الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة محمد خيضر- بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

Université Mohamed Khider –Biskra
Faculté de droit et sciences politique,
Département de Droit

الموضـــــوع

الولاية في الزواج بين الحكم الشرعي وقواعد القانون

مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الليسانس في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

من إعداد الطالبة:
– نوري شيماء

الأستاذ المشرف:
– يوسفي نور الدين

السنة الجامعية: 2017/2016

الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة محمد خيضر- بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

Université Mohamed Khider –Biskra
Faculté de droit et sciences politique,
Département de Droit

الموضـــــوع

الولاية في الزواج بين الحكم الشرعي وقواعد القانون

مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الليسانس في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

من إعداد الطالبة:
– نوري شيماء

الأستاذ المشرف:
– يوسفي نور الدين

السنة الجامعية: 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ "

الآية ﴿١٠٥﴾ سورة التوبة

الإهداء

بسم الله الرحمٰن الرحيم

﴿ قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون ﴾

إلى ملاكي في الحياة...إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني، إلى من زرعت فيا شعاع الأمل وعلمتني الصبر والكفاح، ودفعت بي نحو طريق العلم والنور وأعانتني بدعائها إلى أمي الحبيبة، أطال الله في عمرها، وأسأل الله لها دائما بالشفاء الذي لا يغادر سقما.

و إلى من أحمل اسمه بعد أبي رحمه الله، بكل افتخار إلى من يدعمني على مواصلة المشوار والذي أحاطني واحتواني بكل حب ليوفر لي الأمان والاستقرار إلى زوجي الغالي أدام الله نعمته علي، وأسأل الله أن يجعله قرة عيني ويجعلني قرة عينه.

إلى إخوتي رفيدة وأميرة وسعيدة، رفيقات دربي منذ الصغر أتمنى لهم النجاح و السعادة.

إلى أهل زوجي كل من حماتي وإخوة وأخوات زوجي الذين أكن لهم كل الحب و التقدير والاحترام.

إلى كل من عرفتهم وجمعتني بهم خمسة سنوات من الدراسة وإلى الإخوة و الأخوات الذين تحلوا بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى جميع معلمينا وأساتذتنا من الطور الابتدائي إلى الجامعي.

شكر و عرفان

" كـن عالمـا...فـإن لـم تسـتطع فكـن متعلمـا، فـإن لـم تسـتطع فأحـب العلمـاء، فـإن لـم تستطع فلا تبغضهم".

الحمـد والشـكر لله الـذي ألهمنـا القـوة والعـون علـى إتمـام هـذه المـذكرة، والحمـد لله الـذي جعـل مـن عبـاده مـن كـان عونـا لـي فـي إنجـاز هـذه المـذكرة وأخـص بالـذكر الأسـتاذ المشـرف " يوسـفي نـور الـدين "، الـذي تفضـل بالإشـراف ولـم يبخـل بإرشـاداته و توجيهاته طول مدة إنجاز هذه المذكرة.

كمـا وأتقـدم بجزيـل الشـكر إلـى مسـؤول المكتبـة و مسـؤول المـوظفين بالجامعـة و إلى كل من مد لي يد العون.

مقدمـة

مقدمة

إن لكل بنيان لبنات يقوم عليها فكلما كانت اللبنات ضعيفة كان البنيان ضعيفا وكلما كانت هذه اللبنات صلبة متماسكة، كان هذا البناء متينا مرصوصا يستطيع أن يصمد أمام العواصف مهما بلغت درجة قوتها، وهكذا نجد الأمم والمجتمعات فالمجتمع إنما يتكون من أسس أساسية وهي الأسر، والأسرة تتكون من وحدات أصغر منها هي الأفراد.

فكلما كان الأفراد صالحين أقوياء، كانت الأسرة صالحة قوية، وتنعكس هذه القوة على المجتمع ومما لاشك فيه أن الزواج هو الوسيلة الوحيدة لتكوين الأسرة و إنجاب الأولاد، وهذه فطرة الله التي فطر الناس عليها، إن الحياة لا يمكن أن تستمر إلا بالزواج الدائم الذي يكبح جماح الشهوات ومن هذا المنطلق نظم الإسلام هذه العلاقة وذلك بتحريم الأنكحة الفاسدة التي كانت منتشرة في الجاهلية حفظا على الأنساب وعدم اختلاطها غير أن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لم يفصلا في كل ركن الزواج بنصوص قاطعة، بما يزيل كل خلاف، ويمنع كل اجتهاد لأنه لا اجتهاد مع النص.

ومن نتائج الزواج إنشاء علاقات بين الأسر تؤدي إلى توثيق الروابط الاجتماعية بين عائلتين، حيث تجعلها عائلة واحدة، وبذلك يزداد المجتمع تماسكا وترابطا فلا يمكننا أن ننشئ مجتمعا صحيحا سليما إلا بالزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه، ومن هذه الأركان الولي في الزواج الذي اختلف فيه الفقهاء اختلافا كبيرا في اعتباره ركنا من أركان النكاح أولا يعتبر كذلك.

وانقسموا في ذلك إلى أكثر من فريق.وهو الأمر الذي تجاذبه العديد من الفقهاء بين مشدد من عدمه.

وهذا ما سنجيب عليه في ضوء الآراء الفقهية وموقف المشرع الجزائري.

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة خاصة في ظل الجدل القائم حول اشتراط الولاية من عدمها وبالأخص الآراء الداعية لتحرر المرأة في محاولة لإيجاد المساواة بينها وبين الرجل في محاولة لطمس الهوية الثقافية و الإسلامية للمجتمعات العربية.

من بين الأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع حيث لقي ميلا شديدا في نفوسنا كونه منبثقا من واقع إنساني حرمت فيه المرأة من أن تدلي برأيها فيما يخص شؤون حياتها، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أراد ذلك الرجل أن يفرض ولايته قهرا على موليته في تجاوزات صارخة للأحكام الشرعية.

وهذا ما سنحاول دراسته في موضوعنا هذا وهو من خلال طرح الإشكال التالي: ما مدى وجوبية الولاية في الزواج ؟ وما أثرها في هذا العقد؟ وهو ما ينجر عنه مجموعة من التساؤلات والتي نذكر منها هل الولاية في الزواج تمثل مساس بأهلية المرأة؟ وما مدى إمكانية تزويج المرأة نفسها من غير الرجوع إلى ولي معين؟

وفي سبيل مناقشة هذه الإشكالية والإحاطة بها اعتمدنا على المنهج التحليلي والمقارن، حيث قمنا بتحليل آراء الفقهاء و مقارنتها، مع بيان موقف المشرع الجزائري خاصة في ظل التعديلات الواردة في قانون الأسرة الجزائري وفصلين حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية الولاية في الزواج.

وقسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث حيث جاء في المبحث الأول مفهوم الولاية، والمبحث الثاني حكم الولي في عقد الزواج، والمبحث الثالث شروط الولي في عقد الزواج.

والفصل الثاني جاء بعنوان الولاية بين الأحكام الشرعية وقواعد القانون الجزائري. وكذا قسمنا هذا الفصل إلى أربع مباحث.

المبحث الأول الولاية وأهلية المرأة في عقد الزواج، المبحث الثاني القائلين بعدم اشتراط الولاية في النكاح، المبحث الثالث بعض الشبهات التي تثار على الولاية على المرأة في النكاح والرد عليها، أما المبحث الرابع الولاية في قواعد القانون وموقف المشرع الجزائري.

وقد ختمنا بحثنا بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول

الفصل الأول:

ماهية الولاية في الزواج

المبحث الأول: مفهوم الولاية

المبحث الثاني: حكم الولي في الزواج

المبحث الثالث: شروط الولي وترتيب الأولياء

الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج

الولايــة ســلطة شــرعية تمكــن الشــخص مــن التصــرف فــي شــؤون نفســه و غيــره و قـد حضـت باهتمـام الفقهـاء و علمـاء الـدين ، نظـرا لمـا لهـا مـن تـأثيرات بـارزة علـى حيـاة المُـوَلَى علـيهم علـى الصـعيدين القريـب و البعيـد ، كمـا عرفهـا الفقهـاء ألا و هـي الولايـة فـي الـزواج بأنهـا تنفيـذ القـول علـى الغيـر و الإشـراف علـى شـؤونه و يقصـد بـالغير هنا القاصر ، المجنون البالغة في ولاية الاختيار. [1]

لأنهـا قـد تكـون الولايـة قاصـرة ، تنحصـر فـي قيـام الشـخص بشـؤون نفسـه ، وقـد تكون ولاية متعدية ، تمكن من التصرف في شؤون الغير شاء أم أبى .

و نحـن هنـا بصـدد دراسـة الفصـل الأول بمفهـوم الولايـة فـي الـزواج فـي المبحـث الأول ثـم نتطـرق إلـى حكـم الـولي فـي عقـد الـزواج فـي المبحـث الثـاني، ثـم شـروط هـذا الولي في عقد النكاح في المبحث الثالث.

المبحث الأول : مفهوم الولاية

يعتبـر عقـد الـزواج مـن أهـم العقـود فـي حيـاة الإنسـان و لكـي يـتم هـذا العقـد بشـكل صـحيح يجـب أن نتطـرق إلـى مـا يسـمى بالولايـة، و كمـا تعـرف علـى أنهـا تـدبير الكبيـر الراشـد شـؤون القاصـر الشخصـية، و الماليـة ، و القاصـر مـن لـم يسـتكمل أهليـة أداء و لكـي نعـرف هـذا المصـطلح ألا و هـو "الولايـة" و نبـين مـدى ارتباطـه بـالزواج يجـب دراسـته مـن الجانـب اللغـوي والاصـطلاحي ، سـواء كـان شـرعي منـه أو القـانوني و قـد نتطرق لأقوال بعض الفقهاء و كذا أنواعها ، من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الولاية لغةً

للولايـة فـي اللغـة عـدة تعـارف حسـب الألفـاظ التـي تـرد فيـه فـالولي فـي أسـماء الله تعـالى هـو الناصـر و قيـل المتـولي لأمـور العـالم و الخلائـق القـائم بهـا و مـن أسـمائه عـز و جـل : الـولي و هـو مالـك الأشـياء جميعهـا المتصـرف فيهـا و يقـال فـلان أولـى بهـذا الأمـر مـن فـلان أي أحـق بهـو فـلان أولـى بهـذا أي أحـرى بـه و أجـدر و المتـولي ورثـه

---

[1]- **عبد العزيز سعد**، الزواج و الطلاق في ق.أ.ج، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 120 .

الرجل و نوعيه و تقع الألفاظ المشتقة من الولاية على جماعة كثيرة فالمولى عموما هو الرب والمالك و السيد والمنعم و المعتق والناصر والمجنب المحب والتابع و العقيد والصهر والعبد والمعمق والمنعم عليه فيضاف كل واحد إلى ما يقتضيه الحديث الوارد فيه .[1]

أما الولاية بكسر الواو و الصبة و النصرة [2] والإعانة [3] و القرابة و الخطة و الإمارة و السلطان من السلطة و الولي كل من ولي أمر أو قام به وهو هذا العدو و الصديق و المطيع يقال المؤمن ولي الله وولي العهد من يؤول إليه وراثة الملك.

وولي المرأة ما يلي عهد النكاح عليها و لا يدعها بعقد النكاح بدونه وولي اليتيم من يلي أمره و يقوم بكفالته.[4]

وقد ورد في القرآن الكريم الولي بهذه المفاهيم في آيات من القرآن الكريم منها قوله تعال: و من يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون.[5]

وكذلك قوله تعالى: والله ولي الذين آمنوا.[6]

وكذلك قوله عز و جل: "والله ولي المؤمنين".[7]

وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء".[8]

وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود أولياء بعضهم أولياء بعض و من يتولهم فإنه منهم".[9]

---

[1]- **أبي الفضل جمال الدين محمد** لسان تهذيب لسان العرب ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1993 ص 761، 762

[2]- **بالحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء الأول. د.ط ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2002 ، ص 118

[3]- **رمضان علي السيد النشر ناصر**، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. د.ط منشورات لكلية الحقوق بيروت، لبنان، ص 123

4- **عبد الله سيد أحمد سرور**، التعليق على القانون الولية على النفي. دار الألفي لنشر و توزيع الكتب القانونية، بالمينا، 2002، ص 07

5- **سورة المائدة** الآية 56

6- **سورة البقرة** الآية 257

7- **سورة آل عمران** الآية 68

8- **سورة الممتحنة** الآية 1

9- **سورة المائدة** الآية 51

وأخيرا قوله تعالى: "المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض".[1]

إذن للولاية من مجموع هذه الآيات تعي تولي الأمر وإدارة الشؤون بشكل عام.

المطلب الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا

هناك عدة تعريفات للولاية في المفهوم والاصطلاحي تختلف باختلاف الفقهاء والمذاهب كما تختلف باختلاف التعريف الشرعي عنه في التعريف القانوني وسوف نحاول الإطاحة بعدد من هذه التعاريف.

الفرع الأول: شرعا

الولي في الزواج من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو إسلام وقوله على المرأة يشمل الحرة والأمة وقوله أو تعصب كالابن والأخ شقيقا كان أو الأب وكذلك العم وغيره مستبعدا بهذا ذوي الأرحام من أخ الأم أوصال أو عمد لأم إليهم وقوله سلطة يعني السلطان أو القاضي وقوله أو ذو الأم يعني عامة المسلمين وفي هذا التعريف يوجد إشارة إلى جهات الأولياء و أنواعها.

كما تعرف الولاية بأنها المقدرة على المباشرة والتصرف من غير توقف على إجازة أحد.

أي أنها حق منصفة الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضي أو لم يرضى وسببه إما عجز أو قصور في أهليته عن التصرف بنفسه.

ويعرفها البعض الآخر بأنها سلط شرعي تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود و التصرفات بمعنى أنها تترتب عليها آثارها الشرعية بمجرد صدورها منه.[2]

كما تعرف بأنها حق شرعي ينفذ بمقتضاها الأمر على الغير خبرا عنه.

1- **سورة التوبة** الآية 71

2- **حسن حسن منصور المصطفى**، شرح في وسائل الأحوال الشخصية أحكام عقد الزواج، الجزء الثاني، مطبعة سامي الإسكندرية، مصر، 2001، ص 31

الفرع الثاني: قانونا

تنص المادة التاسعة من قانون الأسرة بأنه يتم عقد الزواج برضى الزوجين أو بولي الزوجة وشاهدين وصداق.

وكذلك في المادة 11 من قانون الأسرة.[1]

وكما جاء في الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

غير أن قانون الأسرة لم يلبث أن يتراجع جزئيا عن القاعدة العامة التي تضمها الفقرة الأولى من المادة 12 منه و التي كانت حرم على الولي منع الزواج من ولايته ثيبا أو بكرا وجعلوه حالة استثنائية أجاز فيها هذا الولي نفسه أن يمنع بنته البكر من الزواج بمصبوبها إذا كان في ذلك المنع مصلحة للبنت وأما المادة 13 فقد نصت على أنه لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يتزوجها بدون موافقتها.

وجاءت المادة 33 تقتضي بأنه: إذا تم الزواج بدون موافقة ولي فإنه ركن واحد و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.

ومن خلال هذه النصوص القانونية يمكن الوصول إلى أن الولاية في الزواج أساسها وأنه للمرأة أن تزوج نفسها وإنما الذي يزوجها وليها بتفويض منها بمراعاة إذنها ومصلحتها.[3]

المطلب الثالث: أنواع الولاية

شُرعت الولاية في الإسلام حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب نقص الأهلية. كما ذكرنا سابقا، وقد قسمها الفقهاء إلى تقسيمات كما سنرى ذلك في الفروع التالية:

1- م11.ف.أ.ج يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها نأخذ أقاربها الأولين

2- م 12 ف.أ.ج لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها

3- **بلحاج العربي**، مرجع السابق ص 118 و عبد العزيز سعد مرجع السابق ص121،122

الفرع الأول: الولاية القاصرة:

هي ولاية الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد مع الغير و لا تثبت هذه الولاية إلا لمن توفرت فيهم أهلية الأداء، وتكون جميع تصرفاته نافذة طالما لم ينشأ عنها ضرر بالغير.

وإلا فإن نفاذ التصرف القانوني في هذه الحالة لا يتعدى من يتمتع بها ولذلك سميت ولاية قاصرة، مثل ولاية البالغ العاقل على نفسه، فله أن يتزوج بمن يشاء، كما له أن يتعامل مع من يريد بحرية، ومن دون ولاية أحد عليه ومن غير أن يتوقف نفاذ تصرفه على إجازة أحد.

الفرع الثاني: الولاية المتعدية:

هي السلطة التي أقرها الشرع لشخص ينفذ بمقتضاها قوله على الغير سواء شاء أم أبى وتنقسم إلى قسمين:

1- **الولايـــة العامـــة:** سبب ثبوتها سببا عاما كالولاية الثابتة لرئيس الدولة على أفراد الشعب.

2- **الولايـــة الخاصـــة:** وهي ما لم يكن سبب ثبوتها عاما، وهي إما أن تكون ولاية على نفس أو ولاية على مال، والولاية على المال تعني القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير الحاجة إلى إجازة أحد.[1]

الفرع الثالث: ولاية الإجبار:

هي التي يكون للولي الحق في أن يزوج من له الولاية عليه بمن يختاره الولي سواء رضي مولَى عليه بذلك أم لم يرضى فالولي هنا يستبد بعقد الزواج.[2]

وهناك من عرفها على أساس أنها تنفيذ القول على الغير. وفيه ثبت بأربعة أسباب وهي القرابة، والملك، والولاء، والإمامة.

1- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج و آثاره. دار الفكر العربي، بيروت،لبنان،1980، ص135

2- محمد عزمي البكيري، الأحوال الشخصية. الجزء الأول،دار محمود للنشر و التوزيع ص 293

فولايـة القرابـة تثبـت لصـاحبها بسـبب قرابـة مـن المـولى عليـه وإمـا قرابـة بعيـدة أو قرابـة قريبة ومن ثم لم يخالف أحد الفقهاء في أنها أحد أسباب الولاية.[1]

- ولاية الملك تثبت للسيد على مملوكه.
- ولايـة الـولاء نـوعين: ولايـة العتاقـة التـي تثبـت للمعتـق علـى عتيقـه، وولاء الـولاة وهـو الذي يثبت بناءا على عقد اثنين.
- ولاية الإمام و المراد بها من إليه الأمر من إمام أو خليفة.

<u>الفرع الرابع</u>: ولاية الاختيار:

هـي سـلطة ثابتـة شـرعا للـولي تخَـول لُـهُ بتـزويج المـولى عليهـا بعـد موافقتهـا ورضـاها بـالكلام الصـريح ولا يكـون فيهـا الـولي مسـتبدا فـي رأيـه بتـزويج مـن فـي ولايتـه، مهمـا كانـت قرابتـه منهـا وسـلطته عليهـا، وبالمقابـل لـيس لهـا أن تنفـرد بتـزويج نفسـها مـن غيـر وليهـا إذ لابـد مـن تلاقـي لإرادة و موافقـة كـل منهمـا، وإذا حـدث وحصـل عـدم إتفـاق يعرض الأمر على القضاء ليفصل في القضية.[2]

والعقـد علـى المـرأة قبـل اسـتئذانها غيـر صـحيح، ولهـا الحـق بالمطالبـة بالفسـخ إبطالا لتصرفات الولي المستبد.

<u>المبحث الثاني</u>: حكم الولي في الزواج

رأينـا فـي المـادة 05 مكـرر فـي قـانون الأسـرة الجديـد التـي تـنص علـى أن تتـوفر فـي عقـد الـزواج الشـروط الآتيـة: أهليـة الـزواج _ الصـداق _ الـولي _ شـاهدان _ انعـدام الموانـع الشـرعية للـزوج وكـذا المـادة 11 فـي نفـس القـانون كمـا ذكرنـا سـابقا، إذ فيتـولى زواج القصـر أوليـاؤهم وهـم الأب فأحـد الأقـارب الأولـين والقاضـي ولـي مـن الأوليـاء لـه وهذا ضمن ما جاء في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائرية.

فـنلاحظ انـه لا يفـرق بـين الولايـة الاختيـار التـي تثبـت علـى المـرأة البالغـة علـى الـرأي الجمهـور والمشـرع فـي ذلـك تـأثر بالمـذهب المـالكي وبمـا أن قـانون الأسـرة الجزائـري

1- أحمد فرج حسنين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية. دار الجامعة الجديدة مصر،2004،ص 188

2- لكحـل بـن حـواء، نظريـة الولايـة فـي الـزواج فـي الفقـه الإسـلامي والقـوانين العربيـة الشـركة الوطنيـة للنشـر و التوزيـع الجزائر، ص 85

لـم يعتمـد علـى المـذهب فـي أحكامـه المختلفـة فلـو أخـذ بـالرأي الآخـر بالنسـبة للمـرأة البالغـة فيـروغ عنهـا والولايـة الإجباريـة و يجعـل منهـا ولايـة اختياريـة ولا يسـتبد بهـا لرجـل فـي العقـد ولا تتمـرد البنـت علـى سـلطة الأب أو الـولي فتختـار مـع وليهـا الـزوج المناسـب و يتـولى الـولي الصـيغة علـى سـبيل التفـويض ويعطـى للـولي حـق منـع كـل زواج لا يحقـق المصـلحة المرجـوة منـه، و كمـا ذكـر سـابقا فـي المـادة 13 مـن نفـس القـانون علـى عـدم جواز إجبار الولي أن يتزوج موليته بدون موافقتها.[1]

ومثـال ذلـك فقـد أبطـل جلـى قضـاء مسـتغانم حكمـه الصـادر فـي 03 نـوفمبر 1966 زواجـا اسـتبد فيـه الـولي بالعقـد بـدون إذن المـرأة ورضـاها ولقـد حكـم جلـى القضـاة مسـتغانم فـي حكمـه صـادر فـي 31 مـاي 1968 علـى الغرفـة الجبائيـة بأنـه و إن كـان حضـور الـولي إلـى جانـب المـرأة هـو شـرط أساسـي إلا أن مهمـة الـولي محـدودة فـي تمثيـل المـرأة ومباشرة العقد نيابة عنها وعرض شروطها ومطالبتها بكل أمانة وإخلاص.[2]

وأمـا فـي آراء الفقهـاء ذهـب مالـك فـي روايـة أن الـولي فـي النكـاح شـرط فـي الصـحة و بـه قـال الشـافعي وحمـد فـلا يصـح عقـد الـزواج بعبـارة النسـاء أصـله أصـيلة أو وكيلـه وهو رأي الزبد واني حزم.[3]

وذهـب أبـو حنيفـة وزفـر و الصـاحبان فـي روايـة أن المـرأة البالغـة العاقلـة إذا وليـت هـي عقـد نكاحهـا بنفسـها علـى دون وليتهـا جـاز العقـد إذا كـان الـزوج كـفء لواليهـا لأحـد حق الاعتراف على هذا العقد.

هـب حمـد بـن حنـى إلـى اسـتقراط إذن الـولي فقـط دون مباشـرة العقـد بعبـارة فينصـح بعبـارة المـرأة البالغـة العاقلـة غيـر أنـه موقـوف علـى إذن الـولي إن أجـازه نقـد وإن لم يجزه بطل.[4]

---

[1]- **بلحاج عربي** المرجع السابق ص 125

[2]- المرجع نفسه ص 123

[3]- **محمد فتحي الدريني**، بصوت مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. الجزء الثاني، سوريا، سنة 1998، ص 532

[4]- **المرجع السابق** ص 534

المطلب الأول: ولاية من لا ولاية لها

أن المرأة التي لا ولي لها وأريد الزواج بها فإن الحاكم له الحق الولاية عليها وسند ذلك قوله صلى الله عليه و سلم " السلطان ولي من لا ولي له ".[1]

وأما إذا لم يكن للمرأة ولي ولا يمكن أن تصل إلى الحاكم فيصبح أن يتزوجها رجل عدل وفي هذا الشأن يقول القرطبي: " وإذا كانت المرأة في موضوع لا سلطان فيه ولا ولي لها فإنها تصير أمرها إلى من يوثق به من جيرانها فيزوجها ويكن هو وليها ".[2]

وعلى هذا قال المالك في المرأة ضعيفة الحال " أنه يزوجها من يسترها إليه لأنها من تضعف عن السلطان فأشبهت من لا سلطان بحضرتها فرجعت في الجملة إلى المسلمين أولياءها.

وقال الشافعي: إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولت أمرها لرجل في زوجها جاز لأن هذا في قبيل التحكيم والمحكم يقام مقام الحاكم.[3]

المطلب الثاني: غيبة الولي

إذا كان الولي الأقرب موجودا فلا ولاية للبعيد في حق تزويج المرأة فإذا كان الأب مثلا حاضرا لا يكون للأخ ولاية التزويج ولا للعم و لا لغيرهما.

أما إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الأكفاء استطاع أمره فإن الولاية تنتقل إلى الذي يليه، حتى لا تضيع المصلحة ولي للغائب بعد عودته أن يعترض على من باشره من يليه لأن لغيته فاعتبر كمعدوم وصارت تحق من يليه " هذا مذهب الأحناف ".

وقال الشافعي: " إن زوجها من أولياء الأبعد والأقرب حاضر فالنكاح باطل "

---

[1]- **مالك بن أنيس**، المدنوة الكبرى، المجلة الثانية، المكتبة الثقافية الدينية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 115

[2]- **أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري**، الجامع لأحكام القرآن. الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار الكتاب المصرية ، سنة 1967، ص 76

[3]- **السيد سابق**، فقه السنة، المجلة الثانية. المكتبة المصرية صيدا، بيروت،سنة 1998

المطلب الثالث: عضل الولي

اتفق العلماء على أن ليس للولي أن يعضل موليته ويمنعها من الزواج، إذا أرادت أن يتزوجها كفء بهم مثلها، فإن حدث و أن منعها كان من حقها أن تزوج أمرها إلى القاضي ليزوجها ولا تنتقل الولاية في هذه الحالة إلى ولي آخر يلي هذا الولي الظالم بل تنتقل إلى القاضي مباشرة.

وإذا كان الامتناع بسبب عذر مقبول كان يكون الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل أو لو جد خاطب آخر أكفأ منه، فإن الولاية في هذه الحالة لا تنتقل عنه لأنه لا يعد عاضلا.

عن معقل بن ياسر قال: " كان لي أخت تخطي لي فأتاني بن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقا له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما خطبت إلي أتاني يخطبها فقلت لا والله لا أنكحها أبدا قال: ففي نزلت هذه الآية " و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " قال " فكفرت عن يميني فأنكحتها إياه".[1]

المبحث الثالث: شروط الولي وترتيب الأولياء

شرع الإسلام الولاية في الزواج محافظة على حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من الأسباب فقد الأهلية أو نقصها لأن المجتمع الإسلامي وحدة متماسكة فهي لم يستطع أن يضع مصلحته أقام الشارع من يتولى أمره ويجلب له المنفعة و يبعد عنه الضرر وأن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والوقوف على مختلف شؤونها وعليهم أن يعتمدوا على ذوي الصلاح من يوثق بدينهم و أمانتهم لتزكيه من جاء خاطبا لبناتهم.

وسنتعرض فيما يلي إلى الآثار المترتبة عن ممارسة هذه الولاية بعد زوال سببها عند الفقهاء وإلى شروط الولي وترتيب الأولياء.

---

[1]- **مسعود جبران**، المرجع السابق، ص 206

المطلب الأول: الشروط المتفق عليها

نتطرق في هذا المطلب إلى شرطان و هما كمال الأهلية، واتفاق دين المولى عليه مع دين الولي.

الفرع الأول: كمال الأهلية:

أي أن يكون بالغا، عاقلا، حرا، فلا يكون الولي صغيرا ولا مجنونا ولا عبدا لأن هؤلاء ليسوا بأولياء على أنفسهم، فلا يكونوا أولياء على غيرهم، لأن الولاية المتعدية التي تثبت على الغير فرع الولاية القاصرة التي تثبت للشخص على نفسه وأن الولاية أساسها المصلحة، وهؤلاء لا يستطيعون أن يعرفوا مصلحة أنفسهم، فلا يستطيعون معاونة غيرهم في تحقيق أوجه المصلحة.[1]

أما الولاية عن التزويج فهي من باب أولى، لأن الولي هنا يتحمل مسؤولية عقد أبدي يتعلق بمصير وليته وقد يتسبب في عواقب وخيمة تتحملها المرأة وحدها إن لم يتميز، و لم يتوفر الولي هذا الشرط.

الفرع الثاني: إتفاق دين المولى عليه مع دين المولي

فلا يجوز ولاية غير المسلم للمسلم، وإلا ما يل في بعض الأقوال: أن المسلمة إذا لم يكن لها أقرباؤها مسلمين، تولى الأب غير المسلم زواجها، فإنه ينعقد على هذا القول، مادام الزوج مسلما، ولا يخول هذا الرأي من غرابة.

والحنفية يشترطون في الولاية عن النفس إتحاد الدين بين المولى والمولى عليه، أي أنه لا يجوز المسلم غير المسلم، كما لا يزوج غير المسلم للمسلم، ويظهر أنه شرط عند الجميع لأن الولاية تتبع الميراث، وثبوت الميراث شرطه اتحاد الدين فلابد منه.[2]

---

[1]- **أبو زهرة محمد**، مرجع سابق، ص 99

[2]- **نفس المرجع**، ص 1000

المطلب الثاني: الشروط المختلف فيها

إضافة إلى الشروط المتفق عليها بين الفقهاء، هناك شروط اختلفوا فيها وانقسموا في الأخذ بها، وهي: الذكورة، العدالة، شرط الرشد.

الفرع الأول: شروط الذكورة في الولي

حسب رأي الجمهور من الفقهاء فإن المرأة لا تستطيع أن تتولى زواج نفسها لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن أن تزوج المرأة المرأة أو المرأة نفسها وقال بأن الزانية هي التي تزوج نفسها، ومادامت المرأة لا تستطيع تزويج نفسها فمن باب أولى تزوج غيرها.[1]

وأبو حنيفة أثبت أن الولاية الإجبارية للأم والبنت وبنت الابن، والأخت و غيرها من النساء إذا لم يكن عاصبات من الرجال، وذلك بناءا على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا.

والولاية الاختيارية لا تثبت عند أبي حنيفة لأنه لا ولاية بعد البلوغ، فالولي باختصار العبارة لا يشترط فيه أن يكون رجلا عند الحنفية و كذلك قال المالكية تتصف المرأة بالولاية إذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة.[2]

الفرع الثاني: مبدأ اعتبار العدالة شرط في الولاية

تعني استقامة الدين، وسلامة الخلق، ومظهرها أداء الفرائض، و اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، والراجح عند الشافعية ومذهب الحنابلة أن لا ولاية لغير العدل استنادا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ".

وتكفي العدالة الظاهرة ويستثني الحاكم عندهم، فلا يشترط العدالة لأنه آخر الأولياء في الترتيب فهو ولي من لا ولي له، وفي شرط العدالة فيه حرج شديد.[3]

---

[1]- **محمود محمد محدة**، الخطبة والزواج. الجزء الأول، الطبعة الثانية، ص 245

[2]- **بدران أبو العينين بدران**، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون. الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، ص 142

[3]- **محمد كمال الدين إمام**، مرجع سابق، ص 133، و ينظر محمد محمدة، المرجع نفسه، ص 297

ويرى الأحناف و المالكية أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فالولي عدلا كان أو فاسقا. تزويج ابنته أو ابنة أخيه، أو من في ولايته، وضعفوا حديث ابن عباس والراجح هو رأي الأحناف والمالكية، وذلك لعدم تصريح النص بها كما هو بالنسبة للشهادة في الحديث السابق ذكره كما أن المصلحة تتوافر بالخبرة والمعرفة والشفقة وهذه الأمور قاصرة على العدالة ولا تستلزمها، بل هي أمور تتوافر حتى في الفاسق.[1]

<u>الفرع الثالث</u>: مدى اعتبار شرط الرشد:

ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح، لا حفظ المال، لأن رشد كل مقام بجنسه ومعناه عند الشافعية هو عدم تبذير المال والرشد شرط عند الشافعية على المذهب والحنابلة في ثبوت الولاية، لأن المحجور عليه بسفه لا يلي أمر نفسه في الزواج، فلا يلي أمر غيره، فإن لم يكن السفيه محجورا عليه جاز له تزويج غيره على المعتد عند الشافعية وقال الحنفية والمالكية : ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية، فتصبح للسفيه. ولو محجور عليه أن يتولى تزويج غيره.

ولكن يستوجب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن موليته و بإذن وليه فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه، يجب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإن كان صوابا أبقاه وإلا ردهُ، فإن لم ينظر فهو ماضٍ.

ومن خلال ما سبق ذكره، نجد الاختلاف واضحا بين الفقهاء في هذه الشروط فعند المالكية تتمثل شروط الولي في الذكورة والحرية والبلوغ والعقل والإسلام وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، كما انفرد بشرطين آخرين هما.[2]

خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، أما العدالة والرشد ليس شرطين في الولي حسبهم.

أما الأحناف فاشترطوا، في الولي العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، وليست العدالة والرشد بشرطين عندهم كذلك.

---

[1]- **محمد كمال الدين**، مرجع سابق، ص 133

[2]- **وهبة الزميلي**، الفقه الإسلامي و أدلته. الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، ص 197-198

أمـا الحنابلـة والشـافعية سـبعة وهـي: الحريـة الـذكورة، إتحـاد الـدين بـين الـولي والمـولى عليهـا، والبلـوغ، والعقـل، العدالـة، الرشـد وهـو عنـد الحنابلـة معرفـة الكـفء ومصالح النكاح وليس حفظ المال وعند الشافعية عدم تبذير المال.[1]

المطلب الثالث: ترتيب الأولياء

اتفـق أصـحاب المـذاهب الأربعـة علـى أن هـذه الولايـة تثبـت للعصـبة بـالنفس مـن الأقـارب وهـم كـل قريـب رجـل يتصـل بـالمولى عليـه اتصـالا لا ينفـرد بالتوسـط بينهمـا فيـه أنثـى، ويشـمل ذلـك أصـوله مـن الأب وإن عـلا وفروعـه وهـم الأبنـاء و أبنـاؤهم و إن نزلـوا، وفـروع أبويـه مـن الـذكور وهـم الإخـوة سـواء كـانوا أشـقاء الأب وأبنـاؤهم وإن نزلـوا، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبناؤهم كذلك.

الفرع الأول: ترتيب الأولياء عند المذهب المالكي:

أ- الأقـارب: الابـن، الأب، الأخ الشـقيق أو الأخ لأب، ابـن الأخ الشـقيق أو الأب، الجد لأب الأب العم الشقيق أو لأب، ابن العم الشقيق أو لأب.

ب- الكافل لليتيمة: إن استمرت كفالته لها أربع سنوات.

ج- القاضي

د- عامة المسلمين (الولاية العامة): في حال انعدام الولاية الخاصة.

الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في المذهب الشافعي:

جعـل الشـافعي الولايـة للعصـبات لكنـه ابتـدأ بالأصـول وجعـل الولايـة لهـم. ابتـداء ولـم يـذكر الفـروع لا يكونـوا أوليـاء لا بالنسـبة للمجنـون والمعتـوه، وهـم لا يجيـزون زواج هذين إلا بإذن من القاضي، وقد جاء ترتيبهم على الوجه الآتي:

1-الأصـول: الأب ثـم الجـد و أبـو الأب و إن عـلا وذلـك لتميـزه بالشـفقة عـن الإخـوة الأشـقاء والإخـوة لأب، وبـذلك فصـل الميـراث عـن الولايـة لأن الإخـوة يشـتركون فـي الميـراث مـع الجـد و إن عـلا، ولكنـه مـع ذلـك جعـل الولايـة لـه لأن هـذه مبناهـا الشفقة، ورعاية المصلحة وهما أوفر وبذلك يخالف المالكية.

---

[1]- **وهبة الزميلي**، مرجع سابق، ص 198

2-ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب وهو بذلك يتفق مع رأي أئمة المذهب الحنفي، ويظهر أن أولاد الإخوة أيضا يقدمون على الأعمال لتقديم جهة الإخوة بإطلاق على جهة العمومة.

3-ثم جهة العمومة: بترتيبهم في الإرث على النحو الذي بيناه في الفقه الحنفي ثم سائر العصبات في هذه الجهة بترتيبهم في الميراث.

4-ثم بعد ذلك العصبة المسببة.

5-ثم القاضي.[1]

<u>الفرع الثالث</u>: ترتيب الأولياء في المذهب الحنبلي:

المذهب الحنبلي كالمذهب الشافعي يقدم الأب على الابن، بل إنه يقدم الأصول جميعا على الفروع، وقد اتفق الحنابلة على تقديم الأب على الابن، ولقد احتج على هذا الرأي بالقول[2] : " دلت أن الولد الموهوب لأبيه " قال تعالى: " ووهب له يحي " وقال إبراهيم: " أنت ومالك لأبيك ".

وإثبات الموهوب على الهبة أولى من العكس لأن الأب أكمل نظرا وأشد شفقة، فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد، لأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائرها تثبت الولاية عليه بخلاف ولاية الابن. ولذلك اختص الأب بولاية المال.

لأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من احتكام الفرع على أصله، وقد ذكر الفرق بين الميراث والولاية فذكر أن الميراث يعتبر فيه قرابة وفوقها فقط. وليس فيه احتكام أو ولاية.

الميراث يلاحظ فيه معنى الخلافة ومقدار الحاجة، ولا يلاحظ الشفقة ورعاية المصلحة ولاشك أن حاجة الابن للمال أكثر من حاجة الأب.

ولأن معنى الخلافة الطبيعية يتحقق في الابن، ولا يتحقق بوضوح في الأب وبالنسبة للجد.

والراجح في المذهب الحنبلي أنه يقدم الأب على الابن و على الإخوة و يخالف ذلك الرأي الراجح إزاء علاقة أخرى عند الإمام أحمد.[3]

---

[1]- شرح المناهج، الجزء السابع، ص 226

[2]- ابن قدامى، الطبعة الثانية، الجزء السادس، ص 456

[3]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 93

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الولاية بين الأحكام الشرعية وقواعد القانون الجزائري

المبحث الأول: الولاية و أهلية المرأة في عقد الزواج

المبحث الثاني: القائلين بعدم اشتراط الولاية في النكاح

المبحث الثالث: الرد على الشبهات التي تثار على الولاية على المرأة في النكاح

المبحث الرابع: الولاية في قواعد القانون وموقف المشرع الجزائري

الفصل الثاني: الولاية بين الأحكام الشرعية وقواعد القانون الجزائري

فرض المولى عز وجل على المرأة أن يكون لها وليا يتدبر أمرها خاصة في عقد الزواج تكريما وتشريفا لها وليس إهانة للمرأة أو إذلالها كما يزعم بعض المتأثرين بالحضارة الغربية ويدعون إلى ضرورة تحرير المرأة من قبضة الرجل الذي يعتبر عندنا درعا واقيا لها.

وقد أذلت أقوال بعض العلمانيين إلى قيام بعض الدول المسلمة بإعادة النظر في صياغة قوانين الأسرة رغم أن الشريعة الإسلامية لم تترك أي ثغرة في تنظيم أمور المسلمين الدنيوية ومن بين هذه الدول نجد الجزائر التي تأثرت ببعض الأصوات الجمعوية التي تدعوا إلى حرية المرأة، فقامت بتعديل قانون الأسرة في 14 ماي 2005 منها إلغاء ركن الولي في الزواج والمشكل المطروح هو ما مدى تطبيق إلغاء ركنية الولي في الزواج مع أحكام الشريعة الإسلامية؟

المبحث الأول: الولاية و أهلية المرأة في عقد الزواج

نصت المادة التاسعة مكرر على ما يلي: يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية:

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان انعدام الموانع الشرعية لكي يتم الزواج أو إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة التاسعة مكرر، بالإضافة إلى ركن الرضاغير أنه لم يحدد طبيعتها، وعلى الأرجح هي شروط صحة.[1]

المطلب الأول: دليل شرعية الولاية ومركز الولي في الزواج

اتفق الفقهاء على أن ولاية الأب على المجنون أو المعتوه علتها ضعف العقل وأن الصبي غير معير علتها الصغر، وأما بالنسبة للفتاة البكر Fille vierge أو الصغيرة غير البالغة علتها جهلها لأمور الزواج وأحوال الرجال، وقلة تجاربها وسرعة تأثرها و انخداعها، أما إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها، فلا يجوز لوليها أن يزوجها دون أن يأخذ رأيها و موافقتهاإن كانت بالغة.[2]

فالولاية حق للمرأة ولا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها، فهي لا تباشر العقد ولكن تفوض الولي أن يعقد عليها، وهو ما ذهبت إليه المادة 11. ف.أ بقولها " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا والي له " كما أنه لا يجوز للولي طبقا للمادة 2/12 ف.أ، أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها.[3]

ومن هنا يركز المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث يجعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها و موافقتها، فالولي هو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها و يكتب اسمه في عقد الزواج، وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد في حدود مهمته ولقد اشترط القانون موافقة المرأة وعدم منعها من الزواج

---

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، ص 60
[2]- بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 199
[3]- المرجع نفسه، ص 120

إذا رغبت فيه، مما يحيط الولاية بسياج من الحماية والرعاية و الحرية، بعيدا عن الضغط والإجبار والإكراه.

فلا يجوز للولي أن يجبر ابنته البالغ على الزواج إلا بإذنها و رضاها، ولقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 03 نوفمبر 1966، زواجا استبد الولي فيه بالعقد بدون إذن المرأة و رضاها.[1]

وهكذا، فإنه طبقا للقانون الجزائري يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها استنادا لنص المادتين 9 و10، على أن يكون ذلك بموافقة الولي (م 11 و13 ف، أ) وهذا منطقي، لأن الأب يعرف مصلحة ابنته أكثر من مصلحتها، فهو ينظر بعين العقل والقلب، بينما تنظر المرأة في الفترة بعين العاطفة[2] ، فإذا امتنع الولي عن الموافقة، أو كان اعتراضه غير عقلاني و بدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم حينئذ.

<u>الفرع الأول</u>: إذا تزوجت من عير كفء

الكفاءة في الزواج تعني المساواة والمماثلة، أما في الاصلاح فتعني مساواة الزوج زوجته في أمور خصوصية، حتى لا تعير هي ولا أولياؤها بزوجها.[3]

أما مسألة اشتراط الكفاءة في الزواج وعدم اشتراطها، فقد اختلف فيها الفقهاء فذهب البعض إلى عدم اشتراطها إلا في الدين فقط لقوله تعالى: " إن أكرمكم عند الله أتقاكم ". ولقوله صلى الله عليه وسلم : " الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى ".

قال ابن القيم في زاد المعاد: " والذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبار الدين في الكفاءة أصلا، وكمالا فلاغ تزوج مسلمة لكافر، ولا عفيفة بفاجر ولم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة أمرا وراء ذلك، فإنه حرم على المسلمة زواج الزاني الخبيث

---

[1]- مجلس قضاء مستغانم 03 نوفمبر 1966، المحكمة العليا، 09 فبراير 1966، رقم 04، ص 1220 محكمة الجزائر، 21 أفريل 1966، رقم 04، ص 1195

[2]- عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص 183 و184، الشوكاني (نبل الأوطار)، الجزء الثاني، ص 250

[3]- الدكتورة وهيبة الزجيلي ،(الزواج و طلاق). الجزء الثاني، منشور كلية الدعوة الاسلامية، طرابلس، لبنان 1991، ص 25

ولم يعتبر نسبا ولا صناعة، و لا غنى، وحرفة "....، أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى اعتبار الكفاءة شرطا في الزواج لأن مصالح الزوجين ودوام العشرة بينهما لا يستقيم إلا بين شخصين متوازنين متكافئين.

فإن لم يكن الزوج في مستواها أي أقل منها كفاءة فقد تستنكف أن يكون له حق القوامة عليها، مما يفتح الطريق إلى المعايرة له ولأهله وهذا أمر يسيء إلى الزوجين وإلى العائلتين معا ولهذه الأسباب كانت الكفاءة من الأمور التي لها أهميتها في الزواج.

ولأن الزواج في الغالب يقوم على الاعتبارات الشخصية، فلابد أن يكون كل زوج يصلح للآخر من وجوه متعددة تتطلبها الحياة، والناس درجات متفاوتة كما أشار إلى ذلك القرآن الكريم في قوله جل و علا " والله فضل بعضكم على بعض في الرزق " وقوله تعالى: " نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا، ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمت ربك خير مما يجمعون "[1] ، فالتفاوت بين الناس في الأمور الدنيوية أمر لابد منه تقتضيه الحياة في المجتمع.

فمنزلة الكناس ليست كمنزلة القاضي، والمتعلم ليس كالأمي، ولذلك فإن الرأي الراجح يرى بضرورة اعتبار الكفاءة في الزواج حتى تستقر الحياة بين الزوجين و تكون متوازنة.

<u>أولا</u>: الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة

اختلف جمهور الفقهاء الذين اشترطوا الكفاءة في الزواج:

- فذهب الإمام أحمد إلى اعتبارها في أمرين: الديانة، الحرفة أي من يعمل في صناعة خسيسة لا يكون كفئا لبنت من يعمل في صناعة أرفع منها.
- أما الإمام مالك فقد اعتبرها في الدين فقط، وقبل أن تكون في الدين والحرية والسلامة من العيوب.
- ويرى الشافعية أن تكون في خمسة أمور: الدين، النسب، الحرية، الخلو من العيوب، وزاد بعض المتأخرين من علماء الشافعية تقارب الزوجين في السن

[1]- سورة الزخرف، الآية 32

بحيث يرون أن الشيخ الهرم لا يكون كفئا للفتاة الشابة، وهذا الرأي وجيه و جدير بالاعتبار.[1]

- وذهب الحنفية إلى اعتبار الكفاءة في ستة أمور وهي: النسب، الإسلام، الحرية المال، الديانة، الحرفة، ورغم اختلاف الفقهاء في الأمور التي تعتبر في الكفاءة هي في أغلبها متقاربة من بعضها البعض.

والكفاءة في الغالب معبرة من الرجل، وليس المرأة، فالرجل هو الذي يشترط فيه أن يكون كفؤا للمرأة، لأنه سيكون صاحب الشأن في البيت، ولابد أن تكون شخصيته قوية كرجل البيت.

والعبرة في الكفاءة بين الزوجين هي في وقت انعقاد العقد، أما ما يحدث بعد ذلك فلا يؤثر فقد يكون أحدهما غني وثم يصير من متوسطي الحال.

ثانيا: موقف القانون في موضوع الكفاءة

لم يتطرق القانون الجزائري ولا المغربي ولا التونسي إلى موضوع الكفاءة في الزواج وتركت الحرية للأفراد وما يرغبون في تنظيم أوضاعهم الخاصة، وذلك لنسبة الموضوع نظرا لأهمية الموضوع فقد صرحت بعض تشريعات الدول على تنظيمه ومن هذه التشريعات نجد:

القانون الإماراتي نص على الموضوع في المواد 21 إلى 26 منه:

جاء في المادة 21 ما يلي: " يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة وقت العقد فقط، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعده ".

ونصت المادة 1/23 " الكفاءة حق للمرأة ووليها الكامل الأهلية ".

أما المادة 24 نصت على أنه " إذا إدعى الرجل الكفاءة، أو اصطلح ما يوهم بها أو اشترطت الكفاءة في العقد، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء، كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ".

---

[1]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق. ص 103

وأما القانون الكويتي فقد نظم موضوع الكفاءة في المواد 34 إلى 39.

المادة 34 " يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة وقت العقد ويثبت حقا لفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة ".

والقانون السوري من خلال المادة 19 التي نصت على أنه: " إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به ".

كما ويعتبر المشرع السوري متأثر برأي الأحناف في الموضوع، لأنهم أعطوا كذلك للولي حق الاعتراض على الزواج الذي تبرمه المرأة بغير موافقة الولي وذلك لعدم الكفاءة من خلال المادة 27.

<u>الفرع الثاني</u>: إذا تزوجت بأقل من مهر المثل

تستحق المرأة المهر بالعقد في الزواج الصحيح، ويتأكد بالدخول الحقيقي، فإذا تم عقد الزواج صحيحا، وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد، ولو لم يعقبه دخول بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها.[1]

<u>أولا</u>: تعريف المهر أو الصداق

المهر هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق، أو الأجر، أو الفريضة ونحو ذلك ما هو مذكور في القرآن الكريم لقوله تعالى: " وآتوا النساء صدُقاتهن نحلة " إلى قوله "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا " ﴿٢٤﴾ سورة النساء.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام المهر في المواد من 14 إلى 17 فقد أوجبت المادة 15 المعدلة تحديد وتسمية المهر في العقد " يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا.

وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.

---

[1]- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 265

ثانيا: أنواع المهر

المهر نوعان: المهر المسمى و مهر المثل.

المهر المسمى: وهو مهر ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

مهر المثل: وهو مهر امرأة من قوم أبيها كأختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن، والجمال، والمال، ونحو ذلك من الصفات.

وإذا لم توجد من تمثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها.

وأما من يصلح أن يكون مهرا فهو كل مال مقوم، معلوم نقدا كانا أو منقولا قيما أو مثليا أو كان منفعة يمكن تقديرها بمال ويشترط فيه أن يكون من الأمور المباحة والمشروعة فلا يصح أن يكون من حرام، لأن الزواج يقصد به الحلال ولا سبيل إلى ذلك إلا بالحلال.[1]

ثالثا: مقدار المهر

اتفق فقهاء المسلمين على أن المهر لأكثرهلعدم ورود نص من المشارع في ذلك والشريعة لم نجد فيها ما يمنع أحدا من أن يمهر زوجته ما شاء من مال مهم بلغ قدره.

ولكن يستحب للرجل والمرأة على السواء في أن يبلغ في مقدار المهر بالزيادة لمن روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة[2]، والتشديد على الأزواج بالمغالاة في المهور، كما هو شائع بين الناس اليوم يؤدي في غالب الأحيان إلى الإعراض عن الزواج.

أما الحد الأدنى فقد اختلف الفقهاء وحاول بعضهم تقديره لكن هذه التقديرات مختلفة ولا نستطيع مقارنتها بالنقود الحالية.

---

[1]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 76

[2]- أحمد في مسنده، الجزء السادس، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد. الجزء الخامس، ص177

ولذا نقول بأن عقد الزواج لابد فيه مهر سواء تمت تسميته على العقد أم لا وهذا المهرلا تحديد لأكثره، كما لا تحديد لأقله.

ويصح أن يكون أي شيء في معاملة الناس، كأن يكون كتابا أو خاتما أو جهازا أو مالا ونحو ذلك، كما يجوز أن يكون معجلا بمجرد العقد، وقد يكون مؤجلا كله أو بعضه بحسب الاتفاق.

غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه لحال المرأة إليه قبل الدخول. و تستحق الزوجة نصف المهر بجملة من الشروط:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا.
- أن يكون المهر قد سمي تسمية صحيحة.
- أن تقع في الفرقة قبل الدخول و الخلوة الصحيحة.
- أن تقع الفرقة بسبب من الزوج (الطلاق)[1].

المطلب الثاني: رأي جمهور الفقهاء والحنفية في ثبوت الولاية

اتفق الفقهاء على أن الولاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوج نفسه معنى يريد الزواج منها كان زواجه هذا صحيحا وليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدم منه مادام أمرا مشروعا.

الفرع الأول: الولاية على المرأة البالغة

فيرى المالكية والشافعية، والحنابلة وكثير من العلماء إلى أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسهاولا أن تزوج غيرها وإنما الذي يزوجها هو وليها، وقد استندوا في قولهم هذا إلى ما يلي:

قوله تعالى: " وانكحوا الأيامى منكم " وقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا...." فكان ذلك دليلا على أن سلطة التزويج إليهم وليس إلى النساء.

[1]- بن شويخ رشيد، المرجع السابق. ص 76-77

ما ورد في السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدخل في هذا الإطار منها:

ما رواه الإمام أحمد عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا نكاح إلا بولي " قالوا: وهو صريح في أن الزواج لا يصح إلا بولي.

ما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا والي له ".[1]

ما قاله الفقهاء من أن الزواج له مقاصد سامية، يعقد لأغراض لا تتحقق لكل واحد وبالتالي فإنه يتطلب نوع من الخبرة بأحوال الرجال ومعرفة ما يصلح منهم للحياة الزوجية، والمرأة قد تيسر معرفة كل هذه الأمور لقلة تجاربها مما يجعلها، قد تنجر إلى الموافقة على الزواج من رجل لا يصلح لها، فكان من المصلحة جعل الزواج بيد الرجل، لأنهم أقدر على وزن الأمور ووضعها في مكانتها الصحيحة.[2]

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى إثبات هذا الحق لها، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، متى كان الزواج كفؤا والمهر مهر المثل، ولا اعتراض لأحد عليها، كما لهاأن تزوج غيرها، وقد استدلوا بما يلي:

قوله تعالى: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره "[3] وقوله تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ".[4]

وقوله تعالى: " فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف ".[5]

فهذه الآيات الكريمة تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنه، ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي أو على ولايته.

---

[1]- فتح الباري، شرح صحيح البخاري. الجزء التاسع، ص 79
[2]- عبد الرحمان الصابوني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 182
[3]- سورة البقرة الآية 230
[4]- سورة البقرة الآية 232
[5]- سورة البقرة الآية 234

مـا ورد فـي السـنة النبويـة مـن أحاديـث كثيـرة تـدل علـى أن للمـرأة حـق الولايـة على نفسها منها:

مـا رواه ابـن عبـاس عـن الرسـول عليـه الصـلاة و السـلام أنـه قـال: " الثيـب أحـق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها ".

فدل في هذا الحديث الصحيح على أن المرأة أحق من الولي في عقد زواجها.

<u>الفرع الثاني</u>: الولاية المصونة للمرأة في عقد الزواج

إن المـرأة عنـدما تباشـر عقـد زواجهـا بنفسـها إنمـا تتصـرف فـي حـق خـلاص لهـا وهـو نفسـها ولا اعتـراض لأحـد عليهـا فـي ذلـك، مـا دامـت بالغـة راشـدة وتزوجـت بكـفء أو بمهـر المثـل وإنمـا يطالـب الـولي بمباشـرة العقـد اسـتحبابا وصـونا للمـرأة مـن حضـورها مجالس الرجال.

يقـول ابـن القـيم: " إن البكـر البالغـة الرشـيدة، لا يتصـرف أبوهـا فـي أقـل شـيء مـن ملكهـا إلا برضـاها، ولا يجبرهـا علـى إخـراج اليسـير منـه بـدون إذنهـا، فكيـف يجـوز أن يخـرج نفسـها منهـا بغيـر رضـاها؟ والمعلـوم أن إخـراج مالهـا كلـه أسـهل عليهـا مـن تزويجهـا بمن لا تختاره.[1]

والـرأي الـراجح الـذي نـراه أنـه يتماشـى مـع النصـوص الـواردة ويتماشـى مـع طبيعـة المجتمع من أنه لا بد في عقد الزواج ووليها، بكرا كانت أو ثيبا.

لأن الـزواج فـي حقيقـة الأمـر لا يـربط بـين زوجـين فحسـب، بـل يـربط بـين أسـرتين بربـاط الألفـة والمحبـة فـلا يحـق فـي عقـد كهـذا أن يهمـل فيـه رأي المـرأة باعتبارهـا طرفـا في عقد الزواج أو يتغاضى فيه عن رأي الولي، حفاظا على كيان ومصلحة الأسرة.

- أمـا قـانون الأسـرة الجزائـري فقـد نـص قبـل التعـديل الجديـد فـي المـادة 12 علـى أن يتـولى زواج المـرأة وليهـا، ولـم يسـمح لهـا كمـا هـو واضـح مـن الـنص أن تنفـرد بإبرام العقد وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد.

[1]- الإمام ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء الخامس، ص 97

- أما المادة المعدلة 11، ف، أ، ج " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وأبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ".
- واضح من هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد، واشترط عقد حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره وهو ما يفتح الباب أما التأويل.

لأن " أو " المذكورة في النص تفيد التخيير وبالتالي تستطيع المرأة بكل سهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير وهذا الأمر يعد غريب في مجتمعنالأنه يتناقض مع العرف الجاري.

أما القانون المغربي فنص في المادة 25 من مدونة الأسرة " للراشدة أن تعقد زوجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها، ولأحد أقاربها ".

واضح بأنه لم يشترط الولاية في الزواج من خلال إلزامية حضور الولي في عقد الزواج و إنما إذا حضر بصفته مفوضا منها بمباشرة عقد الزواج بدلا عنها.[1]

<u>المبحث الثاني</u>: القائلين بعدم اشتراط الولاية في النكاح

والآن نتطرق إلى أهم العلماء الذين يروا بعدم اشتراط الولي في النكاح بعد أن فصلنا سابقا، في أهمية و مركز الولي من الناحية الشرعية.

هناك من يرى بعدم ضرورة اشتراطه، فقد قال به أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية: (ينفذ نكاح حرة مكلفة بالغة عاقلة بلا رضا ولي، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد الزواج، وزواج غيرها، لكن إذا تولت عقد زواجها، وكان لها ولي عاصب...) اشتراط لصحة زواجها وللزوجة أن يكون الزوج كفء وأن لا يقل المهر عن مهر المثل.

فإذا تزوجت بغير كفء، فلوليها حق الاعتراض على الزواج، ورفع دعوى فسخه لدى القاضي،إلا أنها إذا سكتت حتى ولدت و حملت حملا ظاهرا سقط حق الولي في

[1]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 65-66

الاعتراض وطلب التفريق حفاظا على تربية الولد، ولكي لا يضيع بالتفريق بين أبويه فإن بقائهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة.[1]

المطلب الأول: الأدلة من الكتاب

أولا: قوله تعالى:" فإن بلغن أجلهن لا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ".[2]

ووجه الاستدلال في هذه الآية على عدم اشتراط الولي في النكاح من عدة وجوه منها.[3]

1-إن هذه الآية إضافة العقد إلى المرأة حيث وردت (ينكحن) من غيري شرط الولي.
2-نهى الأولياء عن الفصل يستفاد منه عدم إقرار شرط الولاية في الزواج و بالتالي لا ورود لسلطة الولي على إجبار المولى عليه على الزواج، لأن ذلك كان من شيم عرب الجاهلية.

ثانيا: قوله تعالى: " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف ".[4]

ووجه الاستدلال في هذه الآية على عدم اشتراط الولي في النكاح، هو جواز تعرف المرأة في العقد على نفسها، وهذا ما يؤكده إضافة لفظ الفعل في غير، وآية من كتاب الله كقوله تعالى: " لا ينكحن أزواجهن "، وظاهر اللفظ في هذه الآية أن الفعل يتم من قبل المرأة لكن للأولياء حق الفسخ أو الاعتراض على ما فعلت إن لم يكن زواجها بالمعروف.

ثالثا: قال تعالى: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ".[5]

---

[1]- وهبة الرميلي، مرجع سابق، ص 194
[2]- سورة البقرة الآية 231
[3]- لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي و القوانين العربية. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 29
[4]- سورة البقرة الآية 234، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم. الجزء الثاني، ص 995
[5]- سورة البقرة الآية 229

ووجه الدلالة في هذه الآية على عدم اشتراط الولاية في الزواج من جانبين:

1-أن نكاح أضيف إلى المولى عليها من قوله: " ..تنكح زوجا غيره" أي أن فعل النكاح هذا مقرونا بالمرأة، وناشئ عن إرادتها الحرة دونما أن يكون هناك دور الولي في ذلك.

2-ظاهر الولاية يشير إلى أن نسب الراجع إلى الزوجين دونما ذكر للولي وهو إشارة إلى عدم اشتراط الولي في الزواج.

<u>المطلب الثاني</u>: الأدلة في السنة النبوية الشريفة:

أولا: ودليل القائلين بعدم اشتراط الولاية في الزواج حديث ابن عباس المثقف على صحته وهو قوله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأ مر في نفسها و إذنها صمتها ".

وهو نفس الحديث الذي احتج به داود في التفريق بين البكر و الثيب في هذا المعنى[1]: و الأيم أو الثيب هي من سبق لها الزواج، وهي التي لها أحقية تزويج نفسها بشرط أن تكون لها مصلحة و منفعة محصنة في هذا الزواج.

ثانيا: حديث ابن عباس – رضي الله عنه – أن جارية بكر أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها و هي كارها فخيرها الرسول صلى اله عليه وسلم.[2]

وعن الخنساء بنت خزام الأنصارية – رضي الله عنهما – أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فرد نكاحها.[3]

والواضح من هذه الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد هذا النوع من الزواج وأبطله، وهو إشارة واضحة إلى عدم اشتراط الولاية في الزواج وخاصة إذا تعلق الأمر بالمرأة الثيب البالغ.

بالإضافة إلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير الفتاة البكر التي جاءت تستفسره عن تزويج أبيها لها وهي كارهة حيث خيرها صلى الله عليه وسلم وهو ما يدل على عدم ضرورة اشتراط الولاية في النكاح.

---

[1]- القرطبي، مرجع سابق، ص9

[2]- الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص30

[3]- رواه البخاري، أبو داوود

ثالثـــا: ومـن آثـار عائشـة – رضـي الله عنهـا– زوجـت بنـت أخيهـا حفصـة بنـت عبـد الرحمـان مـن المنـذر ابـن الزبيـر وهـو غائـب فلمـا رجـع قـال: (أو مثلـي يقتـات فـي بناتـه فقالت عائشة – رضي الله عنها– أو ترغب عن المنذر، والله لتمكنه أمرها).[1]

ووجـه الاسـتدلال فـي هـذا أن للمـرأة تـزويج نفسـها وكـذا تـزويج غيرهـا، انطلاقـا مـن إجازة تصرف عائشة – رضي الله عنها –.

المبحث الثالث: الرد على الشبهات التي تثار على الولاية على المرأة في النكاح

ومـن خـلال هـذا المبحـث نبـين بعـض الشـبهات التـي تنـدرج تحـت عنـوان إهانـة المـرأة و اضـطهادها والتقليـل مـن شـأنها بسـبب الولايـة عليهـا فـي النكـاح، وهـذا مـا سـوف نتناوله في مطلبان:

المطلب الأول: الولاية بين المهانة و الكرامة

قـد يضـن الـبعض أن القـول بالولايـة علـى المـرأة فـي النكـاح فيـه إهانـة لهـا، وانتقـاص لشـأنها وقـدرها، وطمـس لشخصـيتها، وأن المتتبـع لجزئيـات هـذه الدراسـة يتوصـل ودون عنـاء إلـى أن اشـتراط الولايـة فـي النكـاح علـى المـرأة، مـا هـو إلا صـفحة بيضـاء ناصـعة تضـاف إلـى سلسـلة صـفحات تشـريعنا الخالـد، الـذي جـاء لينصـف المـرأة ويعطيهـا حقوقهـا و أن النـاظر لواقـع النـاس فـي هـذه الأيـام، ليوافـق القـول باشـتراط الـولي فـي النكـاح، لمـا يـرى فـي هـذا الزمـان مـن فسـاد ذمـم النـاس وقلـة ديـنهم وكثـرة المشـكلات التـي ترتبـت علـى الإهمال في مثل هذه الأمور.

فـإن الـولي أكثـر اختلاطـا بالنـاس، وأعـرف بهـم وأكثـر إمكانيـة للسـؤال و التحـري عـنهم، أمـا المـرأة فهـي قليلـة الخبـرة بالرجـال، وهـي لا تخـالط الرجـال كمـا يفعـل وليهـا وليسـت علـى قـدرة كبيـرة تميـز بـين الصـادق والكـاذب مـن الرجـال فهـذه الأمـور جعلـت تـرك الأمـر بيـد البنـت وحـدها مـن شـأنه أن يجعلهـا لقمـة سـائغة للرجـال، مـن حيـث التغريـر و الكـذب والغـش و الخـداع، لأنهـا تميـل فـي الغالـب إلـى عواطفهـا أكثـر مـن عقلهـا، علـى خـلاف الـولي الـذي ينظـر إلـى الأمـور بمنظـار العقـل أكثر من العاطفة.

إذن اشـتراط الولايـة فـي النكـاح لـيس فيـه احتقـار لهـا أو إهانـة، بـل فيـه كـل الاحتـرام والكرامـة ذلـك لأن الإسـلام اشـترط الـولي فـي النكـاح، إلا أنـه لـم يُجـز للـولي أن يجبـر

---

[1]- رواه البخاري، أبو داوود

موليته على النكاح كما ذكرنا ذلك سابقا، فهو لا يزوجها إلا برضاها ومع من ترغب لكن الإسلام أراد أن يكون له الدور في هذا الأمر بأن يكون بعمله ومشورته وما كان ذلك ليكون لولاها أهمية عقد الزواج في الإسلام.[1]

يقول محمد قطب: " ..تريد ألا تتزوج بغير إذنها بل أن تخطب لنفسها؟ وأن تعامل معاملة كريمة ما دامت تقوم بدورها الزوجي كما ينبغي، وأن يكون لها حق الانفصال حين لا تجد المعاملة بالمعروف؟ نعم...ويعطيها الإسلام كل ذلك حقاً مفروضاً على الرجال، أم تريد حرية التهتك و الابتذال؟ تلك هي الحرية الوحيدة التي حرمها إياها الإسلام، لكنه كذلك حرم الرجل منها على عدم المساواة.[2]

فالإسلام هو الذي أعطى المرأة حريتها التي تتوافق مع فطرتها، ولم يكلفها فوق طاقتها وإن الذين ينظرون إلى مسألة الولاية على أنها ضرب من ضروب الذلة و المهانة على المرأة لم يوافقوا الجمهور، ولا حتى الحنفية الذين احتاطوا الحق الولي بطريقتهم الخاصة فهم ليس لم يوافقوا الجمهور ولا الحنفية فقط، بل قد جنحوا لمخالفة الإسلام في حكمه الشرعي، وهذا ضرب من ضروب التمرد على دين الإسلام.

وقد جمع الإسلام بين جعل حق التزويج للولي، وحق المولى عليها في قبول من ترضاه للزواج، ورد من لا ترضاه، فمنع الأولياء من الاستبداد في تزويج موليتهم من بنات أو أخوات وغيرهن بعين رضاهن، وكان من ظلم الجاهلية لهن بل لا يزال بعض الأولياء و حتى يومنا هذا يكرهون بناتهم على الزواج بمن يكرهن من الرجال في أمم متعددة على ما في ذلك من الشقاء والفساد.[3]

<u>المطلب الثاني</u>: الدعوة إلى تحرير المرأة ومساواتها بالرجل

كان ممن دعا إلى ذلك إحسان عبد القدوس، نجيب محفوظ مصطفى أمين نزار القباني.[4]

وإننا نسمع في الآونة الأخيرة أصواتا كثيرة تدعوا إلى تحرير المرأة ومساواتها بالرجل فمن الذي قيد المرأة حتى يكون هناك من يدعوا إلى تحريرها؟ وأن الذي أفهمه

---

[1]- نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتصميم والمونتاج، عمان، 2011، ص 66

[2]- محمد قطب،شبهات حول الإسلام، الطبعة السادس عشر، دار الشروق، القاهرة، 1403 ه، 1983 م ص 141

[3]- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، نداء إلى الجنس اللطيف، المكتب الإسلامي، ص 26

[4]- محمد بن أحمد بن إسماعيل، عودة الحجاب، معركة الحجاب و السفور، دار طيبة، الرياض، ص193-195

من هؤلاء هو الدعوة إلى تحريرها من كل أخلاق وقيم عالية، لأن الإسلام هو الذي حررها وساوى بينها و بين الرجل فيما يمكن أن يساوى فيه بما لا يتعارض مع فطرتها.

وهناك أدلة كثيرة تبين أن الإسلام يساوي بين الرجل و المرأة منها قوله تعالى: " ومن يعمل من الصالحات من ذكرٍ أو أنثى وهو مؤمن فألئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا".[1]

فكما هو موضح من الآية أن الله تعالى لم يفرق في مسائل الأعمال الصالحة القائمة على الإيمان و ما يترتب عليه من الفوز بالجنة، لم يفرق بين ذكر أو أنثى فالكل سواء.

وكذلك قوله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير ".[2]

والآية الثانية أيضا واضحة في دلالتها على المساواة بين الناس جميعا، وأنه لا يجوز التفريق بين العباد لأي سبب كان ما داموا مؤمنين، وميزان التفاضل عند الله هو التقوى للذكر والأنثى على حد السواء.

ودعاة التحرير والمساواة يعتبرون الولاية في النكاح تقييد لحرية المرأة وظلما لها وهنا يطرح التساؤل هل المرأة تساوي الرجل جسميا و معنويا؟

أثبت علم التشريح أن الرجل أقوى من المرأة جسما من سائر الحيثيات و بدرجة محسوسة جدا، وهذا الضعف لا نتخذه دليلا على حضارة المرأة ولكن عنوانا على حكمة " ربنا الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى..."، ثم أثبت محمد فريد وجدي فروقا بين الرجل والمرأة خاصة:

متوسط طول الرجل يزيد عن متوسط طول المرأة باثني عشر سنتيمترا.

ومن جهة ثقل جسم الرجل أكبر من متوسط ثقل جسم المرأة.

ومن حيث المجموع العضلي، قلب المرأة أصغر من قلب الرجل وأخف منه بمقدار 60 غراماً، والحواس الخمس عند المرأة أضعف منها عند الرجل.[3]

---

[1]- سورة النساء آية 124

[2]- سورة الحجرات آية 13

[3]- محمد فريد وجدي، المرأة المسلمة، الطبعة الأولى، دار ابن زيدون، بيروت، ص 31-33

ومن جنوح الغرب على المرأة أنه حملها أعباء كثيرة فوق أعبائها الفطرية، وقالوا لها ساوياك بالرجل، وحرموها الانتماء باسمها إلى أبيها، وينسبوها إلى زوجها وهذا إنقاص لحقها.[1]

المبحث الرابع: الولاية في قواعد القانون وموقف المشرع الجزائري

وبالرجوع إلى الواقع نجد أن الزواج لا يكون صحيحا إلا بحضور الولي مع أخذ رأي المولى عليها بعين الاعتبار، إذ أن عقد الزواج يتم بصيغة الزوجية، وهو ما يشير إلى الجمع بين الرأيين لصحة دلالة كل منهما و صراحة مفهومه، وهذا ما سوف نتناوله من خلال الآتي بدراسة الولاية من الناحية القانونية.

المطلب الأول: التكييف القانوني للولي

لمعرفة التكييف القانوني في العقد ينبغي دراسة الطبعة القانونية للولي في العقد وهذا ما رأينا تقسيمه إلى فرعين.

الفرع الأول: الطبعة القانونية للولي بالنسبة للقانون 11/84:

جاء في المادة (09): " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق "، والتي وردت تحت بند أركان الزواج، مما يستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر الولي ابتداء ركن من أركان عقد الزواج.

لكن بالعودة إلى المادة (04) والتي تنص: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...." مما يفهم أن عقد الزواج يتم بين الزوج و الزوجة وليس بين الزوج وولي الزوجة، مما يؤكد هذا المعنى ما جاء في المادة (10): التي تنص: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، وحيث أن الرضا ركن من أركان العقد يكون بين الزوجين كما جاء في المادة (09)، أي أن صيغة العقد يتولاها الزوجان.[2]

ولكن من الغريب أيضا أن المشرع أسند للولي مهمة تولي زواج المرأة موليته حيث جاء في نص المادة (11): " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له "، فطيف يتولى الولي عقد الزواج أوكلت فيه

---

[1]- محاضرات عامة في سجن النقب، حول قضايا المرأة،1999، ص 1-2

[2]- طالب محمد يزيد بوزغاية، الولاية في عقد الزواج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، سنة 2015، 2016، ص 17

مهمة الإيجاب و القبول إلى الزوجين، إلا إذا قبلنا بأن المشرع كان يقصد بالتولية هو الرضا والموافقة المتبادلة بينه وبين موليته.[1]

أي من زوجته نفسها و أرادت ذلك، فلابد من رضا الولي وموافقته في ذلك وفي زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها وبموافقتها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حصر ركنية الولي في الزواج بأن تكون ولاية شركة لا ولاية إجبار.

من المعلوم كذلك أن عقد الزواج إذا فقد ركنا من أركانه يعتبر عقدا باطلا وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أي أثر شرعي، لأن وجوده وعدمه سواء، وعلى الزوجين الافتراق حالا، ولو بعد الدخول و الإنجاب[2] وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة (23) التي نصت: " يفسخ النكاح، إذا اختلت أحد أركانه "، ولفظ الفسخ في المادة يقابله لفظ البطلان في المصطلح الفرنسي حيث جاء في نص المادة السابقة على النحو التالي: "Le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitues est vicié…"

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (33) التي نصت: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"

نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركن من أركان الزواج في هذه المادة (33)، يرتب على تخلفه الفسخ، البطلان في المصطلح الفرنسي (entaché de nulle) قبل الدخول، ويثبت (يصحح) الزواج بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا، وهذا ما لم يقله أي فكر أو اجتهاد.

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

ولعل مراد هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري، مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة [3]، إذ كان من اللازم أن يكون حسب المادة (09) جزاء تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لكن ترتيب الفسخ على تخلف الولي يؤدي بنا

---

[1]- العربي بالحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، بوزريعة، الجزائر، سنة 2013، ص89

[2]- المرجع نفسه، ص 491

[3]- العربي بالحاج، مرجع سابق، ص 511

إلى القول أن الولي هو شرط الصحة وليس ركنا ويبقى الرضا بين الزوجين شرط انعقاد الذي يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن الأساسي في عقد الزواج و المعبر عنها بالإيجاب و القبول، ولا ترقى إلى درجته باقي الأركان إلا إذا كانت اثنين اثنين (ولي شاهدان، ولي صداق، شاهدان صداق) أي أن الولي يعتبر شرط من شروط صحة الزواج كأصل عام ويرتقي إلى درجة الركن إذا تخلف الولي مع ركن آخر دون رضا.[1]

ما أخلص إليه من خلال هذا التحليل هو أن المشرع الجزائري كان مرتبكا ومضطربا في الصيغة القانونية للولي في عقد الزواج.

لكن القضاء الجزائري من خلال المحكمة العليا في اجتهاداتنا المختلفة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج[2]، وإذا تم الزواج بدون حضور الولي يثبت بعد الدخول بصداق المثل[3]، وأما إذا اختل معه ركن آخر كالشاهدين أو الصداق دون الرضا فإن الزواج عندئذ يبطل.[4]

<u>الفرع الثاني</u>: الطبعة القانونية للولي بالنسبة للأمر رقم 02/05:

أما في الأمر 02/05، اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج، وبهذا يكون قد كف مركزه القانوني من ركن في السابق إلى شرط في الحالي، حيث جاء في نص المادة (09) مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج "، ولكن الملفت للانتباه أن هذه المادة ذكرت تحت بند أركان الزواج والحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

---

[1]- أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية معهد العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص 109

[2]- العربي بالحاج، قانون الأسرة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012، ص 77

[3]- نفس المرجع، ص 79-80

[4]- نفس المرجع، ص 77

ولمعرفة نوعية الشرط الذي ينطبق على الولي في عقد الزواج يجب معرفة الأثر الذي يترتب عن تخلفه، ففي هذا الصدد نصت المادة (33) في فقرتها الثانية: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

مما يفيد أن الآثار المذكورة في المادة هي نفسها الآثار التي تترتب عند تخلف شرط الصحة، الأمر الذي يفهم منه المشرع جعل الولي شرط صحة.

غير أن تلك الآثار تترتب عليه في حالة وجوبه فقط، وهي حالة زواج القصر التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (11): " ...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له "، والمادة (13)التي نصت على أنه: " لا يجوز للولي أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "، أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (11): " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره،..."، فلا يعتبر شرط صحة ولا أي نوع من أنواع الشروط التي ذكرتها سابقا، مادام لا يترتب على تخلفه أي أثر بذكر، وخير دليل على ذلك المرأة الراشدة أعطاها المشرع الحق في دعوة أي شخص آخر باختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.

هذا وأن المشرع الجزائري في المادة (33) السالفة الذكر في فقرتها الثانية رتب عن تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ- الإبطال- (résiliation) قبل الدخول وذلك لاعتبار أن الزواج فاسد، إلا أنه قرر أن العقد لا يفسخ بل يثبت بعد الدخول مطلقا مما يفهم منه أن مجرد الدخول أو بعده كما سيأتي بيانه، فإذا تم العقد بغير موافقة الولي يقع فاسدا ويفسخ قبل الدخول وبعده مطلقا ولو طال الزمن وأنجب أولاد بطلقة بائنة[1]

مع أن الحنفية اشترطوا أنه لكي يفسخ بعد الدخول يجب أن يكون هناك أولاد[2] كما أن نص هذه الفقرة من المادة فيه تضارب مع أحكام المواد (09 مكرر) و(11)

[1]- بالقاسم شتوان، الخطبة والزواج، دار الفجر، ص 215
[2]- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 228

و(18) التي تنص: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو إمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (09 و09 مكرر) من هذا القانون "، إذ كيف يعقل أن يتم الزواج بدون ولي كما ذكرت المادة (33) في حين يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف المؤهل قانونا بحضور الولي ؟[1].

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

<u>المطلب الثاني</u>: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري:

إن شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، لم ينص المشرع عليها صراحة في القانون، غير أنه أحالنا في المادة (222) من القانون رقم 11/84 أو من الأمر 02/05 إلى أحكام الشريعة حيث نصت المادة على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " تاركا بذلك المجال للاجتهاد القضائي، وهي مسألة قد تثير اختلافا من حيث التطبيق العلمي، وعلى مبرر سكوت المشرع الجزائري في عدم ذكره لهذه الشروط، هو وجود بعضها ضمنا في قانون الأسرة الجزائري بل وجودها حتى في القوانين الوطنية الداخلية الأخرى، ومن بين هذه الشروط:

<u>الفرع الأول</u>: الإسلام:

يعتبر الإسلام الدين الرسمي للدولة الجزائرية، حيث جاء في نص المادة الرابعة من دستور 1963/09/10[2]، والمادة الثانية من الدساتير المتعاقبة بعده[3]: " أن الإسلام دين الدولة " فالأصل في المواطنين الجزائريين أنهم مسلمين.

---

[1]- العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 79-80

[2]- دستور 1963/09/10 ،نصه – غير مترجم – صدر باللغة العربية في شهر سبتمبر 1963، عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، دار الهدى، عين مليلة،2010، ص 100

[3]- الأمر رقم 76-97 ، يتضمن إصدار دستور .ج.ج.د.ش، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الموافق لـ 20 ذي القعدة 1396 هـ

وقانون الأسرة قبل التعديل أو بعده ينص في مادته (221) على:

" يطبق هذا القانون علة كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني ".

و بهذا فإن مسألة الولاية قائمة ضمنا بين الولي والمولى عليه، الجزائريين لإتحاد الدين الإسلامي الحاصل بينهما، وكذا بالنسبة للغير الأجانب المقيمين بالجزائر شريطة إتحاد الدين بينهم.

<u>الفرع الثاني</u>: كمال الأهلية:

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

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

و تنص المادة (40) من القانون المدني[1]: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة ".

كما تنص المادة (43) من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها وذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ".

مما يستخلص أن أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ و بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين.[2]

---

[1]- **الأمر** 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م الموافق لـ 02 رمضان 1395 هـ

[2]- العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 195

فإذا كان كمال الأهلية مطلوبا في الزوجين وإلا بطل الزواج[1] ،فإن من باب أولى أن يكون الولي هو الآخر كامل الأهلية، وإذا تعرض الولي لعارض من عوارض الأهلية يكون عندئذ فاقد الأهلية أو ناقصها وأن تصرفاته غير نافذة، حيث نصت المادة (85) من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه ".

<u>الفرع الثالث</u>: الذكورة:

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

بعد التعديل أبقى على ذكر لفظ الولي المذكر في زواج القصر، مما يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر شرط الذكورة في ولاية تزويج القصر ضمنا في الأمر 02/05.

بالنسبة للمرأة الراشدة لم يشترط الذكورة باعتبار أنه أعطى لها الحق أن تعقد زواجها بنفسها، وفي نفس الوقت ها حرية أن تختار شخصا آخر ولياً لها دون الأب، قد تكون صديقتها مثلا.

جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) في قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده: " يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

مما يفيد انه يصح الإيجاب من الولي العاجز، كالأخرس وأن الغرض منها الزواج أو الموافقة عليه وبالتالي تثبت ولاية التزويج للأخرس.

لكن لفظ "العاجز" هل تقتصر على الأخرس أم أنها كذلك تشتمل الولي الأصم و كذا الأعمى؟...وهذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

---

[1]-العربي بالحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 55

المطلب الثالث: أساس و أسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بينت في المطلب السابق الشروط الواجب توافرها في الولي حتى تثبت ولاية التزويج لكن هذا لن يكفي وحده بل لابد كذلك من توافر شروط معينة في المولى عليه حتى تثبت عليه هذه الولاية، هذه الشروط اصطلحت على تسميتها بأساس ثبوت الولاية.

وبالمقابل لن يكون لهذه الولاية من جدوى و أثر إن لم يكن بين الولي و المولى عليه صلة تبرر استعمال الولي حقه في الإشراف على تزويج المولى عليه، هذه الصلة يطلق عليها لفظ السبب.

الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري:

لمعرفة أساس ثبوت الولاية في عقد الزواج الذي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ينبغي تناول المفهوم القانوني للأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: الأهلية: لغة: تعني الصلاحية و الأهلية للأمر.

الأهلية في المصطلح القانوني: يقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالولي ومباشرة التصرفات القانونية وهي قسمان أهلية وجوب، وأهلية أداء.[1]

ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري:

حرص المشرع الجزائري على تحديد أهلية الزواج وتحديد سن محدد لها بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد، ولما لها من آثار اجتماعية واقتصادية.

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

[1]- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 1992، ص 157

بعد تعديل المادة (07) بالأمر 02/05 ، بنصها في فقرتها الأولى على أنه : " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، هذه السن تمثل سن الرشد القانوني كما جاء في نص المادة (40) من القانون المدني الجزائري.

وذلك لتوحيد المشرع الجزائري من سن أهلية الزواج للطرفين مع باقي الدول الأخرى.[1]

وكذا تحديد السن الأدنى للزواج اقتبسه المشرع الجزائري من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار.[2]

[1]- عبد الرزاق أحمد الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،ص 266-268

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 23

الخاتمة

الخاتمة:

قال تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " الآية 21 من سورة الروم

يعتبر الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى لخير الإنسانية، ولأهميته فقد عني الشارع الإسلامي به عناية خاصة لم تتوفر في غيره من العقود.

وبعد هذه الدراسة الموضوع " الولاية في الزواج بين الحكم الشرعي وقواعد القانون "، نجد أنه من أهم ما جاء به ديننا الحنيف من أجل صيانة حقوق المرأة والحفاظ عليها من اقتحام مجالس الرجال لجهلها به.

ولقد ارتأيت التطرق لهذا الموضوع في بحثي لنيل شهادة الماستر، ما لهذا الموضوع من أهمية وحساسية، إضافة إلى ما يعرفه من جدال ونقاش حاد حول مسألة اشتراط الولاية أو إسقاطها.

وحول الولاية هل هي حق للولي أم للمرأة، خصوصا بعد الضجة التي عرفها بلدنا الحبيب بخصوص هذا الموضوع، ومن شد وجذب بين من يريد التشبث باشتراطه الولاية، وبين من يطالب بإسقاطها، وإعطاء المرأة حق تزويج نفسها، وانتهى بانتصار الفئة الأخيرة. ولكن ضبطها بشروط بحيث أن المشرع الجزائري لم يترك الحرية المطلقة للمرأة في أن تختار من ترغب فيه زوجا لها وفي المقابل لم يجعل لوليها سلطة الإجبار في تزويجها دون رضاها بل جمع بين ولايتي الإجبار و الاختيار متوخيا في ذلك مصلحة المرأة وحمايتها من نفسها ومن غيرها.

واشترط المشرع الجزائري لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه فإن توفر رضا الطرفين صح العقد، وإذا انفرد أحدهما بالعقد دون رضا الطرف الآخر كان موقفا على إجازته.

أما من خلال القرآن والسنة النبوية الشريفة، فنجد أن أمر الزواج لم يسند كليا إلى المرأة أو إلى الولي، بل قدم رضا المرأة، وهل من حضور الولي بالأمرين المهمين لا يمكن إهمالهما.

بحيث لا يجبر الولي ابنته البالغة ولو بكرا على النكاح إلا إذا خاف عليها من الفساد.

وفي الأخير نختم بحثنا بما توصلنا إليه بأن المشرع الجزائري حذا حذو الفقه الحنفي حيث جعل الولاية على الصغيرة (القاصرة) فقط أما الراشدة فتزوج نفسها بتفويض وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم برواية ورش بن نافع.**
- **السنة النبوية الشريفة.**

<u>أولا</u>: القانون:

1- دستور 1963/09/10.

2- الأمر 75-58 المتضمن ق.م، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م الموافق لـ: 20 رمضان 1395هـ.

3- مجلس قضاء مستغانم، 03 نوفمبر 1966، المحكمة العليا، 09 فبراير 1966 رقم 04.

4- الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 م الموافق لـ : 30 ذي القعدة 1396هـ.

5- مرسوم رئاسي رقم 89-18 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989 م، مؤرخ في 28 فيفري 1989 م، الموافق لـ : 22 رجب 1409 هـ ، يدرج ضمن الدستور.

6- مرسوم رئاسي في 96-438 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 م، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 م الموافق لـ: 26 رجب 1417 هـ، يدرج ضمن الدستور.

<u>ثانيا</u>: المصادر والمراجع:

1- أبو زهرة محمدة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، لبنان 1980 م.

2-أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث الطبعة الثالثة، دار الكتب، مصر، 1967 م.

3- أبي الفضل جمال الدين محمد، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، الجزء الثاني الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1993 م.

4- ابن قدامى، طبعة ثالثة، الجزء السادس.

5- أحمد عزمي البكيري، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة.
6- أحمد فرج حسنين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية الشركة للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة.
7- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002 م.
8- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى دار الخلدونية الجزائر، بدون سنة.
9- بدران أبو العيني بدران، القه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول الزواج والطلاق دار النهضة،بيروت، بدون سنة.
10- بالقاسم شنوان، الخطية والزواج دار الفجر، بدون سنة.
11- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002.
12- حسن حامد حسن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مكتبة المتنبي القاهرة، 1979 م.
13- حسن حسن المنصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية أحكام عقد الزواج، الجزء الثاني، مطبعة سامي، الإسكندرية، مصر 2001 م .
14- رمضان علي الشرنباجي، أحكام الأسرة في الشريعة الجزائرية، منشورات كلية الحقوق بيروت، لبنان، بدون سنة.
15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة.
16- عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، بدون سنة.
17- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة دار هومة الجزائر، 1996 م.
18- عبد الله سيد أحمد سرور، التعليق على قانون الولاية على النفس، دار الألفي المينا 2002 م.

19- عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010 م.
20- لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية الشركة للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة.
21- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، مكتبة الثقافة العربية، القاهرة بدون سنة.
22- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروطه وصحته في الفقه الإسلامي دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1977 م.
23- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام نداء إلى الجنس اللطيف المتكب الإسلامي بدون سنة.
24- محمد علي فهمي، نظرية العقد.
25- محمد عزمي البكيري، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة.
26- محمد فريد وجدي، المرأة المسلمة، الطبعة الأولى، دار ابن زيدون، بيروت بدون سنة.
27- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الجزء الثاني سوريا 1998 م.
28- محمد محدة، الخطية والزواج، الطبعة الثانية، 1994 م.
29- محمد مصطفى شلبي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار التأليف القاهرة، 1956 م.
30- نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النشر للتصميم و الإنتاج، عمان، 2011 م.
31- وهبة الزميلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية دار الفكر، 1985 م.

ثالثا: المذكرات والرسائل:

1- أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد العلوم الإدارية والقانونية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998 م.

2- محمد يزيد بوزغاية، الولاية في عقد الزواج مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص أحوال شخصية، إشراف الدكتور فيصل نسيغة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2016/2015 م.

رابعا: محاضرات:

محاضرات عامة في سجن النقد، حول قضايا المرأة، 1994 م.

الفهرس

الفهرس

- **مقدمة**..... أ / ب

الفصل الأول: ماهية الولاية في الزواج

- المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج..... 7
- المطلب الأول: تعريف الولاية في الزواج لغة.....7
- المطلب الثاني: تعريف الولاية في الزواج اصطلاحا.....9
- الفرع 1: تعريف الولاية شرعا.....9
- الفرع 2: تعريف الولاية قانونا.....10
- المطلب الثالث: أنواع الولاية:.....11
- الفرع 1: الولاية على قاصرة.....11
- الفرع 2: الولاية المتعدية.....11
- الفرع 3: ولاية الإجبار.....12
- الفرع 4: ولاية الاختيار.....12
- المبحث الثاني: حكم الولي في عقد الزواج.....13
- المطلب الأول: ولاية من لا والي له.....14
- المطلب الثاني: غيبة الولي.....15
- المطلب الثالث: عضل الولي.....15
- المبحث الثالث: شروط الولي في عقد الزواج وترتيب الأولياء.....16
- المطلب الأول: الشروط المتفق عليها.....16
- الفرع الأول: كمال الأهلية.....16
- الفرع الثاني: إتفاق دين المولى عليه مع دين المولي.....17
- المطلب الثاني: الشروط المختلف فيها.....17
- الفرع الأول: شروط الذكورة في الولاية.....17

- الفرع الثاني: مبدأ اعتبار العدالة شرط في الولاية.....18
- الفرع الثالث: مبدأ اعتبار شرط الرشد.....18
- المطلب الثالث: ترتيب الأولياء.....20
- الفرع الأول: ترتيب الأولياء في المذهب المالكي.....20
- الفرع الثاني: ترتيب الأولياء في المذهب الشافعي.....20
- الفرع الثالث: ترتيب الأولياء في المذهب الحنبلي.....21

الفصل الثاني: الولاية بين الأحكام الشرعية وقواعد القانون الجزائري.

- المبحث الأول: الولاية وأهلية المرأة في عقد الزواج.....24
- المطلب الأول: دليل شرعية الولاية ومركز الولي في الزواج.....24
- الفرع 1: إذا تزوجت من غير كفء.....25
- الفرع 2: إذا تزوجت بأقل من مهر المثل.....29
- المطلب الثاني: رأي الجمهور و الحنفية في ثبوت الولاية.....31
- الفرع الأول: الولاية على المرأة البالغة.....32
- الفرع الثاني: الولاية المصونة للمرأة في عقد الزواج.....34
- المبحث الثاني: القائلين بعدم اشتراط الولاية في النكاح.....35
- المطلب الأول: الأدلة من الكتاب.....36
- المطلب الثاني: الأدلة من السنة.....37
- المبحث الثالث: بعض الشبهات التي تثار على الولاية على المرأة في النكاح والرد عليها.....38
- المطلب الأول: الولاية بين المهانة والكرامة.....38
- المطلب الثاني: الدعوة إلى تحرير المرأة ومساواتها بالرجل.....40
- المبحث الرابع: الولاية في قواعد القانون وموقف المشرع الجزائري.....41
- المطلب الأول: التكييف القانوني للولي في عقد الزواج.....42
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي بالنسبة للقانون 11/84.....42

- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للولي بالنسبة للأمر 02/05.....44
- المطلب الثاني: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.....46
- الفرع الأول: الإسلام.....47
- الفرع الثاني: كمال الأهلية.....47
- الفرع الثالث: الذكورة.....48
- المطلب الثالث: أساس وأسباب ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.....49
- الفرع الأول: أساس ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري.....49
- خاتمة.....52
- قائمة المصادر والمراجع.....55
- الفهرس.....60

ملخص :

بعد تأثر أفراد المجتمعات الإسلامية بثقافات وتشريعات نظم غير إسلامية، عندما فتح العالم الإسلامي على غيره من الثقافات وخصوصا لما استعمرت أرضه، ثم انبهرت عقول بعض أبنائنا بما عند الغير، واتسع هذا النقل والتقليد حتى شمل مجال التشريع نظام الأسرة، وتطور إلى مستوى الشك والارتياب في صلاحية ذاك التشريع للحكم والتطبيق.

ومتى نظرنا إلى الولاية كما ينظرها الآخرون. نوعا من التسلط فإنه من الطبيعي أن يكون لصاحب الحق المجال في ممارسة حقه، وهو شيء من السلطة، وأن يكون لصاحب المسؤولية المجال للقيام بمسؤوليته، وهو شيء من التسلط أيضا. وبهذا ندرك أن الولاية على المرأة بمعنى السلطة عليها.

وهذا الجانب من تصوير الأمر وكأنه انتهاك لحقوق المرأة، وهو ما تلح على ترويجه منظمات حقوق الإنسان والشذوذ التي بدأت بالمناداة بالحرية وحقوق المرأة مستغلة ما تسبب فيه الرأسمالية والشيوعية من إهانة المرأة واستغلالها، وانتهت بطمس الفطرة وتدمير مؤسسة الأسرة وانهيار المنظومة الأخلاقية للمجتمع.

فالولاية قبل أن تعني كفاية المرأة من التعرض لما يبعدها عن بيتها و يمنعها من التبذل، فهي نابعة من نصوص ثابتة، وإن كانت الأنظمة البشرية جديرة بالاحترام لما توفره من الانتظام في الحياة فكيف بالتشريعات الربانية التي تضمن للناس السعادة، إذ هي من خالقهم جلا و علا الذي هو أعلم بهم و بما يصلح شؤونهم (أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ) سورة الملك الآية 14.

وإذا الواجب على أهل العقول المستنيرة والضمائر الحية والقلوب التقية، المساهمة في توعية بناتنا بحقيقة المظاهر الزائفة والمقولات الخادعة والوعود الكاذبة، وأن ينظروا إلى ما يريده أعداؤنا بنا في خطوات متدرجة لا تريد الخير بنا كما شاهدناه في سابق الأحداث.

وأن يحذروا ممن يضخمون الحالات الشاذة لتكون سببا لهدم بنيان الأسرة بدعوى الصلاح والإصلاح.

" ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم " سورة البقرة الآية 120.

اللهم أحفظ بلادنا و مجتمعنا من كل مكروه.

Résumé

Après les communautés islamiques touchées par la culture et de la législation de systèmes non-islamiques, lors de l'ouverture du monde islamique a autre cultures surtout pour les terres colonisées, Puis certains de nos esprits, ce qui a impressionné alors que d'autres, Intel a développé transport et même imitation impliquant une législation le système familial, et l'évolution du niveau de suspicion sur la validité de cette législation et l'application.

Et quand on regard l'état comme étant considéré par d'autres.une sorte d'intimidation, il est naturel que le propriétaire de domaine dans l'exercice de quelque chose de la puissance,et la responsabilité de faire sa responsabilité, quelque chose de trop l'intimidation. Dans cet état se rend compte que les femmes dans le sens du pouvoir,il.

Cet aspect du il dépeindre comme une violation des droits des femmes des organisations de droits de l'homme promu matlh et anomalies qui a commencé à balmanadat la liberté et droits de la femme, exploitant ce qui causé par la capitalisme et la communisme de l'insulte et l'exploitation des femmes et s'est terminée dans un flou d'instinct et de détruire l'institution de la famille et de la panne du système mmoral de la société.

Le mandat avant signifie suffisamment de femmes d'être exposés à quelques pâtés de maisons de chez elle et les empeche d'altbzel, sont dérivés de texte statique, même si les systèmes humains dignes de respect en raison de sa régularité dans la vie comment les lois de dieu garantissant les gents le bonheur, comme le sont leur créateur tout-puissant qui est sais pour eux et ce qui fonctionne pour leur entreprise

﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ سورة الملك الآية 14 (Ne connaît-Il pas ce qu'Il a créé alors que c'est Lui Compatissant, le Parfaitement Connaisseur.) sourate Al Mulk (La royauté) aya (14).

Si l'importation de cathy éclairés et de conscience et de coeurs pieux, contribuent à augmenter nos filles en fait fausses et manifestations des déclarations trompeuses et fausses promesses et ils ont regardé ne veulent bien nous comme nous l'avons vu dans les événements antérieurs.

Et méfiez-vous qui gonflait les anomalies comme cause de démolir le marlin famille demande la justice et la réforme.

﴿وَلَن تَرْضَى عَنكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ قُلْ إِنَّ هُدَى اللَّهِ هُوَ الْهُدَى وَلَئِنِ اتَّبَعْتَ أَهْوَاءَهُم بَعْدَ الَّذِي جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾
سورة البقرة الآية 120

Ni les Juifs, ni les Chrétiens ne seront jamais satisfaits de toi, jusqu'à ce que tu suives leur religion. - Dis: «Certes, c'est la direction d'Allah qui est la vraie direction». Mais si tu suis leurs passions après ce que tu as reçu de science, tu n'auras contre Allah ni protecteur ni secoureur. Sourate 2 du Saint Coran Al-Baqarah