

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويّنة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقتضات

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لتنشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحصيص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعوناً للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حلّ للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهمّ طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معنّ له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامناً من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج وفضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم وما عليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الرويبة،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحاته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أنّ ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهمّ نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبدّ أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجها، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

**الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :**

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوَّجَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup>، وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالزُّوْفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللّٰهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبَا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا أَلَمْ نَسْأَلْكَ أَنْتَ زَوْجَكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
 كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
 ويُقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوّجها، وأَنكَحَ المرأة: زَوَّجَها إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
 وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
 ونبرر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
 إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص. ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

### الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنَّ الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

#### 1- القول الأول:

إنَّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنَّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنَّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

#### 2- القول الثاني:

إنَّ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

#### 3- القول الثالث:

أنَّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنَّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيتاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

## التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتية :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهري في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فإغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حُرْمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطئها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجدة فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأتمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائق. فليس فيه لفظ إنكاح، ولا تزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر دينها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها فإنها لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامة أسردها

على النحو الآتي :

**أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :**

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويعِ شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤيّي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التأكيد حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابد لها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد تترتب مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل ومرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرمتها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتبدير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولي القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصدیق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه ولياً، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويُنقَد هذا التعريف لكونه عرّ عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفياً بذلك دون الإشارة إلى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: "قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويُنقَد هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لا بد أن تستند إلى سبب يعتدّ به الشرع ويقوّره، وبدون هذا السبب لا يمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

وما يمكن ملاحظته عموماً من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهّي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أو السلطة، أو القدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثاراً للحق وليست ذاته، بما يعني أيضاً أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكَّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموماً بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهّي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أو على من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموماً يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تتنوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعنية إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثم تعيين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسماً: خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

- أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين، وهم خمسة أصناف: القريب كالأب، الوصي، والمالك، والوَلَى، والسلطان.
- ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

- أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .
- ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانياً : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

- 1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق (محمد بن سيدي محمد مولاى)، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4- البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق (إبراهيم أحمد عبد الحميد)، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تتنوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقد الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لا.م، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أمّا موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّبعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليتها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

### خلاصة الفصل التمهيدي :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون

الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أمّا القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشروع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد (9)، (11)، (12)، (13)، (33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد (9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05. كما أنّ المشروع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

## الفصل الأول

# أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكييف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

##### التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكييف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداءً ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلتيه حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلتيه، أي فمن زوجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقته في ذلك، ومن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولوبعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعمّر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعبر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركن آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإنّ الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، رتب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرّر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، مما يفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup>، مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup>؟!.

ومأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لاط، دارالفجر، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

**الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :**

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

**I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :**

**أولاً- التعريف اللغوي للركن :**

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القوية<sup>3</sup>.

**ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:**

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقومٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلق بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يُلحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصّاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البنّاني، محمد بن الحسن، الفتح الرياني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأَبصار، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود ، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشرطٌ، ومنه أشرط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبج لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّاق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة " ، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال : "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة) ، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرادوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي مما لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنونه ركنا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبرونه ركنا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعلق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنا مجازا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح.

4- كما أن اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، مما عرّب بعضهم بالشرط فيما عرّب عنه بعض آخر بالركن وبالعكس. ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُم الولي عُم النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الولي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والولي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالولي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجد عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الولي.  
لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الولي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها.  
فمنها<sup>4</sup> :

أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدوم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .  
ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.  
ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م ، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الموعنة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلا عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقا أو التزاما لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فورا وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبرا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصا بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلا إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفا فيه عوّه فاسدا<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسدا لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لأبد لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأنّ الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلاّ أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصحّ للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها - وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلاّ أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعشرون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، نقل عن "مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنْعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أن الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إن شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أن هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعل مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقا لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، مما يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، نقلاً عن "العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِيَّ وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت.255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلبي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
 ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد أول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله،"تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية،المرجع السابق،ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل،"تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجورا<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه

وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.

**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغره أو سفهه أو جنون، "نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛ "أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلِّ وَوَلِيٍّ مُرْشِدٍ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لام، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لمولّيته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.

- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيبا رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلحت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

### ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصّها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُلّ من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup> .

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقاً لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانوناً 19 سنة كاملة .

غير أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم..."، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي..."، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمّل أعباء الزواج وما يترتّب عليه من آثار كالقدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا ط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينيوية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدّعي، كما أنّه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البدل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى- أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولايته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثقتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أما بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يكتفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمرهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثوبية، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تنتظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوّج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص. 446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص. 442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص. 448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف، لِمَا فِي الصَّغَرِ مِنْ انْعِدَامِ الْقَصْدِ، أَوْ الْقُصُورِ النَّظَرِ فِيمَا يَأْتِي أَوْ يَدْعُ .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰئِي يَدُسُّ نَ مِنْ الْمِحِضِ مِنْ سَلٰٓءِكُمْ اِنْ  
رَتَّبْتُمْ فَعَعْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ اَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾<sup>1</sup>، فقله تعالى: ﴿ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾  
بيان لعدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة ، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحرار الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجنابة غير الوطء، أو خلة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر"<sup>2</sup>.

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حقّ من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبيّ عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهنّ مرّة أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup>، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهنّ إذا رغبن في نكاح

أزواجهنّ، فإنّ من كان أمره بيده لايقال إن غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنع غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أنّ ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتَ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَى اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْإِيَّاهُ<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكُونَنَّ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهن لما خاطب الله أولياءهن دونهن، وكذلك لو كان للمرأة أن تُنكِحَ نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصح به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: " ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: " فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: " أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: ( يخطبُ الرجلُ إلى الرجلِ وَهَيْئَةً )، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: ( لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أُولِيَاءِي حَاضِرًا )<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: " قال رسول الله ﷺ ( لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ... )"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار: " قوله ( لا نكاح إلا بولي ) هذا النفي يتوجه إمالي الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلا"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية (221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لا يمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ أُمَّرَأَةٍ تَكَّتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَانْكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، وهو شاهد قويٌّ لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصاً واستنباطاً منها في قوله (نكحت بغير إذن وليها) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله (فنكاحها باطل) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد أُعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى :** فقد أُعِلَّ بالإرسال، هذا فضلاً عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عتيبة عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي،"تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق ، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَتْ ذُرِّيَّتَهُ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصنع هذا به ويُفَات عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمرا قَضِيته فقّرت حفصة عند المنذر"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولا:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهدا متأولا - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانيا :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق ،ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّها، أو نبي الرأبي من أهلها، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد وللميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ.<sup>3</sup>

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن ولي"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبدان وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبدان أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبدان يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبذل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبدان بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبدان والاستلاء عليها من الأزدال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرطاً في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرة كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى:  
﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لاتمنعهنَّ أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لايتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع، "تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاخلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لايزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانفيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجز للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ رَوْعَرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " <sup>2</sup> . وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحُجَّاحَ عَلَيكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرّحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنّ إذا في أنفسهنّ بالمعروف إنّما هو ما يتم برضاهنّ واختيارهنّ مع أوليائهنّ، ثم عقد أوليائهنّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنّ قصر حقهنّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنّه لا شك أنّ عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كلّ ما كان محظوراً على المرأة المعتدّة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطّاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دلّت عليه السنّة الصحيحة، أمّا العقد فقد قام الدليل الخاص من السنّة على أنّه بيد وليّها ولامعارضه بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترزاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَحْضُرُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيّقوا عليهنّ بمنعكم إيّاهنّ أيّها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبتغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضْلَاهَا، ومنعها عمّا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: ما رواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: **أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أَنْفَ فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُلِّتْ** (أ<sup>2</sup>).

قال العيني مبيّناً صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقًا كانت أو متوفّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهرري أيضا، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسها...أ...) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت وليّة نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرفاً نافعاً، متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلما تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاجبة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسماً لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشّار عواد معروف ،عصام فارس الحرساني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله الذئب والبكر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التيب أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التيب، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التيب المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغاً بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البكر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التيب أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لاتُجبرن أبً، ولاتُمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحققها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لاتُزوّج حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أَيْمٌ قُطِبَتْ، لأنَّ الواحد رجلٌ أَيْمٌ سواء كان تزوّج من قبل أو لم يتزوّج. وامرأةٌ أَيْمٌ أيضاً، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصّاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا.ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا.م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيَّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحقُّ بالرضا دون العقد وأنَّ حقَّ الولي في العقد، ودلَّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقًا لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوًا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفا فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب- الدليل الثاني: مرواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته قال: فجئ الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أريد أن تعلم النساء أن ليس إلى الأباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقًا ثابتًا بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك "<sup>5</sup>.

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فعلم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتًا لما سكته عنه النبي ﷺ"<sup>6</sup>.  
وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرها، وذلك جمعًا بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسَّتْ إخسًا، إذا فعلت فعلًا خيسًا. ويُرَقُّ: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلًا يكون فيه رفعة، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص. 922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص. 160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج. 3، لا ط، دار الفكر العربي، لا م، د. ت، ص. 91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَاءَ في أَنفُسِهِنَّ أمر؟، أم أَنَّ أمر أوليائِهِنَّ نافذ عليهنَّ وإن كرهنَّ؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: " والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء " <sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليِّ ؓ أنَّ امرأة زوّجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى عليِّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زوّجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوّجها فزوّجها جاز النكاح " <sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنَّه مختلف في إسناده ومتمته، ومخالف لما صحَّ عن عليِّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليِّ ؓ أنه أجاز نكاح امرأة زوّجتها أمُّها برضى منها " <sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأة من عائد الله يقال لها سلمة زوّجتها أمُّها وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليِّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز " <sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليّاً ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح " <sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومتمته، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئى - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بوليّ. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنّه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير وليّ من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه، "نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنّما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يردّ على ذلك، بعدّة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبذ به عن وليّها، بل الغالب أنّ وليّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلّ فهو شركة بينها وبين وليّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليّها أنّه لا يصلح لمثلها فإنّه يمنعها منه ولا يجوعلى إنكاحها إيّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الولي، ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الولي لتتمام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص. 12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأمّا إقرارها بالنكاح: فإنّه لا ينعقد به النكاح، وأمّا يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأمّا اعتبار رضاها في مباشرة وليّها نكاحها: فإنّ ولاية الولي عليها ثابتة شرعا، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنّه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وأمّا حقّها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أنّ ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقّها، ومثل ذلك لإثبات حقّها في مطالبة وليّها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثا - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليّها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليّها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثمّ يصحّ لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليّها، فإن أذن لها صحّ نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ قال: (أَيُّ امْرَأَةٍ كَتَبْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه

يدلّ على صحّة إنكاحها نفسها بإذن وليّها .

ذكر الصنعاني: " قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليّها» يُمْنعه منه أنّه إذا أذن لها جاز أن تعقد لنفسها، وأجيب بأنّه مفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراطه - أي اشتراط الولي في عقد زواج المرأة - " 2.

1 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الولي الذي يصحّ به النكاح هو إِنْ لمن ينوب عنه، وهو الوكيل، والمرأة لاتصح أن تكون نائبا عنه، لأنَّ الحقَّ عليها فلم تكن هي النائبة فيه"<sup>1</sup>. وقال بن قدامة: "يُقْتَمُّ قوله ﷺ (لأنكاح إلا بولي...) لعمومه على دليل الخطاب، والتخصيص هنا خرج مخرج الغالب، فإنَّ الغالب أنَّها لاتزوّج نفسها إلاّ بغير إذن وليّها، والعلّة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يُشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة"<sup>2</sup>.

إنَّ المقصود بإذن الولي في الحديث هو عقد الولي بنفسه، أو عقد وكيله، فيكون المعنى أيها امرأة نكحت بغير إنكاح وليّها -أصالةً أو وكالةً - فنكاحها باطل<sup>3</sup>. والواقع أنَّ المرأة لو رجعت إلى وليّها لاستئذانه، فأذن لها، فقلّما، بل من النادر جدا أن ترضى لنفسها أن تعقد هي وتترك وليّها، بل ليس من أخلاقيات المرأة التي تأخذ الإذن مراعاة لشعور وليّها أن تسلبه إنشاء العقد بعبارته، تشريفا له ولها<sup>4</sup>.

#### رابعا -الرأي المختار:

إنَّ حكم اشتراط الولاية في الزواج على المرأة الرشيدة الحرّة هو من أهمّ المسائل في بحثنا هذا، وقد طال وقوفنا عندها، وهي حرية بذلك، وذلك تبياننا لأقوال العلماء فيها، وتتبع أدلتهم وتأمل دلالتها وصحتها، يتجلّى بوضوح أرجحها دليلا، وأحظاها قبولا عند الأمة وهو مذهب الجمهور القائلين باشتراط الولاية في عقد الزواج وذلك للأسباب التالية:

- 1- إن أغلب الصحابة والتابعين ذهبوا هذا المذهب، فهم الذين عايشوا الرسول ﷺ وهم أكثر منا فهما واستيعابا للنصوص وللتطبيقات النبوية لها.
- 2- كثرة أدلة جمهور الفقهاء وقوتها من حيث الدلالة والصحة وترباطها، حيث يقوي بعضها البعض وجاءت كلها مركزة على عدم صحة الزواج بغير ولي بصورة واضحة وصريحة.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيّات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أنَّ أكثرها تمّوا وأقواها تأثّيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطلحت على تسميتها أسباب اللاقرابة .

كما أنَّ بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنَّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنَّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنَّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبية دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبية .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "...  
ويعتبر من ذوي القربى كل من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أن المشرع الجزائري  
يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصابات،  
وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه-  
معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أن القرابة من العصابات  
وذوي الأرحام معا، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.

ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدد  
بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثم معرفة طبيعة القرابة التي تكون سببا في  
ثبوت ولاية التزويج.

أما ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من  
نص المادة(11)، قد وسّع في أسباب ثبوت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية  
اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها  
أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها  
دون أن يحدد من هم هؤلاء الأقارب- على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب  
الأوليين- اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب ثبوت ولاية التزويج، إلا أنّه بمنحه المرأة  
حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر  
وذلك باستعماله لفظ"أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة  
في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة  
الراشدة، وهو سبب لانجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف  
السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو  
لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حد تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،  
2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليعة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب الالاقربة :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولي من لاولي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعّد القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3- م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 02/14/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّد المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخوّل للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخوّل الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعد<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة (20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه: "حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانع لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، والّا تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتّي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة رقم 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة (10): "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاهره أنّ المشرع الجزائري لم يقيد كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيضاء، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أسنتني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصبات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصبات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لاولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلُّ شيء يَتَّصَلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: "وإدخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: "فوض كل نكاح إلى كل عصابة، لأنه قابل الجنس بالجنس، أو بالجمع، فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، مما يقتضي أن النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أن الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أن الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

فرأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذو الأرحام كذلك، فالأرحام من القربات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال:(... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ)<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنكحُ العرّةُ إلاّ نَبيّاً وليّاً لها، أو ذِي الرّأي من أهلها، أو السلطان"<sup>5</sup>. ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبه أو من يقوم مقامهم.

### ثانيا-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>7</sup>.

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانَ وَلِيَّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقرابة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني: "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشعر الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيضاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أن الإيضاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته<sup>3</sup>.

أما المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أن الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدم يتبين أن الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهن بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الأُمِّ فِي إِتِّبَاتِ الظُّلْمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.

ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتَّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاءة، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيضاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فكذا لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيضاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيضاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضاً فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سبباً من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطاً هائماً، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدَّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

- 1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، د.ت، ص.223-224.
- 2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.
- 3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.
- 4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.
- 6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.
- 7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤججها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلاَّ أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لاعلى الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لاتثبت له ولاية النكاح مع وجود وليّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا.ط، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَّا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرًا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنَّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكَّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنَّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهمننا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجا، العوفي، المرجع نفسه ، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزي: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صح منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصح أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،..، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوجها، فتزوجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأن العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقّف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالاتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لايجوز اتفاقا، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأنته لايعبره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لايعيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أما بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان : أنَّ الوكيل هناك مايقيده ، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup>.

**ب-باقي المذاهب الثلاثة :** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحسانا، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفا وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذا على الموكل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلا، توقف العقد على إجازة الموكل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركنا من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلا سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصداق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، مما يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أن لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤا وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكرا حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أما بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطا في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لا يعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أن الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمنا.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساسا لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خيها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صداق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للمولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعها، قرابة العصباء و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدها تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإن الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجماع

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجماع، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقُّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثِّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجماع على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوّجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أنّ للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنّهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 379.

2 - المرجع نفسه، ص. 380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ﷺ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأما زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدل على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأن أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأما العصوية وقرب القرابة شرط للتقم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهو القرابة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العمّ لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثمّ فهم لا يثبتونها للجدّ، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد رسول الله ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجد، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّمَ الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إن العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقد أهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنى كل مذهب فقهي علة من هذه العلة أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن رد اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن الموليِّ عليها في النكاح ورضاها به، وهذا الرضا قد يعبر عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدل على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يؤكد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها رد رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لا يفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192.الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها:(قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها».متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و4/336-342،337-343) ومسلم(4/141) وكذا النسائي(2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية ي نكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجاب تدور مع الجنون وجوداً وعدمًا، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجاب على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجاب بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجاب، لأنّه إذا استقلّ العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماع ترتّب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريللي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضا، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (التَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِهِ تَسْتَأْنِ وَأَنْذِرَ أَوْ صَمَلَتْهُ أ) <sup>4</sup>.

فمعنى الثيب أحق بنفسها من وليها: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أحق منه به: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته الثيب عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها، طمأن وليُّ البكر أحقُّ بها من نفسها، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطابة لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإيجاب. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإيجاب على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطّاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأباء إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَ لَكُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العدة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وأما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إذنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبتها تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علّة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإجماع مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علّة ولاية الإجماع:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علّة ثبوت ولاية الإجماع هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة الصغر، غير أنّهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصحّ أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيتها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أو ناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لولئها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجاب، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجاب تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و 16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقلعن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبله وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج، د، ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإيجار في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإيجار على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07م، م.ع.ق.، 1968م، ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.ع.د. د.ش، ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العواذب والتكفلّ بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 16/02/1985 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كفاءات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإيجار والاختيار على المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواج الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاَّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأنَّ المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولَّيته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أنَّ الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين ممَّا سبق أنَّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثمَّ لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقَّف عليه إبرام العقد، غير أنَّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقها تفويض الأمر إلى وليها لئلاَّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولَّ أمرها وليها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدوة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرى و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها(جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ  
لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة  
كلهم علماً، قّم الحاكم إن وُجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>.  
وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء  
عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح  
(أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب  
وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>.  
ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها  
في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة،  
ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّة تُقَدَّمُ عَلَى الأبوة عند المالكية، و تُقَدَّمُ الأبوة عَلَى البِنُوَّة عند الحنابلة، وليس للابن ولاية اختيار عند الشافعية إلا إذا شارك أمه في نسب كابن هو ابن ابن عمها فله الولاية بهذا النسب أو كان قاضياً<sup>1</sup>.

### ثانياً - المولى عليه في ولاية الاختيار:

مما هو محل اتفاق بين جمهور الفقهاء في ولاية الاختيار هو لزوم رضا المرأة بالنكاح، ومن ثم لا يصح للولي أن يستبد بالعقد دون مشاورتها وأخذ رضاها. و يتفق جمهور الفقهاء على لزوم رضا المرأة الثيب العاقلة بالنكاح، لقوله ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِفَيْهٍ أَوْ مِنْ وَلِيِّهَا)<sup>2</sup>، فهو صريح في جعل أمر نكاح الثيب إلى نفسها، ولا يدخل في هذا الثيب الصغيرة، إذ الصغر مانع من اعتبار عبارتها حتى تفصح عن رأيها، وبه يتضح رضاها، ومن هنا رأينا بعض الفقهاء وهم الشافعية يمنعون زواجها في هذه السن لذلك، ويوجبون انتظار بلوغها حتى تعبر هي بعبارتها عن رضاها. إلا أنهم اختلفوا في من هي المرأة الثيب؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجعاً على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء و طء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.

2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.

3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجاب عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، ممّا يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية ممّا علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

## المطلب الثاني

### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إيجاب وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تُترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): " يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي-الأب- يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته-ابنته-

بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدّعيّة بالزواج طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التّعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجوب أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسيا في العقد، ولا جدال أيضا في حضور الوليّ باعتباره شرطا لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقا للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا المولي عليها وحضور الولي في عقد زواجها، فهل للمولي عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسبا، لأنّ الفقه الإسلامي في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي ولي من لا ولي له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعدّ ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أنّ الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقته ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضّحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يُتصوّر إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصّغير والصّغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصّغير والصّغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أمّا الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصّغير والصّغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكرتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكرتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكماً لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإنّ إرادته هي المسيطرة وهي المعتبرة في العقد، وإن كانت آثاره تنصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للرّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الرّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الرّواج أبداً للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الولي المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الولي حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقاً - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الولي المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشّروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج مولدته للوصي .

وممّا يستدعي التّكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْطُمَّ قَسِيَةً أَذُنُوا كَمَا اسْتَأْنَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج مولدته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلّل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثّل في السّلطات والصّلاحيات للوليّ، وذلك من خلال النّصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائيّة على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الوليّ بنفسه أو من ينوبه عقد الزّواج ؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزّواج ؟.

3- هل يؤثّر غيابه على عقد الزّواج ؟.

4- هل له حقّ الاعتراض على عقد الزّواج ؟.

5- ماذا لو أُجبر الوليّ مولّيته على الزّواج ؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليّها..."، ممّا يُوهم أنّ الوليّ يقوم بدور الإشراف على عقد زواج مولّيته الرّاشدة، يقول الرّشيد بن شويخ : " واضح من النّص أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُوهم أنّ الرّضا (التّراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزّواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعوّ بهما الطّرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزّواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التّعبير عن الرضا شخصيّاً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الوليّ، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول من الطّرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعاً"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرّشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي..." . من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أن الولي هو المعني بتولي عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التولي؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للولي يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأُبرم أمام موثّق أو موظّف مُؤهل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ باعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup> .

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المادة(09) مكرر: " يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المادة(33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: " كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج .

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تنحصر في أمرين إثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه .

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاضلاً، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، وإلاّ تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتتطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النخول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضائها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128، م.ق، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الولي إلى درجة أنّه اكتفاء باشرطه في عقد زواج موليته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختياري شخص آخر غير وليها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج موليته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لموليته، تمارسه حسب اختيارها ومصحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإجبار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الولي في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الولي لأثر له في عقد زواج موليته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الولي في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الولي لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنّه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت موليته الاختيار، ولذلك كيفوا الولي على أنّه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الولي شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الولي أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الولي عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّب أحقّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَوَيْهِ أَمْ، وَوَيْكَرُ تَسْتَأْذِنُ وَوَيْهِ أَمْ صَمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجرر أم مستحباً بالنسبة للولي المجرر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكرًا: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا واذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذنا ولا ردًا؛ لأنه يشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أما الحنفية الذين كفيوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.212-213.

3 - المرجع نفسه، ص.37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألاّ يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السرّ وبعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زواجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1- عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

### حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

#### الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتد به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبين الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup>، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْبِلْغَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup>، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعى فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إباء فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجِزْنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي " متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لاط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلاّ ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إنّ الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إنّ الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإنّ المجرى العادي للأمر يدلّ على أنّ البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أمّا الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أنّ سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتّى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إنّ الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أمّا بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوج الولي المجرى المولى عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أن له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولى هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفر هذا الأساس كاملاً من غير أي شائبة تشويه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأن عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرى - خاصة إذا كان أباً أو جدياً - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلا أنهم إشتروا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقل من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأن وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجته بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>. قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>. أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْج موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنتقى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّة وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حق خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثم يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصغيرة الصغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الولي المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للمولي عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الولي أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبواً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبرة حق خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الولي المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنتقى في شرح المنتقى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

الأول: ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك.

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص.75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لاط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص.174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أي آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أن تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

##### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

#### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة(222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعتمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يقنن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استنادا إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سببا من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنونا أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيا أو أسيرا أو ارتد بعد أن كان مسلما، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبدا، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصح منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعل مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصح منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره.

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحق للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصح منه ذلك حتى يتحلل من الإحرام.

أما الحنابلة فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محدّدة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبّب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَمَّ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع الولي من تزويجها منه، لأنّ الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص.554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.372.

3 - الدريبر، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.376.

4 - الشريبي، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن تـ حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليّ تزويج المّولّي عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين، فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المادّة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للولّي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9"، فظاهر هذه المادّة أنّه لايجوز  
للولّي أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الولّي عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المادّة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد، المرجع السابق، ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المادة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ بَيْنَهُ وَخُطْبَهُ فَرُجُوهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراماً إذا لم يكن الزوج قادراً على الزواج من ناحية الإنفاق متيقناً من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراماً<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي نُكِّرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلاً .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبرراً لهذا المنع يعتبر عاضلاً، من وجهة المشرِّع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرِّع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أي معارضة. وبهذا يمكن القول بأن هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحد الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوا عَنْهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوا عَنْهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يردُّ الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولَّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرَةٍ تَكَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ اسْتَحْلٌ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفاءة وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجاب، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلاً ولو تكرّر ربه للخاطب الكفاءة عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يحدّ واحد منهم عضلاً<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقّق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممّن ثبتت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخصّ بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أنّ كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحقّقه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشربيني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورغب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤتي الى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازعا بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تـتعيّام القضاء عضل ولها، فلتحقيق ذلك يُؤمر الولي بالتزويج فإنَّ زوج فلا يكون عاضلاً، وإن لم يزوّج تحقق عضله وتأكّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أن الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرّ لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فإنَّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)<sup>4</sup>، على أن الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الوليّ الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، ومما لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الوليّ بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنّه لأضمن عدم ظلم الوليّ الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يثقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلامي :

إن موقف الفقه الإسلامي عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتّخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصحّ أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكون إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولُ أَحَقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جَورُ فَالسُّلْطَانِ وَلِيٌّ مِنْ لَأَ وَلِيٍّ لَهُ)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أنّ مسألة تولي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإن غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإن زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شؤون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup> .

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصح أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: "إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وكل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنابة لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لا.ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: "فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup>، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

ووجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقاً.

ج-الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سبباً في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإيجاب وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجبر إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أمّا إذا أنن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحداً عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعرّض استيفاؤه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعرّض مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوَلِيِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوَلِيِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوَلِيُّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوَلِيِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإيجاب في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوَلِيِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوَلِيَّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الوَلِيِّ الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن المولى عليه بسبب غيبة الوَلِيِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوَلِيُّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدّد ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنها تعد عائقاً عن زواج المولى عليه بولاية الوَلِيِّ الأقرب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدّمت فيه وسائل الاتصال تقمّاً مذهلاً، حتّى إنّه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفاء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنّها التي تنقطع فيها أخبار الوَلِيِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المُدّة، وجبّهُ المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة(112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الوليّ الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد وإلى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرى صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليّها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأنّ غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج مولّيته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقّه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أنّ ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أنّ مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المُولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قننه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجماع والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسبا ، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

#### ثانيا:المقترحات:

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لاتستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقْد.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمده القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتني بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون مدسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فأتي أقترح تعديل نص المادة(11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدد الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجتيه وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَ آسَكُنِ آتِ زَوْجِكَ الْهَجْرَةَ ﴾
22	107	﴿ ... وَمَالِكُمْ مِّنْ دُونِ آللَّهِ مِّنْ وَّلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ مَّ النِّسَاءِ فَبَلَّغْنِ آجْهَهُنَّ فَلَا تَحْضُلُوهُنَّ أَن يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَآضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿ ... وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَآءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَاذِينَ أَزْوَآجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغْنَ آجْهَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَآللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿ ... إِذَا تَرَآضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿ ... فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿ .. فَلَا تَحْضُلُوهُنَّ أَن يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَآضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿ ... وَقَالُوا حَبِّبْنَا لَآللَّهِ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَآحَ... ﴾
20	21	﴿ ... وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيًّا ﴾
54	144	﴿ آلَيْهِمْ آ النَّيْنِ عَامِدُوا وَلَا تَتَّخِذُوا الْكَآفِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ لُونِ الْعَمِيدِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَآحَ فَمِنْ آنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَآنْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَدُونَ فِي مَوْمِنٍ إِلَّا وَآلَانِمَةً ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوُوا وَمَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَلْبُغَ تَدُّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلِي فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ قَلْبَةً فَأَنْزِلُوا كَمَا اسْتَأْنَنَ لِّلَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رَتَبْتُمْ تَتَّهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيٍّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْوَالِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ...
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَارُهَا.
132	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ ۖ وَخَطَبَهُ فَرَّجُوهُ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٍ عَرِيضٍ.
191	إِذَا أُتِيَكَ الْوَالِيَانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أَوْهِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا اقْضَتْ عَدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِيَّيَّيْ قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أَجَازَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا بِرَضَى مِنْهَا .
90	الشيبياني	عن بحريّة بنت هانيء بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّنَنُ دَاوُدَ، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُنة، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَنّاني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لاطبعة، دارلحياءالتراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:**
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُبِعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيِّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لاطبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لاطبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاحيدون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوار على المنار، جزء2، لاطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لاطبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصَّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصَّحاح، لاطبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُودُ جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المَنخَل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لا طبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالى	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويّنة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقتاتة

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لنتشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحصيص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعونا للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حلّ للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهمّ طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معنّ له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامناً من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج وفضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم ومآعليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الروبية،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحاته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أنّ ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهمّ نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبد أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثنان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجاً، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

#### الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوَّجَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup>، وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالزُّوْفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبًا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
ويُقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوجها، وأَنَّكَه المرأة: زَوَّجَهُ إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
ونبّر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص. ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنّ الفقهاء مع اتفاقهم على أنّ لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

### 1- القول الأول:

إنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

### 2- القول الثاني:

إنّ النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

### 3- القول الثالث:

أنّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطاء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريّا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيّاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريّا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

### التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتيةين :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهرية في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فأغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حَرَمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطئها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجنت فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به مالا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأتمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائق. فليس فيه لفظ إنكاح، ولا تزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر دينها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها عنها فإنه لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامّة أسردها

على النحو الآتي :

**أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :**

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويعِ شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤيّي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التأكيد حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابدها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد ترتبت مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل ومرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرّمها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولى عليه وتدبير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولى القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصديق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه ولياً، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويدُّنق هذا التعريف لكونه عو عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفيا بذلك دون الإشارة الى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: " قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويدُّنق هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لا بد أن تستند إلى سبب يعتد به الشرع ويقوّه، وبدون هذا السبب لا يمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

وما يمكن ملاحظته عموما من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أو السلطة، أو القدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثارا للحق وليست ذاته، بما يعني أيضا أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموما بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أو على من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموما يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تنتوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعنية إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثم تعيين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسماً: خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

- أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين، وهم خمسة أصناف: القريب كالأب، الوصي، والمالك، والوَلَى، والسلطان.
- ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

- أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .
- ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانياً : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

- 1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق (محمد بن سيدي محمد مولاى)، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4- البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق (إبراهيم أحمد عبد الحميد)، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تنتوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقد الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لا.م، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أمّا موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّبعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

### خلاصة الفصل التمهيدي :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون

الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أمّا القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشروع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد(9)،(11)،(12)،  
(13)،(33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد(9مكرر)،(11)،(12)ملغاة،(13)،  
الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05.  
كما أنّ المشروع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

## الفصل الأول

# أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكييف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

##### التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكييف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداءً ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلتيه حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلتيه، أي فمن زوجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقته في ذلك، ومن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولوبعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعبر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركن آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإن الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإنّ المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، ردّب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلاّ أنّه قرّر أن العقد لا يُفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، ممّا يُفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تمّ العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup>، مع أنّ الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أنّ نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتمّ عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup>؟!.

ومأخّص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لاط، دارالفجر، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

### الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

#### I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :

##### أولاً- التعريف اللغوي للركن :

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القويّة<sup>3</sup>.

##### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقومٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلق بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يلاحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مختار الصحاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البناني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار، تحقق (عادل أحمد عبد الموجود، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامَةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشراطٌ، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبج لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّاق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة " ، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال : "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطّاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطّاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطّاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة) ، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمّد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطّاب، محمّد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرادوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي مما لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنوه ركنا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبروه ركنا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعلق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنا مجازا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح.

4- كما أن اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، مما عرّب بعضهم بالشرط فيما عرّب عنه بعض آخر بالركن وبالعكس.

ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُم الولي عُم النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الولي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والولي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالولي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجد عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الولي.  
لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الولي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها.  
فمنها<sup>4</sup> :

أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .  
ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.  
ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م ، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الموعنة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلا عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقا أو التزاما لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فورا وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبرا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصا بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلا إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفا فيه عوّه فاسدا<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسدا لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لأبد لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأنّ الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلاّ أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصحّ للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها - وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلاّ أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعّون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، "نقلا عن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أن الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتيين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إنّ شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أن هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعلّ مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقاً لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ممّا يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، "نقلاً عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِيَّ وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلبي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد أول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله، "تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية،المرجع السابق، ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل،"تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجوراً<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه

وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.

**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغره أو سفهه أو جنون، "نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛ "أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَى وَوْلِي مَرْشِدٍ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ (لَا تَنْكُحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لام، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يُفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لمولّيته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.
- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيبا رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

## ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُلّ من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup> .

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقا لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانونا 19 سنة كاملة .

غير أن المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم...". ، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي...".، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمّل أعباء الزواج وما يتردّب عليه من آثار كالقدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا ط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينيوية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدّعي، كما أنّه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البدل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى- أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولايته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثنتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أمّا بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يكتفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمّل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمورهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثوبية، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تنتظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص.446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف، لِمَا فِي الصَّغَرِ مِنْ انْعِدَامِ الْقَصْدِ، أَوْ الْقُصُورِ النَّظَرِ فِيمَا يَأْتِي أَوْ يَدْعُ .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰٓئِي يَدُسُّنَّ مِنْ الْمِحْيَضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ  
رَتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ نَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللّٰٓئِي لَمْ يَحْضَنْ... ﴾<sup>1</sup>، فقله تعالى: ﴿ وَاللّٰٓئِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾  
بيان لعدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحرار الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجناية غير الوطء، أو خلة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر<sup>2</sup>."

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حق من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهن مرة أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup> ، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح

أزواجهن، فإن من كان أمره بيده لا يقال إن غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنعه غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها "<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَى اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْآيَةُ<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكُونَنَّ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهنَّ لما خاطب الله أولياءهن دونهنَّ، وكذلك لو كان للمرأة أن تُنكِحَ نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتجَّ بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصحُّ به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: " ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: " فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: " أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: ( يخطبُ الرجلُ إلى الرجلِ وَهَيْئَةً )، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: ( لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أُولِيَاءِي حَاضِرًا )<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ-الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: " قال رسول الله ﷺ ( لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ... )"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار : " قوله ( لا نكاح إلا بولي ) هذا النفي يتوجه إمالي الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلا"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية(221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لا يمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ أُمَّرَأَةٍ تَكَتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، وهو شاهد قويٌّ لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصاً واستنباطاً منها في قوله (نكحت بغير إذن وليها) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله (فنكاحها باطل) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد أُعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى :** فقد أُعِلَّ بالإرسال، هذا فضلاً عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عُبَيْدَةَ عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي،"تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق ، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَ تَزْوِجَ نِسِيَّتِهِ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصنع هذا به ويُفَات عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمراً قَضِيته فقَرّت حفصة عند المنذر"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولاً:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهداً متأولاً - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانياً :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّها، أو نبي الرأبي من أهلها، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد ولميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ.<sup>3</sup>

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن ولي"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبخاع وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبخاع أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبخاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبدل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبخاع بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبخاع والاستلاء عليها من الأردال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرط في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرًا كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزّوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لاتمنعهنَّ أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لايتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ،"تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاخلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لايزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانفيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدلّ ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجز للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ رَوْعَرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " 2. وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحُجَّاحَ عَلَيكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرّحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنّ إذا في أنفسهنّ بالمعروف إنّما هو ما يتم برضاهنّ واختيارهنّ مع أوليائهنّ، ثم عقد أوليائهنّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنّ قصر حقهنّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنّه لا شك أنّ عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كلّ ما كان محظوراً على المرأة المعتدّة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطّاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دلّت عليه السنّة الصحيحة، أمّا العقد فقد قام الدليل الخاص من السنّة على أنّه بيد وليّها ولامعارضة بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترزاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَحْضُرُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيّقوا عليهنّ بمنعكم إيّاهنّ أيّها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبتغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضَلْهَا، ومنعها عمًا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: مارواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال **أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَمِنْ وَلِيِّهَا**، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أُنْفُهَا فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُمَّتْ أَمَّا<sup>2</sup>. قال العيني مبيِّنًا صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقًا كانت أو متوفِّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهري أيضا، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسه... ) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفِّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعًا"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليا عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعًا، لكون النكاح تصرفًا نافعا، متضمنًا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالًا ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلما تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاجبة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسمًا لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشار عواد معروف ،عصام فارس الحرساني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية ، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله التي وبالبر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التي أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التي، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التي المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغا بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التي أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لا تزجرن أب، ولا تمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحققها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أيايم فطبت، لأن الواحد رجل أيم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأة أيم أيضا، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا، ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا، م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحق بالرضا دون العقد وأن حق الولي في العقد، ودلّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقًا لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوًا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفا فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: مارواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته قال: فجئي الأمر إليهما، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أريد أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقًا ثابتًا بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك "<sup>5</sup>.

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فطم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتًا لما سكّت عنه النبي ﷺ"<sup>6</sup>.  
وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرها، وذلك جمعًا بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص.173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسّت إخلاسًا، إذا فعلت فعلًا خيسًا. ويُرَقى: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلًا يكون فيه رفعة، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج.3، لا ط، دار الفكر العربي، لا م، دت، ص.91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَاءَ في أَنفُسِهِنَّ أمر؟، أم أَنَّ أمرَ أوليائِهِنَّ نافذ عليهنَّ وإن كرهنَّ؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: " والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء " <sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليِّ ؓ أَنَّ امرأةً زَوَّجَتْ ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى عليِّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زَوَّجَتْ نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجه جاز النكاح " <sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنه مختلف في إسناده ومتمته، ومخالف لما صحَّ عن عليِّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليِّ ؓ أَنَّهُ أجاز نكاح امرأة زَوَّجَتْهَا أمُّها برضى منها " <sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأة من عائد الله يقال لها سلمة زَوَّجَتْهَا أمُّها وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليِّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز " <sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريَّة بنت هانئ بنت قبيصة أَنَّها زَوَّجَتْ نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليًّا ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح " <sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومتمته، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريَّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئى - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بولي. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنّه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير ولي من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه،" نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمَّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحَّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الوليِّ العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الوليِّ لنوع من المروءة وهو أنَّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويُدعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يُردَّ على ذلك، بعدة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنَّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبَدُّ به عن وليِّها، بل الغالب أنَّ وليِّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلِّ فهو شركة بينها وبين وليِّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليُّها أنَّه لا يصلح لمثلها فإنَّه يمنعها منه ولا يجوعلى إنكاحها إيَّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوّجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوّجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الوليِّ ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الوليِّ لتمام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص.ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأمّا إقرارها بالنكاح: فإنّه لا ينعقد به النكاح، وأمّا يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأمّا اعتبار رضاها في مباشرة وليّها نكاحها: فإنّ ولاية الولي عليها ثابتة شرعاً، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنّه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وأمّا حقّها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أنّ ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقّها، ومثل ذلك لإثبات حقّها في مطالبة وليّها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثاً - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليّها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليّها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثمّ يصحّ لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليّها، فإن أذن لها صحّ نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ قال: (أَيُّ امْرَأَةٍ كَتَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه

يدلّ على صحّة إنكاحها نفسها بإذن وليّها .

ذكر الصنعاني: "قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليّها» يُلْفَهُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَنْزَلَ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ لِنَفْسِهَا، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَفْهُومٌ لَا يُقْوَى عَلَى مَعَارِضَةِ الْمَنْطُوقِ بِاشْتِرَاطِهِ - أَيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوْاجِ الْمَرْأَةِ - "2.

1 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الْوَلِيَّ الَّذِي يَصَحُّ بِهِ النِّكَاحُ هُوَ إِنْ لَمْ يَنْوِبْ عَنْهُ، وَهُوَ الْوَكِيلُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهَا فَلَمْ تَكُنْ هِيَ النَّائِبَةَ فِيهِ"<sup>1</sup>. وقال بن قدامة: "يُقْتَمُّ قَوْلُهُ ﷺ (لَانِكَاحِ إِلَّا بَوْلِيِّ...) لِعَمُومِهِ عَلَى دَلِيلِ الْخَطَابِ، وَالتَّخْصِيسُ هَهُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تَنْزَوِّجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيَّهَا، وَالْعَدَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مَبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوُقَاخَتِهَا وَرِعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يَنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمَرْوَةِ"<sup>2</sup>.

إِنَّ الْمَقْصُودَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ بِنَفْسِهِ، أَوْ عَقْدُ وَكَيْلِهِ، فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَيُّهَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِكْنَاحٍ وَلِيَّهَا -أَصَالَةً أَوْ وَكَالَةً- فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ<sup>3</sup>. والواقع أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى وَلِيِّهَا لِاسْتِنْدَانِهِ، فَأَذْنٌ لَهَا، فَقَلَّمَا، بَلْ مِنَ النَّادِرِ جِدًّا أَنْ تَرْضَى لِنَفْسِهَا أَنْ تَعْقِدَ هِيَ وَتَتْرَكَ وَلِيَّهَا، بَلْ لَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِيَّاتِ الْمَرْأَةِ الَّتِي تَأْخُذُ الْإِذْنَ مِرَاعَاةً لِشُعُورِ وَلِيِّهَا أَنْ تَسْلُبَهُ إِثْنَاءَ الْعَقْدِ بِعِبَارَتِهِ، تَشْرِيفًا لَهُ وَلِهَا<sup>4</sup>.

#### رابعاً -الرأي المختار:

إِنَّ حُكْمَ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ الْحَرَّةِ هُوَ مِنْ أَهَمِّ الْمَسَائِلِ فِي بَحْثِنَا هَذَا، وَقَدْ طَالَ وَقُوفُنَا عِنْدَهَا، وَهِيَ حُرِيَّةٌ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَا لِأَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ فِيهَا، وَتَتَّبَعُ أَدْلَتُهُمْ وَتَأْتِي دَلَالَتُهَا وَصَحَّتْهَا، يَتَجَلَّى بِوُضُوحٍ أَرْجَحُهَا دَلِيلًا، وَأَحْظَاهَا قَبُولًا عِنْدَ الْأُمَّةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ لِلْأَسْبَابِ التَّالِيَةِ:

- 1- إنَّ أَغْلَبَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ زَهَبُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، فَهَمُ الَّذِينَ عَاشَرُوا الرَّسُولَ ﷺ وَهُمْ أَكْثَرُ مِنَّا فَهُمَا وَاسْتِعَابَا لِلنُّصُوصِ وَالتَّطْبِيقَاتِ النَّبَوِيَّةِ لَهَا.
- 2- كَثْرَةُ أَدْلَةِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ وَقُوَّتُهَا مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةُ وَالصَّحَّةُ وَتَرَابُطُهَا، حَيْثُ يَقْوِي بَعْضُهَا الْبَعْضَ وَجَاءَتْ كُلُّهَا مَرَكِزَةً عَلَى عَدَمِ صَحَّةِ الزَّوْجِ بِغَيْرِ وُلِيِّ بِصُورَةٍ وَاضِحَةٍ وَصَرِيحَةٍ.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيّات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أنَّ أكثرها تمّوا وأقواها تأثّيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطلحت على تسميتها أسباب اللاقرابة .

كما أنَّ بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنَّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنَّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنَّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبية دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبية .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "...  
ويعتبر من ذوي القربى كل من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أن المشرع الجزائري  
يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصابات،  
وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه-  
معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أن القرابة من العصابات  
وذوي الأرحام معا، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.

ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدد  
بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثم معرفة طبيعة القرابة التي تكون سببا في  
ثبوت ولاية التزويج.

أما ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من  
نص المادة(11)، قد وسّع في أسباب ثبوت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية  
اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها  
أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها  
دون أن يحدد من هم هؤلاء الأقارب- على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب  
الأوليين- اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب ثبوت ولاية التزويج، إلا أنّه بمنحه المرأة  
حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر  
وذلك باستعماله لفظ"أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة  
في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة  
الراشدة، وهو سبب لانجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف  
السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو  
لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حد تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،  
2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليبة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب الالاقربة :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولي من لاوّلّي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعّدّ القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3- م.ع.غ.أ.ش.، ص.ت، 02/14/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّ المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخول للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنعه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعدها<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة (20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه: "حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانعاً لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، والّا تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتّي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمّانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة رقم 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة (10): "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاھرہ أنّ المشرع الجزائري لم یقید كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيضاء، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أستثني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصابات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصابات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لاولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصابات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلُّ شيء يَتَّصَلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: "وإدخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: "فوض كل نكاح إلى كل عصابة، لأنه قابل الجنس بالجنس، أو بالجمع، فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، مما يقتضي أن النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أن الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أن الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

فرأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذو الأرحام كذلك، فالأرحام من القرابات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال:(... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ)<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنكحُ العرّةُ إلاّ نَبيّاً وليّاً لها ، أو ذِي الرّأي من أهلِها ، أو السُّلطان " <sup>5</sup> . ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصابة أو من يقوم مقامهم.

### ثانياً-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>7</sup> .

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُلْطَانَ وَلِيَّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقرابة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني: "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشعر الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب"<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيضاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أن الإيضاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته<sup>3</sup>.

أما المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أن الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدم يتبين أن الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهن بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الأُمِّ فِي التَّيْبَاتِ الظُّلَمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.  
ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتَّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاء، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيصاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فذلك لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيصاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيصاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنَّه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضاً فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سبباً من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطاً هائماً، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتمت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدِّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، د.ت، ص.223-224.  
2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.  
3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.  
4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.  
5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.  
6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.  
7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤجها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلاَّ أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لاعلى الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لاتثبت له ولاية النكاح مع وجود وليّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا.ط، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَّا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرًا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنَّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكَّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنَّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهمننا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجا، العوفي، المرجع نفسه ، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزى: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صح منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصح أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،..، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوجها، فتزوجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأن العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقّف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالاتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لايجوز اتفاقا، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأثَّه لايعبَّره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لا يغيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أما بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان: أنَّ الوكيل هناك مايقبده، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup>.

**ب-باقي المذاهب الثلاثة:** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحسانا، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفا وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذا على الموكل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلا، توقف العقد على إجازة الموكل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركنا من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلا سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصدق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، ممّا يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أنّ لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤاً وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكراً حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أما بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطاً في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لا يعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أنّ الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمناً.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساساً لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خوّها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صداق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للولي على المولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعيها، قرابة العصابات و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدها تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإن الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجماع

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجماع، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجماع على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوّجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أنّ للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنّهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 379.

2 - المرجع نفسه، ص. 380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ؓ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأما زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدل على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأن أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأما العصوية وقرب القرابة شرط للتقدم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهوالقربة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العم لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثم فهم لا يثبتونها للجد، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد رسول الله ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجد، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّم الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدّم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدّم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحيمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إنّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنّه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقدته للأهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنّى كل مذهب فقهي علة من هذه العلى أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن الموليِّ عليها في النكاح و رضاها به، وهذا الرضا قد يعبر عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدل على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يؤكد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها رد رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لا يفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192.الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها: (قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها».متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و4/336-342،337-343) ومسلم(4/141) وكذا النسائي(2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية ي نكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: : فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجاب تدور مع الجنون وجوداً وعدمًا، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجاب على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجاب بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجاب، لأنّه إذا استقل العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماع ترتب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريلي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضاً، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِ الْبُرِّ تَسْتَأْنِنُ وَإِنْذِهِ أَوْ صُلَاتُهَا) (أ)<sup>4</sup>.

فمعنى الثيب أحق بنفسها من وليها: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أحق منه به: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته الثيب عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها، طمأن وليُّ البكر أحقُّ بها من نفسها، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطابة لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإيجاب. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإيجاب على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطّاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - الثبُّهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأبائهم إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَتْ لَكُمْ فَعِدَّتُهُمْ نُّ ثَلَاثَةٌ أَوْ سِتٌّ أَوْ سَبْعَةٌ أَوْ ثَمَانِيَةٌ أَوْ تِسْعَةٌ أَوْ عَشْرَةٌ أَوْ إِثْنَتَا عَشْرَةَ أَوْ ثَلَاثَا عَشْرَةً أَوْ أَرْبَعًا عَشْرًا أَوْ خَمْسًا عَشْرًا أَوْ سِتًّا عَشْرًا أَوْ سَبْعًا عَشْرًا أَوْ ثَمَانِيَةً أَوْ تِسْعًا عَشْرًا أَوْ عَشْرًا عَشْرًا﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العدة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وأما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إزنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبته تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علّة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإجماع مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علّة ولاية الإجماع:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علّة ثبوت ولاية الإجماع هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة الصغر، غير أنّهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصحّ أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أو ناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لوليتها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجابار، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجابار تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و 16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقلعن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبلة وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج، د، ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإجماع في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإجماع على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07م، م.ع.ق.، 1968م، ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.ع.د. د.ش، ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العوازب والتكفلّ بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 16/02/1985 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كفاءات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإجماع والاختيار على المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواجَ الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاَّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأنَّ المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولَّيته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أنَّ الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين ممَّا سبق أنَّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثمَّ لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقَّف عليه إبرام العقد، غير أنَّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقها تفويض الأمر إلى وليها لئلاَّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولَّ أمرها وليها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدوة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرر و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها(جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ  
لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة  
كلهم علماً، قّم الحاكم إن وُجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>.  
وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء  
عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح  
(أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب  
وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>.  
ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها  
في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة،  
ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّةَ تُقَدَّمُ عَلَى الأبُوَّةِ عِنْدَ المَالِكِيَّةِ، وَ تُقَدَّمُ الأبُوَّةُ عَلَى البِنُوَّةِ عِنْدَ الحَنَابِلَةِ، وَلَيْسَ لِلابْنِ وِلَايَةُ اخْتِيَارٍ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا إِذَا شَارَكَ أُمَّهُ فِي نَسَبِ كَابِنٍ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا فَلَهُ الوِلَايَةُ بِهَذَا النِّسْبِ أَوْ كَانَ قَاضِيًا<sup>1</sup>.

### ثانيا - المُولي عليه في ولاية الاختيار:

مَّا هُوَ مَحَلُّ اتِّفَاقٍ بَيْنَ جَمْهُورِ الفُقَهَاءِ فِي وِلَايَةِ الاخْتِيَارِ هُوَ لَزُومُ رِضَا المَرَأَةِ بِالنِّكَاحِ، وَمَنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ لِلوَالِي أَنْ يَسْتَبْدَ بِالعَقْدِ دُونَ مَشَاوَرَتِهَا وَأَخَذَ رِضَاهَا. وَ يَتَّفَقُ جَمْهُورُ الفُقَهَاءِ عَلَى لَزُومِ رِضَا المَرَأَةِ الثَّيْبِ العَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ، لِقَوْلِهِ ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)<sup>2</sup>، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي جَعْلِ أَمْرِ نِكَاحِ الثَّيْبِ إِلَى نَفْسِهَا، وَلَا يَدْخُلُ فِي هَذَا الثَّيْبِ الصَّغِيرَةَ، إِذِ الصَّغَرُ مَانِعٌ مِنْ اعْتِبَارِ عِبَارَتِهَا حَتَّى تَفْصَحَ عَنِ رَأْيِهَا، وَبِهِ يَتَضَحَّ رِضَاهَا، وَمِنْ هُنَا رَأَيْنَا بَعْضَ الفُقَهَاءِ وَهَمَّ الشَّافِعِيَّةِ يَمْنَعُونَ زَوَاجَهَا فِي هَذِهِ السَّنِّ لِذَلِكَ، وَيُوجِبُونَ انْتِظَارَ بُلُوغِهَا حَتَّى تَعْرَفَ هِيَ بِعِبَارَتِهَا عَنِ رِضَاهَا. إِلَّا أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي مَنْ هِيَ المَرَأَةُ الثَّيْبُ؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمعا على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء وطاء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

- 1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.
- 2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.
- 3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.
- 4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.
- 6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجاب عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، ممّا يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية ممّا علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

## المطلب الثاني

### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إيجاب وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): "يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي-الأب- يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته-ابنته- بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدعيّة بالزواج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجود أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسياً في العقد، ولا جدال أيضاً في حضور الوليّ باعتباره شرطاً لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا الموليّ عليها وحضور الوليّ في عقد زواجها، فهل للموليّ عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الوليّ على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأنّ الفقه الإسلاميّ في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الوليّ في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي وليّ من لا وليّ له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعدّ ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أنّ الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقة ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضّحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يُتصوّر إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصّغير والصّغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصّغير والصّغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أمّا الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصّغير والصّغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكارتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكارتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكما لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإنّ إرادته هي المسيطرة وهي المعتبرة في العقد، وإن كانت آثاره تنصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للرّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الرّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الرّواج أبدا للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الولي المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الولي حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقا - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الولي المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشّروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج مولدته للوصي .

وممّا يستدعي التّكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطُّمُقَيْتَ أَتَدُوا كَمَا اتَدُ الْبَالِغُونَ أُولَئِكَ عَالِمُ الْغَيْبِ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج مولدته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتّى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثل في السلطات والصلاحيات للولي، وذلك من خلال النصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائية على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الولي بنفسه أو من ينوبه عقد الزواج؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزواج؟.

3- هل يؤثر غيابه على عقد الزواج؟.

4- هل له حق الاعتراض على عقد الزواج؟.

5- ماذا لو أجبر الولي موليته على الزواج؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليّها..."، ممّا يُفهم أنّ الولي يقوم بدور الإشراف على عقد زواج مولّيته الرّاشدة، يقول الرشيد بن شويخ : " واضح من النصّ أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُفهم أنّ الرضا (التراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعو بها الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصياً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الولي، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعا"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي..." من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أن الولي هو المعني بتولي عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التولي؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للولي يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأبْرَمَ أمام موثّق أو موظّف مُؤهل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ بإعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرّع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرّعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup>.

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المادة (09) مكرر: "يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المادة (33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: "كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج.

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تنحصر في أمرين اثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه.

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم"<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاضلاً، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، والّا تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أُجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتتطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النحول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضاهها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128، م.ق، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الوليّ إلى درجة أنّه اكتفاءً باشتراطه في عقد زواج مولّيته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختيار أي شخص آخر غير وليّها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج مولّيته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لمولّيته، تمارسه حسب اختيارها ومصّلحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإجبار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الوليّ في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الوليّ لأثر له في عقد زواج مولّيته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الوليّ في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الوليّ لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنّه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولّي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت مولّيته الاختيار، ولذلك كيفوا الوليّ على أنّه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولّي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الوليّ شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الوليّ أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الوليّ عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّبُ أحقُّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَوَيْهِ أَمْ، وَوَيْهِ تَسْتَأْذِنُ وَوَيْهِ أَمْ صَمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا واذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردّاً؛ لأنه يشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أما الحنفية الذين كفيوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.212-213.

3 - المرجع نفسه، ص.37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألاّ يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السرّ وبعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زوجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1- عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

### حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

#### الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتد به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبين الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup>، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْبِلْغَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup>، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعي فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصتق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إباء فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجِزْنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي " متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا.ط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلاّ ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إنّ الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إنّ الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإنّ المجرى العادي للأمر يدلّ على أنّ البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أمّا الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أنّ سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتّى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إنّ الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أمّا بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوج الولي المجرى المولى عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أن له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولى هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفر هذا الأساس كاملاً من غير أي شائبة تشويه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأن عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرى - خاصة إذا كان أباً أو جدًّا - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلا أنهم إشتراطوا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقل من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأن وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجته بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>. قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>. أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْج موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنقّى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّة وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حق خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثم يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصغيرة الصغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الولي المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للمولي عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الولي أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبواً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبورة حق خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الولي المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنقّى في شرح المنقّى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

الأول: ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك.

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص.75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لاط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص.174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أي آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أن تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

#### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

#### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة(222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعتمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يقنن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانياً - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استناداً إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سبباً من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنوناً أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيّاً أو أسيراً أو ارتد بعد أن كان مسلماً، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصحّ الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبداً، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصحّ منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعلّ مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصحّ منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره .

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحقّ للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصحّ منه ذلك حتى يتحلّل من الإحرام .

أما الحنابله فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محددة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَمَّ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع الولي من تزويجها منه، لأن الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص. 554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 372.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص. 376.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص. 207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن تـ حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليِّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليِّ تزويج المّوليِّ عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين، فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المآة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المآة 9"، فظاهر هذه المآة أنّه لايجوز  
للوليّ أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الوليّ عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المآة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد، المرجع السابق، ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المآة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ بَيْنَهُ وَطَقَهُ فَرُجُوهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراما إذا لم يكن الزوج قادرا على الزواج من ناحية الإنفاق متيقنا من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراما<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي نُكِّرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلا .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبررا لهذا المنع يعتبر عاضلا، من وجهة المشرِّع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرِّع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أي معارضة. وبهذا يمكن القول بأن هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحد الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاها<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يردُّ الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولَّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرَةٍ كَتَبْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفء وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجابار، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلا ولو تكرّر ربه للخاطب الكفاء عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يحدّ واحد منهم عاضلا<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقّق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممّن ثبتت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخص بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أن كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحقّقه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشربيني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورغب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤتي الى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازعا بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تـتعيّام القضاء عضل ولّيتها، فلتحقيق ذلك يُؤمر الولي بالتزويج فإنَّ زوج فلا يكون عاضلاً، وإن لم يزوّج تحقّق عضله وتأكّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أن الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرّ لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقّق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فإنَّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)<sup>4</sup>، على أن الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، ومما لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الولي بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنه لأضمن عدم ظلم الولي الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يثقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلاميين :

إن موقف الفقهاء الإسلاميين عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصح أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكون إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولِ أَحَقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جواراً فالسلطان وليٌّ من لا وليَّ له)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أنّ مسألة تولّي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإنّ غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإنّ زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شئون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup>.

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصق أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: "إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وكل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنطاباً لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لاط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: "فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup>، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

ووجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقاً.

ج- الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سبباً في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإجماع وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجرى إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أمّا إذا أن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحدا عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعذّر استيفاءه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعذّر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوليِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوليِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوليِّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوليِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإجماع في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوليِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوليِّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الولي الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن الموليِّ عليه بسبب غيبة الوليِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوليِّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدَّ ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنَّها تعد عائقاً عن زواج الموليِّ عليه بولاية الولي الأقرَّب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدَّمت فيه وسائل الاتصال تقمماً مذهلاً، حتَّى إنَّه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتَّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنَّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدَّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنَّها التي تنقطع فيها أخبار الوليِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المدّة، وجبّى المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة (112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الولي الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد وإلى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرى صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأن غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج موليته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أن ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أن مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المُولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قّنه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجماع والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسباً، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سنداً قوياً حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

**ثانياً:المقترحات:**

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لا تستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقْد.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمدُه القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتني بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون مدسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فأتي أقترح تعديل نص المادة(11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدد الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجبيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَّ اسْكُنْ أَتَ وَزَوْجِكَ الْجَبَّةَ ﴾
22	107	﴿ ... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيِّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ الْمَرْءِ النَّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْهَهُ نَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿ ... وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَاذِينَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغَ أَجُّهُنَّ نَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿ ... إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿ ... فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿ .. فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿ ... وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾
20	21	﴿ ... وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيًّا ﴾
54	144	﴿ أَلَيْهِمْ أَلِ النَّبِيِّنَّ عَمَدٌ وَلَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَمِنْ أَمْتُمْ مِّنْهُمْ مَّ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هَؤُلَاءِ إِلَّا وَ لَانِمَّةٌ ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوِيُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ نُدَّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهَدْنَا إِلَىٰ آلِهِمْ مِنْ قَبْلِي فَنَسِيًّا وَلَمْ نُجِدْ لَهُمْ عِزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ فَلْيَتَّخِذُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ لِلَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا وَإِلَيْهَا رُجِعْتُمْ وَبِعَاقِبَتِكُمْ مَوَدَّةٌ وَرَحْمَةٌ... ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدُسُّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رُتَبْتُمْ تَتَّهِنُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيِّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ... .
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجْرَا فَالْأَسْلُطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنَهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتِكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا.
132	الْتَيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ وَإِذْنَهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ ۖ وَخَطَقَهُ ۖ فَزَوِّجُوهُ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادَ عَرِيضٍ.
191	إِذَا نَكَحَ الْوَالِدِيَّانِ فَلأَوَّلُ أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أَوْهِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنَ لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا قَضَتْ عِدَّتَهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِيَّيْ قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أَجَازَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا بِرَضَى مِنْهَا .
90	الشيبياني	عن بحريّة بنت هانيء بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّجِّدَانِي، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُنة، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَّانِي، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لاطبعة، دارلحياءالتراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:**
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُبِعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيَّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الرَّاجِحِ من الخِلافِ، لا طبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لا طبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاحيدون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوار على المنار، جزء2، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لا طبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصَّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصَّحاح، لا طبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُودُ جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تفية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المَنخَل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: "أحوال شخصيّة"

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللّوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويّنة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقتضات

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لتنشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحصيص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعوناً للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حلّ للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهمّ طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معنّ له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامناً من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج وفضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم وما عليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الروبية،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أن ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهم نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبد أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجاً، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

**الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :**

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوَّجَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup>، وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالزُّوْفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبَا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا أَلَمْ نَسْأَلْكَ أَتَىٰ زَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
ويُقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوّجها، وأَنكحَ المرأة: زوّجها إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
ونبّر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص. ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

### الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنَّ الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

#### 1- القول الأول:

إنَّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنَّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنَّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

#### 2- القول الثاني:

إنَّ النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

#### 3- القول الثالث:

أنَّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنَّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطاء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيتاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

### التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتيةين :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهري في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فإغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حَرَمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطنها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجدة فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به مالا يتضمن إباحة الوطاء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائق. فليس فيه لفظ إنكاح، ولا تزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها فإنها لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا ) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامة أسردها

على النحو الآتي :

أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويعِ شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤيّي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التوقيت حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابدها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد ترتبت مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل وامرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرّمها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولى عليه وتبدير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولى القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصديق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددوا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه وليًا، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويُنقَد هذا التعريف لكونه عرّ عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفياً بذلك دون الإشارة إلى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: "قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويُنقَد هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لا بد أن تستند إلى سبب يعتدّ به الشرع ويقوّره، وبدون هذا السبب لا يمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

وما يمكن ملاحظته عموماً من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهّي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أو السلطة، أو القدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثاراً للحق وليست ذاته، بما يعني أيضاً أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموماً بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهّي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أو على من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموماً يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها

صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تتنوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعديّة إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثمّ تعيين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسمان :خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين, وهم خمسة أصناف: القريب كالأب, الوصي, والمالك, والوَلَى, والسلطان.

ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام, فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية, كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .

ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانيا : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق( محمد بن سيدي محمد مولاي )، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4- البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق( إبراهيم أحمد عبد الحميد )، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تتنوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقدية الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لا.م، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أما موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّ بعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

### خلاصة الفصل التمهيدي :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون

الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أمّا القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشرع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد(9)،(11)،(12)،  
(13)،(33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد(9مكرر)،(11)،(12)ملغاة،(13)،  
الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05.  
كما أنّ المشرع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

## الفصل الأول

# أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكيف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكيف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التكيف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

##### التكيف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكيف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداءً ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلتيه حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلتيه، أي فمن زوجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقتة في ذلك، ومن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولوبعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعمّر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعمّر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركنا آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإنّ الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، رتب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرّر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، مما يفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup>، مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup>!؟.

ومأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لاط، دارالفجر، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

**الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :**

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

**I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :**

**أولاً- التعريف اللغوي للركن :**

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القوية<sup>3</sup>.

**ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:**

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقومٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلق بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يلاحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مختار الصحاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البناني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود ، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامَةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشراطٌ، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبج لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّاق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة " ، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال : "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطّاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطّاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطّاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة) ، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمّد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطّاب، محمّد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرادوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي مما لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنونه ركنا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبرونه ركنا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعدق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنا مجازا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح.

4- كما أن اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، مما عر بعضهم بالشرط فيما عر عنه بعض آخر بالركن وبالعكس. ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُم الولي عُم النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الولي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والولي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالولي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجد عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الولي.  
لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الولي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها.  
فمنها<sup>4</sup> :

- أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدوم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .
- ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.
- ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م ، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرا أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الموعنة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلا عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقا أو التزاما لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فورا وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبرا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصا بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلا إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفا فيه عوّه فاسدا<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسدا لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لأبد لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأن الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلا أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصح للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلا أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعّون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، "نقلا عن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أنّ الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتيين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إنّ شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أنّ هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعلّ مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقاً لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ممّا يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، نقلاً عن "العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِنَّمَا وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت.255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد أول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله، "تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل، "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجورا<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه

وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.

**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغروفسه أوجنون،"نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛" أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛" أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛" أنظر كذلك " العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَى وَوْلِي مَرْشِدٍ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لَا تَنْكُحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لام، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لمولّيته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.

- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيبا رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

## ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُقلّل من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup> .

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقاً لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانوناً 19 سنة كاملة .

غير أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم..."، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي..."، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمّل أعباء الزواج وما يترتّب عليه من آثار كالقدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لاط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينيوية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدّعي، كما أنه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البدل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى- أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولايته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثقتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أمّا بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يكتفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمّل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

## الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

### I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

### II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

#### أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

#### 1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمرهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثبوبة، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تُنظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص.446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف، لِمَا في الصغير من انعدام القصد، أو القصور النظر فيما يأتي أو يدع .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰٓئِي يَدُسُّنَّ مِنْ الْمِحْيَضِ مِنْ سَلْدِكُمْ إِنْ  
رَتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ نَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللّٰٓئِي لَمْ يَحْضَنْ... ﴾<sup>1</sup>، فقله تعالى: ﴿ وَاللّٰٓئِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾  
بيان لعدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحرار الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجناية غير الوطء، أو خقة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر<sup>2</sup>."

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حق من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهن مرة أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup> ، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح

أزواجهن، فإن من كان أمره بيده لا يقال إن غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنعه غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَى اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْآيَةُ<sup>2</sup>.

ب- الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِذْ وَأ...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكُونَنَّ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهنَّ لما خاطب الله أولياءهن دونهنَّ، وكذلك لو كان للمرأة أن تُنكِحَ نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِذْ وَأ...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتجَّ بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصحُّ به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: " ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: " فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: " أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: ( يخطبُ الرجلُ إلى الرجلِ وَهَيْئَةً )، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: ( لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أُولِيَاءِي حَاضِرًا )<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ-الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: " قال رسول الله ﷺ ( لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ... )"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار : " قوله ( لا نكاح إلا بولي ) هذا النفي يتوجه إمّا إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلاً"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية (221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لايمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

ب- **الدليل الثاني**: ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: ( أَيُّمَا أُمَّوَأَةٍ تَكَّتَ بَغَيْرِ إِنْئِنْ وَلِيَّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُهرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ )<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نص في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، وهو شاهد قوي لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصا واستنباطا منها في قوله ( نكحت بغير إذن وليها ) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله ( فنكاحها باطل ) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى** : فقد أُعْلِيَ بالإرسال، هذا فضلا عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عتيبة عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَ تَزْوِجَ نِسِيَّتِهِ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصْنَعُ هذا به ويُفَاتُ عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمراً قَضَيْتَهُ فقَرَّتْ حفصة عند المنذر"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولاً:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهداً متأولاً - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانياً :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّ لها، أو نبي الرأى من أهلها، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد ولميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ.<sup>3</sup>

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن ولي"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبدان وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبدان أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبدان يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبذل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبدان بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبدان والاستلاء عليها من الأزدال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرطاً في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرة كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى:  
﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لاتمنعهنَّ أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لايتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع، "تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاخلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لايزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانفيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجز للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ رَوْعَرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصرته مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " <sup>2</sup> . وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحُجَّاحَ عَلَيكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرّحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنّ إذا في أنفسهنّ بالمعروف إنّما هو ما يتم برضاهنّ واختيارهنّ مع أوليائهنّ، ثم عقد أوليائهنّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنّ قصر حقهنّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنّه لا شك أنّ عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كلّ ما كان محظوراً على المرأة المعتدّة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطّاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دلّت عليه السنّة الصحيحة، أمّا العقد فقد قام الدليل الخاص من السنّة على أنّه بيد وليّها ولامعارضه بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترزاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَخْضَوْنَ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُمْ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيقوا عليهنّ بمنعكم إياهنّ أيها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضَلْهَا، ومنعها عمًا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: مارواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال **أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَمِنْ وَلِيِّهَا**، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أُنْفُهَا فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُمَّتْ أَمَّا<sup>2</sup>. قال العيني مبيِّنًا صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقًا كانت أو متوفِّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهري أيضا، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسه... ) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفِّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعًا"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليا عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعًا، لكون النكاح تصرفًا نافعا، متضمنًا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالًا ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلما تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاجبة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسمًا لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشار عواد معروف ،عصام فارس الحرساني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية ، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله التي وبالبر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبركي الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التي أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التي، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التي المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغاً بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التي أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لا تزجرن أب، ولا تمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحقها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزجر حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أيايم فطبت، لأن الواحد رجل أيم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأة أيم أيضا، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا، ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا، م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحق بالرضا دون العقد وأن حق الولي في العقد، ودلّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقاً لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوفاً وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفاً فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب- الدليل الثاني: مرواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته فقال: فجئ الأمر إليهما، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أرت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقاً ثابتاً بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك"<sup>5</sup>.

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فطم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتاً لما سكّت عنه النبي ﷺ"<sup>6</sup>.  
وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرهاً، وذلك جمعاً بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص. 173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسّت إخلساً، إذا فعلت فعلاً خيساً. ويدُ قال: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلاً يكون فيه رفعة، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص. 922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص. 160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج. 3، لا ط، دار الفكر العربي، لا م، دت، ص. 91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَاءَ في أَنفُسِهِنَّ أمر؟، أم أَنَّ أمر أوليائِهِنَّ نافذ عليهنَّ وإن كرهنَّ؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: " والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء " <sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليِّ ؓ أنَّ امرأة زوّجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى عليِّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زوّجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوّجها فزوّجها جاز النكاح " <sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنَّه مختلف في إسناده ومتمته، ومخالف لما صحَّ عن عليِّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليِّ ؓ أنه أجاز نكاح امرأة زوّجتها أمُّها برضى منها " <sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأة من عائد الله يقال لها سلمة زوّجتها أمُّها وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليِّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز " <sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنَّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليّاً ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح " <sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومتمته، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئى - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بولي. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنّه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير ولي من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه،" نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنّما يقع باختيار الزوج لالمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يردّ على ذلك، بعدّة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبذ به عن وليّها، بل الغالب أنّ وليّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلّ فهو شركة بينها وبين وليّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليّها أنّه لا يصلح لمثلها فإنّه يمنعها منه ولا يجوعلى إنكاحها إيّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الولي، ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الولي لتمام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص.ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأمّا إقرارها بالنكاح: فإنّه لا ينعقد به النكاح، وأمّا يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوَّجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأمّا اعتبار رضاها في مباشرة وليّها نكاحها: فإنّ ولاية الولي عليها ثابتة شرعا، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنّه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وأمّا حقّها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أنّ ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقّها، ومثل ذلك لإثبات حقّها في مطالبة وليّها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثا - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليّها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليّها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثمّ يصحّ لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليّها، فإن أذن لها صحّ نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرًا كَتَبَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه

يدلّ على صحّة إنكاحها نفسها بإذن وليّها .

ذكر الصنعاني: "قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليّها» يُلْفَهُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَنْزَلَ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ لِنَفْسِهَا، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَفْهُومٌ لَا يُقْوَى عَلَى مَعَارِضَةِ الْمَنْطُوقِ بِاشْتِرَاطِهِ - أَيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوْاجِ الْمَرْأَةِ - "2.

1 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الْوَلِيَّ الَّذِي يَصَحُّ بِهِ النِّكَاحُ هُوَ إِنْ لَمْ يَنْوَبْ عَنْهُ، وَهُوَ الْوَكِيلُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهَا فَلَمْ تَكُنْ هِيَ النَّائِبَةَ فِيهِ"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "يُقْتَمُّ قَوْلُهُ ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) لِعَمُومِهِ عَلَى دَلِيلِ الْخَطَابِ، وَالتَّخْصِصِ هَهُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تَنْزَوِّجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، وَالْعَدَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مَبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوُقَااحَتِهَا وَرِعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يَنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمَرْوَةِ"<sup>2</sup>.

إِنَّ الْمَقْصُودَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ بِنَفْسِهِ، أَوْ عَقْدُ وَكَيْلِهِ، فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَيُّهَا إِمْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِكْنَاكِحٍ وَلِيِّهَا -أَصَالَةً أَوْ وَكَالَةً - فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ<sup>3</sup>.  
وَالْوَاقِعُ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى وَلِيِّهَا لِاسْتِنْدَانِهِ، فَأَذْنٌ لَهَا، فَقَلَّمَا، بَلْ مِنَ النَّادِرِ جِدًّا أَنْ تَرْضَى لِنَفْسِهَا أَنْ تَعْقِدَ هِيَ وَتَتْرَكَ وَلِيِّهَا، بَلْ لَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِيَّاتِ الْمَرْأَةِ الَّتِي تَأْخُذُ الْإِذْنَ مِرَاعَاةً لِشُعُورِ وَلِيِّهَا أَنْ تَسْلُبَهُ إِشْءَاءَ الْعَقْدِ بِعِبَارَتِهِ، تَشْرِيفًا لَهُ وَلِهَا<sup>4</sup>.

#### رابعاً -الرأي المختار:

إِنَّ حُكْمَ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ الْحَرَّةِ هُوَ مِنْ أَهَمِّ الْمَسَائِلِ فِي بَحْثِنَا هَذَا، وَقَدْ طَالَ وَقُوفُنَا عِنْدَهَا، وَهِيَ حُرِيَّةٌ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَا لِأَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ فِيهَا، وَتَتَّبَعُ أَدْلَتُهُمْ وَتَأْتِي دَلَالَتُهَا وَصَحَّتُهَا، يَتَجَلَّى بِوَضُوحٍ أَرْجَحُهَا دَلِيلًا، وَأَحْظَاهَا قَبُولًا عِنْدَ الْأُمَّةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ لِلْأَسْبَابِ التَّالِيَةِ:

- 1- إنَّ أَغْلَبَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ زَهَبُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، فَهَمُ الَّذِينَ عَاشَرُوا الرَّسُولَ ﷺ وَهُمْ أَكْثَرُ مِنَّا فَمَهْمَا وَاسْتِعَابَا لِلنُّصُوصِ وَالتَّطْبِيقَاتِ النَّبَوِيَّةِ لَهَا.
- 2- كَثْرَةُ أَدْلَةِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ وَقُوَّتُهَا مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةُ وَالصَّحَّةُ وَتَرَابُطُهَا، حَيْثُ يَقْوِي بَعْضُهَا الْبَعْضَ وَجَاءَتْ كُلُّهَا مَرَكِزَةً عَلَى عَدَمِ صَحَّةِ الزَّوْجِ بِغَيْرِ وُلِيِّ بِصُورَةٍ وَاضِحَةٍ وَصَرِيحَةٍ.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيّات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أن أكثرها تمّوا وأقواها تأثيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطاحت على تسميتها أسباب اللاقرباة .

كما أن بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة(11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبية دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبية .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "... ويدرّ اعتبار من ذوي القربى كلّ من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أن المشرع الجزائري يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصبات، وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه- معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أن القرابة من العصبات وذوي الأرحام معا، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.

ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدّد بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثمّ معرفة طبيعة القرابة التي تكون سببا في ثبوت ولاية التزويج.

أمّا ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة (11)، قد وسّع في أسباب ثبوت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها دون أن يحدّد من هم هؤلاء الأقارب - على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب الأولين - اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب ثبوت ولاية التزويج، إلا أنّه بمنحه المرأة حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر وذلك باستعماله لفظ "أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة الراشدة، وهو سبب لانجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حد تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليعة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب الولاية :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولي من لاولي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعّد القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3 - م.ع.غ.أ.ش.، ص.ت، 02/14/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّ المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخول للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدّت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنعه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعدها<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة (20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه: "حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانعاً لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدُّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، والّا تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتّي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمّانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة رقم 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة (10): "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاهره أنّ المشرع الجزائري لم يقيد كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيضاء، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أستثني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصبات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصبات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لا ولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلُّ شيء يَتَّصَلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: " وادخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: " فَوْضَ كُلِّ نِكَاحٍ إِلَى كُلِّ عَصَبَةٍ، لِأَنَّهُ قَابِلُ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ، أَوْ بِالْجَمْعِ، فَيَقْتَضِي مَقَابِلَةَ الْفَرْدِ بِالْفَرْدِ"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، ممَّا يقتضي أنَّ النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أنَّ الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أنَّ الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عمَّا يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح ، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

ف رأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذو الأرحام كذلك، فالأرحام من القربات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: (... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ )<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنكحُ العرّةُ إلاّ نزلَ وليُّهَ أ، أوذي الرّأي من أهل هـ أ، أو السلطان"<sup>5</sup>. ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبه أو من يقوم مقامهم.

### ثانيا-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>7</sup> .

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانَ وَلِيٍّ مِنْ لَا وَلِيٍّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقرابة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني: "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشعر الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيصاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أنّ الإيصاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته<sup>3</sup>.

أمّا المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أنّ الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدّم يتبيّن أنّ الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهنّ بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الأُمِّ فِي التَّبَيُّثِ الظُّلْمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.

ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتَّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاءة، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيصاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فكذا لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيصاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيصاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضا فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سببا من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطا هاما، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتمت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدَّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

- 1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لام، د.ت، ص.223-224.
- 2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.
- 3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.
- 4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.
- 6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.
- 7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤججها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأمَّا المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلَّا أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لاعلى الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لاتثبت له ولاية النكاح مع وجود وليّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا.ط، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَّا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرًا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنَّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكَّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنَّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهمننا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه ، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزي: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صحَّ منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأنَّ العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصحَّ أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،..، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوّجها، فتزويجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأنَّ العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأنَّ الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقّف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالإتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لايجوز اتفاقا، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفاء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأثَّه لايعبَّره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لايجيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أمَّا بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان : أنَّ الوكيل هناك مايقبده ، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup> .

**ب-باقي المذاهب الثلاثة :** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحسانا، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفا وعادة بالكفاء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذا على الموكل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلا، توقف العقد على إجازة الموكل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركنا من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلا سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصدق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، ممّا يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أنّ لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤاً وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكراً حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أمّا بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطاً في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لا يعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أنّ الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمناً.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساساً لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خوّها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صداق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للمولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعها، قرابة العصباء و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدها تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإن الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجماع

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجماع، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجماع على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوّجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أنّ للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنّهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.379.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ؓ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأمّا زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدلّ على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأنّ أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأمّا العصوية وقرب القرابة شرط للتقم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهو القرابة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العمّ لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثمّ فهم لا يثبتونها للجد، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد رسول الله ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجد، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّم الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدّم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدّم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحيمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إنّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنّه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقدته للأهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنّى كل مذهب فقهي علة من هذه العلى أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن الموليِّ عليها في النكاح ورضاها به، وهذا الرضا قد يعبر عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدل على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يؤكد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها رد رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لا يفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192.الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها:(قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها».متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و4/336-342،337-343) ومسلم(4/141) وكذا النسائي(2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية ي نكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجاب تدور مع الجنون وجوداً وعدمًا، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجاب على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجاب بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجاب، لأنّه إذا استقل العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماع ترتب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريلي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضاً، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِهِ أَوْ إِخْوَانِهِ أَوْ صُلَاتِهِ) (أ)<sup>4</sup>.

فمعنى التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أَحَقُّ مِنْهُ بِهِ: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته التَّيِّبُ عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، عُلِمَ أَنَّ وَلِيَّ الْبِكْرِ أَحَقُّ بِهَا مِنْ نَفْسِهَا، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطابة لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا كالتَّيِّبِ وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإجماع. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإجماع هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإجماع على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطّاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - البُهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأبائهم إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَ لَكُمْ فَتَتَّهِنَنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العنة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وأما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إذنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبتها تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علّة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإيجاب مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علّة ولاية الإيجاب:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علّة ثبوت ولاية الإيجاب هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإيجاب بعلّة الصغر، غير أنّهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإيجاب بعلّة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصحّ أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيتها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أو ناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لوليتها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجاب، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجاب تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقلعن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبلة وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج، د، ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإجماع في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإجماع على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07، م.ع.ق.، 1968، ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.ع.د. د.ش، ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العواذب والتكفلّ بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 16/02/1985 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كفاءات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص.25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإيجار والاختيار على المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواجَ الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولّيته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أن الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين مما سبق أنّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثم لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقّف عليه إبرام العقد، غير أنّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقّها تفويض الأمر إلى وليّها لئلاّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولّ أمرها وليّها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدودة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرر و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها (جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ  
لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة  
كلهم علماً، قّم الحاكم إن وُجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>.  
وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء  
عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح  
(أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب  
وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>.  
ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها  
في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة،  
ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّةَ تُقَدَّمُ عَلَى الأبوةِ عِنْدَ المَالِكِيَّةِ، وَ تُقَدَّمُ الأبوةُ عَلَى البِنُوَّةِ عِنْدَ الحَنَابِلَةِ، وَلَيْسَ لِلابْنِ وِلَايَةُ اخْتِيَارٍ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا إِذَا شَارَكَ أُمَّهُ فِي نَسَبِ كَابِنٍ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا فَلَهُ الوِلَايَةُ بِهَذَا النِّسْبِ أَوْ كَانَ قَاضِيًا<sup>1</sup>.

### ثانيا - المُولي عليه في ولاية الاختيار:

مَّا هُوَ مَحَلُّ اتِّفَاقٍ بَيْنَ جَمْهُورِ الفُقَهَاءِ فِي وِلَايَةِ الاخْتِيَارِ هُوَ لَزُومُ رِضَا المَرَأَةِ بِالنِّكَاحِ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ لِلوَالِي أَنْ يَسْتَبِدَّ بِالعَقْدِ دُونَ مَشَاوَرَتِهَا وَأَخَذَ رِضَاهَا. وَ يَتَّفَقُ جَمْهُورُ الفُقَهَاءِ عَلَى لَزُومِ رِضَا المَرَأَةِ الثَّيْبِ العَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ، لِقَوْلِهِ ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَاوِيئِهَا)<sup>2</sup>، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي جَعْلِ أَمْرِ نِكَاحِ الثَّيْبِ إِلَى نَفْسِهَا، وَلَا يَدْخُلُ فِي هَذَا الثَّيْبُ الصَّغِيرَةَ، إِذِ الصَّغَرُ مَانِعٌ مِنْ اعْتِبَارِ عِبَارَتِهَا حَتَّى تَفْصَحَ عَنْ رَأْيِهَا، وَبِهِ يَتَضَحُّ رِضَاهَا، وَمِنْ هُنَا رَأْيُنَا بَعْضَ الفُقَهَاءِ وَهَمَّ الشَّافِعِيَّةِ يَمْنَعُونَ زَوَاجَهَا فِي هَذِهِ السَّنِّ لِذَلِكَ، وَيُوجِبُونَ انْتِظَارَ بُلُوغِهَا حَتَّى تَعْرَى هِيَ بِعِبَارَتِهَا عَنْ رِضَاهَا. إِلَّا أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي مَنْ هِيَ المَرَأَةُ الثَّيْبُ؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمعا على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء وطء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.

2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.

3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجاب عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، ممّا يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية ممّا علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

## المطلب الثاني

### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إيجاب وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): " يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي -الأب-، يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته -ابنته- بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدّعيّة بالزواج طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التّعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجوب أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسياً في العقد، ولا جدال أيضاً في حضور الوليّ باعتباره شرطاً لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا الموليّ عليها وحضور الوليّ في عقد زواجها، فهل للموليّ عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الوليّ على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأنّ الفقه الإسلاميّ في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الوليّ في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي وليّ من لا وليّ له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعد ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أن الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقة ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يتصور إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصغير والصغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصغير والصغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أما الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكارتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكارتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكما لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإنّ إرادته هي المسيطرة وهي المعتمدة في العقد، وإن كانت آثاره تنصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للرّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الرّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الرّواج أبدا للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الولي المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الولي حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقا - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الولي المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج موليته للوصي .

وممّا يستدعي التّكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْطُمُ قَسِيَةً أَذُنًا كَمَا آذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج موليته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلّل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثّل في السّلطات والصّلاحيات للوليّ، وذلك من خلال النّصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائيّة على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الوليّ بنفسه أو من ينوبه عقد الزّواج ؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزّواج ؟.

3- هل يؤثّر غيابه على عقد الزّواج ؟.

4- هل له حقّ الاعتراض على عقد الزّواج ؟.

5- ماذا لو أُجبر الوليّ مولّيته على الزّواج ؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليّها..."، ممّا يُوهم أنّ الوليّ يقوم بدور الإشراف على عقد زواج مولّيته الرّاشدة، يقول الرّشيد بن شويخ : " واضح من النّص أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُوهم أنّ الرّضا (التّراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزّواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعوّ بهما الطّرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزّواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التّعبير عن الرضا شخصيّاً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الوليّ، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول من الطّرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعاً"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرّشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي،..." من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أنّ الولي هو المعني بتوليّ عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التوليّ؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للوليّ يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأبْرَمَ أمام موثّق أو موظّف مُؤهل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ بإعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرّع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرّعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup>.

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المادة (09) مكرر: "يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المادة (33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: "كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج.

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تنحصر في أمرين اثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه.

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاضلاً، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، والّا تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتظطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النحول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضائها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128، م.ق، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الولي إلى درجة أنّه اكتفاء باشتراطه في عقد زواج مولّيته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختياري شخص آخر غير وليها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج مولّيته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لمولّيته، تمارسه حسب اختيارها ومصحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإيجابار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الولي في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الولي لأثر له في عقد زواج مولّيته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الولي في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الولي لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنّه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت مولّيته الاختيار، ولذلك كيفوا الولي على أنّه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الولي شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الولي أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الولي عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّب أحقّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَوَيْهِ أَمْ، وَوَيْكَرُ تَسْتَأْذِنُ وَوَيْهِ أَمْ صَمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا وإذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردّاً؛ لأنه يشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أمَّا الحنفية الذين كلفوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص. 212-213.

3 - المرجع نفسه، ص. 37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألا يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السرّ وبعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زوجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1- عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

## حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

## الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتد به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

## أولا - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبين الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup>، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْبِلْغَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup>، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعى فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إباء فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجِزْنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي " متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لاط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلا ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إن الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إن الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإن المجرى العادي للأمر يدل على أن البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أما الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أن سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إن الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أما بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوج الولي المجرى المولى عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أن له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولى هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفر هذا الأساس كاملاً من غير أي شائبة تشوبه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأن عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرى - خاصة إذا كان أباً أو جدياً - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلا أنهم إشتراطوا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقل من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأن وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجته بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>. قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>. أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْج موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنقّى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّة وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حق خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثم يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصغيرة الصغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الولي المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للمولي عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الولي أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبواً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبورة حق خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الولي المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنقّى في شرح المنقّى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

**هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :**

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

**الأول:** ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك.

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص. 75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص. 174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أي آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أن تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

##### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

##### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة(222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعتمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يققن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استنادا إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سببا من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنونا أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيا أو أسيرا أو ارتد بعد أن كان مسلما، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبدا، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصح منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعل مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصح منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره.

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحق للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصح منه ذلك حتى يتحلل من الإحرام.

أما الحنابله فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محددة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهْر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَمَّ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع الولي من تزويجها منه، لأن الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص.554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.372.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.376.

4 - الشريبي، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن تـ حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليّ تزويج المّولّي عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين، فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المآة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للولّي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المآة 9"، فظاهر هذه المآة أنّه لايجوز  
للولّي أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الولّي عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المآة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد، المرجع السابق، ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المادة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضَوْنَ بَيْنَهُ وَخُطِّقَهُ فَرَزَّوْجُهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراماً إذا لم يكن الزوج قادراً على الزواج من ناحية الإنفاق متيقناً من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراماً<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي نُكِّرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلاً .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبرراً لهذا المنع يعتبر عاضلاً، من وجهة المشرِّع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرِّع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أي معارضة. وبهذا يمكن القول بأن هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحد الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يردُّ الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولَّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرَةٍ كَتَبَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفاءة وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجاب، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلاً ولو تكرّر ربه للخاطب الكفاءة عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يحدّ واحد منهم عضلاً<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقّق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممّن ثبتت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخصّ بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أنّ كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحقّقه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشربيني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورغب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لا ولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤتي الى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازاعاً بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تـتـعيـأمام القضاء عضل ولـيها، فلتحقيق ذلك يُؤمر الولي بالتزويج فإنَّ زوج فلا يكون عاضلاً، وإن لم يزوج تحقق عضله وتأكّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أن الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرّ لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فإنَّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)<sup>4</sup>، على أن الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، ومما لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الولي بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنه لأضمن عدم ظلم الولي الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يتّقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلاميين :

إن موقف الفقهاء الإسلاميين عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصح أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكن إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولُ أَحَقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جَوا فَالسُّلْطَانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أن ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أن مسألة تولي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإن غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإن زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شؤون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup>.

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصق أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: "إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وُكّل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنطاباً لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لا.ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: " فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup> ، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

وجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقاً.

ج-الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سبباً في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإجماع وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجرى إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أمّا إذا أن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحداً عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعذّر استيفاءه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعذّر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوَلِيِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوَلِيِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوَلِيُّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوَلِيِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإيجاب في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوَلِيِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوَلِيَّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الوَلِيِّ الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن المولى عليه بسبب غيبة الوَلِيِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوَلِيُّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدَّ ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنها تعد عائقاً عن زواج المولى عليه بولاية الوَلِيِّ الأقرب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدَّمت فيه وسائل الاتصال تقمماً مذهلاً، حتَّى إنه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتَّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفاء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنَّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدَّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنَّها التي تنقطع فيها أخبار الوَلِيِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المدّة، وجبّى المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة(112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الولي الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد والى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرى صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأن غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج موليته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أن ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أن مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قننه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجمار والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسبا ، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

#### ثانيا:المقترحات:

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لاتستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقء.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمده القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتني بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون متسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فآتي أقترح تعديل نص المادة(11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدء الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجبيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَ اسْكُنْ أَتَ وَزَوْجِكَ الْجَبَّةَ ﴾
22	107	﴿ ...وَمَالِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ الْمَرْءِ النَّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْهَهُ نَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿ ...وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَيَدْعُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغَ أَجْهَهُ نَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿ ...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿ ...فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿ .. فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿ ... وَقَالُوا حَبِّبْنَا لِلَّهِ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾
20	21	﴿ ...وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيظًا ﴾
54	144	﴿ أَلَيْسَ لِلَّذِينَ آمَنُوا لَآ تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُونِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَمِنْ أُنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُوْمِنِ إِلَّا وَ لَانِمَّةَ ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوُوا وَمَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ تُدَّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهْدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلِي فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ قَلْبَةً فَأَنْزِلُوا كَمَا اسْتَأْنَنَ لِلَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رُتِبْتُمْ تُدَّهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيٍّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا بِالْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْوَالِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ...
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَبِالْبِكْرِ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا.
132	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ ۖ وَخَاطَبَهُ فَرِجُوهُ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدَنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ.
191	إِذَا نُكِّحَ الْوَالِيَانِ فَأَوْلَى أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أَوْهِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا قَضَتْ عِدَّتَهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ نِيِّ الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانِ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أَجَازَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا بِرَضَى مِنْهَا .
90	الشيبياني	عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّنَنُ دَاوُدَ، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُنة، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَنَّاني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لاطبعة، دارلحياءالتراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:**
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُوَبِّع شرح زاد المُتَدَقِّع، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيِّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لاطبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمدأبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لاطبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاحيدون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، جزء2، لاطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لاطبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصَّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصَّحاح، لاطبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُودُ جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لا طبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويّنة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقتضات

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لتنشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحصيص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعونا للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حلّ للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهمّ طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معنّ له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامنا من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج وفضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم وما عليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الروبية،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحاته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أنّ ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهمّ نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبدّ أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجها، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

**الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :**

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوْجَ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ وَزَوْجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup> وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالرُّؤُفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرُّجْبِيِّ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبَا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
ويقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوجها، وأكَّح المرأة: زوَّجها إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
ونبّر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

### الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنّ الفقهاء مع اتفاقهم على أنّ لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

#### 1- القول الأول:

إنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

#### 2- القول الثاني:

إنّ النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

#### 3- القول الثالث:

أنّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطاء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريّا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيّاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريّا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

### التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتيةين :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهرية في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فأغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حَرَمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطنها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجنت فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به مالا يتضمن إباحة الوطاء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأتمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائقك. فليس فيه لفظ إنكاح، ولا تزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر دينها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها عنها فإنه لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامة أسردها

على النحو الآتي :

**أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :**

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويع شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤيّي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التأكيد حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابدها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد ترتبت مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل وامرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرّمها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولى عليه وتدبير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولى القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصدیق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورٍ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تتحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه وليًا، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويدُّنقد هذا التعريف لكونه عو عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفيا بذلك دون الإشارة الى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: " قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويدُّنقد هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لايد أن تستند إلى سبب يعتد به الشرع ويقوّه، وبدون هذا السبب لايمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

ومايمكن ملاحظته عموما من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أوالسلطة، أوالقدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثارا للحق وليست ذاته، بما يعني أيضا أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموما بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أو على من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموما يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها

صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تتنوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعديّة إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثمّ تعيين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسماً: خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

- أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين، وهم خمسة أصناف: القريب كالأب، الوصي، والمالك، والوَلَى، والسلطان.
- ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

- أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .
- ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانياً : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

- 1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق (محمد بن سيدي محمد مولاى)، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4- البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق (إبراهيم أحمد عبد الحميد)، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تنتوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقدية الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لا.م، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أمّا موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّبعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

**خلاصة الفصل التمهيدي :**

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أمّا القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشرع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد(9)،(11)،(12)،  
(13)،(33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد(9مكرر)،(11)،(12)ملغاة،(13)،  
الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05.  
كما أنّ المشرع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

## الفصل الأول

# أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكييف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتئين:

المطلب الأول : التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

#### التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكييف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتئين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداءً ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلّيته حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلّيته، أي فمن زوّجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقته في ذلك، ومن زوّجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولوبعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعمّر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعبر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركنا آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإن الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، رتب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرّر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، مما يفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup> ، مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup> !؟.

ومأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان ، الخطبة والزواج ، لاط ، دارالفجر ، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

### الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

#### I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :

##### أولاً- التعريف اللغوي للركن :

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القوية<sup>3</sup>.

##### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقَوِّمٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلق بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يُلحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصّاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البنانى، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود ، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامَةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشراطٌ، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبج لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة " ، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال: "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة)، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمّد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطاب، محمّد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرادوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي مما لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنونه ركنا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبرونه ركنا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعلق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنا مجازا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح.

4- كما أن اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، مما عر بعضهم بالشرط فيما عر عنه بعض آخر بالركن وبالعكس.

ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُيِّنَ الوالي عَمَّ النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الوالي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والوالي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالوالي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجدَّ عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الوالي. لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الوالي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها. فمنها<sup>4</sup> :

- أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .
- ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.
- ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م ، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الموعنة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلاً عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقاً أو التزاماً لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فوراً وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبوا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصاً بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلاً إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفاً فيه عوّه فاسداً<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسداً لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لا بدّ لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأنّ الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلاّ أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصحّ للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها - وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلاّ أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعّون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، "نقلا عن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنْعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أن الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إن شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أن هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعل مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقا لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، مما يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، "نقلاً عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِيَّ وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت.255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلبي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
 ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد أول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله، "تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية،المرجع السابق، ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل،"تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجوراً<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.  
**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغره أو سفهه أو جنون، "نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛ "أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَى وَوْلِي مَرْشِدٍ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لَا تَنْكُحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لا.م، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يُفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لهولايته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.
- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيباً رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

### ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُلّ من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup> .

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقا لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانونا 19 سنة كاملة .

غير أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم...".، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي...".، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحلّي أعباء الزواج وما يتردّب عليه من آثار القدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لاط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينيوية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدّعي، كما أنّه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البذل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى - أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولايته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثقتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أما بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يكتفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

## الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

### I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

### II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

#### أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

#### 1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشى، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمورهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثوبية، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تُنظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص.446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف، لِمَا في الصغير من انعدام القصد، أو القصور النظر فيما يأتي أو يدع .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰئِي يَدُسُّ نَ مِنْ الْمِحِضِ مِنْ سَلٰٓءِكُمْ اِنْ  
رَتَّبْتُمْ فَعَعْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ اَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾<sup>1</sup>، فقوله تعالى: ﴿ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾  
بيان لعدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة ، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحرار الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجنابة غير الوطء، أو خلة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذٍ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر"<sup>2</sup>.

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حقّ من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبيٌّ عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ نَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَرْوَاجَهُنَّ نَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ م بِالْمَعْرُوفِ... ﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهنّ مرةً أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup> ، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهنّ إذا رغبن في نكاح

أزواجهنّ، فإنّ من كان أمره بيده لايقال إن غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنع غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عزّ وجل دلالة على أنّ ليس للمرأة الحرة أن تُنكح نفسها"<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَى اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْآيَةُ<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِذُ وَأ...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكُونَنَّ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهنَّ لما خاطب الله أولياءهن دونهنَّ، وكذلك لو كان للمرأة أن تُنكِحَ نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَا تَكُونُوا الشُّرِكِينَ حَتَّى يَوْمِذُ وَأ...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتجَّ بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصحُّ به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: " ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: " فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: " أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: ( يخطبُ الرجلُ إلى الرجلِ وَهَيْئَةً )، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: ( لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أُولِيَاءِي حَاضِرًا )<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ-الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: " قال رسول الله ﷺ ( لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ... )"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار : " قوله ( لا نكاح إلا بولي ) هذا النفي يتوجه إمالي الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلا"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية(221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لا يمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ أُمَّرَأَةٍ تَكَّتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَانْكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليِّها، وهو شاهد قويٌّ لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصاً واستنباطاً منها في قوله (نكحت بغير إذن وليها) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله (فنكاحها باطل) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد أُعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى :** فقد أُعِلَّ بالإرسال، هذا فضلاً عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عُلَيَّةَ عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي،"تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق ، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَ تَزْوِجَ نِسِيَّتِهِ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصْنَعُ هذا به ويُفَاتُ عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمراً قَضَيْتَهُ فَقَرَّتْ حَفْصَةُ عِنْدَ الْمَنْذَرِ"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولاً:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهداً متأولاً - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانياً :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّها، أو نبي الرأبي من أهلها، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد وللميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ.<sup>3</sup>

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن ولي"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبخاع وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبخاع أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبخاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبدل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبخاع بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبخاع والاستلاء عليها من الأردال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرط في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرًا كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزّوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى:  
﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لاتمنعهنَّ أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لايتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع، "تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاخلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لايزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانفيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجر للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ رَوْعَرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصرته مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " <sup>2</sup> . وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحُجَّاحَ عَلَيكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرّحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنّ إذا في أنفسهنّ بالمعروف إنّما هو ما يتم برضاهنّ واختيارهنّ مع أوليائهنّ، ثم عقد أوليائهنّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنّ قصر حقهنّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنّه لا شك أنّ عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كلّ ما كان محظوراً على المرأة المعتدّة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطّاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دلّت عليه السنّة الصحيحة، أمّا العقد فقد قام الدليل الخاص من السنّة على أنّه بيد وليّها ولامعارضة بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترضاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَحْضُرُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيّقوا عليهنّ بمنعكم إيّاهنّ أيّها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبتغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضَلْهَا، ومنعها عمّا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: ما رواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال **أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَمِنْ وَلِيِّهَا**، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أُنْفُهَا فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُمِّمَتْ أَوْ صُلِّبَتْ<sup>2</sup>.

قال العيني مبيّناً صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقاً كانت أو متوفّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهري أيضاً، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسها... ) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت وليّة نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرفاً نافعاً، متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلما تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاحتاجة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسماً لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشّار عواد معروف ،عصام فارس الحرساني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله التي وبالبر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التي أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التي، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التي المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغاً بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التي أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لا تزجرن أب، ولا تمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحققها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزجر حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أيايم فطبت، لأن الواحد رجل أيم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأة أيم أيضا، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا، ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا، م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحق بالرضا دون العقد وأن حق الولي في العقد، ودلّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقًا لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوًا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفا فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب- الدليل الثاني: مرواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته فقال: فجئ الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أرت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقًا ثابتًا بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك<sup>5</sup> .

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فعلم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتًا لما سكّت عنه النبي ﷺ<sup>6</sup>. وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرها، وذلك جمعًا بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص. 173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسّت إخلاسًا، إذا فعلت فعلًا خيسًا. ويدُقال: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلًا يكون فيه رفعه، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص. 922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص. 160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج. 3، لا ط، دار الفكر العربي، لا م، دت، ص. 91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَانَ في أَنفُسِهِمْ أمر؟، أم أَنَّ أمرَ أوليائِهِمْ نافذَ عَلَيْهِمْ وإن كرهن؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: " والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء " <sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليِّ ؓ أَنَّ امرأةً زَوَّجَتْ ابنتَهَا برضاها، فجاء أوليائُهَا فخاصموها إلى عليِّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زَوَّجَتْ نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجه جاز النكاح " <sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنه مختلف في إسناده ومتمته، ومخالف لما صحَّ عن عليِّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليِّ ؓ أَنَّهُ أَجَازَ نِكَاحَ امرأةٍ زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا برضى منها " <sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأةً من عائدات الله يقال لها سلمة زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليِّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز " <sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريَّة بنت هانئ بنت قبيصة أَنَّها زَوَّجَتْ نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليًّا ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بِهَا؟ قال: نعم، فأجاز النكاح " <sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومتمته، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريَّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئى - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بولي. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنّه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير ولي من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه، "نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنّما يقع باختيار الزوج لالمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يردّ على ذلك، بعدّة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبذ به عن وليّها، بل الغالب أنّ وليّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلّ فهو شركة بينها وبين وليّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليّها أنّه لا يصلح لمثلها فإنّه يمنعها منه ولا يجوعلى إنكاحها إيّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الولي، ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الولي لتتمام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص.ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأمّا إقرارها بالنكاح: فإنّه لا ينعقد به النكاح، وأمّا يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأمّا اعتبار رضاها في مباشرة وليّها نكاحها: فإنّ ولاية الولي عليها ثابتة شرعاً، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنّه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وأمّا حقّها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أنّ ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقّها، ومثل ذلك لإثبات حقّها في مطالبة وليّها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثاً - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليّها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليّها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثمّ يصحّ لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليّها، فإن أذن لها صحّ نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ قال: (أَيُّ امْرَأَةٍ كَتَبَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَ نَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه

يدلّ على صحّة إنكاحها نفسها بإذن وليّها .

ذكر الصنعاني: " قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليّها» يُلْفَهُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَنْزَلَ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ لِنَفْسِهَا، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَفْهُومٌ لَا يُقْوَى عَلَى مَعَارِضَةِ الْمَنْطُوقِ بِاشْتِرَاطِهِ - أَيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوْاجِ الْمَرْأَةِ - " 2.

1 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الْوَلِيَّ الَّذِي يَصَحُّ بِهِ النِّكَاحُ هُوَ إِنْ لَمْ يَنْوَبْ عَنْهُ، وَهُوَ الْوَكِيلُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصَحُّ أَنْ تَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهَا فَلَمْ تَكُنْ هِيَ النَّائِبَةَ فِيهِ"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "يُقْتَمُّ قَوْلُهُ ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) لِعَمُومِهِ عَلَى دَلِيلِ الْخُطَابِ، وَالتَّخْصِصِ هَهُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تَنْزَوِّجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، وَالْعَدَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مَبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوُقَااحَتِهَا وَرِعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يَنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمَرْوَةِ"<sup>2</sup>.

إِنَّ الْمَقْصُودَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ بِنَفْسِهِ، أَوْ عَقْدُ وَكِيلِهِ، فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَيُّهَا إِمْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِكْنَاحٍ وَلِيِّهَا -أَصَالَةً أَوْ وَكَالَةً- فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ<sup>3</sup>.  
وَالْوَاقِعُ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى وَلِيِّهَا لِاسْتِنْدَانِهِ، فَأَذْنٌ لَهَا، فَقَلَّمَا، بَلْ مِنَ النَّادِرِ جِدَا أَنْ تَرْضَى لِنَفْسِهَا أَنْ تَعْقِدَ هِيَ وَتَتْرَكَ وَلِيِّهَا، بَلْ لَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِيَّاتِ الْمَرْأَةِ الَّتِي تَأْخُذُ الْإِذْنَ مِرَاعَاةً لِشُعُورِ وَلِيِّهَا أَنْ تَسْلُبَهُ إِشْءَاءَ الْعَقْدِ بِعِبَارَتِهِ، تَشْرِيفًا لَهُ وَلِهَا<sup>4</sup>.

#### رابعاً -الرأي المختار:

إِنَّ حُكْمَ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ الْحَرَّةِ هُوَ مِنْ أَهَمِّ الْمَسَائِلِ فِي بَحْثِنَا هَذَا، وَقَدْ طَالَ وَقُوفُنَا عِنْدَهَا، وَهِيَ حُرِيَّةٌ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ تَبْيَانًا لِأَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ فِيهَا، وَتَتَّبَعُ أَدْلَتُهُمْ وَتَأْتِي دَلَالَتُهَا وَصَحَّتُهَا، يَتَجَلَّى بِوَضُوحٍ أَرْجَحُهَا دَلِيلًا، وَأَحْظَاهَا قَبُولًا عِنْدَ الْأُمَّةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ لِلْأَسْبَابِ التَّالِيَةِ:

- 1- إنَّ أَغْلَبَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ زَهَبُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، فَهَمُ الَّذِينَ عَاشَرُوا الرَّسُولَ ﷺ وَهُمْ أَكْثَرُ مِنَّا فَهُمَا وَاسْتِعَابَا لِلنُّصُوصِ وَالتَّطْبِيقَاتِ النَّبَوِيَّةِ لَهَا.
- 2- كَثْرَةُ أَدْلَةِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ وَقُوَّتُهَا مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةُ وَالصَّحَّةُ وَتَرَابُطُهَا، حَيْثُ يَقْوِي بَعْضُهَا الْبَعْضَ وَجَاءَتْ كُلُّهَا مَرَكِزَةً عَلَى عَدَمِ صَحَّةِ الزَّوْجِ بِغَيْرِ وُلِيِّ بِصُورَةٍ وَاضِحَةٍ وَصَرِيحَةٍ.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيّات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أنَّ أكثرها تمّوا وأقواها تأثّيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطلحت على تسميتها أسباب اللاقرابة .

كما أنَّ بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنَّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنَّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنَّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبات دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبات .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "... ويدرّ اعتبار من ذوي القربى كلّ من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أنّ المشرع الجزائري يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصبات، وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه- معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أنّ القرابة من العصبات وذوي الأرحام معاً، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.

ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدّد بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثمّ معرفة طبيعة القرابة التي تكون سبباً في تثبيت ولاية التزويج.

أمّا ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة (11)، قد وسّع في أسباب تثبيت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها دون أن يحدّد من هم هؤلاء الأقارب - على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب الأولين - اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب تثبيت ولاية التزويج، إلاّ أنّه بمنحه المرأة حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر وذلك باستعماله لفظ "أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة الراشدة، وهو سبب لانجد له سنداً في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حدّ تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليعة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب الولاية :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولّي من لاوّلّي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعبّر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج.

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3 - م.ع.غ.أ.ش.، ص.ت، 14/02/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّ المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخول للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدّت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنعه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعدها<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة (20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه: "حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانعاً لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدُّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، والّا تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتّي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمّانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة رقم 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة (10): "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاھرہ أنّ المشرع الجزائري لم یقید كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيصال، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أستثني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

#### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصبات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصبات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لا ولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلُّ شيء يَتَّصَلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: "وإدخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: "فوض كل نكاح إلى كل عصابة، لأنه قابل الجنس بالجنس، أو بالجمع، فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، مما يقتضي أن النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أن الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أن الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

فرأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذو الأرحام كذلك، فالأرحام من القرابات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال:(... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ)<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنْكُحُ الْعُرَّةُ إِلَّا نَزِيًّا وَلِيَّهَا ، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ"<sup>5</sup> . ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصابة أو من يقوم مقامهم.

### ثانيا-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>7</sup> .

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانَ وَلِيَّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقربة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني : "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشعر الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيضاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أن الإيضاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته<sup>3</sup>.

أما المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أن الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدم يتبين أن الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهن بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الأُمِّ فِي إِتِّبَاتِ الظُّلْمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.

ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاءة، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيصاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فكذا لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيصاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيصاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنَّه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضاً فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سبباً من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطاً هاماً، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدِّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

- 1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، د.ت، ص.223-224.
- 2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.
- 3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.
- 4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.
- 6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.
- 7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤجها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلاَّ أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لاعلى الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لاتثبت له ولاية النكاح مع وجود وليّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لاط، دار الفكر، لام، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَّا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرًا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنَّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكَّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولي عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنَّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهمننا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه ، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزي: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صح منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصح أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،..، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوجها، فتزوجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأن العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقّف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالاتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لا يجوز اتفاقاً، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأثَّه لا يعبره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لا يغيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أمَّا بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان: أنَّ الوكيل هناك ما يقيد به، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup>.

**ب- باقي المذاهب الثلاثة:** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحساناً، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفاً وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكِّله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذاً على الموكِّل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلاً، توقف العقد على إجازة الموكِّل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركناً من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلاً سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصدق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، مما يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أن لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤا وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكرا حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أما بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطا في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لايعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أن الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمنا.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساسا لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خيها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صداق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للولي على المولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعها، قرابة العصباء و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدما تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإنّ الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجماع

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجماع، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجماع على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أن للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.379.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ؓ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأما زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدل على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأن أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأما العصوية وقرب القرابة شرط للتقم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهو القرابة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العم أن العم لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثم فهم لا يثبتونها للجد، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد الرسول ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجدَّ، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّم الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدّم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدّم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إن العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقد أهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنى كل مذهب فقهي علة من هذه العلة أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن المولّي عليها في النكاح و رضاها به، وهذا الرضا قد يعرّ عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدلّ على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يُوَكِّد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها ردّ رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لا يفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192.الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها: (قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها».متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و4/336-342،337-343) ومسلم(4/141) وكذا النسائي(2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية يُنكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: :فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجاب تدور مع الجنون وجوداً وعدمًا، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجاب على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجاب بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجاب، لأنّه إذا استقل العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماع ترتّب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريلي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضاً، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِ الْبُرِّ تَسْتَأْنِنُ وَإِنْ ذَهَبَ أَوْ صُلَّتْ هِيَ أَوْ) <sup>4</sup>.

فمعنى الثيب أحق بنفسها من وليها: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أحق منه به: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته الثيب عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها، عظم أن ولي البكر أحق بها من نفسها، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطابة لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإيجاب. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإيجاب على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطّاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - الثبُّ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأبائهم إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَ لَكُمْ فَتَتَّهِنَنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العنة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وأما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إذنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبتها تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علّة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإجماع مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علّة ولاية الإجماع:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علّة ثبوت ولاية الإجماع هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة الصغر، غير أنّهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصح أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيتها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أو ناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لوليتها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجاب، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجاب تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و 16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقل عن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبله وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج، د، ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإجماع في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإجماع على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07، م.ع.ق.، 1968، م.ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.ع.د. د.ش.ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العواذب والتكفلّ بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 16/02/1985 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كفاءات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإيجابار والاختيارعلى المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصرغير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواجَ الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاَّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأنَّ المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولَّيته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أنَّ الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين ممَّا سبق أنَّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثمَّ لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقَّف عليه إبرام العقد، غير أنَّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقّها تفويض الأمر إلى وليّها لئلاَّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولَّ أمرها وليّها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدودة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرى و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها(جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ  
لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة  
كلهم علماً، قّم الحاكم إن وُجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>.  
وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء  
عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح  
(أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب  
وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>.  
ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها  
في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة،  
ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّةَ تُقَدَّمُ عَلَى الأبُوَّةِ عِنْدَ المَالِكِيَّةِ، وَ تُقَدَّمُ الأبُوَّةُ عَلَى البِنُوَّةِ عِنْدَ الحَنَابِلَةِ، وَلَيْسَ لِلابْنِ وِلَايَةٌ اِخْتِيَارٌ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا إِذَا شَارَكَ أُمَّهُ فِي نَسَبِ كَابِنٍ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا فَلَهُ الوِلَايَةُ بِهَذَا النِّسْبِ أَوْ كَانَ قَاضِيًا<sup>1</sup>.

### ثانيا - المُولي عليه في ولاية الاختيار:

مَّا هُوَ مَحَلُّ اتِّفَاقٍ بَيْنَ جَمْهُورِ الفُقَهَاءِ فِي وِلَايَةِ الاِخْتِيَارِ هُوَ لِرُؤْمِ رِضَا المَرْأَةِ بِالنِّكَاحِ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ لِلوَالِي أَنْ يَسْتَبِدَّ بِالعَقْدِ دُونَ مِشَاوَرَتِهَا وَأَخَذَ رِضَاهَا. وَ يَتَّفَقُ جَمْهُورُ الفُقَهَاءِ عَلَى لِرُؤْمِ رِضَا المَرْأَةِ الثَّيْبِ العَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ، لِقَوْلِهِ ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِفَيْسِهِ أَمِنْ وَاوِيَّهِ أ)<sup>2</sup>، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي جَعْلِ أَمْرِ نِكَاحِ الثَّيْبِ إِلَى نَفْسِهَا، وَلَا يَدْخُلُ فِي هَذَا الثَّيْبِ الصَّغِيرَةَ، إِذِ الصَّغَرُ مَانِعٌ مِنْ اِعْتِبَارِ عِبَارَتِهَا حَتَّى تَفْصَحَ عَنِ رَأْيِهَا، وَبِهِ يَتَضَحَّ رِضَاهَا، وَمِنْ هُنَا رَأَيْنَا بَعْضَ الفُقَهَاءِ وَهَمَّ الشَّافِعِيَّةِ يَمْنَعُونَ زَوَاجَهَا فِي هَذِهِ السَّنِّ لِذَلِكَ، وَيُوجِبُونَ اِنْتِظَارَ بُلُوغِهَا حَتَّى تَعْرَى هِيَ بِعِبَارَتِهَا عَنِ رِضَاهَا. إِلَّا أَنَّهُمْ اِخْتَلَفُوا فِي مَنْ هِيَ المَرْأَةُ الثَّيْبُ؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمعا على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء وطء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.

2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.

3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجابار عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، ممّا يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية ممّا علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

### المطلب الثاني

#### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إيجاب وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): " يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي-الأب- يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته-ابنته-

بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدّعيّة بالزواج طّبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التّعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجوب أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسياً في العقد، ولا جدال أيضاً في حضور الوليّ باعتباره شرطاً لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا الموليّ عليها وحضور الوليّ في عقد زواجها، فهل للموليّ عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الوليّ على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأنّ الفقه الإسلاميّ في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الوليّ في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي وليّ من لا وليّ له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعد ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أن الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقة ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يتصور إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصغير والصغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصغير والصغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أما الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكرتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكرتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكماً لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإنّ إرادته هي المسيطرة وهي المعتبرة في العقد، وإن كانت آثاره تنصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للرّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الرّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الرّواج أبداً للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الولي المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الولي حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقاً - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الولي المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشّروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج موليته للوصي .

وممّا يستدعي التكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطُّمَّ قَسِيَةً أَذُنًا وَا كَمَا اسْتَأْنَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج موليته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتّى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلّل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثّل في السّطات والصّلاحيات للوليّ، وذلك من خلال النصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائيّة على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الولي بنفسه أو من ينوبه عقد الزواج ؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزواج ؟.

3- هل يؤثّر غيابه على عقد الزواج ؟.

4- هل له حق الاعتراض على عقد الزواج ؟.

5- ماذا لو أُجبر الولي مولّيته على الزواج ؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليّها..."، ممّا يُفهم أنّ الوليّ يقوم بدور الإشراف على عقد زواج مولّيته الرّاشدة، يقول الرشيد بن شويخ : " واضح من النّص أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُفهم أنّ الرضا (التراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعوّ بهما الطّرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصياً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الولي، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول من الطّرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعاً"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي..." . من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أن الولي هو المعني بتولي عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التولي؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للولي يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأُبرم أمام موثّق أو موظّف مُؤهل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ بإعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup>.

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المادة (09) مكرر: "يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المادة (33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: "كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج.

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تنحصر في أمرين اثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه.

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاصلاً، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، والّا تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتظطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النحول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟"<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضاهها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128، م.ق، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الولي إلى درجة أنه اكتفاء باشتراطه في عقد زواج موليته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختياري شخص آخر غير وليها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج موليته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لموليته، تمارسه حسب اختيارها ومصحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإجبار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الولي في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الولي لأثر له في عقد زواج موليته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الولي في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الولي لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت موليته الاختيار، ولذلك كيفوا الولي على أنه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الولي شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الولي أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الولي عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّب أحقّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَوَيْهِ أَمْ، وَوَيْكَرُ تَسْتَأْذِنُ وَوَيْهِ أَمْ صَمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا واذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أَرْضِي أو لا أتَزَوِّج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردّاً؛ لأنه يُشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أمَّا الحنفية الذين كلفوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.212-213.

3 - المرجع نفسه، ص.37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألا يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السّر ويعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زوجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1 - عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

## حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

## الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتد به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

## أولا - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبين الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنّه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup> ، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْبِلْغَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup> ، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعي فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصتق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إبداع فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجِزْنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي" متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا.ط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلاّ ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إنّ الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إنّ الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإنّ المجرى العادي للأمر يدلّ على أنّ البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أمّا الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أنّ سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتّى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إنّ الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أمّا بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوّج الولي المجرّب المولي عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أنّ له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولي هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولي عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفّر هذا الأساس كاملاً من غير أيّ شائبة تشويه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأيّ نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأنّ عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرّب - خاصة إذا كان أباً أو جدّاً - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلاّ أنهم إشتراطوا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقلّ من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقلّ من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأنّ وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجه بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنّه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>. قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>. أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْج موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنقّى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّة وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حقّ خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصّغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثمّ يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصّغيرة الصّغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الوليّ المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للموليّ عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الوليّ أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبوباً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبورة حقّ خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الوليّ المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنقّى في شرح المنقّى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

الأول: ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك.

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص. 75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لاط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص. 174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أي آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أنّ تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

##### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

##### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة(222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعتمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يقنن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانياً - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استناداً إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سبباً من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنوناً أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيّاً أو أسيراً أو ارتد بعد أن كان مسلماً، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصحّ الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبداً، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصحّ منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعلّ مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصحّ منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره .

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحقّ للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصحّ منه ذلك حتى يتحلل من الإحرام .

أما الحنابله فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محددة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَمَّ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع الولي من تزويجها منه، لأن الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص. 554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 372.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص. 376.

4 - الشريبي، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص. 207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن ت حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليّ تزويج المّولّي عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين, فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المآة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للولّي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المآة 9"، فظاهر هذه المآة أنّه لايجوز  
للولّي أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الولّي عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المآة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد, المرجع السابق, ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المآة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونِ بَيْنَهُ وَخُطِّقَهُ فَرَزَّوْجُهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراماً إذا لم يكن الزوج قادراً على الزواج من ناحية الإنفاق متيقناً من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراماً<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي تُكرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلاً .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبرراً لهذا المنع يعتبر عاضلاً، من وجهة المشرِّع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرِّع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أي معارضة. وبهذا يمكن القول بأن هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحد الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يرد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرَةٍ كَتَبَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفاءة وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجاب، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلا ولو تكرّر ربه للخاطب الكفاءة عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يعمدوا واحد منهم عاضلا<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممنّ ثبتت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخصّ بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أن كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحققه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشربيني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورغب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤدي إلى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازعا بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تَتَعَيَّامُ القضاء عضل ولَّيها، فلتتحقيق ذلك يُؤمَّر الولي بالتزويج فإنَّ زَوْجَ فلا يكون عاضلاً، وإنَّ لم يزوّج تحقّق عضله وتأكّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أنَّ الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرّض لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقّق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ<sup>4</sup>)، على أنَّ الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الوليّ الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، وممّا لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الوليّ بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنّه لأضمن عدم ظلم الوليّ الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يتّقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلاميين :

إن موقف الفقهاء الإسلاميين عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصحّ أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكن إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولِ أَحَقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جَوا فَالسُّلْطَانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أنّ مسألة تولّي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإنّ غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإنّ زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شئون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup> .

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصق أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: "إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وُكّل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنطاباً لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لا.ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: " فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup> ، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

ووجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقاً.

ج-الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سبباً في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإجماع وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجرى إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أما إذا أن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحداً عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعرّض استيفاءه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعرّض مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوَلِيِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوَلِيِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوَلِيُّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوَلِيِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإجماع في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوَلِيِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوَلِيَّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الوَلِيِّ الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن المولى عليه بسبب غيبة الوَلِيِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوَلِيُّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدَّ ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنها تعد عائقاً عن زواج المولى عليه بولاية الوَلِيِّ الأقرب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدَّمت فيه وسائل الاتصال تقمماً مذهلاً، حتَّى إنه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتَّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنَّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدَّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنَّها التي تنقطع فيها أخبار الوَلِيِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المدّة، وجبّى المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة (112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الولي الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد وإلى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرى صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأن غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج موليته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّ المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أن ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أن مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المُولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قّنه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجماع والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسبا ، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

#### ثانيا:المقترحات:

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لاتستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقْد.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمدُه القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتني بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون مدسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فأتي أقترح تعديل نص المادة(11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدد الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجبيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَ اسْكُنْ أَتَ وَزَوْجِكَ الْجَبَّةَ ﴾
22	107	﴿... وَمَالِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ الْمَرْءِ النَّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْهَهُ نَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿... وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَاذِينَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغَ أَجُّهُنَّ نَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿... إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿... فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿.. فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾
20	21	﴿... وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيظًا ﴾
54	144	﴿إِنَّهُمْ أَلِيْنَا الَّذِينَ عَامَدُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ تُونِ الْعَمُودِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَمِنْ أُنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَانْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي مَوْمِنِ إِلَّا وَ لَانِمَّةَ ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوُوا وَمَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَلْبُغَ نُدَّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلِي فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ فَلْيَتَّخِذُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ لِلنِّسَاءِ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رُتِبْتُمْ تَتَّهِنُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيِّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا بِالْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْوَالِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَبِالْبُكَرِ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبُكَرُ تُسْتَأْذَنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا.
132	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبُكَرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ هُ مَخْطُوقَهُ فَرُزَّوْجِهِ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادُ عَرِيضٍ.
191	إِذَا أُتِكَ الْوَالِيَانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أَوْهِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا قَضَتْ عِدَّتَهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ نِيِّ الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانِ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةً نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أجاز نكاح امرأة زوجها أمها برضى منها .
90	الشيخاني	عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّنَنُ دَاوُدَ، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطرالوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دارلحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُتَةُ، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَنَّاني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لطبعة، دارلحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُوَبِّع شرح زاد المُتَدَقِّع، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيَّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لاطبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمدأبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لاطبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاحيدون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، جزء2، لاطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لاطبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصَّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصَّحاح، لاطبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُودُ جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تفية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لا طبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالى	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويبة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعلّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقتضات

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لنتشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحميص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعونا للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حل للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهم طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معن له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامنا من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج و فضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم وما عليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الرويبة،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحاته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أن ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهم نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبد أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجاً، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

**الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :**

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوَّجَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup>، وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالرُّؤُفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرُّجْبِيِّ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللّٰهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبًا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا أَدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
 كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
 ويُقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوّجها، وأَنكحَ المرأة: زوّجها إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
 وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
 ونبرر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
 إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنّ الفقهاء مع اتفاقهم على أنّ لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

### 1- القول الأول:

إنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

### 2- القول الثاني:

إنّ النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

### 3- القول الثالث:

أنّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطاء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريّا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيّاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريّا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

## التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتية :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهري في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فأغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حَرَمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطنها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجدة فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به مالا يتضمن إباحة الوطاء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأتمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائق. فليس فيه لفظ إنكاح، ولاتزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها فإنها لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامّة أسردها

على النحو الآتي :

**أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :**

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويعِ شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤتي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التأكيد حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابدها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد ترتبت مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل وامرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرمتها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولى عليه وتبدير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولى القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصدیق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورٍ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددوا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه وليًا، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويدُّنقد هذا التعريف لكونه عو عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفيا بذلك دون الإشارة الى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: " قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويدُّنقد هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لايد أن تستند إلى سبب يعتد به الشرع ويقوّه، وبدون هذا السبب لايمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

ومايمكن ملاحظته عموما من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أوالسلطة، أوالقدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثارا للحق وليست ذاته، بما يعني أيضا أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموما بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أوعلى من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموما يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تتنوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعنية إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثم تعين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسمان :خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين, وهم خمسة أصناف: القريب كالأب, الوصي, والمالك, والوَلَى, والسلطان.

ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام, فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية, كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .

ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانيا : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق( محمد بن سيدي محمد مولاي )، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4- البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق( إبراهيم أحمد عبد الحميد )، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق 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، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصيا، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تنتوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقد الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لام، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أمّا موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّبعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليتها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

**خلاصة الفصل التمهيدي :**

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشرع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد(9)،(11)،(12)،  
(13)،(33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد(9مكرر)،(11)،(12)ملغاة،(13)،  
الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05.  
كما أنّ المشرع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

# الفصل الأول

## أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكييف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

#### التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكييف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداء ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلّيته حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلّيته، أي فمن زوجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقته في ذلك، ومن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولو بعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعمّر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعبر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركن آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإنّ الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، رتب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرّر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، مما يفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup>، مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup>!؟.

ومأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لاط، دارالفجر، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

### الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

#### I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :

##### أولاً- التعريف اللغوي للركن :

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القوية<sup>3</sup>.

##### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقومٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلقّ بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يُلحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصّاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البنانّي، محمد بن الحسن، الفتح الرياني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأَبصار، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود ، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامَةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشرطٌ، ومنه أشرط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبغ لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة " ، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال: "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة) ، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرداوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي ممّا لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنونه ركنًا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبروه ركنًا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوّز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعلّق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنًا مجازًا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلاً يعتبرونهما شرطًا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنًا من أركان النكاح.

4- كما أنّ اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، ممّا عبّر بعضهم بالشرط فيما عبّر عنه بعض آخر بالركن وبالعكس.

ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنًا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحًا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُيِّنَ الوالي عَمَّ النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الوالي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والوالي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالوالي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجدَّ عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الوالي. لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الوالي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها. فمنها<sup>4</sup> :

- أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدوم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .
- ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.
- ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتب عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الموعنة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلا عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقا أو التزاما لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فورا وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبرا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصا بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلا إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفا فيه عوّه فاسدا<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسدا لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لأبد لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأنّ الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلاّ أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصحّ للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها - وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلاّ أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعبرون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، نقل عن "مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أن الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتيين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إنّ شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أن هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعلّ مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقا لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، مما يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، نقلاً عن "العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِنَّمَا وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيبح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلبي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
 ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد أول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله،"تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية،المرجع السابق،ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل،"تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجوراً<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه

وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.

**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغره أو سفهه أو جنون، "نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛ "أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَى وَوْلِي مَرْشِدٍ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لَا تَنْكُحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوَّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لام، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لهولايته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.

- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيبا رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

## ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُلّ من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup>.

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقا لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانونا 19 سنة كاملة .

غير أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم..."، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي..."، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمّل أعباء الزواج وما يترتّب عليه من آثار كالقدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لاط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينيوية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدّعي، كما أنّه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البذل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى- أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لاغير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولّيته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثنتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أمّا بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يُكْتَفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمّل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

## الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

### I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

### II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

#### أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

#### 1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشى، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمورهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثوبية، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تنتظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص.446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف، لِمَا في الصغير من انعدام القصد، أو القصور النظر فيما يأتي أو يدع .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميّزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰئِي يَدُسُّ نَ مِنْ الْمِحِضِ مِنْ سَلٰٓءِكُمْ اِنْ  
رَتَّبْتُمْ فَعَعْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ اَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحْضَنْ... ﴾<sup>1</sup>، فقوله تعالى: ﴿ وَاللّٰئِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾  
بيان لعدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة ، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِدِّينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحراز الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجنابة غير الوطء، أو خلة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذٍ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر"<sup>2</sup>.

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حقّ من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهن مرة أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup> ، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح

أزواجهنّ، فإنّ من كان أمره بيده لايقال إنّ غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنع غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أنّ ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْآيَةُ<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَاتُكْفُرُوا بِالْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَمُنُوا...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكْفُرْنَ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَمُنُوا، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهن لما خاطب الله أولياءهن دونهن، وكذلك لو كان للمرأة أن تُكْفِرَ نَفْسَهَا لَمَا كَانَتِ الْآيَةُ دَالَّةً عَلَى مَنَعِهَا مِنْ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِمُشْرِكٍ، لِأَنَّهَا لَمْ تَنْهَ عَنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَهَى الْأَوْلِيَاءَ وَنَكَاحَ الْمُسْلِمَةَ لِلْمُشْرِكِ غَيْرِ جَائِزٍ بِالْإِجْمَاعِ<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَاتُكْفُرُوا بِالْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَمُنُوا...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصح به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحقق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: " ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: " فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: " أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: ( يخطبُ الرجلُ إلى الرجلِ ووليَّهٖ )، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: ( ليس أحدٌ من أوليائِي حاضراً )<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ-الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: " قال رسول الله ﷺ ( لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ... )"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار : " قوله ( لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ ) هذا النفي يتوجّه إمّا إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجّه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلاً"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية (221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لا يمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ أُمَّرَأَةٍ تَكَتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَانْكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، وهو شاهد قويٌّ لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصاً واستنباطاً منها في قوله (نكحت بغير إذن وليها) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله (فنكاحها باطل) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد أُعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى :** فقد أُعِلَّ بالإرسال، هذا فضلاً عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عتيبة عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي،"تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق ، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَ تَزْوِجَ نِسِيَّتِهِ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصْنَعُ هذا به ويُفَاتُ عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمراً قَضَيْتَهُ فقَرَّتْ حفصة عند المنذر"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولاً:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهداً متأولاً - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانياً :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّ لها، أو نبي الرأى من أهلها، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد ولميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ.<sup>3</sup>

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن ولي"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبدان وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبدان أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبدان يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبذل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبدان بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبدان والاستلاء عليها من الأزدال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرطاً في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرة كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى:  
﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لا تمنعهن أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لا يتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ،"تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاخلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لايزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانفيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجز للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ رَوْعَرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصرته مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنَّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " 2. وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحُجَّاحَ عَلَیْكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أنَّ العقد لا یصحُّ إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عزَّ وجلَّ إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرَّحوا بأنَّ فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنَّما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنَّ إذا في أنفسهنَّ بالمعروف إنَّما هو ما يتم برضاهنَّ واختيارهنَّ مع أوليائهنَّ، ثم عقد أوليائهنَّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنَّ قصر حقهنَّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنه لا شك أنَّ عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كلِّ ما كان محظوراً على المرأة المعتدَّة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دلَّت عليه السنَّة الصحيحة، أمَّا العقد فقد قام الدليل الخاصُّ من السنَّة على أنه بيد وليها ولامعارضة بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترضاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَحْضُرُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيّقوا عليهنّ بمنعكم إيّاهنّ أيّها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبتغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضَلَهَا، ومنعها عمًا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: ما رواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: **أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَمِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أُنْفُهَا فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُلِّتْ أَوْ صُلِّتْ** (2). قال العيني مبيِّنًا صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقًا كانت أو متوفِّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهري أيضا، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسه...) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفِّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعًا"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليًا عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعًا، لكون النكاح تصرفًا نافعًا، متضمنًا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلمَّا تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاجبة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسمًا لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشَّار عواد معروف ،عصام فارس الحرستاني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية ، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله التي وبالبر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التي أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التي، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التي المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغاً بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البكر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التي أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لا تزجرن أب، ولا تمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحققها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أياؤم فطبت، لأن الواحد رجل أيم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأة أيم أيضا، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا، ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا، م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحق بالرضا دون العقد وأن حق الولي في العقد، ودلّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقًا لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوًا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفا فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: مارواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته قال: فجئ الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أرت أن تعلم النساء أن ليس إلى الأباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقًا ثابتًا بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك "<sup>5</sup>.

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فطم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتًا لما سكّت عنه النبي ﷺ"<sup>6</sup>.  
وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرها، وذلك جمعًا بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص.173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسّت إخلاسًا، إذا فعلت فعلًا خيسًا. ويُرَقى: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلًا يكون فيه رفعة، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج.3، لا ط، دار الفكر العربي، لام، دت، ص.91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَانَ في أَنفُسِهِمْ أمر؟، أم أَنَّ أمرَ أوليائِهِمْ نافذَ عَلَيْهِمْ وإن كرهن؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: " والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء " <sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليِّ ؓ أَنَّ امرأةً زَوَّجَتْ ابنتَهَا برضاها، فجاء أوليائُهَا فخاصموها إلى عليِّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زَوَّجَتْ نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجه جاز النكاح " <sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنه مختلف في إسناده ومنتها، ومخالف لما صحَّ عن عليِّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليِّ ؓ أَنَّهُ أَجَازَ نِكَاحَ امرأةٍ زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا برضى منها " <sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأةً من عائدات الله يقال لها سلمة زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليِّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز " <sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريَّة بنت هانئ بنت قبيصة أَنَّها زَوَّجَتْ نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليًّا ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بِهَا؟ قال: نعم، فأجاز النكاح " <sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومنتها، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريَّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئ - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بولي. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير ولي من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه، "نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمَّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنما يقع باختيار الزوج لابل مباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحَّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الوليِّ العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الوليِّ لنوع من المروءة وهو أنَّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يردَّ على ذلك، بعدة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنَّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبَدُّ به عن وليِّها، بل الغالب أنَّ وليِّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلِّ فهو شركة بينها وبين وليِّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليِّها أنَّه لا يصلح لمثلها فإنَّه يمنعها منه ولا يجوع على إنكاحها إيَّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوّجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوّجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الوليِّ، ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الوليِّ لتام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص.ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأمّا إقرارها بالنكاح: فإنّه لا ينعقد به النكاح، وأمّا يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأمّا اعتبار رضاها في مباشرة وليّها نكاحها: فإنّ ولاية الولي عليها ثابتة شرعا، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنّه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وأمّا حقّها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أنّ ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقّها، ومثل ذلك لإثبات حقّها في مطالبة وليّها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثا - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليّها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليّها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثمّ يصحّ لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليّها، فإن أذن لها صحّ نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ كَتَبْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحُهَا بَاطِلًا، فَنَكَحُهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه

يدلّ على صحّة إنكاحها نفسها بإذن وليّها .

ذكر الصنعاني: "قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليّها» يُلْفَهُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا أُنِّنَ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ لِنَفْسِهَا، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَفْهُومٌ لَا يُقَوَّى عَلَى مَعَارِضَةِ الْمَنْطُوقِ بِاشْتِرَاطِهِ - أَيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوْاجِ الْمَرْأَةِ - "2.

1 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الْوَلِيَّ الَّذِي يَصَحُّ بِهِ النِّكَاحُ هُوَ إِنْ لَمْ يَنْوَبْ عَنْهُ، وَهُوَ الْوَكِيلُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهَا فَلَمْ تَكُنْ هِيَ النَّائِبَةُ فِيهِ"<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: "يُقْتَضَى قَوْلُهُ ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) لِعَمُومِهِ عَلَى دَلِيلِ الْخَطَابِ، وَالتَّخْصِصِ هَهُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تَنْزُجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، وَالْعِلَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مَبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوَقَاحَتِهَا وَرِعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يَنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمَرْوَةِ"<sup>2</sup>.

إِنَّ الْمَقْصُودَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ بِنَفْسِهِ، أَوْ عَقْدُ وَكِيلِهِ، فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَيُّهَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِكْنَادٍ وَلِيِّهَا -أَصَالَةً أَوْ وَكَالَةً- فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ"<sup>3</sup>. والواقع أنَّ المرأة لو رجعت إلى وليها لاستئذانه، فأذن لها، فقلَّما، بل من النادر جدا أن ترضى لنفسها أن تعقد هي وتترك وليها، بل ليس من أخلاقيات المرأة التي تأخذ الإذن مراعاة لشعور وليها أن تسلبه إنشاء العقد بعبارة، تشريفا له ولها"<sup>4</sup>.

#### رابعاً -الرأي المختار:

إِنَّ حُكْمَ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ الْحَرَّةِ هُوَ مِنْ أَهَمِّ الْمَسَائِلِ فِي بَحْثِنَا هَذَا، وَقَدْ طَالَ وَقُوفُنَا عِنْدَهَا، وَهِيَ حُرِيَّةٌ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَا لِأَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ فِيهَا، وَتَتَّبَعُ أَدْلَتُهُمْ وَتَأْتِي دَلَالَتُهَا وَصَحَّتُهَا، يَتَجَلَّى بِوَضُوحٍ أَرْجَحُهَا دَلِيلًا، وَأَحْظَاهَا قَبُولًا عِنْدَ الْأُمَّةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ لِلْأَسْبَابِ التَّالِيَةِ:

- 1- إنَّ أَغْلَبَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ زَهَبُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، فَهَمُ الَّذِينَ عَاشَرُوا الرَّسُولَ ﷺ وَهُمْ أَكْثَرُ مِنَّا فَهُمَا وَاسْتِعَابَا لِلنُّصُوصِ وَالتَّطْبِيقَاتِ النَّبَوِيَّةِ لَهَا.
- 2- كثرة أدلة جمهور الفقهاء وقوتها من حيث الدلالة والصحة وترباطها، حيث يقوي بعضها البعض وجاءت كلها مركزة على عدم صحة الزواج بغير ولي بصورة واضحة وصريحة.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيئات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أن أكثرها تمّوا وأقواها تأثيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطلحت على تسميتها أسباب اللاقرابة .

كما أن بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة(11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبات دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبات .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "...  
ويعتبر من ذوي القربى كل من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أن المشرع الجزائري  
يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصابات،  
وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه-  
معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أن القرابة من العصابات  
وذوي الأرحام معا، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.

ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدد  
بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثم معرفة طبيعة القرابة التي تكون سببا في  
ثبوت ولاية التزويج.

أما ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من  
نص المادة(11)، قد وسّع في أسباب ثبوت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية  
اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها  
أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها  
دون أن يحدد من هم هؤلاء الأقارب- على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب  
الأوليين- اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب ثبوت ولاية التزويج، إلا أنّه بمنحه المرأة  
حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر  
وذلك باستعماله لفظ"أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة  
في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة  
الراشدة، وهو سبب لانجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف  
السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو  
لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حد تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،  
2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليعة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب اللاقرابة :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولّي من لاوّلّي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعبّر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3- م.ع.غ.أ.ش.، ص.ت، 02/14/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّ المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخول للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعدها<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة (20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه: "حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانعاً لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، والّا تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتّي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة رقم 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة (10): "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاھرہ أنّ المشرع الجزائري لم یقید كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيصال، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أستثني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

#### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصبات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصبات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لاولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلّ شيء يَدْوَصلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: "وإدخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: "فَوْضَ كُلِّ نِكَاحٍ إِلَى كُلِّ عَصَبَةٍ، لِأَنَّهُ قَابِلُ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ، أَوْ بِالْجَمْعِ، فَيَقْتَضِي مَقَابِلَةَ الْفَرْدِ بِالْفَرْدِ"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، ممَّا يقتضي أنَّ النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أنَّ الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أنَّ الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عمَّا يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح ، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

فرأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذوي الأرحام كذلك، فالأرحام من القرابات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال:(... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ)<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنْكُحُ الْعُرَّةُ إِلَّا نَزِيًّا وَلِيَّهَا ، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ"<sup>5</sup> . ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصابة أو من يقوم مقامهم.

### ثانيا-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>7</sup> .

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانَ وَلِيَّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقرابة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني : "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشعر الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب"<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيضاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أن الإيضاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته"<sup>3</sup>.

أما المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أن الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدم يتبين أن الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهن بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الأُمِّ فِي التَّبَيُّثِ الظُّلْمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.

ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتَّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاء، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيصاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فكذا لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيصاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيصاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنَّه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضاً فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سبباً من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطاً هاماً، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدِّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

- 1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، د.ت، ص.223-224.
- 2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.
- 3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.
- 4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.
- 6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.
- 7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤججها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلاَّ أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لا على الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لا تثبت له ولاية النكاح مع وجود وليٍّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليِّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا.ط، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرَا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهّمنا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكلّ فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنّه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنّها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه ، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزي: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صحَّ منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأنَّ العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصحَّ أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،...، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوجها، فتزوجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأنَّ العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأنَّ الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقّف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالإتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لايجوز اتفاقا، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأثَّه لايعبَّره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لايجيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أمَّا بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان: أنَّ الوكيل هناك مايقبده، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup>.

**ب-باقي المذاهب الثلاثة:** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحسانا، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفا وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذا على الموكل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلا، توقف العقد على إجازة الموكل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركنا من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلا سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصدق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، مما يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أن لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤا وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكرا حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أما بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطا في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لايعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أن الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمنا.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساسا لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خيها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صداق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للمولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعها، قرابة العصباء و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدما تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإنّ الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجبار

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجبار، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجبار على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوّجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أنّ للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنّهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 379.

2 - المرجع نفسه، ص. 380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ؓ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأما زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدل على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأن أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأما العصوية وقرب القرابة شرط للتقم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهوالقربة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العمّ لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثمّ فهم لا يثبتونها للجدّ، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد رسول الله ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجدَّ، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّم الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدّم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدّم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحيمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إنّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنّه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقدته للأهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنّى كل مذهب فقهي علة من هذه العلى أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن الموليِّ عليها في النكاح ورضاها به، وهذا الرضا قد يعبر عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدل على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يؤكد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها رد رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لايفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192.الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها: (قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها».متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و4/336-342،337-343) ومسلم(4/141) وكذا النسائي(2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية ي نكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجها وهي كارهةٌ، فخيَّرها النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلةَ في ثبوت ولاية الإيجابار هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجابار تدور مع الجنون وجوداً وعدمًا، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجابار على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجابار بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجابار، لأنّه إذا استقلّ العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماعاً ترتّب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريلي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضا، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِهِ تَسْتَأْذِنُ وَإِنْذِهِ أَوْ صُلَاتِهِ) (أ)<sup>4</sup>.

فمعنى الثيب أحق بنفسها من وليها: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أحق منه به: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته الثيب عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها، عظم أن ولي البكر أحق بها من نفسها، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطابة لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإيجاب. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإيجاب على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - الثب هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأبائهم إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَتْ لَكُمْ فَعِدَّتُهُمْ نُّ ثَلَاثَةٌ أَوْ سِتٌّ أَوْ سَبْعَةٌ أَوْ ثَمَانِيَةٌ أَوْ تِسْعَةٌ أَوْ عَشْرَةٌ أَوْ إِثْنَتَا عَشْرَةٌ...﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العدة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وإنما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إذنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبتها تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإجماع مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علة ولاية الإجماع:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علة ثبوت ولاية الإجماع هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلة الصغر، غير أنهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصحّ أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنّها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيتها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أوناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لوليتها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجاب، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجاب تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و 16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقل عن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبلة وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج.ج، د.ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإجماع في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإجماع على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07، م.ع.ق.، 1968، م.ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.ع.د. د.ش.ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش.ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العواذب والتكفل بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 16/02/1985 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كليات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإيجار والاختيار على المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواجَ الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولايته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أن الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين مما سبق أنّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثم لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقّف عليه إبرام العقد، غير أنّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقّها تفويض الأمر إلى وليّها لئلاّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولّ أمرها وليّها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدودة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرى و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها(جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة كلهم علماً، قدّم الحاكم إن وجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>. وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح (أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>. ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفّلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفّلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّةَ تُقَدَّمُ عَلَى الأبُوَّةِ عِنْدَ المَالِكِيَّةِ، وَ تُقَدَّمُ الأبُوَّةُ عَلَى البِنُوَّةِ عِنْدَ الحَنَابِلَةِ، وَلَيْسَ لِلابْنِ وِلَايَةُ اخْتِيَارٍ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا إِذَا شَارَكَ أُمَّهُ فِي نَسَبِ كَابِنٍ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا فَلَهُ الوِلَايَةُ بِهَذَا النِّسْبِ أَوْ كَانَ قَاضِيًا<sup>1</sup>.

### ثانيا - المُولي عليه في ولاية الاختيار:

مما هو محل اتفاق بين جمهور الفقهاء في ولاية الاختيار هو لزوم رضا المرأة بالنكاح، ومن ثم لا يصح للولي أن يستبد بالعقد دون مشاورتها وأخذ رضاها. و يتفق جمهور الفقهاء على لزوم رضا المرأة الثيب العاقلة بالنكاح، لقوله ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)<sup>2</sup>، فهو صريح في جعل أمر نكاح الثيب إلى نفسها، ولا يدخل في هذا الثيب الصغيرة، إذ الصغر مانع من اعتبار عبارتها حتى تفصح عن رأيها، وبه يتضح رضاها، ومن هنا رأينا بعض الفقهاء وهم الشافعية يمنعون زواجها في هذه السن لذلك، ويوجبون انتظار بلوغها حتى تعبر هي بعبارتها عن رضاها. إلا أنهم اختلفوا في من هي المرأة الثيب؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمعا على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء وطاء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.

2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.

3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجاب عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، ممّا يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية ممّا علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

## المطلب الثاني

### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): " يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي-الأب- يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته-ابنته-

بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدّعيّة بالزواج طّبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التّعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجوب أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسياً في العقد، ولا جدال أيضاً في حضور الوليّ باعتباره شرطاً لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا الموليّ عليها وحضور الوليّ في عقد زواجها، فهل للموليّ عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الوليّ على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأنّ الفقه الإسلاميّ في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الوليّ في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي وليّ من لا وليّ له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعدّ ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أنّ الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقته ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضّحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يُتصوّر إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصغير والصغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصغير والصغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أمّا الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكارتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكارتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكما لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإنّ إرادته هي المسيطرة وهي المعتبرة في العقد، وإن كانت آثاره تنصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للزّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الزّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الزّواج أبدا للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الولي المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الولي حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقا - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الولي المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج مولدته للوصي .

وممّا يستدعي التّكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطُّمَّ قَسِيَةً أَذُنًا وَا كَمَا اسْتَأْنَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج مولدته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثل في السلطات والصلاحيات للولي، وذلك من خلال النصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائية على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الولي بنفسه أو من ينوبه عقد الزواج؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزواج؟.

3- هل يؤثر غيابه على عقد الزواج؟.

4- هل له حق الاعتراض على عقد الزواج؟.

5- ماذا لو أجبر الولي موليته على الزواج؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليها..."، ممّا يُفهم أنّ الولي يقوم بدور الإشراف على عقد زواج موليته الرّاشدة، يقول الرشيد بن شويخ : " واضح من النصّ أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُفهم أنّ الرضا (التراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعوّ بهما الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصياً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الولي، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعا"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي..." . من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أن الولي هو المعني بتولي عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التولي؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للولي يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأُبرم أمام موثّق أو موظّف مُوَهَّل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ بإعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرّع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرّعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تفلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup> .

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المآة(09) مكرّر: " يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المآة(33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: " كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج .

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تتحصر في أمرين إثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه .

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاصلاً، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، وإلاّ تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتظطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النحول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟"<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضاهها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128م، ق.م، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الوليّ إلى درجة أنّه اكتفاءً باشتراطه في عقد زواج مولّيته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختيار أي شخص آخر غير وليّها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج مولّيته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لمولّيته، تمارسه حسب اختيارها ومصّلحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإجبار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الوليّ في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الوليّ لأثر له في عقد زواج مولّيته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الوليّ في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الوليّ لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنّه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولّي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت مولّيته الاختيار، ولذلك كيفوا الوليّ على أنّه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولّي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الوليّ شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الوليّ أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الوليّ عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّب أحقّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَليِّهِ أَمْ، وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ وَإِنْذِهِ أَمْ صُمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا وإذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردّاً؛ لأنه يُشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أمَّا الحنفية الذين كفيوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.212-213.

3 - المرجع نفسه، ص.37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألاّ يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السرّ وبعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زوجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1- عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

## حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

## الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتدّ به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

## أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرّر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامّة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبيّن الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup>، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْبَيْتَ أَمْيَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup>، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعى فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إباء فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجِزْنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي " متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا.ط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلا ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إن الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إن الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإن المجرى العادي للأمر يدل على أن البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أما الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أن سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إن الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أما بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوج الولي المجرى المولى عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أن له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولى هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفر هذا الأساس كاملاً من غير أي شائبة تشويه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأن عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرى - خاصة إذا كان أباً أو جدًّا - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلا أنهم إشتراطوا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقل من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأن وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجته بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>.  
قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>.  
أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْجَ موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنقّى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّةً وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حقّ خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصّغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثمّ يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصّغيرة الصّغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الوليّ المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للموليّ عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الوليّ أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبواً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبورة حقّ خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الوليّ المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنقّى في شرح المنقّى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

الأول: ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك.

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص. 75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لاط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص. 174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أيّ آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أن تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

##### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

##### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة (222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يققن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استنادا إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سببا من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنونا أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيا أو أسيرا أو ارتد بعد أن كان مسلما، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبدا، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصح منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعل مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصح منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره.

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحق للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصح منه ذلك حتى يتحلل من الإحرام.

أما الحنابله فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محددة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَيَّقَ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع

الولي من تزويجها منه، لأن الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص. 554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 372.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص. 376.

4 - الشريبي، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص. 207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن تـ حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليّ تزويج المّولّي عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين، فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المادّة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للولّي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9"، فظاهر هذه المادّة أنّه لايجوز  
للولّي أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الولّي عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المادّة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد، المرجع السابق، ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المادة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضَوْنَ بَيْنَهُ وَطَقَهُ فَرُجُوهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراما إذا لم يكن الزوج قادرا على الزواج من ناحية الإنفاق متيقنا من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراما<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي نُكرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلا .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَّبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبررا لهذا المنع يعتبر عاضلا، من وجهة المشرع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أيّ معارضة. وبهذا يمكن القول بأنّ هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحدّ الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يردُّ الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولَّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا أَمْرَةٍ كَتَبْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ اسْتَحْلٌ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفء وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجاب، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلا ولو تكرّر ربه للخاطب الكفء عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يعمدوا واحد منهم عاضلا<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممّن ثبتت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخص بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أن كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحققه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشربيني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورغب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤتي الى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازعا بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تَتعيَّام القضاة عضل ولَّيها، فلتحقيق ذلك يُؤمر الولي بالتزويج فإنَّ زوج فلا يكون عاضلاً، وإنَّ لم يزوج تحقَّق عضله وتأكَّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أنَّ الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرَّ لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقَّق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فإنَّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له<sup>4</sup>)، على أنَّ الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، ومما لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الولي بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنّه لأضمن عدم ظلم الولي الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يثقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلامي :

إن موقف الفقه الإسلامي عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتّخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصحّ أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكون إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولُ أَحقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جَوا فَالسُّلْطَانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أن ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أن مسألة تولي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإن غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإن زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شؤون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup> .

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصق أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: "إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وُكّل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنابةً لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لا.ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: "فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup> ، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

وجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقا.

ج-الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سببا في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإجماع وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجرى إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أمّا إذا أن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحداً عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعرّض استيفاءه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعرّض مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوليِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوليِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوليِّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوليِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإجماع في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوليِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوليِّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الوليِّ الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن الموليِّ عليه بسبب غيبة الوليِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوليِّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدَّ ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنَّها تعد عائقاً عن زواج الموليِّ عليه بولاية الوليِّ الأقرب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدَّمت فيه وسائل الاتصال تقمماً مذهلاً، حتَّى إنَّه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتَّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفاء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنَّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدَّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنَّها التي تنقطع فيها أخبار الوليِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المدّة، وجبّى المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة(112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الولي الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد وإلى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرر صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأن غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج موليته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أن ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أن مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المُولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قننه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجماع والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسبا ، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

**ثانيا:المقترحات:**

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لاتستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقْد.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمدُه القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتِي بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون مدسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فأتي أقتراح تعديل نص المادة (11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدد الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجبيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَّ اسْكُنْ أَتَ وَزَوْجِكَ الْجَبَّةَ ﴾
22	107	﴿ ... وَمَالِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ الْمَرْءِ النَّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْهَهُ نَّ فَلَا تَحْضَوْهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿ ... وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَاذِينَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغَ أَجُّهُنَّ نَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿ ... إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿ ... فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿ .. فَلَا تَحْضَوْهُنَّ أَنْ يَكُنَّ زَوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿ ... وَقَالُوا حَبِّبْنَا لِلَّهِ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾
20	21	﴿ ... وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيًّا ﴾
54	144	﴿ أَلَيْهِمْ أَلِ النَّبِيِّنَّ عَمَدٌ وَلَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ تُونِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَمِنْ أُنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَاذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هَؤُلَاءِ إِلَّا وَ لَانِمَّةٌ ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوُوا وَمَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ نُدَّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهَدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ قَلْبَهُمْ فَأَنْدُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدُسُّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رُتَبْتُمْ تَتَّهِنُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيِّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا بِالْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْوَالِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ... .
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَبِالْبِكْرِ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا.
132	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ ۖ وَخَطَبَهُ فَرُجُوهُ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدَنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادُ عَرِيضٍ.
191	إِذَا أُتِيَكَ الْوَالِيَانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أَوْهِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا قَضَتْ عِدَّتَهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أجاز نكاح امرأة زوجها أمها برضى منها .
90	الشيواني	عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّنَنُ دَاوُدَ، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطرالوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دارلحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُة، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَنَّاني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشى على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لاطبعة، دارلحياءالتراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:**
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُوبِعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيَّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لاطبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لاطبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاجيون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوار على المنار، جزء2، لاطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لاطبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصَّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصَّحاح، لاطبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُودُ جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تفية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المَنخِل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لا طبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالى	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



## الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصّص: " أحوال شخصيّة "

تحت إشراف الدكتور:

عمر روبينة

إعداد الطالب:

عبد الله شيباني

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ إبراهيم رحمانى	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
د/ عمر روبينة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
د/ بوبكر خلف	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ كمال قنّة	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشا
د/ يوسف عبداللاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# من هدي النبوة

عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)

أُخْرِجَهُ الْخَمْسَةَ إِلَّا النِّسَاءَ.

# شكر وعرفان

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر رويينة، الذي منحني ثقته من أول لقاء وأعطاني هذه المكانة التي قد لأستحقها، من خلال النصح العلمي وإرشادي إلى مواقع الخلل في ثنايا هذا البحث، وتوجيهي إلى الصواب بحيث تتوازن عناصره وتأخذني بكل يسر في التحليل القانوني والشرعي للموضوع .

## ملخص

إنّ الزواج الصحيح سنة من سنن الله في الخلق، فهو أساس عمران الكون، وتنازل البشر، وحفظ النسب وتكوين الأسر، وبناء المجتمع وراحة للنفوس.

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع؛ الذي صلاحه يتوقّف على صلاحها، لذا أحاطها الشرع الحكيم بعناية خاصة، فجعل لها من الأنظمة الداعمة بما يمكنها من تمتين الروابط بين أفرادها، في جو يسوده المودة والرحمة والتعاون وحسن العشرة. ولعلّ من بين هذه الأنظمة، هو نظام ولاية التزويج، كضامن من ضمانات الاستقرار الأسري والمحافظة على ديمومته.

ونظرا لمكانة ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، عدّ مختلف فقهاء المذاهب الفقهية إلى تبيان أحكامها بالحجة والدليل.

من جهته أكدّ المشرع الجزائري على أهمية الأسرة؛ بأن اعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، وأنها تحظى بحماية الدولة والمجتمع، وأحال تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون الأسرة رقم 11/84، المعلّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لأحكامه، والتي من بينها أحكام ولاية التزويج؛ التي خصّها بمجموعة من المواد القانونية.

مذكرة البحث المعنونة بالولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، جاءت لتتناول بالدراسة والتحليل مدى ضبط المشرع الجزائري لأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة، بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وينسجم مع الأعراف السليمة للمجتمع الجزائري في الزواج.

## *Résumé*

Se marier correctement est l'une des pratiques de Dieu la Création, il est la base de l'urbanisme de l'univers et la reproduction humaine, et le moyen de maintenir la généalogie et former les familles, et le développement communautaire et la paix des âmes.

La famille est le premier élément pour construire la société, qui son succès dépend de sa validité. Alors, le Droit lui a donné une importance particulière, l'a poussée à partir de systèmes de soutien pour leur permettre de renforcer les liens entre ses membres, dans une atmosphère d'affection et de compassion, et de la coopération et de la sociabilité.

Cependant, parmi ces systèmes, il y probablement le système de mandat de donner en mariage, en tant que garant de la stabilité familiale et le maintien de sa continuité.

En raison de l'importance de mandat de donner en mariage dans la charia islamique, les savants des quatre doctrines ont opté de démontrer ses dispositions par des arguments et des preuve.

Pour sa part, le législateur algérien a souligné l'importance de la famille, dont il considère comme cellule fondamentale de la société, et qu'elles sont protégés par l'Etat et la société, et a renvoyé l'organisation des relation familiales au Code de la famille n ° 84/11, tel qui modifié et complété l'ordonnance n ° 05/02, et qui a fait de la charia islamique la source principale de ses disposition, et parmi ceux-ci le mandat dans le contrat de mariage, qui résume un ensemble d' articles juridiques.

La mémorandum intitulé le mandat dans le contrat de mariage selon le Code algérien de la famille, a été établi pour traiter en étudiant et analysant, la mesure de préciser l'exactitude du législateur algérien des disposition de mandat de donner en mariage dans le Code de la famille, et en accord avec les objectifs de la loi islamique, et compatible avec les tradition correctes de la société algérienne dans le mariage

## قائمة المختصرات

- ت = توفي .
- ج = جزء .
- ص = صفحة .
- ع = عدد .
- م = ميلادي .
- هـ = هجري .
- ج.ر = الجريدة الرسمية .
- د.ت = بدون ذكر تاريخ .
- ص.ت = صادر بتاريخ .
- ط.خ = طبعة خاصة .
- ط.ص = طبعة مصححة .
- ط.م = طبعة منقحة .
- غ.م = غير منشور .
- لا.ط = لا طبعة .
- لا.م = لا مكان طبع .
- لا.ن = لا ناشر .
- م.ر = ملف رقم .
- م.ع = المحكمة العليا، الجزائر .
- م.ق = المجلة القضائية، الجزائر .
- تحق = تحقيق .
- غ.أ.ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .
- غ.ق.خ = غرفة القانون الخاص، الجزائر .
- م.ع.ق = المجلة العلوم القانونية، الجزائر .
- م.م.ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر .
- ج.ج.د.ش = الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مقدمة

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى في تكوين المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كلاً، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، حيث لا سبيل إلى ذلك الصلاح إلا إذا بُنيت هذه الأسرة على أسس متينة وقواعد راسخة.

ولما كان عقد الزواج أساس بنائها نجد المولى عزّ وجلّ هو الذي تولاه بنفسه تشريعاً وتنظيماً لتنشأ الأسرة على أساس راسخ من الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، وتزدهر بداخله شخصية الفرد وتتشكّل، ذلك أنّ هذا العقد على درجة كبيرة من الأهمية من حيث محلّه ومجاله وديمومته، فهو ينصبّ على أكرم وأشرف مخلوق، ويمتدّ إلى أهل وأقارب الزوجين، ودائم في الأصل وليس عارض .

ومادام الأمر كذلك فإنه يلزم للإقدام على إبرامه قدر كبير من التروي والتحميص من كلا العاقدين، للنظر في أحوال وسيرة الطرف الآخر، وهي مهمة على قدر كبير من الأهمية، لما يترتب عنها من تداعيات على مستقبل الأسرة واستقرارها، ولما كان الأمر كذلك فقد أقرّ الشرع الحكيم نظام الولاية ووكّلف شخصاً يسمى الولي، ليكون عضداً وعوناً للطرف الضعيف، فأسند له ولاية الإشراف على شؤون زواج المولى عليه لحمايته من الغبن ومشاركته في حسن الاختيار والتدبير .

هذه الولاية سماها فقهاء الشريعة بالولاية في عقد الزواج، واختصاراً ولاية التزويج، فهي ولاية نظر قائمة على رعاية مصلحة الطرف الضعيف في زواجه، ومن ثمّ فهي ولاية على النفس بموجبها يكون للولي حقّ التصرف في تزويج المولى عليه .

ونظراً لحاجة الناس لأحكام ولاية التزويج؛ التي تضمن استقرار علاقاتهم الأسرية وتكوين أسر مستقرة دائمة، أحال المشرع الجزائري تنظيم هذه العلاقات إلى قانون الأسرة، الذي ضمّنه مجموعة من المواد القانونية التي تضبط هذه الولاية، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الرسمي والأصيل لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر .

إنّ موضوع أحكام الولاية في عقد الزواج تعتبر من أهمّ وأجلّ قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم لها في شأن الزواج، فكل فرد تهيأت له ظروف الزواج

وشرع فيه إلا ويجد نفسه عرضة لأحكام ولاية التزويج سواء تعلّق الأمر بالإشراف على الزواج أو حلّ للنزاعات التي تثور حول هذه الولاية .

ولعلّ أهمّ طرف معني بهذه الأحكام هم القصر والنساء الذين يحتاجون إلى أوليائهم في الإشراف على أمور زواجاتهم .

فكان من الضروري ضبط أحكام الولاية في الزواج وتقنينها في نصوص قانونية، يحتكم لها الناس في تولّيهم عقود زواجهم وحلّ النزاعات التي تثور بينهم بشأنها معنّ له مصلحة في ذلك.

إنّ تقنين المشرع الجزائري لأحكام الولاية في الزواج من خلال قانون الأسرة تبرز أهميته في:

- أنّ أحكام الولاية في الزواج تعدّ ضامناً من الضمانات لاستقرار الأسر، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج.

- أنّ تقنين أحكام الولاية وصدورها في قانون يضمن حقّ الولي في تولّي عقد الزواج على المولي عليه .

- الحرص على حماية المولي عليه من تعسف وليه في استعمال حقه في ولاية التزويج.  
- ضرورة تطبيق هذه الأحكام لتنظيم أمر الإشراف على الزواج وفضّ النزاعات التي تثور بين الناس بشأنه .

إنّ الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع للبحث هي:

- سبب ذاتي: رغبتني في الإطلاع والتعرّف على أحكام الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بماهي عليه في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، دراسة مقارنة، وتجميعها في مؤلّف واحد .

- الأسباب الموضوعية :

- غموض في مضامين ودلالات بعض النصوص القانونية في أحكام ولاية التزويج .  
- كثرة النزاعات وتردد الناس على المحاكم القضائية بشأن ولاية التزويج .  
- حدّة النقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية إلى درجة النزاع حول أحكام الولاية.

أما الأهداف التي كنت أقصدها من خلال البحث فهي :

- إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي في أحكام ولاية التزويج.
- كشف مواطن الخلل وتبيان الثغرات - إن وجدت- في تقنين أحكام ولاية التزويج من خلال قانون الأسرة الجزائري، ولفت انتباه الجهات المختصة ومن يهّم الأمر في ذلك.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية والاستفادة من هذه المذكرة.

من خلال ما تقدّم من تبيان أهمية ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج وحاجة الناس إليها، وبمألّفوه من أعرافهم السليمة حول المكانة المتميّزة للولي في عقد الزواج، ولتوضيح مآلهم وما عليهم والحفاظ على حقوقهم في أمر ولايته، فإنني أطرح الإشكالية التالية:

**إلى أي مدى فوّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع الجزائري؟.**

وحتى أتمكّن من حلّ هذه الإشكالية، أحاول الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهو مفهوم ولاية التزويج ومكانتها في عقد الزواج؟.
  - ماهو تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟.
  - ماهو الأساس الذي تقوم عليه ولاية التزويج؟.
  - ماهي أسباب ثبوت ولاية التزويج؟.
  - ماهي الآثار المترتبة على ولاية التزويج؟.
  - ماهي حالات انتهاء ولاية التزويج وسقوطها عن الولي؟.
- على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت أحكام ولاية التزويج ومسائلها الفرعية والتقنين لها، سواء تعلّق بالكتب الفقهية الإسلامية أو كتب الأحوال الشخصية للفقهاء المحدثين وبعض البحوث المتخصصة، والتي حصلت على المتاح منها من بعض المكتبات الوطنية العامة والخاصة وعبر شبكة الانترنت، إلاّ أنّه لم أجد من بينها من كان أقرب في تناوله لموضوع بحثي، سوى مؤلف محفوظ بن صغير المعنون بأحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، طبعة 1، دارالوعي، الروبية،

الجزائر، 2013، وهو بمثابة ملخص لأطروحاته في الدكتوراه، المعنونة بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، التي ناقشها في كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة في جامعة باتنة، سنة 2008/2009. كان نصيب ولاية التزويج منه - الملخص - سبعون صفحة، اعتمد فيها الكاتب المنهج التحليلي المقارن بين أحكام الولاية في الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقانون الأسرة الجزائري المعطل .

الأمر الذي شجّعني على دراسة هذا الموضوع بجمع عناصره وتحليلها واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات التي أراها مناسبة.

ومن أهمّ المراجع التي اعتمدها، وكانت لها صلة بموضوع البحث هي:

- إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، وهو بمثابة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة وكذا المذهب الظاهري والإباضي، يقع الكتاب في حوالي مائة وثمانون صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، واعتبر أن ولاية التزويج ثلاثية الأركان: الولي، و المولي عليه، و العلاقة السببية التي تربطهما.

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، تناول فيه أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج وآثاره، وخصّ ولاية التزويج بعشرين صفحة، وتناولها بطريقة مزج فيها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه أغفل الكثير من أحكامها.

- الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا (القانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974، وهو بحث مقارن لأحكام الولاية بين المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة وقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بما فيهم الجزائر، ضمت حوالي مائة وثمانون صفحة، أهم نتيجة توصل إليها هي دعوته المشرع الجزائري إلى اعتبار قضية الولاية في الزواج شوري وتبادل الرأي بين الفتاة ووليها حتى لا يستبد أحدهما دون الآخر.

- هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، شملت هذه الرسالة: باب تمهيدي معنون بأسانيد ومرجعيات الولاية في الزواج، الباب الأول معنون بطبيعة عقد الزواج ومبدأ الرضائية في قانون الأسرة الجزائري، أما الباب الثاني معنون بأحكام الولاية في الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الدراسة تميّزت بالاختصار ولم تعالج كل أحكام ولاية التزويج، فكانت تدور حول معالجة الإشكالية التي مفادها؛ بأن الولاية في الزواج دليل على عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة والذي جعل منها على حد تعبير الكثير قاصرة مدى الحياة.

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، بالاستفادة من الاجتهادات القضائية المتاحة، لمعرفة مضمون وعمق ماذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بغرض التوصل إلى معرفة مواطن الغموض والاضطراب في النص القانوني إن وجد، ومن ثمّ تسليط الضوء على المزايا والعيوب الواردة في تقنين هذه الأحكام ، واقتراح ماأراه مناسباً .

كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية لأحكام الولاية في عقد الزواج وذلك على اعتبار أنّ الأسرة ظاهرة اجتماعية، وأنّ من عوامل استقرارها حسن ضبط تقنين أحكام ولاية التزويج، ولحلّ الإشكالية المطروحة كان من اللازم وصف مفاهيم هذه الأحكام وتجميع كل المعطيات المتعلقة بها، سواء كان مصدرها القانون أو الفقه الإسلامي وتحليلها من أجل الوصول إلى النتائج وتقديم المقترحات.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة القانونية للبحث، واستخلاص أوجه المشابهة والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف ما يكتنف النصوص القانونية لهذه الأحكام من نقص أو ثغرات أو عدم انسجام، وبالتالي تعديل هذه النصوص بما يضمن عدم التضارب فيما بينها.

لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن التي تستحق الذكر هي:

- كثرة الآراء الفقهية بين فقهاء المذاهب الإسلامية، بل حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول أحكام ولاية التزويج التي هي أصلاً متناثرة و متشعبة في ثنايا كتبهم المطولة، وعدم اتفاقهم فيما بينهم في كثير من الأحيان حتى على المسألة الواحدة منها، الأمر الذي تطلب مني جهداً مضمناً في التجميع والتحري والتدقيق والتصنيف.

- نقص المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك أحكام ولاية التزويج.

- ندرة الدراسات والمؤلفات القارئة بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه في أحكام ولاية التزويج.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقامة وخاتمة بينهما ثلاثة فصول، فصل تمهيدي واثان في الصلب .

**الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج.**

**الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج.**

**الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها.**

الفصل التمهيدي

مفاهيم أساسية حول الزواج

وولاية التزويج

الزواج الصحيح له مقاصد أساسية تتعلق بكيان الإنسان ذاته، بحيث يُعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، ويتطلب لإبرامه دراية واسعة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وحيث أنّ المرأة لا يُتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلّة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بالمظاهر الزائفة، كما أنّ حياءها يمنعها من الاختلاط مع الرجال لأوّل مرّة والتعبير عن إرادتها بكل حرية فقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح أن يكون زوجها، لذلك أُقِرَّ نظام الولاية القائم على رعاية مصلحة المولي عليهم وحمايتهم وفق أسس وأحكام واضحة.

إنّ مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهميّة الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة آمنة تحقق مقاصدها، فما هو تعريف الزواج؟، وما هو مفهوم ولاية التزويج؟، وما هي أنواعها؟.

ذلك ما سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي، الذي قسّمته إلى بحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى تعريفات الزواج، في حين خصّصت المبحث الثاني لمفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أنواعها.

## المبحث الأول

### تعريفات الزواج

يطلق لفظ الزواج على ارتباط الرجل بالمرأة من أجل تكوين الأسرة، ولكن بالمقابل استعمل العرب لفظ النكاح أيضا للتعبير عن هذا الاقتران، فماهو التعريف اللغوي للزواج والنكاح؟، وماهو التعريف الاصطلاحي لهما؟، سوف أجيب عن هذين السؤالين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الزواج.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج.

### المطلب الأول

#### تعريف الزواج

من خلال هذا المطلب، سوف أتطرق إلى تعريف كل من الزواج والنكاح من حيث اللغة، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من هاذين اللفظين في استعمالهما في قانون الأسرة، كما أتطرق إلى التعريف الشرعي للنكاح.

**الفرع الأول : التعريف اللغوي للزواج :**

من معاني الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، يُقال زَوَّجَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي قَرَنَهُ، وَكُلُّ شَيْئٍ اقْتَرَنَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ فَهُمَا زَوْجَانُ<sup>1</sup>، وَيُقَالُ تَزَوَّجَهُ النُّومُ: أَي خَالَطَهُ<sup>2</sup>.

ومن ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطلق لفظ " الزواج " لاي قصد منه إلا هذا المعنى<sup>3</sup>.

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص.ص 405 - 406.

2- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، تحق (حسين نصر)، ج.7، لا.ط، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969م، ص.24.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط.1، دارالفكر العربي، مصر، 1984م، ص.9.

وَالرُّؤُفُخِ الْفَرْدِ، وَيُقَالُ لِلرُّجْبِيِّ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانُ، وَزَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَطْنُهَا<sup>1</sup>، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مَخَاطِبَا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>1</sup>.  
كما يطلق لفظ التزويج على النكاح<sup>2</sup>، ومن معاني النكاح في اللغة: أنه يُطلق على عقد التزويج، ويأتي بمعنى الوطء.  
ويُقال كَحَ فلان امرأة إذا تزوّجها، وأَنكحَ المرأة: زوّجها إياها. وامرأة ناكح، بغير هاء: ذات زوج<sup>3</sup>.

وفي قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل القانون<sup>4</sup> رقم 11/84 أو بعده الأمر<sup>5</sup> رقم 02/05، اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول من الكتاب الأول منه، واستعمال لفظ النكاح كعنوان في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل .  
وعلى سبيل المثال تكرر لفظ الزواج خمسة وأربعون مرة في المواد القانونية في قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 02/05، بينما تكرر لفظ النكاح سبعة مرات فقط .  
ونبّر استعمال لفظ الزواج أكثر من استعمال لفظ النكاح من قبل المشرع الجزائري وذلك لكون لفظ الزواج يتلاءم مع أعراف الناس وعاداتهم في الجزائر، ولا يفضي إلى أي خلاف فقهي بينهم كما هو الشأن في لفظ النكاح<sup>6</sup>.  
إذا كان لفظا الزواج والنكاح لهما نفس المعنى اللغوي، فما حقيقة النكاح في المعنى الشرعي؟.

1 - سورة البقرة، الآية (35).

2 - الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، ص.25.

3 - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج.2، لا.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ص. ص. 625-626.

4- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 جوان 1984م الموافق 09 رمضان 1404هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.24، ص.ت، 12 جوان 1984م الموافق 12 رمضان 1404هـ.

5- الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ، ج.ر، ج.ج. د.ش، ع.15، ص.ت، 27 فيفري 2005م الموافق 18 محرم 1426هـ.

6- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص.21.

الفرع الثاني : التعريف الشرعي(الأصولي) للنكاح :

إنّ الفقهاء مع اتفاقهم على أنّ لفظ الزواج حقيقة في عقد التزويج، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في عقد التزويج والوطء معاً، أم حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟. على ثلاثة أقوال :

### 1- القول الأول:

إنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهذا هو الأرجح عند المالكية والشافعية<sup>1</sup>. وقالوا بأنّ لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً في القرآن الكريم، قال الراغب: " يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأنّ الجماع يُستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يُكنى بالأفصح عن غيره"<sup>2</sup>.

### 2- القول الثاني:

إنّ النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد<sup>3</sup>. وهذا مذهب الحنفية<sup>4</sup>.

### 3- القول الثالث:

أنّه مشترك لفظي بين العقد والوطء، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة، لأنّ الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطاء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما<sup>5</sup>.

1- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحق ( أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن علي )، ج3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012م، ص.108؛(أنظر كذلك) الأنصاري، زكريّا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح من تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( صلاح بن محمد بن عويضة )، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص.196.

2- الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحق ( محمد خليل عيّاني )، ج.3، ط.3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ص.165.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.7.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، تحق ( زكريّا عميرات )، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.136.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع نفسه.

## المطلب الثاني

### التعريف الاصطلاحي للزواج

من خلال هذا المطلب أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني وكذا الفقهي، وأستخلص تعريفاً جامعاً للزواج وذلك من خلال الفرعية الآتيةين :

**الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج :**

عَوَّفَ قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 02/05، الزواج في المادة الرابعة منه ( 4 ) بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها، المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد<sup>1</sup>، أي يقوم على تبادل إرادتي الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول<sup>2</sup> - الصيغة - وفق ما تشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشر (10) المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره<sup>3</sup>.

والملاحظ أنّ قانون الأسرة رقم 11/84 في المادة الرابعة (4) منه تنصّ على أنّ "الزواج هو عقد" دون النص صراحةً أنّه عقد رضائي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص صراحةً على أنّ "الزواج هو عقد رضائي". فهل قصد المشرع أنّ عقد الزواج رضائياً بحتاً ينعقد بمجرد تلاقي إرادة طرفيه؟، أم أنّه اعتبر الرضا هو ركن جوهرية في عقد الزواج دون أن ينفي عنه الشكلية؟.

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008م، ص.24.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013م، ص.88.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ط.1، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2103م، ص.34.

بالنظر إلى المادة التاسعة (9) مكرراً المعدلة بالأمر 02/05 التي تنصّ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". نستخلص مايلي:

- 1- أنّ المشرع اعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين<sup>1</sup>.
- 2- صرح المشرع بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهذا فيه دلالة على أن الإسلام قد حرم زواج الشواذ الذي يقع بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة<sup>2</sup>.
- 3- العبارة الواردة في نص المادة "على الوجه الشرعي" لاتدل بالضرورة على موضوع الزواج فقد يفهم منها موضوع البيع أو الإيجار.
- 4- لم يتعرّض القانون لموضوع عقد الزواج وثمرته، أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأما ثمرته فهو حل الاستمتاع على الوجه الشرعي، فأغفال القانون لذلك في تعريفه قصور<sup>3</sup>، ولعلّ عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعلى ذلك إلى ذكر الغاية منه، والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للزواج :

I : تعريف الفقهاء القدامى للزواج :

اختلفت فيه عبارات الفقهاء القدامى ولكنها ترجع إلى معنى واحد وهو أنّ عقد الزواج وضعه الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ<sup>5</sup>.

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010م، ص.14.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.21-22.

3- المرجع والموضع نفسه.

4 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.87.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع والموضع السابقين.

وقد اخترت جملة من تعريفاتهم أذكرها على النحو الآتي :

- قال ابن الهمام الحنفي: " النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>1</sup>. ومعنى ملك: المتعة اختصاص الرجل ببضع المرأة، وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الملك الحقيقي...، وقوله: قصدا خرج به ما يفيد تلك ضمنا كما إذا اشترى جارية فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمنا وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى<sup>2</sup>.

- قال ابن عرفة المالكي: " النكاح عَقْدٌ عَلَى مُجَرِّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بَادِمِيَّةٍ، غَيْرُ مُوجِبِ قِيَمَتِهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالِمٍ عَاقِبَتِهَا حَرَمَتَهَا إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الشُّهُورِ أَوْ الإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ"<sup>3</sup>. أي أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة بامرأة .

فقوله: عقد شمل سائر العقود، وقوله على متعة التلذذ خرج به كل عقد على غير متعة التلذذ؛ كعقد البيع والشراء، وخرج بكلمة التلذذ العقد على متعة معنوية؛ كالعقد على منصب أو جاه، وخرج بقوله: المجردة عقد شراء أمة للتلذذ بها، فإن العقد في هذه الحالة لم يكن لمجرد التلذذ بوطئها وإنما هو لملكها قصدا والتلذذ بها ضمنا فهو عقد شراء لا عقد نكاح، وقوله: بآدمية خرج به عقد المتعة بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع ببينة، لأن حليتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة<sup>4</sup>، وقوله: ببينة قبله أي: لا بد من وقوع بينة قبل التلذذ بالإشهاد أو الإعلان، فخرج بذلك جميع صور الزنا فلا يكون نكاحا. وقوله: غير عالم عاقبها خرج العقد على امرأة محرمة بالكتاب (القرآن) كالأُم فلا يعتبر العقد عليها نكاحا أصلا أو بالإجماع كالجدة فيعتبر نكاحا فاسدا على المشهور أو لا يعتبر نكاحا أصلا على القول الآخر<sup>5</sup>.

1- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ج.2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897م، ص.341.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.8.

3- الرصاع، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، تحق (محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري)، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص.235.

4- لم يعد للعبودية أو الرق في الوقت الحاضر، وعليه فلا داعي ولا مسوغ لاشتراط الحرية في أي عقد أو تصرف مثل ما كان يذكره فقهاؤنا المتقدمون رحمهم الله .

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص.8-9 .

- عرّف بعض الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما"<sup>1</sup>. فقولهم: عقد جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك .

- عرّف بعض الحنابلة النكاح بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>2</sup>.

قولهم: في الجملة أي احتراز من قول السيد لأتمته: أعتقتك، وجعلت عتقك صدائق. فليس فيه لفظ إنكاح، ولا تزويج<sup>3</sup>. وقولهم: المعقود عليه منفعة الاستمتاع أي الذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع، انتفاع الزوج ببضع الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ، لا يملك المنفعة، والفرق بين ملك الانتفاع وملك المنفعة أن المنفعة يستلزم أن ينتفع الزوج بكل ما يترتب على البضع من المنافع وليس كذلك فإن المتزوجة إذا نكحها شخص آخر بشبهة كأن اعتقد أنها زوجته - وطئت بشبهة - أو بزنا كرها فإنها لها مهر المثل تملكه لا الزوج، لقوله عليه السلام (هَذَا بِمَا اسْتُحِقَّ مِنْ فَرْجِهَا) أي نال منه بالوطء، فلو كان الزوج يملك المنافع لاستحق المهر لأنه من منافع البضع<sup>4</sup> .

من خلال هذه التعريفات، أسجل جملة من الملاحظات الخاصة والعامة أسردها

على النحو الآتي :

**أولاً- الملاحظات الخاصة بكل تعريف :**

- بالنسبة لتعريف ابن الهمام<sup>5</sup>:

1 - البيهقي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.213.

2 - العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوضِ المّويعِ شرح زاد المستنقع، ج.2، ط.1، لابن، لام، 1978م، ص.224.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموضع السابقين .

5 - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002م، ص.204.

أ- حدّد أحد طرفي العقد وهي المرأة إلا أنه أغفل الطرف الثاني للعقد.  
 ب- أغفل هويّة الأنثى التي يجري عليها العقد، فليس كل أنثى يحلّ الارتباط بها بعقد الزواج إذ هناك محرمات من النساء لايجوز الزواج بهن، فكان الأنسب تقييد الأنثى بمن تحل للرجل شرعا.  
 - بالنسبة لتعريف ابن عرفة<sup>1</sup>:

أ- التعقيد في العبارة المؤيّي إلى غموض المعنى، والمبالغة في المحترزات التي تفقد التعريف أهميته والغرض منه وهو تقريب المعرّف.  
 ب- إنّه عقد من جانب واحد(الرجل) فقط وليس من طرفين كما هو معروف من طبيعة العقود، مع أن النكاح ارتباط مشترك بين الرجل والمرأة.  
 - بالنسبة لتعريف الشافعية<sup>2</sup>:

أ- ليس فيه تصريح بالطرفين المتعاقدين (الرجل والمرأة).  
 ب- أطلق أنه عقد لإباحة الوطء . والوطء وإن كان بديهياً عند المسلمين أنه بين الرجل والمرأة لاغير، فإنّ هذا غير متفق عليه عند الغرب، إذ يجيز بعضهم زواج الرجل بالرجل (زواج المثليين)، فلذا يلزم من تمام التعريف ذكر الطرفين المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى التباس.

- بالنسبة لتعريف بعض الحنابلة:  
 أ- اقتصر على ذكر: لفظي إنكاح التزويج المعتبرين في العقد ، وكذا طبيعة المعقود عليه فقط.

ب- أغفل الطرفين المتعاقدين، إذ كان من الواجب ذكر المعنيين بالعقد الرجل والمرأة. ليكون التعريف جامعا مانعا، أي جامعا لأفراده حتى لا يخرج عنه ما هو منه ومانعا أن يدخل فيه ما ليس منه.

### ثانيا-الملاحظات العامة حول التعاريف السالفة :

1- إنّ هذه التعريفات الفقهية للزواج (النكاح) متقاربة في المعنى، وهي تؤيّي في

1 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ط.2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010م، ص.ص.22-23.

2 - سالم بن عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص.203.

جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها<sup>1</sup>، بل إن غرضه الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين - الرجل والمرأة- في صاحبه الأُنس الروحي الذي يُؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها<sup>2</sup>.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي في المبسوط: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيّناه من أسباب المصلحة، ولكن اللّاه تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق"<sup>3</sup>.

2 - كما أن هذه التعاريف تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، ولعلّهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد<sup>4</sup>، حيث المشهور في المذاهب أن المعقود عليه هو الإنتفاع بالمرأة دون الرجل أي الإنتفاع ببضعها، فهو حق للرجل لا للمرأة، بمعنى أن للرجل أن يجبر المرأة على الاستمتاع بها بخلافها لاتطالبه بالوطء، إلا أن أحكام النكاح عندهم تحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتّب عليه إضرار بها أو إفساد لأخلاقها وعدم إحصانها، فقواعد المذاهب تجعل الرجل مقصوراً على من تحلّ له كما تجعل المرأة مقصورة عليه، وتحتّم على الرجل أن يعفّها بقدر ما يستطيع كما تحتّم عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من استمتاع إلا لعذر صحيح.

في الحقيقة أن الاستمتاع في عقد الزواج لا يقتصر على الرجل فحسب بل ثابت

1 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 28.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 3، دار الفكر العربي، لام، د.ت، ص. 43-44.

3 - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج. 4، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 194.

4 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 29.

للمرأة كذلك، وأما من جانب الرجل أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص.

3- خلت هذه التعريفات من تقييد عقد الزواج بأن يكون على نية التأبيد لا التأكيد حتى يستثنى منه زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في الزواج.

## II - تعريف الفقهاء المعاصرين للزواج:

1- عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنه: "عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد مال كليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"<sup>1</sup>. حيث أراد أن يكشف حقيقة العقد والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء<sup>2</sup>. فهو ليس تعاقداً على منفعة، بل هو ترابط معنوي بين الزوجين، لبناء الأسرة وتحلّي أعبائها في الأحسن والأسوأ<sup>3</sup>.

لقد قدّم محمد سمارة هذا التعريف حيث قال: "قد أدخل النتائج التي تترتب على العقد والحقوق والواجبات الناشئة بعده، والمترتبة على انعقاده فيه.

فلو كانت هذه الحقوق والواجبات والتعاون هي موضوع العقد، لكان لكل من الطرفين فسخ العقد من جانبه إذا خالف الطرف الآخر، وخرج عن موضوع العقد. ففي العقود جميعاً باستثناء عقد الزواج، يفسخ الطرف المتضرر العقد، إذا خالف أحدهما موضوع العقد، ويكون ذلك دون رضا الآخر، ما دام خالف موضوع العقد ويتحمل تصرفه وحده، بينما في الزواج فإن طرفاً واحداً وهو الزوج، هو الذي له حق إنهاء هذا العقد، بينما الزوجة إذا أرادت فسخ العقد لابدها من اللجوء إلى القضاء، أو إرضاء الزوج وافتداء نفسها-الخلع-، ليطلقها بالتراضي، مما يشير إلى أن الحقوق والواجبات والتعاون ليست جزءاً من العقد، وكذلك النفقة وغيرها كلها من نتائج العقد ومما يترتب عليه. فإذا وجد العقد ترتبت مثل هذه الأمور، أما دون وجوده فلا.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 86.

فحسن العشرة والنفقة والطاعة والنسب والتوارث كلها تترتب بعد العقد وعليه، وليست جزءاً من موضوعه.

ثم إذا كان التعاون جزءاً من عقد الزواج فإن بانتفائه ينتفي موضوع العقد ، ويفسخ العقد لعدم وجود موضوعه ولكن هذا غير وارد، إذ إن التظالم قد يحدث والشقاق كذلك وعدم الإنفاق وغيره ومع ذلك تبقى الزوجية قائمة<sup>1</sup>.

2- عرف وهبة الزحيلي الزواج بأنه: " هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل"<sup>2</sup>.

وبيان هذا أن حق استمتاع الرجل بالمرأة ملك خاص به، ولا يحلّ لغيره لابعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً، أن يستمتع بهذه المرأة، فليس للمرأة المتزوجة أو التي في حكم المتزوجة وهي التي لاتزال في العدة أن تتزوج بزواج آخر، فلما كان الاستمتاع بالمرأة مقصوراً على الزوج، وليس لأحد أن يشاركه فيه كان هذا الاستمتاع ملكاً له. أما حل استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها، وليس لأحد من النساء أن يستمتع به، فإنه ليس ممنوعاً أن تتعدد الزوجات لرجل واحد، فلما كان الاستمتاع بالرجل ليس قاصراً على المرأة، ويصح أن يشاركها فيه غيرها من الزوجات كان هذا حل استمتاع لملك استمتاع. إذا يتبين مما تقدم أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر الاستمتاع الطبيعي الذي تدعو إليه الفطرة الإنسانية، وتقره الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

3- بينما عرف سالم بن عبد الغني الرافعي الزواج بأنه : "عقد بين رجل ومرأة، تحلّ له شرعاً، يفيد حل العشرة بينهما"<sup>4</sup>. مركزاً بذلك عن جوهر العقد دون مقاصده.

1 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالثقافة، عمان، الأردن، 2008م، ص.30.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م، ص.29.

3 - عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، ط.1، الدار الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص.ص.9-10.

4 - سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص.204.

4- في حين توسّع محمود المصري في تعريفه للزواج بذكره لجملة من مقاصد الزواج بما فيها المقصد الأصلي (النسل). فقال: " يُقصد بعقد الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي لتأمين السكن النفسي، وإنجاب الذرية الصالحة، والتعاون على بناء الأسرة وتربية الأولاد"<sup>1</sup>.

بناء على الملاحظات التي أُخذت على تعريفات الزواج السابقة بما فيها تعريفات الفقهاء القدامى أو المعاصرين وكذا تعريف قانون الأسرة الجزائري، فإتي أقترح تعريفا للزواج أراه شاملا جامعا وهو: " أن الزواج ميثاق غليظ وترابط شرعي بين رجل وامرأة يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الإحصان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء و يسود بين أفرادها المودة والرحمة".

ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي :

أ- **ميثاق غليظ:** أخذت هذه العبارة من قول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>2</sup> ﴾<sup>3</sup>.

ب- **ترابط شرعي بين رجل وامرأة:** قيد خرج به كل علاقة جنسية لا تكون قائمة على أساس زواج شرعي بين رجل وامرأة، ومن ذلك الزنا واللواط والسحاق التي حرّمها الشريعة الإسلامية.

ج- **يحلّ لكل منهما الاستمتاع بالآخر:** قيد خرج به النساء المحرمات تحريما مؤبداً والمحرمات تحريما مؤقتا. وقد ذكر الاستمتاع للإشارة إلى أن من مقاصد الزواج استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقضاء الوطر .

د- **نية التأييد:** قيد خرج به كل عقد يتم بين رجل وامرأة لمدة معينة مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، المحرمان في الشريعة الإسلامية لانعدام نية الدوام والاستمرارية فيه.

1 - محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، ط.1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012م، ص.754.  
2 - أي أخذن منكم عهدا وثيقا مؤكدا وهو عقد النكاح، "نقلعن" محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج.1، ط.11، دار الصابوني، مصر، 2013م، ص.250.  
3 - سورة النساء، الآية(21).

هـ - بقصد الإحصان والتناسل: قيد يوضح أنّ من أهم مقاصد عقد الزواج أن يكون الهدف منه الإحصان والتناسل، فالغاية من الزواج ليست إشباع الغريزة الجنسية والسعي وراء الاستمتاع وقضاء الشهوة الجنسية، وأما الإحصان والتناسل لبقاء الأمة الإسلامية وتكثيرها والمحافظة على النوع الإنساني، وإظهار قوته وهيبته وعزته.

و - تكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء: حيث أن الأسرة هي الركيزة الأولى لبناء المجتمع الإسلامي، يكون فيها الشعور بالمسؤولية متبادل بين الزوج والزوجة بتحمل مسؤولية تربية الأولاد ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية، فيسعى الزوج للعمل من تأمين النفقة للأسرة ويقوم بواجب الإصلاح والإرشاد و التربية والتوجيه للأسرة والصبر على ذلك، وتقوم الزوجة بتدبير شؤون البيت ورعاية الأبناء والمحافظة على ماله وعرضها.

ز - يسود بين أفرادها المودة والرحمة: قيد يشير إلى أن من مقاصد الزواج تحقيق السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، والتي ينتقل أثرها إلى أسرتهما ثم المجتمع امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية (20).

## المبحث الثاني

### مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها

إنّ الولاية كنظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولى عليه وتدبير شؤونه، قد قرّر لغرض إحداث نوع من التوازن، بين طرفي عقد الزواج، حيث لا يكون للمولى القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن، ومن ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه المهمة للولي لحماية الطرف الضعيف في العقد، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج؟، وما هي أنواعها؟.

إنّ الإجابة على هذين السؤالين تتطلب منّي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، وأخصّص المطلب الثاني لبيان أنواع الولاية في هذا العقد.

#### المطلب الأول

#### مفهوم الولاية في عقد الزواج

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الولاية عموماً، ثم تعريف ولاية التزويج خصوصاً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - تعريف الولاية عموماً :** أتناول فيه التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية.  
**أولاً- التعريف اللغوي للولاية :**

الولاية بفتح الواو وكسرهما؛ فنقول ولاية وولاية، وهي النصرة، قال ابن فارس: وكل من ولي أمر أحد فهو وليه<sup>1</sup>. وقد يطلق الولي على الناصر والصديق<sup>2</sup>. قال ابن الأثير: وكان الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطلق عليه اسم الوالي<sup>3</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ نُورِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيٍّ وَلَا ضَيْرٍ﴾<sup>4</sup>، أي مالكم

1 - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لاط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د.ت، ص.258.

2 - المرجع والموضع نفسه،

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.15، ص.407.

4 - سورة البقرة، الآية(107).

ولي يرفع شؤونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى<sup>1</sup>، فالولي هو القائم بأمر الشخص والمتولي شؤونه<sup>2</sup>.

## ثانيا - التعريف الاصطلاحي للولاية:

### 1 - التعريف القانوني للولاية :

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للولاية كل حسب وجهة نظره لها، فكانت بعض التعاريف كمايلي:

أ- عرفها نبيل إبراهيم سعد بأنها: " هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو حكم القاضي أو من الغير نفسه"<sup>3</sup>.

ب- وعرفها حسين كيره بأنها: " هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"<sup>4</sup>.

ويُنقَد هذين التعريفين لكونهما أشارا إلى الغير الذي تثبت عليه سلطة الولاية، لكنهما لم يحددا الأساس و السبب الذي تقوم عليه هذه الولاية.

كما أن التعريف الأول أهمل الإشارة إلى أهلية وصلاحيه القائم بأعمال الولاية رغم أنها شرط أساسي في أي تصرف قانوني .

وأن التعريف الثاني لم يشر إلى مصدر الولاية رغم أنه العنصر الأساسي الذي يميز نظام الولاية عن باقي الأنظمة المشابهة له كالوكالة والنيابة القضائية.

ج- إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للولاية في عقد الزواج،

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.76.

2 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004م، ص.125.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المَحَلُّ إلى القانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص.179.

4 - حسن كيره، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص.596-597.

وأما اكتفى بالنص على أحكامها من حيث الأشخاص الذين تثبت لهم، والأشخاص الذين تثبت عليهم، وكذا حدود وصلاحيات الولي، وهي مشمولة في قانون الأسرة رقم 11/84 بالمواد(9)، (11)، (12)، (13)، (33). أما بعد التعديل الأمر رقم 02/05 فهي مشمولة بالمواد(9 مكرر)، (11)، (12) ملغاة، (13)، الفقرة الثانية من المادة(33). وليس ذلك قصورا ولا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سنّ الأحكام والقواعد القانونية، ليتولّى الفقه تلك الأحكام بالشرح والتحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة.

## 2- التعريف الفقهي للولاية :

لقد اختلفت آراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

### أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

- عرّف بعض المالكية الولي في الزواج بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"<sup>1</sup>.

وهذا التعريف للولي هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكونه وليًا، وهي صالحة لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة، لتضمّنها القوة الشرعية التي تخول لصاحبها التصرف في شؤون الغير<sup>2</sup>.

ويُنتقد هذا التعريف لكونه صرّح إلى أنّ التي تثبت عليها الولاية هي الأنثى مع أنّ الولاية تثبت أيضا على الذكر الصغير و المجنون.

- وعرفها بعض الحنفية: "إنّ الولاية هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"<sup>3</sup>.

### ب- بالنسبة للفقهاء المحدثين :

- عرفها محمد مصطفى شلبي بأنها: "سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على

1 - الرصاص، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.141.

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013م، ص.11.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.192.

إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"<sup>1</sup>، ويدُّنقد هذا التعريف لكونه عو عن الولاية بلفظي: سلطة، القدرة، مكتفيا بذلك دون الإشارة الى تنفيذ القول على الغير.

- وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: " قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله"<sup>2</sup>.

ويدُّنقد هذا التعريف لكونه خلى من بيان مستند الولاية الشرعي، ذلك أن الولاية لايد أن تستند إلى سبب يعتد به الشرع ويقوّه، وبدون هذا السبب لايمكن أن يترتب عن الولاية أثرها<sup>3</sup>.

ومايمكن ملاحظته عموما من خلال ماتم استعراضه من تعاريف الولاية في الاصطلاحين القانوني والفقهي هو أن التعبير عن الولاية جاء بألفاظ مختلفة، كالتنفيذ، أوالسلطة، أوالقدرة .

والأولى بالقبول أن يُقال إن الولاية حقّ، ذلك أن الألفاظ الأخرى غير لفظ الحق، وإن كانت متقاربة في المعنى، إلا أنها تعدّ آثارا للحق وليست ذاته، بما يعني أيضا أنها آثار للولاية، وعليه فإن الو لاية باعتبارها حقّ للولي تعطي له مَكّة، أو سلطة أو تنفيذ أمره على الغير، فهذه الأمور هي مقتضى الولاية، وهي حق شرعي<sup>4</sup> للولي.

وعلى أساس ماتقّم يمكن أن أخلص إلى تعريف الولاية عموما بالجمع بين المفهومين القانوني و الفقهي كما يلي: "الولاية هي حقّ لشخص مؤهّل، يكتسب بموجبه إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها على نفسه أوعلى من تربطه معه علاقة سببية والفاقد للأهلية أو ناقصها".

### الفرع الثاني - تعريف ولاية التزويج :

على ضوء التعريف السالف الذكر للولاية عموما يمكن تعريف ولاية التزويج كما

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983م، ص.271.

2 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م، ص.339.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.18.

4 - المرجع نفسه، ص.17.

يلي: "ولاية التزويج هي حق لشخص مؤهل، يُكسبه صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة سببية .

فقولي: (حق) جنس يشمل الشرعية؛ أي مصدره القانون و الشرع وليس من المولي عليه، وإن كان أحيانا لا يعقد له إلا بإذنه، وهذا هو الفرق بين الولاية والوكالة؛ إذ إنَّ الوكيل يستمد سلطته من موكله، فيتصرف بإذنه، وينعزل بعزله، وهذا بخلاف الولي، فإنه لا يستمد ولايته من المولي عليه، ولا ينعزل بعزله.

وقولي: (شخص مؤهل) فالولاية لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية حرا عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وقولي: (يكسبه) أي يكتسب مَكَّة و سلطة بموجب هذا الحق .

وقولي: (صلاحية الإشراف على عقد زواجه أو عقد زواج غيره) بيان لمدى هذه السلطة وهو: أن الولي بيده عقد التزويج لنفسه أو لغيره.

وقولي: (ممن لم يكن أهلا لعقده) أي لعقد الزواج وهذا بيان لمن تثبت عليه هذه

الولاية من النساء والصبيان والمجانين... .

وقولي: (تربطه معه علاقة سببية) أي بيان لأسباب ثبوت الولاية التي يترتب عليها صلاحية الولي في تزويج المولي عليه دون غيره.

### المطلب الثاني

#### بيان أنواع ولاية التزويج

من خلال ماسبق ذكره يتبين أن ولاية التزويج هي حق الولي في صلاحيته لمباشرة عقد الزواج لنفسه أو لمباشرته للمولي عليه، وبهذا فهي تتنوع إما ولاية قاصرة على الشخص نفسه، ولما ولاية متعنية إلى غيره، فماهي أنواع ولاية التزويج؟، وماهو موقف المشرع الجزائري منها؟، للإجابة على هذين السؤالين أستعرض أقسام الولاية عموما ثم تعين أنواع ولاية التزويج خصوصا في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أقسام الولاية عموما:

أولا: أقسام الولاية عند المذاهب الفقهية الأربعة :

**1/ المذهب المالكي: الولاية عند المالكية قسمان :خاصة وعامة<sup>1</sup>:**

أ- الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين, وهم خمسة أصناف: القريب كالأب, الوصي, والمالك, والوَلَى, والسلطان.

ب- الولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام, فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم .

**2/ المذهب الحنفي: الولاية عند الحنفية ثلاثة أقسام<sup>2</sup>:**

أ- الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية, كالتزويج والتعليم وتعلم الأعمال .

ب- الولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق .

ج- الولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية للقاصر .

**3/ المذهب الشافعي<sup>3</sup>: الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**4/ المذهب الحنبلي<sup>4</sup>: كذلك الولاية عندهم نوعان : الولاية الإجبارية والولاية الاختيارية.**

**ثانيا : أقسام الولاية عند الفقهاء المحدثين :**

يكاد يتفق الفقهاء المحدثون على تقسيم الولاية بصورة عامة إلى قسمين رئيسيين وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا التقسيم، ولعل مرد ذلك يعود إلى اختلافهم في المعايير و الضوابط المعتمدة. ومن بين هؤلاء الفقهاء :

1- محمد أبو زهرة حيث يرى أن الولاية تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي ولاية الشخص لإنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع والتي تنقسم إلى

1- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحق( محمد بن سيدي محمد مولاي )، لا.ط، لا.م، د.ت، ص.333.

2- السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.213-220.

3- الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.212.

4-البُ هوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق( إبراهيم أحمد عبد الحميد )، ج.7، ط.خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.2404.

- ولاية مال: أي ولاية إنشاء العقود الخاصة بالأموال.
- ولاية على النفس: أي ولاية إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد.
- يتبين مما سبق أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي، فإن الولاية في الزواج لا تكون له، بل تكون للعصبات غير الأب والجد<sup>1</sup>.
- 2- أما بدران أبو العينين بدران يَقسّم الولاية إلى:
  - ولاية قاصرة: تكون للشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.
  - ولاية متعدية: ولاية الشخص على غيره وهي نوعان:
    - أ- الولاية الأصلية: لا تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيرهما.
    - ب- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي، فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة من من أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصية وفي ما يتولاه من شؤون القاصر<sup>2</sup>.
- 3- أما محمد رأفت عثمان تنقسم الولاية عنده إلى قسمين:
  - الولاية القاصرة: كولاية الشخص على نفسه.
  - الولاية المتعدية أو كما يسميها الولاية التامة: كولاية الشخص على غيره.
- والولاية المتعدية (التامة) عنده تنقسم إلى قسمين:
  - الولاية العامة: كولاية رئيس الدولة على أفراد الشعب أو كولاية القضاء.
  - الولاية الخاصة: كالولاية على النفس أو كالولاية على المال<sup>3</sup>.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الفكر العربي، لا.م، د.ت، ص.ص. 107-108.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج.1، لا.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967م، ص. 134.

3 - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت، ص.ص. 174-

4- أما عبد الفتاح تقية، تتنوع عنده الولاية من حيث أقسامها إلى ولاية شكلية وولاية موضوعية على النحو التالي:

أ- الولاية من حيث أقسامها الشكلية: تنقسم إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وأن الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، كذلك تنقسم الولاية المتعدية- إلى ولاية عامة وولاية خاصة .

ب- الولاية من حيث أقسامها الموضوعية: تنقسم إلى:

ولاية على النفس، ولاية على المال، وولاية على المال والنفس معا<sup>1</sup>.

**وخلاصة القول:** أن الولاية تتنوع باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه.

أما القسم الثاني فهو الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع ولا تثبت له إلا إذا ثبتت الولاية على نفسه.

غير أن الولاية المتعدية للغير يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كما يلي :

**أولاً:** باعتبارالأصالة والنيابة من حيث المصدر، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية أصلية وولاية نيابية حيث :

1- الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، فإن ولايته تثبت ابتداء بسبب الأبوة وليست مستمدة من غيره.

2- الولاية النيابية: وهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي؛ فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور.

**ثانياً:** باعتبار العموم والخصوص من حيث سعة المجال، فإن الولاية تتنوع إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث:

1- الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة وللقاضي نيابة عنه بصفتهم

1 - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، ط.1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012م، ص.ص.152-153.

حكما لابصفتهم الشخصية.

2- الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكما، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للغير، وهي تثبت بإقامة الشارع أصلا، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصل نيابة عنه كالوصي.

ثالثا: باعتبار الأمور الشخصية والمالية من حيث الموضوع: تتنوع إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

1- ولاية على النفس: وهي المتعلقة بالأمور الشخصية للمولي عليه، كولاية التعليم والحضانة والتأديب والرعاية وولاية التزويج.

2- ولاية على المال: وهذه الولاية تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولي عليه، حيث تمنح الولي الحق في إنشاء العقود والتصرفات المالية نافذة على المولي عليه، كولاية الوصي على الوصي عليه.

3- ولاية على النفس والمال معا: وهي ولاية شاملة تتسحب على الشؤون الشخصية والمالية للمولي عليه، كولاية الأب على أولاده فاقد الأهلية أو ناقصيها.

### الفرع الثاني - أنواع ولاية التزويج :

من خلال ما تمّ بيانه من تقسيمات الولاية عموما يمكن القول بأن ولاية التزويج تدرج ضمن الولاية على النفس، يتمكّن من خلالها الشخص من إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقّف على إجازة من أحد، وهذه الولاية إما أن تكون مقصورة على الشخص نفسه أي يكون له الحق في أن يزوّج نفسه، وإما أن تكون متعدية فيكون له الحق في أن يزوّج غيره بإنابة من القانون و الشارع .

والولاية المقصورة تثبت للرجل البالغ العاقل الرشيد بلا خلاف، أما ثبوتها للمرأة الراشدة فقد اختلف فيه الفقهاء، يأتي تفصيله لاحقا<sup>1</sup>.

يقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى قسمين رئيسيين :

أولا- ولاية إجبار: وتسمى ولاية حتم وإياب عند الحنفية وولاية استبداد عند جمهور

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا.ط، دار المعارف، لا.م، د.ت، ص.20.

الفقهاء<sup>1</sup>، وفيها وفيها يستقل الولي بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره.

**ثانياً - ولاية اختيار:** تسمى ولاية نذب واستحباب عند الحنفية، وولاية شركة عند الجمهور<sup>2</sup>، وهي الولاية التي لا يستبدّ فيها الولي بتزويج المولي عليه، وإنما يتم من خلالها التشاور بينهما في اختيار الزوج، وابداء الموافقة والرضا أو الإعراض عليه.

أمّا موقف المشرع الجزائري عموماً من ولايتي الإيجاب والاختيار في الزواج، تظهر من خلال المادة (13) من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث نصّت: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

فظاهر المادة هو منع الولي من جبر من في ولايته سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة بل لا بد من الحصول على موافقتها للزواج، ممّا يستنتج أنّ المشرع الجزائري سار في اتجاه منع ولاية الإيجاب وأجاز العمل بولاية الإختيار .

أمّبعد التعديل نصّت نفس المادة من الأمر 02/05 على أنه: "لا يجوز للوليّ أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد حسم أمر منع ولاية الإيجاب، وأنّه حصرها في غير الرشيدة - وهي القاصرة- وأنّ لوليها ولاية الاختيار إذ لا بدّ من موافقتها عند عقد زواجها.

### خلاصة الفصل التمهيدي :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى ما يلي:

شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، كما يطلق لفظ التزويج على النكاح الذي من معانيه في اللغة عقد الزواج .

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج أكثر من استعماله للفظ النكاح في قانون

الأسرة.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961م، ص.120.

2 - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الشرعية على أنه حقيقة في عقد الزواج مجازا في الوطاء، أو حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، أو حقيقة فيهما معا ويتعين المقصود منها بالقرينة وهو القول الأظهر عن غيره.

يتفق كل الفقهاء على أن الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وأن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا.

واختلفوا ما وراء ذلك في تعريفهم للزواج من مضيق بالتركيز على جوهر العقد دون مقاصده، ومنهم من وسع فيه بإدخال النتائج المترتبة عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وانجاب الذرية الصالحة والتعاون فيما بينهما.

المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج رضائيا بين الزوج والزوجة على وجه شرعي مركزا على أهدافه من تكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين وانجاب الذرية والمحافظة على النسل.

الأصل في الزواج أنه ميثاق غليظ وارتباط شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد، بقصد الاحسان والتناسل وتكوين أسرة يتقاسمان فيها الأعباء ويسود بين أفرادها المودة والرحمة.

لفظ الولاية يشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية نظام قانوني وشرعي قائم على النظر في مصالح المولي عليه وتدبير شؤونه، فهي سلطة ممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف القانوني لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير.

أما الولاية عند الفقهاء هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وأنها تثبت للولي بأسبابها من ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذي إسلام.

تتنوع الولاية باعتبار الحق المكتسب للولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين، فالقسم الأول هو الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقّف على إجازة أحد وهي تثبت للشخص كامل الأهلية، أمّا القسم الثاني فهو الولاية المتعدية وهي ولاية الشخص على غيره بإقامة من القانون والشرع، ولا تثبت له إلا إذا تثبت الولاية على نفسه.

تتنوع ولاية التزويج على الغير إلى ولاية إجبارية و ولاية اختيارية.

المشرع الجزائري ضمّن أحكام ولاية التزويج من خلال المواد(9)،(11)،(12)،  
(13)،(33)، في القانون رقم 11/84، وفي المواد(9مكرر)،(11)،(12)ملغاة،(13)،  
الفقرة الثانية من المادة (33) في الأمر رقم 02/05.  
كما أنّ المشرع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

# الفصل الأول

## أركان الولاية في عقد الزواج

بيّنت في الفصل التمهيدي بأن ولاية التزويج هي حق قانوني وشرعي يكتسب بموجبه الولي صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو غيره ممن لم يكن أهلاً للتعاقد، تربطه معه علاقة سببية .

بناء على ما سبق فإن الولي، والمولي عليه، والعلاقة السببية بينهما، تُعدّ الركائز الأساسية التي تُبنى عليها هذه الولاية، لكنها لا تكفي بمجردها لإعطاء الولي السلطة في مباشرة مهمّته في شأن المولي عليه بل لابد من وجود شروط وأساس وأسباب لهذه الولاية. الفصل الأول من البحث يسلط الضوء على الدراسة القانونية والشرعية لهذه الركائز الثلاثة حيث أُبرز من خلالها تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه، والأساس الذي من أجله تثبت الولاية على المولي عليه، والأسباب المثبتة للولاية، أتطرق إلى هذه المسائل من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني : أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج .

## المبحث الأول

### تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

الأصل في عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة، إلا أنه يوجد طرف ثالث وهو الولي الذي يشرف على عقد زواج المولي عليه ويكون ذلك بقوة القانون والشرع، حيث يقوم بالتصرفات ويبرم عقد الزواج نيابة عنه، ودون أن تتصرف آثار هذا العقد إليه، وبالتالي فإن للولي مركز خاص في عقد الزواج .

فما هو تكييف الولي في عقد الزواج؟، وماهي الشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذين السؤالين، هذا ما سوف أتعرض إليه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : شروط الولاية في عقد الزواج.

#### المطلب الأول

#### التكييف القانوني والفقهي للولي في عقد الزواج .

لمعرفة التكييف القانوني والفقهي للولي في العقد ينبغي دراسة الطبيعة القانونية

للولي في العقد وكذا حكمه الفقهي فيه، من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج :

أولاً- بالنسبة للقانون رقم 11/84:

جاء في المادة (9): " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين

وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر

الولي ابتداءً ركناً من أركان عقد الزواج .

لكن بالعودة إلى المادة (4) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة

على الوجه الشرعي،...، "، مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج والزوجة وليس بين

الزوج وولي الزوجة، ومما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10) التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر،..."، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (9)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان، فماذا يتولى الولي عندئذ؟ .

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة مؤلّيته حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فكيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه مهمة الإيجاب والقبول إلى الزوجين؟! إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين مؤلّيته، أي فمن زوّجت نفسها أو أرادت ذلك فلا بد من رضا الولي وموافقته في ذلك، ومن زوّجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون له ولاية شركة لا ولاية جبر.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا ولوبعد الدخول وإنجاب الأولاد<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (32) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه..."، ولفظ الفسخ الوارد في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء نص المادة السابقة على النحو التالي:

"le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié,..."

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج راح في هذه المادة (33) يرتب على تخلفه الفسخ - البطلان في المصطلح الفرنسي ( entaché de nullité ) - قبل الدخول،

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.491.

ويثبت (يُصحّح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا مالم يقله أي فقه أو اجتهاد!.

بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا اختل أكثر من ركن، وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له.

ولعلّ مردّ هذا الخلل الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة<sup>1</sup>، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (9) جزءا تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا إلى القول أنّ الولي هو شرط صحة، وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعمّر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج والمعبر عنها بالإيجاب والقبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت إثنين إثنين (ولي شاهدان، ولي صدق، شاهدان صدق)، أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون الرضا<sup>2</sup>.

مأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج .

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتها المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج<sup>3</sup>، وإذا تمّ الزواج دون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصدق المثل<sup>4</sup>، وأمّا إذا اختل معه ركن آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإن الزواج عندئذ

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.511.

2 - أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة 1998م، ص.109.

3 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.17/03/1992م، م.ر.81129، م.ق.1994، ع.3، ص.62، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012م، ص.77.

4 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت.23/01/2001م، م.ر.253366، م.ق.2002، ع.2، ص.440، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص.79-80.

يبطل<sup>1</sup>.

ب- بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر رقم 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من بين الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كَفَّ مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (9) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة نُكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو: ضمن أي نوع من الشروط يندرج شرط الولي؟، لأن عقد الزواج تتنوع شروطه من شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم كما سيأتي توضيحه في دراسة الفرع الثاني من هذا المبحث .

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "...، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع جعل الولي شرط صحة، غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): "... يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لاوّلِي له"، والمادة (13) التي نصت على أنه: " لايجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..." فلا يعتبر شرط صحة ولا أي

1 - م.ع.غ.أش، ص.ت.02/01/1989م، م.ر.51107، م.ق.1992م، ع.3، ص.53، "نقلا عن" العربي بالحاج، المرجع السابق، ص.77.

نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر يذكر، وخير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاهها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وإن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية، رتب عند تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ<sup>1</sup> - الإبطال - (résiliation) قبل الدخول وذلك على اعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرّر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا، مما يفهم منه أن مجرد الدخول يسقط حق الفسخ، في حين أن جمهور الفقهاء قالوا بفسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجبا الأولاد، بطلقة بائنة<sup>2</sup>، مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب ألا يكون هناك أولاد<sup>3</sup>.

كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11) و(18) التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، إذ كيف يُعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا بحضور الولي<sup>4</sup>؟!.

ومأخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة بعد أن كان ركنا في القانون رقم 11/84، واقتصر شرط الصحة هذا على القصر دون المرأة الراشدة .

1 - الفسخ هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه حيث إختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط مثلا، "نقلا عن" العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.499.

2 - بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لاط، دارالفجر، لام، دت، ص.215.

3 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.228.

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع والموضع السابقين .

**الفرع الثاني : حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي :**

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم الولي في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً على عنة أقوال، وقبل أن أتطرق إلى التفصيل في مذاهب الفقهاء، يحسن أن أتناول في البداية بيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح الفقهاء.

**I - التعريف اللغوي والاصطلاحي للركن :**

**أولاً- التعريف اللغوي للركن :**

الركن هو الجانب الأقوى في الشيء، يُقال: يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزٍّ ومنعة<sup>1</sup>. وهو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها<sup>2</sup>. وهو الناحية القويّة<sup>3</sup>.

**ثانياً- التعريف الاصطلاحي للركن:**

الركن عند المالكية: هو جزء من ماهية العقد، ومُقَوِّمٌ لحقيقته<sup>4</sup>، أو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه<sup>5</sup>.

الركن عند الشافعية: هو ما يتوقّف عليه صحة العقد وكان داخل في حقيقته<sup>6</sup>.

الركن عند الحنابلة: هو الذي لا يقوم ولا يتمّ العقد إلا به، داخل في حقيقته، جزء منه، لا يحصل العقد إلا بحصوله<sup>7</sup>.

الركن عند الحنفية: هو ما تعلق بالعقد وكان داخلًا في ماهيته<sup>8</sup>.

ما يُلحظ أن تعاريف الركن الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها

1- الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصّاح، لا.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986م، ص.107.

2- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.380-381.

3- ابن منظور، أبو الفضل، المرجع السابق، ج.13، ص.185.

4- علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

5- البنانّي، محمد بن الحسن، الفتح الرياني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

6- الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.407.

7- العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرّوض الوبيع شرح زاد المُتدَقِّع، ج.2، ط.1، لا.م، 1976م، ص.122.

8- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار، تحق ( عادل أحمد عبد الموجود ، علي =

وتؤكد أنّ: الركن تتوقف عليه حقيقة الشيء، ولا توجد الماهية الشرعية إلا به، في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ: الركن يتوقف عليه وجود الشيء وداخلا في ماهيته.

## II - التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط :

### أولاً- التعريف اللغوي للشرط :

الشرطُ هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط<sup>1</sup>. والشرطُ هو العَلامَةُ التي يجعلها الناس بينهم، وجمعها أشراطٌ، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>2</sup>، أو هو أول الشيء، والاشتقاقان متقاربان، لأنّ علامة الشيء أوله<sup>3</sup>.

### ثانياً- التعريف الاصطلاحي للشرط:

الشرط عند المالكية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا في حقيقته<sup>4</sup>.  
الشرط عند الشافعية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عن حقيقته<sup>5</sup>.  
الشرط عند الحنابلة: هو ما يتوقف عليه صحة الشيء، وليس جزءا منه<sup>6</sup>.  
الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان خارجا عن ماهيته، ولا يدخل فيه<sup>7</sup>.  
ما يلاحظ كذلك أنّ تعاريف الشرط الثلاثة الأولى المنتسبة لجمهور الفقهاء تتقارب فيما بينها وتؤكد أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، في حين في حين تعريف الحنفية يؤكد على أنّ الشرط يتوقف عليه وجود الشيء و خارجا عن ماهيته.

= محمد معوض، ج. 2، ط. خ، دارعالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م، ص. 73.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحق ( مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة)، ط. 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005م، ص. 673.

2- سورة محمد، الآية (18).

3- الزبيدي، محمد مرتضى، المرجع السابق، تحق (عبد العظيم الطحاوي)، ج. 19، 1980م، ص. 405.

4- الحطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحق (دارالرضوان)، ج. 3، ط. 1، دارالرضوان، نواكش، موريتانيا، 2010م، ص. 394.

5- الأنصاري زكريا، المرجع والموضع السابقين .

6- البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، تحق (عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000م، ص. 277.

7- ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ص. 72-73.

يتّضح ممّا سبق أن الفرق الجوهرية بين الركن والشرط عند فقهاء المذاهب الأربعة أنّ الركن والشرط يلتقيان من حيث توقف وجود الشيء على وجودهما، غير أنّ الفرق بينهما يتمثل في أنّ الركن جزء من حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو داخل في ماهيته عند الأحناف، أما الشرط أمر خارج عن حقيقة الشيء عند جمهور الفقهاء، أو خارج عن ماهيته عند الأحناف .

إنّ المنتبج لاتجاهات الفقهاء في بيان أركان الزواج وشروطه يرى أنّهم اختلفوا في عد هذه الأركان، وذلك لأن ملاحظتهم لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتّب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في الزواج وبعضها شروطاً فيه .

لقد اعتبر سيدي خليل في مختصره أنّ أركان العقد أربعة، وهي: "ولي، وصدّق، ومحل (الزوج والزوجة)، وصيغة"، وبين الخرخشي في شرحه على المختصر اعتبار الزوج والزوجة ركناً واحداً -المحل- حيث قال: "المحل هو ما تقوم به الحقيقة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... لأنّ المحل من الأمور النسبية التي لا تقوم إلا بمتعدد"<sup>1</sup> .

ومن الفقهاء من أراد بالركن: هو ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه، وعلى هذا يمكن أن يُحمل قول الخطاب في كتابه مواهب الجليل، حيث قال: "لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان..."<sup>2</sup> .

وبهذا علّق الزرقاني بقوله: "قال الخطاب: الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان أي: لأنّ حقيقة النكاح إنّما توجد بهما، والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح...". في حين يرى محمد البناني أنّ ما ذكره الخطاب إنّما يتّوّل على الحقيقة اللغوية للركن وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به"<sup>3</sup> .

أمّا الدردير يرى بأنّ أركان الزواج ثلاثة لأنّ العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، وهي: ولي (يحصل منه العقد) محل (زوج وزوجة)، صيغة (إيجاب وقبول)<sup>1</sup> .

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899م، ص.172.

2 - الخطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.4، ص.228.

3 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م، ص.299.

أما ابن الحاجب يرى بأن أركان الزواج خمسة، وهي: الصيغة، والولي، والزوج، والزوجة، والصداق.<sup>2</sup>

أما أغلب الشافعية فإنهم قد بينوا أن أركان الزواج خمسة بما فيهم الولي. فقال الرملي: "أركان النكاح خمسة، وهي: زوجان (زوج، وزوجة)، وولي، وشاهدان، وصيغة"<sup>3</sup>. بينما يرى الغزالي الشافعي أن أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة، والمحل (الزوجة)، والشهود، والعاقد (الولي والزوج).

حيث اعتبر الولي والزوج ركنا واحدا، إذ يرى أن كل واحد من المتعديين لا يكون له الاستقلال في إيجاد الفعل، بل إن العقد يتحقق بالعاقدين معا. وبهذا الاعتبار فإن كل عاقد بإنفراده هو أشبه بالجزء من حقيقة الشيء في كونه محتاج إلى غيره حتى توجد هذه الحقيقة<sup>4</sup>.

نجد بعض الحنابلة يُعدُّ أركان الزواج ثلاثة، حيث يرى البُهوتي أنها: "الزوجان (الزوج والزوجة)، والإيجاب، والقبول"، لأنَّ ماهية النكاح مركبة منهما -الإيجاب والقبول- ومتوقِّفة عليهما<sup>5</sup>.

في حين يرى بعضهم الآخر أن للنكاح ركنين فقط، وهما: إيجاب وقبول، حيث يقول المرداوي: "أنَّ النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لا غير"<sup>6</sup>.

ومعهم الحنفية حيث قال ابن عابدين: "ينعقد النكاح: أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول"، وهم يرون أن العقد الشرعي يتركب من أمور ثلاثة: اثنان حسيان

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص.335.

2 - الجندي، خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص.109.

3 - الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.209.

4 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.101-102.

5 - البُهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2391.

6 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.1، لا.ط، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004م، ص.1347.

وهما-الإيجاب والقبول- والثالث معنوي وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول، ولا الارتباط وحده، بل هو مجموع الثلاثة<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره يتبين أن الفقهاء اختلفوا في عدد أركان عقد الزواج، ويرجع اختلافهم إلى أمور، منها<sup>2</sup>:

1- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، فبعض المالكية اعتبر الولي مما لا بد منه في النكاح، بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته، فعنوه ركنا من أركان النكاح، بخلاف الحنفية لم يعتبروه ركنا فيه.

2- بعض الفقهاء أراد بالركن حقيقته اللغوية، في حين البعض الآخر أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به.

3- التجوز في لفظ الركن فإنه قد يكون لبعض الشروط أو الأمور الخارجة عن حقيقة الشيء زيادة تعلق واعتبار في الشيء بحيث يصير بمنزلة الجزء فيسميه بعض الفقهاء ركنا مجازا، وذلك كالشاهدين في النكاح فالحنفية وغيرهم مثلا يعتبرونهما شرطا من شروط صحة النكاح وأما الشافعية فإنهم- أو معظمهم - يعتبرونهما ركنا من أركان النكاح.

4- كما أن اختلاف الفقهاء فيما بينهم حول المعنى الاصطلاحي للركن والشرط، مما عرّب بعضهم بالشرط فيما عرّب عنه بعض آخر بالركن وبالعكس.

ومن الملاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، ويختلفون حول الولي، فأغلب فقهاء الجمهور يعتبرونه ركنا من أركان عقد الزواج في حين الحنفية لا يعنونه كذلك.

والحقيقة أنه عند إسقاط معنى الركن والشرط على الولي نجده يتوافق مع معنى الشرط ولا يتوافق مع معنى الركن.

يقول القاضي زكريا الأنصاري في تعريفه للشرط اصطلاحا: "الشرط ما يلزم من عمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته"<sup>1</sup>، أي:

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.68-69.

2 - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص.104-105.

إذا عُم الولي عُم النكاح أي فسد ووجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ذاته، فوجود الولي لا يلزم منه وجود عقد النكاح ولا عدمه، فغاير الركن لأن الركن يلزم من وجوده الوجود .

ثم هو خارج عن ماهية العقد، فليس من أجزائه الذاتية التي يتكون منها كالإيجاب والقبول، والولي وإن كان هو الموجب الذي يصدر عنه الإيجاب لكن الإيجاب غير الموجب لأن الذات المشخصة لا تكون بحال من الأحوال أركاناً للمعاني المجردة، وعلى هذا فالولي ذات مشخصة والعقد معنى مجرد، فكيف تكون الماديات أجزاء في المعاني وكيف يكون الفاعل جزء من فعله<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى يقول عبد الكريم زيدان: " فإذا تحقق ركن - الإيجاب والقبول - وجد عقد الزواج بعد توافر شروطه الأخرى"<sup>3</sup>، بما فيهم الولي.  
لعقد الزواج شروط مختلفة، لكن الولي أي نوع من أنواع هذه الشروط؟، وقبل الإجابة عن هذا السؤال أتطرق إلى بيان أهم هذه الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج و التمييز بينها.  
فمنها<sup>4</sup> :

أ- **شروط الانعقاد:** وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق، وعداً في حكم المعدوم ولا يترتب عليه أي أثر شرعي .  
ب- **شروط الصحة:** وهي التي تجعل العقد صالحاً أي يلزم توافرها لترتب الآثار الشرعية عليه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.  
ج- **شروط النفاذ:** وهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد الشرعية عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند المالكية والحنفية موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه الآثار الشرعية وإلا فلا ينفذ .

1 - زكريا، بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحق (مازن المبارك)، ط.1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991م، ص.ص.71-72.

2 - محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001م ، ص.ص.116-122.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.80.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

د - شروط اللزوم: وهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزا أو غيرلازم: وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه . والذي يمكن ملاحظته من خلال الشروط المذكورة سابقا، نجد أن الولي هو شرط صحة في عقد الزواج .

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في أحد رواياته، إذ قال: " لا يكون نكاح إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"<sup>1</sup>.  
و كذلك عبد الوهاب البغدادي حيث قال: " الولي شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافا لأبي حنيفة... "<sup>2</sup>.  
وهذا ما توصل إليه بلقاسم شتوان في تحقيقه حول الولي من حيث أنه شرط صحة في النكاح أو ليس بشرط فقال: " إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به "<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق أن الأصل في الولي هو شرط صحة في عقد الزواج، وحتى جمهور الفقهاء كانوا يعتبرونه كذلك، وإنما عدوه ركنا تجوزا منهم .  
والمتمائل في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الفقهاء يتفقون إجمالا على أن الولي شرط صحة في الزواج، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات أبيتها على النحو التالي :

أولا- يعتبر جمهور الفقهاء أن الولي شرط صحة في عقد الزواج مطلقا مهما كان حال المولّي عليه، فلا ينعقد النكاح عندهم ولا يصح إلا بوليّ سواء في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وحتى المرأة البالغة العاقلة بكرة أو ثيبا لا يحق لها أن تباشر العقد بنفسها إلا بحضور وليها أو من ينوب عنه<sup>4</sup>.  
لكن ماذا يترتب على سقوط شرط الولي في عقد النكاح عندهم؟.

1- ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، لا.ط، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004م، ص.16.  
2 - البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المونة، تحق(حميش عبد الحق)، ج.2، لا.ط، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، د.ت، ص.727.

3 - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص.119.

4- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.50-51.

إن سقوط شرط الولي في عقد الزواج باعتباره شرط صحة، الأصل فيه يجعل العقد باطلا عند الجمهور، أي عقد غير صحيح، والقاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، ولا ينشئ حقا أو التزاما لأي من الزوجين، ويجب التفريق بينهما فورا وبدون حاجة إلى أخذ موافقة القاضي، وجبرا عند الامتناع عن ذلك<sup>1</sup>، غير أن عقد الزواج هذا الذي تم بغيرولي، رتب فقهاء الجمهور بعض آثار العقد الصحيح، وخصوصا بعد الدخول، فكيف يتسنى لعقد باطل أن يُنتج آثار العقد الصحيح؟.

للإجابة على هذا السؤال ومعرفة الآثار المترتبة، ينبغي أن أوضح بأن جمهور الفقهاء يقسمون عقد الزواج إلى قسمين عقد زواج صحيح وعقد زواج غير صحيح، وهذا الأخير يقسمونه إلى قسمين حيث يعنون النكاح باطلا إذا كان متفقا على بطلانه بين أهل العلم، فإذا كان مختلفا فيه عوّه فاسدا<sup>2</sup>.

يقول الدردير: " لا فرق في أن يكون المخالف في المختلف في صحته وفساده من داخل المذهب أو خارجه، خالف فيه الأئمة الأربعة أو غيرهم"<sup>3</sup>.

ويقول الخرشي: " إن من المختلف في فساده إنكاح المرأة نفسها - دون ولي - أو لغيرها"<sup>4</sup>، أي أن الزواج الذي تم دون حضور الولي يعتبر عند فقهاء الجمهور زواجا فاسدا لأن زواج المرأة بغير ولي صحيح عند الحنفية كما سيأتي شرحه.

يقول محمد أبو زهرة: " كل نكاح اختلف في صحته، فإن الدخول فيه دخول شبهة قوية،...، وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى،

فيثبت المهر والعدة والنسب"<sup>5</sup>.

ويقول الدردير: "إن النكاح المختلف في فساده لأبد لفسخه من حكم حاكم إذا امتنع الزوج فيه من فسخه بنفسه، وفسخه بطلاق"<sup>1</sup>.

1- كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لاط، دارالكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012م، ص.105.

2- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دارالنفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص.97.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.388.

4 - الخرشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.197.

5 - محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.150.

ثانياً: أما الحنفية يتفقون مع جمهور الفقهاء بأن الولي شرط صحة في زواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كباراً، إلا أنهم خالفوا الجمهور في زواج المرأة البالغة، حيث قالوا يصح للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تتولّى عقد زواجها بنفسها فهي صاحبة حق في زواج نفسها من تشاء<sup>2</sup>، هذا على القول المشهور<sup>3</sup>، لذلك فالولي ليس شرط صحة في زواج المرأة البالغة عندهم، فمتى باشرت هذه الأخيرة نكاحها بنفسها وإن كان يُستحب لها تفويض هذا الأمر لوليّها - من زوج كفاء لها وقع النكاح صحيحاً، صالحاً لترتّب الآثار الشرعية عليه، وليس لأحد حق الاعتراض عليه، إلا أنه إذا لم يكن الزوج كفواً لها فلاولياء حق الاعتراض<sup>4</sup>، لأن في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، إذ يتفاخرون بعلو نسب الختن<sup>5</sup>، ويتعّون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض<sup>6</sup>.

ولكن لمعرفة اعتبار الولي في هذه الحالة يجب أن نعرف تأثير حق الاعتراض على عقد الزواج ومن ثم يمكن معرفة حكم الولي في العقد.

الحنفية اختلفوا في حكم الكفاءة التي توجب حق الاعتراض على أقوال، فقال الحسن في رواية عنه: "إن عقدت مع كفاء جاز، ومع غيره لا يصح"<sup>7</sup>، وبهذا اعتبر الكفاءة شرط صحة في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها.

وإذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان وليها أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها. وبالتالي هنا شرطاً لنفاذ الزواج<sup>8</sup>.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 388-389.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ج.7، لا.ط، دار الكتاب العربي، لا.م، د.ت، ص.337.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

5 - الختن هو كل من كان من قبل المرأة كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الأخت. وفي الحديث: «عليّ ختن رسول الله ﷺ». وجمعها أختان، نقل عن "مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.218.

6 - الكاساني، علا الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص.574.

7 - ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.391.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.236.

وعن أبي حنيفة و أبي يوسف في قول آخر: " أنه لا يجوز في غير كفاء"<sup>1</sup>، حيث اعتبروا الكفاءة شرط لزوم في عقد زواجها، ويروى رجوع محمد إلى قولهما<sup>2</sup>، إذ كان في أحد أقواله السابقة: " أنَّ إنعقاد زواجها موقوفا على إجازة الولي، إن أجازته نفذ وإلا بطل"<sup>3</sup>. وبالتالي فإن الكفاءة عند الحنفية في الجملة تُعدُّ شرط لزوم<sup>4</sup>.

ومن هنا يمكن النظر إلى حكم الولي من خلال حكم الكفاءة، لأن المسألتان مترابطتان ارتباطاً وثيقاً من جهة قيام حق الاعتراض وسقوطه، وعليه يمكن القول أن الولي شرط لزوم وليس شرط صحة ولا نفاذ، فالمرأة البالغة إذا تزوجت من كفاء لزم العقد وليس للأولياء اعتراض عليه، أما إذا تزوجت من غير كفاء لم يلزمهم العقد وكان لهم رفع الأمر إلى القاضي لدفع الضرر عن أنفسهم، إلا أن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً، وإنما هو رافع للعقد من أساسه، فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد هذا الفسخ شيء من الآثار، فلا يجب لها مهر ولا يثبت به ميراث جميع بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولكنه قبل القضاء بفسخه تترتب عليه جميع الآثار وذلك لأنه عقد صحيح نافذ، ولكن إذا حصل بعده دخول أو خلوة صحيحة وجب المهر وثبت به التوارث والنسب ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة<sup>5</sup>.

وحفاظاً على الأسرة من التمزق قرر فقهاء المذهب الحنفي تقييد حق الاعتراض بفترة معينة، فلا يحق للولي أن يرفع دعواه مطالبا بالفسخ في أي وقت شاء طيلة فترة العقد، حيث اشترطوا أن يكون الاعتراض قبل أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل، فإذا وجد شيء من هذا سقط حقه حفظاً للولد من الضياع<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني

### شروط الولاية في عقد الزواج

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.393.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه، ص.391.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.235.

5 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.161.

6 - محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.159.

باعتبار أنّ الولي هو من يثبت له الحق في إنشاء عقد الزواج، ولا يثبت له إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، فما هي الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء في الولي؟. أتناول مسألة الشروط في القانون والفقهاء الإسلامي في الفرعين الآتيين :

**الفرع الأول : شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري :**

إنّ شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر رقم 02/05 إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، تاركاً بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافاً من حيث التطبيق العملي، إذ الإشكال المطروح: ما هو المذهب المعتمد في تحديد شروط الولي؟، خاصة أنّ هناك شروطاً مختلفاً فيها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فكان الأجدر بالمشرع في هذه المسألة النص على الحد الأدنى من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء .

ولعلّ مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمناً في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط :

**أولاً- الإسلام :**

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائري، حيث جاء في نص المادة الرابعة من

في نص المادة الرابعة من دستور<sup>1</sup> 63/09/10، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده<sup>2</sup> : " أن الإسلام دين الدولة "، فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين .

1- دستور 1963/09/10م نصه- غير مترجم- صدر باللغة العربية في شكل كتيب عن محافظة السياسية للجيش الشعبي الوطني في شهر سبتمبر 1963م، "تفلا عن" عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، ط.م، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.100.

2- الأمر رقم 76-97 يتضمن اصدار دستور ج.د.ش. مؤرخ في 22 نوفمبر 1976م الموافق 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر ج.د.ش. ع.94، ص.ت.24 نوفمبر 1976م الموافق 2 ذو الحجة 1396هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989م، مؤرخ في 28 فيفري 1989م الموافق 22 رجب 1409هـ، ج.ر.ج.د.ش. ع.9، ص.ت.1 مارس 1989م الموافق 23 رجب 1409هـ؛ "أنظر كذلك" مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وبهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولي عليه الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

### ثانيا: كمال الأهلية :

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية.

وعلى هذا الأساس كل شخص مالم يتعرض إلى أي عارض من عوارض الأهلية يكون مكتمل الأهلية، وبهذا نصت المادة(81) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقّم طبقا لأحكام هذا القانون " .

و تنص المادة (40) من القانون المدني<sup>1</sup>: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة" .

وكما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، مما يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين<sup>2</sup>.

بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996م الموافق 26 رجب 1417هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.76، ص.ت 8 ديسمبر 1996م الموافق 27 رجب 1417هـ.

1- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.78، ص.ت الموافق 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.195.

فإذا كان كمال الأهلية مطلوباً في الزوجين والآن بطل الزواج<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وهذا ما يستنتج ضمناً من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقداً للأهلية أو ناقصها، وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

### ثالثاً: الذكورة :

كل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة قبل التعديل ورد فيها ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر لا المؤنث، مما يفهم أن ظاهر هذه النصوص تعتبر شرط الذكورة في ولاية التزويج ضمناً.

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمناً في الأمر رقم 02/05. بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت لها حرية أن تختار شخصاً آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلاً .

لكن ماذا لو توفرت كل الشروط السابقة وكان الولي عاجزاً عن النطق فهل تثبت له ولاية التزويج؟.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مما يفيد أنه يصح الإيجاب من الولي العاجز كالأخرس وأن الزواج ينعقد بالكتابة والإشارة شريطة أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه. وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس .

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشمل الولي الأصم وكذا الأعمى؟. هذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

1 - م.ع، غ.ق.خ، ص.ت. 1966/12/07م، منشور في م.ج.ع، ع.1، ص.139، "نقلاً عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني : شروط الولي في الفقه الإسلامي :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

1- إتحاد دين الولي والمولي عليه:

فلا ولاية لغير المسلم على المسلمة أو المسلم<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ نُورِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾<sup>2</sup>، فدلّت هاته الآية على قطع ولاية الكفار على المسلمين، والنكاح نوع من الولاية، لأنّ إثبات الولاية للكافر على المسلم تُشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

وكذلك أنّ الولاية إنّما شرعت لطلب الحظ، وتحقيق مصلحة المرأة، أو الولي عليه على وجه العموم، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصدّ عن هذا أو يمنع منه، فلا رأفة ولا رحمة في قلب الكافر للمسلم<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هُومِنِ الْإِنَّمَا وَلَا نَمَّةً﴾<sup>5</sup>. ولا تصح ولاية مسلم على كافر، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>6</sup>، ومقتضى ذلك نفي ولايتهم عن غيرهم من الكفار.

فإذا كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوّجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>7</sup>. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الولاية التي ذكرت آنفاً - ولاية المسلم على الكفار - هي الولاية الخاصة المترتبة على القرابة، أمّا الولاية العامة فإنه يجوز العقد بها، فيجوز للحاكم المسلم أو نائبه أن يعقد نكاح غير المسلمين، سواء كان زواجهم من أهل ديانتهم

1 - الثّقراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.45؛ "أنظر كذلك" الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، تحق (علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ص.115؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص.2408؛ "أنظر كذلك" العيني بدرالدين، البّاية شرح الهداية، تحق (أيمن صالح شعبان)، ج.5، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ص.100.

2 - سورة النساء، الآية (144).

3 - الكاساني، علا الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347-348.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.116.

5 - سورة التوبة، الآية (10).

6 - سورة التوبة، الآية (71).

7 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.27.

أو كان الزواج من المسلمين، إذا كانت المرأة من أهل الكتاب<sup>1</sup>. يقول ابن قدامة: "فأما السلطان المسلم فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة، لأن ولايته عامة تثبت على المسلم كما تثبت على الكافر، فكلهم دار الإسلام"<sup>2</sup>.

كما أنه لا ولاية للمرتد على أحد، سواء أكان مسلماً أم كافراً أم مرتداً مثله<sup>3</sup>.

## 2- البلوغ<sup>4</sup> :

فلا تثبت الولاية للصبي<sup>5</sup>، فالصبا يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، ولأن الصغير لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت على غيره، وحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: (رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)<sup>6</sup>.

## 3- العقل<sup>7</sup> :

إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، قال الكاساني: "لا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ولا من الصبي العاقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل، ولم يوجد، ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فكيف يكون على غيرهم"<sup>8</sup>.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.364.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.347.

4 - البلوغ العضوي بحيث تتحقق عنده القدرة على الوطء، "نقلا عن إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.30.

5 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.252؛ "أنظر كذلك" البهوتي، منصورين يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابق؛ "أنظر كذلك" الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.7، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991م، ص.62.

6 - أخرجه: عبد الله أبو محمد الدارمي ت.255هـ، كتاب المسند الجامع، تحق (نبيل بن هشام الغمري)، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاث، ص.549. وأخرجه الإمام أحمد (100،101،144/6)، وأبو داود في الحدود (4398) باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، والنسائي في الطلاق (156/6)، باب من يقع طلاقه من الأزواج، وصححه الحاكم (59/2)، ووافقه الذهبي، (ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ج.5، ط.1، مكتبة بن عبد الو، حلب، دمشق، سوريا، 1998م، ص.ص.65-66).

7 - العقل هو صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح، الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره، "نقلا عن" السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ج.1، ط.2، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، السعودية، 1997م، ص.318.

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.340.

قال بن قدامة: " من لاعقل له لايمكنه النظر ولايلي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذامن لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون<sup>1</sup> أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي قد ضعف لكبره فلايعرف موضع الحظ للمولّي عليه لاولاية له"<sup>2</sup>.  
 ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعا من ثبوت الولاية كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه ممّا يكون معه من اختلال في التفكير وعدم التقدير الصحيح للأمور، فإذا كان هذا المرض مستمرا ارتفعت الولاية تماما ولا تعود، وإذا كان يرجى زواله ارتفعت وقت وجوده، وتعود حين زواله<sup>3</sup>، ومن تلك الأمراض<sup>4</sup> العته<sup>5</sup> و البلاهة<sup>6</sup> والإغماء<sup>7</sup>، ومايأخذ ذات الحكم وليس مرضا تتد اول السكر، فهو لايزيل الولاية كلية، بل يرفعها في وقت السكر، يقول النسفي: " السكر فهو كالإغماء فيمنع صحة سائر التصرفات، لأنه يفوت به القصد لذهاب العقل"<sup>8</sup>. فالسكر لايزيل العقل، بل يعطله فقط، فإن الولاية ترتفع بقدر هذا التعطيل، وتعود بعودة العقل .

أمّا السّفه<sup>9</sup>، فإن المالكية يرون أن السفه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته

- 
- 1 - الجنون هو اختلال للعقل، مانع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا "تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م، ص.223.
  - 2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.355.
  - 3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.33.
  - 4 - الماواردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع السابقين .
  - 5 - العته هو مرض يصيب المعتوه الذي اختلط كلامه فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله،"تقلاعن" النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، ج.2، لا.ط، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص. 434.
  - 6 -البلاهة هومرض يصيب الأبله الذي ضعُف عقله، وغلبت عليه الغفلة،" نقلاعن" مجمع اللغة العربية،المرجع السابق،ص.70.
  - 7 - الإغماء هو آفة في القلب أو الدماغ تعطلّ القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، أي فهو مرض، لازوال العقل،"تقلاعن" الحلبي، ابن أمير الحاج، المرجع نفسه، ص.231.
  - 8 - النسفي، حافظ الدين، المرجع السابق، ص.536-538.
  - 9 - السفه في اللغة هو الخفة، وفي الاصطلاح هو العمل بخلاف موجب الشرع، وإن كان أصله مشروعا، وهوالسرف والتبذير أي تجاوز الحد، وتفريق المال إسرافا، " نقلاعن"ملاجي ون، بن أبي سعيد، شرح نور الأنوارعلى المنار، ج.2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.557-558.

يمضي، غير أنه يستحب له استئذان وليه، أما إذا كان السفية ضعيف الرأي فإنه لا يعقد، ويفسخ إذا عقد، أي أن الولاية لم تثبت له في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وأما المأوردي فقد ذكر أن السفية له حالتين<sup>2</sup>:

**الأولى** : أن يكون محجوراً<sup>3</sup> عليه بالسفه، فهذا على ضربين :

**1- أحدهما**: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

**2- ثانيهما**: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله، مع معرفته لحظ نفسه ففيه

وجهان:

**أ- الوجه الأول** : وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره.

**ب- الوجه الثاني**: وهو قول أبي عباس بن سريج: هو على ولايته وله تزويج وليه لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في إسقاطها.

**الثانية** : فإن كان السفية غير محجور عليه ففيه وجهان :

**1- الوجه الأول**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه كان كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

**2- الوجه الثاني**: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره.

**4- الحرية**<sup>4</sup>:

1 - الثَّقْرَوي، أحمد بن غنيم ، المرجع السابق، ص.4.

2 - المأوردي، علي بن الحسين، المرجع والموضع السابقين .

3 - الحَجْرُفي الشرع هو المنع من التصرف لصغره أو سفهه أو جنون، "نقلعن" مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص. 157.

4 - الحطاب، محمد أبو عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك " المأوردي، علي بن الحسين، المرجع نفسه، ص.140؛ "أنظر كذلك " البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين؛ "أنظر كذلك" العيني بدر الدين، المرجع والموضع السابقين .

إذ لا حق في الولاية للرقيق، لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولايات تتطلب كمال الحال، والرقيق مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره<sup>1</sup>، وإن كان أمر الرق أصبح في ذمة التاريخ بعد القضاء على نظامه من جذوره.

**ثانياً: الشروط المختلف فيها :**

### 1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة إلى لزوم أن يكون الولي ذكراً، حتى تثبت له ولاية التزويج، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن .

لكن الحنفية قالوا بأن الذكورة ليست شرطاً لثبوت الولاية، فتثبت ولاية التزويج عندهم للمرأة كما تثبت للرجل، فالمرأة متى كانت بالغة عاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا يصح أن تباشر عقد النكاح بنفسها<sup>3</sup>.

ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا هو الذي يزوج ويتولّى إبرام العقد .

### 2- العدالة<sup>4</sup> :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، ومن ثم في صحة ولاية الفاسق على النحو التالي: يرى الإمامان الشافعي وأحمد الحنبلي في الظاهر من مذهبهما، والمشهور من قولهما، لا ولاية للفاسق<sup>5</sup>، قال الإمام النووي: "وأما الراجع، فالظاهر من مذهب

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 195.

2 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، 369؛ " أنظر كذلك" المأوردي، علي بن الحسين، المرجع السابق، ص. 38؛ " أنظر كذلك " ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص. 356.

3 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص. 391-393.

4 - العدالة هي لغة التوسط وشرعا هي اجتناب الكبائر و اجتناب الإصرار على الصغائر، "تقلاعن" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569-570.

5 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع نفسه، ج. 3، ص. 209.

الشافعي منع ولاية الفاسق، ثم قال: الذي رجحه الرافي في «المحرر»: منع ولايته<sup>1</sup>، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلِّ وَوَلِيٍّ مُرْتَدٍّ)<sup>2</sup>، ونقل ابن داود عن الشافعي في البوطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية<sup>3</sup>.

و قال الإمام أحمد عن هذا الحديث، إنه أصح شيء في هذا الباب قول ابن عباس. وولاية التزويج ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، ولو كان الولي عدلاً ظاهراً فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة ويفضي إلى بطلان غالب الأئحة<sup>4</sup>.

وذهب المالكية<sup>5</sup>، والحنفية في المشهور عندهم<sup>6</sup>، والقول الثاني للإمام الشافعي على ما حكى عنه، وبه قال بعض أصحابه<sup>7</sup>، والرواية الثانية للإمام أحمد، وهي ظاهر قول الخرق الحنبلي<sup>8</sup> إلى أن العدالة في الولي ليست شرطاً في ثبوت الولاية، وأنه يصح تزويج الفاسق لمن في ولايته. وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ...﴾<sup>9</sup>، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ (لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوَّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ...)<sup>10</sup>، فالمخاطب في الآية أو الحديث الأولياء وهو لفظ عام، لم

1- الإمام النووي، المرجع السابق، ص.64.

2- أخرجه: محمد بن إدريس، الشافعي، كتاب مسند الإمام الشافعي، ط.1، شركة المطبوعات العالمية، لام، 1909م، كتاب عشرة النساء، ص.98. قال الألباني: هذا حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً. (ناصرالدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979م، ص.251).

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2408-2409.

5 - الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د.ت، ص.272.

6 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.349.

7 - الإمام النووي، المرجع والموضع السابقين .

8 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.357.

9 - سورة النور، الآية رقم (32).

10 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م. كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ص.215. وقال عنه حديث ضعيف بمره.

يفرق بين ولي عدل وولي فاسق، فيبقى على عمومته من غير فصل. وفي دليله على صحة ولاية الفاسق لعقد الزواج، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم، عامهم وخاصهم، من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، خصوصا الأعراب والأكراد والأتراك"<sup>1</sup>.

والرأي المختار عندي وهو القائل بصحة ولاية الفاسق، ذلك أن مبنى الولاية هو النظر، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، بحكم القرابة التي تربطه مع المولّي عليه، فالشفقة طبيعة الإنسان نحو ابنته أو أخته وهكذا، مما تجعله يحسن الاختيار لمولّيته بصرف النظر عن استقامته. وهذا المعنى علّ به العز ابن عبد السلام ولاية الفاسق بقوله: "بأنّ الوازع الطّبعي<sup>2</sup> أقوى من الوازع الشرعي"<sup>3</sup>.

أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

- خلّو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولّي عقد النكاح.
- عدم الإكراه، فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح

بل هو عام في جميع العقود الشرعية<sup>4</sup>.

وعند الشافعية أنّ عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج للمفلس<sup>5</sup>.

لكن ماذا لو أصيب الولي بمرض يفقده بعض حواسه كالبصر والسمع والكلام، فهل يؤثر ذلك على الولاية الثابتة له؟.

ذهب الشافعية في الأصح<sup>1</sup> والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما، حجتهم في ذلك أنّ شعيبا رضي الله عنه زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

2 - الوازع الطّبعي هو الميل المنسوب إلى الطبع، وهو الجبلة التي خلق الإنسان عليها، "نقلعن" نور الدين الشيرازي، حاشية الشيرازي، ج.6، لا.ط، دار الكتب العلمية، لا.م، 1993م، ص.239.

3 - الرملي، ابن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.239.

4 - الدريبر، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.370-371.

5 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.63.

يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس وأسباب ولاية التزويج

لقد بينت في المبحث السابق الشروط الواجب توافرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج، لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توفر شروط معينة في المولي عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطُلحت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

1 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد ، المرجع والموضع السابقين.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى وأثر إن لم يكن بين الولي والمؤلي عليه صلة تُبرر استعمال الولي حقّه في الإشراف على تزويج المؤلي عليه. هذه الصلة يطلق عليها الفقهاء لفظ السبب. فما هو أساس وأسباب ثبوت ولاية التزويج؟.

للإجابة على هذا السؤال، أتناول في هذا المبحث، تحديد أساس وأسباب ولاية التزويج من وجهة نظر قانونية وشرعية، وهذا من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: أساس ثبوت ولاية التزويج.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت ولاية التزويج.

## المطلب الأول

### أساس ولاية التزويج

إنّ الأساس في ثبوت ولاية التزويج على المؤلي عليه يعود في مجمله إلى عدم قدرة المؤلي عليه في النظر في أمور الزواج نظرا سديدا، ولعلّ هذا المعنى يمكن إرجاعه إلى فقد الأهلية أو نقصانها أو وجود عنصر الأنوثة فيه. فما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في ثبوت ولاية التزويج؟، وما رأي الفقهاء فيه؟ .

للإجابة على هاذين السؤالين، نتناول ذلك من خلال الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول - أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري :

لمعرف أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم اللغوي والقانوني للأهلية ثم الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

#### أولا: تعريف الأهلية :

**1- الأهلية لغة:** بمعنى الصلاحية، والأهلية للأمر، أي: الصلاحية له، ويقال فلان أهل لكذا، أي مُستحقّ له<sup>1</sup>. وعليه يمكن اعتبار الأهلية من خصائص الشخص من حيث جدارته وكفايته لأمر من الأمور .

1 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.31.

## 2- الأهلية في المصطلح القانوني :

يُقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمّل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهي قسمان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

ونلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا تنص المادة (45) من القانون المدني الجزائري : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها "، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويمكن فصل أهلية الوجوب من أهلية الأداء فصلا تاما، فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، وتبقى أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق<sup>2</sup> وهي التي تهّمنا في هذا البحث.

## ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري :

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محدّدة لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولمّا لها من آثار اجتماعية واقتصادية .

ولقد حدّدها قانون الأسرة في مادته (7) بتمام 21 سنة للرجل، وبتمام 18 سنة للمرأة بموجب القانون رقم 11/84، ليخفّضها إلى تمام 19 سنة للرجل، وهي نفس السن المتطلّبة في المرأة، بعد تعديل المادة بالأمر 02/05 بنصها في فقرتها الأولى على أنّه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري .

ويبدو أنّ مبرر المشرع الجزائري من توحيد سن أهلية الزواج للطرفين هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين الأخرى<sup>3</sup>، في حين أنّ الزواج في التشريع الإسلامي

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، لا.ط، دارالهدى، الجزائر، 1992م، ص.157، "تقلاعن" أحمد عبدو، المرجع السابق، ص.28.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.ص.266-268.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.46.

لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد السنين<sup>1</sup>، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي الفترة الزمنية التي تأتي مباشرة بعد مرحلتى الطفولة و التمييز. إن تحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع الجزائري اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار الغير القادرين على تحمّل تكاليف و الالتزامات المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

إن من غايات رفع سن الزواج إلى سن الرشد القانوني هو أهلية كلّ من الزوجين لتكوين أسرة منسجمة و مستقرة ، فالزوج الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرّف في أمواله إلاّ بإذن وليه، وهو الأمر الذي يُلّ من حالات الطلاق .

فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن 19 سنة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أنّ هذه المبررات فيها من الوجاهة إلاّ إن رفع السن إلى 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى على حد سواء فيه افتتات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي<sup>3</sup>، فضلا على إغفاله لخصوصية الزواج، فالشاب الذي بلغ 19 سنة كاملة مجبر أن يتزوج بفتاة تساويه في السن أي لهما نفس العمر، أو ينتظر حتى تبلغ هي سن الرشد، أو ينتظر ترخيص من القاضي، وكل هذا من الإجراءات التي تشجع على تأخير الزواج بدلاّ تكبيره<sup>4</sup> .

يتبين ممّا سبق كأصل عام طبقاً لأحكام المادة (7) في فقرتها الأولى من قانون الأسرة المعدلة عام 2005 أنّ الرجل و المرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانوناً 19 سنة كاملة .

غير أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة و متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث جاء في نص المادة (7) من الأمر

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011م، ص.23.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

3 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان، الاردن، 2010م، ص.52.

4 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.58.

02/05 : "... أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ممّا يُفهم بأنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، أن يأذن بالزواج للمولي عليه قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة، يقدّرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي باعتباره قاصرا<sup>1</sup> وفقا للفقرة الثانية من المادة (11) من الأمر 02/05 التي نصت على: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم..."، والمادتين (83)، (81) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أو بعده، حيث نصت الأولى: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي..."، ونصت الثانية: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وسن التمييز حددتها المادة (42) من القانون المدني بنصها على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير ممّوّن من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

والقاضي لا يمكنه أن يمنح رخصة الإذن للزواج بمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقّق من وجود مصلحة أو ضرورة، مثل أن تكون الفتاة الصغيرة مخطوفة و يريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى الصغير مريضا وعلاجه الزواج، وثبتت للقاضي قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمّل أعباء الزواج وما يتردّب عليه من آثار كالقدرة على الإنفاق والإسكان وغيرها<sup>2</sup>.

إن المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 لم تحدّد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عن تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما<sup>3</sup>.

1 - القاصر في المصطلح القانوني هو الشخص الذي لم يبلغ بعد السن الرشد القانوني 19 سنة كاملة، إذ لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية، "تقلاعن" ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لاط، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998م، ص.189.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.26.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.198.

يرى بن شويخ الرشيد في هذه المسألة أنه: "لا يمكن في جميع الأحوال النزول على سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينية كأصل عام، خصوصاً وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات"<sup>1</sup>، حيث نصت المادة (7) السالفة الذكر في فقرتها الثانية: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". إن هذه الفقرة جديدة لم تكن واردة في قانون الأسرة رقم 11/84، منحت الزوجين الذين لم يبلغوا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من الخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضدّ وليّه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدعي، كما أنه إذا اختلعت الزوجة القاصرة، وقع الطلاق وجب لها البدل، لأنّ الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى - أي التصرفات المالية -، من حيث أن يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثمّ يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني .

ويرى بلحاج العربي أن يُقترح تكملة للفقرة الثانية من المادة (7) بإضافة مايلي "... ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج"<sup>2</sup>.

ولكن كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة، ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، إذ ليس من المعقول أن يصبح زوجاً يتحمّل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية ولأنه خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيه بحسب الأحوال وفق نص المادة (81) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.204.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع السابقين، الهامش رقم 1.

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج للقصر لمصلحة أو ضرورة، على أن يتم ذلك بموافقة الولي، وبهذا يكون قد اعتمد الصغر كأساس ثبوت الولاية في عقد الزواج .

أما فيما يخصّ المجنون يعتبر عديم التمييز، فهو فاقد الأهلية، والإرادة الصادرة عنه لا أثر لها في نظر القانون، فكل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلّق الأمر بعقد الزواج، كما نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده .

إلاّ أنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة وكان الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، بطلب من الولي على أن يتم الزواج بإذن من القاضي، إذا ثبت له بتقرير من أطباء الأمراض العقلية يؤكّد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه وأن يعلم الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية وبكيفية صريحة واضحة على أن يكون بلغ سن الرشد القانوني<sup>1</sup> .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة (222) منه، التي تقرّ بجواز زواج هذه الفئة من الناس، مما يستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد الجنون ضمنيا أساسا لثبوت ولاية التزويج .

أما بالنسبة للمرأة العاقلة التي بلغ عمرها 19 سنة كاملة فما فوق، فإنها أصبحت كاملة الأهلية في الزواج بموجب الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأسرة رقم 02/05، لكن هل تثبت المشرع الجزائري عليها الولاية في عقد زواجها ؟ .

على الرغم من الاضطراب الذي حصل فيه المشرع الجزائري بشأن تولية عقد الزواج من خلال التضارب الحاصل بين بعض المواد القانونية المتعلقة بأحكام ولاية التزويج في قانون الأسرة رقم 11/84 إلا أن ظاهرها تعتبر أنّ الولي هو الذي يتولّى زواج مولايته العاقلة الراشدة، كما أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا في أكثر من مرة .

1 - العربي بالحاج، المرجع نفسه، ص.ص. 205- 206.

مما يستخلص أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 كان يعتمد ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وبالتالي فإنّ أوثقتها تعتبر أساسا لثبوت الولاية عليها .  
 أمّا بعد التعديل فإنّ الأمر رقم 02/05 في الفقرة الأولى من المادة(11) نصّت على: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أي أنّ المرأة الراشدة يجوز لها أن تُبرم عقد زواجها بنفسها، ولكن فقط بحضور وليّها أو أي شخص آخر تختاره، في حين الفقرة الثانية من المادة(11) نصّت على أنه: "يتولّى زواج القصّر أولياؤهم..."، أي أنّ الولي هو الذي يتولّى بنفسه عقد زواج القصّر ولم يُكْتَفَ بحضوره فقط .

يتبيّن من خلال المقارنة بين هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري فرّق في التعبير عن ولاية التزويج على المرأة الراشدة بالحضور، وفي ولاية التزويج على القصّر بالتولّي، والمتأمّل في ذلك يلاحظ بوضوح أنّ موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج بالنسبة للقصّر هو ثبوتها عليهم، وهي مسألة تمّت معالجتها سابقا، في حين موقفه منها بالنسبة للمرأة الراشدة يكتنفه نوعا من الغموض !.

إذ كان متذبذبا في حكم انفراد المرأة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرّر إلغاء تولّي الولي عقد زواجها صراحة، وفي نفس الوقت لم يقرّر اشتراطه كذلك صراحة، لأنّ عبارة "تُعَدُّ" الواردة في نص المادة السابقة فيها إسناد فعل إلى المرأة، بينما "حضور"

لاتدلّ على الفعل<sup>1</sup> .

وبحسب الفقرة الأولى من المادة، تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، لأنّ "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير<sup>2</sup>.  
 وبهذا يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي<sup>3</sup> في ولاية التزويج على المرأة الراشدة، ممّا يتعزّر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت هذه الولاية نظرا لموقفه الغامض في هذه المسألة.

1 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص.217.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

3 - محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص.219.

الفرع الثاني - أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

لمعرفة أساس ولاية التزويج من وجهة النظر الفقهية ينبغي تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي.

I - التعريف الفقهي للأهلية :

تُعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>، أي الحكم الشرعي<sup>2</sup>، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>3</sup>. والذي يعينني في هذا المقام هو أهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . إن أهلية الأداء تتم في الشخص بتمام قدرته جسماً وعقلاً وذلك ببلوغه، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

وبهذا المنظور فإن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وعلى هذا الأساس فإنها تثبت بالعقل المصاحب بالبلوغ، فإذا لم يوجد العقل أساساً أو لم يبلغ الإنسان بعد فإن الإنسان عندئذ فاقده أهلية الأداء أو ناقصها ويسمى عندئذ بالقاصر، ومن ثم يكون عاجزاً عن إدراك وجوه المصلحة في التصرف في نفسه، وعجزه هذا هو أساس ثبوت الولاية عليه، فلا بد من وجود من ينظر له وجه المصلحة<sup>4</sup>.

II - المُولِي عليه فاقده الأهلية أو ناقصها :

أولاً- المُولِي عليه فاقده الأهلية :

1- ولاية التزويج على فاقدي الأهلية:

لاخلاف بين الفقهاء على ثبوت الولاية في الزواج على أساس الجنون<sup>5</sup>، سواء كان المجنون ذكراً أم أنثى، لاستوائهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك

1 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004م، ص.783.

2 - المرجع نفسه، ص.784.

3 - المرجع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.51.

5 - الخرشى، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.202؛ "أنظر كذلك" الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355؛ "أنظر كذلك" الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.200-201 وص.213؛ "أنظر

من يلي أمورهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألم بهما، لأن تصرفات فاقده العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح<sup>1</sup>.

## 2- حكم تزويج فاقد الأهلية:

ومع الاتفاق على ثبوت الولاية في الزواج على المجانين، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجهم، فالمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكل منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثم يُجنّ، وقد يكون جنونه مطبقاً أو متقطعاً، وتزيد الأنثى بوصف البكارة أو الثبوبة، وكل هذه علل مؤثرة في ثبوت أصل الولاية<sup>2</sup>.

### أ- المذهب المالكي:

يجوز تزويج المجنونة بالغة أو صغيرة، إذا كان جنونها مطبقاً بكراً كانت أو ثيباً، أما إذا كانت ثيباً وكان جنونها متقطعاً فلا تزوّج إلا في حال إفاقتها<sup>3</sup>.

كما يجوز تزويج المجنون جنوناً مطبقاً، سواء بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جنّ، أما الذي كان جنونه متقطعاً تنتظر إفاقته، ولا يزوّجه أحداً حال جنونه<sup>4</sup>.

### ب- المذهب الشافعي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكراً أم ثيباً، وسواء جنّت قبل البلوغ أو بعده، بل يجب تزويج البالغة متى ظهرت حاجتها للنكاح<sup>5</sup>.  
أما بالنسبة للمجنون فإن كان صغيراً فلا يجوز تزويجه لأنه لا حاجة له في ذلك، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله، فإنّ ظاهر أمره حاجته إلى النكاح.

كذلك" البهوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.125؛ "أنظر كذلك" الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

1 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002م، ص.436.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.436-437.

3 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.446.

5 - المرجع نفسه، ص.441.

أما إن كان كبيرا وكان جنونه متقطعا فلا يُزوّج حتى يفيق، وأما إن كان جنونه مطبقا فيجوز له أن يتزوج، سواء بلغ مجنونا أو بلغ عاقلا ثم جن<sup>1</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي :

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، متى ظهرت حاجتها للنكاح ونحوه كالخدمة، والظاهر أنّ هذا كلاًه في من كان جنونها مطبقا، أما من ترجى إفاقتها فلا تزوّج حتى تفيق<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمجنون فإنه يجوز تزويج الصغير، أما المجنون البالغ الذي جنونه غير مطبق، فلا يُزوّج أحد، لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل، وأما إن كان جنونه مطبقا فإنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة ، باتّباع النساء ونحوه<sup>3</sup>.

### د- المذهب الحنفي:

يجوز تزويج المجنونة، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم ثيبا، وسواء أكان جنونها أصليا أم طارئا بعد البلوغ، وأمّا المجنون كالقول في تزويج المجنونة، فيزوج المجنون، كبيرا أم صغيرا، إذ العلة في الكبير الجنون، وفي الصغير الصغر والجنون، وسواء كان الجنون أصليا - بلغ مجنونا - أم طارئا عليه بعد بلوغه، ومثله المعتوه والمعتوهة<sup>4</sup>.

### ثانيا- المولي عليه ناقص الأهلية :

#### 1 - ولاية التزويج على ناقصي الأهلية:

إن الصّغر و صف مؤثّر في سلب أهلية العاقد، أو نقصها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا والأصل في ثبوت الولاية على الصّغار مايلي: قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ...﴾<sup>5</sup>، أي اختبروا اليتامى

1 - المرجع نفسه، ص.ص.446-447.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.442-443.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.448-449.

4 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

5 - سورة النساء ، الآية (6).

حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الطم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>1</sup>، فاليتامى هم الصغار قطعاً، ذكورا وإناثاً، وهذه الآية الكريمة نصٌّ في حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا، وينسّ رشدهم، وأما الولاية على الصغار في النكاح فقياساً على ثبوتها في الأموال، فالصغير - ذكراً أم أنثى - عاجز عن إدراك وجه المصلحة لنفسه، أو التحرز عن الضرر بها، كما أنّ عقد النكاح تترتب عليه حقوق مالية من مهر، ونفقة ونحوهما، والصغير محجور عليه في ماله.

وكذلك لحديث رسول الله ﷺ ( رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ )<sup>2</sup>، وهذا الحديث نصٌّ في الفرق بين الصغير والكبير في التكليف ، لِمَا فِي الصَّغِيرِ مِنْ انْعِدَامِ الْقَصْدِ ، أَوْ الْقُصُورِ النَّظَرِ فِيمَا يَأْتِي أَوْ يَدْعُ .

وأما الإجماع على ثبوت الولاية في النكاح على الصغار فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: " اتفقوا الفقهاء على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها"<sup>3</sup>.

## 2- حكم تزويج ناقصي الأهلية:

إذا ثبتت الولاية في النكاح على الصغار لاختلاف فيه في الجملة، ولكن مامدى تأثير هذه الولاية في صحة أو بطلان تزويج الصغار أنفسهم؟. وللإجابة<sup>4</sup> على هذا السؤال، فإن الصغير إما أن يكون غير مميز أو مميزاً، وكذلك إما أن يكون ذكراً أم أنثى. فأما غير المميزين منهم فالولاية ثابتة عليهم إجماعاً، ولاصحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكراً كان أم أنثى.

1 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.242.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 55 من البحث .

3 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.ص.13-14.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.371-374.

وأما أن كانوا مميزين : فليس للصغيرة المميّزة أن تعقد نكاح نفسها عند الجمهور،  
وأما عند الحنفية فعقد الصغيرة المميّزة صحيح بإذن وليّها، فقصور نظرها يتمّ بانظام  
نظر الوليّ لها .

وأما إن كان الصغير ذكراً مميّزاً ففي صحة إنكاحه اختلاف بين الفقهاء على  
النحو التالي :

عند المالكية والحنفية صحة عقد نكاحه بإذن وليّه، أو بإجازته إن عقده بدون إذنه.  
عند الشافعية لاصحة في عقد نكاح نفسه مطلقاً.  
عند الحنابلة صحة قبول نكاحه بإذن وليّه، فإن لم يأذن له وليّه فظاهر المذهب  
عدم الصحة.

وأما تزويج الأولياء للصغار، فإنهم يتفقون في بعض الأحكام ويختلفون في  
بعضها، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي :

يجوز للولي تزويج البكر الصغيرة التي لم تبلغ بعد، باتفاق جميع فقهاء المذاهب  
الأربعة، فقالوا للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة، واختلفوا فيما وراء ذلك لبقية الأولياء،  
ومن بين أدلتهم في ذلك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللّٰئِي يَدُسُّ نَ مِنْ الْمِحِضِ مِنْ سَلٰٓءِكُمْ اِنْ  
رَتَبْتُمْ فَعَعَّتْهُنَّ نَّ ثَلَاثَةَ اَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾<sup>1</sup>، فقوله تعالى: ﴿ وَاللّٰئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾  
بيان لعدّة الصغيرة التي لم تحض، وهذا لا يتصور إلا بعد نكاحها، فدلّ ذلك على تصور  
نكاح الصغيرة ، ومن ثم ثبوت الولاية عليهن لعجزهن بالصغر.

وحديث عائشة رضي الله عنها: ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ،  
وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ... )<sup>2</sup>، وقال ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا جوزها من كفاء،  
ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، الآية (4).

2 - البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، ج.7، ط.1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001م،  
ص.17.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

والحاجة داعية إلى نكاحها في هذه السن، لأن إحرار الكفاء والعثور عليه أمر شاق، وإذا حصل وتركناها حتى تبلغ فقد لا يوجد الزمان بمثله مرة أخرى، ومن ثم فالمصلحة تقضي بتزويجها في هذه الحالة وهو لا يتم إلا بثبوت الولاية عليها<sup>1</sup>.

أم بالنسبة للثيب الصغيرة، فإن القول في تزويجها هو كالقول في تزويج البكر الصغيرة، في كل ما سبق تقريبا، إلا أن للشافعية وبعض الحنابلة تفصيلا بين البكر والثيب الصغيرتين.

فمذهب الشافعية يرى أن الثيوبية في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذه السن، فلا يزوجه أب ولا غيره حتى تبلغ، فيزوجه وأبائها بإذنها<sup>2</sup>. قال الماوردي: "وأما الثيب<sup>3</sup> الصغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا<sup>4</sup>". بينما مذهب الحنابلة يرى في الثيب الصغيرة ثلاثة أوجه: أن للاب تزويجها كالبكر الصغيرة، أنه لا يجوزها أحد، التفصيل من بلغت تسعا، فيجوز تزويجها بإذنها، ومن لم تبلغ تسعا فلا يجوز<sup>5</sup>.

أما القول بصحة تزويج الصغير فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء كما تقدم في الصغيرة، ومن الأدلة على صحة تزويج الصغير ما روي عن سليمان بن يسار: "أن

1 - ابن الهمام، كمال الدين، المرجع السابق، ص.405.

2 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.201.

3 - الثيب عند الشافعية هي التي زالت عذرتها بوطء حلال، أو شبهة، أو بزنى أو بجناية غير الوطء، أو خلة: أي كل من أصيبت بنكاح أو غيره، "نقل عن" الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.67-77.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع نفسه، ص.66.

5 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.ص.385-386.

ابن عمر رضي الله عنهما، زوّج ابناً له ابنةً أخيه، وابنه صغيرٌ يومئذ<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: " لانعلم بين أهل العلم خلافاً أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر<sup>2</sup>."

### III- المولي عليها البالغة العاقلة (الأنوثة):

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية عليها، وذلك من خلال خلافهم في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقا من حقوق وليّها، ويمكن حصر هذا الخلاف إجمالاً في ثلاثة آراء الآتية:

#### أولاً - أن الولاية شرط في نكاحها:

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حق من حقوق وليّها، فلا تلي نكاحها بنفسها ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون إذن وليّها<sup>3</sup>. وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة. ومن بين أدلّتهم :

#### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾<sup>4</sup>. ووجه الاستدلال أن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء، ومعناه أن الأزواج إذا طلقوا الزوجات، وأرادوا الرجوع إليهن مرة أخرى بعقد جديد فلا يمتنع الولي من التزويج<sup>5</sup> ، إذ لو كان أمر النساء إليهن في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح

أزواجهن، فإن من كان أمره بيده لا يقال إن غيره منعه منه، إذ لا معنى لمنع غيره له<sup>6</sup>. قال الإمام الشافعي: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها "<sup>1</sup>.

1 - أخرجه: أحمد أبو بكر، البيهقي ت458هـ، المرجع السابق ، ص.231.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.293.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.67.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.66.

6 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.68.

يدل ذلك ما جاء في سبب نزول هذه الآية، فقد أخرج البخاري بسنده عن الحسن البصري قال: "فَلَا تَعْلُوهُنَّ" قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زَوَّجْتُ أَخْتًا لِي هِيَ لِرَجُلٍ ذُو، حَتَّى إِذَا نَقَضَتْ عِدَّتْهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَهَا أَمْ تَمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبًا وَكَانَ رَجُلًا لِأَبْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَتَى اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ، فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَزَجَهُ الْإِيَّاهُ<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾<sup>3</sup>. فهذا خطاب لأولياء النساء بالألَّا يَكُونَنَّ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهنَّ لما خاطب الله أولياءهن دونهنَّ، وكذلك لو كان للمرأة أن تُنكِحَ نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها بمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>4</sup>.

وقد جاء في تفسير القرطبي: "في هذه الآية دليلٌ بالنص على أن لانكاح إلا بولي"<sup>5</sup>.

لقد اعترض ابن رشد في بداية المجتهد على صحة الاستدلال بهذه الآية، على اشتراط الولي في النكاح، فقال: "قوله تعالى ﴿...وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يَوْمِ وَأ...﴾ هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر، فمن احتجَّ بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر...ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إزنتهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصحُّ به عمل"<sup>6</sup>.

1 - محمد الشافعي، الأم، تحق (رفعت فوزي عبد المطلب)، ج.6، ط.1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001م، ص.32.

2 - أخرجه البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة البقرة، الآية(221).

4 - عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص.79.

5- القرطبي، محمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحق (عبدالله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقسوسي)،

ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ص.462.

6 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.18-19.

وقد عقّبهُ الصنعاني في سبل السلام، فقال: "ولقد تكلم صاحب بداية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال: الآية مترددة بين أن تكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر... والجواب: أن الأظهر: أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين الذين خوطبوا بصدورها، أعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاتِ حَتَّىٰ يَدُومِنَ...﴾<sup>1</sup> والمراد: لا يُنكحهنَّ من إليه الانكاح وهم الأولياء، أو خطاب للأولياء ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم لما عرفت من قوله: "فان اشتجروا فالسلطان وليُّ من لا وليَّ له" فبطل قوله: "أنه متردّد بين خطاب الأولياء وأولوى الأمر".

وقوله: "ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء، لكان مجملاً لا يصحُّ به العمل".

وجوابه: أنه ليس بمجمل، إذ الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى قول عائشة رضي الله عنها: (يخطب الرجل إلى الرجل وليّه)، فإنه دالٌّ على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له ﷺ: (ليس أحد من أوليائي حاضراً)<sup>2</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ-الدليل الأول : مارواه أبو موسى الأشعري ﷺ قال: "قال رسول الله ﷺ ( لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ...)"<sup>3</sup>. قال الشوكاني في نيل الأوطار: "قوله ( لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ ) هذا النفي يتوجه إمّا إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغيرولي باطلاً"<sup>4</sup>.

1 - سورة البقرة، الآية(221).

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقق (محمد صبحي حسن حلاق)، ج.6، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1989م، ص.ص.35-37.

3 - أخرجه: الخمسة إلا النسائي، وابن حبان والحاكم وصحّاه، وذكر له الحاكم طرقات، قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، "تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط.ص، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص.1190.

4 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين .

لقد اعترض بن الهمام في شرح فتح القدير على جهة إسناده ودلالته على اشتراط الولاية حيث قال: "فحديث لانكاح إلا بولي مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله"<sup>1</sup>.

لكن يُرد على ذلك أن هذا الحديث قد تعددت طرقه واشتهر ذكره، وجرى عليه العمل، فالطعن فيه ببعض العلل الواردة على حديث أبي موسى رغم أن لكل منها جواباً لا يمكن أن تقدر في ثبوت هذا الحديث وصحته<sup>2</sup>.

ب-الدليل الثاني: ماروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ أُمَّرَأَةٍ تَكَتَ بَغَيْرِ إِنْزَنِ وَلِيَّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَانْكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

فهذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، وهو شاهد قويٌّ لحديث أبي موسى المتقدم ذكره.

قال الماوردي: "ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ماتضمنه ودل عليه من فوائد والأحكام نصاً واستنباطاً منها في قوله ( نكحت بغير إذن وليها ) خمسة دلائل منها ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن...ومنه في قوله ( فنكاحها باطل ) ستة دلائل منها بطلان النكاح بغير ولي"<sup>4</sup>.

لقد أُعترض على الاستدلال بهذا الحديث في اشتراط الولاية من ناحيتين :

**الناحية الأولى :** فقد أُعِلَّ بالإرسال، هذا فضلاً عن إنكار الزهري له، وهو أحد رجال السند ، فقد قيل: إن ابن عتيبة عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث، فلم يعرفه<sup>5</sup>.

1 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.394.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.105.

3 - أخرجه : الخمسة إلا النسائي، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذي،"تقلاعن" الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع نفسه.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.45-46.

5 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق ، ص.29.

ويُجاب عن ذلك بأن كثير من المحدثين ضعفوا ما حكاه ابن جريج عن الزهري، قال الشوكاني: "وقد أعلّ ابن حبان وابن عدّي وابن عبد البرّ والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري"<sup>1</sup>.

وعلى تقدير الصحة وأنه أنكره، فلا يؤثر ذلك على صحة الحديث، لاحتمال النسيان الزهري له .

قال الإمام أحمد : " ولو ثبت هذا-إنكار الزهري للحديث- لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ (نسي آدم فَنَسِيَ تَزْوِجَ رَيْثِهِ)"<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾<sup>3</sup>.

**الناحية الثاني :** أن عائشة رضي الله عنها راوية هذا الحديث علت بخلافه، فقد روى عبدالرحمان بن القاسم، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوّجت حفصة بنت عبدالرحمان من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان، قال: مثلي يَصنع هذا به ويُفَات عليه؟، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ماكنت لأرد أمراً قَضِيته فقَرّت حفصة عند المنذر"<sup>4</sup>.

ويُجاب عن ذلك :

**أولاً:** أنه ليس خلاف الراوي- مجتهداً متأولاً - مبطلا لما رواه، بل الحجّة فيما رواه لافيما رآه ، وقد صحّ هذا الحديث من طرق موجبة للعمل به .

**ثانياً :** لم يرد في تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها عبد الرحمان (حفصة) بأنها باشرت العقد، وأمّا قوله « زوّجت » فمحمول على تمهيدها لاسباب الزواج .

قال البيهقي: "إنما أريد به أنها مهدت تزويجها ثم تولّى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها اسبابه"<sup>5</sup>. ويدلّ على هذا التأويل ما أخبرنا عن

1 - الشوكاني، محمد بن علي، المرجع والموضع السابقين.

2 - ابن قدامة، موفق الدين بن محمد، المرجع السابق، ص.338.

3 - سورة طه، الآية(115).

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.183.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه قال: "كنت عند عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج فإنها المرأة لاتلي عقد النكاح"<sup>1</sup>، فإذا كان مذهبها ماروي من حديث عبد الرحمان بن القاسم علمنا: أن المراد بقوله « زوجت » ما ذكرناه، فلا تخالف ماروي عن النبي ﷺ.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

أ-الدليل الأول: مارواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: "لا تُنكح المرأة إلاّ بإذن وليّ لها، أو نبي الرأبي من أهلها<sup>2</sup>، أو السلطان"<sup>2</sup>.

قيل أن هذا الحديث منقطع بين سعيد بن المسيب وعمر ﷺ، ولكن لو سلّم ذلك لم يضر لشواهد ولميزة مرسلات سعيد بن المسيب على غيرها، فكيف وقد أدرك ابن المسيب ثماني سنوات من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك أنه ولد في السنة الثانية من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ<sup>3</sup>.

ب-الدليل الثاني: مارواه معاوية بن سويد بن مقرن عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، لإنكاح إلاّ بإذن وليّ"<sup>4</sup>، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وقد روي عن علي ﷺ بأسانيد أخر ولن كان الاعتماد على هذا دونها"<sup>5</sup>.

### 4- المعقول :

إنّ النكاح عقد جليل قدره، عظيم خطره في حياة الإنسان، وفي إسناده إلى الأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظراً، وأوفر عقلاً، وأشدّ حرصاً على صيانة أعراضهم وأنسابهم، تكريماً للمرأة وصيانة لها، وحفظاً للأنساب والأعراض من العار والزلل، وبذلك

1 - المرجع نفسه، ص.182.

2- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحق(عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض)، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م، ص.155.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.145.

4 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع نفسه، ص.180.

5 - المرجع والموضع نفسه.

فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد النكاح في جلالته قدره، وعظم خطره، وشرف مقاصده<sup>1</sup>.

قال القرافي في الفرق بين قاعدة الحجر على النساء في الأبدان وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأموال، قال: "والفرق من وجوه:

**أحدهن:** الأبدان أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب أن لا تُفوّض إلاً لكامل العقل ينظر في مصالحها، والأموال خسيصةً بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها، إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه.

**وثانيها:** أن الأبدان يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبدل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى، والشهوة القاهرة التي ربّما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها.

**وثالثها:** أن المفسدة إذا حصلت في الأبدان بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدّ للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبدان والاستلاء عليها من الأزدال الأخساء، فهذه فروق عظيمة بين القاعدتين، وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوّج نفسها فأفقال في الجواب: المرأة محلّ الزلل والعار إذا وقع لم يزل<sup>2</sup>.

### ثانياً - أن الولاية ليست شرطاً في نكاحها:

وعلى هذا فللمرأة البالغة الراشدة بكرة كانت أم ثيباً تزويج نفسها إلاً أنّه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح، وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها.

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 151.

2 - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، تحق (محمد أحمد سراج، علي جبعة محمد)، ج. 3، ط. 1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001م، ص. 916-917.

وقال بهذا الرأي الحنفية، وهو المذهب المشهور عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.  
ومن بين أدلتهم :

### 1- القرآن الكريم :

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ  
أَزْوَاجَهُنَّ إِنْ تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup>. فقد قال أبو بكر الجصاص : " قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾ ، معناه لاتمنعهنَّ أو لاتضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلّت هذه الآية  
من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليّها:  
أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل<sup>2</sup>  
إذا تراضى الزوجان"<sup>3</sup>.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لاماتعده المرأة  
لنفسها، كما دلّ على ذلك سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته،  
كما سبق بيانه<sup>4</sup>.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلائهنّ محلّ والمتسببات فيه، قال الفخر الرازي : " وهذا  
ون كان مجازاً إلا أنّه يجب المصير إليه لدلالة الأحاديث على بطلان هذا النكاح"<sup>5</sup>. أي  
بدون وليّ.

وقد علّق الكاساني على هذه الآية باعتبارها حجة بعدم اشتراط الولاية في النكاح ،  
فقال: "وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الانكاح ،  
بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النسء لايتولّين النكاح بأنفسهن عادة، لما  
فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة، بل الأولياء هم

1- سورة البقرة، الآية (232).

2- العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ،"تقلاعن" إبراهيم عبد الكريم شوقي،  
المرجع السابق، ص163. أنظر الصفحة 180 من هذا البحث.

3- الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق (محمد الصادق قمحاوي )، ج.2، لا.ط، دارحياء التراث العربي،  
بيروت، لبنان، 1992م، ص.100.

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.157.

5 - الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، ج.6 ، ط.1، دار الفكر، لا.م، 1981م، ص.122.

الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب<sup>1</sup>.

ويُجاب عن ذلك أنه لاختلاف في استحباب واستئذان الأب والجد للبكر البالغ، والغالب أنهما لا يزوجانها إلا برضاها، وبهذا يظهر وجه إضافة النكاح إلى النساء في هذه الآية وما شابهها من الآيات، وربما يشير إلى هذا المعنى قولهم: إنهن المتسيئات فيه لتوقّفه-غالبا- على رضاهن<sup>2</sup>.

وأما الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل، على إبطال ولايتهم، فجوابه: أن نهي الأولياء عن العضل، فيه إثبات لحقهم في الولاية لانقيها عن هن. قال الفندلاوي في تهذيب المسالك: "لأنه جلّ وعلا نهى الولي عن العضل، فدلّ ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك عقد البيع والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عزّ وجلّ الولي عن عضلها من النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها سواء عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجر للولي ذكر في ذلك، لا بعضلها ولا بغيره، فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقاً ثابتاً"<sup>3</sup>.

**ب-الدليل الثاني:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيُزَوِّجُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَلْتَّهْرُ فَرِإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

قال الجصاص في أحكام القرآن: "إن هذه الآية دالة على تزويج المرأة نفسها، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.374.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.158.

3 - الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصرته مذهب مالك، تحق (أحمد البوشيخي)، ج.2، ط.1، تونس، 2009م، ص.ص.365-366.

4- سورة البقرة، الآية (234).

لموجب الآية، فإن قيل إنَّما أراد بذلك اختيار الأزواج وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها ، قيل له : هذا غلط من وجهتين :

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

والثاني : أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح، وأيضاً فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله : ﴿...إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>1</sup> " <sup>2</sup> . وأجيب عن ذلك بما يلي :

1- أن قوله تعالى: ﴿ فَلَاحِجَّ عَلَيْكُمْ ﴾ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به. حكى الفخر الرازي عن الشافعية<sup>3</sup>.

2- أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفية، وصرحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها، قال ابن نجيم : "...وإنما يُطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه"<sup>4</sup>.

ففعلهنَّ إذا في أنفسهنَّ بالمعروف إنَّما هو ما يتم برضاهنَّ واختيارهنَّ مع أوليائهنَّ، ثم عقد أوليائهنَّ لهن، لقيام الدليل على ذلك<sup>5</sup>.

وأما قول الجصاص إنَّ قصر حقهنَّ في النكاح على اختيار الأزواج غلط، لعموم الآية في اختيار الأزواج وغيره، فجوابه: أنه لا شك أن عموم الآية شامل لرفع الجناح عن

كل ما كان محظوراً على المرأة المعتدة من وفاة زوجها بعد انقضاء عتتها من التزوين والتعرض للخطاب، والخروج من مسكنها.

وكذا النكاح فلها فيه اختيار الأزواج والرضى به كما دللت عليه السنة الصحيحة، أمَّا العقد فقد قام الدليل الخاص من السنة على أنه بيد وليها ولامعارضة بين عموم وخصوص.

1 - سورة البقرة، الآية (232).

2 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.101.

3 - الرازي، محمد فخر الدين، المرجع السابق، ص.139.

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.160.

وأما قوله : إنَّ اختيارالأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بعقد النكاح .

فجوابه : إنَّ فعلها في نفسها قد حصل بالتطيب والتكفل والتحلّي والتجمل للخطّاب، ونحو ذلك، وأيضا فإنّها إذا اختارت من ترضاه زوجاً لها وكان كفواً لها وجب على وليّها إجابتها إلى طلبها والأعدّ عاضلاً آثماً<sup>1</sup>.

قال بن كثير في تفسير: " قول الله عزّ وجلّ: ﴿...فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>2</sup>، يعني النساء اللاتي انقضت عتتهنّ، وقال العوفي عن ابن عباس: إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فإذا انقضت عتتها فلا جناح عليها أن تتزوّج وتتصنّع وتتعرّض للتزويج، فذلك المعروف<sup>3</sup> .

وأما قوله: فقد ذكر أنّ اختيار الأزواج مذكور في قوله عزّ وجلّ: ﴿...إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>4</sup>.

فهذا أقرب إلى أن يكون دليلاً على أنّ العقد بيد طرف ثالث حينما يتراضى الزوجان، فإنّه لو كان النكاح صحيحاً بعقدها مع زوجها فلا مكره لهما حين يتراضيان، وإنما يتصوّر الإكراه ومعارضة هذه الرغبة من طرف ثالث وهو الولي في منعه وليّته من النكاح .

قال الطبري في تفسير: " قوله عزّ وجلّ: ﴿... فَلَا تَحْضُرُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ...﴾<sup>5</sup> ، يعني : لا تضيّقوا عليهنّ بمنعكم إيّاهنّ أيّها الأولياء من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد ، تبتغون بذلك ضارتهنّ ... وهوالمعنى الذي أمر الله به الولي: من تزويجها إذا خطبها خاطبها ورضيت به، وكان رضى عند أوليائها، جائزاً

1 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.161-162.

2 - سورة البقرة، الآية (234).

3 - ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم ، تحق ( سامي بن محمد السلامة)، ج.1، ط.2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999م، ص.638.

4 - سورة البقرة، الآية(232).

5 - سورة البقرة، الآية(232).

في حكم المسلمين لمثلها أن تتكح مثله، ونهاه عن خلافه: مِنْ عَضَلْهَا، ومنعها عمًا أرادت من ذلك، وتراضت هي والخاطب به<sup>1</sup>.

## 2- السنة الشريفة :

أ- الدليل الأول: ما رواه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: **أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَمِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسَدُّ أُنْفُهَا فِي نَفْسِهَا وَإِنْ ذُهِبَ أَوْ صُلِّتْ أَوْ صُلِّتْ أَوْ صُلِّتْ أَوْ صُلِّتْ**<sup>2</sup>. قال العيني مبيِّنًا صحة مباشرة المرأة العقد لنفسها: "الأيم وهو في الأصل التي لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقًا كانت أو متوفِّي عنها زوجها، فإن كل امرأة إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز، وهو قول الشعبي، والزهري أيضا، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد، ولكن من تمامه وجماله. ولاشك أن قوله عليه السلام: (الأيم أحق بنفسه...) عام يتناول الثيب والبكر والمتوفِّي عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعًا"<sup>3</sup>.

قال الكاساني عند استدلاله بهذا الحديث: "أن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليا عنها، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعًا، لكون النكاح تصرفًا نافعا، متضمنًا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالًا ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، فلما تبلغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها"<sup>4</sup>.

لقد أجاب الجمهور بأنه لاجبة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها من

وجهين :

**أولها:** أن لفظ الأيم<sup>1</sup> وإن كان لغة اسمًا لامرأة لازوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لازوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

1- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحق ( بشار عواد معروف ،عصام فارس الحرساني)، ج.2، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994م، ص.ص.49-50.

2- مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، تحق ( أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي)، ج.1، ط.1، دارطبية ، الرياض، السعودية، 2006، ص.641.

3- العيني بدر الدين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

4- الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.373.

الحديث إنما هو المرأة التي خاصة، فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله التي وبالبر معاً<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك بأن لفظ الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن النبي ﷺ إنما أراد بالأيم من لم تكن بكرًا، وأنه جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ: (التي أحق بنفسها من وليها<sup>3</sup>)، إذ إنها مفسرة للمراد من الأيم في هذا الحديث.

قال الزرقاني في معنى الأيم: "والمراد هنا التي، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد التي المتوفى عنها أو المطلقة لأنه أكثر استعمالاً"<sup>4</sup>، وتعقب على الذين يقولون بأن الأيم هنا على معناه اللغوي ثيباً أو بكرًا بالغاً بقوله: "لو كان المراد ذلك لم يكن لفصل الأيم من البكر معنى"<sup>5</sup>.

**وثانيهما:** إذا ثبت ذلك فإن معنى أن الأيم وهي التي أحق بنفسها من وليها يحتمل وجهين<sup>6</sup>:

**الأول:** أنها أحق بنفسها في أنها لا تزجرن أب، ولا تمنع إن طلبت، وهذا لا يدل على

تفردا بالعقد .

**الثاني:** أنها أحق بنفسها في إبداء الإذن والاختيار، وإذا كانت أحق فإن للولي حقا في مباشرة العقد، لما تقتضيه كلمة أحق من الاشتراك في المستحق.

قال الزرقاني: "قال النووي: لفظة أحق للمشاركة أي إن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها، وحققها أكد من حقا<sup>ه</sup>، وقال عياض: يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزجر حتى تنطق بالإذن بخلاف

1 - الأيم جمعها الأيامى: الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء، وأصلها أيلم فطبت، لأن الواحد رجل أيم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأة أيم أيضا، بكرًا كانت أو ثيبًا، نقلًا عن "الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحق (أحمد عبد الغفور عطار)، ج.5، ط.2، بيروت، لبنان، 1979م، ص.1868.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.169.

3 - مسلم، الحافظ أبو الحسين، المرجع السابق، ص.641.

4 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، ج.3، لا، ط، المطبعة الخيرية، د.ت، لا، م، ص.4.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.81.

البكر، لكن لما صحَّ قوله ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعيّن الإحتمال الثاني، أي المراد أحق بالرضا دون العقد وأن حق الولي في العقد، ودلّ أفعال التفضيل المقتضى المشاركة، أي لوليها حقاً لكن حقها أكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها<sup>1</sup>.

وحقها أؤكد من حقها، فإنه لو أراد تزويجها كفوفاً وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفاً فامتنع الولي أُجبر<sup>2</sup>.

ب- الدليل الثاني: مرواه عبد الله بن بريرة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه، لرفع من خيسته قال: فجئي الأمر إليهما، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أريد أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)<sup>4</sup>.

قال ابن الهمام: " وهذا يفيد بعمومه أن ليس له - أي الأب - المباشرة حقاً ثابتاً بل استحباب، وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك "<sup>5</sup>.

وذكر الموصلي أن من وجوه الاستدلال بهذا الحديث لكونه ينفي ولاية الآباء، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهم، فقال: " قولها ذلك، ولم ينكر عليها النبي ﷺ، فطم أنه

ثابت، إذ لو لم يكن ثابتاً لما سكّت عنه النبي ﷺ"<sup>6</sup>.  
وأجيب عن هذا أن الأمر المنفي هنا إنما هو تزويجهن كرهاً، وذلك جمعاً بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح، لدلالة سياق القصة عليه، فإن هذه الفتاة قد جاءت مظهرة شكواها من صنيع أبيها بها، ورغبتها عن ابن عمها، بقولها (إن أبي - ونعم

1 - الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، المرجع والموضع السابقين.

2 - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص. 173.

3 - الخيس: الدنيء، قال ابن السكيت: يُقال أحسّت إخلساً، إذا فعلت فعلاً خيساً. ويُرَقَل: رفعت من خيسته، إذا فعلت به فعلاً يكون فيه رفعة، "تقلاعن" الجوهري، إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص. 922-923.

4 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص. 160.

5 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 396.

6 - الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج. 3، لا ط، دار الفكر العربي، لا م، د. ت، ص. 91.

الأبُّ هو - زَوْجِي ابْنِ أَخِيهِ، لِيُفَعَّ مِنْ خَسِيَّتِهِ زادت في لفظ آخر (وَأَنَا كَارِهَةٌ)<sup>1</sup>، وهذا ظاهر الدلالة على أَنَّ أباهَا قد زَوَّجَهَا وهي كارهة، فأرادت أن تُعَلِّمَ اللِّسَاءَ في أَنفُسِهِنَّ أمر؟، أم أَنَّ أمرَ أوليائِهِنَّ نافذ عليهنَّ وإن كرهنَّ؟<sup>2</sup>.

وقال الصنعاني: "والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج للكارهة، لأنَّ السياق في ذلك، فلا يقال هو عامُّ في كلِّ شيء"<sup>3</sup>.

### 3- الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم :

قال السرخسي في المبسوط : " بلغنا عن عليٍّ ؓ أَنَّ امرأةً زَوَّجَتْ ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى عليٍّ ؓ، فأجاز النكاح. وفي هذا دليل على أَنَّ المرأة إذا زَوَّجَتْ نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجه جاز النكاح"<sup>4</sup>.

وقد أجاب البيهقي عن هذا الأثر بأنه مختلف في إسناده ومتمته، ومخالف لما صحَّ عن عليٍّ ؓ في اشتراط الولاية في النكاح .

فقال: " وقد روي عن أبي قيس الأودي، عمَّن أخبره، عن عليٍّ ؓ أَنَّهُ أجاز نكاح امرأة زَوَّجَتْها أمُّها برضى منها "<sup>5</sup>، وقد قيل : "عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أَنَّ امرأة من عائدات الله يقال لها سلمة زَوَّجَتْها أمُّها وأهلها، فُرِعَ ذلك إلى عليٍّ ؓ فقال: أليس قد دخل بها، فالنكاح جائز "<sup>6</sup>.

ورواه الشيباني: " عن بحريَّة بنت هانئ بنت قبيصة أَنَّها زَوَّجَتْ نفسها بالقعقاع بن شور، وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى عليًّا ؓ ، فقال: أَخَلَّتْ بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح"<sup>7</sup>، ثم قال البيهقي : " وهذا الأثر مختلف في اسناده ومتمته، ومداره على أبي قيس الأودي، وهو مختلف في عدالته، وبحريَّة مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح

1 - النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، تحق ( مركز البحوث وتقنية المعلومات )، ج.6، ط.1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012م، ص.ص.197-198.

2 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.ص.182-183.

3 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.10.

5 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.181.

6 - المرجع نفسه.

7 - المرجع نفسه ، ص.ص.181-182.

النكاح إن كان ثابتاً، والدخول لا يبيح الحرام، والاسناد الأول<sup>1</sup> عن عليّ ﷺ اسناد صحيح<sup>2</sup>.

وقال الإمام بن القيم الجوزية في أحكام أهل الذمة: "قال الإمام حنبل : حدثنا شريح بن النعمان، حدثنا حماد بن سلمة عن جعفر ابن أبي وحشية أن هانيء بن قبيصة زوج ابنته من عروة البارقي على أربعين ألفاً، وهو نصراني، فأتاها القعقاع بن شور، فقال: إنَّ أباك زوجك وهو نصراني لا يجوز نكاحه، زوجيني نفسك، فتزوجها على ثمانين ألفاً، فأتى عروة عليّ ﷺ فقال: إنَّ القعقاع تزوج بامرأتي، فقال: لئن كنت تزوجت امرأته لأرجمنك. فقال: يا أمير المؤمنين، إنَّ أباهما زوجها وهو نصراني لا يجوز نكاحه. قال : فمن زوجك؟ قال: هي زوجتني نفسها، فأجاز نكاحها وأبطل نكاح الأب، وقال لعروة : خذ صداقك من أبيها"<sup>3</sup>.

قال الإمام حنبل: "إنما جئى - أي عليّ ﷺ - الأمر إليها لأنَّ الأب نصراني لا يجوز حكمه فيها، فردَّ الأمر إليها، ولا بدَّ أن يجدد هذا النكاح الأخير إذا رضيت، وإنَّما صير لها الأمر بالرضى، ولا يجوز أن تزوج نفسها إلاَّ بوليّ. وعليّ حينئذ السلطان، فأجاز ذلك وليها"<sup>4</sup>.

#### 4- المعقول :

إنَّ تزويج المرأة الحرّة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقّها، وهي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصحّ تصرفها في نفسها، كما يصحّ تصرفها في مالها، لأنّها قد بلغت من عقل وحرية<sup>5</sup>.

1 - قصد بذلك مارواه عن عليّ ﷺ في اشتراط الولاية في النكاح، ومن بين مارواه، عن الشعبي أنّه قال: "ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير وليّ من عليّ ﷺ، حتى كان يضرب فيه، "نقل عن البيهقي، أحمد أبو بكر المرجع والموضع نفسه .

2 - المرجع نفسه.

3 - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، تحق (يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري)، ج.1، ط.1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997م، ص.784.

4 - المرجع نفسه .

5 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.224.

قال الكاساني: "وبالبلوغ والعقل زال العجز، وثبتت القدرة حقيقة، ولهذا صارت - المرأة - من أهل الخطاب في أحكام الشرع"<sup>1</sup>، ومن ثمَّ لا ولاية عليها.

قال السرخسي على صحة هذا الاستدلال: "إن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض إنما يقع باختيار الزوج لابل مباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها، ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صحَّ إقرارها بالنكاح، وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها، وأما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنَّها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها، كما ورد في الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لأن هذا النهي لنوع من المروءة، فلا يمنع جواز المنهي عنه"<sup>2</sup>.

ولكن يمكن أن يُردَّ على ذلك، بعدة وجوه<sup>3</sup>:

1- بأنَّ اختيار المرأة للأزواج لا تستبَدُّ به عن وليِّها، بل الغالب أنَّ وليِّها هو الذي يختارها، ثم ترى رأيها في صلاحيتها لها، أو عدم صلاحيتها، وعلى كلِّ فهو شركة بينها وبين وليِّها، ولو اختارت رجلاً زوجها ورأى وليِّها أنَّه لا يصلح لمثلها فإنَّه يمنعها منه ولا يجوع على إنكاحها إيَّاه، كما قرره الحنفية أنفسهم في نقص الكفاءة، حيث قال السرخسي: " وإذا زوّجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم، وعلى رواية الحسن قال: إذا زوّجت نفسها من غير كفاء لم يجز النكاح أصلاً، وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على إجازة الولي، ويقول محمد: لما توقّف العقد على إجازة الولي لتتمام الاحتياط، فكما ينعقد بإجازته يفسخ بفسخه"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ص.ص.12-13.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص.ص. 224-225.

4 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين.

2- وأما إقرارها بالنكاح: فإنه لا ينعقد به النكاح، وإنما يكشف عن صحة نكاح سابق، والحاجة داعية إليه، إذ لو لم يقبل إقرارها وتزوجها رجل آخر لكانت زوجة لرجلين، وهذا فيه ضرر وفساد كبير .

3- وأما اعتبار رضاها في مباشرة وليها نكاحها: فإن ولاية الولي عليها ثابتة شرعا، ولا تتوقف على رضاها، ولذلك فإنه لا ينعزل بعزلها كما ينعزل الوكيل بعزل موكله له، وإنما حقها في معرفة الولي لرضاها بالزوج والنكاح، وهذا دليل على أن ولاية الولي نظر ومصلحة لها وتكريم، لا ولاية إذلال أو إنقاص من حقها، ومثل ذلك لإثبات حقها في مطالبة وليها بإنكاحها وإجباره على إجابتها إن لم يكن هناك عذر شرعي لامتناعه.

### ثالثا - صحة مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها بإذن وليها .

يعتمد هذا الرأي على التفريق بين من أذن لها وليها في انكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فهو يرى ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثم يصح لها تزويج نفسها، ولكن ذلك موقوف على إذن وليها، فإن أذن لها صح نكاحها بنفسها، وإن لم يأذن بطل. وهذا هو مذهب أبي ثور .

لقد استدلل أبو ثور بالحديث المروي عن سليمان عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّ امْرَأَةٍ كَتَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَحَهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤْمَرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ) "1.

فإن منطوق هذا الحديث يدل على بطلان انكاح المرأة نفسها بغير إذن وليها، ومفهومه

يدل على صحة إنكاحها نفسها بإذن وليها .

ذكر الصنعاني: " قال أبو ثور، قوله: «بغير إذن وليها» يُلْفَهُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَنْزَلَ لَهَا جَازَ أَنْ تَعْقِدَ لِنَفْسِهَا، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَفْهُومٌ لَا يُقْوَى عَلَى مَعَارِضَةِ الْمَنْطُوقِ بِاشْتِرَاطِهِ - أَيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي عَقْدِ زَوْاجِ الْمَرْأَةِ - " 2.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 29.

قال الماوردي: "إنَّ إِنْ الْوَلِيَّ الَّذِي يَصَحُّ بِهِ النِّكَاحُ هُوَ إِنْ لَمْ يَنْوِبْ عَنْهُ، وَهُوَ الْوَكِيلُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهَا فَلَمْ تَكُنْ هِيَ النَّائِبَةَ فِيهِ"<sup>1</sup>. وقال ابن قدامة: "يُقْتَضَى قَوْلُهُ ﷺ (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ...) لِعَمُومِهِ عَلَى دَلِيلِ الْخَطَابِ، وَالتَّخْصِيسِ هَهُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تَنْزُجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، وَالْعَدَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مَبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوَقَاحَتِهَا وَرِعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يَنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمَرْوَةِ"<sup>2</sup>.

إِنَّ الْمَقْصُودَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ بِنَفْسِهِ، أَوْ عَقْدُ وَكَيْلِهِ، فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَيُّهَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِكْنَادٍ وَلِيِّهَا -أَصَالَةً أَوْ وَكَالَةً- فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ"<sup>3</sup>. والواقع أنَّ المرأة لو رجعت إلى وليها لاستئذانه، فأذن لها، فقلَّما، بل من النادر جدا أن ترضى لنفسها أن تعقد هي وتترك وليها، بل ليس من أخلاقيات المرأة التي تأخذ الإذن مراعاة لشعور وليها أن تسلبه إنشاء العقد بعبارة، تشريفا له ولها"<sup>4</sup>.

#### رابعاً -الرأي المختار:

إِنَّ حُكْمَ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ الرَّشِيدَةِ الْحَرَّةِ هُوَ مِنْ أَهَمِّ الْمَسَائِلِ فِي بَحْثِنَا هَذَا، وَقَدْ طَالَ وَقُوفُنَا عِنْدَهَا، وَهِيَ حُرِيَّةٌ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَا لِأَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ فِيهَا، وَتَتَّبَعُ أَدْلَتَهُمْ وَتَأْتِي دَلَالَتُهَا وَصَحَّتْهَا، يَتَجَلَّى بِوَضُوحٍ أَرْجَحُهَا دَلِيلًا، وَأَحْظَاهَا قَبُولًا عِنْدَ الْأُمَّةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِاشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ لِلْأَسْبَابِ التَّالِيَةِ:

- 1- إنَّ أَغْلَبَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ زَهَبُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، فَهَمُ الَّذِينَ عَاشَرُوا الرَّسُولَ ﷺ وَهُمْ أَكْثَرُ مِنَّا فَهَمَا وَاسْتِعَابَا لِلنُّصُوصِ وَالتَّطْبِيقَاتِ النَّبَوِيَّةِ لَهَا.
- 2- كثرة أدلة جمهور الفقهاء وقوتها من حيث الدلالة والصحة وترباطها، حيث يقوي بعضها البعض وجاءت كلها مركزة على عدم صحة الزواج بغير ولي بصورة واضحة وصريحة.

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.45.

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.339.

3 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.236.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.89.

3- قلة أدلة المخالفين من الحنفية وضعفها وقوة دحضها من قبل القائلين باشتراط الولي في النكاح لأنها في مجملها عامة وغير صريحة ومحملة الدلالة.

4- إن طبيعة المرأة وما جُبلت عليه من ضعف الإرادة والرأي معاً، وبحكم أنوثتها التي فرضت عليها غلبة العاطفة والاندفاع وسرعة التأثر بالمظاهر البراقة، التي كثيراً ما تؤدي بها إلى الوقوع في الزلل من غير تفكير عميق في عواقب الأمور، لذلك أقام لها الشارع الحكيم ولياً يحميها ويعضدها ويعينها على اختيار شريك حياتها.

وعلاوة على ذلك فإن الإمام أبي حنيفة ذاته لم يبلغ حق الولي تماماً عندما لم يشترطه في زواج المرأة الراشدة الحرة، ولكنه احتاط لحقه بأن أعطاه حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفواً وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن ثبوت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة الحرة أساسه الأنوثة، قال ابن الهمام: " قال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة، لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض فيه إليهنّ مخلّ بها، أي أنّ النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهنّ مخلّ بهذه المقاصد، لأنهنّ سريعات الاغترار سيّات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهنّ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتنّ ممّا ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### أسباب ولاية التزويج

تتوقف ولاية التزويج بوجود الأسباب التي تربط الولي بالمولي عليه، وبناء عليه فإن هذه الأسباب التي تثبت بها الولاية لازمة، ويترتب عليها حق الولي في تزويج المولي عليه.

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 140.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص. 391-393.

وتتعدد الأسباب وتتوَعَّع إلاَّ أنَّ أكثرها تمّوا وأقواها تأثّيرا في ثبوت ولاية التزويج هي سبب القرابة، التي هي الأخرى تتوَعَّع بحسب طبيعة القرابة، أما الأسباب الأخرى اصطلحت على تسميتها أسباب اللاقرابة .

كما أنَّ بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه، ولمعرفة هذه الأسباب بتفصيل أكثر، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها من خلال قانون الأسرة، وكذا الرأي الفقهي فيها، أتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولا- سبب القرابة:** جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."، فظاهر النص تثبت ولاية التزويج للأقارب الأولين بما فيهم الأب، وبالتالي يعبّر المشرع الجزائري أنَّ القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

إلاَّ أنَّ عبارة "الأقارب الأولين" التي نُكرت على عموم اللفظ في نص المادة يكتنفها الغموض، فهل يُقصد بها قرابة العصبية أم ذوي الأرحام أم معاً؟.

يرى بلحاج العربي: " معنى الأقربون هنا : الابن(المولود من زواج سابق)، وصيّ الأب، الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون..."، واللافت للانتباه أنَّه ذكر وصيّ الأب وعدّه من الأقربين!، واقتصر ذكره للعصبية دون ذوي الأرحام<sup>1</sup>.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث

أنّه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أواخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العرفي، موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة، خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد"<sup>2</sup>. والأخ هو من العصبية .

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.411.

2- م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 28/09/1993م، ر.96238، غ.م، "تقلاع" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.77.

لكن بالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أنّ المادة (32) منه تنص: "...  
ويعتبر من ذوي القربى كل من جمعهم أصل واحد"، فظاهر النص أن المشرع الجزائري  
يعتبر من أقارب المرأة مثلاً: أبوها وأخوها وابنه، وعمها وابنه، وهؤلاء من العصبات،  
وكذلك خالها وابنه، وجدها لأمها الذي هو الأصل الواحد الذي يجمعهما -الخال وابنه-  
معها، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وبالتالي فالمشرع الجزائري يعتبر أن القرابة من العصبات  
وذوي الأرحام معا، فهل هذا ينطبق على قانون الأسرة الجزائري؟.  
ومن أجل رفع هذا الغموض كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يحدد  
بوضوح ماذا يقصد بالأقارب الأولين، ومن ثم معرفة طبيعة القرابة التي تكون سببا في  
ثبوت ولاية التزويج.

أما ما جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من  
نص المادة(11)، قد وسّع في أسباب ثبوت ولاية تزويج المرأة الراشدة، بل منح لها حرية  
اختيار الأولياء، حيث نصّت على: "تعدّ المرأة الراشدة زوجها بحضور وليّها وهو أبوها  
أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر"، والظاهر أنّ القرابة التي تشمل الأب أو أحد أقاربها  
دون أن يحدد من هم هؤلاء الأقارب- على عكس ما كان يذكره قبل التعديل؛ الأقارب  
الأوليين- اعتبرها المشرع الجزائري من أسباب ثبوت ولاية التزويج، إلا أنّه بمنحه المرأة  
حرية اختيار من يحضر عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر  
وذلك باستعماله لفظ"أو" في نص المادة التي تفيد التخيير، يكون بذلك قد أفقد سبب القرابة  
في تثبيت ولاية التزويج وأفرغه من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبل المرأة  
الراشدة، وهو سبب لانجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب آخر<sup>1</sup>، ويخالف الأعراف  
السليمة التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الجزائري استعمل في نص المادة السابقة العبارة "أي شخص" وهو  
لفظ عام يشمل جميع أفرادها على حد تعبير علماء الأصول، فكان معنى "شخص" يشمل

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحد التعديلات، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،  
2010م، ص.89.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط.1، دار طليعة، المحمدية، الجزائر، 2011م، ص.30.

القريب والبعيد<sup>1</sup>، بما في ذلك الوصي، الكفيل، الوكيل، الشاهد، المرأة الصديقة، الرجل الأجنبي،... إلخ.

ومع هذا التوسع غير المبرر في الأولياء، تنتفي كثير من فوائد الولي والحكمة من تشريعه، ويبقى ثبوت ولايته خاصة الأب أمرا شكليا لاغير في زواج المرأة الراشدة<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02/14/2007: أنه "لا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"<sup>3</sup>.

أما الفقرة الثانية من نص المادة (11) من الأمر 02/05 نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين...."، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للأقارب المتمثلة ابتداء في الأب فأحد الأقربين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، غير أنه لم يوضح من هم الأقارب الأولين كما أشرت سابقا، إلا أن أحمد الجندي يرى: "إن الأقارب الأولين تحددهم القرابة أولا، ثم درجة القرابة ثانيا، ثم قوة القرابة إن إتّحدت درجاتها"<sup>4</sup>.

### ثانيا- أسباب الالاقربة :

#### 1- القضاء:

جاء في نص المادة (11) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يتولّى زواج المرأة ولّيها ... والقاضي ولي من لاوّلّي"، ممّا يفهم أنّ المشرع الجزائري يعبّر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية التزويج .

1 - فاتح ربيعي، «موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية»، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، ع.05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009م، ص.ص. 73-74.

2 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.112.

3 - م.ع.غ.أ.ش.، ص.ت، 02/14/2007م، م.ر، 381880، م.م.ع، 2007م، ع.2، ص.483، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.78.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014م، ص.52.

أما ماجاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإنَّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة(11) لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لاولي لها كما كان معمولاً به قبل التعديل. ولذا لم يعد القضاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على المرأة الراشدة، وإذا كان كذلك باعتباره يمثّل السلطان، فهو مشمول بلفظ " أي شخص آخر".

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) من الأمر 02/05 نصّت: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب... والقاضي ولي من لاولي له"، فالظاهر أن زواج القصر تثبت ولاية تزويجهم للقاضي في حال إنعدام الأب والأقارب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القضاء سبب من أسباب ثبوت ولاية تزويج على القصّر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني.

## 2-الإيصاء:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية على أنّه يجوز للأب أو الجد تعيين شخص يسمى الوصي للولد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها، حيث نصت المادة (92) من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."، يعهد إليه بالإشراف على من لم تكتمل أهليته من القصّر، وأنّ تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة هذا الوصي، حيث نصت المادة (83) من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على

إجازة الولي أوالوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ومنح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، حيث نصت المادة: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد(88)و(89)و(90) من هذا القانون"، فالوصي هو مُطْلَقُ اليدين في التصرف في مال القاصرين بكل الطرق التي

تجلب لهم النفع، كما يقوم في الوقت نفسه بالإشراف على شؤون حياتهم، فيعلمهم التعليم الذي ينفعهم، ويأذن لهم بالزواج إذا كان في ذلك مصلحة<sup>1</sup>. مما يفيد ثبوت ولاية تزويجهم للوصي، وعندئذ يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يعتبر الإيحاء سببا من أسباب ثبوت ولاية التزويج على القصر ذكورا وإناثا، وأنّ هذه الولاية تنتهي ببلوغهم سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة مالم يُحجر عليهم، حيث نصت المادة (96) في فقرتها الثانية: "تنتهي مهمة الوصي:....، ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،...".

### 3- الكفالة:

حدّ المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده .

والمقصود بالكفالة هنا هي التزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً حيث نصت المادة(116): "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وأنّ هذه الكفالة تخول للكافل حق الولاية على المكفول، نصت المادة(121): "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية..."، ويشترط في الكافل أن يكون مسلماً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول، قادراً على رعايته والإنفاق عليه، تنص المادة(118): "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته"، والظاهر من نص المادة أنّ المشرع الجزائري يقتصر في الكفالة للرجال دون النساء .

تتم عودة المكفول غير المميز إلى والديه بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه حيث نصت المادة(124): "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لايسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، ممّا يُفهم أنّ المكفول سواء أكان ذكراً أم أنثى والذي بلغ سن التمييز، قد يختار البقاء عند كافله إلى أن يبلغ سن الرشد .

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص.197.

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أنّ الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية، بأن يتولّى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه ، إذا كان في ذلك مصلحة له .

#### 4-الوكالة:

نصت المادة (20) من قانون الأسرة رقم 11/84: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، من خلال هذا النص يعتبر المشرع الجزائري أنّ عقد الزواج من العقود القابلة للنيابة، وبالتالي أجاز للزوج فقط دون وليّ الزوجة أن يوكل غيره وينوبه في إبرام عقد الزواج، إلا أنّ اقتصار الوكالة على الزوج دون وليّ الزوجة غير مبرر، بل يتعارض مع القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة(571) منه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، فعند تحليل هذه المادة يتبين أنّ الوكالة بمفهومها العام هي عقد شرعي بين الوكيل والموكل، حيث ينوب الموكل عن الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، ولفظ "شخص" عام لا يقتصر على أشخاص دون آخرين، فكل من يملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه أو أن يوكل غيره بمباشرته، حتى لو كانت الوكالة خاصة، والتي لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة في الوكالة، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة(574) من القانون المدني: "الوكالة الخاصة لاتخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري"، وهذا ماينطبق على عقد الزواج، فالوكالة فيه لاتقتصرعلى الزوج فقط بل بإمكان وليّ الزوجة كذلك، نتيجة لظروف معينة أن يوكل غيره في إبرام عقد زواج موأبته، كما هو الظاهر في نص المادتين السابقتين .

أما ما جاء في الأمر رقم 02/05 ، فإنّ وكالة التزويج تعدت بشأنها الآراء على

النحو التالي :

الرأي الأول :

يرى سعد عبد العزيز أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا صريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة، وأما قام بحذف المادة(20) من قانون الأسرة دون مبرر، وقرّر إلغائها بموجب هذا الأمر.

وبهذا يكون قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروفا، ويكون بذلك قد أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج، أي أنّ قانون الأسرة بعد التعديل، لاهو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولاهومنه صراحة، وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة(571) من القانون المدني ومابعدها<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني :

في حين يرى بعضهم أنّ قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائيا وبصورة واضحة إلاّ أنّهم اختلفوا في تأييدهم لهذا المنع على وجهين :

**الوجه الأول :** يرى الرشيد بن شويخ أنّ هذا المنع لايمكن قبوله لأنّ التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، وأنّ هذا الأسلوب من شأنه التضيق على الناس، وأنّ المشرع بإلغائه التوكيل يعني أنّه أوجد فراغا قانونيا، وهو ما يحدث على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة(222) من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ممّا يعني العودة مجددا إلى الوكالة وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة (20) السابقة بلا معنى<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** يرى العربي بلحاج أنّه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلاّ أنّ مفهوم الوكالة لاينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أنّ عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وماتقتضيه طبيعته من مسؤولية والتزامات جسيمة الأمر الذي يستوجب تولّي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام العقد، ولذا لايمكن أن

1 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.78.

2 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.71-72.

ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته كما قال بذلك الفقيه أبا ثور<sup>1</sup>.

### الرأي الثالث:

في حين يرى بعضهم الآخر أنّ قانون الأسرة الجديد لم يمنع التوكيل في الزواج مادامت الوكالة منصوص عليها في القانون المدني، وأنّ المشرع لما ألغى المادة(20) من قانون الأسرة الجديد كونها كانت على سبيل التكرار. ومما يصدّد هذا الرأي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/14، جاء فيه : " حيث أنّ ولي الزوجة، لا يشترط أن يكون أباً شخصياً، بل قد يكون أخوها، أو عمها، في حالة وجود مانعاً لوالدها أو بتكليف منه"<sup>2</sup>. أي بإمكان الولي الأب أن يكلف غيره في عقد زواج مولّيته، وهذا التكليف لن يكون مشافهة، لأنّه لا يُعتدّ به، وإنّما حتماً يكون عن طريق وكالة التزويج .

### الرأي المختار:

على الرغم من خطورة عقد الزواج والأهمية القصوى التي يكتسبها حضور الزوجين وتبادل الرضا بينهما في مجلس العقد، إلاّ أنّه قد يحدث من الظروف القاهرة التي تحول دون حضور الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً وقد تطول هذه الظروف، ولوجود مخرج قانوني الذي يرفع الحرج ويتمّ به عقد الزواج، بات من الضروري عدم إلغاء وكالة التزويج وجواز العمل بها، وإلاّ تعطلّت مصالح الناس، وعُدّ ذلك خرقاً لأحكام الوكالة التي تجيزها الشريعة الإسلامية، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإتي أعتقد أنّ تبادل رضا الزوجين، الذي يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، ليس بالضرورة أن يكون شخصياً، مقيد بذات الطرفين، فيمكن التعبير عن ذلك بواسطة الوكيل، ولإمّانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحاً، حيث نصت المادة(9) من قانون الأسرة رقم 02/05: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة(10): " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.ص 280-283.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2007/02/14م، م.ر، 381880م.م.ع، 2007م، ع.2، ص. 486، "تقلاعن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع الموضوع السابقين .

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، فظاھرہ أنّ المشرع الجزائري لم یقید كيفية تبادل الرضا بين الزوجين، قد يكون شخصياً، وقد يكون عن طريق الوكيل .

وبهذا الاختيار نكون قد قبلنا أن وكالة الزواج تمنح الحق للوكيل في ولاية التزويج على القصر خاصة، لأنه يستمدّها من أوليائهم، أما بالنسبة لكامل الأهلية الراشد سواء كان ذكراً أم أنثى، فإنّ الوكيل يبقى مجرد رسول، أو متكلّم باسمه ونائب عنه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتسجيل وإتمام مراسيم عقد الزواج .

### الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي :

إنّ الأسباب جمع سبب<sup>1</sup>، والمقصود به عند الفقهاء، تلك الرابطة بين الولي والمولي عليه من القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة (السلطنة)، أو الإسلام، أو الإيصال، وأضاف بعضهم الكفالة والوكالة، ممّا ينتج عنه ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقّيته بها، وتقديمه على من سواه في ذلك.

أشير في البداية قبل التفصيل في أسباب ولاية التزويج أن أستثني من الدراسة سببا الملك والولاء، على اعتبار أنّه لا وجود للرق في عصرنا الحاضر.

#### I - سبب القرابة :

يُقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولي عليه، وتشمل الفروع كالأولاد، والأصول كالآباء، والحواشي كالإخوة والأعمام وهم القرابة من جهة الأب والذين يُدعون بالعصبات، وذوي الأرحام كأخوال، وكأب الأم، والخالات والعمات،...، وهم القرابة من جهة الأم والذين يُدعون بذوي الأرحام.

لاخلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية النكاح للعصبات، لكنهم اختلفوا في ثبوتها لذوي الأرحام على قولين :

**أولاً-الرأي الأول:** أنّه لا ولاية لذوي الأرحام فالولاية خاصة بالعصبات، وهذا قول المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وأبي حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن<sup>5</sup>.

1 - السبب هو الحظ، وكلُّ شيء يَتَّصَلُ به إلى غيره، "تفلاعن" إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.145.

2 - النفراوي، أحمد بن غنيم، المرجع والموضع السابقين.

3 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.55.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.350.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.356.

ودليلهم على قصر الولاية في النكاح على العصابات دون ذوي الأرحام :

1- ماروي عن علي عليه السلام موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ( النَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ )<sup>1</sup>، قال السرخسي: "وإدخال الألف واللام دليل على أن جميع الولاية في باب النكاح إنما تثبت لمن هو عصابة دون من ليس بعصابة"<sup>2</sup>، وقال الكاساني: "فوض كل نكاح إلى كل عصابة، لأنه قابل الجنس بالجنس، أو بالجمع، فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد"<sup>3</sup>.

ولفظ " إلى " يدل على انتهاء الغاية، مما يقتضي أن النكاح ينتهي إلى العصابات، ولا يمتد إلى غيرهم إلا بدليل آخر<sup>4</sup>.

2- أن الأصل في الأولياء أنهم العصابات، ذلك أن الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين إليهم، فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح، فكانوا هم المحقين بالولاية<sup>5</sup>.

**ثانياً - الرأي الثاني:** إن كل الأقارب تثبت لهم الولاية بالنكاح بما فيهم ذوو الأرحام وهذا قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه<sup>6</sup>.

ومن بين حججه في ذلك :

1- عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكُحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ... ﴾<sup>7</sup>، من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فتثبت ولاية النكاح على العموم، إلا من خصه بدليل<sup>8</sup>.

1 - هذا الخبر أشتهر ذكره في كتب الحنفية "نقلعن" السرخسي، شمس الدين، المرجع السابق، ج.4، ص.219. وقال عنه الحافظ بن حجر العسقلاني لم أجده، "نقلعن" ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحق (عبد الله هاشم اليماني المدني)، ج.2، لا.ط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، ص.62.

2 - السرخسي، شمس الدين، المرجع نفسه، ص.223.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.47.

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين .

6 - المرجع نفسه.

7 - سورة النور، الآية (32).

8 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه.

2- أن للشفقة اعتبارها في ولاية النكاح، وهي كما توجد في قرابة الأب توجد في قرابة الأم، لوجود سببها وهو القرابة<sup>1</sup>، وقال الكاساني: "إن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها، لأن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها"<sup>2</sup>.

### ثالثاً-الرأي المختار :

يتضح مما سبق أن الأدلة التي ساقها الفريقان محتملة فلا دليل قطعي في هذه المسألة من قرآن أو سنة .

فرأي الجمهور وجيه باعتبار أن الولاية قد شرعت في حق المرأة، رفعا لمكانتها وصيانة لعرضها، فلا شك أن الولاية كانت في الإسلام لحفظ الإنسان إذ أن نسب الولد يكون لأبيه لا إلى أمه كما هو معلوم .

ورأى أبي حنيفة وجيه من حيث إثباته الولاية لذو الأرحام كذلك، فالأرحام من القربات، والشفقة والحرص على الزوجة متوفران عند العصابات وهما كذلك عند ذوي الأرحام.

فيمكن الجمع والتوفيق بين هاذين القولين بالأخذ برأي الجمهور ابتداء، وعند عدم العصابات إلى ذوي الأرحام الذكور منهم دون الإناث .

يقول الكاساني في هذا المعنى: "وأما العسوبة وحكم القرابة شرط متقدم ولا شرط ثبوت أصل الولاية، فلا جرم العسوبة تتقدم على ذي الرحم، والأقرب من غير العسوبة يتقدم على الأبعد، ولأن ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية"<sup>3</sup>.

### II -أسباب اللاقرابة :

أولاً - الإمامة ( السلطنة): الإمام في اللغة هو من يأنم به الناس من رئيس أو غيره، ومنه إمام الصلاة، والقرآن إمام المسلمين، وفي قوله عز وجل ﴿... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾<sup>4</sup>. والإمامة : رئاسة المسلمين وهي منصب الإمام<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، شمس الدين، المرجع والموضع السابقين .

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع نفسه .

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

4 - سورة ياسين، الآية (12).

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.27.

أما المعنى الاصطلاحي : جاء في رد المحتار أن المقصود من الإمامة هو: "الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج ، لأنه نائب عن الإمام"<sup>1</sup> .  
أما عبد الكريم زيدان فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: " الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها فهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له " <sup>2</sup> .  
إن ثبوت الولاية في النكاح بسبب الإمامة - السلطنة- من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها، فإنَّ للسلطان ولاية عامّة على الأنفس والأموال، ومن أدلّة ثبوت ولايته في النكاح :

**1 -** حديث عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال:(... فالسلطان وليّ من لا وليّ له )<sup>3</sup>، وهو من أقوى ما يُستدلُّ به على ثبوت ولاية السلطان في النكاح.  
**2 -** قوله ﷺ للرجل الذي أراد نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فأعرض عنها: ( زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ)<sup>4</sup>، فنسب التزويج إلى نفسه ﷺ، والرسول ﷺ هنا يزوّج بمقتضى ولايته العامة، بل هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولهذا ترجم البخاري - رحمه الله تعالى- لهذا الباب بقوله: "باب : السلطان وليّ لقول النبي ﷺ (زَوَّجْنَاكَ مَا بِمَا مَكَ مِنْ الْقُرْآنِ) .

**3 -** قول عمر رضي الله عنه: " لا تَنكحُ العرّةُ إلاّ نَبيّاً وليّاً لها ، أوذي الرّأي من أهلها ، أو السلطان"<sup>5</sup>. ووجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصابة أو من يقوم مقامهم.

### ثانياً-الإسلام:

يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...﴾<sup>6</sup>، وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾<sup>7</sup> .

1 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.154.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.17.

5 - الدارقطني، علي بن عمر، المرجع السابق، ص.155.

6 - سورة الحجرات، الآية (10).

7 - سورة التوبة، الآية (71).

فإذا كان الإسلام يوجد هذه الرابطة، فهل يترتب عليها ثبوت ولاية التزويج لكل مسلم على المرأة المسلمة، بسبب هذه الرابطة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

### 1-الرأي الأول :

ذهب الحنفية، وجمهور الفقهاء على المشهور عندهم، إلى عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الإسلام، واحتجوا لذلك بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانَ وَلِيٍّ مِنْ لَا وَلِيٍّ لَهُ﴾<sup>1</sup>. ووجه الدلالة في هذا الحديث أن ولاية التزويج تثبت للسلطان عند عدم وجود الولي الخاص، وهو الذي تثبت له الولاية بالقرابة أو الملك أو الولاء، لأنهم الذين يتصور منهم التنازع والتشاجر، ومن ثم تأتي ولاية السلطان، أما اشتجار جميع المسلمين فغير ممكن، ومحال أن يأمر رسول الله ﷺ بأمر

محال ، ومن ثم يكون الحديث في ولاية يتصور اشتجارهم ، وعليه فلا تكون ولاية الإسلام سببا تثبت به ولاية التزويج<sup>2</sup>.

### 2-الرأي الثاني :

ذهب المالكية في رواية لهم، ورأى عند الشافعية وكذا الحنابلة، إلى أن الإسلام تثبت به الولاية في الزواج، ومن ثم يصح لكل مسلم أن يزوج المرأة المسلمة، بمقتضى ما بين أهل الإسلام من موالاة، وعندهم فرض كفاية، إذا قام به بعض المسلمين سقط عند الآخرين لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾<sup>3</sup>، إلا أنهم اشتروا لثبوتها، أن لا يوجد للمرأة ولي خاص ولا نوسلطان، فيجوز لها أن تولي رجلا فيزوجها بإذنها. فهذه ضرورة لامفر منها، إذ من يلي أمرها-حينئذ- إن لم يكن أخاها في الإسلام؟، وهذا أكرم لها من تتولاها بنفسها، لما فيه من تكريم النكاح عن شبه السفاح<sup>4</sup>.

قال القاضي أبو محمد المالكي بخصوص الأجنبي المؤمن الذي زوج امرأة مسلمة : "ولاية تزويجه ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم"<sup>5</sup>.

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

2 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.98.

3 - سورة التوبة، الآية(71).

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص.ص.178-180.

5 - الباجي ،سليمان أبو الوليد، المرجع السابق، ص.270.

وقال الرملي بخصوص المرأة التي لم يكن لها ولي: "أجاز بعضهم أن تفوض مع خاطبها أمرها إلى مجتهد عدل فيزوجها منه لأنه محكم وهو كالحاكم"<sup>1</sup>.  
وقال ابن قدامة: "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا نوسلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها".

### 3-الرأي المختار :

عند التأمل في الرأيين والموازنة بينهما، أرى أن الرأي الثاني الذي يقول أن الإسلام تثبت به ولاية الزواج هو الأرجح عن غيره لانسجامه مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده، ويرفع كثير من الحرج والمشقة على الناس في أمور زواجاتهم، وفيه مراعاة

لظروفهم الخاصة، فاشتراط الولي على المرأة الراغبة في الزواج وينعدم عندها الولي الخاص والسلطان، فإنه ههنا يمنع نكاحها بالكلية وهذا لم يجز.

وعلى أهمية سبب الإسلام في ثبوت ولاية الزواج، فينبغي أن لا يترك الأمر دون قيد أو شرط، فعن مالك من رواية أشهب أنه: "نهى تولي رجل نكاح امرأة لم يكن لها ولي بنسب، وقال إذا عمل به ضاعت الفروج"<sup>2</sup>، وعليه نقترح من الضوابط التي تضمن ذلك :

أ- أن يكون هذا النوع من الولاية في مؤخرة الترتيب بعد ولاية السلطان، بأن تُعتمد عند خلو الزمان والمكان من السلطان فقط، وهذا هو مقتضى الحاجة التي ينبني عليها الحكم في هذه الحالة، وإلا لآتى ذلك إلى التضييق على الأمة في أمر فيه بقاء النوع الإنساني على وجه العموم، وهو أمر غير معهود في الشرع الإسلامي .

قال الجويني: "إذا لم يكن لها - المرأة - ولي حاضر، وشغل الزمان عن السلطان، فنعلم قطعاً أن حسم باب النكاح محال في الشريعة، ومن أبدى في ذلك تشككا، فليس

1 - الرملي، بن شهاب الدين، المرجع السابق، ص.224.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع والموضع السابقين.

على بصيرة بوضع الشرع، والمصير إلى سد باب المناكح يضاهاى الذهاب إلى تحريم الاكتساب<sup>1</sup>.

ب- يستثنى من الشرط السابق المرأة التي لاولي لها ويصعب رفع أمرزواجها للسلطان، ولم تضع نفسها في دناءة، أن تولي أمرها رجل عدل مشهود له بالاستقامة، قال الباجي : "وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية يجوز لها ذلك - أي تولية رجل لعقد نكاحها- إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان"<sup>2</sup>.

### ثالثا- الإيضاء :

والوصية بمعنى واحد، ويعني كل منهما : العهد بشئون الأولاد إلى الغير جاء في معجم الرائد من أن الإيضاء هو: جعل الوصي يتصرف في أمرالوصي وماله وعياله بعد موته<sup>3</sup>.

أما المعنى الاصطلاحي للوصية الذي هو أقرب إلى مقصودنا، تعريف الموصلي حيث قال : "الوصية هي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه لقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك"<sup>4</sup>.

فمن حوائج ومصالح ورثة الموصي بعد وفاته هو تزويج بناته، وبهذا يكون قد تعرّض إلى أن الوصية سبب في ولاية التزويج.  
من خلال ما تقدم يتبين أن الموصي - ولي الأمر- يمكن له أن يعهد إلى الموصى، انكاح بناته أو إحداهن بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد النكاح بناء على الوصية على ثلاثة

آراء :

### 1-الرأي الأول :

1 - الجويني، أبو المعالي، غَيْثُ الْأُمَمِ فِي الْإِتِّبَاتِ الظُّلَمِ، تحق (مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد)، ط.1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص.281.

2 - الباجي، سليمان أبو الوليد، المرجع الموضع نفسه .

3 - مسعود جبران، الرائد، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992م، ص.864.

4 - الموصلي، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

ويرى أصحابه عدم ثبوت الولاية في النكاح بالوصية، وهذا مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والشافعية<sup>2</sup>. ومن بين ما تمّ الاحتجاج به :

أ- قول النبي ﷺ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...) <sup>3</sup>، قال أبو بكر الجصاص: "وأما قال أصحابنا أنه لا يجوز للوصي تزويج الصغيرة لمنع النبي ﷺ النكاح بغير ولي، والوصي ليس بولي لها فلا يجوز تزويجها إيّاها" <sup>4</sup>.

ب- قول النبي ﷺ: (النَّكَاحُ لِأَصْبَاتٍ) <sup>5</sup>، يقتضي القصر عليهم، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج، ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم <sup>6</sup>.

ج- قول النبي ﷺ: ( أَيُّمَا أُمْرَأَةٍ تَكَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...) <sup>7</sup>، قال الشافعي: "لم يختلف أحد أنّ الولاية هم العصبية، وأن لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبية، لأنّ الولاية يشبه أن تكون جعلت للعصبية، لما يلحقهم من عار عند عدم الكفاء، والوصي ممن لا عار عليه فيما أصاب غيره من عار" <sup>8</sup>.

إن ثبوت الولاية بالإيصاء يعني نقل الولاية من صاحب الحق فيها شرعا إلى شخص آخر، وهي لا تحتل النقل حال الحياة، فكذا لا تحتمله بعد الوفاة، لأنّها في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالإيصاء، قياسا على حق الحضانة <sup>9</sup>.

## 2-الرأي الثاني :

ويرى أصحابه ثبوت الولاية في النكاح بالإيصاء، وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص. 387- 389.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 50-51.

3 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 77 من هذا البحث .

4 - الجصاص، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.342.

5 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث .

6 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

7 - تمّ تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

8 - الشافعي، محمد بن إدريس، المرجع السابق، ص.52.

9 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.103.

قال المرداوي: "تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نصَّ على التزويج، كالأب ... ويجبر من يجبره الموصي، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>3</sup>. واحتج هؤلاء بأنَّ ولاية النكاح ثابتة للأب، فجازت وصيته بها كولاية المال<sup>4</sup>، إذ إنه بما أودع الله تعالى فيه من الشفقة على أولاده لا يختار لهم إلا من يعلم أنه أشفق عليهم، وأيضا فإنه يجوز له أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته<sup>5</sup>.

### 3-الرأي الثالث :

يرى أصحابه أنه لا تكون الوصية سببا من أسباب ولاية النكاح إلا في حال عدم العصبات، وهي إحدى الروايات عن الإمام أحمد<sup>6</sup>. قال أبو عبد الله بن حامد: "إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك"<sup>7</sup>.

ووجه ذلك عندهم: أنهم اشترطوا لثبوت ولاية النكاح بالوصية شرطا هائما، وهو ألا يكون لها عصبية، فإن كان لها عصبية قُتت هذه العصبية على الوصي، وإن لم يكن لها عصبية قَدَّم الوصي.

### 4-الرأي المختار:

أختار الرأي الثالث الذي يشترط عدم وجود العصبات لثبوت الوصية في الولاية، وذلك للاعتبارات التالية :

- 1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، د.ت، ص.223-224.
- 2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2413.
- 3 - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.1361.
- 4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.354.
- 5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع والموضع السابقين.
- 6 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع والموضع السابقين.
- 7 - المرجع نفسه .

أ- أن أدلة العلماء محتمة، ولادلالة صريحة ولانصّ قطعي في المسألة، فالقول بالوصية على الإطلاق غير دقيق، والقول بعدمها على الإطلاق أيضا غير دقيق، فالتفصيل في ذلك يناسب مرونة الشريعة الإسلامية.

حتى لانخالف الأحاديث الصريحة الدالة على عدم جواز النكاح إلا بولي، وذلك أننا إذا قبلنا بصحة زواج الوصي مع وجود الولي نكون قد عارضنا هذه النصوص .

ب- إنَّ قياس ولاية النكاح على ولاية المال في جواز تعيين الوصي مع وجود الولي قياس مع الفارق المؤثر، فولاية النكاح ليست كالمعاملات المالية من ربح وخسارة ، بل هناك أهداف أخرى قصدها الإسلام من وراء الولاية في النكاح، ومن ذلك دفع العار

الذي قد يلحق عن ذلك بغير كفاء، والشفقة المتحققة في العصابات والأقارب، قد لا تكون متحققة في الوصي ومن غير اللائق تقم الوصي على الولي الحقيقي.

#### رابعا - الكفالة في عقد الزواج :

المراد بالكافل هنا : هو الرجل القائم بأمر مكفولته، التي مات أبوها أو غاب عنها أهلها، ولو أجنبيا لا من يستحق الحضانة شرعا<sup>1</sup>.

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محلّ خلاف، بل لم يقل به سوى المالكية، حيث يرى بعضهم سببا مستقلا تستحق به الولاية، قال الدسوقي: "البنت إذا مات أبوها أو غاب أهلها وكفلها رجل حتى بلغت عنده، فإنه تثبت له الولاية عليها ويؤججها بإذنها"<sup>2</sup>، وبعضهم يعتبرها من جنس الولاية العامة : وهي ولاية لكل مسلم، بسبب الإسلام<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو كانت هذه البنت كفلتها امرأة، فهل تثبت للكافلة الولاية؟، قال الدسوقي: "وأشعر إتيان المصنف بالوصف مذكرا- الكافل- أن المرأة الكافلة لا ولاية لها وهو المذهب، وقيل لها ولاية لكنها لاتباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها"<sup>4</sup>.

1 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.181.

2 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.225.

3 - الخرخشي، محمد أبو عبد الله، المرجع الموضع نفسه .

4 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

إنَّ شروط استحقاق الكافل الولاية في النكاح تتعلق بزمن الكفالة وبالمكفولة وبالكافل نفسه .

أمَّا زمن الكفالة : قال الخرشي: " قال بعض الموثقين عشرة أعوام، وقال محمد صالح أربعة أعوام وذلك أقل كفالة، وقال أبو الحسن لأحدلها وأما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأنَّ ذلك يورث عقد له نكاحها"<sup>1</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالمكفولة: فظاهرها شرط الدناءة كما نصَّ عليه خليل في مختصره<sup>2</sup>،

وقيل لايشترط في ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة<sup>3</sup>.  
وأمَّا مايتعلَّق بالكافل نفسه فاستحقاقه لولاية مكفولته يأتي بعد عصابات النسب، والولاء بالعتق، والذي يأتي بعده ولاية الحاكم، كما هو ظاهر مختصر خليل.  
إلاَّ أنَّ ظاهر المذهب أنَّ هذا ليس بشرط، إذا لم يكن لها وليٌّ مجبر، وذلك على ماشتهر من المذهب أنَّ الترتيب بين الأولياء غير المجبرين على الاستحباب، لاعلى الوجوب<sup>4</sup>.

والراجح عندي أنَّ الكافل لاتثبت له ولاية النكاح مع وجود وليّ نسب، أو ولاء بالعتق، أو سلطان، أو من يقيمونه مقامهم، أمَّا مع عدم وجود أولئك فله وجه نظر للحاجة والضرورة، فتكون له ولاية عامة بالإسلام، بل أولى من مجرد وليّها في الإسلام، إذ هو كافل ومسلم في نفس الوقت .

#### خامسا- الوكالة في عقد النكاح :

**الوكالة في اللغة :** هي أن يعهد شخص إلى غيره بأن يعمل له عملا، والذي يقوم بهذا العمل يسمى وكيلًا، وورد لفظ الوكيل بمعنى الحافظ<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿... وَقَالُوا حَسْبُنَا

1 - المرجع نفسه.

2 - خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لاط، دار الفكر، لام، 1981م، ص.113.

3 - السوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع السابقين .

4 - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص. 176-177.

5 - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.1055.

اللهُ وَذِعْمَ الْوَكِيلُ<sup>1</sup> ، أَمَّا فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ خَبِرًا عَنْ سَيِّدِنَا هُودِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ...﴾<sup>2</sup> ، أَيِ إِنِّي لَجَأْتُ إِلَى اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْهِ<sup>3</sup>.

**الوكيل في الاصطلاح :** التوكيل هو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل<sup>4</sup>.

من القواعد المقررة أنَّ من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة<sup>5</sup> ، فالوكالة عقد شرعي بين الوكيل ومن وكَّله<sup>6</sup> ، وبهذا فهي نوع من الولاية لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل<sup>7</sup> كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه<sup>8</sup> ، وليست سبباً من أسباب ثبوت الولاية، لأنَّ الوكيل لم تكن له هذه الوكالة بالشرع دون واسطة كالأسباب التي ذكرتها سابقاً، وإنما استمدها من موكله باختياره .

والذي يهمننا في هذا البحث هو وكيل الولي الذي استتابه الولي في تزويج مولدته في حياته، فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرت الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي من الإيجاب أو عدمه<sup>9</sup>.

**أولاً : صحة التوكيل بالزواج :**

يرى الجمهور غير الحنفية أنه لا يصح للمرأة التوكيل، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه، لكن يجوز لولي المرأة والزوج، كما يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً، فالمقيد: هو التوكيل في تزويج رجل بعينه، أو مهر محدد، والمطلق: هو التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء<sup>10</sup>.

1 - سورة آل عمران، الآية (173).

2 - سورة هود، الآية (56).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.21.

4 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.426.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.131.

6 - عوض بن رجا، العوفي، المرجع نفسه، ص.181.

7 - ابن عابدين، محمد أمين، المرجع السابق، ج.4، ص.221.

8 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.219.

9 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2411.

10 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.220.

قال بن جزى: "يجوز للولي أن يوكل من يعقد النكاح بعد تعيين الزوج، وللزوج أيضا أن يوكل من يعقد عنه،...، ويصح توكيل الكافر، والصبي، والعبد، والمرأة، على المشهور"<sup>1</sup>.

وقال الماوردي: "يجوز التوكيل من الولي والزوج،...، ويشترط في وكيل الولي أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فإن لم يكن كذلك لم يجز وكانت وكالته باطلة، وأما توكيل الزوج وإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من صح منه قبول النكاح في نفسه، بأن يكون ذكرا بالغا عاقلا، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها، لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصح أن يقبلاه لغيرهما، فأما المرأة، والصبي، والمجنون فلا يصح"<sup>2</sup>.

وقال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل مطلقا ومقيّدا،..، قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يوكل على أخته وابنته يقول للوكيل إذا وجدت من ترضاه فزوجها، فتزوجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح"<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغا أي بالغا عاقلا حرا<sup>4</sup>.

قال الكاساني: " فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا، لأن العقل من شرائط الأهلية"<sup>5</sup>.

### ثانيا: مدى صلاحية الوكيل :

تتحدد صلاحية الوكيل بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل .

**1- الوكالة المقيدة :** إذا تقيّد الوكيل بما قيده الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل، وإن خالفه لخير الموكل نفذ العقد كذلك، لكن إن خالف الوكيل القيد توقف عند الحنفية

1 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.336.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص. 113-114.

3 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.353.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع والموضع السابقين .

5 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ج.7، ص.427.

والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة<sup>1</sup>.

2- **الوكالة المطلقة** : بأن لا يذكر الموكل فيه قيودا للوكيل، لافي الشخص، ولا في المهر، ولا فيهما معا، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل؟.

أ - **مذهب الحنفية** : وقد اختلف أئمة الحنفية فيها على النحو التالي :

- **الموكل هو الزوج** :

فرأي أبو حنيفة: فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة، ولا بمهر المثل، إذ لا دليل يوجبه للتقيد، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب، لأنّه

يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب، فيكون ذلك مرغبا له فيهن<sup>2</sup>.

ورأي الصحابان: أنه يتقيد، لأنّ لفظ التوكيل وإن كان مطلقا فهو مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة، كما أنّ الإطلاق في المهر يفسر بمهر المثل لأنّ العرف يقيد.

قال بن الهمام: " إذا أمره غيره بتزويجه، فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه جاز عنده -أبي حنيفة- خلافا لهما- الصحابان-، حيث لهما -أي الصحابان- أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء، لأنّ كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة، فكانت الاستعانة - بالوكيل - في التزوج بالمكافئة<sup>3</sup>.

- **الموكل هو ولي المرأة** :

إذا كان الولي يملك التزويج بغير كفاء وبأقل المهر كالأب والجد، فالوكيل يملك التزويج من غير الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة، لأنّ الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فهو على قدر سلطانه، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل، فبالاتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما<sup>4</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.222.

2 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.133.

3 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.432.

4 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.134.

- **الموكِّل هو المرأة البالغة العاقلة:** إذا وكت ولها ولي عاصب، فإنَّ الوكيل مقيد بالكفء لأنَّ تزويجها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح، وإن لم يكن لها ولي عاصب، فالظاهر أنَّ أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة دون المهر<sup>1</sup>، قال ابن الهمام: "ولوزَّج وكيل المرأة غير كفء قيل هو على خلاف وقيل الصحيح أنَّه لا يجوز اتفاقاً، والفرق لأبي حنيفة أنَّ المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فأثَّه لا يعبره أحد بعدم كفاءتها له لأنَّه مستقرش واطئ، لا يغيظه دناءة الفراش"<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للكفاءة، أمَّا بالنسبة للمهر فإنَّ الصاحبين يريان: أنَّ الوكيل هناك ما يقيد به، وهو العرف، وأنَّ الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة، وهي تكون بالزواج بمهر المثل<sup>3</sup>.

**ب- باقي المذاهب الثلاثة:** أنَّه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحساناً، لأنَّ الإطلاق مقيد عرفاً وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا زوَّج الوكيل الرجل-موكِّله- بامرأة ملائمة له، كان الزواج نافذاً على الموكِّل، وإن زوجه بامرأة مجنونة مثلاً، توقف العقد على إجازة الموكِّل- الزوج- عند المالكية، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات، ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

### خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تمَّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 الولي ركناً من أركان عقد الزواج، لكن إذا تم الزواج بدونه فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما لم يقله فقيه أو أي اجتهاد فقهي، لأن انعدام الركن عند الفقهاء يجعل العقد باطلاً سواء قبل الدخول أو بعده .

كف المشرع الجزائري مركز الولي في الأمر رقم 02/05 على أساس شرط صحة في زواج القصر من الصغار ذكورا وإناثا والمجانين ولو كبارا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء، إلا أنَّه خالفهم عندما أسقط حق الفسخ بعد الدخول في حالة غياب الولي وجعل

1 - المرجع نفسه.

2 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع نفسه، ص.433.

3 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع نفسه.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.223.

العقد يستمر صحيحا بصداق المثل، ودون أن يتأكد من وجود حمل أو ولد كما قال بذلك الحنفية .

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يعتبر الولي شرط في صحة زواجها لأنه منح لها حق اختيار الولي، مما يخالف فيه رأي جمهور الفقهاء، إلا أنه يوافق رأي الحنفية على أساس أن لها الحق في عقد زواجها بنفسها.

ولكن بالمقابل يقرّون الحنفية بحق اعتراض الولي على عقد زواجها إذا لم يكن الزوج كفؤا وبأقل صدق المثل، هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده .

على الرغم من أهمية الشروط الواجب توفرها في الولي حتى تثبت له ولاية التزويج لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة، بينما اتفق الفقهاء على الشروط : اتحاد الدين بين الولي والمولي عليه، البلوغ والعقل والحرية واختلفوا ما وراء ذلك على الذكورة، فعند جمهور الفقهاء لزوم أن يكون الولي ذكرا حتى تثبت له ولاية التزويج، بينما الحنفية لا يشترطون ذلك، أما بالنسبة لشرط العدالة يرى الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل في الظاهر من مذهبهما لا ولاية للفاسق، بينما المذهب المالكي والحنفي في المشهور عندهم لا يعتبرونها شرطا في ثبوت ولاية التزويج.

أضاف المالكية شرط خلو الولي من الإحرام وعدم الإكراه لتثبت للولي ولاية التزويج، وعند الشافعية عارض الحجر بالإفلاس لا يمنع ثبوت ولاية التزويج، وعند الحنابلة والشافعية على الأصح ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما .

لا يعتد المشرع الجزائري بتزويج عديمي الأهلية أو ناقصيها بصفة عامة سواء قبل التعديل أو بعده، إلا إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي فهو يعتبر أن الجنون والصغر أساس لثبوت ولاية التزويج عليهم ضمنا.

بالنسبة للمرأة الراشدة قبل التعديل اعتبر المشرع الجزائري الأنوثة أساسا لثبوت ولاية التزويج عليها باعتبار أن عقد زواجها يتم بوليها، ولكن بعد التعديل أصبحت تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها- الأب- ولكن في نفس الوقت خيها في اختيار الولي

الذي تراه مناسبة لها وهو موقف غامض يتعذر معه معرفة الأساس الذي اعتمده في ثبوت ولاية التزويج عليها.

ينفق الفقهاء على صحة زواج عديمي الأهلية وناقصيها وبالتالي يعتبرون كل من الجنون والصغر أساس ثبوت ولاية التزويج، بينما اختلفوا في ثبوتها على المرأة البالغة العاقلة، فجمهور الفقهاء يشترطون الولاية في إنكاحها فهم يرون أن الأنوثة أساسا لثبوت هذه الولاية بينما الأحناف لا يشترطون ذلك ولا يعتبرون الأنوثة أساسا لثبوتها، بل مادامت بالغة عاقلة فلها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكنهم في نفس الوقت أعطوا للولي حق الاعتراض في حالة الزواج بغير الكفاء وبأقل صدق المثل .

اعتبر المشرع الجزائري قرابة الأولين والقضاء والوكالة أسبابا لثبوت ولاية التزويج على المولي عليه كبيرا أم صغيرا، ذكرا أم أنثى، لكن بعد التعديل ألغى المادة (20) من قانون الأسرة التي كانت تحدد أحكام الوكالة الخاصة في التزويج، وأبقى على القرابة والقضاء وجعل منهما سببين لثبوت الولاية على القصر فقط.

أما فيما يخص أسباب ثبوت الولاية على المرأة الراشدة، استبعد المشرع الجزائري سبب القضاء وأفرغ سبب القرابة من مضمونه واستبدله بسبب الاختيار من قبلها .  
لم يحدد المشرع الجزائري فئة الأقارب الأولين قبل التعديل وبعده وكذا فئة الأقارب بعد التعديل .

كما أن الإيضاء والكفالة لم يذكرهما كأسباب لثبوت ولاية التزويج وإنما أورد ذكرهما في باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة .

يعتبر الفقهاء السبب تلك الرابطة التي توجد بين الولي والمولي عليه، فلا تثبت ولاية التزويج للمولي عليه إلا بوجود هذه الرابطة، والتي تنوعت عندهم و حددوا لكل منها أحكاما مفصلة، ومن بين هذه الأسباب القرابة بنوعها، قرابة العصباء و قرابة ذوي الأرحام، الإمامة بما فيها القضاء، الإسلام، الإيضاء، الكفالة، الوكالة، لكن موقف المشرع الجزائري من هذه الأسباب غير واضح، وذلك بعدم ضبطه لأحكامها ضمن أحكام ولاية التزويج، إلا أنه جعل المخرج عندما يثور حولها النزاع باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني

# الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها

بعدها تناولت في الفصل الأول، تكييف الولي في عقد الزواج، والشروط الواجب توفرها فيه حتى تثبت له ولاية التزويج، ثم معرفة أساس ثبوت هذه الولاية على المولي عليه، وتحديد الأسباب التي تربط المولي عليه بالولي، وقد تمت هذه الدراسة من وجهة نظر قانونية وشرعية .

فإذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق من وجود شروط وأساس وأسباب، فإنّ الولي يختص بها دون غيره، وترتب آثارا معينة، تتصل بحقه في النظر والتصرف في شؤون زواج المولي عليه، وكذا دوره في عقد الزواج من حيث توليه والإشراف عليه. هذا الاختصاص لا يرتفع عن الولي إلا إذا وجد سبب ينهي الولاية بالنسبة إليه، وبالتالي تنتقل عنه إلى غيره من الأولياء، وهذا الغير يختلف من سبب إلى آخ.

وعليه فإنني من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على آثار ولاية التزويج والتي أبرز من خلالها ولايتي الإجبار الاختيار وكذا الصلاحيات والسلطات الممنوحة للولي في عقد الزواج .

ونتعرف كذلك على حالات انتهاء ولاية التزويج والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق للولي عنه، وانتقالها إلى من يليه من الأولياء، وهذا من وجهة نظر قانونية وشرعية.

هذا ما سوف أحاول تسليط الضوء عليه، من خلال دراسة المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: آثار ولاية التزويج.

المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج.

## المبحث الأول

### آثار ولاية التزويج

إذا ثبتت ولاية التزويج على النحو السابق بوجود الولي وشروطه و المولي عليه والعلاقة السببية بينهما مع مراعاة أساس وأسباب ثبوت الولاية، فإنها ترتب آثاراً معينة، بعضها تتصل بحق الولي في النظر والتصرف في زواج المولي عليه، والبعض الآخر يتصل بدور الولي في عقد الزواج من حيث السلطات والصلاحيات وحدود تطبيقها، وليبيان هذه الآثار أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النظر في شؤون المولي عليه.

المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج.

## المطلب الأول

### النظر في زواج المولي عليه

إنَّ النظر في زواج المولي عليه إنما ثبت بناءً على ثبوت الحق للولي، وهو لم يثبت له إلا بوجود أسباب الولاية، واستعمال الولي للنظر في شئون المولي عليه يتخذ صورتين:

**الأولى:** يكون ما يؤدي إليه النظر ملزماً للمولي عليه، أو جبراً عنه.

**الثانية:** يكون النظر في زواج للمولي عليه غير ملزم له إلا برضاه وموافقته، ولبيان أثر الولاية والأحكام المتعلقة بها في الصورتين، أعرض لكل منها في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول : ولاية الإجماع

لقد بينت في الفصل التمهيدي المقصود بولاية الإجماع، وهو أنَّ الولي يستقلَّ فيها بإنشاء عقد الزواج على المولي عليه، ويكون العقد نافذاً عليه من غير توقّف على رضاه واختياره، ويعني ذلك أنَّ الولي يكون له الحق في أن يزوّج من تحت ولايته بمن شاء سواء رضي المولي عليه أو لم يرض، فما يؤثّيه النظر في زواج المولي عليه يكون ملزماً له. فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع؟، وما هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة فيها؟.

#### I - ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة(13) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنَّ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وهذا موقف الظاهر منه منع ولاية الإجماع على المولي عليها كبيرة أو صغيرة.

لأنَّ عبارة "من في ولايته" عامة وهي تحتمل المرأة الراشدة بكرة أو ثيباً، كما تحتمل القاصرة بكرة أو ثيباً، خاصة وأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة كما جاء في نص في المادة(11) من نفس القانون: "يتولّى زواج المرأة ولّيها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن باب أولى أنه يتولى زواج القاصرة إذا رخص القاضي لها بالزواج للمصلحة أو الضرورة كما نصت المادة(7) .

أما بعد التعديل نصت نفس المادة من الأمر 02/05 على: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك يكون قد منع ولاية الإجماع على القاصرة. أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا تخضع لنظام ولاية الجبر ولا غيره باعتبار أنها تعقد زواجها بنفسها ولها حرية اختيار الولي من غير الأب كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة (11) .

## II - ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي :

يتفق الفقهاء على ثبوت هذا الحق للولي، لكنهم اختلفوا في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق، وكذلك في المولي عليه الذي يثبت عليه هذا الحق. وأعرض لبيان ذلك فيما يأتي :

**أولاً: الولي الذي له حق الإجماع :**

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجماع تثبت للأب، ومن ثم يجوز له جبر من في ولايته على الزواج بمن يريد هو، دون توقّف ذلك على رضا المولي عليه .

فقد جاء في المغني لابن قدامة نقل الإجماع في ذلك عن ابن المنذر قال: "أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء ويجوز مع كراهيتها وامتناعها"<sup>1</sup>، ثم عرض بعد ذلك اختلاف الفقهاء في غير الأب<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "لا خلاف في أن للأب والجد - الجد العصبي (الصحيح) - ولاية الإنكاح، إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة، أنهما قالوا: ليس لهما ولاية التزويج"<sup>3</sup>. فجعل الجد كالأب في ثبوت ولاية التزويج وأن ذلك محل إتفاق بين الفقهاء، وهي مسألة فيها نظر، سيأتي عرض آراء الفقهاء فيها بين مثبت له هذه الولاية، وبين ناف لها عنه<sup>4</sup>.

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.379.

2 - المرجع نفسه، ص.ص.380-382.

3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.352.

4 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.109.

واختلفوا في ثبوت هذه الولاية لغير الأب، من باقي الأقارب وغيرهم، على ثلاثة آراء:

**1- الرأي الأول:** ويرى أصحابه ثبوت هذه الولاية لجميع الأولياء من العصابات، والإمام الحاكم أو نائبه. وممن قال بهذا الرأي: الحنفية<sup>1</sup>. غير أنه يلاحظ عنهم وإن أطلقوا في إعطاء الحق في الجبر لكل الأولياء، إلا أنهم قيّدوه بقيود نذكرها فيما بعد. واحتجوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾<sup>2</sup>. فالخطاب هنا عام لكل الأولياء إلا ما خصّه الدليل، وهو قوله ﷺ: (النَّكَاحُ إِلَى الْعِبَاتِ)<sup>3</sup>، فقد قصر النكاح على العصابات، ومن ثم يكون مخصّصاً لعموم الآية السابقة.

قال ابن الهمام: "زوّج رسول الله ﷺ أمانة بنت عمه حمزة ؓ، من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة، وأما زوّجها بالعصوية لا بولاية ثبتت بالنبوة، لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد إلا عنه، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه ﷺ سأله عن تزوّجه فذكر أنها تيب فقال هلا بكرا"<sup>4</sup>. فتزويج النبي ﷺ لأمانة وهي صغيرة باعتباره ابن عم لها، يدل على ثبوت ولاية الجبر لكل العصابات، لأن أبناء العم هم في الترتيب الأخير للعصابات، فإذا جاز لهم ولاية النكاح جبراً على الصغار، فجوازها لمن هم أقرب من باب أولى. غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في ثبوت الولاية لبقية الأقارب من غير العصابات، ونقصد بذلك ذوي الأرحام.

فذهب جمهورهم إلى ثبوت الولاية لهم وقوفاً عند عموم الآية السابقة، وأيضاً وقوفاً عند سبب ثبوت الولاية، فإنه مطلق القرابة وذاتها، الحاملة على الشفقة في حق القريب داعية إليها، وهي موجودة في كل الأقارب ولا وجه لاختصاص العصابات بها، ومن ثم فقد وجد السبب فتثبت الولاية لهم، وأما العصوية وقرب القرابة شرط للتقم لا شرط لثبوت

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع نفسه، ص.356.

2 - سورة النور، الآية (32).

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 104 من هذا البحث.

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.406.

أصل الولاية لهم، فلا جرم أن العصبية تتقدم على ذوي الأرحام، والأقرب من غير العصبية يتقدم على الأبعد، بل إن الأقرب من العصبية يتقدم على من هو أبعد منه، ومن ثم لم نقل إن قرب الأقرب مانع من ثبوت الولاية للأبعد، بل إن الأقرب مقدم فقط.

هذا فضلاً عن أن ولاية النكاح مترتبة على حسب استحقاق الميراث، لاتحاد سبب ثبوتها، وهوالقربة، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية، وذوي الأرحام مستحقون للميراث، فثبتت لهم الولاية.

وذهب أبو يوسف محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة، غير أنها ليست مشهورة، والمشهورة عنه الراوية الأولى التي سبق ذكرها، وذهبوا إلى أن الولاية هنا قاصرة على العصبية، ولا تشمل ذوي الأرحام .

فبالإضافة إلى أن الحديث السابق الذي قصر الولاية على العصبية، فإنهم الأصل في الولاية، ذلك أنهم إليهم الرأي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار والشين، فناسب ذلك كله أن يكون إليهم النظر والتأمل في أمر النكاح الذي يمكن أن يتم إلحاق العار عن طريقه، وذلك من خلال ثبوت الولاية لهم فقط<sup>1</sup>.

أما السلطان ونائبه وهو القاضي، فثبتت له ولاية الجبر لأنه نائب عن جماعة المسلمين للحديث الشريف (...السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَأَوْلِيَّ لَهُ) <sup>2</sup> .

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن ولاية الجبر لا تثبت إلا للأب والجد فقط دون غيرهما لكمال شفقتهم، وقال بهذا الرأي: الشافعية في ظاهر المذهب المشهور بالنسبة للجد<sup>3</sup>. واحتجوا بأن ولاية الأب ثابتة بالأدلة السابقة، وأما الجد فهو في معناه، إذ له ولادة وعصوية، كما أنه كالأب في ولاية المال وفي وجوب النفقة وحصول العتق، فيكون مثله في ثبوت الولاية الجبرية<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع والموضع السابقين.

2 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث .

3 - الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، تحق ( علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، ج.7، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ص.ص. 537-538.

4 - المرجع والموضع نفسه.

وأما عدم ثبوت ولاية الجبر لغير الأب والجد من بقية الأولياء، قال الماوردي: "دليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، فرد رسول الله ﷺ نكاحه، فقال: إني عمها ووصي أبيها، فقال رسول الله ﷺ: إنها يتيمة، وأنها لا تزوج إلا بإذنها"<sup>1</sup>. فوجه الدلالة:

أن ولاية الإجماع لم تثبت للعم، ولو ثبتت لما رد رسول الله ﷺ النكاح، لصحته حينئذ، ولكن لما رد، طمأن العم لم تكن له ولاية التزويج في هذه الحالة.

### 3- الرأي الثالث :

ويرى أصحابه أن ولاية الإجماع لا تكون إلا للأب ووصية فقط، ومن ثم فهم لا يثبتونها للجد، ولا لبقية الأقارب عصابة كانوا أو ذوي أرحام .

وقال بهذا الرأي، المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، وإن كان بين فقهاء المذهبين خلاف في تقييد سلطة الوصي وإطلاقها، فيرى المالكية أن الأب إذا عني له الزوج فإنه يزوجه جبراً، وكذلك لو كان عقد الوصية متضمناً إعطاء الوصي الحق في الجبر، ومع هذا فإن الجبر للوصي مقيد أيضاً بأن يكون المهر مهر مثلها، وأن يحسن اختيار الزوج إن لم يعينه الأب، فليس هو كالأب في كل حال .

وأما إذا لم يعين له الزوج أو لم يأمره بالجبر، فينظر إن كان عقد الوصية نص صراحة على التزويج فقد اختلفت المالكية في ذلك والراجح الجبر، كما إذا قال له أنت وصي على بناتي، وأما إذا قال أنت وصي فقط وما في معناه فلا جبر اتفاقاً<sup>4</sup>. ويرى الحنابلة تقييد ذلك بوجود نص على التزويج، ولزم بلوغ اليتيمة سن تسع سنوات، أي سن البلوغ<sup>5</sup>.

واحتجوا لما ذهبوا إليه بالحديث الذي سبق ذكره في أدلة الشافعية ومن وافقهم، ووجهه أن رد رسول الله ﷺ لإنكاح قدامة بن مظعون أخيه يدل على أن العصابات لاحق

1 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.54.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.223-224.

3 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2402.

4 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع والموضع نفسه .

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع نفسه، ص.2400.

لهم في الإنكاح الذي يتم بالجبر، ولا وجه لجعل الجد كالأب، ذلك أن هناك فروقاً كبيرة بينهما.

فقد قال ابن قدامة: "ولأنَّ الجدَّ يلي بولاية غيره، فأشبهه سائر العصابات، وفارق الأب، فإنَّه يدلي بغير واسطة، ويُسقط الأخوة، والجد، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي، في زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين"<sup>1</sup>.

هذا فضلاً على أنَّ الأب كامل الشفقة ووافر الإيثار على أولاده، وهذا المعنى غير متحقق في بقية الأولياء.

وأما الوصيَّ فإن إقامة الأب مقامه في التزويج ورضاه به، ليس له معنى إلاَّ أنه جعله كنفسه، وإلاَّ فإنه لا يرضى لأولاده إلاَّ ما يراه محققاً لمصلحتهم، فكان الوصي كالأب في هذه الحالة، مع التقيد بالقيود السابق ذكرها<sup>2</sup>، وهو نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه عند الوفاة<sup>3</sup>.

#### ثانياً - ترتيب الأولياء المُجبرين:

إن ترتيب الأولياء في ولاية الإجماع عند المالكة والحنابلة يُقدَّم فيها الأب فالوصي، وعند الشافعية يُقدَّم فيها الأب فالجد حيث لا تنتقل الولاية إلى الثاني إلا في عدم وجود الأول، أما بالنسبة للأحناف فترتيب الأولياء عندهم يكون على النحو التالي: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان. وفق الترتيب المفصّل التالي على الجهات الأربع:

1- الابن وابنه وإن نزل.

2- الأب وأبوه وإن علا.

3- الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

4- العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

فإن اجتمع عاصبان من جهة عاصبان في جهة واحدة، فيُقدَّم أقربهما درجة للمولي عليه، وإن تساويا في الدرجة قُدِّم الأقوى قرابة، فلو اجتمع أخوان فالشقيق يُقدَّم على الذي

1 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.383.

2- إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.114.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.203.

لأب، لأنه وإن ساواه في الدرجة، فهو أقوى منه في القرابة، وإن تساويا في كل ذلك ثبتت الولاية الكاملة لكل منهما، فأيهما زوج صح<sup>1</sup>.

وإذا لم يوجد للمولي عليه أحد من العصابات السابق ذكرهم، فإن الولاية تكون للسلطان على رأي الصحابين، وقال أبو حنيفة إن الولاية تكون لبقية الأقارب من ذوي الأرحام قَدَّم الأقرب فالأقرب، للأُم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من

الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدّم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدّم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحيمي (غير الصحيح) وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.  
ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.  
ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهم .

فإن لم يوجد أحد من نوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم وهو القاضي في الوقت الحاضر<sup>2</sup>.

### ثالثاً - المولي عليه في ولاية الإيجاب:

إنّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب على المولي عليه ترجع أساساً إلى أنّه غير قادر على تقدير مصلحته في هذه الحال التي هو عليها، وهذا يرجع إلى أمور كثيرة، إما إلى فقدته للأهلية كالمجنون، أو كونه ناقصها كالصبي، أو وجود البكارة عند المرأة. ويتبنّى كل مذهب فقهي علة من هذه العلى أو أكثر ويجعله مناط الحكم، ويهمل علة أخرى لا يراه صالحة لأن تكون مناطاً للحكم، ومن هنا وجد الاختلاف بين الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجاب، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة آراء:

#### 1- الرأي الأول:

ويرى أصحابه أن ولاية الإيجاب تثبت على فاقد الأهلية وناقصيها، وبناءً على ذلك تثبت هذه الولاية على غير المميز من الصبيان، ذكوراً وإناثاً، وعلى المجانين ذكوراً

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 114.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 200.

وأناذاً، وذلك لفقد الأهلية عندهم، وتثبت كذلك على المميز من الصبيان ذكوراً وإناذاً - يستوي في الصبية أن تكون بكرًا أو ثيباً- ، وعلى المعتوهين<sup>1</sup> ذكوراً وإناذاً، وذلك لنقص الأهلية عندهم، وقال بهذا الرأي: الحنفية<sup>2</sup>.

واستدلوا لذلك بأحاديث كثيرة منها:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَضَاعِهِنَّ)، قالت: قلت: يارسول الله إِنَّهِنَّ يَسْتَحْيِينَ، قال: (الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَاهَا)<sup>3</sup>، ووجه الدلالة من الحديث:

لزوم إذن المولّي عليها في النكاح و رضاها به، وهذا الرضا قد يعرّ عنه صراحة أو دلالة، وإنما كان كذلك لصحة عبارتها بوجود عقلها الكامل، أما حيث لا يوجد العقل أو يوجد ويكون غير كامل فلا معنى للإذن، إذ لا اعتبار لما يدلّ على الرضا في هذه الحالة، فثبت بذلك أن فاقد العقل و ناقصه يثبت عليه ولاية الإيجاب . وهذا ما يُوَكِّد الروايات الكثيرة التي ثبت فيها ردّ رسول الله ﷺ لعقود أنكحة تمت دون رضا المرأة بعد بلوغها<sup>4</sup>.

1- العته: آفة توجب خلا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، ومن أهل العلم لا يفرق بين العته والجنون ويعتبر أن المعتوه هو المجنون المصاب بعقله "تقلاعن" عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.ص.126-127.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

3 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.192. الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه، منها: (قالت عائشة رضي الله عنها: « يارسول الله: إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها». متفق عليه)، صحيح أخرجه البخاري (3/430 و 4/336-342، 337-343) ومسلم (4/141) وكذا النسائي (2/78)...، واللفظ للبخاري في رواية، ولفظ مسلم قالت: « سألت رسول الله ﷺ ع الجارية يُنكحها أهلها أتستأمر أم لا؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، فقالت عائشة: فقلت له: فإنها تستحيي، فقال رسول الله ﷺ: فذلك إننها إذا سكتت»، وهو رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى). ناصرالدين الألباني، المرجع السابق، ص.235).

4 - ابن الهمام، كمال الدين محمد، المرجع السابق، ص.395.

ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنَّ جارية بكَرا أتت النَّبِيَّ ﷺ، فذكرتُ أنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"، إسناده صحيح<sup>1</sup>.

ومن كلِّ ما تقدّم ذهب الحنفيّة ومن وافقهم إلى أنَّ العلة في ثبوت ولاية الإيجاب هي عدم العقل أو نقصانه، ووجود العلة على هذا النحو يمنع من اتصف بها من التصرف في حق نفسه، لعدم قدرته على التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيحتاج إلى من يكون نائباً عنه في ذلك، والنائب هنا هو الولي، وتصرفه يرجع إليه جبراً. وجمهور الحنفيّة لا يفرقون في الجنون بين كونه أصلياً، أو طارئاً، قال الكاساني: "أصل ولاية الإيجاب تدور مع الجنون وجوداً وعدماً، سواء كان الجنون أصلياً، بأن بلغ مجنوناً، أو عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا"<sup>2</sup>.

غير أن زفر الحنفي قال: "إذا طرأ الجنون لم يجز للمولي التزويج، وعلى هذا يبتنى أنَّ الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا"<sup>3</sup>، فهو يرى أنَّ الجنون إذا كان طارئاً لم يجز للولي التزويج، وبناءً على هذا الرأي، فلا تثبت ولاية الإيجاب على البالغة العاقلة، بكَرا كانت أو ثيباً.

## 2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإيجاب بوجود أحد العنصرين التاليين أو معاً:

أ- فقد الأهلية أو نقصها.

ب- وجود البكارة.

واجتماع العنصرين أو إنفراد أحدهما هو مؤدٍ إلى ثبوت ولاية الإيجاب، لأنّه إذا استقلّ العنصر الواحد منهما بالحكم، كان كل واحد منهما علةً مستقلة، فإن اجتماعاً ترتّب

1 - سليمان أبو داود، السجستاني، سنن أبي داود، تحق (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قريلي)، ج.3، ط.خ، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009م، ص.436.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.358.

3 - المرجع نفسه.

الحكم، وإن انفردا ترتب الحكم أيضا، وعليه فإن كل واحد منهما صالح للاستقلال بالحكم<sup>1</sup>. وقال بهذا الرأي: المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>.

واستدلوا لذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النقبلي رضي الله عنه (التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ أَوْ مِنْ وَلِيِّهِ أَوْ وَالِدِهِ أَوْ تَسْتَأْذِنُ وَإِنْذِهِ أَوْ صُلَاتُهُ أَوْ) <sup>4</sup>.

فمعنى التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا: أنه ليس لوليها إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، ووجه كونها أَحَقُّ مِنْهُ بِهِ: أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته التَّيِّبُ عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فلما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، عُلِمَ أَنَّ وَلِيَّ الْبِكْرِ أَحَقُّ بِهَا مِنْ نَفْسِهَا، ويكون الاستئذان في الحديث محمولاً على الاستحباب استطباً لنفسها، لأن لو حمل على الوجوب لصارت أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا كالتَّيِّبِ وهذا يخالف مقتضى العطف، ومن ثم يكون للولي جبرها على النكاح.

وإذا ثبت جبر البكر البالغة، فثبت جبر الصغيرة والصغير من باب أولى، ذلك أن العلة فيهما مجمع عليها في كونها مؤثرة في الحكم وهو ثبوت ولاية الإجماع. وعلى هذا فالعلة عند المالكية والحنابلة في ثبوت ولاية الإجماع هي البكارة، أو الصغر، ويكون الحكم منوطاً بأيهما، أو بهما معاً، وبناء على ذلك تثبت ولاية الإجماع على الصغير والصغيرة، بكراً أو ثيباً، وبالبالغة العاقلة البكر، والمجنون والمجنونة، بكراً أو ثيباً، لأنهما في معنى الصغير والصغيرة في ترتيب الأحكام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004م، ص.71.

<sup>2</sup> - الحطّاب، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> - البُهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2399-2401.

<sup>4</sup> - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.641.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.116.

والثيب عند المالكية هي من زالت بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، أما إذا زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها على الأرجح، أو عارض آخر كتقدم في السن أو صدمة أو غير ذلك فإنها بكر، وللولي عليها الجبر<sup>1</sup>.

والثيب عند الحنابلة هي من وطئت ولو بزنا، وإن عادت البكارة لم يزل حكم الثيوبية، أما من زالت بكارتها بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة أو سقوط شاهق فلها حكم البكر، فأشبهت من لم تزل عذرتها<sup>2</sup>.

لكن هناك من الحالات من تكون لها البكارة ويرفع عنها الجبر، كالبكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيها بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف، والبكر البالغة التي عضلها أبوها أو وصيها بأن منعها من الزواج بدون مسوغ، والبكر البالغ التي زوّجت برجل ذي عيب يوجب لها الخيار كالجنون والبرص، والبكر البالغ التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيّم وهي بكر<sup>3</sup>.

### 3- الرأي الثالث:

ويرى أصحابه ثبوت ولاية الإجماع على الأبار، فالعلة هي البكارة للمرأة، وقال بهذا الرأي الشافعية<sup>4</sup>.

قال الماوردي: "فأما صغار الأبار فلأباء إجبارهنّ على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها"<sup>5</sup>.

ودليلهم، قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رُتِبَ لَكُمْ فَتَعْتَهُنَّ نِّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾<sup>6</sup>، يعني الصغار، والصغيرة تجب العنة عليها من طلاق الزوج، فدلّ على جواز العقد عليها في الصغر.

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.35.

2 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.2400-2401.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.211-213.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.52-53.

5 - المرجع والموضع نفسه.

6 - سورة الطلاق، الآية (4).

وحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوَّجها رسول الله ﷺ وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة"<sup>1</sup>.  
وقال الماوردي أيضا: "وأما البكر الكبيرة فلأب أو الجد عند فقد الأب أن يزوجه جبرا كالصغيرة، وأما يستأذنها على إستطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الثيب العاقلة: فإن كانت كبيرة فلايجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها سواء كان وليها أبا أو عاصبا، وإذنها النطق الصريح.

وإن كانت صغيرة فليس لأحد من أوليائها أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجه قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلا.  
واستثنى الشافعية من ذلك الثيب المجنونة، فقالوا إن كانت كبيرة و كان جنونها مطبقا جاز لأبيها إجبارها للإياس من صحة إذنها، فإن لم يكن لها الأب جوزها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبته تزويجها، أما إن كانت صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبه .

لكن هل للأب والجد إجبارها إذا كان لا يرجى شفاؤها؟، قالوا: في إجبارها من الأب والجد وجهان:

أ- الوجه الأول: لهما إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وإنه ربما كان لها الزواج عفاف وشفاء.

ب- الوجه الثاني: ليس لهما إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز لهما إجبارهما بعد البلوغ لأن برءها قبل البلوغ إرجاء، والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها<sup>3</sup>.

1 - مسلم، أبو الحسين النيسابوري، المرجع السابق، ص.642.

2 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع والموضع نفسه.

3 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

ويظهر أنّ علّة البكارة محلّ إتفاق بين جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث يكون للولي تزويج بنته البكر دون موافقتها ورضاها إذا كان في الزواج مصلحة معتبرة لها، ولكن ماذا لو بلغت هذه البكر من العمر ما يؤهلها لأخذ رأيها ومشورتها في أمر زواجها، فهل تبقى في هذه الحالة مجبرة وتزوّج من غير رضاها واراقتها؟.

وجوابه عند جمهور الفقهاء، أنّ البكر سواء كانت قاصرة أم بالغة تكون في الأصل مجبرة، لكن استثناء يندب لولي البكر البالغة أخذ رأيها وإذنها في زواجها، وذلك لتعارض المناط الذي أقاموا عليه الإجماع مع الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على وجوب استئذان المرأة قبل الزواج، فضرورة العمل بتلك الأحاديث ألجأتهم إلى القول باستئذان البكر البالغة، لكن هذا الاستئذان يكون من باب الإعلام لا من باب أنّها تملك هذا الحق.

#### رابعا - خلاصة الخلاف في علّة ولاية الإجماع:

- 1- إتفق الفقهاء على أن علّة ثبوت ولاية الإجماع هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، فيعجز به صاحبه عن تولّي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.
- 2- إتفق كل من الحنفية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة الصغر، غير أنّهم اختلفوا في البكر البالغة، فقال المالكية والحنابلة أنّها تجبر بسبب البكارة، في حين قال الحنفية يرفع الجبر عنها بسبب بلوغها.
- 3- إتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ثبوت ولاية الإجماع بعلّة البكارة فهي تثبت عندهم على البنت البكر سواء كانت بالغة أو صغيرة.
- 4- إن نتيجة الخلاف بين الشافعية والحنفية تظهر في البكر البالغ والثيب الصغير، البكر البالغة لا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لعدم الصغر، وتثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية للبكارة، أما الثيب الصغيرة تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية لتحقق الصغر ولا تثبت عليها تلك الولاية عند الشافعية لعدم تحقق البكارة<sup>1</sup>.

1 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 341.

خامسا - مناقشة الآراء:

مما تقدم فيما يتعلق بالعلّة التي تقوم عليها ولاية الإيجابار عند الفقهاء، نسجل الملاحظات التالية:

1- إن الفقهاء اتفقوا على أن صفة الجنون وما في حكمها تكون علة ثبوت ولاية الإيجابار على المولي عليه، لكن نتساءل هنا: هل يصحّ أن يكون المجنون والمجنونة محلا لعقد الزواج، وهو معدوم الإرادة مختل العقل وخاصة إذا كان جنونه مطبقا غير منقطع؟.

هناك من قال أنه يصح ذلك إذا أثبت الطب في الزواج علاجا له، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوّجت، أو يكون المجنون

يدور وراء النساء، أو يقول طبيب عادل إنّ الزواج دواء له وأثبت أنّ المصلحة في الزواج<sup>1</sup>.

لكن يُعترض على ذلك باعتبارها حالات خاصة لا يمكن تعميمها.

2- أسس جمهور الفقهاء ولاية الإيجابار على أساس البكارة، ولكن دون وضع حد زمني لذلك، مع أن المالكية أجازوا رفع ولاية الإيجابار عن البكر في بعض الحالات كما تقدم ذكره، ولم يقمّ جمهورهم الدليل على ذلك، مع ما في هذا القيد من ضرر يتمثل في إلغاء حق البالغة من مشاركة ولّيها في عقد زواجها.

سادسا - الرأي المختار:

بعد ذكر الآراء الفقهية في مسألة ولاية الإيجابار ومناقشتها يظهر أن الرأي الأصوب في علّة ولاية الإيجابار هو الجنون والصغر، إذا كان في الزواج مصلحة جدية للمولي عليه، وذلك لأن الجنون والصغر تمنعان من اختيار من تتحقق معه المصالح الزوجية والمقصودة من الزواج، وهذا وصف ملائم لثبوت ولاية الإيجابار عليهم<sup>2</sup>.

أما الاعتبارات التي يمكن تقديمها من أجل تدعيم هذا الرأي :

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.111.

2 - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.340.

1- كثرة الأحاديث الشريفة الدالة على جواز الصبيان، ولإنكاح الصحابة رضوان الله عليهم لصبيانهم، وهو ما يعني فهمهم وتطبيقهم للنصوص الشرعية، ولو كان زواج هؤلاء غير جائز لما وقع منهم في حضرته ﷺ، والوقوع دليل الجواز<sup>1</sup>.

2- المجنون عديم الأهلية، والصغير ناقصها، وعديم العقل أو ناقصه، لا يدرك ولا يهتدي إلى الصالح له بمفرده، إلا إذا أجبره وليه الكامل النظر الذي يشفق عليه والحريص على تحقيق مصلحته، كالأب يزوج ابنه الصغير إلى ابنة عمه الشريفة، أو تزويج المجنون جبرا من أجل برئه بالزواج.

3- إن في الزواج أغراضا ومقاصد كالكفاءة مثلا، فإن انتظرت الصغيرة وأجل عقد زواجها إلى أن تبلغ سن الرشد، فقد يكون في ذلك فوات زواجها بالزوج الكفاء، فكان ادعى لولئها بأن يجبرها على الزواج به حتى لا تضيع الفرصة النادرة التكرار.

4- إن علة البكارة التي هي مناط ثبوت ولاية الإيجاب، يعزى أمرها إلى أن البكر تجهل أمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج، وهذه مسألة فيها نظر، فالجهل يكون بالتعلم، وحسن الاختيار يكون بالتعاون، ومن ثم لا يوجد مبرر ملح لثبوت ولاية الجبر على المرأة لكون أنها بكر.

#### الفرع الثاني : ولاية الاختيار :

بيّنت سابقا إذا كانت ولاية الإيجاب تعني استبداد الولي برأيه في تزويج من في ولايته فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، فإنها تعني تخويل الولي حق تزويج المولي عليها دون جبرها على ما يريد، بل لا بد من رضاها وإذنها.

وهذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد النكاح، وإنما يتولاه وليها، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة بالعقد.

أما الحنفية فتختلف تسمية هذه الولاية عندهم، قال الكاساني: "على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف هي ولاية ندب واستحباب، وأما على أصل محمد فهي ولاية شركة، وهي قول أبي يوسف الآخر"<sup>2</sup>.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.62.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.357.

فما هو موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار؟، وما هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة فيها؟ .

### I - ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري :

يتبين موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار، من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية منذ فجر الاستقلال إلى غاية صدور الأمر 02/05 :

جاء في نص المادة الأولى من القانون<sup>1</sup> رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 كاملة أن يعقدا زواجا"، بما يفيد أنه لا يجوز لأي واحد من الأولياء مهما كانت قرابته من الفتى أو من الفتاة أن يزوج الفتى أو الفتاة خلال هذه المرحلة بأي وجه كان، كما لا يجوز للفتى أو الفتاة تزويج أنفسهما قبل بلوغهما السن المطلوبة، وبالتالي فإن ولاية الإيجابار للولي غير واردة في مرحلة ما قبل أهلية الزواج.

ولكن إذا أقدم شخص على تزويج ولده أو بنته قبل بلوغ هذه السن جبرا أو اختيارا فإن حكم هذا الزواج البطلان المطلق، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون السابق نصه: "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ... ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من من يكون له مصلحة فيه أو من النيابة العامة"، وهذا يعني أن الزواج في هذه المرحلة يعتبر مخالف للنظام العام، ولكن يستثنى من حالة عدم جواز تزويج الصغار قبل بلوغهم 18 سنة كاملة بالنسبة للفتيان و 16 سنة كاملة بالنسبة للفتيات إذا وجدت أسباب وعوامل وصفها المشرع بأنها خطيرة تقتضي تزويج الفتى أو الفتاة قبل بلوغهما السن المطلوبة، ففي هذه الحالة يجوز للفتى أو الفتاة أن تزوج ولكن بشرط أن يحصلوا على ترخيص يتضمن الإعفاء من السن صادر عن رئيس المحكمة.

1 - القانون رقم 224/63 جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج، "نقل عن" محمد لمين لوعيل المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2006م، ص.23.

وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون السابق بحيث ورد فيها ما يلي: "على أنه يجوز لرئيس المحكمة الكلية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".

أما إذا كان سن الفتى بين 18 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، وسن الفتاة بين 16 سنة كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، ففي هذه الحالة يجوز للقاصر أن يتزوج، ولكن بشرط التعبير عن الرضا والموافقة أمام الجهة المختصة، كما أن هذا الرضا يتوقف على رضا وموافقة وليّهما، كما تفيد ذلك النصوص التالية<sup>1</sup>:

**1- نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر الفرنسي رقم 274/59:** "إذا كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا فيجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم"<sup>2</sup>.

**2- نص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي رقم 1082/59:** "بالنسبة من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين أو المحجور عليهم قضائيا أو قانونيا يتعين إثبات موافقة الأشخاص الذين حددهم القانون للقيام بأعمالهم"<sup>3</sup>.  
مما تفيد هذه النصوص أن للولي ولاية اختيار في زواج المولي عليه وهم في مرحلة أهلية الزواج .

**3- أما إذا بلغ كل من الفتى والفتاة 21 سنة من عمرهما، فإن كل النصوص القانونية تعطي الحرية التامة لهما في إبرام عقد الزواج، دون ضرورة اللجوء إلى الولي، بل اشتراط موافقة كلا الزوجين شفويا، وعلانية وشخصيا، لصلاحيّة هذا العقد حيث جاء**

1- هذه النصوص من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر والتي مُدِّد العمل بها بمقتضى القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31م حيث نصت المادة الثانية منه: على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي في ماعدا مواد الاستعمارية أو العنصرية المخالفة للحقوق والحريات العامة مع إلغاء جميع المقتضيات التي تمس السيادة الوطنية إلى حين تشكيل أول جمعية وطنية جزائرية تزود البلاد بتشريعات جديدة. واستمر العمل بهذه النصوص إلى غاية صدور الأمر رقم 29/73 الصادر بتاريخ 1973/07/05م الذي ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية حيث دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جويلية 1975م "نقل عن" الأمر رقم 73- 29 يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 05 جويلية 1973م الموافق 5 جمادى الثانية 1393هـ، ج.ر، ج.د.ش، ع.62، ص.ت، 03 أوت 1973م الموافق 04 رجب 1393هـ .

2 - الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.ص.137.

3 - المرجع نفسه.

في نص المادة الثانية من المرسوم 1082/59 ما يلي: " يتعين أن يكون قبول الزوجين واضحا لا لبس فيه ولا غموض ولا يسوغ أن يتم على دفعات أو مشروطا بشرط حصول أو عدم حصول واقعة مستقبله وغير مؤكدة"<sup>1</sup>.

4- كما نصت المادة الثانية من الأمر رقم 274/59 ما يلي: " ينعقد الزواج برضا الزوجين. ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلانية ومن صاحب الشأن شخصا في حضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو أمام ضابط الحالة المدنية وإلا كان العقد باطلا"<sup>2</sup>.

وقريب من هذا النص ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (73) من الأمر<sup>3</sup> رقم 20/70 يتعلق بالحالة المدنية حيث نصت على: " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

إذن من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن المشرع الجزائري، أقر بولاية الاختيار على كل من الفتى والفتاة في مرحلة أهلية الزواج التي تستمر بالنسبة للفتى من السن 18 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، بينما الفتاة من سن 16 كاملة إلى سن الترشيد 21 سنة كاملة، أما بعد سن بلوغ الترشيد 21 سنة للفتى وللفتاة، فإنه أقر بعدم ضرورة وجود الولي في الزواج لا فرق بين البكر والثيب<sup>4</sup>.

وقد أشارت المحكمة العليا بالجزائر في اجتهادها في هذا الخصوص بتاريخ 1966/12/07، إلى أنه: من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الزواج المنعقد بدون

1 - المرجع نفسه، ص. 139.

2 - الأكل بن حواء المرجع والموضع السابقين .

3- الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970م الموافق 13 ذي الحجة 1389هـ، ج.ر، ج، د، ش، ع. 21، ص.ت، 27 فيفري 1970م الموافق 21 ذو الحجة 1389هـ.

4 - الأكل بن حواء، المرجع نفسه، ص. 133 و ص. 172.

رضا ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلان مطلقاً، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

كما أقرَّ باستبعاد ولاية الإجماع في الزواج وأنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد

بالعقد بدون موافقة المرأة ورضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 1966/11/03 زواجا استبد فيه الولي بالعقد<sup>2</sup>.

كما حكم مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31 مارس 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه: وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي، إلا أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها، بكل أمانة و إخلاص .

ومن هنا، حكم المجلس على (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية ( ذلك أنه صرح في مجلس العقد بأن ابنته موافقة على الزواج )، في حين أنها كانت ترفضه كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي<sup>3</sup>.

يُفهم من هذا الحكم أنه مَنَعَ الولي من سلطة ولاية الإجماع على ابنته في الزواج، فلا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج إلا بإذنها وموافقتها.

في تاريخ 26 /09/ 1975 صدر القانون المدني<sup>4</sup> الجزائري بالأمر رقم 58/75، المعدل بالقانون<sup>5</sup> 10/05 في 20/06/2007 الذي عدل بالقانون<sup>6</sup> 05/07 في

1 - م.ع.غ.ق.خ.ص.ت، 1966/12/07، م.ع.ق.، 1968، م.ج.1، ص.139، "تفلا عن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.76.

2 - العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

3 - المرجع نفسه، ص.415.

4- أمر رقم 58-75 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م الموافق 20 رمضان 1395هـ، ج.ر.ج.د.د.ش، ع.78، ص.ت، 30 سبتمبر 1975م الموافق 24 رمضان 1395هـ .

5- قانون رقم 05-10 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 جوان 2005م الموافق 13 جمادى الأولى 1426هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.44، ص.ت، 26 جوان 2005م الموافق 19 جمادى الأولى 1426هـ .

6- قانون رقم 07-05 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع الثاني 1428هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.31، ص.ت، 13 ماي 2007م الموافق 25 ربيع ثاني 1428هـ .

2007/05/13 وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."، وحيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

ولذا ابتداء من سنة 1975 برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلّق بالأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية والعرف .

وعلى الرغم من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، فإن المرأة كانت لا تحتاج إلى ولي ولا إلى رضائه ولا إلى حضوره لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ونتيجة ذلك غرّ بكثير من الفتيات في الرذيلة باسم الزواج، وتفاقم الأمر إلى درجة أن المشرع الجزائري نصّ في قانون الصحة العمومية<sup>1</sup> لسنة 1976 في المواد (243) و (244) و (245)، على ضرورة حماية الأمّهات العواذب والتكفل بهنّ عند الولادة وحفظ الأولاد دون أب والمحافظة على السر .

واستمر هذا الوضع إلى غاية 1985/02/16 حيث صدر قانون الصحة الجديد<sup>2</sup> الذي يتعلّق بحماية وترقية الصحة وألغى قانون الصحة السابق، كما ألغى الحماية الممنوحة للأمّهات العازبات، ونص على أن طرق حماية الأولاد المهجرين تترك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة (73) منه ما يلي: "تحدّد عن طريق التنظيم كليات المساعدة الطبية الاجتماعية، التي تستهدف الوقاية للأطفال من الإهمال"<sup>3</sup>.

إنّ قانون الأسرة رقم 11/84 الذي يعتبر أول وثيقة رسمية تنظم الأحوال الشخصية في الجزائر بعد أن كان متروكا للاجتهاد القضائي، معتمدا الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وأصلي لمسائل أحوال الشخصية، مغلّبا المذهب المالكي على بقية

1- أمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م الموافق 29 شوال 1396هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.101، ص.ت، 19 ديسمبر 1976م الموافق 27 ذو الحجة 1396هـ.

2- قانون رقم 85-05 يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985م الموافق 26 جمادى الأولى 1405هـ، ج.ر.ج.د.ش، ع.8، ص.ت، 17 فيفري 1985م الموافق 27 جمادى الأولى 1405هـ.

3 - محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

المذاهب<sup>1</sup>، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية"، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

أبعد هذا القانون ولاية الاجبار وذلك بموجب المادة(13)، وأنه لا يجوز للولي أن يزوّج موليته بدون موافقتها، ممّا يعني أنه كرس ولاية الاختيار فقط .

أما الجديد الذي جاء في الأمر 02/05 هو أنّ المشرع الجزائري إقتصر في ولاية الاختيار على القصر، واستبعد ولايتي الإيجابار والاختيارعلى المرأة الراشدة .

كما أنّ الزوج القاصر الذي رشده القاضي للزواج، فبمجرد أن يتم إبرام عقد زواجه فإنّه يكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليّ أو وصيّ فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، ويبقى الزوج القاصرغير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، فهو يخضع إلى ولاية المال لوليه أووصيه .

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في الأمر 02/05 أصبح يعتد بولاية الاختيار على القصر خاصة الأنتى منهم، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي ومولايته<sup>3</sup>.

كما يتّضح ممّا سبق أن قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين، أن لا يُجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثنيا أو بكرا، و سواء بلغت سن الزواج أو أُغيت منه بترخيص من القاضي، وإذا أُجبر الولي ابنته وأُبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج، فإنّ هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة (97) من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي

1 - المرجع نفسه، ص.28.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لا.ط، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2014م، ص.ص.34-35.

3 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.ص.59-60.

يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج<sup>1</sup> حيث جاء نصّها كما يلي: " إنَّ الزَّواجَ الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين - جزائري وجزائرية - أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمَّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".  
ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أقرها منذ الاستقلال إلى غاية الأمر 02/05، أنه أعطى الحق للولي في ولاية الاختيار على مولّيته القاصرة دون الرشيدة و منع مطلقا ولاية الإيجار، على الرغم من أن الفقه الإسلامي يثبتها<sup>2</sup> كما مر معنا سابقا .

## II : ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي:

يتبين مما سبق أنّ الحنفية عندهم ولاية الإيجار فقط، ومن ثم لا يوجد عندهم الولي الذي تثبت له ولاية الاختيار ويتوقّف عليه إبرام العقد، غير أنّ المرأة البالغة العاقلة مستحب في حقّها تفويض الأمر إلى وليّها لئلاّ تتسبب إلى الوقاحة، فإن لم تفعل ذلك وقامت بعقد زواجها بنفسها انعقد النكاح، وإن لم يتولّ أمرها وليّها وفق ما روي عن أبي حنيفة.

### أولا: الولي الذي له ولاية الاختيار :

أما بالنسبة للمالكية تثبت ولاية الاختيار عندهم: للبنوة، والأبوة المباشرة، والأخوة و الجدودة، ثم العمومة و الكافل للمرأة غير العاصب، والحاكم أو القاضي الشرعي اليوم، وكل مسلم بالولاية العامة .

قال الدردير في بيان الولي غير المجرى و ترتيبهم: " والأولى بالترتيب عند وجود متعدد الأولياء هو: ابن المرأة ( من زواج سابق ) فابنه، فأبوها، فأخوها الشقيق، فأخوها لأب، فابن أخيها الشقيق، فابن أخيها لأب، فأب أبوها(جدها لأب)، فعمها لأب، فابن عمها لأب، فأب جدها، فعم أبوها، فابن عم أبوها، فعم جدها، فابن عم جدها، فكافلها

1 - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لاط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006م، ص. 142.

2 - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 57.

غيرعاصب، فالحاكم، فكل مسلم بالولاية العامة منهم الخال والجد من جهة الأم والأخ  
لأم<sup>1</sup>.

ويدقّم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والأفضل كإخوة  
كلهم علماً، قّم الحاكم إن وُجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم<sup>2</sup>.  
وعند الشافعية: تكون ولاية الاختيار للأب والجد، وباقي العصابات، وترتيب الأولياء  
عندهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، ثم السلطان، أي الأب، فالجد الصحيح  
(أبوالأب)، فأبوه وإن علا، فالأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب  
وإن سفل، فالعم، فسائر العصابة من القرابة كالإرث، فالسلطان<sup>3</sup>.  
ومنحهم تلك الولاية دون غيرهم من الأوصياء وذوي الأرحام، آت من مشاركتهم لها  
في العار والفخار .

وعند الحنابلة تكون ولاية الاختيار لباقي العصابات وهم بالترتيب: الأبوة، ثم البنوة،  
ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم السلطان، على النحو التالي:

- 1- الأب.
- 2- الجد الصحيح وإن علا.
- 3- الابن وابنه وإن سفل.
- 4- الأخ الشقيق.
- 5- الأخ لأب.
- 6- أولاد الإخوة وإن سفلوا.
- 7- العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب.
- 8- السلطان.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.ص. 359-361.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 204.

3 - المرجع نفسه، ص. 206.

والخلاصة : أَنَّ البِنُوَّةَ تُقَدَّمُ عَلَى الأبوةِ عِنْدَ المَالِكِيَّةِ، وَ تُقَدَّمُ الأبوةُ عَلَى البِنُوَّةِ عِنْدَ الحَنَابِلَةِ، وَلَيْسَ لِلابْنِ وِلَايَةُ اخْتِيَارٍ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا إِذَا شَارَكَ أُمَّه فِي نَسَبِ كَابِنٍ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا فَلَهُ الوِلَايَةُ بِهَذَا النِّسْبِ أَوْ كَانَ قَاضِيًا<sup>1</sup>.

### ثانياً - المُولي عليه في ولاية الاختيار:

مما هو محل اتفاق بين جمهور الفقهاء في ولاية الاختيار هو لزوم رضا المرأة بالنكاح، ومن ثم لا يصح للولي أن يستبد بالعقد دون مشاورتها وأخذ رضاها. و يتفق جمهور الفقهاء على لزوم رضا المرأة الثيب العاقلة بالنكاح، لقوله ﷺ (الذَّيْبُ أَحَقُّ بِفَيْهٍ أَوْ مِنْ وَلِيِّهَا)<sup>2</sup>، فهو صريح في جعل أمر نكاح الثيب إلى نفسها، ولا يدخل في هذا الثيب الصغيرة، إذ الصغر مانع من اعتبار عبارتها حتى تفصح عن رأيها، وبه يتضح رضاها، ومن هنا رأينا بعض الفقهاء وهم الشافعية يمنعون زواجها في هذه السن لذلك، ويوجبون انتظار بلوغها حتى تعبر هي بعبارتها عن رضاها. إلا أنهم اختلفوا في من هي المرأة الثيب؟.

قال الدردير: " المرأة الثيب هي التي زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمعا على فسادها"<sup>3</sup>.

وقال الشربيني: " حصول الثيوبه إذا زالت بكارتها بوطء حلال كالنكاح أو حرام كالزنا، ولا أثر لزوالها بلاء وطاء كسقطه أو بأصبع ونحوه في الأصح"<sup>4</sup>.

وقال البهوتي: " الثيب هي من وطئت في القبل ولو بزنا، وإذا عادت البكاره لم يزل حكم الثيوبه"<sup>5</sup>.

وتثبت ولاية الاختيار عند المالكية<sup>6</sup> كذلك على:

1 - الإمام النووي، المرجع السابق، ص.60.

2 - تم تخريج هذا الحديث في صفحة 87 من هذا البحث.

3- الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.354.

4 - الشربيني، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.ص.201-202.

5 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2400.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.211.

1- البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيّه، بأن جعلها رشيدة لما رآه منها من حسن التصرف، أمّا الشافعية والحنابلة فقالوا بولاية الإيجاب عليها.

2- البكر البالغة التي أقامت في بيت الزوجية سنة ثم طلقت ولم يحدث الوطء، لأن هذه المدة تنزلها منزلة الثيب في تكميل المهر، فكذاك بالرضا في الزواج، إلا أن الشافعية والحنابلة يجعلون عليها ولاية جبر .

3- اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها إما لفساد يلحقها في دينها كتردد أهل الفسق عليها، أو لفساد في دنياها كضياع مالها أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصية أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين بعد مشاورة القاضي.

4- المجنونة الثيب البالغة التي جنونها غير مطبق فنثبت لأبيها ولاية الاختيار عند إفاقتها<sup>1</sup>.

وتنوب ولاية الاختيار عند الحنابلة<sup>2</sup> كذلك على :

أ- البنت الثيب التي كانت لها تسع سنين فليس لأبيها عليها جبر لأنّ إذنها معتبر.

ب- المرأة البالغة العاقلة البكر تثبت عليها ولاية الاختيار لسائر أوليائها بعد الأب.

ثالثا - علة ولاية الاختيار:

يتضح من خلال ماورد من أحاديث نبوية شريفة كثيرة أنّ ولاية الاختيار تثبت على المرأة التي تآذن في أمر زوجها وتشارك ولبها في اختيار الزوج، خاصة المرأة العاقلة البالغة الثيب وهي الأنثى الراجحة العقل والتي تجاوزت مرحلة البلوغ وعرفت مقصود الزواج، مما يُعتبر أنّ عنصر الأنوثة والعقل والبلوغ أي الأنوثة وكمال الأهلية معاً علة ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهذا محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء.

فلا تثبت هذه الولاية على:

1- المجنونة لعدم تمييزها، وإذنها غير معتبر فهي عديمة الأهلية، عند المالكية.

2- الثيب الصغيرة العاقلة، فلا تزوّج حتى تبلغ، عند الشافعية.

1 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.355.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.38.

3- البكر الصغيرة العاقلة، يجبرها أبوها على الزواج دون إذن، عند الحنابلة .

إن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة الكاملة الأهلية هي ولاية نظر قائمة على جلب المصلحة ودرا المفسدة، فالولي عندما يستأذن موليتته في زواجها إنما لرجحان عقلها وإشراكها في اختيار الزوج ليحصل التراضي بينهما، ويتولّى زواجها بنفسه حتى لا تنسب للوقاحة، لأن تولّى المرأة الزواج بنفسها فيه نوع من التبذل والامتهان، وصون كرامتها وعفتها يستدعي أن تكل أمر زواجها لوليها.

إنّ علة الأنوثة وكمال الأهلية في ثبوت ولاية الاختيار هي تعود أساسا للاعتبارات

التالية:

أ- إنّ المرأة غالبا سريعة التأثر قليلة التجربة تتحكم فيها العواطف وتخفى عليها الحقائق على الرغم من رجحان عقلها، وعقد الزواج رباط بين الأسر، وله مقاصد شتى، فضلا عن أن مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات ويخالف المألوف.

ب- إن الزواج عقد خطير ودائم وله مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق استقرارها وغير ذلك، لذا كان اسناد أمر زواج المرأة لوليها بما لديه من خبرة واسعة في معرفة أحوال الرجال وشؤون الحياة، وهو أقدر منها على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها<sup>1</sup>.

ج- إن عقد الزواج يتعلق بشرف المرأة وكرامتها، إذ أن المصلحة في الزواج ليست مقصورة عليها وحدها فقط، بل منها ما يلحق الأسرة عارا أو فخارا، ذلك أن الزواج ربط بين أسرتين، والأسرة قد يؤذيها زواج ابنتهم من خسيس يلحقهم عاره، كما يشرفهم زواج ابنتهم من شريف يفخرون به، وفي هذا المعنى يقول محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحديهما، بل تنال الأسرة منه شيئا من العار أو الفخار"<sup>2</sup>.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.195.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.108.

د- أن المرأة بفطرتها تتصف بالعاطفة والحياء والحشمة مما يمنعها من التعبير عن موافقتها بصراحة تجاه الطرف الآخر الذي سيكون زوجها لها، مما يجعلها تقبل كل

شروط الزوج حتى ولو كانت مجحفة وتتنازل عن كثير من حقوقها مما يجعل العقد مختل التوازن والشريعة الإسلامية تبطل جميع التصرفات التي تخلوا من التوازن، مما يبرز دور الولي في إحداث هذا التوازن من خلال حضور العقد والتعبير عن إرادة موليته.

غير أن هذه الاعتبارات غير منضبطة ومتفاوتة في تحققها، حيث يوجد من النساء من يصفن ببعد النظر إلى أقصى الحدود وليس فحسب رجحان العقل وكمال الأهلية، لذلك فتلك الاعتبارات نسبية تتفاوت بين امرأة وأخرى.

### المطلب الثاني

#### دور الولي في عقد الزواج

عرفنا في ما سبق أن الولاية في الزواج هي حق قانوني و شرعي بمقتضاه يكتسب شخص مؤهل، صلاحية الإشراف على تزويج نفسه أو لغيره ممن لم يكن أهلا لعقده، تربطه معه علاقة (السبب) .

فالولي يكتسب بموجب هذا الحق سلطة الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم هذه الولاية ممن يعتبر إذنه أو ممن لا يعتبر، من النساء والصبيان والمجانين بالأسباب التي ذكرتها سابقا .

كما بينت أن ولاية التزويج تتنوع حسب حال المولي عليهم وحاجتهم للحماية إلى ولاية إيجاب وولاية اختيار، وأن حضور الولي في عقد الزواج في كلا الحالتين ضروري، ومما لا شك فيه أن الولي يقوم بدور في عقد الزواج، لكن ما مضمون حضور الولي ودوره في هذا العقد؟، وما هي حدود هذا الدور الذي رسمه قانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم هل يعتبر حضور الولي تقييدا لحرية المولي عليه في التعبير عن إرادته أم هو سند داعم له ؟.

إن سلطة الإشراف من قبل الولي تترجم في حضوره والتور الذي يقوم به في عقد زواج موليته، الذي يختلف من حيث مضمونه ومداه وإمكانية تعبير المولي عليه عن إرادته ورضاه حسب كون هذا الأخير قاصرا أم راشدا، لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين،

حيث أتناول في الفرع الأول دور الولي في زواج القصر، أما الفرع الثاني فأخصه لدور الولي في زواج المرأة الراشدة .

**الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر:**

**أولا : دور الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري :**

نصت المادة(13) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري أعطى للولي ولاية الاختيار على من في ولايته بما في ذلك القاصرة أي لا يتم زواجها بدون موافقتها، ووليها هو الذي يتولى عقد زواجها حيث نصّت المادة (11): " يتولّى زواج المرأة ووليها..."، فإذا كان الولي-الأب- يتولّى زواج المرأة البالغة فمن باب أولى يتولّى زواج القاصرة، وبالتالي النور الذي يقوم به الولي هو تولّيه عقد زواج مولّيته دون أن ينفرد به، فهو من ينوب عنها من حيث التعبير عن الإرادة .

لكن المادة (7) تنصّ على: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أي أن زواج القاصرة التي لم تبلغ 18 سنة كاملة وكذا زواج القاصر الذي لم يبلغ 21 سنة كاملة، مرهون بترخيص القاضي، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي طالما أن هذا الأخير لا يمنح الترخيص بمجرد طلب الزواج، بل عليه أن يتأكد من وجود المصلحة الجدية في ذلك، وهو مظهر من مظاهر تقييد سلطة الولي في زواج القصر.

لكن ماذا لو تجاوز الولي -الأب- دوره في تولّيه عقد زواج مولّيته-ابنته-

بامتناعه عن تزويجها بالرغم من إعلان رغبتها في الزواج وكان صالحا لها؟.

في هذه الحالة اعتبر المشرع الجزائري أن الولي عاضلا (ظالما)، خاصة إذا لم يوضح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع، وعدّه عملا غير جائز، فإذا وقع هذا الظلم، حوّل المشرع المولي عليها حقّ التقاضي والدفاع لرفع الظلم، فإذا تبين للقاضي

وجود الرغبة في الزواج والمصلحة فيه أن، على أن يُراعى في ذلك تراضي الزوجين وأن يتم عقد الزواج بحضور وليها وشاهدين وصدّاق. غير أنه إذا كان في المنع مصلحة للبنات أكيدة، خاصة إذا كانت بكراً، فللوليّ -الأب- حقّ المنع، حيث نصّت المادّة (12): "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9 من هذا القانون، غير أنّ للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص بأنّه: "متى تبين - في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدّعيّة بالزواج طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

أمّا في الأمر رقم 02/05 فإنّ المشرع الجزائري أبقى على تقييد سلطة الولي في زواج القصر، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادّة (11) منه: "...دون الإخلال بأحكام المادّة 7 من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث منحت هذه المادّة للوليّ -الأب- الحقّ في تولّي زواج القصر نيابة عنهم من حيث التّعبير عن الإرادة وإبرام العقد، ولكن بشرط عدم الإخلال بأحكام المادّة (7) التي تقضي بوجوب أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي، طالما أنّ المولّي عليه لم يبلغ سن 19 سنة كاملة، وهو السن الذي يشترطه القانون لتتمام أهلية الزواج، الأمر الذي يفهم منه أنّ سلطة تزويج القصر موزعة بين الولي والقاضي كما هو الشأن في القانون رقم 11/84 قبل التّعديل، حيث لا يستطيع الولي أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر الذي تحت ولايته إلا بعد أخذ الإذن والتّرخيص من القاضي إذا كان في هذا الزواج مصلحة وضرورة، ممّا يفيد أنّ حقّ الولي في زواج القصر يخضع لرقابة القاضي وبالتالي يعتبر قيّدا لسلطة ودور الولي في عقد زواج القصر .

والمظهر الحزّ الذي يتجلّى فيه هذا التّقييد هو زواج القاصرة المنصوص عليه في المادّة (13) من ذات القانون، حيث منع المشرع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة

1 - م.ع.غ.أ.ش، ص.ت، 30/03/1993م، م.ر، 90468، م.ق، 1994م، ع.3، ص.66، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، حيث جاء فيها: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ممّا يفيد أنّ المشرّع ألزم الوليّ باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها عليه بمن لا ترضى به زوجها.

وعليه فإنّ رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وهو ما عبّرت عنه صراحة المادة (9) من نفس القانون بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعلته ركنا أساسياً في العقد، ولا جدال أيضاً في حضور الوليّ باعتباره شرطاً لصحة الزواج كما نصّت عليه المادة (9) مكرر، وأنّه مكلف بإبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (11).

ولكن إذا كان ولا بدّ من رضا الموليّ عليها وحضور الوليّ في عقد زواجها، فهل للموليّ عليها اختيار زوجها؟، وهل للوليّ أن يعترض رغبتها؟.

لم يتعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في تعديله الأخير، فبالرغم من أنّه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة، بموجب نص المادة (13)، ومع ذلك فإنّ اعتراض الوليّ على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟.

لقد كانت المادّة (12) من قانون الأسرة قبل التّعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة، غير أنّ هذا النصّ ألغي بمقتضى التّعديل الجديد، ممّا يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن الرجوع إلى أحكام المادّة (222) من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي أمكن للقاضي التّدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأنّ الفقه الإسلاميّ في مجمله يُقرّ بسقوط الولاية عن الوليّ في حالة المنع بدون مبرر معقول، وبالتالي فإنّ القاضي وليّ من لا وليّ له<sup>1</sup>.

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.71.

وفي اعتقادي وحسما لكل خلاف قد يوجد نتيجة هذا الفراغ التشريعي، كان من الأولى على المشرع أن يقرر نصاً قانونياً يعطي فيه الحق للولي في منع زواج موليته القاصرة إذا ما أساءت اختيار الزوج، خاصة وأنها لا تزال في مرحلة لا تدرك حقيقة الأمور كما يلزم، وبذلك يحدث توازن بين حق الفتاة في الموافقة وهو الأصل، وحق الولي في سلطة المنع إذا كانت فيه مصلحة معتبرة، وأن الذي يتولّى إحداث هذا التوازن إذا حدث نزاع بشأنه هو القاضي، كما كان معمولاً به بموجب المادة(12) في ظل قانون الأسرة ما قبل التعديل .

### ثانياً: دور الولي في زواج القصر في الفقه الإسلامي :

تعدّ ولاية الإيجاب المجال الرحب لظهور سلطات وصلاحيات الولي في أبرز صورها وأقصى مداها، ذلك أنّ الولي في هذه الحالة تكون كل أقواله وتصرفاته نافذة على المولي عليه دون أدنى اعتبار لموافقة ورضاه، لأن حاجة هذا الأخير للقدر الكبير من الحماية والرعاية تقتضي من الولي استعمال تلك السلطات الواسعة، واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية على طائفة محدودة من الأولياء، وهم الأب ووصيه عند المالكية والحنابلة، والأب والجد عند الشافعية- كما وضّحتها سابقاً - لأنهم الأكثر حرصاً على مصلحة المولي عليهم، ولا يُتصوّر إلحاق الضرر بهم من جهتهم، وهذا خلافاً للحنفية الذين وسّعوا من دائرة الأولياء المجبرين وجعلوها لكل العصابات، وعند أبي حنيفة كذلك لذوي الأرحام .

فالولي المجبر عند الحنفية ينفذ القول على المولي عليه سواء رضي أم لم يرض فهو يختص بتزويج الصغير والصغيرة مطلقاً سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، ويلحق بالصغير والصغيرة، المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين<sup>1</sup>.

أمّ الولي المجبر عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فيختص بتزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وكذا البكر البالغة العاقلة أو التي زالت

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.31.

بكارتها بزنا أو بأيّ عارض عند المالكية، وكذا التي زالت بكارتها بأيّ عارض دون الزنا عند الشافعية والحنابلة، فهي في حكم البكر حكما لا حقيقة، فكلّ أولئك يُزوّجون بغير رضاهم وراذلتهم.

وفي هذا يقوم الوليّ المجبر باختيار الطّرف المتعاقد، ويحدّد معه شروط عقد الرّواج، وهو من يتولّى صيغة الإيجاب أو القبول، وبالتالي فإرادته هي المسيطرة وهي المعتبرة في العقد، وإن كانت آثاره تتصرف إلى المولّي عليه، والسبب في ذلك أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها أو الأنوثة في المرأة البكر البالغة العاقلة، فعديم الأهلية أو ناقصها لا يتمتّع بالأهلية الكاملة للزّواج، فالولّي هو الذي ينوبه في كلّ شؤون العقد، حيث لا يفهم هو شؤون الزّواج ولا يدرك المصلحة فيه<sup>1</sup>.

أمّا من حيث تقييد صلاحيات الولي المجبر فنجد الحنفية في مسألة الوصاية، قد منعوا الأب من أن يعهد إلى وصية بعد موته بزواج الصغيرة، وقالوا إذا لم يكن لها أب انتقلت الولاية إلى من يليه وإذا لم يكن لها وليّ عاصب أو من ذوي الأرحام كان وليّها السلطان، أو القاضي المأذون من السلطان ولا يكون الزّواج أبدا للوصي<sup>2</sup>.

أمّا المالكية والحنابلة فقد وسّعوا من سلطة الوليّ المجبر، حيث أعطوا له الحق في تزويج مولّيته بمن يشاء وخاصة من جهة الكفاءة والمهر، إلاّ لمن به عيب، كما وسّعوا من صلاحيات الوليّ حين أثبتوا ولاية الإيجاب لوصي الأب - كما وضّحت سابقا - حيث أعطوا له حقّ الإيصاء بتزويج الصغيرة من وصيّيه بعد مماته وجعلوا له نفس سلطات الأب باستثناء المهر، حيث اشترطوا عليه أن لا يزوّجها لرجل فاسق وأن لا يكون مهرها دون مهر المثل<sup>3</sup>.

أمّا الشافعية ضيّقوا سلطة الوليّ المجبر - الأب والجد - فلا يجوز له مباشرة عقد زواج مولّيته إلاّ إذا تحقّقت الشّروط التالية: أن يزوّجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.194.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

3 - المرجع نفسه، ص.35 وص.38.

نقد البلد، وأن يكون حالاً، فإن زوج دون هذه الشروط كان آثماً وصحَّ العقد، كما لا يعهد زواج مولدته للوصي .

وممّا يستدعي التكرّر أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أنّ الحد الأقصى للصّغر الموجب للإجبار والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج، يكون بالبلوغ العضوي، الذي يسبق عادة بلوغ سن الرشد القانوني حيث أنّ المراد به عندهم هو " بلوغ الحدّ الذي يصبح الصّغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، وصحة تصرفاته بيعاً وشراءً وهبةً ووصيةً، وزواجا وطلاقاً ونحو ذلك"<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطُّمُقَيْتَ أَتَدُوا كَمَا اتَدُ الْبَالِغُونَ وَأُولَئِكَ هُمُ السَّامِعُونَ﴾<sup>2</sup>، أي وإذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سنّ التكليف فعلموهم الأدب السلمي أن يستأذنوا في كلّ الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون<sup>3</sup> .

وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أبقوا على ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة، لأنّ البكارة عندهم علة في ثبوت ولاية الإجبار.

هذا فيما يخصّ سلطات الولي المجرى والنور الذي يقوم به في عقد زواج مولدته عند الفقهاء الأربعة، أما فيما يتعلق بدور ولي القصر في زواجهم وسلطاته في قانون الأسرة الجزائري، فإنها جاءت مقيدة ومحدودة مقارنة بالسلطات الممنوحة له والنور الذي يقوم به، عند فقهاء الشريعة.

### الفرع الثاني : دور الولي في زواج المرأة الراشدة:

#### أولاً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري:

البارز من خلال قانون الأسرة الجزائري أنّ دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يكتنفه كثير من الغموض، وحتى فقهاء القانون اختلفت آراؤهم حوله، فمنهم من يؤكّد دوره

1 - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.111.

2 - سورة النور، الآية (59).

3 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.338.

في العقد وأن له سلطات وصلاحيات، ومنهم من قلل من شأن هذا الدور، ومنهم المتردد بين هذا وذاك .

ولمعرفة حقيقة هذا النور المتمثل في السلطات والصلاحيات للولي، وذلك من خلال النصوص القانونية الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائية على مستوى المحكمة العليا، ينبغي أن نجيب عن الأسئلة التالية :

1- هل يتولّى الولي بنفسه أو من ينوبه عقد الزواج؟.

2- هل حضوره له تأثير على عقد الزواج؟.

3- هل يؤثر غيابه على عقد الزواج؟.

4- هل له حق الاعتراض على عقد الزواج؟.

5- ماذا لو أجبر الولي موليته على الزواج؟.

لقد ورد لفظ "يتولّى" عقد زواج المرأة الرّاشدة في المادّة (11) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 حيث نصّت على: "يتولّى زواج المرأة وليها..."، ممّا يُفهم أنّ الولي يقوم بدور الإشراف على عقد زواج موليته الرّاشدة، يقول الرشيد بن شويخ : " واضح من النصّ أنّ المشرّع لم يسمح للمرأة بأن تتفرد بإبرام العقد"<sup>1</sup> .

لكن بالعودة إلى المادّة (9) من نفس القانون التي تنصّ على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ممّا يُفهم أنّ الرضا (التراضي) هو مسألة جوهرية في عقد الزواج دون أن يبيّن ممّن يصدر الرضا، يقول سعد عبد العزيز: " لكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعوّ بهما الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج، حيث أنّهم لم يذكرها ما إذا كان يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصياً في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الولي، أو المفوض، أو الوكيل الخاص"<sup>2</sup>.

لكن المادّة (10) من نفس القانون تنصّ على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى الكّاح شرعا"، من خلال هذه المادّة

1 - بن الشويخ، الرشيد، المرجع السابق، ص.65.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.39.

بين المشرع الجزائري أنّ تبادل التراضي يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر، لكن ماذا يُقصد بأحد الطرفين؟، هل الزوجة؟، أم وليها؟ .

عندما نعود إلى المادة(4) من هذا القانون التي تنصّ على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ، ممّا يفهم بأن الطرفين المعنيين بتبادل التراضي هما الزوج والزوجة، لأنّه لو كان يقصد وليّ الزوجة لنصّ في المادة السابقة على أن: "يتمّ الزواج بين رجل ووليّ المرأة على الوجه الشرعي،..." من خلال النصوص التي أوردها والتّحليل الذي قّمناه، يتبيّن بأن لا دور للوليّ في عقد الزواج والإشراف عليه، وإذا أراد المشرع أن يكون له دور فإن دوره يكون شكلياً.

لكن لو قبلنا بأن المشرع الجزائري كان قصده في عموم هذه النصوص القانونية وخاصة المادة(11) ( السالفة الذكر أن الولي هو المعني بتولي عقد زواج موليته، لكن مانوع هذا التولي؟، هل هو مقيد أم مطلق؟، بمعنى: هل تفوض المرأة وليها ليختار لها زوجاً مناسباً مع منحه الحرية في التّعاقّد ووضع الشّروط المناسبة؟، أم أنّ تفويضها للولي يقتصر على نقل شروطها والتعبير عن إرادتها للطرف الآخر؟<sup>1</sup>. ويبدو أنّ المشرع الجزائري في هذه المسألة كان غامضاً .

وبخصوص الاجتهادات القضائية، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1984/09/24 ، نصّه: "متى كان من المقرّر شرعاً، أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلاّ على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح إلاّ بوليّ وصدّق وشاهدي عدل .

وأيضاً لا يُزوّج البنت أب ولا غيره إلاّ برضاها، وتأذن بالقول، ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .  
ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بين الطاعنين اعتماداً على تصريحات شهود، لا يتبيّن منها توافر هذه

1 - أحمد عبود، المرجع السابق، ص.111.

الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع<sup>1</sup>، مما يستخلص أن الولي ركن من أركان الزواج، وأنه يُزوّج ( يتولّى ) عقد زواج مولّيته بعد قبولها ورضاها .

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23، نصّه: "من المستقرّ عليه قانونا وقضاء، أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تمّ برضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق، وأبْرَمَ أمام موثّق أو موظّف مُؤهل قانونا (المواد 18، 9، 4 من ق.أ)<sup>2</sup>، فتبادل التراضي بين الزوجين لا يكفي في صحّة العقد، بل لابدّ من حضور الوليّ بإعتباره ركنا من أركان العقد.

ومسألة حضور الوليّ في عقد الزواج هي الأخرى يكتنفها كثير من الغموض، حيث نصّت المادّة (11) من الأمر رقم 02/05: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها،...أو أيّ شخص آخر تختاره"، من خلال هذا النصّ، الظاهر أنّ المشرّع الجزائري قد مكّن المرأة من عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان يتولّى وليّها كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة قبل التّعديل .

يقول بن شويخ: " واضح من خلال هذا النصّ أنّ القانون قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الوليّ في هذا العقد، إلاّ أنّها يمكن أن تستغني عنه باختيارها شخصا آخر، وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن"<sup>3</sup>، وبالتالي ما هو دور الوليّ في عقد زواجها عندئذ؟! .

يقول سعد عبد العزيز: " يظهر أنّ المشرّعين الجزائريين واضعي تعديل 02/05 لا يريدون أن يكون للوليّ أيّ تأثير على عقد الزواج المرأة الرّاشدة التي في ولايته، ويستنتج ذلك من عبارة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها" حيث لا معنى لحضوره إذا لم

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 24/09/1984م، م.ر، 34438، م.ق، 1990م، ع.1، ص.64، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.63.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، ص.ت، 23/02/1993م، م.ر، 88856، م.ق، 1996م، ع.2، ص.69، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص.ص.65-66.

يكن له أي تأثير في زواج من في ولايته"<sup>1</sup> .

على الرغم من أن المشرع الجزائري إشتراط حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة، حيث طالبه بالقيام بهذا التور قانونا، بل اعتبره من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج، حيث نصت المآة(09) مكرّر: " يجب أن يتوفّر في عقد الزواج الشروط التالية:... الولي..."، لكن ماذا لو تخلى الولي عن حضوره إلى عقد الزواج؟، تبدو أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال هو أن عقد الزواج لا يتم.

لكن عند تحليلنا المآة(33) من الأمر رقم 02/05 التي تنص فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين،...، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل النحول ولا صداق فيه، ويثبت بعد النحول بصدّق المثل"، يتبين أن غياب الولي عن عقد الزواج في حالة وجوبه كولي القصر - لأنه هو الذي يتولاه - يفسخ قبل النحول، ويثبت بعد النحول ويستمر صحيحا، لكن ولي الزوجة الراشدة ليس بالواجب لأن المرأة تتولّى عقد زواجها بنفسها، معنى هذا أن زواجها يثبت حتى في غياب وليها، وفي هذا الصدد يقول سعد عبد العزيز: " كما أن غيابه أو تغييره - الولي - عن عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته"<sup>2</sup>.

ما نخلص إليه على ضوء ما تقدّم، أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج المرأة الراشدة، خاصة أن المشرع منح لها حرية اختيار أي شخص آخر دون وليها، وبالتالي فغيابه لا تأثير له على صحة الزواج .

بينما يرى العربي بلحاج أن للولي دور وصلاحيات إلا أنها تتحصر في أمرين اثنين: الكفاءة إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصدّق المثل إذا كان زهيدا<sup>3</sup>.

لكن ماذا لو اعترض الولي أصلا على إبرام العقد؟.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

2 - المرجع نفسه .

3 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.413.

يرى الرشيد بن شويخ، في ظل قانون الأسرة رقم 11/84 أنه لا يجوز الاعتراض والمنع بحكم المادة (12) منه، وإذا حصل يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>1</sup>.

وبهذا الخصوص أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 1993 /03/30 قراراً نصه: "بأن من المقر قانوناً، أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها .

وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"<sup>2</sup>. ولكن يقول بن شويخ: "أما في الأمر رقم 02/05 فإنه يوجد فراغ تشريعي في المسألة، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام المادة (222) التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمّ يتمكن القاضي من حلّ المشكل القائم<sup>3</sup>.

بينما يرى العربي بلحاج أنه ليس للولي من صلاحيات المعارضة في إبرام العقد، وذلك باعتبار أن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها وفق المادة (11) المعدلة من قانون الأسرة، بل ليس له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد و أو التي يشترطها الزوج وتقبلها هي، وفق المادة (19) من الأمر 02/05 التي تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعلى هذا يقول: فإنه إذا تحققت الكفاءة، وبذل الزوج صداق المثل، وكانت المرأة راشدة، فإنّ امتناع الولي يكون عاضلا، ويحقّ معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، والّا تولّى هو مباشرة عقد زواجها<sup>4</sup>.

1 - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.69.

2 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 1993/03/30م، م.ر، 90468، ع.خ، ص.47، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

3 - الرشيد بن شويخ، المرجع والموضع نفسه .

4 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.413.

فولّي المرأة البالغة عنده ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18، مفاده: " يبطل الزواج بإنعدام الرضا، ولا يحق للقضاة، إجبار المرأة الغير الراضية به، على إتمام إجراءات الزواج"<sup>1</sup>.  
لكن ماذا لو أجبر الولي موليته البالغة على الزواج واستعمل سلطته في الولاية الكاملة عليها؟ .

وهي مسألة مهمة أغفلها المشرع الجزائري في تعديله الأخير، حيث تصرف الولي بهذه الطريقة في زواج موليته البالغة، يعتبر حالة مخالفة لأحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يُجبر موليته على الزواج بمن لا ترضاه، فتظطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟، هل يكون صحيحا أم باطلا؟ .  
يرى بن شويخ: " أنه لا بد من التفرقة بين أمرين :  
الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل كافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها الحق سواء قبل النحول أو بعد، فلا يُعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟"<sup>2</sup>.

خلاصة القول: لعل الدور البارز للولي في عقد زواج موليته البالغة في قانون الأسرة رقم 11/84 هو أن المشرع الجزائري منحه حق تولي عقد زواجها، بعد موافقتها ورضائها، إلا أنه لم يبين طبيعة هذا التولي، هل يقتصر على التعبير عن إرادتها ونقل شروطها للزوج الذي اختارته، أم أن له كامل الحرية في الإشراف؟ .

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت، 2000/07/18م، م.ر، 249128م، ق.م، 2003م، ع.2، ص.267، "تقلاعن" العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.72.

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

في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري في الأمر 02/05، قد قلّص من دور الولي إلى درجة أنه اكتفاء باشتراطه في عقد زواج موليته البالغة، التي هي الأخرى مكّنها من اختياري شخص آخر غير وليها، ولم يشترط صراحة موافقته ورضاه على زواج موليته، وليس له سلطة قبول أو رفض هذا الزواج، ولم يسند له مهمّة إبرامه، وجعل من ولايته حقاً لموليته، تمارسه حسب اختيارها ومصحتها وبعيدا عن الضّغط أو الإكراه أو الإجبار<sup>1</sup>، وبالتالي يكون المشرّع قد غدّب حقّ المرأة على حقّ الولي في عقد زواجها، وبهذا يكاد يكون دور الولي لأثر له في عقد زواج موليته الرّاشدة .

### ثانيا : دور الولي في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلامي :

لقد خلصنا من قبل إلى القول بأنّ فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا على رأيين في مسألة حكم اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة، المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحّة النّكاح إلاّ بحضور الولي لأنّ النّكاح عندهم لا ينعقد مطلقا بعبارة النّساء، وكيفوه على أنه شرط صحّة، أمّا الحنفيّة ومن سايرهم قالوا بجواز انعقاد النّكاح بعبارة النّساء وعليه يجوز للمرأة عندهم أن تباشر عقد نكاحها بنفسها وكذا نكاح غيرها، غير أنّهم احتفظوا للولي بحقّ الاعتراض بعد انعقاد النّكاح إذا أساءت موليته الاختيار، ولذلك كيفوا الولي على أنه شرط لزوم .

ما يمكن ملاحظته من خلال الرّأيين السّابقين أنّ كلاهما قد أقرّ بأنّ للولي دور مهمّ في زواج المرأة الرّاشدة، غير أنّهما اختلفا في ميقات هذا الدور، أيّكون قبل العقد أم بعده؟، وما هو مضمون هذا الدور عند كل منهما؟.

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأنّ الولي شرط صحّة في زواج المرأة البالغة<sup>2</sup>، فكلّ نكاح يقع بدون حضور الولي أو من ينوب عنه يكون عندهم باطلا فلا يصحّ زواجها، وبالتالي فإنّ دور الولي عندهم يبرز قبل وأثناء العقد، فقبل العقد تأتي مسألة صدور الإذن والرّضا من المرأة البالغة عملا بالأحاديث النبوية الكثيرة، منها: "الذّيّب أحقّ

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.417.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.82.

بِفَيْهِ أَمْ مِنْ وَليِّهِ أَمْ، وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ وَإِنْذِهِ أَمْ صُمَاتُهَا<sup>1</sup>، سواء أكان الإذن واجبا بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر .

وبناءً عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت؛ لأنَّ البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيُكتفى منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلانها بأنَّ سكوتها رضا وإذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه.

ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، و البكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردّاً؛ لأنه يشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد<sup>2</sup>.

وخلال العقد يتجلى دور الولي في تمثيل موليته نيابة عنها، حيث يتولى صيغة العقد مع الزوج أو من يمثله .

وصيغة عقد الزواج تتكون من الإيجاب والقبول، والإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا<sup>3</sup>. وبالتالي الدور الذي يقوم به الولي في صيغة العقد هو الإيجاب لأنه يملك الزوج حق الاستمتاع، والزوج يملك ذلك بالقبول .

أما الحنفية الذين كفيوا الولي على أنه شرط لزوم في زواج المرأة البالغة، قالوا بأنَّ الزواج يصح منها دون حضوره وموافقته، إلا أنَّ له حق الاعتراض، وطلب الفسخ في ما بعد، وبالتالي فإنَّ موقفهم هذا يصب في اتجاه تقديم حق المرأة على حق الولي فللمرأة حق الانفراد بقرار زواجها بمعزل عن وليها، فلها أن تختار الزوج وتتفق معه على تقدير

1 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من البحث .

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.212-213.

3 - المرجع نفسه، ص.37.

الصّدق وتتولّى عبارة العقد لأنها صاحبة الحقّ في ذلك دون غيرها<sup>1</sup>, أما دور الوليّ فيأتي بعد انعقاد العقد, وذلك بالاعتراض من خلال طلب فسخ العقد من القاضي, إلا أنّ هذا الحقّ - كما وضّحت سابقاً - مقيد بشرطين هما:

1- ألاّ يكون الزوج كفوّاً لها, أو يكون المهر أقلّ من مهر مثلها.

2- أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

إنّ موقف الحنفيّة من دور الوليّ في عقد الزواج على المرأة البالغة واعتراضه على هذا الزواج إن لم تتحقق الشروط المذكورة سابقاً يدعو إلى الحيرة !.

فهل يتسنى لكلّ الأولياء ممارسة حقّ الاعتراض من حيث القدرة على مباشرة الدعاوى وما ينجرّ عنها من مصاريف قضائية?, وإن تحقّق لهم ذلك, هل يستسيغ كلّ الأولياء اللّخول في خصومة قضائية مع بناتهم?, ومن ناحية أخرى, كيف يتسنى للولّي العلم بزواج ابنته إذا تمّ هذا العقد في السّر ويعيدا عنه?, حتّى نحدّد له حقّ الاعتراض لفترة معيّنة, ثم نقول له بعد ذلك أنّ حقّك في الاعتراض سقط, بحجّة أنّ الرّوجة أصبحت حاملاً.

إنّ هذا الاتجاه غير مضمون العواقب, إذ ليست كلّ النساء يحسنّ الاختيار, ولهنّ من بعد النظر ما يمكنهنّ من حماية أنفسهنّ من اندفاع العاطفة, ذلك أنّ الأخذ بهذا الرّأي المذكور على إطلاقه يؤثّر إلى مأس كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والدها مستندة في ذلك إلى هذا الرّأي.

هذا وإنّ حقّ الوليّ في تزويجه للمرأة البالغة لم يرد مطلقاً دون قيود تضمن تصرّف الأولياء في هذا الحقّ, وتحقّق الهدف المتوخّي منه وهو حماية المولي عليها ومساعدتها في تدبير شؤون زوجها, فلهذه الأسباب رسم الشّرع حدوداً دقيقة لهذا الحقّ, يحدّد الخروج عنها, من قبل التعصّف في استعمال الحقّ, كحالة عضل الوليّ التي سوف أتطرّق لها في المبحث الموالي.

1- عبد الرحمان الجزيري, المرجع سابق, ص.51.

## المبحث الثاني

## حالات انتهاء ولاية التزويج

تثبت ولاية التزويج على المولي عليه بوجود أساس انعدام الأهلية كالجنون، أو نقص الأهلية كالصغر، أو الأنوثة كالمرأة البالغة، فالمجنون والصغير والمرأة البالغة يحتاجون للحماية وحسن التدبير، ويتولون أولياؤهم شؤون زواجاتهم، بحكم ثبوت ولاية التزويج لهم إذا ما توفرت فيهم شروط ثبوتها .

فإذا انعدم هذا الأساس فإتأ نكون أمام حالة تنتهي فيها ولاية التزويج عليهم، وبالمقابل قد يكون هناك مانع لأوليائهم من ثبوت ولاية التزويج لهم، وفي بعض الحالات لا يوجد مانع من ثبوتها لهم، إلا أنهم يغيبون أو يمتنعون عن التزويج بما يحقق الضرر للمولي عليهم، فهل ولاية التزويج تظل لهم مع وجود الضرر؟، أم تنتقل عنهم وينتهي حقهم في النظر والتصرف ويُعطى لغيرهم بما يرفع الضرر؟.

مما يفيد أن ولاية التزويج شُعت على أساس محدد، ولتحقيق مصالح معينة وتمكين المولي عليهم من التزويج، فإذا ما انعدم الأساس أو تعطلت تلك المصالح انتفى مبرر وجودها .

ذلك ما يعرف بحالات زوال ولاية التزويج، حيث تزول بانعدام أساسها، وهي الحالات التي تترجم انقضاء الولاية، أو تزول نظرا لكون الولي لم يعد صالحا لتحقيق مقاصدها، والحالات التي تترجم سقوط الولاية عنه وانتقالها إلى غيره. فما هي الحالات التي يعتد بها المشرع الجزائري لانتهاء ولاية التزويج وانتقالها؟، وموقف الفقه الإسلامي بحالات زوالها، ولمن تنقل؟.

لذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث أتناول في:

المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج .

المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها.

## المطلب الأول

## حالات انقضاء ولاية التزويج

إن مدة ولاية التزويج على المولي عليه تستمر باستمرار الأساس الذي قررت من أجله وتنقضي بانقضائه، فإن كان الأساس هو الصغر فإنها تنقضي ببلوغه مرحلة الرجولة، وإن كان الجنون فإنها تنتهي بالاستفاقة منه، في حين إذا كان الأساس هو الأنوثة فإنها تستمر إلى غاية الزواج.

## الفرع الأول - انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة :

إن ولاية التزويج على الصغير تنقضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الصغر، حيث ينقضي هذا الأخير بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة، ولكن ما هي حدود هذا البلوغ؟، وما هو البلوغ الذي يُعتد به المشرع الجزائري، وكذا الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج عليه؟، وكيف يظهر أثر هذا البلوغ في انقضاء الولاية؟.

## أولا - في قانون الأسرة الجزائري :

إن المشرع الجزائري لم يعتد بحد البلوغ الطبيعي في رفع ولاية التزويج على الصغير وإنما اعتمد في ذلك سن الرشد القانوني أين يصبح كامل الأهلية، إلا أن سن الرشد القانوني اتسم بالتغيير خلال مسيرة قانون الأحوال الشخصية بالجزائر، حيث كان في القانون الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 هو 18 سنة كاملة، وفي قانون الأسرة رقم 11/84 حيث قرر في المادة (7) منه أن أهلية الزواج للرجل تكتمل بتمام 21 سنة كاملة، وفي الأمر رقم 02/05 تكون بتمام 19 سنة كاملة، غير أن للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذه السن متى كان في الزواج مصلحة للقاصر وتؤكد القاضي من قدرة الطرفين عليه، ومنحت ذات المادة أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما تعلق بآثار عقد الزواج دون المال. إن المشرع الجزائري عندما وضع الاستثناء عن القاعدة العامة ربطه بالمصلحة والضرورة مما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه المصلحة والضرورة .

ومن هنا نستنتج أن المادة (7) قد جاءت عامة تاركة السلطة التقديرية للقاضي لتقرير المصلحة والضرورة في الوقت الذي كان فيه لزامنا على المشرع أن يبين الوجه

الشرعي لهذه المصلحة أو الضرورة حتى لا يبقى المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ذلك<sup>1</sup>، لأن ذلك يرهق كاهله وخاصة فيما يتعلّق بتحديد القدرة على الزواج والمعيّار الذي يعتمده في ذلك .

وعليه ترتفع ولاية التزويج على القاصر الذي يسمح له القاضي بالزواج، ولكن في نفس الوقت يبقى خاضعا لولاية المال لوليّه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (7) في الأمر 02/05.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء البلوغ بأنه قوّة تحدث في الصّغير يخرج بها من حالة الطّفولة إلى حالة الرّجولة<sup>2</sup>، ولقد بين القرآن الكريم حدّ البلوغ الطّبيعي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾<sup>3</sup>، أي: اختبروا اليتامى حتّى إذا بلغوا سنّ النكاح وهو بلوغ الحُم الذي يصلحون عنده للنكاح<sup>4</sup>، فأستخلص من هذا النصّ القرآني أنّ حدّ البلوغ هو بلوغ النّكاح.

### أ- حدّ البلوغ :

يُعرف حدّ البلوغ عند الفقهاء ويُعتبر بظهور علاماته الطّبيعية، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغا حكما متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة .  
وتصبح تصرفاته نافذة وصحيحة مثل الزواج والطلاق ونحو ذلك<sup>5</sup>، وهذه الأمارات: الاحتلام يقظة أو نوما وظهور شعر العانة بالنسبة للصّغير والصّغيرة، وإضافة إلى ذلك تنفؤ الصّغيرة بعلامتين أخريين وهما، الحيض والحمل، وهو الحد الأدنى من العلامات

1 - أحمد عبّو، المرجع السابق، ص.39.

2 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع السابقين .

3 - سورة النساء، الآية(06).

4 - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.1، ص.242.

5 - عمر سليمان الأشقر، المرجع والموضع نفسه.

المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة<sup>1</sup>.

هذا وأن أقل سن يدعى فيه الصغير أو الصغيرة البلوغ ويصق في ذلك، هو التاسعة والعاشرة بالنسبة للصغيرة، والثانية عشر للصغير، وهي تسمى لكليهما سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما إذا لم تظهر الأمارات، فإن البلوغ يكون بالسن، وهو تمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغير والسابعة عشر بالنسبة للصغيرة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الفتاة سواء بالأمارات أو بالسن لا يرفع عنها ولاية التزويج إلا إذا تزوجت .

ومن ثم نستنتج أن البلوغ المعتد به عند الفقهاء لانقضاء ولاية التزويج، هو البلوغ الطبيعي إذا ما ظهرت أماراته، أو ادعى صاحب الشأن ذلك على أساس أن الأمر لا يعرف إلا من جهته، لذلك يتحتم تصديق إدعائه إذا جاوز السن الأدنى لإدعاء البلوغ، أما إذا لم تظهر أمارات ولم يكن هناك إبداع فإن البلوغ المعتد به هو البلوغ بالسن.

وحجة الجمهور في تقدير سن البلوغ بخمسة عشر سنة ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَجْزِنِي فِي الْقَالَ ، وَعَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي " متفق عليه<sup>4</sup>.

حيث دل ذلك على أن بلوغ الفتى مبلغ الرجال يكون في هذه السن، لأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن ذلك عادة إلا لآفة جسيمة، وإن تقدير البلوغ بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعي، فتكون هذه المدة هي الحد الأعلى لبلوغ النكاح، وإن لم تظهر أماراته أو لم يدعها الصغير والصغيرة<sup>5</sup>.

أما الإمام أبي حنيفة فيستند إلى تفسير عبد الله بن العباس رضي الله عنهما لقوله

1 - عمر سليمان الأشقر المرجع والموضع السابقين .

2 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا.ط، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص.53.

3 - المرجع والموضع نفسه.

4 - البخاري، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ج.3، ص.177.

5 - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.54.

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾<sup>1</sup> ، فقد فسّر أنّ بلوغ الأشد لا يكون إلا ببلوغ ثماني عشرة سنة، فكان هذا حداً أعلى للبلوغ بالسن إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي، يسبق بلوغ الغلام عادة<sup>2</sup> .

### ب- المناقشة:

إن الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما السالف ذكره ليس قطعي الدلالة، ولا يمنع من إبداء بعض الملاحظات:

1- إن الذي عرض نفسه على رسول الله صلى الله عليه وسلم لإجازته في القتال هو ذكر وليس أنثى، فلماذا نستدل بهذا الحديث على توحيد سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى ولم يرد فيه ما يشير إلى ذلك؟، وعلاوة على ذلك فإنّ المجرى العادي للأمر يدلّ على أنّ البلوغ الطبيعي بالنسبة للأنثى يسبق بلوغ الذكر.

2- ربما يكون الفتى قد ادّعى البلوغ أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أجازته في القتال، وبالتالي لا يكون هذا الحديث محل استدلال على البلوغ بالسن.

أما الاستدلال بالآية الكريمة فهو أيضاً محتمل وليس قطعي، ذلك أنّ سياقها جاء في معوضة الحديث عن الولاية على المال، قال الصابوني في تفسير هذه الآية: "أي حتّى يبلغ اليتيم سن الرشد ويحسن التصرف في ماله"<sup>3</sup>، فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابق تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس<sup>4</sup> .

### ج- الرأي المختار:

إنّ الرأي الأقرب للعقل والمنطق في مسألة البلوغ هو سن خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى استئناساً بالحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أمّا بالنسبة للفتاة يكون أقل من ذلك، وهذا لكون البلوغ الطبيعي للفتاة يسبق في العادة البلوغ الطبيعي للذكر.

1- سورة الإسراء، الآية (34).

2- محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

3- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج.2، ص.155.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.2، ص.820.

د- أثر البلوغ في انقضاء ولاية التزويج :

يبرز هذا الأثر في الولاية الجبرية للتزويج، فإذا زوج الولي المجرى المولى عليه الصغير فهل يلزمه عقد الزواج بعد البلوغ أم أن له شرط الخيار؟. الأصل في ثبوت ولاية الإيجاب للمولى هي الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة الصغر، وفي قابل حياته بعده، وحسن الرأي وتخبر أوجه النفع، فإذا توفر هذا الأساس كاملاً من غير أي شائبة تشويه كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازماً، يلزم القاصر بعد البلوغ، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا مهر المثل<sup>1</sup>.

الحنفية قالوا بأن عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجرى - خاصة إذا كان أباً أو جدياً - على الصغيرة يكون نافذاً فلا خيار لها بعد البلوغ، إلا أنهم إشتراطوا في ذلك أن لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار قبل العقد، وأن لا يكون سكران أثناء العقد فيقضي عليه سكره بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بفاسق أو غير كفاء<sup>2</sup>.

لكن ماذا لو كان الولي - الأب والجد - لم يعرف عليه سوء الاختيار ولم يشتهر بالمجانة والفسق، ويعدّ زواج مولدته الصغيرة من غير كفاء وبأقل من مهر المثل، فهل عقده صحيحاً لازماً لا يدخل خيار بلوغها بالنسبة لها؟.

اختلفت الحنفية في ذلك على رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلى لزوم العقد، ولم يثبت خياراً لها، وذلك لأن وفور الشفقة في الولي وعدم إشتهاره بما يتنافى مع حسن الرأي، ورعاية المصلحة، كحسن خلق الزوج ومعاملته لزوجته بالمعروف وحسن الصحبة وغير ذلك من المعاني التي هي مقصود الشرع من الزواج، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وذهب الصحابان: إلى عدم جواز ذلك، وأنه يلزم وجود الكفاءة ومهر المثل، وذلك

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.118.

2 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.33.

أن هذه الولاية للمصلحة، ولامصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة<sup>1</sup>. قال بالعلاء الحصكفي: "والصحيح قول الإمام - أبو حنيفة - كما في الجامع"<sup>2</sup>. أما إذا عُف الولي - الأب الجد - بسوء الاختيار وعدم الاستقامة، فإن زَوْج موليته بالكفاءة صحَّ العقد ولا خيار لها، لحصول المصلحة الظاهرة وقد تقيّد بها الولي، لكن إذا زوجها بأقل بمهر المثل أو بغير الكفاءة فعقدها باطل<sup>3</sup>، قال صاحب الدر المنقّى: "إلا أن يكون الأب سكران أو معروفًا بسوء الاختيار مجانّة وفسقًا وزوّج ابنته من غير كفاءة أو بغبن فاحش فالعقد باطل"<sup>4</sup>.

أما إذا زوجها غير الأب والجد، كالأخ وأبنائه والعم وأبنائه، على ترتيب العصابات في الميراث، فإن كان من غير كفاءة وبغير مهر المثل فإنّ النكاح لا يصحّ أصلاً، وإن كان من كفاءة وبمهر المثل فإنه يصحّ ويكون لها حق خيار الفسخ بالبلوغ على قول أبي حنيفة، فبمجرد أن ترى الصغيرة اللّم تشهد بأنّها فسخت العقد واختارت نفسها ثم يفرّق القاضي بينهما، ويلحق بالصغيرة الصغير<sup>5</sup>.

أما المالكية والحنابلة فقالوا إنّ عقد الوليّ المجرى يعقد نافذاً ولا خيار للموليّ عليها بعد البلوغ سواء تمّ تزويجها من كفاءة أو لا، وسواء كان بمهر المثل أو لا، غير أنّهم اشترطوا على الوليّ أن لا يزوّجها لمن كانت به عيوباً جسمية، كأن يكون زوج عنيماً أو خصياً أو مجبواً أو أبرصاً، فليس له جبر في هذه الحالات، وإن فعل كان للمجبورة حقّ خيار الفسخ بالبلوغ<sup>6</sup>.

في حين اشترط الشافعية سبعة شروط على الوليّ المجرى حتى يستطيع جبر موليته

1 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 119.

2 - محمد بالعلاء، الحصكفي، الدر المنقّى في شرح المنقّى، ج. 1، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998م، ص. 494.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص. 132.

4 - محمد بالعلاء، الحصكفي، المرجع والموضع نفسه.

5 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع الموع السابقين.

6 - المرجع نفسه، ص. 35 و ص. 38.

ويكون عقده لها نافذا وهي<sup>1</sup> :

- 1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه .
- 2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة ظاهرة أو كراهية .
- 3- أن يكون الزوج كفوءا.
- 4- أن يكون الزوج موسرا قادرا على الصداق .
- 5- أن يزوجه بمهر مثلها .
- 6- أن يكون المهر من نقد البلد .
- 7- أن يكون حالا.

وإن اختلف شرط من هذه الشروط كان للصغيرة حق خيار فسخ العقد بعد البلوغ، فأما الولي غير المجرر فلا يصح تزويجها جبرا، وإن فعل ذلك كان لها حق الخيار مطلقا.

هـ- شروط الفسخ بخيار البلوغ :

نظرا لأن ثبوت الخيار يجعل العقد غير لازم، ومن ثم يمكن أن يكون عرضة للفسخ أو الاستمرار فيه ، فإن العقد لا يفسخ بذاته بل لا بد من الإفصاح ممن ثبت له الخيار عن رغبته في فسخ هذا العقد، وتبدي هذه الرغبة أمام القضاء .

فعلى هذا يشترط لفسخ العقد بالخيار هنا شرطان :

الأول: ألا يظهر ممن ثبت له الخيار بعد البلوغ ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار، فإذا ثبت رضاه بالعقد فإن الخيار يبطل، ويكون ذلك صراحة أو ضمنا، فالصراحة مثل أن يقول: اخترت النكاح أو رضيت به أو نحو ذلك، والضمني هو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح، ومنه سكوت البكر إذا علمت بالزواج والبلوغ لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها .

ووقت ذلك إنما هو عند البلوغ، لأن إسقاط الخيار هو إسقاط لأمر شرعي، ولا

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.37.

يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات<sup>1</sup>. وكذلك ثبوت الحق في فسخ لا يكون إلا بعد وجود الخيار، وهو لا يوجد إلا بالبلوغ، وهذا كله تطبيق للأصول العامة في هذا الشأن.

**الثاني:** الطلب من القضاء بفسخ العقد وذلك برفع دعوى أمام القاضي يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرضَ بهذا الزواج، وقبل صدور الحكم بفسخه فإنه يعتبر صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية من لزوم المهر والتوارث وغير ذلك. ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يد صل رضا بالعقد بعد البلوغ، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني - انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون :

الأصل إن ولاية التزويج على المجنون تنتضي بزوال الأساس الذي أوجب حمايته من نفسه لنفسه وهو الجنون، حيث يقضي هذا الأخير بالإفاقة من الجنون والشفاء منه نهائياً.

فماموقف المشرع الجزائري من انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون؟، وما هو رأي الفقه الإسلامي في ذلك؟.

#### أولاً - في قانون الأسرة الجزائري :

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الإفاقة من الجنون وما يترتب عنها من إنقضاء ولاية التزويج في قانون الأسرة سواء قبل التعديل وبعده، إلا أن القانون المدني أشار في المادة (42) منه إلى أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."، مما يفهم ضمناً أن الذي شفي من جنونه وبلغ سن الرشد القانوني يصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي ترتفع عليه ولاية

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

2 - المرجع والموضع نفسه .

التزويج .

ثانيا - في الفقه الإسلامي :

لا يكفي البلوغ وحده لانقضاء ولاية تزويج على الصغير، بل يجب أن يبلغ سليم العقل ليكون أهلا للتحرر الكامل منها، ذلك أن البالغ مختل العقل، تثبت عليه هذه الولاية لأساس آخر غير الصغر هو اختلال العقل كالجنون أو العته، وبالتالي لا تنتهي الولاية على المجنون إلا بزوال الجنون، سواء أكان الجنون مطبقا أو متقطعا، فإذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية عليه مادام الجنون قائما، وتزول بزواله<sup>1</sup>.

هذا ولقد فرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق بين حالتين فقالوا:

إن كان للإفاقة أوقات معلومة، وللجنون أوقات معلومة، فيكون في أوقات الجنون كالقاصر، وتثبت عليه ولاية التزويج، وفي أوقات الإفاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ولا تثبت عليه هذه الولاية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت أوقات الإفاقة غير معلومة فإن ولاية التزويج تثبت عليه على الدوام، إذ أنه في أوقات الإفاقة يكون في حكم المعتوه، وذلك لأنه لا يعرف حاله فلا يمكن التمييز أهو في حال يستطيع فيه المحافظة على نفسه أم لا<sup>3</sup>، وهذا على عكس الإفاقة المعلومة الأوقات، حيث تثبت عليه هذه الولاية إلا في حال الجنون.

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق، أما بالنسبة للجنون المطبق فإن ولاية التزويج تثبت عليه في كل الأحوال ولو كان يستفيق في أوقات مختلفة، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض<sup>4</sup>.

والفرق بين الجنون المطبق وغير المطبق (المتقطع) يكمن في المدة وهي محل خلاف بين الفقهاء، فهناك من قال من استمر جنونه شهرا فأكثر فإن جنونه يكون مطبقا، والذي استمر أقل من شهر فإنه يكون غير مطبق، والبعض الآخر قال أن الجنون

1 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص.54.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - المرجع نفسه .

4 - المرجع نفسه، ص.73-74.

المطبق يمكنه عاما كاملا، إذ بوجوده تسقط التكاليف الشرعية، وقيل ستة أشهر، لكن الراجح هو مكوث الجنون مدة شهر فأكثر ليكون مطبق<sup>1</sup>.

هذا وإن ثبتت الولاية في الجنون العارض لا تحتاج إلى حكم قضائي يؤكد وجود الجنون وبالتالي ثبوت الولاية، وإنما تثبت عليه من يوم تحقق الجنون وتزول عنه وقت زواله، والسبب في ذلك أن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالها وليس أمرا تقديريا تختلف فيه الآراء<sup>2</sup>.

يتبين مما سبق أن وليّ المجنون تثبت له ولاية التزويج عليه، ولكن ما حكم تزويج الولي لصالح المجنون بعد إفاقة؟، أو بمعنى آخر كيف يظهر أثر الإفاقة في رفع ولاية التزويج عليه؟.

إن ذلك الأثر يظهر في حق خيار فسخ زواج الولي له عند الإفاقة من الجنون، فإذا زوّج الولي المجنون أو المجنونة جنونا مطبقا، أو من في حكمهما، كان الخيار لهما بالإفاقة، فإما أن يمضيا العقد، ولما أن يطلبوا فسخه، كما رأينا في حالة الصغيرين إذا بلغا<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث - انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة:

#### أولا - في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري أن رفع ولاية التزويج عن المرأة الراشدة عندما تبلغ من العمر 16 سنة كاملة وذلك في القانون الصادر بتاريخ 23 جوان 1963، أما في القانون رقم 11/84 فإنها تصبح مكتملة الأهلية للزواج عندما تبلغ من العمر 18 سنة كاملة، بينما في الأمر 02/05 أشار في المادة (7) منه تكتمل أهليتها الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص لها بالزواج قبل ذلك إذا رأى أن هناك مصلحة أو ضرورة.

1 - محمد أبو زهرة، المرجع والموضع السابقين.

2 - المرجع نفسه، ص. 75.

3- حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص. 174.

ومن ثم نلاحظ أن ولاية الأب على ابنته مستمرة وهي مرتبطة بواجب الرعاية والنفقة وكذا الحضانة التي لا تنتضي إلا بالزواج، كما نصّت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده: "... تنتضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 مفاده: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج، قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>1</sup>.

إنّ تمسك الزوجة بحق فسخ عقد زواجها حتى قبل البناء وذلك بعد بلوغها سن الرشد، دليل على أن ولاية التزويج قد رفعت عليها .

### ثانيا - في الفقه الإسلامي:

إذا كانت ولاية التزويج على الصغير تنتضي بالبلوغ، فإنّ الأمر في ولاية التزويج على الأنثى يختلف، ذلك أنّ هذه الأخيرة تثبت عليها ولاية التزويج من جهة الصغروجهة الأنوثة على أن تكون سليمة من أي آفة عقلية، ولكنها ليست في وقت واحد، فإذا انقضت الأولى قامت الثانية.

وبالتالي فإنّ بلوغ الأنثى لا يكون سببا في انقضاء ولاية التزويج، بل تستمر عليها ولاية الجبر عند الجمهور إلى غاية أن تتزوج، خلافا للمذهب الحنفي الذي ترتفع عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة بمجرد بلوغها، ولكن أعطوا لوليها حق الاعتراض إذا مأسأت الاختيار.

### المطلب الثاني

#### حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها

لقد رتب فقهاء المذاهب الأربعة الأولياء من حيث أولوية استحقاقهم لولاية التزويج ترتيبا محكما وفق أسبابها المشار إليها سابقا، أهمها على الإطلاق الولاية بسبب القرابة،

1 - م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 2001/02/21م، م.ر، 255711، م.ق، 2002م، ع.02، ص.424، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.56.

حيث عدّوا تحت هذا البند طائفة من الأولياء تثبت لهم الولاية بالترتيب، بحيث لا تنتقل هذه الأخيرة من الولي الأقرب إلا بعد استحالة تحقق مقاصد ولاية التزويج في الأول، وليس بالضرورة أن تسقط عنه نهائياً فقد تعود إليه إذا حقق مقاصدها .  
فكيف تناول المشرع الجزائري حالات فقد ولاية التزويج؟، وكيف رتب انتقالها؟، وما هي حالات سقوط ولاية التزويج على الولي الأقرب وانتقالها إلى الولي الذي يليه في المرتبة في الفقه الإسلامي؟.

هناك عدة أسباب تتحقق بها حالات سقوط ولاية التزويج، منها ما يكون مردها إلى تخلف شرط من شروط الولي، أو تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج وهو ما يعرف بالعضل، أو تنازع الأولياء، أو بسبب فقد الولي وغيابه، وهي الحالات التي يكون فيها الولي الأقرب حاضراً أو التي يكون فيها غائباً، ولمعرفة ذلك أتناولها بالدراسة في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - في حضور الولي الأقرب :

##### I - حالة تخلف شرط من شروط الولي:

لقد قرّرت ولاية التزويج لأولياء حماية للقصر ناقصي الأهلية أو عديميها، ورعاية مصالحهم في شؤون زواجهم، الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط محددة لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الولاية، ولكن قد تتخلف بعض الشروط في بعض الأولياء، فهل يكون الولي في هذه الحالة أهلاً لأداء المهام المنوطة به؟.

#### أولاً- في قانون الأسرة الجزائري :

على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لم يضع شروطاً محددة وواضحة للولي حتى تثبت له ولاية التزويج، إلا أنه نصّ في المادة (91) منه على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه"، حيث عدت هذه المادة أربعة أسباب لإنهاء الولاية، من بينها انتهاء الولاية بالسقوط، ولكنها لم تنصّ على حالة السقوط هذه ولا الكيفية التي يتم بها.

ولكن إذا ثار نزاع حول حالة انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بحكم المادة(222) من قانون الأسرة،

التي أحالتها لتحكيم قواعد الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي سيُعتمد، وبمأن شروط الولي ليست كلها محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يققن لأحكام انتهاء ولاية التزويج بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط الولي .

### ثانياً - في الفقه الإسلامي :

إن شروط الولي التي حددها الفقهاء استناداً إلى النصوص الشرعية واجتهادهم فيها، كما وضحت من قبل، كان الغرض منها تحقيق مقاصد ولاية التزويج، وبالتالي فإن تخلف أي شرط سوف يكون له أثر سلبي على مصلحة المولي عليهم، وبالتالي يكون ذلك سبباً من أسباب سقوط هذه الولاية عن الولي الذي فقد ذلك الشرط أو أكثر .

إن الدنفية الذين اشترطوا في الولي أربعة شروط وهي، العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الأبعد إذا ما تخلف شرط من هذه الشروط أو أكثر، كأن كان الولي مجنوناً أو أصبح كذلك، أو أن الولي الأقرب صبيّاً أو أسيراً أو ارتد بعد أن كان مسلماً، ففي كل هذه الحالات تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي .

أما المالكية فقد زادوا عن الحنفية ثلاثة شروط وهي: الذكورة، خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصحّ الزواج من مكره، وبالتالي فإن الولاية عندهم لا تكون للمرأة أبداً، أما المحرم بحج أو بعمرة فتسقط عنه الولاية ولا يصحّ منه عقد النكاح وإن فعل فسخ العقد، ولعلّ مرد ذلك عندهم أن الولي متفرغ للعبادة وليس لإبرام العقود، وكذلك الحال بالنسبة للولي المكره فلا يصحّ منه العقد حتى ينعدم الإكراه ومتى كان كذلك سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره .

في حين قال الشافعية أن الولاية تسقط عن الولي الأقرب وتنتقل إلى الولي الأبعد، إذا أصاب الأول جنون أو فسق أو حُر عليه ولا تعود إليه إلا بزوال سبب سقوطها، غير أنه في حالة إحرام الولي الأبعد، فإنها تنتقل إلى السلطان بالولاية العامة، ولا يحقّ للولي المحرم أن يوكل غيره، لأن الوكيل يبرم العقد لحساب الموكل فلا يصحّ منه ذلك حتى يتحلل من الإحرام .

أما الحنابله فقد قالوا بأن الولاية تسقط عن الولي إذا تخلف أي شرط من الشروط، بأن كان الولي كافراً أو عبداً أو مجنوناً أو فاسقاً فإنه في هذه الحالة تنتقل الولاية للذي يليه.

II - حالة العضل: لكن ماذا لو كانت كل شروط الولي متوفرة وأن ولاية التزويج ثابتة له، إلا أنه منع المولي عليه من الزواج دون سبب يذكره في الحالة التي تعرف بالعضل؟، فكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة؟، وما هو الموقف الفقهي الإسلامي منها؟. إن الولاية شرعت لتحقيق مقاصد وغايات محدّدة تصب في مصلحة المولي عليهم، فإذا تسبّب الولي في تعطيلها، كأن يجعل الولاية وسيلة للتعسف أو مجالا للقهر والتسلط، تدخل القانون والشرع لتوقيفه عند حده وكفّه عن إلحاق الضرر بمولايته بسبب العضل، فما هو معنى العضل؟، ومن يتولّى رعاية المولي عليه خلاف الولي العاضل؟. أولاً: تعريف العضل:

1- تعريف العضل في اللغة: عَضَلَ عَلَيْهِ: ضَمَّ عَلَيْهِ وَمَنَعَهُ وَحَبَسَهُ عَمَّا يَرِيدُ، وَعَضَلَ الْمَرْأَةَ عَنِ الزَّوْجِ: حَبَسَهَا وَمَنَعَهَا عَنْهُ<sup>1</sup>.

## 2 - تعريف العضل في الاصطلاح:

أ- عرفه الحنفية بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر<sup>2</sup>.

ب- عرفه المالكية بأنه: منع الولي المرأة من تزويج من ترضاه وكان كفء لها<sup>3</sup>.

ج- عرفه الشافعية بأنه: طلب المرأة البالغة العاقلة بالتزويج من كفء، وامتناع

الولي من تزويجها منه، لأنّ الواجب عليه تزويجها منه<sup>4</sup>.

د- عرفه الحنابلة بأنه: منع الولي مولايته من أن تتزوج من كفء، إذا طلبت ذلك،

1 - مسعود جبران، المرجع السابق، ص.554.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.372.

3 - الدردير، أحمد أبو البركات، المرجع السابق، ص.376.

4 - الشريبي، محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص.207.

ورغب كل منهما في صاحبه بما صحَّ مهرا ولو كان بدون مهر مثلها<sup>1</sup>.  
من خلال ما ذكره الفقهاء يمكن تـ حديد معنى العضل بأنّه: امتناع الوليّ دون مّور  
من تزويج مّوليته حيث وجب عليه ذلك .

بينما عرّف أحمد فراج حسين العضل: " بأنّه منع الوليّ تزويج المّولّي عليه بغير  
حق شرعي"<sup>2</sup>، الأمر الذي يفيد أن المنع والعضل غير متلازمين، فقد يحدث المنع ولا  
يتحقّق العضل والعكس غير صحيح.

### ثانيا - العضل في قانون الأسرة الجزائري :

نصّت المادّة رقم (12) في فقرتها الأولى من القانون رقم 11/84 على أنّه:"  
لايجوز للولّي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع  
المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادّة 9"، فظاهر هذه المادّة أنّه لايجوز  
للولّي أن يعضل لمن هي تحت ولايته من الزواج، بشرط رغبة الفتاة في الزواج بالرجل  
الذي تراه صالحا، فإذا امتنع الولّي عن تزويج ابنته بوجود الشروط المذكورة وبقي مصّرّا  
على هذا المنع ، فإنّ للقاضي تزويجها مع مراعاة أركان وشروط عقد الزّواج .  
وبهذا يكون المشرع قد منع العضل وأن ولاية التزويج تنتقل مباشرة للقاضي وليس  
للولي الأبعد.

لكن لماذا لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ "العضل" بلّ لفظ "المنع" التي قد  
لاتفيد العضل، وذلك أنّ العضل هو منع فيه ظلم؟.  
وهل الشروط التي ذكرت في المادّة هي تمنع الظلم؟.  
وهل المقصود بالرغبة:الإرادة أم أنّها تختلف عنها؟.  
ثمّ المقصود بالمصلحة وما هي ضوابطها؟.

من المعروف عند علماء النفس أنّهم يفرقون بين الإرادة والرغبة، فالإرادة عندهم  
هي مجمل التفكير في أمر من الأمور، أمّا الرغبة فهي بمجرد الميل إلى أمر من الأمور.

1 -البُ هوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

2 - حسين فراج أحمد، المرجع السابق، ص.170.

فقد يرغب الإنسان في السفر ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة ، فهو وإن كان يرغب في السفر إلا أن إرادته لم تتعلّق به<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيدا في إعطائه هذا الهامش من الحرية للبننت والاعتداد حتّى برغبة البننت دون الإرادة، لأنّ هذه البننت عادة تكون في سن تسيطر فيها الأحاسيس المرهفة البعيدة عن المنطق والعقل، فلا مانع عنده- المشرع- من الإعتداد بهذه الرغبة وهذا الشعور! .

ثم بعد ذلك الإعتداد بضرورة ألا تكون هذه الرغبة وهذا الشعور يحول دون مصلحة البننت .

فما هو المقصود بالمصلحة وماهي ضوابطها؟.

بالرجوع إلى المآة (4) من نفس القانون نلاحظ أن المشرع حدّد الغرض من الزواج وهو تكوين أسرة أساسها المويّة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

فإذا كانت المصلحة هي تكوين الأسرة بالمعنى السالف، فإنّ ذلك لن يتحقّق إلاّ بالعاملين التاليين :

### 1- العامل المعنوي :

وهو عامل من شأنه أن يساهم في إحلال المودة والمحبة الخالصة وهذا لن يتأتّى إلاّ بالمعاملة الحسنة، وهذه تتطلّب نفسا زكية طيبة وأخلاقا فاضلة، ولهذا أشار الحديث الشريف حينما ذكر مواصفات الزوج الواجب تزويجه، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِطْبَخَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ بَيْنَهُ وَخُطِّقَهُ فَرُوجُهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ قِنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)<sup>2</sup>.

### 2- العامل المادي :

1 - هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية (2000م-2001م)، ص.74.

2 - الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.ت ، ص.256.

إذا كان العامل الأخلاقي ضرورة لتماسك الأسرة فإنَّ العامل المادي لا يقلُّ أهميَّة، ذلك أنَّ المحافظة على النسل الذي يحفظ النوع الإنساني، ويساهم في عمارة الكون يتطلَّب الإنفاق على ضرورات الأسرة العديدة.

وقد ركَّز الفقهاء على هذا العامل وذهبوا إلى جعل الزواج حراماً إذا لم يكن الزوج قادراً على الزواج من ناحية الإنفاق متيقناً من ظلم الزوجة والإضرار بها، لأنَّ كلَّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراماً<sup>1</sup>.

وعليه، كان على المشرِّع الجزائري أن يوضِّح هذه الشروط بأن تكون إرادة البنت قويَّة بالموافقة والرضا على الزوج، الذي هو الآخر يشترط فيه الكفاءة وحسن الخلق . فإذا كانت الشروط بالكيفية التي نُكرت، وامتنع الولي عن تزويج موليته، فيعتبر عندئذ أنه عاضلاً .

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 أنه: "متى تبين - في قضية الحال - أنَّ الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإنَّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طَبَّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

فالولي الذي يمنع ابنته من الزواج دون أن يقدِّم مبرراً لهذا المنع يعتبر عاضلاً، من وجهة المشرِّع الجزائري، وأنَّه يحقُّ لصاحبة الشأن هي بنفسها، أن ترفع دعواه مباشرة للقاضي لحلَّ النزاع .

أمَّا في الأمر رقم 02/05 لم ينص المشرِّع الجزائري عن حالة العضل صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال المادَّة (11) منه في فقرتها الأولى والثانية، حيث تنصُّ الفقرة الأولى على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وفي هذه الحالة لا يمكن تصوُّر وقوع العضل من

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2 - م.ع.غ.أ.ش.ص.ت. 30/036/1993م، م.ر. 90468، م.ق. 1994م، ع.3، ص.66، "نقلا عن" العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

الولي إطلاقاً مادامت المرأة الراشدة هي التي تتولّى عقد الزواج، وهي التي تختار الشخص الذي يكون وليّها في العقد إذا ما أبدى الولي الأول أيّ معارضة. وبهذا يمكن القول بأنّ هذه الفقرة من المادة قد قلّصت من أمر الولي إلى الحدّ الذي جعلت منه أمراً شكلياً ولا حاجة لعضله، إذ وسّعت في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب من البشر .

ولهذا لم يكن المشرع بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المّضول بمنعه من ممارسة حقّه الشرعي في ولاية التزويج<sup>1</sup> . أما الفقرة الثانية فقد نصّت على: "... يتولّى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، حيث نص المشرع في هذه الفقرة عن حالة العضل ضمناً، حين قرّر إمكانية انتقال الولاية من الأب إلى أحد أقارب الولي، وهي لا تتحقّق إلاّ في حالات معيّنة منها حالة العضل، إذ قد يمتنع الولي الأب عن التزويج فتسقط عنه الولاية وتنتقل للقاضي.

### ثالثاً - العضل في الفقه الإسلامي :

#### 1- حكم العضل:

امتناع الولي من تزويج مولّيته دون مبرر يستند إليه غير مشروع ، ويُفسق به إذا تكرر منه ذلك لأنّه صغيرة تكون كبير بالإصرار<sup>2</sup> ، ودلّ على عدم مشروعّيته قول المولى عزوجل: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَحْضُوا عَنْهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup> ، والخطاب في هذه الآية للأولياء، فنهاهم الله تعالى عن الامتناع عن تزويج المرأة إذا رغبت أن ترجع إلى زوجها، والنهي يقتضي الفساد، فيكون العضل غير مشروع.

قال ابن العربي : قوله تعالى ﴿ فَلَا تَحْضُوا عَنْهُنَّ ﴾ ، العضل يتصرّف على وجوه

1 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.123.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.217.

3 - سورة البقرة، الآية(232) .

مرجُها إلى المَنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه<sup>1</sup>.

حيث قيل أن هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، كما وضحت سابقا. وبهذا يتبين أنه إذا عضل الولي موليته عن الزواج دون سبب مشروع فهو يكون بذلك قد ارتكب نوعا من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح.

## 2- متى يتحقق العضل؟:

من خلال التعريفات السابقة للعضل فإنه لا يتحقق إلا إذا منع الولي تزويج موليته بغير وجه حق، مما يفيد مجرد المنع لا يكون عضلا، بل يكون كذلك إذا تعدد الولي إلحاق الضرر بموليته وتحقق الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت<sup>2</sup>، وقد يتخذ المنع صوراً وأشكالاً متعددة، لكن المعتبر فيه دائماً هو مدى تحقق الضرر للمولي عليها.

أما مجرد خاطب كفاء رضيت به الابنة المجرية، فلا يعدُّ عضلا لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يردُّ الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق .

وأن الذي يتولَّى تقديره هو القاضي، وذلك للحديث الذي ترويه عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ كَتَبْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَحُهَا بَاطِلًا، فَنَكَحُهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمُؤَبَّمُ اسْتَحْلًا مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن القاضي إذا طرح أمامه النزاع، فإنه يستدعي أطراف الدعوة ويحقق في الضرر، فإن وجده زوجها نيابة عن الولي.

1 - ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، تحق ( محمد عبد القادر عطا)، ج.1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص.271.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.216.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

هذا وقد تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تحقق العضل من عدمه، وذلك حسب حال المولي عليها وسبب العضل كما يلي:

الحنفية قالوا بأن العضل يتحقق إذا قَم لها الكفء وطلبها بمهر المثل ومع ذلك يمتنع الولي عن التزويج، أمّا إذا لم يتحقق ذلك فله المنع، لأنّ نقصان المهر يلحق الضرر بمثيلاتها من نساء عائلتها، وعدم تحقق الكفاءة يلحق الضرر بالأولياء<sup>1</sup>.

أمّا المالكية فقد فرّقوا في تحقق العضل من عدمه حسب حال المولي عليه، فإن كانت تثبت عليها ولاية الإيجاب، لا يكون منع الأب أو وصيه إياها عضلا ولو تكرّر ربه للخاطب الكفء عدّة مرات، لأنّ الأب وافر الشفقة على ابنته، ولا يريد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله مالا يوافق، وقد روي عن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغّب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيّب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يعمدوا واحد منهم عاضلا<sup>2</sup>.

غير أن العضل يتحقق من جهته إذا ثبت عليه فعل ذلك بقصد الإضرار ولو ردّ الخاطب مرة واحدة، والحنابلة يوافقون المالكية في هذه المسألة.

أمّا إن كانت المولي عليها ممنّ ثبت عليها ولاية الاختيار، فإن عضل الولي لها يتحقق برد أول كفاء، وخاصة إذا رضيت به، ومنعها من ذلك أو دعاها إلى كفاء آخر. في حين يرى الشافعية والحنابلة أن العضل لا يتحقق إلا في حال رد الكفاء الذي رضيت به، أمّا إذا رغبت في كفاء وأراد الأب كفواً غيره فله أن يمنعها، وليس للولي العضل مطلقاً بسبب نقصان المهر إذا رضيت به، لأنّه محض حقّها وعض يخص بها.

فمن خلال تلك الآراء نلاحظ:

أن كل من المالكية والشافعية والحنابلة قد حصروا تحقق العضل في مسألة الكفاءة فقط، بخلاف الحنفية الذين حصروا تحققه في الكفاءة ومهر المثل.

### 3 - لمن تنتقل الولاية إذا تحقّق العضل؟:

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.215.

2 - المرجع نفسه، ص.216.

إذا تحقّق العضل من الولي فقد وقع الضرر على الموليّ عليها، وهذا الضرر يعدّ مبرراً قوياً لانتقال الولاية من هذا الولي القريب إلى الولي البعيد، ويكاد يكون هذا الأمر محلّ إتفاق بين الفقهاء، غير أنّهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية، ويزوّج هذه المرأة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ- الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى انتقال الولاية إلى الحاكم (القاضي)، ولاتنتقل إلى الولي الأبعد. وممن قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

قال الكاساني: " لوطلّبت - المرأة - من الولي أن يزوّجها من كفاء يفترض عليه التزويج، حدّى لو امتنع يصير عاضلاً، وينوب القاضي منابه في التزويج"<sup>1</sup>.  
وقال الدسوقي: " البكر المجبرة التي منعها أبوها (عضلت) على الزواج فرفعت أمرها للحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، فإن أمر الحاكم أباهاً فزوّجها لم يحتج الإذن"<sup>2</sup>.  
وقال الشرييني: " لوطلّبت المرأة التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الولي رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها - القاضي - به، وإن لم تثبت فلا، فلا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم لي زوّج"<sup>3</sup>.  
وقال صاحب منار السبيل: "من يمنع من بلغت تسعا كفاء رضيته ورجب - الولي - بما صحّ مهراً، يزوّج الحاكم، وهو اختيار أبي بكر"<sup>4</sup>.  
واستدلوا لذلك بحديث رسول الله ﷺ: (...فإن اشتدّ جروا فالسلطان ولي من لا ولي له)<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص. 375.

2 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص. 228.

3 - الشرييني، محمد بن الخطيب، المرجع والموضع السابقين.

4 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، ج. 2، ط. 1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958م، ص. 154.

5 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

وامتناع الولي عن التزويج لا يقل عن الاشتجار، فإذا كان هذا يؤتي الى تأخير زواج المرأة والحاق الضرر بها، فكان سبيل رفعه إلى السلطان، فكذاك العضل فيه ذات المعنى، فيكون رفعه إلى السلطان<sup>1</sup>.

وكالقياس على حالة النبي، فإنَّ الحاكم يقوم مقام من امتنع عن أداء النبي الذي عليه وهو مؤسر<sup>2</sup>، فكذاك من عضل قام السلطان مقامه. هذا بالإضافة إلى أنَّ العضل دون سبب شرعي يعدّ ظلماً، والقاضي أو الحاكم منصوب لرفع الظلم، وليس هذا إلى الولي الأبعد، بل إنَّ إعطاء الولاية للولي الأبعد قد يزيد الأمر تعقيداً وتنازعا بين الأولياء، ممَّا يسبب زيادة الضرر الواقع على المرأة، لارفعاً لهذا الضرر.

وعلى هذا رأي المالكية أيضاً، وهو تقتضيه طبيعة الأمور، إذ إنَّ المرأة تـتـعيـأمام القضاء عضل ولـيها، فلتحقيق ذلك يُؤمر الولي بالتزويج فإنَّ زوج فلا يكون عاضلاً، وإن لم يزوج تحقق عضله وتأكّد.

#### ب- الرأي الثاني :

وذهب أصحابه إلى أن الولاية في حال العضل من الولي الأقرب تنتقل إلى الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان .

وممن قال بهذا الرأي: الحنابلة في رواية أخرى وهي التي اختارها الخرفي<sup>3</sup>. واستدلوا لذلك بأنَّ التزويج من الولي الأقرب قد تعرّ لامتناعه وحينئذ يصار إلى الأبعد، كما لو حدث للأقرب مانع من موانع الولاية كالجنون، فإذا تحقق العضل من جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان.

وعلى هذا يمكن حمل حديث: (...فإنَّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له<sup>4</sup>)، على أن الامتناع حصل من جميع الأولياء .

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.165.

2 - الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، تحق (محمد الزحيلي)، ج.4، ط.1، دارالقلم، دمشق، سوريا، 1996م، ص.124.

3 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع والموضع السابقين .

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

### ج -الرأي المختار :

من خلال ما سبق يتّضح لي أنّه من الأفضل أن الولاية تنتقل إلى الحاكم، ولاتنتقل إلى الوليّ الأبعد، ذلك أنّه من المقرر أنّ القاضي أو الحاكم هو منصوب لرفع الظلم على الناس، وممّا لاشكّ فيه أن العضل ضررا وظلما للمرأة، وسبيل رفعه يكون للقاضي، الذي يأمر الوليّ بعد رفع الأمر إليه بالتزويج، فإن امتنع فإنّه يقوم بالتزويج مقامه.

أما لماذا لم اختر الرأي الثاني لأنّه لأضمن عدم ظلم الوليّ الأبعد للمرأة.

### III - حالة تنازع الأولياء :

يتّخذ تنازع الأولياء في زواج المرأة صورتان هما: صورة التنازع الإيجابي، وصورة التنازع السلبي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الأولياء من خلال قانون الأسرة؟، وماهي الطرق التي تتّ بها المعالجة عند فقهاء المذاهب الأربعة؟.

#### أولا - بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

لم يتطرّق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى مسألة تنازع الأولياء سواء قبل التعديل أو بعده.

وبهذا يكون قد ترك فراغا قانونيا، ولحلّ هذا النزاع يجد القاضي نفسه أمام المادّة (222) من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبحكم أنّها من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، الشيء الذي يثقل كاهل القاضي في الفصل في النزاع من هذا النوع .

ولهذا كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة وهي حالة واردة الوقوع في حياة الناس، وتتأكد أكثر في حال زواج القصر. أمّا بالنسبة للمرأة الراشدة، فلا تعنيها مسألة تنازع الأولياء، باعتبار أنّ لها الحقّ في عقد زواجها بنفسها، ولها حرية اختيار الأولياء كما بيّنت سابقا.

ثانيا - بالنسبة للفقهاء الإسلاميين :

إن موقف الفقهاء الإسلاميين عندما يحدث التنازع الإيجابي أو السلبي بين الأولياء يكون على النحو التالي :

**1- صورة التنازع الإيجابي:** تتحقق هذه الصورة عندما يزوّج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب، أو يزوّج المرأة وليان لهما نفس المرتبة في ولاية التزويج .  
أ- الحالة الأولى :

أما التنازع الذي يتخذ شكل تزويج الولي الأبعد بحضور الولي الأقرب الصالح للولاية، فإن آراء الفقهاء فيه كانت على النحو الآتي :

**1- المالكية** فرقوا بين ما إذا كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فإن كان الولي الأقرب مجبرا كالأب في ابنته البكر، لا يصح أن يباشر الولي الأبعد مع وجود الأب، فإن عقد فالنكاح مفسوخ، وهي مسألة منسجمة مع مذهبهم في ترتيب الأولياء.  
ولما إن كان الولي الأقرب غير مجبر قال الإمام مالك: مرة : يجوز النكاح ومرة: للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ نكاح الولي الأبعد، وهي مسألة تتناقض مع الهدف من ترتيب الأولياء .

**2- بينما** قال الإمام الشافعي لا يعقد الولي الأبعد مع حضور الأب سواء كانت ابنته بكرا أم ثيبا .

وسبب هذا الخلاف، هو هل الترتيب حكم شرعي ثابتا بالشرع في ولاية التزويج أم ليس بحكم شرعي؟، وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب، أم ذلك حق من حقوق الله؟.

فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه للولي - وهو مذهب الأحناف- قال: النكاح منعقد، فإن أجازته الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد.

**3- الرأي المختار :**

أن لا يزوّج الولي الأبعد في حضور الولي الأكثر قربا، للاعتبارات الآتية:

أ- نأخذ بالأحوط فيما قيل حول الاختلاف في ترتيب الأولياء، وذلك باعتبار أن ترتيبهم حكم شرعي .

ب- ترتيب الأولياء عند جميع الفقهاء تم على سبب القرابة، الذي يكون فيه الولي الأقرب كثير الشفقة وحريص على مصلحة المولي عليه، التي قد لا تكون في الولي الأبعد، فالواجب المحافظة على هذا الترتيب لتحقيق المصلحة.

ج- ولكن إحترام الترتيب في حد ذاته يحد من تنازع الأولياء .

### ب - الحالة الثانية :

يتجسد فيها تنازع الوليين من نفس المرتبة كأخوين أو عمين بأن يعقد كل منهما للمرأة، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يطم المتقدم أو لا يعلم .

فأما إذا عَطِمَ المتقدم منهما فأجمع الفقهاء على أنها للأول إذا لم يدخل بها أحد

منهما .

واختلفوا إذا دخل الثاني على النحو التالي :

قال الإمام الشافعي وابن عبد الحكم هي للأول، وقال الإمام مالك وابن أنس هي

للثاني.

وأما إن أنكحها معاً في وقت واحد، فلا خلاف في فسخ النكاح .

وسبب الخلاف في الاعتبار الدخول أو لا اعتباره، معارضة العموم للقياس، أنه روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( إذا أنكح الوليَّانِ فَلَأولِ أَحَقُّ )<sup>1</sup>، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل<sup>2</sup>.

ولا يمكن تصوّر هذه الصورة إلا إذا كانت المرأة راضية بأحدهما أو كلاهما وحصل العقد، أما إذا لم تكن المرأة راضية أصلاً لا ينعقد العقد، وعليها أن ترفع أمرها للقاضي للحديث المتقدم (...فإن اشتدَّ جَوا فَالسُّلْطَانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له)<sup>3</sup>.

1 - البيهقي، أحمد أبو بكر، المرجع السابق، ص.227.

2 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.23-24.

3 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 87 من هذا البحث.

2- صورة التنازع السلبي: تتحقق هذه الصورة عندما يمتنع جميع الأولياء عن التزويج، فنكون بذلك أمام حالة عضل، حيث تنتقل الولاية إلى القاضي مباشرة، لأنه لم يبق لها ولي حتى يزوّجها.

الفرع الثاني - في غياب الولي الأقرب:

أولا- حالة الغياب :

عادة مسألة غياب الولي الأقرب مرتبطة بسفره إلى مكان قد يبعد أو يقصر، من أجل القيام بعمل معين كالتجارة أو الصناعة... والأصل أنه إذا استوفى الولي الأقرب جميع شروط ولاية التزويج وكان حاضرا فإن الولاية لا تنتقل إلى غيره إلا بتفويض منه كما وضحت سابقا، ولكن قد يحدث أن يكون الولي الأقرب غائبا غيبة يخشى معها فوات كفاء إذا أتت حضوره أو أخذ رأيه، فما العمل في هذه الحالة؟.

1- موقف المشرع الجزائري من حالة الغائب :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أن ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في غياب الولي الأقرب، لكن بالعودة إلى المادة (11) من القانون رقم 11/84: " يتولّى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له"، فظاهر هذا النص على أن مسألة تولي زواج المرأة يراعى فيها ترتيب الأولياء، فإن غاب الولي الأقرب- الأب- زوج الأبعد حتى يصل الأمر إلى القاضي في حالة انعدام الأولياء.

أمّا الأمر رقم 02/05 في الفقرة الثانية من المادة (11) أبتت على نظام ترتيب الأولياء كما سبق ذكره، لكن إقتصر على زواج القصر، بمعنى إذا غاب الولي الأقرب - الأب- فإن زواج القاصر يتولاه الولي الأبعد وفي حال انعدامهم يتولاه القاضي.

ولقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده الغائب كما جاء في المادة (110): " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، ومن شؤون نفس الغائب هو إشرافه على أسرته من راعية للزوجة والأبناء بما فيها توليه عقد زواج بناته.

ولهذا أعطى المشرع لزوجته حق طلب الطلاق وفق ما أشارت إليه المادة (112) بعد أن تتأكد غيبته بحكم قضائي.

ومن باب أولى أن تترتب عن غيابه هذا، انتقال ولاية التزويج على بناته إلى الولي الأبعد وذلك رفعا للضرر الحاصل بسبب الغياب .

## 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الغائب :

لقد اختلف الفقهاء في مدى انتقال هذه الولاية إلى الغير، أو عدم نقلها، وإذا كانت تنتقل فإلى من ؟.

وكان خلافهم في ذلك على ثلاثة آراء :

أ- الآراء الفقهية :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وبعض من الشافعية<sup>3</sup> إلى أن ولاية التزويج تنتقل للولي

الأبعد.

واحتجوا لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (...فالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ

له)<sup>4</sup> .

وهذا نص، لأن هذه المرأة إن كان قد غاب الولي الأقرب لها، فلم تفقد الولي

الأبعد، ومن ثم يصق أن لها ولياً، وولاية السلطان إنما تكون حيث لا ولي.

هذا فضلا عن أن الأبعد في هذه الحالة يكون أقدر على تحصيل مصالح المولي

عليه فيكون أحق بولاية التزويج .

ويقول الكاساني: " إن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له

الولاية، كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين، ودلالة ما قلنا إن الأبعد أقدر على

تحصيل النظر للعاجز، لأن مصالح النكاح مضمّنة تحت الكفاءة والمهر، ولاشك أن

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.375.

2 - ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص.153.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - تم تخريج هذا الحديث في الصفحة 78 من هذا البحث.

الأبعد متمكّن من إحراز الكفاء الحاضر، بحيث لايفوته غالباً، والأقرب الغائب غيبة منقطعة<sup>1</sup> لايقدر على إحرازه غالباً، لأن الكفاء الحاضر لاينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالباً.

ثم قال: "وبه تبين أنّ نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لاولي له، وههنا لها ولي أو وليين، فلا تثبت الولاية للسلطان إلاّ عند العضل من الولي، ولم يوجد"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني :

ذهب أغلب المالكية<sup>3</sup> وأغلب الشافعية<sup>4</sup> إلى أنّ الذي يزوّج المرأة هنا هو السلطان، ولا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد .

احتجوا لذلك بأن الغيبة لاتزيل الولاية، لأن الولي لو زوّج وهو غائب صحّ، ولو وكل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه لم تنقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر<sup>5</sup>. فإذا ترتّب على هذه الغيبة ضرر للمولي عليه، بأن خيف فوت الكفاء أو غير ذلك، فسبيل رفع هذا الضرر هو السلطان، فإنّه موضوع لرفع الضرر عن الناس، ومن ثمّ يتعيّن رفع الأمر إليه، قياساً على العضل من الولي، ولأنّ السلطان وكيل عن الغائب. غير أنّه يستحبّ له أن يحضر أهلها ممّن له ولاية كالعصابات أو لا ولاية له كالأحوال ليشاورهم في تزويجها، وليسألهم عن كفاءة زوجها استنطاباً لنفوسهم<sup>6</sup>. والواقع أنّ بعض كتب المالكية وجد فيها أنّهم مع أصحاب الرأي الأوّل، قال ابن

1 - الغيبة المنقطعة هي الغيبة التي ينقطع من امكان تزويج الولي مولايته، " نقلا عن" ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.370.

2 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.ص.380-381.

3 -مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.4، لا.ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت ، ص.13.

4 - الماوردي، علي أبو الحسن، المرجع السابق، ص.ص.110-111.

5 - المرجع والموضع نفسه .

6 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.156.

رشد: "فإن مالكا يقول : إذا غاب الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد"<sup>1</sup>.  
وقال مثله ابن جزي في القوانين الفقهية<sup>2</sup>، وحاصل قولهم أن الغيبة للولي لا تنقل الولاية عنه، بل الذي يزوج هو السلطان .

### الرأي الثالث :

ذهب زفر من الحنفية<sup>3</sup> إلى عدم نقل ولاية التزويج بالغيبة لأحد حتى ولو كان السلطان.

ووجه قوله: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة<sup>4</sup>.  
ويفيد هذا القول بأن المولي عليها، تنتظر ولها حتى عودته وإن طال.

### ب- خلاصة الآراء السابقة :

- عند الحنابلة وبعض الشافعية أن الغيبة سبب في انتقال الولاية .  
- عند المالكية وأغلب الشافعية أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية، وإنما يمكن للقاضي أن يزوج .

- عند زفر أن الغيبة ليست سبب في انتقال الولاية مطلقاً.

ج- الرأي المختار: بحكم احتمال عودة الولي من غيبته، فإن الغياب لا يعد سبباً في نقل الولاية عنه، ولكن يمكن للقاضي أن يزوج .

### د- حد الغيبة :

يبدو أن زفر لا يحد للغيبة حداً، ولعل ذلك يرجع إلى عدم ترتب حكم على تحديدها، فانتظار الولي واجب عنده على كل حال.

وعلى هذا يظهر أن تحديد الغيبة التي تنتقل بها الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان وفقاً للرأيين الأوليين هو اللازم لبناء الحكم عليه.

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بانتقال الولاية بالغيبة في تحديدها:

1 - ابن رشد، محمد أبو الوليد، المرجع السابق، ص.24.  
2 - ابن جزي، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.335.  
3 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع الموضع السابقين .  
4 - المرجع والموضع نفسه.

### 1- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، ورتّبوا على ذلك انتقال الولاية في الأولى دون الثانية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة إلى أقاويل متعدّدة، أقربها إلى الفقه كما قال الكاساني: "عن الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال: إن كان - الولي - الأقرب في موضع يفوت الكفاء الخاطب باستطلاع رأيه فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت فليست بمنقطعة"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني أيضاً: "وهذا أقرب إلى الفقه، لأنّ التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولي عليه، ودفع الضرر عنه، وذلك فيما قاله"<sup>2</sup>.

### 2 - مذهب المالكية:

فرق المالكية بين ولاية الإجماع وولاية الاختيار، فقالوا إن الولي المجرى إن غاب غيبة بعيدة، وحدّها كما بين مصر و إفريقية على قول، لأنّ ابن القاسم كان بمصر وتقدر بثلاثة أشهر، وقول: الأكثر، على أنها كما بين إفريقية والمدينة، لأنّ مالكا كان بها - وتقدر بأربعة أشهر - ففي هذه الحالة يزوّج الحاكم.

وقد اختلف شراح المدونة في تأويلها بالاستيطان أو عدمه، فذهب ابن رشد إلى عدم اعتبار الاستيطان، وذهب غيره إلى اعتباره بالفعل، ومن ثم إذا خرج تاجراً وفي نيته العودة، فلا يزوّج الحاكم ابنته ولو طالّت إقامته<sup>3</sup>.

وإن غاب غيبة قريبة كعشرة أيام ولم يخش على بنته الفساد، وكانت النفقة عليها جارية ففي هذه الحالة لا يجوز لحاكم ولا لغيره أن يزوّج بنته، ويفسخ أبداً حتى ولو رضي الولي الأقرب الغائب بعد العقد، أمّا إذا أن في ذلك قبل العقد ، فلا فسخ لأنه توكيل منه<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر، المرجع السابق، ص.381.

2 - المرجع والموضع نفسه.

3 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، المرجع السابق، ص.ص.229-230.

4- المرجع نفسه.

وأما الولي غير المجرر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها ثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها، ودعت إلى الزواج بكفاء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد، فلو زوجها الولي الأبعد في هذه الحالة صحّ زواجه، وعلى هذا يكون للحاكم أن يزوّج فيما هو أبعد من هذا بطريق الأولى.

وإن كانت الغيبة دون الثلاث، أرسل الحاكم إلى الولي الأقرب، فإن حضر أو وكلّ أحداً عنه، تمّ المطلوب، وإلا زوّجها الولي الأبعد دون القاضي<sup>1</sup>.

### 3- مذهب الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>:

حدّد الشافعية الغيبة التي تجيز زواج الحاكم مقام الولي الغائب بأن تكون إلى مسافة القصر، لأن الغائب هنا وليّ بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصحّ تزويجه في الغيبة، والتزويج حقّ عليه، فإذا تعذّر استيفاءه ناب القاضي عنه.

وأما إذا كانت الغيبة دون مسافة القصر ففي المذهب الشافعي وجهان:

الأول: أنّ الحكم كما في مسافة القصر، لأنّ التزويج حقّ لها، وقد يفوت الكفاء الراغب بالتأخير، فتتضرّر به.

الثاني: وهو أظهر الوجهين: أنّ المرأة لا تزوّج من الحاكم، بل يراجع الولي فيحضر أو يوكل، لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة، وهو لو كان مقيماً لم يزوّجها الحاكم<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية من أن الغيبة المنقطعة التي ترتّب انتقال الولاية هي ما فوق القصر، وما دونها تكون في حكم الحضر.

وهناك رواية أخرى ذكرها الخرقى حيث قال: "وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوجها من هو أبعد منه".

قال ابن قدامة: لأنّ مثل هذا تتعذّر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة<sup>4</sup>.

1 - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة المرجع والموضع السابقين .

2 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع السابق، ص.369.

3 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المرجع نفسه، ص.370.

#### 4- مناقشة الآراء الفقهية في حد الغيبة :

أ- إنَّ الحنفية والحنابلة والشافعية قَرَّروا غياب الوليِّ بمسافة الوصول إليه، والأفضل تقدير الغياب بالمدة كما فعل ذلك المالكية، لأنَّ المعتمد في الغياب هو مدة مكوث الوليِّ في مكان سفره لا مسافة الوصول إليه، لأنَّه قد يوجد الوليِّ في مكان أبعد من مسافة القصر ولكن مدة مكوثه تكون قصيرة خاصة في ظل وسائل النقل المتطورة.

ب- إنَّ المالكية وإن كان رأيهم مستساغاً في حالة غيبة الوليِّ المجرى، لأنَّهم حصروا الإجماع في الأب ووصيِّه، فإن غابا فالولاية للقاضي، لكن رأيهم يبدو غريباً في حالة غياب الوليِّ غير المجرى، ذلك أنَّ الوليِّ الأبعد الذي يلي الغائب إذا لم تسند له الولاية في حالة الغياب فمتى يكون له ذلك؟، ذلك أنَّ الفائدة من ترتيب الأولياء هو القيام بشؤون المولى عليها من طرف الوليِّ الأبعد إذا غاب الأقرب.

#### 5- الرأي المختار:

يظهر من خلال أقوال الفقهاء في حد الغيبة ومناقشتها، أنَّهم يتجهون إلى رفع الضرر عن الموليِّ عليه بسبب غيبة الوليِّ، ولا يتأتَّى هذا الضرر إلا إذا كان الوليِّ غائباً غيبة لا يتمكن معها في الغالب من التزويج، سواء حدَّ ذلك بعدم وصول الكتاب أو مسافة القصر أو غير ذلك، فيجمع هذه أنَّها تعد عائقاً عن زواج الموليِّ عليه بولاية الوليِّ الأقرب الغائب.

وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن أن يرتفع كثير من هذا الخلاف في الوقت الحاضر الذي تقدَّمت فيه وسائل الاتصال تقمماً مذهلاً، حتَّى إنَّه يمكن أخذ رأي موافقته خلال لحظات قليلة، حتَّى ولو كان في أقصى الأرض، عن طريق الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك، بل يمكن له توكيل غيره في الزواج إذا كان في انتظاره ما يفوت الكفء و بإمكانه الحضور في وقت قصير، وهكذا ما كان عسيراً في القديم واعتبر غيبة منقطعة، أصبح الآن من قبيل الحضور، وكأنَّه لم يغيب.

وعلى هذا لا بدَّ من تغيير مفهوم الغيبة المنقطعة، ويمكن تحديده بأنَّها التي تنقطع فيها أخبار الوليِّ تماماً ولا يمكن معرفة مكانه ولا توجد وسيلة للاتصال به، شريطة أن لا يصدر عليه حكم من القضاء بفقده، لتغير الحكم بالفقد عنه بالغيبة .

### ثانيا - حالة الفقد :

الوليّ المفقود هو الذي لا يعرف مكانه وانقطعت أخباره فلا يعرف حياته أو موته ، ولا ترجى عودته .

وتتعدّد حالات الفقد بحسب الظروف التي تحيط بالمفقود كحالات الحروب والحالات الاستثنائية كالأسر والحبس .

فإذا حُكِمَ على الوليّ الأقرب بالحبس لمُدّة طويلة لا يرجى معها إطلاق سراحه إلاّ بعد مضي وقت تتضرر فيه حتما المولي عليها بالانتظار، أو فُقِدَ في مكان لا يُعلم ولا تُرجى عودته لطول المدّة، وجبّى المكان، فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد؟، وكذا رأي الفقه الإسلامي فيه ؟.

#### 1- موقف المشرع الجزائري من حالة الفقد :

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحة سواء قبل التعديل أو بعده، على أنّ ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب، وباعتبار أنّ المفقود هو شخص غائب بالأساس فإنّ ما بيّناه في حالة الغياب ينطبق على حالة الفقد.

ولقد نصّ قانون الأسرة قبل التعديل وبعده في المادة (109): "على أنّ المفقود هو شخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم"، ولزوجته حقّ طلب الطلاق لتضرّرها بموجب المادة (112)، فالظاهر أنّ ولاية التزويج الثابتة له حتما تنتقل إلى الولي الأبعد، لرفع حالة الضرر اللاحق للمولي عليها في أمرزواجها .

#### 2- رأي الفقه الإسلامي من حالة الفقد :

إنّ المتتبع للآراء الفقهية في حالة الفقد والى من تنتقل ولاية التزويج؟، يجد أن هناك خلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

##### أ- آراء المذاهب الفقهية :

##### 1- المذهب الحنفي :

مقتضى مذهب الحنفية في هذه الحالة انتقال الولاية إلى الولي الأبعد، ذلك أنهم لا يقولون بنقل الولاية على أي حال إلى السلطان في حال الغيبة - وكذا الفقد - إلا إذا لم يكن هناك ولي، وهو موجود، فتنقل الولاية إليه<sup>1</sup> ، لأن السلطان ولي من لا ولي له .

## 2- المذهب الملكي:

وذهب المالكية إلى أن المفقود حياته مجهولة، ومن ثم فإن الإمام ينظر للمولي عليها ويعقد لها، هذا في ظاهر المذهب كما قال الرجراجي، وهناك رواية أخرى للإمام مالك ذكرها محمد بن المواز أن لأخيها أن يعقد لها برضاها.

وأما الأسير فإن الغيبة هنا إما كانت عن غلبة واضطرار، وإذا كانت كذلك فإن البنت لا تزوج إلا إذا دعت إلى النكاح، أو خيف عليها الفساد.

قال الرجراجي: "فإن كانت - أي الغيبة - على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت من حرز وتحصين ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح، فلا تزوج في غيبته إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز و لا كفاية ولا مؤنة معها، فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة دعت إلى النكاح أم لا"<sup>2</sup>.

ويمكن أن يتخرج المحبوس على ذلك في نقل الولاية إلى السلطان في حال خوف الفساد عليها أو الضياع، أما إذا لم يخف عليها ذلك فلا تزوج، لأن قواعد المذهب في هذه الحالة أن التي مات أبوها لا تزوج بحال حتى تبلغ، أو يخاف عليها الفساد قبل البلوغ، وهذه أبوها حي، فمن باب أولى لا تزوج إلا في حال خوف الفساد والضياع عليها أيضاً<sup>3</sup>.

هذا كله في الولي المجرى، أما غير المجرى فإن الغيبة القريبة له كحضوره وأما البعيدة فالسلطان يزوج معها، والمفقود والأسير والمحبوس يتحقق في حالتهم معنى هذه

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع السابق، ص.160.

2 - الحطاب ، محمد أبو عبد الله، المرجع السابق، ص.ص.249-250.

3 - إبراهيم عبد الكريم شوقي، المرجع نفسه، ص.161.

الغيبية بل أشد منها<sup>1</sup>.

### 3- المذهب الشافعي :

وذهب الشافعية إلى التفريق بين الحكم على المفقود بالموت وبين عدم الحكم عليه بذلك، فإذا حكم عليه بالموت انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، وإذا لم يحكم بعد بالموت، فالذي يزوج هو السلطان، لأن النكاح قد تعذر من جهة الولي فأشبهه ما لو عضل<sup>2</sup>. ويقاس على هذه الحالة الأخيرة حالة الأسر والحبس، ذلك أن النكاح هنا تعذر من جهة الولي فينتقل إلى السلطان<sup>3</sup>.

### 4- المذهب الحنبلي :

وذهب الحنابلة إلى أن المحبوس أو الأسير إذا كان لا يمكن مراجعتهم حتى ولو كانا في مسافة قريبة فيعاملان معاملة الغائب غيبية منقطعة، فإن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره، وهذا موجود هنا وحينئذ تنتقل الولاية إلى الأبعد<sup>4</sup>.

### 5- مناقشة الآراء الفقهية :

أ- يتفق الحنفية والحنابلة على أن الولي الأقرب المفقود تنتقل ولايته إلى الولي الأبعد على اعتبار فقده بمثابة غيبية منقطعة، إلا أنهما لم يوضحا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ب- الأمر نفسه مع المالكية لم يوضحوا، هل حكم على المفقود بالموت أم لا؟.

ج- الشافعية قالوا بانتقال الولاية للسلطان بالنسبة للمفقود الذي لم يحكم عليه بالموت، إلا أنهم جعلوا المحبوس كالأسير كالمفقود دون تمييز بينهم .

### 6- الرأي المختار:

أ- عند صدور الحكم بالموت على المفقود تنتقل الولاية للولي الأبعد.

1 - إبراهيم عبد الكريم شوقي المرجع والموضع السابقين .

2 - الرافعي، عبد الكريم أبو القاسم، المرجع السابق، ص.561.

3 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.230-231.

4 - البهوتي، منصور بن يونس، المرجع السابق، ص.2409.

ب- عند عدم صدور الحكم بالموت على المفقود، فإذا كان المفقود محبوسا وعرف مكانه وأمكن الإتصال به يمكن توكيل غيره، وأما إن كان أسيرا يتعذرا لإتصال به، لم ترفع عنه الولاية وأما يزوج القاضي.

### خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تمّ دراسته في هذا الفصل يمكن أن أخلص إلى مايلي :

إنّ التشريع الجزائري سار نحو منع ولاية الإيجاب وتثبيت ولاية الاختيار.

إنّ مراتب الأولياء في ولاية الإيجاب كانت محل اختلاف بين الفقهاء، حيث جعلها الحنفية لأقارب العصابات وقمّوا فيها الابن وفروعه عن الأب، في حين أثبتتها الشافعية للأب و الجد، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الإيجاب لا يكون إلا للأب أو وصيه.

يتفق الفقهاء على أن الولاية الإيجابية تثبت على من اتّصف بصفة الصغر والجنون أو ما في حكمهما، واختلفوا في ثبوتها على المرأة البكر البالغة العاقلة حيث تثبت عليها ولاية الإيجاب عند الجمهور، أما عند الحنفية فلا تثبت عليها بسبب بلوغها.

أما ولاية الاختيار فكانت عند الشافعية للأب والجد وباقي العصابات، وليس للابن ولاية اختيار وترتيبهم على النحو الآتي: الأبوة، الأخوة، العمومة، السلطان.

وعند الحنابلة لسائر العصابات بترتيب الميراث على النحو الآتي: الأبوة، البنوة الأخوة، العمومة، السلطان، في حين رتبّ فيها المالكية الأولياء حسب البنوة، فالأبوة، فالأخوة، ثم الجدود والعمومة والكافل غير العاصب، و القاضي، وكل مسلم بالولاية العامة.

لقد قيّد قانون الأسرة الجزائري سلطات الولي في زواج القصر وجعلها خاضعة لرقابة القاضي عن طريق طلب استصدار ترخيص يسمح بتزويجهم.

إتفق الفقهاء على منح الولي المجرى صلاحيات واسعة في تزويج القصر، على أن الحد الأقصى للصغر الموجب للإيجاب والسالب لإرادة المولي عليه في عقد الزواج يكون بالبلوغ العضوي .

المشروع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يوضّح دور الولي في عقد زواج مولّيته المرأة الراشدة، أما الأمر رقم 02/05 جاء متأثرا جزئيا بالمذهب الحنفي، حيث

قلّص من دور الولي في الولاية وجعلها بيد المرأة، فهي التي تعقد زواجها بنفسها وفي نفس الوقت هي التي تختار وليها وتفوضه للولاية، مكتفيا بحضوره في عقد زواجها، وأنّ غيابه لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.

عند جمهور الفقهاء يبرز دور الولي في عقد زواج موليته الراشدة قبل وأثناء العقد وذلك بإستئذان البكر واستئثار الثيب، وتولّي صيغة عقد الزواج، بينما عند الحنفية يبرز دوره بعد عقد المرأة زواجها بنفسها، وذلك بحقّه في الاعتراض وطلب الفسخ إذا أساءت الاختيار، بشرط أن يكون هذا الاعتراض قبل حملها أو ميلاد جنينها.

في قانون الأسرة المعدل رقم 02/05 تنقضي ولاية التزويج على الفتى والفتاة عند إكمال أهليتهما الموافقة 19 سنة كاملة من العمر وهي سن الرشد القانوني، أما عند الفقهاء بالبلوغ الطبيعي، بل يشترط مع البلوغ سلامة العقل من الجنون والعتة أو أي آفة عقلية في حكمهما.

أما المرأة البالغة لا تنقضي عليها ولاية التزويج حتى تتزوج، عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف تنقضي بمجرد بلوغها .

تدخلّ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 دون الأمر رقم 02/05 إلى منع العضل وإسقاط ولاية التزويج عن الولي ومنحها لغيره، ولم يحدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده الآثار المترتبة عن تخلف شرط من شروط الولي وكذا حالة تنازع الأولياء أو بسبب غياب الولي أو فقده .

يتفق الفقهاء على أنّ ولاية التزويج ليست وسيلة للتعسف والتسلط، بل هي على العكس من ذلك تماما، حيث شرعت لتدبير شؤون ومصالح المولي عليه، فإذا انحرف بها الولي عن هذا القصد تدخل الشرع لمنعه من ذلك بإسقاط الولاية عنه ومنحها لغيره.

وعند الفقهاء كذلك أنّ مقاصد ولاية التزويج تتحقق بتوافر مجموعة من الشروط في الولي، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه سقوط الولاية عنه وانتقالها للولي الذي يليه مرتبة .

وإذا حصل تنازع بين الأولياء ففي بعض الحالات تسقط عنهم ولاية التزويج وتنتقل إلى القاضي .

إن تسيير شؤون المُولي عليهم لا تتوقف على ولي واحد معين بالذات - إذا ما تعذر عليه القيام بمهامه بسبب الغياب أو الفقد أو الموت تعطلت مصالحهم - ، بل الأمر يتعلق بسلسلة من الأولياء إذا غاب الأول تقم الثاني.

وفي كل ما لا يوجد فيه نص قانوني أحال المشرع الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة التي جعلت الباب واسعاً أمام المذاهب الفقهية.

الخاصة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وماقته المشرع في أحكام الولاية، ومامدى ضبطه لنصوصها القانونية مقارنة بأحكامها عند فقهاء المذاهب الأربعة، تبين لي أن المشرع لم يستوف الموضوع حقّه في المعالجة والتقنين، وأن نصوص هذه الأحكام لم تأخذ حقها من التدقيق والوضوح والضبط كما فعل فقهاء المذاهب الأربعة على الرغم من اختلافهم في كثير من مسائلها .

ونظرا لأهمية أحكام الولاية في عقد الزواج وخطورة تقنينها وذلك لحاجة الناس للاحتكام إليها في أمر زواجاتهم، فإنني توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وجملة من المقترحات يمكن إجمالها في :

#### أولا: النتائج:

1. أحكام الولاية في عقد الزواج كثيرة ومتنوعة في الفقه الإسلامي، بينما المشرع الجزائري الذي قننه منها في قانون الأسرة قليل، لايتناسب وأهمية هذه الأحكام في حياة الناس حيث حصرها في مواد قانونية قليلة .

2.النص القانوني في أحكام ولاية التزويج لم يتبع بإجراءات جزائية إذ اقتصر على كونه قانونا أدبيا، وغياب الإجراءات عند المخالفة يجعل النص القانوني لافائدة منه ولايلتزم به إلا القليل.

3. بعض القواعد القانونية في أحكام الولاية في عقد الزواج إتّسمت بنوع من الارتجالية خاصة فيما تعلّق بمركز الولي في عقد الزواج، ففي قانون الأسرة رقم 11/84 لم تُعرف القيمة القانونية لركنية الولي من شرطيته، وكذا أثر تخلف الركن على العقد وأثر تخلف الشرط عليه.

4. كرس تقنين أحكام ولاية التزويج منع ولاية الإجماع والعمل بولاية الاختيار، وفي نفس الوقت إتّجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى إلغاء دور الولي في العقد، ففي الظاهر جعل منه ركنا في القانون رقم 11/84 ولكن لم تُعتد ولايته في التزويج، إلى شرط صحة في الأمر رقم 02/05 الذي جعل منه شرطا شكليا مع المرأة الراشدة دون أن يكون له تأثير وتوليّه عقد زواجها .

5. أغفل المشرع الجزائري في تعديله الأخير في قانون الأسرة إلى تقنين كثير من أحكام ولاية التزويج الضرورية، كأحكام شروط الولي والوكالة و العضل وتنازع الأولياء والغياب والفقد، إلا أنه حرص في نفس الوقت على ملء الفراغات التشريعية بالجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت الباب واسعا، أمام المذاهب الفقهية، وعلى القاضي أن يختار المذهب الفقهي الذي يراه مناسباً، الشيء الذي قد يؤدي إلى اختلاف أحكام ولاية التزويج في المسألة الواحدة عبر مختلف محاكم ربوع الوطن.

6. خرج التعديل في بعض أحكام ولاية التزويج عن المذاهب الفقهية الأربعة لما أعطى للمرأة الراشدة حرية اختيار أي شخص آخر بدل وليها الأب، لحضور عقد زواجها وبالتالي أفقد التوازن بين موقع الولي من جهة وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية بما يخلّ من مقاصد الزواج التي منها تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير حماية للزوجة حال الخلاف والنزاع كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تُهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها .

#### ثانيا:المقترحات:

المأمول من المشرع الجزائري في تعديله القادم لقانون الأسرة :

1. أن يعتمد في تقنينه لأحكام ولاية التزويج على الصراحة والوضوح والاختصار غير المخلّ، وضبط مصطلحاتها بما في ذلك الصياغة القانونية لهذه الأحكام وتوضيح القاعدة المراد تطبيقها.

2. تدعيم تقنين أحكام ولاية التزويج بجزاءات عند المخالفة، لأن العدالة لاتستطيع تحريك ساكن إذا اشتمل القانون على النواهي فقط دون أن يضع جزاءات للمخالفين.

3. الحرص على انسجام النصوص القانونية التي تعالج أحكام ولاية التزويج ورفع التعارض الذي قد يوجد بينها .

4. التأكيد على التقنين لشروط الولي الواجب توفرها فيه ولو في حدها الأدنى المتفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، وكذا تحديد نوع القرابة التي تثبت لها ولاية التزويج والأحكام التي تخص ترتيبهم في الولاية وانتقال الولاية عنهم سواء تعلق الأمر بالتنازع فيما

بينهم أو الغياب والفقء.

5. ضبط وتقنين معيار المصلحة والضرورة الذي يعتمده القاضي للترخيص بزواج القصر.

6. مع قناعتي بشرط الولي في عقد الزواج وأهمية مباشرته للعقد، ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب بل كذلك حفاظا على مصلحة المرأة، ولكي يكون القانون متسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج ويكون متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به، وبما يتفق مع العرف السليم عند الجزائريين في الزواج فيما يخص مكانة الولي في عقد الزواج، فأتي أقترح تعديل نص المادة(11) على النحو الآتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له. للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة. في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك أكون قد أزلت التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي، وموت بين ركن الرضا الذي يقضي تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي فيه المختلف على الركن والأثر، مع ما أثبتته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به، كما أكون بذلك قد حافظت على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو في نفس مرتبة الشخص الغريب، وفي ذلك مصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى.

7. ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة بما في ذلك أحكام الولاية في عقد الزواج إلى علماء القانون والشريعة المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية والشرعية، والإدراك للواقع وكراهاته، والارتباط بالمجتمع وهويته وأعرافه السليمة .

بصدء الحديث عن الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري ، ينبغي أن أشير في نهاية هذا البحث أن الأصل في أحكام ولاية التزويج هو إلتماسها من مصادر الشرع الإسلامي وأصوله والتمسك بحجبيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع واعتبار الولي شرطا أساسيا في الزواج، الذي

يضيف على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري، وما يحققه من جلب المصالح ودرء المفسد عن الأسرة والمجتمع.

ولكن بالمقابل أن المجتمع الجزائري يشهد تطورات وتغييرات في ميادين مختلفة اجتماعية ثقافية واقتصادية كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز فيها.

فكيف سيوازن المشرع الجزائري في تعديله المأمول لقانون الأسرة لاحقا، في تقنين أحكام ولاية التزويج مراعيًا في ذلك أصالة المصدر ومقتضيات العصر؟، وهي مسألة أراها جديرة بالدراسة والبحث.

الفهارس

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
<b>سورة البقرة [2]</b>		
10	35	﴿ وَقُلْنَا يَا آلِمَّ اسْكُنْ أَتَ وَزَوْجِكَ الْجَبَّةَ ﴾
22	107	﴿ ... وَمَلَائِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَّلِيِّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾
184-82-75	232	﴿ طَلَّاقُ الْمَرْءِ النَّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْهَهُ نَّ فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
76	221	﴿ ... وَلَا تَكُونُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
77	221	﴿ وَلَا تَكُونُوا الشُّرَكَاءَ حَتَّىٰ يَوْمِئِذٍ... ﴾
84	234	﴿ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنكُمْ وَاذِينَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ رُّوحِيًّا فَإِذَا بَلَغَ أَجُّهُنَّ نَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾
85-84	232	﴿ ... إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
87	234	﴿ ... فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
86	232	﴿ .. فَلَا تَحْضُوهُنَّ أَنْ يَكُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾
<b>سورة آل عمران [3]</b>		
114	173	﴿ ... وَقَالُوا حَبِّبْنَا لِلَّهِ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾
<b>سورة النساء [4]</b>		
168	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾
20	21	﴿ ... وَأَخْذَنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَظِيًّا ﴾
54	144	﴿ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ تُونِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴾
72	6	﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَمِنْ أُنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾
<b>سورة التوبة [9]</b>		
54	10	﴿ لَا يُقْبَلُ مِنْ فِي هَؤُلَاءِ إِلَّا وَ لَانِمَّةٌ ﴾

108 - 107 - 54	71	﴿ وَ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ﴾
<b>سورة هود [11]</b>		
114	56	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ... ﴾
<b>سورة الإسراء [17]</b>		
170	34	﴿ لَا تَقْوُوا وَمَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَلْبُغَ نُدَّهُ... ﴾
<b>سورة طه [20]</b>		
79	115	﴿ وَلَقَدْ عَهْدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِنْ قَبْلِي فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾
<b>سورة النور [24]</b>		
105-60	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ... ﴾
125	32	﴿ وَأَنْكُحُوا الْيَتَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَانِكُمْ... ﴾
156	59	﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الطَّمَّ قَلَيْتًا أُنذِرُوا كَمَا أُنذِرُوا الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾
<b>سورة الروم [30]</b>		
21	20	﴿ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا وَإِلَيْهَا رُجَعُكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾
<b>سورة ياسين [36]</b>		
106	12	﴿ ... وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾
<b>سورة محمد [47]</b>		
42	18	﴿ دَجَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾
<b>سورة الحجرات [49]</b>		
107	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ... ﴾
<b>سورة الطلاق [65]</b>		
134-73	4	﴿ وَاللَّائِي يَدُسُّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مَنْ نَسَأْتُمْ إِنْ رُتَبْتُمْ تَتَّهِنُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾

رقم الصفحة	طرف الحديث
55	رُفِعَ الْقَدَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْطُلَ.
59	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدِي عُلَّ وَوَلِيِّ مَرْتَدٍ.
60	لَا تُتَكَحَرُ النِّسَاءُ إِلَّا بِالْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْوَالِيَاءُ.
77	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي...
78	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ.
79	نِسِي أَدَمَ . ذَا سَيْتِ ذُرِّيَّتِهِ.
86	الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
87	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا.
104	الْتَّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ.
107	زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.
131	بُيُومُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ ، وَسَكَاتُهَا إِقْرَارُهَا.
132	الْتَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا.
182	إِذَا خَاطَبَ إِلَيْكُمْ مِنْ تَرْضُونَ ۖ وَخَطَبَهُ فَرَّجُوهُ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ قَدَنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ.
191	إِذَا أُتِكَ الْوَالِيَانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ.

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
74	عائشة أم المؤمنين	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : زَوَّجَ أُمَّ وَهَبِي بِنْتُ سِتِّ سَدِينِ ، وَأَخَذَتْ عَلَيْهِ وَهِي بِنْتُ تَسْعٍ ...
75	سليمان بن يسار	أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، زَوَّجَ ابْنًا لَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ ، وَابْنُهُ صَغِيرٌ يَوْمَئِذٍ .
76	حصن البصري	قال معقل بن يسار ، جِئْتُ أَخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، إِذَا قَضَتْ عِدَّتَهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ...
77	عائشة أم المؤمنين	يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ .
77	أم سلمة	ليس أحد من أوليائي حاضرا .
97	عائشة أم المؤمنين	أَنَّهَا زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمَنْذَرِ بْنِ الزَّبِيرِ ، وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ ...
82	عبد الرحمان بن القاسم	كُنْتُ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَخْطُبُهَا الْمَرْأَةُ مِنْ لَهْلَافَتِهَا ، فَإِذَا بَقِيَتْ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا : زَوِّجْ فَإِنَّهَا الْمَرْأَةُ لِاتْلِي عُقْدَةَ النِّكَاحِ .
80	عمر بن الخطاب	لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ السُّلْطَانَ .
80	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ، لِانْكَاحِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّ .
88	عائشة أم المؤمنين	قال : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ أَجْرْتُ مَا صَنَعْتُ لِي ...
89	علي بن أبي طالب	أجاز نكاح امرأة زوجها أمها برضى منها .
90	الشيبياني	عن بحريّة بنت هانئ بنت قبيصة أنّها زوّجت نفسها بالقعقاع بن شور ...
169	ابن عمر	عَرَضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَاجْزَيْتَنِي .

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.
  - كتب السنة
1. البخاري، محمد أبو عبد الله، صحيح الإمام البخاري، طبعة 1، جزء 7، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 2001.
  2. البيهقي، أحمد أبي بكر، السنن الكبرى، جزء 7، طبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  3. الترميذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة 1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  4. ابن الجزي، التحقيق في مسائل الخلاف، جزء 5، طبعة 1، مكتبة بن عبد البر، حلب، دمشق، سوريا، 1998.
  5. ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، جزء 2، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  6. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، جزء 3، طبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001.
  7. اللارمي، عبد الله أبو محمد، كتاب المسند الجامع، طبعة 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2013.
  8. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، جزء 6، طبعة 2، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2000.
  9. سليمان أبو داود، السُّنَنُ دَاوُدَ، سنن أبي داود، جزء 3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
  10. الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب مسند الإمام الشافعي، طبعة 1، شركة المطبوعات العالمية، لامكان طبع، 1909.
  11. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004.
  12. مسلم، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، جزء 1، طبعة 1، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

13. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء6، طبعة1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1979.
14. النسائي، أحمد أبو عبد الرحمان، السنن الكبرى، جزء6، طبعة1، مطابع قطر الوطنية، الدوحة، قطر، 2012.

• كتب التفاسير

1. الجصاص، أحمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء2، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
2. الرازي، محمد فخر الدين، تفسير الفخر الرازي الكبير، جزء6، طبعة1، دار الفكر، لا مكان طبع، 1981.
3. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، جزء2، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
4. القرطبي، محمد أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، جزء3، طبعة1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
5. ابن العربي، محمد أبو بكر، أحكام القرآن، جزء1، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، جزء1، طبعة2، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1999.
7. محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، جزء1، طبعة11، دار الصابوني، مصر، 2013.

• الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، جزء4، لا طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جزء2، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3. العيني بدرالدين، التَّيَّيَّةُ شرح الهداية، جزء5، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
4. الكاساني، علا الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، جزء3، طبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، جزء3، لا طبعة، دار الفكر العربي، لامكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، جزء3، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
7. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، جزء2، طبعة1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1897.
8. محمد بالعلاء الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جزء1، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

**ب- كتب الفقه المالكي:**

1. الباجي، سليمان أبو الوليد، كتاب المنتقى شرح موطا الإمام مالك، جزء3، طبعة2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
2. البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المَوْعُة، جزء2، لا طبعة، المكتبة التجارية، مكة، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
3. البَّناني، محمد بن الحسن، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، جزء3، طبعة1، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
4. ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، لا طبعة، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
5. الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، جزء3، طبعة1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2012.
6. الخطاب، محمد أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، جزء3، طبعة1، دارالرضوان، نواكشط، موريتانيا، 2010.
7. الخرشي، محمد أبو عبد الله، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء3، طبعة2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.

8. خليل بن إسحق، مختصر العلامة خليل، لا طبعة، دار الفكر، لامكان طبع، 1981.
  9. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، جزء 2، لا طبعة، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون ذكر تاريخ.
  10. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء 2، لا طبعة، دار إحياء الكتب العربية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  11. الرصاص، محمد أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، جزء 1، طبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
  12. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ، جزء 3، لا طبعة، المطبعة الخيرية، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
  13. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرحه على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
  14. علي العدوي، حاشية على شرح محمد الخرشني على مختصر سيدي خليل، جزء 3، طبعة 2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1899.
  15. الفندلاوي، يوسف أبو الحاج، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، جزء 2، طبعة 1، تونس، 2009.
  16. مالك أبو عبد الله، ابن أنس، المدونة الكبرى، جزء 4، لا طبعة، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون ذكر تاريخ.
  17. النَّفْرَاوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، جزء 2، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
1. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، جزء 7، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991.
  2. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، جزء 4، طبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1996.
  3. الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

4. الأنصاري زكريا، الجمل على شرح المنهج، جزء1، لاطبعة، دارلحياءالتراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
  5. البغوي، محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، جزء5، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  6. الرفاعي، عبد الكريم أبو القاسم، العزيز شرح الوجيز، جزء7، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
  7. الرملي، بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء6، لاطبعة، دار الكتب العلمية، لامكان طبع، 1993.
  8. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، طبعة2، مكتبة نزار مصطفى البار، الرياض، السعودية، 1997.
  9. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، جزء6، طبعة1، دارالوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
  10. الشرييني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جزء3، طبعة3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
  11. الماوردي، علي أبو الحسن، الحاوي الكبير، جزء9، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- د - كتب الفقه الحنبلي:
1. البُهُوتي، منصورين يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء7، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
  2. البُهُوتي، منصورين يونس، شرح منتهى الإرادات، جزء1، طبعة1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
  3. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، جزء2، طبعة1، مؤسسة السلام، دمشق، سوريا، 1958.
  4. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوض المُبِعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء2، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع، 1976.

5. العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الرُّوضِ المُبَيِّعِ شرح زاد المُتَدَقِّعِ، جزء6، طبعة1، لا ناشر، لامكان طبع،1978.
6. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المُغْنِي، جزء7، لا طبعة، دار الكتاب العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
7. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الرَّاجِحِ من الخِلافِ، لا طبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، 2004.

• كتب أصول الفقه

1. الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، جزء2، طبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
2. ابن رشد، محمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء2، لا طبعة، دارالجيل، بيروت، لبنان، 2004.
3. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لا طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004.
4. القرافي، شهاب الدين أبو العباس، كتاب الفروق، جزء3، طبعة1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001.
5. ملاحيدون، بن أبو سعيد، شرح نور الأنوار على المنار، جزء2، لا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
6. النسفي، حافظ الدين، كشف الأسرار، جزء2، لا طبعة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• كتب اللغة

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا طبعة، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1998.
2. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصِّحاح، جزء5، طبعة2، بيروت، لبنان، 1979.
3. الرازي، محمد بن أبو بكر، مُختار الصِّحاح، لا طبعة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

4. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، جزء7، لا طبعة، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1969.
5. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، طبعة8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.
6. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، لا طبعة، المكتبة لبنان، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
8. سَعُود جُبران، الرائد، طبعة7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، جزء2، لا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.

• الكتب :

1. إبراهيم عبدالكريم شوقي، الولاية في عقد النكاح، طبعة1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
3. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، لا طبعة، دار المعارف، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
4. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2014.
5. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة2، مطبعة دارالتأليف، القاهرة، مصر، 1961.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، جزء1، لا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
7. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، لا طبعة، دار الفجر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
8. الجويني، أبو المعالي، غِيَاثُ الأُمَمِ فِي إِتْيَابِ الظُّلْمِ، طبعة1، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، بدون ذكر تاريخ.

9. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، لا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
10. حسين فراج أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، لا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.
12. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة، طبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1991.
13. سالم بن عبد الغني الرافي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، طبعة 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2002.
14. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جزء 7، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، لا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر تاريخ.
17. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 3، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2011.
18. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، طبعة 1 ، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
19. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج، طبعة 1، الدار الدولية، القاهرة ، مصر، 2004.
20. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة، طبعة 1، دارالكتاب الحديث، درارية، الجزائر، 2012.

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، طبعة 2، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، جزء 6، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
23. عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، طبعة منقحة، دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
24. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، 2004.
25. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
26. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، لطبعة، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
27. العربي بلحاج، قانون الأسرة، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20123.
28. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997.
29. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، طبعة 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
30. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، لطبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
31. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، طبعة 1، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011.
32. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، أحكام أهل الذمة، جزء 1، طبعة 1، رمادي للنشر، الدمام، السعودية، 1997.
33. كريم بوكان أبو بكر، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية، لطبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

34. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، لطبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
35. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، طبعة 1، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
37. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، طبعة 3، دار الفكر العربي، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
38. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، لا طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر تاريخ.
39. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية، طبعة 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2001.
40. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، لا طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
41. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، لا طبعة، لا ناشر، لا مكان طبع، بدون ذكر تاريخ.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، لا طبعة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
43. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.

46. محمود المصري، الفقه الميسر للمرأة المسلمة، طبعة 1، دار التقوى، شبرا الخيمة، مصر، 2012.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، جزء 1، طبعة 2، دارالقلم، دمشق، سوريا، 2004.
48. نبيل إبراهيم سعد، المَنخَل إلى القانون، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
49. نور الدين الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، لا طبعة، دار الكتب العلمية، لا مكان طبع، 1993.
50. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، طبعة 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

• الرسائل الجامعية

1. أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1998-1999.
2. الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1974-1975.
3. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
4. هجرس بولبداوي، الولاية بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

• القوانين

1. الدستور الجزائري الأول الصادر بتاريخ 10/09/1963.
2. الدستور الجزائري الثاني الصادر بتاريخ 22/11/1976.
3. الدستور الجزائري الثالث الصادر بتاريخ 23/02/1989.
4. الدستور الجزائري الرابع الصادر بتاريخ 28/11/1996.

5. القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالنصوص القانونية من بقايا التشريع الفرنسي في الجزائر.
6. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسن الزواج.
7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.
8. القانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/16.
9. الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970.
10. الأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 1973/07/05 الذي ألغى القانون رقم 62-157.
11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
12. الأمر رقم 76-79 يتضمن قانون الصحة العمومية المؤرخ في 1976/10/23.

• المجلات

1. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزائر الصادرة 1968، جزء 1.
2. المجلة القضائية الجزائر سنة 1990، عدد 1.
3. المجلة القضائية الجزائر سنة 1992، العدد 3.
4. المجلة القضائية الجزائر سنة 1994، العدد 3.
5. المجلة القضائية الجزائر سنة 1996، عدد 2.
6. المجلة القضائية الجزائر سنة 2002، العدد 2.
7. المجلة القضائية الجزائر سنة 2003، عدد 2.
8. المجلة المحكمة العليا الجزائر سنة 2007، العدد 2.
9. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1.

10. فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، دراسات قانونية، (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 05، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، نوفمبر 2009.

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	مقدمة
07	الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج
09	المبحث الأول: تعريفات الزواج
09	المطلب الأول: تعريف الزواج
09	الفرع الأول: تعريف اللغوي للزواج
11	الفرع الثاني: التعريف الشرعي (الأصولي) للنكاح
12	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للزواج
12	الفرع الأول: التعريف القانوني للزواج
13	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للزواج
22	المبحث الثاني: مفهوم ولاية التزويج وبيان أنواعها
22	المطلب الأول: تعريف ولاية التزويج
22	الفرع الأول: التعريف اللغوي للولاية
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للولاية
26	المطلب الثاني: بيان أنواع ولاية التزويج
26	الفرع الأول: أقسام الولاية عموما
30	الفرع الثاني: أنواع ولاية التزويج
31	خلاصة الفصل التمهيدي
34	الفصل الأول: أركان الولاية في عقد الزواج
36	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .
36	المطلب الأول: التكييف القانوني والفقهي الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج
41	فرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
51	المطلب الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج
51	الفرع الأول: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

54	الفرع الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي
62	المبحث الثاني: أساس وأسباب ولاية التزويج
62	المطلب الأول: أساس ولاية التزويج
62	الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
69	الفرع الثاني: أساس ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
95	المطلب الثاني: أسباب ولاية التزويج
95	الفرع الأول: أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري
103	الفرع الثاني: أسباب ولاية التزويج في الفقه الإسلامي
118	خلاصة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وبيان حالات انتهائها
123	المبحث الأول: آثار ولاية التزويج
123	المطلب الأول: النظر في زواج المولي عليه
123	الفرع الأول: ولاية الإيجاب
138	الفرع الثاني: ولاية الاختيار
150	المطلب الثاني: دور الولي في عقد الزواج
151	الفرع الأول: دور الولي في زواج القصر
156	الفرع الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة
166	المبحث الثاني: حالات انتهاء ولاية التزويج
167	المطلب الأول: حالات انقضاء ولاية التزويج
167	الفرع الأول: انقضاء ولاية التزويج بالبلوغ إلى مرحلة الرجولة
174	الفرع الثاني: انقضاء ولاية التزويج بالإفاقة من الجنون
176	الفرع الثالث: انقضاء ولاية التزويج بسبب الأنوثة
177	المطلب الثاني: حالات فقد ولاية التزويج وانتقالها
178	الفرع الأول: في حضور الولي الأقرب
192	الفرع الثاني: في غياب الولي الأقرب

202	خلاصة الفصل الثاني
204	الخاتمة
210	الفهارس
215	قائمة المصادر والمراجع
229	فهرس الموضوعات

