والشافعية، البكر البالغة بتولي الولي عقد زواجها دون رضاها،واختلفوا ا فيما بينهم في علة ثبوت ولاية الإجبار .، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كان قبل التعديل يأخذ من المذهب المالكي الذي اعتبر الولي ركنا في عقد الزواج بحيث يكون باطلا عند تخلف كن الولي لكنه بعد التعديل أخذ بالمذهب الحنفي بالنسبة للراشدة وأعطى للولي صفة الشرط في عقد الزواج وأسقطه من مرتبة الركن فأصبح الولي دوره فقط حضور جلسة العقد وليس له أي سلطة على المرأة الراشدة البالغة ولا يمكنه منعها من الزواج وبقي دور الولي فقط للقاصر ومع ذلك لايمكن له أيضا تزويجها دون رضاها ومنه فقد أصبح دور الولي في عقد زواج المرأة التي تكون تحت ولايته مجرد حضور شكلي في العقد غيابه لايؤثر في إتمام عقد الزواج أو بطلانه .

-يمكن إجمال بعض النتائج من دراستنا لموضوع الزواج بدون ولي في التشريع الجزائري كالتالي:

1-الولي في عموما هو الذي يتولى أمور المرأة وينوب عنها في بعض التصرفات القانونية كالزواج ولا يترك لها حرية التصرف كما تشاء حيث يترتب على هذا بطلان تصرفها.

2-لابد من توفر شروط في الولي أهمها: اتحاد الدين، التكليف، الرشد في العقد، الذكورية، الحرية، العدالة.....

3-يتم ترتيب أولياء المرأة على حسب قرابتهم منها الأب فالأخ .....

4-انفرد الحنفية بموقفهم من عدم اشتراط الولي للمرأة البالغة عكس فقهاء الجمهور الذين اعتبروه ركنا ملزما

5-المشرع الجزائري أخذ برأي فقهاء الجمهور في قانون الأسرة 11/87 واعتبر الولي ركنا في العقد غير أنه

بعد تعديل05-02 أخذ بالمذهب الحنفي وأعطى للمرأة الراشدة حرية تزويج نفسها وقلص من دور الولي لمجرد حضور مجلس العقد.

6-جاء تعديل 05-02 تماشيا مع اتفاقيات حقوق الإنسان التي صادقت عليها الجزائر حيث أراد إعطاء صورة جيدة دوليا والتزامه بتطبيق بنود الاتفاقيات الدولية فالسياسة هنا كان لها دخل في القوانين 7- الدور الدور الكبير للجمعيات النسوية المناهضة لتقييد حرية المرأة البالغة في التصرف بكامل إرادتها المحضة قد عملت ضغطا على المشرع في إعادة النظر في قانون الأسرة وخاصة مايتعلق بها بحرية المرأة وجود الولي كركن أساسي لعقد الزواج من شأنه أن يطمس هذه الحرية.

7- عدم جعل الولي ركنا في عقد الزواج وتنزيله لمرتبة شرط صحة اعتبره فقهاء الشريعة تهميشا واضحا وصريحا لدور الولي وتخليا عن ولايته عن المرأة واعتبروه تهديدا لسلامة الأسرة الجزائرية

-ومما سبق يمكننا تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات التي رأينا أنها ضرورية من أجل معالجة الكثير من المسائل والإشكالات المترتبة عن موضوع تخلف الولي في عقد الزواج كما يلي :

1-تفعيل لغة الحوار داخل الأسرة الواحدة بين الولي ومولية قائم على التفاهم والحب والرعاية الصحيحة فالحوار داخل الأسر الجزائرية يكاد يكون منعدم هدا الوضع يخلق جوا مشحونا ويجعل ولاية الأب تكون مفروضة عل المرأة بقوة المجتمع وأعرافه مايؤدي بالنهاية إلى صراعات وانشقاقات وإحساس المرأة بالقهر.

2-توعية جميع أفراد بالمجتمع بالدور الحقيقي للولاية القائمة على حفظ مصلحة المرأة أولا وليس فرضه عليها بالإكراه

3-يجب أن تكون النصوص القانونية أكثر وضوحا بحيث يسهل تفسيرها دون تأويل ولغط وإعادة إدراج مادة قانونية لمعالجة موضوع عضل الولي حيث تم إلغاء المادة 12 التي كانت تعالجه.فإلغاء المادة 12 قد زاد من حدة الأمر ولم يقضي عليه.

4-على المشرع الجزائري أن يكون لينا عند وضع القوانين المنظمة للعلاقات الأسرية بحيث يراعي طبيعة المجتمع الجزائري ويتماشى مع التطورات العالمية ومنظمات حقوق الإنسان المدافعة بالخصوص على حقوق المرأة من الظلم والاستبداد.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر الدينية:

أ-القرآن الكريم

ب-كتب الحديث والسنة:

1.أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجه)، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880، كتاب النكاح، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ.

2.الإمام الكبير أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان .سنن الدرامي باب النهي عن الخطبة لرجل على رجل .دار الكتب العلمية .المجلد الثاني الجزء الثاني .بيروت .لبنان.

3.الدار القطبي،سنن أبو داود، كتاب النكاح-باب لا تنكح المرأة إلا بولي-، ط4،بيروت-لبنان-،1986،

4.صحيح البخاري .باب 32 لا نكاح إلا بولي.

ثانيا: الكتب الفقهية:

1. ابن قدامة: المقنع في فقه إمام السنة أحمد ابن جنبل لرضي الله عنه لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (620هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

2. الحجاوي المقدسي الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشيخ الإسلام المحقق أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى سنة (968هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان

3. الخطيب .مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت

4. السرخسي. المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

5. السمرقندي. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، المتوفى سنة (539هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

6. الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء، المتوفى سنة(587هـ)، طبعة جديدة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

7.النفراوي. الفواكه الدواني، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت.

8.النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لشيخ الإسلام العلامة العلم حافظ المغرب الناقد أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت.الكافي ؛ ابن جزي: القوانين

9.النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان .

10.النووي. المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676هـ، دار الفكر

ثالثا: كتب عامة:

1. الزحيلي وهبة ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1433هـ-2012

2.أحمد الصويعي شلبيك، الولاية في عقد الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية .مجلة العلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، العدد 1..

3.زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

12.الجزيري عبد الرحمان ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969م.

4. رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، بدون طبعة، دار الاعتصام،القاهرة، مصر، بدون سنة النشر

5.سريع محمد عبد الهادي، حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنكحة التحليل .الشغار. الهبة- النكاح بدون ولي النكاح من الزانية- الزواج العرفي، ب. ط، دار الذهبية، مصر، القاهرة.

6.ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار 2000م الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر.

7. عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، السعودية، 2002م.

8. محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، ج 2 ،ط1 ، رمادي للنشر، الدّمام، السعودية، 1418 هـ، 1997م.

9. العداوي مصطفى ، جامع أحكام النساء (النكاح وتوابعه)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية،

10.محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، بدون طبعة، دار الاعتصام،القاهرة، مصر، بدون سنة النشر.

11.محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، الجزائر، واريافا العلمية للنشر والتوزيع ،2011م..

12.عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، دار الخلدونية، ط1، 2007م.

13.محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة الإسكندرية، 1998م،

14.عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط3، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004م،

15.محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1984م،.

16.نقال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة، دار النشر والتوزيع،ط1، عمان، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

رابعا :كتب قانونية:

1.ايمان الزهرة حميدي، دور الولي في ابرام عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، جامعة الجلفة.

2.بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، جامعة الملك عبد العزيز–جدة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ/2012م.

3.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسر ة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2010.

4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

5. شويخ الرشيد، ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى،
دار الخلدونية، الجزائر، 2008م

6. حمداني هجيرة، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 2، المركز الجامعي مرسلي عبد الله–تيبازة، الجزائر، 2021م،

7. داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البصائر، الجزائر، 2010.

8. الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م،ص 89.

9. سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الوادي، 2018/2017.

قائمة المصادر والمراجع

10. صادق سالم، الولي في الزواج، مذكرة مكلمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015 .

11. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م.،

12. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3 ،دار هومه)، الجزائر، 1996

13. عيسى حداد .عقد الزواج عيسى حداد .عقد الزواج (دراسة مقارنة).منشورات جامعة باجي مختارعنابة.2006.

14. قارون فازية، دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الوادي،

15.قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 2010-2011

16.محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 200-2009م

17.محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانها صحتها في الفقه الإسلامي، ب،ط، دار الكتاب الجامعي، د. ب. ن 1977م.

18.نصيرة بلعيد، النظام القانوني لتوثيق الزواج في الجزائر، دراسة مقارنة، المركز الجامعي تيبازة ،معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، دار الجامعة الجديدة،2017.

خامسا:الرسائل المذكرات

1 :الأطروحات:

شىهاني سمير، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1425هـ-2014م

2-ثانيا:الرسائل

1.بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية-بغزة، ، 2006م، ص38.

2.عبد الله شيباني،الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ص30 .

3. محسن بن أحمد بن حميد القثامي، فقه الإمام البخاري في النكاح من الجامع الصحيح مقارنا بالمذاهب الأربعة، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1996م ص 579.

4. محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد على سلطان العلماء، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1412هـ، 1991

5. نضال محمد عبد المعطي أو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي،كلية الدر اسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1427هـ-2006م

6. هجرس بولبداوي، لولاية في الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001/2000

سادسا:المجلات :

1.أحمد الصويعي شلبيك، الولاية في عقد الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد الإسلامية وفي البلاد غير إسلامية .مجلة العلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، العدد 1

2.الجمعية الوطنية "المرأة في الاتصال"، قانون الأسرة، تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، جانفي 2008 م.

3.حكيمة الحطري، المرأة المغربية وقانون الأسرة، 2009 ،على الموقع : .www.majalah.new.ma

4.زهدود كوثر، زهدود كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة 2005مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الفقه والقانون على الموقع : .www.majalah.new.ma ²

5.محسن سميح الخالدي. الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة بين الفقهاء(الأئمة الأربعة) وقوانين الأحوال الشخصية في كل من فلسطين والأردن.مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية علمية–محكمة.الإمارات العربية المتحدة .تاريخ النشر :2014/11/13.

6.محمد مودع أمين . التكييف الشرعي والقانوني للولي في عقد الزواج.طالب دوكتوراه جامعة البليدة 2.مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية – مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية (العدد الأول)– جانفي 2017

قائمة المصادر والمراجع

سابعا: النصوص القانونية:

1.الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم :2005/146

2. القانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة،

3. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة 11/84،الجريدة الرسمية، رقم 15 ،الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م.

4.الأمر رقم 75-58المؤرخ في 20رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بابأمر رقم 07-05المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق ل13 ماي 2007م .(الجمهورية الجزائرية.،الجريدة الرسمية،العدد 31،الصادر بتاريخ 25ربيع الأول 1428هـ الموافق ل13 ماي 2007م).

5.الأمر 76-97 المتضمن إصدار دستور ج.ج.د.ش، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976م، ج.ر..ج.ج.د.ش،ع94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976م.

قائمة الموضوعات

فهرس الموضوعات

شـــكر الصفحة
إهـــداء
مقدمـــة :.....
الفصـل الأول : ماهيـة الولاية في عقـد الزواج 01
المبحث الأول :مفهوم الولاية في عقد الزواج 02
المطلب الأول :تعريف الولاية في عقد الزواج 04
الفرع الأول :التعريف اللغوي والاصطلاحي ..... .04
الفرع الثاني :دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج 06
المطلب الثاني :أنواع الولاية في عقد الزواج..... 07
الفرع الأول :الولاية القاصرة على النفس 07
الفرع الثاني :الولاية المتعدية على النفس.....09
المطلب الثالث :شروط الولي في عقد الزواج ..... .12
الفرع الأول :الشروط المتفق عليها 12
الفرع الثاني :الشروط المختلف فيها 13
المبحث الثاني :أحكام الولاية في عقد الزواج 17
المطلب الأول :أسباب الولاية في عقد الزواج 17
الفرع الأول : الأبوة 17
الفرع الثاني :التعصيب 17
الفرع الثالث :الوصية ..... .18
الفرع الرابع : الكفالة 18
الفرع الخامس : السلطان 19
المطلب الثاني :ترتيب الأولياء ..... .21

الفرع الأول :ترتيب الأولياء حسب الفقه المالكي ..... 21.
الفرع الثاني :ترتيب الأولياء حسب قانون الأسرة الجزائري 22
المطلب الثالث : الحكمة من اشتراط الولي في عقد الزواج..... 25
الفرع الأول :أسباب اشتراط الولي في عقد الزواج 25
الفرع الثاني :مقاصد الولاية في عقد الزواج 27
الفصل الثاني :أثر تخلف الولي في عقد الزواج 29
المبحث الأول :تكييف الولي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري..... ..30
المطلب الأول : تكييف الولي في الشريعة الإسلامية ..... .30
الفرع الأول : تكييف الولي عند جمهور الفقهاء.....30
الفرع الثاني : تكييف الولي عند الحنفية 36
المطلب الثاني :تكييف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....43
الفرع الأول : تكييف الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري
11-84 44
الفرع الثاني :تكييف الولي في عقد الزواج في ظل تعديل 05-02.....48
المبحث الثاني :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون
الأسرة الجزائري 51
المطلب الأول :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية..... .52
الفرع الأول :رأي الجمهور في جزاء تخلف الولي في عقد الزواج..... 52
الفرع الثاني :رأي الحنفية في جزاء تخلف الولي في عقد الزواج ..... .54
المطلب الثاني :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... .55
الفرع الأول :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري
11-84.....55
الفرع الثاني :جزاء تخلف الولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر
02-05.....57
خاتمة
قائمة المراجع.

ملخص المذكرة

عقد الزواج ميثاق غليظ، ورباط وثيق يتم بين الرجل والمرأة هدفه تحقيق المعاشرة على الوجه الشرعي، يقوم على أركان وشروط، يعتبر الولي واحد منها، تناولته في هذه المذكرة، من خلال ماهيته وطبيعته والأثر المترتب عن تخلفه في عقد الزواج، من خلال الشريعة الإسلامية مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، حيث توصلت في الخاتمة إلى عدة نتائج، سواء على مستوى المذاهب الفقهية الإسلامية، أو ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، كما قدمت بعض الاقتراحات

summary :

Summary Marriage contract is a heavy charter, and a close bond between men and women aims at achieving the right to cohabitation on the legitimate face, based on the pillars and conditions, the guardian is one of them, addressed in this note, through the concept and nature and effect of his fall behind in the marriage contract, With the Algerian family law. In conclusion, I reached several conclusions, both at the level of Islamic jurisprudential doctrines or in the Algerian family law, and some suggestions were made.