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

قيود سلطة الولي في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة
طالبي فاطمة

إشراف الأستاذ
أ. ظريفي الصادق

لجنة المناقشة

الأستاذ: شيهاني سمير.....رئيسًا

الأستاذ: ظريفي الصادق.....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ: غجاتي فؤاد.....مقررا

السنة الجامعية 2014- 2015

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله تعالى برحمته الواسعة وأسكنه فسيح جناته.

إلى أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي: بوعلام، علي، عبد الناصر، إبراهيم، مازيغ.

إلى أخواتي: نادية، رزيقة.

إلى زملائي وزميلاتي في الجامعة وفي العمل.

إلى كل أسرة مسلمة تتخذ من القرآن والسنة دستورا لحياتها.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وتقدير

قال الله عزوجل: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ۝٧﴾[1].

ومن هذا المنطلق فالشكر لله جل جلاله الذي أعانني على انجاز هذا العمل المتواضع، وأتقدم بالشكر إلى أستاذي الفاضل ظريفي الصادق الذي تفضل مشكورا بقبول الإشراف على هذه الرسالة.

وأشكر كل أستاذ وأستاذة علموني حرفا من صغري إلى يومنا هذا.

واشكر كل من ساعدني أيضا سواء من قريب أو بعيد.

---

(1)– سورة إبراهيم، آية رقم 07.

قائمة المختصرات

ط: طبعة.

ج: الجزء.

د.ط: دون طبعة.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

مقدمة

يعتبر الزواج أساس استمرار الحياة وبقاء السلالة البشرية على وجه الأرض. وذلك حين جعل الله عزّوجلّ الرجل مكملا للمرأة والمرأة مكملة للرجل، لقوله تعالى:﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[1].

فيتحقق السكن، والمودة والرحمة بين الرجل والمرأة بالزواج الذي هو الوسيلة المشروعة لتكثير النسل، والحفاظ على الأمة من الاندثار، كما أنها علاقة طاهرة تجمع بين رجل وامرأة بحلوها ومرها.

والزواج في الإسلام نبع يفضي بأسمى الأخلاق، ومدرسة يتعلم فيها الزوجان أصول المودة والرحمة والحب، وما ينشأ عنها من الغيرة والعزة، والوفاء، والدأب على العمل، والتغلب على المصاعب.

ومن هذا النبع تفضي الأخلاق إلى الأبناء والبنات، ثم إلى المجتمع عن طريق المصاهرات، أو عن طريق الأخوة الإيمانية، لذلك أتت الشريعة الإسلامية بتحديد أركان عقد الزواج وشروطه وأحكامه، ومن بين شروط عقد الزواج الولي الذي يعتبر شرط أساسي في عقد الزواج، كما أتى به المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر قانون الأسرة الجزائري« يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: «أهلية الزواج ،الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج»[2].

لكن تبقى مهام الولي في عقد الزواج محددة ومقيدة بشروط ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية وأيضا قانون الأسرة الجزائري.

والإسلام جعل ولاية الزواج ضابطا لحسن اختيار الأزواج، فلولا الولي لتمكن أصحاب سوء النية من خداع المرأة ، وذلك بعدم تمكنها من السؤال عن الخاطب، لذا اخترت أن يكون موضوع المذكرة: قيود سلطة الولي في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

---

(1)- سورة النساء، الآية رقم 21.

(2)- المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

وأردت أن أبين في هذه المذكرة أن الولي حتى وإن كان له دور بالغ الأهمية في عقد الزواج، إلا أن سلطته تبقى مقيدة بشروط سواء كانت متعلقة بشخصيته كولي، أو بممارسة مهامه ووظيفته في التزويج.

ومعنى قيود: هو ما يمنعنا من تحقيق ما نسعى له والقيد نوعان: قيد مادي وقيد معنوي.

سلطة: جنس في التعريف تشمل كل سلطة، وفي السلطة معنى التدبير والقيام على الأمر.

تزويج: قيد لإخراج أنواع الولايات الأخرى غير ولاية التزويج، كولاية المال.

المولى عليها: هي من تحت ولاية الأنثى البالغة، أو صغيرة كانت بكرا وثيبا، كل من كانت يلي أمرها، أما إن لم تكن تحت ولايته فليس له الحق في تزويجها.

وقد اختلف العلماء حول شرط الولي في عقد الزواج، فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية قالوا بأن الولي شرط لصحة النكاح، والحنفية قالت بأن الولي ليس شرط لصحة النكاح، فينعقد الزواج بعبارة النساء.

ومن أسباب اختياري لهذا الموضوع:

أن الزواج هو عقد بالغ الأهمية في حياة الإنسان، فهو الميثاق الغليظ كما جاء ذكره في الآية الكريمة في قوله تعالى:﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[1]، بيان أحكام الولاية التي هي جزء من أجزاء هذا العقد لكن يبقى الولي محاط بحدود في مهامه سواء ما يتعلق بشخص الوليّ، أي شروط لا بدّ توافرها في شخص الوليّ حتى تكون ولايته سليمة.

- أن الولاية في النكاح من الموضوعات الفقهية الهامة، وللولي دور بالغ في النكاح، والذي يترتب على الجهل بأحكام الولاية بطلان عقد النكاح.
- بيان دور الولي بالتحديد في النكاح، وبيان كذلك ضرورة مشاركة المولى عليها في كل أمر يتعلق بالنكاح، التي تعتبر الطرف الأساسي في عقد النكاح.
- بيان ما للولي من وظائف وصلاحيات في عقد نكاح من تحت ولايته (المولى عليها).

ومنهجي في هذا البحث:

(1)– سورة النساء، الآية رقم 21.

منهجي في هذا البحث منهج تحليلي مقارن، إذ اعتمدت على المقارنة بين مسائل هذا البحث، وذلك بين الفقه الإسلامي وقانون أسرة الجزائري.

- معرفة رأي المشرع الجزائري في مسألة من مسائل هذا البحث، وبما أخذ به أي أحد آراء المذاهب الأربعة، وأحيانا نجد أن المشرع الجزائري سكت عن مسألة ما أو أغفلها ولم يذكرها، كأسباب الولاية في التزويج.
- ذكر أدلة كل مذهب وبما استندوا به من أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.
- الرجوع إلى كتب الأحاديث الواردة في هذا البحث.

لهذا طرحت الإشكالية التالية لهذا الموضوع:

- ما هي حدود سلطة الوليّ في تزويج المولى عليها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمت البحث إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول.

الفصل الأول

القيود المتعلقة بشخص الولي بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

نظرا لأهمية عقد الزواج في حياة المرء وخطورته، لابد من توفر ركن الولي في عقد الزواج، لكن هذا الولي لابد أن تتوفر فيه شروط حتى يتمكن من إدارة شؤون المولى عليها (الزواج)، فالزواج ذات أهمية بالغة فهو الميثاق الغليظ كما سماه الله سبحانه وتعالى.

ولكي تتحقق أهداف الزواج التي هي حفظ الدين، والمال والنسل والعرض، لابد على الولي أن يكون ذا أهلية كاملة، عاقلا وبالغا، يعرف مصالحه حتى يتمكن من معرفة مصالح من تحت ولايته (المولى عليها)، وهذا سواء كان الولي أبا، أو جدا، أو أخا. والولاية تثبت للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم في الميراث، فالولي يكون شديد الحرص على تحقيق الأفضل لابنته، أو أخته، وذلك بحكم صلة القرابة التي تربطه بالمولى عليها، ولاشك في ذلك أي الحرص لتحقيق المصلحة لها، ولتحقيق مصلحة المولى عليها في الزواج لابد أن يشاركها الولي لإبداء رأيها ولا يجبرها، لأنها تعتبر الطرف الأساسي في عقد الزواج، فقط الولي يتمكن من معرفة الكفء، ومعرفة المصالح وحماية المولى عليها من أصحاب سوء النية، لأن المرأة ضعيفة العقل وسريعة الانفعال، لذا على الولي حمايتها ودوره في ذلك مهم، بقدر ما عليه من واجبات اتجاه المولى عليها، لكن هذا لا يعني إنقاص أو التقليل من أهمية وضرورة وجوده في عقد الزواج.

المبحث الأول

شروط الولي وترتيبه

حتى يكون الشخص وليا للمولى عليها، لابد من توافر بعض الضوابط فيه كشخص، حتى تكون ولايته سليمة من العيوب كالجنون مثلا، فإن كان الولي مجنونا، لا يمكن له أن يلي أمر غيره، وإنما يحتاج لمن يتولى أموره.

فالولي لابد أن يكون كامل الأهلية يتصرف في شؤون نفسه بنفسه لا ينوب عنه أحد، فله الولاية على غيره، وأن يكون متحد الدين مع المولى عليها، ويتصف بالصفات الحميدة وحسن الخلق والسيرة الحسنة، ليكون في نظر الناس وليا صالحا له إمكانية النظر في شؤون الغير.

المطلب الأول

تعريف الوليّ

قبل التطرق لشروط الولي وترتيبه لابد من تعريفه.

الفرع الأول: تعريف الوليّ لغة

هناك تعريف لغوي واصطلاحي للولي.

الوليّ هو الناصر المعين، وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها.

ولي الشيء ووليّ عليه ولاية وولاية، وقيل: الولاية الخطة كالأمارة والولاية المصدر.

الولاية بالكسر السلطان، والولاية: النصرة[1].

لقوله تعالى: ﴿ مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ ﴾[2].

وقوله أيضا: ﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوۡلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَأَنَّ ٱلۡكَٰفِرِينَ لَا مَوۡلَىٰ لَهُمۡ ﴿١١﴾ ﴾[3] أي لا وليّ لهم.

---

(1)- ابن منظور محمد بن مكرم المصري الأفريقي، لسان العرب، المجلد السادس، الجزء 55، لبنان، 1981، ص 4920.

(2)- سورة الأنفال، الآية رقم 72

(3)- سورة محمد، الآية رقم11.

الفرع الثاني: تعريف الولي اصطلاحا

هي سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة سواء ينشئها لنفسه أم لغيره[1]. وهناك تعريفات لبعض المذاهب.

أولا: في المذهب الحنفي

الولي هو البالغ العاقل الوارث ولو فاسقا، ما لم يكن متهتكا، والولاية هو تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[2].

وقد اعترض هذا التعريف عدة أمور:

- أنه غير مانع لأن التنفيذ لا يعبر عن تعريف الولاية، فالولاية صفة تقوم بالشخص والتنفيذ أثرها لا حقيقتها.
- أنه غير جامع لأنّ القول لا يشمل التصرفات الفعلية والولاية تتناول القول والفعل معا.
- لا يتناول ولاية الشخص على نفسه وماله، مع أنّ الشخص يقوم ولي نفسه وماله قبل أن يكون ولي غيره.
- والمقصود من هذا التعريف (شاء أو أبى) نوع واحد من أنواع الولاية وهي ولاية إجبار[3].

ثانيا: في المذهب الشافعي

الشافعية يرون أو يعرفون الولاية بأنها سلطة على المرأة، منحها الشارع للولي بسبب من أسبابها، فإما أن تكون بسبب الملك، أو الكفالة، أو الوصية، أو نحو ذلك. وذلك من خلال ما جاء في تكملة المجموع قوله:" من له على المرأة ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو تعصيب، أو ولاء، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطة، أو ذو إسلام".

---

(1)- د/ محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة،(د ط)، دار المطبوعات الجامعية،الازاريطة ، الإسكندرية، 2005، ص188.

(2)- أبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسقي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 3، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص 192.

(3)- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1420،ص ص24-25.

وإذا كان هذا خاص بتعريف الولي إلا أنّه يمكن اعتباره أيضا تعريفا للولاية، إذ أن أصلهما واحد[1].

ثالثا: في المذهب المالكي والحنبلي

عرفت الولاية في المذهب المالكي والحنبلي بأنّها:" سلطة على شخص القاصر لتنشئته، وتطبيبه، وتعليمه، وسائر تصرفات المتعلقة بشخصه"

وقررت لها الشريعة نظاما خاصا، يرجح فيه الولاية للأقرب فالأقرب إلى القاصر، شرط أن يكون الولي ذا أهلية، وحسن التصرف، فالأب يقدم على الجد، والأخ يقدم على العم وهكذا[2].

المطلب الثاني

شروط الولي

حتى تثبت الولاية في حق الوليّ لا بد من توافر شروط معينة، نص عليها الفقه الإسلامي، وهي شروط اتفقوا على بعضها، واختلفوا في البعض الآخر[3].

الفرع الأول: كمال الأهلية

وتتمثل كمال الأهلية في العقل والبلوغ والرشد.

تثبت الولاية نظرا للمولى عليها، عند عجزها عن النظر في أمور نفسها، فلا ولاية للمجنون والمعتوه، لأن ليس له الولاية على نفسه، فلا ولاية على غيره[4].

فالعقل هو مناط التكليف، وفاقد العقل لا ولاية على نفسه، فلا ولاية على غيره.

وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء[5].

---

(1)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل،2006، ص 6.

(2)- نفس المرجع والصفحة.

(3)- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، (د ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر،الإسكندرية، 1998، ص 107.

(4)- أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، ج1 و2، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 174.

(5)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق ، ص235.

فمن لا عقل له بسبب صغره أو جنونه، أو كان كبيرا في السن وليس له عقل، سقط حقه في الولاية، وتنتقل إلى من يليه[1].

فالصبيّ لا ولاية له على غيره في عقد الزواج، لأن لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية على غيره[2].

لأنه يجب على الوليّ معرفة الكفاءة بين الخاطب والمخطوبة، ومصالح النكاح لا حفظ المال[3]. وهذا الشرط لا خلاف عليه عند الفقهاء[4]، وانقسم العلماء بتعريف الرشد الى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الرشد يعني: «الصلاح في المال، أي معرفة وجوه كسبه واستثماره، وعدم تبذيره» وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنبلية.

القول الثاني: الرشد يعني: « الصلاح في الدين والمال جميعا» وهو قول الشافعية.

القول الثالث: الرشد يعني: الصلاح في الدين خاصة»[5]. واختلف كذلك الفقهاء في كون الرشد الرشد شرطا لولاية النكاح.

أولا: مذهب الحنفية

لا يوجد من صرح منهم باعتبار الرشد شرطا من شروط الولي في النكاح، وهو قياس مذهب أبي حنيفة رحمه الله في الولاية على ماله، إذ لا حجر عنده على السفيه الحر المكلف في ماله، ولا في نكاحه نفسه، فينبغي أن يكون لا حجر عليه في ولاية النكاح.
فالرشد عند الحنفية ليس شرطا من شروط الولي في النكاح[6].

ثانيا: مذهب المالكية

الرشد عند المالكية ضد السفيه المحجور عليه في ماله، فلا فرق عنده بين رشد المال ورشد النكاح.

---

(1)- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج2، ط1، المدينة المنورة، 2002، ص221.
(2)- د/ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1 ،(د ط)، دار الورا ق، بيروت ،لبنان ،2001، ص 141.
(3)- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، شرح زاد المستنقع،(د ط)، دار المؤيد،(د س ن)، ص514.
(4)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص235.
(5)- نفس المرجع، ص 220.
(6)- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 255.

واختلف أصحاب مالك حول اشتراط الرشد في ولي النكاح وعدم اشتراطه، فهناك من عده شرطا، وهناك من لم يعده شرطا وهم الأغلبية، وأضاف بعضهم أنه شرط كمال لا شرط صحة. وهذا يحتمل أن يكون جمعا بين القولين، أو تقييدا لقول من أطلق اشتراط الرشد في ولي النكاح، وظاهر مذهبهم أن الرشيد ضد السفيه المحجور عليه في ماله، وعلى هذا فلا فرق عندهم بين رشد المال ورشد النكاح.

ثالثا: مذهب الشافعية

الرشد عند الشافعية شرط في ولي النكاح، والرشيد ضد السفيه المحجور عليه في ماله، فلا ولاية له في النكاح، وهناك قول آخر مرجوح أنه يلي عقد الزواج، لأنه كامل النظر في النكاح.

رابعا: مذهب الحنابلة

اعتبر بعض من الحنابلة أن الرشد في ولي النكاح شرطا، وصرحوا بالفرق بين الرشد في المال، والرشد في النكاح. فالرشد في المال غير معتبر في النكاح، والرشد في النكاح هو معرفة الكفء، ومصالح النكاح وليس حفظ المال[1].

الفرع الثالث: الإسلام

ونعني بهذا الشرط أن يكون الوليّ مسلما متحدا في الدين مع المولى عليها[2]، فلا يكون الكافر وليا لمسلمة ولا المسلم وليا للكافرة.[3]

فلو كان مثلا: للصغيرة أخوان أحدهما مسلم والآخر مسيحي، وكانت هي مسلمة فالولاية على تزويجها تكون لأخيها المسلم. وإن كانت مسيحية، فالولاية في تزويجها تكون لأخيها المسيحي، لأنه باتحاد الدين تتحد المصلحة من الطرفين[4]. لكن القاضي يستثني من هذا الشرط فهو صاحب الولاية العامة وولايته عامة على المسلمين[5].

---

(1)–عوض بن رجاء العوفي،ج 2، المرجع السابق، ص ص 255– 256.

(2)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، (د ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007، ص259.

(3)– عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص ص 61 –62.

(4)– عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، (د ط)، دار النهضة العربية، ومكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص ص 35 و36.

(5)– أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلي، ج9، إدارة الطباعة الخيرية بمصر، 1351، ص473.

واستدلوا على هذا الشرط بأدلة من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى:﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [1].

فهذه الآية الكريمة تنفي ولاية غير المسلم على المسلم، والمفهوم المخالف لهذه الآية أن ولاية المسلم على المسلم جائزة، والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم، فالولاية بينهما أي بين المسلم والكافر منقطعة[2].

2- وقوله أيضا: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ ﴾[3]

فالآية الكريمة نصت على وجوب قطع الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة، وكان ذلك تنصيصا على انقطاع الولاية يبن الكفار والمسلمين.

لعدم الولاية بينهما بسبب اختلاف عقيدة كل منهما عن الأخر[4].

3-وقوله أيضا:﴿ قَدْ كَانَتْ لَكُمْ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ فِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَٱلَّذِينَ مَعَهُۥٓ إِذْ قَالُواْ لِقَوْمِهِمْ إِنَّا بُرَءَٰٓؤُاْ مِنكُمْ وَمِمَّا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ كَفَرْنَا بِكُمْ وَبَدَا بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةُ وَٱلْبَغْضَآءُ أَبَدًا حَتَّىٰ تُؤْمِنُواْ بِٱللَّهِ وَحْدَهُۥٓ ﴾[5].

فالآية الكريمة ذكرت لنا قطع الولاية بين المؤمنين والكافرين، وأوجب البراءة منهم وأثبت الولاية بين المؤمنين، وكذلك أثبت الولاية بين المؤمنين[6].

الفرع الرابع: الذكورة

لا تثبت ولاية التزويج للأنثى، لأن المرأة لا ولاية على نفسها، فكيف تكون لها ولاية على غيرها، وهذا شرط الجمهور[7]. فلا يكون الوليّ إلا ذكرا.

---

(1)- سورة النساء، الآية رقم 141.

(2)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986،ص 239.

(3)- سورة الأنفال، الآية رقم 72.

(4)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص 238.

(5)- سورة الممتحنة، الآية رقم 4.

(6)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، ولاية الإجبار،دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2004، ص 11.

(7)- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص109.

وهناك قولين: حول من يشترط الذكورة ومن لم يشترط الذكورة للولي في عقد الزواج.

1-قول الجمهور

يشترط في الولي الذكورة، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى، فالمرأة لا تملك حق تزويج نفسها بنفسها ولا تزويج غيرها من النساء، لأن ذلك لا يليق بمحاسن العادات ولأن من طبيعتها الحياء[1] وأدلتهم:

قوله تعالى:﴿الرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ ﴾[2].

ففي الآية الكريمة بين الله سبحانه وتعالى أنّ الرجال هم أهل القيام على نسائهم في تأديبهن والأخذ على أيديهن، فيما يجب عليهن لله ولأنفسهم، فالله سبحانه وتعالى فضل الرجال على النساء، فهم القوامون على نسائهم، والولاية تعتبر أساسا من أسس القوامة فأعطيت للرجال[3].

وقوله عليه الصلاة والسلام:"لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها"[4].

فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد غيرها من النساء، فليس لها الولاية على نفسها ولا على غيرها.

القول الثاني: لأبي حنيفة

قال إذا لم يكن هناك عصبة كانت الولاية للأقارب غير العصبات، على حسب درجة القرابة ثم قوتها وهم:الأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم ، ثم البنت إذا كانت أمها مجنونة، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، ثم أب الأم، ثم الأخت، فالأخت لأب. فلأخ أو الأخت لام، ثم لأولاد الأخوات على الترتيب السابق، ثم لأعمام الأم فالعمات، ثم الأخوال فالخالات، وان لم يوجد احد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضي[5].

---

(1)- الإمام محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، (د ط)، دار الفكر العربي، مدينة نصر، القاهرة، 1980، ص111.

(2)- سورة النساء، الآية رقم 34.

(3)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص14.

(4)- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882 ،ج 1، المكتبة العلمية، (د س ن)، بيروت، ص ص 605-606.

(5)-جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص204.

الفرع الخامس: العدالة

تعرف العدالة بأنها اتصاف الوليّ بالصفات الحميدة وحسن الخلق والسيرة الحسنة، ليكون في نظر الناس رجلا سويا، ومن كان كذابا منافقا يكون مفتقرا لخاصية العدل التي تعتبر شرط في ولاية التزويج[1].

وشرط العدالة هي محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من اشترطها، ومنهم من أسقطها ولكل فريق حججه[2]. فالشافعية ترى ضرورة العدالة في الوليّ.[3] لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»[4].

أما الحنفية والمالكية، فعندهم لا تشترط العدالة في الولي، لأن العدالة عندهم شرط كمال لا شرط صحة لا يستحب وجودها، وأدلتهم[5]:

قال تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ ﴾[6].

ففي الآية الكريمة خطاب موجه للأولياء ولم يفرق بين العادل والفاسق، لأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة، والمسلم الفاسق أعلى منه، فهو يملك تزويج ابنته من باب أولى.

وقالوا أن هذه ولاية نظرية، والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الرأي إليه وهو الشفقة، وكذلك لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية كالعدل، لأن الفاسق له الولاية على نفسه، فيكون من أهل الولاية على غيره ، لهذا قبلت ولايته[7].

لكن أصحاب هذا الرأي قيدوا تنفيذ زواجه لابنته بشروط:

1- أن يكون الزوج كفء لها.

---

(1)- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، في الزواج والطلاق، ج1، (د ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص76.

(2)- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، (د ط)، منشورات باجي، 2006، ص146.

(3)- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، عمان ،الأردن، 2007، ص54.

(4)-أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1880، ط 1 ، مكتبة المعارف، الرياض، (د س ن)، ص327.

(5)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج2، المرجع السابق، ص 239.

(6)- سورة النور، الآية رقم 32.

(7)-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج2، المرجع السابق، ص 239.

2- أن يكون لها مهر المثل.

وإن لم تتحقق هذه الشروط لا يصح الزواج[1].

*** موقف المشرع الجزائري من شروط الولي**

المشرع الجزائري لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الولي ، ولأن المادة 222 ق أج تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص، مما يدل على أنها نفس الشروط المذكورة في الشريعة الإسلامية وهي العقل، البلوغ، الإسلام، الذكورة، العدالة، وإن كانت هناك بعض الشروط على اختلاف بين الفقهاء.

المطلب الثاني

ترتيب الأولياء

قبل التطرق لمسألة ترتيب الأولياء نتحدث عن ثبوت الولاية، كقاعدة عامة تثبت الولاية للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم في الميراث.

وتعرف العصبة بأنها كل قريب ذكر يمكن نسبته إلى الميت بدون توسط لأنثى، سواء انتسب إليه مباشرة كالأب، والابن، أو انتسب إليه بواسطة الذَّكر وحده كالابن وأبي الأب، أو بالذكر والأنثى كالأخ الشّقيق، وهو العاصب الحقيقي الذي يتصرف إليه اللّفظ عند الإطلاق[2]. ويختلف ترتيب الأولياء من مذهب إلى آخر.

الفرع الأول: ترتيب الأولياء بين المذاهب وقانون الأسرة الجزائري

يختلف ترتيب الأولياء من مذهب لآخر

أولا: ترتيب الأولياء في مذهب الحنفية

ترتيب الأولياء في المذهب الحنفي يسبقون بالابن وابنه وان نزل[3]، ثم الأب، ثم الجد وإن وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام لأب الشقيق، ثم أبناءه، ثم عم الجد الشقيق، ثم أبناؤه، ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه وإن نزلوا[4].

---

(1)-عيسى حداد، المرجع السابق، ص ص 146 - 147.

(2)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص94.

(3)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص53.

(4)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص138.

ثانيا: ترتيب الأولياء في مذهب المالكية

الولاية عند المالكية معتبرة بالتعصيب[1]، فيقدم الأبناء ثم أبنائهم وإن سفلوا[2]. والابن هنا هو الابن المولود من زواج سابق[3]، والابن أولى من الأب بالميراث وأقوى تعصيبا[4]. بعد مرتبة الابن وأبنائهم وإن سفلوا، تأتي مرتبة الأب، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا ثم العمومة وإن سفلوا[5].

جاء في مواهب الجليل: « المعروف أن الأحق الابن وإن سفل ثم الأب ثم الأخ للأب ثم ابنه ولو سفل ثم الجد ثم العم ثم ابنه ولو سفل»[6].

ويكون الأب مقدَّما على الابن في المحجُورة على الرغم من أن الابن تصح منه الولاية وحتى يتم تقديم الابن على الأب يجب ألا تكون المرأة في حجر أبيها أو وصيه[7].

ثالثا: ترتيب الأولياء في مذهب الشافعية

قال الشافعي رحمه الله تعالى: «لا ولاية لأحد مع أب، فإذا مات فالجد أبو الأب، فإذا مات فالجد أبو الجد، لأنهم كلهم أب» [8] .

وقال أيضا: لا يعقد أحد مع حضور الأب غير الأب، لا في البكر ولا في الثيب[9].

فالولاية عند الشافعية معتبرة بالتعصيب[10]. ولا ولاية للابن إلا أن يكون ابن ابن عم، أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة، لأن من طبع الابن أن ينفرد من تزويج أمه[11].

---

(1)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص137.

(2)- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص74.

(3)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2010، ص143.

(4)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص53.

(5)- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص74.

(6)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص50.

(7)- نفس المرجع والصفحة.

(8) - محمد إدريس الشافعي، الأم، ج6، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001، ص35.

(9)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص38.

(10)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص138.

(11)- محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص53.

وترتيب الأولياء عندهم يأتي كما يلي: الأب ثم الجد العصبي (أبو الأب) وإن علا، ثم الأخ للأب والأم، ثم العم، ثم ابنه، فإذا عدم هؤلاء فالولاية للحاكم[1].

فترتيب الأولياء في مذهب الشافعية كترتيبهم في الميراث، فكل ما يطبّق في قواعد الإرث يطبق على الولاية عندهم والأبعد محجوب بالأقرب[2].

وجاء في نهاية المحتاج أن الأب قدّم على من سواه لأن المقصود بالولاية حب الخير والمصلحة للمتزوجة، ولا يتصور مثلا وجود شدة الحرص على مصلحة المولى عليها عند قرابات المولى عليها، أكثر من وجودها عند الأب ولا شك في ذلك[3].

رابعا: ترتيب الأولياء في مذهب الحنابلة

الولاية عندهم للعصبات[4]، والأب مقدم على الابن[5]، فترتيب الأولياء عندهم: الأب، ثم ثم أبوه، وإن علا[6]، ثم الابن وابنه وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهم وإن نزلوا، نزلوا، ثم العم، ثم بنوه وإن نزلوا، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم وإن نزلوا، وإن لم يوجد أحد فالحاكم[7]. وقدّم الحنابلة الأب: لأن الولد موهوب لأبيه، **لقوله تعالى:** ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ ﴾[8].

ولقوله صلى الله عليه وسلم: « أنت ومالك لأبيك»[9].

فإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس[10]، لأب الأب أكمل نظرا وأشد شفقة فوجب تقديمه[11].

---

(1)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص138.

(2)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق،ص ص 50،51.

(3)- نفس المرجع، ص51.

(4)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص138.

(5)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص53.

(6)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص53.

(7)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص138.

(8)- سورة الأنبياء، الآية رقم 90.

(9)- محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده،حديث رقم 229، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض،(د س ن)، ص 392.

(10)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص53.

(11)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص53.

*** موقف المشرع الجزائري من ترتيب الأولياء**

أما المشرع الجزائري فقد رتب الأولياء في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري فنص على أنه: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره»[1].

وطبقا لنص المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري رتب الأولياء على حسب الترتيب الموالي

أولا: الأب

كما رأينا في المادة السابقة فإن قرابة الأبوة تأتي في المرتبة الأولى[2]، والأبوة هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها[3]، والمشرع الجزائري حصر الولاية في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله[4].

ثانيا: أحد الأقارب

المشرع سلك طريق آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج، وهذا من خلال أنه منح الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب ليكون وليا في عقد زواجها، دون تحديد الدرجة من يكون أو من يجب أن يكون وليا من درجة القرابة[5].

ثالثا: الولي المختار

بعد مرتبة الأب ودرجة القرابة يأتي الوليّ المختار الذي تختاره المرأة بإرادتها وحريتها دون قيود، أو شروط لتولي عقد زواجها، إذن فالمشرع الجزائري حرر المرأة في مسألة اختيار الوليّ[6].

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء عند التعدد

إذا تعدد العاصبون بالنفس فإن التزوج بينهم يكون وفقا للقواعد التالية.

---

(1)- المادة 13 قانون الأسرة الجزائري.

(2)- هجرس بولبداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001، ص71.

(3)- فضيل سعد، المرجع السابق، ص73.

(4)- عيسى حداد، المرجع السابق، ص148.

(5)- نفس المرجع والصفحة.

(6)- نفس المرجع والصفحة.

أولا: التقديم بالجهة

العصبات جهات أربع، البنوة، الأبوة، الأخوة والعمومة، فعند تعددهم في هذه الحالة فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة، ثم الأخوة وأخيرا العمومة[1]. وعلى ذلك إن وجد ابن ابن وأب وأخ شقيق، قدم ابن الابن، وإن وجد أب وأخ شقيق وعم شقيق، قدم الأب وهكذا[2].

ثانيا: التقديم بالدرجة

فإن استووا في الجهة قدم الأقرب درجة، فإذا وجد ابن وابن ابن، قدم الابن، لأنه أقرب درجة[3]، وإن وجد جد وأب، قدم الأب ثم الجد[4]. وفي جهة الأخوة الأخ الشقيق يقدم على ابن الأخ الشقيق، وابن الأخ الشقيق، يقدم على ابن الأخ الشقيق، والأخ لأب يقدم على ابن الأخ لأب، وابن الأخ لأب يقدم ابن ابن الأخ لأب وهكذا.

وفي جهة العمومة العم الشقيق يقدم على ابن العم الشقيق، والعم لأب يقدم على ابن العم لأب، وابن العم الشقيق يقدم على ابن ابن العم الشقيق وهكذا، ففي الجهة الواحدة الأقرب يقدم على الأبعد[5].

ثالثا: التقديم بقوة القرابة

فإن استويا في الجهة والدرجة قدم الأقوى قرابة[6]. وهذه القاعدة لا عمل لها في جهتي البنوة والأبوة، لأن العصبة فيهما لا يتساوون في الدرجة، فالابن أقرب درجة من ابن الابن، وابن الابن أقرب درجة من ابن ابن الابن[7].

وينحصر عمل هذه القاعدة في جهة الأخوة والعمومة، فمن كانت قرابته لأبوين كالأخ الشقيق أولى ممّن تكن قرابته لأب كالأخ لأب[8].

---

(1)- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950 ،ص459.

(2)- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا،(د ط)،مكتبة الاشعاع الفنية، مصر،1998، ص44.

(3)- نفس المرجع، ص 44.

(4)- الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص459.

(5)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص253.

(6)- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص44.

(7)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص254.

(8)- الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص459.

كما يقدم ابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب، لأن الأول أقوى قرابة من الثاني، وهكذا في ابن ابن الأخ الشقيق مع ابن ابن الأخ لأب، وأيضا يقدم العم الشقيق على العم لأب، بالرغم من اتحادهما في الجهة وتساويهما في الدرجة، إلا أن العم الشقيق أقوى قرابة من العم لأب[1].

وإذا اجتمع الأولياء واتحدوا في الجهة والدرجة والقوة، كالإخوة الأشقاء مثلا- فقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن كلا من أولئك أولياؤها، وأنه إذا تقدم أحدهم بإذن بقيتهم، فزوج المرأة يكون زواجا صحيحا[2]. وإن لم يُجِزْه الآخر، يكون الزواج صحيحا، لأن الولاية لا تتجزأ، وما لا لا يتجزأ إذا ثبت لجماعة، ثبت لكل واحد على وجه الكمال[3]. والمستحبّ أن يقدموا أفضلهم وأكبرهم وأحسنهم نظرا في الولاية[4].

وإن اختلفوا في تحديد الذي يبرم عقد النكاح منهم، فأي واحد سبق بإبرامه منهم صح تزويجه للمولى عليها وسقط اعتراض الآخرين[5].

الفرع الثالث: الولاية عند انعدام العصبات

وهناك رأيان في حالة انعدام العصبات ، كانت الولاية بعد ذلك للحاكم عند ابي يوسف ومحمد، ولا ولاية للأم ولا للأخوات، ولا لذوي الأرحام، لأن النص اقتصر في الولاية على العصبات.[6] ولأن الولاية تثبت صونا للقرابة عن أن ينتسب إليها غير الأكفاء. ولا يحرص على ذلك إلا العصبات، أما ذو الأرحام فإنهم ينتسبون إلى الأم، فلا يلحقهم العار بغير الكفء[7].

أما وفقا لرأي الإمام أبي حنيفة، وهو الراجح فإنه إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنفس، انتقلت الولاية إلى الأقارب غير العصبات، على حسب درجة القرابة ثم قوتها وهم[8]: الأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، ثم البنت إذا كانت أمها مجنونة، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت

---

(1)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص254.

(2)- عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص ص103-104.

(3)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص204.

(4)- عوض بن رجاء العوفي، ج 2 ،المرجع السابق، ص104.

(5)- د/ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص155.

(6)- د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص139.

(7)- د/ نفس المرجع والصفحة.

(8)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص255.

ابن الابن[1]. ثم بنت بنت البنت، ثم أب الأم، ثم الأخت، فالأخت لأب، فلأخ أو الأخت لأم، ثم لأولاد الأخوات على الترتيب السابق، ثم لأعمام الأم، فالعمات، ثم الأخوال، فالخالات، وإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضي[2].

المبحث الثاني

أقسام الولاية وأسباب تولي الوليّ تزويج المولى عليها

تنقسم الولاية بشكل عام إلى نوعين:

الأول: الولاية على النفس.

الثاني: الولاية على المال

أما الولاية في النكاح فهي قسمان:

1- ولاية عامة: فالعامة هي أن المسلمين الأحرار في النكاح بعضهم أولياء بعض بحق الديانة **لقوله تعالى:** ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[3].

2- ولاية خاصة: وهي ولاية النسب والقرابة **لقوله عزّ وجلّ:** ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾[4].

المطلب الأول

أقسام ولاية التزويج

تقسم ولاية التزويج إلى قسمين، وهما ولاية إجبار، وولاية إختيار.

الفرع الأول: ولاية الإجبار

ولاية إجبار وهي أول قسم لولاية التزويج.

---

(1)- أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص ص 180-181.

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص255.

(3)- سورة التوبة، الآية رقم 71.

(4)- سورة الأحزاب، الآية رقم 6.

أولا: تعريف ولاية الإجبار

وتسمى ولاية الحتم والإيجاب، أي ولاية الاستبداد، وهي الولاية على النفس، أي الولاية في عقد الزواج[1].

فهي سلطة يملك بها الوليّ تزويج من تحت ولايته دون إذن منهم[2]، فالمولى عليها لم يكن لها اختيار في هذا الزواج، ولهذا سمّيت هذه الولاية بولاية الإجبار[3]. فالوليّ له حق التصرف في شؤون زواج المولى عليها، بناءا على رغبته واختياره[4].

ثانيا: ثبوت ولاية الإجبار عند الفقهاء

اختلف الفقهاء فيمن تثبت له ولاية الإجبار في الزواج إلى عدّة آراء[5]، ومنشأ الخلاف هل العلّة في الجبر البكارة وهي موجودة، أو الجهل بمصالح النساء وهي مفقودة[6].

1- الحنفية ومن وافقهم من الحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية

قالوا بأن ولاية الإجبار تثبت على الصغير والصغيرة، أو المجنون كبيرا، أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرا أم ثيبا. وكذا الكبيرة والمعتوهة، ولا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على البالغة العاقلة، إذ مدار هذه الولاية عند الحنيفة يقوم على أساس وجود الصغر وعدمه[7].

وقد استدل هذا الفريق

قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ٣٢ ﴾[8].

---

(1)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص 21.

(2)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص120.

(3)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص250.

(4)- محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة في الزواج وأثاره، المجلد الأول، (د ط)، المملكة العربية السعودية، 2003، ص196.

(5)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص250.

(6)- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، (د ب ن)، (د س ن)، ص ص222-223.

(7)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص21.

(8)- سورة النور، الآية رقم 32.

وفي الآية الكريمة دلالة واضحة، على أن المخاطبين بهذا الأمر هم الرجال على إجراء النكاح، ولو كان للنساء أمر النكاح لذكرهنّ[1].

2- رأي المالكية

تثبت ولاية الإجبار عند المالكية بعلّة البكارة، لأن البكر في العادة تجهل مصالح الزواج ومقاصده، وقد لا تهتدي لاختيار الزوج المناسب، ولهذا إذا تخلّف هذا السبب لا تكون علّة الإجبار، كما هو الحال في البكر المرشدة[2].

3-رأي الشافعية

تثبت ولاية الإجبار عند الشافعية على البنت البكر، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، وعلى الغلام الصغير فقط دون الكبير. كما تثبت أيضا على المجانين والمعاتيه، ولا تثبت ولاية الإجبار عندهم على المرأة الثيب، سواء كانت صغيرة أم كبيرة[3].

ثالثا: ثبوت ولاية الإجبار

اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الإجبار لبعض الأولياء على بعض المولى عليهم.

1- مذهب الحنفية

ثبوت ولاية الإجبار عند الحنفية تثبت للعاصب بالنفس، [4]. فولاية الإجبار عند الحنفية تثبت للعاصب مطلقا، و تثبت ولاية الإجبار أيضا لذوي الأرحام[5]. واستدل الحنفية:

أ. من الكتاب

قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ ۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلْوِلْدَٰنِ وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ۚ وَمَا تَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِهِۦ عَلِيمًا ﴿١٢٧﴾ ﴾[6]

---

(1)- د/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة الجزائر،2007 ، ص 55.

(2)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص36.

(3)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص251.

(4)- نفس المرجع والصفحة.

(5)- بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف مصر، الإسكندرية، 1961، ص221.

(6)- سورة النساء، الآية رقم 127.

وجه الدلالة في هذه الآية كما قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: أنها في اليتيمة تكون في حجر وليِّها فيرغب في مالها وجمالها، ولا يقسط لها في الصداق، وأقرب الأولياء الذين تكون اليتيمة في حجرها، ويجوز له تزوجها هو ابن العم، فإذا ثبتت الولاية لابن العم فلأن تثبت للأخ والعم من باب أولى[1].

ب.من السنة

فقد ثبت بأن النبي صلى الله عليه وسلم زوّج بنت عمه حمزة وهي أمامه، وكانت صغيرة لسلمة بن أبي سلمة، وقد زوّجها النبي عليه الصلاة والسلام بالعصوبة لا بالنبوة، إذ لو كان تزويجه لها بالنبوة، لما ثبت لها الخيار عند البلوغ، فضلا أنه عليه الصلاة والسلام لم يزوّج أحد بالنبوة قط[2].

ج. القياس

تثبت ولاية الإجبار للعصبات غير الأب، وذلك أن الفقهاء متفقون على إثبات السلطان للعصبة على البالغة في الزواج، وإن كانوا مختلفين في مدى هذا السلطان، فالجمهور يجعل للولي حق المشاركة في الاختيار وتولي الصيغة، وأبو حنيفة له حق الإعتراض إن لم يكن الزوج كفئا، ويفسد الزواج لأجله[3].

2- مذهب الشافعية

تثبت ولاية الإجبار عند الشافعية للأب والجد أبي الأب عند عدمه، أما بقية الأقارب كالأخ فلا تثبت لهم بحال، أب أي الأب والجد لهم إجبار الصغيرة على الزواج. وتثبت كذلك للحاكم في زواج المجنونة[4].

فالأب له تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة بغير إذنها[5].

واستدلّ الشافعية بأدلة من القرآن والمعقول.

---

(1)- إسماعيل أبي بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص127.

(2)- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص38.

(3)- نفس المرجع، ص39.

(4)- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص121.

(5)- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج41، ط1، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 2002، ص262.

أ- من القرآن

قوله تعالى:﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَۚ ﴾[1].

- وجه الإستدلال من الآية الكريمة، أن فيها حض على القيام بالصفات والأخلاق التي نادى بها القرآن الكريم، والحفاظ من يتولى عليه بالرعاية، ولا يجوز الظلم على الأعداء، فمن باب أولى عدم إجازة الظلم والجور على من يتولى عليه. والأنفس المقصودة هنا الأولاد، لأن الأب أكثر العصبات شفقة وحبا،لأن سائر العصبات به يدلون إليه، والأب والجد يلي على المال والنكاح، فهو أقوى ممن تفرد بالولاية على النكاح، فالأب أولى بالولاية في النكاح من سائر العصبات[2].

ب- من المعقول

كمال شفقة الأب والجد وقصور شفقة غيرهما، ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، ولا يبيع مالها بنفسه، فلا يملك التصرف أيضا في بعضها[3].

الفرع الثاني: ولاية الاختيار

وهي ثاني قسم لولاية التزويج.

أولا: تعريف ولاية الاختيار

سميّت بولاية الاختيار، لأن الوليّ ليس له أن يجبر المولى عليها البالغة العاقلة على الزواج، بل لا بد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الوليّ، ويشتركا في الاختيار ويتولى العقد بعد اتفاقه معها على الزواج[4].

يقول ابن القيم في زاد المعاد: « لا تُجْبَرُ البكر البالغة على النكاح ولا تُزَوَّجُ إلا برضاها»، وهو القول الموافق لحكم الرّسول عليه الصلاة والسلام وأمره ونهيه وقواعد شريعته، ومصالح أمنه[5].

أمنه[5].

---

(1)- سورة النساء، الآية رقم 135.

(2)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص 26.

(3)- نفس المرجع، ص129.

(4)- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2005، ص64.

(5)- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص67.

ثانيا: وقوع ولاية الاختيار

تقع ولاية الاختيار على الثيب البالغة العاقلة، فلا يجوز لأحد لا للأب ولا لغيره أن يزوّجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن خالف ذلك، وقال: للوليّ تزويجها وإن كرهت أي له إجبارها على الزواج، أما النخعي فقال: له تزويج ابنته إذا كانت في عياله، فإن كانت ابنته في بيتها مع عيالها استأ مرها.

وقال إسماعيل بن إسحاق: لا أعلم أحدا قال: في البنت بقول الحسن وهو قول خالف فيه أهل العلم والسّنة، فإن الخنساء بنت خزان الأنصارية روت أن أباها زوّجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صل الله عليه وسلم فردّ نكاحه، رواه البخاري والأئمة كلهم[1].

ثالثا: آراء الفقهاء في ولاية الاختيار

أ – رأي جمهور الفقهاء

الزواج لا ينعقد بعبارة النساء مطلقا، وحتى لو كانت بالغة عاقلة رشيدة، وليس لوليّها أن يجبرها ولو كانت بكر، على رأي جمهور الفقهاء، أما الشافعي فللوليّ له إجبار المولى عليها إن كانت بكرا، وليس له أن يجبرها إن كانت ثيبا. أما عند مالك، فالولي له إجبار البكر إلى أن تبلغ الثلاثين أو الثلاثة والثلاثين، على الخلاف في مذهب المالكية والجمهور على أنه لا فرق بين البكر والثيب[2].

ب. **رأي أبي حنيفة:** لا إجبار على البكر البالغة العاقلة في النكاح، وكذلك الحر البالغ العاقل[3].

لقول النّبي صلّى الله عليه وسلّم:« الثيب أحق بنفسها من وليّها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها»[4].

---

(1)– د/ سالم بن عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط 1، دار بن حزم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص ص 202–203.

(2)– الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق،ص ص120–121.

(3)– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج41، المرجع السابق، ص267.

(4)– د/ محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص 352.

وقول أبي حنيفة أن المرأة لها أن تزوّج نفسها بغير إذن وليّها، وزواجها صحيح لا اعتراض عليه ما دام بكفء[1].

القول الراجح

اختلاف آراء الفقهاء حول من يعتبر البكارة السبب في ولاية الإجبار، وهذا ما قال به الجمهور، والبعض الآخر اعتبر الصغر وهذا ما ذهب إليه الحنفية[2].

*** موقف المشرع الجزائري من أقسام الولاية في الزواج**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد ألغى ولاية الإجبار التي كانت مقررة في المادة 12 من قانون رقم 11/84 قبل التعديل الذي جاء به، وبمقتضى هذا التعديل الأخير نصت المادة 11 فقرة 1 بالأمر 02/05 على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره"[3].

وأيضا جاء في المادة 13 قانون الأسرة الجزائري المعدلة أيضا: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[4].

إذن بالرجوع للمادتين المذكورتين سابقا نجد أن المشرع ألغى ولاية الإجبار، ولا إجبار في تزويج القاصرة من طرف وليها، وكذلك أن لا يزوجها بدون موافقتها، أي أن يتم ذلك برضاها موافقتها، أما المرأة الراشدة فلها أن تباشر عقد زواجها بنفسها وذلك بحضور الولي سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فلها الحرية في ذلك[5].

– أما قانون الأحوال الشخصية الأردني–والمعمول به في المحاكم الشرعية، فقد نصّت المادة 13 منه على ما يلي: «لا تشترط موافقة الوليّ في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشرة عاما»[6].

---

(1)– الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص120.

(2)– أسامة ذيب سعيد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية،نابلس، فلسطين، 2006، ص62.

(3)– المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري.

(4)– المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

(5)– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

(6)– قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010، الباب الأول: الزواج ومقدماته، الفصل الأول: مقدمات الزواج.

المطلب الثاني

أسباب تولي الوليّ تزويج المولى عليه

اتفق الفقهاء على أن أسباب ولاية النكاح تثبت بالملك، والقرابة، والولاء، والإمامة، واختلفوا هل تثبت بالوصاية أم لا؟ [1].

الفرع الأول: القرابة

أقوى أسباب الولاية في النكاح على الحرّة، هي قرابة النسب، وهذا سواء كانت صغيرة أو كبيرة[2].

وقد اشترط أكثر الفقهاء في هذه القرابة أن تكون قرابة النسب بين الوليّ والمولى عليها، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أن مطلق القرابة يكفي لثبوت هذه الولاية[3].

تعتبر قرابة النسب أقوى أسباب الولاية في النكاح على الحرّة، صغيرة كانت أو كبيرة، أي أن لا ولاية لذوي الأرحام وهي القرابة من جهة الأم عند الجمهور، والولاية في النكاح خاصة بالعصبات، وهو القرابة من جهة الأب[4].

وهذا باختلاف الفقهاء، أي أن هناك من اشترط أن تكون قرابة بين الولي والمولى عليها، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أن مطلق القرابة يكفي لثبوت هذه الولاية[5].

الفرع الثاني: الملك

هو ملك السيد عبده أو أَمَتُهُ، فبمجرد ثبوت هذا الملك تثبت الولاية للسيد على تزويج مملوكه بالاتفاق. وسبب ثبوت هذه الولاية هو الملك، سواء كان رقبة ويدا، كما في العبد

---

(1)- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص647.

(2)- د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص60.

(3)- أسامة ذيب سعيد مسعود، المرجع السابق، ص57.

مطلق القرابة: هي القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليها، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة (فيشمل ذوي الأرحام بعد العصبات).

(4)- د/ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص60.

(5)- أسامة ذيب سعيد مسعود، المرجع السابق، ص57.

المملوك، أو رقبة فقط، كما في المكاتب والمكاتبة، وسواء كان كاملا كما في العبد، أو ناقصا كما في أم الولد[1].

أما في هذه الأيام فلا يوجد رقيق، لأن الإسلام ضيّق مداخل الرّق ووسع مخارجه، إذ جعل تحرير الرقيق كفارة لكثير من الأفعال والتصرفات كالظهار مثلا والجماع عمدا في شهر رمضان دون عذر إلى غير ذلك[2].

الفرع الثالث: الولاء

الولاء بفتح الواو الحلف والمولى الحليف، وكانت العادة جارية بأن يسلم بعض الكفّار على يدي رجل من المسلمين ويواليه بأن يقول له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت وجسمي «مولى الموالاة»[3].

والولاء بالحلف درجة من الولاية تأتي بعد درجة القرابة، فإذا لم يكن للصغير أو الصغيرة ومن في حكمها من الكبار قريب بالعصبة النسبية، ولا قريب بالعصبة السببية، ولا قريب غير عاصب، والذي يزوّج كل واحد منهم مولى المولاة الذي أسمى أبو الصغير على يديه وولاّه[4].

الفرع الرابع: الإمامة

المقصود من الإمامة هو الإمام، ويدخل فيها القاضي المأذون بالتزويج، لأنه نائب عن الإمام، وعبر عنها النفراوي بالسلطنة، والمقصود من الإمامة أيضا: السلطان.

والسلطان هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه ذلك[5].

---

(1)- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص647.

المكاتب: وهو الرقيق الذي تعاقد مع مالكه على أن يدفع له الرقيق مبلغا من المال ليكون حرا.

أم الولد: هي الأمة التي وطئها مالكها فحملت منه بولد، ولمالكها أن ينتفع بها في الخدمة والجماع، ولكن لا يجوز إفراجها عن ملكه ببيع أو هبة، لأنها تكون حرة بموته، أما أولادها منه فإنهم يكونون أحرارا.

الرقيق: وهو الرقيق الكامل الرق، الذي لم يطرأ عليه تدبير ولا مكاتبة، ولا صارت أم ولد.

(2)- أسامة ذيب سعيد مسعود، المرجع السابق، ص57.

(3)- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2002، ص141.

(4)- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،(د ط)،المكتبة العلمية بيروت، لبنان، 2003، ص87.

(5)- نظال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص 79.

وهناك أيضا مقصود آخر للإمامة للدكتور عبد الكريم زيدان، بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: الإمامة العامة، فتثبت لصاحبها وهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه، وهو القاضي، وولاية التزويج هذه على من لا ولي له[1]. وهي ولاية الحاكم أو نائب من القضاة على الأفراد في حالة عدم وجود وليّ من القرابة النسبية، ونظرا لانشغال الحاكم وكثرة الحالات فقد استقرّ الأمر على جعل هذه الولاية من توابع القضاء[2]. لقول الرّسول صلّى الله عليه وسلّم: «السلطان وليّ من لا وليّ له»[3].

الفرع الخامس: الوصاية

يرى المالكية والحنابلة ثبوت الولاية في النكاح لوصيّ الأب، إذا عيّن الأب وصي ، وأمره بالتّزويج[4]، وكذلك ثبت للوصيّ ولاية الإجبار، إذا أمر الأب الوصيّ بالتّزويج، كما لو قال: زَوِّجْ بنتي بعد وفاتي[5].

وذهب الحنفية والشافعية إلى أن ولاية الإجبار لا تثبت ولا تستفاد بالايصاء، لأن الوليّ حين يعطي الحق في ولاية التزويج للوصيّ يكون قد نقل هذه الولاية من صاحب الحق فيه شرعا، إلى شخص آخر، وهي لا تحتمل النقل في حال الحياة، فكذلك لا تحتمله بعد الوفاة، لأن الولاية في النكاح حق شخصي لا ينتقل إلى الغير بالايصاء كما في الحضانة[6].

*** موقف المشرع الجزائري من أسباب الولاية في الزواج**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد بأن المشرع قد نص أو ذكر لنا أسباب الولاية في الزواج، لكن بالعودة لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

مما يدل على أنه يجدر بنا العودة إلى الشريعة الإسلامية، وما ذكرته لنا من أسباب الولاية في الزواج، والتي سبق وأن ذكرناها وهي: القرابة، الملك، الولاء، الإمامة، الوصاية.

---

(1)–نظال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص ص 79–80.

(2)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص ص240–250.

(3)– محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الحدود، والمعاملات والأحكام، حديث رقم 1712، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،2004 ، ص 304.

(4)– حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص649.

(5)– أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2004، ص162.

(6)–نفس المرجع والصفحة.

الفصل الثاني

القيود المتعلقة بوظيفة الوليّ بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

تتعدد وظائف الولي، لكن نطاق ممارستها محددة بضوابط، وهذا لا يعني أن دور الولي غير مهم في عقد النكاح، إذ أن مهامه عديدة محددة بضوابط عند تزويج المولى عليها.

وسلطة الولي لا يمكن أن تكون عائقا في وجه البنت، إذا مورست في حدود الضوابط التي أقرها الفقهاء والمشرع.

والضوابط هي أن يحضر الولي عقد زواج موليته، إذ لا يمكن لها لوحدها مباشرة عقدها، أو أن تباشره مجموعة من النساء، إذ أن الأحناف أجازوا ذلك.

مع إعلان الرضا من طرف المولى عليها، وهذا باختلاف إذا كانت ثيبا أو بكرا، إذ أن الثيب يكون إعلان رغبتها، ورضاها في الزواج صريح لممارستها الرجال وألفها الرجال.

أما البكر فنظرا لعدم ألفها الرجال، وما يغلب عادة عليها من الحياء والذي يمنعها من التصريح بالرضا، إذ أن رضاها يفهم من خلال تهيئتها وفرحتها للزواج.

وعلى الولي باختيار الزوج الصالح، وذلك بما يبذله من دواعي الحذر والاهتمام، كي لا تقع المرأة في رجل فاسق، لا يمكن لها إدراك ذلك، لكن الولي الرجل أقدر على التحري والمساءلة عن حقيقة الخاطب، وطبعه، ومزاجه، وسلوكه، وأخلاقه.

والولي له أن يفرض لموليته الصداق، إذ أنه حق للمرأة وحدها، إذ لها التنازل عنه، وعلى الولي كذلك أن يفرض صداق المثل، إذا لم يسمى المهر في العقد.

وكل هذا لأجل أن يكون زواج المولى عليها صحيحا، وذلك سواءا كانت المرأة ثيبا أو بكرا، إذ أن المشرع الجزائري ترك لها الحرية في اختيار أي شخص لعقد زواجها.

فعلى الولي العمل بهذه الضوابط واحترامها، إذ أن تعديه على مهامه، تسقط الولاية عنه، وتنتقل إلى الآخرين، وذلك عند عضله عن تزويج المولى عليها، وهذا العضل عندما لا يكون مشروع، وذلك بتحقق الكفء والرضا والصداق، وعدم موافقته في هذه الحالة يكون عاضلا.

بالإضافة إلى غيبته الطويلة، وخوفا من فوات مصلحة المولى عليها، تسقط الولاية منه.وتنتقل الى من يليه لتزويج المولى عليها، حتى لا يلحقها ضرر بغياب الولي.

المبحث الأول

صلاحيات الوليّ عند تزويج المولى عليها

صلاحيات الولي لا تعد ولا تحصى عند تزويج المولى عليها، إذ أنها حقيقة كونها تتعلق بأخطر عقد في حياة الإنسان. وكون الولي له سلطة تزويج من تحت ولايته (المولى عليها)، فهو مسؤول عن تحقيق المصلحة لموليته، كونه أشفق الناس عليها، وأدرى الناس بمصلحتها، وسلطته في الوظائف واسعة، إذ أن مهامه تتعدى إلى تحقيق أغراض وأهداف الزواج، وتحقيق الغايات التي وجد من أجلها، منها حفظ الدين، والمال، والنسل، والعرض، والعقل، فصلاحياته واسعة بقدر أهداف وأغراض الزواج للمولى عليها.

المطلب الأول

حدود صلاحيات الوليّ

كما ذكرنا سابقا أن صلاحيات الوليّ محصورة فهي إذن محدودة في: حضور الوليّ عند زواج المولى عليها، معرفة الوليّ لرضاها ، النظر في الكفاءة وأخيرا النظر في المهر، وهذا ما سيتمّ بيانه.

الفرع الأول: حضور الوليّ عقد زواج المولى عليها

الزواج من العقود الهامة والخطيرة في آن واحد، لذا نجد ديننا الحنيف حرص على أن يتمّ هذا العقد على أسس صحيحة، ومنها حضور وليّ المرأة[1].

اختلف الفقهاء في حكم عقد الزواج، إذا باشرته المرأة البالغة العاقلة الراشدة بالأصالة عن نفسها إلى عدّة آراء وهي:

أولا: الرأي الأول

وأصحاب هذا الرأي، هم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[2] ، فلا يثبت لها حق إبرام عقد زواجها، ولا زواج غيرها، ولو كانت بالغة عاقلة راشدة، وإنما الذي يتولاه الوليّ[3].

---

(1)- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص23.

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص244.

(3)- د/ عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص33.

أدلة هذا الرأي

1. من الكتاب: قوله تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[1].

- **وقوله أيضا:**﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[2]

والأيّم: بفتح الهمزة وتشديد الياء المكسورة، وهو كل ذكر لا أنثى معه، وكل أنثى لا ذكر معها بكرا أو ثيبا، والشائع إطلاق الأيّم على التي كانت ذات زوج ثم خلت عنه بفراقه أو موته[3].

فالخطاب في هاتين الآيتين موجّه إلى الأولياء، ولو لم يكن عقد الزواج بيد الأولياء لما تمّ الخطاب إليهم وإنما وجّهه مباشرة إلى النساء[4].

2. من السّنة النّبوية الشّريفة

استدلوا بالحديث الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم:« أيّما امرأة تزوّجت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل»[5] وقوله صلّى الله عليه وسلّم:« لا نكاح إلا بوليّ مرشد»[6] وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام: « لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل»[7] حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا تُزَوِّجُ المرأة المرأة ولا تُزَوِّجُ المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تُزَوِّجُ نفسها»[8].

فهذه الأحاديث واضحة الدلالة على أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة يكون باطلا، وإنما لا بدّ أن يباشره الوليّ نيابة عنها[9].

---

(1)- سورة البقرة، الآية رقم 232.

(2)- سورة النور، الآية رقم 32.

(3)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص33.

(4)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص244.

(5)- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب في الولي، ج2، دار الحديث، حديث رقم 2083، حمص، سوريا،(د س ن)، ص 39.

(6)-سبق تخريجه.

(7)- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الولي، حديث رقم 1101، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت،(د س ن)، ص 398.

(8)- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882،ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان ،(د س ن)، ص ص 605-606.

(9)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص245.

ثانيا: الرأي الثاني

وإليه يذهب أبو حنيفة، ويقرّ بأنه: يجوز للمرأة البالغة الراشدة أن تبرم عقد الزواج بنفسها من دون وليّ. ويكون الزواج صحيحا نافذا ولازما[1].

وأدلة هذا الرأي

1. من الكتاب

قوله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾[2] فهذه الآية أسندت النكاح إلى المرأة، فدلّ هذا على أن عقد الزواج الذي يصدر عن المرأة يعتبر صحيحا، من غير توقف على إذن الوليّ أو مباشرته إيّاه[3].

2. من السّنة النّبوية الشّريفة

قوله صلّى الله عليه وسلّم:« الثيب أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها»[4].

وقال الأحناف بأنه: يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تتزوج برأيها وحدها، ويستوي في ذلك أن تكون المرأة ثيبا أو بكرا[5].

ثالثا:الرأي الثالث

واليه يذهب الإمام محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، حيث يرى أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة يكون صحيحا، لكن موقوفا على إجازة الوليّ، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل[6].

بطل[6].

رابعا: الرأي الرابع

---

(1)–جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص245.

(2)– سورة البقرة، الآية رقم 230.

(3)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص246.

(4)– سبق تخريجه.

(5)– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (مقدمات الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ، بن عكنون ،الجزائر، 2005، ص124.

(6)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص248.

واليه يذهب الشيعة الجعفرية، حيث يرون أن الثيب الراشدة لا ولاية لأحد عليها، ومثلها مثل البكر الراشدة التي ليس لها أب أو جد، فإذا باشرت المرأة عقد الزواج في هاتين الحالتين فإنه يكون صحيحا، ولو بغير كفء، وبأقل من مهر المثل[1].

*** موقف المشرع الجزائري من حضور الوليّ**

نصت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالقانون رقم 02/05 « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره»[2] فالقانون لما نص على أن المرأة الراشدة هي من تعقد زواجها بحضور وليّها، جعل المشرع حضور الوليّ عقد الزواج شرطا للزومه، بمعنى أن المرأة الراشدة إذا زوّجت نفسها بدون حضور وليها، كان الزواج موقوفا على إجازة الوليّ، والدليل على ذلك أن النص عبّر« تعقد المرأة» بما مؤداه أنها إذا عقد زواجها انعقد العقد صحيحا، ولكن حضور الوليّ جُعِلَ لإجازة العقد[3].

أما القانون المغربي فنص في المادة 25 من مدونة الأسرة على أنه:« للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوّض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، واضح بأنه لم يشترط الولاية في الزواج من خلال إلزامية حضور الوليّ في عقد الزواج، وإنما إذا حضر فبصفته مُفَوَّضاً منها بمباشرة عقد الزواج بدلا عنها»[4].

الفرع الثاني: معرفة الوليّ لرضا المولى عليها

نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي»[5].

فمن خلال المادة التعبير عن الرضا يكون بالإيجاب والقبول، أي يعلن الزوج رغبته في الزواج من امرأة، وتعلن الزوجة موافقتها[6]. وما يهمّنا هنا هو رضا المرأة، ولا يكفي وجود الرضا بالزواج، وإنما يجب أن يكون صحيحا، والرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كانت إرادة كل من

---

(1)– نفس المرجع والصفحة.

(2)– المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.

(3)– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص52.

(4)– مدونة الأسرة المغربي لسنة 2008، الباب الثاني: الزواج، الكتاب الأول: الزواج، القسم الأول: الخطبة والزواج.

(5)– المادة 4 قانون الأسرة الجزائري.

(6)– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر، 2013، ص38.

أطراف عقد الزواج سليمة، خالية مما يعيبها، كالإكراه مثلا كأن يقوم الوليّ بإكراه المولى عليها، خلافا لإرادتها في الزواج[1]. ويختلف رضا المرأة باختلاف كونها ثيبا أو بكرا.

1- رضا الثيب

اتفق الفقهاء على أنّ إذن الثيب ورضاها يحصل بالقول أو الفعل[2]، لأنها مارست مباشرة الأزواج ومعاشرتهم فذهب عنها الحياء[3]، وتُعَبِّرُ المرأة بالقول عن استئذانها للزواج من طرف الوليّ كقولها: « رضيت» أو « أذنت فيه»[4] وإن سكتت فسكوتها لا يدل على الرّضا لقوله صلّى الله عليه وسلّم:« البكر تستأمر والثيب تشاور»[5] ولها تجربة سابقة بالزواج، فلا تستحي تستحي من إبداء رأيها[6].

أما رضا المرأة عن طريق الفعل فكأن يظهر منها بعد خطبتها، التهيؤ والسرور، أو الاستعداد بأمور خاصة لأنها ستتزوّج، وقبولها التهنئة ونحو ذلك مما يعد في العرف من علامات الرضا[7].

وعلى ذلك إذا استأذنت الثيب فَسَكَتَتْ[8]، فسكوتها لا يعدّ رضا بالزواج[9].

2- رضا البكر

البكر عادة تستحي عن النطق بالإذن بالنكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال، لذلك اعتبر سكوتها رضا، حتى لا تتعطل عليها مصالحها[10].

---

(1)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص42.

(2)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص179.

(3)- أ. د. محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص226.

(4)- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربني، مغني المحتاج إلى المعرفة، ألفاظ المنهاج، ط1، ج 3، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1997، ص198.

(5)- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، الجزء الثالث، ط 1، رقم الحديث 7134، دار الفكر، بيروت، لبنان،1991، ص 5.

(6)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص260

(7)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص179-180.

(8)- نفس المرجع، ص180.

(9)- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، طبعت بمطبعة السعادة ، مصر،(د س ن)، ص157.

(10)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص180.

والأصل أن السكوت بمجرده لا يتضمن دلالة القبول، لأن الرضا عمل ايجابي كتهيؤ المرأة وسرورها بأمور خاصة بالزواج، والسكوت شيء سلبي كامتناعها مثلا عن تحضيرات عقد الزواج[1] .على حسب قاعدة فقهاء الشريعة الإسلامية المشهورة « لا ينسب لساكت قول، ولكن ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

إلا أن السّنة النّبوية الشّريفة قد اعتبرت سكوت البكر أثناء استئذانها للزواج بمثابة قبول ضمني[2]، وفقا لقوله عليه الصلاة والسلام: « الأيّم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[3].

ويجب إخبار البكر التي سكتت حياءًا، بأن سكوتها يعد قبولا[4]، أما الخرساء فإنها تزوّج بإشارتها المفهمة، أو بكتابتها المستبينة قياسا على سائر العقود التي تصدر عنها[5].

أما قانون الأحوال الشخصية اليمني فينصّ في المادة 23 منه:« يشترط رضا المرأة، ورضا البكر سكوتها، ورضا الثيب نطقها»[6].

وهذا ما تطرقنا له سابقا.

وكذلك يختلف التعبير عن الرضا فقد يكون بالضحك، لأن الضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف ما إذ عبّرت عن ذلك بالبكاء[7].

وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، أما إذا بكت دون صوت لم يكن ردًا.

إلا أن الصحيح في مثل هذه الحالات قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن دلّ حالها على أن البكاء أو الضحك دليل الرضا اعتبر رضا، وإن دلّ على أنه دليل الرّد كان ردًّا[8].

---

(1)– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، المرجع السابق، ص144.

(2)– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 144.

(3)– محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الزواج والعدل بين الزوجات وتربية الأولاد والعدل بينهم وتحسين أسمائهم ، حديث رقم 1941، ط1 ،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص351.

(4)– د/ حكيمة الحطري، مجلة الفقه والقانون، المرأة المغربية وقانون الأسرة موضوع المشاركة في المؤتمر الدولي، المرأة المتوسطية والمعرفية، 2009، ص8.

(5)–قانون الأحوال الشخصية اليمني، وزارة الشؤون القانونية أكتوبر2008، ط5، الباب الثاني: عقد الزواج، الفصل الثاني: الولاية في الزواج.

(6)– أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص180.

(7)– د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص130.

(8)– نفس المرجع والصفحة.

***موقف المشرع الجزائري من رضا المرأة بالزواج**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة 13 منه تنص على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[1].

مما يدل على أن المولى عليها (القاصرة) التي هي تحت ولاية الولي سواء كان هذا الولي أبا، أو غيره إجبارها على الزواج، ولا يمكن له أن يزوجها بإكراه، وإنما له أن يزوجها باختيارها وموافقتها ورضاها، دون أي ضغوطات في ذلك.

أما بالنسبة للمرأة الراشدة كذلك فلها أن تعقد زواجها بإرادتها ورضاها، وذلك بحضور الولي، سواء كان هذا الولي أبا أو شخص آخر تختاره، فالمشرع الجزائري قد منح لها الحرية في اختيار أي شخص يكون وليا في عقد زواجها، كما جاء في المادة 11 قانون الأسرة الجزائري: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره"[2].

الفرع الثالث: اختيار الوليّ الكفء للمولى عليها

قبل التطرق لوظيفة اختيار الكفء لا بد من تعريفها

أولا: تعريف الكفاءة

الكفاءة لغة: المماثلة والمساواة ويقال: كَافأه مكافأة وكفاءً، ماثله[3].

ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَمۡ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدُۢ ۝٤ ﴾[4] أي لا مثيل له.

---

(1)- المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

(2)- المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.

(3)- محمد بن مكرم المصري الأفريقي ابن منظور، المجلد الخامس، الجزء 46، المرجع السابق، ص3892.

(4)- سورة الإخلاص، الآية رقم 4.

الكفاءة شرعا: هي مساواة الزوج زوجته في المنزلة بحيث لا تكون للزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعير بهذه المصاهرة حسب العرف.

وقد خصّ الفقهاء أن الكفاءة تتحقق في أمور ستة وهي: المساواة بينهما وأن عدم المساواة فيها أو في أحدها مفوِّتٌ للكفاءة وهي التي جمعها بعضهم في قوله.. نسب، وإسلام، كذلك حرفة حرية، وديانة، مال فقط[1].

ثانيا: آراء الفقهاء في اعتبار الكفاءة

اختلف فقهاء الشريعة في اعتبار الكفاءة في الزواج وعدم اعتبارها إلى فريقين[2]:

أولا: الرأي الأول: يرى باعتبارها مطلقا لقوله عزّ وجلّ: ﴿ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ ﴾[3]

فالكفاءة حسب هذا الرأي ليست شرط صحّة للزواج، ولا شرط لزوم، فيصحّ الزواج ويلزم سواء كان الزوج كفئا أم غير كفء، فهو يدل على المساواة المطلقة وعلى عدم اشتراط الكفاءة[4].

ثانيا: الرأي الثاني: وهم جمهور الفقهاء وذهبوا إلى القول باعتبارها، على خلاف بينهم في الأمور التي تعتبر فيها، وذلك لأن عقد الزواج يقصد به إنشاء أسرة منسّقة منسجمة ومتعاونة، تتوافق فيها أهداف الزوجين، ولا يتحقق إلا بين المتكافئين[5]، وفي ذلك يقول الرّسول عليه الصلاة والسّلام:« لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء»[6]. فالكفاءة حسب هذا الرأي شرط في لزوم الزواج، لا شرط صحة فيه[7].

ثالثا: ما تكون فيه الكفاءة

اختلف الفقهاء في خصال الكفاءة، فعند المالكية اثنان هما الدين والحال، أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب، وعند الجمهور ستة: هي: الدين، الإسلام، الحرية، النسب، المال، والحرفة على خلاف في بعضها[8].

---

(1)- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص69.

(2)- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص47.

(3)- سورة الحجرات، الآية 13.

(4)- سورة الحجرات، الآية 13.

(5)- د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص66.

(6)- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص47.

(7)- د/ عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص67.

(8)- نفس المرجع، ص68.

– فمن حق الوليّ اختيار الكفء لمن هي تحت ولايته، لأن الزوج الكفء ضروري لتحقيق مقاصد النكاح، إذا بالكفء تَصِّحُ الحياة الزوجية غالبا، لأنه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها، مما يؤدي إلى دوامها واستمرارها.

وللوليّ أن يرفض نكاح المرأة البالغة العاقلة إن زَوَّجَتْ نفسها من غير كفء، عند من يقول بصحّة نكاحها بنفسها، لأن مثل هذا النكاح يمس مصلحة الوليّ واعتباره، كما يمسّ مصلحة من هي تحت ولايته[1].

***موقف المشرع الجزائري من شرط الكفاءة**

المشرع الجزائري لم ينظم هذا المبدأ منفصلاً بل أدخله ضمن تفاصيل العقد، وربما وجود الوليّ كركن أساسي في إبرام العقد دليل على اعتبار شرط الكفاءة حق للوليّ، وله سلطة الاعتراض في اختيار المرأة للزوج غير الكفء، وهذا يعد تقصيرا من المشرع الجزائري، كما أن الإحالة الى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري لا يَحُلُّ المشكل فكان من الأحسن تبني موقفا واضحا من حيث حق الكفاءة باعتباره إمّا حقٌ مطلق للمرأة، أو حقٌ مشترك بينهما، أي بينها وبين وليّها، كما كان على المشرع الجزائري تبنّي اتجاه من اتجاهات الفقهاء الأربعة في مجال الكفاءة[2].

الفرع الرابع: النظر في المهر

رابع وظيفة للولي عند تزويج المولى عليها.

أولا: تعريف الصداق

عرف الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها[3]. وعرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري المعدّلة بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005 « بأنه هو ما يُدْفَعُ للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا»[4] ثم أضافت بأنه ملك لها ان تتصرف فيه كما تشاء، وعرّفه الفصل السادس عشر من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنه: هو ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج، وهو نفس التعريف الذي تضمّنه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية هو: كل ما هو مقوَّماً بمال

---

(1)– نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص255–256.

(2)– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د ط ، دار هومة، الجزائر، 2004، ص67.

(3)– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص46.

(4)– المادة 14 قانون الأسرة الجزائري.

ومباح، يصلح أن يكون مهرا، وهو ملك للزوجة ولها حرية التصرف فيه لقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُوا ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ﴾[1].

ثانيا: وجوب الصداق

المهر حق خالص للمرأة أوجبه الله تعالى تطييبا لخاطرها، وتأليفا لقلبها حيث يقول عزوجل: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ﴾[2]

والنحلة هنا ما لا عوض عليه، فالمهر نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهنّ، لا عن عوض الاستمتاع بها، لأنها تستمتع به كما يستمتع بها، ويلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه[3]، فللوليّ حق النظر في المهر، وذلك إذا تزوجت المولى عليها بأقل من مهر المثل فللوليّ حق الاعتراض[4].

ثالثا: أنواع المهر

يقسم المهر إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فيكون محددا في حال الاتفاق على مقداره، وقد لا يكون محددا فيجب فيه مهر المثل، ويقسم باعتبار آخر إلى معجّل ومؤجّل، ويقسم باعتبار ثالث إلى ما يجب أداؤه كلّه أو نصفه، أو مقدار غير محدد يزيد وينقص بحسب حال الزوج[5].

أ. المهر المسمى

وهو المهر الذي تم الاتفاق عليه في العقد، أو قدر بعده بتراضي الطرفين، كما إذا عقد العقد بدون تسمية للمهر، ثم اتفقا بعده على قدر معيّن، فيكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة[6].

ب. مهر المثل

---

(1)- سورة النساء، الآية 4.

(2)- سورة النساء، الآية 4.

(3)- طاهري حسين، المرجع السابق، ص41.

(4)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص132.

(5)- د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص261.

(6)- طاهري حسين، المرجع السابق، ص42.

وهو الذي لم يسمى في العقد فيكون مهر المثل مهما بلغ[1]. والمراد بمهر المثل كما يقول النووي: « القدر الذي يرغب به في أمثالها، والمرأة التي يعتبر فيها المماثلة ما كانت من جهة أبيها كأخواتها وعمّاتها، ولا ينظر إلى مثيلاتها من قبل أمها[2].

فالمهر حق خالص للمرأة، والأولياء في الجاهلية كانوا يستحوذون على مهور مولياتهم، إلى أن جاء الإسلام فجعل المهر حق خالص للمرأة[3].

والوليّ يحدد المهر في حالة عدم اتفاق الطرفين على تسمية المهر، فيحدد مهر مثيلاتها من أقاربه. وإن زَوَّجَتْ البالغة العاقلة نفسها بدون رضا الأولياء، يجب كمال مهر المثل وفقا لمذهب أبي حنيفة، خلافا لأبي يوسف ومحمد، فعندهم لو زَوَّجَتْ البالغة العاقلة نفسها من كفء بأقل من مهر المثل لزم النكاح[4].

المطلب الثاني

مباشرة الوليّ زواج المولى عليها

يرى جمهور الفقهاء ضرورة وجود الوليّ في عقد الزواج، واستدلوا بأدلة من القرآن الكريم والسّنة النّبوية الشّريفة[5].

أولا: من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿ تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ ﴾[6] فالآية الكريمة تؤكد ضرورة الوليّ في عقد الزواج، وتنهي الأولياء عن منع المرأة من الزواج[1]. **وقوله أيضا:** ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾[2].

---

(1)- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتب الجامعي الحديث للنشر،الازاريطة ،الاسكندرية ، 2005، ص45.

(2)- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص261.

(3)- محمد عاطف عبد المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص41.

(4)- محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، الأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية، الأزاريطة، الإسكندرية، 1999، ص 70.

(5)- عيسى حداد، المرجع السابق، ص129.

(6)- سورة البقرة، الآية 232.

ثانيا: من السّنة النّبوية الشّريفة

قوله صلّى الله عليه وسلّم:« أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل»[3].

وقوله صلّى الله عليه وسلّم:« لا تُزَوِّجُ المرأة المرأة، ولا تُزَوِّجُ المرأة نفسها»[4] فهذان الحديثان أول ما استدل به الجمهور على ضرورة الوليّ في عقد النكاح[5].

وعلى ذلك فإن تَوَلَّتْ المرأة عقد زواجها بنفسها، كان العقد غير صحيح لمخالفة ما جاء في السنة[6].

أما الحنفية قالوا أن كل الأحاديث التي يفيد ظاهرها اشتراط الوليّ في التّزويج فهي خاصة بالصغيرة التي لا تتصرف بإرادتها، عكس المرأة الراشدة العاقلة التي يحق لها الزواج بمفردها، وقاسوا في ذلك عقد النكاح على عقد البيع[7].

وتختلف آراء الفقهاء حول تزويج المولى عليها باختلاف حال المرأة إن كانت ثيبا أو بكرا، وهذا ما سنراه لاحقا.

الفرع الأول: تزويج الوليّ البكر الصغيرة

قبل التطرق لتزويج الولي البكر الصغيرة لابد من تعريف البكر.

أولا: تعريف البكر

المراد بالبكر هي التي لا تزال على أصل خلقتها، لم يخالطها رجل في نكاح أو غيره، ويلحق بها من زالت بكارتها بوثبة، أو بأصبع، أو بجراحة، أو كانت بأصل خلقتها[8].

ثانيا: آراء الفقهاء في تزويج البكر الصغيرة

---

(1)- عيسى حداد، المرجع السابق، ص129.

(2)- سورة النساء، الآية 25.

(3)- سبق تخريجه.

(4)- سبق تخريجه.

(5)- عبد الرحمان بن محمد بن عوض الجزيري، المرجع السابق، ص30.

(6)- د/ عبد الحكيم محسن عطروش، مجلة الفقه والتعاون، حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، جامعة عدن، 2009، ص5.

(7)- عبد الرحمان بن محمد بن عوض الجزيري، المرجع السابق، ص30.

(8)- د/ محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص233.

اتفق العلماء على أن البكر الصغيرة يجوز لأبيها أن يجبرها على الزواج، وليس عليه أن يستأذنها، بل أن عبارتها ساقطة فرضاها وعدمه سواء[1].

وقال ابن المنذر: « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز »[2].

الفرع الثاني: تزويج الوليّ البكر البالغة العاقلة

اختلفت آراء الفقهاء حول تزويج البكر البالغة العاقلة.

أولا: الرأي الأول

ليس للأب إجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج من دون استئذانها، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأحمد في رواية[3]. فإن زوّجها الأب من غير استئذان فالعقد باطل[4]. وكان العقد موقوفا على رضاها[5].

ويطالب الوليّ بتزويجها كي لا تنسب إلى الوقاحة[6]، وأيضا لأنها تجهل أمور النكاح[7].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي:

– قوله صلّى الله عليه وسلّم: « لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكتْ[8].

– وما روي عن ابن عباس أن جارية بكرا أتتْ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فذكرت أن أباها زوّجها وهي كارهة فخيّرها النبيّ صلّى الله عليه وسلّم[9].

– ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يَجُزْ إجبارها كالثيب والرجل[1].

---

(1)– د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص57.

(2)– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)– نضال محمد عبد المعطي أو سنينة، المرجع السابق، ص134.

(4)– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص128.

(5)– نضال محمد عبد المعطي أو سنينة، المرجع السابق، ص134.

(6)– محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص48.

(7)– د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص58.

(8)– محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها،حديث رقم 5136، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ص 1018.

(9)– محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص49.

ثانيا: الرأي الثاني

واليه ذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه[2]، إلى أن البكر البالغة العاقلة يحق لأبيها إجبارها على الزواج وإن كان يستحبُ له استئذانها[3].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي:

-قوله صلّى الله عليه وسلّم: « الأيّم أحق بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[4]

ثالثا: الرأي الثالث

واليه ذهب الجمهور على أن استئذان البكر البالغة أمر لا بدّ منه، فلا ينعقد الزواج من غير رضاها، ولو كان الأب هو العاقد، لأن الكل متفقون على أن الأب لا يملك التصرف في مال ابنته البكر البالغة بغير رضاها، فكيف يملك التصرف في زواجها ومستقبلها، والزواج فوق المال، والضّرر الذي ينتج عن المال أمر هيّن بجانب الضّرر في حسن اختيار الزوج، وهذا أوفقْ لروح الشريعة[5].

الفرع الثالث: تزويج الوليّ الثيب الصغيرة

قبل التطرق لتزويج الولي الثيب الصغيرة لا بد من تعريفها.

أولا: تعريف الثيب

هي كل من زالت بكارتها بوطء في نكاح صحيح، أو فاسد، أو وطء بشبهة، ويلحق بالثيب كل امرأة اشتهرت بالمخالطات المحرّمة، ومثل الثيب أيضا من زالت بكارتها بالزنا، لكن هذه تستنطق بالأدب[6].

ثانيا: آراء الفقهاء في تزويج الثيب الصغيرة

تختلف آراء الفقهاء حول تزويج الثيب الصغيرة.

---

(1)- نفس المرجع والصفحة.

(2)- نفس المرجع والصفحة.

(3)- د/ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص58.

(4)- سبق تخريجه.

(5)- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص128.

(6)- د/ محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص232.

1- مذهب الحنفية

للأب إجبار الثيب الصغيرة على الزواج، لأن علّة ولاية الإجبار هي الصِّغَرْ وهذه صغيرة[1]، وضعف العقل وعدم إدراك المصلحة في التصرفات، وبتوفر هذه العلّة جَازَ إجبارها على الزواج كالبكر الصغيرة[2].

2- مذهب الشافعية والحنابلة

ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى انه لا يجوز تزويج الثيب الصغيرة بدون إذنها[3]. ولما كان إذن الصغيرة غير معتبر وجب التّأني بها حتى تبلغ ويؤخذ إذنها[4].

وأدلّتهم:

قوله صلّى الله عليه وسلّم: « الأيّم أحق بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[5]

والحديث لم يفرّق بين الثيب الكبيرة والصغيرة، فمدار ولاية الإجبار عند الشافعية هي البكارة[6]، وهذه ثيب فلا إجبار عليها[7].

الفرع الرابع: تزويج الولي الثيب البالغة العاقلة

الثيب البالغة العاقلة لا يملك أحد تزويجها بغير إذنها، وهذا باتفاق الفقهاء، إذ لا خلاف في الثيب البالغة العاقلة[8]. واستدلوا بالأدلة الآتية:

- قوله صلّى الله عليه وسلّم: « ليس للوليّ مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها»[9]

---

(1)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002 ، ص253.

(2)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص48.

(3)-نفس المرجع والصفحة.

(4)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص254.

(5)- سبق تخريجه.

(6)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص48.

(7)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص254.

(8)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص.48

(9)- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب في الثيب،حديث رقم 2100 ،ج 2 ، دار الحديث، حمص، سوريا،(د س ن)، ص 579.

– عن أبي هريرة قال: قال رسول صلّى الله عليه وسلّم:« لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[1]

– قوله صلّى الله عليه وسلّم: « الثيب أحق بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[2]

– أنها راشدة عالمة بالمقصود من النكاح، فلم يجز إجبارها عليه[3].

– وما رُوِيَ أن الخنساء بنت خذام الأنصارية كانت تحت أنيس بن قتادة فقتل يوم أُحُدْ فزوّجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته، فأتتْ النبي صلّى الله عليه وسلّم فردّ نكاحه وتزوّجت أبا لبابة بن عبد المنذر[4].

*** موقف المشرع الجزائري من مباشرة الولي زواج المولى عليها**

طبقاً للقانون الجزائري فإنه يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، وهذا ما نصّت عليه المادتان 9 و10 من قانون الأسرة. لكن أن يكون ذلك بموافقة الوليّ، وهذا استنادًا لنص المادة 11 و13 من قانون الأسرة.

وهذا لأن الوليّ (الأب) يعرف مصلحة ابنته وتقديرها أكثر من إدراكها هي لمصلحتها، فهو ينظر بعين العقل والقلب، بينما المرأة تنظر بعين العاطفة فقط[5].

المطلب الثالث

الأثر المترتّب على تزويج الوليّ للمولى عليها

يختلف الأثر المترتب حول تزويج الأولياء للمولى عليها حسب الحالات وهذا ما سنراه لاحقا .

الفرع الأول: الوليّ هو الأب

إذا كان الوليّ هو الأب أو الجَدُ من جهة الأب أو الابن ولم يُعْرَفْ عنه سوء الاختيار[6]، الاختيار[6]، فالزواج صحيح نافذ لازم، ولا خيار عند البلوغ (خيار البلوغ)، أو الإفاقة (خيار الإفاقة)، حتى ولو كان الزواج من غير كفء، أو بأقل من مهر المثل[7].

---

(1)– سبق تخريجه.

(2)– سبق تخريجه.

(3)– أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص169.

(4)– محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص48.

(5)– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص126.

(6)– طاهري حسين، المرجع السابق، ص39.

(7)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص261.

– أما إذا كان الوليّ معروفا بسوء الاختيار، وكان الزواج من غير كفء وبمهر المثل، فالزواج صحيح نافذ لازم، ولا خيار عند البلوغ أو الإفاقة[1].

– أما إذا زوّجها الوليّ (الأب أو الجَدْ، أو الابن) بغير كفء، أو حصل التزويج بغير مهر المثل، بما لا يتغابن الناس فيه عادة، فإن العقد يكون غير صحيح، والسبب في هذا الحكم أن الوليّ لم يتوافر فيه كمال الرأي، كما في الغرض الأول[2].

الفرع الثاني: الوليّ غير الأب

إذا كان الوليّ غير الأب والجد والابن حتى ولو كانت الأم أو القاضي وزوّج المولى عليها بغير الكفء، أو زوّجها بغير مهر المثل، زيادة أو نقصا بما يتغابن فيه الناس عادة، فإن النكاح لا يصحُّ[3].

– وإذا حصل التزويج من كفء ومهر المثل فإن الزواج صحيح لكنه غير نافذ[4]، ومعنى غير غير نافذ أنه يثبت للمولى عليها التي زوّجها غير الأب بكفء ومهر المثل حق الخيار بعد البلوغ[5]. بالإضافة إلى أن هذا النوع من الأولياء فقد لا تتوافر فيه كمال الشفقة، وشدّة حرصه على مصلحة المولى عليها[6]، ويثبت لها خيار البلوغ أو خيار الإفاقة.

1– خيار البلوغ: إذا بلغت المولى عليها فلها الخيار، بمعنى إن شاءت قبلت الزواج، وإن لم تشأ لم تقبل.

وهذا رأي أبي حنيفة واحمد ثبوت خيار البلوغ، على أنه إذا بلغت الصغيرة فرض عليها بالقول، كأن تقول: رضيت أو تقول: أمضيت الزواج[7].

أو بالفعل كأن تقبل الصغيرة زوجها، أو تقبل ما يجيئها منه من نفقة أو كسوة[8]، فلا تُقْبَلُ منها منها دعوى الفسخ[9].

---

(1)– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2)– طاهري حسين، المرجع السابق، ص ص39–40.

(3)–طاهري حسين، المرجع السابق، ص40.

(4)– نفس المرجع والصفحة.

(5)– رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع لسابق، ص130.

(6)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص262.

(7)– محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص76.

(8)– نفس المرجع والصفحة.

(9)– طاهري حسين، المرجع السابق، ص40.

– أما سكوت الصغيرة لا يعدّ رضاً بالزواج إن كان زوجها المعقود له عليها قد دخل بها، وإن كان زوجها المعقود له عليها لم يدخل بها، اعتبر سكوتها المدّة التي كان يمكنها فيها الإشهاد على عدم الرّضا، وذلك اعتبار بحالة ابتداء الزواج، فإن سكوت البكر يعدّ إذنًا، وسكوت الثيب لا يعدّ إذنًا[1].

– وجهل الصغيرة أن لها حق اختيار الفسخ بعد البلوغ لا يعدّ عذرًا، وكذلك جهلها بالوقت الذي يكون لها فيه حق الخيار لا يعدّ عذرًا مقبولاً[2].

أما إن كان الاختيار هو التّمسك بالمطالبة بفسخ العقد، فيشترط أن يكون التّمسك بالمطالبة بالفسخ بعد البلوغ مباشرة مع العلم بالزواج[3].

فيجب عليها أن تعلن رغبتها في الفسخ أمام الشهود، ثم ترفع الأمر إلى القضاء متى شاءت طالبة من القاضي أن يفسخ هذا العقد، ويحكم القاضي بالفسخ[4].

2-خيار الإفاقة

وهو خيار يُثْبَتُ للمجانين والمعاتيه في حالات معيّنة، بمقتضاه يحقّ لهم بعد الإفاقة ، إمّا التّمسك بعقد زواجهم أمام القاضي كما ذكرناه سابقًا، وإمّا فسخ الزواج وهذا بنفس الشروط المذكورة سابقًا[5].

المبحث الثاني

سقوط ولاية التزويج عن الوليّ

تسقط ولاية التزويج عن الولي وتنتقل إلى الآخرين، وذلك عندما يكون ممارسة حقه في غير محله، وذلك عند عضله عن زواج المولى عليها، بالرغم من توافر الشروط، الرضا، والصداق، والكفء ويجبر موليته على الرفض، فيكون عاضلا وتنتقل الولاية إلى غيره، وكذلك تسقط الولاية عن الولي عند غيبته الطويلة، وفوات مصلحة المولى عليها بذلك، فتسقط الولاية

(1)– رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص131.

(2)–رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 131.

(3)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص262.

(4)– محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص77.

(5)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص262.

في هذه الحالة وتنتقل إلى غيره، ويتم تزويج المولى عليها في هذه الحالتين، إذ أن مصلحة المولى عليها أولى في ذلك.

المطلب الأول

عضل الوليّ عن تزويج المولى عليها

قبل التطرق لعضل الولي عن تزويج المولى عليها، وكيف يكون العضل لا بد من معرفة ما المقصود بالعضل.

الفرع الأول: معنى العضل

أ-لغة: العضل لغة هو الشِّدَةُ، والمَنْعْ والتَّضْيِيقْ.

ويقال: عضل الوليّ حرمته من التزويج، فقد منعهَا الحق الذي أبيحَ لها من النكاح إذا دعتْ إلى كفءٍ لها[1].

ب- شرعا: مَنْعْ المرأة التّزوج بكفئها إذا طلبتْ ذلك، ورغِبَ كلٌّ منهما أي الرجل والمرأة في الآخر، سواءً طلبتْ ذلك بمهر مثلها أو دونها[2].

واختلف الفقهاء متى يكون امتناع الوليّ بحق أو بغير حق؟

وتبعًا لاختلاف الأنظار والاجتهادات فيما هو أصلح للمرأة، وفيما يكون تصرف الوليّ في حدود ولايته شرعًا[3].

لكن أشهر ما ذكره الفقهاء هو امتناعْ الوليّ من تزويج المولى عليها بكفئها، أو لنقصان مهر مثلها، فيتّفقون على أن الوليّ إذا امتنعَ من تزويجها بخاطبها الكفء الذي رضيت به فهو عاضل لها[4].

---

(1)- محمد بن مكرم المصري الأفريقي ابن منظور، ج36، المرجع السابق، ص ص2988-2989.

(2)- سعود بن عبد العزيز، الإنصاف، ج8، ط1، 1956، ص75.

(3)- د/ عوض بن رجاء العوفي،ج2، المرجع السابق، ص137.

(4)- نفس المرجع، ص ص137-138.

الفرع الثاني: حكم العضل

العضل ظلم من الوليّ، وحرام عليه[1]،إذ لا يجوز للوليّ أن يعضل موليته من التّزوج بكفئها وبصداق مثلها.

قال ابن رشد: وافق العلماء على أنه ليس للوليّ أن يعضل وليّته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوّجها[2].

ومن الأدلة على تحريم العضل ما يلي:

قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[3]

الخطاب هنا في قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ موجه للأولياء كما اختاره أكثر المفسرين واليه ذهب جمهور الفقهاء[4].

وقد رويَ في مناسبة نزول هذه الآية أن معقل بن يسار زوج أختًا له من رجل فطلّقها حتى إذا انقضت عدّتها جاء يخطبها[5].

فقال له معقل: زوجتك و أفرشتك وأكرمتك فطلّقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود لك أبدًا، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله سبحانه وتعالى الآية.

قال معقل: الآن أفعل يا رسول الله: فزوّجها إياه[6].

الفرع الثالث: حالات عضل الوليّ

يكون العضل من الوليّ إذا دعتْ الحرّة البالغة العاقلة إلى النكاح من كفء، وبصداق المثل وجبَ على الوليّ ان يزوّجها[7].

والعضل لا يحصل من الوليّ إلا إذا رغبتْ المرأة في الزواج من كفء، أما إذا رغبتْ في غير كفء كان له الامتناع ولا شيء عليه، لأن له حق في الكفاءة[1].

---

(1)- محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص89.

(2)- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، المرجع السابق، ص266.

(3)- سورة البقرة، الآية 232.

(4)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص140.

(5)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص56.

(6)- نفس المرجع والصفحة.

(7)- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، المرجع السابق، ص89.

واختلف الفقهاء فيما لو رغبتْ المرأة الزواج من كفء بدون مهر مثلها، هل يجوز للوليّ عضلها عن الزواج في هذه الحالة؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين[2]:

المذهب الأول: مذهب الحنفية

للأولياء منعها من الزواج بدون مهر مثلها، ولا يكون في ذلك عاضلاً، لأنه إن تزوجت بدون مهر مثلها فهو عار في ذلك يلحق الوليّ، وضرر يلحق بنسائها لنقص مهر المثل[3].

المذهب الثاني: مذهب الشافعية

ذهب إليه الشافعي وأحمد وصاحب أبي حنيفة[4]، إلى أنه ليس للوليّ منعها من الزواج، لأن المهر خالص حقها، وعوض يختص بها، فلا يمكن للوليّ الاعتراض عليها[5].

لأن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال لرجل أراد أن يزوّجه: « التمس ولو خاتمًا من حديد»[6].

ولأن لها إسقاط المهر كلّه بعد وجوبه فبعضه أولى[7].

وإذا أرادت المرأة أن تتزوج من كفء وأراد وليّها تزويجها من كفء آخر، كان للوليّ ذلك في رأي الشافعية، ويستحبّ للأب أن يستأذنها وأن لا يفعل ذلك بغير رضاها.

والرأي الثاني للشافعية: يعتبر عاضلاً في هذه الحالة[8].

أما الحنفية والمالكية عندهم يعتبر عاضلاً بذلك[9].

وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يكون عاضلاً[10].

---

(1)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص274.

(2)- د/ أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص ص190-191.

(3)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص274.

(4)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص56.

(5)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص274.

(6)- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، حديث رقم 5135، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ص 1018.

(7)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص56.

(8)- نفس المرجع والصفحة.

(9)- نفس المرجع، ص37.

(10)- د/ احمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص191.

الفرع الرابع: انتقال الولاية

اتفق الفقهاء على سقوط حق الأقرب في الولاية، إذا ثبت عضله وانتقالها إلى غيره[1]. واختلفوا فيمن يزوجها إذا عضلها وليّها الأقرب أي لمن تنتقل الولاية بعد ذلك إلى رأيين[2]:

الرأي الأول: أنه يزوجها من يليه من الأولياء[3]، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، أي إذا عضل الوليّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الوليّ الأبعد[4]، وبه قالت الشافعية إذا كان العضل بتكرار من الوليّ الأقرب على أنه يصير بذلك فاسقًا، ولا ولاية للفاسق عندهم[5].

ووجهة نظرهم تنتقل الولاية، لأنه تعذّر التزويج من جهة الأقرب، فملكها الأبعد كما لو جنّ الوليّ الأقرب[6].

الرأي الثاني: وهو رأي الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه: إلى انه إذا عضل الوليّ انتقلت الولاية للحاكم أي القاضي، ولا تنتقل إلى الوليّ الأبعد[7].

ودليل هذا القول:

– قوله صلّى الله عليه وسلّم: « فالسلطان وليّ من لا وليّ له»[8]

– لأن النكاح حق للمرأة، فإن تعذّر من جهة وليّها كان للحاكم استيفاؤه، كما لو كان على رجل دين فامتنع من أدائه، فإن الحاكم يقوم باستيفائه[9].

– لأن العضل ظلم، وولاية رفع المظالم عن الناس إنما هي حق للحاكم[10].

*** موقف المشرع الجزائري من العضل**

---

(1)– د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص142.

(2)– أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ج9، المرجع السابق، ص382.

(3)– د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص142.

(4)– د/ أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص 194.

(5)– د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص142.

(6)– محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 57.

(7)– د/ أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص 194.

(8)– سليمان بن الأشعث السجستاني، أبي داوود، كتاب النكاح، باب في الولي،حديث رقم 2083 ، ج 2، دار الحديث، حمص، سوريا، (د س ن)، ص 568.

(9)– د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص143.

(10)– محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص57.

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة، فبالرغم من أنه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة فقط، لأن الراشدة هي تتولى زواجها بنفسها[1].

وكان العضل منصوص عليه في المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل، بحيث جاء فيها أنه في حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج[2].

فالتعديل الجديد ألغى هذا النص، وبالتالي العودة إلى أحكام المادة 222 من ق أج التي تُحِيلُ إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث يمكن للقاضي التدخل لحلِّ الموقف حسب ما يراه مناسبًا، لأن الولاية تسقط عن الوليّ في حالة منعه وهذا ما اقرّه الفقه الإسلامي[3].

المطلب الثاني

غيبة الولي

تسقط ولاية التزويج عن الوليّ أيضًا بغيبة الوليّ وهذا ما سنراه في هذا المطلب بحيث قسّمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع .

الفرع الأول: معنى غيبة الولي

ويكون ذلك بغياب الوليّ الأقرب المستكمل لشروط الولاية، ووجد خاطب كفء لا ينتظر حضور الوليّ[4]، وكان في انتظار رأيه فوات مصلحة المولى عليها في الزواج[5]. إذ أن الأولياء مرتبون حسب استحقاقهم الولاية ترتيبًا دقيقًا، بحسب السبب الذي يستحقون به الولاية، ثم بحسب جهتهم التي يدلون بها المولى عليها، ثم بحسب درجتهم في هذه الجهة، ثم بحسب قوّتهم في الدرجة[6].

واختلفت آراء الفقهاء فيمن يزوّجها إذا غاب الوليّ الأقرب إلى أقوال.

---

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص69.

(2)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 69.

(3)- نفس المرجع والصفحة.

(4)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص55.

(5)- د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص143.

(6)- محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص88.

القول الأول: جاء في المبسوط في الفقه الحنفي، والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو أخذ رأيه، فات الكفء الذي حضر لها، فالغيبة في هذه الحالة منقطعة، وإن كان لا يفوت الكفء، فالغيبة ليست منقطعة[1].

فالولاية تنتقل من الوليّ الأقرب إلى الوليّ الأبعد، إذا كانت غيبة الوليّ منقطعة تخشى معها فوات الكفء[2].لأن بالغيبة المنقطعة تتضرّر المرأة إن قدم إليها الكفء، والضّرر ممنوع شرعًا[3]، لقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار»[4].

القول الثاني: وهو قول المالكية بأن الوليّ المجبر الأقرب إذا كانت غيبته بعيدة أي طويلة، يتولى الحاكم تزويج ابنة الغائب دون غيره من الأولياء، ولا يجوز تزويجها في غيبة قريبة، لا من الحاكم ولا من غيره بدون إذن من الوليّ المجبر[5].

ويفسخ النكاح إذا زوّجها الحاكم أو غيره من الأولياء، ولو أجازه الوليّ المجبر بعد علمه[6].

القول الثالث: وهو قول الشافعية بأنه يزوّجها الحاكم وأدلّتهم[7]، قوله صلّى الله عليه وسلّم:

« السلطان وليّ من لا وليّ له»[8]

وذهب الشافعية في رواية إلى القول أن الولاية في التزويج عند غيبة الوليّ الأقرب منقطعة أي تنتقل إلى القاضي، وذلك لأن الغائب هو وليّ التزويج، فإذا تعذّر حضوره ناب عنه القاضي[9].

القاضي[9].

القول الرابع: ذهب الشافعية إلى أن الغيبة المنقطعة هي ما لا تُقْطَعُ إلا بكُلْفَةٍ ومشقّةٍ[10].

---

(1)- د/ أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص187.

(2)- أسامة ذيب سعيد مسعود، المرجع السابق، ص66.

(3)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، ص146.

(4)- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، 2004، ص304.

(5)- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج36، المرجع السابق، ص322-323.

(6)-نفس المرجع والجزء، ص323.

(7)- د/ سالم بن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص276.

(8)- سبق تخريجه.

(9)- أسامة ذيب سعيد مسعود، المرجع السابق، ص67.

(10)-د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص151.

وقالوا إن كان الأقرب أسيرًا أو محبوسًا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته، أو تعذّر فزوّجها الوليّ الأبعد صحّ الزواج، لأنه صار كالبعيد ويصحّ كذلك إذا كان الوليّ الأقرب غائبًا لا يعلم محلُهُ أقريب أم بعيد؟ أو علم أنه قريب المسافة ولم يعلم مكانه[1].

الفرع الثاني: حدّ الغيبة

اختلف الفقهاء حول حدّ الغيبة التي يجوز فيها للوليّ الأبعد أو السلطان تزويج المرأة إلى أقوال:

أ- **مذهب الحنفية:** اتفق الحنفية على أن الغيبة التي يجوز لغير الوليّ الأقرب تزويج المرأة فيها على أنها الغيبة المنقطعة واختلفوا متى تكون الغيبة منقطعة إلى أقوال[2].

- أن يكون الوليّ في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرّة واحدة وهو اختيار القدوري[3]. القدوري[3].
- أنها أدنى مدّة السفر، لأنه لا نهاية لأقصاه، وهو اختيار بعض المتأخرين.
- أنها الغيبة التي يفوت الكفء لو انتظر استطلاع رأي الوليّ الأقرب.
- وقيل من جابلقا إلى جابلتا وهما قرينتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب، وهي رواية عن أبي يوسف[4].
- قيل أيضا من بغداد إلى الرّي وهي رواية عن أبي يوسف ومحمد.
- مسيرة شهر فصاعدًا، وهي رواية عن أبي يوسف.
- وقيل: من الكوفة إلى الرّي، وهي رواية عن محمد.
- وقيل أيضا: من الرّقة إلى البصرة، وهي رواية عن محمد.
- وقيل: إذا كان جوّالا من موضع إلى موضع فلا يوقف له أثر[5].

---

(1)- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج36، المرجع السابق، ص ص322-323.

(2)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص152.

(3)- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإسلامية، ج36، المرجع السابق، ص ص322-323.

(4)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص152.

(5)- د/نفس المرجع ، ج 2، ص ص152-153.

ب-مذهب المالكية: حدّ الغيبة عند المالكية مسافة عشرة أيام ذهابًا، وحدّ الغيبة البعيدة ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر على اختلاف القولين. والغيبة المتوسطة بين هذين الحدّين وهذا كله في غياب الوليّ المجبر[1].

أما غيبة الوليّ غير المجبر الأقرب فحدّها الثلاث فما فوق، فإذا غاب غيبة مسافتها من بلد المرأة ثلاثة أيام ونحوها ودعتْ لكفءٍ وأثبت ما تدّعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة فالحاكم يزوّجها لا الأبعد، وإن زوّجها الأبعد صحّ كذلك[2].

ج- مذهب الشافعية: حدّ الغيبة عند الشافعية هي مسافة القصر، وأما ما دونه ففيه قولان في المذهب أصحّهما: أنها لا تزوّج إلا بإذنه وقيل: بل تزوّج لكي لا تتضرّر بفوات الكفء الراغب في الزواج[3].

د- مذهب الحنابلة: ومذهب الحنابلة أشبه بمذهب الحنفية في هذه المسألة، ويتفق معه على أن المعتبر في الغيبة إنما هي الغيبة المنقطعة، ويختلفون في حدّها على أقوال هي:

- أنه من لا يصل إليه الكتاب أو يصل إليه فلا يجيب عنه.
- من لا تتردّد إليه القوافل في السنة إلا مرّة، لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر[4].
- أنها المسافة التي تقصر فيها الصلاة[5].
- أنه ما لا يقطَعُ إلا بكلفة ومشقّة.
- وقيل: ما تستضرّ به الزوجة.
- وقيل: ما يفوت به كفء راغب[6].

ويمكن حصر كل هذه الأقوال السابقة في قولين:

القول الأول: أنها الغيبة المنقطعة دون غيرها وإن اختلفوا في تحديدها، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والصحيح من مذهب المالكية[7].

---

(1)- وزارة الأوقاف والشؤون والإسلامية، ج31، المرجع السابق، ص323.

(2)- نفس المرجع والصفحة.

(3)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص155.

(4)- نفس المرجع، ص ص155-156.

(5)- د/ احمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص189.

(6)- د/ عوض بن رجاء العوفي، ج2، المرجع السابق، ص ص156-157.

(7)- نفس المرجع، ص156.

القول الثاني: أنها الغيبة التي تقصر في مثلها الصلاة، وهذا مذهب الشافعية[1].

الفرع الثالث: الفرق بين العاضل والغائب

الفرق بين الغائب العاضل هو أن غيبة الغائب أمر حسي مادي لا يقع اختلاف في تحققه، فبمجرد تحقق غيابه يعتبر كالمعدوم، وتنتقل الولاية إلى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر إلى القاضي[2].

أما عضل الوليّ فهو نظري تقديري ويمكن أن يكون امتناعه الذي يعده الوليّ الذي يليه عضلاً وظلمًا، وهو في الحقيقة ليس كذلك بل هو المصلحة، فيرفع الأمر إلى القاضي حتى إذا تبيّن أن الوليّ ظالم بامتناعه رفع الظلم وزوّجها القاضي[3].

*** موقف المشرع الجزائري من غيبة الولي**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص في نصوصه على غياب الولي في عقد الزواج، مما يدل على أنه يمكن لنا العودة إلى ما نصت عليه الشريعة الإسلامية على كل ما يخص الغيبة، سواء تعريفها، أو حد الغيبة، أو انتقال الولاية في حال غيبة الولي، وهذا ما نصت عليه المادة 222 قانون الأسرة الجزائري بنصها: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[4].

مما يدل على أننا نطبق على غيبة الولي كل ما جاء أو كل ما تعرض إليها الفقهاء من نقطة لتفصيل الغيبة في الولاية في الزواج.

لكن المشرع الجزائري لم يغفل عن تعريف الغائب بصفة عامة وإنما تم تعريفه في نص المادة 110 قانون الأسرة الجزائري: "**الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**"[5].

حسب هذه المادة الغائب من غاب تحت ظروف خارج إرادته، تمنعه بالرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة كأن يكون وليا في عقد زواج موليته، أو بواسطة وذلك لمدة سنة، ويتسبب غيابه في ضرر للغير ويعتبر كالمفقود. وأشار المشرع الجزائري كذلك في

---

(1)- فس المرجع والصفحة.

(2)- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص62.

(3)- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 62.

(4)- المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

(5)- المادة 110 قانون الأسرة الجزائري.

المادة87 ق أج على انه: يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

فمن خلال المادة الولاية على النفس تكون للأب على أولاده القصر، وتنتقل إلى الأم في حالة وفاته، وتنتقل كذلك الولاية على النفس للام في حالة غياب الأب في الأمور المستعجلة التي لا تحتمل التأخير.

أما في حالة وقوع الطلاق بين الزوجين فالولاية تكون لمن أسندت له حضانة الأولاد.

الخاتمة

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا هي:

– أن الولاية في النكاح هي شرع رباني فقد بينها الله ورسوله عليه الصلاة والسلام لرعاية شؤون المولى عليها من تدبير أمورها وشؤونها في مختلف جوانب حياتها، وهذا سواء كانت أنثى أو ذكر، فهو حق منحه الشارع لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره.

– أن الولي هو شخص منحه الشرع والقانون سلطة تولي أمور من تحت ولايته كتزويج المولى عليها.

– أن الولي بالرغم من أن له سلطة تزويج المولى عليها إلا أن سلطته تبقى مقيدة ومحدودة.

– أن شروط الولي هي عديدة، واتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر، وهي: العقل، البلوغ، الإسلام، الذكورة، العدالة، الرشد.

– أن الولاية تثبت للعصبات أولا، ولذوي الأرحام عند انعدام العصبات.

– اختلاف المذاهب حول ترتيب الأولياء، وذلك حول أسبقية الابن على الأب، أو الأب على الابن.

– عند تعدد العصبات بالنفس يكون التزويج بينهم وفق القواعد التالية:

1 . التقديم بالجهة وذلك أن العصبات جهات أربع، البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة، ففي هذه الحالة تقدم جهة النبوة على جهة الأبوة ثم الأخوة، ثم العمومة.

2. التقديم بالدرجة وذلك عند تساويهم في الجهة قدم الأقرب درجة، اذا وجد ابن وابن ابن، نقدم الابن على ابن ابن.

3. التقديم بقوة القرابة فإن استويا في الجهة والدرجة قدم الأقوى قرابة، وهذه القاعدة لا عمل بها في جهتي البنوة والأبوة، لأن العصبة فيهما لا يتساوون في الدرجة.

– وأن عمل هذه القاعدة تكون في جهة الأخوة والعمومة، وذلك من كانت قرابته لأبوين كأخ شقيق أولى مما تكن قرابته لأب كالأخ لأب.

– أن اجتماع الأولياء وإتحادهم في الجهة والدرجة والقوة كالأخوة الأشقاء، فإذا تقدم أحدهم وتولى تزويج المولى عليها يكون زواجا صحيحا باتفاق الفقهاء.

– أن الولاية عند انعدام العصبات تكون للحاكم عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة تكون الولاية عند انعدام العصبات للأقارب غير العصبات على حسب درجة القرابة ثم قوتها.

– أن أقسام ولاية التزويج هي قسمان ولاية إجبار وولاية اختيار.

– أن ولاية الإجبار هي ولاية الحتم والإيجاب، أي ولاية الاستبداد.

– اختلاف أراء الفقهاء حول شرط ثبوت ولاية الإجبار أهي البكارة، أم الجهل بمصالح النساء.

– ولاية الإجبار تثبت لبعض الأولياء على بعض المولى عليهم.

– أن ولاية الاختيار وهي الولاية التي تتلاقى فيها إرادة الولي مع إرادة المولى عليها ويشتركا في الاختيار.

– أن ولاية الاختيار تقع على الثيب البالغة العاقلة، فلا يجوز لأحد إجبارها على الزواج.

– أن الفقهاء على اختلاف حول الولاية الاختيارية.

– أن أسباب الولاية في النكاح هي خمسة.

- القرابة: وتعد أقوى أسباب الولاية في النكاح.
- الملك: وهو ملك السيد عبده أو أمته، فبمجرد ثبوت هذا الملك تثبت الولاية لهذا السيد.
- الولاء: وهو أن يسلم بعض الكفار على يدي رجل من المسلمين ويواليه، بأن يقول له أنت مولاي.
- الإمامة: وهي ولاية الحاكم أو نائب من القضاة على الأفراد في حالة عدم وجود ولي من القرابة.
- الوصاية: وهي ثبوت الولاية في هذه الحالة لوصي الأب.

– أن ثبوت الولاية بالإيصاء على خلاف بين الفقهاء.

– الرأي الأول تثبت الولاية بالإيصاء.

– الرأي الثاني لا تثبت الولاية ولا تستفاد.

– أن المشرع الجزائري لم يذكر لنا كامل القيود المتعلقة بشخص الولي، كأسباب الولاية في التزويج.

– أن صلاحيات الولي محدودة ب:

*حضور الولي عقد زواج المولى عليها.

*معرفة الولي لرضا المولى عليها .

– أن رضا المولى عليها يختلف كونها ثيبا أو بكرا.
– أن رضا الثيب يكون بالقول والفعل.
– أن رضا البكر يكون بالسكوت ويعتبر السكوت منها قبولا.
– أن التعبير عن الرضا يكون أيضا بالضحك.

*اختيار الولي الكفء للمولى عليها.

– أن الكفاءة هي مساواة الزوج زوجته في المنزلة، والإسلام، والحرفة.
– أن خصال الكفاءة كذلك مختلف حولها، فعند المالكية اثنان هما الدين والحالة، وعند الجمهور ستة، هي الدين، الإسلام، الحرية، النسب، المال، الحرفة.
– أن اختيار الكفء للمولى عليها هو حق للولي.
– أن المشرع الجزائري لم ينظم شرط الكفاءة منفصلا،وإنما أدخله ضمن تفاصيل العقد.
– النظر في الصداق و الصداق هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رغبة منه في الاقتران بها.
*أن الصداق هو حق خالص للمرأة أوجبه الله تعالى تطييبا لخاطرها.
– أن أنواع المهر نوعان المهر المسمى ومهر المثل.
– أن مباشرة الولي لعقد زواج المولى عليها يختلف إذا كانت بكرا أو ثيبا.
– أن البكر هي التي لا تزال على أصل خلقتها لم يخالطها رجل .
– أن البكر الصغيرة يجوز لأبيها أن يجبرها على الزواج وهذا باتفاق الفقهاء.
– أن تزويج البكر البالغة على خلاف بين المذاهب، إذ أنه ليس للأب إجبارها على الزواج من دون استئذانها، وهذا رأي أبو حنيفة وأحمد في روايته.

أن الأب له إجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج، وهذا رأي مالك والشافعي وأحمد في روايته.

– أن الثيب هي من زالت بكارتها بوطء، في نكاح صحيح أو فاسد.
– أن تزويج الثيب الصغيرة على خلاف بين المذاهب، فمذهب الحنفية للأب إجبارها على الزواج أما الشافعية وبعض الحنابلة لا يجوز للأب تزويج الثيب الصغيرة بدون إذنها.
– أن الثيب البالغة العاقلة لا يملك أحد تزويجها بدون إذنها.
– أن المشرع الجزائري منح للمرأة حق مباشرة عقد زواجها بنفسها.
– أن الأثر المترتب على تزويج الولي للمولى عليها يختلف.

– أن الولي إذا زوج موليته أو الجد وعرف عنهما حسن الإختيار، فالزواج صحيح وان كان دون كفء أو بأقل من مهر المثل.

– أن الولي إذا زوج موليته ومعروفا بسوء الاختيار، وكان الزواج من غير كفء، وبمهر المثل فالزواج صحيح نافذ.

– أن الولي(الأب أو الجد أو الابن) إذا زوج موليته بغير كفء أو بغير مهر المثل، بما لا يتغابن الناس فيه، فالزواج صحيح.

– أن تزويج المولى عليها من غير الأب أو الجد والابن، بغير كفء أو بغير مهر المثل ، فان النكاح لا يصح.

– أن تزويج المولى عليها من غير الأب، أو الجد أو الأبناء من كفء، ومهر المثل، فالزواج صحيح، لكنه غير نافذ أي يثبت لها حق الخيار عند البلوغ.

– أن تزويج المولى عليها من غير الأب أو الجد أو الابن يثبت لها خيار البلوغ إذا كانت صغيرة. ولها خيار الأفاقة إذا كانت مجنونة وقت زواجها.

– أن ولاية التزويج تسقط بالعضل والغيبة.

– أن العضل هو منع المرأة التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك.

– أن العضل هو ظلم من الولي وحرام عليه.

– إن حالات العضل متعددة.

– أن الولاية تنتقل إلى الغير في حالة عضل الولي .

– أن انتقال الولاية على خلاف،إذ أن الرأي الأول تنتقل إلى من يليه من الأولياء، والرأي الثاني تنتقل الولاية للحاكم.

– أن الغيبة هي غياب الولي لمدة طويلة، ويكون في انتظاره فوات مصلحة المولى عليها.

– أن تزويج المولى عليها عند غيبة الولي على خلاف.

– أن الولاية تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد إذا كانت غيبة الولي منقطعة.

– أن الحاكم يتولى تزويج المولى عليها، إذا كانت غيبة الولي طويلة.

– أن حد الغيبة مختلف حولها بين المذاهب.

– أن هناك فرق بين الغائب والعاضل.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ-القرآن الكريم.

ب-السنة النبوية الشريفة.

1- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دون طبعة، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998.

2- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، سنن ابن ماجة، الجزء الأول، دون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت،لبنان، دون سنة النشر.

3- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة ،سنن ابن ماجة ،الطبعة الأولى ،مكتبة المعارف، الرياض، دون سنة النشر.

4- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.

5- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دار الفكر، بيروت،1991.

6- أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، دون سنة النشر.

7- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبو داود، الجزء الثاني، دون طبعة، دار الحديث، حمص، سوريا، دون سنة النشر.

ثانيا: المراجع

أ: المعاجم

1- محمد بن مكرم المصري الافريقي ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، الجزء خمسة وخمسون، لبنان، 1981.

ب: الكتب الفقهية

1 - أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلي، الجزء التاسع، إدارة الطباعة المزية بمصر، 1351.

2- بدران أبو العينين بدران، أحكام الأسرة الزواج الطلاق بين الحنفية والشافعية، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار التأليف، الإسكندرية،1961.
3- حافظ بن محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، 1420.
4- سعود بن عبد العزيز، الإنصاف، الجزء الثامن، الطبعة الأولى،(د ب ن)، 1956.
5- شمس الدين الشيخ محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997.
6- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، الجزء الثاني، طبع بدار إحياء الكتب العربية،(د ب ن)، (د س ن).
7- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثرهما، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ومكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، لبنان، 2009.
8- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحول الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990.
9- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
10- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المدينة المنورة، 2002.
11- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950 .
12- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مدينة نصر، القاهرة، 1980.
13- أ.د.محمد بن احمد الصالح، فقه الأسرة والزواج آثاره، المجلد الأول، (د ط) ، المملكة العربية السعودية،2003.
14- محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،(د ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
15- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001.
16- محمد عاطف عبد المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.

17-محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي،(د ط)، دار الجامعة، مصر، 1998.

18-محمد محي الدين عبد الحميد، الأحول الشخصية في الشريعة الإسلامية، (د.ط)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

19- محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، الطبعة الاولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004.

20- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، (د س ن).

21- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج31، ج37، ج41، ط1، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 2002.

ج: الكتب القانونية

1- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (د ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2004.

1- أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

3- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة والزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 2009.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمات الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2005.

5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الجزائر،2010.

6- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
7- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، (د ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2007.
8- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،(د ط)، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، لبنان، 2002.
9- سالم بن عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،(د ط)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002.
10- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2009.
11- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
12- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، فقها وقانونا، (د ط)، مكتبة الاشعاع الفنية، مصر، 1998.
13- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
14- عثمان التكروري، شرح قانون الأحول الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.
15- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، (د ط)، منشورات باجي،(د ب ن)، 2006.
16- عمر وعيسى الفقي، الموسوعة الشاملة الأحول الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2005.
17- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
18- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
19- محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

20-محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحول الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، الأردن، 2007.

21-يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومة،(د ب ن)، 2008.

د: المذكرات والرسائل الجامعية

1- أسامة ذيب، سعيد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.

2- إسماعيل أحمد علي بني ياسين، ولاية الإجبار دراسة فقهية مقارنة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2004.

3- نضال محمد عبد المعطي أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين،2006.

4- هجرس بولبداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001.

هـ:المجلات

د/ حكيمة الحطري، مجلة الفقه والقانون، المرأة المغربية وقانون الأسرة موضوع المشاركة في المؤتمر الدولي، المرأة المتوسطية والمغربية، 2009.

د/عبد الحكيم محسن عطروش، مجلة الفقه والتعاون، حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، جامعة عدن، 2009.

و: النصوص القانونية

1- مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، الباب الثاني، الزواج، الكتاب الأول: الزواج، القسم الأول، الخطبة والزواج.

2- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

3- قانون الأحول الشخصية اليمني، وزارة الشؤون القانونية، أكتوبر 2008، الطبعة الخامسة، الباب الثاني: عقد الزواج، الفصل الثاني: الولاية في الزواج.
4- قانون الأحول الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010، الباب الأول: الزواج ومقدماته، الفصل الأول: مقدمات الزواج.

الفهرس

الإهداء
شكر وتقدير
مقدمة 02

الفصل الأول:

القيود المتعلقة بشخص الولي بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: شروط الوليّ وترتيبه 06

المطلب الأول: تعريف الوليّ 06
الفرع الأول: تعريف الولي لغة 06
الفرع الثاني: تعريف الولي اصطلاحا 07
أولا: في المذهب الحنفي 07
ثانيا: في المذهب الشافعي 07
ثالثا: في المذهب المالكي والحنبلي 08
المطلب الثاني: شروط الولي 08
الفرع الأول: كمال الأهلية 08
أولا: مذهب الحنفية 09
ثانيا: مذهب المالكية 09
ثالثا: مذهب الشافعية 10
رابعا: مذهب الحنابلة 10
الفرع الثالث: الإسلام 10
الفرع الرابع: الذكورة 11
الفرع الخامس: العدالة 13
المطلب الثاني: ترتيب الأولياء 14

الفرع الأول: ترتيب الأولياء بين المذاهب وقانون الأسرة الجزائري 14
أولا: ترتيب الأولياء في مذهب الحنفية 14
ثانيا: ترتيب الأولياء في مذهب المالكية 15
ثالثا: ترتيب الأولياء في مذهب الشافعية 15
رابعا: ترتيب الأولياء في مذهب الحنابلة 16
الفرع الثاني: ترتيب الأولياء عند التعدد 17
أولا: التقديم بالجهة 18
ثانيا: التقديم بالدرجة 18
ثالثا: التقديم بقوة القرابة 18
الفرع الثالث: الولاية عند انعدام العصبات 19
المبحث الثاني: أقسام الولاية وأسباب تولي الوليّ تزويج المولى عليها 20
المطلب الأول: أقسام ولاية التزويج 20
الفرع الأول: ولاية الإجبار 20
أولا: تعريف ولاية الإجبار 21
ثانيا: ثبوت ولاية الإجبار عند الفقهاء 21
ثالثا: ثبوت ولاية الإجبار 22
الفرع الثاني: ولاية الاختيار 24
أولا: تعريف ولاية الاختيار 24
ثانيا: وقوع ولاية الاختيار 25
ثالثا: آراء الفقهاء في ولاية الاختيار 25
المطلب الثاني: أسباب تولي الوليّ تزويج المولى عليها 27
الفرع الأول: القرابة 27
الفرع الثاني: الملك 27
الفرع الثالث: الولاء 28
الفرع الرابع: الإمامة 28
الفرع الخامس: الوصاية 29

الفصل الثاني:

القيود المتعلقة بوظيفة الوليّ بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: صلاحيات الوليّ عند تزويج المولى عليها..... 31
المطلب الأول: حدود صلاحيات الوليّ 31
الفرع الأول: حضور الوليّ عقد زواج المولى عليها 31
الفرع الثاني: معرفة الوليّ لرضا المولى ليها 34
الفرع الثالث: اختيار الوليّ الكفء للمولى عليها 37
أولا: تعريف الكفاءة..... 37
ثانيا: آراء الفقهاء في اعتبار الكفاءة..... 38
ثالثا: ما تكون فيه الكفاءة..... 38
الفرع الرابع: النظر في المهر 39
أولا: تعريف الصداق..... 39
ثانيا: وجوب الصداق 40
ثالثا: أنواع المهر 40
المطلب الثاني: مباشرة الولي لعقد زواج المولى عليها 41
أولا: من القرآن الكريم..... 41
ثانيا: من السّنة النّبوية الشّريفة 41
الفرع الأول: تزويج الوليّ البكر الصغيرة..... 42
أولا: تعريف البكر 42
ثانيا: آراء الفقهاء في تزويج البكر الصغيرة..... 42
الفرع الثاني: تزويج الوليّ البكر البالغة العاقلة 43
أولا: الرأي الأول..... 43
ثانيا: الرأي الثاني..... 43
ثالثا: الرأي الثالث 44
الفرع الثالث: تزويج الوليّ الثيب الصغيرة..... 44
أولا: تعريف الثيب 44
ثانيا: آراء الفقهاء في تزويج الثيب الصغيرة..... 44

الفرع الرابع: تزويج الولي الثيب البالغة العاقلة 45
المطلب الثالث: الأثر المترتّب على تزويج الوليّ للمولى عليها 46
الفرع الأول: الوليّ هو الأب 46
الفرع الثاني: الوليّ غير الأب 47
المبحث الثاني: سقوط ولاية التزويج عن الوليّ 48
المطلب الأول: عضل الوليّ عن تزويج المولى عليها 49
الفرع الأول: معنى العضل 49
الفرع الثاني: حكم العضل 49
الفرع الثالث: حالات عضل الوليّ 50
الفرع الرابع: انتقال الولاية 51
المطلب الثاني: غيبة الولي 53
الفرع الأول: معنى غيبة الولي 53
الفرع الثاني: حدّ الغيبة 55
الفرع الثالث: الفرق بين العاضل والغائب 56
الخاتمة 58
قائمة المصادر والمراجع 62
الفهرس 68