



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



الولي في عقد الزواج
بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة وقانون

المشرف:
أ محمد لطفي كينة

الطالب:
سعود الساسي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. أحمد سعود	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ. محمد لطفي كينة	أستاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. محمد السعيد تركي	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1438-1439 / 2017 - 2018



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



الولي في عقد الزواج
بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة وقانون

المشرف:
أ محمد لطفي كينة

الطالب:
سعود الساسي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. أحمد سعود	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ. محمد لطفي كينة	أستاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. محمد السعيد تركي	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1438-1439 / 2017 - 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

— إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة ومحى الظلمة نبي الرحمة للناس أجمعين، محمد

عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم .

— إلى الوالدين في هذا الشهر الكريم رحمة من الله ورضوان .

— إلى كل من شجعني ودفعتني وساعدني ولو بكلمة فبث في روعي الالتحاق بالجامعة .

— إلى أبنائي فلذات كبدي، إلى أسرتي وعشيرة عمري، إلى إخواني وأخواني، إلى أبنائهم

وبنائهم، إلى من سهر معي الليالي ذوات العدد لإتمام هذا العمل .

إلى زملائي الطلبة والطالبات من عرفت ومن لم أعرف .

— إلى من طلب العلا وسهر الليالي من أجل نيل المقاصد والأمان .

أهدي هذا المجهود المتواضع

شكروعرفان

رب أوزعني أن أشكر نعمتك علي شكرا ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك،

على أن وفقني لإنهاء هذا العمل الذي أرجو أن يكون خالصا ومقبولا .

ثم أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الجميل إلى الأستاذ الفاضل الجليل:

محمد لطفي كينة

لقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وتكرمه علي بما وسعه من وقت،

وجهد ونصح وتوجيه .

وأن ينفع الله به وعلى يديه، وأن يحقق له ما يتمناه، في آخرته ودنياه .

كما أتقدم بالشكر لجميع الأساتذة، خاصة الذين تعلمت على أيديهم، والطلبة والطالبات

الذين جمعتني أيام الدراسة بهم .

ثم لا أنسى العامل بالمكتبة الذي سهل علي اقتناء مراجع نفعتني في هذه المذكرة .

الملخص

عقد الزواج ميثاق غليظ، ورياط وثيق يتم بين الرجل والمرأة هدفه تحقيق المعاشرة على الوجه الشرعي، يقوم على أركان وشروط، يعتبر الولي واحد منها، تناولته في هذه المذكرة، من خلال ماهيته وطبيعته والأثر المترتب عن تخلفه في عقد الزواج، من خلال الشريعة الإسلامية مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، حيث توصلت في الخاتمة إلى عدة نتائج، سواء على مستوى المذاهب الفقهية الإسلامية، أو ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، كما قدمت بعض الاقتراحات .

Summary

Marriage contract is a heavy charter, and a close bond between men and women aims at achieving the right to cohabitation on the legitimate face, based on the pillars and conditions, the guardian is one of them, addressed in this note, through the nature and nature and impact of his failure in the marriage contract, With the Algerian family law. In conclusion, I reached several conclusions, both at the level of Islamic jurisprudential doctrines or in the Algerian family law, and some suggestions were made.

قائمة المختصرات

الرمز	المعنى
ج.ج.د.ش	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ع.م	المحكمة العليا
ج.ر	الجريدة الرسمية
ص.ت	صادرت بتاريخ
م.ر	ملف رقم
م.ق	مجلة قضائية
لا.ن	لا ناشر
لا.م	لا مكان طبع
د.ت	بدون ذكر تاريخ
لا.ط	لا طبعة
ط	الطبعة
هـ	التاريخ الهجري
م	التاريخ الميلادي
ج	جزء
ص	الصفحة

مقدمة

إن الأساس الأول لمصدر البشر هو الأسرة، التي تقوم على رجل وامرأة، منهما ينبثق النسل البشري، ويستمر البقاء الإنساني، مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ...﴾، [الحجرات: 13] .

تلك اللبنة تنشأ عن علاقة رابطة الزواج بين الرجل والمرأة، عن طريق عقد هو ميثاق غليظ، ورباط وثيق، ليس كمثله من العقود، لا شكلا، ولا مضمونا، لتمييز أهدافه وبعض أركانه وشروطه عن سائر أهداف وأركان وشروط العقود الأخرى، خاصة فيما يعرف بالولي في عقد الزواج موضوع هذا البحث .

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في ما يلي:

- مكانة الولي في عقد الزواج، باعتباره الممثل الشرعي للمرأة والمعبر الرسمي عن قبولها ورضاها، بل حتى عن أسرتها، لأن عقد الزواج لا يتأثر به الزوجان فقط، بل ينال الأسرتين منه شيء من العار أو الفخار يستدعي ضرورة الحاجة إلى الولي في الزواج عاجلا أو أجلا، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: 35] .

- دور الولي في عقد الزواج باعتباره صاحب الشأن فيه، لما له من بعد النظر ومراعاة المصلحة للمولى عليها لقلة تجربتها ونقص خبرتها، ولو كانت مكتملة الأهلية .

- الآثار المترتبة عن تخلف الولي في عقد الزواج باعتباره مركزا محوريا لما ورد في مشروعيته من نصوص قرآنية، وأحاديث نبوية تثبت أن تخلف الولي عن عقد الزواج تترتب عليه آثار سواء في الشريعة الإسلامية أو قانون الأسرة الجزائري .

إشكالية البحث:

لقد وردت في مشروعية الولي في عقد الزواج أدلة كثيرة، من القرآن الكريم، والسنة النبوية، اختلفت فيها وجهات نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري في كونها الدليل المثبت لحكم الولي، وتكييفه في عقد الزواج، ودوره والآثار المترتبة عن تخلفه، ولتوضيح هذه المسألة في الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري، فإنني أطرح الإشكالية التالية: ما هو حكم الولي وتكييفه في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ ومن خلال هذه الإشكالية الرئيسية يمكن طرح التساؤلات الفرعية الآتية:

— ما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج وأنواعها؟

— ماهي أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء؟

— ما هو حكم وتكييف الولي في عقد الزواج وشروطه؟

— ما هو دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج؟

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الذاتية:

— رغبتني في الاطلاع على موضوع الولي في عقد الزواج عند فقهاء المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية، ومقارنة ذلك بقانون الأسرة الجزائري، ومدى التزام هذا الأخير بما هو وارد عن فقهاء تلك المذاهب .

— مقارنة موضوع حكم الولي ودوره في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وبما هو واقع على مستوى عقود الزواج التي تتم في الإدارة الرسمية والمساجد وقاعات الأفراس .

— شعوري بأهمية الموضوع في ظل اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية وما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير الذي مس موضوع الولي .

الأسباب الموضوعية:

- وجود الكثير من النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية التي أولت عناية كبيرة بالولي في عقد الزواج، واختلاف وجهات نظر فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوه الاستدلال بها .
- تعدد الآراء الفقهية حول اعتبار الولي وعدمه في عقد الزواج، وما نشأ عن ذلك من غموض مس المركز القانوني للولي في عقد الزواج، في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري .
- قلة الباحثين في موضوع الولي بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في معهد الشريعة الإسلامية بجامعة الوادي .

أهداف البحث:

- اكتشاف مواضع الاتفاق بين قانون الأسرة الجزائري وأقوال فقهاء المذاهب الأربعة في أحكام الولي في عقد الزواج .
- اكتشاف عناصر الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري وأقوال فقهاء المذاهب الأربعة في أحكام الولي في عقد الزواج .
- فتح آفاق الباحثين في مجال الأحوال الشخصية للإحاطة بالآراء المختلفة حول حكم الولي في عقد الزواج وتقديم الأقوى والأرجح فيها .
- كشف غموض بعض مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالولي في عقد الزواج وتوضيح الغاية والهدف منها .
- تحديد الآثار المترتبة عن غياب الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، وما ذهب إليه المشرع الجزائري في التعديل الأخير الذي مس المواد القانونية المتعلقة بالولي والهدف من ذلك .

الدراسات السابقة: بالرغم من كثرة الباحثين والمتطرقين لموضوع الولي في بحوثاتهم ومؤلفاتهم سواء ما تعلق بالكتب الفقهية الإسلامية أو القانونية أو مذكرات الرسائل الجامعية المخصصة

لموضوع الولي بين قانون الأسرة الجزائري، والشريعة الإسلامية، والتي اطلعت على المتاح منها من المكاتب العامة والخاصة، أو عبر شبكة الإنترنت، حيث وجدت في بعضها ما يتقارب وموضوع بحثي هذا المتمثل في: الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الأمر الذي شجعتني على البحث في هذا الموضوع وجمع عناصره وتحليل أفكاره واستخلاص النتائج المرجوة منه .

ومن أهم الدراسات السابقة الذي اعتمدتها في موضوع هذا البحث لما لها من صلة به هي:

1. نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، (ط1، قسنطينة، الجزائر، دار الفجر للطباعة والنشر، 2005/1426)، والذي هو بمثابة دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث اعتمد على المذاهب الفقهية الأربعة، يتألف الكتاب من حوالي 320 صفحة، اعتمد صاحبه الاختصار، رغم تعدد فصوله العشرة، والتي أدرج موضوع الولي في عقد الزواج ضمن الفصل السادس منها، حيث تعرض فيه إلى تعريف الولي وأقسام الولاية وتوسع في مبحث حكم الولي في عقد الزواج ونقل أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم فيها إلا أنه لم يتعرض إلى المذهب الراجح منها، الذي أراه مهما في هذه المسألة، لما يترتب عن حكم الولي من آثار بالنسبة لعقد الزواج، والتي هي أحد الأسئلة الفرعية لإشكالية موضوع هذا البحث التي يجب الإجابة عنها، ثم أفرد مسألة الولي في قانون الأسرة الجزائري بمبحث خاص ذكر فيه المواد المتعلقة بالولي وعلق عنها تعليقا شحيحا لم أستفد منه كثيرا في الجانب القانوني .

2. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 1433هـ/2012م)، والذي هو بمثابة دراسة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا حول موضوع قانون الأسرة الجزائري، تناول صاحبه في هذا الجزء والذي يتألف من حوالي 550 صفحة، متضمنة أربعة فصول، موضوع الولاية في الزواج، ضمن فصل أركان وشروط عقد الزواج، حيث تعرض إلى تعريف الولاية ودليل مشروعيتها، والتكييف القانوني للولي متأثرا في ذلك بالواقع الاجتماعي الذي

تفرضه الشريعة الإسلامية وعرف البلاد بخصوص الولي في الزواج خاصة المذهب المالكي في مسألة اشتراط الولاية على المرأة في عقد الزواج، هذا المرجع رغم أنه غلب الجانب القانوني في تعبيراته وألفاظه على الجانب الفقهي الإسلامي، مما غلب على طرح أفكاره شيء من الغموض وعدم الوضوح كما هو بالنسبة للمواد القانونية، وهذا يوجب علَيَّ البحث والتحليل أكثر في مثل هذا الموضوع .

3. محفوط بن الصغير، **الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، والذي هو بمثابة رسالة أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، قسم الشريعة كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية جامعة باتنة تحت إشراف الدكتور عبد الكريم حامدي، السنة الجامعية 2009/2008، هذه الرسالة متكون من 737 صفحة، تضمنت فصل تمهيدي وبابان تعرض في الباب الأول منه إلى موضوع الولاية في عقد الزواج، في حوالي 40 صفحة، معتمدا في ذلك المنهج التحليلي المقارن بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حيث تناول في ذلك مفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أقسامها وشروطها ثم ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ناقش المسألة على شكل علاج قضايا تعرض في القضية الأولى إلى زواج المرأة الراشدة في الفقه الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حيث ذكر أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم من الكتاب والسنة والمعقول ثم ذكر الراجح منها، وقارن بينها وبين قانون الأسرة الجزائري، وتعرض في القضية الثانية إلى زويج القاصرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتناول فيها أقسام ولاية التزويج ومن تثبت عليهم، خاتما موضوع الولاية في عقد الزواج بأثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يتعرض إلى أثر تخلف الولي في حالة عدم وجوبه وهذا مهم جدا بالنسبة للمرأة الراشدة، وهذا ما سأحاول توضيحه في هذا البحث .

4. عبد الله شيباني، **الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري**، والذي هو بمثابة رسالة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، تحت إشراف الدكتور عمر رويّنة، السنة الجامعية: 2015/2014، هذه الرسالة متكونة من 330 صفحة، تضمنت ثلاث فصول الأول منها تمهيدي، تعرض فيه إلى

مفاهيم أساسية حول الزواج وولاية التزويج أما في الفصل الثاني فتناول فيه أركان الولاية في عقد الزواج محمولاً في ذلك ربط الولي بالمولى عليه بالعلاقة السببية بينهما من أجل الدراسة القانونية والشرعية لهذه الأركان الثلاث ومنها تعرض إلى تكييف الولي وأسس وأسباب ثبوت الولاية، أما في الفصل الثاني فتعرض فيه إلى الآثار المترتبة عن ولاية التزويج وحالات انتهاءها حيث لم يتعرض بوضوح كاف إلى الآثار المترتبة عن تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مما يدفعني إلى تغطية مثل هذا العجز .

منهج البحث:

من أجل إعطاء هذا الموضوع حقه في البحث، وتحقيق الأهداف المرجوة منه، استدعت طبيعة الدراسة لهذا الموضوع استخدام عدة مناهج، منها المنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، لمعرفة مضامينها، وعمق وأبعاد ما ذهب إليه المشرع الجزائري، بغرض التوصل إلى معرفة أهدافه ومقاصده خاصة بعد التعديل الأخير الذي ركز على المواد المتعلقة بالولي في عقد الزواج .

كما استعملت المنهج التطبيقي لوجود اجتهادات صدرت عن المحكمة العليا بخصوص موضوع دور الولي وتخلفه عن عقد الزواج .

واعتمدت كثيراً في هذا البحث على المنهج المقارن الذي هو أساس الدراسات المقارنة، لما لهذا الموضوع من حاجة إلى هذا المنهج لأستخلص به أوجه الشبه والتلاقي، ومواقع الاختلاف والتباعد، بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في أحكام ولاية التزويج، بغية اكتشاف الثغرات والنقائص أو مواضيع عدم الانسجام من أجل تقديم نصائح ومقترحات في ذلك .

كما استعنت بالمنهج الوصفي من أجل حل الإشكالية المطروحة في هذا البحث لتوصل إلى مفهوم الولاية في عقد الزواج أو ما تعرف بولاية التزويج وأسس وأسباب ثبوتها بالنظر إلى الولي من جهة والمولى عليه من جهة أخرى .

منهجية البحث:

اعتمدت في منهجية هذا البحث على تخريج الآيات القرآنية ضمن المتن مميزا لها في الخط بالتخين والشكل معتمدا في ذلك على رواية حفص، واضعا لها بين رمزين واضحين، يأتي بعدهما اسم السورة ورقم الآية بين حاضنتين، أما الأحاديث النبوية الشريفة فرغم استعمال تخين الخط لها إلا أنني لم أشكلها مخالفا لها عن القرآن الكريم، ثم وضعتها بين رمزين يختلفان عن ما وضعت بينهما الآيات القرآنية، مخرجا لها في الهامش بالطريقة التالية: الراوي ومصنفه وعنوان الكتاب والباب ورقم الحديث والجزء والصفحة، وأما بالنسبة للمواد القانونية فرغم تخين الخط لها إلا أنني وضعتها بين شولتين صغيرتين مميزا لها عن الأحاديث النبوية .

صعوبات هذا البحث:

- كما لا يخلو أي بحث من صعوبات غير أن ما يستحق ذكره هو:
- صعوبة تحديد مفهوم ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية وعدم تعرض الفقهاء القدامى لتعريف ذلك كثيرا، أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لذلك أصلا .
 - كثرة الآراء الفقهية والاختلافات المذهبية حتى بين فقهاء المذهب الواحد حول حكم الولي في عقد الزواج مما جعل مسألة التزويج بينها أمرا شاقا .
 - الغموض الذي يكتنف النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وقلة المؤلفات التي تناولت بالشرح والتحليل المدقق لتلك النصوص .

خطة البحث:

لغرض الإحاطة والإلمام بموضوع الدراسة في حدود الإشكالية الرئيسية المطروحة والأسئلة الفرعية المرتبط بها، ارتأيت تناول هذا الموضوع في فصلين وكانت الخطة كما يلي:

المقدمة:

الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج .

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني: أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

الفصل الثاني: طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج .

المبحث الأول: حكم وتكييف الولي في عقد الزواج وشروطه بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني: دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

الخاتمة:

الفصل الأول

ماهية الولاية في عقد الزواج

إن عقد الزواج لا ينعقد، ولا يصير نافذاً، إلا إذا كان عاقده ذا ولاية لإنشائه، وله القدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه، إذ يعقده لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائباً في إنشائه بإنابة الشارع⁽¹⁾، و ذلك لأهمية الولاية لنفاذ عقد الزواج، فما هي هذه الولاية في عقد الزواج، وما أنواعها، ولمن تثبت، وماهي مراتبهم ؟ وللإجابة على هذه الأسئلة من خلال الشريعة الإسلامية، و بالمقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي :

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وأنواعها .

المبحث الثاني: أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء .

(1)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط2، دار الفكر العربي، لا.م، 1369هـ، 1950م)، ص 107 (بتصرف).

الفصل الأول

ماهية الولاية في عقد الزواج

إن عقد الزواج لا ينعقد، ولا يصير نافذاً، إلا إذا كان عاقده ذا ولاية لإنشائه، وله القدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه، إذ يعقده لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائباً في إنشائه بإنابة الشارع⁽¹⁾، و ذلك لأهمية الولاية لنفاذ عقد الزواج، فما هي هذه الولاية في عقد الزواج، وما أنواعها، ولمن تثبت، وماهي مراتبهم؟

وللإجابة على هذه الأسئلة من خلال الشريعة الإسلامية، و بالمقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي :

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وأنواعها .

المبحث الثاني: أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء .

(1) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط2، دار الفكر العربي، لا.م، 1369هـ، 1950م)، ص 107 (بتصرف) .

المبحث الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إن للولاية في عقد الزواج مكانة وأهمية بالغة، إذ لا ينشأ عقد الزواج نافذاً، إلا إذا كان عاقده ذو ولاية لإنشائه سواء يعقده لنفسه أصالة، أو يكون نائباً عن غيره شرعاً وقانوناً، فما هو مفهوم الولاية في عقد الزواج وما أنواعها ؟ وحتى أجيب عن هذين السؤالين، أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي :

المطلب الأول : مفهوم الولاية في عقد الزواج.

المطلب الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

أتناول في هذا المطلب معنى الولاية عموماً، ثم معناها في عقد الزواج خصوصاً وذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: معنى الولاية عموماً: أتعرض في ذلك إلى تعريف الولاية لغة واصطلاحاً .

أولاً: تعريف الولاية لغة .

الولاية في اللغة من الفعل (وَلَّى)، وَلَّى الشَّيْءَ، وَوَلَّى عَلَيْهِ وَلايَةً و وَلاية، والولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، والولاية و الولاية النصرة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُم مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾ [الأنفال:72]، قرأت بفتح الواو وكسرهما، فمن فتح جعلها من النصرة⁽¹⁾.

والوَلِيُّ: القرب والدنو، يقال تباعد بعد وَلِيٍّ، أي قُرْبٍ، وجلس مما يليني أي يقاريني⁽²⁾.

والوَلِيُّ: كل من وَلَّى أمراً أو قام به⁽³⁾، وكل من وَلَّى أمر آخر فهو وليه⁽⁴⁾، وولي المرأة: من يلي عقد النكاح عليها⁽⁵⁾.

(1). محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج15، (ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ)، ص407 .

(2). أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج6، (لا، ط، دار الفكر، لا، م 1399هـ / 1979م)، ص141.

(3). إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج2، (لا، ط، دار الدعوى، لا، م، د، ت)، ص1058.

(4). ابن فارس، المرجع السابق، ص141.

(5). ابن منظور، المرجع السابق، ص407.

وكلمة الولاية (تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليها اسم الوالي)⁽¹⁾، وعليه فمن اجتمعت عنده القدرة والتدبير والفعل فهو الولي .

ثانياً: تعريف الولاية اصطلاحاً .

إن التعريفات للولاية اصطلاحاً، تركزت على تعريف الولاية على الغير، دون نظر إلى ولاية الشخص على نفسه وماله⁽²⁾، وهذا ملاحظ في التعريفات الآتية:

1. عند بعض القدماء:

أ. تعريف الولاية عند الأحناف: هي تنفيذ القول على الغير، شاء أو أبي⁽³⁾، والتنفيذ لا يعبر على الولاية لأن الولاية صفةٌ والتنفيذ أثر⁽⁴⁾.

ب - تعريف الولاية عند المالكية: الولي هو: من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام⁽⁵⁾، وهو تعريف يحدد أسباب الولاية ودرجاتها⁽⁶⁾.

2. عند بعض المعاصرين:

أ. الولاية هي: سلطة شرعية يملك بها القادر على التصرف في رعاية شؤون غيره⁽⁷⁾.

(1). ابن منظور، المرجع السابق، ص 407 .

(2). حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، (ط1)، دار بلنسية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1420هـ)، ص 25 .

(3). ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، (ط2)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م)، ص 55 .

(4). حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 25 .

(5). محمد بن قاسم الانصاري أبو عبد الله الرصاع، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية، (ط1)، المكتبة العلمية، لا.م، 1350هـ)، ص 158 .

(6). نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، (ط1)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1432هـ/2011م)، ص 36 .

(7). العوفي عوض بن رجاء، الولاية في النكاح، ج1، (ط1)، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423هـ/2002م)، ص 25 .

ب - أو هي: سلطة شرعية تجعل لصاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً عنه⁽¹⁾ .
إذن: التعاريف السابقة، تركزت على الولاية على الغير، دون النظر إلى ولاية الشخص على نفسه وماله، ثم أن لها ترابط وانسجام مع التعريف اللغوي للولي أو الولاية، لأن الولي القائم على شؤون المولى عليه، يكون في العادة قريباً منه غير بعيد عنه، محققاً لمعاني التدبير، والقدرة، والرعاية، وجلب المصالح ودرء المفاسد، لأجل حق موليه⁽²⁾ .

لكن هناك من فرق، فجعل ولاية الشخص على نفسه وماله، من أهلية الاداء، وولايته على الغير هي الولاية، فقال: أهلية الاداء هي: صلاحية الانسان لأن يباشر شؤون نفسه، والولاية هي: صلاحية الانسان لأن يباشر شؤون غيره، ولكن الفقهاء لم يفرقوا غالباً، بل عبروا عن صلاحية الانسان لمباشرة شؤون نفسه بالولاية، فيقولون: الصبي لا يلي نفسه⁽³⁾ .

ولعل أقرب تعريف يشمل التعاريف السابقة، أن الولاية عموماً هي: سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة سواء ينشئها لنفسه أو لغيره⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني: معنى ولاية التزويج خصوصاً:

بعد أن تعرضت لتعريف الولاية عموماً: وأنها سلطة شرعية، تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود، والتصرفات نافذة، سواء ينشئها لنفسه، أو لغيره، إلا أن هذا التعريف يصدق على الولاية في مفهومها العام، الذي يدخل تحته جميع أنواع الولاية، أما تعريف ولاية

(1) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، (ط2، دار التأليف، مصر، 1921م)، ص117 .

(2) إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التميمي، ولاية التأديب الخاصة، (ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية الدمام، 1428هـ)، ص28.

(3) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 26 .

(4) أسامة ذيب سيد مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح، "دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني"، (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين، 1427هـ/2006م، ص54، وانظر أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، عبد الله عمر، (ط 3 دار المعارف، مصر، 1958م)، ص 201 .

بعينها، فإن المقصود منها لا يتضح على وجه الحصر إلا بالتقييد⁽¹⁾، وبما أن المقصود في هذا الفرع معنى ولاية التزويج، فما هو تعريفها في الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري؟
أولاً: تعريف ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية.

بما أن الزواج يقوم وينشأ على عقد، والعقد لينشأ نافذا لا بد لعاقده من قدرة على تنفيذ أحكامه، إذ يعقده لنفسه أو نائباً عن غيره⁽²⁾.

وبما أن القدرة تحتاج سلطة، لأن في السلطة معنى التدبير، والقيام على الأمر، وأن تكون السلطة شرعية، أي مستمدة من الشرع⁽³⁾.

فالولاية في عقد الزواج، أو ولاية التزويج إذا: هي سلطة شرعية تجعل الشخص قادراً على إنشاء عقد الزواج نافذا لنفسه، أو لغيره.

وهكذا يكون هذا التعريف قد جمع ولاية الشخص عن نفسه، أو عن غيره في عقد الزواج.

ثانياً: تعريف ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً لولاية التزويج، وإنما اكتفى بالنص على أحكامها، من حيث الذين تثبت عليهم، والذين تثبت لهم، وحدود وصلاحيات الولي في عقد الزواج، في قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾، وليس ذلك تقصيراً ولا تجاهلاً منه، ما للولاية في عقد الزواج، من أهمية ودور وإنما لترك المجال فسيحاً لرجال الفقه القانوني، ليتولوا ذلك عن طريق الدراسات والاجتهادات، لأن مهمته سن الأحكام والقواعد القانونية⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم التتم، المرجع السابق، ص، 28.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 107.

(3) نضال محمد أبو سنيينة، المرجع السابق، ص 37.

(4) قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 م، ج.ر.ج.د.ش، ع 15 ص.ت، 27 فيفري 2005 م، الموافق لـ 18 محرم 1426 هـ.

(5) الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، عبد الله شيباني (رسالة ماجستير، في قانون الأحوال الشخصية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014 م، ص 23.

المطلب الثاني

أنواع الولاية في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بعد ضبط تعريف الولاية في عقد الزواج على أنها: سلطة شرعية تجعل الشخص قادراً على إنشاء عقد الزواج نافذاً، لنفسه أو لغيره، يتبين أن الولي في عقد الزواج، من صلاحيته مباشرة عقد الزواج لنفسه؛ لأنه صاحب الشأن فيه، أو مباشرته لغيره بإذن من الشارع⁽¹⁾، وفي الحالتين هو ولي على النفس، لأن ولاية التزويج تقع على النفس، وبهذا تتنوع الولاية في عقد الزواج، من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه، أو لغيره، إلى نوعين من الولاية: ولاية قاصرة، وولاية متعدية، فما معنى كل منهما، في الشريعة الإسلامية، وما موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك؟ للإجابة على هذا السؤال أقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: توضيح أنواع ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية .

سبق وأن ذكرت أن الولاية في عقد الزواج، تتنوع من حيث ثبوتها لإنسان على نفسه، أو لغيره، إلى ولاية قاصرة، وولاية متعدية⁽²⁾، وكلاهما يندرج ضمن الولاية على النفس، فما توضيح كل منهما؟

أولاً: الولاية القاصرة في عقد الزواج .

وتسمى ولاية التزويج القاصرة: وهي ولاية الشخص على نفسه، مادام أهلاً للتعاقد⁽³⁾، أو هي سلطة تزويج الإنسان نفسه، دون توقف على رضا أحد، وهذه الولاية مرتبطة بأهلية

(1) محمد أبو زهرة، المرجع سابق، ص 107 (بتصرف) .

(2) العبد إبراهيم، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير في الشريعة والقانون)، كلية العلوم الانسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2009/2010م، ص 27 .

(3) الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن الصغير (رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008/2009م، ص 366 .

الأداء⁽¹⁾، فهي لا تنفك عنها مطلقاً⁽²⁾، فهذه الولاية إذاً تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية، بالحرية، والبلوغ، والعقل⁽³⁾، فمن ثبتت له أهلية الأداء الكاملة، كانت له ولاية قاصرة على نفسه⁽⁴⁾، ومن انتقلت عنه لم تكن له على نفسه ولاية⁽⁵⁾، وعليه تثبت الولاية القاصرة في عقد الزواج، للرجل البالغ العاقل الرشيد، فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، وعلى ما اتفقا عليه من مهر، كما تثبت وفق مذهب الأحناف للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة⁽⁶⁾، بخلاف الأئمة الثلاثة الذين قالوا: لا ينعقد الزواج بعبارة المرأة⁽⁷⁾، أي لا تثبت ولاية التزويج للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة، كما سيأتي توضيحه لاحقاً .

ثانياً: الولاية المتعدية في عقد الزواج .

وهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره⁽⁸⁾، أو هي سلطة تزويج الانسان غيره⁽⁹⁾، أو هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها⁽¹⁰⁾، وهذه الولاية لا تثبت للإنسان إلا إذا ثبتت له الولاية على نفسه (أي الولاية القاصرة)، ومنه فالولاية المتعدية فرعٌ من الولاية القاصرة، ونجد أن الفقهاء لا يثبتون الولاية المتعدية إلا حين أثبتوا الولاية القاصرة⁽¹¹⁾.

-
- (1). الزواج ونخلاله في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"، سعادي لعلی، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014/2015)، ص 89 .
 - (2). محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص، 366 (بتصرف) .
 - (3). حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 29.
 - (4). سعاد لعلی، المرجع السابق، ص 89 .
 - (5). أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الشحات إبراهيم محمد منصور، (لا. ط، لا. ن، لا. م، د. ت)، ص 97 .
 - (6). محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص (366 أنظر في الهامش) .
 - (7). بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 126 .
 - (8). حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 29 .
 - (9). سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 90 .
 - (10). أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، بلحاج العربي، ج 1، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الاردن، 1433هـ/2012م)، ص 309 .
 - (11). حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 29 .

إذن فالولاية المتعدية في عقد الزواج، تخول للإنسان فضلاً عن التصرف في شؤون نفسه، التصرف في شؤون غيره، وعليه اتفق الفقهاء على أنه إذا باشر الولي الشرعي، عقد زواج موليته البالغة العاقلة الرشيدة برضاها وبإذنها، كان هذا العقد صحيحاً وناظراً⁽¹⁾.

لكن اختلف الفقهاء فيما إذا باشرت المرأة البالغة العاقلة العقد بنفسها أصالة أو نيابة، فعلى رأي الجمهور لا يكون عقد النكاح صحيحاً، لا بالأصالة ولا بالنيابة، وأما عند الحنفية فيصح النكاح بعارة المرأة البالغة العاقلة مطلقاً، بالأصالة أو بالنيابة⁽²⁾، لأنهم كانوا قد أثبتوا لها الولاية القاصرة، والولاية المتعدية فرع منها، كما سبق توضيحه.

ثم أن ولاية التزويج المتعدية تكون: عامة كالتى تثبت للقاضي، وخاصة كالتى تثبت للأب أو للجد⁽³⁾، كما تكون ذاتية تثبت للشخص ابتداءً، ولا تقبل الإسقاط، ولا التنازل عنها، كولاية الأب والجد على القاصر، ومكتسبة من الغير بإقرار من الشارع، سواء كان الغير ولياً خاصاً كالأب والجد، أو ولياً عاماً كالسلطان⁽⁴⁾، هذا عن ولاية التزويج المتعدية عموماً.

أما على وجه الخصوص: أو فيما يرجع إلى المولى عليه، فيقسم الفقهاء ولاية التزويج المتعدية إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار⁽⁵⁾.

1. فأما ولاية الاجبار: وتسمى ولاية حتم وإيجاب عند الحنفية⁽⁶⁾، وولاية استبداد عند الجمهور⁽⁷⁾، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه فيه أحد⁽⁸⁾.

(1) سعادى لعلى، المرجع السابق، ص 98.

(2) الشحات ابراهيم محمد منصور، المرجع سابق، ص 98.97.

(3) سعادى لعلى، المرجع السابق، ص 90 (بتصرف).

(4) حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 35.

(5) سعادى لعلى، المرجع السابق، ص 90.

(6) الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 (ط2)، دار الكتب العلمية، لا.م، 1406هـ، 1986م)، ص 241.

(7) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 120.

(8) أبو زهرة، المرجع سابق، ص 109.

2. وأما ولاية الاختيار: وتسمى ولاية ندب واستحباب عند الحنفية⁽¹⁾، وولاية شركة عند المالكية⁽²⁾، وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج ويتولى الولي عقد الزواج⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من أنواع ولاية التزويج .

بعد أن وضحت أنواع ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية، وأنها قاصرة ومتعدية، والمتعدية قسمان ولاية إجبار وولاية اختيار، فما هو موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك ؟
يظهر موقف قانون الأسرة الجزائري من أنواع ولاية التزويج، من خلال تفسير نصوص المواد المتعلقة بالولي في عقد الزواج حيث:

أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الولايتين القاصرة والمتعدية: بعد التعرض للولاية القاصرة في الشريعة الإسلامية، وأنها تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل، والولاية المتعدية التي هي فرع منها، تثبت لمن تثبت له الولاية القاصرة بالشروط التي تم ذكرها، وعليه هل تعرض قانون الأسرة الجزائري لهذين النوعين من الولاية ؟ أجيب على هذا السؤال كما يلي:

1. بالنسبة للولاية القاصرة: والتي هي مرتبطة بأهلية الأداء، وهي تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية، بالحرية، والبلوغ، والعقل، فقد تعرض المشرع الجزائري، لأهلية الأداء في قانون الأسرة الجزائري فحدد ذلك بالنسبة للرجل والمرأة سواء بتمام تسعة عشر سنة⁽⁴⁾، وقد تعرض لضرورة الترخيص من القاضي لزواج القصر وذلك لفقدانهم للأهلية حيث نص على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة (7) من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم ..."⁽⁵⁾.

(1)- الكاساني، ج2 المرجع السابق، ص 241 .

(2)- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، المرجع السابق، ص 309 .

(3)- سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 90.

(4)- أنظر المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(5)- المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

حيث يستخلص من هذا كله، أن المشرع الجزائري، قصد باكتمال الأهلية بتمام التاسعة عشر سنة، هو اكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية أن يكون كل منهما زوجا، لأنها لو كانت هذه الأخيرة هي المقصودة، لما أجازت المادة (07) الفقرة 2 للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة، إذا دعت لذلك مصلحة أو ضرورة، وهذا يعني أن القاصر يجوز له أن يكون زوجا، بما مؤداه أن السن المحددة في المادة (07) ليست سنا لاكتساب صلاحية الزواج، وإنما لاكتساب أهلية التعاقد⁽¹⁾.

ومنه نستنتج أن قانون الأسرة الجزائري، قد أثبت الولاية القاصرة لكل من الرجل والمرأة على حد سواء، في حال اكتمال أهلية كل منهما تمام 19 سنة، وعليه تثبت الولاية القاصرة في حق الرجل البالغ العاقل الرشيد، فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، وعلى ما اتفقا عليه من مهر، كما تثبت وفق مذهب الأحناف للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة، كما سبق وقد ذكرت ذلك، ومنه فالمشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الأحناف في هذه المسألة، حيث نص في قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"⁽²⁾، ومنه يتبين أن عبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، وثبوت الولاية القاصرة لها، والدليل ما نصت عليه⁽³⁾:

أ. المادة (04) من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، فالملاحظ أن المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا، الذي يتم بين الرجل والمرأة، وليس بين الرجل وولي المرأة، نفهم من هذا أن المرأة وهي طرف في العقد تثبت لها الولاية القاصرة، والتي هي: سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد⁽⁴⁾، وهي تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل.

(1) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 425.

(2) المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

(3) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 388.

(4) سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 90.

ب . المادة (10) الفقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ..."، والمقصود بالطرفين هما الزوجان⁽¹⁾، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"⁽²⁾، بمعنى أنه ينعقد الزواج بإيجاب أو قبول ممن هما أهل لذلك⁽³⁾، وفي ذلك إشارة واضحة من المشرع الجزائري إلى إثبات الولاية القاصرة في عقد الزواج لكل من الرجل والمرأة على حد سواء، أخذا بالمذهب الحنفي .

2. وأما بالنسبة للولاية المتعدية: والتي لا تثبت للإنسان إلا إذا ثبتت له الولاية القاصرة، لأن الولاية المتعدية فرغ منها، وأن الولاية المتعدية هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره، أو هي سلطة تزويج الإنسان غيره، والتي تعرض لها المشرع الجزائري:

أ . عند الكلام عن زواج القصر، حيث ذكر قانون الأسرة الجزائري على أنه: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم ..."⁽⁴⁾، وهذا فيه إشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالولاية المتعدية .

ب . عند الكلام على الولاية عموما، حيث نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (81)، على أنه: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي ..."، وكذلك في المادة (87) من القانون نفسه على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ..."، وفي هذين المادتين كذلك إشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالولاية المتعدية .

ومنه فقد أثبت المشرع الجزائري أن للولي في عقد الزواج الولاية المتعدية، لأنه قد كانت له الولاية القاصرة، وبناء على هذا اختلف الفقهاء، فيما إذا باشرت المرأة البالغة العاقلة عقد الزواج بنفسها أصالة أو نيابة، فعلى رأي الأحناف يصح النكاح بعبارة المرأة البالغة العاقلة

(1) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 388 .

(2) المادة (09) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، المرجع السابق، ص 190 .

(4) المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

مطلقاً، بالأصالة أو بالنيابة، أي تثبت لها الولاية المتعدية، ومنه فإن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الأحناف في الولاية المتعدية بالنسبة للمرأة كما هو ملاحظ في المادة (87) من قانون الأسرة الجزائري، وكما سيتضح أكثر في الحديث عن مراتب الأولياء .

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولايتي الاجبار والاختيار: إن ولايتي الاجبار والاختيار هما من أقسام الولاية المتعدية، كما ذكرت، وأما موقف قانون الأسرة الجزائري منهما، فيظهر في قوله: " لا يجوز للولي أباً كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁽¹⁾، حيث من خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد منع ولاية الاجبار، التي تثبت على القاصرة⁽²⁾، وأبدلها بولاية الاختيار .

ومنه نستنتج: أن المشرع الجزائري قد تخلّى عن ولاية الإجماع في الحالتين على الراشدة والقاصرة معاً⁽³⁾، والقول بعدم الإجماع هو الرأي الوجيه، الذي ينسجم وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، في تشريع الزواج، ويوافق القواعد الشرعية العامة، وهو أحد الآراء المعتمدة في الفقه الإسلامي - المذهب الحنفي - وقول كثير من الفقهاء⁽⁴⁾ .

إذاً خلاصة القول أن موقف المشرع الجزائري من أنواع الولاية في عقد الزواج هو كالاتي:

- أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالولاية القاصرة بالنسبة للمرأة الراشدة، فأثبت لها تولي عقد زواجها بنفسها، لاكتمال أهليتها، وذلك موافقة للمذهب الحنفي .
- وأما ولاية الاختيار المتعدية، فقد أثبتتها على القاصرة فقط .
- أما ولاية الاجبار المتعدية، فلم يبق منها قانون الأسرة الجزائري إلا ما يقع على فاقد الأهلية أو ناقصها⁽⁵⁾ .

(1)- المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2)- عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 30 .

(3)- مناد وفاء، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، (مذكرة ماستر، في قانون الأسرة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015، ص 44 .

(4)- عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة، (لا، ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010)، ص 119 .

(5)- أنظر المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني

أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء.

بعد التعرض لضبط تعريف الولاية في عقد الزواج: وأنها سلطة شرعية تجعل الشخص قادرا على إنشاء عقد الزواج نافذا لنفسه أو لغيره، وأنها نوعان بالنظر إلى من تثبت له، إما ولاية قاصرة وإما ولاية متعدية، وأما بالنظر إلى من تثبت عليهم فهي إما ولاية إجبار وإما ولاية اختيار، وفي كلا الحالتين بالنسبة لمن تثبت لهم أو تثبت عليهم، للولاية في عقد الزواج أسباب لثبوتها، ومراتب لمن تثبت لهم، فما هي أسباب الولاية في عقد الزواج؟ وما هو ترتيب الأولياء في ذلك؟ لإجابة على هذين السؤالين أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالاتي:

المطلب الأول: أسباب الولاية في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول

أسباب الولاية في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

سبق توضيح أنواع ولاية التزويج، إما ولاية قاصرة تثبت للشخص كامل الأهلية، وإما ولاية متعدية تثبت للإنسان إذا ثبتت له الولاية القاصرة، وأن الولاية المتعدية في عقد الزواج نوعان: ولاية إجبار وولاية اختيار، ولكل منهما أسس، وأسباب تفرض ولاية تزويج المولى عليه، فما هي هذه الأسس، والأسباب في الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال، أقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: أسس وأسباب ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية .

أتناول في ذلك، أسس ثبوت ولاية التزويج (أولا)، ثم أسباب ولاية التزويج (ثانيا) .

أولا: أسس ثبوت ولاية التزويج: أي على من تثبت ولاية التزويج، وما العلة في ذلك؟

بما أن ولاية التزويج نوعان: ولاية إجبار وولاية اختيار، فعلى من تثبت في كل منهما؟

1. أسس ثبوت ولاية الاجبار: إن معنى ثبوت ولاية الاجبار، أن للولي حق تزويج لمن له الولاية عليه، ممن تثبت عليهم ولاية الاجبار، دون الرجوع إليهم لأخذ رأيهم، ويكون العقد نافذا⁽¹⁾، و تثبت ولاية الاجبار على :

أ . عديم الأهلية أو ناقصها، بسبب الصغر أو الجنون أو العته⁽²⁾، وقد اتفق الفقهاء على أن علة ولاية الإيجار على المجنونة والمعتوهة؛ هي ضعف العقل الذي كان بسبب العجز عن تولي العقد، وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه، وأما علة الولاية على الصغار، هي الصغر بالنسبة للصغير، أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء في علة الولاية عليها، فقال الشافعي، ومالك، وأحمد،

(1) - السيد سابق، فقه السنة، ج3 (لا، ط، دار الجيل، بيروت، 1416هـ/1995م)، ص 202، بتصرف .

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 (ط4، دار الفكر، سوريا، دمشق، د. ت)، ص 198 .

على قول: إن العلة هي البكارة، ولهذا تمتد الولاية إلى ما بعد البلوغ مادامت لاتزال بكراً⁽¹⁾، مع العلم بأن الشافعية ذهبوا إلى أن علة الإيجابار البكارة وحدها دون الصغر، فتجبر عندهم البكر البالغ، ولا تجبر الثيب الصغيرة⁽²⁾، بينما المالكية قالوا بأن البكارة، والصغر كل واحد منهما يوجب الإيجابار إذا انفرد، فتجبر البكر البالغ، والثيب غير البالغ⁽³⁾.

ب. البكر البالغة العاقلة: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، إلى أنه يجوز للولي تزويج البكر البالغة، وإيجابارها على الزواج، فيزوجها بغير إذنها⁽⁷⁾، قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى: فأما البكر البالغ فلا لب فقط أن يجبرها على النكاح⁽⁸⁾، والعلة في ذلك هي البكارة⁽⁹⁾، وألحق بالبكر في الإيجابار الثيب التي فقدت بكارتها بغير زواج، لأنها في حكم البكر في جهلها بأمور الزواج⁽¹⁰⁾، على المشهور عند المالكية⁽¹¹⁾.

والخلاصة: أن ولاية الإيجابار تثبت على عديم الأهلية، أو ناقصها بسبب الصغر، أو الجنون، أو العته، كما تثبت على البكر البالغة العاقلة عند الجمهور، وأن العلة في ذلك إما البكارة، أو الصغر.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 110.

(2) نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، (ط1)، قسنطينة، الجزائر، دار الفجر للطباعة والنشر، 2005/1426، ص 154.

(3) أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 (ط4)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1395هـ/1975م، ص 5.

(4) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2 (ط1)، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1429هـ/2008م، ص 543.

(5) ابن رشد، المرجع السابق، ص 5.

(6) عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد، ج 7 (ط1)، بيروت، دار الفكر، 1405هـ، ص 346.

(7) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 369.

(8) ابن رشد، المرجع السابق، ص 5.

(9) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 197.

(10) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 544.

(11) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 198.

2. أسس ثبوت ولاية الاختيار: إن معنى ثبوت ولاية الاختيار، أن للولي حق مشاركة من تثبت عليها ولايته، لأن ولاية الاختيار هي ولاية شركة، كما سبق ذكره، وعليه تثبت ولاية الاختيار أو الشركة على: البالغة العاقلة وإن كانت ثيباً، فالولاية عليها ولاية اختيارية، لا بد فيها من إذن الولي⁽¹⁾، أثبتتها الأئمة الثلاثة، مالك، والشافعي، وأحمد، ولم يثبتها أبو حنيفة، وأساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة، ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها، بل لوليها عليها سلطان معها فهما الشريكان في زواجها، لا ينفرد دونها بالزواج ولا تنفرد به بل يشتركان، ويتولى هو الصيغة، لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، ولا ينعقد بعبارتهن، وإن كان لا بد من رضاهن⁽²⁾.

إذن: تثبت ولاية الاختيار على الحرة البالغة العاقلة بكونها كانت أو ثيباً، والسبب والعلة في ذلك أن طبيعة المرأة شديدة العاطفة، سرعان ما تتأثر بزخرف القول، وإنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها، فلا يؤمن الخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها⁽³⁾، كما أن أنوثة المرأة وما يفترض أن تكون عليه من حياء، يقتضي ابتعادها عن مثل هذه المجامع للرجال، لمشاركة الرجل إجراء عقد الزواج⁽⁴⁾.

إذن نستنتج أن أسس ثبوت ولاية التزويج هي: عند الجمهور الأنوثة في الحرة المكلفة، وفي غيرها إما نقصان الأهلية أو عدمها عند الجميع⁽⁵⁾.

ثانياً: أسباب ولاية التزويج: أي لمن تثبت ولاية التزويج؟

تثبت الولاية في عقد الزواج بوجود صلة تربط الولي بالمولى عليه، تعرف هذه الصلة بالسبب، جمعه أسباب، وهي متنوعة وبعضها أقوى وأقرب من بعض، بحسب الولاية على المولى عليه، في

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 320.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 128.

(3) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (ط1، دار الفكر العربي، لا، م. 1404هـ/1984م)، ص 97.

(4) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 376.

(5) العوفي عوض بن رجاء، المرجع السابق، (بتصرف)، ص 64.

حالي: الإيجاب والاختيار، أتناول توضيح أسباب ثبوتها في كل منهما، في ظل الشريعة الإسلامية كما يلي:

1. أسباب ثبوت ولاية الإيجاب: تثبت ولاية الإيجاب عند مالك⁽¹⁾ وأحمد ابن حنبل⁽²⁾، للأب أو وصيه بالتزويج، وعند الشافعي⁽³⁾ للأب والجد، وهذا كله في الصغير والصغيرة، وأما في المجنون والمجنونة، ومن في حكمهما فأضافوا إلى الأولياء المذكورين الحاكم، وقال الحنفية⁽⁴⁾ إن ولاية الإيجاب تثبت للعصبات جميعاً، وقال أبو حنيفة: تثبت للعصبة ولذوي الأرحام⁽⁵⁾.

والسبب في ذلك أنه: من خصها بالأب لم ير في غيره ما يوجد فيه من الرأفة والشفقة والرحمة، كما أن النظر الموجود في الأب، وتوفير المصلحة للصغير أو الصغيرة لا يوجد في غيره، ومن ألحق الجد بالأب قال إنه في معنى الأب، أما غيره بعدت قرابته وقصرت شفقتها، ومن أثبت لها للأب، والجد، وغيرهما من العصبات، قال إن القرابة داعية إلى النظر غاية الأمر أنها متفاوتة كما لا وقصوراً تبعا لقرب القرابة وبعدها⁽⁶⁾.

ومنه نستنتج: أن ولاية الإيجاب تثبت للأب عند الأئمة الأربعة، واتفق الشافعية والحنفية، على ثبوتها للجد بعد الأب، واتفق المالكية والحنابلة على أن لوصي الأب ولاية، وزاد الحنابلة أن الحاكم يكون مجبراً عند الحاجة⁽⁷⁾، وأثبت الحنفية لغير الأب والجد ولاية، من الأقارب وذوي الأرحام، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام انتقلت إلى الحاكم، وهو القاضي الآن⁽⁸⁾.

(1) - القوانين الفقهية، محمد بن أحمد ابن جزى، (لا.ط، لا.ن، لا.م، د.ت)، ص 133.

(2) - ابن قدامة، المرجع السابق، ص 346، ومحمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 111.

(3) - أبو زكريا محي الدين يحيى ابن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج 16 (لا، ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لا، م، د، ت)، ص 146.

(4) - الكاساني، المرجع السابق، ص 241.

(5) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 111.

(6) - بدران أبو العينان بدران، المرجع السابق، ص 122.

(7) - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4 (لا، ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969)، ص 51.

(8) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 189.

2. أسباب ثبوت ولاية الاختيار: تثبت ولاية الاختيار، عند الشافعية والحنابلة للأب ثم الجد، وخالفهم المالكية فقالوا: إن أحقهم بالولاية الابن و وافقهم الحنفية⁽¹⁾، إلا أنه الراجح كما سوف يتم توضيحه في مراتب الأولياء، أن الأولوية دائماً للأب، من باب الأدب والاحترام والتوقير، وهذا يتفق مع حقيقة الولاية، إذ أن الولاية ولاية نظر، ومصلحة للمولى عليه، فالأحق بها هو الأولى نظراً ورعاية لمصلحة المولى عليه، والأب والجد هما الأكثر نظراً ورعاية لمصالح المولى عليه⁽²⁾، ويشمل الولي غير المجبر العصبية، ثم الكافل، ثم الحاكم⁽³⁾.

والخلاصة: أن الولاية في التزويج بنوعيتها، ولاية الإجبار و ولاية الاختيار، تثبت عند الجمهور للأقرب من العصبية، وعند أبي حنيفة أن ذوي الأرحام من الأولياء، والسبب أن أولياء المرأة هم قرابتها الأدنى فالأدنى، الذين يلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفاء وكان المزوج لها غيرهم⁽⁴⁾، والوصي، والكافل، والسلطان، أو رجل من جماعة المسلمين عند انعدام السلطان، وسيكون التوضيح أكثر في مطلب مراتب الأولياء.

الفرع الثاني: أسس وأسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري .

أعرض فيه إلى: أسس ثبوت ولاية التزويج (أولاً)، ثم أسباب ولاية التزويج (ثانياً).

أولاً: أسس ثبوت ولاية التزويج: أي على تثبت ولاية التزويج؟ وما العلة في ذلك؟

إن الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، يتنوع إلى وليّ مجبر وولي غير مجبر، وأما بالنسبة لموقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك فقد كان واضحاً، حيث حسم الأمر في ولاية الإجبار⁽⁵⁾، التي تثبت على القاصرة، وأبدلها بولاية الاختيار، ولم يبق من ولاية الإجبار إلا ما

(1) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 52.

(2) عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، (ط3، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1424هـ/2004م)، ص 153.

(3) عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة دراسة مقارنة، (ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1433هـ/2012م)، ص 155.

(4) أبو الطيب محمد صديق خان الحسيني البخاري الغنوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2 (لا، ط، دار المعرفة، لا، م، د، ت)، ص 13.

(5) أنظر المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

يقع على فاقد الأهلية أو ناقصها⁽¹⁾، ومنه سأوضح: أسس ثبوت ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري، والعلة في ذلك، كما يلي:

1. أما بالنسبة لولاية الإجماع: إن معنى ثبوت ولاية الإجماع هو: مباشرة الولي العقد نافذاً على المولي عليه دون التوقف على إذنه ورضاه⁽²⁾، وعليه تثبت ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري على: من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، كما جاء في المادة (81) على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً، ولي...".

ومنه نستنتج: أن ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري تثبت على: أساس عدم الأهلية أو نقصها بسبب الصغر أو الجنون أو العته، كما هو في الشريعة الإسلامية من غير فرق بين ذكر وأنثى، وبين بكر وثيب⁽³⁾، هذا عموماً.

2. أما بالنسبة لولاية الاختيار: فقد أثبتها قانون الأسرة الجزائري على القاصرة فقط، كما جاء في المادة (13) على أنه: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

ومنه فإن المشرع الجزائري، قد وضع حداً نهائياً للنقاش حول سلطة الولي في إجماع من في ولايته على الزواج⁽⁴⁾، وذلك بفصله الفتاة القاصرة عن المرأة عموماً، التي كان قد أثبت عليها ولاية التزويج في المادة (11) قبل التعديل، وخص منها بعد التعديل القاصرة بولاية الاختيار، وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها في هذا الخصوص، إلى أنه لا يجوز للأب أو لغيره أن يزوج ابنته إلا برضاها وتأذن بالقول، كما أنه لا يجوز للولي قانوناً أن يستبد بالعقد، دون موافقة

(1)- أنظر المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري.

(2)- العيد ابراهيمي، المرجع السابق، ص 75، وانظر: ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 55.

(3)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 190، ومحمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 108.

(4)- ديري دليلة، شنة سعاد، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"، (رسالة ماستر في تخصص القانون الخاص الشامل)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014/2013، ص 46.

المرأة ورضاها⁽¹⁾، ومنه حسم موضوع ولاية الإجماع، وهو الرأي الوجيه الذي ينسجم، وروح الشريعة ومقاصدها في تشريع الزواج، ويوافق القواعد الشرعية العامة، وهو أحد الآراء المعتمدة في الفقه الإسلامي. المذهب الحنفي. وقول كثير من الفقهاء⁽²⁾، ولم يبق قانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجماع إلا ما ذكر في المادتين (81) و(87) الخاصة بولاية الإجماع على الأولاد القصر.

أما فيما يخص المرأة الراشدة، فقد أكد قانون الأسرة الجزائري على عدم ثبوت الولاية عليها، لا جبراً ولا اختياراً، بكرة كانت أو ثيباً، ويتضح ذلك كما يلي:

أ. إن ولاية الإجماع أو الاختيار لا يتصور وقوعها إلا من قبل الولي، ومن خلال قانون الأسرة الجزائري فإن الولي لم يعد ركناً في العقد، بل شرط من شروطه⁽³⁾، إذا تخلف في عقد زواج الراشدة لا يترتب عليه أثر، حيث نصت المادة (33) الفقرة 2 من القانون نفسه على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، فيفهم من هذه المادة أن الولي في حالة وجوبه عقد الزواج، هي الحالة التي تنطبق على القاصرة فقط، وأما الراشدة فتتطبق عليها حالة عدم وجوبه⁽⁴⁾، طبقاً للمادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

ب. أسند قانون الأسرة الجزائري الأمر في عقد زواج المرأة الراشدة إليها لا إلى وليها، بهذه العبارة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."⁽⁵⁾، واكتفت المادة باشتراط حضور الولي أثناء العقد، وتركت للمرأة الراشدة الخيار المطلق في من تختاره أن يكون ولياً لها، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة 1 بهذا التعبير: "...بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ج 1، ص 319.

(2) عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص 119.

(3) أنظر المادة (09) مكرر من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

(4) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 389.

(5) المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل.

ج . إن التصريح الوارد في المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، بعدم إجبار القاصرة على الزواج، لدلالة كافية ومنطقية عن إلغاء ثبوت الإجبار على المرأة الراشدة بالتبعية، لتمتعها بكمال أهليتها القانونية .

ومنه نستخلص: أن أسس ثبوت ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري هي: نقصان الأهلية أو عدمها، كما هو في الشريعة الإسلامية، أما مسألة الأنوثة التي هي عند جمهور الفقهاء من أسس ثبوت الولاية، فلا معنى لها عند المشرع الجزائري، لأن الأنوثة لا تمنع من مباشرة العقود الشرعية، إذا توفرت عند الشخص الأهلية الكاملة، كما ورد ذلك في قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."⁽¹⁾ .

ثانيا: أسباب ولاية التزويج: أي لمن تثبت ولاية التزويج؟

سبق التوضيح أن ولاية التزويج، في الشريعة الإسلامية، تثبت بوجود صلة تربط الولي بالمولى عليه، تعرف هذه الصلة بالسبب، والجمع أسباب، وهي متنوعة، وبعضها أقوى وأقرب من بعض بحسب الولاية على المولى عليه، إجبارا كانت أو اختيارا، وعليه سأتناول توضيح أسباب ولاية التزويج في كلا الحالتين في ضوء قانون الأسرة الجزائري كما يلي:

1. أسباب ثبوت ولاية الإجبار: ذكرت أن ولاية الإجبار تثبت على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، كما جاء في المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً، ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقاً لأحكام هذا القانون"، من خلال هذا النص، يتبين أن الذي تثبت له ولاية الإجبار بالدرجة الأولى، على فاقد الأهلية أو ناقصها، هو الولي، وبالرجوع إلى المادة (87) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أنها توضح، من هو الولي الذي تثبت له الولاية على القصر، حيث ورد فيها أنه: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محلّه قانوناً"، أي أن الذي تثبت له ولاية الإجبار هو الأب وبعد وفاته تحل محله الأم .

(1)- أنظر المادة (07) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

وفي حالة عدم وجود الأم، أو عدم أهليتها، نص قانون الأسرة الجزائري على الإيصاء حيث جاء في المادة (92) على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك، بالطرق القانونية...".

وفي حالة عدم وجود ولي، أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، تعين المحكمة مقدماً، يقوم مقام الوصي، وهذا حسب المادتين: (99)، (100) من قانون الأسرة الجزائري .

2. أسباب ثبوت ولاية الاختيار: بما أن موضوع ولاية الإيجار في عقد الزواج قد حسم في قانون الأسرة الجزائري كما تم توضيحه سابقاً، وعليه سأعرض لمن تثبت لهم ولاية الاختيار بالنسبة للبنات القاصرات، ثم بالنسبة للمرأة الراشدة، كما يلي:

أ. بالنسبة للبنات القاصرات: نص قانون الأسرة الجزائري على أنه: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له"⁽¹⁾، ومنه يتضح أن ولاية تزويج القاصرة تثبت للأقارب العصبة المتمثلون ابتداءً في:

- الأب: وهذا تماشياً مع الراجح في الشريعة الإسلامية .

- الأقارب: حيث عطف المادة بعد الأب بالحرف "ف" الذي يفيد الترتيب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر القرابة، سبب من أسباب ثبوت ولاية الاختيار على تزويج القاصرة، إلا أن عبارة "فأحد الأقارب الأوليين" التي وردت في المادة السابقة يكتنفها الغموض، ماذا يقصد بالأقارب الأولين، هل قرابة العصبة أم ذوو الأرحام، أم هما معا؟ ومعنى الأقربون هنا: الابن، والأخ، فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون⁽²⁾، وقد أشارت المحكمة العليا في قرار لها: "حيث أنه فيما يخص الولي، فلأخ أن يكون ولياً عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر..."⁽³⁾ .

(1) المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 316 .

(3) م.ع، غ.أ.ش، ص.ت. 1993/09/28 م.ر. 96238، غ.م. نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، (ط3)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2007، ص 75 .

- القاضي: جاء في نص المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "... والقاضي ولي من لا ولي له" مما يفهم أن المشرع الجزائري، اعتبر القضاء سبب من أسباب ولاية التزويج، بالنسبة للقصر في حالة انعدام الأب والأقارب .

- الوصي: نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (92) على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..." ، ومنه فالمشرع الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية والحنابلة في اعتبار الوصي، إلا أنه عندهم في حالة ولاية الإجماع لا في ولاية الاختيار .

- الكافل: نصت على الكفالة مواد الفصل السابع، من الكتاب الثاني، من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في المادة (116) منه: "الكفالة التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة، وتربية، ورعاية قيام الأب بابه، وتتم بعقد شرعي" ، وفي المادة (121) من نفس القانون على أنه: "تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية..." ، ويشترط في الكافل أن يكون مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته⁽¹⁾، ومن خلا أحكام الكفالة في جملتها، يظهر أن الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول، المستمدة من الولاية القانونية، باعتبار أن الزواج من الشؤون الواجبة الرعاية⁽²⁾ .

ب . وأما بالنسبة للمرأة الراشدة: فلا ولاية عليها لا جبرا ولا اختيارا، كما سبق توضيحه، إلا من باب الندب والاستحباب، ذلك لأن المشرع الجزائري قد حسم موضوع ولاية الإجماع على القاصرة، فمن باب أولى على المرأة الراشدة، خاصة وأنه أسند أمر عقد الزواج إليها، وترك لها المجال واسعا في اختيار من يحضر عقد زواجها، الأب، أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وعليه فلا تثبت الولاية لأحد بصفة رسمية بالنسبة للمرأة الراشدة .

(1)- أنظر المادة (118) من قانون الأسرة الجزائري .

(2)- عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص، ص، 99 ، 100 .

المطلب الثاني

ترتيب الأولياء في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بعد التعرض لأسباب ولاية التزويج، والتي تقوم على مدى صلة الولي بالمولى عليه، وقوة قرابته ودرجته إليه، وشدة حرصه وشفقته عليه، تحقيقاً لمصلحته ومراعاة لحقوقه وحفاظاً على سمعته، من أجل ذلك كله كان للأولياء في عقد الزواج ترتيب، تنتقل به ولاية التزويج من الأقرب إلى الأقرب، فما هو ترتيب الأولياء في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال أتناول هذا المطلب في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: ترتيب الأولياء في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

يقصد من ترتيب الأولياء في عقد الزواج؛ تقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية⁽¹⁾، عند اجتماعهم، أو في حالة وجود عارض، فتنقل الولاية بالترتيب، الأقرب فالأقرب إلى الأبعد، حيث ذهب الجمهور إلى أن الأولياء في الزواج هم العصبة⁽²⁾، وعند الحنفية تنتقل الولاية إلى بقية الأقارب⁽³⁾، فإن عدموا انتقلت إلى الغير عند الجميع، وعليه سأتعرض لأصحاب الولاية من العصبة (أولاً)، ثم أصحاب الولاية من غير العصبة (ثانياً)، ثم ثمرة وآثار ترتيب الأولياء (ثالثاً).

أولاً: أصحاب الولاية من العصبة .

قال جمهور أهل العلم: لا ولاية لغير العصبة بالنفس، لأن الفقهاء في ترتيبهم للأولى والأقرب في الولاية قد يتفقون وقد يختلفون، لعدم علمهم بالأقرب، يقول تعالى: ﴿وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّكُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا﴾ [النساء: 11]، ومن اتفاقهم في هذا الموضوع

(1) ديري دليلة وشنة سعاد، المرجع السابق، ص 20.

(2) السيد سابق، المرجع السابق، ص 202، (بتصرف) .

(3) عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 151.

تقديمهم الأب على الجد والأخوة والأعمام، ولكنهم اختلفوا في أيهم المقدم، الأب أو الابن، والجد أو الأخوة⁽¹⁾؟ . فمن هم أصحاب الولاية من العصابة وما ترتيبهم؟

1. عند المالكية: هناك ولي مجبر وولي غير مجبر⁽²⁾، فأما الولي المجبر: فالأب⁽³⁾ .

أما الولي غير المجبر أو ولاية الاختيار: فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدود ثم العمومة⁽⁴⁾، وكان مالك يقول: أولهم البنون، وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الأخوة للأب والأم ثم الإخوة للأب، ثم بنوا الأخوة للأب والأم، ثم بنوا الإخوة للأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة، ثم بنوهم وإن سفلوا⁽⁵⁾، وفي رواية المدنيين عن مالك أن الأب أولى من الابن⁽⁶⁾، مثل قول الشافعي وهو أحد قولي أبي حنيفة⁽⁷⁾ .

2. عند الشافعية: الولي إما مجبر أو غير مجبر، فأما الولي المجبر: فالأب، والجد⁽⁸⁾ .

وأما الولي غير المجبر: فالأب والجد وباقي العصابات وترتيبهم على النحو التالي: الأبوة، الأخوة، العمومة، أي فإن كانت المنكوحة حرة فوليتها عصباتها: الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم⁽⁹⁾، وقال الشافعي لا ولاية للابن⁽¹⁰⁾ .

(1) عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص151.

(2) ابن جزى، المرجع السابق، ص133، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص190 .

(3) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص542، و التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي،

ج4(ط2)، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة الجزائرية، 1431هـ / 2010م)، ص119 .

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص192.

(5) التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص126، وأبو محمد عبد الوهاب المالكي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبي

أويس محمد بو خيزة الحسيني التطواني، ج1(ط1)، دار الكتب العلمية، لا، م، 1425هـ/2004م)، ص113 .

(6) أبو الوليد سليمان ابن خلف القرطبي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، ج3، (ط1)، مطبعة السعادة، مصر،

1332هـ)، ص268.

(7) المرجع نفسه، ص268، والتواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص126.

(8) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص194، و النووي، المرجع السابق، ص147 .

(9) النووي، المرجع السابق، ص146 .

(10) ابن جزى، المرجع السابق، ص133.

3. عند الحنابلة: الولي عند الحنابلة إما مجبر أو غير مجبر، فأما المجبر: فالأب⁽¹⁾ وأما الولي غير المجبر: بقية الأقارب العصباء، الأقرب فالأقرب كالإرث، وترتيبهم: الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة⁽²⁾، فأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها، ثم أبوه وإن علا ثم ابنها وابنه وإن سفل ثم الأخ الشقيق، ثم لأب ثم أولادهم ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا⁽³⁾.
4. عند الحنفية: الولاية عند الحنفية هي ولاية إجبار فقط، وتثبت للعصبة الأقرب فالأقرب: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، أي: الابن و ابنه وإن نزل، الأب والجد وإن علا، الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، والعم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، وعند الاجتماع يقدم الأب تعظيماً واحتراماً له⁽⁴⁾.

إن الملاحظ في ترتيب الأولياء أصحاب الولاية من العصبة، بالنسبة لتقدم الأصول على الفروع، أو الفروع على الأصول، عند الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة كما ذكرت أنه :

- في ولاية الإجماع: عند المالكية والشافعية والحنابلة، يأتي الأب في الدرجة الأولى، بخلاف الحنفية الذين يقدمون الابن، وفي أحد قولي أبي حنيفة يقدم الأب، لأنه من قومها وهو أشفق عليها، وأما الابن فليس منهم، ألا ترى أنه ينسب إلى أبيه⁽⁵⁾.
- وأما في ولاية الاختيار فهناك قولان:

القول الأول : ذهب المالكية والحنفية إلى تقدم الفروع على الأصول في ولاية النكاح؛ بمعنى أنهم قدموا الابناء وأبناء الابناء على الأب، في المشهور من المذهب⁽⁶⁾، وروي المدنيون عن مالك مثل قول الشافعي، وأن الأب أولى من الابن وهو أحد قولي أبي حنيفة⁽⁷⁾.

(1)- ابن قدامة، المرجع السابق، ص346، ووهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص195.

(2)- المرجع نفسه، ص195.

(3)- ابن قدامة، المرجع السابق، ص346، ص349.

(4)- الكاساني، المرجع السابق، ص250، ووهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص195.

(5)- المرجع نفسه، ص250.

(6)- التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص126.

(7)- المرجع نفسه، ص126، والكاساني، المرجع السابق، ص250.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى تقديم الأصول على الفروع⁽¹⁾، فيقدمون الأب والجد على الابن وابن الابن، كما هو عند الحنابلة، بخلاف الشافعية الذين يقولون لا ولاية لابن⁽²⁾.

ولعل الراجح هو القول الثاني، الذي يرى أصحابه تقديم الآباء على الأبناء، وذلك لأن الأب أكثر شفقة ومراعاة لمصلحة المرأة من الابن⁽³⁾، وهذا يتفق مع حقيقة الولاية، إذ أن الولاية ولاية نظر ومصلحة للمولى عليه، فالأحق بها هو الأولى نظراً ورعاية للمصلحة، والأب والجد هما الأكثر نظراً ورعاية لمصالح المولى عليه⁽⁴⁾، وهذا ما ذهب إليه الامام مالك في رواية المدنيين عنه وهو أحد قولي أبي حنيفة.

والخلاصة: أن الأب مقدم في أصحاب ولاية التزويج من العصبه دائماً، سواء في ولاية الإيجاب، كما هو عند المالكية والشافعية والحنابلة، وأحد قولي أبي حنيفة، أو في ولاية الاختيار، كما هو مرجح بين القولين السابقين خاصة بعد الجمع والتوفيق.

ثانياً: أصحاب الولاية من غير العصبه .

قال جمهور أهل العلم، أنه لا ولاية لغير العصبه بالنفس⁽⁵⁾، أي ليس للخال ولا للإخوة لأم، ولا لولد الأم، ولا لأي من ذوي الأرحام ولاية⁽⁶⁾، بخلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة إلى أن الولاية تنتقل إلى الأقارب حسب قوة قرابتهم⁽⁷⁾، فإن عدموا انتقلت الولاية إلى السلطان عند الجميع، فإن لم يوجد فرجل من جماعة المسلمين على رأي المالكية والحنابلة⁽⁸⁾، وعليه فمن هم أصحاب الولاية من غير العصبه، وما ترتيبهم؟

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 347، والنووي، المرجع السابق، ص 146.

(2) ابن جزى، المرجع السابق، ص 133.

(3) نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 187.

(4) عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص 153.

(5) المرجع نفسه، ص 151.

(6) سيد سابق، المرجع السابق، ص 202.

(7) الكاساني، المرجع السابق، ص 250.

(8) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 192-195 ومحفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 397.

1. الوصي: قال به المالكية والحنابلة في ولاية الإيجار بعد الأب⁽¹⁾، إذن فهو يأتي عند هؤلاء في الدرجة الأولى من أصحاب الولاية من غير العصبية، ولم يقل به الشافعية والحنفية .

2 الكافل: قال به المالكية خلافاً للجمهور، وهو من قام بتربية الفتاة، وهي صغيرة حتى بلغت عنده مدة توجب الحنان، والشفقة عليها عادة⁽²⁾.

3 ذُوُّ الأرحام: اختلف الفقهاء في ذوي الأرحام هل يكونوا من الأولياء؟

أ . فأما مذهب الجمهور: فإن أولياء النكاح هم العصبية، وليس لذوي الأرحام ولاية⁽³⁾، أي لا ولاية لغير العصبية بالنفس فإن عدموا انتقلت إلى السلطان⁽⁴⁾، إلا في حالة الوصي عند المالكية والحنابلة، والكافل عند المالكية .

ب . وأما مذهب أبي حنيفة: فإن ذوي الأرحام من الأولياء⁽⁵⁾، أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبية، فالولاية للأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من الأصول، انتقلت الولاية إلى الفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها، ثم الجد الرحي: أب الأم، ثم الأخوال والخالات وأولادهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام انتقلت الولاية إلى القاضي⁽⁶⁾ .

4- السلطان: لا خلاف بين أهل العلم، في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أوليائها أو عضلهم، وبه يقول مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي⁽⁷⁾،

(1) ابن جزئي، المرجع السابق، ص 133، وابن قدامة، المرجع السابق، ص 147 .

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 193.

(3) محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، ج 6، (ط1، مصر، دار الحديث، 1413هـ/1993 م)، ص 146 .

(4) عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق ص 151 .

(5) محمد بن علي الشوكاني، المرجع السابق، ص 146 .

(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 189 .

(7) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 347 .

ولا يريد أهل العلم بالسلطان إمام المسلمين وحده، وإنما يريدون به إمام المسلمين وولاته ونوابه وقضاته، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: «... فالسلطان ولي من لا ولي له»⁽¹⁾.

5. رجل من المسلمين: إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان، ولا ولي لها مطلقاً⁽²⁾، فلرجل من المسلمين، أي زوجها رجل عدلٌ بإذنها⁽³⁾، وهذا عند المالكية والحنابلة .

والخلاصة: في ترتيب أصحاب الولاية من غير العصبه، عند عدم وجود العصبه كآلآتي:

أ. عند المالكية: الوصي في ولاية الإجماع، أما في ولاية الاختيار: الكافل إن وجد ثم السلطان، فإن عدموا جميعاً فلرجل من المسلمين بعد إذن المرأة.

ب. عند الحنابلة: الوصي في ولاية الإجماع، أما في ولاية الاختيار: السلطان، وإلا فلرجل عدلٌ.

ج. عند الحنفية: ذوو الأرحام الأقارب غير العصبات، ثم السلطان .

د. عند الشافعية: بعد أصحاب الولاية من العصبه، يأتي السلطان في محل ولايته .

ثالثاً: ثمرة وآثار ترتيب الأولياء في عقد الزواج .

بعد معرفة مرتبة أصحاب الولاية في الزواج من العصبه، أو من غير العصبه، حسب استحقاقهم في الحالة العادية، لكن إذا اجتمعوا، أو في حالة وجود عارض، فالحكم كآلآتي:

1- في حالة تعدد الأولياء: يكون الترتيب كآلآتي :

أ. الترتيب بالجهة: البنوة، فالأبوة، فالأخوة، فالعمومة، على رأي أصحاب القول الأول، أو الأبوة، فالبنوة، فالأخوة، فالعمومة، على رأي أصحاب القول الثاني، الذي تم ترجيحه .

(1) رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج1، دار احياء الكتب العربية، د ت، حديث رقم 1879، ص605 ورواه أبو داود، في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، ج2، حديث رقم 2083، ص190 .

(2) عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص149 .

(3) محفوظ ابن الصغير، المرجع السابق، ص397 .

- ب - الترجيح بالدرجة: إذا اتحدت الجهة، قدم أقربهم درجة، فيقدم الأب على الجد، والابن على ابن الابن، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ، ولو كان الأخ شقيقاً لأنه أقرب درجة⁽¹⁾.
- ج - الترجيح بقوة القرابة: إذا اتحدت الجهة والدرجة، قدم أقواهم قرابةً، والأقوى هو من تكون قرابته لأب ولأم، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، ويقدم العم الشقيق على العم لأب .
- د - إذا اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كان كلاهما ولياً، وأيهما زوج صح زواجه، فإن زوج كلاهما اعتبر زواج المتقدم⁽²⁾، كأخوين مثلاً تكون العبرة بمن زوج أولاً، ويلغى الزواج الثاني، وهذا لوجود الأول في وقت لا معارض له فيه، أما الثاني فقد عورض من أوقات وجوده، فإن ظهر أنهما صدرا معاً في وقت واحد بطل العقدان⁽³⁾ .

2- في حالة وجود عارض: وهي الحالات التي تنتقل فيها الولاية من الأقرب إلى الأبعد :

أ. إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب:

ففي حالة فقدان الأقرب شروط الولاية كلها أو بعضها: فيترتب عليه فقد الولاية وبالتالي انتقالها إلى الولي الأبعد، لخروج الأقرب عن أن يكون ولياً فأشبه المعدوم⁽⁴⁾ كإحرام الولي، لأنه لا يجوز للمحرم أن يتولى عقد النكاح⁽⁵⁾ .

أما إذا لم يفقد الأقرب شروط الولاية، فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية⁽⁶⁾، والمالكية⁽⁷⁾، والشافعية⁽⁸⁾، والحنابلة⁽⁹⁾، إلى أنه لا يجوز أن يزوجه الأبعد مع حضور الأقرب، وفي رواية عن

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 113.

(2) المرجع نفسه، ص 113 .

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 129 .

(4) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 391 .

(5) الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 541 .

(6) الكاساني، المرجع السابق، ص 250 .

(7) ابن رشد، المرجع السابق، ص 14 .

(8) النووي، المرجع السابق، ص 146 .

(9) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 364 .

مالك قال مرة: النكاح جائز، ومرة قال: للأقرب أن يجيز أو يفسخ، وهذا كله في ماعدا الأب في ابنته البكر، والوصي في محجورته، فإنه لا يختلف قوله أن النكاح في هذين مفسوخ⁽¹⁾.

ب. تزويج الأبعد في حال غياب الأقرب: ذهب الأئمة أبو حنيفة⁽²⁾، ومالك⁽³⁾، وأحمد⁽⁴⁾، إلى أن الأقرب إذا غاب فللأبعد من عصبتها تزويجها، أي تنتقل الولاية للذي يليه، بخلاف الشافعي الذي يرى انتقالها إلى السلطان، لأن بالغياب لا ولي لها، لكن عند الجمهور هي ثابتة للبعيد، كما هي ثابتة للقريب، ولعل الراجح هو رأي الجمهور⁽⁵⁾.

ج. امتناع الولي من غير سبب شرعي: إن امتناع الولي عن تزويج موليته من غير سبب شرعي، ظلم وولاية رفع المظالم للقاضي⁽⁶⁾، وعليه فإن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى القاضي، لأن الجمهور يروا بأنه: ليس للولي أن يمنع وليته من الزواج، إذا رغبت بمن تتوفر فيه الكفاءة، وبصداق مثلها، فإذا حصل ذلك فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي⁽⁷⁾، لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج حسب قانون الأسرة الجزائري.

لقد جعل المشرع الجزائري ترتيب الأولياء، في عقد الزواج حسب قانون الأسرة، أن ولي المرأة في المرتبة الأولى هو أبوها، وهذا يوافق الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية، ثم أجمل المشرع الجزائري القول في بقية الأولياء بعد الأب، و ميز بين المرأة الراشدة والقاصرة في تحديد الأولياء ومراتبهم، وعليه سنقسم هذا الفرع إلى: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة (أولا)، ثم ترتيب الأولياء بالنسبة للبنات القاصرات (ثانيا):

(1) ابن رشد، المرجع السابق، ص 14 .

(2) الكاساني، المرجع السابق، ص 250 .

(3) ابن جزري، المرجع السابق، ص 133 .

(4) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 349 .

(5) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 116 .

(6) المرجع نفسه، ص 117.

(7) نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 190، (بتصرف) .

(8) أنظر الصفحة 30 من المذكرة .

أولاً: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة .

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة 1 على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، حيث يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري، لم يفرق بين المرأة الراشدة بكرًا كانت أو ثيبًا، كما فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم كل منهما⁽¹⁾، لكنه حدد أولياء المرأة الراشدة في عقد الزواج ومراتبهم كما يلي:

1. أما بالنسبة لتحديد الأولياء: فهم كالآتي:

أ. الأب: يأتي في الدرجة الأولى كما هو في الشريعة الإسلامية، ومنه فقد أخذ المشرع الجزائري بذلك، لأن الأب هو الأكثر شفقة، وحنانا ومراعاة، لمصلحة ابنته، ثم تأدبا معه، واحتراما، وتوقيرا له، أن يكون هو الولي على ابنته في حال حضوره، وتوفر شروط الولاية فيه، وقد ذهب إلى هذا المالكية، والحنفية كما سبق توضيحه في الترجيح⁽²⁾ .

ب. الأقارب: نص عليهم قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة الأولى في عبارة "أحد أقاربها"، فلاحظ أن العبارة يكتنفها الغموض ومنه فهي لم توضح لنا من هؤلاء الأقارب، هل يقصد بهم قرابة العصبية، أم ذوو الأرحام أم هما معا⁽³⁾؟ ولكن بالرجوع إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، نجد أنها كذلك لم تبين لنا المذهب الذي يرجع إليه⁽⁴⁾ .

(1)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق ص 368 .

(2)- أنظر ذلك في الصفحة 28 من المذكرة .

(3)- عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 95.

(4)- نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 192 .

إلا أنه بالرجوع إلى ما ورد في تفسيرات فقهاء القانون واجتهادات المحكمة العليا لعبارة "أحد أقاربها"، نجد أن معنى الأقربون: الابن (المولود من زواج سابق)، ووصي الأب، ثم الأخ، فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون بعد الترتيب، ويقدم الشقيق على غيره⁽¹⁾.

وفي هذا نجد أن المحكمة العليا قضت في إحدى اجتهاداتها القضائية: "حيث أنه فيما يخص الولي، فللأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر، وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن، كولي عنها في عقد الزواج العربي موضوع النزاع إجراء صحيح..."⁽²⁾.

ج. شخص آخر: وهو المنصوص عليه في المادة (11) الفقرة 1 على أنه: "...أو أي شخص آخر تختاره" وهي عبارة مغمضة غير واضحة كما هو ملاحظ، لكن لما نرجع إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي ورد في أحكامها أن المرأة تختار وليا رجلا من جماعة المسلمين إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان⁽³⁾، وهذا مستبعد جدا بالنسبة لقانون الأسرة في الجزائر، لوجود السلطان.

2. وأما بالنسبة لترتيب الأولياء: فهو كالآتي:

أ. جعلت الترتيب اختياري بالنسبة للراشدة، واستبدلت معيار القرابة بمعيار الاختيار⁽⁴⁾، حيث استعملت حرف العطف "أو" الذي يفيد التخيير لا الترتيب، وكذلك لفظ "تختاره" فيتساوى بذلك بين حضور الأب، أو غيره ممن تختاره المرأة الراشدة لعقد زواجها، وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر تختاره، وهذا غريب في مجتمعنا⁽⁵⁾.

(1). بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 116.

(2). م.ع.غ.أ.ش.ص.ت، 1993/09/28 م.م. ر 96238، غ.م، وأنظر بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 75.

(3). عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 149.

(4). يوسف كهيبة ولامي ليلي، عقد الزواج وفق للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماستر في القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013/2012 م، ص 51.

(5). الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، (ط1، دار الخلدونية القبة، الجزائر 2008 م)، ص 66.

ب . جعلت من عبارة "أو أي شخص آخر تختاره"⁽¹⁾، تستدعي معرفة موقع هذا الشخص من قبل المرأة ليتولى تزويجها، وأسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد، وحكم تزويج الأبعد مع وجود الأقرب⁽²⁾، وهذا لم توضحه العبارة السابق، وهو كذلك من الغموض.

ثانيا: ترتيب الأولياء بالنسبة للبنات القاصرة .

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة الثانية، على أنه: "...يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، ومنه لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالقاصر صراحة، هل هو عديم الأهلية أو ناقصها، لكنه حدد أولياء المرأة القاصرة في عقد الزواج، ومراتبهم كما يلي:

1. فأما بالنسبة لتحديد الأولياء: فهم كالآتي:

أ . الأب: كما في المرأة الراشدة نجد أن المشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في كون الأب يأتي في المرتبة الأولى في الولاية على المرأة، راشدة كانت أم قاصرة، وقد كان قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل لم يعرف التفريق بين الراشدة والقاصرة⁽³⁾ .

ب . الأقارب: نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة 2، فأجمل في بقية الأولياء الأقارب بعد الأب، في عبارة "أحد أقاربها الأولين"، حيث لم يوضح لنا من هؤلاء الأقارب الأولين، هل هم القرابة من العصبية، أم ذوو الأرحام، أم هما معا؟، وهذا ما تفسره المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، لكن لم تحدد المذهب الذي يرجع إليه .

ج . القاضي: نصت المادة (11) في فقرتها الثانية، في ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة: بعد الأب، فأحد الأقارب الأولين و "القاضي ولي من لا ولي له"، وهنا الأمر واضح خاصة

(1)- أنظر المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ، ص 399 .

(3)- أنظر المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري .

بالرجوع إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و التي ورد في أحكامها أن القاضي يأتي دائما في آخر ترتيب الأولياء من غير العصبية في عقد الزواج، كما سبق ذكره ⁽¹⁾.

2. وأما بالنسبة لترتيبهم: نص قانون الأسرة الجزائري ⁽²⁾ على ترتيب الأولياء بالنسبة للقاصرة فجعله اجباري حيث عطف بحرف العطف "ف" الذي يفيد الترتيب، وعبارة "يتولى" بدل عبارة "بحضور"، وكأن المشرع الجزائري أراد أن يميز بين ولايتي الإيجار والاختيار، لكن بالرجوع إلى نص المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، نجد أنها قد منعت ولاية الإيجار على القاصرة، ومنه لا يستطيع ولي القاصرة الذي هو أبوها أن يتول عقد زواجها إلا بعد موافقتها، والترخيص لها من القاضي ⁽³⁾.

ومنه تبقى سلطة الولي في تولي عقد زواج القاصرة مقيدة بإذنها، والترخيص من القاضي لها، إلا أن المشرع قد حافظ على معيار القرابة في ترتيب الأولياء، بالنسبة للقاصرة لكن أطلق في عبارة "فأحد الأقارب الأولين" التي تشمل الأقارب من العصبية ومن غير العصبية، وخاصة عند فقدان الأب، حيث يمكن أن تنتقل الولاية إلى الأم على مذهب أبي حنيفة، وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في نص المادة (87) التي ورد فيها: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا..."، وكل ذلك بسبب الغموض الذي يكتنف عبارة "فأحد الأقارب الأولين"، وحتى بالرجوع إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم ير النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، هي كذلك لم تبين المذهب الذي يرجع إليه في الشريعة الإسلامية ⁽⁴⁾.

(1)- أنظر في ترتيب الأولياء من غير العصبية، صفحة 29 من المذكرة .

(2)- أنظر المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(3)- أنظر المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(4)- نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 192 .

الفصل الثاني

طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج

بعد أن تعرضت لتعريف ولاية التزويج وأنواعها والأسباب المثبت لها، بالنظر إلى من تثبت عليهم أو تثبت لهم، وترتيب هؤلاء حسب قوة درجة قرابتهم، آتي لأتناول في هذا الفصل الحكم الشرعي والتكليف القانوني للولي والدور الذي يقوم به في عقد الزواج، الذي يترتب عن تخلفه آثار تمس بصحة العقد ومدى مصداقيته على مستوى الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري، ومنه فما هي طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ لإجابة على هذا السؤال أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: حكم وتكليف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني: دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج .

الفصل الثاني

طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج

بعد أن تعرضت لتعريف ولاية التزويج وأنواعها والأسباب المثبت لها، بالنظر إلى من تثبت عليهم أو تثبت لهم، وترتيب هؤلاء حسب قوة درجة قرابتهم، آتي لأتناول في هذا الفصل الحكم الشرعي والتكييف القانوني للولي والدور الذي يقوم به في عقد الزواج، الذي يترتب عن تخلفه آثار تمس بصحة العقد ومدى مصداقيته على مستوى الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري، ومنه فما هي طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ لإجابة على هذا السؤال أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: حكم وتكييف الولي في عقد الزواج وشروطه .

المبحث الثاني: دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج .

المبحث الأول

حكم وتكييف الولي في عقد الزواج وشروطه

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إن أسس ثبوت ولاية التزويج كما هو متفق عليها في الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري، هي نقص الأهلية أو فقدانها، أما سبب الأنوثة، فهناك من اعتبره أساسا لثبوت الولاية، وهناك من لم يعتبره، خاصة بالنسبة للبالغة العاقلة الرشيدة، التي اكتملت أهليتها، واستقلت بالولاية القاصرة على نفسها، ومنه فما هو حكم الولي في عقد الزواج؟ وما مركزه القانوني في ذلك؟ وما الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الولي، لتحقيق مصلحة من تثبت الولاية عليهم؟ للإجابة على هذه الأسئلة، أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حكم وتكييف الولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني: شروط الولي في عقد الزواج .

المطلب الأول

حكم وتكييف الولي في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

لا خلاف في مشروعية الولاية على المرأة في عقد الزواج، لأن ذلك أجدر بكرامتها وكمال أدبها وعفتها، لكن ما الحكم الشرعي والتكييف القانوني للولي في تولي عقد زواجها، وعدم ترك أفرادها بنفسها في ذلك؟ للإجابة على هذا التساؤل أتناول ذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: حكم الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ثبوت الولاية على المرأة البالغة الرشيدة، فاثبتها الجمهور غير الحنفية، ومنه اختلفت كلمتهم في حكم الولي في عقد الزواج بين القائلين بوجوبه ركنًا أو شرطًا⁽¹⁾، وبين عدم القائلين به، وتبنى هذا الاختلاف عموما مذهبين :

أولاً: مذهب القائلين بالولي في عقد الزواج .

ذهب جمهور الفقهاء المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي⁽⁵⁾، سواء أطلق عليه ركنًا أو شرطًا⁽⁶⁾، فهو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقًا⁽⁷⁾، لأن العقد الذي لم يحضره الولي باطل، وليس للمرأة أن تزوج نفسها، أو تتولى تزويج غيرها من

(1)- المالكية والشافعية، اصطلاحوا على اعتبار الولي ركنًا، وأما الحنفية والحنابلة فاصطلحوا عليه شرطًا لا ركنًا، أنظر عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 46 .

(2)- عبد الوهاب المالكي، المرجع السابق، ص 112 .

(3)- النووي، المرجع السابق، ص 146 .

(4)- ابن قدامة، المرجع السابق، ص 337.

(5)- نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 164 .

(6)- فهو خلاف فقهي لا يؤثر في النتيجة، لأن اعتبار الولاية شرطًا، يؤدي إلى نفس الجزاء على اعتبارها ركنًا، أنظر العربي بلحاج، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 324 .

(7)- العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 66 .

النساء⁽¹⁾، وإنما الذي يزوجه هو وليها، فإن كانت بكراً، فالولاية عليها ولاية إجبار، ويكون الأمر فيها للولي وحده، وإن كانت ثيباً، فالولاية ولاية اختيار، ولا بد فيها من إذن الولي⁽²⁾، واستدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة، منها:

1- من القرآن الكريم:

أ. قال ﷺ: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» [النور: 32].

وجه الاستدلال في الآية: أن الخطاب للأولياء وقيل للأزواج، والصحيح أنه للأولياء، لأنه قال: «أَنْكِحُوا» بالهمزة ولو أراد الأزواج لقال بغير همزة، وكانت الألف للوصل، ودلالته على اشتراط الولاية في النكاح من عدة أوجه: منها أن الخطاب للرجال دون النساء، وأن الله خاطبهم بصيغة الأمر الدالة على الوجوب، فدل على أنهم هم المكلفون بتزويجهم⁽³⁾، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي، وهو قول أكثر العلماء⁽⁴⁾.

الاعتراضات والردود: قيل أن الخطاب في قوله: «وَأَنْكِحُوا» هو للأزواج فلا يكون فيها دليل لاعتبار الولي في النكاح، وقيل هو خطاب لجميع الأمة، للتعاون على تيسير أسباب الزواج لطالبيه، وليس المراد بالإنكاح إجراء عقد الزواج⁽⁵⁾، وقيل أن الخطاب للأولياء بالتزويج لا يدل حتماً ووجوباً، على أن الولي شرط جواز الزواج وصحته، وإنما خرج الخطاب بالأمر بالإنكاح للأولياء مخرج العادة والعرف والندب والاستحباب، لأن النساء لا يتولين عقد الزواج بأنفسهن عادة لما فيه من حاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال ومن نسبتهن للوقاحة⁽⁶⁾.

(1) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 106.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 320.

(3) القاضي محمد ابن عبد الله ابن العربي المالكي، أحكام القرآن، ج 3، (ط3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1424هـ/2003م)، ص 391، (بتصرف).

(4) أبو عبد الله محمد ابن أحمد القرطبي، تحقيق: هشام سميح البخاري، ج 12، (لا.ط، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1423هـ/2003م)، ص 239.

(5) العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 85.

(6) الكاساني، المرجع السابق، ص 248.

ب - قال ﷺ: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: 221] .

وجه الاستدلال: في الآية دليل على أنه لا نكاح إلا بولي، لأن هذا الخطاب لأولياء النساء، ولو كان أمر النساء في النكاح إليهن، لما خاطب الله به أولياءهن⁽¹⁾، وأن هذا القول من الله، دلالة على أن أولياء المرأة، أحق بتزويجها من المرأة⁽²⁾.

الاعتراضات والردود: إن هذا الخطاب ليس موجهاً للأولياء، بل هو خطاب لأولي الأمر، أو خطاب لجميع المسلمين، ولو سلمنا بأنه متردد بين أن يكون خطاباً لأولي الأمر، أو خطاباً للأولياء⁽³⁾، فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان، أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر⁽⁴⁾، وبالجمع بين الرأيين، فإن النهي نهي لجميع المسلمين، عن تزويج بناتهم للمشركين⁽⁵⁾.

ج - قال ﷺ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232] .

وجه الاستدلال: الخطاب في قوله ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء، وأن الأمر إليهم في التزويج، وقيل: إن الخطاب للأزواج، والأول أصح، لسبب النزول⁽⁶⁾، حيث نزلت في معقل بن يسار⁽⁷⁾، قال: « زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً...»

(1) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 79 .

(2) - محمد ابن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 3 (ط 1، لا، م، دار هجر للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م)، ص 718 .

(3) - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 165.

(4) - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 10 .

(5) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 374 .

(6) - القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 158.

(7) - هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر، صحب الرسول ﷺ وشهد بيعة الرضوان، توفي بالبصرة في آخر خلافة معاوية، وقيل في خلافة يزيد، أنظر أسد الغابة، أبو الحسن عز الدين ابن الأثير، ج 4 (لا. ط، بيروت، دار الفكر، 1409هـ/1989م)، ص 457 .

فأنزل تعالى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله ⁽¹⁾، فإذا ثبت هذا ففي الآية دليل على أنه لا يجوز النكاح بغير ولي ⁽²⁾.

الاعتراضات والردود: الخطاب في قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، هو خطاب للأزواج، ولو فرض التسليم بكون الخطاب للأولياء، فليس في نهي الأولياء عن العضل، دليل على إثبات حق لهم فيما نهبوا عنه ⁽³⁾، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد، لا حقيقة، ولا مجازاً ⁽⁴⁾، وأما سبب النزول فالحديث غير ثابت على مذهب أهل النقل ⁽⁵⁾.

2 - من السنة النبوية:

أ - ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « لا نكاح إلا بولي » ⁽⁶⁾.

وجه الدلالة من الحديث: أنه لا يصح النكاح إلا بولي؛ لأن الأصل في النفي، نفي الصحة، لا نفي الكمال ⁽⁷⁾، والأصل في النفي شرعاً، أن يتجه إلى الحقيقة الشرعية، فيكون النكاح بدون ولي باطلاً، لا وجود له شرعاً ⁽⁸⁾.

الاعتراضات والردود: الحديث مضطرب في اسناده؛ وهذا يدل على ضعفه، فلذا لا حجة للاستدلال به ⁽⁹⁾، ثم أن المنفي في حديث « لا نكاح إلا بولي »، هو الكمال والاستحباب، إذ لا خلاف عندهم، أنه يندب للمرأة أن لا تباشر عقد النكاح بنفسها ⁽¹⁰⁾.

(1) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 5310، ج 7، ص 16.

(2) - القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 158.

(3) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 71.

(4) - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 10.

(5) - أحمد بن علي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، ج 2 (لا.ط)، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ، ص 103.

(6) - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1880، ج 1، ص 605.

(7) - محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام، ج 2 (لا.ط)، دار الحديث، لا، م، د، ت) ص 173.

(8) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 91.

(9) - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 559.

(10) - العوفي عوض بن رجاء، المرجع السابق، ص 106.

ب - ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له»⁽¹⁾.

وجه الدلالة: في الحديث دليل على اعتبار إذن الولي في عقد النكاح، بعقده لها، أو عقد وكيله⁽²⁾، والحديث يؤكد على بطلان الزواج مطلقاً؛ إذا لم يتوفر على ولي⁽³⁾.

الاعتراضات والردود: اعترض على الحديث بالطعن في سنده⁽⁴⁾، وأن رواية هذا الحديث عائشة رضي الله عنها خالفته ولم تعمل به، ولقد زوجت بنت أخيها عندما كان غائباً في الشام، فلما قدم عتب عليها، إلا أنه أمضى نكاحها، وفتوى الراوي بخلاف الحديث، دليل وهن الحديث⁽⁵⁾.

ثانياً : مذهب عدم القائلين بالولي في عقد الزواج.

ذهب أبو حنيفة وأصحابه⁽⁶⁾، إلى جواز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها، ونكاح غيرها مطلقاً⁽⁷⁾، سواء زوجت نفسها، أو أمرت غير الولي أن يزوجه، فزوجها⁽⁸⁾، لأنها تصرف في خالص حقها⁽⁹⁾، سواء كان الزوج كفؤاً لها، أو غير كفء، فالنكاح صحيح⁽¹⁰⁾، إلا أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء، أو بمهر قاصر، فلا أولياء حق الاعتراض⁽¹¹⁾، واستدل الحنفية لهذا القول بجملة من الأدلة، منها:

(1) - رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1102، ج3، ص399.

(2) - محمد بن اسماعيل الصنعاني، المرجع السابق، ج2، ص173.

(3) - سعادي لعلی، المرجع السابق، ص94.

(4) - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص567.

(5) - محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5، (لا، ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م)، ص12.

(6) - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص11، و ابن همام، المرجع السابق، ص255.

(7) - المرجع نفسه، ص255.

(8) - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص10.

(9) - عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص108.

(10) - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص10.

(11) - الكاساني، المرجع السابق، ص247.

1- من القرآن الكريم:

أ - قال ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232] .

وجه الاستدلال: اختلف المفسرون في قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ خطاب لمن؟ فقال الأكثرون إنه خطاب للأولياء، وقال بعضهم إنه خطاب للأزواج، وهذا هو المختار ... لأن من أول آية في الطلاق، إلى هذا الموضع، كان الخطاب كله للأزواج، والبتة ما جرى للأولياء ذكر، فإذا صرف إلى الأولياء كان على خلاف النظم⁽¹⁾، وقد دلت الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي: أَحَدُهَا إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني نهي عن العضل إذا تراضى الزوجان⁽²⁾.

الاعتراضات والردود: الآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الولي، ويؤيد هذا سبب نزول الآية كما سبق، فالآية دليل على شرط الولي في النكاح، ولو لم يكن منه لما نهاه الله عنه⁽³⁾.

ب - قال ﷻ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 234] .

وجه الاستدلال: جواز فعلها في نفسها من غير شرط الولي⁽⁴⁾، فإذا زوجت نفسها من كفاء ومهر المثل فقد فعلت في نفسها معروفاً⁽⁵⁾، ومن ثم جواز انفرادها بعقدها على نفسها بنفسها⁽⁶⁾.

(1)- فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ص 455 (بتصرف).

(2)- الجصاص، المرجع السابق، ج 2، ص 100 .

(3)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 378 ، حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 578 .

(4)- الجصاص، المرجع السابق، ج 2، ص 101 .

(5)- نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 173 .

(6)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 378 .

الاعتراضات والردود: وأما قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ﴾ هو خطاب للأولياء، لأن الله تعالى إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس بالمعروف، إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه⁽¹⁾.

ج - قال عَلَيْكَ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة 230].

وجه الاستدلال: قد حوى الدلالة من وجهين على جواز النكاح، إذا عقدت على نفسها بغير ولي: أَحَدُهُمَا إضافة عقد النكاح إليها، في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، والثاني ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾، فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي⁽²⁾، وهذا دليل على أن النكاح يصدر منها⁽³⁾، قالوا وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال: ﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وقال: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ﴾، وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها⁽⁴⁾، ومن ثم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها⁽⁵⁾.

الاعتراضات والردود: أن المراد بالنكاح في قوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، هو الوطاء لا العقد؛ لما دلت عليه السنة الصحيحة أن المرأة المطلقة ثلاثاً؛ لا تحل لزوجها الأول حتى تذوق عسيلة الثاني، وهذا محل اتفاق⁽⁶⁾.

(1) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 160.

(2) - الجصاص، المرجع السابق، ج 2، ص 101.

(3) - عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص 109.

(4) - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 09.

(5) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 379.

(6) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص 163.

2 - من السنة النبوية:

أ - قوله ﷺ: « الأيم أحق بنفسها من وليها ... »⁽¹⁾ .

وجه الدلالة من الحديث: قالوا إن الأيم في هذا الحديث اسم لامرأة لا زوج لها بكرة كانت أم ثيباً، وقد أثبت النبي ﷺ لكل من الولي والأيم حقاً، حق الولي هو مباشرة العقد برضاها، وقد جعلها أحق منه به، ولن تكون أحق منه إلا إذا زوجت نفسها⁽²⁾، لأنها لما بلغت عن عقل وحرية، صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً عليها، كالصبي العاقل إذا بلغ⁽³⁾.
الاعتراضات والردود: أجاب الجمهور بأن لا حجة في هذا الحديث على صحة إنكاح المرأة نفسها؛ لأن لفظ «الأيم» المقصود به هو المرأة الثيب⁽⁴⁾، وأن كلمة «أحق» ليس فيها ما يدل على استقلالية المرأة بالنكاح، بل إنها تدل على أن للولي حقاً معها في النكاح، إلا أن حقها أولى و أكد، وحق الولي مباشرة العقد، وحق المرأة اختيار الزوج⁽⁵⁾ .

ب - ما روي عنه ﷺ أنه قال: « ليس للولي مع الثيب أمر »⁽⁶⁾ .

وجه الدلالة: في الحديث قطع لولاية الولي عنها⁽⁷⁾، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها؛ لصحة عبارتها، ولعدم اعتبار الولي شرطاً في صحة العقد⁽⁸⁾ .

(1) - رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبطر بالسكوت، حديث رقم: 1421، ج2، ص1037 .

(2) - عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص109 .

(3) - الكاساني، المرجع السابق، ص248 .

(4) - العوفي عوض ابن رجاء، المرجع السابق، ص169 .

(5) - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص576 .

(6) - رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الثيب، حديث رقم: 13680، ج7، ص191 والنسائي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، حديث رقم: 5354، ج5، ص172 .

(7) - الكاساني، المرجع السابق، ص248 .

(8) - الحصا، المرجع السابق، ج2، ص101 .

الاعتراضات والردود: الاستدلال في غير محله، لأن مراد الحديث ليس انفراد المرأة بعقد زواجها، وكذلك عدم اجبارها عليه، بل المراد إذنها بالزواج مع ترك تولي العقد للولي⁽¹⁾.

والخلاصة: بعد استعراض أدلة الفريقين، ووجه الدلالة منها، والاعتراضات، والردود الموجهة إليها، تبين أن سبب الاختلاف في حكم الولي في عقد الزواج هو: أنه لم تأت آية، ولا سنة، هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة الاحتجاج بها، عند من يشترط الولاية، هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها، من يشترط اسقاط الولاية، هي أيضا محتملة، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها، هي مختلف في صحتها⁽²⁾، وعليه فلا يوجد نص ثابت الورد، صريح الدلالة، في الشريعة الإسلامية، يجعل الولاية على المرأة شرطا في عقد الزواج، أو يبيح للمرأة أن تتولى العقد بنفسها، وإن كانت الإباحة هي الأصل، لأن المنع هو الذي يحتاج إلى دليل لا الإباحة⁽³⁾، ثم أنه لم يعهد في الشريعة الإسلامية أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقود⁽⁴⁾، أو سالبة لأهلية الزواج⁽⁵⁾، إلا أن الآراء الفقهية تأثرت بواقع الحياة الاجتماعية، التي كانت سائدة، لأن العرف والعادة بين الناس، أن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة، لما فيه من حاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهن إلى الوقاحة⁽⁶⁾، والتاريخ الإسلامي بأجياله المتتابعة، لم يألف مباشرة المرأة لعقد زواجها، والواقع حاليا شاهد على ذلك، في إبرام عقود الزواج، التي تتم في المساجد، أو الساحات، أو قاعات الأفراح، لكن هل هذا هو عقد الزواج، الذي تترتب عليه الآثار الشرعية؟! أم هو مجرد إعادة صيغة عقد الزواج، التي تم تحريرها بمكتب العقود بمصالح البلدية، وكان الرضا متبادلا بالإيجاب والقبول بين طرفي العقد، وهما الزوجان، كما هو منصوص عليه في المواد (04)، (09)، (10) من قانون الأسرة الجزائري.

(1)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 380.

(2)- ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 9.

(3)- بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 325.

(4)- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 110.

(5)- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 377.

(6)- الكاساني، المرجع السابق، ص 248.

الفرع الثاني: تكييف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

الأصل في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري أن يتم بين رجل وامرأة، على الوجه الشرعي، وأن يسوده الرضا المتبادل بينهما، بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة⁽¹⁾، إلا أنه قد تعرض لذكر الولي وعلاقته بعقد الزواج، فماذا كان يقصد من ذلك، أو ما التكييف القانوني للولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري؟ هذا ما سأجيب عنه كالآتي:

أولاً: الولي بين الركنية و الشرطية في عقد الزواج .

جاء في المادة(09) مكرر من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية"، وهذا يتماشى مع ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار الشروط الأساسية في انعقاد الزواج هي: التراضي، الولي، الشاهدين والصداق⁽²⁾، ومنه لم يختلف المشرع الجزائري، عن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، في اشتراط الولي في عقد الزواج⁽³⁾ .

لكن بالمقارنة بما ورد في المادتين: (09)و(33)، من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، نجد أن الولي يعتبر من أركان عقد الزواج، التي يترتب عنها الفسخ قبل الدخول، إذا اختل ركن واحد، والبطلان إذا اختل أكثر من ركن، كما أن المشرع الجزائري قد أورد المادة (09) من قانون الأسرة الجزائري تحت بُند أركان الزواج، والتي نستخلص منها أن الولي كان من أركان عقد الزواج مثله مثل الرضا .

لكن لما جزأت المادة (09) قبل التعديل إلى جزئين كما هو ملاحظ، حيث أصبح الجزء الأول متمثلاً في المادة (09) بعد التعديل، الذي يعتبر الرضا هو ركن الزواج فقط، والذي يترتب عنه البطلان، كما نص قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل على أنه: " يبطل الزواج إذا

(1) - أنظر المواد (04)،(09)،(10) من قانون الأسرة الجزائري .

(2) - العيش فضيل، قانون الأسرة،(ط2، ديوان المطبوعات الجامعي، بن عكنون الجزائر، 2007)، ص 23 .

(3) - سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 97 .

اختل ركن الرضا⁽¹⁾، أما الجزء الثاني فأصبح متمثلاً حالياً في المادة (09) مكرر، التي تعتبر الولي شرط من شروط عقد الزواج، الذي يترتب عن تخلفه الفسخ قبل الدخول في حالة وجوبه، والتثبيت بعد الدخول، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل⁽²⁾، وبهذا تكون الطبيعة القانونية للولي، قد تحولت من ركن باصطلاح الملكية والشافعية، إلى شرط باصطلاح الحنفية والحنابلة⁽³⁾.

لكن الملفت للانتباه أن المادة (09) مكرر التي حددت شروط عقد الزواج، ذكرت تحت بند أركان الزواج، والحقيقة أن الأركان تختلف على الشروط من حيث تأثيرها، كما أشار إلى ذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة (33)، فكان من الأولى على المشرع الجزائري، أن يفرد ذكر الشروط تحت بند: شروط عقد الزواج⁽⁴⁾، إلا إذا كان المشرع الجزائري قد تساوى عنده الركن والشرط، أو اعتبر أن الخلاف الفقهي، أو القانوني في هذا المجال لا يؤثر في النتيجة، لأن اعتبار الولاية شرطا، يؤدي إلى نفس الجزاء القانوني على اعتبارها ركنا، في صحة عقد الزواج⁽⁵⁾.

ثانيا: الولي بين الشرطية وعدمها في عقد الزواج .

ورد في المادة (33) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، مما يفيد أن حالة وجوب الولي ضمن الشروط التي تترتب عنها الآثار المذكورة؛ هي حالة زواج القصر فقط⁽⁶⁾، التي نصت عليها المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "... يتولى زواج القصر أولياءهم..."، أي أن الولي في حالة زواج القصر فقط، هو شرط من شروط عقد الزواج، في قانون الأسرة الجزائري، مثلما هو متفق

(1) - المادة (33) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2) - أنظر المادة (33) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(3) - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 46 .

(4) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 39، (بتصرف) .

(5) - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 315 .

(6) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 40 .

عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، في ولاية الإيجابار على ناقصي الأهلية أو فاقدتها⁽¹⁾، لكن بما أن المشرع الجزائري قد حسم موضوع ولاية الإيجابار على القاصرة، فهو حينئذ، قد خالف حتى الحنفية الذين يرون أن الولاية على القاصرة ولاية إيجابار⁽²⁾.

ثم أن الملفت للانتباه في زواج القصر، أن المشرع الجزائري، قد أسند للولي مهمة تولي تزويجهم في عبارة: "يتولى زواج القصر أولياؤهم"، وقد أصبحت الولاية عليهم ولاية اختيار، وأن لا يتم تزويجهم إلا بموافقتهم، وإذن من القاضي! لعل المشرع الجزائري كان يقصد بالتولية هو الرضا، والموافقة المتبادلة بين الولي وموليته، كما في ولاية الشركة⁽³⁾.

أما في حالة عقد زواج المرأة الراشدة، فإن موقف المشرع الجزائري واضح حيث أعطى لها حق إبرام عقد زواجها بنفسها، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة (11) الفقرة 1 على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."، فيبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنفية على إطلاقه⁽⁴⁾، إلا أن الحنفية يقيدون انفراد البالغة العاقلة، مباشرة عقد زواجها بنفسها، على أن يكون الزوج كفؤا، وأن لا يقل المهر، عن مهر المثل، وإلا فلوليها حق الاعتراض⁽⁵⁾، ذلك لأن المشرع الجزائري قد قصر عقد الزواج على الرضا فقط، الذي يتم بين الرجل والمرأة، وليس بين الرجل وولي المرأة.

وبتحليل نص المادة (11) الفقرة 1، واستقراء آراء الفقهاء في المسألة يتضح أن مراد المشرع بحضور الولي مجرد إجراء شكلي⁽⁶⁾، حضوره أو غيابه سواء، لأنه بدأ بقوله تعقد المرأة،

(1) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 196، و الكاساني، المرجع السابق، ص 242.

(2) - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ/1984م)، ص 68.

(3) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 37.

(4) - وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بزواج المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة (33) من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"، م. ع. غ. أ. ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م. ق، 2002، عدد 2، ص 440.

(5) - السرخسي، المرجع السابق، ص 10.

(6) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 388، (بتصرف).

فهي الوحيدة التي لها صلاحية العقد، ولو كان لغياب الولي أثر لرتبه المشرع⁽¹⁾، لأن انعدام الولي المنصوص عليه في المادة (09) مكرر ضمن شروط عقد الزواج، قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة (09) مكرر تطبق في حدود المادة (33) بعد التعديل⁽²⁾، وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا، إلى أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل، إذا اختل ركن واحد، طبقاً لأحكام المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب، لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون⁽³⁾، ومنه فالمشرع الجزائري قد أخذ بمذهب أبي حنيفة، في جواز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها مطلقاً⁽⁴⁾.

خلاصة القول: أن الطبيعة القانونية للولي، في عقد الزواج، حسب قانون الأسرة الجزائري يكتف من ضمن شروط صحة العقد، لا من أركانه، بالنسبة لزواج القصر.

أما بالنسبة للبالغة العاقلة، فإنها صاحبة الحق، في تزويج نفسها، على قول الحنفية، خلافاً للجمهور⁽⁵⁾، سواء كان الزوج كفؤاً أو غير كفء، فالنكاح صحيح، إلا أنه إذا لم يكن كفؤاً، فلأولياء حق الاعتراض، وهو المختار للفتوى عندهم⁽⁶⁾، ولعل هذا ما تفيدنا به عبارة: "... بحضور وليها..."⁽⁷⁾، التي خص بها المشرع الجزائري المرأة الراشدة، من أجل تفادي الاعتراض، من طرف الأولياء، خاصة وأن المشرع الجزائري، قد انتهج في الولاية، على المرأة الراشدة معيار الاختيار، بدل معيار القرابة، لأن حضور الولي صار أمراً شكلياً، لا فرق بينه وبين الشاهدين⁽⁸⁾، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة (18) على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر".

(1) - سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 103 .

(2) - بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 334 .

(3) - م.ع، غ.أ.ش، 2001/01/23 ملف رقم: 253366، م.ق، 2002، عدد 2، ص 440 .

(4) - كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج 3 (لا. ط، دار الفكر، لا. م، د. ت)، ص 255 .

(5) - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 51 .

(6) - محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 10 .

(7) - أنظر المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري، بعد التعديل .

(8) - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 11، 12 .

المطلب الثاني

شروط الولي في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

شرعت الولاية في عقد الزواج للنظر السديد، والتحقيق لمصلحة المولى عليه، يتولاها ذوو الكفاءة، والأهلية، ممن تتوفر فيهم شروطا محددة، اعتمدها أهل العلم، معيارا لمن تثبت له صفة الولي في عقد الزواج، فماهي هذه الشروط في الشريعة الإسلامية، و قانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال، أتناول ذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول : شروط الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

إن للولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية شروطا متفقا عليها، وأخرى مختلف فيها، أتعرض إلى كل منها كما يلي:

أولا: الشروط المتفق عليها في الولي في عقد الزواج:

يشترط في الولي في عقد الزواج، شروطا متفقا عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية وهي:

1- الإسلام: هو شرط لا بد من تحققه، في من يتولى عقد الزواج، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم⁽¹⁾، ولا يزوج الكافر مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم، منهم: مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي⁽²⁾، لأن الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين، قال تعالى: ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: 141]، فلو جاز إنكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل، وهذا لا يجوز⁽³⁾؛ لأن ولاية الكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم⁽⁴⁾، وإنما

(1)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 185 .

(2)- بن قدامة، المرجع السابق، ص 363 .

(3)- الكاساني، المرجع السابق، ص 272 .

(4)- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 159 .

شرعت الولاية في الزواج لتحقيق مصلحة المرأة، أو المولى عليه عموماً، ودفع العار عليهم، واختلاف الدين يصد عن هذا، أو يمنع منه، لأنه لا رافة ولا رحمة في قلب الكافر على المسلم⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة:10] .

2 - كمال الأهلية: بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي، والمجنون، والمعتوه، والسكران، ومختل النظر بصره، أو فساد عقل⁽²⁾، فلا يجوز الإنكاح من المجنون، والصبي الذي لا يعقل، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية⁽³⁾، والقلم مرفوع عنهم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»⁽⁴⁾، لأن من لا عقل عنده، لا يستطيع أن يراعي مصلحة نفسه، فكيف يمكنه أن يراعي مصلحة غيره، ومثل المجنون، الصغير غير المميز، والمهرم الذي فقد قواه العقلية، بسبب هرمه⁽⁵⁾، ويأخذ ذات الحكم في كونه مانعاً من ثبوت الولاية، كل مرض يؤدي إلى زوال العقل، أو ضعفه، مما يكون معه اختلال في التفكير، أو عدم التقدير الصحيح للأمور⁽⁶⁾ .

ثانياً: الشروط المختلف فيها للولي في عقد الزواج .

1. الذكورة: شرطاً للولاية في قول الجميع، لأنه يعتبر فيها الكمال⁽⁷⁾، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها، فعلى غيرها أولى، وقال الحنفية: ليست الذكورة شرطاً في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عن الغير، أما بالولاية أو الوكالة⁽⁸⁾ .

(1) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 54 .

(2) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 185 .

(3) - الكاساني، المرجع السابق، ص 239 .

(4) - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041، ج 1، ص 658، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، حديث رقم 5625، ج 3، ص 360 .

(5) - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 158 وابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 355 .

(6) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 56 .

(7) - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 355 .

(8) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 186 .

2- الرشد: ومعناه معرفة الكفاءة، ومصالح النكاح⁽¹⁾، وهو المرحلة الأخيرة من مراحل الأهلية، فإذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته⁽²⁾، والمشهور في المذهب عند أكثر أصحاب مالك، أن ذلك ليس من شروط الولاية، وبه قال أبو حنيفة، إذ يصح النكاح مع مخالفة الأولى إذا كان الولي سفيهاً⁽³⁾، وقال الشافعي، وقد روي عن مالك هو من شروط الولي، وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال⁽⁴⁾.

3- العدالة: اختلف أهل العلم في اشتراطها في الولي، فذهب أكثرهم إلى عدم اشتراطها، وهو قول أبي حنيفة، والمشهور من مذهب مالك، ورواية عن الشافعي والإمام أحمد⁽⁵⁾، للفاسق أن يزوج ابنه وابنته⁽⁶⁾، وقالوا إن الحال التي يختار الأولياء لمولياتهم الكفاءة غير حالة العدالة وهي خوف حقوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع⁽⁷⁾، وذهب الشافعي في قول ثاني له، ورواية عن الإمام أحمد إلى اشتراط العدالة في الولي⁽⁸⁾، فليس للفاسق ولاية التزويج، لأن الولاية من باب الكرامة، والفسق سبب الإهانة⁽⁹⁾، ولأنها ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال لما روي عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وأيما إمراه أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل »⁽¹⁰⁾، إلا أن دليل الذين لم يشترطوها كان أقوى، لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: 32]، فالمخاطب هم الأولياء، وهو لفظ عام، لم يفرق بين ولي عدل، وولي فاسق، وكذلك إجماع الأمة بأن الناس عن آخرهم عامهم، وخاصهم، من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلى

(1)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 187.

(2)- التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 118.

(3)- الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 541.

(4)- ابن رشد، المرجع السابق، ص 12.

(5)- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 160.

(6)- الكاساني، المرجع السابق، ص 239.

(7)- ابن رشد، المرجع السابق، ص 12.

(8)- نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 180.

(9)- الكاساني، المرجع السابق، ص 239.

(10)- رواه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 3521، ج 4، ص 315.

يومنا هذا، يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، ولأن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه، وهو الشفقة، فلا يقدر في الولاية كالعدل، ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه، فيكون من أهل الولاية على غيره⁽¹⁾.

وأضاف المالكية إلى هذه الشروط :

4- **عدم الإحرام بحج أو عمرة:** لأنه لا يجوز للمحرم أن يتولى عقد النكاح⁽²⁾.

5- **عدم الإكراه:** فلا يصح الزواج من مكروه وهو شرط عام في جميع العقود⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على شروط الولي، لكن بالرجوع إلى المادة (222) التي جاء فيها على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "، ومنه قد ترك المشرع مجالا واسعا للاجتهاد القضائي، في هذه المسألة، ليأخذ شروط الولي من مذاهب الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب المعتمد في ذلك، خاصة وأن فقهاء الشريعة الإسلامية، مختلفين في شروط الولي، فما هو الحد الأدنى الذي اعتمده المشرع الجزائري من هذه الشروط؟

أولاً: الإسلام: بما أن الأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمون، وأن الإسلام هو دين الدولة⁽⁴⁾ الجزائرية، كما نص عليه الدستور رغم تعديلاته المتعاقبة، ثم أن قانون الأسرة الجزائري، قد نص في المادة (221) على أنه: " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين ..."، ثم أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقين على شرط اتحاد دين الولي والمولى عليه، وهو الإسلام بالنسبة للمسلمين، ومنه فالإسلام هو من شروط الولي، في قانون الأسرة الجزائري .

(1)- الكاساني، المرجع السابق، ص 239 .

(2)- الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص 543 .

(3)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 188 .

(4)- الأمر رقم 97-76 المتضمن إصدار دستور ج.ج.د.ش، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976م، الموافق لـ 30 ذي القعدة 1396هـ، ج.ر، ج.ج.د.ش، ع.94، ص.ت. 24 نوفمبر 1976م الموافق لـ 2 ذو الحجة 1396هـ .

ثانيا: الأهلية: يعتبر الزواج في قانون الأسرة الجزائري، من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات وواجبات⁽¹⁾، وأن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ، بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين⁽²⁾، وأن كل شخص ينقصه كمال الأهلية أو يفقدها ينوب عنه قانونا ولي⁽³⁾، وحتميا لا بد أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، لأن الولاية المتعدية فرع منها كما سبق توضيحه⁽⁴⁾، وأن الولاية القاصرة تثبت للشخص إذا كان كامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل⁽⁵⁾، ومنه نستنتج أن كمال الأهلية شرط من شروط الولي في عقد الزواج، في قانون الأسرة الجزائري، مثلما هو متفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية .

ثالثا: الذكورة: لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحةً قبل التعديل على شرط الذكورة، إلا أنه أورد في لفظ الولي صيغة المذكر مما يفهم أن ظاهر النصوص التي ورد فيها ذكر الولي، تعتبر الذكورة شرط من شروطه⁽⁶⁾، لكن بعد التعديل حافظ المشرع الجزائري على ذكر لفظ الولي بصيغة المذكر، في زواج القصر في قوله: "يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب..."⁽⁷⁾.

وأما بالنسبة للمرأة الراشدة، فأسند فعل عقد الزواج إليها، في قوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."⁽⁸⁾، حيث أثبت لها الولاية على نفسها، لا كتمال أهليتها كالرجل⁽⁹⁾، وأن أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد، وسن الرشد 19 سنة كاملة⁽¹⁰⁾، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة، في الولاية على تزويج القصر فقط، أما المرأة البالغة العاقلة،

(1) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 414 .

(2) - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 195 .

(3) - أنظر المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري .

(4) - أنظر توضيح أنواع ولاية التزويج، ص 8 .

(5) - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 29 .

(6) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 53 .

(7) - أنظر المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(8) - أنظر المادة (11) الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(9) - أنظر المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(10) - أنظر المادة (40) من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20/06/2005 .

فلا ولاية عليها، في عقد زواجها، لأنه قد أثبت لها الولاية القاصرة على نفسها، و يمكن أن تكون متعدية إلى غيرها كحالة وفاة الأب وانتقال الولاية إلى الأم⁽¹⁾، كما هو عند المالكية، أن المرأة لا بأس أن تعقد على كل ذكر في ولايتها، أو يأمرها رجل أن تعقد عليه⁽²⁾، وهذا ما قال به أبو حنيفة: يجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها، ونكاح غيرها مطلقا⁽³⁾، وأن المرأة إذا زوجت نفسها، أو أمرت غير الولي أن يزوجه، فزوجها جاز نكاحها⁽⁴⁾.

ومنه نستنتج: أنه لا اعتبار لشرط الذكورة، في قانون الأسرة الجزائري، ولو تولت المرأة الراشدة الزواج، تعقده لنفسها، أو لغيرها، إلا أن المشرع الجزائري قد اشترط حضور الولي لعقد زواج موليته، لعله من أجل حق الاعتراض، الذي هو من صلاحياته⁽⁵⁾، إذا لم يكن الزوج كفؤا، كفؤا، أو المهر أقل من مهر المثل، مثلما ذهب إليه أبو حنيفة⁽⁶⁾، احتياطا لحق الولي.

(1) - أنظر المادة (87) فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2) - أبو محمد عبد الله ابن أبي زيد النفزي، القيرواني، المالكي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق محمد حجي، ج4(ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999)، ص 409 .

(3) - ابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص 255 .

(4) - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 10 .

(5) - العربي بلحاج، أحكام الزواج، المرجع السابق، ج 1، ص 317 .

(6) - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 10، و الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 247 .

المبحث الثاني

دور الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

ذكرت أن الولاية في عقد الزواج هي سلطة شرعية تجعل الشخص قادرا على إنشاء عقد الزواج نافذا لنفسه أو لغيره، فصاحب الولاية (الولي) يكتسب بموجب هذه السلطة الشرعية حق الإشراف على عقد زواج من تثبت عليهم ولاية التزويج، سواء ممن يجبر في ذلك، أو يخير ويستشار، لضرورة وجود الولي في مثل هذا العقد، باعتباره ركنا أو شرطا أو حتى من باب ما تعارف عليه المجتمع، لما يترتب على عدم وجوده أثر يחדش في مصداقية وصحة عقد الزواج، ويؤثر على سمعة المرأة بل على أسرتها، لأن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدین وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار⁽¹⁾، لذلك كان للولي دور يقوم به في عقد الزواج يترتب عند غيابه أثر، فما هو دور الولي في عقد الزواج؟ وأثر تخلفه عنه في ضوء الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة عن هذا السؤال، أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: دور الولي في عقد الزواج .

المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج .

(1) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 108 .

المطلب الأول

دور الولي في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

سبق وأن بينت أن الولي في عقد الزواج، يكتسب بموجب سلطة الولاية، الحق الشرعي في الإشراف على عقد الزواج، لما له من قدرة على إنشائه لنفسه أو لغيره، ممن تثبت عليهم ولاية التزويج جبرا أو اختيارا، لما لحضور الولي في عقد زواجهم من دور يقوم به، هم في حاجة إليه، فما هو مضمون دور الولي في عقد الزواج، في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال، أتناول ذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: دور الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج، وجعلته من أسمى مقاصدها، لأنه أصل نظام العائلة، يزيدّها تشريفا وتعظيما وتفضيلا، عندما يتولاه الولي ويقوم فيه بدوره، عن طريق سلطة الإشراف على إنشائه، التي تختلف من حيث ثبوت ولاية التزويج، في حالتي الإيجاب والاختيار، وعليه سأعرض لدور الولي في عقد الزواج في كلتا الحالتين كما يلي:

أولا: دور الولي في عقد الزواج في حالة الإيجاب .

سبق وأن ذكرت أن ولاية الإيجاب تثبت على البكر البالغة عند الجمهور، كما تثبت على عديم الأهلية أو ناقصها عند الجميع، أي تثبت بسبب الصغر، أو البكارة، أو فقدان العقل، ومعنى ثبوتها؛ أن للولي حق عقد الزواج لمن له الولاية عليه من هؤلاء دون الرجوع إليهم لأخذ رأيهم ويكون العقد نافذا⁽¹⁾، ولقد جعلت الشريعة الإسلامية للولي دور في ولاية الإيجاب في عقد الزواج، لعجز لمن تثبت عليهم عن النظر في مصالحهم، والإشراف عن شؤونهم، لهذا يكون دور الولي اختيار الطرف المتعاقد، والتحديد معه شروط العقد، والتولي لصيغة التزويج،

(1) السيد سابق، المرجع السابق، ص 202 .

وتكون إرادته هي المسيطرة في عقد الزواج، رغم أن آثار العقد تنصرف إلى المولى عليه، بسبب أن هذا الأخير إما عديم الأهلية أو ناقصها، أو لصفة الأنوثة في المرأة البكر البالغة⁽¹⁾.

ثانيا: دور الولي في عقد الزواج في حالة الاختيار .

تعرضت إلى حكم الولي، في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة، حيث ذكرت اختلاف الفقهاء في المسألة إلى رأيين المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة النكاح بدون ولي، أما الحنفية فقالوا بجواز انعقاد النكاح بعبارة المرأة، غير أنهم أعطوا للولي حق الاعتراض على زوج غير كفء، أو صداق غير صداق المثل، ومنه فإن كلا الرأيين قد أقر بأن للولي في عقد زواج المرأة البالغة الرشيدة، دور مهم يتمثل في:

1- بالنسبة للجمهور: قالوا بأن دور الولي مهم لصحة عقد زواج المرأة البالغة، لأن كل نكاح يقع بدون الولي يكون عندهم باطل، وعليه فإن الولي هو الذي يتولى عقد زواج المرأة البالغة الرشيدة، تكريما وتشريفا لها، ولو كانت الولاية عليها ولاية اختيار، أو ندب واستحباب، فيتمثل دوره في المشاورة قبل العقد، لأخذ رأيها عن طريق استئذانها، أما أثناء العقد فيتولى هو صيغة الزواج، فدوره عندهم إذن استشاري قبل العقد، ونقله وتمثيله لإرادة المرأة أثناءه .

2- أما بالنسبة للحنفية: فبالرغم من أنهم يروا أن للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، إلا أنهم لم يغفلوا دور الولي المتمثل في حق الاعتراض، متى كان الزوج غير كفء والمهر غير مهر المثل، حيث جعلوا دور الولي يمكن أن يكون متأخرا عن مجلس العقد، لأن صيغة الزواج عندهم، يجوز صدورها من المرأة البالغة العاقلة مطلقا، إلا أنه خلاف المستحب⁽²⁾، فدور الولي عندهم إذن يأتي بعد انعقاد العقد، إلا أنه الذي اختير عندهم للفتوى، إذا انعقد مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، لأنه كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة، ولا كل قاض يعدل⁽³⁾.

(1) عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 155 .

(2) ابن الهمام، المرجع السابق، ص 255 .

(3) المرجع نفسه، ص 255 .

الفرع الثاني: دور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

إن السلطة الشرعية للولي في عقد الزواج، تترجم في حضوره عقد زواج موليته، والإشراف عليه، في حالتي عقد زواج القاصرة والراشدة، فما هو هذا الدور في ضوء قانون الأسرة الجزائري؟ ولإجابة على هذا السؤال أتناول دور الولي في عقد زواج القصر، والراشدة كما يلي:

أولاً: دور الولي في عقد زواج القصر .

لم يأت المشرع الجزائري في قانون الأسرة بتعريف للقصر، وإنما اكتفى ببيان ضرورة وجود من ينوب عنهم قانوناً⁽¹⁾، حيث نص قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي..."⁽²⁾، ومن المعلوم أن الولي تكون له الولاية على الشخص القاصر دون ماله، باستثناء الأب فإن له الولاية على النفس والمال معاً⁽³⁾، ومن الولاية على النفس ولاية التزويج، وقد تعرض قانون الأسرة الجزائري لدور الولي في عقد زواج القصر، في المادة (11) الفقرة 2 على أنه: "... يتولى زواج القصر أولياءهم..."، حيث أشار إلى دور الولي في تزويج القصر، والمتمثل في النيابة عنهم في إبرام العقد⁽⁴⁾، إلا أن هذا الدور مقيد أساساً، بوجوب أخذ الموافقة من القاصرة، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، ثم الترخيص من القاضي للإذن لها بالزواج، لمصلحة أو ضرورة، وهو الذي نص عليه المشرع الجزائري بقوله: "دون الإخلال بالمادة (07) من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياءهم..."⁽⁵⁾، وهذا فيه تقييد لسلطة ودور الولي في تزويج القصر، مما يجعله خاضعاً لرقابة القاضي، لكن هذا لا يتنافى مع الولاية على القاصرة التي أصبحت ولاية اختيار، لا ولاية إجبار كما في الشريعة الإسلامية .

(1) - العيد ابراهيمي، المرجع السابق، ص106، وأنظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، لا. ط ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، 2002، ص122 .

(2) - المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري .

(3) - بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص316 .

(4) - عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص151 .

(5) - المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

ثانيا: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة .

إن المقصود بالمرأة الراشدة هي من اكتملت أهليتها، التي حددها قانون الأسرة الجزائري بـ 19 سنة، حيث يصبح لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، كما نص المشرع الجزائري في قوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها..."⁽¹⁾، فالملاحظ من هذا النص أن قانون الأسرة قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد⁽²⁾، ومنه فالمشرع الجزائري قد مكن المرأة الراشدة من تولي عقد زواجها بنفسها، بعد أن كان هذا الدور يقوم به وليها كما هو في قانون الأسرة قبل التعديل حيث جاء في المادة (11) على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها..."، أما بعد التعديل فاكتملت أهليتها المشرع الجزائري بتحديد دور الولي المتمثل فقط في الحضور، فلم يعد للولي دور، ولا حتى حضوره في عقد الزواج واجبا حيث نصت المادة (33) في فقرتها الثانية أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، والتي يفهم منها أن حالة وجوب الولي هي الحالة التي تنطبق عن عقد زواج القاصرة، أما في عقد زواج الراشدة فليس الأمر بالواجب لأنها تتولى عقد زواجها بنفسها⁽³⁾، معنى هذا أن حضور الولي مسألة شكلية في عقد زواج الراشدة، ويمكن أن يتمثل دور وصلاحيات الولي عند حضوره عقد الزواج ينحصر في أمرين إثنين: الكفاءة، إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة، وصداق المثل إذا كان الصداق زهيدا⁽⁴⁾، وهذا الدور يتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية، على أنه إذا زوجت نفسها من غير كفء أو بمهر قاصر فللأولياء حق الاعتراض⁽⁵⁾، وعليه فإنه متى تحققت الكفاءة وبذل الزوج صداق المثل والمرأة راشدة، فليس من صلاحيات الولي المعارضة، فإن فعل كان عضلا⁽⁶⁾.

(1) المادة (11) الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل .

(2) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 65 .

(3) عبد الله شيباني، المرجع السابق، ص 59 .

(4) بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 317 .

(5) الكاساني، المرجع السابق، ص 247 .

(6) بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 317 .

والخلاصة: أن المشرع الجزائري قد قلص من دور الولي، في عقد زواج المرأة الراشدة، إلى درجة أنه اكتفى باشتراط حضور الولي فقط، وترك الخيار للمرأة الراشدة في من تختار، ولو أي شخص آخر، غير وليها الشرعي، لأن سلطة إبرام العقد موكلة إليها، هذا بالنسبة للراشدة، أما القاصرة وإن كان للولي دور في عقد زواجها، بنص العبارة " يتولى زواج القاصر أولياءهم"، إلا أن هذا الدور معلق بموافقتها ورضاها، باعتبار أن الولاية عليها ولاية اختيار، لا ولاية إجبار، كما هو في الشريعة الإسلامية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لا بد من أخذ الإذن والترخيص من القاضي للمصلحة أو الضرورة، الأمر الذي يفهم منه، أن دور الولي في تزويج القاصرة، موزع بين الولي والقاضي، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، وهذا بخلاف ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في أن الولاية على القاصر (ناقصي الأهلية) ولاية إجبار⁽¹⁾، ومنه يكون دور الولي في عقد الزواج، في قانون الأسرة الجزائري مقيد، ومحدود، سواء في عقد زواج القاصر، أو في المرأة الراشدة، وهذا ملاحظ في إبرام إجراءات العقد، أمام السلطات المعنية في ذلك، وأن صيغة الزواج تتم عن طريق تبادل رضا الزوجين، بالإيجاب والقبول، وليس للولي من الأمر شيء، إلا ما جرى عليه العرف في عقود الزواج، التي تتم في المساجد أو الساحات أو القاعات المعدة للمناسبات، حيث نرى الولي يتولى عقد زواج المرأة، راشدة كانت أم قاصرة .

المطلب الثاني

أثر تخلف الولي في عقد الزواج

بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

(1) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 108 و هبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 196 .

بعد أن تعرضت لحكم الولي وتكييفه في عقد الزواج، بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، والدور المنوط به، المترتب على ذلك، أتعرض في هذا المطلب إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية .

إن الولي في عقد الزواج، هو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقاً، سواء سميناه ركناً أم شرطاً⁽¹⁾، لأن الخلاف الفقهي في هذا المجال، لا يؤثر في النتيجة⁽²⁾، وهذا على رأي الجمهور بخلاف الحنفية، الذين يروا جواز تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون ولي، بشرط أن يكون الزوج كفؤاً والمهر مهر المثل، وإلا فللولي حق الاعتراض. فما هو الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية؟ للإجابة على هذا السؤال، أتناول ذلك كما يلي:

أولاً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج عند الجمهور .

ذهب جمهور الفقهاء⁽³⁾، إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، سواء أطلق عليه ركناً أو شرطاً، فهو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقاً، وعليه فإن أثر تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لقوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل...»⁽⁴⁾، وحكمه الفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال الزمان⁽⁵⁾.

ثانياً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج عند الحنفية .

ذهب الحنفية⁽⁶⁾ إلى أن المرأة البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها من رجل جاز نكاحها، غير أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء، أو بمهر قاصر فللأولياء حق الاعتراض، وفي قول لهم

(1)- العوفي عوض بن رجاء، المرجع السابق، ص65(أنظر في الهامش).

(2)- لأن اعتبار الولاية شرطاً، يؤدي إلى نفس الجزاء على اعتبارها ركناً، أنظر العربي بلحاج، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص324.

(3)- عبد الوهاب المالكي، المرجع السابق، ص112 وابن قدامة، المرجع السابق، ص337.

(4)- سبق تخريجه، ص43.

(5)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص104.

(6)- الكاساني، المرجع السابق، ص241 وابن الهمام، المرجع السابق، ص255 والسرخسي، المرجع السابق، ص10.

يتوقف نكاحها على إجازة الولي، فإن أجازته جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزواج كفؤاً ينبغي للقاضي أن يجيزه، ما لم يدخل بها، وإلا فرق بينهم، وفي رواية لهم إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختير هذا للفتوى، لأنه كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل، ومنه فإن أثر تخلف الولي يجعل العقد موقوفاً على إجازة الولي .

والخلاصة: أن الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، هو البطلان عند الجمهور، ويكون موقوفاً على إجازة الولي عند الحنفية، وحكم الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده، وأما الموقوف فإن أجزى صار نافذاً، وأما إن دخل بها وجب التفريق بينهما⁽¹⁾ .

الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

كان المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة، متأثراً برأي جمهور الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج، على أنه ركن من أركانه كما جاء في المادة (09)، مثله مثل الرضا والشاهدين والصدّاق، التي إذا انتفى منها ركن كان الزواج باطلاً قبل الدخول، ويصح بعده بمهر المثل، وإذا انتفى أكثر من ركن فالزواج باطل، ولو تم الدخول⁽²⁾، أما بعد التعديل فقد أصبحت الطبيعة القانونية للولي، أنه من شروط صحة العقد، بالنسبة لزواج القاصرة، لأن دوره المتمثل في تولي عقد زواجها، معلقاً بموافقتها، وترخيص القاضي لها، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، أما البالغة الرشيدة فتعقد زواجها بنفسها، لأنه لا ولاية عليها، وأما دور وليها فحضور مجلس العقد فقط، فما هو الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد زواج كل من القاصرة والراشدة في ضوء قانون الأسرة الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال أتعرض إلى ذلك كما يلي:

أولاً: أثر تخلف الولي في عقد زواج القاصرة .

كانت طبيعة الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، حسب نص المادة (09)، يكيف على أنه ركن من أركان عقد الزواج، ودوره أنه يتولى عقد زواج المرأة مطلقاً بما فيها القاصرة كما نصت المادة (11)، وأن تخلفه يترتب عنه بطلان العقد قبل الدخول،

(1)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 100 .

(2)- أنظر المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل .

وبيصح بعده بمهر المثل، ويكون باطلا ولو تم الدخول إذا تخلف أكثر من ركن كما في المادة (33)، أما بعد التعديل فقد أصبح الولي شرط صحة في عقد زواج القاصرة، لأن دوره المتمثل في تولي زواجها أصبح معلقا بموافقتها، وترخيص القاضي لها، لأن الولاية عليها ولاية اختيار، وعليه فإن أثر تخلف الولي هو ما نصت عليه المادة (33) الفقرة 2 بعد التعديل على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، على أن الحالة التي تترتب عنها الآثار المذكورة، المتمثلة في الفسخ للعقد قبل الدخول، ولا صداق فيه، والثبيت بعد الدخول بصداق المثل، هي حالة تخلف الولي عن زواج القاصرة فقط⁽¹⁾، باعتباره شرط صحة في عقد زواجها .

ثانيا: أثر تخلف الولي في عقد زواج الراشدة .

إن الملاحظ من خلال نصوص المواد (04)،(09)،(10)،(13) أن المشرع الجزائري أكد على أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج، الذي يترتب عن اختلاله بطلان العقد، أما الشروط التي حددها المادة (09) مكرر، والتي اعتبر الولي واحدا منها، يتأثر عقد الزواج به عند تخلفه في حالة وجوبه فقط، هي حالة زواج القاصرة، لأن دوره واضح هو تولي عقد زواجها، بنص المادة (11) الفقرة 2 على أنه: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم..."، أما بالنسبة للراشدة فإنها تعقد زواجها بنفسها، وليس لوليها دور سوى حضور مجلس العقد، لأن المادة (33) يفهم من عبارتها: "... الولي في حالة وجوبه..."، أنه عند غيابه أو تغييه عن مجلس العقد، عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعد⁽²⁾، وهذهأكيد تنطبق على حالة المرأة الراشدة، لأن انعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة (09) مكرر قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة (09) مكرر تطبق في حدود المادة (33) من قانون الأسرة المعدلة⁽³⁾.

(1) - عبدالله شيباني، المرجع السابق، ص 40 .

(2) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 389 .

(3) - بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، 323 .

ومنه لا أثر على تخلف الولي في عقد زواج الراشدة، وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا، إلى أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصدّق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة (33) من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب، لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون⁽¹⁾، وهذا اجتهد صائب لأن المشهور عند المالكية أن الولاية هي شرط صحة لعقد النكاح، وبعضهم يعتبرها ركناً⁽²⁾، إلا أن في رواية عن مالك يقول: إن الولاية سنة لا فرض، وكان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي⁽³⁾.

ومنه نستنتج: أن أثر تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ظاهر من نص المادة (33) الفقرة 2 بعد التعديل، بأن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور، بأنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل⁽⁴⁾، وهي الحالة التي تنطبق على القاصرة، وبمفهوم المخالفة أن الزواج إذا تم دون ولي، عند غيابه أو تغيبه عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه، عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده⁽⁵⁾، هي الحالة التي تنطبق على المرأة الراشدة، التي لا أثر للولي في عقد زواجها، وأن غيابه عن مجلس العقد لا يجعل العقد باطلاً، ولا فاسداً، ولا موقوفاً على موافقته⁽⁶⁾، فيفهم من هذا أن الشرع الجزائري لم يتقيد حتى بالمذهب الحنفي، رغم تعدد رواياته، إنما عمد إلى التلقيق بين أضعفها عندهم، مع عدم مراعاة ترتيب الأولياء، فسوى بين الولي القريب والأجنبي⁽⁷⁾.

(1) - م.ع، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق، 2002، عدد 2، ص 440.

(2) - بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، 324.

(3) - ابن رشد، المرجع السابق، ص 8.

(4) - بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، 324.

(5) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 389.

(6) - ديري دليّة وشنة سعاد، المرجع السابق، ص 63.

(7) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 389.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله تتحقق الأهداف والغايات، وبعونه تدرك الأمنيات إذا خلصت النيات، ثم أصل إلى خاتمة هذا البحث بهذه النتائج وبعض التوصيات:

أولاً: أهم النتائج .

1. إن تعريفات القدامى للولاية في عقد الزواج، تركزت على الولاية على الغير، دون النظر إلى ولاية الشخص على نفسه، في حين أن الولاية في عقد الزواج تشمل ولاية الإنسان على غيره بعد أن تكون له الولاية على نفسه .
2. لم يضع قانون الأسرة الجزائري تعريفاً للولاية في عقد الزواج، وإنما اكتفى بالنص على من تثبت عليهم ومن تثبت لهم، تاركاً المجال فسيحاً لرجال القانون، ليتولوا ذلك بالشرح والتحليل .
3. ولاية التزويج بالنظر إلى من تثبت لهم، تتنوع إلى ولاية قاصرة تثبت لكامل الأهلية، وولاية متعدية هي فرع منها، تخول للإنسان التصرف في شؤون غيره، وأما بالنظر إلى من تثبت عليهم تنقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار، أو ولاية حتم وإيجاب وولاية ندب واستحباب .
4. أثبت المشرع الجزائري الولاية القاصرة للمرأة الراشدة عند اكتمال أهليتها لتتولي عقد زواجها بنفسها أخذاً بالمذهب الحنفي، لكن من باب الموازنة لم يحافظ على ثبوت ولاية الإجبار على القاصرة أخذاً بما اتفق عليه الفقهاء بما فيهم الحنفية في ثبوت ولاية الإجبار على القصر .
5. تثبت ولاية التزويج عند الجميع أولاً للأب ثم الأقارب من العصبه وتتسع عند الحنفية إلى الأقارب من ذوي الأرحام وتصل عند المالكية والحنابلة حتى إلى رجل من جماعة السلمين .
6. أخذ المشرع الجزائري بثبوت ولاية التزويج أولاً للأب كما هو في الشريعة الإسلامية، ثم للأقارب دون تفصيل، إلا أنه لم يحافظ على معيار القرابة في الترتيب، في الولاية على الراشدة واستبدله بمعيار الاختيار وفي هذا تهميش لدور الولي الشرعي وتحييده وعدم اعتباره .

7. أكد المشرع الجزائري على كون الرضا هو الركن الوحيد للعقد، تماشيا مع المذهب الحنفي، فأسند الفعل للمرأة الراشدة في تولي عقد زواجها، ومنع ولاية الاجبار على القاصرة، فلا يزوجها وليها إلا بموافقتها، وبترخيص من القاضي، لأن الولاية عليها ولاية اختيار .

8. إن حكم الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، عند الجمهور هو ما يترتب عنه صحة العقد، ركنا كان أو شرطا، لأن الخلاف الفقهي لا يؤثر في النتيجة، لما يترتب على أثر تخلفه من بطلان للعقد، الذي يستلزم فسخه قبل الدخول أو بعده ولو طال الزمان، هذا بخلاف الحنفية الذين قالوا بجواز تولي المرأة الكاملة الأهلية الانفراد بعقد زواجها، ومن صلاحيات الولي الاعتراض، في حالة عدم الكفاءة وصداد المثل، ما لم يدخل بها، وإلا فرق القاضي بينهما .

9. غير المشرع الجزائري حكم الولي من الركنية بالنسبة للمرأة عموما، إلى شرط صحة مقيد ومحدود بالنسبة للقاصرة، يترتب على تخلفه الفسخ قبل الدخول، والتثبيت للعقد بعده بصداد المثل، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء، عند من يعتبر الولي ركنا أو شرطا في صحة العقد، وأما بالنسبة للراشدة فاعتبر حضور الولي لمجلس العقد أمرا شكليا، لا يترتب على تخلفه أثر.

ثانيا: بعض الإقتراحات .

1. رفع الغموض الذي يكتنف مكانة الولي، ودوره بالنسبة للمرأة الراشدة، والحفاظ على معيار القرابة في ترتيب الأولياء بدل معيار الاختيار الوارد في عبارة "أو أي شخص آخر تختاره" .

2. توضيح الغموض الوارد في عبارة الفقرة الثانية من المادة(33) : يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل، هل تعود على حالة تخلف الولي في حالة وجوبه فقط، أم حتى على حالة تخلف الشاهدين أو الصداق .

3. إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة (33) بهذا التعبير: ويفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، ويفرق بينهما بعد الدخول. حتى لا تكون ذريعة للاستعجال بالدخول من أجل تثبيت العقد خاصة في حالة اختطاف القاصرة .

الفهارس

الآية أو شطرها	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا...﴾	البقرة	221	41
﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ...﴾		230	45
﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ...﴾		232	44،41
﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ...﴾		234	44
﴿آبَائُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّكُمْ أَقْرَبُ...﴾	النساء	11	25
﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ...﴾		141	52
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا...﴾		35	أ
﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُمْ...﴾	الأنفال	72	3
﴿لَا يَرْجُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً...﴾	التوبة	10	53
﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ...﴾	النور	32	54،40
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ...﴾	الحجرات	13	أ

رقم الصفحة	طرف الحديث
30	«... فالسلطان ولي من لا ولي له»
32	« فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »
41	« زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها...»
54،42	« لا نكاح إلا بولي... »
64،43	« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ... »
46	« الأيم أحق بنفسها من وليها ... »
46	« ليس للولي مع الثيب أمر ... »
53	«رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق ... »

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم على رواية حفص

أولاً: الكتب

1. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م) .
2. ابن ماجه أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي(لا.ط، دار احياء الكتب العربية، لا.م، د ت) .
3. أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون،(لا، ط، دار الفكر، لا، م1399 هـ / 1979م) .
4. أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، (ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1424هـ/2004) .
5. أبو الطيب محمد صديق خان الحسيني البخاري الغنوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية،(لا، ط، دار المعرفة، لا، م، د، ت) .
6. أبو الوليد سليمان ابن خلف القرطبي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، ج3، (ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ) .
7. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1395هـ/1975م) .
8. أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود،(لا.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت) .
9. أبو زكريا محي الدين يحيى ابن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، (لا، ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لا، م، د، ت) .

10. أبو عبد الله محمد ابن أحمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: هشام سمير البخاري، (لا.ط، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1423هـ/2003م) .
11. أبو عبد الرحمن أحمد ابن شعيب النسائي، **السنن الكبرى**، تحقيق: حسن عبد المنعم شلي، (ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ/2001م) .
12. أبو محمد عبد الوهاب المالكي، **التلقين في الفقه المالكي**، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسيني التطواني، (ط1، دار الكتب العلمية، لا، م، 1425هـ/2004م) .
13. أبو محمد عبد الله ابن أبي زيد النفزي القيرواني المالكي، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، تحقيق محمد حجي، (ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999) .
14. أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد بن عبد القادر عطا، (ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/2003م) .
15. أحمد بن علي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، (لا.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ) .
16. إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التتم، **ولاية التأديب الخاصة**، (ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية الدمام، 1428) .
17. إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، **المعجم الوسيط**، تحقيق: مجمع اللغة العربية، (لا، ط ، دار الدعوى، لا، م، د، ت) .
18. التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي**، (ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الروية الجزائر، 1431هـ / 2010م) .
19. الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، (ط1، دار الخلدونية القبة، الجزائر، 2008م) .

20. السيد سابق، فقه السنة، (لا، ط، دار الجيل، بيروت، 1416هـ/1995م) .
21. الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (لا. ط، لا. ن، لا. م، د. ت) .
22. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، (ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1429هـ/2008م) .
23. العوفي عوض بن رجاء، الولاية في النكاح، (ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423هـ/2002م) .
24. العيش فضيل، قانون الأسرة، (ط2، ديوان المطبوعات الجامعي، بن عكنون الجزائر، 2007) .
25. القاضي محمد ابن عبد الله ابن العربي المالكي، أحكام القرآن، (ط3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1424هـ/2003م) .
26. الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط2، دار الكتب العلمية، لا.م، 1406هـ، 1986م) .
27. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، (ط2، مطبعة دار التأليف، جمهورية مصر العربية، 1921م) .
28. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الاردن، 1433هـ/2012م) .
29. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، (لا. ط ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر 2002) .

30. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02 وتعليقات المحكمة العليا خلال أربعين سنة، (ط3)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، (2007) .
31. حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، (ط1)، دار بلنسية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1420هـ) .
32. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، (لا، ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969) .
33. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (ط1)، دار الفكر العربي، لا، م. 1404هـ/1984م) .
34. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة دراسة مقارنة، (ط1)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1433هـ/2012م) .
35. عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة، (لا، ط)، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010) .
36. عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الامام أحمد، (ط1)، بيروت، دار الفكر، 1405هـ) .
37. عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، (ط3)، دار المعارف، مصر، 1958م) .
38. عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، (ط3)، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1424هـ/2004م) .
39. كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، فتح القدير، (لا. ط)، دار الفكر، لا. م، د. ت) .

40. محمد بن أحمد ابن جزي، القوانين الفقهية، (لا، ط، لا، ن، لا، م، د، ت) .
41. محمد ابن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، (ط1، لا.م، دار هجر للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م) .
42. محمد ابن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بالناصر الناصر، (ط1، دار طوق النجاة، لا.م، 1422م) .
43. محمد ابن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام، (لا، ط، دار الحديث، لا، م، د ت) .
44. محمد ابن أحمد السرخسي، المبسوط، (لا، ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م) .
45. محمد ابن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، (ط1، مصر، دار الحديث، 1413هـ/1993م) .
46. محمد ابن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، (ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، مصر، 1395هـ/1975م) .
47. محمد ابن قاسم الانصاري أبو عبد الله الرصاع، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (ط1، المكتبة العلمية، لا.م، 1350هـ) .
48. محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، (ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ) .
49. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط2، دار الفكر العربي، لا.م، 1369هـ/1950م) .
50. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ/1984م) .
51. مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت) .

52. نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، (ط1، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 2005/1426).

53. نضال محمد أبو سنيّة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، (ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1432هـ، 2011م).

54. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (ط4، دار الفكر، سوريا، دمشق، د. ت).

ثانيا: المجلات والبحوث والرسائل الجامعية .

1. المجلات:

1. المجلة القضائية، المحكمة العليا قسم الوثائق، لسنة 2002، عدد 2، لا.ط، دار القصبة للنشر، حيدرة الجزائر، 2004 .

2. البحوث ورسائل الجامعية .

1. سعادي لعلّ، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015/2014.

2. محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008 .

3. أسامة ذيب سيد مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح، "دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني"، (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين، 1427هـ/2006م .

4. عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير، في قانون الأحوال الشخصية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014 .

5. العيد ابراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير في الشريعة والقانون)، كلية العلوم الانسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2010/2009 .
6. ديري دليلة، شنة سعاد، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"، (رسالة ماستر في تخصص القانون الخاص الشامل)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014/2013 .
7. مناد وفاء، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، (مذكرة ماستر، في قانون الأسرة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
8. يوسف كهيبة ولامي ليلي، عقد الزواج وفق للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماستر في القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013/2012 م .

ثالثا: النصوص القانونية .

1. الأمر رقم 97-76 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976م، الموافق لـ 30 ذي القعدة 1396هـ، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 94، صادر بتاريخ، 2 ذو الحجة 1396هـ الموافق لـ 24 نوفمبر 1976م).
2. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07 - 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 مايو 2007، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادر بتاريخ 25 ربيع الأول 1428هـ/13 مايو 2007م) .
3. قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005) .

الصفحة	المحتوى
	إهداء
	شكر وتقدير
أ	المقدمة.....
1	الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج.....
2	المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وأنواعها.....
3	المطلب الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
3	الفرع الأول: معنى الولاية عموما.....
3	أولا: تعريف الولاية لغة.....
4	ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا.....
5	الفرع الثاني: معنى ولاية التزويج خصوصا.....
6	أولا: تعريف ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية.....
6	ثانيا: تعريف ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.....
7	المطلب الثاني: أنواع الولاية في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
7	الفرع الأول: توضيح أنواع ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية.....
7	أولا: الولاية القاصرة في عقد الزواج.....
8	ثانيا: الولاية المتعدية في عقد الزواج.....
10	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من أنواع ولاية التزويج.....
10	أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري من الولايتين القاصرة والمتعدية.
13	ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من ولايتي الاجبار والاختيار..

14	المبحث الثاني: أسباب الولاية في عقد الزواج وترتيب الأولياء.....
15	المطلب الأول: أسباب الولاية في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
15	الفرع الأول: أسس وأسباب ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية
15	أولا: أسس ثبوت ولاية التزويج.....
17	ثانيا: أسباب ولاية التزويج.....
19	الفرع الثاني: أسس وأسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.....
19	أولا: أسس ثبوت ولاية التزويج.....
22	ثانيا: أسباب ولاية التزويج.....
25	المطلب الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري.....
25	الفرع الأول: ترتيب الأولياء في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....
25	أولا: أصحاب الولاية من العصبة.....
28	ثانيا: أصحاب الولاية من غير العصبة.....
30	ثالثا: ثمرة وآثار ترتيب الأولياء في عقد الزواج.....
32	الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج حسب قانون الأسرة الجزائري
33	أولا: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة.....
35	ثانيا: ترتيب الأولياء بالنسبة للبنات القاصرات.....
37	الفصل الثاني: طبيعة الولي وأثر تخلفه في عقد الزواج.....
38	المبحث الأول: تكييف الولي في عقد الزواج وشروطه.....
39	المطلب الأول: حكم وتكييف الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....

39	الفرع الأول: حكم الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....
39	أولاً: مذهب القائلين بالولي في عقد الزواج.....
43	ثانياً: مذهب عدم القائلين بالولي في عقد الزواج.....
48	الفرع الثاني: تكييف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري...
48	أولاً: الولي بين الركنية و الشرطية في عقد الزواج.....
49	ثانياً: الولي بين الشرطية وعدمها في عقد الزواج.....
52	المطلب الثاني: شروط الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
52	الفرع الأول: شروط الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....
52	أولاً: الشروط المتفق عليها في الولي في عقد الزواج.....
53	ثانياً: الشروط المختلف فيها للولي في عقد الزواج.....
55	الفرع الثاني: شروط الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
55	أولاً: الإسلام.....
56	ثانياً: الأهلية.....
56	ثالثاً: الذكورة
58	المبحث الثاني: دور الولي في عقد الزواج وأثر تخلفه.....
59	المطلب الأول: دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
59	الفرع الأول: دور الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....
59	أولاً: دور الولي في عقد الزواج في حالة الإيجابار.....
60	ثانياً: دور الولي في عقد الزواج في حالة الاختيار.....
61	الفرع الثاني: دور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....

61	أولاً: دور الولي في عقد زواج القصر.....
62	ثانياً: دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة.....
64	المطلب الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....
64	الفرع الأول: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....
64	أولاً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج عند الجمهور.....
65	ثانياً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج عند الحنفية.....
65	الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري...
66	أولاً: أثر تخلف الولي في عقد زواج القاصرة.....
66	ثانياً: أثر تخلف الولي في عقد زواج الراشدة.....
69	الخاتمة.....
72	فهرس الآيات القرآنية.....
73	فهرس الأحاديث النبوية.....
75	قائمة المصادر والمراجع.....
82	فهرس المحتويات.....