جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور الولي في عقد الزواج
بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
قارون فازية

تحت إشراف الأستاذ:
ظريفي الصادق

لجنة المناقشة

الأستاذ: ..... عيساوي محمد .....رئيسًا
الأستاذ: ..... ظريفي الصادق ..... مُشرِفًا ومقرِّرا
الأستاذ: ..... شيهاني سمير ..... ممتحنا

السنة الجامعية
2014/2013

الإهـداء

إلى من علمني كيف أسلك دروب الحياة

وكيف ألاقي ربي في المماة

والديّ الكريمين

أطال الله في عمرهما.

إلى عمتي رحمها الله.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل صديقاتي وزملائي.

إلى كل أساتذتي.

أهـدي ثمـرة مجهـودي

شكر وتقدير

أحمد الله عزّ وجل على ما كرمني به من علم وأسأله تعالى أن يحفظ كل طالب للعلم

أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي الفاضل "ظريفي الصادق"

الذي شرفني بإشرافه وتوجيهه ونصحه وإرشاده.

كما أتوجه بالشكر الجزيل للدكتور "شيهاني سمير"

المشرف الثاني لي، والذي لم يبخل علّي بمساعدته وإرشاده، فجزاه الله خيرا.

ولا أنسى شكر كافة الأساتذة الذين كانوا لي عونا في دراستي، وأخص بالذكر الأستاذ

"دياب جفال إلياس" والأستاذ "عوادي الزبير".

ولا يفوتني شكر لجنة المناقشة بقبولهم مناقشة مذكرتي فجزاهم الله خير الجزاء.

قائمة المختصرات

- **ق.أ.ج:** قانون الأسرة الجزائري.
- **م:** ميلادي.
- **هـ:** هجري.
- **ص:** صفحة.
- **ط:** طبعة.
- **مج:** مجلد.
- **ب.ط:** بدون طبعة.
- **ب.ت.ن:** بدون تاريخ النشر.
- **ج.ر.ج.ج:** الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

مقدمـة:

كرم الله عزّ وجل الإنسان بالزواج، وحتى يتم الازدواج بين الزوجين أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر، ليكون من ثمراته التناسل الصحيح، ويضمن بقاء النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله لقوله تعالى: "**إنّي جاعل في الأرض خليفة**"[1].

والزواج سر عظيم جعله الله عزّ وجل بين الرجل والمرأة، امتثالا لأمر الله سبحانه وتعالى وإتباعا لهدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي نهى عن التبتل، الذي يعدّ انقطاعا للعبادة وتحريما للطيبات كما جاء في قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إنّ الله لا يحب المعتدين**﴾[2]. من هنا عدّ الزواج الطريق الشرعي الوحيد لتكوين أسرة سليمة أساسها المودة والرحمة، والذي يعتبر حقا مكرسا في الاتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية، والتي عملت على حماية الأسرة كونها الركيزة للمجتمع والتي تتمتع بحماية الدولة والمجتمع[3]. بعد أن إعتنى الإسلام بالزواج والأسرة خاصة بهدمه للأنكحة الفاسدة السائدة قبلاً .

لفظ النكاح عند الفقهاء كان محل خلاف بينهم، فيرى الجمهور أنّ لفظ النكاح حقيقة في العقد ومجاز في الوطء، في حين الأحناف قالوا بحقيقته في الوطء ومجازا في العقد، حتى كان تعريفهم للنكاح مختلفا[4]. ولا خلاف بينهم في انعقاد العقد بلفظي أنكحت وزوجت، لأنّ النكاح في لغة العرب بمعنى الزواج، فهما لفظان واردان في القرآن الكريم، وكذلك في السنة النبوية الشريفة، ولكن اختلفوا في انعقاده بغير هذين اللفظين[5].

والمشرع الجزائري عرف الزواج انطلاقا من أهدافه، وحسنا فعل في المادة 4 ق.أ.ج.

([1]) سورة البقرة، الآية 30

(2) سورة المائدة، الآية 87.

(3) د/ مفتاح عبد الجليل ، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية، (مجلة الاجتهاد القضائي)، العدد 7، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ب.ت.ن.

(4) حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط1، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ، ص 543.

(5) أمرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م، ص 16.

والإشكالية المطروحة في هذا الموضوع، **إذا كانت أحكام قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية، فهل دور الولي في عقد الزواج موافقا وأحكام الشرع ؟** وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

. من هو الولي في عقد الزواج؟ وماهي الشروط الواجب توفرها فيه؟

. ماهي الصلاحيات المخولة له في ممارسته لولاية التزويج؟

. هل يجوز للولي جبر موليته على الزواج دون رضاها؟

. ماهو سبب خلاف الفقهاء حول صحة العقد من عدمه بدون ولي؟

على الرغم من أنّ ولاية الزواج عرفت عناية كبيرة من قبل الشريعة الإسلامية، إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول صحة العقد الذي تتولاه المرأة البالغة بدون وليها، فجمهور الفقهاء اشترطوا الولي في عقد الزواج، وجعلوا منه عقدا باطلا، كون الولي مشروطا في عقد الزواج واعتمدوا على تأكيد ذلك بأدلة من القرآن والسنة. ومنهم من لم يشترط وجوده في عقد زواج المرأة البالغة قياسا على قدرتها في إبرام التصرفات المالية، وكان استدلالهم بنفس الأدلة التي استدل بها الجمهور، كما سوف سنفصل في الفصل الثاني الولي بين الركن والشرط، بعد بيان أولا حقيقة الولاية في عقد الزوا ج في الفصل الأّول.

وبدراستنا لدور الولي في عقد الزواج اعتمدنا على المذاهب الفقهية الأربعة الشافعية، الحنبلية والمالكية والحنفية، كونها معروفة أكثر، واعتمادها على أدلة معقولة ولا يسعنا ذكرها كلها فاكتفينا بالبعض منها. وفي بعض المواطن أشرنا إلى ما ذهبت إليه المذاهب الأخرى كالظاهرية مثلا، وحاولنا مقارنة أحكام الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل مع ما ذهبت إليه هذه المذاهب. ولم نحصره فقط في قانون الأسرة الجزائري، بل أشرنا إلى موقف بعض القوانين العربية في هوامش المذكرة وذلك لسببين:

أولهما إجراء مقارنة بسيطة بين أحكام الولاية في قانون الأسرة الجزائري مع هذه القوانين العربية لمعرفة الاختلافات بينهم.

وثانيهما من أجل إثراء أكثر للموضوع، حتى تكون الدراسة شاملة وملمة أكثر.

- أسباب اختيار الموضوع:

نظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الموضوع ليس فقط من الناحية الشرعية أو القانونية، بل حتى من الناحية الواقعية، الأمر الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع بالتحديد، وكذا الرغبة الملحة في معرفة الجديد الذي جعل المشرع الجزائري بعد قرابة 20 سنة من العمل بقانون 11/84، ليتفطن لأحكام لابد من إدخال تعديلات عليها وأخرى إلغائها. ولمعرفة سبب إختزاله لركن الولي في عقد الزواج، وجعل منه شرطا، ليلغي بطريقة غير مباشرة حتى هذا الشرط من خلال جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة، والذي يعدّ إنكارا لمكانة الولي الحقيقية.

- أهداف الدراسة:

من الأهداف المرجوة من هذه الدراسة هو إظهار دور الولي في عقد الزواج من الناحية الشرعية، من أجل إعادة الاعتبار لمكانة الولي في عقد زواج الراشدة تماشيا مع شريعتنا السمحاء، خاصة وأنّها المصدر الأصلي لقانون الأسرة الجزائري.

ليس ذلك فقط بل، التنبيه أكثر على ما قد يترتب عليه من تهميش الولي عن طريق حضوره الشرفي لعقد موليته، أو حتى من خلال التوسيع من دائرة الأولياء. والتأكيد على وجوب الولي في عقد الزواج، ليس باعتباره إذلالاً للمرأة أو إنقاصا من كرامتها، بل كونه صونا لها وحماية لأسرتها.

والجدير بالذكر أنّ موضوع الولاية في عقد الزواج، ليس بموضوع جديد علينا، فقد كان محلا للدراسة من قبل الكثير من الفقهاء، وكان موضوعا بارزا حتى في الكتب القانونية استنادا في دراستها إلى المذاهب الفقهية، ثم تليها العديد من الرسائل والتي كان أغلبها عبارة عن دراسة مقارنة لولاية الزواج بين منظور الشرع والقانون، وقد وصل الأمر إلى نسخ البعض منها على شكل كتاب ليكون أصله رسالة ماجستير، مثل كتاب الولاية في النكاح للدكتور عوض بن رجاء العوفي.

– رسالة ماجستير بعنوان "ولاية الإجبار" أعدّها إسماعيل علي بني ياسين، وكذا رسالة ماجستير بعنوان "رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" للأستاذ قاضي سعيد، وأخيرها أطروحة دكتوراه تّم إنجازها في السنة الماضية فقط للدكتور شيهاني سمير بعنوان "شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، ولا تقف دراسته هنا.

– المنهج المتبع:

اعتمدنا على المنهج الوصفي الملائم لسّرد الأدلة الدالة على وجوب الولي في عقد الزواج، والمنهج التحليلي كون موضوع ولاية التزويج من المواضيع التي ينبغي نحن كمسلمين الإطلاع عليها، خاصة وأنّ الزواج من سنن المرسلين، والذي يعدّ السبيل الأمثل لتنظيم النسل فيجب التعرف أكثر على مقدمات الزواج.

المنهج المقارن باعتباره الملائم لمثل هذه الدراسة لمعرفة أكثر النقاط المقاربة لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل وأحكام الشريعة الإسلامية، وكونه المنهج الملائم والأمثل للتعرف على الفراغات التشريعية في قانون الأسرة الجزائري، خاصة وأنّ المشاكل الأسرية في تزايد مستمر نتيجة سوء الاختيار والتقدير الأمثل للأزواج.

الفصل الأول

طبيعة الولاية في عقد الزواج

الأسرة أهم خلية أساسية لبناء المجتمع، وهي الحقيقة الأولى التي سعى الإنسان منذ القدم إلى تكوينها، ولا يزال كذلك لتنظيم جوانب حياته بما يوافق كرامته الإنسانية بعيدا عن جميع السلوكات الغريزية الحيوانية.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة كونها الركيزة الأساسية في وجود مجتمع مثالي بتحقيق مقاصد الوجود الإنساني، من خلال تنظيم النسل والاستخلاف في الأرض وتعميرها. وهي ليست كذلك فحسب، بل تعد منبع الأخلاق والدعامة الأساسية لتنظيم السلوك البشري وضبطه، كونها الإطار الذي يتلقى فيه الإنسان أول دروس الحياة الاجتماعية بإحساسه بالنعمة التي أنعمها عليه الله عز وجل، وفضله على سائر المخلوقات.

يقول عزّ وجل في محكم تنزيله: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾[1].

ولقيام أسرة سليمة، لحفظ النوع الإنساني وضمان بقائها واستمرارها والحفاظ عليها سنّ الله عزّ وجل الزواج كأساس لتكوين الأسرة. هذا العقد الذي يعدّ من العقود الثنائية الأطراف، فيتم بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر، حسب نص المادة 9 من ق.أ.ج: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"[2].

(1) سورة النساء، الآية 01.

(2) المادة 9 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ،ج.ر.24، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ج.ر. رقم 15 الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426هـ ،الموافق لـ27 فبراير 2005م .

ويتم التعبير عن الإرادة بموافقة الطرفين على عقد زواجهما، وذلك بكل لفظ أو إشارة تفيد معنى الزواج شرعا. حسب ما نصت عليه المادة 10 ق.أ.ج:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا."

كون الزواج أغلظ المواثق، فإنّ القرآن الكريم أقرّ أن يكون بين الرجال والنساء وحرم الزواج المثلي، حيث اعتبره الوسيلة الوحيدة للحياة الجنسية الشرعية بين الرجل والمرأة حفاظا على الرجل وتكريما للمرأة وصيانة للأنساب والأولاد[1].

فالإسلام اعتبر الزوجة شريكة للزوج في العقد أولا ثم في الحياة الزوجية ثانيا وفي توزيع الأعمال والاختصاصات وتحمل المسؤولية ثالثا. وسوى في الحقوق والواجبات بين الزوجين مع استثناء درجة واحدة للزوج هي القوامة مقابل المسؤولية و الإنفاق، لقوله عزّ وجل ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[2].

ولم يكتف الإسلام بعناية المرأة وإكرامها بما لها من حقوق وما عليها من واجبات بل أكثر من ذلك حصنها بدرع واق، أين أسند أمر مباشرة زواجها إلى شخص أقدر منها على تحقيق مصالح ومقاصد الزواج على أكمل وجه، حتى يتحمل ولي هذه المرأة تبعات الزواج من خلافات ومسار الصلح وغيرها، وكون أنّ المرأة كثيرا ما تخضع لحكم العاطفة فقد لا تحسن اختيار شريك حياتها.

بدراستنا لهذا الموضوع، كان لزاما علينا تحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج، من عدة جوانب (المبحث الأول). بعد ذلك تخصيص (المبحث الثاني) لأنواع الولاية في عقد الزواج في نظر الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري، بغرض مقارنته مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأساسي لقانون الأسرة كما أحال المشرع في نص المادة 222 في حالة عدم ورود نص في قانون الأسرة . ولمعرفة الأحكام الخاصة بولاية الزواج

(1) د/ الزحيلي محمد ، حقوق المرأة بين الشريعة والقانون، (الدليل الإلكتروني للقانون العربي)، ب.ت.ن، ص 15، على الموقع www .Arablawinfo.com
(2) سورة البقرة، الآية 228.

ومطابقتها للشريعة، خاصة وأنها الأكثر التي مسها التعديل الأخير لقانون الأسرة الذي غير مسار الكثير من النساء.

المبحث الأّول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج لخير الإنسانية ومصلحة للمجتمع في إقامة دعائم الأسرة التي تعد أساسه، ونظرا لأهمية هذا الزواج خصه الشارع الحكيم بعناية خاصة لم تتوفر في غيره من العقود ذلك من وقت إنشائه إلى غاية انتهائه ، خاصة وأّنه جُعل أغلظ المواثيق، لحكم كثيرة ومصالح ومنافع عديدة، ومن ذلك أنّ إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليفة في الأرض لإصلاحها ولإقامة الشرائع فيها.

وتحقيق هذه الأغراض والمصالح تكون انطلاقا من زواج صحيح بتوفر أركانه وشروطه، ذلك رعاية لمصالح الأطراف وحفاظا على العلاقات الأسرية والتوسيع فيها من خلال إنجاب الأولاد، خاصة بالنظر إلى العلاقة الموجودة بين الولاية والزواج في مجتمعنا الإسلامي على عكس المجتمعات الغربية التي يعتبر الزواج فيها علاقة بين طرفين يتوقف على رضاهما، ولا شأن للسلطة الأبوية بهذه العلاقة .

وقبل بيان الحكمة من اشتراط الولي في عقد الزواج (المطلب الثاني)، وأنواع ولاية الزواج (المطلب الثالث). يجدر بنا بداية تعريف الولاية في عقد الزواج والشروط الواجب توفرها في الولي (المطلب الأول).

المطلب الأول

تعريف الولاية في عقد الزواج والشروط الواجب توفرها في الولي

بمجئ الإسلام طهر المجتمع من الأنكحة الفاسدة[1] التي كانت قبل الإسلام، وهدّمها كليا، إلا نكاح الناس اليوم. الذي اهتمت به الشريعة الإسلامية، ولم تترك أمرا من أمور الدنيا والآخرة إلا وبينت حكمه، حتى يسعى كل إنسان إلى العمل بمقتضيات شريعتنا.

وإذا نظرنا إلى الزواج بوصفه الشرعي الصحيح، نجد علاقته بالولاية تتضح من خلال تحقيق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرع الزواج. ومساعدة المرأة في اختيار شريك حياتها، وتأسيس أسرتها حتى لا تخضع لعاطفتها.

والحديث عن أهمية الولاية وبيان أحكامها شرعا وقانونا، مستمد من أهمية عقد الزواج بحدّ ذاته، كونه منهجا شرعيا متكاملا. في هذا المطلب دراستنا بداية تكون ببيان تعريف الولاية في عقد الزواج مع الإشارة إلى دليل مشروعيتها من الكتاب والسنة، ثم بيان الشروط الواجب توفرها في الولي الشرعي حتى يكون أهلا لممارستها.

الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج

اختلاف الآراء حول الولاية في عقد الزواج، وتعدد وجهة النظر في حكمها، هو ما دفع إلى تعدد تعاريفها، فمنهم من عرفها انطلاقا من مفهومها العام، ومنهم من قصر تعريفها على ولاية الإجبار فقط، بالتركيز على نوع من أنواع الولاية بصفة عامة (ولاية قاصرة) دون التركيز على ولاية الزواج.

---

(1) حيث عرف عرب الجاهلية أنواع من الأنكحة: نكاح الإستبضاع حيث يدفع الرجل بامرأته إلى رجل فتستبضع منه رغبة في إنجاب ولد منه. نكاح الرهط حيث يجتمع عدد من الرهط ويدخلون بالمرأة، فإذا حملت ووضعت حملها فلها أن تلحق الولد بمن أردت، وليس له الرفض.نكاح الخدن وهو اتخاذ أخلاء في السر بتراضي طرفي العلاقة واتفاقهما. واعتبره الشعبي نوعا من أنواع الزنا، حتى قال عنه هوا لزنا بالسر. نوع أخر وهو نكاح البدل حيث يتنازل الرجل عن زوجته لرجل أخر مقابل أن يتنازل له عن زوجته.فكل هذه الأنكحة ترفضها النفس السوية وحرمها الإسلام تحريما قطعيا. للإطلاع أكثر يراجع د/ ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج1، ط1، دار الفتح الإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1420هـ، ص ص،121-122.

وفي هذا الفرع ندرس بعض هذه التعاريف بنوع من التحليل والتفصيل فيها، ثم نحاول تقريب وجهات النظر بين مختلف التعاريف، لننتهي بتعريف قريب للولاية في عقد الزواج. ولا نقف عند تعريف الولاية فقط، بل يجدر بنا دراسة الأدلة الشرعية التي تثبت مشروعية الولاية في عقد الزواج.

أولا: تعريف الولاية لغة

الولاية لغة مأخوذة من الولي، وهو القرب والدنو. قال سيبويه: الولاية بالفتح هي المصدر، والولاية بالكسر الاسم، مثل الإمارة لأّنه اسم لما توليته وقمت به، وجمع الولاية هي الولايا[1]. قال ابن بري: الولاية بالفتح وبالكسر هي معنى النصرة[2].

أما الولي فقال بن فارس الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على القرب، من ذلك الولّي وكل من ولى أمرا فهو ولّيه[3]. وقال الزبيدي بأن الولي له معاني كثيرة منها: "المحبّ وهو ضد العدو، الصديق والنصير من والاه إذا نصره...[4].

ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا

اختلف الفقهاء في تعريفهم الاصطلاحي للولاية، فمنهم من حصرها في الولاية العامة ومن خصصها بنوع من الولاية الخاصة. مثل تعريف الأحناف الذي اقتصر على الولاية على الغير، كما في قول التمرتاشي بأّنها :" تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[5]. وكلمة

(1) إسماعيل بن عماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، مج4، ج4، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990، ص 2530.

(2) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: د/ ضاحي عبد الباقي، ج40، ط1، التراث العربي، الكويت،1422هـ،2001م، ص242. الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان،ج1، ط2 ،مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ، 1986م ،ص ص 936-937 .

(3) الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، معجم مقايس اللغة ج6، ط2، دار الفكر، القاهرة ، 1392هـ - 1972م، ص 141 .

(4) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، المرجع السابق - ص242 .

(1) التمرتاشي محمد بن عبد الله، تنوير الأبصار، ط1، مطبوع مع رد المختار على الدار المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م ص ص 153-155. نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير)، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2006، ص 17.

تنفيذ لا تعبر عن المعنى الدقيق بالولاية، كونه يشمل ولاية الإجبار، رغم أنهم أخذوا بولاية الاستحباب(1).

وعرفها المالكية بأنها الآصرة الموجبة للإرث(2) حيث ذكر ابن جزي للولاية خمسة أنواع(3). وذلك لا يعد تعريفا لولاية الزواج لأنه ذكر أنواع الولاية الموجبة للإرث.

أما عن التعريفات المعاصرة نجد تعريف محمد محي الدين بأنها:" حق منحته الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضي ذلك الغير أو لم يرض، وسببه أحد أمرين: أولهما عجز الذي ينفذ القول عليه، وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه"(4). وفي نفس المعنى عرفه للشيخ السيد سابق لأنه: "الولاية حق شرعي، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه"(5).

وصعوبة إيجاد تعريف جامع وشامل لولاية الزواج عند الفقهاء، هو ما جعل من تلك التعاريف عامة للولاية، أو قاصرة على نوع من أنواعها، أو أنها تحدد طبيعة الولاية باعتبارها سلطة شرعية، إذ لا بد في تعريف ولاية الزواج أن يكون جامعا لمحل ما ذهب إليه كل مذهب، خاصة وأنهم يختلفون في تحديد الشخص الذي يتولى الولاية، لذلك يكون تعريف ولاية الزواج انطلاقا من تحديد الشخص الولي أولا حتى نميّزه عن باقي الأشخاص الأجانب.

---

(1) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 24 .
(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج45، ط1، وكالة يوم النحر، الكويت، 2006م، ص 136.
(3) قول ابن جزي: "ولاية الإسلام، ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها، وولاية الحلف، ولاية الهجرة، وكان يتوارث بهما في أول الإسلام ثم نسخ. وولاية القرابة، وولاية العتق، والميراث بهما ثابت". نقلا عن الإمام أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، تحقيق: د/ محمد بن سيدي محمد مولاي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، مطبعة وزارة الأوقاف، الكويت، 1430هـ ،ص 561.
وللإطلاع أكثر حول هذه الأنواع يراجع القاضي ابن رشد الذي فصل فيها كثيرا في الموسوعة الفقهية الكويتية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. المرجع السابق، ص 136.
(4) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ب.ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 81-82.
(5) سيد سابق، فقه السنة، ج2، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ب.ن، 2003، ص 185.

كما عرفها عوض بن رجاء العوفي بقوله: "هي سلطة شرعية، لعصبة نسب أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده"[1].

هذا التعريف هو الأقرب لولاية الزواج، كونه عرفها انطلاقا من أّنها سلطة شرعية والشرع جعل الولاية في الزواج مشروعة، وأّن الشرع يرفض الظلم والإكراه لذلك لم تّرد عبارة جبرا في التعريف. ليخرج من لا يملك الحق في تولي ولاية الزواج، وقصد من ذلك المرأة التي لا يحل لها شرعا مباشرة عقد زواجها.

ثالثا: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج: جمهور فقهاء الشريعة يستدلون بوجوب الولاية في الزواج بآيات وأحاديث منها:

أ- الدليل من القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[2].
- **وقوله تعالى:** ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾[3].

ب- الدليل من السنة

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "**لا نكاح إلاّ بولي**"[4].
- وروي عن أبي هريرة أّن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "**لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**"[5].

(1) د/ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح (أصل هذا الكتاب رسالة ماجستير)، ج1، ط1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002، ص 29.
(2) سورة البقرة، الآية 232.
(3) سورة البقرة، الآية 221
(4) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجه)، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880، كتاب النكاح، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417هـ ، ص 327.
(5) أخرجه ابن ماجه في سننه، حديث رقم 1882، باب لا نكاح إلا بولي، ص327.

- كذلك ورد حديث أخر عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، نكاحها باطل، نكاحها باطل...**"[1].

فكل هذه الأدلة أتى بها جمهور الفقهاء القائلين بوجوب ولاية الزواج. أما القائلين بعدم وجوب الولاية في عقد الزواج فالسبب يعود إلى اختلافهم في تفسير الآيات[2] والأحاديث مثل قوله صلى الله عليه وسلم: "**الأيم أحق بنفسها من وليها**"[3]. ويقصد بالأيم المرأة التي ليس لها زوج سواء كانت بكرا أو ثيبا.

الفرع الثاني: الولي والشروط الواجب توافرها فيه

بعد بيان تعريف الولاية في عقد الزواج ودليل مشروعيتها، يقتضي الأمر أولا دراسة الولي الشرعي الذي يتولى زواج المرأة كونه يختلف مفهومه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، كما سنبين ذلك في ترتيبهم للأولياء، وقبل معرفة الشروط الواجب توفرها في الولي لابد من بيان ترتيب الأولياء في أحقية الولاية حسب ما هو في المذاهب الفقهية؛ تناولنا لذلك بالتفصيل يكون وفق ما يلي:

أولا: ولي المرأة في تولي عقد زواجها

مهما بلغت المرأة من ثقافة وعلم، تظل جاهلة لطبائع الرجال وأخلاقهم؛ فاشتراط الشارع الحكيم للولاية على المرأة كان مشروطا بموافقتها على ذلك الزواج. إلا أن هذا الشخص الذي يتولى عقدها يختلف من مذهب لأخر، ومن قانون لآخر.

(1) أخرجه الترمذي في سننه، عيسى محمد بن عيسى بن سورة حديث رقم 1102، باب لا نكاح إلا بولي، كتاب النكاح، ، (الجامع الصحيح)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1388هـ-1968م ، ص 398-399.

(2) بولعواد زوبير، أركان وشروط الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون (مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء)، مجلس قضاء المدية، الجزائر، 2001- 2004، ص ص 17-18.

(3) وفي الرواية التي عند ابن ماجه، "الأيم أولى بنفسها من وليها"، أخرجه ابن ماجه في سننه، باب استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1870.

أ- **الولي عند فقهاء الشريعة الإسلامية:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد ولي المرأة في عقد الزواج

1- الولي عند الأحناف: الولي في الزواج عند الأحناف كون أنّ الولاية مستحبة عندهم، هو الإبن ثم الأب أو وصيه، ثم تثبت للأخوة ثم العمومة، بعدها تنتقل الولاية لذوي الأرحام و المعتق و السلطان والمالك. كما أنّ ترتيب الأولياء عند الأحناف يبدأ بالعصبة بالنسب ثم العصبة بالسبب، ثم ذوي الأرحام ثم السلطان ثم القاضي[1]. فهم يقدمون البنوة على الأبوة في ترتيبهم هذا. كما ثبت في تزويج النبي صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وكانت صغيرة لسلمه بني أبي سلمه وقال: إنّ لها الخيار إذا بلغت وقد زوجها بالعصوبة لا بالنبوة إذ لو كان تزويجه لها بالنبوة لما ثبت لها الخيار بالبلوغ كما أّنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج أحد بالنبوة[2].

2- الولي عند المالكية: تثبت الولاية في الزواج عند المالكية للعصابات على حسب ترتيبهم في الميراث،البنوة ثم للأبوة ثم الأخوة ثم العمومة[3]. في حين جاء في كتاب عبد الرحمان الجزيري حصر الولي المجبر في ثلاثة أشخاص هم الأب وصي الأب والمالك بالنسبة للأمة ويستبعد الجد[4]. والملاحظ أنّ الخال مستبعد من الولاية[5]، أي ذوي الأرحام عموما خلافا للأحناف.

3- الولـي عند الشافعية: مّيز الشافعية بين الولي المجبر وغير المجبر، فالولي المجبر هو الأب والجد وإن علا. غير المجبر هو الأب والجد ومن يليهم من عصابات، وترتيب

(1) الجزيري عبد الرحمان ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (قسم الأحوال الشخصية)، ج4، ب،ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969، ص 26.
(2) د/ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 38.
(3) د/ طاهري حسين ،المرجع نفسه، ص 39 .
(4) الجزيري عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 29.
(5) العدوي مصطفى، جامع أحكام النساء (النكاح وتوابعه)، ج3، ط1، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1995، ص337 .

الأولياء عندهم الأبوة في المرتبة الأولى ثم الأخوة ثم العمومة ثم المعتق ثم السلطان. وذكر وهبة الزحيلي في كتابه لا يعتبرون الابن وليا عندهم[1]، لانتفاء قرابة النسب.

4- الولي عند الحنابلة: ولي المرأة في عقد الزواج لدى الحنابلة هو الأب، وصي الأب بعد موته، والحاكم عند الحاجة ويعتبر هؤلاء أولياء مجبرون، ثم تنتقل الولاية إلى الأقرب فالأقرب من العصابات[2].

وترتيب الأولياء عند الحنابلة يكون: الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم المعتق ثم السلطان[3]. الحنابلة خالف المالكية والحنفية في ترتيبهم للأولياء، حيث يقدمون الأبوة على البنوة.

ب- الولي في قانون الأسرة الجزائري

قانون الأسرة الجزائري كباقي القوانين العربية الأخرى، الذي جعل الولي في عقد الزواج هو الأب المباشر للمرأة، حسب نص المادة 11 ق.أ.ج: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

قرابة الأبوة تأتي في المرتبة الأولى، وعليه إذا توفي الأب فالولاية مباشرة تنتقل إلى أقارب الزوجة دون تحديدهم، وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة. وبذلك يكون قد وسع في دائرة الولي خاصة عندما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة من خلال عبارة "أو أي شخص آخر تختاره"، ما شجع الكثير من الجزائريات على أن يتزوجن دون ولي شرعي، واختلاف صفة هذا الولي الذي تختاره في كل مرة فمن جار لها، إلى صديق أو زميل في العمل أو حتى شخص أجنبي لا علاقة تربطه بالمرأة، وبذلك يكون المشرع قد سوى بين الأب وهذا

(1) يراجع الجز يري عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 29 .
(2) نقلا عن الجزيري عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 28.
(3) د/ الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985 ص 207.

الشخص الذي تعطى له ولاية حقيقية على المولى عليها[1]. وأغفل عن ذكر شرط الكفاءة في حالة تولي الراشدة لعقدها بحضور وليها. ولم ينص صراحة على ولاية الابن أو الأخ على أخته خاصة وأنّ المتعارف عليه في واقعنا بعد وفاة الأب أو في حالة غيابه، الابن هو من يتولى شؤون الأسرة ومن الطبيعي أن يكون وليا على أخته في مباشرة عقد زواجها، لكن معمول به في القضاء الجزائري، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28 سبتمبر 1993 ملف رقم 96238[2].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في ولي المرأة

حتى تثبت الولاية للولي لابد من توافر شروطا اشترطها الفقهاء، وهي شروط اتفقوا على بعضها واختلفوا في البعض الآخر منها:

أ- الشروط المتفق عليها

1- كمال الأهلية: اكتمال الولاية عند الفقهاء تكون بالحرية والعقل والبلوغ، اشتراطهم لحرية الولي، كون لا ولاية للمملوك على أحد ، لأّنه لا ولاية له على نفسه فلا تثبت له ولاية على غيره؛ لأنّ انشغاله بخدمة سيده جعله غير متمكن من توفير المصلحة لغيره[3]. ولكن باعتبار أنّ الدين الإسلامي ألغى نظام الّرق، فلا وجود للعبد قنا كان، أو مدبرا أو مكاتبا[4].

(2) لكحل فريدة ، الشارع تحت الصدمة: جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق، العدد 2992 ليوم 2010/07/12، ص 17.

(2) " فيما يخص الولي، فالأخ أن يكون وليا أخته في عقد الزواج كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر. وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن الولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح، وفقا لأحكام قانون الأسرة، وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد" نقلا عن د/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 244.

(3) أ/ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (دراسة مقارنة)، ط2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961، ص 129.

(4) القنّ: هو المملوك كله، المدبّر: هو الذي أعتقه سيده عتقا مضافا إلى ما بعد الموت، المكاتب: هو الذي تعاقد معه سيده على أن يؤدى له شيئا معينا من المال فإذا أداه لسيده صار حرا فهو مكاتب. مشار إليه لدى محمد محي الدين عبد الحميد المرجع السابق، ص 81.

وفاقد الأهلية هو بحاجة إلى الولاية، فلا تكون له ولاية على غيره، لأّنه لا يفرق المصلحة بين النفع والضرر[1].

2- اتحاد الولي والمولى عليها في الدين: الإسلام شرط متفق عليه في ولاية الزواج، فلا ولاية للكافر على المسلم أو المسلمة، ولا للمسلم على الكافر. والكافر لا يكون وليا إلا على الكافرة، كما ذكر الشافعية و الأحناف و الحنابلة بمنعهم تزويج الولي الكافر للمرأة المسلمة، وأجاز المالكية تزويج المسلم للكتابية، كما يجيزون تزويج السيد لأمته قال تعالى: ﴿**والذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾[2]. أما زواج المرتد فهو باطل ولا ولاية لأحد في تزويجه مسلما أو كافرا[3].

ب- الشروط المختلف فيها

هناك شروط أخرى في الولي مختلفا في اشتراطها بين فقهاء الشريعة الإسلامية وأهم هذه الشروط ما يلي:

1- شرط الذكورة: هذا الشرط متفق عليه لدى جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية، فلا تثبت ولاية المرأة عندهم لا على نفسها، ولا على غيرها. وإّنما الذي يزوجها هو وليها[4]. استنادا **لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلاّ بولي"** [5]. وهو ليس شرطا مطلقا عند الأحناف بل يعدّ شرط كمال بالنسبة للمرأة الراشدة؛ فأجازوا للمرأة أن تلي عقد زواجها وزواج غيرها[6].

2- شرط العدالة: هي استقامة الدين بأداء الوجبات الدينية والامتناع عن الكبائر و عدم الإصرار على الصغائر، فهو عند الحنابلة والشافعية شرط فلا تثبت الولاية للفاسق، واكتفوا

(1) خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط2، دار القلم، الكويت، 1410هـ، 1990م، ص 61.
(2) سورة الأنفال، الآية 73.
(3) محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ب ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ب.س.ن ص 109.
(4) محمد كمال الدين إمام، المرجع و الموضع نفسهما.
(4) حديث سبق تخريجه، ص 11.
(6) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 130.

بالعدالة الظاهرة، ويستثنى الحاكم من هذا الشرط كونه أخير الأولياء في الترتيب[1]. وكون ولاية التزويج، ولاية نظرية المقصود منها تحقيق مقاصد الزواج والمحافظة على مصالح المولى عليها والفاسق لا يؤتمن على ذلك[2].

وعند الأحناف العدالة ليست شرطا في ثبوت ولاية التزويج، فالفسق عندهم لا يسلبه حقه في الولاية ولا يمنع وجود الشفقة عنده ليحقق المصلحة لابنته. واستدلوا بذلك أّنه لم يعرف في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أحدا منع من ولاية الزواج بسبب فسقه[3].

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

بعض الشافعية قالوا بأّن الأعمى لا يكون وليا في عقد الزواج[4]، كونه شخصا عاجزا عن البحث في مصالح نفسه فأولى مصالح غيره. والرأي الراجح هو أّن الأعمى يكون وليا في عقد الزواج، لأّن العمى ليس من سوالب أهلية الولاية، وهو كامل الأهلية بالإسلام والعقل والبلوغ[5].

ج . شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشّرع صراحة على الشروط الواجب توافرها في الولي في مواد خاصة، إلاّ أّنه تفهم من نصوصه، حيث أشار إلى شرط الذكورة قبل تعديله. لكن بعد التعديل جعل

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 109.
(2) د/ الحصري أحمد، النكاح والقضايا المتعلقة به، ط 1، دار ابن زيدون، بيروت لبنان، 1986، ص 13.
(3) سيد سابق، المرجع السابق، ص 185. و زهدود كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة 2005 مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية(مجلة الفقه والقانون)، ص 5 على الموقع: www.majalah.new.ma.
(4) نقلا عن د/ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، عمان، 1997م، ص 161. ومشار إليه أيضا لدى د/ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 352 .
(5) محمد عمر صغير شماع، أحكام الأعمى في الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1414هـ-1994م ، ص ص 214- 215 .

الولاية تثبت للذكور كما تثبت للإناث، خاصة من خلال عبارة "تعقد المرأة" و"أقاربها" والتي تشمل كلا الجنسين.

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

المطلب الثاني

الحكمة من اشتراط الولي وواجباته في عقد الزواج

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

وبعد بيان الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي الشرعي للمرأة حتى تثبت له ولايته في تزويجها، باعتبارها حق مقرر لمصلحة الولي من جهة، ومصلحة المولى عليها من جهة أخرى، فأما كونها مقررة لمصلحته لأنّ الزواج لا يقتصر في الحقيقة على الزوجين، بل العلاقة تتعدى إلى أسرة كلا الطرفين. ولأنها مقررة لمصلحة المرأة شرعت الولاية في عقد الزواج لأسباب وحكم كثيرة.

وقبل تناولنا في هذا المطلب واجبات الولي في عقد الزواج كون الولاية شرعت لمصلحته أيضا في (الفرع الثاني)، يجدّر بنا بداية بيان الحكمة من اشتراط الولي في عقد زواج المرأة في (الفرع الأول).

الفرع الأوّل: الحكمة من اشتراط الولي في عقد الزواج

اشتراط الشرع ولاية الولي على المرأة، هو حكم شرعي ثابت، التزم به الكثير من الصحابة رضي الله عنهم، ومحاولة البعض التحايل على أحكام الشريعة الإسلامية متخذين

اختلاف الفقهاء حول حقيقة المسألة وسيلة للقول بحرية المرأة في عقد زواجها،هو تحايل مردود وباطل، خاصة وأن الأدلة الشرعية تثبت وجوب الولاية في عقد الزواج كميثاق غليظ يختلف عن باقي العقود التي يمكن للمرأة إبرامها.

وكون الزواج له مقاصد عديدة، اشترط الشارع الحكيم الولي كسبب لتحقيق هذه المقاصد، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: أسباب اشتراط الولي في عقد الزواج

جمهور الفقهاء[1] اتفقوا على اشتراط الولي في عقد الزواج، وقالوا أن العقد الذي لم يتولاه أو تولته المرأة بنفسها هو عقد باطل وأدلتهم على ذلك:

أ- حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس رضي الله عنهم أنّ **الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلاّ بولي"**[2].

ب- حديث عائشة رضي الله عنها: "**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل نكاحها باطل، نكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"[3].

وغيرها من الأدلة التي أيدت قول الجمهور وفيها تفصيل في الفصل الثاني.

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

1- شرعت حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع حقوقهم، فمن عجز عن رعاية

(1) وهو ما ذهب إليه كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم.
(2) حديث سبق تخريجه، ص 11.
(3) حديث سبق تخريجه، ص 12. وفي الرواية التي عند ابن ماجه: **"أيما امرأة لم ينكحها الولي، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها، فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له "** باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم 1879، ص327.

مصلحته أقام له الشارع الحكيم من يتولى أمره بدفع المضرة وجلب المنفعة له، والمرأة تبقى عاجزة عن تولي أمر زواجها مهما بلغت.

2- تشريع الولاية في عقد الزواج هي محافظة لحقوق المرأة ومصالحها خاصة أنّ تجربة حياة الزواج هي مسؤولية كبيرة وخبرة المرأة في ذلك محدودة(1).

3- سبب تشريع الولاية في يد الرجل على المرأة في عقد الزواج راجع لأهمية الزواج بحد ذاته، والرجل بما لديه من خبرة في معرفة أمور الرجال(2).

4- تشريعها في يد الرجال دون النساء رغم أنّ كلا الجنسين أقّر لهما الإسلام نفس الحقوق والواجبات هو أن الله عزّ وجل خص الرجال عليهن بدرجة، بوضع القوامة في يد الرجل حتى أنّ الشافعي عرف الولاية انطلاقا من القوامة(3). وذلك لاختلاف طبيعة الرجل والمرأة من حيث التفكير والقدرة.

ثانيا: مقاصد الولاية في عقد الزواج

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

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

ب- تجنب المرأة التسرع في الزواج: رغم أنّ الزواج هو السبيل المشروع لتحقيق مقصد حفظ النفس بإحصانها من الوقوع في الزنا فالولي يعمل جاهدا على تجنب زواج ابنته الصغيرة، ليجنبها مخاطر الزواج التي تجهلها كضحية لعاطفتها أو غش أو خداع(4).

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

(1) د/ العربي بلحاج،المرجع السابق ، ص ص 240، 241 .
(2) د/ الزحيلي وهبة ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1433هـ، 2012، ص 203 .
(3) محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م، ص 32
(4) د/ داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 113 .

د- تمتين جانب المرأة في أسرتها الجديدة ليكون أولياؤها سندا لها: حتى تلجأ إليهم مع نشوب خلافات كبيرة بينها وبين زوجها أو أي اعتداء عليها، لذلك عدّ الولي حصنا واقيا لحياة المرأة؛ فتولي الولي لعقد زواجها دون أن تباشره بنفسها هو مصلحة لها وليس قيدا على حريتها[1]، كما أنه يلعب دورا مهما في مساعدة القاضي في تحقيق الصلح بين الزوجين في حالة الطلاق.

هـ- تحقيق الاستقرار الأسري: الزواج في حقيقة الأمر لا يربط بين الزوجين فقط بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة[2]، وتوحيد العلاقات الأسرية والتوسيع فيها بوجود الأولاد، ولا تعد ولاية الولي على المرأة قهرا وإذلالا لها[3].

الفرع الثاني: واجبات الولي في عقد الزواج

بعد بيان الشروط اللازمة لثبوت الولاية في عقد الزواج، ودراسة الحكمة التي من أجلها شرعت الولاية على المرأة في عقد زواجها، نأتي إلى دراسة واجبات الولي الشرعي في عقد زواج المولى عليها، كونه أسندت له ولايتها، فهو لا ينفرد بذلك بل الشريعة الإسلامية أقامت عقد زواج المرأة على أساس الرضا بين الطرفين إلى جانب رضا الولي، وواجبات الولي كحق مقرر له يكون من مصلحته ومصلحة المولى عليها، ذلك أنّ قيامه بواجباته هو تحصيل الزوج الصالح والكفء لموليته وهذا ما اجتهدت في توضيحه في هذا الفرع.

أولا: تزويجها بصاحب الدين والخلق: تكلمنا في شروط الولي في عقد الزواج عن شرط إتحاد الدين بين الولي والمولى عليها، وحقيقة الأمر أنه شرط ينطبق على الزوجين أيضا وهو من شروط الزواج. وروى الإمام الترمذي عن **أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله**

(1) د/ داودي عبد القادر، المرجع والموضع نفسهما.
(2) د/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 م، ص 65.
(3) د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 119.

صلى الله عليه وسلم :"إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"[1].

من هذا الحديث يتبّين أنّ اختيار صاحب الدين والخلق من واجبات الولي حتى يرضى به زوجا لموليته[2] وبذلك يضمن مصلحتها خاصة وأّنهما متكافئين في الدين، وكفاءة الدين في الزواج هي محل اتفاق بين الفقهاء، واختيار الولي الزوج الكفء هو أهم شيء يسعى إليه فحتى الفاسق قال الحنفية بثبوت الولاية له إذا زوجها من كفء، كذلك يراعي الولي في ولاية تزويجه حسن الخلقة والصورة وقد أشار عبد الكريم زيدان إلى المراد من ذلك: "هو المقبول صورة ومظهرا، وليس المطلوب أن يكون جميلا وحسن الصورة كجمال المرأة وحسن صورتها"[3].

ثانيا: أخذ إذن المرأة في الزواج: اشترط الجمهور على الولي أثناء تزويجه للمولى عليها إشراكها في عقد زواجها بأخذ إذنها وميّزوا في ذلك بين البكر والثيب والبالغة حيث اكتفى أهل العلم بسكوت البكر بما استأذنها وليها فقد تستحي بالتصريح عن رغبتها في الزواج، **لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنُكح الثيب حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإذنها الصُموت"**[4]، وفي رواية أخرى "**إذنها صُماتها**"، والبكر يغلب عليها الحياء كما هو ظاهر في حديث **عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "يا رسول الله، إنّ البكر تستحي؟ قال: "رضاها صمتها"**[5].

(3) أخرجه الترمذي في سننه، باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم 1085،ج3 ، ص 386 .
(2) د/ زيدان عبد الكريم ـ المرجع السابق ـ ص 354.
(3) نقلا عن د/ زيدان عبد الكريم ـ المرجع نفسه ـ ص 356.
(4) أخرجه الترمذي في سننه، باب استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1107، ص 406. وفي الرواية التي عند مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: "أن تسكت"، أخرجه مسلم في صحيحه، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1419، كتاب النكاح لإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج، تحقيق: أبو صهيب الكرمي، ب.ط، بيت الأفكار الدولية، رياض، السعودية، 1419هـ-1998، ص 558 .
(5) أخرجه البخاري في صحيحه، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم 5137، كتاب النكاح الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، بيت الأفكار الدولية للنشر، الرياض، السعودية، 1419هـ 1998م، ص 1018.

وقد فصل الفقهاء كثيرا في مسألة الإجبار عند تميزهم بين الولي المجبر وغير المجبر فالحنابلة والمالكية قالوا بأن الولي المجبر وهو الأب ولبوصي والحاكم له أن يزوج المرأة دون رضاها أما غير المجبر فالبكر سكوتها يكفي لتعبير عن رضاها، وإذا زوجها الولي غير المجبر بغير إذنها ورضيت به عند علمها فيجب قولها برضاها عن ذلك الزواج وهو ما يسمى بالزواج الفضولي[1]. وأما الثيب لابد من التصريح عن رضاها بالقول. والشافعية أعطى للأب والجد ولاية تزويج الصغيرة دون إذنها.

ثالثا: إسراع الولي في تزويج المولى عليها وعدم عضلها: إذا بلغت المرأة فيجب على الولي ألا يؤخرها عن الزواج وذلك برفضه الخاطب الذي تقدم لخطبتها بغير سبب مشروع كالفقر أو عدم العمل، لأن **الله سبحانه وتعالى** هو الرزاق **لقوله:**" **إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله**"[2].

ولتفادي أضرار تأخير زواج المرأة بفواتها الزوج الكفء، ووقوعها في الفاحشة، تعقيدات نفسية وكراهية وليها... يجب على الولي إبكار تزويجها لما فيه من الإيجابيات خاصة وأن كمال المرأة يكون بالزواج والحمل كمال المرأة يكون بالزواج والحمل والولادة، وأنه يقي المرأة من الأمراض، ويحقق الأمن والاستقرار النفسي[3].

فمن واجب الولي أن يحقق المصلحة للمرأة ويساعدها على تحقيق رغبتها في الزواج بمن ترضاه لبناء أسرتها، فلا يحق له استعمال حقه الشرعي في الولاية عليها بالتضييق على المرأة بعضل من يخطبها خاصة إذا كان الخاطب كفءا ليزوجها بصاحب المال الذي اختاره هو[4]، لأن منعه عن زواجها من شأنه أن يسقط حقه في تزويجها بانتقال الولاية إلى الولي الذي يليه كأثر للعضل.

---

(1) إذا زوجها الولي غير المجبر بغير ابنها ورضيت به عند سماعها به فيجب من لفظها عند رضاها، فهذا هو الزواج الفضولي. مشار إليه لدى د/ الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 36.

(2) سورة النور، الآية 2.

(3) يقول الدكتور ستانوي " إنّ المرأة من الناحية البيولوجية أن تبدأ الحمل خلال سنوات قليلة بعد البلوغ، فقد تبين أنّ إنجاب المرأة أول طفل من أطفالها في سن مبكرة هو أحد أهم وسائل الوقاية من سرطان الثدي". نقلا عن القضاة مصطفى (مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية)، مج 26، العدد الأول، جامعة دمشق، 2010، ص 17 .

(4) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 121 .

رابعا: عرض الولـي المرأة على أهل الخير والصلاح: يجوز للولي أن يعرض ابنته أو أخته أو من هي في ولايته على أهل الخير والصلاح لما فيه من خير ومصلحة للمرأة ومصلحة للولي أيضا وحتى لمن تعرض عليه(1)، ولا حرج في ذلك ولا يفهمه إلا من تفقه في الدين وما هو بشيء محرم لعدم وجود نص لا في الكتاب ولا في السنة النبوية تنهى عن الإتيان بمثله، بل العكس ثبت عن الكثير من الصحابة رضي الله عنهم كما ثبت عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: "أن عمر بن الخطاب، حين تأيمت حفصة بنت عمر من بن حذافة السهمّي، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر بن الخطاب "أتيت عثمان بن عفان، فعرضت عليه حفصة، فقال: "سأنظر في أمري، فلبثت ليالّي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق فقلت إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر، فصمت أبو بكر فلم يرجع إلّي شيئا، وكنت أوجد عليه مِّني على عثمان، فلبثتٌ ليالّي ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر فقال: لعلك وجدت علّي حين عرضت علّي حفصة فلم أرجع إليك شيئا ؟ قال عمر: قلت: نعم، قال أبو بكر فإّنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علّي، إلاّ أني كنت علمت أّن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها، فلم أكن لأفشي سّر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلتها"(2).

وقد جاء في شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني في شرحه لهذا الحديث أّن عرض الإنسان ابنته وغيرها على أهل الخير والصلاح لما في ذلك من مصلحة وخير لكلا الطرفين، وقال إّنه لا حياء في ذلك بل حتى مكانة الولي باختياره مثل هذا الزوج الصالح لموليته تحفظ، ولم يمّيز في شرحه بين البكر والثيب(3).

(1) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 356 .
(2) أخرجه البخاري في صحيحه، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، حديث رقم 5122، ص 1015.
تأيمت بمعنى مات زوجها عنها ومنه الأيم هي المرأة التي لا زوج لها، نقلا عن د/ عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص 356. أشار إليه نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة ، المرجع السابق ، ص 217.
(3) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 356.

المطلب الثالث

أحكام الولاية في عقد الزواج

بعد الانتهاء من بيان حقيقة الولي في عقد الزواج، نصل إلى أنّ للولاية في عقد الزواج أحكام كثيرة، تختلف باختلاف طبيعتها، ولا يسع لنا حصرها كلها، فاقتصرنا في دراستها على البعض منها فقط في هذا المبحث، لنتمكن من التفصيل في حكم كل مسألة من الجانب الشرعي وكذا القانوني، حتى نبّين الاختلافات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري مع أحكام الشريعة الإسلامية .

اعتبرت الشريعة الإسلامية الزواج عقدا رضائيا ينشأ بين الرجل والمرأة بعيدا عن كل أشكال الضغط والإكراه. غير أنّ واقع الزواج في المجتمع الجزائري وغيره من المجتمعات العربية، أين أصبحت العادات والتقاليد الفاسدة تحل محل أحكام الشرع والقانون، فلا وزن للرضا أمام هذه العادات خاصة من جانب المرأة التي تكره على الزواج بشخص لا تريده ولا تميل إليه، بل قد تكرهه ولا تطيق معاشرته، الشيء الذي يخلق مشاكل قد تصل إلى حدّ الطلاق، وهو ما يصطلح في لغة الفقهاء "الإجبار على الزواج".

كما قد يقابلها الولي برفض زواجها من شخص كفء ذو دين وخلق، ويمنعها دون مبرر شرعي وهو ما سماه الفقهاء "بالعضل في الزواج".

تناولنا في هذا المطلب ثلاث مسائل جوهرية، حيث تطرقنا إلى حكم غيبة الولي في عقد الزواج (الفرع الأول). حكم عضل الولي في عقد الزواج (الفرع الثاني). وحكم عقد وليين على امرأة واحدة عقدين مختلفين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حكم غيبة الولي في عقد الزواج

سبق الكلام عن مسألة ترتيب الأولياء، فكل ولي أقرب يحجب من بعده عن الولاية كما يحجبه عن الميراث فالأخ يحجب ابن الأخ، والعم يحجب ابن العم وهكذا. فإذا غاب الولي الأقرب، خاصة إذا كان الولي الأقرب مستوفيا لشروط ثبوت ولاية تزويجه، وخشي فوات الكفء على المرأة إذا انتظر حضوره. وهنا لا يعد الولي عاضلا، وإن كان حكم العضل وغيبة الولي سواء عند الشافعية.

وقد يتعذر على المرأة التي لا ولي لها الزواج، إّما لانعدامه أو بجهل مكانه وبالتخلي عنها، لتجد نفسها أمام موقف صعب للوصول حتى إلى القاضي، وفي هذا قال القرطبي: "إذا كانت المرأة في موضع لا سلطان فيه، فإّنها تصير أمرها إلى من يوثق به من جيرانها فيزوجها، فيكون هو وليها في هذا الحال..."[1].

أولا: انتقال الولاية في غيبة الولي الأقرب إلى الولي الأبعد

إذا غاب الولي غيبة بعيدة وخيف على المرأة فوات الكفء عنها، انتقلت ولاية تزويجها إلى الولي الأبعد ولا ينتظر وقت مجيئه إن كان بعيدا أو قريبا، فأبو حنيفة وأصحابه قالوا بانتقال الولاية إلى من يليه في الدرجة لأنّ الولاية ثابتة للولي البعيد، كما هي ثابتة للولي القريب ولكن قدم القريب لأّنه أولى، فغيبته أسقطته حق الأولوية باعتباره أشد حرصا على مصلحة المولى عليه، ولأنّ الولاية تثبت لمصلحة المرأة[2].

الجدير بالذكر أنّ الولي الأبعد في وجود الولي الأقرب لا يتولى أمر تزويج المرأة لأن ذلك لا يعد صحيحا عند الشافعية[3] حيث قال: "لا ينعقد نكاح امرأة إلا بعبارة الولي القريب،

(1)سيد سابق، المرجع السابق، ص 192.
(1) ا أبو زهرة محمد، الولاية على النفس، ب. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، ب. س. ن ، ص 157.
(3) د/ الحصري أحمد، المرجع السابق، ص 507.

فإن لم يكن فبعبارة الولي البعيد، فإن لم يكن فبعبارة السلطان"[1]. فالملاحظ أنّ قول الفقهاء حول هذه المسألة، هو نفس ما ذهبوا إليه في مسألة العضل كما سبق بيانه.

ثانيا: انتقال الولاية في غيبة الولي إلى السلطان

لا تثبت للسلطان ولاية تزويج المرأة البالغة عند وجود الولي، أو عضله لسبب مشروع، فولاية السلطان أو القاضي في عقد الزواج لا تنتقل إليه إلا في حالة تشاجر الأولياء كما جاء في حيث رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذا عضل الولي القريب أو البعيد لغير سبب مشروع، أو في حالة غيبة الولي الأقرب[2]، ورضيت المرأة بتزويجها له، خاصة إذا لم يرغب الخاطب بانتظار عودة الولي الغائب[3].

والمالكية في مسألة العضل قالوا بعدم انتقالها للقاضي إلاّ إذا تحقق الضرر من العضل، وهو كذلك بالنسبة للغيبة، فإذا تحقق ضرر المرأة بانتظارها لعودة وليها الأقرب انتقلت ولاية تزويجها للحاكم وليس للولي البعد[4].

ثالثا: حدّ الغيبة عند فقهاء الشريعة

حد الغيبة التي تسمح للولي الأبعد أو السلطان، بتولي تزويج المرأة التي غاب عنها وليها الأقرب، هي محل خلاف بين الفقهاء حسب الغيبة المنقطعة، والتي هي عند الأحناف أن يكون الولي في بلد لا تصل إليه القوافل إلا مرة في السنة، ومنهم من قال بمسافة القصر وهو القول ذاته للحنابلة والشافعية فتكون حد الغيبة عندهم، فوق مسافة القصر لأنّ دونها يكون في حكم الحاضر، ولا يتم تزويج المرأة إلا بإذن الولي الأقرب، لإمكانية رجوعه[5].

أما المالكية فقد مّيزوا بين الولي المجبر وغير المجبر، فإذا كان الولي مجبرا أبا أو وصيا إذا كانت الغيبة قريبة كعشرة أيام هنا لا تزوج المرأة حتى يعود، وإذا كانت بعيدة

(1) نقلا عن سيد سابق، المرجع السابق، ص 190.
(2) القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ص 41.
(3) سيد سابق، المرجع السابق ، ص 194.
(4) د/ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 122.
(5) د/ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 218.

كثلاثة أشهر أو أكثر، مع صعوبة الموصلات، فللقاضي دون الولي الأبعد تزويجها[1]. أما إذا كان الولي غير مجبر أخا كان أو جدا فحد الغيبة ثلاثة ليال أي حولي 40كلم لكل ليلة، بمرورها يزوجها الحاكم دون الولي الأبعد، ودون الثلاث يرسل إليه الحاكم[2].

بانتقال الولاية للأبعد تزول ولاية الغائب، باعتبار أنّ الولاية تثبت لمصلحة المرأة، فلا تستمر ولايته فغيابه أسقطه حق الأولوية، لذلك إذا زوجها الولي الغائب من رجل وزوجها البعيد من رجل آخر، هنا عقد الولي الأقرب باطل لأنّ ولايته سقطت بسبب غيبته[3].

رابعا: موقف قانون الأسرة الجزائري من غيبة الولي

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أنّ المشرع الجزائري حدد مدة الغياب بسنة كاملة وعرف الغائب في المادة 110 ق.أج أنّه الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه، وهذا الشخص الذي نص عليه قد يكون وليا أو زوجا أو ابنا، أو أخا أو غيره لكن لم ينص صراحة على غياب الولي الشرعي.

ويعتبر الغائب مفقودا بمضي 4 سنوات ويصدر الحكم بفقده أو موته، باعتبار أنّ المشرع الجزائري وسع من دائرة الأولياء من خلال المادة 11 ق.أ.ج: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره... "، وإذا كان حضور الولي لايؤثر في زواج المرأة؛ فإنّ غياب الولي الأقرب لا يؤثر في زواج المرأة سواء كانت غيبته منقطعة طويلة أو قصيرة.

وبذلك يبقى العمل بالمواد التي تنص على الفقد والغياب (109-115) محصورة فقط في مسألة الميراث والطلاق، ومسألة ولاية التزويج للمرأة أن تختار وليها ليحضر مجلس العقد دون إبرامه، أو أن أي شخص من أقاربها أو غيرهم والقاضي ولي من لا ولي له.

(3) أبي القاسم محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ص 39.
(4) د/ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 219.
(5) الإمام أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1391هـ، 1981م، ص 164.

الفرع الثاني:حكم عضل الولي في عقد الزواج

قد يحدث في الحياة أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج من شخص ما تختاره هي، فتلقى هذه المرأة معارضة من أهلها، أو من وليها بالتحديد، إمّا لسبب مشروع أو غير مشروع، ما يجعل هذه المرأة تلجأ إلى وسائل أخرى في حالة فشل إقناع أهلها بقبول زواجها من شخص اختارته شريكا لحياتها. ليكون التضييق على المرأة سببا لتأخرها في الزواج، بالتفويت عليها الزوج الكفء، أو بدفعها إلى ارتكاب الفواحش عند من لا يقدر مصلحته، والزيادة في مشاكل الأسرية.

وأمام كل هذه المشاكل الواقعية كيف هو رأي الشرع والقانون حول هذه المسألة ؟ هذا ما سوف نعالجه بنوع من التفصيل ببيان تعريف العضل في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي ورأي المشرع الجزائري حول مسألة العضل.

أولا: تعريف العضل في الزواج

ذكر الشافعي رحمه الله في كتابه "الأم" أنّ الولي مع المرأة نفسها حقا، وأنّ على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف[1]. واستدلوا بما ورد في السنة من أحاديث كثيرة منها ما رواه أبو موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لا نكاح إلاّ بولي**"[2].

أ- **العضل لغة:** العضل معناه المنع والشدة، وأعضله الأمر أي غلبه واشتد عليه، وعضل المرأة يعضلها مثلثة، وعضلها تعضلا أي منعها من الزواج أي من التزوج ظلما[3].

ب- **العضل اصطلاحا:** هو منع الولي المرأة البالغة التزوج بالكفء، وارتجى الإيجاب والقبول[4]. أي رغب كل منهما في الآخر، شرط أن يكون المهر مهر المثل، والخاطب كفأ،

(1) هجرس بولبداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001/2000، ص 58.
(2) حديث سبق تخريجه، ص 11.
(3) محمد مرتضى الحسن الزبيري، المرجع السابق، ص ص 1-3.
(4) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 111 .

أما إذا عضل الولي لغير كفاءة الزوج أو لأنّ المهر أقل من مهر المثل هنا لا يكون العضل ظلما[1]، في حين لو كان الزوج كفئا ولكن دون مهر المثل؛ فلا يحق للولي منع موليته.

من خلال هذا التعريف يتضح أنّ للعضل شروطا، كفاءة الخاطب، ألا يقل المهر عن مهر المثل، وكون المرأة راشدة[2]، وتحقق الإيجاب والقبول من كلا الطرفين.

ثانيا: أثر عضل الولي

اتفق الفقهاء على عدم جواز منع المرأة من التزوج بكفئها، وإذا ثبت العضل فهناك رأيان حول المسألة:

انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد،قال الشافعية والحنابلة إذا كان العاضل هو الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل منه إلى الولي الأبعد، أما إذا زوج الولي الأبعد المرأة مع وجود الولي الأقرب، وهو ليس بعاضل أي لم تتحقق شروط العضل هنا لا يعد الزواج صحيحا، لأن الولي الأقرب استحق الولاية بالتعصيب، وقال الشافعي بعدم ثبوت الولاية للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث[3]. الشافعية يعتبرون المنع عضلا إذا تكرر عدة مرات.

انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى القاضي، قال المالكية بأنّ العضل يتحقق برّد الولي أول خاطب كفء إذا لم يكن الولي أبا، أما إذا كان الولي هو الأب المجبر فلا يعتبر عاضلا ولو تكرر عضله، لأنّ الأب يسعى إلى تحقيق مصلحة المرأة، إلاّ إذا تحقق ضرر منه. وقتها تنتقل الولاية إلى القاضي وليس إلى الولي الأبعد**[4]**. وهو الرأي المعتمد في المذهب الحنفي لأنّ العضل ظلم، وولاية رفعه عن الناس هي حق للقاضي[5]، فهو الذي

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 89.
(2) ولتفصيل أكثر في هذه الشروط يراجع د/ شيهاني سمير، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1435هـ، 2014 م، ص ص 264-266.
(3) د/ الحصري أحمد ، المرجع السابق، ص 507.
(1) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 122.
(5) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 89.

يزوجها حسب مصلحتها. كذلك يرى عثمان بن عفان رضي الله عنه إذا امتنع الولي من تزويج من تحت ولايته بالكفء من غير سبب شرعي انتقلت الولاية منه إلى القاضي[1].

وبذلك يكون الحكم الشرعي للعضل هو التحريم لنهي الله عز وجل الأولياء عن العضل في الآية التي نزلت في أخت معقل الذي عضلها عن الرجوع إلى زوجها الذي طلقها في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري في مسألة العضل

قلص المشرع الجزائري من دور الولي إلى الحد الذي جعل منه أمرا شكليا. خاصة من خلال المادة 11 ق.أ.ج أين جعل المرأة الراشدة البالغة هي التي تتولى عقد زواجها. وتوسعه في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى الأجانب؛ لذلك لم يكن بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، خاصة بإلغائه للمادة 12 التي كانت تنص على: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أنّ للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

قبل التعديل لا يجوز للولي عضل المرأة بسبب غير مشروع وإلاّ انتقلت الولاية للقاضي. فإلغاء المشرع لهذه المادة جعل من الولي الشرعي هو المعضل نفسه بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في الولاية[3]، وبذلك أنهى مسألة عضل الولي. على الرغم من نصه على ولاية الاختيار في المادة 13 من القانون نفسه، خلافا لبعض القوانين العربية[4]، التي نصت قوانينها على منع الولي من العضل بغير سبب مشروع.

(1) مشار إليه لدى أسد الله محمد حنيف، فقه عثمان بن عفان رضي الله عنه في أحكام الأسرة (رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية) تخصص فقه وأصول، كلية الشريعة الإسلامية والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1994م، ص 34.

(2) سورة البقرة، الآية 232.

(3) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 123.

(4) كما جاء في المادة 18 من تقنين الأحوال الشخصية اليمني: "إذا عضل ولي المرأة أمره القاضي لتزويجها، فإن امتنع أمر القاضي أن يليه من الأولياء الأقرب بتزويجها، فإن فقدوا أو عضلوا زوجها القاضي بكفء ومهر مثلها". قانون رقم 92/20.

وبذلك يكون الحكم القانوني للعضل رغم عدم النص عليه صراحة، إلاّ أنه يفهم أنه في حالة العضل للمرأة أن تختار أي قريب لها ليتولى عقد زواجها، خاصة المرأة البالغة، وهو المعمول به في القضاء[1]، وهو حتما ما سيخلق عداوة بينها وبين وليها لإنكارها لحق الولاية عليها، وبين عائلة أقاربها، خاصة وأنّ المقصد من الزواج تحقيق المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب، وتوطيد العلاقات الأسرية وليس هدمها[2].

الفرع الثالث: حكم عقد وليين على امرأة واحدة في عقدين مختلفين

من النساء من يكون لها أكثر من ولي ليتولى عقد زواجها، قد يكونا مختلفين أو متساويين في الدرجة، فإذا أذنت المرأة لوليين بتزويجها، فزوجها الأول من رجل والثاني من رجل آخر، وكان كل منهما كفئا للمرأة، فكيف يكون حكم العقدين في هذه الحالة؟ وأيهما أصح؟

أورد الدكتور محمد رأفت عثمان في كتابه عقد الزواج حكم عدة صور لهذه المسألة، الزواج، إذا كان الزوجان غير كفئين فزواجهما باطل، وإذا كان أحدهما فقط كفؤا فهي للكفء منهما. وإذا ثبت كفاءة الزوجان فهنا نميز بين حالتين:

أولا: العلم بالعاقد الأول

أ- إذا علم العاقد الأول منهما، فالمرأة تكون زوجة للأول بشرطين: إذا تلذذ بها الثاني وهو جاهل بعقد الأول عليها. وإذا تلذذ بها الثاني وهو عالم بعقد الزوج الأول، هنا يفسخ الثاني بلا طلاق، ويكون زانيا مستحقا للحدّ، وإذا كان جاهلا لا يقام عليه الحدّ[3].

(1) كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر 03/30/ 1993، د/ بن شويخ الراشد، المرجع السابق، ص 69.
(2) وهو ما أشار إليه د/ شيهاني سمير،المرجع السابق، ص 273 (الهامش رقم 1).
(3) د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركان وشروط صحته في الفقه الإسلامي ، دار الكتاب الجامعي، د،م، 1977،ص 244.

كما روى في ذلك حديث عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه عن **النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول منهما"**[1].

ب- إذا علم الأول والثاني من العقدين، تكون المرأة زوجة للثاني بتحقق: هنا تكون للثاني بجماع أو بمقدماته دون علمه بالعقد الأول أو لم يتلذذ بها. وألاّ يكون الثاني قد عقد عليها وهي في عدة وفاة الأول. وألا يكون الأول قد تلذذ بها قبل الثاني[2].

ثانيا: حالة تمام العقدين في وقت واحد

إذا علم بوقوع العقدين معا دون سابق منهما للآخر، هنا يكون العقدان باطلان[3]. يستوجب فسخهما معا بغير طلاق إذ ليس أحد العقدين بأولى من الآخر بالتصحيح، لأنّ النكاح يجب أن يثبت على اليقين، وتنزيهه عن الريبة أو الشك، خاصة وأنّ المرأة محرمة على الرجل والحرمة هي الحكم الثابت المتيقن، فلا ينتقل عنها إلى الإباحة إلاّ بيقين مثله[4].

أما في قانون الأسرة الجزائري فالمشّرع أغفل عن ذكر هذه المسألة، وبذلك طبقا لنص المادة 222 منه تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص، والتي نصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(1) أخرجه الترمذي، في سننه، باب فجاء في الوليين يزوجان، حديث رقم 1110، ص 409.
(2) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 244.
(3) د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 273.
(4) نقلا عن د/ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 124.

المبحث الثاني

أنواع الولاية في عقد الزواج

يقسم الفقهاء الولاية إلى قسمين: ولاية قاصرة وتسمى بولاية ذاتية، وهي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه. وولاية متعدية وتسمى بالولاية التامة، وهي قدرة الشخص على إنشاء العقد غيره، والولاية المتعدية بدورها تنقسم إلى قسمين، ولاية على المال وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال، والقيام بتنفيذها. وولاية على النفس وهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا دون توقفه على إجازته من أحد[1].

وقد تكون الولاية على النفس والمال معا، وذلك إذا كان الولي هو نفسه في ولاية المال والنفس، فالأب له ولاية النفس على أولاده بتزويجهم، وله ولاية على المال بالإنفاق عليهم. ويقسم الفقهاء ولاية النفس إلى نوعين: ولاية الإجبار، وتسمى أيضا بولاية الاستبداد لعدم مشاركة المرأة في الزواج، وولاية الاختيار وهي عند بعض الفقهاء ولاية شركة، كون الولي لا يتولى العقد إلا بعد أخذ إذن المولى عليها في اختيار زوجها[2].

اختلاف الفقهاء في تقسيماتهم للولاية، وكذا في تسميتها، هو ما دفع بالضرورة إلى اختلاف حكم كل نوع. وكذا حسب طبيعة كل امرأة صغيرة كانت أو بكرا أو ثيبا بالغا، حيث فصل الفقهاء في ولاية الإجبار وولاية الاختيار، وفي هذا المبحث دراستنا تكون ببيان ولاية الإجبار(المطلب الأول). وولاية الاختيار في (المطلب الثاني).

(1) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، ب. . ب. ن، 1950، ص 107.
هذه الولاية تختلف باختلاف علاقة الولي بالمولى عليها، فإذا كانت بسبب الملك سميت ولاية ملك، وتثبت للسيد على المملوك، وإذا كان سببها العتق أو الموالاة سميت ولاية ولاء، وتثبت للمعتق، إذا كان سببها الإمامة العامة سميت ولاية الإمام العام أو السلطان؛ فالسلطان ولي من لا ولي له، وإذا كان سببها القرابة سميت ولاية القرابة. نقلا عن د/ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 127.
(2) د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج،المرجع السابق، ص 85.

المطلب الأول

ولاية الإجبار في عقد الزواج

كون الولاية سلطة شرعية منحت للولي أبا كان أو جدا، وغيره من العصابات وذوي الأرحام كما قال بعض الفقهاء، منحت له كحق شرعي وقانوني، لتوليه زواج المولى عليها بنتا كانت أو أختا أو حتى أما.

وأمام هذا الحق نجد الكثير من الأولياء يفضلون إجبارهم على الزواج، كون عادتهم لا تعطي الكلمة للمرأة، لإحساسهم بالإنقاص من قدرهم. أو لمصلحة كانت لهم ويرونها مصلحة لها أيضا، دون أخذ رأيها حتى وإن كانت غير راضية؛ فلا خيار أمامها في مواجهة وليها، حتى لا يعتبرونها عاصية له، وقد يصل الأمر بها وتجد نفسها أمام زواج فضولي.

لم يعتبر كل الفقهاء ثبوت ولاية الإجبار على كل النساء، وإن اتفقوا على اعتبارها إلا أّنهم اختلفوا في نمط ثبوتها، فمنهم من خص ثبوتها بسبب الصغر أو الجنون أو العته. كما اختلفوا في علة ثبوتها، ومنهم من لم يأخذ بها حتى؛ كون أن كل نفس مسؤولة عن عملها، ولا ينفذ عمل إنسان على إنسان، فلابد من الرضا في نكاح المرأة، وإلاّ اعتبر ذلك ليس نكاحا[1]، والظاهرية قال بولاية الإجبار بالنسبة للأب على إبنته البكر الصغيرة وكذا المجنونة.

وفي هذا المطلب قبل دراسة أسس ثبوت ولاية الإجبار في الزواج (الفرع الثالث). يجدر بنا بداية تعريف ولاية الإجبار (الفرع الأول). ثم بيان الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجبار(الفرع الثاني).

بعدها نحاول بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة إجبار الولي للمرأة بتزويجها دون أخذ رأيها، في اختيار من ترضاه شريكا لحياتها. ومعرفة ما إذ خص بعض النساء

(1) وبهذا قال الظاهرية، بعدم جواز إجبار السيد للأمة على الزواج، مشار إليه لدى د/ الحصري أحمد، المرجع السابق، ص 516.

بولاية الإجبار كما أفرد المرأة البالغة لتولي عقد زواجها، كما سندرس ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني. أم أّنه ألغى ولاية الإجبار كليا من قانون الأسرة.

الفرع الأول: تعريف ولاية الإجبار

اتفق الفقهاء على أن الإجبار أحد أنواع الولاية في عقد الزواج، والتي لا تثبت لكل الأولياء، ذلك لتمييزهم بين الولي المجبر وبين الولي غير الجبر، ولا على كل النساء لتمييزهم بين المرأة البكر والثيب، وبين المرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا، فمنهم من قال بعدم ثبوتها على الثيب البالغة العاقلة، ومن قال بثبوتها على البكر دون الثيب.

واختلف الفقهاء حول علة ثبوت ولاية الإجبار، منهم من اعتبر البكارة مناطا للإجبار ومن جعل الصغر هو المناط للإجبار، ومن اعتبر كل من البكارة والصغر مناطا في ثبوت ولاية الإجبار. واعتمد كل فريق على أدلة في إثبات ما ذهب إليه. ودراستنا في هذا الفرع تكون بداية بتعريف ولاية الإجبار، ثم بيان أسباب ثبوت ولاية الإجبار، ثم نحاول الترجيح بين أراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولا: معنى ولاية الإجبار

بثبوت مشروعية الولاية على المرأة حفاظا على مصلحتها، من الفقهاء من أعطى للولي حقا في إجبار موليته على الزواج وإنفراده بإبرام العقد.

لولاية الإجبار عدة تسميات، هي ولاية الحتّم والإيجاب[1]، ولاية الاستبداد وولاية الإجبار، فكلها مصطلحات تدل على انفراد الولي فيها بتزويج المولى عليها التي تحت ولايته بغير إذنها ورضاها[2]، فولاية الإجبار تخول للولي الاستقلال بإنشاء العقد دون أن يكون للمولى عليها رأي فيه[3]. وهي ولاية كاملة باعتبار أنّ الولي يستبد من خلالها بإنشاء العقد

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 107.
(2) د/ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 66.
(3) د/ شلبي محمد مصطفى ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط1، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م، ص 297.

على موليته، دون الرجوع إليها لأخذ إذنها[1]. والسبب في جعلها ولاية كاملة هو أن الجمهور يرون بثبوتها لمصلحة المرأة.

وفي تعريفنا لولاية الزواج أشارنا إلى أنّ التعاريف الواردة بشأنها كانت مقتصرة على ولاية الإجبار، باعتبارها حقا منح للولي على غيره رضي بذلك أو لم يرض إما لعجز الذي ينفذ عليه القول أو لقصور أهليته في التصرف. وهو تقريبا التعريف ذاته لكل الفقهاء لاتفاقهم على ثبوتها لمصلحة المرأة.

ثانيا: أسباب ثبوت ولاية الإجبار

اختلاف الفقهاء في ثبوت ولاية الإجبار على المولى عليها، راجع لاختلافهم في المناط الذي يعتمد عليه كسبب في ثبوتها.

أ . السبب الأول: يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ الصّغر هو السبب في ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة بكرا أم ثيبا، ماعدا الشافعي حيث قال بثبوتها فقط على البكر الكبيرة،أما الثيب الصغيرة فلا تثبت عليها ولاية الإجبار، ولا تتزوج حتى تبلغ ويأخذ الولي إذنها، كون أن الصغر يتنافى مع مقتضيات الزواج والتي لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ، كما أنّ الولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليها، وبذلك الزواج بسبب الصغر لا حاجة إليه، لاحتمال وقوع الضرر وعدم إمكانية الاستفادة من عقد الزواج. خاصة وأن عقد الزواج يستمر في أصله مدى الحياة[2].

وأما البكر للولي إجبارها بتحقق سبعة شروط سنتكلم عنها في دراستنا لولاية الاختيار، كونها تشمل البالغة العاقلة. فعلة الإجبار عند الشافعية هي البكارة، في حين علة الإجبار عند الأحناف هي الصغر[3].

(1) ا أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108.
(2) الإمام أبو زهرة محمد، المرجع نفسه، ص 109.
(3) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص72.

وفي هذا يقول ابن القّيم في زاد المعاد: "...لا تجبر البكر البالغ على النكاح، ولا تزوج إلا برضاها، وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأمره، ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته"[1].

أما عند المالكية فولاية الإجبار تثبت على الصغيرة مطلقا وتثبت بالبكارة[2].

وعند الأحناف كونهم لم يميزوا بين الولي المجبر وبين الولي غير المجبر، فيثبتون الولاية لهم بتزويج الصغيرة حتى وإن لم ترض، ودون تمييزهم بين البكر والثيب، وفي حالة زواج الصغيرة لا يكون لها الخيار بعد بلوغها بإبطال عقد زواجها، وذلك إذا كان الولي معروفا بسوء الاختيار أو زوجها بأقل من مهر المثل، أو زوجها بغير كفء، ولكن إذا زوج بعدها صغيرة بهذه الصورة فلها الخيار إذا بلغت[3].

فالصغر عند الأحناف هو مناط عدم الخبرة بأمور الزواج، وبذلك تثبت ولاية الإجبار على الصغيرة، ويجوز للولي أبا كان أو غيره إجبارها على الزواج، لمصلحتها وعدم معرفتها بأمور الزواج.

في حين لا تثبت ولاية الإجبار على الكبيرة العاقلة التي لها القدرة على اختيار من يكون زوجها، فلابد من أخذ رأيها في الزواج. لذلك قال الأحناف إن العقد الذي تتولاه المرأة البالغة أصيلة عن نفسها أو وكيلة عن غيرها، هو عقد صحيح، خلافا لرأي الجمهور كما سوف ندرس ذلك في الفصل الثاني.

وأما البكر فإن لم تجبر على الزواج فهي تستطيع التمييز بين الزوج الذي يصلح لها والذي لا يصلح، فإذا أجبرها وليها على الزواج لها الخيار في قبول تزويجها أو رفضه[4].

(1) نقلا عن بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 66.
(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 107.
(3) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 30.
(4) د/ شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 301.

ذلك لأنّ علة الإجبار هي الصغر، وهذه العلة لا توجد في البكر الكبيرة وبذلك لا تجبر، لأن الحكم يدور وجودا وعدما مع علته، فانعدام علة الصغر يؤدي إلى انعدام وجود الإجبار.

وأما عن رأي الحنابلة حول مسألة إجبار الصغيرة فقالوا بجواز إجبار الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، وحددوا السن الذي يسمح بجواز تزويجها وهو أن يكون سن هذه الصغيرة دون تسع سنين[1]

ب . السبب الثاني: أما ثاني سبب لثبوت ولاية الإجبار هو الجنون، فالأحناف لا يميزون في ثبوتها على ناقص الأهلية أو فاقدها، كما مّيز بينهم باقي الفقهاء. فالمجنون والمجنونة تثبت عليها ولاية الإجبار، فإذا تولى عقد زواجها فإّنه يقع باطلا لعدم قدرته على التمييز بين تصرفاته. أما العقد الذي يتولاه ناقص الأهلية يتوقف على إجازة الولي له[2].

وفي زواج المجنونة إذا أفاقت من جنونها لا يكون لها الخيار إذا كان وليها هو ابنها، وغير معروف بسوء الاختيار. في حين لو زوجها غير الأب أو الابن فلها الخيار بعد الإفاقة. ولا يجوز للولي أن يزوج المجنونة الكبيرة إلا بعد إفاقتها إذا كان الجنون متقطعا[3].

ففي تزويج المجنونة إذا كان في زواجها مصلحة، يجوز لوليها إجبارها على الزواج دون أخذ رأيها[4].

ومن الفقهاء من يميز بين الجنون المطبق والمتقطع، ومن قال بترك هذا الأمر للقاضي، الذي يملك السلطة التقديرية في تقديره إذا كان مطبقا أو متقطعا، ولان الفقهاء يختلفون حول مدته، فهناك رأي إذا استمر الجنون سنة كاملة فهو جنون مطبق، وينقل الولاية للغير ،ورأي أخر يقول إذا استمر بصاحبه شهرا فأكثر فهو جنون مطبق[5].

---

(1) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 36.
(2) سيد سابق، المرجع السابق، ص 189.
(3) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 31.
(4) د/ شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 307.
(5) د/ الحصري أحمد، المرجع السابق، ص 480.

ج . السبب الثالث: وهو العته حيث تثبت ولاية الإجبار على المعتوه والمعتوهة، فللولي تزويجهم دون أخذ إذنهم في ذلك، وسواء كان العته أصليا أو طارئا، تماما كما هو الحال في الجنون المطبق والجنون المتقطع(1). وولاية الإجبار لا علاقة لها مع مسألة الرضا في عقد الزواج، رغم ورود الكثير من الأحاديث النبوية التي تستوجب أخذ الإذن في الزواج(2).

والملاحظ في دراستنا لواجبات الولي، قلنا منها أخذ إذن المولى عليها في تزويجها كون الرضا معتبر في عقد الزواج، وعند تحديدنا لأنواع ولاية الزواج، وجدنا ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة البكر والثيب، وما هذا بالتعارض، حسب رأينا باعتبار أنّ الولاية شرعت لمصلحة المرأة.

ومن واجبات الولي أيضا الحرص على تحقيقها مصلحتها من تزويجها، بدفع المضرة وجلب لها المنفعة. وولاية الإجبار ليست بواجبة على الولي، وإنّما يجوز له ذلك في حالة عدم تبصر المرأة في مصلحتها، فكما له حق العضل له حق الإجبار أيضا.

الفرع الثاني: الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجبار

قد يتعدد أولياء المرأة، ويثبت لهم حق ولاية تزويجها، وقد يختلفون في الدرجة، وهنا يراعى الترتيب الأقرب ثم الأقرب، وقد يتساوى هؤلاء في الدرجة والرتبة ويثبت لهم الحق في ولاية الزواج، إلا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية ميزوا بين الولي المجبر الذي له ولاية تزويج من هي في ولايته دون إذنها، وغير المجبر الذي لا يحق له إجبارها ولا تزويجها دون إذنها، لأنّ الولي المجبر يفترض فيه دائما يقدر المصلحة للمرأة.

في هذا الفرع نحاول بيان من له الحق في إجبار موليته وتزويجها بدون إذنها. وهل يجوز لغير الأب تزويج الصغيرة ؟

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 72.
(2) سيد سابق، المرجع السابق، ص 189.

أولا: أراء الفقهاء

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من تثبت له ولاية الإجبار، بالنظر إلى تحقيق مصلحة المولى عليها

فالمالكية والحنابلة قالوا بأنّ ولاية الإجبار تثبت للأب ووصيه، الذي يعّينه قبل وفاته، فكما يجوز للأب تزويج المرأة دون أخذ إذنها، فلوصي الأب أيضا لحرصهما على مصلحة المولى عليها(1). وفرق المالكية في إجبار المجنونة، إذا كانت بالغة وجنونها مستمرا، ففي هذه الحالة يجوز للولي تزويجها.

أما إذا كان متقطعا، فلا يزوجها إلاّ في حالة إفاقتها، وبعد استئذانها. وأضاف المالكية شرطا للوصي المجبر حتى يكون له الحق في إجبار الموصى عليها، و إلا سقط حقه في تزويجها و إجبارها وهو عدم تزويجها برجل فاسق، وألا يقل مهرها عن مهر المثل(2).

هذا إذا وجد الأب وزوج الصغيرة، أو قبل وفاته عين لها وصيا يتولى تزويجها، أما إذا لم يوجد الأب ولم يعّين لها وصيا، هنا يرى الإمام مالك بعدم تزويجها حتى تبلغ، وتأذن لمن يتولى تزويجها(3).

أما الشافعية فيجعلون ولاية الإجبار للأب والجد على البكر البالغة، ففي حالة وجود الأب هو من يتولى إجبارها على الزواج، وإلاّ انتقلت إلى الجد عند فقد الأب. وفي حالة عدم وجودهما هنا قالوا بعدم تزويجها حتى تبلغ وتأذن في زواجها(4).

مقابل ذلك ذهب الأحناف إلى جواز ولاية الإجبار لجميع الأولياء، على الصغيرة والمجنونة، فهم خالفوا الجمهور، وأثبتوها للعصابات مع مراعاة ترتيبهم في الميراث. وعند

(1) سيد سابق، المرجع نفسه، ص 188.
(2) الجزيري عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 33.
(3) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 73.
(4) محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع والموضع نفسهما.

عدم وجود ولي عاصب، أو لم تتوفر فيه شروط ثبوت ولاية الزواج والتي سبق لنا دراستها عند كلامنا عن الشروط الواجب توفرها في الولي، انتقلت ولاية الإجبار إلى ذوي الأرحام[1].

أما عن موقف قانون الأسرة الجزائري من هذه المسألة، فكونه نص في المادة 13 منه على عدم جواز إجبار القاصرة والتي تعدّ صغيرة، كونها لم تبلغ سن الرّشد القانوني، ولا أن يزوجها بدون رضاها خاصة وأن الرضا ركن في عقد الزواج، فلا وجود للإجبار وإلا بطل عقد زواجها.

ثانيا: تزويج غير الأب الصغيرة[2]

هناك ثلاث مذاهب حول مسألة تزويج الصغيرة من غير الأب:

1- **المذهب الأول:** يرى بعدم جواز تزويج الصغيرة غير الأب، وهو رأي المالكية والحنابلة.

2- **المذهب الثاني:** لا يزوج الصغيرة غير الأب أو الجد عند عدم وجود الأب أو سقط حقه في تولي تزويجها، وهو ما قاله الشافعية.

3- **المذهب الثالث:** أجاز هذا المذهب لغير الأب و الجد تزويج الصغيرة، وهذا الرأي قال به من يعتبر كل الأشخاص أولياء دون تمييزهم بين الولي المجبر وغير المجبر. فيجوز للأخ أو العم أو ابن العم أو الخال أحد أقاربها بتزويجها وأعطى أصحاب هذا الرأي للصغيرة إذا بلغت أن تبقى على الزواج بمن اجبرها وليها أو لها فسخ العقد. في حين لو كان من زوجها هو الأب أو الجد فلا يثبت لها حق الخيار كما قال به الأحناف.

(1) د/ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 38.
(2) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 100- 101.

وفي هذا يرى الإمام البخاري أن تزويج الأب أو غيره للبكر أو الثيب، لا يكون إلا برضاها واستدل على ذلك بحديث **رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لا تنكح الثيب حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن"**[1].

فهذا الحديث لم يميز بين الأولياء لا الأب ولا الجد، فالبكر والثيب لا يزوجان إلا بإذنهما.

الفرع الثالث: أسس ثبوت ولاية الإجبار

أساس ثبوت ولاية الإجبار للأولياء كان حرصا على مصلحة المولى عليها، ولعدة أمور؛ فبتحقق هذه الأمور فإن ولاية الإجبار تكون للولي كاملة من جهة، وكان العقد صحيحا من من جهة أخرى، وبذلك يلزم من كان عليه، ذلك لأن زواج الصغيرة ومن في حكمها لا يكون إلا بولي، ولأن كلا من هؤلاء لا يهتدي إلى التميز بين الصالح له والفاسد، وإن كان هذا الأمر في كل التصرفات التي يقوم بها، فإن أمر تزويجه أولى من هذه التصرفات.

وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء حول سبب وعلة ثبوت ولاية الإجبار، ومهما اختلفوا فيمن تثبت له كما سبق بيانه، إلاّ أنّ أسس ثبوتها على المرأة صغيرة كانت أو ثيبا أو بكرا هي ذاتها:

أولا: تثبت ولاية الإجبار بالنظر إلى مصلحة المولى عليها قبل كل شيء، وذلك لعجزها عن معرفة مصلحتها من عدمها، سواء أن كانت ناقصة الأهلية أو فاقدتها[2].

ثانيا: تثبت ولاية الإجبار حماية ومساعدة لهم، وللمحافظة على حقوقهم، إّما بسبب عدم البلوغ ولعدم تجربتها الحياة الزوجية، أو بالبلوغ ولكن إرادتهم معيبة، ووظيفة الولي من كل ذلك رعاية الصغيرة والمجنونة والإشراف على شؤونهم[3].

(1) سبق تخريج الحديث، ص22.

(2) سيد سابق، المرجع السابق، ص 189.

3) د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 241.

ثالثا: تثبت ولاية الإجبار بدفع الشفقة والحرص، كون الولي أكمل نظرا على هؤلاء، لذلك يثبتون المالكية الولاية بالدرجة الأولى للأب، ثم وصيه بعد وفاته[1].

رابعا: حسن الرأي وتخيير أوجه النفع، وبذلك تكون الولاية كاملة لمعرفته الكفء، وكذا ما ينفعهم من حسن التدبير[2]. لذلك اختلاف الفقهاء في تقسيمهم لمراتب الأولياء.

الفرع الرابع: ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري

من خلال المادة 4 ق.أ.ج بعد التعديل احتفظ المشرع بالرضائية في تعريفه لعقد الزواج، كما هو قبل التعديل، ليجعل رضا الطرفان ركنا وحدا في عقد الزواج، كما نصت عليه المادة 9 من نفس القانون، والاكتفاء بحضور الولي في عقد زواج الرشيدة البالغة في المادة 11، وهو ما دفع إلى الإنقاص من دور الولي في عقد الزواج، و تأكيده على عدم إجبارها.

فقبل التعديل من خلال ما نصت عليه المادة 13، منع الولي مهما كانت درجته من أن يجبر من في ولايته، دون أن يميّز بين البالغة والقاصرة، ليقتصر عدم الإجبار بالنسبة للقاصرة فقط، والذي يعدّ بمثابة التأكيد على عدم إجبار الصغيرة على الزواج بمن لا ترضاه زوجا لها، ولا أن يزوجها بدون موافقتها.

بعد أن أخرج البالغة من ولاية الولي بطريقة غير مباشرة، لينسجم هذا الرأي مع ما ذهب إليه الفقه الحنفي[3].

ومن خلال المواد 4، 11، 13 ق.أ.ج، يفهم أنّ المشرع أكد على مبدأ عدم جواز إجبار المرأة الراشدة بكرا أو ثيبا، لكون أنّ الإجبار لا يكون إلاّ من قبل الولي الذي اعتبره من خلال المادة 9 مكرر مجرد شرطا من شروط عقد الزواج، ولإسناده في المادة 11 ق.أ.ج حق زواج المرأة البالغة لنفسها.

(1) محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 95.
(2) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 119.
(3) د/ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 119.

وفي تقدير موقف المشرع الجزائري من مسألة الإجبار كما قال الأستاذ قاضي سعيد أّنه موقف إيجابي لتماشيه مع عموم النصوص الشرعية، وأضاف أنّ أهمية هذا الموضوع يقتضي النص صراحة على مبدأ منع الولي من إجبار من في ولايته على الزواج خاصة الصغيرة، التي لا تزال جاهلة لأمور الزواج.

وأكثر من ذلك إجبار المرأة البالغة على الزواج من شخص لا تريده كان ولا يزال اعتقاد الكثير من الأولياء، بأحقيتهم في تزويج من هن في ولايتهم حسب اختيارهم[(1)].

مسألة علاقة الرضا بولاية الإجبار في قانون الأسرة، تظهر جليا من خلال تأكيد المشرع في نص المادة 13 ق.أ.ج، بمنعه ممارسة كل أشكال الإجبار على المرأة، و إنّ كان لم ينص صراحة على علاقة الرضا بالإجبار، ولكن جعله من الرضا ركنا في عقد الزواج، هو الأمر الذي أكد على وجود هذه العلاقة، وجعل العقد الذي يبرم بدون توفر هذا الركن باطلا من أساسه، وهو الأمر ذاته أكدته الكثير من القرارات الصادرة عن المحاكم، والتي قضت فيها ببطلان عقد الزواج في حالة غياب ركن الرضا. كما سوف نشير إليها لاحقا.

المطلب الثاني

ولاية الاختيار في عقد الزواج

يعدّ الاختيار من مقدمات الزواج، إما بالنسبة للرجل أو بالنسبة للمرأة، فيحق لكل منهم اختيار الطرف الأخر المراد النكاح به. باعتبار أنّ رضا الطرفين معتبر في عقد الزواج، ولا إكراه في ذلك، وان كان الأصل أنّ الرجل هو من يتولى اختيار المرأة التي يرغب في الزواج بها، إلا أنه حق للمرأة أيضا، ثم تليه التمهيدات الأخرى من خطبة وإجراء عقد الزواج، من ذلك عدّت الولاية هي أساس هذا العقد.

---

(1) قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري(رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية)، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر(1)، 2010-2011م، ص 153.

وبعد دراسة ولاية الإجبار التي اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على ثبوتها، والتي تسمح للولي مباشرة العقد دون أخذ إذن المرأة في ذلك، نأتي إلى دراسة النوع الثاني لولاية الزواج والمتمثل في ولاية الاختيار، بالنسبة للمرأة البالغة، التي اختلف الفقهاء في إمكانية الولي إجبارها على الزواج، وكان مبنى خلافهم على ثبوت ولاية الإجبار حول الصغر أو البكارة.

فمنهم من أجاز الإجبار على البكر البالغة لجهلها لأمور الزواج، فهي كالبكر هنا، ومن قال بعدم إجبارها لكمال أهليتها، ولثبوت في الأحاديث النبوية الشريفة والتي لا تجيز إجبارها. كما ردّ الرسول صلى الله عليه وسلم نكاح المرأة التي زواجها أبوها وهي كارهة.

وولاية الاختيار هي عكس ولاية الإجبار حيث لا يستطيع الولي الاستبداد في ممارستها، كون رضا المرأة معتبر في عقد الزواج، وهي التي تمارس على المرأة البالغة العاقلة، وكذا اليتيمة.

وسميت بولاية الاختيار كون المرأة لا تنفرد بإنشاء عقد زواجها، ولا ينعقد بعبارتها. وتسمى أيضا ولاية شركة لعدم إمكانية وليها من جبرها. ومنهم من سمها ولاية ندب واستحباب وبذلك تكون عبارتها في العقد معتبرة دون وليها.

لذلك دراستنا في هذا المطلب لا تكون ببيان أراء الفقهاء حول اعتبار عبارة المرأة في عقد الزواج، لتخصيصنا الفصل الثاني لذلك وتفاديا للتكرار. فاقتصرنا بدراسة ولاية الاختيار ببيان تعريفها (الفرع الأول). وثبوت ولاية الاختيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف ولاية الاختيار

اختلاف الفقهاء في تسمياتهم لولاية الاختيار والتي تعدّ حقا للولي في تزويج المرأة باختيارها ورضاها، فليس له الإنفراد بالعقد، وليس لها توليه من دون وليها.

فهي عند الأحناف وأبي يوسف ولاية ندب واستحباب، وولاية شركة واستئذان عند المالكية والشافعية وفي رواية ولاية شركة عند أبي يوسف، حيث لا يحق للولي أن يزوج المرأة البالغة الثيب إلاّ بعد رضاها، خلافا للبكر التي لا يشترط فيها وإن كان يستحب ذلك. وعند الحنابلة لا يزوج الولي البالغة بكرا أو ثيبا إلاّ بإذنها[1].

وسميت بولاية الاختيار لأنّ الولي لا يستبد بتزويج الولي عليها بل لابد من مشاركتها في اختيار الزوج وهو يتولى عقد الزواج[2].

أولا: معنى ولاية الاختيار

على الرغم من تعدد تسميات ولاية الاختيار، يبقى عنصر الإجبار بعيد أمام هذا النوع من الولاية.

وعرفت ولاية الاختيار: بأنها (سلطة ثابتة شرعا للولي، تخوله تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح)[3].

والملاحظ من هذا التعريف أنه ليس شاملا، لأّنه يخص الثيب فقط التي يشترط تعبيرها الصريح بالقول عن رضاها بالزواج. والمعروف أنّ ولاية الاختيار كما تثبت للثيب تثبت أيضا للبكر فقط جوهر الخلاف بينهما، لا يشترط في الأخيرة القول الصريح، كذلك بالنسبة لزواج اليتيمة التي يشترط أخذ إذنها عند بعض الفقهاء.

وفي هذا أورد الدكتور شيهاني سمير تعريفا يشمل كل من زواج الثيب والبكر بعد أخذ رضاهن في ذلك: "سلطة، أو إذن شرعي للولي، يحق له من خلالها تزويج من هي تحت ولايته بعد أخذ موافقتها الصريحة إن كانت ثيبا، أو الضمنية إن كانت بكرا"[4].

وكون ولاية الاختيار تقضي وجود الولي في عقد الزواج من جهة، ووجود رضا المرأة من جهة أخرى حتى لا يكون هناك إجبار لها ولا إنشائها لعقد زواجها بون رضا وليها،

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 108.
(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 66.
(3) الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الجزائر، 1982، ص 48. مشار إليه لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص ص 155- 156.
(1) د/ شيهاني سمير، المرجع نفسه ص 156.

خاصة وأنّ الجمهور أكدوا على عدم اعتبار عبارة النساء في الزواج، خلافا للأحناف كما سوف نفصل في الأمر في حين وقته. فيمكن إعطاء تعريف لولاية الاختيار، وانطلاقا من التعاريف السابقة: "هي سلطة شرعية منحت للولي حق توليه لعقد زواج المولى عليها ثيبا كانت أو بكرا، بعد أخذه رضاها وقبولها في تزويجها صراحة أو ضمنيا، وبعيدا عن كل أشكال الإجبار حتى لا يكون هناك ردّ في نكاحها".

ثانيا: ضرورة وضوابط هذا الاختيار

إذا كانت ولاية الاختيار تقتضي أنّ رأي المرأة معتبر، من حيث قبولها بمن اختاره وليها أو رفضها، فإن لهذا الاختيار ضوابط لابد من مراعاتها حتى لا يقابلها وليها بالعضل. وذلك **لقوله صلى الله عليه وسلم:" تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم**"[(1)].

فالمراد بقوله "تخيروا لنطفكم" اختيار المرأة الصالحة المراد الزواج بها، حتى تكون خير صلاح للزوج وللأولاد. وهذا ينطبق تماما مع المرأة التي يحق لها أن تختار الصالح من الرجال حتى يكون زوجا صالحا لها وأبا لأولادها، لذلك يعدّ أهم ضابط في اختيار الرجل أو المرأة شريكا للحياة الزوجية هو ضابط الدين[(2)]، كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم بالظفر بالذات الدين، والذي يعدّ أهم معيار في الاختيار حتى يكون الزواج صحيحا.

والملاحظ في دراستنا لشروط الولي ذكرنا شرط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليها، وهو شرط يتوجب توفره أيضا في الزوجين والذي يعتبر من أهم شروط الزواج، فكمال الدين يعدّ من تمام الأخلاق، ولا داعي لتفصيلنا في باقي الضوابط لأنّه بتوفر هذا الضابط في كلا الطرفين حتما الأخرى تكون محققة بينهما من صلاحهما والتعاون بينهما وتوفر الكفاءة بينهما.

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، حديث رقم 1968، في باب الأكفاء، كتاب النكاح، ص 341.
(2) د/ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الثاني: ثبوت ولاية الاختيار

كون الشريعة الإسلامية المرجع الذي يستمد منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه، هو ما دفع بنا إلى بيان ولاية الاختيار وفقا للمذاهب الأربعة الحنفي المالكي والشافعي والحنبلي كما سبق تبرير ذلك مقدمة المذكرة. ثم نعرج إلى دراسة ولاية الاختيار في قانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله.

فإذا كان الفقهاء اتفقوا حول ثبوت ولاية الإجبار مع اختلافهم في علة ثبوتها، كما سبق بيان ذلك فإنهم اتفقوا أيضا على أنّ ولاية الاختيار تثبت على الثيب البالغة العاقلة، إن كان محل اتفاقهم حول العلامات التي يعتد بها في البلوغ إلاّ أّنهم اختلفوا في تحديدهم لسن البلوغ. وفي هذا الفرع نحاول بيان ثبوت ولاية الاختيار للمرأة البالغة مع بيان حكم إجبار البالغة العاقلة.

أولا: ثبوت ولاية الاختيار على المرأة البالغة العاقلة

كون أنّ المرأة البالغة العاقلة قد تكون بكرا أو ثيبا، هو الأمر الذي خلق خلافا بين الفقهاء، فمنهم من قال بثبوت ولاية الاختيار على الثيب البالغة مع اشتراطهم تعبيرها الصريح في تزويجها فيحق لها تزويج نفسها، ومن قال بعدم ثبوتها على البكر البالغة، إلا أن النصوص أثبتت أن ولاية الاختيار تثبت أيضا للمرأة اليتيمة بعد البلوغ.

أ . تزويج البالـغة العاقلة البكر

المرأة البالغة هي التي بلغت انتهاء حدّ الصغر، وعرفها عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل بأنها "الأنثى التي ظهرت عليها علامات البلوغ أو بلغت سن البلوغ"[1].

وقد رجّح الأستاذ قاضي سعيد بين التعاريف الواردة بشأن البلوغ تعريفه بأنه:

(1) د/ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 420.

" انتهاء حدّ الصغر في الإنسان ليكون أهلا للتكاليف الشرعية". وذلك لعدة اعتبارات منها كونه تعريفا جامعا لمعنى البلوغ وذلك من خلال كلمة إنسان، وكذا وجود علاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة كالرشد والكبر من خلال عبارة انتهاء حدّ الصغر. وكونه أيضا مركزا قانونيا يخول للبالغ أهلية أداء كاملة لكافة الحقوق والواجبات الشرعية منها الحق في الزواج وتحمل المسؤوليات[1].

ومعرفة حدّ البلوغ يكون بمعرفة علاماته التي هي محل اتفاق بين الفقهاء وهي ثلاث علامات: الحيض، الاحتلام (الإنزال)، والحمل. وقد ذكر الحنفية أدنى سن لاحتلام الذكر ببلوغه 12 سنة، وأما الحنابلة فحدد سن البلوغ بتسع سنوات كحد لبلوغ الأنثى، وأما الشافعية باستكمالها تسع سنين قمرية وفي رواية ببلوغها خمسة عشرة سنة[2].

فولاية الاختيار أو الشركة تثبت على الحرة البالغة العاقلة البكر والثيب، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك[3]. وذلك لأنّ مناط الإجبار الصحيح هو الصغر، وهذا غير محقق في البالغة العاقلة، لذلك لا يحق للولي إجبارها على الزواج بمن اختاره لها بدون رضاها، لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تزويجها بدون استئذانها[4].

أما المالكية والشافعية والحنابلة فكونهم اتفقوا على ولاية الإجبار، فقالوا يحق للولي المجبر جبر من ابنته البكر البالغة العاقلة[5]. وقد أورد الشافعية سبعة شروط[6] لابد من توفرها حتى يسمح للولي جبر البكر البالغة العاقلة دون استئذانها وهي:

- الشرط الأول: عدم وجود عداوة ظاهرة بين الولي المجبر والبكر البالغة العاقلة، فإذا كانت غير ظاهرة فلا يعتدّ بها كسبب لإسقاط حقه في جبرها.
- الشرط الثاني: أنّ يكون الزوج كفئا للمرأة.

(1) للتفصيل أكثر يراجع، قاضي سعيد، المرجع السابق، ص 56.
(2) د/ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 420.
(4) إسماعيل أحمد علي بني ياسين: ولاية الإجبار (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2004، ص 46.
(4) د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 100.
(5) محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 101.
(6) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 35.

- الشرط الثالث: ألا يكون بين البكر عداوة ظاهرة مع الزوج الذي اختاره وليها، لأنه في ولاية الزواج إما الإجبار أو الاختيار يراعى تحقق مصلحة المولى عليها.
- الشرط الرابع: وجوب قدرة الزوج على توفيره للصداق الذي هو حق للمرأة. فهذه الشروط الأربعة لابد من تحققها حتى يكون العقد صحيحا، وإذا لم يتحقق إحداها كان الزواج باطلا، إذ لم تجيزه البكر البالغة.
- الشرط الخامس: أن يزوجها الولي المجبر بمهر مثلها.
- الشرط السادس: أن يكون المهر من نقد البلد.
- الشرط السابع: أن يكون المهر حالا وليس مؤجلا.

وجاء ترتيب الأولياء في ولاية الاختيار عند الشافعية و الحنابلة لسائر الأولياء من العصابات، وعند المالكية قالوا في زواج البالغة الثيب تثبت لقرابة العصبة (الابن والأخ والجد وابن العم). فهؤلاء فقط لهم تزويج البالغة بأخذ إذنها صراحة. ويكفي صمت البكر في ذلك[1].

والملاحظ عند المالكية في زواج البالغة البكر أو الثيب ميّزوا بين الولي المجبر وغير المجبر(الأب أو الوصي)، كما هو في زواج الصغيرة، كما سبق الإشارة إلى ذلك في ولاية الإجبار، ولكنهم في بعض الراويات توجد أصناف مستثناة من الجبر، كالبكر التي أرشدها أبوها، أو التي زوجها الحاكم بعد عضل وليها...

في حين ميّز الحنابلة بين الولي المجبر الذي له إجبار البكر، وغير المجبر الذي ليس له تزويج من هي في ولايته إلا بإذنها ورضاها إذا كانت بالغة عاقلة، وعليه عند استئذانها ذكر اسم الزوج وعمله ونسبه وإلا لا يصح العقد عندهم[2].

(1) د/ الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص ص 194.
(2) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 37.

ب . تزويج البالغة العاقلة الثيب

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ الثيب البالغة لا يجوز تزويجها بغير إذنها وبذلك ليس للولي الشرعي أو غيره أن يكرهها[1] الزواج بمن لا ترضاه هي، كونها أحق بنفسها من وليها، كما ثبت في قوله **صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"**[2].

وكون الثيب أحق بنفسها أي أنّ الولي لا يعقد عليها إلاّ برضاها، وليس معنى أنّها من تتولى عقد زواجها[3].

واعتبر الأحناف الثيب البالغة لا يصح تزويجها بدون إذنها ورضاها، و ما دون ذلك له إجبارها على الزواج[4]، كما سبق دراسة ذلك في ولاية الإجبار.

ويعدّ رضا الثيب البالغة العاقلة شرطا لصحة زواجها من قبل وليها، ذلك لأنّ الحديث صريح بوجوب استئمارها في النكاح، واشتراط أهل العلم أن يكون رضا الثيب بوجوب تصريحه بالقول، فلا يكفي سكوتها للدلالة على إذنها بتزويجها، خلافا للبكر الذي يعدّ سكوتها قبولا[5].

ولعل منشأ الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى صحة العقد الذي تتولاه المرأة البالغة العاقلة من عدمه، كان انطلاقا من اشتراطهم للإذن المسبق للثيب في صحة عقد زواجها، وما إذا كان شرط رضا الولي وإذنه مشترطا هو الآخر في تزويج الثيب نفسها من كفء.

(1) العدوي مصطفى، المرجع السابق، ص 353.
(2) سبق تخريج الحديث. وفي الرواية التي عند ابن ماجه، " الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها"، باب استئمار البكر والثيب، حديث رقم، 1872، ص 326.
(3) سيد سابق، المرجع السابق، ص 188.
(4) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 37.
(5) د/ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 459.

وفي حكم إجبار الولي للثيب البالغة العاقلة على الزواج دون إذنها ورضاها، يترتب أمران: أولهما ردّ هذا النكاح وفسخه، كون أن المكرهة التي ردّ الرسول صلى الله عليه وسلم نكاحها وهي كارهة كانت ثيبا، وذلك هو مجمع أهل العلم في ردّ نكاح المكرهة إذا زوجت بغير رضاها[1].

وفي هذا يقول ابن حجر العسقلاني:" وردّ النكاح إذا كانت ثيبا فزوجت بغير رضاها إجماع إلا ما نقل عن الحسن أنه أجاز إجبار الأب الثيب ولو كرهت..."[2].

وأما الأمر الثاني فهو إجازة الثيب لنكاحها بعد وقوعه، وذلك عند الحنفية والمالكية خلافا للشافعية والحنابلة، قالوا بردّ النكاح مطلقا.

وفي هذا أوردّ الدكتور عبد الكريم زيدان ترجيح بين الأمرين، فقال بردّ النكاح وعدم تصحيحه بإجازته من طرف الثيب بعد وقوعه دون رضاها، لأن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فيه دلالة صريحة على وجوب استئمار الثيب. وأنّ إجازتها قد يحمل الولي على إكراهها بحجة ظنه على قبولها، وحرصا على سمعته ما يجعل المرأة الثيب تجيزه وهي كارهة مرة ثانية[3].

وأما مسألة إجبار الثيب التي زالت بكارتها بغير زواج، فإنّ أهل العلم اتفقوا على عدم إجبارها إذا كان سبب زوال بكارة الثيب هو الزواج الصحيح، وبذلك لا تزوج إلا بإذنها، لأنها تأخذ حكم الثيب البالغة العاقلة. ولكنهم اختلفوا بشأن الثيب التي زالت بكارتها بعقد فاسد أو زنا أو نحوهما.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية وإن كانت ثيبا من زنا فهي من النكاح، في مذهب الشافعي وأحمد وصاحبي أبي حنيفة[4].

(1) العدوي مصطفى، المرجع السابق، ص 347.
(2) نقلا عن د/ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 460.
(3) د/ زيدان عبد الكريم، المرجع و الموضع نفسهما.
(4) نقلا عن د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 144.

ومن يرى بعدم إجبارها إذا كان فعل الزنا ارتكب مرة واحدة، وإذا تكرر أكثر من مرة هنا تخضع لولاية الإجبار. وإذا كان سبب زوال البكارة عارض آخر فإنها تأخذ حكم البكر عند الأئمة الأربعة[1].

ثانيا: زواج اليتيمة

هناك من الفقهاء من أجاز تزويج اليتيمة قبل البلوغ، وقالوا باستئمارها استنادا لحديث **رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها"**[2].

وقال بعض التابعين إذا زوجت فنكاحها موقوف حتى تبلغ، فإذا بلغت فلها الخيار في إجازة النكاح أو فسخه. فإذا خيف على اليتيمة الصغيرة، بفسادها وضياعها وعدم وجود من ينفق عليها، فيجوز تزويجها إذا توفر شرط الكفاءة والمهر[3].

وقال أحمد وإسحاق: "إذا بلغت اليتيمة فزوجت فرضيت فالنكاح جائز، ولا خيار لها إذا أدركت بدليل حديث عائشة رضي الله عنها، أنّ النبي صلى الله عليه وسلم: بنى بها وهي بنت تسع سنين..."[4].

أما الشافعية قال بعم جواز تزويج اليتيمة إلاّ بعد البلوغ، وقوله "اليتيمة تستأمر" يفيد أنّ الإستئمار لا يكون إلاّ بعد البلوغ، وحملوا في استئمار اليتيمة على البكر البالغة[5]. فكون لا استئمار في الصغيرة كذلك الأمر في اليتيمة.

فدلّ الحديث على وجوب استئذان اليتيمة في نفسها، ونهى الأولياء على تزويجها بغير رضاها، وبذلك لا تجبر على الزواج لأنها هي الأخرى صغيرة، ومن الفقهاء من

(1) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 37.
(2) أخرجه الترميذي، في سننه، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، حديث رقم 1109، ص 40.
(4) د/ الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الأسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 212.
(1) عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ص 408.
(2) سيد سابق، المرجع السابق، ص 193.

اعتبر الصغيرة لا اذن لها؛ فلا تزوج إلا بعد بلوغها[1]. كذلك يرى الشافعية أنّ الوصي ليس له تزويج اليتيمة، إلا إذا فوض له الموصى له أي أذنت له اليتيمة، كما لا تثبت ولاية إجبار اليتيمة للحاكم[2].

حدّد المالكية عشرة شروط في تزويج اليتيمة بكرا كانت أو ثيبا؛ فلا بدّ من تحققها وهي[3]:

1) أن تكون اليتيمة فقيرة.
2) أن يخشى فسادها إذا بقيت من غير زواج.
3) أن تبلغ اليتيمة عشرين سنة، ومنهم من يعتدّ بعشر سنوات.
4) أن يتوفر لدى اليتيمة ميل إل الرجال.
5) أن يكون الزوج كفئا لليتيمة.
6) ألا تتزوج اليتيمة إلا بصداق مثلها، كونه حق للمرأة؛ فهو حق لها أيضا.
7) أن تجهز اليتيمة بجهاز مثلها.
8) أن ترضى بزواجها؛ فقد اشترط في تزويجها إذنها ورضاها.
9) أن تأذن بالقول لولي العقد؛ فلابد من تعبيره صراحة بالقول على رضاها بتزويجها، ولا يعتدّ بسكوتها.
10) أن يثبت ذلك عند القاضي.

فإذا زوجت اليتيمة بفقد هذه الشروط كلها أو بعضها، قال المالكية بفسخ العقد قبل الدخول وبعده إذا لم يطل الزمن فإذا طال أكثر من ثلاث سنوات هنا يثبت النكاح.

وعند الأحناف ولاية تزويج اليتيمة بكرا أو ثيبا تثبت لكل ولي لها، واشترطوا بلوغها تسع سنين[4].

(1) عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 390.
(6) حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الجواد، ط1، دار القلم العربي، حلب، سوريا، 1416هـ، 1995 م، ص ص 65 - 76-
(3) حسين بن محمد المحلي الشافعي، المرجع نفسه، ص ص 172- 173.
(4) حسين بن محمد المحلي الشافعي، المرجع نفسه ص 173.

الفصل الثاني

الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط

الزواج في الإسلام بخاصيته المميّزة، مّيزته عن العقود، فلا يسري على نسقها؛ ولا يقاس عليها. وجاء القرآن الكريم على أّنه ميثاق غليظ. حتى قال ابن تيمية النكاح في الإسلام يشبه العبادات في نفسه بل هو مقدم على النوافل[1].

قبل الكلام عن الولاية الشرعية للزواج؛ نّود بيان ما هو الركن في عقد الزواج، وما يعتبر شرطا فيه، وسبب اختلاف فقهاء الشريعة في عدد أركان عقد الزواج ولا نفصل فيها إلاّ في الركن الولي محل الدراسة. فالركن هو ما لابد منه وكان جزءا من حقيقة الشيء، أما الشرط فهو ما لابد منه وكان خارجا عن حقيقة الشيء[2].

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في عدد أركان عقد الزواج، لاعتبارهم أمور في العقد دون أمور أخرى، حيث يرى الشافعية أنّ أركان عقد الزواج خمسة: الزوج–الزوجة–الولي–الشاهدان والصيغة[3]، أما عند المالكية فأركان عقد الزواج ثلاثة: الصيغة–المحل (الزوج والزوجة) وقليلهم من يعتبر الولي ركنا، وعند الحنابلة الولي ركن في عقد الزواج إلى جانب الصيغة والمحل. على خلاف الأحناف فيرون أنّ الركن الوحيد في عقد الزواج هو الصيغة فقط أي الإيجاب والقبول من كلا الطرفين[4].

هذا اختلاف الفقهاء حول عدد أركان الزواج. أما مسألة مشروعية الولاية في عقد الزواج فهي محل اتفاق بين جميع أهل العلم حول ثبوتها على المرأة الحرة المكلفة؛ ولا خلاف بينهم حول مباشرة وليها لعقد زواجها.

---

(1) د/ ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص 136.
(2) د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 59.
(3) إن كان هناك من الشافعية من يعتبر أركان عقد الزواج أربعة حيث جمع الزوج والزوجة في ركن واحد هو محل العقد، إلى جانب ركن العاقد وهو الولي والشاهدان والصيغة.
(4) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص 60.

إلاّ أنّ الاختلاف الواقع بين فقهاء الشريعة الإسلامية، يدور حول صحة العقد الذي تباشره المرأة، كونه حقا من حقوق وليها[1]. رغم أنّ مشروعية الولي جاءت مؤكدة في القرآن الكريم، وتعددت الأحاديث الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حول ثبوتها.وتاكيد بطلان هذا النمط من الأنكحة؛ إلاّ أّنه وجدت بعض الأقوال أجازت هذا العقد بقياس قدرة المرأة في التصرف في عقد زواجها بقدرتها على التصرف في أموالها، شأن عقد الزواج شأن العقود الرضائية.

وعلى الرغم من وجاهة التعليل التي اعتمد عليها فقهاء الشريعة الإسلامية في تأكيد دور الولي كركن في عقد الزواج؛ إلاّ أنّ ذلك لا يسقط حق مشاركة المرأة بإعطاء رأيها في الزواج كونها المعنية بالأمر. انتقل هذا الاختلاف إلى بعض التشريعات العربية؛ على غرار التشريع الجزائري؛ حيث نص المشرع الجزائري قبل التعديل على أركان عقد الزواج في المادة التاسعة المتمثلة في رضا الزوجين–ولي الزوجة– الشاهدين والصداق. وعدلت هذه المادة أين أبقى على الرضا كركن وحيد في عقد الزواج ويجعل من باقيها شروطا بإضافته المادة التاسعة مكرر.

أما بالنسبة لمسألة صحة العقد من عدمه؛ فإنّه منح للمرأة الراشدة الحق في عقد زواجها بحضور وليها أو أي شخص آخر بموجب المادة 11 ق.أ.ج، ليعتبره أحد الأنكحة الفاسدة في المادة 33 من نفس القانون في حالة زواج بدون ولي. وأمام هذا النص القانوني والواقع نجد أكثر من 2500 زواج بلا ولي سجلت خلال 2010 في بلدية الجزائر الوسطى حيث اعتبر ذلك إلغاء للأبوة الحقيقية للولي[2].

وسنفصل بشأن مجمل هذه الاختلافات في هذا الفصل، ببيان مكانة الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية (المبحث الأول)، وبيان مكانة الولي في قانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل مع الإشارة إلى الآثار المترتبة على الزواج بدون ولي (المبحث الثاني).

(1) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 64. ومشار إليه أيضا لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 275.
(2) لكحل فريدة ، المرجع السابق، ص 18.

المبحث الأول

مكانة الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة حول حكم اشتراط الولي في عقد الزواج، على الرغم من أنّ الحكمة من مشروعية الولاية في عقد الزواج جاءت لتحقيق مقاصد عدّة، والتي تعد أساس هذا الميثاق.

القول الأول لجمهور الفقهاء؛ حيث اشترطوا أن يتولى عقد المرأة وليها، وقالوا بأنّ العقد الذي لم يحضره الولي، أو تولته المرأة على نفسها أو على غيرها هو عقد باطل. أما القول الثاني وهو قول الأحناف فاعتبرت الولاية عندهم ليست بشرط بل مستحبة، ومن ذلك جعلوا نكاح الحرة المكلفة بلا ولي عقدا نافذا لتصرفها في خالص حقها شرط أن يكون الزوج كفأ. وقول ثالث جعل من صحة العقد متوقف على إذن الولي للمرأة، فإذا تحقق هذا الشرط "شرط الإذن" صح العقد وإلاّ َبطُلَ.

وذهب الظاهرية في قول رابع إلى تمييز بين البكر والثيب؛ ففي زواج البكر عدّ الولي ركنا في العقد، أما زواج الثيب فيتولي أمرها من شاءت من المسلمين؛ بمعنى ولاية تزويجها تكون بالولاية العامة، ولا يكون لوليها حق الاعتراض.

والقول الخامس المشهور عند المالكية[1] هو أنّ الولاية شرط في صحة العقد؛ ومنهم من يقول بأنّ الولي ركن في عقد الزواج؛ إلاّ أنّ هذا الاختلاف الفقهي في المذهب ذاته لا يؤثر في الأثر المترتب على اعتباره ركنا أو شرطا في عقد الزواج[2]. وفي رواية أخرى عن المالكية فرق بين المرأة الدنيئة والمرأة الشريفة. فتزوج الأولى بالولاية العامة، والثانية بالولاية الخاصة.

---

(1) إلاّ أنّ ابن القاسم المالكي روى رأي آخر، وهو أنّ الولاية سنة فقط لا شرط صحة، وقال بتوارث الزوجين في حالة إبرام العقد دون ولي، وقال بأنّ المرأة الثيب يستحب لها أن تقدم وليها ليعقد عليها، فالولي عنده شرط إتمام العقد لا من شروط الصحة. نقلا عن د/ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 111، وهو ما أشار إليه د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 278.
على الرغم من أنّ الإمام مالك قال بألا ميراث فيما عقدته المرأة وخالفه ابن القاسم المالكي وابن رشد الحفيد. د/ الحصري أحمد، المرجع السابق، ص 509 .

(2) د/ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 250

إلاّ أنّ دراستنا لهذه الأقوال بنوع من التفصيل اقتصرناها فقط على رأي الجمهور القائلين باشتراطه في عقد الزواج وهو قول الأئمة الثلاث، وكذا قول الأحناف، باعتبارها من المذاهب المشهورة، ولكونها اعتمدت على أدلة أقوى وأرجح في ثبوت الولاية على الزواج؛ التي تتفق ومشروعيتها.

لهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول فصلنا في حقيقة الولي في عقد الزواج عند الشافعية، الحنابلة والمالكية، حيث جمعنا بين رأي الشافعية والحنابلة، كون الأدلة التي اعتمد عليها الأحناف تخرج عما استدل به الشافعية في مسألة عدم صحة عقد النكاح بدون ولي، وكون أنّ المرأة عندهم لا تلي عقد النكاح، لا أصيلة ولا وكيلة هذا من جهة، ولتفادي التكرار في بيان الأدلة التي اعتمدا عليها من جهة أخرى.

في حين نفصل في الثاني في رأي الأحناف حول مدى لزوم الولي في عقد الزواج وبيان أدلتهم ومناقشة الجمهور لهذه الأدلة.

المطلب الأول

حقيقة الولي في عقد الزواج لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

تعددت الآراء الفقهية الشرعية حول مسألة الولي في عقد الزواج بين مؤيد له، وقالوا بعدم صحة العقد الذي تباشره المرأة مطلقا دون توقف صحته على أي شرط، ودون تمييزهم بين البكر والثيب؛ وبين الآمة والحرة وبين الشريفة أو الدنيئة. وبين معارض لهذا الرأي حول صحة العقد الذي تتولاه المرأة بشروط منها كفاءة الزوج، موافقة الولي وكون المرأة ثيبا.

واعتمد كل منهما على جملة من الأدلة من المنقول والمعقول؛ وكل منهما ناقش أدلة الآخر محاولا من ذلك تأكيد صحة رأيه على حساب الرأي الآخر. وذلك ما سنفصل فيه من خلال ما يلي:

الفرع الأّول: رأي الجمهور

مسألة اعتبار الولي في عقد الزواج ركنا أو شرطا، هي أهم جزء في موضوعنا، إن كان اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة كبيرا. فمنهم من يعتبروه شرط صحة، ومن ثمة يبطل العقد الذي يبرم دون الولي الشرعي، ومنهم من يعتبره شرط نفاذ متى أذن الولي.

ومن الفقهاء من لا يعتبره شرطا وركنا، ولكن من باب الاستحباب أن يتولى عقد الزواج ولي المرأة، ومن فرق بين البكر والثيب. كانت ولازالت هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء ورجال القانون، بسبب الدعوى إلى تحرر المرأة ومساواتها بالرجل. ولكل فريق من هؤلاء أدلتهم من القرآن والسنة النبوية.

سنحاول في هذا الفرع دراسة أقوال الأئمة الثلاث بنوع من التفصيل، حيث جمعنا بين رأي الشافعية والحنابلة باعتبارهم الولي ركنا في عقد الزواج، يبطل العقد بدونه، وأفردنا رأي المالكية باعتباره شرطا لصحة العقد.

أولا: رأي الشافعية والحنابلة في اعتبار الولي في عقد الزواج

الولي عند الشافعية ركن في عقد الزواج، ومنه لا تزوج المرأة نفسها. فلا تملك سلطة لمباشرة عقد زواجها دون وليها، فعبارة المرأة عند الشافعية لا تصلح لأن تكون منشأة لعقد الزواج سواء كانت هي الطرف الموجب أو القابل[1]، فولي المرأة هو من له مباشرة عقد زواجها[2].

كذلك قال الحنابلة في مسألة نكاح المرأة لا يصح إلاّ بولي، بكرا كانت أو ثيبا، فلو زوجت امرأة نفسها، أو زوجت غيرها كابنتها، أو أختها أو وكلت امرأة غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها، في الحالات الثلاث لا يصح هذا العقد لعدم وجود شرط صحته، ولأّنها سرعان

---

(1) وهو الأمر ذاته جاء في قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 99/10، أنّ المرأة لا يصدر منها الإيجاب أو القبول، إنّما يصدر من وليها الذي يباشر نيابة عنها عقد الزواج، وعليه إذا تولت عقد زواجها يكون غير صحيح، لمخالفته نصا صريحا في السنة النبوية "لا نكاح إلاّ بولي" وهو ما ذهب إليه الجمهور، المادة السابعة منه: "يشترط العقد إيجاب بما يفيد التزوج عرفا من ولي للمعقود بها..."، نقلا عن د/ عطروش عبد الحكيم محسن ، حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2009، ص 5.

(2) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 434.

ما تتعرض للخداع لنقص خبرتها وعقلها[1] فحضور الولي لازم حتى يكون العقد صحيحا، وأن يعيش الزوجان في أمان واستقرار، وتدوم بينهما المحبة والمودة والرحمة، وذلك صيانة للمرأة عن الابتذال وحفاظا لحيائها حتى لا تنسب إلى خروجها عن العادات والتقاليد والآداب[2].

أ- أدلتهم على عدم صحة عقد الزواج بدون الولي من القرآن

استدّل الشافعية والحنابلة على عدم صحة زواج المرأة بعبارتها من غير وليها بأدلة كثيرة من كتاب الله نذكر منها ما يلي:

1- الاستدلال بالآية المتضمنة للعضل:

قال تعالى: ﴿ وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3].

وجه الاستدلال في الآية الكريمة أنّ المرأة ليس لها أن تتولى عقد زواجها، فلو كان يصح ذلك لما كان لعضل وليها تأثير، وهو دليل على اعتبار الولي في النكاح، فهو من يتولى عقد مّوليته[4]. فقوله تعالى: ﴿وَإِذا طَلَّقْتُمُ﴾، خطاب موجه للأزواج، وقوله: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ خطاب موجه للأولياء، وفي هذا قال القاضي أبو بكر بن العربي: أنه دليل قاطع على أنّ المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح وإنّما هو حق للولي، خلافا لأبي حنيفة، ولولا ذلك، لما نهاه الله عن منعها[5]. كذلك يظهر من سبب نزول هذه الآية[6] أنّ أخت معقل وهي كانت ثيبا او كان يجوز لها أن تعقد زواجها لزوجت نفسها، دون الحاجة إلى إذن أخوها ولما كان هناك داع إلى نهي الأولياء عن عضل النساء[7].

(1) د/ الزحيلي وهبة ، المرجع السابق، ص 192.
(2) د/ سريع محمد عبد الهادي، حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنكحة التحليل – الشغار - الهبة- النكاح بدون ولي- النكاح من الزانية- الزواج العرفي، ب. ط، دار الذهبية، مصر، القاهرة، ب. س . ن، ص 87.
(3) سورة البقرة، الآية 232.
(4) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 434.
(5) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 106.
(6) نزلت هذه الاية بسب معقل بن يسار، وكان قد زوج أختا له من رجل، فطلقها، ثم بعد انقضاء عدتها منه جاء يخطبها من أخيها، فقال له معقل زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا وكانت المرأة تحب العودة إليه، فنزلت الاية وقال معقل لرسول الله صلى الله عليه وسلم الأن أفعل يا رسول الله ثم زوجها إياه. نقلا عن د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 87.
(7) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع والموضع نفسهما.

2- الاستدلال بالآية التي تحرم انكاح المشركين

قال الله تعالى: ﴿ وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[1]. وجه الاستدلال في الآية الكريمة أنّ الله عز وجل خاطب الرجال ولم يخاطب النساء والدليل واضح من خلال صدر الآية في قوله: ﴿ وَلا تَنكِحُوا﴾ ولم يقل ولا تنكحن، فالله عز وجل خاطب الأولياء بعدم إنكاح من هن في ولايتهم من المشركين حتى يؤمنوا. فإن تحقق شرط إسلامهم وإيمانهم وقتها يرفع هذا التحريم.

فالخطاب الموجه للرجال دّل على أنّ الزواج إليهم لا إلى النساء[2]، وبذلك يكون أصرح دليل آخر على اعتبار الولي في عقد الزواج.

3- الاستدلال بآية المتضمنة إنكاح النساء بإذن أهلهن:

قال تعالى: ﴿... فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ...﴾[3]

وجه الاستدلال في الآية أنّ الله عزّ وجل اشترط لصحة النكاح إذن ولي المرأة[4] واعتبر صحة زواج المرأة معلقا على تحقق شرط إذن الولي، وكون الولاية شرطا يؤدي إلى نفس الأثر باعتباره ركنا، وإلاّ لما كان اشتراط إذن الولي في عقد الزواج أمرا ضروريا. ولكان عقد الزواج كباقي العقود الأخرى[5] التي يمكن للمرأة توليها، ولكان التكليف في الآية الكريمة موجها إليهن[6]، وهو دليل على اعتبار الولي في عقد الزواج.

ب- أدلتهم على عدم صحة عقد الزواج بدون الولي من السنة النبوية

استدل الجمهور بأحاديث نبوية تثبت بطلان زواج المرأة بدون وليها باعتباره ركنا في عقد الزواج، ونذكر من هذه الأدلة:

---

(1) سورة البقرة، الآية 221.
(2) د/ الحصري أحمد ، المرجع السابق، ص 491.
(3) سورة النساء، الآية 25.
(4) أنظر في هذا القول محمد إدريس الشافعي، تفسير الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الخرطوم، السودان، 2004، دار التدمرية، ط 1، السعودية، 1427هـ/2006م، مج 2، ص 584. مشار إليه لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 343.
(5) جعله الأحناف من العقود المالية، سيتم التفصيل في ذلك في أدلة الأحناف تفاديا للتكرار.
(6) فصل في هذا القول، د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص342.

1- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلاّ بولي)[1]

يعتبر هذا الحديث أقوى دليل على اشتراط الولي في عقد الزواج، فلا يصح العقد بدونه. ومن ذلك لا يحق للمرأة ثيبا كانت أو بكرا من تولي إبرام عقد زواجها، أو زواج غيرها. ولأنّ الأصل في النفي يكون نفيا للصحة ويشمل البكر والثيب[2].

2- الحديث الذي يقضي بإبطال عقد الزواج

قال النبي صلى الله عليه وسلم: (أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[3].

إبطال الزواج بالثلاث تأكيدا على عدم صحة زواج المرأة من دون وليها، وهذا الحديث يضم جميع النساء وذلك من خلال صدر الحديث (أيّما امرأة)، فلم يميّز بين البكر والثيب كما ذهب إليه بعض الفقهاء ولا شريفة كانت أو دانية[4]. فالعقد الذي يبرم بهذه الكيفية يكون باطلا يستوجب فسخه.

3- الاستدلال بحديث هدم الرسول صلى الله عليه وسلم لأنواع الأنكحة في الجاهلية

عن عروة بن الزبير أنّ عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته: "أنّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم: يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها... [5].

وجه الاستدلال في هذا الحديث أنّ عائشة رضي الله عنها ذكرت أنواع الأنكحة السائدة في الجاهلية، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق، هدّم كل الأنكحة السائدة في الجاهلية إلاّ نكاح الناس اليوم.

---

(1) حديث سبق تخريجه ص 19.
(2) د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 88.
(3) أخرجه أبو داود في سننه، حديث رقم 2083، ص 361. الترمذي حديث رقم 1102،ص ص 259-260.
(4) فصل في ذلك د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، ب،ط، دار الكتاب الجامعي، د. ب. ن، 1977 م، ص ص 179-180.
(5) أخرجه البخاري في صحيحه، باب 32 لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127، ص 1016 .

أين يخطب الرجل إلى الرجل وليته، وهذا ما تعارف عليه الناس اليوم. فهو دليل على أنّ النكاح يكون من رجل إلى رجل وليس إلى المرأة نفسها. وأما النكاح الذي تبرمه المرأة بنفسها من غير وليها، هذا الذي يكون نكاح الجاهلية، وليس نكاح الإسلام[1]. لأنّه بمجيئه اشترط الولي في عقد الزواج.

ج- استدلالهم ببعض أقوال السلف عن وجوب الولي في عقد الزواج

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

1- **قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه:** "لا تنكح المرأة إلاّ بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان"[2].
2- **قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه:** "لا نكاح إلاّ بإذن ولي، فمن نكح أو أنكح بغير إذن فنكاحه باطل"[3].
3- **قول أبي هريرة رضي الله عنه قال:** " لا تنكح المرأة المرأة، فإن البغّي إنّما تنكح نفسها"[4].

هذه أدلة وردت عن الصحابة رضي الله عنهم على إجماعهم على وجوب الولي في عقد الزواج.

د- دليلهم من المعقول

1- يرى الشافعية أنّ مباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات، وأنّ النكاح له مقاصد شتى وهو رباط الأسر. وقلة تجربة المرأة فقد لا تحسن الاختيار لعدم معرفتها الجّيدة لأحوال الرجال، "ولاسيما أنّها تخضع لحكم العاطفة التي تفوت عليها جملة المصلحة، فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل"، قال الجمهور بمنعها من مباشرة العقد[5].

(1) حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي،المرجع السابق، ص 573.
(2) نقلا عن د/ عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ، ص 145 .
(3) نقلا عن د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع والموضع نفسهما .
(4) نقلا عن د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 350 .
(5) نضال محمد عبد المعطي أو سنينة، المرجع السابق، ص 134.

2- أنّ الحكم الشرعي بولاية الولي عن المرأة ورضائه وإذنه وإبرامه لعقد الزواج هو حكم شرعي ثابت، ومحاولة التحايل على أحكام الشرع الإسلامي اعتمادا على حرية المرأة في كل التصرفات، منها عقد الزواج هو نكاح باطل[1] باعتبار أنّ الزواج من أسمى العقود والذي أضفى عليه صفة الميثاق الغليظ.

3- أنّ الحياء المفروض في المرأة يقتضي ابتعادها عن تولي عقد الزواج لعدم تبصرها في أمور الزواج من جهة، ودخولها مع حلقة الرجال أمر فيه شبهة من جهة أخرى. لذلك حتى وإن كانت هذه المرأة بالغة عاقلة فإنّها تبقى مضنة قصور الرأي، لذلك من الواجب أن يتولى وليها إبرام عقد زواجها تحقيقا لمقاصد الشرع من ذلك[2].

ثانيا: رأي المالكية في اعتبار الولي في عقد الزواج

الولي عند المالكية شرط في صحة العقد، وليس ركنا كما اعتبره الشافعية والحنابلة، إلاّ أنّ الأثر المترتب على عدم وجود الولي في عقد الزواج، هو الأثر نفسه عند من يعتبره ركنا، فلا يصح عقد زواج المرأة بدون الولي الشرعي. بكرا كانت أو ثيبا، بل يكون للولي المجبر وهو الأب فقط[3] أن يزوج ابنته دون أخذ إذنها إذا كانت بكرا ولكن يستحب استئذانها؛ أما إذا كانت ثيبا فيجب أخذ إذنها[4].

قال ابن جزي المالكي: "بأنّ المرأة لا تعقد النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكرا كانت أو ثيبا، رشيدة أو سفيهة حرة أو آمة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع أن زوجت نفسها بغير وليها يفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولدت الأولاد ولا حدّ في الدخول للشبهة وفيه الصداق المسمى"[5].

---

(1) د/ ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص 275.
(2) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 434.
في مباشرة المرأة لعقد الزواج، ذهب الإمام الشافعي إلى مسألة مباشرة الخنثى لعقد الزواج، حيث يرى أنّ الخنثى كالمرأة تماما، فليس للخنثى مباشرة عقد زواجه أو زواج غيره، كما لا يقبل نكاح أحد، لا بولاية ولا بوكالة، وهذا ما أشار إليه ابن مسلم في كتاب الخناثي نقلا عن د/ الحصري أحمد ، المرجع السابق، ص 492.
ومسألة معاملة الخنثى حسب رأيينأنّه يعامل معاملة الأحواط، بمعنى إذا كان وسط نساء يعامل على أساس أنّه ذكر، وإذا كان وسط رجال يعامل على أساس أنّه أنثى.
(3) د/ الجزيري عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 51.
(4) ابن عبد البر، الاستذكار، ج16، ص 22-26، الكافي في أهل المدينة، ص 231؛ العبدري؛ صالح عبد السميع الثمر الداني، ص 363؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 8. د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 329 .
(5) د/ زيدان عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 444.

وجاء في مدونة الإمام مالك "وأما ما عقدته المرأة على نفسها أو على غيرها... فإنّ هذا يفسخ دخل أو لم يدخل بغير طلاق ولا ميراث فيه"[1]. وإن كان نقل عنه ثبوت التوارث بينهما.

كذلك أكد ابن البرود المالكي في قوله: "ولا تلي امرأة عقد نكاح نفسها ولا لغيرها شريفة كانت أو دنية، أذن لها في ذلك وليها أو لم يأذن، فإن عقدت نكاحا فسخ أبدا قبل الدخول وبعده"[2].

نجد عند المالكية أنّ حكم ولي المرأة في عقد الزواج يختلف باختلاف حالها من ناحية الشرف وغيره.

أ- حكم الولي في نكاح المرأة غير الشريفة

المرأة غير الشريفة أو الدنيئة يقصد بها المرأة الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب[3]. والخالية من النسب هي بنت زنا أو الشبهة أو المعتقة من الجواري.

والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والتدبير والكرم وغيرها من محاسن الأخلاق، الولاية على هذه المرأة الدنيئة عند المالكية، هي ولاية عامة، والتي تثبت بسبب واحد وهو الإسلام[4]. لذلك اشترط لصحة زواجها الولاية العامة، أن يكون الولي رجلا صالحا من المسلمين.

فالمرأة غير الشريفة إذا تزوجت من غير وليها الخاص، يكون زواجها صحيحا، شريطة أن يكون وليها الخاص هذا لا يصح له إجبارها على النكاح[5]. (أي ألا يكون ولي خاص مجبر) ثيبا كانت أو بكرا بالغا، فلا يفسخ بأي حال، سواءً طال الزمن بعد العقد أو لم يطل؛

(1) مالك بن أنس، المدونة، مج 2، ج4، ص 171، مشار إليه لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 331.
(2) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 548.
(3) د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 179.
(4) د/ الزحيلي وهبة ، المرجع السابق، ص 190.
(5) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 180.

ذلك لأّنها امرأة دنيئة[1]. فإذا زوج المرأة الدنيئة التي لا حال لها غير وليها بإذنها، هنا لا يكون للولي خيار الفسخ أو الإقرار لأّن نكاحها صحيح[2].

ب- حكم الولي في نكاح المرأة الشريفة

المرأة العفيفة هي التي لا ترضى الدناءات؛ وهي شريفة. وفقهاء المالكية بّين الصفات التي تتحلى بها هذه المرأة؛ فلو اجتمعت في هذه المرأة صفتي الجمال والغنى؛ فهي ليست دنيئة، وإن لم تكن لها صفة الحسب والنسب، حتى وإن كانت لدى هذه المرأة صفة واحدة من الصفات الأربع (الجمال، الغنى، الحسب، النسب) فإّنها تعتبر شريفة عندهم[3].

فيصح الزواج بالولاية العامة بدون ولي مجبر، في المرأة الدنيئة، كما يصح زواج امرأة شريفة بالولاية العامة بدون ولي خاص مجبر، وإنما يصح بغير مجبر، ومعنى ذلك إذا زوج المرأة غير وليها بإذنها، أو أذنت لشخص من المسلمين؛ وكانت هي شريفة فإّن لوليها الخاص المجبر الخيار بين فسخ نكاحها أو إقراره[4].

رأي الإمام مالك وأتباعه في مسألة اعتبار الولي في عقد الزواج يتفق مع الجمهور القائلين بعدم صحة تولي المرأة لعقد زواجها، باعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، فعده شرطا لصحة العقد، وهو الرأي الراجح مقارنة مع الرواية التي نقلت عنه وسبق الحديث عنها وهي صحة زواج المرأة الدنيئة والشريفة بولي عام من غير إذن وليها الخاص. كما ما ذهب إليه ابن رشد الحفيد في مفهوم قوله أّن مالك ذهب إلى أّنه لا يكون النكاح بدون ولي، لأّنه شرط صحة. فاعتبار الولي ركنا في عقد الزواج أو شرطا لصحة العقد، الأثر نفسه يترتب في حالة تخلفه في عقد الزواج وهو بطلان عقد الزواج وعدم صحته.

---

(1) المالكية يمثلون المرأة الدنيئة بالسواد، وهذا لا يعني أنّ كل مرأة سوداء غير شريفة، بل كانوا يقصدون قوما من القبط كانوا يأتون من مصر إلى المدينة، كما منقول عن مالك. وكذا وصفهم بها بالمعتقة والمسلمانية، للتفصيل أكثر يراجع: د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 180.

(2) عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992، ص 234.

(3) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 180.

(4) عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ص 234. وذلك إذا كان الزوج دخل بها، وطال الدخول مدة هي ثلاث سنوات، أو مدة إنجاب الأولاد، نقلا عن د/ الزحيلي وهبة ، المرجع السابق، ص 190.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة الجمهور

استدلال الجمهور بالأدلة التي تثبت اشتراط الولاية في عقد الزواج، وإلاّ بطل العقد لم يسلم من النقد من الفريق القائل بخلاف ما ذهبوا إليه، كما سوف نبّينه في موضعه. وكان لهؤلاء تفسير واستدلال آخر للآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تبطل عقد الزواج بدون الولي الشرعي، تأويلا لمذهبهم.

وفي هذا الفرع سنتعرض لبعض هذه الانتقادات، مع بيان ردّ الجمهور على كل انتقاد موجه لهم. والبدء يكون بمناقشة الأحناف للأدلة القرآنية ثم الأدلة من السنة والآثار والمعقول.

أولا: مناقشة الأحناف لأدلة الجمهور من الكتاب

أورد الأحناف على وجه الاستدلال بالآيات الكريمة لإثبات الولاية في عقد الزواج جملة من الاعتراضات، على كل آية اعتمد عليها الجمهور.

أ- مناقشة وجه الاستدلال بالآية المتضمنة العضل

ناقش الأحناف استدلال الجمهور بهذه الآية، كون أنّ النهي الوارد في الآية خطابا للأزواج بدليل قوله: ﴿**وإذا طلقتم**﴾ فالشخص الذي له سلطة الطلاق هو الزوج لا الولي.

كما قيل بأنّ الجصاص[1] شكك في سبب نزول هذه الآية، فمنهم من قال بأنّها نزلت في معقل بني يسار في أخت له، ومن قال بأنّها نزلت في حق امرأة منعها وليها من الرجوع إلى زوجها. هذا الحديث غير ثابت على المذاهب، باعتبار أنّ سنده مجهول[2].

بمعنى أنّ التسليم بثبوته لا يصح لأنّه لا دلالة على اشتراط الولي في عقد الزواج.

(1) الملاحظ أنّ الأحناف استدلوا بالآية ذاتها التي استدل بها الجمهور. وفيها قال أبو بكر الجصاص دلت على وجهين سيتم الإشارة إليهما في رأي الأحناف وأدلتهم.
(2) نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص 128.

تّم الرّد على مناقشتهم بأنّ الكثير من المفسرين قالوا "أنّ الخطاب موجه للأولياء الذين يعضلون من تحت ولايتهم عن التزويج بأزواجهن الذين طلقوهن مرة أو مرتين، ولقد نزلت في معقل بن يسار حيث كانت أخته زوجة لأبي البداح"[1]. وأن الحديث رواه البخاري مرتين.

ب- مناقشة وجه الاستدلال بالآية التي تحرم إنكاح المشركين

1- نقد الأحناف

ردّ الأحناف على هذا الاستدلال، أنّ الخطاب موجه للرجال دون النساء. وابن رشد في كتابه المجتهد أطال الرّد على الجمهور مانعا صحة الاستدلال به على اشتراط الولاية في الزواج، وقال بأنّ الخطاب الموجه كان لأولي الأمر من المسلمين، وليس للأولياء و لذكر إذنه في الآية، أو أصناف الأولياء ومراتبهم وصفاتهم[2]، وذلك كله منعدم في الآية.

والتسليم بأنّه خطاب للأولياء لا يدل على أنّ الولي شرط في صحة العقد، بل يكون ذلك وفق العرف والعادة بين الناس[3] حتى لا تنسب بالوقاحة.

2- ردّ الجمهور

ردّ الجمهور على مناقشة الأحناف باستدلالهم للآية كان أقوى من ردّ الأحناف، ذلك أنّ الخطاب الموجه في الآية يكون للأولياء أولى من أولي الأمر وذلك من خلال: " أنّ ولي الأمر من جملة الأولياء لأنّ السلطان ولي من لا ولي له فلا وجه لتخصيصه، كذلك أنّ الضرر بزواج غير الأكفاء إنّما يتعدى بالعار والفضيحة الشنعاء للأولياء لا ولي الأمر منهم فهم أحق بخطاب الإرشاد منه"[4].

---

(1) حتى قال الرسول صلى الله عليه وسلم إن كنت فعلا مؤمنا فلا تمنع أختك من الزواج من أبي البداح (في مفهوم الحديث) نقلا عن د/ ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص 277.

(2) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 81. مشار إليه لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 358، وفصل كثيرا في قول ابن رشد.

(3) محسن بن أحمد بن حميد القثامي، فقه الإمام البخاري في النكاح من جامع الصحيح مقارنا بالمذاهب الأربعة (رسالة ماجستير، تخصص الفقه)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1417هـ/1996م، ص 301.

(4) القرافي، الفروق وبهامشه إدرار الشروق لعلي بن الحسين المالكي، ج3، ص 249، د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 359.

ج- مناقشة وجه الاستدلال بالآية التي تشترط إذن الأهل في إنكاح النساء

1- نقد الأحناف

ناقش الأحناف استدلال الجمهور بهذه الآية، كان حجة عليهم، أي هو دليل على أنّ مباشرة العقد من حق المرأة، كون أنّ المشترط في الآية هو الإذن وليس عقد الولي الشرعي.

2- ردّ الجمهور

ردّ الجمهور على مناقشة الأحناف بأنّ إذن الولي في عقد الزواج هو محل اعتبار، ذلك لأنّ الإذن المعتبر في الآية الكريمة هو إذن الولي، وإلاّ لما أمر الله سبحانه وتعالى إنكاحهن بإذن أهلهن.

ويؤيد هذا الدفاع ما قاله ابن تيمية عندما سئل عن صحة العقد بامرأة دون إذن وليها وكان ولدها، فأجاب بعدم صحة العقد، كون أنّ الولد هو من يزوجها ، وحكم على نكاح المرأة بالبطلان[1].

ثانيا: مناقشة الأحناف لأدلة الجمهور من السنة: مناقشة الأحناف للأحاديث التي اعتمد عليها الجمهور جاء كما يلي:

أ- مناقشة الأحناف لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلاّ بولي"[2].

1- نقد الأحناف: انتقاد الأحناف لهذا الحديث كان من عدة أوجه:

- كون أنّ الحديث ضعيف، لذلك لم يخرج في الصحيحين[3]. وذلك أنّ سند هذا الحديث مضطرب، باعتبار أنّه روي موصولا ومنقطعا مرسلا[4].

---

(1) تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ص 108.
والإطلاع أكثر حول وقائع هذه القضية المعروضة عليه، يراجع هذا الكتاب.
(2) سبق تخريج الحديث، ص 11.
(3) عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة، الأنكحة الفاسدة (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، المكتبة الدولية، الرياض السعودية، 1403هـ-1983م، ص 53.
(4) الحديث الموصول أو المتصل هو ما اتصل إسناده إلى منتهاه بسماع كل واحد ممن فوقه.
والحديث المنقطع هو ما سقط من رواته راو واحد قبل الصحابي في الموضع الواحد ولو كانت المواضيع متعددة.
أما الحديث المرسل فهو ما سقط منه الصحابي، وهو عند الإمام الشافعي حديث ضعيف لا يحتج به ما عد مراسيل سعيد بن المسيّب فتش عنها فوجد أنّ الصحابي الذي أسقطه سعيد بن المسيب قد رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم.
أما عند مالك، وأبي حنيفة فيحتج بالمرسل. نقلا عن د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 195 و196.

- قالوا بأخذ بموجب هذا الحديث، فلو صح فعلا صح عقد المرأة لنفسها، لأنّ المرأة ولية نفسها، فإذا زوجت نفسها كان نكاحها بولي، لأنّها هي ولية أيضا[1].
- واستدلوا على ضعف هذا الحديث كون أنّ عائشة رضي الله عنها، عملت بخلاف هذا الحديث عندما زوجت بنت أخيها، ولم يبطل أخوها هذا الزواج رغم غضبه الشديد عليها[2].

ب- ردّ الجمهور

أجاب الجمهور على هذا النقد، بالتأكيد على صحة الحديث، فقد صححه جماعة من الأئمة. وأما قولهم بأنّ المرأة ولية نفسها فإنّ قوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلاّ بولي" يقتضي أن لفظ الولي رجلا لا امرأة، ولو كان المراد به امرأة لقال لا نكاح إلاّ بولية.[3] كما ردّ الجمهور على نقدهم لهذا الحديث، وهم يستدلون بحديث يماثله في اشتراط الشهادة في الزواج[4]. والذي ينبغي في الوقت ذاته وجود الزواج بدون ولي، وهذا تعارض في أقوال الأحناف. فلا يجب عليه الاحتجاج بجزء من الحديث وإنكار الجزء الآخر.

ب- مناقشة الأحناف لحديث "أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها"

1- نقد الأحناف

اعتبر الأحناف أنّ هذا الحديث غير ثابت، وأنّه محمول على إذن الآمة التي لا تزوج إلاّ بإذن سيدها. وتخصيص الحديث بالإذن هنا هو أنّه لا يستطيع مباشرة العقد بنفسه، فله أن يوكل غيره في الزواج. وليس باعتباره شرط في عقد الزواج[5].

وبذلك لا يعتبر هذا الحديث حجة في زواج المرأة، خاصة وأنّ عائشة رضي الله عنها فعلت عكس ما جاء في هذا الحديث، عندما زوجت ابنة أخيها ولم يبطل عقدها.

---

(1) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص 194.
(2) د/ نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الشروق، مصر، 1422هـ، 2002م، ص 33.
(3) د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 194.
وسبق بيان الشروط الواجب توافرها في الولي منها شرط الذكورة، وإن كان شرطا مختلفا فيه.
(4) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص 196، مشار إليه بالتفصيل لدى د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 367، خاصة ما ذهب إليه في الهامش الرابع بشأن المناظرة البديعة كما سماها التي كانت بين الشافعي وأحد الأحناف.
(5) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 585.

2- ردّ الجمهور على نقد الأحناف

أجاب الجمهور بأنّ هذا الحديث صحيح روي عن طريق أبو موسى الأشعري ورواه الخمسة وسئل أحمد بن حنبل عنه فقال انّه حديث صحيح[1]. وأما تخصيصهم بالآمة فإنّ لفظ المرأة جاء عاما يشمل جميع نساء المسلمين. وبذلك يكون عقد زواجهن بغير إذن الولي الشرعي باطل.

ج- مناقشة الأحناف لاستدلال الجمهور بحديث هدم الأنكحة المعروفة في الجاهلية

1- نقد الأحناف

انتقد الأحناف هذا الحديث كونه لا يشترط ظاهره وجوب الولي في عقد الزواج. فهو أشار إلى أنواع الأنكحة.

كما أنّ عائشة رضي الله عنها هي التي رواته وهي خالفت مضمونه، وترى بجواز عقد الزواج بعبارة المرأة دون وليها[2].

2- ردّ الجمهور على هذا النقد

اعتبارهم بأنّ الحديث ذكر أنواع الأنكحة، ولم يشترط الولاية في الزواج هو أنّ الزواج بدون ولي هو أحد الأنكحة الفاسدة. وإبقاء الإسلام نكاح اليوم. هو دليل على وجوب الولي في عقد الزواج والنصوص والأحاديث أكدت ذلك. وأما قولهم بمخالفة عائشة رضي الله عنها سبق الردّ عليهم.

هـ- مناقشة الأحناف للاستدلال بأقوال السلف

1- نقد الأحناف[3]: لم يقف انتقاد الأحناف لأدلة الجمهور من الكتاب والسنة فقط، بل امتد انتقادهم حتى للآثار المروية عن بعض الصحابة وذلك من خلال:

---

(1) د/ نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 34.
(2) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 573.
وقد بينا تفاصيل في هذه القضية ولا داعي لتكرارها.
(3) حافظ محمد أنور، المرجع والموضع نفسهما.

- نفس الانتقاد الذي وجه لحديث عائشة رضي الله عنها، تّم توجيهه لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه الذي خالف مضمون الحديث عندما أقّر زواج المرأة لابنتها.
- قول أبي هريرة رضي الله عنه، بعدم إقامة الحدّ على المرأة التي تزوج نفسها. وانساب الأولاد إلى زوجها إذا كان لها أولاد.

2- ردّ الجمهور على الأحناف

واجه الجمهور قول الأحناف في ذلك بأّنه لم يعرف أحد من الصحابة فعل عكس ما جاءت به الآيات والأحاديث النبوية الشريفة. وبأّن كل الأحاديث كانت صحيحة وحجة لجمهور الفقهاء القائلين بعدم صحة زواج المرأة بغير وليها، لا حجة عليهم. ورد على نقدهم لحديث أبي هريرة رضي الله عنه نظرا لاستقباح الفعل وخطورته وتحريما له شبهها بذلك[1].

ثالثا: مناقشة التمييز بين المرأة الدنيئة والشريفة

نقل ابن القرطبي عن ابن عبد البر قوله: "وأما تفريق مالك بين المسكينة والتي لها قدر، فغير جائز، لأّن النبي صلى الله عليه وسلم قد بّين أحكامهم فقال "**المسلمون تتكافؤ دماؤهم وإذا كانوا في الدماء سواء فهم في غير ذلك شيء واحد**"[2].

وأضاف ابن حزم بأّن لا فرق بينهما. والدناءة لا تكون في الفقر فالأنبياء عليهم السلام كان منهم الفقير والغني وعرفوا بأهل الشرف والرفعة، عكس ما عرف به قارون وفرعون وهمان وكانوا أغنياء[3].

فلا فرق بين ذات المكانة الدنيوية ولا الدنيئة، ولا بين السوداء والبيضاء، فكلهن تحت أحكام الشرع سواء، خاصة وأّن الشرع الإسلامي أثبت للمرأة الحرة بحق إرادة كاملة [4].

الرد على هذا النقد كان كما يلي:

(1) د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص ص 377-378.
(2) نقلا عن د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 243.
(3) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 244، د/ مليكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص 288.
(4) د/ ملكة يوسف زرار، المرجع والموضع نفسهما.

إثبات الشرع الحرية والإرادة الكاملة للمرأة الحرة كان في باقي التصرفات، والإسلام يخرج الزواج من مجال التصرفات المالية، كما ذهبوا في أقوالهم. وجعل أمر تزويج المرأة إلى وليها يكون للحفظ والرعاية والتكريم[1].

وأما تمييز المالكية بين الدنيئة والشريفة، فهي مجرد رواية نقلت عنه، إلاّ أنّ الرأي الراجح عند المالكية يتفق مع قول الجمهور، حيث اعتبر الولي شرطا لصحة عقد الزواج وسبق بيان ذلك.

المطلب الثاني

رأي الأحناف في مدى لزوم الولي في عقد الزواج وأدلتهم

مذهب الأحناف هو المذهب الثاني الذي أعطى رأيه حول مسألة صحة انعقاد الزواج بعبارة النساء دون اعتبار أوليائهن في العقد، هذه المسألة التي عدّت فرعا من المسألة السابقة التي أثبت فيها مذهب الجمهور عدم صحة عبارتهن في العقد مطلقا. أين جعل الحق المطلق للولي في عقد الزواج. على عكس الأحناف، فالأصل عندهم صحة عقد المرأة لزواجها من كفء، وبمهر مثلها، استثناءً عدم تحقق ذلك الشرط لا يصح زواجها، وحق الولي في الاعتراض على العقد، وعدم نفاذه. بذلك يكون الأحناف قّيدوا حق الولي بتحقق هذا الشرط، وهذا هو الخلاف بين المذهبين. وأضاف الأحناف بعد ذلك أنّ الولاية في زواج البالغة العاقلة هي ولاية استحباب، حتى لا تنسب المرأة للوقاحة[2].

في بداية المطلب الأول تعرضنا لدراسة أدلة الجمهور حول إثبات عدم صحة العقد دون ولي شرعي، مع بيان مناقشة الأحناف لكل دليل عندهم. ففي المطلب الثاني، وقبل بيان الأدلة التي استدل بها الأحناف ومناقشة الجمهور لكل دليل استدلوا به لتأكيد صحة أقوالهم، لابد أولا من معرفة وبيان مضمون قول الأحناف ومن تبعه حول صحة عقد الزواج دون الولي الشرعي كون عبارة النساء معتبرة عندهم. للوصول إلى ترجيح رأي من الرأيين، كون أنّ المسألة تقتضي حكماً يوافق الأحكام الشرعية.

(1) د/ ملكة يوسف زرار، المرجع نفسه، ص 289.
(2) د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الأول: مضمون قول الأحناف في مسألة الولاية في عقد الزواج

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

أولا: الولي ليس بركن ولا بشرط في عقد الزواج

ولي المرأة العاقلة البالغة عند الأحناف لا يعدّ ركنا ولا شرطا لصحة عقد نكاحها، ما يعطي لها الحق في تولي عقد زواجها دون حضور وليها؛ فغيابه لا يؤثر في صحة العقد[1] متى كان الزوج كفئا، والمهر مهر المثل، كما أنّ لها أن تزوج غيرها. فلو كان الزوج غير كفء أو تزوجت بأقل من مهر المثل، في هذه الحالة لوليها حق الاعتراض على العقد، وأكثر من ذلك من قال بعدم انعقاد العقد أصلا. حتى قالوا أنّ المطلقة ثلاثا إذا زوجت نفسها من غير كفء ودخل بها فإنّ نكاحها لا يحلها لزوجها الأول[2].

أعطى الأحناف للمرأة الحرية في تولي عقدها، وثبت للولي حق الاعتراض إذا كان في مهرها غبن فاحش أي كان أقل من مهر المثل. في حين أنّ أبو يوسف قال ليس للولي حق الاعتراض لأنّ المرأة البالغة لها الحرية في تولي عقدها ولها حق الإسقاط من قيمة المهر، فلا جدوى في الاعتراض ورفعه إلى مهر المثل من قبل الولي[3].

اختلف الفقهاء في مدة اعتراض الولي فمنهم من قال له الاعتراض حتى تلد، وألحق بعضهم الحمل الظاهر بالولادة. بمعنى إذا كانت المرأة حاملا وتزوجت بغير كفء فيكون للولي

---

(1) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 108.
(2) وجعلوا الشهادة في الزواج هي التي تؤثر في صحته في حالة غياب الشهود، نقلا عن أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 154.
(3) أبو زهرة محمد، المرجع والموضع نفسهما.

حق الاعتراض بعد الولادة. وقال أبو حنيفة من باب الاستحباب أن تفوض البالغة العاقلة أمر تزويجها للولي حتى لا تنسب للوقاحة[1].

ثانيا: بعض أقوال أئمة الأحناف في جواز زواج المرأة دون وليها

قال ابن الهمام وهو من علماء الأحناف، أنّ هناك سبع روايات حول مسألة زواج البالغة العاقلة دون إذن وليها:

أ- **روايتان عن أبي حنيفة:** حيث لا يكون الولي شرطا ولا ركنا في عقد الزواج، وبذلك يجوز للمرأة البالغة العاقلة مباشرة عقد نكاحها[2] ، ونكاح غيرها مطلقا، إلاّ أنّه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب. وفي رواية الحسن أبي حنيفة إذا عقدت المرأة مع كفء صح عقدها وإذا كان الزوج غير كفء لم يقّر بصحة العقد[3].

ب- **ثلاثة روايات عن أبي يوسف:** لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي، ثم رجع في الرواية الثانية إلى جواز العقد إذا تزوجت من كفء لا من غيره، ثم قال في الرواية الثالثة الجواز مطلقا من كفء أو من غير كفء[4].

ج- **روايتان عن محمد الحنفي:** في الرواية الأولى قال عقد المرأة البالغة العاقلة زواجها بغير وليها يكون موقوفا على إجازة الولي، إذا أجازه نفذ وإلاّ بطل.

وإذا كان الزوج كفأ وامتنع الولي فلا اعتبار للولي ويجدد القاضي العقد. وفي رواية رجوعه هو اتفاق الثلاث على الجواز مطلقا من الكفء؛ وإذا كان الزواج بغيره فيحق للولي الاعتراض[5].

(1) أبو زهرة محمد، المرجع والموضع نفسهما.
(2) شرط أن يكون زواجها من كفء: والزواج الكفء هو المساوي للزوجة في أمور اتفق العلماء على اعتبارها في الكفاءة في الزواج وهي الكفاءة في الدين والكفاءة في النسب، غير هذه الأمور اختلف الفقهاء في اعتبارها.
(3) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 154.
(4) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 550.
(5) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 155.

الفرع الثاني: أدلة الأحناف في عدم اشتراط الولي في عقد الزواج

لم يلغي الأحناف حق الولي عندما لم يشترطوه في زواج البالغة العاقلة، حيث جعلوا حق الولي مقيدا بعدم كفاءة[1] الزوج في حين أعطى الجمهور للولي الحق المطلق في تولي عقد الزواج. واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من الكتاب والسنة ومن المعقول.

أولا: أدلتهم من القرآن: استدل الأحناف بالآيات التي اعتمد عليها الجمهور منها:

أ- الدليل الأول: الآية المتضمنة نهي العضل

1- قال الله تعالى: ﴿وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

وجه الاستدلال في الآية الكريمة، وجهان كما قال أبو بكر الجصاص أنّ هذه الآية دلت على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها.

- **أولهما:** إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي.

- **ثانيهما:** نهي الولي عن العضل إذا رضي الزوجان[3]. ومفاد المنع في الآية أنّه لا حق للولي في النكاح وإذا تولت عقد نكاحها بنفسها صح ذلك.

2- مناقشة الاستدلال

إلاّ أنّ تفسير الجصاص لقوله تعالى: ﴿**فلا تعضلوهن**﴾ تّم انتقاده على أساس أنّ المراد بنكاحهن هو ما يعقده لهن أولياؤهن لا ما تعقده المرأة لنفسها[4]. فلو أجاز لها تزويج نفسها لما كان للعضل تأثير، خاصة وأنّ سبب نزول الآية أكّد أثر عضل معقل كما سبق بيانه. فكان دليل على شرط الولي في النكاح. ومنه يكون دليلا على عدم صحة ما ذهب إليه الأحناف فلا دليلا لهم.

---

(1) وسع أبو حنيفة في موضوع الكفاءة حتى قال أبو زهرة: الكفاءة عند الحنفية ستة أمور: النسب، الإسلام، والحرية، المال والديانة والحرفة، ثم قال أنّ هذه الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها. فبإعطائه الحرية للمرأة البالغة في الزواج، شدد في اشتراط ذلك الكفاءة. د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 141.

(2) سورة البقرة، الآية 232.

(3) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 108.

(4) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 157.

ب- الدليل الثاني: الاستدلال بصحة عقد المرأة فيما فعلت في نفسها بالمعروف:

1- قال سبحانه وتعالى: ﴿... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

وجه الدلالة في الآية الكريمة، الأحناف قالوا بأنّ الله سبحانه وتعالى أضاف فعل النكاح إلى النساء، وذّل على صحة عبارتهن في العقد، فذكر النساء في الآية على وجه الاستقلال دون إضافة الولي معها[2]. يكون إبرامها لعقد الزواج على نفسها بكفء وبمهر المثل معروفا منها ولا جناح على الأولياء في ذلك شيئا. أما إذا لم يكن بالمعروف وهو ظاهر من الآية للأولياء حق الاعتراض.

2- مناقشة استدلال الأحناف

انتقد الجمهور تفسير الأحناف لهذه الآية على أساس أنّ الخطاب هنا موجه للأولياء فلا ينفردن بعقد زواجهن دون الولي، وأما حق النساء فيما فعلن في أنفسهن ليس المراد منه إذا انقضت عدة المتوفى عنها زوجها، لها أن تفعل ما تشاء من عقد النكاح؛ فبعد بلوغ أجل المتوفى عنها أي زوجها أي بعد انقضاء عدة الوفاة؛ لها أن تتزّين وتتعطر وتخرج من فترة الحداد[3]. فهذه الآية بّينت حكم وجوب الحداد للمتوفى عنها زوجها، لا ما فسره الأحناف.

ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية الشريفة

استدل الأحناف بجملة من الأحاديث النبوية؛ مقابل كل حديث استدل به الجمهور في ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، والتي تعكس ما ذهبوا إليه من جملة هذه الأحاديث نذكر البعض منها:

---

(1) سورة البقرة، الآية 234.

(2) محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد على سلطان العلماء، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1412هـ، 1991م، ص 27.

(3) وفي هذا قال ابن العباس: "إذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها فإذا انقضت عدتها فلا جناح عليها أن تتزيّن وتتعرض للتزويج فذلك المعروف" نقلا عن كتاب حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 577.

أ- الاستدلال بحديث "الأيِّم أحق بنفسها من وليها..."

1- عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الأيِّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها".[1]

وجه الاستدلال في هذا الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أثبت للولي حقه في تزويج الأيِّم بكرا كانت أو ثيبا؛ كما جعل لها الحق في الزواج لنفسها من وليها. وذلك من خلال قوله "أحق"[2]، إلاّ أنّ حق المرأة في الحديث مقدم على حق الولي، وبما أنّ حقها ثابت فإن عقد كلا منهما يصح. فهو دليل على أنّ المرأة إذا بلغت عن عقل وحرية صارت ولية على نفسها في تولي عقد نكاحها [3] دون إذن وليها.

2- مناقشة الجمهور لاستدلال الأحناف بهذا الحديث

نوقش الاستدلال بهذا الحديث على عدم وجود ما يدل على استقلالية المرأة بالنكاح. من خلال كلمة "أحق" بل دّل ذلك على أنّ للولي الحق في مباشرة العقد وحق المرأة معه في اختيار الزوج، فليس للمرأة أن تولي عقد نكاحها من غير وليها، الذي لا يزوجها إلاّ بإذنها[4]. ودّل من خلال كلمة "أحق" وهو من أسماء التفضيل تدل على أن اثنين اشتركا في شيء وزاد أحدهم على الآخر.

المجمع عند العلماء معنى "أحق" في الأحاديث أنّ وليها لا يجبرها في اختيار زوجها والرضا بالمهر الذي يجب دفعه لها، بل هي التي تختص بهما، فهي أحق بنفسها منه، فإذا ما أريد عقد الزواج فإنّها لا تصلح لهذا بل الولي الذي يعقد"[5]. بدليل الأدلة التي صرح بها الجمهور على ضرورة الولي في عقد الزواج.

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

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1108، ص 407، وفي رواية أخرى: "ليس للولي مع الثيب أمر". الأيم هي المرأة التي لا زوج لها. وصماتها بمعنى سكوتها، مع الثيب أمر". للدلالة على رضاها بالزوج، فحيائها يمنعها من التصريح عن رغبتها. د/ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 135.

(2) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 168.

(3) محسن بن أحمد بن حميد القثامي، المرجع السابق، ص 579.

(4) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 579.

(5) د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروطه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 211.

الأوّل: أي المراد بالأيّم هي الثيب بدليل الحديث الذي جاء في رواية أخرى، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الثيب أحق بنفسها من وليها**".[1]

الثاني: لو كانت الأيّم تشمل البكر والثيب، فبماذا تفسروا تكملة الحديث "**والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها**". وبذلك يكون حكم الثيب داخل في حكم البكر التي تستأذن[2] وظاهر الحديث ميّز بينهما.

ب- الاستدلال بحديث المرأة التي زوجها أبوها وهي كارهة

روى عبد الله بن بريدة[3]، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "**جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إنّ أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال، فجعل الأمر إليها، فقالت قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أنّ ليس إلى الآباء من الأمر شيء**"[4].

وجه الاستدلال في الحديث أنّ إقرار النبي صلى الله عليه وسلم قول الفتاة التي جاءت إليه تشكو إكراهها بالزواج من ابن عمها دون رضاها دليل على نفي حق الولي في تزويجها، وهو دليل على أنّ أمر النكاح يكون من حقها هي لا حق وليها وذلك من خلال قولها: "ولكن أردت أن تعلم النساء أنّ ليس إلى الآباء من الأمر شيء"، وقالوا بأنّ عموم الحديث يدل على أنّ مباشرة عقد النكاح ليس حقا ثابتا للآباء من خلال قوله: "فجعل الأمر إليها"[5] لا إلى أبها الذي زوجها من ابن أخيه، دون إذنها.

2- مناقشة الجمهور استدلال الأحناف بهذا الحديث

ردّ الجمهور على استدلال الأحناف بهذا الحديث من عدة أوجه:

---

(1) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 580.
(2) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، 580 .
لو كان تفسير الحديث كما ذهب إليه الأحناف يكون بهذا المعنى فيه ما يخالف استحبابهم من وجود الولي ولكان هناك تناقض في مذهبهم. فالصحيح أن الولي شرط في صحة النكاح. د/ أبو مالك كمال بن السيد سالم، فقه السنة أدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج3، ب.ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2002، ص 138.
(3) هو عبد الله بن بريدة الحصيب، الأسلمي، أبو سهل المروزي، قاضيها، مات سنة 500، أبوه صاحبي جليل أسلم قبل بدر. نقلا عن د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 177.
(4) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب من زوج ابنته وهي كارهة، ص 326، حديث رقم 1874، إسناده صحيح كما قال محققه في الزوائد (زوائد ابن ماجة البصيري).
(5) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 179.

أولاً أنّ هذا الحديث مرسل، فعبد الله بن بريدة لم يسمعه من عائشة رضي الله عنها. وإنما سمعه من أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالته، كما أنّ رواية هذا الحديث جاء بعدة طرق[1] وقال الدارقطني أنها كلها "أحاديث مراسيل"[2].

ولكن بعد التسليم بحجة الحديث المرسل عندهم، وورد في سنن ابن ماجه والنسائي بسند موصول، يحمل الحديث على الاتصال. وردّ عليهم بوجود حديث يؤيد صحة ما جاء في الحديث وهو ما روي عن خنساء بنت خدام الأنصاري.

ثانياً وردّ عليهم أنه حتى ولو سلم بصحة الحديث، أنه محمول على أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أعطى لها الخيار، كون أباها زوجها من غير كفء لقولها: "ليرفع بي خسيسته"[3].

ثالثا: أدلتهم من بعض الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم

استدل الأحناف في كتبهم على عدم اشتراط الولي في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بعدّة آثار وردت عن الصحابة رضي الله عنهم، ومن بينها:

أ- استدلال الأحناف بما ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه

ذكر السرخسي معنى هذا الأثر في كتابه (المبسوط) بقوله: "بلغنا عن علّي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أنّ امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علّي -رضي الله عنه- فأجاز النكاح. وفي هذا الدليل على أنّ المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح"[4].

انتقد هذا الدليل بحجة اختلاف إسناده ومتنه لكثرة طرق روايته بما يخالف ما ثبت عن الصحابة.

---

(1) في سنن النسائي جاء بلفظ "ولكن أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيء". وفي المتن في فتح القديم جاء: "...وإنّما أردت أن أعلم النساء أنّ ليس إلى الآباء من الأمر شيء"، نقلا عن د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 179.
(2) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 180.
(3) للتفصيل أكثر يراجع د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 303.
(4) د/ شيهاني سمير، المرجع نفسه، ص 289.

فقال البيهقي: "وقد روى عن أبي قيس الأودي[1] عن علي رضي الله عنه أنّه أجاز نكاح امرأة زوجتها أمها برضى منها"[2].

واختلفوا في اسم هذه المرأة منهم من قال اسمها "سلمة" زوجتها أمها وأهلها. ومن قال اسمها "بحرّية بنت هانئ بنت قبيصة" أنّها زوجت نفسها بالقعقاع بن شور[3].

وقد نفى ابن التركماني عدم عدالة أبي قيس الأودي[4]. وقال أحمد بن حنبل جعل الأمر للمرأة المكرهة لأنّ أباها كان نصرانيا[5] والإسلام شرطا من الشروط المتفق عليها في ولاية الزواج كما سبق بيانه.

ب- استدلال الأحناف بالأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها

احتج الأحناف بما روي عن عائشة رضي الله عنها: "أنّها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن كان بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به ؟ ويفتات عليه ؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: فإنّ ذلك بيد عبد الرحمن، قال عبد الرحمن: ما كنت لأُرَدّ أمَرا قضيته، فقرت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقا"[6].

في هذا الحديث دليل على صحة تولي المرأة لعقد زواج غيرها وأولى زواج نفسها، خاصة وأنّ عبد الرحمن أقّر زواجها ولم يرّده. وبهذا الدليل ناقش الأحناف أدلة الجمهور عندما استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها ببطلان العقد بدون ولي، وكان ردّ الجمهور على الأحناف قويا[7].

---

(1) هو عبد الرحمان بن ثروان أبو قيس الأودي، الكوفي، د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 211.
(2) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 212
(3) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع والموضع نفسهما.
(4) فصل في ذلك د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 306.
(5) محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، ، ج 2، ط1، رمادي للنشر، الدّمام، السعودية، 1418 هـ، 1997م، ص 784. د/ شيهاني سمير، المرجع والسابق ص 306.
(6) نقلا عن د/ شيهاني سمير، المرجع نفسه، ص 288.
(7) بصحة الحديث ومخالفة الصحابة لما ذهب إليها الأحناف، قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى دّل على أنّ الصحابة لم يعرفوا خلافا أنّ النساء يزوجهن الرجال، ولا يعرف امرأة تزوج نفسها وهذا ما يفرق بين النكاح ومتخذات أخدان، نقلا عن سعيد عبد العظيم، الزواج العرفي، ط 3، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 47. وفصلنا في ردّ الجمهور على الأحناف في مناقشتهم لأدلتهم سابقا.

فكون أنّ المنذر ردّ الأمر إلى وليها الشرعي وهو عبد الرحمن فأمضاه، وهو دليل على أنّ الزواج يكون بإذن الولي. كما أنّه ليس بصريح أنّ عائشة هي التي تولت التزويج فقد تكون وكلت رجلا مكانها لإتمام العقد[1].

ويؤيد هذا المعنى ما رواه عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه[2] أنّ عائشة رضي الله عنها أكدت في مذهبها على عدم صحة الزواج بدون ولي وأنّ المرأة لا تلي عقد النكاح.

رابعا: دليل الأحناف من المعقول: احتج الأحناف بصحة تولي المرأة لعقد زواجها:

أ- كون المرأة عاقلة بالغة حرة إذا تولت عقد زواجها من دون حضور ولا إذن وليها، تكون قد تصرفت في خالص حقها؛ فهي أهلا لجميع التصرفات لكمال أهليتها، ذلك لأنّ الولاية تكون للحاجة إليها بسبب عجز العقل عن إدراك الأمور[3].

انتقد هذا الدليل باعتباره حقا خالصا للمرأة فيه إنكار وتهميش للولي في عقد الزواج، خاصة وأنّه حق مشترك بينهما، فالولي يتولى العقد مع إشراك المرأة بإذنها في اختيار زوجها، لتعلقه بشرف وكرامة المرأة والأسرة.

أما كونها أهلا للتصرف فلا يجوز لها التصرف في عقد الزواج لاختلافه عن باقي التصرفات، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى شقاق واختلاف في الأسرة[4].

ب- كون المرأة عاقلة مميزة لها كامل التصرف في عقود البيع والشراء قياسا على ذلك يكون لها كامل الحرية في زواجها، لتصرفها في مالها، خاصة وأنّ نفسها أقرب إليها من مالها[5]. قياسا على الرجل، الذي يملك حرية التصرف في ماله كذلك المرأة تثبت لها هذه الحرية.

---

(1) العداوي مصطفى ، المرجع السابق، ص 332.
(2) قد فصل فيما رواه د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 217.
(3) د/ ملكة يوسف زرار، المرجع السابق، ص 277.
(4) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 583.
(5) محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء، المرجع السابق، ص 31.
كما قالوا أنّ لا حجر على المرأة العاقلة البالغة، وأنّ قواعد الدين تقضي بإطلاق الحرية لكل عاقل راشد من ذكر وأنثى في تصرفه، وجعل أمر زواج المرأة في يد وليها هو الحكم بالحجر عليها، وهو ما أشار إليه بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 137.

انتقد هذا الدليل على أساس عدم جواز قياس عقد الزواج على العقود المالية. صحيح أنّ عقد الزواج من العقود الرضائية إلاّ أنّه أسمى منها، فهو ميثاق غليظ. وأنّ الأضرار الناتجة عن العقود الأخرى يمكن تداركها بسهولة على خلاف الواقعة على النفس والتي تمس حتى أولياء المرأة، فمن مصلحتها جعل عقد نكاحها إلى وليها[1].

وقال الجمهور لا يصح الاستدلال بهذا الرأي في مقابلة ما ثبت في القرآن والسنة[2] مؤكدا عدم صحة زواج المرأة بدون وليها ولا اجتهاد في مورد النص.

ج- كون أنّ المهر حق للمرأة لها أن تتصرف فيه بكل حريتها، فلها أن تسقطه أو تقبضه، فهو حقا خالصا لها، وليس لوليها الاعتراض كما ذهب إليه أبي يوسف في روايته[3] والمعروف أنّ المهر هو بدل من عقد الزواج، فلما كان لها الحق في التصرف في المهر جاز لها التصرف في العقد[4].

أجاب الجمهور على حرية المرأة في إسقاط المهر، على أنّه ينافي تماما ما ذهب إليه الأحناف عندما جعلوا للولي حق الاعتراض على الزواج إذا كان بأقل من مهر المثل. رغم أنّه حق ثابت للمرأة لا يجوز إسقاطه فلا يمكن قياس عقد الزواج على المهر[5].

الفرع الثالث: الرأي الراجح بين قول الجمهور وقول الأحناف

باعتبار أنّ مسألة صحة العقد الذي تتولاه المرأة دون وليها من عدمه كانت محل خلاف فقهي كبير، فإنّه بعد دراستنا لأدلة كل فريق من الجمهور والأحناف، ومناقشة كل فريق للأدلة التي اعتمد عليها الآخر دليلا دليلا لبيان صحة قوله، نصل إلى أهم مرحلة، وهي مرحلة الترجيح بين الرأيين، خاصة وأنّ معرفة دور الولي بين الركن والشرط في عقد الزواج هو أهم مسألة في دراستنا.

(1) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 584.
(2) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 213.
(3) د/ حافظ محمد أنور، المرجع نفسه، ص 550. كما ذهب في روايته الأخيرة، السالفة الذكر.
(4) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 214، كما أشار إليه د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 294.
(5) د/ محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، ص 250.

بما أنّ منشأ الخلاف في هذه المسألة هو ضعف أدلة الولاية في النكاح عند من لم يشترطها، وكذا تعارض تفسيرهم للآيات والأحاديث مع ما جاء في مذهبهم، حتى كانت الأدلة التي اعتمدوا عليها حجة عليهم لا حجة لهم، وبذلك يكون الرأي القائل باشتراط الولاية في النكاح (مذهب الجمهور) أرجحه دليلا، وأحظاه قبولا لقوة أدلة مذهبهم[1]. ولأنّ العمل بمذهبهم لا يتعارض ونصوص القرآن والسنة.

وأكثر من ذلك العمل بمذهب الجمهور يحافظ على كرامة المرأة، ولا ينفي حقها في الإذن بالزواج بمن ترضاه زوجا لها، وأنّ الرجال أدرى بمصالح النساء في أمور الزواج من أنفسهن لمعرفتهم ببعضهم البعض، فكون العقد في الزواج يكون للولي مع إذن المولى عليها، إنّما يتفق مع العقل والعرف الصحيح والشرع[2].

زيادة على ذلك جاءت أدلة الجمهور صحيحة وواضحة في دلالتها، فهي لا تحتمل التأويل، خلافا لأدلة الأحناف فهي غير واضحة في حكم مسألة عدم وجوب الولي في عقد الزواج، وإنّما أولوها تأويلا لتدل على مذهبهم[3].

(1) د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 248.
(2) د/ نصر فريد واصل،المرجع السابق، ص 38-39.
(3) محسن بن أحمد بن حميد القثامي، المرجع السابق، ص 305.

المبحث الثاني

مكانة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري

بعد بيان مكانة الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، وتنوع الآراء حول صحة العقد من عدمه بدون الولي الشرعي، والدلائل الشرعية التي اعتمد عليها كل من الفريقين لتأكيد صحة ما ذهب إليه، مع إبراز الانتقادات الموجهة للأدلة المعتمدة، وبيان مختلف الردود على كل انتقاد كان موجها للدليل المعتمد إما من قبل الجمهور أو من قبل الأحناف؛ وصولا إلى الرأي الراجح منهما.

نأتي إلى دراسة حقيقة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري، الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لمسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأنّ المشرع قد أحال في حالة غياب النص في تنظيم العلاقات الأسرية الرجوع إلى أحكام الشريعة حسب المادة 222 ق.أ.ج.

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

معرفة مكانة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري هو الفكرة الجوهرية التي يعالجها موضوع هذا البحث، من أجل معرفة النقاط المشتركة والمختلفة فيها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ففي هذا المبحث تناولنا ولاية الزواج طبقا لقانون الأسرة 84-11 (المطلب الأول)، ومعرفة الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون 02/05 المتعلقة بولاية التزويج (المطلب الثاني) لمعرفة أثار عقد الزواج بدون ولي في قانون الأسرة ومدى تطابقها مع ما جاء في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حقيقة الولي في عقد الزواج قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

بعد معرفة مرجعية قانون الأسرة الجزائري وموقفها من صحة العقد دون الولي الشرعي للمرأة الذي يعدّ درعا واقيا لها ولأسرتها، خلافا لدعاة تحرر المرأة من قيد الولي والأعراف.

هذا القانون القديم الذي كانت معظم نصوصه مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، حتى كان قريبا من مبدأ العدل والمساواة بالمفهوم الحقيقي للشرع، والذي يرفض فكرة الجور من أساسها، عن طريق العدل في الحقوق بين الجميع، بإعطاء كل ذي حق حقه. وانطلاقا من ذلك من الخطأ القول بأنّ الشريعة الإسلامية سوت بين الرجل والمرأة، وإنّما حققت العدل بينهما، كل حسب طبيعته وفطرته. ولم يقتصر الأمر على مسألة الولاية فقط؛ فجعلت القوامة في يد الرجل وكذا الطلاق، وخصّ التعدد للرجال دون النساء.

لكن يبقى قانون الأسرة كباقي القوانين العربية الأخرى، ليس كفيلا في معالجته لكل الأحوال، فأي قانون قد تعترضه نقائص وهفوات، خاصة في مسألة الولاية في عقد الزواج أين اكتفى المشرع في نصوصه بوضع عموميات دون التفصيل فيها، واقتصارها على حوالي خمس مواد، رغم أهمية هذا الموضوع وتميزه عن باقي العقود الأخرى.

وتدارك هذه الفراغات التشريعية يكون بإدخال تعديلات على مواد قانون الأسرة، و إلغاء ما يتعارض وأحكام الشريعة كليا من هذا القانون، وليس بإلغاء شرعية الولي في تزويج المولى عليها كليا من قانون الأسرة، والتأكيد على أحقية كلا الزوجين بتوليهما لعقد زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية كما تنادي به الجمعيات النسائية.

وحقيقة الولي في عقد الزواج قبل التعديل، يماثل ما ذهب إليه الجمهور خاصة في اعتباره ركنا في عقد الزواج، ورضاه معتبر إلى جانب رضا الزوجين كما جاء في المادة الرابعة قبل التعديل.

بالإضافة إلى منع الولي من العضل، أو إجبار المرأة على الارتباط بشخص لا ترضاه زوجا لها. فقد أغفل ذكر الأثر المترتب على مخالفة الولي لنص المادة 12 و13 كسقوط حقه في الولاية وانتقالها إلى الولي الأبعد.

قبل معرفة الانتقادات التي وجهت لهذا القانون، والأسباب التي دفعت إلى تعديل مواده وإلغاء البعض منها (الفرع الثاني)، يجدر بنا أولا بيان دور الولي في ظل هذا القانون (الفرع الأول).

الفرع الأول: الولي ركن في عقد الزواج

الركن في العقد هو أساس انعقاده؛ فإذا توفر صحّ العقد وإذا انعدم ترتب بطلانه. وانعقاد عقد الزواج لا يكون بتوفر ركن واحد، كون المشرع في قانون الأسرة الجزائري 84-11 وتحديدا في المادة 9 حصر أركان عقد الزواج، حيث أفّرد الزوجة والزوج بالرضا في عقدهما، ولا تباشر عقد زواجها، كون وليها الشرعي أيضا ركنا من أركان العقد[1]، إلى جانب الشاهدين والصداق.

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

(1) على خلاف ما هو عليه في قانون الأسرة المغربي أين جعل الولاية حقا للمرأة الراشدة، التي لها أن تعقد زواجها بنفسها، ولها حرية تفويض أمر زواجها لأبيها أو لأحد أقاربها كما جاء في المواد 24 و25 من قانون 02/04.
حيث كان من بين المطالب التي تنادي بها المرأة المغربية لإقرار بمبدأ المساواة بين الجنسين وكذا رفع الولاية على المرأة الراشدة، كما جاء في مجلة الفقه والقانون، د/ الحطري حكيمة ، المرأة المغربية وقانون الأسرة، 2009، ص ص 5-8، على الموقع: www.majalahnews.ma. بدون تاريخ النشر.

طبقا لهذا النص تثبت الولاية للأب في الدرجة الأولى ثم تنتقل لأقارب المرأة الأولين إذا غاب الأب، دون تحديد صفة وذاتية الأقارب الذين لهم حق تولي زواج المرأة، بعد الأب، خاصة أن ضابط الحالة المدنية يصعب عليه تحديد الأقرب إلى المرأة بعد وليها الشرعي[1].

و أكثر من ذلك لم يشر إلى الحالات التي يمكن لأقارب المرأة حلولهم محل الأب، كوفاته أو غيابه أو عجزه عن تولي تزويجها؛ فلابد من مراعاة ترتيب الأولياء في حالة اختلافهم في الدرجة والرتبة. مسألة أخرى أغفل المشرع الجزائري الإشارة إليها رغم أهمية هذه المسألة، وأكثرها حدوثا في واقع مجتمعنا، وهي حالة اتحاد أولياء المرأة في الرتبة فلمن تثبت ولاية الزواج وما المعيار المعتمد في ذلك خاصة في حالة تنازعهم واختلافهم؟.

رأي فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة[2]، كان باتفاقهم على ثبوت ولاية الزواج لكل منهم، بتوفر شروط الولي السابق ذكرها. فقط الخلاف بينهم كان في الأولى بالولاية هل الأكبر أو الأصغر؟.

فإذا اتفقوا على تقديم أحدهم فالنكاح صحيح، وإذا اعترض بعضهم وسبق أحدهم على تزويجها صح ذلك وسقط اعتراض الآخرين. هذا إذا كان النزاع بينهم، أما إذا كان محل النزاع حول اختلافهم في الخاطب المراد تزويجه بالمولى عليها، هنا ينظر إلى رضاها ولا جبر عليها كما سبق دراسة ذلك في ولاية الإجبار. وعقدهم عليها عقدين مختلفين أشارنا إلى أيّ العقدين أصح في حكم عقد وليين عقدين مختلفين.

إذا بلغ النزاع الحدّ الذي يضير بمصلحة المرأة، لها أن ترفع أمر زواجها للقاضي الذي يحق له تزويجها حال اختلاف الأولياء، **لقوله صلى الله عليه وسلم:** " **فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"[3].

في حالة غياب هؤلاء يكون القاضي ولي من لا ولي له.

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومه، الجزائر، 1996، ص 125.
(2) د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 155.
(3) حديث سبق تخريجه، ص 19.

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

ولما كان الولي ركنا في عقد الزواج، كانت له علاقة بالرضا الذي يعدّ أساس انعقاد العقد إلى جانب رضا الزوجين؛ فكان للولي دور مهم في مسألة الرضا، وذلك من خلال نص المشرع في المادة 9 على أنّ الزواج يتم برضا الزوجين، وبولي الزوجة، والمقصود برضا الزوجين هو أنّ رضا الزوج معتبر في عقد الزواج، وكذا رضا الزوجة في ارتباطها بذلك الزوج وعدم إجبارها، ليتولى وليها مع الزوج تنفيذ العقد نيابة عنها.

وهو الأمر الذي اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فقط اختلفوا في اعتبار رضا البكر البالغة، فالأحناف قالوا باعتبار رضاها فقط، ليشترط الجمهور رضاها ورضا الولي بغض النظر عن كونه أبا أو جدا، كما سبق دراسته.

فلا يحق للولي أن يستبد في ممارسة حقه بل لابد من استئذان المرأة في زواجها، وأنّ المرأة ليس لها أن تستبد بأمر زواجها، وتنفرد به، كون رضا وليها ركن في عقد الزواج، وكأنّ الولاية بينهما هي ولاية شراكة كما اعتبره الجمهور، متى تحقق هذا الرضا صح عقد زواجها[1].

وكون الرضا معتبرا في الزواج نص المشرع على ترتيب الأولياء، حيث تثبت الولاية في الزواج للأب بالدرجة الأولى، ثم تنتقل لأقارب الزوجة الأولين، إذا غاب الأب، وهو ما يفهم من خلال الربط بينهما بحرف "الفاء" وليس بحرف "أو" التي تفيد الاختيار كما جاء في التعديل الأخير، والقاضي ولي من لا ولي له في حالة غياب كل من الأب والأقارب.

كما نص على عدم جواز منع الولي زواج المولى عليها إذا تحققت المصلحة، وإلاّ فالقاضي هو من يرخص لها بالزواج إذا رأى مصلحة أو ضرورة تقضي بتزويجها.

وغالبا ما يكون سبب رفض الأولياء تزويج بناتهم هو صغرهم، رغم ثبوت ولاية تزويج الصغير والصغيرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وخضوعهم لولاية الإجبار. ما يجعل البنت

(1) د/ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 33.

تلجأ إلى أحد الأقارب ليتولى تزويجها. وذلك كأثر لعضله غير المشروع، وسبقت الإشارة في بيان الأثر المترتب عن العضل وانتقال الولاية مباشرة إلى الولي الأبعد أو انتقالها إلى القاضي وهو موقف بعض الفقهاء في مسألة.

لكن نصت المادة 12 ق.أ.ج على جواز منع الولي البكر لعدم تحقق المصلحة في زواجها، فيعدّ عضله مشروعا ولا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد. ومنع الولي من إكراه المرأة على الزواج من شخص لا تريده ذلك أن الرضا هو أساس هذا الزواج، والعقد لا يتم بدونه.

جاء نص المادة 13 ق.أ.ج قبل التعديل نصا واضحا ودقيقا في معالجة مسألة الإجبار[1] وشموله لعامة النساء، ليخص البعض منهن (القاصرة) في التعديل الجديد كون الراشدة في التعديل لا ولاية له عليها.

رغم أنّ ولاية الإجبار عند فقهاء الشريعة الإسلامية كانت لحماية حقوق العاجزين عن التصرف في أنفسهم وأموالهم، خاصة وأنّ تعريفهم لولاية الزواج تحديدا في ولاية الإجبار كانت بتنفيذ القول على الغير، الذي يقصد به القاصر والمجنون ومن في حكمه.

إلا أّنه طبقا لنص المادة 13ق.أ.ج قبل التعديل لا يجوز للأب أو غيره إجبار من في ولايته على الزواج بدون رضاها؛ فلابد في تزويج المولى عليها قاصرة أو بالغة الحصول على رضاها وموافقتها على الزواج. كما هو الأمر عند من اشترط رضا البالغة؛ فقط المشرع الجزائري لم يفصل بين البكر أو الثيب البالغة. كما أغفل معالجة أهم مسألة في ولاية الزواج، وهي زواج الصغيرة والمجنون والمجنونة ومدى ثبوت ولاية الإجبار على هؤلاء.

أما اشتراط المشرع في المادة 13 قبل وبعد التعديل عدم جواز تزويج القاصر بدون موافقتها رغم أّنه في تعديل المادة 11 الفقرة الثانية بإضافة عبارة "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون" كان عليه تعديل عبارة "ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها" من المادة 13 ق.أ.ج، باعتبار القاصرة غير مكلفة[2].

(1) قاضي سعيد، المرجع السابق، ص 153.
(2) قاضي سعيد، المرجع نفسه، ص 154.

فلو كانت مكلفة لما اشترط في المادة 7 ق.أ.ج حصولها على إذن قضائي يرخص لها بالزواج، فلا إذن لها للمطالبة بموافقتها.

ما يستفاد من نص المادة 11 السالفة الذكر، هو أن ولاية الزواج جعلت للأب في الدرجة الأولى، ثم أقارب الزوجة الذكور، كون الولي ركنا في العقد؛ فلا ولاية للنساء، كما أنه لم يوضح هؤلاء الأقارب، حتى نتمكن من استقراء أيّ المذاهب أخذ بها المشرع في ترتبه للأولياء.

اعتبار الأب أولى الأولياء، يوافق رأي الحنابلة والشافعية في تقديمهم لولاية الأب على الإخوة والعمومة، رغم أنّ المذهب المالكي هو السائد، إلا أنه لم يأخذ بترتيبهم فهم يقدمون الأب فقط في ولاية الإجبار عند تميزهم بين الولي المجبر وغير المجبر. ويقدمون البنوة على الأبوة في ولاية الاختيار، والمشرع الجزائري نص على عدم إجبار المرأة على الزواج مهما كانت درجة الأولياء. كما لم يأخذ برأي الأحناف الذين يرتبون العصبة بالنسب ثم بالسبب ثم ذوي الأرحام، وقد سبق التفصيل في ترتيبهم هذا.

أما بالنسبة لأقارب الزوجة من الذكور؛ فإذا كان قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة في جعل الولاية للأب بالدرجة الأولى؛ فإنه لم يأخذ برأيهم في أقارب الزوجة. كون الابن يكون الأقرب إلى المرأة المتزوجة قبلا، وفي نص المادة الأقرب فالأقرب، وعند الشافعية الابن لا يعتبر وليا عندهم[1]. وأما ولاية الأخ التي أخذ بها الفقهاء، هي الأخرى معمول بها في القضاء الجزائري كما جاء في قرار المحكمة[2]، الذي أقر ولاية الأخ على أخته في عقد الزواج.

بشأن هذه المسألة، أوردّ الدكتور شيهاني سمير ترتيبا للأولياء قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05 / 02؛ فالأب يأتي أولا ثم يليه الابن الذي تثبت له ولاية تزويج أمه، كونه الأقرب إليها، ثم الجد الصحيح، ثم الأخ الشقيق، ثم العم الشقيق، بعده يأتي أبناؤهم، ثم ذوي الأرحام من الذكور، الجد غير الصحيح؛ فالخال، عند غياب كل هؤلاء القاضي ولي من لا ولي له[3].

(1) يراجع الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 29.
(2) للتفصيل أكثر في مضمون هذا القرار، يراجع د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 244.
(3) د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 217.

الفرع الثاني: العوامل التي أدت إلى تعديل أحكام الولاية في عقد الزواج

بعد بيان أحكام ولاية الزواج في ظل قانون 84 / 11، ومدى تمشيها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وقبل الانتقال إلى دراسة أحكام الولي في التعديل الأخير، لمعرفة حقيقة الولي ومكانته، لابد من بيان العوامل التي دفعت المشرع الجزائري إلى تعديله لأحكام قانون 84 بعد العمل به لأكثر من 20 سنة،

قانون الأسرة قبل التعديل كان تعتريه جملة من الهفوات والسلبيات، إلا أّنه بهذا التعديل لا تزال تلك النقائص قائمة والتي وصل البعض منها إلى حدّ مخالفة أحكام الفقه الإسلامي[1]. التي أكدت على ضرورة وجوب الولي في عقد الزواج، وانحيازه للمذهب الحنفي الذي يعطي للمرأة البالغة عقد زواجها، رغم أنّ اختلف الأحناف في عدّ الولي شرطا عندهم كما هو الأمر في تعديل قانون الأسرة. والمذهب المالكي كان المفروض اتباعه باعتباره الولي شرطا في عقد الزواج.

الأمر الذي دفع بظهور ردود أفعال كثيرة[2]، بمجرد صدور هذا القانون ونشره، بين مؤيد لنصوصه خاصة رافضي فكرة الولي في عقد الزواج، والداعين لإلغائه كليا من قانون الأسرة. وبين معارض له لما فيه من إنكار للحقيقة الشرعية للأب، الذي يعود له الفضل في تربية وتعليم ابنته، والمطالبة بإعادة النظر في نصوصه بما يكفل الهفوات التي كانت ولا زالت تزيد من حدّة التوتر.

لذلك فصلنا في هذا الفرع نقطتين، بيان أولا بعض الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة الجزائري قبل التعديل. ثانيا معرفة الأسباب التي دفعت المشرع إلى تعديل أحكامه بعد العمل به لمدة طويلة.

أولا: بعض الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة 11/84

من خلال الاقتراحات المقدمة خاصة من قبل الجمعيات النسوية، تعرض قانون الأسرة قبل التعديل لانتقادات عديدة منها:

(1) قاضي سعيد، المرجع نفسه ص 90.
(2) كل من لكحل فريدة، المرجع السابق، ص 18. و قاضي سعيد، المرجع السابق ص 91.

أ- أحكام قانون الأسرة لا توافق متطلبات العصر، خاصة وأنّ أحكامه المتعلقة بالمرأة فيها مساس بشخصيتها والحدّ من كرامتها وأهليتها[1]، والتي تسمح لها بممارسة حقوقها بكل حرية بما فيها أمر زواجها.

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

ج- وجه انتقاد إلى المادة 11 من قانون 84 على أساس أنّها تمس بمبدأ المساواة الذي يكرسه الدستور، فمن غير المعقول أن تكون المرأة قاضية ومحامية وذات منصب عالي في سياسة الدولة، ولا تكون بحكم هذا القانون ولية على نفسها[3].

خاصة إمكانية تولي المرأة لمنصب القضاء، ما يعطي لها الحق في كونها ولية على غيرها، فكيف لا تكون ولية على نفسها.

د- وجود تعارض في نص المادة 7 ق.أ.ج، الذي حدد سن زواج المرأة بـ 18 سنة مع المادة 40 من القانون المدني التي اعتبر فيها المشرع الأهلية الكاملة ببلوغ 19 سنة كاملة. خاصة وأنّ القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص بكل فروعه، وقانون الأسرة أحد هذه الفروع. وفعلا تّم تدارك هذا التعارض في التعديل الأخير[4] ليرفع سن الزواج للرجل والمرأة إلى 19 سنة بعد أن كان 21 سنة بالنسبة للرجل.

ثانيا: الأسباب التي دفعت المشرع إلى تعديل أحكام الولاية في الزواج

كان وراء تعديل قانون الأسرة جملة من الظروف، دفعت المشرع إلى إدراك التأخر في تعديله مقارنة مع القوانين الأخرى التي عرفت تعديلات على التوالي. ليحتج بعد ذلك بقصور قانون الأسرة عن مواجهة المشاكل التي أفرزتها تطور الأسرة الجزائرية والحاجة الملحة إلى تداركها، ما يستدعي التكفل بتعديله لما لهذه النقائص من طابع استعجالي[5].

(1) زهدود كوثر، المرجع السابق، ص 20.
(2) زهدود كوثر، المرجع والموضع نفسهما.
(3) زهدود كوثر، المرجع والموضع نفسهما.
(4) قاضي سعيد، المرجع السابق، ص 94.
(5) كما جاء في المشروع الذي قدم للتصويت على الأمر 05-02، المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة في 2005، الجريدة الرسمية للمداولات، رقم 146، ، الجزائر، ص 6.

ومن جملة الظروف أو الأسباب التي دفعت إلى تعديل أحكام الولاية في الزواج خاصة، وقانون الأسرة، عامة ما يلي:

أ- تطور المجتمع الجزائري وتوجهه نحو الانفتاحية، كان لازما تعديل قوانين الدولة تماشيا مع واقع المجتمع[1] ، حيث كان تعديل قانون الأسرة من منطلق أنّ القّيم والمبادئ الإنسانية لكل مجتمع بشري، تتجلى عبر تنظيم علاقات أحواله الشخصية التي تعكس الصورة الحقيقية لمفهوم العدل والمساواة والحرية، والتي تعد من صميم ثقافة المجتمع[2].

فكانوا يعتبرون أنّ قانون الأسرة لم يكن كفيلا لتكريس هذه المبادئ على أحسن وجه، وكان ذلك دافعا لتغيير أحكامه وإدخال تعديلات في نصوصه.

ب- باعتبار الجزائر صادقت على عدّة اتفاقيات دولية[3]. وكان من جملة المبادئ التي أكدت عليها حماية الأسرة وتكريس مبدأ الحرية للمرأة والقضاء على كل أشكال التمييز، فمن غير المنطق أن تصادق الجزائر على هذه المبادئ ولا تعمل على تحقيقها بدءا من إصلاح القانون الذي يحكمها.

وكان الضغط أكثر من منظمات حقوق الإنسان على المشرع الجزائري، فقد جاء في المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي صادقت عليها الجزائر، أنّ الدول الأطراف تتخذ كل التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة بإعطائهما :

- نفس الحق في الزواج.

(1) د/ حكيمة الحطري، المرجع السابق، ص 20.
(2) وهو ما أشير في المشروع الذي قدم للتصويت، المرجع السابق، ص 6.
(3) مثل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي حثت على تقديم المساعدة للأسرة والمحافظة عليها باعتبارها وحدة أساسية في المجتمع. كما جاء في الإعلان على أنّ الأسرة هي الأساس في بناء المجتمع، والزواج أساس تكوينها، وللرجال والنساء الحق في الزواج، ومن واجب الدولة إزالة العوائق التي تحول أمامه كونها تتمتع بحماية من قبل المجتمع والدولة، كما جاء في الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 23. د/ الزحيلي محمد ، المرجع السابق، ص ص 18-19.

- نفس الحق في اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلاّ بالرضا الحر الكامل[1]. والأكثر من ذلك أنّ الدستور الجزائري يسوي بين جميع المواطنين[2].

ج-كثرة الجمعيات النسوية المتعددة الوجهات: تجمع النساء في جمعيات مختلفة كان قانون الأسرة بأحكامه محور نضالهن، فمنهن من دعى إلى تعديل القانون، ومنهن من طالب بإلغائه كليا. ولقد تمحورت مطالب النساء أساسا في إلغاء الولي في الزواج، والمساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق وإلغاء تعدد الزوجات[3].

لم تقف مطالب النساء عند إلغاء الولاية فقط؛ بل امتدت إلى اقتراح تعديل حتى لتعريف الزواج كما جاء في المادة 4 قبل التعديل إلى: "الزواج يتم برضا الزوجين وحدهما"[4]. وفعلا أدخل المشرع الرضائية في عقد الزواج بين رجل والمرأة واستغنى عن رضا ولي الزوجة ليكمل المادة بعبارة "على الوجه الشرعي"، والشرع يشترط في الزواج الشرعي الصحيح وجود الولي في عقد الزواج.

الاقتراحات المعدّة من قبل الجمعيات[5]، تقريبا مست كل أحكام قانون الأسرة الجزائري بما فيها التأكيد على رضا الزوجين فقط في عقد الزواج، وذلك بالنص عليه صراحة في المادة 9 ق.أ.ج. وتعديل المادة 11 بعقد الزوجين الراشدين لزواجهما بنفسيهما أمام ضابط الحالة المدنية أو أي سلطة مختصة، بحضور شاهدين يكونا من الذكور أو من الإناث، رغم أن شهادة الرجل لا تعادل شهادة المرأة، وفي هذا الاقتراح مطالبة التسوية بين شهادة الجنسين، وهو جوهر هذه مطالبهن.

وإلغاء المادة 13 كليا من قانون الأسرة التي تمنع الولي من إجبار المرأة على الزواج، كون الولي منع من ممارسة ولاية الزواج أصلا.

---

(1) زهدود كوثر، المرجع السابق، ص 20.
(2) في المادة 29 من دستور 1996، كما أشار إليه د/ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 249.
وفي المادة 132 من الدستور الجزائري 1996 أنّ المعاهدات تسمو على القانون، وفي حالة تعارض نص في القانون الداخلي مع نص معاهدة دولية صادقت عليها الدولة الجزائرية فإنّ نص المعاهدة هو الذي يطبق، قاضي سعيد في الهامش الأول ص 95.
(3) الجمعية الوطنية (المرأة في الاتصال): قانون الأسرة: تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، جانفي 2008، ص 12.
(4) الجمعية الوطنية (المرأة في الاتصال)، المرجع السابق، ص 14.
(5) للتفصيل أكثر في هذه الاقتراحات وغيرها، يراجع الجمعية الوطنية (المرأة في الاتصال)، المرجع السابق، ص 15.

حتى وصل الأمر إلى المطالبة بإلغاء المادة 18 أيضا والتي تستوجب توثيق عقود الزواج المبرمة، وذلك لاشتراطهن في تعديل المادة 11 عقد الزواجين الراشدين للعقد أمام ضابط الحالة المدنية وكأنّ المراد من ذلك محاولة الّمج بين المادتين.

د/ العولمة وما تلعبه من دور في فرض ثقافة واحدة، وإلزام الدول على تغيير قوانينها البدائية التي تمس حقوق الإنسان بقوانين أكثر فعالية[1]. والتركيز أكثر على حماية حقوق المرأة وتحقيق حريتها.

المطلب الثاني

الأحكام الجديدة المتعلقة بولاية التزويج في ظل تعديل 05.02

بعد فترة زمنية دامت أكثر من 20 سنة من تطبيق قانون الأسرة 11/84، هذا القانون الذي كانت أحكامه تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعد عامة وشاملة وصالحة لكل زمان ومكان، لا تتغير بتغير الأحقاب الزمنية. إلاّ أنّ قانون الأسرة لم يكرسها على الوجه المطابق لها في كثير من المواطن معطيا بذلك للمجتمع الجزائري صورة غير حقيقية عن مفهوم العدل والمساواة والحرية بين أفراد المجتمع، كما هو عليه في الشريعة الإسلامية.

ما دفع إلى إدخال تعديلات على قانون الأسرة، بهدف ملاءمة بعض أحكامه والمبادئ الأساسية في الدستور والمواثيق والعهود والاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان. والقضاء على أشكال التمييّز ضد المرأة، ومساواتها مع الرجل في الحقوق والواجبات. حتى أصبح من حقها إبرام عقد زواجها بنفسها بحضور وليها أو أي شخص آخر، واعتبار الولاية شرطا في عقد الزواج بعد أن كان هذا العقد باطلا بإخلال ركن الولي.

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

(1) زهدود كوثر، المرجع السابق، ص 21.

والملاحظ أنّ التعديلات المقترحة من قبل الجمعيات النسائية تقريبا كلها أخذت بعين الاعتبار؛ في العديد من المواطن، كتأكيد المشرع على الرضائية في تعريفه لعقد الزواج، و إفراد عنصر الرضا كركن وحيد في عقد الزواج. مع إعطاء الراشدة البالغة الحق في عقد زواجها من خلال المادة 11 المعدلة، وجعل الحضور الشرفي للولي في عقد زواج المرأة البالغة.

لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الولي كشرط في عقد الزواج (الفرع الأول)، تهميش الولي في عقد الزواج من خلال التقليص من اختصاصاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الولي شرط في عقد الزواج في ظل القانون الجديد

الشرط في العقد لا يعدّ أساسا لانعقاده، فهو يختلف عن الركن من حيث الأثر المترتب، قانون الأسرة الجزائري وفقا لتعديل 02/05، جعل الولي شرطا لصحة عقد الزواج بعدما كان ركنا في القانون القديم، أين لا يمكن للمرأة مطلقا تولي عقد زواجها أو زواج غيرها، من دون تميزه بين الراشدة والقاصرة.

إثر هذا التعديل الأخير أعطى المشرع للمرأة حق تولي عقد زواجها بنفسها مع حضور وليها، أو أي شخص آخر تختاره، فكان ذلك تقليصا لدور الولي في عقد الزواج من حيث اختصاصاته وواجباته تجاه المولى عليها. وتهميش له من جانب آخر من خلال التوسيع من دائرة الأولياء عندما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة.

في هذا الفرع نحاول بيان أهم التعديلات الجديدة لمسألة الولاية في عقد الزواج، بعدما أصبح الولي شرطا في العقد، ومعرفة مختلف الآراء لرجال الدين والقانون حول غياب الولي في عقود الزواج التي تبرم وفقا للنص الجديد وموقفهم من هذا التعديل.

أولا: التعديلات الجديدة لمسألة الولاية في عقد الزواج

بعد الانتقادات الموجهة الهادفة لتعديل أحكام قانون الأسرة الجزائري، نأتي إلى بيان المعدّل منها، لمعرفة ما إذا كان هذا التعديل قد عالج حقيقة المشاكل و النقائص التي كانت تعتريه، بعد كل تلك الانتقادات.

جعل المشرع الجزائري في التعديل الأخير، الولاية شرطا في صحة العقد من خلال إضافته للمادة 9 مكرر التي أوجب فيها توفر جملة من الشروط حددها حصرا في عقد الزواج. ليترك الحرية للمرأة البالغة لممارسة ولاية زواجها، بحضور وليها أو أحد أقاربها أو لأي شخص تختاره كما نصت عليه المادة 11 ق.أ.ج: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

من خلالها أسند المشرع أمر مباشرة الزواج إلى المرأة الراشدة، خلافا لما كان عليه في القانون القديم الذي لم يميز بين القاصرة والراشدة، وما ذهب إليه الجمهور، ليوافق ما قاله الأحناف بشأن زواج البالغة من دون وليها.

وأما توسيع المشرع لدائرة الولي فجاء مطلقا، فلم يقّيده في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربى عموما، علما أنّ الشريعة الإسلامية راعت في ذلك ترتيب العصبة ودرجة القرابة[1].

غياب الولي في عقد الزواج المنصوص عليه كشرط لصحة العقد، لا يؤدي إلى انعدام وإبطال عقد الزواج. ذلك لأنّ المادة 9 مكرر ق.أ.ج تطبق في حدود المادة 33 من نفس القانون، التي كانت تقضي ببطلان العقد. سنفصل في الأثر المترتب عن غياب الولي في الفرع الموالي.

المشرع الجزائري من خلال المادة 11 حمى المرأة بإعطائها حرية مباشرة العقد متى بلغت 19 سنة كاملة، بعد رفعه لسن الزواج لكل الطرفين. وليس لوليها سوى الحضور الشرفي للعقد الذي تتولاه المرأة من خلال عبارة تعقد الراشدة، ليلغى حتى هذا الحضور عندما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة وسوى بين الولي الخاص للمرأة، وبين من تختاره من الأجانب، دون

(1) شريقي نسرين و بوقرورة كمال، المرجع السابق، ص 14.
تعميم المشرع لأقارب المرأة في حضورهم لعقد زواج الراشدة كان مخالفا لما ذهب إليه المالكية في تحديدهم للأشخاص الذين يحق لهم تولي الولاية مع أنّ المشرع أخذ بما قاله المالكية في اعتبارهم للولي شرطا لصحة العقد.

مراعاة الترتيب بين القرابة، وأعطاهما نفس الدور والدرجة، فليس لهما سوى حضور مجلس العقد، ويخضعان لاختيار المرأة.

كما أنّ المشرع ألغى دور القاضي في ولاية تزويج البالغة في حالة عدم وجود الأولياء، أو في حالة تنازعهم في تزويجها، رغم أنّ قانون الأسر القديم أخذ بمبدأ "القاضي ولي من لا ولي له" ليكتفي بوجوده في زواج القصر، كما هو في الفقرة الثانية من المادة 11 ق.أ.ج[1].

أشار عبد العزيز سعد إلى أنّ ممارسة هذا القاضي لولاية تزويج من لا ولي له كانت ولا زالت غامضة، كما أغفل عن تحديد هذا القاضي؛ فقد يكون حسب رأيه هو القاضي المكلف لرئاسة المحكمة دون غيره من القضاة[2]. رغم أنّ المشرع حدد الولي المباشر الذي يتولى عقد زواج المرأة، مثلما أشير إلى ذلك أنيفا.

ليبقي من تطبق هذا المبدأ فقط في زواج القاصرة التي لا ولي لها، وقد تكون التي رفض وليها تزويجها بغير سبب مشروع، أو المقصودة اليتيمة التي لا يمنع أنّ تكون بالغة ولا ولي لها يتولى تزويجها.

لكن كون المشرع أعطى للراشدة حق عقد زواجها، ولم يرتب على عدم حضور الولي بطلان العقد؛ فإنّ اليتيمة الراشدة هي الأخرى يثبت لها هذا الحق. وقد كان للأهل العلم رأي سبق بيانه في زواج اليتيمة.

كذلك إذا كانت الصغيرة يتيمة لا أب لها وكانت مجنونة؛ فالقاضي هو من يتولى تزويجها بعد البلوغ لأن الفقهاء قالوا بعدم حاجتها للزواج قبل البلوغ[3].

---

(1) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 112.
المشرع في التعديل الأخير خالف الجمهور الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلاّ بولي"، كما خالف الأحناف الذين لم يعتبروه لا ركنا ولا شرطا كما سبق بيانه. فقط اشترك مع الأحناف في إمكانية تولي المرأة الراشدة عقد زواجها كما جاء في المادة 11 ق.أ.ج. ولم يتفقا على اعتراض الولي في حالة عدم الكفء، فلا يمكن أن يمنعها في أي حال من الأحوال.
(2) للتفصيل أكثر يراجع عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 127.
(3) مشار إليه لدى الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 36.

الملاحظ من خلال المادة 11 في زواج المرأة الراشدة أغفل المشرع عن ذكر شرط الكفاءة، الذي يسمح للمرأة البالغة العاقلة بتولي عقد زواجها كما هو لدى الأحناف أين منح للأب حق الاعتراض في حالة غيابه في عقد الزواج، وزاجها من غير كفء.

المشرع في التعديل الأخير، قصر في دور الولي من حيث مباشرة العقد بإعطائه مجرد حضوره لمجلس العقد، من خلال نص المادة 11 الفقرة الأولى، ولم يخصّ كل النساء بحق الولاية، فقد ميّز بين الراشدة التي لها مباشرة العقد، وبين القاصر التي يتولى الولي مباشرة العقد حسب الفقرة الثانية من نفس المادة.

ويعدّ ذلك مزيجا بين المذاهب؛ ففي الفقرة الأولى انحاز لمذهب الأحناف، ليخرج عن جميع المذاهب الأخرى من خلال الفقرة الثانية[1].

وميّز في تحديد الأولياء بتمييزه للراشدة والقاصرة؛ فقد خيّرت الراشدة بين الأولياء من خلال "أو" التي تفيد التخيير، وحددهم في الفقرة الثانية بالنسبة لزواج القاصر وربط بين الأولياء الذين لهم حق تزويجها بحرف "الواو" الذي يفيد "الربط" لا "التخيير"[2].

فلم يبق المشرع للولي الشرعي من دور حقيقي إلاّ في حالة تزويج القصر، وفيما اعتبر القرابة والترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره الذي ينبغي أن يقوم به[3].

بالنظر إلى التعديلات التي طرأت على أحكام قانون الأسرة، والتنزيل من منزلة الولي؛ فإنّ المشرع في ترتيبه للأولياء لم يكن الترتيب ذاته قبل التعديل. فإذا كان النص القديم غير دقيق وغامض؛ فإنّ أمر 05/ 02 زاد من حدّة غموضه، وكل ذلك بسبب الضغوطات التي دفعت المشرع إلى تعديل أحكام قانون الأسرة.

والملاحظ أنه حافظ على منزلة الأب في زواج الراشدة، لكن بحضوره العقد فقط، واقتصار دور الولي في تزويج القاصرة دون غيرها؛ فجعل في التعديل الجديد بعد أخذه لرأي

---

(1) ربيعي فاتح، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية (مجلة الدراسات القانونية)، العدد الخامس، دار الخلدونية، الجزائر، نوفمبر 2009، ص 73.

(2) مشار إليه لدى، د/ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 66. وأضاف القول بسهولة الاستغناء عن الولي "الأب" إلى شخص آخر، فقد يكون من الغير. وهذا الأمر يعد غريبا في مجتمعنا، لأنّه يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن، والذي أشاطره الرأي فيه خاصة وأنّ العرف مصدر من مصادر القانون الذي يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام.

(3) نقلا عن، د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 112.

الأحناف، إثبات الولاية للذكور والإناث من خلال عبارة تعقد المرأة الراشدة، وكذا أي شخص أخر التي تفيد كلا الجنسين.

أمام تلك الضغوطات والانتقادات، اكتفى المشرع الجزائري في تعديل قانون 84/ 11 بالأمر 05 / 02 بصياغة نص المادة 11 ضمن نصوص قانون الأسرة، بمزجه بين رأي الأحناف وبين مختلف أراء المذاهب الأخرى؛ فأخرج لنا بنص جديد أسهم كثيرا في تفاقم المشاكل الأسرية.

وبالنسبة للجديد الذي أتى به أمر 05/ 02 بشأن ولاية الاختيار، هو إخراجه للراشدة من هذا النوع من الولاية، وأكّد في الفقرة الثانية على عدم اجبار القاصرة على الزواج من دون رضاها. ولّى على أخذ المشرع بولاية الاختيار، ومنع ممارسة ولاية الاجبار.

خلافا للنص القديم الذي كان شاملا للقاصرة والبالغة؛ فكون أنّ المرأة الراشدة أعطى لها حق تولي عقد زواجها بنفسها، دون أنّ يكون للولي أيّ اعتبار، بعد إعطائه دور الحضور الشرفي ليشهد على عقد ابنته الراشدة التي لا حق له عليها ببلوغها، إلى جانب شهادة الشاهدين؛ فأصبح عقد زواج المرأة الراشدة يشهده ثلاثة شهود.

ويعود سبب إخراج المشرع الراشدة من ولاية الإجبار، إلى تأكيده على تبادل رضا الطرفين في عقد الزواج، وعدّه ركنا من خلال المادة 9 ق.أ.ج. ورتب بطلان العقد في حالة الإجبار التي تفيد انعدام ركن الرضا من خلال المادة 33. فلا يحق للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا أن يزوجها دون الحصول على رضاها.

بتأكيد المشرع على عدم جواز ممارسة ولاية الإجبار، مازال الآباء يعملون بمخالفة هذا النص، ويفرضون تزويج بناتهم حسب اختيارهم، تماشيا وعاداتهم السائدة.

بشأن هذه المسألة ذكر الدكتور شيهاني سمير، جملة من الإحصائيات التي أجريت في الشرق الجزائري[1]، حول نسبة إجبار النساء على الزواج، وهي نسب متفاوتة من منطقة لأخرى، ويعود السبب في ذلك إلى إغفال المشرع الجزائري عن النص صراحة على الأثر

(1) للإطلاع أكثر على هذه الإحصائيات يراجع، د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 172.

المترتب لمخالفة الولي لنص المادة 13 كجزاء له. وماذا لو وصل الأمر إلى القضاء؛ فكيف تطبق العقوبة على الولي الذي أجبر موليته على الزواج.

ومن خلال ذلك يكون المشرع قد أخذ برأي الأحناف، القائل بثبوت ولاية الاختيار للمرأة البالغة؛ فقط أغفل عن ذكره لشرط الكفاءة الذي أقّر به الأحناف كحق للولي في اعتراضه على الزواج من غير كفء، ولكن كون المشرع في التعديل الأخير، أنهى حق الولي أبا كان أو غيره من اعتراضه على الزواج، احتمال أن يكون سببا لعدم ذكره لشرط الكفاءة في نص المادة 11.

رغم أنّ قبل التعديل منع الولي من عضل غير المشروع لموليته، ولسنا ندري مقصوده من إلغاء المادة 12 إذا كان يفيد جواز العضل أو منعه إطلاقا. وسابقا عند حصول المنع؛ فالقاضي يأذن لها بالزواج كما أكدته المحكمة العليا، في قرارها القاضي برفض طعن الطاعن الذي امتنع عن تزويج ابنته الراشدة وهي المطعون ضدها[1]، وبذلك يكون المشرع لم يأخذ بأي مذهب في مسألة العضل.

ثانيا: رأي رجال الدين والقانون في مسألة غياب الولي في عقد الزواج[2]

بعدما كانت مسألة ولاية الزواج محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أصبحت اليوم محل نقاش حاد بين رجال الدين والقانون وبين مختلف الجمعيات النسوية المتعددة الوجهات. التي نادت بتعديل قانون الأسرة وكان محور مطالبهم "إلغاء الولاية في عقد الزواج"، حتى أصبح الولي من ركن إلى شرط. وأصبحت المرأة تتزوج في غياب وليها، ما دفع برجال الدين والقانون إلى معارضة هذا التعديل ورفضه تماما. وفيما يلي نورد بعض آرائهم حول هذه المسألة.

اعتبر رجال الدين غياب الولي الشرعي في عقد الزواج حسب ما جاء في التعديل الأخير، خروجا عن النص الشرعي لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا نكاح إلاّ بولي**"[3]، والذي لا يخدم مصلحة المرأة إطلاقا، خاصة أمام صعوبة الحياة التي يعيشها الإنسان اليوم. وخروج

(1) القرار رقم 51107 الصادر في 1989/1/2، المجلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 53. نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص ص 602 - 603.
(2) لكحل فريدة ، المرجع السابق، ص 18.
(3) حديث سبق تخريجه، ص 11.

قانون الأسرة عن أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا للقانون، والذي تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكامه، كما جاء في المادة الأولى منه، يعدّ تناقضا، خاصة وأنّ المجتمع الجزائري مسلم متمسك بالنصوص الشرعية وتعاليم شريعتنا السمحاء.

كما عبّر رجال القانون عن العقد الذي يتم بدون ولي المرأة بالباطل كونه بني على باطل، بعدما كان رباطا مقدسا. ويعدّ إلغاء لأبوة الوالد الحقيقي للمرأة، ووصفه بأنّه تشريع لتمرد الاجتماعي والأسري. ما ساعد على انتشار الخلع والطلاق وتزايد نسبتهما.

وأمام هذا التعديل حتى القاضي أثناء إجرائه لمحاولات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية خاصة في حالة الطلاق فإنّه يجد صعوبات في منح فرصة للزوجين لتجاوز الخلافات فيما بينهما، وإمكانية إيجاد حكمين من أهلها.

كما عبروا عن إعطاء الحرية للمرأة في اختيار ولي أمرها من غير الأصول، ويعدّ ذلك تغليب الجانب الإداري على الجانب الشرعي للجوء المباشر إلى العقد الإداري من قبل المتزوجين دون العقد الشرعي.

الفرع الثاني: تهميش الولي في عقد الزواج من خلال التقليص من اختصاصاته

إعطاء جمهور الفقهاء السلطة الواسعة للولي الشرعي في عقد الزواج، دون تخصيص له دور معيّن، كما فعل الأحناف في حصر سلطته في الاعتراض على زواج المرأة البالغة من غير كفء. وكان للمشرع الجزائري رأي آخر في هذه المسألة قبل التعديل وبعده. دراستنا في هذا الفرع تكون ببيان علاقة الولي بالرضا في عقد الزواج ومعرفة الحدود التي يجب ألا يتعداها طبقا للتعديل الأخير وما ترك له من دور حقيقي.

أولا: علاقة الولي بالرضا في عقد الزواج

بما أنّ الأسرة الخلية الأساسية لبناء المجتمع كما جاء في المادة 2 من قانون الأسرة، والتي تحظى بحماية الدولة والمجتمع، فإنّ الرضا هو الأساس لتكوين هذه الأسرة التي يكون منبعها المودة والرحمة والتعاون كما جاء في تعريف الزواج انطلاقا من أهدافه.

ونص المشرع في التعديل الأخير على الرضا كركن في عقد الزواج وأدرجه تحت عنوان أركان الزواج ليجعل باقيها شروطا، حتى أنهى دور الولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو أي شخص آخر من خلال تعديل المادة 11. وكون الزواج عقد رضائي طبقا للمادة 4 و9 ق.أ.ج، سواء بالنسبة للراشدة أو القاصرة. كذلك التي تحصلت على ترخيص قضائي من القاضي حسب المادة 7، فلا دخل للولي في مسألة الرضا إذا تحصلت على الترخيص.

أعطى المشرع حماية خاصة للمرأة الراشدة بالتعبير عن رضاها في عقد زواجها دون الحاجة إلى وليها الشرعي الذي لا يملك سوى الحضور الشرفي. لتجد نفسها في الأخير أمام جملة من المشاكل ما ينمي أكثر العداوة بينها وبين أهلها وبين أسرة زوجها، الأمر الذي يؤدي إلى تفكك الروابط الأسرية، بوصولهما إلى الطلاق ليجد القاضي نفسه أمام طلاق لم يشارك الولي الشرعي في عقد الزواج ولم يكن طرفا فيه، كون الزواج كان بتبادل رضاهما[1]. ومن الصعب إجراء محاولات الصلح الذي أوجبته المادة 49.

تغير صفة الولي في عقد الزواج من ركن إلى شرط، أدى إلى عدم تدخل الأولياء في إصلاح ما بين الزوجين، كون العقد كان بتبادل رضاهما، دون مراعاة ما قد يترتب ما بعد هذا العقد.

ثانيا: صلاحيات الولي في حدود ما ترك له المشرع في التعديل الأخير

غيّر تعديل قانون الأسرة مجرى حياة الكثير من النساء اللواتي كن يعتبرن الولاية عليهن قيّد لحريتهن ومساس لكرامتهن الشخصية، ما جعل المشرع يحصر صلاحيات الولي الشرعي في حدود معيّنة عكس ما كان عليه قبل التعديل.

اشترطت المادة 11 الفقرة الثانية الحصول على إذن قضائي طبقا للمادة 7 ق.أ.ج لزواج القصر ومنح للولي سلطة تزويج القصر أبا كان أو غيره من الأقارب الأولين، في غياب هؤلاء

(1) مسعود رزيق، انعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري (دراسة حالة بمدينة باتنة)، رسالة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009 ص 160.
الملاحظ في المادة 9 (ق.أ.ج) لم يحدد بدقة إذا كان المقصود برضا الزوجين (الزوج والزوجة) أم هو رضا الزوج وولي الزوجة، خاصة وأنّه من الناحية الواقعية العقد يكون بين الزوج وولي الزوجة.

القاضي يكون وليا لمن لا ولي له. فالملاحظ أنّ مبدأ "القاضي ولي من لا ولي له" قبل التعديل كان على المرأة بكرا كانت أو راشدة أو قاصرة، ليجعل هذا المبدأ يطبق فقط على القاصرة التي لم تبلغ 19 سنة كاملة ولم يكن لها ولي يتولى زواجها[1].

وبإنهائه لحق الولي في عضل من في ولايته من الزواج في المادة 12 بإلغائه كليا للمادة رغم أنّها تخدم مصلحة المرأة، يكون بذلك قد قضى نهائيا على "أية مادة تعالج مشكلة عضل الولي"[2].

ويبقى ذلك فراغ تشريعي في المسألة، ما يجعل العودة إلى أحكام المادة 222 ق.أ.ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تقضي بانتقال الولاية عن الأب المعضل بدون أي مبرر شرعي، وإسقاطها عنه[3]، كما سبق بيان ذلك في الأثر المترتب عن عضل الولي.

والمشرع لم يبق للولي الشرعي من الدور الحقيقي إلاّ في حالة تزويج القصر[4]، ليقّيد هذا الحق بنص المادة 13 ق.أ.ج أين لا يجوز له إجبار القاصرة على الزواج ولا أن يزوجها بدون رضاها[5].

وبذلك يكون اختصاص الولي محدود جدا، وهو في المادة 11 حضور العقد الذي تتولاه المرأة الراشدة بنفسها ولا مجال لاعتراضه ولو كان الزوج غير كفء، باعتبار أنّ المشرع كما سبق القول أغفل عن ذكر شرط الكفاءة في المادة 11 الفقرة الأولى. في الفقرة الثانية من المادة يتولى زواج القصر ولا يجوز له إجبارها أو تولي تزويجها دون إذنها، فهي قاعدة آمرة، لا يجوز مخالفتها.

(1) قاضي سعيد، المرجع السابق، ص 179.
(2) قاضي سعيد، المرجع والموضع نفسهما، وأشارنا إلى موقف قانون الأسرة في مسألة العضل في الفصل الأول.
(3) د/ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 69.
(4) د/ داودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 112.
(5) ويكون المشرع بذلك أنهى ولاية الإجبار التي يمارسها الأولياء وأخذ بنظرية عدم الإجبار. وأعطى للمرأة ولاية على نفسها، تتولى إدارة أموالها وشؤونها بنفسها من خلال المواد 11 و14 و37 ق.أ.ج فأولى لها أن يترك لها مسألة خيار الزوج، ولا مجال للإجبار. مشار إليه لدى د/ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 249.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الزواج بدون ولي في قانون الأسرة الجزائري

بعد الإطلاع على مكانة الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة 11/84 للانتهاء إلى حقيقته في الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون 11/84، كان لزاما تخصيص هذا الفرع لدراسة الآثار المترتبة على زواج المرأة دون ولي الشرعي، ومعرفة مدى صحة العقد الذي يبرم بعبارة النساء، كون دور الولي في عقد الزواج هو الأكثر الذي مسه التعديل الأخير.

وبعد معرفة آراء الفقهاء حول هذه المسألة، واختلافهم في صحة العقد من عدمه بدون الولي الشرعي، نأتي إلى معرفة أي موقف اعتمد عليه المشرع الجزائري قبل التعديل وبعده، فهل اقتصر بالأخذ بمذهب واحد والسائد في الجزائر، أم أنّه نوّع في موقفه بين موقف المذاهب الأخرى في تعديله لأحكام الولاية والآثار المترتب عليها.

دراستنا في هذا الفرع ستكون أولا ببيان أثر الزواج بدون ولي قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 ، وسبب إشارتنا إلى ولاية الزواج في هذا القانون رغم تعديله، هو لتناوله لأحكام الولاية وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية، على عكس ما هو عليه في القانون الجديد. ثانيا بيان أثر هذا الزواج بدون ولي بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05.

أولا: أثر الزواج بدون الولي قبل تعديل قانون الأسرة 11/84

رتب الجمهور القائلين بأنّ الولي ركن في عقد الزواج، عن تخلفه بطلان العقد من أساسه معتمدين في ذلك على الحديث النبوي الشريف، الذي يقضي ببطلانه بالثلاث. وغيرها من الأحاديث والآيات القرآنية، وإبطال الصحابة الكثير من العقود التي أبرمت في غياب ولي المرأة.

في حين اعتبر الإمام مالك عقد المرأة نفسها أو غيرها، بدون وليها الشرعي يفسخ قبل البناء وبعده ولو طال الزمان بينهما، وأضاف حتى ولو أجاز الأولياء ذلك، ويفسخ العقد بطلقة[1].

(1) د/ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 107.

نص قانون 11/84 في المادة 33: "إذا تّم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

ظاهر هذه المادة، أنّ المشرع أخذ بما ذهب إليه الجمهور في حالة الزواج بدون ولي وهي حالة وجوبه لتولي عقد زواج المرأة. كما أنّ المشرع مّيز بين حالتين:

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

فهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 51107 بتاريخ 1989/01/02: "من المقرر شرعا وقانونا أنّ للنكاح أربعة أركان وهي: رضا الزوجين، صداق، وشاهدين، وبالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا أّنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل العقد"[1].

أ- **بعد الدخول:** إذا حدث وأن زوجت المرأة بدون وليها، فإنّ المشرع رتب أثر على ذلك وهو إثبات العقد بعد الدخول بصداق المثل.

في هذه الفقرة لم يترتب فسخ العقد أو إبطاله، ذلك أنّ المشرع رعى المقاصد الشرعية وحالة وجود الأبناء. إلاّ أنّ إضافة المشرع عبارة إبطال العقد إذا اختل أكثر من ركن واحد ينطبق على حالة بعد الدخول أيضا، لصعوبة تثبيت العقد في هذه الحالة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا التي قضت في قرار حديث مؤرخ في 2001/01/23 ملف رقم 253366: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ

(1) نقلا عن زهدود كوثر، المرجع السابق، ص 23.

وبما أنّ قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنّهم خالفوا القانون"[1].

كما ذهبت المحكمة العليا إلى إبطال العقد لتخلف أكثر من ركن في عقد الزواج (ركني الولي والصداق)، وذلك في القرار الذي كان نصه: "... ولما كان في قضية الحال، أنّ الشاهد صرح أنّه لا يوجد ولي ولا صداق، فإنّ قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء حكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء يرفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق"[2].

لذاك يتضح أنّ الأثر المترتب عن زواج المرأة بدون وليها الشرعي قبل الدخول يفسخ العقد كونه فاسدا طبقا للمادة 32 و32 ق.أ.ج. والمشرع في هذا التعديل لم يميّز بين المرأة الراشدة أو القاصرة، فهو يطبق على جميع النساء، فقط فرق بين حالة الدخول وقبل الدخول أين رعى مصلحة وجود الأولاد[3] قبل كل شيء؛ وأثبت نسبهم في حالة الفسخ بعد الدخول طبقا للمادة 33 ق.أ.ج، كما جاء في المادة 40 ق.أ.ج. وهي نقطة إيجابية تحسب للمشرع الجزائري خاصة وأنّه حافظ على ذلك حتى في التعديل الأخير.

ثانيا: أثر الزواج بدون الولي بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05

بعد تعديل المشرع للمواد 4-9-11-13 ق.أ.ج، وإضافته المادة 9 مكرر وإلغاء المادة 12 كليا من قانون الأسرة، التي مست ولاية الزواج بوجه خاص، كان من الطبيعي تعديل المادة 33 منه حتى يغيّر في الأثر المترتب عن غياب الولي في عقد الزواج. نصت المادة 33 ق.أ.ج على: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

(1) المجلة القضائية 2002، عدد 2، ص 440، نقلا عن د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 249.
والملاحظ من هذا القرار أنّ المحكمة أخذت بما ذهب إليه الأحناف حول صحة عقد المرأة البالغة لعقد زواجها.
كما قال العربي بلحاج عن هذا القرار أنّه صائب لأنّ المشهور عند المالكية أنّ الولاية شرط صحة لعقد الزواج.
(2) القرار صادر في 1989/01/02 تحت رقم 1107، نقلا عن هجرس بولبداوي، المرجع السابق، ص 64.
(3) مشار إليه لدى هجرس بولبداوي، المرجع والموضع نفسهما، كما أشار إليه أيضا د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 127.

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

ليضيف عبارة "عند وجوبه"، حيث رتب على عدم حضور الولي عقد الزواج فسخه قبل الدخول ولا صداق فيه. ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. فهذه العبارة دلت على أنّ الأمر يتعلق فقط بتذكير وجوب الولي في زواج القاصر. وإذا كان كذلك فيمثل تناقضا مع أحكام المادة 11 التي تشترط حضور الولي في زواج الراشدة[1].

أما بالنسبة للفقرة الأولى من المادة نصت على الأثر المترتب على انعدام ركن الرضا أو في حالة وجود الرضا لكنه معيب بالإكراه كإجبار الأب المرأة على الزواج.

كذلك المادة 33 ق.أ.ج بعد التعديل لم يغفل المشرع، عن حالة وجود الأولاد في حالة الفسخ بعد الدخول، أكد في المادة 40 على إثبات النسب لهم[2]، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

(1) الجمعية الوطنية "المرأة في الاتصال"، المرجع السابق، ص 240.
(2) د/ شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 127.

- خاتمـة:

كون الولاية في الزواج شرعت لمصلحة المرأة، والتي حرص الإسلام من خلالها تحقيق مقاصد الزواج، بإسناد ممارستها إلى شخص أقدر وأدرى بأحوال الرجال، ونظرته المحكمة لأمور الزواج بالعقل لا بالعاطفة. هذا الولي الذي يحرص دائما على مصلحة موليته كونه عونا وسندا لها ولأسرتها.

كما ركز الإسلام على ضرورة إشراك المرأة في أمر زواجها بأخذ إذنها ورضاها، باعتبارها المعنية بالأمر، وأنّ استمرار حياتها الزوجية معلقة على رضاها ورغبتها في من ترضاه زوجا لها. وكلّ ذلك كان تكريما للمرأة وفرضا لاحترامها وحفاظا على كرامتها. التي كانت محرومة من كل حقوقها قبل مجيء الإسلام وتعرضها للوأد وهي حية، بسبب السلطة القاهرة والظلم الذي كان يمارس عليها.

وإلى جانب ذلك حثّ على وجوب معاملة المرأة بأفضل معاملة، وجعلت المرأة الصالحة أفضل متاع الدنيا لقوله **صلى الله عليه وسلم:** "**إنّما الدنيا متاع وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من المرأة الصالحة**"[1].

فتشريع ولاية الزواج أبدا لم يكن طمسا لشخصيتها وتعديا على حقوقها، كما كان يزعم من قبل البعض بالنظر إلى مركز المرأة وبلوغها أرقى المناصب، وقد دّلت آيات الولاية وأحاديث نبوية على مشروعيتها، كما بّين ذلك من خلال تعريف الولاية في عقد الزواج، وبيان دليل مشروعيتها.

وهو الأمر ذاته عند الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها في الولي حتى يكون أهلا لممارسة الولاية، فكون الولي مسلما فأكيد سيعمل على تحقيق مصلحة موليته والتي تعدّ مصلحة له أيضا.

وعند كلامنا عن أنواع الولاية أشارنا إلى ضرورة إشراك الولي المرأة في زواجها عن طريق أخذ إذنها دون أن تنفرد هي بعقد زواجها، أو ينفرد وليها بالعقد على موليته، حتى

(1) أخرجه ابن ماجة في سننه، الحديث رقم 1855 في باب أفضل النساء، كتاب النكاح، المرجع السابق، ص 323.

أطلق على هذا النوع ولاية الاختيار أو الشركة، في حين خص المالكية والشافعية، البكر البالغة بتولي الولي عقد زواجها دون رضاها، واختلفوا فيما بينهم في علة ثبوت ولاية الإجبار.

وحسب رأينا وتفاديا لكل المشاكل، هو ضرورة أخذ إذن المرأة في عقد زواجها، ليس فقط كونها المعنية بالأمر، وإنما تفاديا لخلق أية حالة نفور بينها وبين وليها طيلة حياتها، ما يجعل الاحترام منعدما بينها وبين زوجها. فحتى وإن لم ترض المرأة بتزويجها، وكان وليها يرى مصلحة في زواجها، حاول إقناعها وتوضيح لها الصالح من ذلك الزواج، لا بفرض كلمته عليها. فدائما بالحوار الهادئ يتوصلا إلى الحل السليم من جهة، وحتى لا تلجأ المرأة إلى ولي آخر غير وليها الشرعي من جهة أخرى، خاصة وأنّ قانون الأسرة الجزائري وسع من دائرة الأولياء، أو قد تجد المرأة نفسها أمام عقد وليين لها عقدين مختلفين.

أما مسألة حقيقة الولي في عدّه ركنا أو شرطا، وباعتبار قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، كان لابد من توضيح موقف المذاهب الفقهية الأربعة من هذه المسألة التي كانت محل خلاف بين الجمهور والأحناف، فكانت أدلة الجمهور أرجحها دليلا وقوة، على اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، من ثمة لا يصح عقد زواج المرأة بنفسها دون وليها، ولا أن تعقد لغيرها. وأكدوا على بطلان هذا العقد.

ليصرح الأحناف بصحة عقد المرأة البالغة لعقد زواجها دون وليها، ولها أن تعقد زواج غيرها، وأعطي للولي حق الاعتراض بزواجها من غير كفؤ، ليستحسن بعدها مباشرة الولي للعقد نيابة عنها حتى لا تخرج عن محاسن العادات.

ليتأثر قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل بما ذهب إليه الجمهور ويجعل من الولي ركنا في عقد الزواج ورتب على تخلفه بطلان العقد من أساسه. ليستمد العمل بذلك مدة طويلة، وأمام الانتقادات الموجهة لقانون 11/84 ينزل المشرع من منزلة الولي وجعله شرطا كما ذهب إليه المذهب المالكية، ليعطيه مجرد الحضور في الفقرة الأولى من المادة 11. وينحاز لمذهب الأحناف، ثم يخالف كل المذاهب عندما أثبت الولاية لأي شخص تختاره المرأة من العصبات أو ذوي الأرحام أو الأجانب دون تحديدهم.

ومن خلال هذه الدراسة تّم الوصول إلى النتائج الآتية:

1- ضرورة توعية النساء بمشروعية الولاية عليهن وبيان ما قد يترتب عن تهميش الولي في عقد الزواج، وزواجهن بدونه، وذلك بتنظيم محاضرات.

2- وجوب وجود حوار بين الولي ومولّيته حتى لا يكون هناك فرض للرأي، خاصة وأنّ لغة الحوار تكاد تنعدم داخل الأسرة الجزائرية، وهو الأمر الذي يخلق حرمان عاطفي وعدم الإحساس بحقيقة الأبوة.

3- إغفــال المشرع الجزائري بإعطائه الراشدة حق توليها لعقد زواجها، عن ذكر شرط الكفاءة.

4- توسيع المشرع من دائرة الأولياء، أغفل كذلك ذكر الحالات التي تستوجب حلول أقارب الزوجة محل الولي الشرعي.

5- معالجة المشرع لمسألة العضل قبل التعديل كان موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تعتبره ظلما يستوجب رفعه. وليس إلغائه كما فعل في التعديل الجديد لأّنه حتى بإلغائه لا يزال بعض الأولياء يمارسونه.

6- المشرع الجزائري رعى مصلحة الأولاد في حالة زواج المرأة بدون وليها حيث ثبت لهم نسبهم وهو جانب صائب.

ومن هذه النتائج يمكن إدراج بعض الاقتراحات:

1- ضرورة إعادة النظر في مسألة الولاية في عقد الزواج وفق ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

2- التوسيع أكثر في النصوص التي تنظم ولاية الزواج، وإعادة مركز الولي في عقد الزواج وعدم تهميشه، خاصة وأنّ الولاية شرعت لمصلحة المرأة وعدم مساواة الأشخاص الأجانب في الرتبة والدور الولي.

3- وضع نصوص أكثر وضوحا، لتسهيل فهم أيّ المذاهب اعتمد عليها، وحتى لا يكون هناك تأويل فيها، كما جاء في المادة 11، عندما نص على أقارب الزوجة دون تحديدهم. مع إدراج شرط الكفاءة الذي أغفل المشرع عن ذكره.

4- معالجة مسألة العضل من جديد بالنص على الآثار المترتبة على ممارسته لا بإلغائه من قانون الأسرة الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم

- كتب الحديث (السنة)

1- محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1417 هـ.

2- عيسى محمد بن عيسى بن سورة (جامع الصحيح)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ملتزم الطبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، بدون بلد النشر، 1398هـ-1978م.

3- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: أبو صهيب الكرمي، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 1419هـ-1998م.

4- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (كتاب النكاح)، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 1419هـ-1998م.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب الفقهية

1- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: د/ محمد بن سيدي محمد مولاي، مطبعة وزارة الأوقاف، الكويت، 1430هـ.

2- يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992.

3- حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، ط1، دار القلم العربي، حلب، سوريا، 1416هـ، 1995 م.

4- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، تحقيق: محمد صبحي حسن الحلاق، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ.
5- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الأولى، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983 م.

ب- كتب اللغة

1- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، القاهرة، 1392هـ-1972م.
2- أحمد بن فارس بن زكريا، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ-1986م.
3- محمد مرتضى الحسين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: د/ ضاحي عبد الباقي، الجزء الأربعون، الطبعة الأولى، التراث العربي، الكويت، 1422هـ-2001م.
4- إسماعيل بن عماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، المجلد الرابع، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990.

ج- كتب عامة

1- د/ مالك كمال بن السيد سالم، فقه السنة، أدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء الثالث، بدون طبعة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2002م.
2- د/ سريع محمد عبد الهادي، حكم الإسلام في زواج المتعة مع بيان حكم أنكحة التحليل، الشغار، الهبة، النكاح بدون ولي، النكاح من الزانية، الزواج العرفي، بدون طبعة، دار الذهبية، القاهرة، مصر ، بدون سنة النشر.
3- أبو محمد زهرة ، الولاية على النفس، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة النشر.

4- أبو محمد زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1391هـ-1981م.
5- أبو محمد زهرة ، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1950 م.
6- الحصري أحمد، النكاح والقضايا المتعلقة به، الطبعة الأولى، دار بن زيدون، بيروت، لبنان، 1406هـ-1969م.
7- الجزيري عبد الرحمان، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969م.
8- سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بدون بلد النشر، 2003.
9- تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.
10- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2010م.
11- العدوي مصطفى ، جامع أحكام النساء (النكاح وتوابعه)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1995م.
12- د/ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985م.
13- د/ الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1433هـ-2012م.
14- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961م.
15- د/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م.
16- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ، 1420هـ.

17- د/ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1410هـ-1990م.
18- د/ داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر، 2010.
19- د/ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993م.
20- د/ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م.
21- سعيد عبد العظيم، الزواج العرفي، الطبعة الثالثة، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2002م.
22- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر 2013 م.
23- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 1996م.
24- عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة، الأنكحة الفاسدة (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، المكتبة الدولية، الرياض، السعودية، 1403هـ-1983م.
25- د/ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997م.
26- د/ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، السعودية، 2002م.
27- د/ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، دون بلد النشر، 1977م.
28- د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، بدون طبعة، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر.
29- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام، بدون طبعة، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.

30- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003م.
31- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة النشر.
32- د/ ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1420هـ-2000م.
33- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجزء الخامس والأربعون، وكالة يوم النحر، الطبعة الأولى، الكويت، 1427هـ-2006م.
34- واصل فريد، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 1422هـ، 2002م.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

أ- الرسائل

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

ب- المذكرات

1- أسد الله محمد حنيف، فقه عثمان بن عفان رضي الله عنه في أحكام الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة الإسلامية والدراسات الإسلامية، تخصص الفقه والأصول، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1415هـ1994م.
2- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، ولاية الإجبار (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة الماجستير، تخصص أصول الفقه، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2004م.

3- أمرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م.
4- بولعواد زوبير، أركان وشروط الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، الجزائر، 2001-2004.
5- قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011.
6- محمد عمر صغير شماع، أحكام الأعمى في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1414هـ-1994م.
7- محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1412هـ، 1991 م.
8- محسن بن أحمد بن حميد القثامي، فقه الإمام البخاري في النكاح من الجامع الصحيح مقارنا بالمذاهب الأربعة، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1996م.
9- مسعود رزيق، انعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري (دراسة حالة بمدينة باتنة)، رسالة ماجستير تخصص علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.
10- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1427هـ-2006م.
11- هجرس بولبداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001/2000.

رابعا: المجلات

1- د/ الحطري حكيمة، المرأة المغربية وقانون الأسرة، 2009، على الموقع: www.majalah.new.ma.

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

3- د/ القضاة مصطفى، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 26، العدد الأول، جامعة دمشق، 2010 م.

4- ربيعي فاتح، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية، العدد الخامس، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م.

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

6- لكحل فريدة، الشارع تحت الصدمة، جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق، العدد 2992، ليوم 2010/07/12.

7- شريقي نسرين بوقرورة كمال، سلسلة مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مجلة سلسلة المباحث، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

8- د/ عبد الحكيم محسن عطروش، حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2009.

9- د/ مفتاح عبد الجليل، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بدون سنة النشر.

خامسا: النصوص القانونية

- القانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، رقم 15، الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م.

فهرس الموضوعات

الصفحة

تشكر

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة ..... أ – د

الفصل الأول: طبيعة الولاية في عقد الزواج 05

المبحث الأّول: مفهوم الولاية في عقد الزواج 07

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج والشروط الواجب توفرها في الولي 08

الفرع الأول: تعريف الولاية في عقد الزواج 08

الفرع الثاني: الولي والشروط الواجب توافرها فيه 12

المطلب الثاني: الحكمة من اشتراط الولي وواجباته في عقد الزواج 18

الفرع الأّول: الحكمة من اشتراط الولي في عقد الزواج 18

الفرع الثاني: واجبات الولي في عقد الزواج 21

المطلب الثالث: أحكام الولاية في عقد الزواج 25

الفرع الأول: حكم. غيبة الولي في عقد الزواج..... 26

الفرع الثاني: حكم عضل الولي في عقد الزواج 29

الفرع الثالث:حكم عقد وليين على امرأة واحدة عقدين مختلفين..... 32

المبحث الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج 34

المطلب الأول: ولاية الإجبار في عقد الزواج 35

الفرع الأول: تعريف ولاية الإجبار 36

الفرع الثاني: الأشخاص الذين تثبت لهم ولاية الإجبار 40

الفرع الثالث: أسس ثبوت ولاية الإجبار 43

الفرع الرابع: ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري 44

المطلب الثاني: ولاية الاختيار في عقد الزواج 45

الفرع الأول: تعريف ولاية الاختيار 46

الفرع الثاني: ثبوت ولاية الاختيار..... 49

الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط 56
المبحث الأول: مكانة الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية 58
المطلب الأول: حقيقة الولي في عقد الزواج لدى فقهاء الشريعة الإسلامية 59
الفرع الأّول: رأي الجمهور 60
الفرع الثاني: مناقشة أدلة الجمهور 68
المطلب الثاني: رأي الأحناف في مدى لزوم الولي في عقد الزواج وأدلتهم 74
الفرع الأول: مضمون قول الأحناف في مسألة الولاية في عقد الزواج 75
الفرع الثاني: أدلة الأحناف في عدم اشتراط الولي في عقد الزواج 77
الفرع الثالث: الرأي الراجح بين قول الجمهور وقول الأحناف 84
المبحث الثاني: مكانة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري 86
المطلب الأول: حقيقة الولي في عقد الزواج في ظل قانون الأسرة 11/84 87
الفرع الأول: الولي ركن في عقد الزواج 88
الفرع الثاني: العوامل التي أدت إلى تعديل أحكام الولاية في عقد الزواج 93
المطلب الثاني: الأحكام الجديدة المتعلقة بولاية التزويج في ظل تعديل 02/05 97
الفرع الأول: الولي شرط في عقد الزواج في ظل القانون الجديد 98
الفرع الثاني: تهميش الولي في عقد الزواج من خلال التقليص من اختصاصاته 104
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الزواج بدون ولي في قانون الأسرة الجزائري 107
الفرع الأول: اثر الزواج بدون ولي قبل تعديل قانون الأسرة 11/84 107
الفرع الثاني: أثر الزواج بدون الولي بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 109
خاتمة 111
قائمة المراجع 114