جامعة الشهيد حمّه لخضر ــ الوادي
UNIVERSITE ECHAHID HAMMA LAKHDAR - EL OUED
كلية الحقوق والعلوم السياسية
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

المركز القانوني للولي في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص : "أحوال شخصية"

إعداد الطالبة: سليمة بكوش

تحت إشراف الدكتور: عبد الرحمان تركي

لجنة المناقشة

1- فاروق خلف..... رئيسا
2- عبد الرحمان تركي..... مشرفا ومقررا
3- أبو بكر خلف..... مناقشا
4- بدر الدين شبل..... مناقشا
5- مكي دراجي..... مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

إهداء

أهدي مقبلة الرأس واليدين إلى من جعلهما الله سببا في

وجودي إلى الذين رياني صغيرا و أدباني و علماني كبيرا

والدي العزيزين .

أبي الغالي الذي شجعني على حب العلم و لم يبخل علي بدعائه والذي جد في العمل لأجلي و كان أكبر سند لي في دراستي أطاله الله في عمره

إلى والدتي الحنونة الغالية العزيزة التي منحتني بدعائها ورضائها أطال الله في عمرها وحفظها .

إلى جدي وجدتي بفرنسا .

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء وأبنائهم وبناتهم كل واحد باسمه

"إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع"

شكر وعرفان

الشكر لله عز وجل أولا الذي أعانني على إنجاز هذا البحث.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان :

للذي أعطاني من وقته ورافقني في إنجاز هذا العمل ولم يبخل علي بعلمه ووقته وجهده وتوجيهاته الأستاذ الدكتور/ تركي عبد الرحمن.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما أمضته من وقت وبذلته من جهد لقراءة هذه المذكرة.

للذين تعلمت على أيديهم وأخذت من اتساع صدورهم وحسن معاملتهم في المسار الدراسي وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور/ خلف فاروق، والأستاذ الدكتور/أديب نجيب، والأستاذة الدكتورة/سمية صالحي ،والأستاذ/شربي مراد وإلى كل موظفي وموظفات محكمة قمار، وإلى وكيلة الجمهورية المساعدة مناصرية فطيمة وقضاة شؤون الأسرة

وكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل وقدم العون معنويا قبل ماديا من الأحباب والأصدقاء.

مختصرات

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق م: القانون المدني الجزائري

م.ع.غ.أ.ش: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

م.ق : المجلة القضائية

ما: المادة

ما 1/12: المادة 12 الفقرة الأولى

م: ميلادي

هـ: هجري

ص: صفحة

ج : الجزء

ط: طبعة

د ج: دينار جزائري

مـــــقدمـــــــــة

الحمد الله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم أكرمنا بالإيمان وأعزنا بالإسلام وأوضح لنا في كتابه العزيز طريق الخير والهدى والصلاة والسلام على رسولنا وقدوتنا الذي بعث معلما ومربيا ورحمة للعالمين، وأنزل عليه خير تشريع يحقق للبشرية السعادة في الدارين وذلك بجلب كل ما فيه مصلحة لهم، ودفع كل ما فيه مفسدة عنهم، ورضي الله عن صحابته أجمعين، ومن سار على هديهم إلى يوم الدين، وبعد:

من البديهي أن الأسرة هي الخلية الأساسية في تكوين نسيج المجتمع وعلى قدر جودتها وقوتها وصلاحها يتماسك المجتمع ويقوى، ويضعفها وتفككها ينهار ويفنى، وهذه الأسرة عبارة عن مجموعة من الأشخاص مرتبطين برابطة الزواج الذي هو عبارة عن عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، يقول الله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ [1].

فللزواج مقاصد وحكم من بينها: إقامة نظام الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى لبناء المجتمع وتطهيره من كل مظاهر الرذيلة، والسمو بالإنسان عن البهيمة الحيوانية في القضاء على الغرائز والشهوات التي جبر عليها أو زينها الله له، كذلك حفظ الأنساب السليمة والأعراض الصافية والنقية القادرة على الاستخلاص والتمكين.

لكننا نقول للأسف أن الأسرة المسلمة اليوم لم تحقق الغاية منها من استقرار ومودة ورحمة وسكن، إذ نجدها تبنى على أسس واهية وقواعد هشة سرعان ما تنهار مخلفة أثرا سيئا على الأسرة والمجتمع ومرد ذلك غالبا ما يكون مصدره الاختيار السيئ من جانب أحد الزوجين سواء كان الرجل أو المرأة، وسنركز الدراسة في هذا المجال على المرأة وذلك لأن أمر زواجها ليس بيدها لوحدها كما هو الحال بالنسبة للرجل، بل يشاركها وليها فقد يجبرها على

[1] – سورة الروم، الآية 21.

الزواج بمن لا ترضى أويمنعها من الزواج بمن ترضى مما يؤثر على ديمومة واستقرار الحياة الزوجية.

وربما هذا ما اتخذه أعداء الإسلام ذريعة مطالبين بجعل الزواج بيد المرأة وحدها دون تدخل أحد من أفراد عائلتها.

فلأن الزواج عبارة عن ميثاق غليظ، لذا فمن ضوابط الإسلام أن جعل للزوجين حرية الاختيار أو الموافقة على شريك حياته الأفضل لكل منهما دون تدخل أي طرف آخر في ذلك وباعتبار أن الزواج عبارة عن عقد رضائي، منع الشارع الحكيم أن يقع الزواج تحت تأثير الإكراه على أي منهما، فرغم وجود مكانة الرجل والمرأة في الزواج إلا أن الشارع وضع حدودا لذلك، ولم يجعلهما يعيشا حياة إطلاق، فجعل للمرأة الحق لها في الزواج وجعل الولي أن يتولى عقد زواج من في ولايته.

وعليه وقع اختيارنا على هذا الموضوع، محاولة منا البحث في مدى واقعية وصحة ما نسمعه من حين إلى آخر بالدعوى لتحرير المرأة من سيطرة وسلطان وليها، الأمر الذي يدفعنا وبإلحاح إلى طرح التساؤل التالي: ما مدى اعتبار وجود الولي في عقد الزواج عائقا للمرأة في التعبير عن إرادتها ؟وما هو موقف الشريعة الإسلامية وأحكام القانون وتطبيقات الاجتهاد القضائي في ذلك؟

وللإلمام بالموضوع ارتأينا طرح مجموعة من الأسئلة الفرعية:

ما مفهوم الولاية؟ وما حكمها شرعا وقانونا؟ وما وإلى أي مدى يمكن للولي أن يمارس سلطته ويفرض إرادته في عقد الزواج؟ وهل يحق للمرأة أن تباشر بنفسها عقد زواجها؟ وأي الأشخاص الذين لهم الحق في أن يتولوا عقود الزواج؟ من خلال ما هو واقع في المحاكم هل القاضي يطبق القانون أو ما هو ساري أمامه واقعيا خوفا من الخطر ووقوع مشاكل أكبر من ذلك؟ ما هو موقف القضاء والمشرع الجزائري من الولاية في عقد الزواج؟.

وسنحاول بعون الله بيان أهم جوانب موضوع الولاية في عقد الزواج ونوضح الهدف الحقيقي من وجود الولي إلى جانب المرأة في عقد زواجها وذلك من خلال خطة العمل.

فبعد التمهيد الذي تطرقنا فيه لأهمية عقد الزواج ومكانة الولاية فيه، بدأنا بالفصل الأول الذي تم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول بينا فيه ماهية الولاية وتم تقسيمه إلى مفهوم الولاية ودليل مشروعيتها في القرآن والسنة النبوية، كذلك التكييف القانوني أو الطبيعة القانونية للولاية والشروط اللازم توفرها في الولي، أما في المبحث الثاني تطرقت فيه إلى أحكام الولاية في عقد الزواج وضحت فيه أقسام الولاية وما هي الولاية التي يؤخذ بها حاليا، كذلك بينت ترتيب الأولياء ومن لهم الحق في إبرام عقود الزواج، ودور الولي في عقد زواج من في ولايته، كذلك في حالة عضل الولي أي منع الفتاة من الزواج، والتوضيح في حالة غياب الولي من يقوم مقامه لتزويج الفتاة، وأخيرا أثر تخلف الولي في عقد زواج موليته.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى تطبيقات وموقف القضاء الجزائري من الولاية في عقد الزواج، قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول تمثل في تطبيقات الولاية في الزواج ما بين فترة الاحتلال الفرنسي وقبل صدور قانون الأسرة الجزائر كل واحد على حدا، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى تطبيقات الولاية في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري 02/05 والآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي لكل واحد بالتفصيل على حدا.

بعد ذلك تطرقنا إلى الخاتمة والتي تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

أسباب اختيار الموضوع:

لم يكن اختيار البحث عشوائيا، أو وليد صدفة ولكن كان نتيجة أسباب شخصية وأخرى موضوعية.

أ) الأسباب الشخصية:

الرغبة الشخصية في الاطلاع على هذا الموضوع وعلاقة البحث بمجال التخصص كطلبة في الأحوال الشخصية، زيادة عن ذلك الاهتمام الخاص بالموضوع.

ب) الأسباب الموضوعية:

إثراء مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية بالوادي بموضوع جديد يخص الأسرة ومحـــاول طرح وتحليل إشكاليات تؤرق المجتمع حاليا.

أهـــــــداف البحث:

معالجة مشكلة منتشرة في بعض المجتمعات وهي" تزويج الفتاة بدون ولي"، كذلك معرفة حكـــم زواج الفتاة بنفسها وعدم حضور وليها من الناحية الشرعية والقانونية،أيضا إثبـــات حـــق مـــن حقوق المرأة وتأكيد أن الإسلام أعز المرأة وشرفها، وبيان مكانة الولي في عقد زواج من فـــي ولايته ومدى وجود آثار نفسية واجتماعية للفتاة في حالة عدم حضور الولي في عقد زواجها.

المنهج المتبع في الدراسة:

بغرض الإلمام والإحاطة بمختلف جوانب الموضوع المقدم والإجابة على الإشكالية المطروحة، اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي، وهذا بتحليل النصوص القانونية وخصوصا ما جاء في قانون الأسرة منها المواد (09) و(09 مكرر) و(11) و(12) و(13) في كلا مـــن القـــانونين 11/84 المعدل بالأمر02/05 والمنهج المقارن.

صعوبات البحث:

قلة الاجتهادات القضائية الجديدة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري02/05.

دراســـات سابقـــة:

من بين الدراسات التي تحصلت عليها في هذا الموضوع:

الأكحل بن حواء: **نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية،** وكتاب **لا إكراه في عقد الزواج** لأسامة ذيب مسعود، كذلك عوض بن رجاء العوضي : **الولاية في النكاح**، سالم البهنساوي: **مكانة المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية** ، أيضا كتاب محمد أبو زهرة: **الولاية على النفس** والحبيب بن الطاهر في **الفقه المالكي وأدلته،** كذلك **الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون** لهجرس بولبداوي، أيضا **الولاية على**

النفس لمحمد أبو زهرة .أيضا بعض الرسائل الجامعية منها: أحمد هنرم في **الأهلية والولاية في قانون الأسرة الجزائري**، وبسمة عبد الرحيم رزق مطر:**الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة**، كذلك عبد الرحمن هرنان: **الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي**، وهجرس بولبداوي: **الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون.**

مقدمة

تمهيد: أهمية ومكانة الولي في عقد الزواج

الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف ودليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

المطلب الثاني: التكييف القانوني وشروط الولاية في عقد الزواج

المبحث الثاني: أحكام الولاية في عقد الزواج

المطلب الأول: أقسام وترتيب الأولياء في عقد الزواج

المطلب الثاني: دور وعضل الولي في عقد الزواج

المطلب الثالث: غياب وأثر تخلف الولي في عقد الزواج

الفصل الثاني: تطبيقات وموقف القضاء الجزائري من الولاية في عقد الزواج

المبحث الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج ما بين فترة الاحتلال الفرنسي وقبل صدور قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج أثناء الاحتلال الفرنسي

المطلب الثاني: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد الاحتلال الفرنسي وقبل تعديل قانون الأسرة 11/84

المبحث الثاني: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر(02/05) والآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي

المطلب الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد صدور قانون الأسرة الجزائري 02/05

المطلب الثاني: الآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي

الفصل الأول:
ماهية الولاية في عقد الزواج

إن من حكمة الله عز وجل أن جعل لهذا الخلق امتدادا به يستمر وجود الإنسان على وجه البسيطة وأن هذا الاستمرار لا يتحقق إلا بوجود الرجل والمرأة هذان الكائنان اللذان خلقهما الله من طينة واحدة، مهد لهما السبيل نحو الحياة الكريمة، ولا يكون ذلك إلا بالزواج.

والسبب في عناية الشارع بهذه العلاقة هو الحرص على تحقيق زواج قائم على أسس متينة ومبادئ قوية للوصول إلى الغاية السامية منه وهي السكينة والمودة وسعادة الفرد وحماية هذه الرابطة من النزاع والخلاف والهدف من ذلك هو نشوء الأولاد في جو من الألفة والمودة والمحبة والسكينة وفي ذلك قوله سبحانه تعالى: **﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون[1]﴾** .

ويعتبر الزواج إكراما من الخالق سبحانه وتعالى للإنسان ولم يشأ أن يجعله كغيره من العوالم فيدع غرائزه تنطلق دون وعي ويترك علاقة الرجل بالمرأة دون ضوابط، بل وضع النظام الملائم لسيادته والذي من شأنه أن يحفظ شرفه ويصون كرامته.

فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على رضائهما وبهذا وضع للغريزة سبلها المأمونة وحمى النسل من الضياع وصان المرأة من أن تكون كلاء مباجا لكل راتع[2].

ذلك أن الناس لو تركوا لطبائعهم وأبيح للجنسين أن يجتمعا لإشباع رغبتهما الجنسية دون وازع أو قيد لسادت الفوضى بين الناس وقلت العناية بالنسل، حيث يولد ولد الولد ولا أب معلوم ينتمي

---

[1]– سورة الروم، الآية 21.

[2]– السيد سابق، **فقه السنة**، ط5، ج6–7–8–9–10–11، المجلد2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1403هـ–1983م، ص07.

إليه أو أم تسهر على تربيته وتدبير أموره، وترعاه الرعاية المطلوبة لرجعت بتلك المواصفات البشرية إلى جاهليتها الأولى من هذه الأمور كلها جاءت نصوص القانون متشعبة بتلك الأهمية ويظهر ذلك جليا من خلال **نص المادة 04** من قانون الأسرة الجزائري بنصها على ما يلي : (من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والمحافظة على الأنساب)[1].

ولكي يحقق الزواج هذا الهدف أو هذه الأهداف لابد أن يكون مبنيا على أسس وقواعد سليمة، تمكن الزوجين من بناء مشروع حياتهما دون أن يكون هناك عوامل خارجية تهدد بانهياره في أي لحظة، ومن هذه الأسس أركان وشروط عقد الزواج التي نصت عليها **المادتان (09) و(09مكرر)** من قانون الأسرة الجزائري، فعلى الرغم من أن عقد الزواج يتم بين طرفين هما الزوج والزوجة والعقد مبني على رضائهما، إلا أن الشارع اشترط أيضا وجود ولي الزوجة ورضائه بهذا الزواج أو ولي الزوج إذا كان قاصرا أو محجورا عليه .

واشتراط الولاية في عقد الزواج هو أكبر دليل على ترابط وتماسك المجتمع المسلم إذ لا يحق للفتاة الزواج دون إذن وليها ورضائه على خلاف ما هو موجود في المجتمعات الأخرى.

[1] – أنظر المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري للأمر (02/05)، المؤرخ في 2005/02/27 ، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

المبحث الأول:

مفهوم الولاية في عقد الزواج

بما أن الولاية في عقد الزواج من الموضوعات التي طرحت تساؤلات منذ القدم، وكانت محل اختلاف بين المذاهب الفقهية إذ يقوم مبدأ الولاية في عقد الزواج على أساس التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد، لأنه عقد لا تعود آثاره على الزوج والزوجة فحسب، بل يصيب الأهل والأولياء بشيء من آثاره، تكريما وإعزازا، فالولاية بهذا المعنى هي مظهر من مظاهر إعزاز المرأة وتشريفها وحتى نتمكن من توضيح هذه الإشكالية نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الولاية وارتباطها بعقد الزواج.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: الأول تطرقنا فيه إلى تعريف ودليل مشروعية الولاية والمطلب الثاني إلى بيان التكييف القانوني وشروط الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول:

تعريف ودليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

من خلال هذا المطلب قمنا بتقسيمه إلى فرعين حيث نوضح فيه مفهوم الولاية ودليل مشروعيتها في القرآن الكريم والسنة النبوية، لذا ندرس كل واحد على حدا كالآتي:

الفرع الأول/ تعريف الولاية في عقد الزواج

أولا/ تعريف الولاية لغة:

الواو واللام والياء أصل صحيح يدلُّ على قُرب، من ذلك الولي يقال تباعد بعد ولي أي قرب وجلس مما يليني أي يقاربني[1].

[1]– ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط2، ج6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1392هـ–1982م، ص 141.

وقيل مأخوذة من الفعل الثلاثي وَلِيَ بفتح الواو وكسر اللام ومضارعه يلي بفتح الياء وكسر اللام، والولي هو الناصر. وقيل المتولي لأمور العالم والقائم بها والولاية النصرة يقال هم عَلَيَّ. ولاية أي مجتمعون في النصرة [1]. كذلك الولاية: تولي الأمر، يقال ولي الأمر إذا قام به. وتولّى الأمر أي تقلده[2].

أصل مفرده الولي في اللغة الولاية، والولي من أسماء الله الحسنى فقد قال الله تعالى: **﴿وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ﴾**[3].

والولي هو كل من ولى أمرا و قام به – النصير، قال تعالى: **﴿ وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آَمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ ﴾**[4].

والولي هو المحب والصديق، الحليف، الصهر، الجار، التابع، المعتق.

الولي جمع أولياء وهو عند المسلمين من تطهرت روحه من دنس الدنيا، فاستقامت سيرته وخلصت سريرته، وكان عند الناس وجيها، وعند الله مكرما لتقاه، وصدق طاعته، قال تعالى :**﴿أَلَا إِنَّ أَوْلِيَاءَ اللَّهِ لَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴾**[5].

وولي العهد هو وارث الملك وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته، وولي النعمة هو المحسن.

والولاية مصدر ولي أي القرابة (هم على ولاية أي يد واحدة مجتمعون في الخير والشر)[6].

---

[1]– ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري: **لسان العرب**، باب الواو، ط1، ج15 ، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 406 –407.

[2]– أسامة ذيب مسعود، **أثر الإكراه في عقد النكاح**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، نابلس فلسطين،2007، ص53.

[3]– سورة آل عمران، الآية 68.

[4]– سورة المائدة، الآية 56.

[5]– سورة يونس، الآية 62.

[6]– علي بن هادية: بن لحسن البليش الجيلاني، **القاموس الجديد للطلاب**، ط1، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص 1346.

كما قيل: أن معنى الولاية في اللغة السلطة والنقابة لأنه اسم لما توليته[1].

ثانيا/ الولاية في الاصطلاح الفقهي :

اختلفت تعاريف الفقهاء، فعرفها بعضهم بقوله: (أنها سلطة ثابتة لشخص بالغ عاقل تخوله القدرة على إنشاء التصرفات الشرعية النافذة بالنسبة لنفسه أو لغيره، والمقصود هنا بالقدرة الشرعية هي قدرة الإنسان على التصرف النافع النافذ وهذه القدرة تثبت له، أي الولي إذا توافرت فيه صفات الأهلية والعقل والرشد وهي مجملة في شروط الولي.

أما القول الثاني: هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى وتشمل تصرف الإنسان على غيره من فاقد الأهلية أو ناقصها في النفس والمال، كما تطلق عل تصرف الإنسان على غيره برضاه كما في ولاية الاختيار الثابتة في تزويج المرأة الثيب البالغة عند الشافعية والمالكية والحنابلة، أو ولاية الاستحباب عند الحنفية في تزويج البالغة بكرا كانت أم ثيبا .

الولاية كذلك هي السلطة التي تكون للشخص في أن يقوم بتصرف على مال الغير فينتج هذا التصرف آثاره في حق الغير، ويقرر هذه السلطة القانون أو القاضي أو الغير لنفسه[2].

كما ورد قوله تعالى: **﴿وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾**[3].

والولي هو كل من ولى أمرا وقام به – النصير قال الله تعالى: ﴿ **وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾**[4].

---

[1]– الزبيدي محب الدين أبو فيض السيد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من ظواهر القاموس**، ج10، مطبعة دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 399.

[2]– رمضان أبو السعود، **الوسيط في شرح القانون المدني . خاصة المصري و اللبناني** – النظرية العامة للحق– الدار الجامعية للطباعة والنشر، الأردن، ص233.

[3]– سورة البقرة، الآية 107.

[4]– سورة المائدة، الآية 56.

والولي في النكاح: هو الذي يتوقف عليه صحة العقد، فلا يصح بدونه وهو الأب أو وصيه والقريب العاصب والمعتق، السلطان والمالك.

كذلك عرف الولي أنه: هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباها، أو وصيا عليها، أو وكيلا لها، أو قريبا عاصبا، أو حاكما[1].

ومن البديهي نعرف أن الولاية شرعت في الأساس لحماية حقوق العاجزين عن التصرف في نفوسهم أو أموالهم، بسبب فقدان أهليتهم أو نقصها[2].

ثالثا/ الولاية في الاصطلاح القانوني:

لم يرد تعريف خاص بالولاية في قانون الأسرة الجزائري لا في القانون القديم ولا في القانون الجديد فقد اكتفى المشرع بالإشارة إليها من ضمن **المادة(09)** في القانون القديم 11/84 **و(09) مكرر و(11) و(13)** في القانون الجديد 02/05[3].

وبالرجوع إلى مدونة الأحوال الشخصية المغربية نجد المشرع لم يعرف الولاية.

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد المشرع عرف الولي في **الفصل الثامن (08)** على أن: الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا بالغا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من يرونه، والحاكم ولي من لا ولي له)[1].

---

[1]- حسين مهداوي، **دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص 22.

[2]- عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، (كتاب النكاح- كتاب الطلاق)، ط2، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، ص 26.

[3]- أنظر المادة (09) من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 03 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 24, لسنة 1984.

كذلك بالنسبة للمشرع السوري نجده عرف الولي في **المادة (21)** كما يلي: (هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما)[2].

إذن نرى من خلال نصوص المواد القانونية نجد أن المشرعين التونسي والسوري كلاهما عرفا الولي، مقارنة منا بالمشرعين الجزائري والمغربي أنهما لم يعرفه.

لكن بالإمكان تعريف الولي قانونا وبدون تخصيص لعقد معين بأنه الشخص الذي منحه القانون السلطة على نفس الغير أو على ماله أو عليهما معا، فإن كانت منصبة على إدارة أموال الشخص المولى عليه واستثمارها والتصرف فيها سميت ولاية المال، وإذا تعلقت بأمور أخرى ليست مالية كالتربية والتوجيه سميت ولاية على النفس[3].

الفرع الثاني/ دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدم لأن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر[4].

---

[4]– أنظر الفصل(08) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

[2]– أنظر المادة (21) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07م، المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

[3]– سعد فضيل ، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص71 .

[4]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص120.

فالولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق ومصالح الفتاة خلافا لما يعنيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية حق مطلق وأنها سلطة تحكم بدون قيود ومنافية لمبادئ الحرية في الزواج.

وبالتكلم عن الغرب تجدر الملاحظة هنا أن الكنيسة الغربية ومنذ القرون الوسطى عملت على مكافحة بربرية السلطة الأبوية والحد من آثارها التحكمية، فالزواج (بالنسبة لهم) علاقة زوجية بين الطرفين تتوقف على رضاهما المتبادل ولا شان للسلطة الأبوية بها، وتمكنت الكنيسة الغربية منذ القرن الثاني عشر من استعاد رضا الولي كشرط لصحة الزواج[1].

أولا / دليل وجود الولي من القرآن الكريم :

استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى: **﴿ فَإن كَان الذِي عَلَيه الحَق سَفيهًا أو ضعِيفًا أوْ لا يسْتطِيع أنْ يُمل فليُملِل وليُه بالعدْل﴾**[2].

أما بالنسبة للمرأة، قوله تعالى: **﴿ وَأَنْكِحُوا الأَيَامي مِنْكم ....﴾** [3]. وقوله أيضا: **﴿...فَلاَ تَعضُلُوهُنَ أَنْ يَنكِحْن أَزوَاجهُن إذَا تَرَاضَوا بَينَهُم بالمَعْرُوْف﴾**[4].

فالخطاب هنا موجه للأولياء فكان دليلا على انه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها، إنما الذي يزوجها وليها، فالنساء مهما قيل في تهذيبهن فان فيهن جهة ضعف طبيعية بارزة وهي خضوعهن للرجال وتأثرهن بهم، فقد تنسى المرأة عظمتها وفضلها وتدفع في ميلها وراء ما لا يساوي شراك حياتها وربما تجرها عاطفتها إلى التسليم لخادمها ومن البديهي أن هذه الحالة ضررها

---

[1]– كوثر زهدود ، **الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية**، مجلة الفقه والقانون، عدد02، الجزائر، ص7 – 8 .

[2]– سورة البقرة، الآية 282.

[3]– سورة النور، الآية 31.

[4]– سورة البقرة، الآية 232.

لا يقتصر على المرأة فحسب بل يتعدى إلى الأسرة بتمامها، وعليه فمن الواجب أن يوكل الولي لاختيار ما فيه خير للمرأة[1].

ثانيا/ دليل وجود الولي من السنة النبوية:

استدل جمهور الفقهاء بعدة أحاديث نبوية منها:

يقول سيد الخلق محمد ﷺ:(**لَا نكَاح إلَا بوَلي)** [2]، أيضا **(أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له)** [3]. وقد روى أبوهريرة عليه السلام أنه قال: **(لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)**[4].

وما روي عن ابن عباس : **(لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد).**

كما استدل الجمهور بقوله ﷺ: **(لما أراد أن يتزوج أم سلمه، قال لابنها عمر: قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم)**[5].

---

[1]– كوثر زهدود ، مرجع سابق، ص 8.

[2]– البيهقي: **كتاب النكاح**، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13603. السنن الكبرى، 7/170. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880. سنن ابن ماجه، 428/2. الترميذي: 399/3. ابن حبان: كتاب النكاح، باب نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، حديث رقم 4075. الدارقطني: كتاب النكاح من السنن، حديث رقم 3514، سنن الدارقطني، حديث رقم 310/4.

[3]– أبو داود: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083. سنن أبي داود، 2/ 391– 392. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1879. سنن ابن ماجه، 427/2. الترمذي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102. سنن الترمذي، 399/3–400. البيهقي: كتاب النكاح/ باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13599. السنن الكبرى،169/7. الدارقطني: كتاب النكاح/ حديث رقم 3520، سنن الدارقطني، حديث رقم 314/4.

[4]– ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882. سنن ابن ماجه، 429/2. البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13634. السنن الكبرى، 178/7. الدراقطني: كتاب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 3535، سنن الدارقطني325/4.

[5]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط1، جزء الأحوال الشخصية 10، دار الفكر، سوريا، ص 206 .

وعن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: **(لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان)**[1].

ومعنى ذلك أنها لا تنكح نفسها ولا ينكحها من الناس من ليس بولي لها وأنه لم يثبت قط أن امرأة من السلف، ولا من الخلف باشرت نكاحها و أن وجه دخول الولي في عقد نكاح وليته هو لنفي الضرر والمعرة عن نفسه، وعنها بوضع نفسها في غير كفء[2].

إذن من خلال ما سبق يتبين أن الحكمة من مشروعية الولاية في عقد الزواج من خلال ما يلي بإيجاز :

1- تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم، كالصغار والمجانين بالمحافظة على حوائجهم وقضائها، فقد تحتاج المجنونة إلى الزواج لعفافها أو لطلب شفائها، ولكنها لا تقوى القيام بهذا الأمر على وجه الصحة والرشاد، فكان للولي معها دور.

2- إن في مشروعية الولاية حماية للمرأة، فالولي حيث يقوم على تولي مصالح موليته كتزويجها يحتاط لنفسه من لحوق العارية وبالأسرة كلها .

3- تولي الولي لأمور موليته خاصة عقد زواجها يحميها ويصونها عما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها للرجال إذا ما انفردت بمباشرة عقد زواجها والأمر مأمون مع الولاية.

4- توسيع دائرة الشورى حتى توقف المرأة في اختيار الرجل المناسب[3].

5- تعزيز مكانة المرأة اجتماعيا حيث هي تقرر، ووليها يمثلها فيشعرها بعزتها ومكانتها[4].

6- اطمئنان الآباء على مصير بناتهم.

---

[1]- يحي ابن يحي الليثي، موطأ الإمام مالك، ط1، المكتبة العصرية، لبنان، 2000، ص356.

[2]- الحلبي بن الطاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ط4، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان،2001، ص 101.

[3]- محفوظ بن الصغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05**، كلية الحقوق، دار الوعي للنشر والتوزيع، المسيلة، الجزائر، ص 117 .

[4]- سليمان ولدخسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ-2010 م، ص61 .

7- عدم تلاعب الفسقة.[1]

المطلب الثاني:

التكييف القانوني وشروط الولاية في عقد الزواج

من خلال هذا المطلب نحاول بيان الطبيعة القانونية للولي من خلال قانون الأسرة وتوضيح الشروط التي يجب أن تتوفر في أي ولي يقوم بإبرام عقد زواج من في ولايته، وستتم الدراسة في كل فرع على حدا كما يلي:

الفرع الأول/ التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج

بالرجوع إلى نص **المادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 نصت على ما يلي:

- يتم عقد الزواج برضا الزوجين .
- بولي الزوجة.
- شاهدين.
- صداق.

إذن من خلال هذه المادة نستنتج أن الولي يعتبر ركنا من أركان عقد الزواج، إلا انه بعد التعديل لقانون الأسرة الجديد 05 /02 نجد **المادة (09)** نصت على أن الركن الوحيد لعقد الزواج هو ركن الرضا، أما **المادة (09)** مكرر نصت على ما يلي: (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.

[1] – علي بودفع، **حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون**، مجلة السلطة والمسؤولية 2011م، عدد 05، ص 256.

- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج .

إذن من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري 02/05 أن الولي يعتبر شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا من أركانه[1].

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجد في **المادة (13)** التي نصت:(يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
- ولي الزواج عند الاقتضاء.
- سماع العدلين والتصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.
- انتفاء الموانع الشرعية.

من خلال **المادة (13)** نجد أن المشرع المغربي اعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج ولم يعتبره ركنا من أركانه، فقد وافق المشرع الجزائري في أن يكون الولي شرطا في عقد الزواج[2].

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم يتطرق إلى ذلك من خلال النصوص القانونية.

[1]– أنظر المادة (09) من الأمر11/84 المؤرخ في 03 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]– أنظر المادة (13) من **مدونة الأسرة المغربية** 70/03، تم تعديله بالقانون 08/09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم (103–10– 1) بتاريخ 03 شعبان 1431هـ(16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد (5859)، بتاريخ 13 شعبان 1431هـ(26 يوليو 2010م)، ص 3837.

الفرع الثاني/ شروط الولاية في عقد الزواج

بعد ما تبين لنا أن الولي شرط من شروط عقد الزواج وليس ركنا من أركانه نتطرق إلى معرفة شروط الولي لإبرام عقد الزواج.

والمراد بشروط الولي في النكاح هنا هي صفات أهلية ولي النكاح، وأكثر ما يذكر هنا من تلك الصفات ليست خاصة بولي النكاح، بل هي شرط لصحة تصرف كل عاقد.

وقد جرى صيغ الفقهاء هنا على بحث تلك الصفات باسم " شروط الولي في النكاح " وبعضهم باسم موانع الولاية في النكاح، ولا اختلاف بين المصطلحين، فالشروط ضد الموانع.

والشروط في اللغة جمع شرط بإسكان الراء وهو إلزام شيء والتزامه واصله العلامة، ومنه شرط الحاجم، لأنه يترك أثر علامة في مكانه.

أما اصطلاحا : هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالطهارة للصلاة، والعقل للولي[1].

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نرى المشرع أنه لم يحدد هذه الشروط صراحة مما يحيلنا هنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية [2] طبقا لنص **المادة (222)** من قانون الأسرة الجزائري[3]، لأنه ليس كل ولي صالح لإبرام عقد الزواج، بل لابد من توافر شروط خاصة للولي الذي يتولى عقد الزواج، ولقد اتفق الفقهاء على أن شروط الولاية هي: كمال الأهلية و اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، وصلة القرابة بينهما، لكن اختلفوا في بعض الشروط مثل الذكورة والعدل والرشد، وكل هذا يتم بيانه كالآتي:

---

[1]– عوض بن رجاء العوضي، **الولاية في النكاح**، ط1، ج2، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2002م، ص 203–205 .

[2]– محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 174 .

[3]– أنظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا /الشروط المتفق عليها للولي في عقد الزواج:

لقد اتفق الفقهاء على أن شروط الولاية هي: كمال الأهلية والعقل واتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، وصلة القرابة بينهما اختلفوا في بعض الشروط مثل الذكورة والعدل والرشد، وكل هذا يتم بيانه كالآتي:

1. كمـال الأهلية[1]:

الأهلية في الشريعة الإسلامية هي صلاحية الشخص للالتزام، والالتزام معناه أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق من قبل غيره، أما الأهلية في القانون فهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات غير أن الصورة الأولى منها تلقي الحقوق تثبت للشخص منذ ولادته بينما الصورة الثانية أداء الواجب تتدرج بتدرج السن وتتأثر بالعوارض التي قد تعرض للشخص في حياته، لكن هذه الأهلية إذا لم تتأثر بعوارض يكون لصاحبها الحق في القيام بشؤونه وشؤون غيره، ولما كانت أهليته هي مناط تكليف الولي بالولاية الخاصة بغيره فإن الذين افتقروا لها يجب أن يحرموا من سلطة الولاية على الغير حتى لو تمسكوا بها قضائيا، أما ناقص الأهلية مثل السفيه والمميز الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد[2] في **المادة (40)** من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة)[3]، أما عديم الأهلية كما لو كان صغير السن ولم يبلغ من العمر16 سنة.

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، حسب آخر تعديل له قانون رقم(02/05) المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428هـ– 2007م، ص 60.

[2]– عيسى حداد، **عقد الزواج**، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار– عنابة– الجزائر، 2006م، ص144.

[3]– أنظر المادة (42) من الأمر رقم (58/75)المؤرخ في 02 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

وفقا لما جاء في **المادة (42)** من نفس القانون التي نصت على أن[1]: (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغره في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة) [2]، كذلك الشخص إذا كان مجنونا أو معتوها أو مصابا بمانع من موانع الأهلية أو عارضا من عوارضها كان في حاجة إلى من يقوم بشؤونه كيف تسند له أمور غيره مادام أن أموره في حاجة إلى من يرعاها، لأن الذي تسند إليه أمور غيره يجب أن يكون قادرا على حفظها وصيانتها[3].

2. الـعقل:

لا ولاية لمجنون أو معتوه في الزواج، لأنه ليس له على نفسه، فلا ولاية له على غيره من باب أولى،حتى وإن كان الجنون متقطع، و ذلك لأن الولاية تثبت عند عجز المولى عليه من النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق الغير، وغير المكلف مولى عليه لقصوره، وبالتالي لا يلي نفسه فكيف يلي غيره. وأيضا الجنون المطبق فإنه يمنع الولاية، وينقلها للأبعد وذلك لعدم تمييزه.

وقال أبو زهرة: الجنون يزيل الولاية زوالا تاما حتى يثبت شفاؤه وأيضا الجنون المتقطع في حال الجنون، هذا وإن كانت ولايته لا تزول، لكن في حال الجنون يكون العقد صادرا عمن لا يعقل، وبذلك لا تثبت[4].

---

[1]– علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990م، ص 49.

[2]–جميل فخري محمد جانم، **مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون**، ط1، دار الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009م، ص 205.

[4]– 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 في الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1427هـ– 2006م، ص 45 .

[5]– محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس والمشاكل الاجتماعية المعاصرة**، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ص 113.

أما الإغماء فإنه لا يزيل الولاية، لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولو طال بعذر، وإن كان لا يدوم غالبا انتظر إفاقته، وإن كان يدوم أياما أنتظر، وقيل الولاية للأبعد.

ولو كان للولي به سكر أو عته، أي ضعف العقل، فلا ولاية لأنه ناقص الأهلية في نفسه، فلا يلي غيره وتنتقل الولاية للأبعد.

ولا ولاية لمن نقص عقله بسبب مرض أو هرم وهو كبر السن، أو خبل وهو فساد العقل وكثرة الأسقام والآلام، وذلك لعجزه عن البحث عن أحوال الأزواج ومعرفة الكفء منهم.

ويقول أبو زهرة في الإغماء أو حال سكر الذي يفقد الوعي: إن حال السكر لا ينافي العدالة، وذلك لاحتمال أن يسكر بمحلل كالبنج، أو يكره على تناوله المسكر، ففي هذه الأحوال لا تزول ولايته، وينعقد العقد مع وجودها.

ولا يشترط في الولي النطق، فالأخرس المفهومة إشارته يتولى التزويج لأن الإشارة تقوم مقام النطق، وإن كانت له كتابة فالولاية له، فيوكل بها من يزوج موليته أو يزوجه[1].

3. إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه:

وأهم المتمسكين بهذا الشرط هم الحنفية والحنابلة فلا ولاية لغير المسلم كما لا ولاية للمسلم على غيره ممن اختلفت عنه ديانة، لأن الزواج في نظر الشريعة الإسلامية عقد ديني تترتب عليه نتائج بالغة الأهمية يتعدى آثارها نطاق الزوجين إلى المجتمع، وقد روى عن الإمام احمد في رواية عنه قال: (لا يعقد نصراني ولا يهودي عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ولا يكونان وليين بل لا يكون إلا مسلما)، وهذا يقتضي أن الكافر لا يزوج مسلمة بولاية ولا وكالة.

وإذا كان من المتفق عليه أن لا ولاية لغير المسلم على المسلم[1]، عملا بالآية الكريمة:

[1]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع سابق، ص 46

﴿**وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾[2]، وقوله تعالى أيضا: ﴿ **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ** ﴾[3]، وقوله أيضا:﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**﴾[4].

قال الشافعية وغيرهم: يزوج الكافر الكافرة سواء كان زوج الكافرة كافرا أو مسلما).

وقال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على احد مسلما كان أم كافرا لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ [5].

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الأحكام عندما منع الزواج بين المسلمة والكافر لكي لا يعلو الزوج على زوجته ويتسلط عليها بكفره على إسلامها وفي ذلك إهانة لها ولعقيدتها.

4. القرابة:

هي صلة دموية تصل الشخص بغيره، ومن خصائصها أن القريب يتوفر على قدر كبير من الرحمة والشفقة على قريبه، لذلك فإن القانون لا يسند ولاية القاصر إلا لأقاربه، لأن هذا العنصر هو الذي يلطف الولاية على النفس ويحولها من أداة سيطرة، وإذلال إلى سلاح حماية ووسيلة رحمة وهداية وتوجيه[6].

ثانيا/ الشروط المختلف فيها للولي في عقد الزواج:

اختلفوا الفقهاء في بعض شروط الولاية في عقد الزواج مثل الذكورة والعدل والرشد .. وهذا ما سيتم توضيحه كالتالي:

---

[1]– الأكحل بن حواء، **نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية**، بحث مقارن، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، لنيل دبلوم الدراسات العليا(القانون الخاص)، جامعة الجزائر، الجزائر، 1393هـ– 1974، ص 41.

[2]– سورة الأنفال، الآية 73.

[3]– سورة آل عمران، الآية 28.

[4]– سورة النساء، الآية 141.

[5]– سورة التوبة، الآية 71.

[6]– سعد فضيل، مرجع سابق، ص 74– 75.

1. الذكورة:

قال الشافعية والحنابلة والمالكية أنها شرط في حدوث الولاية فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن الأنوثة تعتبر أحد أسباب الولاية على النفس بذاتها دون اقترانها بصغر أو جنون وأساس هذه الولاية أن المرأة بطبيعة تكوينها عرضة للآفات أكثر من الشباب وإذا أصيبت بآفة كانت في نفسها أعمق تأثيرا، وما يمسها يمس أسرتها ولعل الدليل الأقوى في اشتراط الذكورة للولي، قوله تعالى: **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾**[1].

من خلال النص التالي نرى أنه جعل قوامة الرجال على النساء بسبب ما فضل الله به تكوين الرجال فجعل العقل مسيطرا على أفعالهم، وليست هذه القوامة قهرا وإذلالا وتحكما، بل هي حماية ورعاية وقيام بالواجب وليست استمتاع بحق خالص للرجل، لكنها واجب عليه يرعاه حق رعايته.

فالولي على النفس يصون الفتاة مادامت لم تتزوج، ويشاركها اختيار زوجها إذا تزوجت، وهي في حياتها الزوجية ترى بأن بيته هو الكنف والمآل لها وإن لم تصلح حياتها الزوجية، وهي بمقتضى عاداتها الإسلامية تستعين به في رفع أذى الزواج إن كان يؤذيها[2].

فالمرأة لو كانت بالغة عاقلة مثقفة أو حاصلة على أعلى الدرجات والمؤهلات العلمية، فلا يمكنها تزويج نفسها أو تزويج غيرها فهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطا لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة، كما تثبت للرجل فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة أن تتولى زواج نفسها وزواج غيرها بطريق الولاية أو الوكالة[3].

---

[1]– سورة النساء، الآية 34.

[2]– محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص 43.

[3]– زكي الدين شعبان، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ط4، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، ليبيا، ص 214.

2. العدالة:

وهي الاستقامة في الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر[1].

وقد اختلف الفقهاء في شرط العدالة على النحو الآتي:

ذهب الحنفية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد إلى القول بعدم اشتراط العدالة في الولي، والتي هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والبعد على كل ما يقدح في المروءة، وينعقد بحضرة الفاسقين[2]، واستدل هؤلاء على قولهم بقوله تعالى: ﴿ **وَانْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** ﴾[3].

ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن الخطاب موجه للأولياء، فدل ذلك على أن الزواج إليهم النساء، وهذا ما دل في منطوق الآية الكريمة دون تفصيل بين ولي عدل وولي فاسق، فأمرهم عز وجل بانكاح الايامي المشمولين بولايتهم، كما يمكن القول أن الآباء هم الذين يزوجون بناتهم من غير أن يكون هناك فرق بين الولي العادل والولي الفاسق، وتزويج الآباء لبناتهم يعتبر مفخرة للزوجات دائما[4].

أما العدالة عند الشافعية والحنابلة فتعتبر شرطا، فلا ولاية لغير العادل وهو فاسق لما روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (**لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي**

---

[1]– نسرين شريقي، وكمال بوفروة، **قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 37.

[2]– أسامة ذيب مسعود، **الإكراه في عقد الزواج**– دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية– ، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1432هـ – 2011م، ص 109–110.

[3]– سورة النور، الآية 32.

[4]– أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص 110.

مرشد)، لأنها تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال ويكفي العدالة الظاهرة لأن اشتراط العدالة ظاهرا وباطنا حرج ومشقة يقضي إلى بطلان غالب الأنكحة[1].

المناقشة والترجيح:

الحنفية ردوا على ما استدل به الشافعية ومن معهم و قالوا: إن الخطاب في الآية الكريمة **وَانْكِحُوا الْأَيَامَى** ...﴾ شاملة للولي الفاسق والعادل، وليس فيها تخصيص بالولي العادل، كما أن الحديث الشريف الذي استدل به الشافعية وهو (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل) حديث فيه ضعف لا يقوى على معارضة الآية التي استدل بها الحنفية[2]، لأن الولي المرشد ليس معناه العدل بل الذي يرشده غيره إلى وجود المصلحة والفاسق أهلا بذلك[3].

لذلك أرى أن رأي الحنفية ومن معهم هو الرأي الراجح، لأن الفاسق أهل للولاية على نفسه فيكون أهلا للولاية على غيره، ولأن الشروط الأخرى: العقل والبلوغ والحرية والإسلام تكفي لتولي الولاية في النكاح، لأن الولي العاقل لا يمكن أن يختار الشخص السيئ لتزويجه لأن فيه ضرر عليه وعلى من هو ولي عليها، كما يمكن القول أن الوازع الطبيعي في الإنسان ينزع عن التقصير في حق المولى عليه، ولكن إذا الولي فاسقا مجاهرا لا يبالي بأفعاله ولو كانت تلك الأفعال سيئة، فيجب أن لا يتولى إنكاح موليته إلا إذا كانت هناك مصلحة من زواجها، كما أنه يمنع من تولي الفاسق من هي تحت ولايته، ويمكننا القول أن اشتراط العدالة في الولي قد يكون فيه حرج كبير،كما كان عليه المسلمون منذ عهد الرسول ﷺ إلى يومنا أنهم لم يمنعوا الولي غير العادل من تزويج أولاده وبناته، فدل ذلك على عدم اشتراط العدالة في الولي[4].

---

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6703.

[2]– أسامة ذيب مسعود، مرجع نفسه، ص 111.

[3]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 214.

[4]– بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ–2012م، ص315.

3. الرشد:

ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح لا حفظ المال، لأن الرشد كل مقام بحسبه ومعناه عند الشافعية عدم تبذير المال[1].

والرشد بهذا المعنى ليس شرطا في ثبوت الولاية عند المالكية والحنفية، فالسفيه ولو كان محجورا عليه يصح أن يتولى تزويج غيره بطريق الولاية.

إلا أن المالكية يقولون أن السفيه لا يمكنه أن يعقد زواج من في ولايته إلا بإذن وليه، فإن عقد دون إذنه صح إذا كان له رأي وفطنة، أما إذا كان ضعيف الرأي فللولي النظر فيه فإن وجد فيه خيرا أمضاه وإن لم يجد فيه خيرا رده[2].

أما الشافعية والحنابلة فقالوا بشرط الرشد في ثبوت الولاية لأن هذه الولاية كما يقول الإمام أبو زهرة: (للإصلاح والحفظ والصيانة ومعاونة المرأة في اختيار زوجها، لا يمكن أن تثبت إلا لرشد تحسن الاختيار، ويكون قادرا على تدبير أموره وأمور غيره فإن كان لا يحسن تدبير أمور نفسه فكيف يشارك غيره في أهم عقد يتعلق بحياته) [3].

وأضاف المالكية شروط أخرى وهي:

1. خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة:

فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، ومثله إحرام الزوجين حتى ينتهي من أداء نسكه[4]، واستدلوا المالكية بقوله عليه الصلاة والسلام (المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب)، فالإحرام يمنع صحة العقد فإن عقد فسخ العقد أبدا.

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 61.

[2] – محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 100– 101.

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6703.

[4]– نصر سلمان، **أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1428هـ– 2007م، ص 140.

قال الشافعية إحرام أحد العاقدين أو الزوجة، يمنع صحة النكاح، للحديث السابق، ولا ينقل الإحرام الولاية للأبعد في الأصح، لأنه لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر، وإنما يمنع النكاح، فيزوج السلطان عند إحرام الولي لا الأبعد[1].

2.عـدم الإكـراه:

فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية وقالوا على أنه شرط في صحة كل العقود[2].

3. عـدم اختلال النظر:

ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية في رواية إلى اشتراط عدم اختلال النظر للولي وسلامته من الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، فإن وجد شيء من ذلك انتقلت الولاية إلى الأبعد، ولم يشترط ذلك الحنفية والمالكية في المشهور[3]، فمنهم من قال كذلك السمع ومنهم من لم يشترطه،مستندين إلى ذلك شعيب عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى[4].

واشترط الشافعية أيضا :

. ألا يكون محجور عليه بسفه:

وذلك بأن كان بالغا غير رشيد، أو بذر في ماله، بعد رشده ثم حجر عليه لنقصه، لأنه لا يلي أمر نفسه، فكيف يلي أمر غيره، هذا رأي البعض من المذاهب، أما القول الثاني فإنهم يقولون ان هذا الولي يلي لأنه كامل النظر في أمر النكاح، وإنما حجر عليه لحفظ ماله.

كذلك اشترط الحنفية في الولي:

[1]– نسرين شريقي، وكمال بوفرورة، مرجع سابق، ص38.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 206.

[3]– نصر سليمان، مرجع سابق، ص 140.

[4]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع سابق، ص 48– 49.

. **أن يكون ممن يرث:** وذلك لأن سبب ثبوت الولاية والوارثة واحد وهو القرابة، وكل من يرثه يلي عليه، ومن لا يرثه لا يلي عليه[1].

رأي بعض القوانين:

اقتصرت بعض القوانين على ذكر أهم الشروط بينما توسعت القوانين الأخرى بذكر الشروط، فقانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية لم يشترط العدالة في الولي فقد نصت **المادة (10)** على أنه:(يشترط في الولي أن يكون عاقلا بالغا وأن يكون مسلما إذا كانت المخطوبة مسلمة)[2]، لذا يعمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة وهو عدم اشتراط العدالة في الولي.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية في **الفصل (08)** نصت على أنه: (يجب أن يكون الولي عاقلا ذكرا رشيدا) [3].

وأما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نصف في **ما (22)** على أن:(يشترط أن يكون الولي عاقلا بالغا راشدا) [4].

وأضاف القانون الخليجي في **المادة (13)** شرط الذكورة حيث نص على أنه:

(يشترط في الولي أن يكون ذكرا ، عاقلا، بالغا، مسلما، إذا كانت الولاية على مسلم) [5]، وقانون الأسرة السوداني في **المادة (33)** منه[1].

---

[1]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع نفسه، ص 38 .

[1] - أنظر المادة (10) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤرخ بتاريخ 2010/09/26 .

[3]– أنظر الفصل(08) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

[4] – أنظر المادة (22) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07م، المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

[5]– أنظر المادة (13) من قانون الأحوال الشخصية الخليجي.

يتبين لنا من هذه القوانين أنها اتفقت في شرطين هما: البلوغ والعقل وبعضها لم يذكر الإسلام على اعتبار أنها من الأحكام الخاصة بالمسلمين، وقد كان من الأولى ذكر هذه الشروط بصراحة، والملاحظ أن هذه القوانين لم تذكر الحرية لعدم وجود الرقيق في أيامنا.

أما بالنسبة للعدالة، نجد بعض القوانين أخذت برأي جمهور الفقهاء الذين لم يشترطوا العدالة في الولي، لذلك فإن ولاية الفاسق جائزة لديهم[2].

المبحث الثاني:

أحكام الولاية في عقد الزواج

بعد أن عرفنا ما معنى الولاية في عقد الزواج وبيان دليل وجودها في القرآن والسنة وكذلك معرفة الشروط اللازمة في الولي لكي يتولى عقد زواج موليته، من اللازم نعرف هل هناك أنواع للولاية وما هي الولاية التي أخذ بها المشرع الجزائري، ومعرفة ترتيب الأولياء الذين يتولون عقود الزواج، كذلك بيان دور الولي عند إبرام عقد الزواج وفي حالة عضله لهذا العقد، زيادة عن ذلك البحث عن سبب غيبته ومن يقوم مقامهم.

فمن خلال ذلك قسمنا المبحث إلى ثلاث مطالب: المطلب الأول فيه أقسام وترتيب الأولياء في عقد الزواج، أما الثاني تمثل في دور وعضل الولي في عقد الزواج، وأخيرا المطلب الثالث بينا فيه غياب وأثر تخلف الولي في عقد الزواج.

---

[1]– أنظر المادة (33) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 207.

المطلب الأول:

أقسام وترتيب الأولياء في عقد الزواج

من خلال هذا المطلب نتعرف على تقسيمات الولاية والترتيبات التي يجب اتابعها لإبرام عقود الزواج وذلك بعد أن عرفنا ما معنى الولي وما الشروط اللازم توفرها، وسيكون ذلك في كل فرع على حدا كما يلي:

الفرع الأول/ أقسام الولاية في عقد الزواج

هناك عدة آراء حول تقسيم الولاية في عقد الزواج منها:

1. ولاية على المال: وهي سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أم متعدية، وقيل أنها تكون للأب و الجد أو لوصيهما، أو للوصي الذي ينصبه القاضي[1]، وليست هي موضوع الدراسة.

2. ولاية على النفس : وهي سلطة إنشاء عقد الزواج[2] وقيل أنها لا تكون إلا للأب والجد وإن علا[3]وهي المقصودة من هذا البحث، والولاية على النفس قسمان، ولاية قاصرة وولاية متعدية، سيتم بيانهما كالتالي[4]:

أ. الولاية القاصرة:

وهي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه[5]، وفيها يكون للشخص الحق في أن يزوج نفسه وهي تثبت للرجل العاقل البالغ الرشيد فله أن يزوج نفسه بأي امرأة يشاء سواء كانت تساويه منزلة أو لا تساويه، كما له أن يتزوج بأي مهر كان سواء كان

---

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص 84 .

[2]– أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات**، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 81.

[3]– محمد سمارة، مرجع نفسه، ص 84 .

[4]– أحمد شامي، مرجع نفسه، ص 81.

[5]–أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص 98.

مساويا لمهر المثل أو أكثر منه، وإن كان محجورا عليه لسفه توقف زواجه على إجازة وليه، فإن رأى مصلحة في هذا الزواج أجازه، وإن لم يرى فيه مصلحة رده هذا عند المالكية[1].

فيرى الحنفية أنه يثبت هذا الحق للمرأة البالغة العاقلة، ولذلك يمكن للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، متى كان الزوج كفئا، والمهر مهر المثل، ولا اعتراض لأحد عليها، كما لها أن تزوج غيرها واستدلوا من القران الكريم قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ....[2]﴾، وقوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** [3]﴾، فهذه الآيات تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها، ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الوالي أو على ولايته.

ومن السنة النبوية ما رواه ابن عباس قال الرسول ﷺ (**الأيم أحق بنفسها من وليها**.....)[4]، فيدل هذا الحديث على أن المرأة أحق من الولي في عقد زواجها.

ومن هنا يمكن القول أن المرأة عندما تباشر عقد زواجها بنفسها، إنما تتصرف في حق خالص لها ولا اعتراض لأحد عليها في ذلك، ما دامت بالغة راشدة، وتزوجت بكفء، وبمهر المثل وإنما يطالب الولي بمباشر العقد استحبابا، وصونا للمرأة من حضورها مجالس الرجال وفي ذلك يقول ابن القيم " فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة، لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، إلى من يريد هو، وهي من اكره الناس فيه وهو من أبغض شيء إليها ومن هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها

[1]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 201.

[2]– سورة البقرة، الآية 232.

[3]– سورة البقرة، الآية 234.

[4]– أخرجه مسلم : أبو الحسن بن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، حديث رقم (1421)،ص240.

أسيرة عنده، كما قال النبي عليه الصلاة والسلام: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم) أي أسرى، ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها ".

أما المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من العلماء فلا يثبت عندهم للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، إنما الذي يزوجها هو وليها، واستدلوا في ذلك قوله تعالى: ﴿**وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا**[1]﴾، ومن هذه الآية استنتجوا على أن سلطة التزويج للرجال وليس للنساء.

كما جاء في السنة النبوية ما رواه أبو هريرة أن الرسول ﷺ قال:(**لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**)[2]، وقوله ﷺ:(**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل....**) [3]

ب. الولايـة المتعدية:

وهي ولاية الغير إما على المال أو على النفس في الزواج، ولا تكون إلا لمن تثبت له الولاية على نفسه، فمنهم من قسم الولاية المتعدية إلى ولاية أصلية وولاية نيابية ومنهم من قسمها إلى ولاية إجبار وولاية اختيار وهي كالآتي:

أولا/ الولاية الأصلية والنيابية في عقد الزواج

1. الولاية الأصلية: هي التي تثبت إبتداءا من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد فإن ولايتهما تثبت إبتداءا بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرها.

[1]– سورة البقرة، الآية 234.

[2]– أخرجه ابن ماجه: **سنن ابن ماجة**، تحقيق: عبد الله المحسن التركي و عبد الفتاح محمد، ج4، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 345.

[3]– أخرجه الترمذي: **سنن الترمذي**، باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي، ج3، رقم:1020، ص 407.

2. الولاية النيابية: وهي ولاية مستمدة من غيرها كولاية القاضي، فإن القاضي يستمد ولايته من الحاكم والإمام، فهو نائب عنه في الوصاية وفيما يتولاه من شؤون القاصر[1].

كذلك تنقسم الولاية المتعدية عند بعض الفقهاء إلى ولاية عامة وولاية خاصة، وهو ما سيتم توضيحه كما يلي:

أ. الولاية العامة:

هي سلطة بإلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه دون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وللأمة ودرء المفاسد عنها، وهي منصب ديني ودنيوي شرع لتحقيق ثلاثة أمور، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأداء الأمانات إلى أهلها والحكم بين أناس بالعدل[2].

وعرفها النمري القرطبي: هي أن المسلمين الأحرار في النكاح بعضهم أولياء بعض بحق الديانة[3].

بالنسبة للمالكية قالوا أنها تثبت بسبب واحد وهو الإسلام فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم، بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها بشرط أن لا يكون لها أب أو وصيه، وشرط أن تكون دنيئة لا شريفة[4].

وقال الإمام ابن رشد في أصناف الولاية: (فهي نسب وسلطان، ومولى أعلى وأسفل ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنيئة. واختلفوا في الوصي فقال مالك: يكون الوصي وليا، ومنع ذلك الشافعي[5].

---

[1]– عبد الفتاح تقية، **قانون الأحوال الشخصية**، دار ثالة بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 141.

[2]– أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص 97.

[3]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع سابق، ص 34

[4]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6694.

[5]– نصر سليمان، مرجع سابق، ص 119.

ب. الولاية الخاصة:

وتطلق الخاصة في الاستعمال الفقهي على ضروب منها النيابة الجبرية ، والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة فهي ثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما وتثبت لأناس معينين، وهم ستة (06) أصناف : الأب، وصيه، القريب العاصب، المالك، الكافل، السلطان، وأسباب هذه الولاية هي ستة (06): الأبوة، الايصاء، العصوبة، الملك، والكفالة والسلطنة، أما الولاية بالكفالة هي أن يكفل رجل امرأة فقدت والدها وغاب عنها أهلها فقام بتربتها مدة خاصة فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها ويشترط لثبوت هذه الولاية شرطان :

1- أن تمكن عنده زمنا يوجب حنانه لشفقته عليها عادة وبالفعل.

2- ألا تكون شريفة، والشريفة هي ذات الجمال أو المال فإن كانت ذات جمال فقط أو ذات مال فقط زوجها الحاكم ورجع المالكية أن ولاية الكفيل تشمل الشريفة والدنيئة[1].

ثانيا/ ولاية الإجبار و ولاية الاختيار في عقد الزواج

من خلال ما سبق بيانه يتبين أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائما فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية، والولاية على النفس في محور بحثنا باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج وتكون للأب والجد وسائر الأولياء فلقد تضاربت آراء الفقهاء في سلطة الولي في عقد الزواج عن المولى عليها وذلك راجع إلى اختلاف المولى عليه بين أن يكون صغيرا أو كبيرا، بكرا أو ثيبا هذا من جهة، أخرى في اختلاف الأشخاص الذين يمارسونها, لذلك قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين هما: ولاية إجبار، وولاية اختيار أو ولاية الشركة أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب ويسمونها أيضا ولاية استئذان.

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص6694.

1- ولايـة الإجبـار في عقد الزواج :

أ) تعريف ولاية الإجبار:

- **لغـة:** هي القهر والإكراه[1].

- **شرعا:** أنها هي التي يكون فيها للولي حق عقد الزواج لمن له الولاية عليه من هؤلاء دون الرجوع إليهم لأخذ رأيهم، ويكون عقده نافذا على المولى عليه، دون توفق على رضاه[2].

وتسمى ولاية الإجبار بالولاية الكاملة، بمعنى أن يكون للولي فيها حق الاستبداد بإنشاء العقد، وتزويج من كان تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو العقد[3].

ومنهم من عرفها أنها :(هي سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته ورضاه ، بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل) [4].

كذلك نجد تعريف آخر يقول: " ولاية الإجبار هي ولاية الأب في تزويج البكر الصغيرة أو الكبيرة بدون رضاها، ويستحب له استئذان البالغة، ويكفي سكوتها"[5].

وفي تعريف آخر: هي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر، والصغير والمجنون وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج[6].

ب) مدى ثبوت ولاية الإجبار في عقد الزواج:

تثبت ولاية الإجبار حسب ما ذهب إليه الفقهاء على النحو التالي:

---

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص107.

[2] السيد سابق، مرجع سابق، ص 131.

[3]- محمد محده، **الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية**، ج1، ط2 ، دار الشهاب سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، باتنة، الجزائر، 2000، ص211.

[4]- الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 67.

[5]- بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع سابق، ص 34.

[6]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 119.

عند الحنفية : تثبت على القاصرين وعلى ناقص الأهلية وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز [1]، وعلة الإجبار عندهم الصغر والجنون ولا عبرة عندهم بالبكارة أو الثيوبة فهم عاجزون عن النظر في شؤونهم ولا يدركون المصلحة.

عند الشافعية : على الأب والجد سلطة تزويج البكر، صغيرة كانت أو كبيرة بغير إ ذنها لكن يستحب استئذانها لقوله صلى الله عليه وسلم:(الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها)، فأخذ الشافعية أن الاستئذان لتطييب خاطرها، إذا علة الإجبار عندهم في التزويج ليست واحدة فقط، فقد يكون الصغر، وقد تكون البكارة وقد يكون فقدان العقل، العجز على التصرف في أمور الحياة وما تقتضيه مصلحة المولى عليها[2]، وحصروها في الأب والجد.

عند المالكية: أجازوا إجبار البكر على النكاح بغير إذنها، ولكن هذا الإجبار لا يكون إلا للأب فقط، فتجبر البكر من الأب لو كانت عانسا بلغت ستين أو أكثر[3].

عند الحنابلة: قولان في إجبار البكر البالغة مستدلين كالشافعية أن إثبات أحقية الثيب بنفسها من وليها، يدل عليها نفي هذا الحق عن البكر والاستئذان مستحب للبكر البالغة من الأب وليس الإجبار لغير الأب، وليس لسائر الأولياء تزويج البكر إلا بإذنها[4].

إذن يختلف مدى الإجبار باختلاف الآراء المذهبية فمنهم من وسع مدى الإجبار وجعله لكل الأولياء، ومنهم من ضيق مداه، ومنهم من جعل بعض أمره للقضاء[5].

---

[1]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق, ص 108.

[2]– أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 165.

[3]– محمد سمارة، مرجع السابق، ص87.

[4]– أحمد فراج حسين، مرجع السابق، ص 165.

[5]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، 139.

فمن خلال ذلك أوضح من هم الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجبار، وعلى من تثبت هذه الولاية، كذلك توضيح سلطة الإجبار والجزاء المترتب على تعسف الولي في هذه السلطة، وأخيرا بيان موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار.

ج) الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجبار في عقد الزواج :

نقول أن الأساس في ثبوت ولاية الإجبار يتكون من أمرين أساسيين هما:

أولهما : الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة قصره، وفي حالة حياته بعده.

ثانيهما : حسن الرأي وتخير أوجه النفع، فإذا توفر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة، أما إذا نقص أحد هاذين الأمرين بأن يكون الولي غير كامل الشفقة أو غير حسن التدبير فإن الولاية لا تكون كاملة ولا تشمل كل الأحوال ولا تكون مطلقة من كل القيود، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة[1].

وعلى ذلك اتفق الشافعية والحنابلة بأن ولاية الإجبار تثبت بداية للأب وخالفهم في ذلك الحنفية، فتثبت عندهم للابن قبل الأب، أما المالكية فقالوا بأن ولاية الإجبار تثبت لما يلي:[2]

1. الأب: ويمارس هذه الولاية وتثبت له بصورة مطلقة على أولاده الصغار وبناته الأبكار كما قد يمارسها بقيد بالنسبة للمجنون ....الخ، وسنتعرض عليها لدى الحديث على من تثبت هذه الولاية بعد حين.

فللأب سلطة مطلقة على تزويج أولاده الصغار وبناته الأبكار بمن شاء ومتى شاء، غير مقيد بأي قيد حيث قالوا: " وللأب جبر ابنته البكر ممن شاء بما شاء ..... ولا كلام لها أو غيرها"،

[1]– محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 118–119.

[2]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، 220.

لكن ليس للأب جبر ابنته إذا رشدها، أي جعلها رشيدة أو أطلق الحجر عنها لصيرورتها حسنة التصرف.

إضافة إلى ذلك، بالنسبة لسلطة الأب في تزويج بناته الأبكار ليست مطلقة، كما يفهم لأول وهلة من ظاهر النصوص الفقهية، وإنما هي سلطة مقيدة ومنوطة بالمصلحة الخاصة بالمولى عليه منها للتعسف في استعمال السلطة[1].

2. السيد : للسيد المالك ذكرا أم أنثى جبرا منه أو عبده على الزواج لأن كلا منهما مملوك له، لكن يشترط في ثبوت الجبر للسيد على عبده وأمته عدم الإضرار بهما، فإن كان في هذا الزواج إضرارا بما لم يجز له الجبر، وذلك كالتزويج برجل به عاهة كالجذام أو البرص فإن زوجها كان لها الفسخ ولو طال الزمن[2].

3 . وصي الأب: و إن نزل كوصي وصيه ويشترط في ثبوت ولاية الإجبار له الشروط الآتية:

– أن يعين الأب للوصي الزوج، بأن يقول له: " زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة مثلا: أجبرها على الزواج أو ضمنا مثل: زوجها قبل البلوغ، إضافة إلى ذلك ألا يقل المهر عن مهر المثل، كذلك ألا يكون الزوج فاسقا[3].

4. الحـاكم :

وهو السلطان أو القاضي، فللحاكم أن يجبر المجنونة البالغة إذا لم يكن لها أب، ومثل ذلك المجنون ولم يكن أب أو وصي فللقاضي أن يجبره على الزواج إن خيف عليها الفساد، هذا إن

[1]– الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 68.

[2]– زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 220

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6707.

كان جنونه أصليا، أما إن كان جنونه بعد رشده فالجبر يكون للقاضي وحده دون الأب أو الوصي لأنها لا ولاية لهما عليه في هذه الحالة[1].

وقد جعل الشارع هذه الولاية إجبارية للنظر في مصالح المولى عليه، إذ أن فاقد الأهلية أو ناقصها عاجز عن النظر في مصالح نفسه، وليس له من القدرة العقلية ما يستطيع بها أن يدرك مصلحته في العقود التي يعقدها، والتصرفات التي تصدر عنه بسبب الصغر أو الجنون أو العته، ومن ثم فإن تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها ترجع إلى وليه[2].

والخلاصة أن الذي يجبر في عصرنا هو الأب ووصيه ولا جبر لغير السيد والأب ووصيه من الأولياء في تزويج البكر الصغيرة والمجنونة، أو أي أنثى صغيرة كانت أم كبيرة، إلا في مسألة واحدة وهي البكر الصغيرة اليتيمة للولي غير المجبر تزويجها بمشورة القاضي إذا خيف عليها الفساد في دينها[3].

د) من تثبت عليه ولاية الإجبار في عقد الزواج:

تثبت ولاية الإجبار على ما يلي :

1 . **ولاية الإجبار على فاقدي الأهلية وناقصها :**

تثبت ولاية الإجبار في التزويج على المجنون وكذلك المجنونة، في حالة ما إذا أثبت الطب أن في زواجهما مصلحة لهما، كما لو كان محتاجين إلى ذلك أو خيف عليهما الوقوع في المحظور[4].

[1]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 221 – 222.

[2]– السيد سابق، مرجع سابق، ص 131.

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 6708.

[4]– الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 86.

فتثبت ولاية الإجبار عند الجمهور غير الحنفية على الصغار والمجانين والمعتوهين من غير فرق بين ذكر وأنثى وبكر وثيب، إلا أن المالكية استثنوا صاحبة الجنون المتقطع، فتنتظر إفاقتها لتستأذن فإن فاقت زوجها الولي برضاها.

واستثنى الشافعية الثيب الصغيرة، فلا يقولون بثبوت ولاية الإجبار عليها، لأن علة ثبوت الولاية عندهم هي البكارة فقط وهذه العلة لا تتحقق في الثيب الصغيرة، والحكم عندهم أنها لا تزوج حتى تبلغ وتأذن لوليها في زواجها[1].

ولقد أقام المالكية والحنابلة ولاية الإجبار على أساس الصغر والبكارة معا، فقالوا بالنسبة للصغير ذكرا كان أم أنثى، لوليه إجباره ما لم يبلغ ويزوجه دون إذنه ورضاه، فإن بلغ فالذكر يملك أمر نفسه ويتزوج بمن شاء، أما المرأة البكر الكبيرة كانت أم صغيرة لوليها جبرها على الزواج ما لم ترشد، وكذلك من تثبيت قبل بلوغها بقي لوليها جبرها لاستمرار علة الصغر قائمة في حقها.

2 . ولاية الإجبار على البكر البالغة غير العانس اتفاقا:

تثبت عليها عند الجمهور غير الحنفية ولاية الإجبار لأن العلة البكارة للمفهوم من الحديث "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها"[2]، فقد جعلت الثيب أحق بنفسها من وليها، ولم يجعل البكر أحق بنفسها من وليها كالثيب وهذا هو الإجبار بعينه"[3].

أما الحنفية لا يقولون بثبوت الولاية على البكر البالغة العاقلة بل يجعلون لها الحق في تولي زواج نفسها بنفسها واحتجوا على رأيهم بقول الرسول ﷺ: (.....**وَالبِكْرُ يَستَأْمِرُهَا أَبُوهَا**)[4]،

[1]– محمد محده ، مرجع سابق، ص 224.

[2]– أخرجه مسلم: صحيح مسلم، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج2، رقم 1421، ص1037.

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6715.

[4]– أبو داود: كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، حديث رقم 2096. سنن أبي داود، 375/1.

والإستئمار معناه طلب الأمر منها وهو الإذن ومادام الرسول أمر باستئذانها فيكون استئذانها ضروريا لا بد منه فلا يصح أن تزوج إلا برضاها[1].

أما بالنسبة للعانس فيقول ابن وهب من المالكية: أن العانس لا تزوج إلا بإذنها.

3- ولاية الإجبار على الثيب البالغة العاقلة التي لم تزل بكارتها بزواج صحيح أو فاسد وإنما زالت بعارض مثل الزنا والغضب ، لأن ثبوت الولاية إنما هو الجهل بأمور الزواج ومصالحه، ومن زالت بكارتها بغير زواج لا تزال جاهلة بهذه الأمور مما يستوجب بقاء الولاية عليها كالبكر البالغة[2].

4. اليتيمة التي خيف عليها الفساد:

ولا مفهوم لليتيمة، فكل امرأة خيف عليها الفساد، يجبرها وليها على النكاح سواء كانت بكرا أم ثيبا، وبصرف النظر عن سبب زوال البكارة.

وإن ظاهر الفقه المالكي، تخصيص المرأة المراد تزويجها بسبب خوف الفساد عليها باليتيمة، وبكونها بلغت من العمر عشر سنوات فأكثر، وبضرورة إطلاع القاضي المختص وأخذ موافقته على ذلك[3]، لأنه لا يكون المجبر هو الأب وإنما القاضي، وذلك بهدف أن تكون في عصمة زوج يمنعها من الفساد، ولابد أن يكون كفء لها وبمهر المثل[4].

هـ) ضوابط سلطة الإجبار في عقد الزواج:

تتمثل فيما يلي:

إذا كان يحق للولي أن يجبر من في تحته على الزواج، فإن الضابط في ذلك هو عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها، قد حدد الفقهاء هذه الضوابط يمكن إجمالها بتوافر شروط هي:

---

[1]- زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 213.

[2]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6715.

[3]- الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 85.

[4]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 148.

- ألا يكون بينها وبين الولي عداوة.
- ألا يزوجها بكفء.
- أن يكون الزوج موسرا بمال الصداق .
- أن يزوجها بمهر المثل .

و) الجزاء المترتب على تعسف الولي في عقد الزواج:

تقرر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف عموما، و تختلف هذه الجزاءات باختلاف التصرفات وباعتبار الزواج هو من التصرفات القولية، فإن الجزاء في التصرفات القولية هو إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب آثاره عليها فيحال بينها وبين آثارها عليها وعلى ذلك تعتبر العقود باطلة، ومن ثم فيجبر الولي على تزوجها من الكفء إذا عضلها على التزويج[1].

ي) موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في عقد الزواج:

لقد مال المشرع الجزائري نحوى المذهب الحنفي وقرر في نص **المادة (13)** من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 أنه" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها "[2]، أما بالنسبة التعديل بموجب الأمر (02/05) فإن هذه المادة أصبحت كما يلي: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[3].

إذن من خلال لمشرع الجزائري نفهم أنه وضع حدا نهائيا لنقاش دام طويلا حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تريده، وتكره الارتباط به بعقد زواج، وبهذا

---

[1]– هجرس بولبداوي، **الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001– 2000، ص 62 – 63 – 64.

[2]– أنظر المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري 84/11.

[3]– أنظر المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

النص يخاطب المشرع الجزائري جميع الأولياء بأنه لا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها ، وذلك من خلال التعديل الجديد **للمادة (13)** من قانون الأسرة والذي جاء تحديدا واضحا في بعدم إجبار القاصرة، رغم أنه في القانون القديم (11/84) لم يوضح المشرع على من تقع ولاية الإجبار، هل على الراشدة أم على القاصرة لنصه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ...."حيث جاءت هذه المادة عامة وتم زوال الغموض من خلال التعديل الجديد.

والمشرع الجزائري لم يجز للمرأة أن تبرم عقد زواجها بنفسها، بل جعل ذلك من حق الولي طبقا **للمادة (11)** من قانون الأسرة الجزائري، واشترط في عقد الزواج رضا الزوجين طبقا **للمادة (09) من قانون الأسرة**، ولم يتطلب حضور المرأة أثناء إبرام العقد.

ومن ثم فإننا نقول: مادام المشرع الجزائري سائرا نحو منع ولاية الإجبار، كان عليه النص صراحة على حضور المرأة أثناء عقد الزواج ويساير بذلك ما قاله ابن شبرمة وأبو الشافعي ومحمد الحنفي، إذ يقولون بأن الزواج يتم بصيغة المرأة (الزوجة) ولكن لا يكون صحيحا إلا إذا استأذنت وليها[1].

ومقارنة ببعض القوانين العربية منها:

مدونة الأسرة المغربية: اعتبر الولاية حق للفتاة ومنع إجبارها على الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا حيث جاء **في المادة (24)** : " الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها". ونص **المادة (25)** من نفس القانون نصت على ما يلي: " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض لأبيها أو أحد أقاربها ". ومن خلال **المادتين (24- 25)** نجد أن المشرع المغربي أكد على جعل الراشدة تمارس إبرام عقد زواجها بنفسها وعلى حسب اختيارها ومصلحتها، ولها أيضا أن

[1]- سعد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 103.

تفوض غيرها، أي الأب أو أحد أقاربها في ذلك باعتبار أنها تتصرف في خالص حقها ((فالولاية حق للمرأة)).[1]

إذن من خلال المشرع الجزائري والمغربي نرى أن كلاهما منعا ولاية الإجبار على الزواج، لكن المشرع المغربي أضاف فكرة لم يتطرق لها المشرع الجزائري لا في القانون القديم ولا الجديد، وتتمثل هذه الفكرة الموجودة في المادة: " ... على حسب اختيارها ومصلحتها "، إذن ففكرة المصلحة أشارة إليها المشرع الجزائري ضمنيا فقط ولم ينص عليها صراحة في المادة.

كذلك بالنسبة للمشرع المغربي وافق المشرع الجزائري في حالة إجبار الفتاة على الزواج إذا خيف عليها من الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها[2].

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية: فقد ذكر المشرع في **الفصل (09)** على ما يلي: " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاءا و للولي حق التوكيل أيضا"، من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع التونسي لم يتطرق لولاية الإجبار وإنما اخذ بولاية الاختيار مثل ما ذهب إليه المذهب الحنفي، وهو اتجاه سديد من المشرع التونسي كما يبدو لي، لكن يبدو لي من خلال المشرع التونسي أنه عندما سار نحو ولاية الاختيار فإنه حصرها في فترة معينة من عمر الفتى والفتاة فأعطى للفتى من 11 سنة إلى عشرين سنة أما للفتاة من 15 سنة إلى 17 سنة، حيث يعتبر زواجهما في هذه الفترة يتوقف على موافقة و رضا الولي لا على موافقة الحاكم[3].

---

[1]– أحمد نصر الجندي، **شرح مدونة الأسرة المغربية**، دار الكتب القانونية للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، 2010، ص 43.

[2]– أنظر المادة (24–25) من **مدونة الأسرة المغربية** 70/03، تم تعديله بالقانون 08/09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم (103– 10– 1) بتاريخ 03 شعبان 1431هـ(16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد (5859)، بتاريخ 13 شعبان 1431هـ(26 يوليو 2010م).

[3]– أنظر الفصل (09) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني ذهب بما ذهب إليه الحنفية في زواج البكر البالغة العاقلة حيث نصت **المادة (22)** على أنه: " إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود وليا لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر، فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد، ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفء فللولي مراجعة القاضي بطلب فصل النكاح "، كما أنه لم يشترط موافقة الولي في زواج الثيب البالغة العاقلة، حيث جاء في نص **المادة (13)** على أنه: " لا تشترط موافقة في زواج المرأة الثيب العاقلة المتزوجة من العمر ثمانية عشر عاما"[1].

2- ولايـة الاختيـار في عقد الزواج:

- تعريف ولاية الاختيار:

عرف البعض ولاية الاختيار: " هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليها بل لا بد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي، ويشتركا في الاختيار ويتولى هو الصيغة"[2].

ومنهم من عرفها كما بلي:" هي التي تخول صاحبها النظر في شؤون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته، فلا يملك بها الولي تزويج المولى عليه من غير رضاه واختياره، ويستطيع المولى عليه أن يزوج نفسه من غير توقف على رأي الولي ورضاه، وذلك كولاية تزويج الحرة العاقلة البالغة، فإنها تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها، ولكنه أن توكل أمر العقد عليها إلى وليها، فإن ذلك من المحاسن التي ينبغي أن تراعى، حفاظا للمرأة من مظاهر التبذل، وهي تثبت على البالغة سواء كانت بكرا أم ثيبا، وفي ذلك يقول ابن القيم " لا تجبر البكر البالغة على النكاح ولا تزوج إلا برضاها، وهو القول الذي ندين به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره، ونهيه، وقواعده وشريعته ومصالح أمته"[3].

---

[1]- أنظر المادة (22 و13) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤرخ بتاريخ 2010/09/26.

[2]- الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 45.

[3]- أحمد شامي ، مرجع سابق، ص 48.

وتسمى ولاية الاختيار أيضا: ولاية المشاركة، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف[1].

ويختص أصحاب هذه الولاية بتزويج من لهم عليهن ولاية بإذنهن و رضاهن، لأنه لاحق لأصحاب ولاية الإذن والاختيار في إجبار من كن تحت ولايتهم[2].

وعليه من خلال ذلك أوضح من تثبت لهم ولاية الاختيار وعلى من تثبت، بيان موقف المشرع الجزائري من هذه الولاية:

ب) الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الاختيار في عقد الزواج:

تثبت ولاية الاختيار لأناس كثيرين، لكنهم مرتبون في الأحقية على المشهور عند المالكية على الوجه الآتي:

العصبة: وأحقهم بالولاية الابن وإن نزل، ثم الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب، ثم الجد وهو أبو الأب، ثم العم ثم ابن العم، على أن يقدم الشقيق على غيره ثم أبوا الجد ثم عم الأب، فابنه ثم عم الجد فابنه.

فإن تساوى اثنين أو أكثر في الرتبة الأولى تقديم الأفضل وإن تساووا في الرتبة والفضل، وكلا إلى القاضي تقديم أحدهم فإن لم يوجد أحد من هؤلاء الأقارب العصبة، كانت الولاية للمولى الأعلى وهو من أعتق المرأة، فإن لم يكن كانت الولاية للكافل، وهو من قام بتربية الفتاة حتى بلغت عنده، وذلك كأن يموت الأب ويغيب الأولياء العصبة، ثم يقوم شخص غير عاصب بتربيتها والإنفاق عليها[3].

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص119.

[2]– محده محمد، مرجع سابق، ص 829.

[3]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 223.

فإن لم يكن هناك كافل كانت الولاية للحاكم وهو رئيس الدولة وينوب عنه القاضي الذي من اختصاصه ولاية التزويج و يقال له: " القاضي الشرعي"، ومن هذا يظهر أن القاضي لا تثبت له ولاية التزويج إلا عند عدم وجود الولي العاصب أو الكافل، وتثبت هذه الولاية للقاضي إذا عضل الولي من تحت ولايته، وهنا تتدخل ولاية القاضي رافعة الظلم عن الزوجة.

وتثبت ولاية الاختيار عند الشافعية في الأب وهو يقدم على غيره من سائر الأولياء، الجد الصحيح وإن علا، الإخوة الأشقاء ثم لأب، أولاد الإخوة الأشقاء ثم لأب، الأعمام، الحاكم[1].

أما الحنفية فلا يوجد عندهم إلا ولاية الإجبار وهي تثبت عندهم للأقارب العصبة وهم الذكور الذين لا ينتسبون لقريبهم بواسطة الأنثى وحدها ويثبت لهم هذا الحق على الترتيب الآتي:

الابن وابنه وإن نزل، الأب والجد الصحيح، وهو أبو الأب وإن علا، الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، العم الشقيق والعم لأب وأبنائهما وإن نزلوا.

فإن كان من تثبت عليه الولاية حرا أو كان عتيقا ولم يوجد من أعتقه ولا وأحد من عصبته كانت الولاية للقاضي عند أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إن لم يوجد أحد من العصبة لا تنتقل الولاية إلى القاضي وإنما تنتقل إلى الأقارب غير العصبة وتثبت للأقرب منهم فالأقرب، فتثبت للأصول ثم الفروع من الإناث، فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى الجد غير الصحيح، وهو أبو الأم وأبو أم الأب، فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى طبقة الأخوات، فإن لم توجد انتقلت على الأعمام من ناحية الأم ثم العمات مطلقا، فإن لم يوجد أحد منهم تنتقل إلى الأخوال ثم الخالات وأولادهم، فان عدم جميع الأقارب من العصبات، انتقلت الولاية إلى ولي الأمر

والراجح إلى ما ذهب إليه أبو يوسف و محمد، وذلك لقول النبي ﷺ**(لا نكاح إلى العصبات)**، وهو ظاهر الدلالة أن ولاية التزويج موكلة إلى الأقارب العصبة، فلا تثبت للأقارب غير العصبة[2].

[1]– الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 49 – 50.

[2]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 225

ويستدلون على قوله تعالى: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنّ**[1]﴾.

ج) الأولياء الذين تثبت عليهم ولاية الاختيار في عقد الزواج:

تثبت ولاية الاختيار عند المالكية على أربعة أصناف وهي كالآتي، مقارنة مع المذاهب الأخرى:

1. الثيب البالغة التي زالت بكارتها بزواج صحيح أو فاسد ولو مجمع على فساده، فهذه لا تزوج بالاتفاق إلا برضاها وإذنه، ودليل ذلك ما روى عن ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ: **(الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)**[2]، وفي رواية عن أبي هريرة رضي الله عنه: **(لا تنكح الأيم حتى تستأمر)**[3].

2 . البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيها : لا يجوز للأب تزويج البكر المرشدة إن لم تأذن له بصريح لفظها بذلك والترشيد للمرأة يكون متى أحس الأب أو الوصي رجاحة عقلها وسلامة تفكيرها[4].

3. البكر البالغة التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيمت وهي بكر، هنا الحنفية والمالكية يتفقون في الولاية عليها حيث يقولون أنه ليس لأب إجبارها على الزواج، ولا بد من استئذانها، فإن زوجها من غير استئذان فقد خالف السنة، وكان العقد موقوفا على رضاها، ومن المستحب أن تستشير وليها، وأن تفوض أمرها إليه فيقوم بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف بالخروج عن العادات والتقاليد، ولا

---

[1]– سورة النساء، الآية 127.

[2]– مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، صحيح مسلم، 461/1. النسائي: كتاب النكاح، باب استئمار البكر في نفسها، حديث رقم 5355. السنن الكبرى، 172/5–173.

[3]– صحيح مسلم: مسلم 219/5.

[4]– محمد محده ، مرجع سابق، ص 229.

تنسب إلى الوقاحة[1]، ويخالفهم الشافعية والحنابلة ويجعلون الولاية عليها ولاية جبر، وله أن يزوجها بغير إذنها كالصغيرة، ويستحب أن يستأذنها قبل أن يعقد عليها، وقد استدلوا في ذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **(الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)**[2].

يقول الإمام مالك: أنه بلغه، أن القاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله بن يسار، كانوا يقولون في البكر يزوجها أبوها بغير إذنها: إن في ذلك لازم عليها[3].

4. اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها الفساد:[4]

يجوز تزويج اليتيمة قبل البلوغ، ويتولى الأولياء العقد عليها، ولها الخيار بعد البلوغ، وهو مذهب عائشة رضي الله عنها واحمد وأبي حنيفة.

قال الله تعالى: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنّ**[5]﴾.

عن عائشة رضي الله عنها قالت: " هي اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في نكاحها، ولا يسقط لها سنة صداقها، فنهو عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لها سنة صداقهن".

وفي السنن الأربعة عنه ﷺ قال:**(اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها)**[6].

---

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 210.

[2]– صحيح مسلم: مسلم 220/5.

[3]– أحمد راتب عرموش، موطأ الإمام مالك، ط5، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1401هـ–1971م، ص 385.

[4]– زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 220.

[5]– سورة النساء، الآية 127.

[6]– البيهقي: **كتاب النكاح**، باب ما جاء في انكاح اليتيمة، حديث رقم 13283. السنن الكبرى، 6/150.أبو داود: سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الإستئمار، حديث رقم 2093.

وقال الشافعي: لا يصح تزويج اليتيمة إلا بعد البلوغ، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: اليتيمة تستأمر(**ولا إستئمار إلا بعد البلوغ، إذ لا فائدة من إستئمار الصغيرة**)[1].

يقول الشيخ محمد عليش في شرح مختصر خليل: " لا جبر فالبالغ إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشرا وشور القاضي والأصح بعد الأب ووصيه، لا جبر لأحد من الأولياء اليتيمة لا وصي لها فالبالغ بإذنها ويقبل قولها في بلوغها"[2].

د) موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار في عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري في **المادة(1/12)** من قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 وهي الملغاة حاليا بقانون رقم (02/05) بأنه: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت به وكان أصلح لها"[3].

وكذلك من خلال **المادة (11 و13)** من نفس القانون (02/05) نجد أن المشرع يركز على الولاية المرصبة على المرأة، بحيث يجعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها وموافقتها، فالولي هو ممثل المرأة التي وقف بجانبها عن زواجها ويكتب اسمه في عقد الزواج وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد هذا فيما يتعلق بالقاصرة.

ولقد اشترط المشرع موافقة المرأة، وعدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه، مما يحيط الولاية بالحماية والرعاية بعيدا عما قد يمارسه الولي ضد موليته، من إجبار وضغط أو إكراه يفقدها إرادتها.

أما فيما يخص المرأة الراشدة طبقا لنص **المادة (07)** من قانون الأسرة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب **المادة (09)** من قانون

[1]– السيد سابق، مرجع سابق، ص 137.

[2]– محمد علي، **منح الجليل ـ شرح مختصر سيدي خليل**، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982م، ص 277.

[3]– أنظر المادة (1/12) من القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري والملغاة بالأمر رقم (02/05).

الأسرة الجزائري، ولكن اشترط المشروع إضافة إلى الرضا حضور الوالي في عقد الزواج وهذا في **المادة (11)** المعدلة من نفس القانون.[1]

ولكن ما يثير الانتباه صياغة **المادة (11)** المعدلة ذكر الأب أولا وعند غيابه يحل محله احد الأقارب الأولين بدون تحديد درجة القرابة، فلقد استعمل المشرع في صياغة الحرف " أو" المعروف عنه في اللغة العربية يستعمل للتخيير فبمعنى ذلك أن المرأة تختار من تشاء في عقد زواجها دون احترام الترتيب لأن القانون يسمح بذلك.

وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد المشرع في **الفصل (09)** منها جعل ولاية الاختيار لكلا من الزوج والزوجة وأن يوكلا ما شاء.

إذن المشرع الجزائري والتونسي اتفقا على ولاية الاختيار دون ولاية الإجبار[2]، كذلك بالنسبة لمدونة الأحوال الأسرة المغربية نرى المشرع تطرق إلى ولاية الاختيار في كلا من **المادتين (24 و25)**[3].

الفرع الثاني/ ترتيب الأولياء في عقد الزواج

كما علمنا فيما سبق أن الفقهاء اتفقوا أن الولاية تكون في الاختيار والمحافظة للعصبات وترتيبهم كترتيبهم في الميراث مع الملاحظة أن الولاية عندهم للرجال دون النساء.

---

[1]– عيسى حداد، مرجع سابق، ص141.

[2]– أنظر الفصل (02) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

[3]– أنظر المادة (24–25) من **مدونة الأسرة المغربية** 70/03، تم تعديله بالقانون 08/09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم (103– 10– 1) بتاريخ 03 شعبان 1431هـ(16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد (5859)، بتاريخ 13 شعبان 1431هـ(26 يوليو 2010م).

واختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء، وهو على النحو الآتي:

أولا/ مذهب الحنابلة:

قالوا إن أحق الناس بنكاح الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا، ثم ابنها ثم ابنه وإن سفلوا، ثم أخوها لأبيها وأمها والأخ لأب مثله ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب ثم المولى المنعم وعصبته ثم السلطان، ولا ولاية لذوي الأرحام[1].

ثانيا/ مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن الولاية معتبرة بالتعصيب، إلا أنه لا ولاية للابن عندهم إلا أن يكون عصبة أو حاكما، فيلي بذلك لا بالبنوة لأنه ليس بمناسب لها، فلا يلي نكاحها كخالة، وترتيب الأولياء عندهم على النحو الآتي: الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق وإن سفل ، ثم ابن الأخ لأب وإن سفل، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق وإن سفل، ثم ابن العم لأب وإن سفل، فإن عدمت العصبات فللحاكم.

ثالثا/ مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الولاية معتبرة بالتعصيب، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عندهم أولى وإن سفلوا، وفي رواية عن مالك أن الأب أولى من الابن ثم الآباء ثم الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب، ثم بنوا الإخوة الأشقاء، ثم بنوا الإخوة لأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الإخوة وانس فلوا ثم السلطان، ثم عامة المسلمين[2].

[1]– سمارة محمد، مرجع سابق، ص 90.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 218– 219.

رابعا/ مذهب الحنفية:

قالوا أن الولاية تكون للأب والجد وبقية العصبات بترتيب الميراث والأبعد محجوب بالأقرب، فتقدم عصبة النسب وأولادهم الابن وابنه وإن سفل، وخالف في ذلك الإمام محمد من الحنفية فقدم الابن على الأب فالترتيب يكون: الابن ثم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب الشقيق أو لأب، ثم أبناؤهم، ثم عم الجد الشقيق ثم عم الجد لأب ثم أبناؤهم و إن سفلوا[1].

مما سبق يتبين لنا أن الفقهاء اتفقوا على جعل الولاية في الزواج للعصبات واختلفوا في تقديم الابن على الأب، وذهب محمد بن الحسن من الحنفية والمالكية في رواية والحنابلة إلى أن الأب مقدم على الابن، أما الشافعية فلم يعتبروا الابن وليا.

خامسا/ رأي بعض القوانين العربية لترتيب الأولياء في عقد الزواج :

أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية برأي الجمهور في قصر الولاية على العصبة، ولكنها اختلفت في ترتيب العصبات ومنها:

بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني نجد المشرع أخذ بالترتيب المنصوص عليه في الفقه الحنفي كما جاء في **المادة (09)** على أنه: " الولي في الزواج هو العصبة بنفسه وفق الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنفية "[2].

وقد نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في **الفصل (08)** على ما يلي: " الولي هو العاصب بالنسب "[3].

---

[1]– محمد سمارة ، مرجع سابق، ص91.

[2]– أنظر المادة (09) قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤرخ بتاريخ 2010/09/26.

[3]– أنظر الفصل (08) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

أما بالنسبة قانون الأحوال الشخصية السوري فقد قصر حق الولاية على العصبات في **المادة (21)** على ما يلي : " الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما"[1].

كما أخذ القانون الإماراتي في **المادة (32)** منه[2]، كذلك نجد القانون العماني نص في **المادة (1/11)** منه على ما يلي: " الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ... "[3].

مما يلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية قصرت الولاية على العصبات المحارم، ومنعت ولاية غير المحارم كابن العم، وهو رأي جديد لم يقل به أحد من الفقهاء، كما يلاحظ أن القانون الإماراتي أخذ برأي الشافعية في منع الابن من الولاية ودليل ذلك أنه لم ينص على ولاية الابن .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نجده نص في **المادة (11)** من الأمر (11/84) على ما يلي: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فاحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له" [4]، أما بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري من الأمر (02/05) نجد **المادة (11)** تنص: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره "[5].

طبقا لنص المادة يتبين أن قرابة الأبوة تأتي في المرتبة الأولى، غير أنه إذا فقد الأب سقطت الولاية عنه، وتنتقل إلى أقارب الزوجة [6]، ولأن الأب أحرص الناس على مصلحة المرأة، إلا أن المشرع لم يرتب الأولياء واحد بعد واحد مثلما رتبهم فقهاء الشريعة الإسلامية بأصنافهم وذويهم،

---

[1]– أنظر المادة (21) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07م، المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

[2]– أنظر المادة (31) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون رقم (28) لسنة 2005.

[3]– أنظر المادة (11) من قانون الأحوال الشخصية العماني المؤرخ بتاريخ 2014/09/28م.

[4]– أنظر المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري 11/84.

[5]– أنظر المادة (11) من الأمر (02/05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.

[6]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 70–71.

ومتى تحجب ولايتهم، اكتفى فقط بعبارة أحد أقاربها، من المفروض إذا توفي الأب أو عجز تنتقل الولاية الشرعية إلى من يليه في الدرجة .

وقد أضاف المشرع عبارة أخرى ".... وأي شخص تختاره "، هنا نجده خالف الشرع وفتح باب واسع للتساؤلات من يكون هذا الشخص الذي تختاره المرأة لحضور مجلس العقد، وهل تتوفر فيه شروط الولاية الشرعية في الزواج، لأن المشرع الجزائري تخلى عن شرط القرابة ويتضح ذلك صراحة من خلال نص **المادة (11)**، هذا فيما يتعلق بالمرأة الراشدة[1].

أما فيما يخص ترتيب الأولياء للمرأة القاصرة فهو كالآتي:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري **المادة (2/11)** من الأمر (02/05) نجد المشرع تكلم على من يتولى القصر في عقد زواجهم حيث رتبهم كما يلي : " .... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فلأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" [2]، من خلال هذه المادة نرى المشرع أهمل كثيرا هذه النقطة وهي نقطة حساسة خاصة في تزويج القصر، ولا ننسى إهماله لشروط الولي، والتي يجب أن تتوفر من أجل مراعاة المصلحة للقاصر من أهلية الولي، قرابة، عدل، اتحاد الدين الإسلامي، وخاصة شرط القرابة ومسائلة ترتيب الأولياء أن المشرع دائما يقع في نفس الخطأ في تعديله لقانون الأسرة.

[1]– أحمد هنرم، الأهلية والولاية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، ابن عكنون، الجزائر، 2009م/2010م، ص 88– 89.

[2]– أنظر المادة (11) من الأمر (02/05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.

سادسا/ رأي الفقه الإسلامي لترتيب الأولياء في عقد الزواج

من خلال كل هذا نقول أن القاصر يحتاج إلى ولاية من هو أكثر شفقة عليه ومن يراعي مصلحته، هنا نجد اهتمام الفقه الإسلامي بالقصر وتعددت آراءهم لكن اتفقوا على وجوب الولاية على هؤلاء[1]، فكان الترتيب كما يلي:

أ. الأبـوة:

وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد وإن علا، لأن الأب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع، غير إن الأولوية للأب عند وجوده فإن لم يكن موجودا فالجد، إلا بسقوط أحد الشروط هي:

- عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.
- الحجز عليه لانعدام الأهلية، وتوفر سبب الحجز سفاهة أو جنون.
- سقوطها بقوة القانون عند الوفاة.

ب. الأخــوة:

هذه القرابة التي تؤهل أصحابها للحصول على سلطة الولية إلا إذا تعذرت قرابة الأبوة، ومتى ثبت للإخوة فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة، فتقدم قرابة الأخ لأب وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم، وفقا **للمادة (154)** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: " إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد وأتحد في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القانون فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة، وإذا اتحدوا في الجهة و الدرجة والقرابة وورثوا بالتعصيب واشتركوا في المال بالسوية "، وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد[2].

---

[1]- محمد بلتاجي، **أحكام الأسرة – دراسة مقارنة – (الزواج والفرقة)**، ط1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 1421هـ-2001م، ص 228.

[2]- أنظر المادة (154) من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

ج. العمومة:

إذا كانت الولاية تقوم على عنصر الشفقة فان قرابة العمومة تأتي في الدرجة الرابعة لنيل الولاية على النفس، ومتى تعدد الأعمام تقدم الجهة الأكثر قرابة، فيقدم العم الشقيق على العم لأب، ويقدم العم لأب على العم لام، طبقا لقاعدة الأقرب يقدم على الأبعد، وهو المبدأ المنصوص عليه في **المادة (154)** السالفة الذكر، التي تقدم صاحب القرابتين الواحدة بحسب درجة الإرث فيكون الأقرب حاجبا للأبعد وفقا للشروط التي تخول ذلك.

د. القاضي:

عند عدم وجود هذه الأصناف من الأقارب، وتوفر الشروط اللازمة للقيام بشؤون المولى عليها، فترجع الولاية إلى القاضي باعتباره وليا لمن لا ولي له طبقا لنص **المادة (2/11)** من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي: ".... والقاضي ولي من لا ولي له "[1]، نفهم هنا أن المشرع أبقي ولاية القاضي على القصر من لا أولياء لهم، أي بعد التعديل للأمر (02/05) تخلى عن ولاية القاضي بالنسبة للمرأة الراشدة.

نقول أن عبارة القاضي، تفتح مجال التساؤل من هو القاضي المختص نوعيا لتزويج القصر للضرورة والمصلحة طبقا لنص **المادة (07)** من قانون الأسرة الجزائري، حيث أنه في الماضي كان النظام القضائي الإسلامي يعتمد على نظام القاضي الفرد[2]، وأن عبارة القاضي ولي من لا ولي له (ولاية عامة) لا تحقق المبدأ المشار إليه، خاصة مع تطور منظومة القضاء، واستقلالية قضاء الأحوال الشخصية، قاضي لدى المحكمة القضائية الواحدة، فإن بذلك قد يبدوا اليوم صعبا وينبغي تحديد أغراضه وتطبيقه بشكل واضح ومن خلال ما هو موجود حاليا هناك قاضي الأحوال الشخصية المختص فيما يتعلق بتزويج القصر، كذلك نجد رئيس المحكمة تطرح أمامه قضايا

[1]– عيسى حداد، مرجع سابق، 150

[2]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، 127.

القصر الواجب تزويجهم لضرورة أو مصلحة، وهذا ما سيتم توضيحه في الفصل الثاني من خلال بعض القضايا[1].

ومقارنة ببعض القوانين العربية نجد مثلا:

مدونة الأسرة المغربية في نص **المادة (24)** التي تنص على ما يلي: " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"، فمن خلال هذه المادة نرى المشرع المغربي سمح للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها وأعطى لها الاختيار في أن يعقد زواجها وليها أو أحد أقاربها، وكذلك من الملاحظ أيضا المشرع لم يذكر في هذه المادة على أن تكون الولاية للقاضي مثل ما ذكره المشرع الجزائري، فنفهم أنه لم يذكرها صراحة وإنما جاءت ضمنيا[2].

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد المشرع قد ذكر في **الفصل (09)** نصت على أنه: " يجوز لكلا الزوجين أن يوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا"[3].

كذلك مقارنة بالقانون السوري نجد في **المادة (22)** نصت على: " إذا استوي وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز" كذلك **المادة (24)** نصت: " القاضي ولي من لا ولي له"[4].

---

[1]– أحمد هنرم، مرجع سابق، ص 89–90.

[2]– أنظر المادة 24 من **مدونة الأسرة المغربية** 70/03، تم تعديله بالقانون 08/09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم (103–10– 1) بتاريخ 03 شعبان 1431هـ(16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد (5859)، بتاريخ 13 شعبان 1431هـ(26 يوليو 2010م).

3– أنظر الفصل (09) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخة في 1956/08/17.

[4]– أنظر المادة(22–24) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07م، المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

سابعا/ ضرورة إعادة النظر بشأن ترتيب الأولياء في عقد الزواج:

إن ترتيب الأولياء يجب أن يكون ترتيبا دقيقا، يتماشى مع أهمية ودور الولي باعتباره يشكل حماية ونصرة وعون على حسن الاختيار، وليس تسلطا ورفضا للرأي، وإذا كان الفقهاء في ترتيبهم للأولياء كان انطلاقا من هذا الدور الهام، فإن واقع وظروف الأسرة آنذاك وصلة القرابة الذي كان له معنى ديني أصبح يختلف اليوم، فلم تعد الصلة كذلك وبتلك الدرجة بسبب تعقيدات الحياة ومشاكلها الكثيرة التي أصبحت تميز الحياة العصرية اليوم وعليه فإنني اقترح أن يكون نص **المادة (11)** من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فجدها والقاضي ولي من لا ولي له"[1].

المطلب الثاني:

دور وعضل الولي في عقد الزواج

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق فيه إلى ثلاث فروع: الأول نوضح فيه دور كل ولي اتجاه موليته في إبرام عقد زواجها، كذلك بيان ما يجب فعله في حالة منع أو عضل الولي من في ولايته من الزواج، وهذا ما يتم بيانه في كل فرع على حدا على النحو الآتي:

الفرع الأول/ دور الولي في عقد الزواج

مما جاء في نص **المادة (11)** من قانون الأسرة الجزائري أن يتولى زواج المرأة وليها، وهذا يعني أنه إذا كان لابد من توفر رضا، الخطيبين لانعقاد الزواج، فإن رضا الفتاة وحدهلا يكفي، بل لابد من تدعيمه برضا وليها، وموافقته على الزواج وذلك ليتمكن من تمثيلها في إبرام العقد في

[1]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 72 .

الحالات التي يمنعها العرف والحياء من حضور مجلس العقد، والذي يحضره عادة بعض أقرباء وأصدقاء الخطيبين وغيرهم ممن لا تعرفهم فتخجل من أن تتحدث عن الزواج أمامهم[1].

والوظيفة الأساسية للولي هي إعطاء الإذن بالنسبة للقاصر الذي لا يتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في **المادة (07)** من قانون الأسرة الجزائري، حيث لا يفهم القاصر شؤون الزواج، ولا مصلحة فيه وتمثيل ومباشرة العقد نيابة عن المرأة في عرض شروطها ومطالبها[2].

ويمكن أن نضيف بأن مهمة الولي ليست مقتصرة على إعطاء الإذن فقط وإلا لأصبح الأم شكليا ومن باب الاحترام بل أن مهمته أكبر من ذلك في تحمله مسؤولية القاصر والقيام على شؤونه.

ولقد اعتبر مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 31 ماي 1962 عن الغرفة الجنائية أن وظيفة الولي هي تمثيل المرأة وذلك بقوله: " وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة ضروري وشرطا أساسيا إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة، ومباشرة العقد نيابة عنها وعرض شروطها ومطالبها بكل أمانة وإخلاص".

فالزواج يراد لمقاصد وأهداف لا تتحقق مع كل زوج من السكن والاستقرار وإنجاب الأولاد وتربيتهم أحسن تربية، والعقد هذا يتطلب دراسة واسعة وخبرة بأحوال الرجال، ومعرفة أيهم أصلح لبناء هذا البيت، وهذا لا يتيسر للنساء الوقوف عليه، لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن بالثناء، وزخرف القول وغلبة الهوى على تصرفهن، فيخضعن لحكم العاطفة ولا يمتد نظرهن إلى مستقبل بعيد، أما الرجال فهم الذين يستطيعون الوقوف على كل هذه الدقائق لسعة تجاربهم وممارستهم شؤون الحياة فكان من المصلحة جعل هذا العقد بيد الولي دون المرأة[3].

---

[1]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 100.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 122.

[3]– زكي الدين شعبان ، مرجع سابق، ص 199

طالما أن للولي حق إبرام عقد الزواج، نيابة عن وليته فعليه واجبات اتجاهها، حيث يجب عليه إجابتها لكفء، إذا رضيت به سواء طلبته للتزوج به أو لم تطلبه وإنما خطبها، فإن امتنع عن تزويجها للكفء الذي رضيت به كان عاضلا لها بمجرد الامتناع، ولها أن ترفع أمرها للقاضي.

يجب على الولي أيضا أن يعين للمرأة أن ساء كانت بكرا أو ثيبا الرجل الذي ستتزوج به قبل العقد، إذا وكلته ليزوجها ممن أحب وذلك لاختلاف أغراض النساء في الرجال، فإن عقد لها بدون أن يعين لهل وزوجها ممن أحب، فإن لها رد النكاح أو إجازته[1].

الفرع الثاني/ عضل الولي في عقد الزواج

إذا كان الولي شرطا في عقد زواج البالغة عند جمهور الفقهاء والصغيرة عند الحنفية، فهل يكون للولي عضل موليته أم لا ؟ ومنه ثبوت إرادة المرأة في عقد زواجها مع عضله أم لا ؟ وفي حالة عضله إلى من تنتقل الولاية، وهذا ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

أولا/ تعريف العضل:

أ) **لغة** : الحبس والمنع، يقال: عضل عن الزواج، بمعنى حبسها وعضل الرجل موليته يعضلها، أي يمنعها من الزواج ظلما .

ب) **اصطلاحا:** هو منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه الآخر[2].

اتفق العلماء على أنه ليس للولي أن يعضل وليته، ويظلمها بمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفء بمهر مثلها، فإن منعها في هذه الحالة كان من حقها أن ترفع أمرها للقاضي ليزوجها، لا تنتقل الولاية في هذه الحالة إلى ولي آخر يلي هذا الولي الظالم، بل تنتقل إلى القاضي مباشرة، لأن العضل ظلم، وولاية رفع الظلم إلى القاضي.

---

[1]– الحبيب بن الطاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ج3، ط1، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص 101.

[2]– محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 224.

أما إذا كان الامتناع بسبب عذر مقبول، كأن يكون الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل، أو لوجود خاطب آخر أكفأ منه، فإن الولاية في هذه الحالة لا تنتقل عنه لأنه لا يعد عاضلا.

عن معقل بن يسار قال: كانت لي أخت تخطب إلي فأتاني ابن عم لي، فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقا له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إلي أتاني يخطبها، فقلت: لا، والله لا أنكحها أبدا، قال: فنزلت هذه الآية بقوله تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "، قال: فكفرت عن يميني، فأنكحتها إياه[1].

كما يجوز للمرأة أن تمنع نفسها ممن لا ترغب في الزواج به، ولا يجوز للولي أن يكرهها على الزواج ن وإذا حصل ذلك فيجوز لها كما قلت أن ترفع أمرها إلى القاضي، لقوله ﷺ: (....**فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)**[2]، هذا رأي الجمهور من الحنفية.

وقد ذكر الفقهاء بأنه إذا زوج الأب ابنته البكر من فاسق مثل شارب الخمر أو ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق، فللمرأة أن تمنع نفسها من النكاح وترفع أمرها للقاضي فينظر في ذلك فيفرق بينهما.

كذلك يقولون: أنه إذا رأى الأب من المصلحة أن يمنع ابنته من الزواج فله ذلك، لأنه أدرى بمصلحتها، ومن أكثر الناس حبا وشفقة عليها، وفي ذلك يقول الشيخ عليش: " لا يعد الأب المجبر عاضلا لمجبرته، برده لكفئها ردا متكررا وذلك لما عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته

[1]– السيد سابق، مرجع سابق، ص 136–137.

[2]– أبو داود: كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم 2083. سنن أبي داود، 391/2– 392. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1879. سنن ابن ماجه، 427/2. الترميذي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102. سنن الترميذي، 399/3–400. البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13599.السنن الكبرى، 169/7.

ولجهلها بمصالح نفسها، فربما علم الأب من حالها، أو من حال الخاطب مالا يوافق، فلا يعد عاضلا بما ذكر حتى يتحقق عضله"[1].

أما بالنسبة لرأي الحنابلة فقد قال أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن الولي الأقرب.

وقد أجيب عن أدلة الجمهور بما يلي :

1) إن الحديث الشريف حجة لنا لقوله عليه الصلاة والسلام:(**السلطان ولي من لا ولي له)**، وهذه لها ولي، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لأن قوله عليه الصلاة والسلام: " فإن تشاجروا.. " ضمير جمع يتناول الكل.

2) أما القياس على الدين، فيجاب عنه من ثلاثة وجوه هي:

أ) أن الولاية حق للولي والدين حق عليه.

ب) أن الدين لا ينتقل عنه، والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته.

ج) أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك[2].

التــرجيح:

إن الرأي الراجح فيما يخص عضل الولي هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يرى انتقال الولاية إلى القاضي عند عضل الولي الأقرب لموليته، لأن انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الأبعد داع إلى وقوع النزاع والخلاف بين الأولياء.

وبالنسبة لرأي المشرع الجزائري وما ذهب إليه في **المادة (11)** من قانون الأسرة (02/05) من إسناد العقد إلى المرأة وإلغاء سلطة الولي في الإجبار والمنع بالنسبة للمرأة البالغة، استلزم إلغاء **المادة (12)** من الأمر (11/84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري لعدم حبوى العضل من الولي

[1]– رضا سلمان، مرجع سابق، ص 147.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 226.

والتي كانت تنص على ما يلي: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا هي رغبت في ذلك ، وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن بالزواج مع مراعاة أحكام **المادة (09)** من هذا القانون ".

فما يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع لم يجز للولي منع وليته من الزواج عند رغبتها في الزواج وفي ذلك كان الزوج كفئا لها.

وإذا وقع المنع، فالمشرع أعطى الحق للفتاة البالغة لسن أهلية الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا، أن تتحدى رغبة والدها وتتزوج سواء رضي بهذا الزواج أو لم يرضى، وإذا هو وقف في طريقها واعترض على زواجها أو قرر منعها من إبرام العقد فإن الفقرة الأولى من **المادة (12)** قد فتحت أمامها بابا آخر تدخله عندما تشاء ووجهتها إلى شخص آخر تلجأ إليه وتطلب العون منه لمساعدتها بالزواج بمن تحب رغم معارضة وليها وهذا الشخص هو القاضي[1].

ومقارنة ببعض قوانين الأحوال الشخصية العربية في مسألة عضل الولي نجدهم أخذوا برأي الفقهاء في حرمة منع الزوجة من الزواج من الكفء و بمهر المثل، وأخذت بأقل مهر المثل في حالة عضل الولي الأقرب تنتقل إلى السلطان[2]، ومنها القانون الأردني حيث نصت **المادة (06)** على ما يلي:" أن للقاضي عند طلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفء في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع .

أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر إلى طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشرة عاما وكان العضل بلا سبب مشروع ".

يتبين من خلال هذا النص نقطتان مهمتان هما:

[1]– نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1422هـ–2011م، ص78.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 226.

النقطة الأولى: دلالة عبارة "بلا سبب مشروع " تدل على اعتبار الكفاءة ومهر المثل لأنهما المعتبران عن الحنفية، حيث أن القانون لم ينص صراحة على اعتبار الكفاءة فقط يتعين الرجوع إلى الرأي الراجح من مذهب الحنفية وعندهم أن الولي لا يعتبر عاضلا في حالتين هما:

- **الحالة الأولى:** إذا أرادت أن تزوج نفسها بأقل من مهر المثل.
- **الحالة الثانية:** إذا أرادت أن تزوج نفسها من غير كفء.

النقطة الثانية: أن القانون فرق بين العضل في حالتين هما:

- **الحالة الأولى:** إذا كان العضل من الأب أو الجد فقد جعل الأمر إلى القاضي عند طلب المخطوبة التي أتمت الثامنة عشرة سنة، وكان العضل دون سبب مشروع .
- **الحالة الثانية :** إذا كان العضل من غير الأب والجد، فقد جعل الأمر إلى القاضي عند طلب المخطوبة التي أتمت الخامسة عشرة سنة، وكان العضل دون سبب مشروع[1].

لقد أخذ القانون السوداني برأي الجمهور في أن الولاية تنتقل إلى السلطان في حالة عضل الولي لمولية عن الزواج دون سبب مشروع حيث نص في **المادة(37)** على أنه:

1. إذا امتنع الولي عن تزويج موليته فيجوز لها أن تطلب من القاضي تزويجها .
2. يجوز للقاضي أن يأذن بتزويج من طلبت الزواج، إذا ثبت له أن وليها ممتنع عن التزويج، بلا مسوغ شرعي "[2].

أما مشروع القانون الخليجي فقد أخذ بالرأي الثاني القائل بأن الولاية في حالة عضل الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد بإذن القاضي حيث نص في **المادة (14)** منه على ما يلي: " إذا غاب الولي الأقرب..... أو عضل انتقلت الولاية إلى من بإذن القاضي "[3].

---

[1]– أنظر المادة (06) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤرخ بتاريخ 2010/09/26 .

[2]– أنظر المادة (37) من مجلة الأحوال الشخصية السوداني المؤرخ بتاريخ 1991/07/24م.

[3]– جريدة الخليج، الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، عدد 6378، 1417هـ – 1996م، ص 11.

ثانيا/ انتقال الولاية لأي شخص من المسلمين :

يرى المالكية أنه إذا لم يوجد للمرأة أحد من العصبة ولا مولى عتاقة ولا كافل ولا حاكم شرعي تولى عقد زواجها أي رحل من عامة المسلمين بإذنها، حيث علم خلوها من موانع النكاح، ويدخل في هذه الولاية الخال والجد من جهة الأم، والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة بإذنها ورضاها.

أما عند الشافعية قالوا: أحق الأولياء في ولاية الزواج جهة الأبوة والبنوة ثم الأخوة، ثم العمومة، فإن لم يوجد أحد من العصبة النسبية فلمولى العتاقة ثم لعصبته بحق الولاء، ثم للسلطان في محل ولايته[1].

أما بالنسبة من وجهة نظر المشرع الجزائري نرى ما يلي:

يتضح من نص الفقرة الأولى من **المادة (11)** من قانون الأسرة الجزائري: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره "، إن المشرع قد خالف مذهب الجمهور في انتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب أو حال غيبته، وذلك باعتبار أن للولي دورا في إنشاء العقد، كذلك المشرع لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة[2]، رغم أنه في **المادة (11)** من الأمر رقم(11/84) كانت المادة تنص كما يلي: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، إذ نرى أنه في القانون القديم تكلم عن انتقال الولاية إلى الأقارب الأولين للزوجة، إلا

[1]– محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 231.

[2]– أنظر المادة (11) من الأمر (02/05) المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

أنه من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري لم يذكر هذا[1]، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد .

وبذلك فإن المشرع قد خالف ما عليه جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها ومراتب الأولياء في انتقالها وضوابطها عند انتقالها للشخص من المسلمين[2].

المطلب الثالث:

أثر غياب وتخلف الولي في عقد الزواج

بعد أن عرفنا أقسام الأولياء والترتيب الذي يجب إتباعه في عقود الزواج في هذا المطلب سوف نتطرق فيه إلى فرعين هما: الأول نوضح فيه أثر غياب الولي ومن ينوبه في حالة غيابه وما السبب الذي أدى إلى غيابه، أما الفرع الثاني نبين فيه أثر تخلف الولي في عقد زواج من في ولايته من الناحية القانونية.

الفرع الأول/ أثر غياب الولي في عقد الزواج

قبل التطرق إلى أثر غيبة الولي في عقد الزواج نقوم بتعريف كلمة الغيبة وهي:

لغة: الغيبة بفتح مصدر غاب، وغاب عنك إذا ابتعد، تقول غاب غيبة وغيبوبة وغيابا بالفتح ومغيبا وجمع الغائب غيب وغياب، وتأتي بمعنى التواري، يقال: غابت الشمس إذا تواريت عن العين.

أما اصطلاحا تعرف الغيبة: " هي ابتعاد الولي وتواريه إما بسفر إلى مكان بعيد لا يمكن بلوغه إلا بكلفة ومشقة، أو إلى مكان قريب ولا يعلم مكانه بالتحديد فهو كالبعيد لتعذر الوصول إليه[1].

[1]– أنظر المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري (11/84).

[2]– محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص234.

وبما أن الأولياء مرتبون في استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجة وقوة قرابتهم كما بينا لا يكون للبعيد من لاعهم ولاية مع وجود الأقرب منه المستوفي شروط الولاية، فمادام الأب حاضرا لا يكون للأخ ولاية التزويج ، ولا للعم ولا لغيرهما، فإن باشر واحد منهما زواج الصغيرة ومن في حكمها بغير إذن الأب وتوكيله كان فضوليا، وعقده موقوف على إجازة من له الولاية، وهو الأب.

أما إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه حتى لا تفوت المصلحة، وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه، لأنه لغيبته أعتبر كالمعدوم، وصارت حق من يليه. وهذا مذهب الأحناف[2].

أما رأي الشافعية: قسموا مسافة الغيبة إلى نوعين:

الأول: هو ما يساوي مرحلتين فأكثر، أي مسافة القصر في الصلاة.

الثاني: هو ما دون المرحلتين أي دون مسافة القصر.

وبالنسبة إلى السجين المتعذر الوصول إليه، ولو كان في نفس البلد يزوج موليته القاضي، وكذلك المفقود الذي لا تعرف حياته ولا موته ولا مكانه يزوج القاضي أيضا موليته، أما إذا حكم بوفاته فيزوجها الولي الأبعد.

ولو زوجها الحاكم لغيبة وليها، ثم قدم الولي، وقال: كنت زوجتها في غيبتي، يقدم هنا نكاح الحاكم.

أما الحنفية فجعلوا الغيبة المنقطعة ذات مواصفات مختلفة وحددوها كما يلي:

1. أن تكون الغيبة في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة.
2. وهي كما لو كانت من بغداد إلى الري أو الكوفة إلى الري.

---

[1] – فراس سعدون فاضل، **غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح– دراسة فقهية مقارنة**– مجلة كلية العلوم الإسلامية، مجلد 06، عدد12، 1433 هـ/2012م، ص04.

[2] – عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 62.

3. أن يكون متحولا من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره.

4. أن يكون مفقودا لا يعرف خبره.

5. أن يكون في موضع لا يوصل إليه دفعة واحدة، وإنما بمراحل.

6. أن يكون في موضع لو انتظر حضوره و استطلاع رأيه يفوت الكفء.

ففي حال غيبة الولي في مثل هذه المسافات، جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج.

وقد خالف الحنفية في ذلك زفر: فقال لا يجوز في حالة غياب الولي الأقرب أن يزوج الأبعد، لأن ولاية الأقرب قائمة، لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، وهذا يتفق ورأي الإمام الشافعي، فلا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب وإن كان غائبا.

ووجهة نظر الحنفية: أن ولاية الغائب ولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، فصارت الولاية إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان، كما إذا مات الأقرب، ذلك أن للولي الأبعد الحاضر قرب التدبير لأنه موجود، وللولي الأقرب قرب القرابة وهو غائب، فنزل قرب التدبير وقرب القرابة منزلة وليين في درجة واحدة، فأيهما عقد جاز، لأنه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها، ومعنى ذلك أن سلب الولاية للأبعد إنما كان لسلب الانتفاع برأيه.

ورأي الحنفية بائن الحجة، إذا كان الولي الغائب في مكان لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه، يفوت الكفء والرجل المناسب للمرأة وبذلك يلحقها الضرر والضرر مرفوع، ويكفي رفع الضرر هذا حجة ودليلا على انتقال الولاية للولي الأبعد الحاضر، وهو درجة مقدمة على السلطان[1].

ومقارنة ببعض القوانين العربية مع العلم أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسالة الغياب لا في القانون القديم ولا الجديد.

[1]– محمد سمارة ، مرجع سابق، ص 92– 93.

بالنسبة للقانون الأردني أخذ برأي الجمهور على انتقال الولاية إلى القاضي كما جاء في **المادة (11)** التي نصت: رضا الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب ورضا الوي دلالة كرضائه صراحة "، وكذلك نجد أن **المادة (11)** لا تعارض **المادة (12)** التي نصت على: " إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى القاضي"[1].

كذلك نص القانون الخليجي في **المادة (14)**على ما يلي: " إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكان إقامته أو لم يتمكن من الاتصال به أو عضل، انتقلت الولاية لمن يليه بإذن القاضي"[2].

أما بالنسبة لكلا من المشرع المغربي والتونسي لم يتطرقا إلى فكرة الغيبة مثلما فعل المشرع الجزائري، وكان هذا من بين النقائص التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في التعديل الجديد.

إلا أننا نقول الرأي الصواب في مسألة الغيبة أنه الآن أصبحت وسائل الاتصال الحديثة من خلالها تجعلنا نضع مقاييس جديدة للغيبة، فليس الذي في مسافة القصر أو أضعاف أضعافها يعتبر في غيبة، وانتظاره يفوت الفرصة، أو أن القوافل تحتاج إلى نسبة في رحلتها ذهابا وعودة إليه، كما أن الاتصال الهاتفي، والبرقي يمكن من الاتصال بالغائب كما لو كان حاضرا والاتصال البريدي أيضا في أي مكان من العالم يمكن أن يحصل في أقصر مدة، فإذا كان الغائب خارج القطر فإما أن يكون معلوم العنوان أو غير معلوم.

فإذا كان معلوم العنوان ويمكن الاتصال به بأي وسيلة من وسائل الاتصال، فلا يعتبر غائبا، وإنما يجب إعلامه فإما أن يحضر بنفسه أو يوكل سواه وفي هذا إثبات لحقه في الولاية وعدم تفويت ذلك الحق، وأما إذا بلغ ولم يحضر أو لم يبعث وكيلا وكان في التأخير ضررا، هنا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، أما إذا كان الولي غير معلوم العنوان ومضى على غيبته مدة طويلة فإن

[1] – أنظر المادة (11–12) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[2] – أنظر المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية الخليجي المؤرخ سنة 1418هـ - 1997م.

أمكن الاتصال به بواسطة الإعلان في الصحف أو أي وسيلة أخرى ويضرب له أجل محدد، كما يضرب اليوم الأجل لمن ترفع عليه دعوى وهو غائب، ويكون هذا الأجل عذرا لانتقال الولاية، بذلك نجمع بين حق الولي في ولايته، وبين حق المرأة في عدم ضياع فرصتها وإلحاق الضرر بها[1].

الفرع الثاني/ أثر تخلف الولي في عقد الزواج

كما علمنا سابقا أن عقد الزواج يتم برضا وحضور الزوج والزوجة، لكن إضافة إلى ذلك حضور الولي الشرعي لمجلس العقد، إلا أن بعض الأحيان وضحنا أن الولي لا يحضر لمجلس عقد موليته، فنتساءل :ما هو الأثر الذي يتركه عند عدم حضوره؟ وللإجابة عن هذا التساؤل أوضح ذلك من جانبين كالآتي:

أولا/ الجانب الفقهي

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد، و بالتالي يكون العقد باطلا، مستدلين على بأدلة كثيرة من ذلك قوله ﷺ:" أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا".

أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي، ويذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا على إجازة الولي.

ثانيا/ الجانب القانوني

اختلف المقصود بالولي عما كان عليه الأمر قبل التعديل، إذ أصبح مفهومه كل شخص تأذن له المرأة بتزويجها أو حضور عقد زواجها، سواء بصفته وليا قريبا أم بعيدا، إلا أن المشرع جعل

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص 93 – 94 .

حضوره شرطا لتمام العقد وذلك في القانون الجديد (02/05) بينما كان في القانون القديم (11/84) كما قلنا سابقا أنه كان ركنا من أركان عقد الزواج، فلقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الفقرة الثانية من **المادة (33)** والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

أ . في حالة ما إذا تخلف شرط الولي وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من **المادة (33)** قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

ب. إذا تخلف شرط الولي ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من **المادة (33)** قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح، وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروف حيث بالزوج دون الزوجة في **المادة (20)** من قانون(11/84) والملغاة بالأمر رقم (02/05)، والتي كان نصها :"يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، فأصبح الزوج مجبرا على حضور عقد الزواج بنفسه[1].

كما أن القانون السوري نص على الوكالة في **المادة (1/08)** يجوز الوكالة في عقد الزواج"[2].

كذلك نجد في قانون الأحوال الشخصية الكويتي أنه أخذ بالوكالة في عقد الزواج في **المادة (1/27):** " يجوز التوكيل في عقد الزواج"[3].

[1]– محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 243 – 244.

[2]– أنظر المادة (08) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07م، المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

[3]– أنظر المادة (27) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدلة بالقوانين 21 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و22 لسنة 2008، ج 8، ط1، فبراير2011.

لكن بالرجوع إلى نص المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها الرضا يكون بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر دون أن تقيد ذلك بذات الطرفين، ومنه يمكن أن يكون التعبير عن الرضا شخصيا أو أن يكون بواسطة الوكيل ولا مانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحا[1].

[1]– سعد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 80.

الفصل الثاني:
تطبيقات وموقف القضاء الجزائري من الولاية في عقد الزواج

من خلال هذا الفصل قسمناه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول تطبيقات الولاية في عقد الزواج ما بين فترة الاحتلال الفرنسي وقبل صدور قانون الأسرة الجزائري، أما في المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى تطبيقات الولاية في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر (02/05) والآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي، وسنفصل كل واحد عللا حدا كالآتي:

المبحث الأول:
تطبيقات الولاية في عقد الزواج ما بين فترة الاحتلال الفرنسي وقبل صدور قانون الأسرة الجزائري

من خلال التطبيقات المختلفة للقضاء، بشأن الولاية في الزواج نلاحظ أنها تميزت بمراحل، حيث تطرقنا في المطلب الأول إلى الولاية أثناء الاحتلال الفرنسي، أما في المطلب الثاني وضحت فيه الولاية في الزواج بعد الاحتلال الفرنسي وقبل تعديل قانون الأسرة للأمر (11/84) لكل واحد على حدا كالآتي:

المطلب الأول:
تطبيقات الولاية في عقد الزواج أثناء الاحتلال الفرنسي

لقد كان الاستعمار الفرنسي، استعمارا استيطانيا يهدف إلى أبعد من الاستحواذ على الأرض وحيازتها بل إلى طمس ومحو شخصية هذه الأمة في عاداتها وتقاليدها وقيمتها، وكان من بين

السياسات المنتهجة لتحقيق ذلك هي المنظومة القانونية، وضرورة تغييرها ولن يتم ذلك إلا عبر تغيير النظام القضائي، ليوجه من خلال سياساته عن طريق التأثير على الأحكام[1].

يمكن تقسيم هاته الفترة إلى مراحل ثلاث– المرحلة الأولى من سنة 1830– 1834، والمرحلة الثانية ابتداء من 1834–1870، والمرحلة الثالثة من 1870–1892.

وتميزت المرحلة الأولى بتنظيمين قضائيين، أحدهما فرنسي والآخر أهلي، وكان المذهب المالكي هو السائد.

المرحلة الثانية: تميزت هذه المرحلة بعدم الاستقرار، وقد صدر أمر 1834/07/22 قرر فيه تعيين القضاة المسلمين واليهود من طرف الملك أو باسمه وخضوعهم لوزير الدفاع، وفي سنة 1841 صدر أمر يسمح باستئناف أحكام القضاة المسلمين أمام محكمة الاستئناف بالجزائر العاصمة، محاولا بذلك إدماج القضائين الإسلامي والفرنسي.

غير أنه أمام احتجاجات الأهالي، فصل المشرع الفرنسي بين القضاء الفرنسي والأهلي وذلك سنة 1854، غير أن القضاء الجزائري بقى تابعا لوزارة الدفاع الفرنسية، أما القضاء الفرنسي بقي تابعا لوزارة العدل، أما الاستئناف فكان برفع أمام محكمة استئناف الجزائر بالعاصمة، كما عين مجلس قضائي إسلامي بالجزائر يكون من القضاة لتوحيد أحكام القضاء، ولكن هذا النوع من القضاء أدى إلى سخط الجزائريين لأن القضاة كانوا لا يتمتعون بالنزاهة لأن اختيارهم كان خاضعا لعوامل سياسية.

المرحلة الثالثة: وفي هذه المرحلة صدر مرسوم 1889/04/17 الذي يقضي بأن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في كل الجزائر غير أنه استثناء وفي الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين المقيمين بالجزائر وغير المتمتعين بحقوق المواطن الفرنسي يستمر تطبيق قوانينهم وأعرافهم بالنسبة للأحوال الشخصية، أما منطقة القبائل التي عوضت فيها الجماعات بقضاة فرنسيين يطبقون العرف القبائلي وذلك بتحريف نصوص الشريعة الإسلامية، وتفسيرها خاطئا أقل ما يمكن أن

[1]– عبد الرحمن هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،، الجزائر، 1978، ص95.

يوصف أنه تفسير غريب يتنافى مع المنطق والعقل[1]، فضلا عن مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث جاءت الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية عموما والولاية خصوصا، تبرز قصور المرأة من ناحية وتسلط الآباء نتيجة الأخذ بمبادئ هذه الشريعة، وإلا كيف توصف البنت المولى عليها بأنها سلعة، وأن أهلها هم البائعون للزوج، وأهل الزوج هم المشترون.

وهذا الحكم كما لاحظنا وغيره من الأحكام والقرارات كلها تخالف روح الشريعة الإسلامية ومبادئها، فكيف بعد هذا كله يصف المستعمر هذه الممارسات بأنها متخلفة ووحشية لأنها هي الشريعة نفسها[2].

اختلفت الأسانيد بشأن تفسير وجود الولي إلى جانب المرأة فمنهم من فسره على كونه أثر من آثار السلطة الأبوية، ومنهم من فسره على أنه يهم العائلة وهو كالتالي:

الرأي الأول: لقد كانت المرأة قديما تابعة في تسيير شؤونها لغيرها، فلقد كان سائدا في أثينا ما يسمى[3]، حيث كانت المرأة الأثينية خاضعة لسلطة أبيها أو زوجها أو ابنها إذا كانت أرملة فهو يساعد المرأة في تصرفاتها القانونية، ويدير أموالها ويدافع عن مصالحها أمام القضاء، ولا يمكن للمرأة إلا عقد بعض التصرفات البسيطة لسد الحاجيات العائلية.

أما في القانون الروماني فقد كان ما يسمى Pateria Protesta[4]: حيث كانت المرأة في ظل هذا النظام مساوية للرقيق ومملوكة مثله لرب الأسرة و كان للزوج على زوجته في الزواج بالسيادة cum-manusسلطان مطلق، فله عليها حق الحياة والموت، وكانت تعتبر من الأشخاص الذين أطلق عليهم القانون الروماني alien julis أي الخاضعين لسلطات غيرهم، وتصبح بزواجها

[1]– كان القضاء الإسلامي مراقبا من طرف القضاء الفرنسي عن طريق الاستئناف لدى غرفة مرجعية الأحكام الإسلامية.

[2]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 80.

[3]– فركوس دليلة، **تاريخ النظم، المقدمة العامة، النظم القديمة**،ج1، الأطلس للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 142.

[4]– علي علي سليمان، **نظرات قانونية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 52.

قاصرا في كل تصرفاتها للزوج، أما في مرحلة لاحقة فقد أصبح ما يسمى Sine-manusفأصبح هذا الزواج يتم بإضافة رضا الزوجين إلى إرادة رب الأسرة ولم تعد خاضعة لسلطة زوجها ولكن لسلطة رب أسرتها.

ولما كان القانون الروماني من أهم المصادر للقوانين الغربية والفرنسية خاصة، فقد انتقل هذا الوضع إلى القانون الفرنسي القديم ومن ثم فلا غرابة، وهاته الفلسفة قائمة أن تكون الولاية في الزواج نتيجة طبيعية لهذه السلطة[1].

يشير أنور الخطيب: إلى أن هناك خلط واضح بين الولاية في التشريع الإسلامي، مع ما يسمونه في التشريع الروماني Pateria Protesta أي السلطة الأبوية، وذلك لتقارب العهد بين التشريعين، ذلك أن السلطة الأبوية في الشرع الروماني لم تكن مبنية على فكرة الحماية، بل كانت مشروعة لمصلحة من يمارسها، ومبنية على فكرة الملكية، ولقد كان من نتائج الولاية على هذا الأساس، أن الابن يبقى تحت الولاية مادام أب العائلة Pater Familias على قيد الحياة وأن الولاية تكون للأكبر سنا من رجال العائلة، وأن الابن كالرقيق أي لاحق له في التملك.

أما في الشرع الإسلامي، فالولاية مشروعة لحماية الصغير ... فالابن ليس ملكا لأبيه كما هو في التشريع الروماني، بل هو جزء منه، وولاية الأب عليه هي بمثابة ولايته على نفسه، ومن آثار هذه الجزئية نفقة الابن على أبيه، وأن الولاية تزول بالبلوغ إلا إذا بلغ الصغير، مجنونا أو سفيها، كما أن الولد في التشريع الروماني يبقى تحت سلطة الولي مادام هذا الولي حيا، وكانت الولاية لكبير العائلة، فجاز أن يكون الجد وليا مع وجود الأب، الذي يكون هو أيضا تحت الولاية.

[1]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 16–17.

وكان الابن عند الرومان كالرقيق، فجاز لمن يمارس السلطة الأبوية، أن يجحده أو يبيعه، أو يقتله مشورة الأقربين، أما الشارع الإسلامي فقد حرم على الأب أن يجحد ولده " فمن جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين، والآخرين يوم القيامة"[1].

ولهذا يوصف عادة هذا النظام بأنه تجاوز الزمن والذي من مواصفاته مصادرة حرية الاختيار، وهو يشكل عقبة لكل رضا سليم.

وإذا كان هذا هو الوضع السائد قبل الثورة الفرنسية، فإن الحال لازال بالنسبة للأسر العربية والإسلامية عموما والجزائرية خصوصا إلى حد الساعة، ولازال مجسدا نصوص قانونية تحول دون حرية المرأة ورضاءها.

ما يؤخذ على هذا الاتجاه:

أولا: يحاول أصحاب هذه النظرة، إسقاط واقع تاريخي مرتبط بظروف سادت في الماضي كما ذكرنا، ولازالت آثارها إلى غاية اليوم.[2]

وإذا كان بعض من هذه الآثار، ساد ويسود في مجتمعنا فإن ذلك مرده إلى سياسة التجهيل التي كانت آنذاك إضافة إلى بعض الفتاوى التي كانت تعزز هذا الاتجاه ولا يمكن اعتبارها من الدين ولا من مبادئ الشريعة الإسلامية، أما بعد الاستقلال فقد ساهم تأخر صدور قانون الأسرة في بقاء مثل هذه المظاهر[3].

ثانيا: يفسر أصحاب هذه النظرة وجود ولي بجانب المرأة، لان الزواج يهم العائلة كلها، ومن ثم فهو عقد لا تعود أضراره على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار والفخار [4]،

---

[1]– أنور الخطيب، **الأهلية المدنية في التشريع الإسلامي والقوانين اللبنانية**، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1965، 62–63.

[2]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص56،(حيث يقول بأنه :لازالت المرأة محرومة من الميراث في إنجلترا حتى اليوم، إذ انحصر الإرث في الابن الأكبر، كما لازالت المرأة الفرنسية حتى بعد التعديل لقانون 1938 أقل حرية وأضيق حقوقا من المرأة المسلمة).

[3]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص16–17.

[4]– محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 212.

والزواج بهذا المفهوم هو الذي تتصف به الأسرة الجزائرية، ومن شان هذا المفهوم أن يحد من حرية المرأة ويحول دون رضاها رضا سليما، وعليه فيجب تجاوز هذا المفهوم الذي تجاوزه الزمن.

لقد ساد هذا المفهوم في القرون الوسطى بأوربا، كنتيجة للفلسفة القائمة آنذاك التي تكرس التقسيم الطبقي بين الأفراد [1]، ومن شان هذا التقسيم تكريس موقع الطبقة الارستقراطية الإقطاعية ورجال الدين، وتبقى معها عائلات وأسر هذه الطبقات هي السيدة، وفي ظل هذا الوضع يضيق هامش الاختيار [2]، فالأمر محسوما سلفا لأنه يهدف للمحافظة على هذه الطبقات وما تكسبه من ثروات فقط، أكثر منه تضامن اجتماعي يسود الأسرة، والذي لا يمكن تصوره إلا عن طريق حرية اختيار ورضا سليم خال من كل إكراه.

ولقد كان هذا الوضع القائم آنذاك في أوروبا الذي يكرس القصور والحجر [3] على المرأة هو السائد، ومن ثم لا يسمح لها بالتعاقد إلا بإذن وليها[4]، أما بعد الزواج لا يسمح لها بالتعاقد أو البيع أو الشراء أو الهبة أو غير ذلك، إلا بعد موافقة زوجها على العقد أو إجازته [5]، ولقد كان هذا الوضع المزري والذي يختلف اختلافا كليا عن حال المرأة المسلمة [6]، بين الأسباب التي أدت إلى قيام الثورة الفرنسية، للوقوف ضد هذا الإجحاف والتطرف.

---

[1] (noblesse-clergé - roture) cette hiérarchie entrainait une organisation de la famille légitime fondé sur le mariage au sein de cette famille était consacrée l'autorité du chef de famille … la femme mariée était incapable et placée sous l'autorité manitale.

[2] L'ancien droit désireux de maintenir la parernité, et les prééminences des familles aristocratiques. ALEX: will et françois- droit civil- introduction générale – dalloz 1979- p92.

[3] … En France il en a toujours été ainsi, dans notre ancien droit, la femme mariée est en état d'incapacité, au mari seul l'autorité et les pouvoirs, cette situation a été consacré sans modification par le code 1804.

[4]– سالم البهنساوي، **مكانة المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية**،ط1، دار الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 1991م، ص 23.

[5]– السباعي مصطفى، **المرأة بين الفقه والقانون**، ط1، دار الكتاب اللبناني للنشر والتوزيع والطباعة، لبنان، 1986م، ص 21.

[6] CHAFIK chehata: "…. La condition de la femme musulmane était endroit égale a celle de l'homme, elle était pourvie d' une capacité de jourissance et d' exercice comléte, la famme mariée elle-même conservait cette capacité et n'était pas soumise à la tut elle du mari".
RASJEP – volume x-n°03- septembre 1973,p560.

غير أن هذا التطرف قابله تطرف آخر وهو استقلالية الأسرة الواحدة فالزوجة الأم، والبنت الرشيدة، والزوج الأب، كل منهم مسؤول عن نفسه ومن ثم فعلى كل واحد منهم، أن يبحث عن معيشته التي يحلم بها، الأمر الذي جعل صلاة القربى تتقطع وهي موجودة، ذلك إن انصراف كل واحد سعيا وراء هذه الحاجة الذاتية المفصولة عن الآخرين، قطع شبكة القرابة بينهم و هذا هو معنى تفكك الأسرة وانهيارها، وهو الذي يؤدي إلى تفكك وانهيار المجتمعات، ذلك أن المجتمع كان ولازال هو التابع لحال الأسرة وما يهددها من فساد [1]، بل إن الدراسات تؤكد أن تكامل وتكافل الأسرة بالرغم مما يبدوا لنا أحيانا أنه تقييد الفرد، يكون صمام أمان لما يحدث للمجتمع من آفات قد تؤدي إلى تفويض دعائمه[2].

المطلب الثاني:

تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد الاحتلال الفرنسي وقبل تعديل قانون الأسرة الجزائري (11/84):

لقد ترك المستعمر فوضى عارمة في المجال التشريعي بفعل الازدواجية التي كان يعيشها الأهالي الجزائريين، فهناك قوانين خاصة بالأوربيين والفرنسيين، وهناك قوانين خاصة بالجزائريين، أما منطقة القبائل فكانت المهمة موكلة إلى الأعراف والتقاليد والتي كانت بدورها لا تمت بشيء إلى المنطق والعدل، حيث كانت المرأة تمنع من الميراث مثلا.

[1] …L'arréstation d' un malfaiteur dans la societé algerienne, qui fait partie des societés integres, porte autant de préjudice à sa famille, et a ses amis qu' à lui-même …c'est pour ce la aussi la vie privé … cet esprit de famille dans laquel vivait la societé algerienne avait des incidences bénéfiques sur la criminalité il retenait dans les limites restreintes.
FARID Benchikh " Autopsie de la tragedie algerienne aujourd'hui" Edition rocher noir, 1995,p43.

[2] – هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 20.

وأمام هذا الوضع فإن المشرع الجزائري، قرر تطبيق القوانين الفرنسية إلا ما كان يمس بالسيادة الوطنية، أما في ميدان الأحوال الشخصية فقد طبق مذهب الإمام مالك، باعتباره المذهب السائد في الجزائر والمغرب العربي عموما.

وعليه فإن القاضي يلجأ إلى المذهب المالكي في تطبيقاته على الولاية في الزواج، وبالرغم من بعض الاضطراب الذي كان يقع فيه القاضي أحيانا حيث تارة يعتد بالولاية الجبرية، أي اعتبار الولي ركن من أركان عقد الزواج يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا بدونه، إلا أنه في أغلب الأحيان وهو القضاء السائد أنه لم يكن يعقد بالزواج الذي يقع بإكراه الولي ويعتبره فاسدا[1].

وإذا كان صدور قانون الأسرة الجزائري لعام 1984 يعتبر سدا لفراغ طويل، كان يلجأ القاضي خلاله لتطبيق المذاهب الفقهية فيما يعرض له من قضايا، وما يستتبع ذلك من اختلاف كبير من تنوع الأحكام للقضية الواحدة ذلك أن القاضي ليس ملزما بتطبيق نص معين.

إلا أن الكثير من ردود الفعل تزامنت وصدور القانون بين مؤيد ومعارض، وأظن أن ذلك مرده إلى المدارس الفكرية التي ينهل منها كل طرف، فالبعض ممن تأثر بالفكر الغربي ينظر إلى واقع الأسرة الجزائرية وما تعانيه خاصة المرأة من حيف وظلم، إنما مرده إلى تطبيق قانون مستمد من الشريعة الإسلامية متمثلة في المذاهب الفقهية المختلفة، والتي لم تعد تواكب ماجد من أحداث، وعليه من الأفضل إسناد هذه العلاقات إلى قوانين مدنية [2]، كما هو الشأن في القانون التجاري والجنائي ...إلخ.

---

[1]– هجرسي بولبداوي، مرجع نفسه ، ص 80–81.

[2]– أنظر في هذا الشأن:

- AIT ZAI Nadia femmes, famille et société ". Revue des droit de l'homme, n°09, 1995,p 87-88.
"le droit musulman et les coutumes Kabyles ", Revue algérienne des sciences juridique, et économique, R.A.S.J.E.P, n°02, 1995, p306.
- SAADI Nouredine"la femme et la loi en Algérie".
Collection dirigée par MERNISSI fatma Maison d'édition BOUCHENE, Alger, 1991, P43-44-45.
ZAHOUANE Hocine, "la théorie de l'optionalité ", Revue NAQD, n°03, 1992,p 65 .

وما يؤخذ على مثل هذه الآراء، أنها ليست وليدة اليوم، حيث أن لها امتداداتها في فكر الكتاب الفرنسيين، والذين نعتوا الشريعة الإسلامية بمختلف النعوت، فلقد وصف نظام الولاية في الزواج مثلا على أنه نظام وحشي[1].

أما النظام الآخر فيمثله بعض المشايخ الذين يتشبثون بتفاسير خاطئة لبعض النصوص دون الأخذ بتبدل الأحوال والظروف.

وقد ذكر محمد الغزالي رحمه الله: " ....إن القضاء الشرعي في مصر اعتمد على فقه الأحناف في فسخ زواج الشيخ علي يوسف، وهو من زعماء الإصلاح الحديث بإحدى الفتيات العربيات بدعوى أنها قرشية وهو مصري ليس لها بكفء ".

فيعلق الشيخ الغزالي على ذلك بقوله: " أترى أبو حنيفة لو كان موجودا يقضي بهذا العبث"[2].

إذن هذه النظرة ضيقة وتعطل مصالح العباد خاصة وأن التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة وجدت صورا جديدة من صور المعاملات، ولابد من استحداث أحكام جديدة تتلاءم وهذا الواقع الجديد.

أما الاتجاه الآخر ، وهو الذي أظنه صائبا فهو وإن كان يتفق مع الطرفين في كون الأسرة الجزائرية عانت الكثير ولا تزال تعاني من الحيف إلا أن السبب في ذلك مرده إلى أمرين:

الأمر الأول: هو هذه العادات والتقاليد البالية ظن والتي ألبست لبوس الإسلام التي تصف المرأة في سلم أدنى مما كرمها به الإسلام، والإسلام منها براء.

---

[1]– أنظر في الرد على ذلك:

–BELHADJ Larbi, "les atteintes à la liberté du mariage", N°02, 1988, p427.

[2]– محمد الغزالي، **ركائز الإيمان**، دار الشهاب للطباعة والنشر، 1986، ص 1320.

أما القول بأن كل عادات وتقاليد الأسرة الجزائرية هي عادات إسلامية ومن ثم وصف العائلة الجزائرية بأنها عائلة تقليدية [1]، لأنها تبنت مبادئ الشريعة الإسلامية والمستمدة من مذهب الإمام مالك، هو قول يعوزه المنطق والدليل.

الأمر الثاني: سياسة التجهيل التي فرضها المستعمر الاستيطاني، والتي كان يراد منها طمس شخصية هذه الأمة، حيث بلغت نسبة الأمية قرابة[2] 94% ما بين سنة 1954– 1962.

فلا يعقل طيلة هذه الفترة والتي تمتد من 1830 إلى 1962 عادات وتقاليد، كلها تنسجم ومبادئ الشريعة الإسلامية، كإجبار المرأة على الزواج [3]، وحرمانها من حقها في الحضانة [4]، وكذا عادات وتقاليد حرمان المرأة من حقها في الميراث.

بل إننا لا نشاطر الأستاذة آيت زاي في تسمية هذه العادات بالأعراف [5] ذلك أن العرف هو مصدر من مصادر القانون ومن ضمن شروطه ألا يكون مخالفا للنظام العام [6]، فكيف أن تكون هذه الأعراف التي هي مخالفة للشريعة الإسلامية ومخالفة للنظام العام هي الشريعة نفسها.

والواقع أنه إذا كان رد الفعل كما أسلفنا بين مؤيد ومعترض، قد تزامن و صدور قانون الأسرة الجزائري عام 1984، فإن التعددية [7] التي اعتمدها المؤسس الدستوري في دستور 1989[8]، وتم تأكيدها عام 1996 قد فتح الباب واسعا أمام تزايد هذه الأصوات.

---

[1] La tradition algérienne est musulmane, c'est la CHARIAA c'est la chariaa qu'on appelle tradition musulmane- Entretien avec AITZAI nadia, In. EL- WATAN, 04 Mars – 1998.

[2] BENCHIKH Farid, "Autopsie de la tragédie algérienne" Edition Roches Noir, BOUMERDES, 1995, p71.

[3] Pr. BENMELHA ghaouti, "le droit algérienne de la famille"- Office des Publications universitaires, 1993, p53.

[4]– عبد الرحمان هرنان، مرجع سابق، ص111.

[5] AITZAI Nadia, le Droit musulman et les coutumes Kabyles, RASJEB, N°02, 1995, p306.

[6] – سمير السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، مطبعة العصافرة، الإسكندرية، مصر، 1986، ص 130.

[7]– نص المادة التي تقرر تعدد الأحزاب، 1989.

[8]– نص المادة التي تقرر تعدد الأحزاب، 1996.

أضف إلى كل هذه [1] التحولات التي يشهدها العالم حيث غدا قرية متناهية في الصغر بفعل وسائل الاتصال الحديثة، وأضحى الانتساب إليها رهين باحترام حقوق الإنسان[2].

من خلال كل هذا أحاول التطرق إلى بعض القضايا والحلول التي توصل إليها القضاة على مستوى المحكمة العليا فيما يتعلق بالولي والفتاة أثناء الزواج ، أين أقرت الغرفة الشخصية للمحكمة العليا بأنه:

من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، ومن المقرر أيضا أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[3].

من خلال هذا المبدأ نجده صحيحا وذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية وبطبيعة الحال كما نعلم أنه إذا لم يكن هناك نص في القانون فإننا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنه لا يمكن أن يتم زواج الفتاة بدون بولي خاصة إذا كان الولي موجودا ودليل ذلك ما نص عليه رسول الله ﷺ **(أيما امرأة أنكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل)**، هنا نجده أبطل الزواج في هذه الحالة ثلاثا، كذلك يجب أن يكون الولي رغم وجوده أن يكون راض على هذا الزواج .

لكن حسب ما هو موجود حاليا على مستوى المحاكم أو البلديات نجد بعض الأولياء يحضرون عقد زواج أبنائهم بالنسبة القصر عندما يأذن لهم القاضي بالزواج أو الراشدة عندما تعقد زواجها مباشرة على مستوى البلدية و الولي غير راض على ذلك سواء كان بالنسبة مثلا للفتاة القاصرة أو الراشدة، فالآن أصبح هذا الشيء شبه منعدم المهم أصبح كلا من الزوجين أن يختار أنفسهما وعلى حسب رأيهما ورغبتهما ولا يهتم لذلك لأمر الولي ، مما يؤدي القضاة على مستوى

---

[1]– إرساء نظام دولي جديد، جاء على أنقاض تهاوي النظام الشيوعي.

وذلك في خطاب الذي ألقاه الرئيس الأمريكي جورج بوش بتاريخ 23 سبتمبر 1993 أعقاب حرب الخليج والذي جاء– أي الخطاب، ليذكر بالخطوط العريضة التي ينبغي أن يتخذها العالم كمعيار جديد لقيم جديدة.

[2]– هجرس بولبداوي، مرجع سابق، ص 10.

[3]– م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 24634، بتاريخ 1966/12/07، 1968، ج1، م ق، عدد1، 1996، ص 139.

المحاكم والمجالس القضائية إلى عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عندما تطرح لهم مثل هذه القضايا ويصبحوا هنا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ـ كما أقرت بأنه:

"من المقرر قانونا أن يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[1].

من المعلوم قانونا وعلى حسب ما هو واقع أنه إذا توفي الأب أو أسندت الحضانة للأم فإنها هي التي تكون مسؤولة على الأولاد وتكون بمثابة أبيهم في تولية عقد زواجهم، عند إطلاعنا على بعض الملفات المطروحة على مستوى المحاكم نجد أن القاضي يمنح الموافقة للأم في أن تتولى عقد زواج ابنتها، كما يمكن لها أن توكل ذلك لأي شخص من طرفها بأن يتولى هذا العقد وذلك على حسب عرف وعادات كل منطقة.

ومنه فإن المحكمة العليا في قرارها أكدت على إمكانية تولي الأم عقد زواج ابنتها، ولكن هذا القرار من حيث الواقع لم يراعي الواقع الاجتماعي الجزائري.

ـ وفي قرار لها بالملف رقم 21329 قرار المؤرخ بتاريخ 1999/04/20 أقرت بأنه:

يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 ق أج.

ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر و **حضور الولي** ، فإن القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم طبقوا صحيح القانون[2].

ومنه فإنه من خلال هذا القرار يتضح أن الزواج العرفي يكون صحيحا ويكون إثباته وتسجيله بمجرد توفر أركان عقد الزواج، ومن هذه الأركان حضور الولي أثناء ابرام عقد الزواج.

---

[1]– م.ع.غ.أ، ش، ملف رقم 167835 بتاريخ 1998/05/17، م ق، عدد2، 1997، ص77.

[2]– يوسف دلاندة، **قانون الأسرة الجزائري**، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، الجزائر، ص 14–15.

ـ كما أقرت في قرار لها بأنه:

من المقرر شرعا و قانونا أنه لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين، **وولي**، وشاهدين، وصداق[1].

إذن من خلال ذلك نفهم أن الولي يعتبر ركن أركان عقد الزواج ولا يمكن أن يتم الزواج بدونه.

ـ كما أنه:

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون **رضا ولي الزوجة** هو باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[2].

هذا القرار يجسد الرؤية القانونية التي انتهجها المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة.

كما نعلم يجب أن يتم تراضي الطرفين – **الزوج والزوجة** – بحرية كاملة لا يشوبها أي إكراه أو ضغط، وإلا تعرض العقد للبطلان، بحيث لا يملك لوليها إلا الرجوع إلى رأي الفتاة في أمر زواجها بمن خطبت إليه ما دامت راشدة بالغة.

لكن عند رجوعنا إلى ما هو موجود في الواقع الآن نجد العديد من عقود الزواج لا تشمل على موافقة الولي ، مادام أن كلا الطرفين تراضى على إبرام العقد، ولا يصبح هنا للولي رأي في أن يقبل أو يرفض الزواج، مما نقول هنا أنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، والقاضي هنا عندما تأتيه مثل هذه الحالات الشائعة فإنه يأخذ بموافقة الزوجين دون موافقة الولي خاصة إذا رأى القاضي أن كلا من الزوجين لديهم إصرار على إتمام هذا الزواج فإن القاضي هنا خوفا من وقوع أي مشاكل فإنه يعقد لهما هذا العقد.

ـ وفي قرار آخر لها بأنه:

---

[1] – م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 81129، بتاريخ 1992/03/07، م ق، عدد3، 2000، ص62.

– م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 249128، بتاريخ 2000/07/18، م ق، عدد2، 2003، ص269.

– م.ع.غ. أ.ش، ملف رقم 248683، بتاريخ 2000/09/19، م ق، عدد 2، 2003، ص276.

[2] – م.ع.غ. ق.خ، 1966/12/07،عدد1، ص 139

من المستقر عليه فقها وقضاء أن دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول لا تقبل إلا إذا كانت من وليها، ولا يجاب إليه إلا إذا كان له سبب وجيه.

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية[1].

نفهم من هذه القضية أنه عندما يتم الزواج وبعد ذلك أرادت المرأة أن تطلب التطليق، فإنه في هذه الحالة وليها هو الذي يرفع دعوى التطليق لكن باسم الزوجة، ولا يمكن للزوجة أن ترفعها لوحدها إلا في حالات استثنائية تستطيع أن تقدمها مثلا في حالة وفاة وليها الذي عقد لها الزواج. فهنا القضاة عندما يقبلون رفع دعوى التطليق من قبل الزوجة بدون أي سبب ولا يوجد حالة استثنائية لذلك فإنهم هنا يخالفوا أحكام الشريعة والقانون.

هذا القرار سابقا أي في القانون القديم، أما حاليا فالزوجة القاصر ترشد فيما يتعلق بالآثار الناتجة عن الزواج.

ـ كذلك في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بأنه:

من المقرر شرعا أن للنكاح أربعة أركان وهي: صداق، صيغة رضا الزوجين، وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه.

لما كان في قضية الحال أن الشاهد الأول صرح أنه **لا يوجد ولي ولا صداق** ، وأن الشاهد الثاني أستدعى لحفلة عشاء ولا يعرف الحكم المستأنف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركني من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعنة[1].

[1]– م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم: 47059 بتاريخ 1987/11/09، ج3، م ق، 1992، ص 72.

إذن من خلال هذه القضية نرى أن قضاة الموضوع قد طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية والقانون طبقا **للمادة (33)**، حيث يستفاد من هذه المادة أنه إذا تخلف ركني من أركان عقد الزواج يكون بطبيعة الحال هذا الزواج باطلا و ذلك طبقا **للأمر(11/84)** من قانون الأسرة الجزائري ، ولما ثبت في قضية الحال أن كلا من الولي والصداق غير موجودان في هذا العقد وهذا ما أكده أحد الشهود فإن هذا العقد يكون باطلا.

وعندما نرجع إلى ما توصل إليه قضاة الموضوع نرى أنه حل صحيح طبقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة من خلال **الأمر (11/84)**، حيث أنه لا يمكن أن يتم عقد زواج المرأة بدون ولي ولا صداق.

وحسب نص الفقرة الثانية من **المادة (12)** من الأمر **(11/84)** الملغاة حاليا أن الزواج يبطل لاختلاله على ركني من أركان عقد الزواج، حيث أنه لو تم هذا الزواج بعدم وجود الصداق مثلا فانه هنا يثبت هذا الزواج بعد الدخول بصداق المثل، لكن حسب ما رأينا في هذه القضية أنه اختل ركنين إذن هنا نطبق ما نصت عليه المادة القانونية التي جاءت صريحة بقولها : ".....ويبطل إذا اختل أكثر من ركن"، فهنا قضاة الموضوع نجدهم طبقوا القانون تطبيقا سليما لما رفضوا إبرام عقد الزواج وذلك لعدم التأسيس.

ـ كذلك أقرت المحكمة العليا:

الموضوع: ولاية – رفض إتمام من قبل الأب – الحكم يرد ما قبض من الصداق – تطبيق صحيح القانون.

المرجع: أحكام الشريعة الإسلامية

" من المقرر شرعا أن المرأة البكر إذا تزوجت فإن زوجها هو المسؤول عنها إلى أن يدخل بها فإذا رفضت الدخول فوليها هو الذي يطالب إلزامها بالدخول وإذا بقيت مصرة على ذلك ولم يتم

[1]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 51107 قضية (م ش) ضد (ع ع) ومن معه، بتاريخ 1992/10/02، ج3، م ق، 1992، ص 53.

الزواج فالولي يتحمل نتيجة عدم الدخول ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بقلة التسبيب ومخالفة القانون وفقدان الأساس الشرعي ليس في محله.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو مطلوب منه شرعا بل هو الذي رفض إتمام الزواج فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

عند رجوعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقانون نجد أن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة ويطالبها بالدخول، ولما كان في هذه القضية أن الزواج لم يكتمل بسبب رفض الفتاة ولم يقم الأب بإلزام الفتاة على الدخول، كذلك عندما نرجع إلى أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري وأساس العرف أنه إذا لم يتم الدخول وتم الرفض من قبل الفتاة فإنه في هذه الحالة أن ترد الفتاة ما قبضته من صداق للزوج ما دام أن العدول تم من قبلها ولم يتم دخول ولا عقد زواج قبل الدخول.

ـ أيضا أقرت المحكمة العليا في قرار آخر صادر بأنه:

" من المقرر قانونا أنه لا يجور 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 (09)** من هذا القانون.

ومتى تبين في قضية الحال– أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزاوج طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

[1]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 51612، بتاريخ 11/21/ 1988، ج3، مجلة قضائية، 1992، ص53.

[2]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 34587، بتاريخ 09/21/ 1992، ج3، مجلة قضائية، 1992، ص50.

وفقا لما ورد في نص (**المادة 1/12**[1]) من قانون الأسرة الجزائري 11/84، فكما سبق ذكره فإن اشتراط الولي في عقد الزواج هو مصلحة المولى عليها وبالتالي أعطى له دور في زواج المولى عليها إلا أن هذا الدور المشرع الجزائري وضع له قيد بأن لا يستطيع الولي أي كان أن يمنع موليته من الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا فالمادة جاءت عامة ولم تميز لكنها جاءت غامضة فما هي المعايير لتحديد الزوج الأصلح و كلمة الأصلح لها معنى واسع والقضاء لم يحدد معناها دائما بل حدّد بعض الحالات التي يكون فيها الزوج أصلح للمولى عليها، وفي حالة ما إذا أثبتت البنت بأن الزوج أصلح لها ولا مبرر للمنع فيصبح هنا الأب متعسف في منع ابنته وبالتالي يحق لهذه الأخيرة أن تلجأ مباشرة إلى القاضي دون أن تعود الولاية للذي يليه في الولاية.

و**المادة (1/12)** تطرح تساؤلا فيما يخص إحالة الولاية إلى القاضي ولم تحدد من هو هذا القاضي، ونجد الإجابة على هذا التساؤل في التطبيقات القضائية التي استقرت على أن القاضي المختص بمنح الإذن هو رئيس المحكمة، ولكن في رأيي الشخصي فإن القاضي المقصود في هذه المادة هو قاضي الموضوع لأن تقدير مصلحة المرأة التي تريد الزواج بالأصلح لها هي مسألة موضوعية ليست من اختصاص رئيس المحكمة، ونلاحظ أن المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية قد منح للولي حق منع موليته من الزواج بغير الكفء وهذا بطبيعة الحال راجع إلى مصلحة وحياة المرأة.

ـ أيضا كما صدر عن المحكمة ما يلي:

" من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن القيرواني في رسالته **لا نكاح إلا بولي** وصداق وشاهدي عدل. وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره

[1]– أنظر المادة (1/12) من قانون الأسرة الجزائري (11/84).

إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولما كان ثابتا– في قضية الحال – أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على شهود لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع"[1].

ـ من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين **وحضور ولي الزوجة** وشاهدين وصداق وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا، (ا **لمواد 9 و4 و18 ق.أ).**

ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج.

ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988 على عقد الزواج تم مع المطعون ضده سنة 1977 يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن"[2].

ـ " يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة (09) من قانون الأسرة الجزائري.

ومتى تبين– في قضية الحال– أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الاستماع إلى الشهود، والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر **وحضور الولي،** فإن القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم، طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

[1]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 34438 قرار بتاريخ 1984/09/24، مجلة قضائية، عدد3، 1992، ص 53.

[2]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 88856، قرار بتاريخ: 1993/02/23، مجلة قضائية، عدد2، 1992، ص 52.

[3]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 221329، قرار بتاريخ 1999/04/20، مجلة قضائية، عدد1، 1992، ص 64.

من خلال هذه القضية نجد أن كل أركان عقد الزواج متوفرة وذلك حسب **المادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري 11/84، فقضاة الموضوع لما اثبتوا الزواج العرفي وأصبح زواجا صحيحا هنا طبقوا أحكام القانون تطبيقا صحيحا.

ـ " يبطل الزواج بانعدام الرضا.

ولا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"[1].

من المقرر في الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة الجزائري أنه لا يجوز للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج ما دامت أنها غير راضية، لأننا بالرجوع إلى أحكام الشريعة وقانون الأسرة أن الزواج يجب أن يتم برضا الزوجين طبقا **للمادة (09)** ولا يمكن أن يتم بالإكراه لأنه إذا وجد إكراه في الزواج بالنسبة للطرفين فان عقد الزواج يكون باطلا.

ـ " حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع لم يتجاوز سلطته عندما قضى بفسخ عقد الزواج بين الطرفين قبل البناء بالمطعون ضدها بل طبق القانون، إذ تأكد لديه أنها أثناء خطبتها كانت قاصرة، ولما يدخل بها إلى غاية بلوغها سن الرشد، كان لها الحق الشرعي في انجاز عقد الزواج بها أو إبطاله.

وعليه فالحكم المنتقد جاء مؤسسا تأسيسا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير مؤسس ويتعين رفضه"[2].

من خلال هذه القضية نرى أن الفتاة كانت قاصرة أي أن وليها هو الذي باشر عقد زواجها وذلك تطبيقا للشريعة والقانون، لكن هنا هذه الفتاة لم يتم الدخول بها إلى غاية بلوغها سن الرشد

[1] – م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 249128 بتاريخ 2000/07/18، مجلة قضائية، عدد 2، 1992، ص 69.

[2] – م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم:255711 بتاريخ 2001/02/21، مجلة قضائية، عدد خاص، 1992، ص 60.

القانوني، ففي هذه الحالة ممكن لها تكمل عقد الزواج أو ترفض ذلك مادات أنها رشدت ولها الحق في أن تباشر عقد زواجها بنفسها تطبيقا للقانون.

حيث يتضح من ملف قضية الحال ووثائقها وعريضة الطعن بأن الطاعنة لم تتزوج بالمطعون ضده زواجا شرعيا سواء عرفيا أو قانونا، بل صرحت أمام قضاة الموضوع بأنها كانت على علاقة غرامية مع المطعون ضده وكان يمارس معها الجنس وتمكنه من نفسها اعتقادا منها بأنه سوف يتزوجها وقد حملت منه بسبب هذه العلاقة.

وحيث أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة زواج ظاهرا وآخر سري، بل هناك زواج واحد يقره الشرع والقانون وهو الذي تتوفر فيه الشروط والأركان المنصوص عليها في **المادة (09)** من قانون الأسرة المكرس للشريعة الإسلامية ومتى انعدمت هذه الشروط في أي زواج لا يعد شرعيا وما نتج عنه هو الآخر غير شرعي، الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن[1].

ومنه فإن أي علاقة لا ترتكز على الأركان الأساسية لعقد الزواج، فإنه لا ينتج عن هذه العلاقة أي أثر شرعي نظرا لافتقادها إلى الركائز الشرعية لصحتها، وأبرز هذه الركائز موافقة الولي على هذه العلاقة.

ـ "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون[2].

من خلال هذه القضية نرى أن المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد القانونية أنه حدد سن الزواج 19 سنة، ونجد هذه الفتاة تم العقد عليها وهي لم تبلغ سن 19 أي أن القاضي منح لها الإذن بالزواج، لكن هنا لم يتم الدخول بها وإنما الزوج عقد عليها فقط ، وقبل الدخول بها نجد

[1]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 261925 بتاريخ 2002/07/03، مجلة قضائية، عدد2،2003، ص267.

[2]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 58935 بتاريخ 2002/09/03، مجلة قضائية، عدد 2، 2002، ص 424.

هذه الفتاة أنها أصبحت راشدة ويحق لها أن تكمل هذا العقد أو أن تفسخه، وعند رجوعنا إلى مقتضيات هذه القضية نجد الفتاة أنها غير راضية على هذا الزواج، أي أنها مكرهة من قبل الأب على أساس أنها كانت قاصرة، لكن حاليا أصبحت راشدة وسمح لها القانون في التصرف عقد زواجها .

إذن هنا قضاة الموضوع نجدهم حكموا حكما صحيحا مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون بفسخ هذا الزواج لإصرار هذه الفتاة على الفسخ لسبب أنها أصبحت راشدة ولها أن تختاره ما تشاء .

إذن قضاة الموضوع طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية والقانون"[1].

ـ كما أقرت المحطمة أيضا أنه:

" من المقرر شرعا أن المرأة البكر إذا تزوجت فإن زوجها هو المسؤول عنها إلى أن يدخل بها، فإذا رفضت الدخول فوليها هو الذي يطالب إلزامها بالدخول، وإن بقيت مصرة على ذلك ولم يتم الزواج فالولي يتحمل نتيجة عدم الدخول، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بقلة التسبيب ومخالفة القانون وفقدان الأساس الشرعي ليس له محله.

ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو مطلوب منه شرع بل هو الذي رفض إتمام الزواج، فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق صحيح من القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

من خلال هذا القرار يتضح أن هناك مسؤولية مشتركة بين الولي و ابنته لعدم إتمام الزواج.

[1]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم: 34976 بتاريخ 2001/07/10، مجلة قضائية، عدد2، 2001، ص 272– 273.

[2]– م ع ،غ.أ.ش، ملف رقم51612، بتاريخ 1988/11/21، مجلة قضائية، عدد2، 1992، ص52.

ـ من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الشاهد صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، فـإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما[1].

حيث أن القرار المنتقد ركز في تسبيبه على انعدام الولي في الزواج، وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج، **والمادة (09)** من ق أ ج تطبق في حدود **المادة (33)** من ق أ ج، وبرفضهم الدعوى قضاة الموضوع على الرغم من وجود الشاهدين يكونون قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

فالمادة (09) من ق أ ج التي اعتمدها القرار المنتقد في تسبيبه تشترط الولي لإتمام الزواج إلا انه خالفها من حيث الآثار الواجبة، **فالمادة (32)** من ق أ ج ترتب الفسخ وليس عدم قيام الزواج، والفرق واضح من حيث الآثار خصوصا بالنظر إلى النسب المتعلق بالولد، وكان على قضاة الموضوع أن ينتبهوا إلى **المادة (32)** من ق أ ج وأن لا يتخطوها[2].

في حالة ما إذا تخلف ركن الولي مع أحد الأركان الثلاثة الرضا، الصداق، الشاهدين، فالعقد يكون في هذه الحالة باطل سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعد الدخول ولا يمكن إثباته وهذه المسألة مكرسة في التطبيقات الفضائية وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 02

[1]- م.ع .غ.أ. ش، ملف رقم 81129، بتاريخ 1989/01/02، م ق، عدد2، 2003، ص 269.

[2]– م. ع.غ. أ.ش، ملف رقم 23674، بتاريخ 1997/10/12، ج 2، مجلة قضائية، 2002، ص 424.

جانفي 1989 تحت رقم 51107 الذي جاء فيه " ... ، ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركنان من أركان عقد الزواج غير الرضا يبطل الزواج ... الخ ".

المبحث الثاني:

تطبيقات الولاية في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر (02/05) والآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي

بعد أن عرفنا فيما سبق كيف كان القضاء يأخذ بالولاية قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري (02/05)، الآن نتطرق إلى الولاية بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر (02/05) وكيف أصبح القاضي يأخذ بالقضايا المطروحة أمامه، ومعرفة الآثار المترتبة على الزواج بدون ولي، كل هذا ما سيتم توضيحه كالآتي:

المطلب الأول:

تطبيقات الولاية في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر (02/05)

يشكل صدور قانون الأسرة الجزائري، مرحلة هامة في تاريخ التشريع الجزائري، فلأول مرة يصبح للجزائر قانونا منفصلا عن القانون المدني خاصا بتنظيم العلاقات الأسرية والحالة الشخصية للأفراد فعلى الرغم من التطور الكبير الذي صاحب أحكام وقرارات القضاء، أصبحت قرارات القضاء مرجعية لا يستهان بها، وسنتعرض لبعض القرارات التي تثير موضوع البحث والذي كان يهدف في معظمه إلى إلغاء كل علاقة تكون تحت ضغط أو إكراه أو تسلط إلا أن عدم وجود قانونا خاصا يستند إليه القاضي لتنظيم الأسرة عموما والولاية خصوصا، جعلت بعض

أحكامه (أي القضاء) يسودها بين الفينة والأخرى، الاضطراب الذي لا يساير [1] المنحنى العام للشريعة الإسلامية ومبادئها، والتطور الذي شهده القضاء الجزائري مرده إلى عاملين اثنين :

العامل الأول: الفهم الصحيح لنصوص الشريعة والتي تكرس اختيار المرأة ورضاها ولا تجعل منها قاصرا أو محجورا عليها.

العامل الثاني: نصوص قانون الأسرة أصبحت أكثر وضوحا من السابق، والتي جاءت بدورها تحمي المولى عليها من التسلط والظلم.

حيث جاءت النصوص في عمومها تكرس هذا المبدأ العام من خلال العديد من المواد، كضرورة الاعتداد بالمصلحة والرغبة، وتجسيد رضا المولى عليها من خلال ذكر هذا الركن في **المادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري ، إن كل هذا أعطى دفعا جديدا للقضاء الجزائري، بعد تعديل قانون الأسرة.

كما أن القضاء ذهب بعيدا، حيث ذهبت كل من المحكمة الابتدائية والمجلس القضائي بتيارت، والمحكمة العليا إلى عدم الاعتداد باعتراض الولي على هذه العلاقة، ما دام أن في ذلك مصلحة للمولى عليها، وقد رغبت فيه معتمدا في ذلك على نص واضح وصريح في قانون الأسرة، وهي **المادة (1/12)** .

فالتطور الذي شهده القضاء، إنما سببه وضوح النصوص القانونية في هذا المجال، فكيف بعد ذلك يقول البعض خاصة المتأثرين بالاتجاهات الفقهية التي تعتبر الولي ركن ، بأن التطور الذي شهده القضاء في هذا المجال، يقابله تراجع في قانون الأسرة.

[1]– القرار الذي يقر الولاية الجبرية، وأن عدم رضا الولي يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، في حين أن المشرع بعد صدور قانون الأسرة، لم يجعل من الولي ركنا بل شرط لا يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، إلا إذا اقترن بشرط آخر، وهو الصداق أو شهادة الشهود كما تنص على ذلك ما(33) السالف ذكرها القرار الصادر بتاريخ 1966/12/07م، ج1، المجلة القضائية سنة 1968م، ص 139.

فسنعرض بعض الأمثلة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن التي تمنح أهمية لوجود الولي في عقد الزواج :

ـ أقرت المحكمة العليا بعدة قرارات نذكر منها ما يلي:

نصت **المادة (11)**[1] من الأمر رقم (02/05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

فقد أعطت هذه المادة للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها ولكن بحضور وليها الذي هو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وهذا ما عملت به المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه ما يلي: " حيث أنه فيما يخص الولي فللأخ أن يكون وليا على أخته في عقد الزواج كما هو الشأن في الدعوة الحالية نيابة عن أبيه إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر، وعليه فإن الإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد".

مع الإشارة هنا إلى أن عبارة " أي شخص تختاره" قد تشمل الذكر والأنثى وقد يساء تطبيقها لعمومها، ومن ثم ينبغي التقيد دائما فيما أبهم من مسائل بأحكام **المادة (222)** من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يرد فيه نص قانون ي واضح نافي للجهالة.

إلا أننا نقول أنه عندما يأخذ الأخ مكان الأب الشرعي على أن يكون وليا لأخته في عقد زواجها، فإن قاضي شؤون الأسرة وضع شروطا وإجراءات قانونية يجب إتباعها لكي يستطيع كل شخص أن يتقدم ويكون وليا على موليته في عقد الزواج.

[1]– أنظر المادة (11) من الأمر قم 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري..

فإن القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا سمح بهذه الحلول إلا في حالة تعذر وجود الأب الشرعي فقط.

فمن خلال ذلك أبين ما هو موجود واقعيا على مستوى المحاكم كيف يمنح هذا التعيين للولي ومنح الترخيص:

حيث يقدم للقاضي طلب بتعيين ولي شرعي وآخر الإعفاء من شرط السن ما دامت أنها قاصرة ولم تبلغ السن القانوني المحدد في **المادة (07)** من قانون الأسرة الجزائري 19 سنة كاملة، يسجل فيه كامل المعلومات التي تخص الشخص المراد تعيينه وليا وكذلك اسم الزوجة والزوج وتاريخ ميلادهم ومقر سكناهم ....، ويقدم كذلك شهادات ميلاد كل الأطراف ونسخة من بطا قة التعريف الوطنية لكل واحد فيهم وتقديم شهادة طبية للفتاة بأنها قادرة على الزواج وصورة لها مع وضع طابع جبائي مقدر ب 100دج+50دج+40 دج.

مع الملاحظ أيضا أن هذا الطلب يسجل فيه تاريخ تقديم هذا الطلب للقاضي ويبدأ حساب الأجل لمدة ثلاثة أيام وهو الأجل الممنوح للقاضي للفصل في الطلب والسماح لهذا الشخص على أن يكون وليا لموليته، حيث أنه إذا فات القاضي المدة الزمنية المحددة وهي ثلاثة أيام فإن هنا من حق المواطن أن يشتكي بعدم احترام المدة الزمنية وأنه لم يقدم له أي إجراء من قبل القاضي.

- (ش ر) ضد (ب أ)، ملف رقم 187692، قرارا بتاريخ 1997/12/23.

الموضوع: الولاية بعد وفاة الأب . الحكم بمنح الولاية لغير الأم دون إثبات تعارض المصالح بين القصر و الوالي . مخالفة القانون .

المادتين: (87)- (90) من قانون الأسرة الجزائري

" من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له المصلحة.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر و مصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون.

بناءا على المواد **(231، 233 ،235، 239 ،257،244)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وبعد الاطلاع على جميع أوراق ملف الدعوى .

والاطلاع على **المادة (248)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وعليه فإن المحكمة العليا عن الوجه المثار المأخوذ من أحكام **المادتين (87 و90)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:

حيث أن **المادة (87)** من قانون الأسرة تنص على أن الأب يكون وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

حيث أن ولاية الأم (ش ز) ولاية منحها لها القانون لا تنقل لغيرها إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقا لما نصت عليه **المادة 90** من قانون الأسرة بما لم يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال فإن القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا يعتبر مخالفا للقانون، فقاضي الموضوع حين قضى بتعيين المطعون ضده وصي على أحفاده القصر، وقضاة الاستئناف في قضائهم بحفظ حقوق المطعون ضده في طلب تعيين متصرف على أحفاده فإن قضائهم جاء مخالفا **للمادتين (87 و 90)** من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه نقض القرار وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس لكن مشكلا من هيئة أخرى للفصل طبقا للقانون"[1].

الأصل هذا القرار جاء مطلق من حيث ضرورة منح الولاية للأم بعد وفاة الأب دون إيضاح حول نوع الولاية، وبالتالي مما يفهم منه أن الأم يمكن أن تكون ولي عقد زواج، لكن الواقع العملي

[1]– جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، قرارات المحكمة العليا، ج2، ط1، منشورات كليك، الجزائر،2013، ص 601.

حاليا يقول خلاف ذلك، حيث بعد أن تم استفسار حول هذا الموضوع من قاضي مختص في شؤون الأسرة[1] وقال على أن مثل هذه الحالات نادرة جدا، فتقوم الأم بتعيين ولي[2] ما هو أقرب لها كأخيها أي خال الفتاة أو أي شخص قريب لها، أما أن تقوم الأم بمباشرة العقد بنفسها فهذا ليس ساري في العرف.

- (ش ر) ضد (ب أ).

الموضوع: زواج . عقد زواج . شاهد عقد الزواج

قانون الأسرة: المادة (09) مكرر

" **المبدأ:** لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج.

وبناءا على المواد (349، 360، 377،378 و557 إلى 581) من قانون الإجراءات المدنية.

وعليه فـإن المحكمة العليا قضت من خلال الوجه المثار المأخوذ من المخالفة والخطأ في تطبيق القانون:

والذي جاء فيه أن القرار المطعون فيه جاء مخالفا لأحكام نص **المادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري التي تستوجب في عقد الزواج رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق، والثابت من محضر البحث أن قضاة المجلس استمعوا إلى شاهدين، فصرح الشاهد الأول (م.م) أقر بالزواج العرفي في حين أن الشاهد الثاني (ز م) صرح بأنه ليس له علم بذلك .

وقضاة المجلس اعتبروا تصريحات ولي الزوجة هي شهادة ثانية تضاف إلى شهادة خالها(م. م)، مع أن النص المذكور يستوجب الإضافة إلى ولي الزوجة، شاهدين، وهو الشيء الذي لم يتحقق في هذه القضية.

[1]– العزوني خير الدين، قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قمار، لقاء يوم 2015/02/11، الساعة 11:00.

[2] – أنظر ملحق رقم

إن **المادة (09)** من قانون الأسرة في صياغتها القديمة تنص بأن عقد الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق، كما أن **المادة (09 مكرر)** من نفس القانون طبقا للأمر (02/05) تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها الشاهدين والولي.

يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس من خلال التحقيق الذي أجروه، أسسوا قرارهم المذكور على أنه وقع فعلا زواج بين الطاعن والمطعون ضدها وان الزواج عادة يتم بحضور الأقارب و والد الزوجة المطعون ضدها وخالها يعتبران شهود في محضر التحقيق من خلال سماع أقوالهم كشهود بصرف النظر عن صفتهم في مجلس العقد.

وحيث إن هذا التسبيب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، وقضاة المجلس استندوا إلى شخصيتهما لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما هو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز أن يكون أحد شاهدي العقد وإلا أعتبر ذلك مخالفا لنص المادتين المذكورتين سابقا، مادام أن عقد الزواج لم يبين فيه تاريخ الزواج العرفي حتى يمكن تطبيق القانون الواجب، لأنه إذا كان الزواج المطالب بإثباته قد تم قبل سريان الأمر (02/05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، فإن أحكام نص **المادة (09)** من ذلك القانون هي التي تطبق، وإذا كان بعد ذلك فإن أحكام **المادة (09 مكرر)** هي التي تطبق، وأن الشاهد (م. م) صرح بأن الإمام الثاني الذي التجئوا إليه بقراءة الفاتحة، لذلك كان بإمكان قضاة المجلس سماعه كشاهد"[1].

هذا القرار أكد على أنه لا يمكن أن يتداخل شرطين من عقد الزواج فيما يتعلق بشرط الولي وشرط الشاهدين، ذلك أن لكل منهما شروط يستقل بها الآخر.

[1] - جمال سايس، مرجع سابق، (ملف رقم: 187692، قرارا بتاريخ 1997/12/23)، ص602.

- وفي قرار آخر:

الموضوع : زواج عرفي، إثباته بعد الدخول، **عدم حضور الولي** ، رفض الدعوى ، انعدام الأساس القانوني.

"**المبدأ:** يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحدا طبقا لأحكام **المادة (33)** قانون الأسرة الجزائري.

وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور وليها فإنهم خالفوا القانون.

وعليه بدعوى أن الطاعنة كانت قدمت شهودا أثبتوا انعقاد الزواج واعتماد قضاة الموضوع في رفض الدعوى على عدم توفر ولي الزوجة يعد خطأ قانونيا وشرعيا إذ أنه يحق للمرأة زواج نفسها مادامت ثيبا وسبق لها الزواج كما أن قاضي الدرجة الأولى لم يرد على طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب البنت (ح) بأبيها المرحوم (م ب أ) مع أن النسب يثبت حتى في حالة اعتبار الزواج فاسد طبق لنص **المادة (40)** من قانون الأسرة الجزائري، بجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني مما يعرضه إلى النقص والإبطال.

بعدما استمعوا القضاة إلى الطاعنة وصرحت أنها باشرت بنود عقد الزواج بنفسها دون حضور والي عليها وأمام هذا قضاء الموضوع برفض دعوى المدعية لإثبات لزواج يعتبر من غير أساس قانوني مادام الدخول قد تم طبقا **للمادة (33)** من قانون الأسرة الجزائري ، يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل ...، ومادام ركن الولي هو المختل فإن الزواج يثبت بعد الدخول مما يجعل الوجه مؤسس الأمر الذي يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

يتبين لنا من خلال هذه القضية أن قضاة الموضوع لما رفضوا إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية والقانون لأن المشرع أعطى لها الحق في إبرام عند زواجها بنفسها وكذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها نصت "الثيب أحق بنفسها ولها أن تزوج نفسها ...".

فقضاة الموضوع أخطئوا في إعطاءهم القرار الصحيح لهذه القضية، ويجب إحالة هذه القضية على نفس المجلس مشكلة من هيئة أخرى طبقا لإحكام نص **المادة (266)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

ـ كما أقرت أيضا بأنه:

الموضوع : أركان الزواج، زواج عرفي، طلب تسجيله بالحالة المدنية، رفض التسجيل نتيجة عجز الزوجة عن إحضار شهادتين، طعن لخرق أحكام **المادة (09)** من ق أ ج، رفض .

"**المبدأ:** إن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء وصحة الزواج العرفي.

مجلس قضاء البليدة قاموا بتسجيل الزواج الواقع بين الطرفين.

وفي قضية الحال أن الطاعنة تدعي وأنها تزوجت عرفيا بالمطعون ضده وأنها أنجبت منه ولدا وبنتا، وأن زوجها المطعون ضده رفض تسجيل زواجهما بالحالة المدنية.

الوجه 1: مأخوذ من خرق **المادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري، بدعوى أن القرار المنتقد يعطي تفسيرا خاطئا **للمادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري .

الوجه 2: مأخوذ من خرق أحكام **المادة (33)** من قانون الأسرة الجزائري.

الرد على الوجه الأول : القضاة لم يعطوا تفسيرا خاطئا **للمادة (09)** من قانون الأسرة الجزائري، بل عملوا بأحكامها نصا وروحا، لأن المادة تشير إلى أن الزواج يتم برضا الزوجين وبولي _الزوجة وشاهدين وصداق، وأن الطاعنة لم تقدم لقضاة الموضوع شاهدين حضرا إبرام عقد الزواج، لأن الشاهد (ب ل) صرح أمام القضاة بأنه علم من المطعون ضده بأنه زوج الطاعنة ولم يشهد قط بأنه حضر إبرام عقد الزواج إذن وجود شاهد واحد لا يكفي لصحة الزواج العرفي .

[1]– جمال سايس، مرجع سابق، (ملف رقم: 253366، قرارا بتاريخ: 1997/12/23، عدد 2، م ق2002، ص 440)، ص 603.

الرد على الوجه الثاني : هذا الرأي غير سديد لأن قضاة الموضوع لم يخرقوا **المادة (33)** من قانون الأسرة الجزائري، لأن هذه المادة تشير إلى أن الزواج إذا تم بدون توفر أركانه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن وبالتالي فإن **المادة (33) ق أ ج** لا محل لها في قضية الحال مما يتوجب رفض الوجه الثاني لعدم تأسيسه[1].

ـ كما أقرت أيضا:

الموضوع : زواج، وجود توافر أركانه ، عدم وجودها أو بعضها ، انعدام الزواج وخرق لأحكام الشريعة الإسلامية.

المرجع : أحكام الشريعة الإسلامية.

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

إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاد للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا إحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

قضى مجلس قضاء وهران بإبطال الحكم إبطال كليا، وقضى بإعطاء الإشهاد للمستأنف عليه على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه.

[1]– سايس جمال ، مرجع سابق، (ملف رقم: 102746، قرارا بتاريخ: 03/22 1994، نشرة القضاة 1997، م ق، عدد 5، ص 85)، ص604.

يتضح من القرار المطعون فيه أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين غير شرعية وتم الاعتراف من قبل المستأنف عليه، إلا أن هذا الأخير لا يكفي لتصحيح زواج لم تتوافر شروطه: الصداق والولي والشاهدين والرضا، إذن قضاة الاستئناف بوهران قد خرقوا القانون الداخلي خرقا واضحا"[1].

ـ كما أقرت المحكمة العليا : (ب ف) ضد (ك أ)، ملف رقم:34137، قرار بتاريخ: 1984/10/08، م ق، ج1، عدد 4، 1989، ص 79.

الموضوع: زواج ، زواج عرفي، إثبات، ولي

المادة: (09) من قانون الأسرة الجزائري و**المادة (64)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

"**المبدأ:** يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو شهادة امرأتين و رجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط.

بناءا على المواد (231، 233، 235، 239، 240، 241، 257، 264، 275) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الوجه الوحيد المثار: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للحكم، **المادة (3/233)** ق إ م إ .

قضاة المجلس ألغوا الحكم المستأنف القاضي بإثبات الزواج العرفي للطاعنة بالمطعون ضده بسبب **اعتراضهم على الولي** والشهود واعتبروهم غير مؤهلين شرعا لكن بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة و أقوال فقهاء الشريعة بأن الولي الذي أشرف على زواج الطاعنة بالمطعون ضده هو عمها المدعو (ب ع) وهو مقبول شرعا وقانونا لأنه من الأقربين للطاعنة وهو بالغا وعاقلا ومكلفا وأن قضاة مجلس قضاء البليدة لما رفضوا الأخذ بولاية (ب ع) عم الطاعنة فقد خالفوا قانون الأسرة والشريعة الإسلامية لأن ولاية الأب لا تعد ركنا من أركان الزواج.

[1]– جمال سايس ،**الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، قرارات المحكمة العليا، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1449.

عن الوجه المثار: إن القرار المنتقد فعلا أساء تطبيق القانون وجاء منعدم الأساس القانوني وذلك لأن قاضي أولى درجة سمع عدة شهود وبعضهم من أقارب الطاعنة أكدوا جميعا وقوع هذا الزواج ودخول المطعون ضده بالطاعنة وقد صرح عمها بأنه حضر الزواج وكان وليا للزوجة وحدد لها مهرا متواضعا اتفق عليه الزوجين.

حيث إن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة قد أخطئوا وأساءوا تطبيق القانون لما ألغوا الحكم المشار إليه بدعوة أن عم الطاعنة لا يحق له أن يمثل وليا للطاعنة.
لكن حيث أن ولي الزوجة لا يشترط أن يكون أباها شخصيا بل قد يكون أخوها أو عمها في حالة وجود مانعا لوالدها أو بتكليف منه".

من خلال هذه القضية المطروحة نجد أن قضاة الموضوع بقضاء مجلس البليدة نجدهم أخطئوا بالحكم في هذه القضية وذلك لما رفضوا أن يكون عم الزوجة هو الولي لإبرام عقد زواجها، حيث أن الشريعة الإسلامية أكدت على أن عم المرأة يمكن له أن يعقد زواج بنت أخيه مادام أنه من الأقربين الزوجة.

نعم نقول أن المشرع الجزائري لم يوضح في نص المادة (11) هل يكون العم أم الأخ أم الجد الأولى في أخذ ولاية التزويج، نظرا لاعتبار الولي شرط في عقد الزواج إن لم نقل أنه الآن أصبح شرط شكلي بما هو موجود واقعيا، وكان هذا نقصان من المشرع لعدم صراحته ووضوحه.

إلا أننا ونقول أنه يمكن لعم الطاعنة أن يبرم عقد زواج من في ولايته مادام ثبتت فيه جميع الشروط الشرعية للولاية التي سبق شرحها وتم تقديم طلب أمر بتعيين ولي للقاضي وهذا ما يفهم من نص المادة (11) من الأمر (02/05) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.[1].

[1]– م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم: 381880، قرار بتاريخ /2007/02، م ق، عدد1، 2007، ص 486.

ـ أقرت أيضا:

الموضوع: ولاية، حضانة، طلاق

قانون الأسرة :المادة (87).

"**المبدأ:** إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون.

بناءا على **المواد (231، 233، 239، 257،244)**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

إن **المادة (87) من ق أ ج** تنص على أنه في حلة الطلاق يمنح لقاضي لولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وكانت الطاعنة قد التمست أمام المحكمة حضانة ابنها ومنحها الولاية عليه، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء في تسبيبه أن الولاية تمنح للام فقط عند وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع، وإن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف، وجاء في تسبيبه: أن الولاية تكون للأب مادام هو على قيد الحياة، ولم يثبت حصول مانع له، وهذا مخالف **للمادة (87) من ق أ ج** في فقرتها الأخيرة الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقض والإبطال.

وعن الوجه الوحيد المثار هنا في القضية هو أنه متى طالبت الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام المجلس بأن تسند لها حضانة ابنها البالغ من العمر 17 سنة وكذا مطالبتها وتمسكها بالولاية عليه.

وحيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) دون منحها الولاية قد خالفوا أحكام **المادة (87) من ق أ ج** في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالولاية"[1].

[1]– م.ع.غ.أ.ش ، ملف رقم: 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14 ، م. ق، عدد1، 2009، ص265– 268.

إذن من خلال هذه القضية نجد قضاة الموضوع اخطئوا في تطبيقهم عند منحهم الحضانة للأم وعدم منحها الولاية، بالرغم من أن نص المادة القانونية واضح وليس فيه أي غموض، فكان من الأجدر أن تمنح الولاية للأم مادامت أن الحضانة من حقها ، وتستحق الولاية واستوفت لها جميع الشروط المذكورة سابقا، لأن الذكورة ليست شرطا متفق عليه ولذا يمكن لها أن تسند إليها الولاية كما هو معمول به عمليا أمام المحاكم، حيث أن الأم إذا أسندت لها الحضانة فإنه يجب أن تسند لها الولاية بشكل آلي ولو لم تطالب بها أمام القاضي، إلا أنه هناك استثناء في حالة زواج أحد الأبناء فإنه يمكن للأم أن تمنح الولاية إلى الولي الشرعي للمقدم على الزواج إذا أراد ذلك، أو أن تباشر ذلك بنفسها أو تمنحها لشخص آخر مثل: الابن الأكبر أو العم أو الخال أو الجار. ....

كذلك نوضح الرؤية الاجتماعية للولي في عقد الزواج من خلال نصوص قانون الأسرة، فحاولنا معرفة رأي الشعب الجزائري ومدى اطلاعه على التعديل، وهل يعلم بمحتوى البنود المعدلة في قانون الأسرة أم لا، فوقفنا على عدة فئات، واحدة لم تسمع أصلا بالتعديل أو سمعت ولم تفهمه جيدا أو لم تفقهه على هذا النحو ورافضة لكل إجراء مشابه له، وأخرى سمعت به وفهمته جيدا غير أنها لم ولن تعمل به، وهي رافضة له جملة وتفصيلا، كما أنهم أبدوا تحفظا واعتراضا عليه، وفي إجابتهم على سؤالنا المتمثل في إمكانية سماحهم لبناتهم بتزويج أنفسهن أو عقد قرانهن بدون حضورهم، خير دليل على رفضهم لهذا التعديل، حيث أكدوا جميعا أنهم يرفضون هذا الإجراء كلية، واصفين إياه بالخروج عن عادات وتقاليد المجتمع الجزائري بغض النظر كذلك الخروج عن الشرع . ولكن في المقابل لا يمكن أن ننفي من وجود بعض الايجابيات لهذا التعديل.

المطلب الثاني:

الآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي

إن لعقد الزواج مقاصد وغايات أبدية سامية، فهو ليس مجرد ارتباط يتم بين الرجل والمرأة، إنما يربط بين أسرتين برباط من الألفة والمودة فيضم إلى الأسرة عضوا جديدا يندمج بها، فالزوج

يختلط في أسرة زوجته وكذلك الزوجة تختلط في أسرة زوجها، ويطلع كل منهما على ما خفي عليه من أمورها.

ولذلك كان من الواجب العناية عند الاختيار حتى يثمر الزواج ثمراته، ويحقق مقاصده التي شرعها الله سبحانه وتعالى له.

فالزواج لا يقتصر أثره على إيجاب وقبول العاقدين فقط، بل يتعدى ذلك إلى جميع أفراد الأسرتين، فكان من الضروري موافقة الولي على هذا العقد، لأنه أمر غير مستحسن ولا مقبول في أعرافنا وتقاليدنا أن تتولى المرأة عقد زواجها بنفسها دون الرجوع إلى موافقة أوليائها وأهلها، وذلك لأن لأسرتها حق في ألا يساء إليها بمصاهرة من لا يليق بها، فقد تدخل المرأة إلى أسرتها عضوا جديدا يحمل العار أو الفجور، فيساء إلى الأسرة بذلك.

فالمرأة مهما بلغت من العلم والثقافة إلا أنها تبقى قليلة الخبرة بأحوال الرجال وأخلاقهم، فقد تتسرع في الاختيار نتيجة الانخداع والتأثر بالثناء وزخرف الكلام، فتخضع لعاطفتها ولا يمتد نظرها للمستقبل البعيد، لقلة خبرتها وتجاربها في الحياة، فتتسرع في قبول الراغب بالزواج منها غير مبالية بما قد يمس سمعة أسرتها فتلحق الضرر بهم وبأوليائها، وبنفسها أيضا، لأنها حين تنفرد بتزويج نفسها بدون الرجوع إلى أوليائها، كان لا أهل لها، فيصبح زواجها فيه شيء من الغموض والسرية وعدم الإعلان.

والإسلام جاء ليحفظ للمرأة عفتها وسمعتها وشرفها وذلك باشتراط الولي في عقد زواجها للحرص على توثيقه وإعلانه وإخراجه بالصورة الحلال.

والمرأة التي تزوج نفسها دون نفسها دون الرجوع لوليها قد تختار شخص غير كفء لها ولا لأوليائها، فيعيرون بانتساب غير الكفء لهم بهذه المصاهرة.

وقد لا توفق في زواجها واختيارها، فيصيب الأولياء العناء والشقاء خاصة إذا وصل الشقاق بين المرأة وزوجها إلى الطلاق، وعادت إليهم وهي تحمل في رحمها جنينها وتمسك بيدها أولادها.

فهنا ما مصير أبنائها غير الضياع ووجود أسرة تضمهم وتجمعهم وأب يقوم على تربيتهم ورعايتهم، والقيام بأمورهم التي يحتاجون بها.

وأيضا ما مصير المرأة؟ وكيف سيتقبلها المجتمع ويتعامل معها؟ فالمرأة المطلقة لا يرحمها الناس.

وإن حصل وتزوجت المرأة مرة أخرى كيف سيعاملها زوجها، وهل سيتقبل أبنائها ويقوم بتربيتهم، من النادر أن يقبل زوج أبناء زوجته من زوجها السابق، فهنا ما مصير الأبناء غير الضياع والفساد لهم لعدم وجود المحبة والمودة والألفة الموجودة بين الأسرة، فيؤثر ذلك على حياتهم النفسية ومعاملاتهم الاجتماعية مع غيرهم من الأولاد.

فكثيرا من الأولاد ضاعوا في مفاسد الحياة وانغمسوا في جرائمها، ولم يبالوا وذلك نتيجة حرمانهم من عطف الأبوة وحنان الأمومة والأسرة الصالحة.

وقد لا توفق المرأة بزواج آخر نتيجة ما مسها هي وأسرتها من العار، فتصبح ذات سمعة سيئة في المجتمع فلا يرغب فيها الخاطبون، وذلك من شأنه أن يؤثر سلبا على حياتها النفسية.

فالزواج بدون ولي قد يكون ذريعة للزنا، لأن الرجل لا يعجز أن يقول للمرأة: زوجيني نفسك بمبلغ كذا .... ويشهد عليهما رجلان من أصحابه، وماذا كانت النتيجة إلا أن خدعها الرجل وزنا بها باسم الزواج.

فهنا من المخطأ غير المرأة نتيجة تصرفها بنفسها بدون الرجوع لأوليائها، فما استفادت غير العار والفضيحة والندم.

وعلى ذلك فإن للزواج بدون ولي آثار تدمر الأخلاق والآداب والأعراض، مما جعل أكثر زواج النساء اللاتي تزوجن بدون الرجوع لأوليائهن زواجا باطلا شرعا، تضيع معه الأنساب والأعراض والأولاد.

وبذلك كان اشتراط الولي تفادي كثيرا من الأخطار الخلقية والأدبية والنفسية والاجتماعية، التي يتعرض لها النساء بجهلهن وتهورهن، وباصطناعهن الحرية الكاذبة، وبإتباؤعهن للأهواء الهدامة.[1]

[1]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، مرجع سابق، ص 87– 88– 89.

خـاتمة

نظرا للترابط الوثيق الذي يسود المجتمع المسلم فإنه لا يخول للمرأة أن تبرم عقد زواجها بنفسها، بل لابد من وجود ولي ذكر إلى جانبها يعبر عن إرادتها ويملي شروطها في عقد الزواج دون تزييف أو تحريف وذلك خوفا على مصالحها وحفاظا على كرامتها، لأن عقد الزواج ليس كغيره من العقود إذ أنه لا يمثل عقدا مؤقتا يزول بزوال المصلحة، إنما ينعقد على أساس الديمومة والاستمرار، فهو يمثل رباطا وثيقا وعلاقة متينة به يستحل الرجل ما كان محرما عليه قبل العقد، كما أن عقد الزواج ليس رباطا بين فردين فقط بل هو بين أسرتين مما يزيد الولي حرصا على تزويج وليته من شريف يفخر به، وعليه ناقشنا مسألة الولي في عقد الزواج لما له أهمية في إبرام العقد.

إذن بعد أن قمنا بدراسة موضوع المركز القانوني للولي في عقد الزواج، فقد توصلنا إلى عدة نتائج، والتي يمكن بيان أهمها، على النحو الآتي:

1- اهتمام الشريعة الإسلامية بالزواج، فوضعت له مقدمات ونظم لتكوينه وشروط لصحته، وذلك لتحفظ النسل، وتكفل للعالم سعادته.

2- أن في الامتثال لأمر الزواج تحقيق العبودية لله سبحانه وتعالى وذلك بتنفيذ أمره، و إتباع سنة رسله.

- إن في الزواج تحقيق لنداء الفطرة الإنسانية، وذلك بصيانة النفس عن الزنا، وتحصين الدين، وتحصين المرأة وحفظها.

- أن الولي شرط في صحة عقد الزواج، فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها.

3- أن الولي في عقد الزواج حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على غيره، أي المولى عليه بسبب الصغر أو الأنوثة أو البكارة ولذلك فلا ولاية على الرجل ما لم يكون صغيرا أو محجورا عليه أوسفيها ومتى اكتملت لديه أهلية الزواج فله الحق في اختيار شريكة حياته وليس لأحد مهما كانت قرابته التأثير عليه.

4- إن في اشتراط الولي في عقد زواج المرأة حفظا لها ولحيائها، والمحافظة على مصالحها.

5- اختلاف الفقهاء بشأن زواج المرأة منهم من جعلها حرة الاختيار و لها الحق في تزويج نفسها بنفسها ما دامت عاقلة رشيدة وهذا ما ذهب إليه المذهب الحنفي، لكن القول بهذا يؤدي إلى مآس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون رجوع لإرادة والديها، وبين من يضيق عليها دائرة الاختيار هذه فيجعلها مجبرة إن كانت بكرا و لو كانت عاقلة بالغة راشدة، إلا أن سلطة الإجبار هاته لا تخول لجميع الأولياء إلا للأب أو وصيه وذلك تقديرا لحنان الأب على ابنته وما يكنه لها من العطف والحنان، أما غيره من الأولياء فلا يجوز لهم ذلك و تكون ولايتهم ولاية اختيار يراعى فيها بالدرجة الأولى إذن المرأة واختيارها ورضاها، سواء كانت بكرا أم ثيبا وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث منع ولاية الإجبار في الزواج إذ لم يرى مبررا لذلك مادامت المرأة بالغة عاقلة باستثناء الأب الذي يمكنه جبر ابنته أو منعها من الزواج إذا رأى في ذلك مصلحة لها.
ومنع ولاية الجبار مؤسس على أن دور الولي في الزواج لا يعدوا أن يكون إبرام عقد الزواج نيابة عن المرأة في الحالات التي يمنعها العرف والحياء من حضور مجلس العقد.

إلا أن الولي ومادام قد خصه المشرع بهذه المهمة فليس له الحق في الاستبداد بسلطته ومجاوزة حدود ولايته وذلك بأن ينفرد برأيه أو يمارس ضغطه على من في ولايته ليجبره على زواج هو كارهه أو يمنعه من زواج هو راض به، إذ أن رضا الولي وحده منفصل على رضا من في ولايته لا يحقق الغاية المنشودة من عقد الزواج فلابد أن يكون رضا المرأة مدعما برضا وليها، ورضا وليها ممثلا لرضاها حتى لا نكون أمام حالة تعرض الرضائين الذي ينجم عنه إما حرمان المرأة من الزواج بمن تريد أو زواجها بدون ولي و هذا ما لم يقل به الشرع والقانون.

يلاحظ عدم التوازن بين موقع الولي من جهة، وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية، بما يخل من مقاصد الزواج منها: تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير الحماية للزوجة حال الخلاف والنزاع، كما يوفر لها سند قويا حتى لا تهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها.
6- إذا كان الزواج بدون ولي فهو باطل.
7- لعقد الزواج آثار لا تعود على الزوجين وحدهما، بل على أسرتهما أيضا، فتنال الأسرة منه شيء من العار.
8- لا يجوز للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج.

9- أن المشرع لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد.

10- نجد المشرع الجزائري لم ينص على غيبة الولي وإنما اكتفى بأثر تخلفه الذي ذكره في المادة 33 من ق أ ج ولعل هذا راجع إلى الرؤية القانونية للولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر (02/05).

التوصيات:

1- نوصي بتنفيذ أمر الله سبحانه وتعالى، وإتباع سنة رسله وذلك بالامتثال لأمر الزواج، والعمل على تسييره بأقل التكاليف.

2- ضرورة إبراز دور الآباء والأولياء في تزويج المرأة، وعدم منعها من الزواج بدون سبب، من الأحسن ذكر أهم الأسباب التي تجعل الولي يرفض الزواج على من هي في ولايته، لأن الولي أحيانا قد يتعسف في منع موليته من الزواج ممن ترضاه.

3- ضرورة توعية المرأة بأهمية وجود الولي في زواجها، وعدم إبرامها عقد زواجها بنفسها ولو كانت راشدة.

4- دعوة المدارس والجامعات إلى ضرورة توعية الطلاب والطالبات إلى مفهوم الزواج الصحيح المستوفي للأركان والشروط التي وضعها الشارع له.

5- نوصي الشباب إلى زيادة ثقافتهم بكل ما يستجد من حولهم، وعدم الأخذ بالعادات والثقافات الغربية التي استحدثت أنواع الزواج وصوره الجديدة والتي أكثرها باطل.

6- قد علمنا أن هناك أسباب وعوامل دفعت بالمشرع إلى تعديل قانون الأسرة وجعله متماشيا مع عصر العولمة، إلا أن هذا التعديل أتى في رأينا بتساؤل هام ولا شك أنه يوافقنا في ذلك الكثيرون حينما سمح للراشدة بتفويض أي شخص آخر، فمن هو هذا الشخص يا ترى؟ فهل انقلبت الآية، إذ المعروف أن المشرع عند سنه للقواعد القانونية المختلفة يكون ذلك محاولة منه لوضع حد للفوضى وضمان الاستقرار في المجتمع فما بالك بما يتعلق بالأحوال الشخصية، حيث أتى بأحكام قد تثير اشمئزاز الكثيرين، وتؤدي إلى زوال المفهوم المقدس للأسرة والروابط العائلية وخاصة الروابط الأبوية، فأقول كيف للمشرع يقول أن الفتاة تختار من تشاء؟ كان من الأحسن على

المشرع وضع هؤلاء الأشخاص الذين يمكن للفتاة أن تختارهم لإبرام عقد زواجها في أي حال من الأحوال سواء كان في حالة وفاة الأب أو اعتراضه أو غيابه لمدة طويلة، لأنه ليس كل شخص مسموح له بالقيام بذلك، فمن خلال كلمة اختيار أي شخص، جعل للمرأة خاصة في الأوان الأخيرة تعقد زواجها بنفسها أو يعقد لها أشخاص بدون علم أهلها مثل ما سبق وأن ذكرت في القضايا.

7- نجد المشرع الجزائري عند إلغائه **للمادة (12)** كان خطأ كبير لأن هذه المادة كانت شاملة بالموضوع أحسن مما عليه حاليا في **المواد (11) و (13) ق أ ج.**

8- هناك مسألة أغفلها المشرع دون مبرر وهي مسألة زواج الصغيرة والصغير في حالة الإعفاء من بلوغ سن أهلية الزواج للمصلحة أو للضرورة المنصوص عليها في **المادة (07)** منه، وهي مسألة اتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية على إثبات سلطة الولي على إجبار الصغيرة والصغير على الزواج.

9- ضرورة وضع حد معين بالنسبة لمنح الإذن بالترخيص بالزواج للقصر، فهذا راجع إلى تدهور المجتمع بشكل كبير وهو واقع حاليا بالمحاكم، تكاثر ظاهرة الطلاق بالنسبة للشباب الصغير، فكان على المشرع أن يضع ضوابط قانونية لهذا الموضوع لأنه ليس أي شخص قادر على تحمل المسؤولية خاصة بالنسبة للصغيرة والصغير اللذان لم يبلغا 19 سنة كما هي محددة في القانون.

10- كان على المشرع أن يذكر الوكالة في عقد الزواج مثل ما ذكرت في بعض القوانين العربية.

11- على حسب الرأي الخاص كان على المشرع الجزائري عندما وضع ولاية الاختيار كان عليه أن يضع معها حدود لأن المرأة كما قلت سابقا لديها غرور في ذلك مما أصبح الآن ينتج عليها عوائق كبيرة كزواجها بنفسها دون علم والدها مثل ما وضحت في بعض القضايا.

ولكن رغم ذلك فإن الشاذ لا يقاس عليه، فلا أظن أن أغلبية الجزائريات من لهن ذرة شرف وكرامة أن تسمح لشخص آخر غير أبيها أو أحد أقاربها بتولي زواجها، فالأب هو شرف المرأة وعزتها فمن فقدت شرفها فقدت حياتها.

ومع قناعتي بشرط الولي في عقد الزواج، وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب، بل حفاظا على مصلحة المرأة من جهة، وتحقيقا لمقتضى السياسة الشرعية من ناحية أخرى، كون الأمة اجتمعت وتوحدت على رأي ولا مصلحة في إلزامها بخلافه، ونظرا لتقارب المذهبين كما أسلفت الذكر، ولكي يكون القانون متسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج، فإن نص التعديل المقترح كالآتي:

المادة 11: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضر وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.

12- للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها.

13- إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك تكون صياغة نص المادة على النحو الآتي:" يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعا فعدل من المسلمين"، أما إذ كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي: " تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل، في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي."

وبذلك نكون قد أزلنا التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي في عقد الزواج، وميزنا بين ركن الرضا الذي يقضي على تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي المختلف عن الركن في المرتبة والأثر، كما نكون بذلك قد حافظنا على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك من المصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى، بما ينسجم مع أحكام السياسة الشرعية التي توازن بين مصلحة الفرد والجماعة وترعاهما على السواء.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة إلى علماء الشريعة والقانون المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة والقانونية، والإدراك للواقع واكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته، والحرص على المصلحة العامة للبلاد والعباد دون غيرها.

المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع باللغة العربية

أ) المصادر:

القرآن الكريم (رواية ورش)

كتب الحديث:

1 -البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم صحيح البخاري، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998م.

2 -البيهقي، أحمد بن الحسن بن علي: السنن الكبرى، تحقيق:محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1414هـ- 1994م.

3 -الترميذي: الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، مطبعة الحلبي، مصر، 1986.

4 -الدارقطني: سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1995.

5 -أبو داود: سنن أبي داود، تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.

6 -ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق خليل مأمون شيحا، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1996.

7 -مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.

8 -النسائي: السنن الكبرى، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001.

ب) المراجع باللغة العربية:

1) الكتب:

1 -أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات**، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

2 – أحمد راتب عرموش، موطأ الإمام مالك، ط5، ، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1401هـ-1971م.

3 -أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

4 -أحمد نصر الجندي، **شرح مدونة الأسرة المغربية**، دار الكتب القانونية للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، 2010.

5 -أسامة ذيب مسعود، **أثر الإكراه في عقد النكاح**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، نابلس، فلسطين،2007.

6 -الأكحل بن حواء، **نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية**، بحث مقارن، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون الخاص)، جامعة الجزائر، الجزائر، 1393هـ- 1974.

7 -أنور الخطيب، **الأهلية المدنية في التشريع الإسلامي والقوانين اللبنانية**، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

8 -بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ-2012م.

9 -بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص120.

10 –الحبيب بن الطاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ج3، ط1، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001.

11 –الحلبي بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط4، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان،2001، ص 101.

12 –جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، قرارات المحكمة العليا، ج2، ط1، منشورات كليك، الجزائر،2013.

13 –جمال سايس ،**الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، قرارات المحكمة العليا، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1449.

14 –جميل فخري محمد جانم، **مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون**، ط1، دار الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

15 –دليلة فركوس، **تاريخ النظم، المقدمة العامة، النظم القديمة**،ج1، الأطلس للنشر والتوزيع، الجزائر.

16 –رمضان أبو السعود، **الوسيط في شرح القانون المدني . خاصة المصري واللبناني**، النظرية العامة للحق– الدار الجامعية للطباعة والنشر، الأردن.

17 –زكي الدين شعبان، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ط4، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، ليبيا، ص 214.

18 –سعد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

19 –عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، (كتاب النكاح– كتاب الطلاق)، ط2، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ–2003م.

20 –عبد الفتاح تقية، **قانون الأحوال الشخصية**، دار ثالة بن عكنون، الجزائر، 2000.

21 –عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، حسب آخر تعديل له قانون رقم(02/05) المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428هـ– 2007م.

22 –علي علي سليمان، **نظرات قانونية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

23 –علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

24 –عوض بن رجاء العوضي، **الولاية في النكاح**، ط1، ج2، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2002، ص 203–205 .

25 –عيسى حداد، **عقد الزواج**، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار– عنابة– الجزائر، 2006.

26 –سالم البهنساوي، **مكانة المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية**،ط1، دار الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 1991م.

27 –السباعي مصطفى، **المرأة بين الفقه والقانون**، ط1، دار الكتاب اللبناني للنشر والتوزيع والطباعة، لبنان، 1986.

28 –سليمان ولدخسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ–2010 م.

29 –سمير السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، مطبعة العصافرة، الإسكندرية، مصر، 1986.

30 –السيد سابق، **فقه السنة**، ط5، ج6–7–8–9–10–11، المجلد2، دار الكتاب العربي،بيروت، لبنان، 1403هـ–1973م، ص07.

31 –محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

32 –محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس والمشاكل الاجتماعية المعاصرة**، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان.

33 –محمد بلتاجي، **أحكام الأسرة – دراسة مقارنة – (الزواج والفرقة)**، ط1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 1421هـ–2001م.

34 –محمد علي، **منح الجليل ـ شرح مختصر سيدي خليل**، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982م.

35 –محمد الغزالي، **ركائز الإيمان**، دار الشهاب للطباعة والنشر، 1986، ص.

36 –محمد محده، **الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية**، ط2، ج1، دار الشهاب سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج ، باتنة، الجزائر، 2000.

37 –محفوظ بن الصغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05**، كلية الحقوق، دار الوعي للنشر والتوزيع، المسيلة، الجزائر.

38 –نسرين شريقي، وكمال بوفروة، **قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

39 –نصر سلمان، **أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1428هـ– 2007م.

40 –نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1422هـ–2011م.

41 –وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، جزء الأحوال الشخصية 10، ط1، دار الفكر، سوريا.

42 –يحي ابن يحي الليثي، موطأ الإمام مالك، ط1، المكتبة العصرية، لبنان، 2000.

43 -يوسف دلاندة، **قانون الأسرة الجزائري**، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.

2) الرسائل الجامعية:

1 أحمد هنرم، الأهلية والولاية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، ابن عكنون، الجزائر، 2009م/2010م.

2 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 في الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1427هـ- 2006م.

3 عبد الرحمن هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،1978، الجزائر.

4 -هجرس بولبداوي، **الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001- 2000.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :

1- BENMELAH ghaouthi ; Le droit Algerien de la famille O.P.U 1993.

2-BENCHIKH Farid, Autopsie de la tragédie algerienne aujourd'hui boumerdes 1995.

3- PIERRE julien ; Le contrats entre époux librairie générale du droit.

4- SAADI noureddine ; La fammile et la loi en algérie 1991.

ثالثا: المجلات باللغة العربية:

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

2 -زهدود كوثر، **الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية**، مجلة الفقه والقانون، عدد02، 2005، الجزائر.

3 -فراس سعدون فاضل، **غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح- دراسة فقهية مقارنة-** مجلة كلية العلوم الإسلامية، مجلد 06، عدد12، 1433 هـ/2012م.

4 -علي بودفع، **حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون**، مجلة السلطة والمسؤولية، عدد 05،2011.

5 -المجلة القضائية لسنة: 1968، ج3- عدد خاص-1-2-3- 1992،عدد1- 1996، 1997، عدد3- 2000، عدد2-2001، ج2- 2002، عدد2- 2003، عدد1-2007، عدد1-2009، ج2و3- 2013.

رابعا: الدساتير والقوانين:

أ) الدساتير:

1 -الدستور الجزائري لسنة 1989 الصادر بتاريخ 1989/11/23.

2 -الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بتاريخ 1996/11/28.

ب) القوانين:

1 -جريدة الخليج، الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 6378، 1417هـ-1996م.

2 -قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤرخ بتاريخ 26/9/2010.

3 -قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

4 قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون رقم (28) لسنة2005.

5 قانون الأحوال الشخصية الخليجي المؤرخ سنة 1418هـ - 1997م.

6 قانون الأحوال الشخصية العماني المؤرخ بتاريخ 2014/09/28م.

7 قانون الأحوال الشخصية السوداني المؤرخ بتاريخ 1991/07/24م.

8 قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم سنة 1430هـ– 2009م.

9 قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدلة بالقوانين 21 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و22 لسنة 2008، ج 8، ط1، فبراير 2011.

10 – قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008 .

11 – القانون المدني القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم من الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 02 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975.

12 – مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرّخ في 13 أوت 1956.

13 – مدونة الأسرة المغربية 70/03، تم تعديله بالقانون 08/09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم (103– 10– 1) بتاريخ 03 شعبان 1431(16 يوليو 210)، الجريدة الرسمية عدد (5859)، بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 210).

خامسا: المجلات باللغة الفرنسية:

1- Revues Algérienne des sciences juridiques ,économiques et politiques ;

Volume x N° 03 septembre – 1973 .
Volume xxx N° 02 juin – 1988.
Volume xxx N° 02 – 1995.

2- Revues des droit de l'homme N° 09-06- 1995.
3 –Revues N A Q D – N° 03 – 1992.

سادسا: قواميس اللغة:

1- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج6 ، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1972.
2- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري: **لسان العرب**، باب الواو، ط1، ج15 ، دار الفكر، بيروت، لبنان.
3- الزبيدي محب الدين أبو فيض السيد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من ظواهر القاموس** ، ج10، مطبعة دار الفكر، بيروت، لبنان.
4- علي بن هادية: بن لحسن البليش الجيلاني، **القاموس الجديد للطلاب**، ط1، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.

سابعا: المواقع الإلكترونية :

- www.djazairess.com/alfadjr/150656 الفجر، المواطن،أخبار اليوم:

ثامنا: لقاءات شخصية:

1- برامة محفوظ، قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قمار، لقاء يوم: 2015/03/17، الساعة 14:00.
2- العزوني خير الدين، قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قمار، لقاء يوم 2015/02/11، الساعة 11:00.

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
الإهداء.....	
شكر وعرفان	
مختصرات	
مقدمة	
الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج	
الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج.....	06
المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج.....	08
المطلب الأول: تعريف ودليل مشروعية الولاية في عقد الزواج	08
الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج.....	08
أولا: تعريف الولاية لغة	08
ثانيا: تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي.....	10
ثالثا: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني.....	11
الفرع الثاني: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج.....	12
أولا: دليل وجود الولي من القرآن الكريم.....	13
ثانيا: دليل وجود الولي من السنة النبوية.....	13
المطلب الثاني: التكييف القانوني وشروط الولاية في عقد الزواج.....	16
الفرع الأول: التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج.....	17
الفرع الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج.....	18
أولا: الشروط المتفق عليها للولي في عقد الزواج.....	19
ثانيا: الشروط المختلف فيها للولي في عقد الزواج.....	22
المبحث الثاني: أحكام الولاية في عقد الزواج.....	29

المطلب الأول: أقسام وترتيب الأولياء في عقد الزواج.....	30
الفرع الأول: أقسام الولاية في عقد الزواج.....	30
1- ولاية على المال.....	30
2- ولاية على النفس.....	30
أ -الولاية القاصرة.....	31
ب -الولاية المتعدية.....	32
أولا: الولاية الأصلية و النيابية في عقد الزواج.....	32
ثانيا: ولاية الإجبار والاختيار في عقد الزواج.....	34
1 ولاية الإجبار في عقد الزواج.....	35
-تعريف ولاية الإجبار.....	35
-مدى ثبوت ولاية الإجبار.....	35
-الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجبار في عقد الزواج.....	37
-من تثبت عليه ولاية الإجبار.....	39
-ضوابط سلطة الإجبار في عقد الزواج.....	41
-الجزاء المترتب على تعسف الولي في عقد الزواج.....	42
-موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في عقد الزواج.....	42
2- ولاية الاختيار في عقد الزواج.....	45
-تعريف ولاية الاختيار.....	45
-الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الاختيار في عقد الزواج.....	46
-الأولياء الذين تثبت عليهم ولاية الاختيار في عقد الزواج.....	48
-موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار في عقد الزواج....	50
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج.....	51
أولا: مذهب الحنابلة.....	52
ثانيا: مذهب الشافعية.....	52
ثالثا: مذهب المالكية.....	52

رابعا: مذهب الحنفية.....	53
خامسا: رأي بعض القوانين العربية لترتيب الأولياء في عقد الزواج.....	53
سادسا: رأي الفقه الإسلامي لترتيب الأولياء في عقد الزواج.....	56
سابعا: ضرورة إعادة النظر بشأن ترتيب الأولياء في عقد الزواج.....	59
المطلب الثاني: دور وعضل الولي في عقد الزواج.....	59
الفرع الأول : دور الولي في عقد الزواج.....	59
الفرع الثاني: عضل الولي في عقد الزواج.....	61
أولا: تعريف العضل.....	61
ثانيا: انتقال الولاية لأي شخص من المسلمين.....	66
المطلب الثالث: أثر غياب وتخلف الولي في عقد الزواج الصحيح.....	67
الفرع الأول: أثر غياب الولي في عقد الزواج.....	67
الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج.....	71
أولا: الجانب الفقهي.....	71
ثانيا: الجانب القانوني.....	71
الفصل الثاني: تطبيقات وموقف القضاء الجزائري من الولاية في عقد الزواج	
المبحث الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج ما بين فترة الاحتلال الفرنسي وقبل صدور قانون الأسرة الجزائري.....	74
المطلب الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج أثناء الاحتلال الفرنسي.....	74
المطلب الثاني: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد الاحتلال الفرنسي وقبل تعديل قانون الأسرة 11/84.....	80
المبحث الثاني: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد صدور قانون الأسرة الجزائري02/05 والآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي.....	96
المطلب الأول: تطبيقات الولاية في عقد الزواج بعد صدور قانون الأسرة الجزائري 02/05.....	96
المطلب الثاني:الآثار الاجتماعية والنفسية للزواج بدون ولي.....	109
خاتمة.....	113
المصادر والمراجع.....	118

فهرس المحتويات.....	127