جامعة العقيد أكلى محند أولحاج -البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett

قسم القانون الخاص

الولاية في عقد الزواج بين الإجبار والإختيار
دراسة فقهية وقانونية

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطلبة:
- مداحي منيرة
- بن سعدية مسعودة

إشراف الأستاذ:
- بن قوية مختار

لجنة المناقشة

الأستاذ: بطاطاش نذير		رئيسا
الأستاذ:	**بن قوية مختار**	**مشرفا ومقررا**
الأستاذ : بغدادي ليندة		ممتحنا

تاريخ المناقشة:2015/06/16
السنة الجامعية:2015/2014

كلمة شكر

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف **"بن قوية مختار"**

الذي لم يبخل ولو لحظة في توجيهنا وإرشادنا طيلة مدة انجاز هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى اللجنة المحترمة.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والإمتنان إلى كل من ساعدنا من بعيد أو

قريب في انجاز هذا العمل .

© Ladie Lynn

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى اللّذين قال فيهما الله عزّ وجلّ

"وقضى ربّك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه وبالوالدين إحسانا"

إلى نبع الحنان والبرّ والإحسان

إلى وردة الرّيحان**"امي الغالية"**

إلى صاحب البرّ الجميل ومنفذ الخير العميم

إلى تاج رأسي **"أبي الغالي"**

إلى أعز وأغلى أخ "كمال" إلى أخى الأكبر سعيد الذي كان سندا لي ولأهلي حفظه الله

وإلى كل من محمد، رشيد، طيب، حمزة.

وإلى أختي زينب وصارة وإلى زوجة أخى وهيبة وإلى فؤاد إبن أخى الذي أتمنى من الله أن يحفظه ويرعاه ويجعله ولدا صالحا إن شاء الله

إلى رفيقة دربي وصديقتي الغالية "منيرة" وإلى كل الزميلات والزملاء

إلى كلّ من ساعدني في إتمام هذا العمل المتواضع

مسعودة

إهـــداء

باسم خالق الكون أبدي شكري إلى رافع السموات وباسط الأرض وباعث الروح، أحمد الله رب العالمين الذي علم بالقيم وشرح الصدر وهدى القلب وبنعمته أكملت هذا العمل المتواضع.

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من قال عنها رسول الله صلي الله عليه وسلم أن الجنة تحت قدميها، إلى من تعبت لأجل راحتي، وسهرت الليالي لأجل نجاحي، ودعت المولى عز وجل لأتمكن من تحقيق أحلامي،

أمي العزيزة حفظها الله وصانها برعايته.

إلى كل من كان سندا لي في توجيهي وإرشادي، إلى من دفعني نحو طريق العلم

أبي الغالي رحمه الله

كما اهديها إلى إخواني " صادق وعبد الكريم"

إلى أخواتي: آسيا ، نوال ، حيزية ، ونورة زوجة أخي

وأزواجهنّ: عمار، أحمد، بوعلام.

إلى الكتاكيت الصغار: ريان، ماريا وأنيس، محمد إسحاق

إلى عماتي وأخوالي خاصة خالي سعيد

إلى صديقتي الغالية مسعودة التي شاركتني في هذه المذكرة

"منيرة"

تعتبر الولاية في عقد الزّواج السلطة أو الصلاحية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليه وتولي إبرام العقد عليه[1].

ويقسم الفقهاء الولاية في الزّواج إلى قسمين أساسين وهما: ولاية الإجبار، وولاية الإختيار، فولاية الإجبار هي ولاية الأب أو الجد أو من يكون قائما على الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة[2]، والمعتوه والمعتوهة[3]، وعلى الفتاة البكر [4]، ويكون الولي في هذه الولاية سيّد الموقف بحيث يستبد بإنشاء عقد زواج المولى عليه دون الرجوع إليه وأخذ رأيه.

أمّا ولاية الإختيار تكون للولي على المرأة البالغة العاقلة بحيث يشاركها في إختيار الزّوج المناسب ويتولى هو تنفيذ صيغة العقد بدلا عنها، وباعتبار الزّواج نظام إلهي شرعه الله تعالي لخير البشر ولمصلحة الأسرة والمجتمع، وكذلك للحفاظ على حقوق العاجزين عن التصرف.

ولمّا كان للزواج في الشّريعة الإسلامية هذه الأهمية البالغة فقد عنى به الشّارع الحكيم عناية خاصة لم تتوفر في غيره من العقود وهذا نظرا لأهمية وخطورة هذا العقد، بحيث نظّم أحكامه والأسس التي يقوم عليها لقوله تعالي: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ.﴾ [5].

---

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق أخر التعديلات، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص238.

[2] – المجنون: هو المختل عقليا وينشأ عن جنونه إضطراب وهيجان.

[3] – المعتوه: هو ضعيف العقل وينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك.

[4] – البكر: العذراء التي لم تفتض والرجل من لم يقرب إمراة بعد وأول ولد فتاة كان أو صبيا، ومن كل شيء أوله.أنظر كريم سيد محمد محمود، معجم الطلاب الوسيط(عربي–عربي)، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن ، باب الباء، ص61.

[5] – سورة الروم، الآية 21.

أمّا المشرع الجزائري فقد قام بتنظيمه معتمدا في ذلك على ما جاءت به الشّريعة الإسلامية من أحكام، فقد عرّف لنا الزواج في المادة 4 من ق أ ج" الزّواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشّرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتّعاون وإحصان الزّوجين والمحافظة على الأنساب".

أمّا في المادة 9 مكرر أورد لنا شروط قيام عقد الزّواج والمتمثلة في: أهلية الزّواج، الصداق، الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشّرعية[1].

وما يهم موضوع بحثنا في هذا المقام هي الولاية في عقد الزّواج بين الإجبار والاختيار، فبالرجوع إلى أحكام الولاية طبقا للقانون 1984 نجد في المشرع اعتبر الولي ركنا أساسيا من أركان عقد الزواج و لا يصح زواجها إلا بحضور الولي الذي يندرج لزومه ضمن إطار الولاية الإجبارية، فقد كانت سلطة الأب هي المسيطرة على العقد.

و نظرا لتطور الوعي الثقافي لدى المجتمع خاصة بعد خروج المرأة للدراسة و العمل و ظهور منظمات حقوق الإنسان و التي تنادي بضرورة المساواة بين الرجل و المرأة في كل الميادين ونظرا لهذه العوامل التي أثرت على المشرع الجزائري فقد قام بتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 و شمل التعديد عدة مواد من بينها أحكام الولاية في الزواج و هي المادة 07 من قانون 84-11 كذلك المادة 11 من نفس القانون و قام بإلغاء المادة 12 قانون الأسرة 11/84 غير أن هذا التعديل الأخير اثار ضجة كبيرة حول مسألة الولي في عقد الزواج بين مؤيد و معارض.

ولقد كان هذا الموضوع محل خلاف بين الفقهاء حول مسألة الإجبار والإختيار في عقد الزّواج فبعضهم كالمالكية، والشّافعية، والحنابلة، يمنح للولي الصّلاحية الكاملة في تولي زواج المولى عليها وذلك دون موافقتها ورضاها، والبعض الأخر كالحنفية يقولون أنّه ليس

---

[1] – المواد 4،7، 9،11 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن ق أ ج، الج الر العدد15.

للأب أو غيره إجبار المولى عليها على الزّواج إلاّ برضاها واختيارها والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم." **لا تنكح الأيِّم حتى تستأ مر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها قال : أن تسكت**"[1]. ولقد أجمع الفقهاء على أنّ الولاية في الزّواج شرط صحة في زواج الصغير والمجنون ولو كان كبيرا، أمّا المرأة البالغة العاقلة فقد إختلف الفقهاء فيها بين وجوب الحصول على موافقتها ورضاها بالزّواج وبين إجبارها عليه.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع بالأساس إلى:

الولاية في الزّواج لها أهمية بالغة في حياة المجتمع والأسرة لما يترتب عليها من الحفاظ على الأبناء من الضيّاع وحفظ حقوقهم، لذلك جعلها الله سبحانه وتعالى على ناقصي الأهلية وعديمها فالله تعالى جعل المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض أي يتناصرون ويتعاضدون فيما بينهم[2]. بدليل قوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۚ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ.﴾ [3].

- إنّ الزواج من الموضوعات الهامة في حياة المسلم إذْ به نحافظ على النسل، وتكوين العائلة والولاية في الزواج أمر مهم جدا في إنشاء عقد الزّواج، وهناك من العلماء من يعتبره شرطا لإنعقاد الزواج و هذا ما انتهجه المشرع الجزائري في التعديل الأخير 02/05
- شرعت الولاية في عقد الزّواج حتى تكون ضابطا في اختيار الأزواج، وكذلك لحفظ حقوق العاجزين عن التصرف لعدة أسباب منها:

---

[1]– " أبى عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ط3، دار عباد الرحمن، مصر،2008، الحديث رقم 5136، ص 639.

[2]– إسماعيل ابن عمر ابن كثير، تفسير القرآن، د ط، دار طيبة، د ب ن، 1422هـ، 2002م، ص175.

[3]– سورة التوبة الآية 71.

الجنون، العته، الفتاة البكر، البنت الصغيرة وذلك لجهلها لأمور الزّواج وقلة التجربة في الحياة أي أنها ليست ذات خبرة في الأمور المتعلقة بالرجال، لذلك جُعِلَ أمر زواجها لوليّها حفظا لكرامتها وصونا لشرفها فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال الرسول صلى الله عليه وسلم " **أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطلا، فنكاحها باطل** "[1].

وكذلك من بين أهم الأسباب التي أدت بنا إلى تناول هذا الموضوع (الولاية في عقد الزّواج بين الإجبار والاختيار فقها وقانونا) هي:

- الرغبة في البحث في الموضوع نظرا لقلة الدراسة فيه.
- الرغبة في البحث في الموضوع والإستفادة منه.
- الرغبة في التّعرف على المشاكل الاجتماعية التي تواجه المجتمع خاصة فيمن له حق الولاية في الزّواج.
- التّعرف على الآثار المترتبة على تجاهل الولي في عقد الزّواج خاصة بعد التعديل الأخير لق أ ج 05-02 والذي يمنح الحق للمرأة الراشدة في إعطاء هذا الحق لمن ترغب حسب نص المادة11 الفقرة1 المعدلة من ق أ ج.

- **الدراسات السابقة:**

من الكتب التي تناولت هذه البحث نجد:

- " المغني" لابن قدامه بحيث تعرض لموضوع الولاية بذكر أراء الفقهاء وأدلتهم.
- " الولاية على النفس": للإمام محمد أبو زهرة.

[1]- نقلا عن : أبى عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، مشكاة المصابيح، ج1، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010، ص 575.

من الرسائل الجامعية نجد:

- " ولاية الإجبار": للطالب إسماعيل أحمد علي بن ياسين والذي ركز على جانب واحد في دراسته وهو ولاية الإجبار فقط.
- شيهاني سمير، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

- **المنهج المتبع:**

المنهج التحليلي، والمقارن بين الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية.

ولمعالجة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

متى يكون لأطراف عقد النكاح الحق في الإستغناء عن رأي الولي و متى يكون هؤلاء الأطراف مذعنين بالأخذ برأي وليّهم؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نعتمد الخطة التالية:

بحيث قسمنا موضوع البحث إلى فصلين أساسيين، ويندرج ضمن كل فصل مبحثين، بحيث تكلمنا في الفصل الأول عن ولاية الإجبار في عقد الزّواج فقها وقانونا كعنوان للفصل، ويحتوي على مبحثين بحيث تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم ولاية الإجبار في عقد الزّواج فقها وقانونا، وفي المبحث الثاني تكلمنا عن حالة انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد.

أمّا في الفصل الثاني: تكلمنا عن مفهوم ولاية الإختيار في عقد الزّواج فقها وقانونا كعنوان للفصل، ويحتوي على مبحثين كذلك بحيث تكلمنا في المبحث الأول عن مفهوم ولاية الإختيار في عقد الزّواج فقها وقانونا، أمّا في المبحث الثاني تطرقنا إلى مسألة إستئذان الولي للمرأة البالغة العاقلة.

يعتبر موضوع الولاية في الزواج من بين أهم المواضيع التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية و القانون ، وذلك نظرا للغرض الذي شرعت من أجله كحفظ حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من الأسباب، كفقدان الأهلية أو نقصانها وذلك رعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر.

وبما أنّ الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، فإنّه في حالة وجود أشخاص عاجزين عن رعاية مصلحهم كناقصي الأهلية وعدميها فقد أقام لهم الشارع الحكيم من يحقق لهم النّفع ويدفع عنهم الضرّر.

والولاية تنقسم إلى عدة أقسام: ولاية على النّفس، وولاية على المال، والذي يهمنا في هذا المقام، الولاية على النّفس باعتبار الولاية في الزّواج جزء من الولاية على النّفس ونظرا لأهمية هذا الموضوع فإنّنا سنقوم بدراسته من النّاحية الشّرعية والقانونية وذلك من خلال تقسيم موضوع البحث إلى مبحثين أساسين بحيث خصصنا المبحث الأول لدراسة مفهوم ولاية الإجبار في عقد الزواج فقها وقانونا، أمّا المبحث الثاني خصصناه لدراسة حالات إنتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد.

المبحث الأول

مفهوم ولاية الإجبار في عقد الزواج

نتناول في هذا المبحث مفهوم الولاية الإجبارية في عقد الزّواج فقها وقانونا، بحيث نبيّن الأسباب التي تثبت بها هذه الولاية، ثم نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجبار في عقد الزّواج وهل أخذ بها أو لم يأخذ؟ ثم نبيّن الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجبار وعلى من تقع.

المطلب الأول

تعريف ولاية الإجبار وأسبابها في الفقه

الفرع الأول: تعريف ولاية الإجبار

أولا: الإجبار لغة

الإجبار مصدر: أجبر بمعنى: الإكراه، الإلزام، القصر.

يقال أجبر الرجل عدوّه على الأمر يُجْبِرُهُ إجْبَارا، فالرجل مَجْبِرُ وعدوّه مُجْبَرُ: أكرهه حمله على فعل مايريد بالجبر والإكراه[1].

ثانيا: التعريف الشرعي و الاصطلاحي

1- التعريف الشرعي:

"يقصد به حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل، تحقيقا لحكم الشرع، أما الإجبار في الزواج فهو مباشرة الولي العقد نافذا على المولى عليه، دون التوقف على إذنه ورضاه"[2]

2- التعريف الإصطلاحي:

هي " ولاية الأب أو الجد أو المقربين على الفتاة البكر، والصغير والمجنون وفيها يستبد

1- عصام نور الدين، معجم الوسيط، (عربي- عربي)، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، باب الألف، ص48.
2- أحمد حسين فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص109.

الولي بإنشاء العقد على المولى عليه لا يشاركه أحد"[1].

وتعرف ولاية الإجبار كذلك:

"ولاية ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد زواج من له ولاية عليه، دون التّوقف على إذنه ورضاه، ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه وإختياره هو دون أن يرجع إلى من له الولاية عليه، فالمولى عليه لم يكن له إختيار في هذا الزواج"[2].

وتعرف أيضا:

" ولاية يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته، بغير إذنه ورضاه"[3].

وتعرف ولاية الإجبار أيضا:

"هي الولاية التي يكون فيها للولي الحق في أن يزوج غيره بمن يختاره، رضى الغير بذلك أم لم يرضى وهي بهذا ولاية كاملة ويسمى صاحبها ولي مجبر.... ولا تثبت إلا على فاقدي الأهلية وناقصها، كالصغير والمجنون والمعتوه[4].

من خلال هذه التعريفات يتبيّن لنا:

بأن الولاية الإجبارية في عقد الزواج هي حق مطلق للولي فقط، فله مطلق الصلاحية في أن يستبد بتزويج المولى عليه بغير إذنه ورضاه ودون الرجوع إليه وإستشارته.

وهذه الولاية تثبت على فاقدي الأهلية وناقصيها.

1- العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وأثارها في ق.أ. ج ، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص401.

2- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2007، ص250.

3- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات، -دراسة فقهية ونقدية مقارنة - د ط، دار الجامعة الجديدة، ، مصر، 2010،ص 84.

4- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما ، د ط ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ، لبنان، 2009، ص 36.

الفرع الثاني: أسباب ولاية الإجبار في الزواج

تثبت ولاية الإجبار في الزواج بأحد الأسباب التالية:

أولا: القرابة

تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه إمّا قرابة قريبة كالأب والجد والإبن، أو قرابة بعيدة كابن الخال وابن العم[1]، وهي عند الحنفية تثبت للأقارب العصبات الأقرب فالأقرب، لأنّ النّكاح إلى العصبات، كما روي عن علي رضي الله عنه وذلك على الترتيب التالي: البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة، المعتِق، الإمام والحاكم، ثم يأتي بعد هؤلاء العصبة النسبية ثم السلطان أو نائبه وهو القاضي[2].

وشرط التقدم عند الحنفية شيئان[3]:

أولا: العصوبة[4] فتقدم العصبة على ذوي الرحم، سواء كانت هذه العصبة للأقرب أو للأبعد لأنّها أصل الولاية.

ثانيا: قرب القرابة بحيث يتقدم الأقرب على الأبعد سواء كان في العصبات أو في غيرها فمادام ثمة عصبة فالولاية لهم يتقدم الأقرب منهم على الأبعد. وفي حالة عدم وجود العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم، الأقرب منهم يتقدم على الأبعد، لأنّها ولاية نظر، وتصرف الأقرب أنظر في حق المولى عليه لأنّ الولي الأقراب يكون أشفق وأحن على المولى عليه، لذلك يتقدم على الأبعد ويكون أولى منه. كما أنّ ولاية القرابة وإن كان استحقاقها بالتّعصيب فالأبعد لا يكون عصبة مع الأقرب فلا يلي معه، وإن كان استحقاقها بالوراثة وهو قول أبو حنيفة فالأبعد لا يرث مع وجود الأقرب فلا يكون وليا معه، فمثلا إذا اجتمع الأب والجد في الصغير والصغيرة

1- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 ص187.

2- الكاساني، بدائع الصنائع،ج2، ص 240.

3- المرجع نفسه، ص 249، ص 250.

4- **العاصب:** الوارث، وهم الذكور الذين لا ينتسبون لقريبهم بواسطة الأنثى وحدها.

والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة، فالأب أولى من الجد (أب الأب) لوجود العصبة والقرب، والجد أبو الأب وإن علا أولى من الأخ لأب والأخ لأم والأخ أولى من العم وهكذا.....

وعند أبو يوسف [1] ومحمد[2]: الجد والأخ سواء كما في الميراث فإنّ الأخ لا يرث مع الجد عندهم فكان بمنزلة الأجنبي، وإن اجتمع الأب والابن في المجنونة، فا لابن أولى عند أبو يوسف، وقال محمد الأب أولى به.

ثانيا: الإمامة

وهي ولاية الحاكم ومساعديه من القضاة وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة، ولقد كان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونها بأنفسهم، إلى أن اتسعت رقعة الدولة الإسلامية، وانشغل الخلفاء بأمور السياسية العامة فأصبحت هذه الولاية من توابع القضاء[3]

شروط ولاية الإمامة

- أن لا يكون هناك ولي أصلا لقوله صلى الله عليه وسلم: "فالسلطان ولي من ولي له"[4].

- عضل الولي للنرأة البالغة العاقلة، إذا طلبت الإنكاح من كفء وجب عليه تزويجها منه لأنّه منهى عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع فقد أضرّ بها، والإمام نُصِبَ لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه[5].

1- أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم الكوفي، ولد سنة 113هـ، قاضي القضاة في عهد الرشيد، كان له الفضل في مذهب أبو حنيفة في تدوين أصوله ونشر أرائه في أقطار الأرض توفى سنة182 هـ، أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ج1، ص 30.

2- محمد بن الحسن الشيباني ولد سنة 132 هـ بواسط، نشأ بالكوفة، وكان نابغة من أذكياء العلم ومجتهدا، صنّف التصانيف الكثيرة التي حفظ بها فقه أبو حنيفة ، توفى سنة 189 هـ. أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، ص30.

3- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة للنشر والتوزيع، مصر، د س ن، ص 105.

4- أبى عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، سنن ابن ماجة، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية، ص 327.

5- الكاساني، المرجع السابق، ص 252.

ثالثا: الإيصاء

إختلف الفقهاء في ولاية الإيصاء في النكاح[1]:

قال مالك: يكون الوصي ولياً في النكاح، لأنّ الوصي نائبه حتى بعد الوفاة، غير أنّ الشافعي لم يجز ولاية الوصي، وسبب خلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها أم لا ؟ ولهذا السبب إختلفوا في الوكالة في النكاح.

أمّا الجمهور فقد أجازو ولاية الوصي إلاّ أبو ثور[2]، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء عندهم، لأنّ الوصي وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت".

ويشترط المالكية في وصي الأب عند عدم الأب ثلاثة شروط[3]:

1. أن يكون الأب قد عيّن الزّوج للوصي، بأن يقول له زوجها من فلان أو يأمره بجبرها صراحة.
2. أن يأمره بالزّواج دون أن يعين له الزّوج، كأن يقول له زوجها ممن أحببت.
3. أن يقول له: أنت وصي على بنتي، أو بناتي، أو بعضهن.

وإن كان لقاصر الأهلية ولي عاصب لا يجوز له الإيصاء، لأنّ الولاية للعاصب، فتعيين الوصي مصادمة لحكم الشّارع، وإن لم يكن للقاصر ولي فيجوز الإيصاء لأنّه تكون له ولاية خاصة فتقدم على ولاية القاضي العامة، ولا تكون هناك مصادمة لحكم الشارع[4].

ويقول ابن حزم الظّاهري في المحلى: " لا إذن للوصي في الإنكاح أصلا، لا لرجل ولا لامرأة صغيرين كانا أو كبيرين لأن الصغيرين من الرجال والنساء لا يجوز أنْ ينكحه أب ولا

1- إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2، ط6 ، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، 1982، ص 13.

2- **أبو ثور**: إبراهيم بن خالد أبي اليمان الكلبي البغدادي، ويكنى بأبى عبد الله ولد سنة 170 هجري، له مؤلفات عديدة منها أحكام القرآن، والمبسوط في الفقه، توفي سنة 240 هجري

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص202.

4- محمد أبو زهرة، محضرات في عقد الزواج وأثاره، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص165.

غيره، وأنّ الأنثى منهما لا يجوز أن ينكحها إلا الأب وحده، وأما الكبيران فلا يخلوان من أن يكونا مجنونين أو عاقلين، فإن كانا مجنونين فلا ينكحهما أب ولا غيره، وأما العاقلان البالغان فلا يجوز أن يكون عليهما وصي، ويوافقه في ذلك أبو حنيفة والشافعي. ومن أوصى إذا مات أن تزوج إبنته البكر الصغيرة أو البالغة، فهي وصية فاسدة لا يجوز تنفيذها، ودليل ذلك: الصغيرة إذا مات أبوها صارت يتيمة وقد جاء النص بأن لا تنكح اليتيمة حتى تستأذن عن أبو هريرة قال: **قال رسول صلى الله عليه وسلم: « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها»**[1]، وأما الكبيرة فليس لأبيها أن يزوجها في حياته بغير إذنها فكيف بعد موته، وقد صح عن الرسول أنّه قال: "إذا مات أحدكم انقطع عمله إلاّ من ثلاث وليست الوصية من تلك الثلاث وهذا قول أبو حنيفة والشافعي وأصحابهم"[2]

رابعا: الولاء

وولاية الولاء نوعان:

أ. ولاية عاتقة.

ب.ولاية موالاة.

فولاية العتاقة

هي الحق الشّرعي الذي يثبت للمعتق على عتيقه، حتى إنّه يرثه به، وله أن يزوجه إذا كان العتيق صغيرا، أو مجنونا، أو معتوها، وشرط ثبوت هذه الولاية أن يكون المعتِق عاقلا بالغا[3].

أما ولاية موالاة:

"هي الحق الذي يثبت لشخص إثر العقد الذي يعقده مع أخر على أن ينصره ويزود عنه ويغرم عنه إذا جنى ويرثه إذا مات"[4].

1- نقلا عن: محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ط الأخيرة، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، سوريا، د س ن، ص137، التبريزي، المرجع السابق، مشكاة المصابيح، ص576.

2- ابن حزم المحلى، ج9، ص 463.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ، ص 187.

4- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 159.

فله ولاية التّزويج وهو قول أبو حنيفة عند انعدام سائر الورثة لأنّه أخر الورثة، وعند أبو يوسف و محمد ليس له ولاية التّزويج أصلا لأنّ العصوبة شرط عندهما ولم توجد[1].

خامسا: الملك

هي الولاية التي تثبت للسيد على مملوكه، فله تزويج عبده أو أمته جبرا عنهما، ويتوقف نفاذ زواجهما على إذنه، وشرط ثبوت هذه الولاية للسيد: أن يكون عاقلا بالغا، فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولا الصبي قبل البلوغ، على تزويج العبد أو الأمة[2].

المطلب الثاني

موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجبار

يتّضح موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 13 المعدلة بموجب الأمر 05-02 والتي تنص:« لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يّزوجها بدون موافقتها».

وبالتّالي فالأب لا يمارس ولاية الإجبار على ابنته القاصر ولم يذهب إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لزواج القصر.

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يأخذ كذلك بولاية الإجبار عليها، بل اعتبر رضاها وجعله ركنا أساسيا في عقد الزّواج وهذا من خلال المادة 9 المعدلة بالأمر 05-02 والتي تنص:« ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزّوجين». ورتّب على تخلفه البطلان من خلال نص المادة 33 المعدلة بنفس الأمر السالف الذكر:" يبطل الزّواج إذا إختل ركن الرضا" كذلك جاء في المادة 11 الفقرة 1 المعدلة بنفس الأمر: « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره» فالمرأة الراشدة حسب هذه المادة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها بحضور وليّها أو أي شخص أخر تختاره، فالمشرع وضع حدا نهائيا للنقاش حول مدى

1-الكاساني، المرجع السابق، ص.252

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 187.

سلطة الولي في إجبار من هي في ولايته على الزّواج من شخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو طاعن في السن.

كما أنّ الولي إذا أجبر ابنته وأبرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزّواج فإنّ مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له، لدى المصالح الوطنية الإدارية لكونه مخالفا لأحكام المادة 97 من ق. الحالة المدنية المادة: « الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج»[1].

التي تشترط لصحة زّواج الجزائريين المنعقد في الخارج الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لا لمكان عقد الزّواج، حيث نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جملة من الشروط لازمة لإنعقاد الزّواج صحيحا وهي ما جاء النّص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02 والتي تنص :

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- الشهدان.
- إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

بالإضافة إلى رضى الزّوجين والمنصوص عليه في المادة 9 من ق أ ج، أي أن شرط إنعقاد زواج صحيح طبقا للقانون الجزائري هي : توفر الرضا والأهلية وموافقة الولي و المهر

1- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

بالإضافة إلى خلو الزّوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة وهو ما جاء النص عليه في المادة 23 من ق أ ج[1].

المطلب الثالث

صاحب الحق في ولاية الإجبار

سنتطرق في هذا المطلب إلى صاحب الحق في ولاية الإجبار، أي من تثبت لهم ولاية الإجبار في تزويج المولى عليه، ونبيّن الأشخاص الذين تقع عليهم هذه الولاية وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: من تثبت له ولاية الإجبار

إختلف الفقهاء في هذه المسألة، على إختلاف مذاهبهم وهذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: المذهب الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن ولاية الإجبار تثبت للعصبات ولذوي الأرحام من الأقارب، غير أنّهم اختلفوا في المدى الذي تنتهي عنده ولاية القرابة، فقال محمد: أنّها تكون للعصبة بالنسب، فإن لم يكن أحد منهم كانت الولاية للعصبة السببية، فإذا لم تكن هذه العصبة أيضا كانت الولاية للسلطان أو القاضي، وعلى هذا لا يكون لأحد من الأقرباء غير العصبات ولاية الإجبار[2].

وقال الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف: « إنّ ولاية الإجبار كما تكون للعصبات الأقرباء تكون لغير العصبة منهم، لكن الأقرباء غير العصبة مؤخرون في الترتيب عن العصبة النسبية والعصبة السببية أيضا» [3].

1- المواد 9،9 مكرر، 23 ق أ ج من الأمر 05-02 السالف الذكر.

2 -الكاساني، المرجع السابق، بدائع الصنائع، ج2 ص 240، ص 241.

3 – نقلا عن: محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند إبن تيمية في الزواج وأثاره، مج 1، ص217.

ثانيا: المذهب المالكي والحنبلي

تثبت ولاية الإجبار عند مالك للأب أو وصيه في التّزويج، بينما إشترط أحمد بن حنبل وهو الذي ينتمي في ولاية الوصي بالتّزويج أن يكون الأب قد عيّن الزّوج [1].

ثالثا: المذهب الشافعي

أثبت الشافعي ولاية الإجبار للأب والجد على الصغير والصغيرة، وعلى البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة، وعلى المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثّيب[2] إنّها تشفى من علتها إذا تزوجت أو يكون المجنون يمشي خلف النساء، ففي هذه الحالة يتولى الإجبار الحاكم إذا لم يكن لهما أب أو جد، ولم يثبت الشافعية حق التّزويج الإجباري إلا في الحدود السابقة الذكر[3].

واستدل الأئمة الثلاثة، مالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل في قصرهم الولاية على الأب، أو الأب والجد على رأي الشافعي: أنّ الولاية الإجبارية لا تثبت إلاّ لحاجة المولى عليهم، والصغير والصغيرة ، والمجنون والمجنونة، ليسوا في حاجة إلى الزّواج، وعند ثبوت الحاجة في المجانين وغيرهم (الصغير والصغيرة) تثبت، ولكون الأب وافر الشفقة على أولاده ويعرف مصلحتهم فتثبت له الولاية لكمال شفقته، والآثار الواردة في زّواج الصغار كانت ولاية الزّواج فيها للأب والجد. فالجد في نظر الشافعي كالأب في كثير من الأحكام، ولذلك ألحقه به، ولا يقاس غير الأب والجد على الأب لأنّه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار لناقصي الأهلية أو عديمها فلا تثبت له قياسا[4].

أما الحنفية في إعتبارهم الولاية لكل العصبات فقد أثبتوا قولهم بالقرآن، والسنة.

1- محمد أبو زهرة، أحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، مصر 1948، ص111.

2- **الثيب:** التي تزوجت وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها أنظر لسان العرب، باب الثاء، ص 525.

3 -محمد أبو زهرة، المرجع السابق، الولاية على النفس، ص167.

4- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 111.

أ/ في الفقه الإسلامي:

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاء قُلِ اللّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاء اللَّاتِي لاَ تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[1].

ذكرت عائشة رضي الله عنها أنّها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليّها، ويرغب في نكاحها، ولا يقسط لها في صداقها فهذا يدل على أنّ اليتيمة أي الصغيرة التي مات أبوها قد يرغب وليّها في نكاحها، ولا يعطيها مهر مثلها، والولي الذي يتزوجهن لابد أن يكون غير ذي محرم كإبن العم مثلا. فهذا يدل على أنّ العصبات جميعا لهم ولاية التّزويج، واللّوم الذي جاء في الآية للأولياء الذّين يتزوجون من يكونون في ولايتهم من غير أن يعطوهنّ مهر مثلهن [2].

ولقد زوّج النبي صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة من ابن أبي سلمه وهما صغيران.

ب/ في القانون الجزائري:

أما بالنسبة لمن يتولى زواج القصر في ق أ. ج فقد جاء النّص عليهم في المادة 11 الفقرة 2 من ق.أ. ج والمعدلة بموجب الأمر 05- 02 « دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

فقد جعل المشرع الجزائري ولاية تزويج القصّر للأب أولا ثم الأقارب الأولين ثم القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

كما نصّ في المادة 13 من نفس القانون على أنّه: « لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزّوجها إلاّ بعد الحصول على موافقتها وإذنها». فمن خلال هذا النص يتبيّن لنا بأنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بولاية الإجبار، فقد ألغى ولاية الإجبار (المادة 12 ملغاة بموجب الأمر 05-02) وعدلت بالمادة 13

1- سورة النساء، الأية 127.

2- إبن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج 9، دار المعرفة، لبنان، د س ن، د ب ن، ص 125.

ق.أ، ج والتي تمنع الولي من إجبار القاصرة على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها إلاّ بعد الحصول على موافقتها وإذنها، فالمشرع الجزائري لم يوافق الشريعة الإسلامية فيما يخص زواج القاصرات بحيث جعل الولاية عليهنّ ولاية إختيارية وهذا ما يفهم من نص المادة13 ق أ ج المعدل بالأمر 05-02 فحسب هذه المادة لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزّواج بل حتى بالنسبة للفتاة البكر[1]. فالمشرع الجزائري في هذا الخصوص خرج من المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي إلاّ أنه لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية فيما يخص الولاية على القاصرة، فالولاية على القاصرة في المذهب الحنفي ولاية إجبارية بينما إعتبرها المشرع الجزائري ولاية إختيارية.

الفرع الثاني: من تثبت عليهم ولاية الإجبار

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإجبار، كما إختلفوا في علة الإجبار هل هي الصغر أم البكارة؟ على الأوجه التالية:

أولا: ولاية الإجبار عند الحنفية

تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية على فاقد الأهلية، وهو المجنون، والمعتوه، والصبي غير المميز، والمجنونة والمعتوهة، كما تثبت على ناقص الأهلية، وهو الصبي المميز، والمعتوه غير المميز، أمّا الصغير والصغيرة فسبب ثبوتها عليهما هو الصغر الذي هو سبب العجز، ولذلك وجدت الولاية الإجبارية لسد هذا النقص. وقال بعض الفقهاء أنّ علة ثبوت الولاية على الصغيرة هي البكارة فما دامت قائمة، فولاية الإجبار ثابتة عليها[2].

1- المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128 ، م ق، 2003، عدد 2، ص 267، نقلا عن العربي بالحاج، المرجع السابق، ص237.

2 -الكاساني، المرجع السابق، بدائع الصنائع، ج2 ، ص 241.

ثانيا: ولاية الإجبار عند المالكية

تثبت ولاية الإجبار عند المالكية بأحد سببين: البكارة، والصغر، فيقع الإجبار للبكر وإن كانت بالغا، وللصغيرة وإن كانت ثيبا، غير أنه يستحب إستئمارها[1].

ثالثا: جمهور الفقهاء

تثبت ولاية الإجبار على فاقد الأهلية، وهو المصاب بالعته، أو المجنون والصبي والصبية دون التمييز كما تثبت على ناقص الأهلية ذكرا كان أو أنثى[2].

وذهب فريق أخر من العلماء إلى القول:

أنّ ولاية الإجبار تكون على المصاب بالعته، أو الجنون من البالغين فقط، ولا تكون على الصغار أبدا، والصغير والصغيرة لا يزوجا حتى يبلغا، وينسب هذا القول إلى ابن شبرمة[3]، وأبو بكر الأصم[4]، أمّا الإمام الشافعي قال: لا تجبر البنت الصغيرة إذا كان الولي غير الأب أوالجد[5].

واستدل أصحاب هذا الرأي بالقول:

إنّ الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، إذ لا تظهر أثاره إلاّ بعد البلوغ فلا حاجة إليه قبله، وأساس ثبوت هذه الولاية هو حاجة المولى عليه، وحيث لا حاجة للصغير في الزواج فلا تثبت فيه على الصغار ولاية [6].

---

1 –وهبة الزجلي، المرجع السابق، ص 189.

2– الكاساني، المرجع السابق، بدائع الصنائع، ج2 ص241.

3– **ابن شبرمة:** هو عبد الله بن الطفيل (أبو حسان) وابن شبرمة الضبي الكوفي الفقيه التابعي، المتوفى سنة 144هـ. أنظر فقه الأسرة عند ابن تيمية، لمحمد بن أحمد الصالح ص 218.

4–**أبو بكر الأصم:** هو عبد الرحمن بن كيسان البصري الفقيه الأصولي والإمام الكلامي المعتزلي، صاحب المقالات في الأصول، وهو صاحب إمامه ورياسة في حياته، وشيخ جماعة كبيرة من علماء أهل البصرة، ليس هناك تحديد لتاريخ وفاته. أنظر فقه الأسرة عند ابن تيمية في الزواج وأثاره لمحمد بن أحمد الصالح ، ص 218.

5– المرجع نفسه، ص 240، السرخسي، المبسوط، ج 4، ص212.

6– محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 218–219.

وإستدل أبو بكر الأصم، وابن شبرمة بقوله تعالى:«وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ »[1]. فجعلت هذه الآية بلوغ سن، النكاح أمارة على انتهاء الصغر، ولا ثمرة للعقد قبل البلوغ، وفي إثباته قبله ضرر بالصغير، فلو جاز التّزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة. ولأنّ ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجتها لذلك حتى إنّ فيما لا تتحقق فيه حاجة لا تثبت الولاية كالتبرعات، ولأنّه لا حاجة للصغيرة في النّكاح لأنّ المقصود من النّكاح هو قضاء الشهوة ومن النّاحية الشّرعية المحافظة على النّسل والصغر ينافيهما، كما أنّ عقد الزّواج يعقد طيلة العمر وتلزم الصغيرة بأحكامه حتى بعد البلوغ لذلك لم يجز لأحد أن يلزمها به إذ لا ولاية لأحد عليها بعد البلوغ [2].

واستدل الجمهور على صحة تزويج الصغار من القرآن الكريم.

بقوله تعالى: " وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ "[3]. إن الله تعالى جعل عدة للصغيرات إذا طلقهن أزواجهنّ بعد الدخول بهنّ فعدتهنّ ثلاثة أشهر، وهذا دليل على صحة زواج الصغيرات، إذ لا عدة إلاّ من فرقة في زواج صحيح[4].

وقد بيّنت السنة النبوية الشريفة من الأحاديث الصحيحة والثابتة بحصول زواج الصغار فعن عائشة رضى الله عنها قالت:" **أنّ النّبي صلى الله عليه وسلم تزّوجها وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين قال هشام: وأنبئت أنّها كانت عنده تسع سنين**"[5].

واستدل الجمهور كذلك على صحة تزويج الصغار من الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم[1]:

عنهم[1]:

1- سورة النساء، الأية 6.

2- السرخسي، المرجع السابق، ص212.

3-سورة الطلاق، أية 4.

4- أبى يحي محمد إبن صمادح التّجيبي، مختصر تفسير الطبري، د ط، دار بن الهيثم، مصر، د س ن، ص 557، ص558.

5- نقلا عن إبن حجر العسقلاني، المرجع السابق، فتح البارى، ص 116

فعن قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير رضي الله عنه يوم ولدت وقال: إن مت فهي خير ورثتي و إن عشت فهي بنت الزبير.

وزوّج ابن عمر بنتا له صغيرة من عروة إبن الزبير، وزوج عروة إبن زبير بنت أخيه من ابن أخته وهما صغيران.

وما يعاب في أدلة القائلين بمنع تزويج الصغار، أنّها ليست مقنعة وليست قوية، فقوله تعالى: " وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ" [2]. أي إختبروا عقولهم وأفهامهم وصلاحهم وإذا بلغوا النكاح أي الحلم وأحسستم ورأيتم منهم صلاحا في عقولهم وإصلاحا في أموالهم فدفعوا إليهم أموالهم[3]، وهذا لا يمنع صحة زواج الصغار لورود الأدلة الصحيحة والصريحة من السنة النبوية الشريفة بتّزويج الصغار، وإنّما الآية جاءت لتبيّن لنا الحد الفاصل بين الصغر، وبين الرشد الذي تنتهي به الولاية، فيكون الإنسان قادرا على التّصرف في ماله، وكون العقد لا تظهر ثمراته إلاّ بعد البلوغ، فإنّه لا يمنع ثبوت الولاية المالية كشراء عقار لا يغل إلاّ بعد البلوغ والحاجة إلى النّكاح ثابتة في الصغر، لأنّه لا يضمن توافر الكفء في كل وقت، فقد يوجد في الصغر ويفوت بعد الكبر. لذلك كان الإحتياط لمصلحة الغير يقتضي بصحة تزويجه [4].

وبهذا فالقول بصحة عدم تزويج الصغار مخالف للأدلة الشرعية وإجماع الصحابة [5].

وخلاصة القول في تزويج الصغار فإنّ الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها.

أما في ما يخص زواج المجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة، والسفيه، فقد إختلف فيهم الفقهاء كذلك:

1- السرخسي، المرجع السابق، ص212.

2- سورة النساء الآية 6.

3- أبى يحي محمد إبن صمادح التّجيبي، المرجع السابق، ص 77، ص78.

4- محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 219.

5- الكاساني، المرجع السابق، ص 240.

أولا: الولاية في زواج المجنون والمجنونة

1- مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى القول: بأنّه يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يزوج المجنون الكبير والمجنونة الكبيرة سواء كانت بكرا أو ثيّبا، والأصل عندهم أنّ الولاية تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا، أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ، وإذا طرأ الجنون لم يجز للولي التّزويج وهو قول زفر[1].

2- مذهب المالكية:

يجوز تزويج المجنون والمجنونة ونحوهما في حال الصغر أو الكبر، ولو ثيّبا لعدم التميز أمّا إذا كان المجنون أو المجنونة ممن يفيق أو تفيق من جنونها أحيانا فإنه ينتظر إفاقته (ها) لتستأذن ولا تجبر، وذلك إذا لم يكن في تزويج المجنونة ضرر عادة كتزويجها من ذي عاهة، جنون وبرص ممّا يرد به الزّوج شرعا[2].

وجاء في مدونة الفقه المالكي: "يجوز للأب جبر المجنونة ومن بها نقص في عقلها لفقد الأهلية، فإن كانت تفيق وهي ثيب بالغة إنتظرت إفاقتها ولا تزوج بغير إذنها"[3].

3- مذهب الشافعية:

لا يجوز تزويج المجنون الصغير أو الكبير إلاّ لحاجته للزّواج أي كأن يكون في زواجه شفاء من مرضه، ويزوجه إمرأة واحدة فقط، ويزوجه الأب أو الجد لوفور شفقتهما على المجنونة الصغيرة أو الكبيرة، إن ظهرت مصلحة في تزوّيجها. ولا تشترط الحاجة قطعا فإن لم يكن أب أو جد لم تزوج في صغرها فإن بلغت زوّجها السلطان[4].

1- نفسه، ص 241.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص 183.

3- الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ص 562.

4- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص183، ص184.

4- مذهب الحنابلة:

لسائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال، ففي تزويجها مصلحة لها لدفع ضرر الشّهوة عنها وصيانتها من الفجور. وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم، وغير ذلك من قرائن الأحوال، كذلك إذا قال أهل الطب أنّها تشفى من علتها بتزويجها، وإذا لم يكن للمجنونة ولي زوجها الحاكم[1].

فإذا إحتاج المجنون البالغ إلى الزواج أو لغيره كالخدمة، زوّجه الحاكم عند عدم الأب والوصى، ولا يجوز التّزويج إذا لم يكن المجنون والمجنونة بحاجة إلى هذا الزواج لأنّه إضرار بها بلا منفعة[2].

ثانيا: الولاية في زواج المعتوه والمعتوهة

ليس لغير الأب ووصيه تزويج المعتوه والمعتوهة وهو قول لمالك، وقيل للحاكم تزويجه أو تزويجها إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهنّ ويريدهنّ، كذلك بالنسبة للمجنونة إذا كانت تتبع الرجال وهو قول الشافعي. لأنّ ذلك من مصلحته ومصلحتها وليس لهما حال ينتظر فيها إذنهما، كذلك ينبغي تزويجهما إذا قال أهل الطب إنّ في تزويجهما ذهاب لعلتهما، لأنّ ذلك من أعظم مصالحهم. أمّا إذا لم يكن للمعتوه أو المعتوهة حاجة في الزّواج لم يجز تزويجه (ها) لأن في عدم حاجتهما للزّواج إضرار بهما بإلزامهما حقوقا لا مصلحة لهم فيها. كما قيل أنّه ليس للأب تزويجه أي المجنون بأي حال لأنّه رجل فلم يجز إجباره كالعاقل وهو قول أبو بكر الأصم[3].

1- إبن قدامة، المرجع السابق، ص389.

2- وهبة الزحيلي، نفسه، ص184.

3- إبن قدامة، المرجع السابق، ص 392.

ثالثا: الولاية في زواج السفيه والسفيهة

السفيه: هو المبذر لماله المضيّع له على خلاف ما يقتضيه العقل والشّرع، كأن يشتري الشيء التافه بالمال الكثير، أو يبيع سلعة ثمينة بالّثمن القليل[1].

وللولي تزويج السفيه والسفيهة إذا علم حاجتهما إلى النّكاح لأنّ الولي نصب للحفاظ على مصالحهم والزواج من مصلحتهم، فبه يصونون دينهم وعرضهم ونفسهم فربما تعرضوا بترك التّزويج للّإثم بالزنا والحد وهتك العرض، وسواء علم بحاجتهم بقولهم أو بغير قولهم وسواء كانت حاجتهم إلى النكاح أو إلى الخدمة. وإن لم يكن لهم حاجة في الزواج لم يجز تزويجهم[2].

وجاء في حاشية الدسوقي:" إذا كان الزّوج سفيها يجبر على الزواج إذا خيف عليه الزنا، ولم يترتب على زواجه مفسدة، ويكون الصداق على الأب إن كان الأب المُجْبِرُ فإن كان المجبر القاضي أو الوصي، فالصداق على الزوج، إلاّ لشرط بخلاف ذلك"[3].

وأجاز الحنابلة نكاح السفيه، و لا يتزوج إلاّ بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلب الزيادة لأنّها محاباة بماله ولا يملكها وإن نقص مهر المثل جاز لأنّه ربح من غير خسران.

وإذا تزوج السفيه بغير إذن وليّه صحّ النّكاح وهو قول أبو بكر الأصم، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه إستئذان وليّه لم يصح تزويجه إلاّ بإذنه لأنّه محجور عليه فلم يصح التّصرف بغير إذنه كالعبد[4].

وجاء في القوانين الفقهية أنّه:" إذا تزوج السفيه بغير إذن وليه أمضاه إن كان سدادا، وإلاّ ردّه. فإن ردّه قبل البناء فلا صداق، وبعده ربع دينار"[5].

1- سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النّفائس للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 1997، ص127.

2- إبن قدامة،المرجع السابق، ص396.

3-حاشية الدسوقي دار إحياء الكتب ج2،سوريا ب.س.ن ص245.

4- إبن قدامة، المرجع السابق، ص396.

5-أبى القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص331.

ونجد أن من تثبت عليهم ولاية الإجبار لهم الخيار في حالتين:

خيار البلوغ، وخيار الإفاقة: ثبوت خيار البلوغ والإفاقة أي حق الشّخص الفسخ عند زوال القصر وهو رأى أبو حنيفة ومحمد، وأبو يوسف في القول الأول، أمّا القول الأخير فالنكاح من غير الأب والجد والإبن بعد تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل لا خيار للقاصر في فسخه بعد زوال القصر. وذلك كون الولي نائبا عن القاصر فكأنّ القاصر هو الذي عقده، ولأنّ العقد فيه مصلحة ظاهرة وأقرّ الشارع تنفيذه لهذه المصلحة فلا يصح فسخه، وإنّما يكون الخيار لدفع الضرر. واحتج الطرفان بأنّ النّبي صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار لإبنة عمه حمزة لما زوجها من إبن أبي سلمة، وقد وردت الأثار في ثبوت الخيار عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وهذه الأضرار لا تضمن ملاحظتها من قبل الأب والجد والإبن، لذلك كان للقاصر بعد زوال قصره أن يلاحظها بنفسه فيعطى حق طلب الفسخ إن وجد ضرر من هذا النوع[1].

وإذا ثبت الخيار بالبلوغ أو بالإفاقة فإنّه لا يتم الفسخ إلاّ بشرطين[2]:

- ألاّ يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط حق الخيار.
- لا يتم الفسخ إلاّ بحكم القاضي.

المبحث الثاني

حالات انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد.

تناولنا في هذا المبحث حالة انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، بحيث تطرقنا إلى مسألة عضل الولي الأقرب موليّته من الزّواج بغير حق شرعي، ثم إلى مسألة غياب الولي الأقرب عن موليّته سواء كانت الغيبة قريبة أو بعيدة، وفي الأخير تطرقنا إلى مسألة ولاية السلطان أي الحالات التي تنتقل فيها ولاية الزواج إلى السلطان.

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ص168، ص169.

2 محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص163.

المطلب الأول:

مسألة عضل الولي الأقرب موليته

إن مسألة عضل الولي الأقرب موليته، وعدم تزويجها هي من أهم مسائل هذا البحث، وقبل التطرق إلى بيان من يزوجها في حالة عضلها من قبل وليها الأقرب، ينبغي أن نبين أولا معنى العضل لغة وشرعا، ثم بيان حكمه.

الفرع الأول: معنى العضل

1/ العضل لغة:

هو الشدة، والمنع، والتضييق، يقال: أعضل بي الأمر إذا ضاقت عليك فيه الحيل، ومنه العضل- بفتح العين المهملة والضاد المعجمية -كل لحم مكتنز في عصب لقوته وشدته.

ومنه الداء العضال الذي أعيا الأطباء علاجه، والأمر العضال الذي استغلق حله ولم يهتد لوجهه، كما تسمى الشدائد المعضلات.

ويقال عضّلت-بتشديد الضاء المعجمية -المرأة أو النّاقة بولدها إذا التوى في رحمها ونشب وتعسر خروجه.

وعضل عليه في أمره تعضيلاً: ضيَّق من ذلك وحال بينه وبين ما يريد ظلما، وعضَّل بهم المكان ضاق، وعَضَّلَتِ الأرض بأهلها إذا ضاقت بهم لكثرتهم، وعضل عن الشيء: ضاق ومنه قول الشاعر:

ترى الأرض منَّا بالفضاء مريضة مُعَضَّلةٌ منَّا بجمع عَرَمْرِمِ[1].

وفي حديث ابن عمر: قال له أبوه: زوجتك امرأة فعضلتها، أي أنّك لم تعاملها معاملة الأزواج لنسائهم، والعضل في الزواج عند ابن منظور:" هو عضل الرجل أيّمه، إن منعها إلى التزويج ظلما "[2].

1- ابن منظور، لسان العرب، باب العين ج33، ص 2988- ص 2989.

2- نفسه، ص 2988.

2/العضل في الإصطلاح:

هو منع الولي المرأة التي تحت ولايته من النكاح تعنتا وظلما ومن غير وجه مصلحة"[1].

3/ العضل شرعا:

« فهو امتناع الولي من تزويج موليته بغير حق شرعي، كإمتناعه من تزويجها بكفء رضيته» [2].

وجاء في المغني لإبن قدامة في معنى العضل:" هو منع المرأة من التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه"[3].

وجاء في حاشية الدسوقي في معنى العضل كذلك:" هو امتناع الولي ولو أبا غير مجبر الإجابة بكفء رضيت به، لو دعت لكفء ودعا وليها لكفئ غيره، كان كفؤها أولى أي أوجب فيتعين كفؤها ويأمره الحاكم بتزويجها"[4].

الفرع الثاني: حكم العضل

لا خلاف في تحريمه لأنه نوع من الظلم الذي يتنافى ومشروعية النكاح، إذ هي ولاية نظر وإحسان، لا ولاية قهر واستبداد وإذلال[5]. كما أن الفقهاء اتفقوا على أنه ليس للولي أي عضل وليته إذا دعت إلى الكفء، و بصداق مثلها، وفي حالة عضلها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها[6]. وفي حالة تكرر العضل من الولي يصبح فاسقا، لأنه ارتكب معصية صغيرة، وخرج من كونه وليّا إلى ظالمٍ ورفع الظلم موكول إلى القاضي[7]. و القرآن الكريم نهى الأولياء عن عضل النساء، وهو منعهن من الزواج بمن يخترن من الأزواج[8]، ويؤكد ذلك ما ورد في

1- الغرياني، المرجع السابق، مدونة الفقه المالكي، ص 567.

2- عوض ابن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج2، ط1، الجامعة الإسلامية، مصر، 2002، ص37.

3- ابن قدامة، مغني، ج7، ص368.

4- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص 231- ص232.

5- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق ، ص140.

6- أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص15.

7- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص216.

8- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرآة وكيفية مواجهته، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، مصر 2011،ص 232.

سبب نزول هذه الآية:"وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ "[1]، قال علي إبن أبي طلحة عن إبن عباس: نزلت هذه الاية في الرجل يطلق إمرأته طلقة او طلقتين، فتنقضي عدتها، ثم يبدوا له أن يتزوجها وأن يراجعها، وتريد المرأة ذلك فيمنعها أولياؤها من ذلك فنهى الله أن يمنعوها[2].

كذلك من السنة النبوية الشريفة: "ما روى البخاري في صحيحه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت في شأنه قال: زوجت أختا لي من رجل، فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها؟ لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به وكانت تريد أن ترجع إليه وحاجتها إليه فأنزل الله هذه الأية فقلت الأن أفعل يا رسول الله قال صلى الله عليه وسلم: " زوجها إياه"[3].

ومن الأدلة كذلك على منع العضل:

عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال الرسول صلى الله عليه وسلم" فإن إشتجروا[4] فالسلطان فالسلطان ولي من لا ولي له"[5].

قال الرسول صلي الله وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"[6].

الفرع الثالث: تزويجها إذا عضل الولي

إذا عضل الولي الأقرب المولى عليه من التّزويج بغير حق شرعي انتقلت الولاية إلى القاضي، لأنه إذا امتنع عن أدائه بغير حق يكون ظالما، وللقاضي ولاية رفع الظلم.

1- سورة البقرة، الأية 230.

2- إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن، ج1، د ط، دار طيبة، د ب ن، ص 632.

3- صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 5130.

4- **إشتجروا:** فإن إشتجروا، الضمير العائد على الأولياء الدال عليه ذكر الولي، والمراد بالإشتجار، منع الأولياء عن العقد عليها، وهذا هو العضل، وبه تنتقل الولاية إلى السلطان، إن عضل الأقرب، وقيل بل تنتقل إلى الأكبر، وإنتقالها إلى السلطان مبني على منع الأقرب والأبعد وهو محتمل، أنظر الشوكاني، نبل الأوطار ،ج6، ص 143.

5- سنن إبن ماجة، المرجع السابق، ص327.

6- نقلا عن: محي الدين أبى زكرياء يحي ابن شرف النووي الدمشقي الشافعي، شرح الأربعون النووية، د ط، دار الهدى الجزائر، ص131.

صور العضل[1]:

- إذا كان الولي شديدا يخشاه الخطاب ويهابونه.
- إذا كان يمتنع من تزويجها خوفا على نفسه.

وقد إختلف الفقهاء بعد ذلك في: متى يكون إمتناع الولي بحق أو بغير حق؟ وذلك تبعا لإختلاف الاجتهادات الفقهية فيما هو أصلح للمرأة، وفيما يكون تصرف من الولي في حدود ولايته شرعا.

وأهم ما استقرا ذكره عند الفقهاء هو امتناع الولي من تزويجها بكفئها أو لنقصان مهر مثلها ؟ فيتفقون على أنّ الولي إذا امتنع من تزويجها بخاطبها الكفء الذي رضيته فهو عاضل لها. أمّا إذا كان الخاطب الذي رضيته غير كفء لها، فلا يعد امتناع الولي من تزويجها به عاضلا لها. أمّا إن رضيت المرأة بالتّزوج بأقل من مهر مثلها فليس لوليّها الإمتناع طلبا لمهر مثلها وذلك عند الجمهور ووافقهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية. أمّا أبو حنيفة فقال: لهم منعها من التّزويج بدون مهر مثلها، لأنّ عليهم في ذلك عار وفيه ضرر على النساء لنقص مهر مثلهن. ولأنّها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى، ولأنّ النّبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه إلتمس ولو خاتما من حديد وقال لامرأة زوجت بنعلين أرضيت بنعلين من نفسك؟ قالت نعم فأجازه النّبي. وأما قولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فعن عمر رضي الله عنه قال: لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى كان أولاكم بها رسول الله ويعني بذلك "غلو الصداق" فإن رغبت بكفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها، وأما إن طلبت التّزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها، وكذلك لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح [2].

1- أحمد فراج حسين، مرجع السابق، ص170.

2- إبن قدامة، المرجع السابق، ص368-ص 369.

ويرى المالكية أن العضل يتحقق في مسألتين[1]:

- إذا طلبها كفء ورضيت به، طلبت التّزويج به أم لا.
- إذا دعت لكفء ، ودعا وليّها إلى كفء أخر.

فإذا دعت المرأة لكفء ودعا وليها لكفء غيره كان كفؤها أولى أي أوجب، فيتعيّن كفؤها و يأمره الحاكم بتزويجها، فإذا كان في امتناعه وجه صحيح ورآه الحاكم صوابا ردّها إليه، وإن لم يبد له وجها صحيحا أمره بتزويجها فإن إمتنع من تزويجها بعد الأمر زوّجها الحاكم[2].

وحصر الشافعية والحنابلة العضل في المسألة الأولى فقالوا: إذا عيّنت المرأة كفؤا، وأراد الأب غيره، وأضاف الحنابلة صورة أخرى للعضل وهي امتناع الخطاب لشدة الولي، غير انّه ليس للولي دخل فير ذلك فهذا أمر خارج عن إرادته ولا تعد شدته صورة من صور العضل [3] .

وخلاصة القول من هذه الآراء الفقهية يتبيّن لنا أنّ الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء وهو أنّه ليس للولي العضل بسبب نقص مهر المثل، لأنّ المهر محض حقها ولا دخل للأولياء فيه.

ولقد تعرض قانون الأحوال الشّخصية الكويتي لمسألة عضل الولي أي إمتناعه من تزويج موليته بدون مبرر شرعي وذلك في نص المادة 31 والتي تنص " إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتّزويج"[4].

أ/ العضل في القضاء الكويتي:

ومن القضايا التي عرضت على القضاء الكويتي نجد القضية التي تتعلق بالعضل والتي تتلخص وقائعها فما يلي: أن فتاة بكراً راشدة تحسن التصرف تقدم لخطبتها شاب كفء وارتضته بعلا لها، ولكن أباها أمتنع أن يزوجها بغير حق فرفعت أمام دائرة الأحوال الشخصية بالكويت دعوى على أبيها تطلب الحكم لها عليه بأن يزوجها الخاطب.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص215

2- محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 232.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص215.

4- قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة 1984

وصادق المدعى عليه أنّها إبنته وذكر الخاطب أنّه تقدم لخطبة المدعية من أخيها، وأمها ثم من أبيها الذي رفض الخطبة.

وكانت هناك شهدات من الناس بأنّ الخاطب كفء للزواج وأنّه متديّن وأن أخلاقه عالية، وأنّه سالم من العيوب.

.... وبما أنّ نصوص المذهب تجري على أنّ الأب إذا تحقق عضله فإنّ الحاكم (القاضي) يأمره بالتّزويج، وأنّ الحاكم يقوم بتزويج الفتاة إذا إمتنع وليّها بعد أمره، وبما أنّه ثبت بالأوراق الرّسمية وبالنية الشّرعية أنّ خاطب المدعية نفسه كفء لها و أنّ أباها قد عضلها وأضّر بها. من أجل ذلك حكمت المحكمة حضوريا للمدعية على أبيها المدعى عليه بأن يزوجها الخاطب ولكن الأب إمتنع أن ينفذ هذا الأمر، فزوج القاضي الفتاة بخاطبها بحضور شاهدين[1].

ب/ العضل في قانون الأسرة الجزائري:

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لمسألة عضل الولي ، فقد أخذ بولاية الإختيار بالنسبة للقاصرة وهو ما جاء النص عليه في المادة 13 المعدلة بالأمر 05-02، أما المرأة الراشدة تتولى عقد زواجها بنفسها وهو ما جاء النص عليه في الم11 ف 1 المعدلة، وبرغم من ذلك فإن اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة، وبالتالي هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج، فالمادة 12من ق الأسرة قبل التعديل كانت تعالج هذه المشكلة، أي أنه في حالة المنع يجوز للقاضي أي يأذن بالزواج إذ رأى في ذلك مصلحة.

ولقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30-3-1993[2] ومما جاء فيه:" ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الإمتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزّواج طبقوا صحيح القانون". غير أنّ هذا النّص ألغي بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة 05-02 فالمادة 12 قانون الأسرة الجزائري

1- نقلا عن: طاهري حسين، الأوسط في شرح ق أ.ج، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، ب ط، الجزائر، 2009، ص34، ص 35.

2- نقلا عن: بن شويخ الرشيد، شرح ق.أ. ج المعدل، د ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 69.

القديم كانت تعالج هذا المشكل أي في حالة إمتناع الولي عن تزويج ابنته فيجوز أن ترفع أمرها إلى القاضي لكي يأذن لها بالزّواج إذا رأى في ذلك مصلحة. كما أنّ هذه المادة نصت على أنّ الولي هو من يتولى زّواج المرأة ولم تسمح لها بأن تنفرد بإبرام عقد الزّواج، أمّا في التعديل الجديد نّص في المادة 11 الفقرة 1 " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره".

المطلب الثاني

مسألة غيبة الولي

اختلف الفقهاء في غيبة الولي القريب فيمن تؤول له ولاية التّزويج على أقوال:

القول الأول: ذهبت الحنفية إلى القول بأنّه:

إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه، فإنّ الولاية تنتقل إلى من يليه، حتى لا تفوت المصلحة، وليس للغائب بعد عودته أنْ يعترض على من باشر العقد بعده لأنّه بغيبته اعتبر كالمعدوم، وصارت حق لمن يليه[1].

واختلف الحنفية في الغيبة المنقطعة فقيل مسيرة شهر، وقيل إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة فهي غيبة منقطعة، لأنّ الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها[2]و هذا كان في القديم، واستدل القائلون بانتقال الولاية إلى الأبعد عند تعذر وجود الأقرب، بأنّ والأب هو الأقرب في ولاية التّزويج ولكن إذ تعذر حصول التّزويج منه فثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات[3].

1- السيد سابق، فقه السنة، مج 2، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1983، ص119.

2- إبن قدامة، المرجع السابق، ص369، الكاساني، المرجع السابق، ص251.

3- إبن قدامة، المرجع السابق، ص369.

إلا أننا اليوم في عصر التكنولوجيا والهاتف النّقال والأنترنيت وإلى غير ذلك من وسائل الإتصال المختلفة، والتي يسهل بوجودها معرفة رأي الولي الأقرب إذا غاب وبالتالي لا توجد غيبة منقطعة فلا حاجة لانتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد.

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه، فهل تزول ولاية الغائب الأقرب؟

أ/زوال ولاية الغائب:

تزول ولاية الغائب لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة، والغيبة جعلت الأقرب غير منتفع به، فلا تبقى ولايته، إذْ لو بقيت ولايته لأدى إلى بعض الفساد، لأنّه ربما يزوج وهو غائب والحاضر يزوج أيضا فيفسد أحد العقدين لا محالة ومؤدى كلامهم أن الغيبة أزالت الولاية إذ لا فائدة منها[1].

ب/ استمرار ولاية الغائب:

ولاية الغائب تستمر وأقصى ما أحدثته الغيبة أنّها أزالت الأولوية وجعلت الحاضر في مرتبة الغائب، وذلك لأنّه لا تنافي بين الولايتين فتجتمعان، وذلك نظير فيما إذا كان الوليان في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه، إذ لا يفوت الإنتفاع بولاية الحاضر الذي يجعله حضوره أكثر مراقبة للأمر، ولا يفوت الإنتفاع بولاية الغائب الأقرب، الذي تجعله شفقته الزائدة أكثر حرصا على المصلحة[2].

وقال زفر: ولاية القريب قائمة حتى او غاب لأنّ سبب ثبوتها هو القرابة القريبة لذلك لو زوج الولي الغائب إبنته في المكان الذي هو فيه جاز ذلك، ولذلك لا تكون للأبعد ولاية مع قيام ولاية الأقرب [3].

1- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 157.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص117.

3- الكاساني، المرجع السابق، ص250.

القول الثاني: مذهب المالكية

اختلف قول مالك في الغيبة التي تنتقل فيها الولاية من الولي الأقرب إلى الولى الأبعد: فمرة قال: إذا زّوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوح، ومرة قال:النكاح جائز، ومرة قال: للأقرب أن يجيز أو يفسح وهذا الخلاف عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته، فإنّه لا يختلف قوله إنّ النكاح في هذين مفسوح، يعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي، للمحجورة مع حضور الوصي[1].

ويوافق الإمام مالك أبو حنيفة في انتقال الولاية إلى الولي البعيد في حالة ما إذا غاب الولي القريب[2].

وفرّق المالكية بين غيبة الولي المُجْبِرْ، وغيبة الولي غير المُجْبِرْ[3]:

أولا: فإذا كان الغائب هو الولي المجبر وهو الأب ووصيه، فإما أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة، فإذا كانت الغيبة قريبة كعشرة أيام ذهابا، فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود.

إذا كانت النفقة جارية عليها أي تجد النفقة الكافية ولم يخشى عليها الفساد، وكانت الطريق مأمونة، وإلاّ زوجها القاضي.

وإن كانت الغيبة بعيدة كثلاثة أشهر فأكثر، فإن كان يرجى قدومه كمن خرج في التجارة أو حجة فلا تزوج حتى يعود، وإن كان لا يرجى قدومه، فللقاضى تزويجها دون غيره من الأولياء إذا كانت بالغا. فإن لم تكن بالغا لا يزوجها إلاّ إذا خيف عليها الفساد زوجها ولو جبرا، وسواء كانت بالغة أم غير بالغة ولو كانت غيبة الولي قريبة.

ثانيا: إذا كان الغائب هو الولي غير المجبر كالأخ و الجد:

1- أحمد بن رشد، المرجع السابق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص15.

2- السيد سابق، المرجع السابق، ص120.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص218.

- إذا كانت الغيبة قريبة كثلاثة أيام، ودعت إلى الزواج بكفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة، زوجها الحاكم لأنّ الحاكم وكيل الغائب.
- إذا كانت الغيبة بعيدة كأكثر من ثلاثة أيام، فللقاضى أن يزوجها لأنه وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهة.

وهذا إذا لم يكن للغائب وكيل مفوض، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج لأنّه مقدم على غيره.

الغيبة بسبب الأسر أو الفقد: المشهور عند المالكية أنّه إذا كانت الغيبة بسبب أسر الولي الأقرب أو فقده، ولم يعلم مكانه ولم يعرف خبره زوّج الولي الأبعد، ولا تنتقل إلى القاضي، من غير أن فرق بين لولي المجبر وغير المجبر، لأنّ الأسر أو الفقد بمنزلة الموت[1].

وقال الحنابلة:

إن كان الولي القريب محبوسا أو أسيرا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد، فتنتقل الولاية للأبعد[2].

القول الثالث: مذهب الشافعية

قال الشافعي:

يزوجها الحاكم لأنّه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها، ولأنّ الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا ودليل بقاء ولايته أنّه لو زوّج من حيث هو أو وكّل غيره صحّ زواجه[3].

واستدل أصحاب هذا القول بقوله صلى الله عليه وسلم" السلطان ولي من لا ولي له".[4]

أما نحن فنرى بأن الولاية في التّزويج تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة يخشى معها فوات الكفء إذا انتظرنا حضوره أو استطلاع رأيه.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص 219.

2- ابن قدامة، المرجع السابق، ص371.

3- نفسه، ص 369.

4- سبق تخريجه.

و بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة غيبية الولي الأقرب فلم يتطرق إليها، لكون غيابه لا يؤثر في زواج المرأة الراشدة والتي أعطى لها المشرع الحق في تزويج نفسها بأي ولي تختاره وهذا ما جاء النّص عليه في الم 11 ف1، ق أ الج.

المطلب الثالث

ولاية السلطان

الفرع الأول: المراد بالسلطان

"هو إمام المسلمين العام الذي له الأمر والولاية على الكافة، إذ هو الأمين على رعاية مصالحهم بمقتضى شريعة ربهم، ويقوم مقامه نائبه أو القاضي، أو من يفوضه"[1].

ويقوم الحاكم بالتّزويج المرأة بإذنها ورضاها بعد أن يثبت عنده خلوها من المرض وخلوها من المانع الشرعي كالعدة والإحرام.....الخ، وبعد أن يثبت عنده أنّه ليس لها وليّ، أو لها ولي ولكنّه متعنت يريد أن يؤخر المرأة ويعضلها عن الزواج، وكذلك لا يزوجها إلاّ من كفء لها في الدين والحرية، ممن هو في مثل حالها من الناحية الإجتماعية والمالية[2].

الفرع الثاني: إنتقال الولاية إلى السلطان

تنتقل الولاية إذا لم تكن عصبة لا نسبية ولا سببية عند الإمام أحمد بن حنبل إلي السلطان، للحديث" السلطان ولي من لا ولي له"[3].

وروي عن أم حبيبة أنّ النّجاشي[4] زوّجها للرسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده، ومؤدى ذلك أنّ النّجاشي زوّجها باعتباره نائب ولي الأمر وهو النّبي صلى الله عليه وسلم، وفي الوقت ذاته وكيلا عن النبي صلى الله عليه وسلم، فتولى العقد بصيغة واحد عن الجانبين.

1- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص171

2- مدونة الغرياني،ج2، ص 563.

3- سبق تخريجه.

4- **النجاشي:** مالك الحبشة وهو مالك عادل لا يظلم عنده أحد والحبشة حاليا إثيوبيا.

- وإذا كانت المرأة تحت سلطان أهل البغي الخارجين عن الإمام، أو الحاكم العدل فقد قرر الحنابلة أنّ الرئيس هو الذي يتولى ذلك، باعتباره حاكما مسيطرا بحكم الواقع.

أمّا الإمام مالك فقد قرّر أنّه إذا لم يكن سلطان تكون الولاية لعامة المسلمين[1].

والمراد بالولاية العامة:

هي تولي رجل غير قريب من عامة المسلمين تزويج المرأة عند عدم وجود قريب، فإذا لم يوجد للمرأة وليّ خاص ممن سبق ذكرهم يجوز أن يتولى عقدها أي رجل من عامة المسلمين برضاها وإذنها[2] لقوله تعالى:"الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ" [3].

ولا يتقدم أحد من عامة المسلمين ليتولى العقد نيابة عن المرأة مع وجود ولي خاص ممّن تقدم ذكرهم، لكن لو تقدم وعقد صحّ النكاح إن كانت المرأة غير ذات حسب ونسب ومال وجمال، ويصح النكاح دخل بها الزّوج أو لم يدخل، مراعاة لمصلحة المرأة من أن تفوت عليها الفرصة بردها النكاح وللولي الخاص الحق في رده إن شاء وله إمضاؤه، شريطة أن لا تطول المدة كمضي ثلاث سنين أو أكثر، فليس للولي الخاص حين إذن الحق في رد النكاح، لأنّه بسكوته كل هذه المدة الطويلة أسقط حقه في الولاية، وهذا في حالة ما إذا كان الولي الخاص غير مجبر، أمّا إذا كان هناك ولي مجبر كالأب في إبنته، وتولى العقد رجل من عامة المسلمين دون إذنه، فالنكاح فاسد ويجب فسخه مهما طال الأمر ولو أجازه الولي المجبر،إلاّ إذا كان الولي المجبر غائبا وقد سبق وان أشرنا إليه في غيبة الولي[4].

وتنتقل الولاية إلى القاضي الذي يتم تعينه من قبل السلطان بشرط أن يتضمن في منشور تعيينه حق التزويج بإحدى حالتين: [5]

1- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 96.

2-.الغرياني ،المرجع السابق، ص 563.

3- سورة التوبة االأية 71.

4- الغرياني، المرجع السابق، ص564.

5- السيد سابق، المرجع السابق، ص122.

1. إذا تشاجر الأولياء.
2. إذا لم يكن الولي موجودا، ويصدق ذلك بعدمه مطلقا أو غيبته.

فإذ كانت المرأة معدومة الولي أو وليّها بعيد لا يمكن التوصل إليه إلاّ بمشقة فإنّ قاضي البلد الذي تقيم فيه المرأة هو الذي يتولى تزويجها[1].

1- محمد بن إبراهيم الشيخ، عبد الرحمان السعدي، أبن باز، عبد الله بن حميد، ابن عثمين، إبن جبرين، ابن بوزان، الوجيز في فتاوى المرأة المسلمة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 2004، ص 232.

بعد أن تناولنا في الفصل الأول ولاية الإجبار في عقد الزّواج فقها وقانونا، وعلى من تكون هذه الولاية، سنتطرق في هذا الفصل إلى مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها، ألا وهي ولاية الإختيار في عقد الزواج، وهذه الأخيرة تخول للولي حق تزويج المولى عليه، مع إعطائه الحق في إبداء رأيه والإختيار. وعليه سنتّعرف من خلال هذا الفصل ما إذا كان للولي أن يستبد بهذه الولاية عليها فيعقد نكاحها شاءت أم أبت، أم ليس له ذلك إلاّ بإذنها ورضاها؟ بحيث أنّه لا خلاف بين الفقهاء في استحباب إستئذان الولي للحرّة المكلفة في النكاح، وذلك لما يترتب عليه من الألفة، والمودة، والراحة في الحياة الزوجية، وفي ذلك تحقيق للمقاصد الشرعية للنكاح من عشرة بالمعروف، واستقرار في الحياة الزوجية.

غير أنّ الفقهاء اختلفوا في ولاية المرأة البالغة العاقلة في النكاح، سواء باشرت عقد زواجها بنفسها أو لغيرها، وهذا ما سنراه في المبحث الأول والذي تطرقنا فيه إلى:

مفهوم ولاية الإختيار في عقد الزواج فقها وقانونا.

أما في المبحث الثاني: تطرقنا إلى مسألة إستئذان الولي للمرأة البالغة العاقلة في النكاح.

المبحث الأول

مفهوم ولاية الإختيار في عقد الزواج فقها و قانونا

تناولنا في هذا المبحث مفهوم الولاية الإختيارية في عقد الزواج فقها وقانونا، ثم بيّنا الأدلة الشرعية التي تستند إليها هذه الولاية من القرآن الكريم والسنّة الشريفة. ثم تكلمنا عن الولاية الإختيارية على المرأة البالغة العاقلة ، وبيّنا موقف قانون الأسرة من ولاية الإختيار في عقد الزّواج. بحيث أنّ الفقهاء اتفقوا على أنّ الرجل البالغ الحر العاقل يجوز له أن يزوج نفسه بمن يريد كما اتفقوا على اشتراط رضاه وقبوله النكاح حتى يصح العقد [1]، وبالتالي الرجل البالغ العاقل تثبت له ولاية الإختيار. أمّا فيما يخص المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في الولاية عليها.

المطلب الأول

تعريف ولاية الإختيار[2]

سنتناول في هذا المطلب موضوع ولاية الإختيار في الزواج بحيث تطرقنا إلى تعريف ولاية الإختيار في الفرع الأول، ثم نبيّن الأدلة الشّرعية التّي تستند إليها هذه الولاية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة في الفرع الثاني:

الفرع الأول :تعريف ولاية الإختيار

"هي الولاية التي تلتقي فيها إرادة الزّوجة مع إرادة الولي، ويشتركا في الإختيار ويتولى هو الصيغة" [3].

وتعرف ولاية الإختيار كذلك:

---

1 . إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 4.

2 . يطلق على ولاية الإختيار ولاية الشركة بين الأب وابنته في زواجها و هو ما تسميه الحنفية ولاية ندب، وإستحباب tutelle matrimonial

3. عيسى حداد،عقد الزواج، دراسة مقارنة، د ط، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، 2006، ص120 ، ص121.

"ولاية تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنّه يستحسن أن تستشير وليّها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف"[1].

وتعرف ولاية الإختيار بأنّها:" حق الولي في تزويج المرأة بإختيارها و رضاها، فليس له أن يستبد بالعقد"[2].

كما تعرف بأنّها:

"ولاية تعطي للولي حق تزويج المولى عليه برضاه واختياره، ففي هذه الولاية لا ينفرد الولي بالعقد وحده وإنّما لابد من رضا وإختيار المولى عليه"[3].

كذلك تعرف:

"ولاية تخول للولي حق تزويج المولى عليه مع إشراكه معه في الرأي والإختيار، وهذه الولاية بطبيعتها لا تأتى إلاّ من بالغ عاقل، لأنّ غير العاقل ليس أهلا للرأي والإختيار"[4].

أمّا تعريف الإختيار عند أبو زهرة أو كما يسميها الحنفية ولاية الإستحباب:" فهي تثبت على المرأة البالغة العاقلة وذلك لأنّ جمهور الفقهاء يرون أنّه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها في إختيار الزّوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد إتفاقه معها على الزواج بحيث تلتقي إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الإختيار ويتولى هو الصيغة"[5].

وتعرّف بأنّها:

ولاية تعطي للولي حق تزويج المولى عليه برضاه وإختياره، ففي هذه الولاية لا ينفرد الولي بالعقد وحده وإنّما لابد من رضا وإختيار المولى عليه[6].

---

1. العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ. ج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص119.

2. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص108.

3 . محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج وعن فرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، ب، ط، لبنان 2003، ص274.

4 . أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 175.

5 .محمد أبو زهرة، المرجع السابق، محاضرا ت في عقد الزواج وأثاره، ص 154.

6. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 256 ص 257.

من خلال هذه التّعريفات يتبيّن لنا بأنّ الولاية الإختيارية والتي تثبت على المرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيّبا، ليس لها أن تنفرد بتزويج نفسها بل يشاركها وليّها في الإختيار ويتولى تنفيذ صيغة العقد بدلا عنها.

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية للولاية الإختيارية:

تستند الولاية الإختيارية في الزّواج إلى الأدلة التالية:

أولا: القرآن الكريم:

وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ وأنكحوا الأيامى أي زوجوهم، والأيّامى جمع أيِّم بفتح وتشديد الياء المكسورة، والأيّم هو من لا زوج له من الرجال والنساء، سواء كان قد تزوج قبل ذلك أو لم يتزوج قط .

ففي هاته الآية خطاب للأولياء تحثهم على تزويج النساء كما تؤّكد على ضرورة الولي في عقد الزّواج، كما تنص على عدم صحة عقد الزّواج الذي تبرمه المرأة بنفسها أي لا تصلح لعقد الزّواج، لأنّ ذلك يمس بكرامتها كما ورد في الآيتين نهي الأولياء عن الإعتراض على نكاح المرأة بمن ترضاه.

وهو دليل قاطع على أنّ المرأة لا حق لها في مباشرة عقد الزواج، وإنّما هو حق للولي فقط بخلاف الحنفية الذين يرون أن المرأة البالغة يحق لها أن تزوج نفسها.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا يزّوج النساء إلاّ الأولياء، ولا يزّوجهنّ إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشر دراهم**"[3]

1- سورة النّور الآية32.

2- محمد الأمين بن محمد بن المختار الجنكي الشنقيطي، تفسير القرآن (أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن)، د ط، ج12، دار الفكر1415هـ، 1995م، ص 528.

3 – جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، "نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية"، ج3، دار الحديث، د.ب.ن، 1995، ص 362.

المطلب الثاني

الولاية على المرأة البالغة العاقلة في النكاح

اختلف الفقهاء في ولاية الإختيار على المرأة البالغة العاقلة في النكاح ونتج عن ذلك الأقوال التالية:

الفرع الأول: منع المرأة من تزويج نفسها

مذهب جمهور الفقهاء:

إنّ النكاح لا يصلح إلاّ بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليّها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، روي هذا القول عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة وعن عائشة رضي الله عنهم وذهب إليه الشّافعي ومالك وابن شبرمة[1].

واستدل الجمهور بالأدلة التالية:

قوله تعالى﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [2]

قال بعض الفقهاء بأنّ الخطاب موجه للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهو عن العضل.

قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللّهُ يَدْعُوَ إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [3].

قول تعالى: وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ [4]

---

1. إبن قدامة، المغني، ج6، ص 314، أحمد بن رشد، ص8، أبى بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 32، السيد سابق، المرجع السابق ، ص 111.

2 . البقرة ،الآية 232 .

3 . سورة البقرة ،الآية 221.

4 .سورة النور، الآية 32.

وجه الإحتجاج بالآيتين: أن الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب به النساء.

قوله صلى الله عليه و سلم: "لا نكاح إلاّ بولي"[1].

روى عن عائشة عن النّبي صلى الله عليه وسلم قال: " **أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل**"[2].

كذلك فيما يخص الآية السابقة "... فلا تعضلوهن... " روى البخاري في صحيحه أنّها نزلت في شأن معقل بن يسار حيث امتنع عن تزويج أخته فدعاه النّبي صلى الله عليه فزّوجها، فإذا ثبت هذا فإنّه لا يجوز للمرأة تزويج أحد، وهي أوضح دليل على اعتبار الولي، وإلاّ لما كان لعضله معنى ولأنّها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره بيده لا يقال إنّ غيره منعه منه [3].

الفرع الثاني: إجازة المرأة في تزويج نفسها

قال أبو حنيفة وزفر: لها أن تزّوج نفسها وغيرها وتوكل في النّكاح ولا يحق لأحد الإعتراض عليها، إذا كان الزّوج كفؤا وبمهر المثل، فإذا تزوجت بغير كفء فلوليّها حق الإعتراض على الزّوج ويفسخه القاضى، إلاّ أنّه إذا سكت حتى ولدت أو حملت حملا ظاهرا سقط حق الولي في الإعتراض وطلب التّفريق، حفاظا على تربية الولد ولئلاّ يضيع بالتّفريق بين أبويه[4].

واستدل الأحناف بما يلي:

﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ [5].

---

1 – نقلا عن: الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص134.

2 – نقلا عن: التبريزي، المرجع السابق.

3 – ابن قدامة، المرجع السابق، المغني،ج6، ص314، السيد سابق، المرجع السابق، ص112.

4 – المرغيناني، المرجع السابق، ص 31– ص 32، السرخسي، المرجع السابق، ص10، السيد سابق، ص112، المرجع السابق 112.

5 – البقرة الآية 228.

هذه الآية جاءت لتبيّن لنا الطلقة الثالثة قاطعة لحق الرجعة[1].

قوله تعالى:"وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنُّ" [2].

ففي هاتين الآيتين إسناد النكاح إلى المرأة، والنّهي عن منعهن منه لأنّه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصّح منها كبيع أمتها، ولأنّها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى[3].

عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« **الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»**، والأيّم التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا فدلّ على أنّ للمرأة الحق في تزويج نفسها[4].

كما أنّ للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التّصرفات المالية من بيع وإيجار ورهن وغيرها، فتكون أهلا لمباشرة عقد زواجها بنفسها، لأنّ التصرف حق خالص لها [5].

الفرع الثالث: إجازته موقوفا

ذهب محمد بن الحسن إلى القول: أنّ المرأة لو تولت عقد زواجها بنفسها انعقد موقوفا على إجازة الولي مطلقا، سواء كان زوجها كفؤا أم لم يكن وسواء كان مهرها مهر المثل أو لم يكن[6].

واعتبر محمد بن الحسن على أنّ:

عقد نكاح المرأة البالغة العاقلة بنفسها موقوف على إجازة وليّها، فإن أجازه الولي ارتفع الخلل وإن لم يجزها اعتبر العقد غير صحيح. ووجه الجواز أنّ المرأة تصرفت في خالص

1 – فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، د ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004م، 1425هـ، ص90.

2 – البقرة الأية 230.

3 – السيد سابق، المرجع السابق، ص 114.

4 –أبى الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، د–ط ، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ، السعودية، 1998، رقم الحديث 1421.

5 – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص193.

6 – المرغيناني، المرجع السابق، ص32، السرخسي، المبسوط ،المرجع السابق، ص10.

حقها، وهي من أهله لكونها عاقلة ومميزة، ولهذا كان لها التّصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنّما يطالب الولي بالتّزويج حتى لا تنسب إلى الوقاحة[1].

الفرع الرابع: التفريق بين البكر والثيب

فرّق داود الظّاهري[2] بين البكر والثيّب في الزّواج بحيث أجاز للثيّب أن تزوج نفسها بمن شاءت وليس لوليّها حق الإعتراض، أمّا البكر فليس لها تزويج نفسها بل وليّها هو من يقوم بتزويجها، فعلة الولاية عند داود الظّاهري هي البكارة فتستمر الولاية عليها مادمت بكرا وبزاولها تزول عنها [3].

الفرع الخامس: الرأي الراجح

الرأي الراجح: هو رأي جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن الحجج القوية التي تؤثر في مفهوم دلالتها. كذلك العمل بمذهب جمهور الفقهاء يجمع بين الأدلة الشّرعية التي ثبتت صحتها من القرآن والسنة بخلاف أدلة المعارضين للجمهور، فالعمل بموجبها ينافي الأحكام الصحيحة الثابتة بالأحاديث الصريحة الصحيحة وهذا لا يجوز شرعا، ولهذا وجب العمل بمذهب جمهور الفقهاء حتى لا نقع في شبهة رد العمل بسنة النّبي صلى الله عليه وسلم.

المطلب الثالث

موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإختيار وبعض التشريعات العربية

نتكلم في هذا المطلب عن ولاية الإختيار عند المشرع الجزائري ثم نشير إلى تشريعات بعض الدول العربية و التي أخذت بولاية الإختيار.

1 .المرغيناني، المرجع السابق، ص32.

2. داوود بن علي بن خلف الأصبهاني المعروف بالظّاهري أبو سليمان، فقيه مجتهد محدث حافظ ولد بالكوفة سنة 302هـ، توفي سنة270هـ،أنظر حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص 551.

3. أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص8.

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإختيار في الزواج

من خلال مراجعتنا لنص المادتين 11و13 من ق أ ج المعدلتين بموجب الأمر 05-02، يتبيّن لنا أنّه أخذ بولاية الإختيار فيما يخص البنت القاصر فلا يمكن للأب أو غيره من الأقارب أن يزوجها إلى شخص ليست راغبة فيه، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة من ق.أ. ج: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتّولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". ونّص في المادة13 المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

أمّا فيما يخص المرأة الراشدة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها حسب نص المادة 11 الفقرة 1 واشترط حضور الولي في عقد الزّواج، و جعل رضّاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب المادة 09 من نفس القانون" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". .وفي حالة تخلفه يترتب عنه البطلان وذلك بموجب المادة 33 ق.أ. ج." يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

و قد سار القضاء الجزائري على هذا المنوال ففي قرار صادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1968/05/31 عن الغرفة الجنائية حيث و إن اعتبر حضور الولي شرط أساسيا إلا أنه حصر دوره في نيابة المرأة في العقد بدلا عنها و إبداء ما تطلبه أو تشترطه، حيث أن الأب صرح بقبول إبنته بالزواج في حين أنها كانت رافضة فقد قضي المجلس بمعاقبة الولي بغرامة مالية، كما عاقب الزوج بالحبس لمدة 15 يوما بتهمة الإشتراك مع الولي.[1]

و بالرجوع إلى الواقع فقد تم إجراء إحصاء في الشرق الجزائري و قد كانت هذه الإحصائيات في أواخر السبعينيات و بداية الثمانيات، كشفت الإحصائيات أن 42% من النساء في المناطق الحضرية فرض عليهن الزواج في حين كانت النسبة 65% في المناطق الريفية.

كما أن 30% من النساء اخترن أزوجهن في المناطق الحضرية، و 14% في المناطق الريفية

[1] نقلا عن : بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر 2005، ص 123.

و تم إقتراح الزوج على 28% من النساء الحضريات، و عل 21% من الريفيات.

فمن خلال هذه الإحصائيات تبين لنا أن ولاية الإختيار كانت مطبقة بنسبة لا يستهان بها على الرغم مما كان يعرف على المجتمع الجزائري من تشدد خصوصا في مسائل الزواج.

حيث وصلت النسبة عند النساء الحضريات إلى 58% و عند الريفيات إلى 35%أي بمعدل 46%، أما في الوقت الراهن و نظرا لتطور الفكر و الوعي لدى المجتمع يمكن القول أن أغلب الجزائريات لهن حق إختيار أزواجهن إما إختيار حر و إما بإقتراح عليهن و أخذ موافقتهن[1]

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنّه نص في المادة 11 الفقرة1 المعدلة بالأمر 05-02 بذكر الأب أولا وعند غيابه يحل محله أحد الأقارب دون تحديد درجة القرابة، أو أي شخص أخر تختاره فقد استعمل المشرع في الصياغة حرف "أو" والذي يستعمل للتخيير معنى ذلك أنّ المرأة تختار من تشاء في عقد زواجها دون احترام الترتيب لأنّ القانون يسمح بذلك فعبارة أي شخص أخر تختاره تبقى مبهمة.

فالشخص الذي تختاره المرأة ليكون وليّها في عقد الزواج هل يكون أحرص عليها من وليّها الذي هو أبوها أو أحد الأقارب الأولين؟

وقد أثارت مسألة الولي في عقد الزواج جدلا واسعا عند مناقشة قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 ففي مقال بعنوان "الإجحاف الغبي" لشيخ عبد الرحمان شيبان قال:" عجبا لبعض الجزائريات الهائمات في أدوية الإنحراف الغربي الأعمى فتراهنّ وتسمعهنّ يتهافتنّ مدعومات برجال منحرفين أمثالهنّ على شنّ حرب شيطانية ضد قانون الأسرة الحالي أي قانون 11/84 القائم على تعاليم الشّريعة الإسلامية.... فيسخرون من شرط الولي في إبرام عقد النكاح....".

وفي مقال أخر بعنوان" زهرة في غصنها أجمل وأطهر لو يعقلون" قال: أتساءل عن هذه

[1] سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص172.

المرأة التي تواجه أكبر حدث في حياتها وهو الزّواج كيف لا تحضر وليّها؟ أيّة امرأة هذه؟[1].

وخلاصة القول: فإنّ المشرع قد ترك غموضا كبيرا في نص المادة 11 من الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة حيث أنّ عبارة " أي شخص أخر تختاره" تحتاج إلى توضيح لأنّه قد يساء إستخدامها من قبل بعض النساء فيخترنّ أيّ شخص ليتولى تزويجهنّ دون أن يكون له أدنى حرص على مصلحتهنّ.

الفرع الثاني: ولاية الإختيار في الزواج عند بعض التشريعات العربية

أمّا فيما يخص ولاية الإختيار عند بعض دول المشرق العربي والمغرب العربي فنجد:

أولا: الولاية في الزواج عند المشرع الكويتي

حيث نصّ في المادة 29: الولي في زواج البكر التي هي بين البلوغ والخامسة والعشرين هو العصبة بالنّفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي، ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكرا كان أو أنثى.

- " يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها".

فبالنسبة للبكر التي هي بين البلوغ وتمام الخامسة عشر والثامنة عشر من عمرها إشترط الولي لتمام عقدها، واشترط في الفقرة الثانية اجتماع رأي الولي والمولى عليها، وبالتّالي قانون الأحوال الشخصية الكويتي جعل على المرأة ولاية اختيار.

وجعل للثيّب أو من بلغت الخامسة والعشرون من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل لوليّها وذلك حسب نص المادة 30 من نفس القانون" الثيّب أو من بلغت الخامسة والعشرون من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك

1 – نقلا عن: محمد طاهر بالموهوب، الذكورة والأنوثة وأثارهما في تشريع الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية – و ق أ ج– مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2005، ص 133.

لوليها". واستثنى في الفقرة الثانية من نفس المادةّ للثيّب أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليّها لسماع رأيه"[1].

ثانيا: الولاية في الزواج عند المشرع الليبي

نصّ قانون الأحوال الشخصية الليبي أثناء تعرضه لموضوع الولاية في الزواج حسب نص المادة 9 من القانون رقم 10 الصادر سنة 1984 بأنّه " يشترط لصحة الزواج إجتماع رأي الولي والمولى عليه، فإذا منع الولي صاحب الحق المولى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجا، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن له بالزواج إذا تبيّن لها مناسبة ذلك." ومن خلال هذه المادة يتبيّن لنا بأن المشرع الليبي أخذ بولاية الإختيار والمشاركة من خلال إجتماع رأي الولي والمولى عليه فلا يمكن لأي أحد من الطرفين أن يستبد بالعقد لنفسه كما أنّه منع الولي من إجبار الفتى والفتاة على الزواج رغما عن إرادتهما وذلك حسب نص المادة 8 الفقرة أ " لا يجوز للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرادتهما"[2] .

ثالثا: الولاية في الزواج عند المشرع القطري:

نصّ المشرع القطري على أنّ الولي في الزواج هو الأب، فالجد العاصب فالإبن، فالأخ الشقيق ثم لأب، فالعم الشقيق ثم لأب حسب نص المادة 26 الفقرة1.

ونص في المادة 28 " يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها" فالمشرع القطري أخذ بولاية الإختيار بالنسبة للمرأة، والولي يتولى عقد زواجها برضاها[3].

رابعا: ولاية الزواج عند المشرع التونسي:

ركز المشرع التونسي على رضا الطرفين وهما الزّوج والزّوجة لإتمام عقد الزّواج، وهذا من خلال ما نص عليه في **الفصل الثالث:** " لا ينعقد الزّواج إلاّ برضا الزوجين". وباشتراطه

---

1 – الم 29، الم30، قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية.

2 – الم 8، الم 9، من قانون الأحوال الشخصية الليبي، قانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم

3– الم 26، الم 28، من قانون الأسرة القّطري لسنة 2006.

رضا الزّوجين أسقط دور الولي في تولي عقد زواج المرأة، ومنح لها حق تزويج نفسها، فالمرأة التونسية لا ينعقد زواجها إلاّ برضاها سواء كانت رشيدة بالغة، أو كانت غير رشيدة لصغر سنها أو سفه أو ضعف عقل، في حين نرى أن جل الدول العربية تنص على إلزامية الولي لتمام عقد زواج المرأة.

أمّا فيما يخص زّواج القصر فقد نصّ المشرع التونسي في **الفصل السادس** على أنّ" زّواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

المشرع التونسي أشرك الأب والأم في هذا الزواج فكلاهما شريكان في الموافقة على زواج القاصر بحيث لابد أن يصدر الرضا عنهما معا، فالزواج بمقتضى هذا القانون لا ينعقد بموافقة الأول ومعارضة الثاني أو العكس، وبالإضافة إلى اشتراطه موافقة الأب والأم معا على زواج القاصر، إشترط كذلك إذنا خاصا من المحكمة مع الإشارة إلى الأسباب الدافعة إلى ذلك وهو ما نصّ عليه في **الفصل الخامس**:"... وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين"[1].

1- الفصل الثالث، الفصل الخامس، الفصل السادس، من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية لسنة 2010.

المبحث الثاني

إستئذان الولي للمرأة البالغة العاقلة في النكاح

إتفق الفقهاء على كيفية صدور الإذن والرضا من المرأة بالزواج، وذلك حسب حالها بكرا كانت أو ثيّبا، عملا بالأحاديث الكثيرة التّي جاءت بهذا الخصوص.

ويعرّف الإذن لغة: أذن له في الشيء إذناً، أباحه له واستأذنه، طلب منه الإذن، وأذن له عليه، أخذ له منه الإذن[1].

أماّ اصطلاحا: هو صمات البكر ونطق الثيّب، صمات البكر أي سكوتها، ونطق الثيّب أي أن تقول نعم رضيت[2].

المطلب الأول

استئذان الثيّب البالغ في النكاح

الفرع الأول: المقصود بالثيّب البالغ

أولا: الثيّب لغة:

"هي من تزوجت من النساء وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسّها"[3].

ثانيا: الثيّب اصطلاحا

"هي المرأة التي زالت بكارتها بوطء مطلقا، إلاّ أنّ في الموطوءة بالزنى خلافا بين اعتبار حكمها حكم الثيّبات أو الأبكار"[4].

الفرع الثاني: حكم إستئذان الثيّب البالغ في النكاح

أجمع الفقهاء على أنّ الثيّب البالغة العاقلة، لا يملك أحد تزويجها بغير إذنها ورضاها.

---

1 . إبن منظور، المرجع السابق، باب الهمزة، ص 52.

2 . محمد بن صالح العثمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، ص 66.

3 . إبن منظور، المرجع السابق، باب الثاء، ص 525.

4 . عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص345.

واستدلوا ب:

قوله صلى الله عليه و سلم " **ليس للولي مع الثيّب أمر** " [1].

وقوله صلى الله عليه وسلم " **الأيّم أحق بنفسها من وليّها**"[2].

وقوله:" **لا تنكح الأيّم حتى تستأمر**"[3]. وذلك لكونها عالمة بالمقصود من النكاح فلم يجز إجبارها عليه.

– عن الخنساء بنت خِدَام الأنصارية أنّ أباها زّوجها أبوها وهي كارهة وكانت ثيبّا، فأتت رسول صلى.. الله عليه وسلم فرّد نكاحها. وكانت الخنساء من أهل قباء، وكانت تحت أنيس بن قتادة، فقُتِل عنها يوم أُحُدْ فزّوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف، فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرّد نكاحها، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر"[4].

_ وعن أبي هريرة قال: قال رسول لله صلى الله عليه وسلم: " **لاتنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت**"[5].

_ عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" **الثيّب أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**"[6] .

والثيّب لا تخلو من أن تكون في إحدى حالتين:

إما أن تكون بالغة عاقلة، وإمّا صغيرة دون البلوغ، فإذا كانت بالغة عاقلة فقد قلنا بأنّ الفقهاء على عدم جبرها على الزواج، ولابد من الأخذ برأيها ورضاها، وإلاّ فسخ عقد زواجها.

1– نقلا عن: الصنعاني، سبل السلام، ج6، ص32.

2 – سبق تخريجه.

3 – سبق تخريجه

4 – نقلا عن: الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص120، إبن القيم الجوزي، زاد المعاد ج5، ص48، ابن حجر العسقلاني فتح الباري، ص 121.

5 – سبق تخريجه.

6 – سبق تخريجه.

غير أنّ الثيّب الصغيرة اختلف الفقهاء، في تزويجها بين وجوب استشارتها ورضاها وبين جبرها على ذلك:

ذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنّ: للأب إجبارها على الزّواج، لأنّ علة ولاية الإجبار هي الصغر والصغيرة ضعيفة العقل ولا يمكنها إدراك مصالحها فجاز لوليّها الذي يشفق عليها ويدرك مصالحها أن يستبد بهذا الأمر دونها [1].

وقال بعض العلماء ثلاثة أقوال في ذلك [2]:

- للأب أن يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق.
- يجبرها وإن بلغت.
- لا يجبرها وإن لم تبلغ.

وذهب الشافعي وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية إلى: أنّه لا يجوز تزويجها بدون إذنها، ولما كان إذن الصغيرة معتبر وجب التأني حتى تبلغ ويؤخذ إذنها.

واستدل الشافعي بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: "**الثيّب أحق بنفسها من وليّها**"، فالحديث لم يفرق بين الثيّب الصغيرة والثيّب الكبيرة، فلا إجبار عليها [3].

والرأي الراجح هو عدم إجبار الثيّب الصغيرة ووجوب إشتراط رضاها وذلك للأسباب التالية:

- الحديث " **الثيّب أحق بنفسها من وليّها**" لم يفرق بين الثيّب الصغيرة ولا الثيّب الكبيرة.
- التجربة أثبتت فشل الصغيرة في الزواج، فلا حاجة لتكرار زواجها في الصغر مرة أخرى إذا طلقت، بل لابد من انتظار بلوغها حتى يكون لها رأي مع وليّها في إختيار الزوج الذي تريده.

1 – إبن قدامة، المرجع السابق، المغني، ج7، ص 385، أبى القاسم محمد ابن أحمد، القوانين الفقهية، ص 333 .

2 – أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص 5.

3 – وهبة الزحيلي، ص190 ص191، إبن قدامة، المغني، ج7، 384، أبى القاسم، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص333.

أمّا بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد نصّ على عدم جواز إجبار الفتاة الصغيرة على الزواج بكرا كانت أو ثيّبا وذلك في نص الم13 ق. أ ج المعدلة بموجب الأمر 05-02 بنصها: " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزّواج ولا يجوز له أن يزّوجها بدون موافقتها".

الفرع الثالث: صفة إذن الثيب

إنّ ما يحصل به معرفة إذن الثيّب هو صريح كلامها للحديث: " الثيّب تعرب عن نفسها"، أي تفصح عن رأيها وعما في ضميرها من رضا أو منع، ولا يكتفى منها بالصمت لأنّ الأصل لا ينسب لساكت قول، وأن لا يكون السكوت رضا، لكونه محتمل في نفسه وإنّما اكتفى به في حق البكر للضرورة لأنّها لا تستحي عادة من التّصريح عن رغبتها في الزّواج، ولا ضرورة في حق الثيّب لاعتيادها معاشرة الرجال فلا تستحي من إعلان رضاها أو رفضها فلا يكتفى بسكوتها عند الإستئذان [1].

وجاء في المحلى: " وكل ثيّب إذنها في نكاحها لا يكون إلاّ بكلامها بما يعرف به رضاها"[2].

ومن الأحاديث التي دلت على أنّ إذن الثيّب صريح كلامها:

قوله صلى الله عليه وسلم: " **الثيّب تعرب عن نفسها بلسانها والبكر رضاها صمتها**"[3].

الأحاديث السابقة:

- حديث ابن عباس:" **الأيّم أحق بنفسها** "
- حديث أبو هريرة:" **لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن... أن تسكت.**"

فدلّ هذان الحديثان وعلى ما في معناهما من الأحاديث التي جاءت لنفس الغرض على أنّ لكل من البكر والثيّب إذن معتبر شرعا، والإذن يدل عليه صريح القول مع القدرة عليه، لأنّ اللسان

1- -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 213.

2 - إبن حزم، المرجع السابق، ص471.

3 - سنن إبن ماجة، المرجع السابق، ص 326.

هو المعبر عما في نفس صاحبه، ولكن دلت الأحاديث على اعتبار صمت البكر رضا لشدة حيائها من النطق به، فدل ذلك على أنّ الثيّب بخلافها فلا يكفي صمتها.

والفرق بين الإستئمار والإستئذان هو:

قوله: (حتى تستأمر) من الإستئمار أي طلب الأمر وفيه أنّه لابد من طلب الأمر من الثيّب وأمرها فلا يعقد عليها حتى يطلب الولي الأمر منها بالإذن بالعقد، والمراد منه اعتبار رضاها وهو أحقيتها من وليها.

وقوله: (لا تنكح البكر حتى تستأذن) ويكون إذنها السكوت وأراد بها البكر البالغة، وعبّر فيها بالاستئذان وعبّر في الثيّب بالإستئمار إشارة إلى الفرق بينهما.

فالثيّب لا بد من مشاورتها ويحتاج الولي لصريح قولها بالإذن منها في العقد عليها.

أمّا البكر فالإذن دائر بين القول والسكوت، وإكتفى بالسكوت لأنّها قد تستحي من التّصريح [1].

المطلب الثاني

استئذان البكر البالغ في النكاح

الفرع الأول: المقصود بالبكر البالغ

أولا: البكر لغة:

هي العذراء التي لم يمسّها رجل، وأصل مادة "البكر"راجع إلى أوّل كل شيء، وبدايته كالبكرة: الغداة، وهي أوّل النّهار. قال ابن منظور في لسان العرب: البكر الجارية التي لم تفتض وجمعها أبكار، والبكر من النساء التي لم يقربها رجل، ومن الرجال الذي لم يقرب امرأة[2].

1 – الصّنعاني، المرجع السابق، ص30، ص31.

2 – إبن منظور، المرجع السابق، باب الباء، ج 4، ص334.

ثانيا: البكر اصطلاحا:

هي المرأة التي لم يمسّها رجل، حتى لو زالت بكارتها بغير وطء، فهي بكر إجماعا عندهم، فإنّ وطئها رجل في نكاح صحيح أو فاسد، أو شبهة نكاح فهي ثيّب إجماعا"[1].

الفرع الثاني: حكم إستئذان البكر البالغ في النكاح

إتفق الفقهاء على أنّه ليس لأحد من الأولياء إجبار البكر البالغ على النكاح بدون إذنها ورضاها، وذلك إذا لم يكن وليّها أباها أو جدّها، أمّا إذا كان وليّها أباها أو جدها فهناك خلاف بين الفقهاء في إجبارها، وذلك حسب الأقوال التالية:

القول الأول: ذهب الأحناف وأحمد في رواية وأبو ثور إلى أن: البكر البالغة العاقلة لا تجبر على النكاح، بل ذهب الأحناف إلى أبعد من ذلك فأجازوا لها تزويج نفسها بغير إذن وليّها إلاّ أنّهم إستحبوا تفويض أمرها إلى وليّها كي لا تنسب إلى الوقاحة [2].

واستدلوا ب:

قوله صلى الله عليه وسلم قال:لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، فقالوا: يارسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت" فالرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث نهى عن إنكاح البكر حتى تستأذن والنّهي يقتضي منّا التحريم، وهو لفظ يدل على العموم في كل بكر وفي كل ولي لا فرق بين ولي ولا غيره[3].

قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيّب أحق بنفسها من وليّها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها"[4].

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت فتاة إلى النّبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إنّ أبي ونعم الأب هو زوجني إبن أخيه ليرفع من خسيسته فجعل الأمر إليها.

1 - عوض إبن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص272.

2 - ابن قدامة، المرجع السابق، المغني، ج 6، ص 314.

3 - سبق تخريجه.

4 - سبق تخريجه.

فقالت إني قد أجزت ما صع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أنّ ليس للأباء من الأمر شيء [1].

- حديث ابن عباس: "**أن جارية بكر أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنّ أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي**"[2].

القول الثاني: إنّ لأبيها خاصة إجبارها دون سائر الأولياء:

ذهب مالك والشافعي إلى القول: للأب إجبار البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها ويستحب استئذانها [3].

وهناك حالات للبكر في مذهب المالكية ليس للأب إجبارها على الزواج منها [4]:

- ليس للأب جبر إبنته إذا رشدها [5] أي جعلها رشيدة لصيرورتها الحسنة.
- البكر التي أقامت في بيت زوجها سنة فأكثر، ثم تأيّمت وهي بكر فلا جبر للأب عليها تنزيلا لإقامتها في بيت زوجها سنة منزلة الثيوبة.
- البكر المفتات[6] عليها، أي أن يعقد وليّها زواجها بغير إستئذانها.
- البكر التي تولى القاضي تزويجها.
- البكر العانس: وهي التي طال مكوثها ولم تتزوج وعرفت مصالحها وسنها ثلاثون، وقيل خمسة وثلاثون وقيل أربعون"[7].

---

1 _ نقلا عن: الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص 121.

2 – نقلا عن: إبن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج5، ص 48.

3– وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص190 _ص 191.

4 – المرجع نفسه، ص201، الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج2، ص567.

5 – **رشّدها**: كأن يقول لها أبوها قد أرشدتك، أو أطلقت يدك ولو قبل البلوغ

6 –**المفتات**: الإفتيات عدم الإستئذان

7 – أبى القاسم محمد بن أحمد، المرجع السابق، القوانين الفقهية، ص333.

وإستدلوا بما أخرجه الشيخان[1] عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**الأيّم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها**" [2].

قالوا: المراد بالأيّم في هذا الحديث الثيّب ، وقد جعلها النّبي صلى الله عليه وسلم أحق بنفسها من وليها، وهذا يدل على أنّ البكر بخلافها.

كما أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قسّم النساء في هذا الحديث إلى قسمين ثيبات وأبكار ثم خصّ الثيّب بأنّها أحق بنفسها من وليها مع أنّها هي والثيّب قد اجتمعتا في ذهنه، فلو أنّ البكر كالثيّب لم يكن لإفرادها بالذكر معنى فالبكر ليست أحق بنفسها بل يزوجها وليّها[3].

- قوله صلى الله عليه وسلم:" **الثيّب أحق بنفسها من وليّها والبكر يزوجها أبوها**"، دلّ الحديث على أنّ الأب هو الذي يزوج البكر، ولا يوجد في هذا الحديث ما يدل على وجوب رضاها وإذنها[4].

من المعقول:

- إنّ البكر وإن كانت بالغة لم تخالط الرجال، وهي شديدة الحياء في الأمور المتعلقة بالزواج ولذلك تكون بأمس الحاجة إلى الولي ليزوجها.

- إنّ البكر الصغيرة يزوجها أبوها بسبب الصغر والبكارة، والثيّب الكبيرة لا يزوجها أبوها علمت العلة الموجبة للولاية وهي البكارة لوجود الحكم بوجودها وإزالته بزوالها [5].

والرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء لأنّ الأدلة التي استندوا إليها صحيحة وصريحة فيما ذهبوا إليه، أمّا عن موقف المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الحنفية فيما يخص زواج المرأة البالغة العاقلة حيث جاء في نص المادة 11 الفقرة 1 على أنّ " تعقد المرأة الراشدة زواجها

---

1 – مسلم والبخاري.

2 – سبق تخريجه.

3 – إبن قدامة، المرجع السابق، المغني ، ج7، ص 281.

4 – سبق تخريجه.

5. إسماعيل أبى بكر علي البامري أحكام الأسرة، أحكام الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ودراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009،ص 124.

بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره" وبالتالي فالمرأة الراشدة تتولى زواجها بنفسها بحضور أي ولي تختاره"، واعتبر رضا الزوجين ركنا أساسيا في عقد الزواج وذلك في الم 9 من ق أ الج" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ويترتب على تخلف البطلان حسب نص المادة 33 ق.أ. ج" يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا" [1].

الفرع الثالث: صفة إذن البكر

أولا: صريح كلامها:

إنّ تعبير البكر عن رضاها، وإذنها لوليّها في إنكاحها بصريح كلامها هو أقوى الوسائل لمعرفة رضاها، فالتّعبير باللسان هو أبلغ وسائل التّعبير عما يجول في النفس. وخالف هذا الرأي ابن حزم الظّاهري بقوله: " كل بكر لا يكون إذنها في نكاحها إلاّ بسكوتها فإن سكتت فقد أذنت ولزمها النكاح، وإن تكلمت بالرضا أو المنع أو غير ذلك لا ينعقد بهذا النكاح عليها" [2].

ودليل ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم "إذنها صماتها"[3].

وقوله: لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يارسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت"[4].

ثانيا: إذن البكر بالسكوت:

اتفق الفقهاء على أنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفي دلالة على إذنها لوليّها بالنكاح، إلاّ إذا اقترنت به قرينة تدل على عدم الرضا. غير أنّ بعض العلماء قصّر إذن البكر مع بعض أوليائها دون البعض الآخر أو الأبكار دون بعض، فتحصل عن ذلك الأقوال التالية:

القول الأول: إنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفي لمعرفة رضاها بالنكاح وإذنها فيه، وأنّه معتبر مع كل بكر، ومع كل ولي، قال ابن قدامة في المغني : "أمّا البكر فإذنها صماتها في

---

1 ألم 9،11،33 المعدلة بالأمر 05-02 السالف الذكر.

2 – إبن حزم، المحلى، ج9، ص 471

3– سبق تخريجه.

4 – سبق تخريجه.

قول عامة أهل العلم منهم: شريح[1]، وأبو حنيفة، وابن شبرمة... ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره [2].

القول الثاني: إنّ سكوت البكر إنّما يكتفى به دلالة على الرضا والإذن إذا كان وليّها أباها أو جدها، وأمّا باقي الأولياء فلا يكون إذنها لهم في نكاحها إلاّ بصريح قولها وهو قول الشافعي[3].

وقال محمد: إن فعل هذا غير الولي يعنى إستأمر غير الولي، أو ولىّ غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به، لأنّ السكوت قد يكون لقلة الالتفات[4] لكلامه، فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنّه قائم مقامه. ويجب في الإستئمار تسمية الزّوج على وجه تقع به المعرفة، لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر [5].

القول الثالث: سكوت البكر يكون مع بعض الأبكار دون البعض، وذلك تبعا لاختلاف أحوالهن وقال المالكية: إنّ الأصل في إذن البكر هو سكوتها وهناك حالات مستثناة من هذه القاعدة، لا يكون للبكر فيها إذن إلاّ بصريح قولها وهنّ [6]:

- البكر البالغ التي رشّدت من أب أو وصي ولو قبل بلوغها فلا بد من نطقها.
- البكر التي عضلها وليّها عن النكاح، أي منعها أبوها فرفعت أمرها إلى الحاكم فزوّجها فلا بد من نطقها.

---

1 –هو شريح إبن الحارث ، بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية. من أشهر القضاة في صدر الإسلام أصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولى قضاء كوفة في زمن عمر بن عثمان وعلي ومعاوية كان ثقة في الحديث، مأمونًا في القضاء وتوفي بالكوفة سنة 78هـ.الموقع الالكتروني: http.//www.almohtasb.com/main تاريخ الإطلاع: 2015/02/24.

2 – إبن قدامة، المرجع السابق، المغني،ج7، ص 387، السرخسي، المبسوط ج5، ص32.

3– إبن قدامة، نفسه، ص387.

4 – **معنى قلة الإلتفات:** أي عدم الإهتمام

5– المرغيناني، الهداية، شرح بداية المبتدي، ص35

6 –محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص227، ص 228، الغرياني، مدونة الفقه المالكي ج2، ص 567.

- البكر التي زوجت بعرض (عوض)[1]، وهي من قوم لا يزوجون به وليست مجبرة فلا بد من نطقها.
- البكر التي زوجت بمن فيه رق، كأن يزوجها أبوها بعبده وهذا بناء على أنّ العبد غير كفء للحرة فلا بد من نطقها.
- البكر التي زوجت بذي عيب يوجب لها الخيار، كجنون أو برص[2]، ولو مجبرة فلا بد من نطقها.
- البكر الغير المجبرة المفتات[3] أي تعدى عليها وليّها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها فلا بد من نطقها.
- البكر اليتيمة الصغيرة، وقال بعضهم البكر المعنسة.

ثالثا: ما يكون له حكم السكوت في الدلالة على رضا البكر:

وأمّا ما يلحق بالسكوت في الدلالة على رضا البكر وإذنها، فقد بحث الفقهاء في حالة ما إذا استأذنها وليّها في الزواج فضحكت أو تبسمت أو بكت، أيلحق ذلك بسكوتها أم لا؟

فأمّا في حالة ما إذا استأذنها أبوها فضحكت أو تبسمت فهو إذن، لأنّ الضحك أدّل على الرضا من السكوت، وأمّا في حالة ما إستئذنها أبوها فضحكت أو تبسمت كالمستهزئة فهذا لا يكون دالا على الرضا، كذلك إذا إستأذنها أبوها فبكت فإنّ البكاء دليل السخط والكراهة.

---

1 - **عرض:** (أمتعة، ذهب، فضة.)

2 - **البرص:** هو مرض من الأمراض الجلدية يظهر بشكل بقع بيضاء اللون في الجدل.

3 - **شروط صحة الإفتيات:**

أ- أن يقرب الرضا من العقد: كأن يكون في المسجد مثلا فبلغها من وقته قبل مضي اليوم

ب- أن يكون الرضا بالقول فلا يكفي الصمت

ج- ألا يرد الزواج قبل الرضا ممن أفتيت عليه منهما فإن ردّه فلا يصح منه الرضا بعد إذن

د- أن تكون من أفتيت عليها بالبلد حال الإفتيات عليها، فإن كانت في بلد أخر لم يصح

و- ألا يقر الولي بالإفتيات حال العقد بأن سكت أو إدعى أنه مأذون، فإن أقرّ لم يصح

هـ- أن لا يكون الإفتيات على الزّوجين معا، أنظر وهبة الزحيلي، ص214، أنظر الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج2، ص 568، ص569.

وأمّا إذا كان في بكائها صوت كالويل لم يكن إذن، وأمّا إذا خرج من عينها دمع من غير صوت البكاء فهي تحزن على مفارقة بيت أبويها ويكون ذلك عند الإجازة[1].

واستدل من قال إنّ بكاء البكر بمنزلة سكوتها بما يلي:

- ما روي عن أبي هريرة قال: **قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "تستأ مر اليتيمة في نفسها، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها"**[2].
- لو كرهت لنطقت بامتناعها فإنّها لا تستحي من الإمتناع فكان إذنا منها كالصمات والضحك، وأمّا البكاء فهو دليل فرط الحياء [3].

والذي يتضح لنا من خلال أقوال الفقهاء:

أنّ البكاء لا يلحق بالصمت في الدلالة على الرضا، إلاّ إذا وجدت قرينة تدل على أنّه لفرط الحياء أو لفراق بيوت الآباء، كذلك الضحك يدل على الرضا ما لم تقم قرينة دالة على خلافه كالإستهزاء ونحوه.

1 – السرخسي، المرجع السابق، ص4، المرغيناني، المرجع السابق، ص34.

2 – نقلا عن: الشوكاني، المرجع السابق، ص 137، التبريزي، المرجع السابق، ص 576.

3 –إبن قدامة، المرجع السابق، المغني،ج7، ص 388.

فهرس الآيات

طرف الأيات	السورة	الأية	الصفحة
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا	الروم	21	أ
وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ	التوبة	71	ب –39
وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاء قُلِ اللّهُ يُفْتِيكُمْ	النساء	127	17
وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ	النساء	6	21–20
وَاللَّائِي لَم يَحِضْنَ	الطلاق	4	21
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النَّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ	البقرة	230	48 –46 –45–29
وانكحوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ	النور	32	46–45
ولا نْكِحُوا المُشْرِكِين حَتى يُؤمِنوا	البقرة	221	46
فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ	البقرة	230	48
وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا	الشورى	38	72

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الصفحة
"لا تنكح الأيّم حتى تستأمر...	2-55-57-59
"أيّما إمرأة نكحت بغير إذن وليّها...	4-46
"فالسلطان ولي من لا ولي له"	11-37-38
"تستأمر اليتيمة في نفسها...	13-65
"عن عائشة قالت: أنّ النّبي تزوجها...	21
"عن معقل بن يسار قال: زوجت أختا لي...	29
"فإن إشتجروا فالسلطان ولي...	30
"لا ضرر ولا ضرار"	30
"لا يزّوج النساء إلاّ الأولياء...	45
"لا نكاح إلاّ بولي"	46
"الأيّم أحق بنفسها من وليّها...	47-55-57-61
"الثيّب أحق بنفسها من وليّها...	51-55-59-61
"ليس للولي مع الثيّب أمر...	55
"عن الخنساء بنت خِدام الأنصارية...	55
"الثيّب تعرب عن نفسها بلسانها...	57
"جاءت فتاة إلى النّبي: قالت إنّ أبي زوجي إبن أخيه...	59
"أنّ جارية بكرا أتت رسول الله...	60

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولا: المصادر

1. أبى يحي محمد ابن صمادح التّجيبي، مختصر تفسير الطبري، د ط، دار بن الهيثم، مصر، د س ن.
2. إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن، ج1، د ط، دار طيبة، د ب ن.
3. فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، د ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004م، 1425هـ.
4. محمد الأمين بن محمد بن المختار الجنكي الشنقيطي، تفسير القرآن (أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن)، د ط، ج12، دار الفكر1415هـ، 1995م.
1. أبي عبد الله ابن إسماعيل ابن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ط3، مكتبة عباد الرحمن، مصر، 2008.
2. أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني،سنن إبن ماجة، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية.
3. أبي عبد الله محمد بن عبد الله، مشكاة المصابيح، مج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010.
4. إبن حجر العسقلاني،فتح الباري ج9، دار المعرفة، لبنان، ب،س،ن.
5. إبن القيم الجوزيه، زاد المعاد، ج5، ط2، دار النشر لمؤسسة الرسالة، لبنان، 1997م.
6. جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الرايا في تخريج أحاديث الهداية، دار الحديث، ط1، ب_ س _ن 1995.
7. محمد الشوكاني، نيل الأوطار،ج6، ط الأخيرة، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
8. محمد ابن إسماعيل الصنعاني، سبيل السلام،ج6، ط2،دار إبن الجوزي، السعودية، 1421هـ.
9. محي الدين أبي زكرياء يحي ابن شرف النوري الدمشقي الشافعي، شرح الأربعون نورية، ب- ط، دار الهدى الجزائر.
10. أبي الحسين مسلم بن الحاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، السعودية 1998، رواه مسلم.

ثانيا: المراجع:

1. أحمد حسين فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ب ط مصر،2007 .
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات–دراسة فقهية ونقدية مقارنة – ب ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
3. أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2.ط6، دار المعرفة، لبنان، 1982.
4. أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج3،ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417.
5. أبى القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية.
6. السيد سابق، فقه السنة، مج 2، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1983.
7. إبن حزم، المحلى، ج9، إدارة الطباعة المنيرية، مصر 1451هـ.
8. إبن قدامة، المغني، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان.
9. إبن قدامة، المغني، ج7
10. إسماعيل أبا بكر علي البامري أحكام الأسرة، أحكام الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ودراسة مقارنة ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
11. العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق أ ج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، الجزائر، 2005.
12. العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق أ ج، وفق أخر التعديلات، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
13. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في ق.أ. الج ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ب ط الجزائر، 2013.
14. بن شويخ الرشيد، شرح ق.أ. الج المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ب ط، الجزائر 2008.
15. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2007.
16. حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط1، دار بالنسبة للنشر والتوزيع، السعودية 1420هـ.

17. رمضان على السيد الشرنباصى، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية و، مصر،2007.
18. سليمان السقر،أحكام الزواج في الكتاب والسنة، ط1، دار النفائد للنشر والتوزيع، الأردن،1997.
19. رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرآة وكيفية مواجهته، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، مصر 2010
20. شمس الدين السرخسى،المبسوط، ج5، ب ط، دار المعرفة،لبنان.
21. طاهري حسين،الأوسط في شرح ق أ، الج، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2006.
22. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما ،ب ط ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ، لبنان، 200
23. عبد الرحمان الغرياني، مدونة لفقه المالكي،ج2،المؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع.
24. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج1، ط1،مكتبة الملك فهد أثناء النشر، السعودية، 1423 هـ.
25. عيسى حداد،عقد الزواج، دراسة مقارنة، ب ط، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر،2009..
26. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع،ج2،ط2، دار الكتب العلمية، لبنان،1986 م.
27. محمد بن إبراهيم الشيخ، عبد الرحمان السعدي، أبن باز، عبد الله بن حميد، ابن عثمين، إبن جبرين، ابن بوزان، الوجيز في فتاوى المرأة المسلمة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 2004.
28. محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام،الأحكام الأسرة في الش ا|لإسلامية، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
29. محمد أبو زهرة، أحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي للنشر، مصر، 1947.

30. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره. ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1994.
31. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ب ط، دار الفكر العربي، مصر، 1994.
32. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، ب.س.ن.
33. محمد بن صالح العثيمن، الشرح الممنع على زاد المستنقع، مج 12، دار إبن الجوزي، السعودية، 1422 هـ.
34. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ب-ط، دار الجامعة للنشر والتوزيع، مصر.
35. مالك بن أنس، المدونة الكبرى،ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997م.
36. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة با الزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003.
37. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، ط1، دار الشروق، مصر، 2002.
38. ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة العقد النكاح، ب ط، دار الجامعة.
39. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1985.
40. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج1.

ثالثا: الرسائل الجامعية و المذكرات

1- الرسائل:

- سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر.

2- المذكرات:

- اسماعيل أحمد علي بني ياسين، ولاية الإجبار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه و أصوله،كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة أل البيت2004.

- محمد طاهر بلموهوب، الذكورة أو الأنثى وأثارهما في تشريع الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون جامعة الجزائر، 2005.

رابعا: المعاجم

1. إبن منظور، لسان العرب، ط1، دار نوبلسي للنشر الخلدونية للنشر والتوزيع، لبنان،2006.
2. إبن منظور، لسان العرب، ج1.
3. إبن منظور، لسان العرب، ج4.
4. إبن منظور، لسان العرب، ج6.
5. إبن منظور، لسان العرب، ج33.
6. عصام نور الدين، معجم الوسيط، (عربي- عربي)، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
7. كريم سيد، محمد محمود، معجم الطلاب الوسيط، (عربي عربي) ط2، دار الكتب العلمية، د س ن.

خامسا: النصوص القانونية:

- ق أ الج، رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو لسنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 15.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ،رقم 51، لسنة 1984.
- قانون الأحوال الشخصية الليبي، قانون رقم 10، لسنة 1984.
- قانون الأحوال الشخصية القطري، لسنة 2006.
- قانون الأحوال الشخصية التونسي، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لسنة 2010.
- أمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية.

سادسا: المواقع الإلكترونية:

يوم 24 فيفري 2015 .

http://www.almohtasb.com/main/4796-1.html

الفهـــــــــرس

- كلمة شكر
- إهداءات

مقدمة.....1

الفصل الأول: ولاية الإجبار في عقد الزواج فقها وقانونا

المبحث الأول: مفهوم ولاية الإجبار في عقد الزواج.....8

المطلب الأول: تعريف ولاية الإجبار وأسبابها في الفقه 8

الفرع الأول: تعريف ولاية الإجبار.....8

- أولا: لغة.....8
- ثانيا: التعريف الشرعي و الإصطلاحي 8

1-التعريف الشرعي 8

2- التعريف الإصطلاحي 8

الفرع الثاني: أسباب ولاية الإجبار في الزواج.....10

- أولا: القرابة: 10
- ثانيا: الإمامة.....11
- ثالثا: الإيصاء.....12
- رابعا: الولاء.....13
- خامسا: الملك.....14

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجبار.....14

المطلب الثالث:صاحب الحق في ولاية الإجبار.....16

الفرع الأول: من تثبت له ولاية الإجبار.....16

- أولا: مذهب الحنفية 16
- ثانيا: المذهب المالكي والحنبلي.....17
- ثالثا: المذهب الشافعي.....17

الفرع الثاني: من تثبت عليهم ولاية الإجبار.....19

- أولا: ولاية الإجبار عند الحنفية..... 19

- ثانيا: ولاية الإجبار عند المالكية.....20
- ثالثا: جمهور الفقهاء..... 20
أولا: الولاية في زواج المجنون والمجنونة.....23
1-مذهب الحنفية.....23
2-مذهب المالكي.....23
3-مذهب الشافعية.....23
4-مذهب الحنابلة.....24
ثانيا: الولاية في زواج المعتوه.....24
ثالثا: الولاية في زواج السفيه.....25
المبحث الثاني: حالات انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد.....26
المطلب الأول: مسألة عضل الولي الأقرب لموليته.....27
- الفرع الأول: معنى العضل.....27
1/لغة.....27
2/الإصطلاح.....28
3/ شرعا.....28
الفرع الثاني: حكم العضل.....28
الفرع الثالث: تزويجها إذا عضل الولي.....29
المطلب الثاني: مسألة غيبة الولي.....33
- القول الأول: مذهب الحنفية.....33
- القول الثاني: مذهب المالكية.....35
- القول الثالث: مذهب الشافعية.....36
المطلب الثالث: ولاية السلطان.....37
الفرع الأول: المراد بالسلطان.....37
الفرع الثاني:إنتقال الولاية إلى السلطان.....37

الفصل الثاني: ولاية الاختيار في عقد الزواج فقها وقانونا

المبحث الأول: مفهوم الإختيار في عقد الزواج فقها و قانونا.....42
المطلب الأول:تعريف ولاية الإختيار.....42
الفرع الأول:تعريف ولاية الإختيار.....42
الفرع الثاني: الأدلة الشرعية للولاية الإختيارية.....44
- أولا: القرآن الكريم.....44
- ثانيا: من السنة النبوية الشريفة.....44
المطلب الثاني: الولاية على المرأة البالغة العاقلة في النكاح.....45
الفرع الأول:منع المرأة من تزويج نفسها.....45
الفرع الثاني: إجازة المرأة في تزويج نفسها.....46
الفرع الثالث:إجازته موقوفا.....47
الفرع الرابع:التفريق بين البكر والثيب.....48
الفرع الخامس: الرأي الراجح.....48
المطلب الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الاختيار وبعض التشريعات العربية.....48
الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولاية الاختيار في الزواج.....49
الفرع الثاني: ولاية الاختيار في الزواج عند بعض الدول العربية.....51
أولا :الولاية في الزواج عند المشرع الكويتي.....51
ثانيا:الولاية في الزواج عند المشرع الليبي.....52
ثالثا: ولاية الزواج عند المشرع التونسي.....52
رابعا: الولاية في الزواج عند المشرع القطري.....52
المبحث الثاني: إستئذان الولي للمرأة البالغة العاقلة في النكاح.....54
المطلب الأول:استئذان الثيّب البالغ في النكاح.....54
الفرع الأول: المقصود بالثيّب البالغ.....54
- أولا: الثيّب لغة.....54
- ثانيا: الثيب اصطلاحا.....54
الفرع الثاني: حكم استئذان الثّيب البالغ في النكاح 54
الفرع الثالث:صفة إذن الثيّب.....57

المطلب الثاني: استئذان البكر البالغ في النكاح.....58
الفرع الأول: المقصود بالبكر البالغ.....58
- أولا: البكر لغة 58
- ثانيا: البكر اصطلاحا 59
الفرع الثاني: حكم إستئذان البكر البالغ في النكاح.....59
الفرع الثالث:صفة إذن البكر.....62
- أولا: صريح كلامها.....62
- ثانيا: إذن البكر بالسكوت.....62
- ثالثا: ما يكون له حكم السكوت في الدلالة على رضا البكر.....64
خاتمة.....67
قائمة المراجع.....73

من خلال بحثنا في هذا الموضوع، يتضح لنا بأنّ الأمور المتعلقة بالزواج، يجب أن تكون مستمدة من الشريعة الإسلامية، بإعتباره عقد ديني قبل أن يكون عقدا مدنيا، فالشريعة الإسلامية عنت بهذا العقد وقامت بتحديد ضوابطه وأحكامه المستوحاة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

وهذا نظرا لخطورة هذا العقد وأهميته البالغة عن سائر العقود الأخرى، مما يجعل مفهوم الأسرة في الإسلام مفهوما ممتدا وليس قاصرا على الزّوجين فحسب، بل يكون قائما على أساس المشورة وتبادل الرأي. فمن خلال ما سبق دراسته فإنّ خلاصة ما يمكن قوله بشأن الولاية في عقد الزواج بين الإجبار والإختيار في الشريعة الإسلامية وفي القانون: فقهاء المذاهب كانت لهم أراء مختلفة ومتضاربة فيما بينهم في هذا الشأن فالمالكية والشافعية والحنابلة، اتفقوا على ضرورة وجود الولي في عقد النكاح فكل نكاح يقع بدون ولي أو من ينوب مقامه يكون باطلا، فليس للمرأة أن تباشر عقد نكاحها بأي حال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة، عاقلة أو مجنونة.

أمّا الحنفية فقالوا: إنّ الولي ضروري للصغيرة والكبيرة المجنونة، أمّا البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنّها صاحبه الحق في تزويج نفسها بمن شاء، بشرط أن يكون الزوج كفؤا وإلا فلوليها الاعتراض وفسخ النكاح.

كما أنّ النصوص القرآنية لم ترد فيها صراحة ما يدل على الولاية الإختيارية في الزواج، وعلى إنفرادها بتزويج نفسها.

ونجد أنّ المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية بحيث جعل الولاية على الصغيرة القاصرة، ولاية إختيارية، أمّا الراشدة فقد أعطى لها الحرية في تفويض وليّها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص أخر تختاره.

وقد كانت أسباب كثيرة وراء قيام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة، وجعله متماشيا مع العصر الحالي وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، بحيث جعل الولي شرط

صحة في عقد الزواج بعد أن كان ركنا وذلك بنصه في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02 بل أكثر من ذلك بحيث أصبح وجود هذا الولي وجودا شكليا فالمشرع الجزائري أعطى للمرأة الراشدة الحق بتفويض أي شخص تختاره ويظهر ذلك من خلال استقرائنا للمادة 11 الفقرة1 المعدلة فعبارة أي شخص أخر تختاره تبقى مبهمة فيا ترى من هو هذا الشخص وهل يكون أحرص على المرأة من وليها الذي يكون أبوها أو أحد أقاربها الأولين ؟ بالطبع الإجابة هي لا فهذا الشخص لن يكون أحرص عليها من أبيها كما أنه توجد حكمة من عدم السماح للمرأة بتولي إبرام عقد زواجها بنفسها أو لغيرها و تتجلى في:

- إنّ النكاح يراد منه تحقيق مقاصد عديدة من السكن، والإستقرار والمحبة والألفة بين الزوجين، وإنجاب الأولاد وتربيتهم، والمحافظة عليهم وهذه المقاصد المرجوة من رباط الأسرة تتوقف على حسن النّظر ودقة التّأمل في إختيار الزّوجة شريك حياتها وتعيش معه طول حياتها. وتفويض عقد النكاح إلى النساء دون الولي يخلي بهذه المقاصد والأغراض المتوخاة من العقد، وذلك لأنّهنّ سريعات التأثر والإغترار يؤثر فيهنّ القول الليّن والتّرغيب المصطنع، فيسرعن في الإختيار وإتمام العقد مع قلة خبرتهنّ في هذا الأمر[1] .
- الأصل أنّ المرأة مفطورة على الحياء، وعدم توليها عقد نكاحها بنفسها أو نكاح غيرها مقصود بمقتضى الشريعة الإسلامية من مكارم الأخلاق و صفات أهل الصيانة والغيرة والمروءة. وذكر النكاح من قبل المرأة و توليها العقد بنفسها في مجلس الرجال خصوصا مشعر بالوقاحة والرعونة والميل إليهم وعدم الحياء وهذا يؤدي إلى نفور الناس منها، ويعتبر سمعة سيئة لها خاصة عند الخطاب وأهلهم على عكس الرجال، فإنهم أدرى وأعلم بمصالح النساء في أمور الزّواج من أنفسهن لمخالطة الرجال بعضهم

1- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، د ط، دار بلنسية للنشر والتوزيع، السعودية، 1420، ص573-ص574.

لبعض كثيرا. ومعرفتهم بكثير مما يخفى على النساء فكانت العلة في منع المرأة من تزويج نفسها أو غيرها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال فلا يجوز لها تولي نكاح نفسها مباشرة أو تولي نكاح غيرها [2].

- إنّ عقد الزواج ليس كالعقود المالية لأنّ خطره ليس كخطرها فالتخلص من أثارها سهل والغبن فيها لا يؤثر في سير الحياة واتجاهها، وليس هناك ناحية استهواء يضل فيها الفكر كالشأن في علاقة النساء بالرجال. فالرجال صناديق مغلقة لا تعرفهم النساء المعرفة الحقة لأنّهن ملتزمات أخدارهنّ، فيسرعنّ في أحكامهنّ ولا ينظرنّ إلى ما يختفي، ولذلك كان من مصلحة المرأة أن يشترك معها وليها في اختيار زوجها لأنّه يبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر. لأنّ هذا العقد الخطير يعود على الولي بالعار أو الفخار، فالزواج رباط بين أسرتين والولي يؤذيه زواجها من خسيس، ويشرفه زواجها من شريف فلا يمكنها أن تستبد بالعقد [3].
- الولاية على المرأة مظهر تكريم لها وتشريف، حيث نصّب لها الشّارع الحكيم ممثلا يدافع عنها ويحامي عن حقوقها في العقد، بحيث لو تولته لنفسها بنفسها لغلبها الحياء فتسقط الكثير من حقوقها هذا من الجانب المادي للعقد. أمّا في الجانب الأهم وهو إختيار الزّوج المناسب صاحب الخلق والدين الذي يصون المرأة، فإنّ الولي أقدر على ذلك. لأنّ الرجل أكثر تجربة من المرأة وتبصرا بحقائق الأمور، والمرأة تغلب عليها العاطفة فتتعلق بالشّاب الذي يطلبها لمظهره الّذي قد يكون مخادعا، لذلك احتاجت المرأة إلى من يقف إلى جانبها وينبهها إلى الإختيار المناسب الذي يضع في حسابه كل المقومات لزواج ناجح[4].

---

[2] – نصر فريد واصل–الولايات الخاصة، دار الشروق، ط1، مصر،2002، ص40.

[3] –أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ص128.

[4] – الغرياني، المرجع السابق، ص 555.

وفي الأخير يمكن القول: بأن الولاية الإختيارية هي ولاية مشاركة بين الأب وابنته، أو بين الولي ومن تكون تحت ولايته بحيث يشاركهم في اختيار الزواج ويتولى تنفيذ صيغة العقد بدلا منها.

وتثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيّبا، غير أنّ فقهاء الشّريعة الإسلامية اختلفوا في الولاية الإختيارية عن المرأة البالغة العاقلة بين مؤيّد لها ومعارض، أما فيما يخص موقف قانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة فقط حسب نص المادة 13 ق أ ج المعدل بالأمر 05-02 أمّا المرأة البالغة فتعقد زواجها بحضور وليّها أو أحد الأقارب أو أيّ شخص تختاره حسب نص المادة 11 ف 1 ق أ ج.

فمن خلال هذا البحث يتبين لنا:

- بأنّ المشرع الجزائري لم يوفق بخصوص مسألة الولي في عقد النكاح في التعديل الوارد في الأمر 05-02 المعدل والمتمم للقانون 84-11 خاصة المادة 11 الفقرة 1 التي تحتاج إلى إعادة تعديل حتى يكون قانون الأسرة متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- شرط الولي ضروري في عقد النكاح وذلك للحفاظ على مصلحة المرأة وصون كرامتها هذا من ناحية، والعمل بمقتضى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى.
- ضرورة توكيل أي تعديل فيما يخص قانون الأسرة إلى فقهاء مختصين في الشريعة، والقانون، وعلم الإجتماع، وقضايا الأسرة لكونهم يتمتعون بثقافة واسعة من الناحية القانونية والشرعية، وبالتالي لا يكون هناك خروج عن التعاليم التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

- الولاية على المرأة مظهر تكريم وتشريف لها وليس إهانة وإحتقار كما يراها المستشرقين الغربيين، لذلك لابد من إعادة النّظر في شرط الولي وإعادة الإعتبار له من طرف المشرع الجزائري.

وفي الأخير نود أن نشير إلى نقطة مهمة أشار إليها القرآن الكريم ألا وهي ضرورة المشاركة والمشاورة في أمور الحياة و المستجدات و التغيرات التي تطرأ علينا في كل شيء في قوله **تعالى:**﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾ [5].

5 سورة الشورى، الآية 38.