# الأحكـــام الخـــاصـــة بالـــولـــي فـــي عقـــد الـــزواج

## وفقا للشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري

**الخطة:**

- **الفصل الأول:** ماهية الولاية في عقد الزواج.
  - ✓ **البحث الأول:** مفهوم الولاية في عقد الزواج و دليل وجودها.
    - ⬅ **المطلب01:** مفهوم الولاية في عقد الزواج.
    - ⬅ **المطلب02:** دليل وجود الولاية في عقد الزواج.
  - ✓ **المبحث الثاني:** شروط الولاية في عقد الزواج و ترتيبها.
    - ⬅ **المطلب 01:** شروط الولاية في عقد الزواج.
    - ⬅ **المطلب 02:** ترتيب الولاية في عقد الزواج.
  - ✓ **المبحث الثالث:** أقسام الولاية في عقد الزواج فمقاصدها.
    - ⬅ **المطلب01:** أقسام الولاية في عقد الزواج.
    - ⬅ **المطلب 02:** مقاصد الولاية في عقد الزواج.
  - ✓ **المبحث الرابع:** طبيعة الولاية في عقد الزواج.
    - ⬅ **المطلب 01:** القائلين بالولاية كركن و أدلتهم.
    - ⬅ **المطلب 02:** القائلين بالولاية كشرط و أدلتهم.

❖ **الفصل الثاني:** الأحكام الخاصة بالولي في عقد الزواج.

✓ **المبحث الأول:** حدود سلطة الولي في عقد الزواج.

- **المطلب 01:** سلطة الولي في منع المولى عليها من الزواج.
- **المطلب 02:** سلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج.

✓ **المبحث الثاني:** حقوق و واجبات الولي في عقد الزواج.

- **المطلب01:** حقوق الولي في عقد الزواج.
- **المطلب02:** واجبات الولي في عقد الزواج.

✓ **المبحث الثالث:** أثر تخلف الولي في عقد الزواج.

- **المطلب01:** أثر تخلف الولي في الزواج وفقا للشريعة.
- **المطلب 02:** أثر تخلف الولي في الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري.

✓ **المبحث الرابع:** الوكالة في عقد الزواج.

- **المطلب 01:** مفهوم الوكالة في عقد الزواج.
- **المطلب 02:** حكم الوكالة في عقد الزواج.

## الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

قد يثار في ذهن أي شخص ما المفهوم لولاية فهي لغة المحبة و النصرة و في اصطلاح الفقهاء القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد و يسمى متولي العقد الولي و منه قال تعالى: "فليملل وليه بالعدل" و قد تتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة فقد تكون ولاية عامة (كولاية القاضي) و خاصة (كولاية الأب و الجد) و قد تكون ولاية قاصرة (ولاية الشخص على نفسه و هي لا تنفك عن أهلية الأداء) و ولاية تامة أو متعدية (التي تخول للإنسان التصرف في شؤون غيره و لو جبرا و تتنوع أخيرا إلى ولاية على المال (القدرة على مباشرة التصرفات المالية بحيث يصبح التصرف نافذا) و ولاية على نفس (و تتضمن مفهومين الأول يتمثل في الحضانة و الثاني في التزويج) و محل بحثنا المتمثل في موضوع الولاية في عقد الزواج تقتصر على الولاية على النفس و التي تنقسم بدورها إلى ولاية إجبار و ولاية اختيار يتم الإشارة إليها لاحقا.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نتناول في الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج و دليل وجودها و المبحث الثاني شروط الولاية و ترتيب الأولياء في عقد الزواج وفق الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري أمام المبحث الثالث فسنخصصه لأقسام الولاية و مقاصدها في عقد الزواج و أخيرا في المبحث الرابع سنتطرق لطبيعة الولاية في إبرام عقد الزواج.

## المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج و دليل وجودها

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في عقد الزواج و لم يحدد دليل شرعيتها و هذا ما يؤدي بنا للرجوع إلى موقف الشريعة الإسلامية في هذا الصدد و بناء على ذلك نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الولاية في عقد الزواج لغة و اصطلاحا في المطلب الأول أما المطلب الثاني إلى دليل وجودها و شرعيتها في الكتاب و السنة و كذا في قانون الأسرة الجزائري.

### المطلب الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

يقصد بالولاية لغة سلطة يمتلكها المرء على شيء من الأشياء و منها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة و نفوذ على قطر معين،[1] و الولاية في اللغة مصدر كلمة ولي.

و الولي من أسماء الله و هو الناصر و قيل المتولي لأمور العالم القائم بها و هو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها، ليس كمثله شيء و هو السميع البصير.

و قال **ابن طتير**: و كأن الولاية تشعر بالتدبير و القدرة و الفعل و من لم يجتمع ذلك فيه لم يطلق عليه اسم الولي.

الولي يقال ولي اليتيم الذي يلي أمرهم و يقوم بكفايتهم و ولي المرأة الذي يلي عقد الزواج، و الولاية النصرة يقال هم على ولاية مجتمعون على النصرة فهي إذن قيام الشخص بأمر غيره.

فالولاية بكسر الواو هي المحبة و النصرة و منه قوله سبحانه: "و من يتول الله و رسوله و الذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون".[2]

---

[1] بلعواد زبير، أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2004/2001، ص 17.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، ص 118.

فقال **الفيومي**: "وليت الأمر إليه و توليته و وليت البد عليه و وليت على الصبي و المرأة فالفاعل وال و الجمع ولاة و الصبي و المرأة مولى عليه" و قال بن فارس "و كل من ولي أمر أحد فهو وليه".[1]

أما اصطلاحا فالولاية عبارة عن سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات و العقود و تنفيذها و هي أيضا تنفيذ القول على غير و الإشراف على شؤونهم أو القدرة على إنشاء العقد النافذ غير موقوف على إجازة أحد.

و عليه إذا كانت الولاية متعلقة بشؤونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية القاصرة و إن كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله و أولاده فهي الولاية المتعدية و تنقسم الولاية المتعدية إلى:

**1- ولاية على النفس:**

و هي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج.

**2- ولاية على المال:**

و هي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال و تنفيذها.

و الولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج و تكون للأب و الجد و سائر الأولياء.

و خلاصة القول أن الولاية هي قدرة الإنسان على التصرف الناقد لنفسه أو لغيره جبرا أو اختيارا.[2]

---

[1] الفيومي، المصباح، ص 258.

[2] عبد الفتاح التقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، 2000 الجزائر، ص 140.

كما تعتبر حق المرأة في أن يقوم أحد أقاربها من الرجال المعينين بذلك لمساعدتها إبرام عقد الزواج و القيام بالأعمال التي يتطلبها إنشاء هذا العقد من حيث الإيجاب و القبول و الاتفاق على الشروط.

**المطلب الثاني: دليل وجودها في عقد الزواج**

شرعت الولاية في الإسلام حفظا لحقوق العاجزين على التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و تهدر ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة و من عجز عن رعاية مصلحة أقام له الشارع من يتولى أمره و يحقق له النفع و يدفع عنه الضرر.

فالولاية في الزواج هي مساعدة للحماية و المحافظة على حقوق و مصالح الفتاة خلافا لما يدعيه بعض الفقهاء الغرب من أن الولاية حق مطلق و أنها سلطة تحكم بدون قيود و منافية لمبادئ الحرية في الزواج و بالتكلم عن الغرب تجدر الملاحظة هنا أن الكنيسة الغربية و منذ القرون الوسطى عملت على مكافحة بربرية السلطة الأبوية و الجد من أثارها التحكيمية فالزواج (بالنسبة لهم) علاقة روحية بين طرفين تتوقف على رضاهما المتبادل و لا شأن للسلطة الأبوية بها و تمكنت الكنيسة الغربية منذ القرن الثاني عشر من استبعاد رضا الولي كشرط لصحته الزوج[1] و قد استدل الجمهور بأحاديث نبوية و آيات قرآنية على وجود الولي منها:

[1] زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة قبل و بعد التعديل، سنة 2005 مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الفقه و القانون، ص 7.

**أولا: دليل وجوده من القرآن**

استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى: "فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يملل وليه بالعدل".[1]

و أما بالنسبة للمرأة فقوله تعالى: "و انكحوا الأيامى منكم" و قوله: "و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمن..." و قد جاء في ذلك قوله تعالى: "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" فالخطاب هنا موجه للأولياء فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها و لا أن تزوج غيرها و إنما يزوجها وليها.

**ثانيا: دليل وجوده من السنة**

لقد استدل جمهور الفقهاء الذين يقولون بوجوب الولاية في عقد الزواج بعدة أحاديث منها.

يقول سيد الخلق محمد صلى الله عليه و سلم: "لا نكاح إلا بولي و أيما امرأة تزوجت بغير وليها فنكاحها باطل باطل، باطل فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له".

و قد روى أبو هريرة أنه عليه السلام قال: "لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[2] و ما روى عن ابن عباس: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد".

كما استدل الجمهور بقوله □: " لما أراد أن يتزوج أم سلمة قال لابنها عمر: "قم فزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم".

و أما الذين يرون أن الولاية لا تكون إلا على القصر و المجانين دون البالغة العاقلة فقد اختلفوا في تفسير تلك الآيات و الأحاديث و استدلوا بالآية الكريمة قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره..." و غيرها من الأحاديث النبوية الشريفة:

---

[1] سورة البقرة، الآية 282.

[2] د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 120.

"الأيم أحق بنفسها من وليها" و يقصدون بالأيم من ليس لها زوجا سواء كانت بكرا أو ثيبا،[1] فالنساء مهما قيل تهذيبهن فإن فيهن جهة ضعف طبيعية بارزة و هي خضوعهن للرجال و تأثرهن بهم فقد تنسى المرأة عظمتها و فضلها و تندفع في ميلها وراء من لا يساوي شراك حياتها و ربما تجرها عاطفتها إلى التسليم لخادمها و بديهي أن هذه الحالة ضررها لا يقتصر على المرأة فحسب بل يتعدى إلى الأسرة بتمامها و عليه فمن الواجب أن يوكل الولي الاختيار ما فيه خير للمرأة.[2]

**ثالثا: دليل وجوده في قانون الأسرة الجزائري**

وفقا للمادة 09 مكرر المعدلة بموجب أمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.[3]

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع اشترط توفر الولي في عقد الزواج و بذلك يكون قد أخذ بموقف جمهور الفقهاء الذين يقولون بضرورة الولاية في عقد الزواج و هذا يؤكد ما ذهب إليه المذهب المالكي المتبع عموما من قبل المشرع الجزائري حيث اعتبر

---

[1] بلعواد زبير، المرجع السابق، ص 18.

[2] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 08.

[3] قانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الولي ركن من أركان عقد الزواج لا يمكن إبرامه من الناحية العلمية دون ولي ذلك أن عقد الزواج يتم إبرامه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية فيتولى التأكيد من توافر أركان الزواج طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري.

**المبحث الثاني: شروط الولاية في عقد الزواج و ترتيبها**

على الرغم من اتفاق جمهور الفقهاء و حسب ما جاءت به المذاهب الأربعة و استناد للشريعة الإسلامية و السنة النبوية حول وجوب وجود الولي في إبرام عقد الزواج إلا أنهم اختلفوا حول الشروط التي يجب أن تتوفر في هذا الولي في إبرام عقد الزواج إلا أنهم اختلفوا في ترتيب الأولياء.

و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال هذا المبحث بحيث سوف نقسمه إلى مطلبين:

- **الأول:** حول شروط الولاية في عقد الزواج و من خلال هذا المطلب سنتناول الشروط المتفق عليها و غير المتفق عليها.

- **الثاني:** حول ترتيب الأولياء حسب المذاهب الأربعة و حسب قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديل 2005.

**المطلب الأول: شروط الولاية في عقد الزواج**

كما ذكرنا هناك شروط متفق عليها بين الفقهاء و شروط أخرى في الولي مختلف في اشتراطها و هي:

**1- الشروط المتفق عليها:**

باعتبار الولي هو نصير المولى عليه و المعبر عن إيراداته فقد اتفق الفقهاء على شروط لابد من توافرها و هي:

♦ **الأهلية:**

بحيث اشترطوا كمال الأهلية بالبلوغ و العقل و الحرية، فلا ولاية للصبي و المجنون و المعتوه و السكران و كذا مختل النظر بهرم أو خبل، فلا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه لقصور إدراكه و عجزه فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولاية تتطلب كمل الحال.[1]

فعند **الشافعية** و **الحنابلة**: الرشد شرط في ثبوت الولاية لأن المحجوز عليه بالسفه لا يمكنه أن يلي أمر نفسه أو غيره في الزواج.

أما **المالكية** و **الحنفية**: الرشد ليس بمعنى حسن التصرف في المال شرط في ثبوت الولاية فيصح للسفيه و لو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن وليه، فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليته ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة.[2] فإن كان صوابا أبقاه و إلا ردّه.

أما عند موقف المشرع الجزائري فإن الأهلية عنده تعتبر من النظام العام طبقا للمادة 45 من القانون المدني: "ليس لأحد التنازل عن أهلية و لا لتغير أحكامها" و تكتمل الأهلية لبلوغ سن الرشد وفقا للمادة 40 و قد جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 82: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

و تنص المادة 42 من القانون المدني: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون".

كما تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق لما يقرره القانون" و قد نصت كذلك المادة 81 من قانون الأسرة في باب الأحكام العامة: من

---

[1] د. عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007، الجزائر، ص 60.

[2] نعار الزهرة – نعار نوال – يوري فتيحة، الولاية في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، المركز الجامعي مولاي الطاهر، سعيدة دفعة 2005 / 2006، ص 14.

كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانون ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

و نصت المادة 101 من قانون الأسرة: "من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

من خلال هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع أكد على أن كل شخص فاقد التمييز لصغر سنه أو لعته أو جنون أو سفه تعتبر كل تصرفاته باطلة لعدم كمال أهليته و منه فإن كان هذا الشخص أهلا فله أن يباشر التصرفات القانونية التي يبيحها له القانون و ذلك إما أصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره، أما إذا لم يملك حق التصرف في شؤونه فمن باب أولى لا يملكها على غيره.

و من هنا يتضح أن المشرع الجزائري قد اعتبر الأهلية شرط ضروري للقيام بالتصرفات القانونية و من بينها الولاية في عقد الزواج.

- **اتفاق دين الولي و المولى عليها:**

يجب أن يكون الولي متخذا في الدين مع المولى عليها لأنه باتخاذ الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة و لأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين، و لأن الولاية في عقد الزواج تتبع الإرث و لا إرث بين المختلفين في الدين فلا ولاية لغير المسلم و لا للمسلم على غير المسلم أي لا يجوز عند الحنابلة و الحنفية كافر و مسلمة و لا عكسه.

و قال الشافعية و غيرهم: يزوج الكافر الكافرة، و قال المالكية: يزوج الكافرة الكتابية مسلم، و لا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر لقوله تعالى: "و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض".

و قوله: "و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض".

و قوله تعالى: "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا".

و الحديث: "الإسلام يعلو و لا يعلى عليه".[1]

و لكن يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة، فللحاكم أو نائبه ولاية عامة على المسلمين و غير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية فهو ولي من لا ولي له باعتباره وليا بصفته لا بذاته.[2]

أما المشرع الجزائري فقد منع الزواج بين المسلمة و الكافر حتى لا يهيمن سلطانه عليها إذ تنص المادة 31 قبل التعديل: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم" و نص المادة 30 بعد التعديل: "يحرم من النساء مؤقتا... زواج المسلمة من غير المسلم".

فمن خلال هذه النصوص يتبين أن شرط اتحاد الدين يجب أن يتوفر في الولي و ذلك قياسا على أن الزواج بين المسلمة و غير المسلم غير جائز.

**2- الشروط غير المتفق عليها:**

كما ذكرنا هناك شروط أخرى في الولي اختلف الفقهاء المسلمين في اشتراطها منها:

**♦ الذكورة:**

تعد شرطا لثبوت الولاية عند جمهور العلماء فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها و منه لا ولاية على غيرها و ذلك عملا بالحديث الشريف: "لا تزوج المرأة المرأة، و لا المرأة نفسها" و كنا نقول المرأة التي تزوج نفسها هي الزانية.

و لأن الزواج له مقاصد كثيرة و المرأة كثيرا ما تخضع للعاطفة فلا تحسن الاختيار و لذلك جعل الرجل هو الذي يباشر العقد لقوله تعالى: "الرّجال قوامون على النساء". سورة النساء، الآية 34.

---

[1] د. عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 60.

[2] د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، طبعة 2، 1997، ص 158.

أما الأحناف ليست الذكورة شرطا لثبوت الولاية عندهم فالأنثى لها تزويج نفسها كما لها تزويج غيرها متى كانت بالغة راشدة و يأخذ به القضاء المصري و استدلوا بقوله تعالى: "و لا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن".

أما موقف المشرع الجزائري فنجده في المادة 11 قبل التعديـــل من قانون الأسرة الجزائـــري (84 – 11): "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأوّلين..." فمن خلال هذه المادة اعتمد المشرع على شرط الذكورة و ذلك حينما ذكر أن الولي هو الأب هذا من جهة و من جهة أخرى نجده لم يبين نوع القرابة التي يقصدها و منه يمكن أن تنتقل الولاية إلى غير العصبات من ذوي الأرحام قبل انتقالها إلى القاضي لعمومية النص.

أما بعد التعديل المادة 11 بموجب القانون رقم 05 – 09 نجد أن المشرع مع إبقائه للأب كولي لكنه اقتصر على حضوره لأنه قد اتجه إلى مذهب الأحناف و أعطى للمرأة البالغة العاقلة الحرية في عقد زواجها باختيار الولي الذي تريده سواء كان هذا الولي الأب أو أحد الأقارب أو شخص آخر تختاره؟!.[1]

- **العدالة:**

و هي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية، الامتناع عن الكبائر كالزنا و الخمر و عقوق الوالدين و نحوها، و عدم الإصرار على الصغائر، و هي شرط عند الشافعية و عند الحنابلة، فلا ولاية لغير العادل و هو الفاسق لما روى عن ابن عباس: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد" لأن الولاية في النكاح تحتاج إلى النظر و تقدير المصلحة.

و ذهب الحنفية و المالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عادلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه مثلا لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه و رعاية المصلحة الفردية و لأن حق الولاية عام و لم ينقل أو وليا في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و من بعده منع من التزويج بسبب فسقه و هذا الرأي هو الراجح، لأن حديث ابن عباس

[1] زيان حفيظة، الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، المركز الجامعي مولا الطاهر، سعيدة، دفعة 2008.

ضعيف، و كذلك قوله تعالى: "و أنكحوا الأيامى منكم" فهو خطاب للأولياء و هو خطاب عام فيشمل العدل و غيره.[1]

أما بخصوص قانون الأسرة الجزائري سواء قانون 84 – 11 أو القانــون المعدل بموجب قانون 05 – 09 و عند تصفح كل نصوصه نجده لا ينص على العدالة في الولي سواء صراحة أو ضمنيا مما يستخلص منه أن العدالة لا تؤثر على صحة عقد الزواج في حالة انعدامها لغياب نص يؤكد ذلك بالرغم من أن المشرع أراد تفادي كل الانتقادات بوضعه لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري من أجل الرجوع إلى الشريعة في حالة غياب نصوص بعض المسائل و بإعمالها نجد الاختلاف بين المذاهب حول اشتراط العدالة من عدمها كما سبق الذكر و بالتالي لا يمنع الفاسق من تزويج وليته في الحدود التي يسمح بها القانون.

**♦ الرشد:**

و معناه عند الحنابلة معرفة الكفء و مصالح النكاح لا حفظ المال، و معناه عند الشافعية عدم تبذير المال فالرشد عندهما شرط في ثبوت الولاية فالمحجور عليه بلا سفه يلي أمر نفسه في الزواج فلا يلي أمر غيره.

و قال الحنفية و المالكية ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية،[2] و أضاف المالكية: "خلو الوالي من الإحرام بحج أو عمرة و عدم الإكراه على الزواج".

---

[1] د. عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 61.

[2] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 05.

**المطلب الثاني: ترتيب الأولياء في عقد الزواج**

كما ذكرنا سلفا اختلف الفقهاء المسلمين حول شروط الولي فإنه كذلك اختلفوا حول ترتيب الأولياء، و المقصود بالترتيب هنا هو ذكرهم حسب مراتبهم من جهة الأولوية، و تقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية عند تعددهم و تراحمهم، حيث يعرف من هو الأولى في استحقاق الولاية و التقدم على غيره و منه تكون له الولاية دون غيره.

فكان ترتيب الأولياء في أحقية الولاية في المذاهب السنية كالآتي:

**① المذهب الحنفي:**

الولاية عندهم هي ولاية إجبار فقط، تثبت للأقارب العصبة على النحو الآتي:

**أ/- العصبة النسبية:**

المقصود بها العاصب بنفسه، و ترتيب هذه العصبة في الولاية كترتيبهم في الإرث و هم أربع جهات:

- **البنوة:** و تشمل الابن و ابن الابن و إن نزل.
- **الأبوة:** و تشمل الأب و الجد الصحيح و إن علا.
- **الأخوة:** الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب و إن نزل كل منهما.
- **العمومة:** و تشمل العم الشقيق، و العم لأب، و أولادهم إن نزل كل منهما.

**ب/- العصبة السببية:**

إن لم يوجد أحد من العصبة النسبية انتقلت الولاية إلى العصبة السببية، و هي الآتية من ولاء العتاقة، فتثبت الولاية للمعتق أولا و لو أنثى، و هو المسمى بمولي العتاقة، ثم العصبة النسبية على الترتيب و الترجيح و الاستواء بين الأولياء على النحو الذي يبين في العصبة النسبية.[1]

**ج/- الأقارب غير العصبات:**

إن لم يوجد أحد من العصبة النسبية أو السببية انتقلت إلى ذوي الأرحام أي الأقارب غير العصبات و ترتيبهم أو استحقاق الولاية كالآتي:

- الأم و أم الأب، ثم لأم الأم، و إن علت.
- البنت، بنت الابن، بنت البنت و إن نزلت.
- الجد الرّحمي و هو أبو الأم.
- الأخوات (الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم).

و إن انعدمت الفتاة انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب ترتيبهم ثم العمات مطلقة و الأعمام لأم ثم الأخوال و الخالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم.

فإذا انعدمت الأصناف السابقة انتقلت الولاية إلى السلطان لقوله صلى الله عليه و سلم: "السلطان ولي من لا ولي له"[2]. و **السلطان:** هو الإمام أو القاضي.

---

[1] نعار نوال – نعار زهرة – يوري فتيحة، نفس المرجع، ص 26.

[2] نعار نوال – نعار زهرة – يوري فتيحة، نفس المرجع، ص 27.

**② المذهب المالكي:**

هناك ولي مجبر و ولي غير مجبر، فولاية الإجبار تثبت لأحد الثلاثة الآتية:

- السيد المالك و لو لأنثى.
- الأب (رشيدا كان أو سفيها ذا رأى).
- وصي الأب، عند عدم الأب بشروط ثلاث:
  - أن يعين الأب للوصي زوج.
  - ألا يقل المهر عن مهر المثل.
  - أن لا يكون الزوج فاسقا.

أما الولاية غير الإجبارية فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة ثم الكافل ثم الحاكم أو القاضي ثم كان مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين (الخال، الجد من جهة الأم، الأخ لأم...).[1]

**③ المذهب الشافعي:**

فيكون ترتيب الأولياء عندهم كالتالي:

- **الأبوة:** الأب يقدم على سائر الأولياء.
- **الجد** (أبو الأب) ثم أبوه و إن علا لأن الجد في مرتبة الأب عند عدم وجود الأب و ذلك لاعتبار الشفقة و العناية بالنسبة للمولى عليها.
- **الأخ الشقيق** ثم الأخ لأب ثم ابن كل منهما.
- **العمومة** العم لأب، ثم ابن كل منهما.

[1] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 06.

- **باقي العصبة** من القرابة، فإن لم يوجد أصح من العصبة النسبية، فالولاية لمولى العتاقة، فتكون للرجل المعتق ثم لعصبية بحق الولاء.
- **السلطان** (و هو القاضي في وقتنا الحالي).

و لا ترتب الولاية للأبناء إذ لا يزوج الابن أمه و إن علت ببنوة محضة لأنه لا مشارك بينه و بينها في النسب إذ أنها تنتسب إلى أبيها و هو ينتسب إلى أبيه و هذا خلافا للأئمة المالك و أبو حنيفة و أحمد ابن حنبل.[1]

**④ عند الحنابلة:**

فترتيب الأولياء عندهم كالآتي:

- **الأبوة:** الأب هو أحق الناس بتزويج ابنته لأنه أكمل نظرا و أشد شفقة.
- **الجد:** و هو أبو الأب و إن علا لأن له إيلاء و تعصيب و يقدم على الابن كالأب.
- **الابن:** و ابن الابن و إن سفل فهو أولى بتزويج أمه.
- **الأخ الشقيق**، الأخ لأب و أولادهم و إن سفلوا.
- **العمومة** ثم أولادهم و إن سفلوا ثم عمومة لأب ثم أولادهم و إن سفلوا.
- **المعتق** ثم أقرب عصبة منه.
- **السلطان:** لأن له ولاية عامة و هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه بذلك.[1]

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، ج 6، طبعة 3، 1997، بيروت، ص 368.

**الخلاصة:**

إن البنوة تقدم على الأبوة عند المالكية و الحنفية و تقدم الأبوة على البنوة عند الحنابلة و ليس للأبناء ولاية عند الشافعية.[2]

**⑤ موقف المشرع الجزائري في مسألة ترتيب الأولياء:**

لقد كان المشرع الجزائري قبل التعديل يأخذ برأي المالكية فنص في المادة 11 من القانون القديم على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين" و معنى الأقارب الأولين هنا الأب، و وصي الأب، الأخ، بن الأخ، الجد لأب العم، الكافل، الحاكم (القاضي) و بذلك فقد سبق المشرع الجزائري الأصول على الفروع ابتداءا من الأب ثم الأقربون و هو ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة في تقديم الأب ثم الأقربون و إن علوا ثم يأتي بعد ذلك الابن و انب الابن و إن نزلوا.[3]

و لكي تثبت الولاية للأقربين و هو ما ذهب إليه بعد الأب وجب التمييز بين حالتين:

- حالة غياب الأب من موطنه ينتظر حضوره إذا لم يكن في الانتظار و تأثير على مصلحة الفتاة فإن الولاية تنتقل إلى غيره من الأولياء، الابن الأخ، الجد،...

- و الحالة الثانية هي إذا كان الولي الأصلي (الأب) متوفى فإن الولاية في الزواج تنتقل حكما و بقوة القانون إلى أقرب شخص من المرأة في غياب أقارب المرأة مطلقا تنتقل الولاية للقاضي مباشرة و بقوة القانون "القاضي ولي من لا ولي له".[4]

---

[1] عبد الرحمن الحزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر و دار الكتب العلمية، ج 4، بيروت لبنان، ص 52.

[2] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 07.

[3] بلعواد زبير، المرجع السابق، ص

[4] د. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، ط3، 1996، الجزائر، ص 121.

و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره...".

و استثناءا على القاعدة الواردة في هذه المادة جاء المشرع في الفقرة الثانية بقوله دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون: "يتولى زواج القصر أولياءهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

و بعد النظر في مسألة ترتيب الأولياء في عقد الزواج تثار بعض الإشكاليات وثيقة الصلة بها و المتمثلة في تعدد الأولياء و كذا غياب الولي القريب:

**1/- تعدد الأولياء:**

إذا تعدد الأولياء فكل واحد منهم إذا كان مستوفيا لشروط الولاية يحجب من بعده فإذا تولى الولي البعيد مع وجود الولي القريب توقف العقد على إجازة حتى له الولاية كتزويج الأخ لأخته و أبوه حاضر.

أما إذا تعدد الأولياء و كان أحدهما أقرب درجة فهو أولى و إن كان الوليان من جهة واحدة و درجة واحدة كأن يكون لها أخوان فإن كانت جهة أحدهما أقوى من الآخر يكون أحدهما شقيقا و الآخر أخا لأب قدم الأقوى فإن استويا في الجهة و في درجة القرابة بأن كانا أخوين شفيقين كانا في الولاية سواء و صح لكل واحد منهما أن يتولى تزويجها و إن كان الآخر معترضا على الزواج و يستحب أن يزوجها أعلمهم بالفقه و إن كانوا فيه سواء فأورعهم و إن كانوا فيه سواء فأكبرهم.

و إن زوجاها الوليان و هما في درجة واحدة من زوجين فالزواج الصحيح هو الأول و إن زواجها من رجلين في ساعة واحدة لم يصح زواج أي منهما.

**2/- غياب الولي القريب:**

قد يطرح تساؤل في حالة غياب الولي القريب بحيث يخشى فوات الخاطب الكفء إذا انتظر حضوره ؟

و في هذا الصدد قال الفقهاء إذا غاب الولي الأقرب المستكمل لشروط الولاية دون أن يعلم له مكان أو صعب الاتصال به و وجد خاطب كفء و كان ينتظر حضور هذا الولي أو كان في انتظاره تفويت فرصة لمصلحة المخطوبة انتقلت الولاية إلى الولي الذي يليه في الترتيب من الأولياء الأقارب و ليس لهذا الولي الغائب إذا عاد بعد أن عقد الولي البعيد الحق في الاعتراض لأن ولاية التزويج صارت حقا لمن يليه و اعتبر الغائب كالمعدوم.[1]

**المبحث الثالث: أقسام الولاية في عقد الزواج و مقاصدها**

لقد سبقت الإشارة إلى أن الولاية المطروحة في هذا الموضوع هي الولاية على النفس في الزواج هي تختلف كما ذكرنا في المبحث السابق حسب اختلاف ترتيب الأولياء في المذاهب الإسلامية هذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث ضمن المطلب الأول أما الثاني سوف نستخلص أهمية الولاية في عقد الزواج أي أهم مقاصد الولاية في عقد الزواج.

**المطلب الأول: أقسام الولاية في عقد الزواج**

و تعرف الولاية على النفس بأنها تلك الولاية التي تخص الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كولاية التعليم و الحضانة و ولاية التزويج فالولي في هذه الأمور له حق إنشاء عقد زواج المولى عليه،[2] و تنفيذه و هذه كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في التزويج، إذا لم يوجد الأب أو الجد أحدهما مع عدم أهلية للولاية. و تنقسم ولاية النفس عن بعض الأئمة كالآتي:

---

[1] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 07.

[2] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 10.

**① الأحناف:**

و تنقسم ولاية عندهم إلى نوعين ولاية اختيار و ولاية إجبار:

**أ/- ولاية الإجبار:**

و هي تنفيذ القول على الغير و هي تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه أحد و هي بهذا المعنى العام تثبت بأربعة أسباب: القرابة، الملك، الولاء، الإمامة.

**فولاية القرابة** تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليها إما بقرابة قريبة كالأب و الجد و الابن أو بقرابة بعيدة كابن الخال، و ابن العم.

و **ولاية الملك** هي الولاية التي تثبت للسيد على مملوكه فله تزويج عبده أو أمه جبرا عنها و يتوقف نفاذ زواجها على إذنه.

أما **ولاية الولاء** و هي ولاية المعتق على من أعتقه.

و **ولاية الإمامة**، ولاية الحاكم أو نائبه (القاضي) على أفراد الأسرة.[1]

**ب/- ولاية الاختيار:**

فهي حق الولي في تزويج المولى عليها بناء على مشاركتها و اختيارها و رضاها، و يقال لصاحبها: ولي مخير، و هي مستحبة عند أبي حنيفة و زخر في تزويج البالغة العاقلة، سواء أكانت بكرا أو ثيبا رعاية لمحاسن العادات و الآداب التي يراعيها الإسلام، إذ للمرأة

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة العربية، لبنان 1967، ص 141.

عندهم أن تتولى تزويج نفسها باختيارها و إرادتها، لكن يستحب لها أن تولي أمر العقد لوليها و شرط ثبوت هذه الولاية هو رضا الولي عليه لا غير.

و الخلاصة أنه لا ولي عند الحنفية إلا الولي المجبر، فليس عندهم ولي غيره إذ يتوقف عليه العقد.

**② المالكية:**

الولاية عند المالكية قسمان: خاصة و عامة.

**1/- الولاية الخاصة:**

هي التي تثبت لأناس معينين و هم ستة أصناف:

الأب، و وصيه و القريب العصبة، و المولى، السلطان، و أسباب هذه الولاية ستة، الأبوة، الايصاء، العصوية، الملك، الكفالة، السلطنة.

و يقصد بالولاية بالكفالة هي ألا يكفل رجل امرأة فقدت والدها و غاب عنها أهلها فقام بتربيتها مدة خاصة، فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها و يشترط لثبوت هذه الولاية شرطان هما:

♦ أن تمكث عند ه زمنا يوجب الحنانة و الشفقة عليها عادة و بفعله لتقدير زمن معين كأربع سنوات أو عشر على الأظهر.

♦ ألا تكون شريفة، و الشريفة هي ذات الجمال أو المال، فإذا كانت ذات جمال فقط أو ذات مال فقط زوجها الحاكم، و رجح بعض المالكية أن ولاية الكفيل عامة تشمل الشريفة الدنيئة.

**2/- الولاية العامة:**

تثبت بسبب واحد و هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها يشرط ألا يكون لها أي وصية، و يشترط أن تكون دنيئة لا شريفة.[1]

تثبت ولاية الإجبار عند المالكية بأحد السببين: البكارة و الصغر، فيقع الإجبار للبكر و إن كانت بإلغاء و للصغيرة و إن كانت ثيبا.

و يستحب استئمارها لقول الرسول □: "استأمروا النساء في أيضاعهن فإن البكر تستحي فتسكت فهو إذنها" متفق عليه.

فالولي المجبر عندهم أحد ثلاثة: مالك الأمة، فالأب، فوصي الأب.

و الولي غير المجبر يشمل العصبة ثم المولى، الكافل ثم الحاكم.

و قرابة العصابة كالابن و الأخ و الجد و العم و ابن العم لا يزوجوه إلا البالغة بإذنها، و تأذن الثيب بالكلام و البكر بالصمت و هكذا الولي غير المجبر يزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها و رضاها، سواء أكانت البالغ بكرا أو ثيبا.[2]

**③ الشافعية:**

الولي عند المرأة شرط مطلق عند الشافعية لصحة عقد من عقود الزواج، فلا تزوج امرأة نفسها بإذن و لا غيرها بوكالة و لا تقبل زواجا لأحد.

و ذهب جمهور هذا المذهب إلى تقسيم الولي إلى مجبر و غير مجبر و بالتالي تقسم الولاية إلى:

**أ/- ولاية الإجبار:**

---

[1] د. عبد الفتاح تقية، نفس المرجع السابق، ص 144.

[2] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 12.

فتثبت للأب و الجد عند عدمه، فللأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها، و يستحب استئذانها و يكفي البكر البالغة العاقلة إذا استأذنت في تزويجها سكوتها في الأصح، و دليلهم قوله □: "الثيب أحق بنفسها من وليها، البكر يزوجها أبوها".

**ب/- ولاية الاختيار:**

فتثبت لكل الأولياء العصبات في تزويج المرأة الثيب فليس للولي تزويج الثيب إلا بإذنها، و إن كانت الثيب صغيرة لم تزوج حتى تبلغ[1] لأن إذن الصغيرة غير معبر، و تزوج الثيب البالغة بصريح الإذن، و لا يكفي سكوتها و لأنها عرفت مقصود الزواج فلا تجبر بخلاف البكر، و دليل صراحة الإذن قوله □: "ليس للولي الثيب أمر"[2] و لو أذنت بلفظ التوكيل جاز لأن المعنى واحد.

**④ الحنابلة:**

لا يصح نكاح المرأة إلا بولي بالنسبة للحنابلة و تثبت ولاية الإجبار للأب ثم وصيته عند الموت ثم الحاكم عند الحاجة و لا تثبت للجد و سائر الأولياء و ذلك عند تزويج الصغيرة فقط، أما ولاية الاختيار فتثبت لسائر الأولياء[3] عند تزويج امرأة حرة مكلفة (كبيرة بالغة) ثيبا كانت أو بكرا بإذنها و إذن البكر صمتها و إذن الثيب الكلام بدليل حديث أبو هريرة مرفوعا: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر و لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا يا رسول الله و كيف إذنها؟ قال إن سكتت و حديث الثيب تعرب عن نفسها و البكر رضاها صمتها".[4]

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 143.
[2] رواه الترميذي و قال حسن صحيح.
[3] بمعنى لبقية الأقارب العصبة الأقرب فالأقرب كالإرث.
[4] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 12.

**⑤ موقف المشرع الجزائري حول أقسام الولاية:**

وفقا للتقسيم المذكور سلفا:

**1/- ولاية الإجبار:**

فلم يتضمن المشرع في ذكر المشمولين بالإجبار و لم يخصصهم بأسماءهم و إنما اقتصر على الحديث عن عدم إجبار الولي لموليته في الزواج كما لا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها و هذا سواء كانت المرأة بالغة أو قاصرة و هذا ما نلمسه في المادة 13 قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل المادة 13 قانون الأسرة رقم 05 – 09 فإنه أبقى على موقفه بعدم إجبار الفتاة على الزواج أو تزويجها بدون موافقتها مع تغيير بسيط و هو أنه أقصرها على الفتاة القاصرة فقط و بذلك أخرج المرأة البالغة من دائرة الإجبار لإعطائه إياها الحرية في زواجها بنفسها مع حضور وليها.

**2/- ولاية الاختيار:**

بالنسبة للتعديل الحاصل على قانون 84 – 11 بموجب قانون 05 – 09 فإن المشرع الجزائري أعطى للمرأة البالغة الحرية في أن تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ؟؟.

فيمكن القول بأنه أعطى المرأة أكثر من ولاية الاختيار بحيث أعطاها الحرية المطلقة أما بالنسبة للقاصر فرغم وجود الولي كشرط في عقد الزواج إلا أنه يعتبر مجرد معبر عن رضاها فهي ولاية اختيارية أي ندب و استحباب لا أكثر[1] حيث أجاز للولي زواج موليته القاصر التي لم تكتمل 19 سنة و ذلك بتقديم رخصة إلى القاضي للسماح به متى دعت الضرورة و المصلحة إلى ذلك و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج فبعدما أثبتت

[1] نعار نوال – نعار زهرة – يوري فتيحة، نفس المرجع، ص 10 – 12.

الولاية على القصر فقط عاد و حماية لرضاها القاصر منع الولي من أن يجبرها على الزواج دون موافقتها و رضاها و ذلك وفقا لما جاء في نص المادة 13 من قانون الأسرة.

**المطلب الثاني:** مقاصد الولاية في عقد الزواج.

باعتبار الزواج عقد عظيم القدر، جليل الأثر لارتباط بذات الإنسان و مستقبل حياته، فهو عقد أساسه المودة و الرحمة و حسن المعاشرة فلهذا العقد مقاصد سامية، فهو يعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج لذلك يتطلب خبرة بأحوال الرجال، و معرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية و من لا يصلح، و المرأة غير متيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلة تجاربها و سرعة تأثرها و اتخاذها بزخرفة القول و لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة و قد تتعجل بالموافقة على الزواج منه رجل لا يصلح، فلو تركت المرأة تقرر مصيرها من دون مساعدة أهلها فقد تخفق في اختيار الزوج المناسب، لهذا شرعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصانها و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و لا تهدر، ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة و من عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره و يحقق له النفع و يدفع عنه الضرر[1]، فالقول إن تولي تزويج الولي للمرأة المولى عليها، ليس فيه هضم لحقوقها أو حط من قدرها و مكانتها بل العكس صحيح، إذ لا يخص لكل من تأهل بموضوعية و إنصاف أن كل ما في الأمر صيانة للمرأة المجبولة على الحياء، حفظها من الاحتكاك المباشر بالرجال الأجانب لاسيما في موضوعات حساسة كهذه، كما أن مقاصد الولاية في مسألة الزواج هو صيانة المرأة من الاستغلال و الاستغفال، إذ أن الموافقة على الزواج من رجل ما يستدعي بحثا و سؤال عن دينه و أخلاقه و وضعه الاجتماعي و هذا يتطلب طرقا للأبواب و اتصال بذوي العلاقة المباشرة بالخاطب و تلك أمور تعف عنها، و عن خوضها كل محصنة عفيفة ذات الدين و الخلق الكريم، فمقاصد الولاية و الحجز على المرأة في عقد زواجها ليس لقهرها أو إذلالها و إنما لقوله عز و جل:" الرجال قوامون على النساء"[2] فالمرأة لا تستطيع أن تتولى نفسها في تزويج نفسها أو تزويج غيرها و ذلك لقصور و ضعف عقلها و كثرة عاطفتها إلى جانب عدم العلم بخفايا الرجال و بالتالي لا تعرف أين مصلحتها.

---

[1] د,عبد القادر حزر الله، نفس المرجع ، ص 54.
[2] سورة النساء الآية

لذلك كل من مصلحة المرأة المولى عليها و مصلحة الولي اشتراكهم في اختيار زوجها، أما مصلحتها فلان أن الرجال صناديق مغلقة على النساء و عقد الزواج بالنسبة لها عقد الحياة و النساء لا يعرفن أسرار الرجال لان أكثرهن يؤثر فيهن الحس إذ تغلب عليهن العاطفة الوقتية السريعة الزوال، فكان من مصلحتها أن يشترك وليها في الاختيار إذ أنه ليس مأسورا بعاطفة خاصة فيستخبر و يبحث من غير أن تستهويه منظر أو مظهر.

أما مصلحة الأسرة فلأن الزواج رابط بين أسرتين و الولي يؤذيه زواج المولي عليها من خسيس و يشرفه من شريف[1].

[1] فرجنة سومية، ملاتي عونية، طويل رشيدة، الولاية في الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة إسطنبولي ، معسكر، دفعة 2003، 2004، ص 15.

**المبحث الرابع:** طبيعة الولاية في إبرام عقد الزواج.

باعتبار موضوع الولاية في الزواج من الموضوعات الوثيقة الصلة بحياة الأفراد فلا يكاد أي إنسان يفلت من التعرض لموضوع الولاية، إما باعتباره وليا و إما مولى عليه، هذا مت جعل مسألة طبيعة الولاية في إبرام عقد الزواج تثير اختلاف كبير من الجمهور و غير الجمهور من جهة و بين العوام و المثقفين من جهة أخرى، لهذا أردنا من خلال هذا المبحث أن نسعى وراء آراء كل من هؤلاء لمعرفة أي منها أصح، ملقين الضوؤ عل حجج و براهين كل منهم مع التطرق لموقف المشرع الجزائري في هذه المسألة.

**المطلب الأول:** القائلين بالولاية كركن و أدلة.

ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن النكاح لا يصح إلا بولي فإن زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها كان زواجها باطل، و قد استدلوا على أن الولي ركن في عقد الزواج من الكتاب و السنة و أضافوا أدلة من الآثار و أدلة من المعقول.

**1.من الكتاب:**

قال تعالى:" فإذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف."[1].

و العضل هو المنح، و سبب نزول الآية هو ما رُوي عن معقل بن يسار قال: زوجت أضلي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها لا والله لا ترد إليك أبدا، و كان الرجل لا بأس الرجل لا بأس به و كانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فانزل الله هذه الآية فقلت الآن أفعل يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه و سلم :" فزوجها إياه"[2].

[1] سورة البقرة الآية 231
[2] رواه بخاري عن الحسن.

و وجد الاستدلال بأن هذا الخطاب موجه للأولياء، و لو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهو من الفضل، و سبب النزول يدل على ذلك وقال الشافعي أن هذه آية في كتاب الله دلالة على أنه ليس للمرأة أن تتزوج يغير ولي.

و قال الله تعلي:" و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا....."[1]

و وجه الاستدلال أن هذا الخطاب للأولياء أيضا، فقد قال محمد بن على بن الحسين من فقهاء الشافعية، النكاح يولي في كتاب الله تم قرأ "و لا تنكحوا المشركين...".

و قال تعالى: " و أنكحوا الأيامى منكم"[2] كما قال سبحانه: "فانكحوهن بإذن أهلهن".[3]

أسند الشارع في هذه الآيات النكاح إلى الأولياء، فدل هذا على الذي يتولى عقد النكاح، إنما هو الولي.

و قال تعالى حكاية عن شعيب في قصة موسى عليه السلام:

" إني أريد أن أنكحك إحدى //////////////".

**2. من السنة:**

ما رواه الزهري [4] عن عروة عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل ، باطل، و إن دخل بها فالمهر لهما بما //////////////، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

و بذل هذا النص الثبوت على اعتبار الولي في النكاح.

و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج نفسها".

---

[1] سورة البقرة الآية 220.
[2] سورة النور الآية 32.
[3] سورة الأية.
[4] أخرجه الأربعة إلا النسائي و أبو عوانة و إبن حيان و الحاكم قال ابن كثير محضر كثير الحفاظ.

و يستدل منه بأن المرأة ليس لها ولاية في النكاح لنفسها، و لا لغيرها فلا عبارة لها في النكاح إيجاب و لا قبوا.

و عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله عنه: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" لا نكاح إلا بولي"[1].

و وجه الاستدلال بهذا الحديث، على اشتراط الوالي في النكاح واضح، فالحديث صريح في نفي الصحة عن النكاح الخالي من الولي[2].

و يستدل أيضا أن النبي عليه الصلة و السلام لم خطب أم سلمه رضي الله عنها اعتذرت باعتذار من جهلتها أن أولياءها غيب، فقال عليه الصلاة و السلام" ليس في أولياءك من لا يرضى، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه و سلم".

و وجه الاستدلال بهذا واضح، في تنه عليه الصلاة و السلام، لم يقل لها، انكحي أنت بنفسك مع أنه مقام البيان.

**3. من الآثار:** أن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح، و تخطب تم تقول أعقدوا فإن النساء لا يعقدن.

و أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فرق بين رجل و امرأة تزوجها غير ولي، و قال لا تتزوج المرأة إلا بولي، و كان يجب الوالي الذين يزوجن المرأة، و كان يعاقب أشد على الزواج بدون ولي.,

---

[1] روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

[2] الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي. و القوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 1982، ص 66.

**4. من المعقول:** قالوا امرأة عاطفية، تغلب عليها العاطفة و الاعتذار، و تخدع بالمظاهر، فإن أساءت الاختيار، تعدت الإساءة إلى الأهل و الأقارب.

كما استدلوا ما جرى عليه العرف و العادة من أنه لا يعرف في صدر الإسلام و لا يعد تزويج المرأة نفسها أو غيرها.

و معنى أن دخول الولي في عقد الزواج وليته هو لتجنب الصرر و المعرة عن نفسه و عنها[1].

**المطلب الثاني:** القائلين بالولاية كشرط و أدلتهم

ذهب أبو حنيفة، و أبو يوسف إلى ان المرأة الثيب العاقلة لها أن تزوج نفسها، و أن تقوم بتزويج غريها.

و استدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب و السنة و الآثار و القياس.

**1. من الكتاب:**

قال الله تعالى:" فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[2]، فقد نسب الله تعالى النكاح إلى المرأة و أضافت لها، و هذا دليل على أن النكاح يصدر منها فلها الحق في تولي زواجها بنفسها[3].

و قوله تعالى:" إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا ////////////// أن ينكحن أزواجهن"[4].

أضاف الله سبحانه و تعالى النكاح إليهن، و نهى الأولياء عن منعهن منه أي من إجراء النكاح.

---

[1] د. عبد القادر حرز الله، نفس المرجع ص 56.
[2] البقرة الآية 230.
[3] الدكتور صحراوي خلواتي، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة سعيدة، سنة 2011/2010. ص 32.
[4] البقرة الآية 232.

قال تعالى:" فلا جناح عليكم فيما فعلت في أنفسهن بالمعروف"[1].

أضافت هذه الآية الفعل إليهم يدل على صحة عبارتهن و نفاذها و هي إذا زوجت نفسها من كفء و بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك، و لا النكاح خالص حقها، و هي من أهل المباشرة فصح منها كبيع مالها.

**2. من السنة:**

روي عن أبي العباس، أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت يا نبي الله: إن أبي زوجني من ابن أخيه ////////////، و أنا له كارهة، فقال لها:" أجيزي ما صنع أبوك" فقالت لا رغبة لي في صنع أبي يا رسول الله، و لكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء أمور بناتهن شيئا"[2].

هنا قال الحنفية بما أن رسول اله صلى الله عليه و سلم جعل أمرها في يدها دليل على أن الولي غير ملزم لها، و هي بكر.

وقوله صلى الله عليه و سلم :" الثيب أحق بنفسها من وليها"[3].

و قوله صلى الله عليه و سلم:" الأيم أحق ينفسها من وليها و البكر تستأمر و إذنها سكوتها".

الأيم: اسم المرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا و هذا هو الصحيح عند اهل اللغة، و هو اختيار الكرضي رحمه الله تعالى، أن الأيم اسم للثيب[4].

فالاستدلال بهذين الحديثين، واضح في عدم اشتراط الولي في الزواج و أن للمرأة أن تزوج نفسها من غير وليها.

---

[1] القرة الآية 234
[2] رواه أبو داود.
[3] رواه مسلم.
[4] الأكحل بن حواء، نفس المرجع ، ص 68.

**3. من الآثار:**

أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، من رجل، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح، و يستفاد من هذا أمران:

**الأمر الأول:** عدم ضرورة اشتراط الولي في النكاح، و لهذا ذكرت هذه الحادثة هنا على حد تعبير الأستاذ الأكحل بن حواء.

**الأمر الثاني:** أن للمرأة أن نزوج نفسها آو غيرها، من غير إذن وليها، و كلا الأمرين، قال به أبو حنيفة و خالف فيه الجمهور.

أن عائشة رضي الله عنها، زوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمان من المنذر ابن الزبير و هو غائب، فلما رجع قال، أو//////////////////////، فقالت عائشة رضي الله عنها، أو ترغب عن المنذر، و الله لتكلنه أمرها.

و وجه الاستدلال بهذا على عدم اشتراط الولي في النكاح، و يستفاد منه ما استفيد مما قبله.

**من القياس:**

1. قياس حق الولاية للفتاة علة نفسها في تزويج نفسها، بمجرد بلوغها على حق الولاية الفتاة في التصرف في مالهن بمفردها بعد بلوغها، و لابن القيم كلا قيم، نذكر فيما يلي: إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل من ملكها إلا برضاها و لا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها فكيف يجوز أن يزفها بغير رضاها إلى من يريد و هي أكره الناس له و هو أبغض الناس شيء إليها، و مع هذا ينكحها إياه قهرا آو جعلها أميرة عنده"[1].

2. أن الولاية على الشخص إنما تكون تبعا لمصلحة و حاجة المولى عليها كأن يكون صغيرا أو مجنونا، و حيث تنفيذ الحاجة و المصلحة تنفيذ نعها الولاية.

---

[1] الأكحل بن حواء، نفس المرجع السابق ص 69.

3. أن صحة العقود دائما تتوقف على سلامة الصيغة الصادرة من شخص أي أهلية في محل صالح للحكم، و على هذا فالمرأة البالغة العاقلة، يمكنها أن تتولى عقد زواجها.

4. إن البلوغ لدى الشباب مع كمال العقل، كاف في رفع الولاية عنه و السماح له بتزويج نفسه بكل حرية فينبغي أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للفتاة البالغة مع كمال العقل و البلوغ.

5. و في رأي على حد قول الأستاذ الأكحل ابن حواء، أن هناك سندا آخر يدعم ما ذهب إليه الجمهور هذا الرأي، فهو أن التخيير أنما كان في القبول أو عدم القبول بهذا الزواج ليس من الأسباب و هذا لا ينافي ضرورة اشتراط الولي أو عقد الزواج.

6. كما أن المذهب المالكي رواية لابن قاسم عن مالك مفادها ان اشتراط الولاية سنة و ليس فرض فكان الولي عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة[1].

**موقف المشرع الجزائري:**

من المواد التي مسها التعديل تلك التي كانت تعطي للولي أهمية قصوى في الزواج، و التي كانت تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"[2].

فعدلت و جاءت المادة 11 على الشكل الآتي:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره"[3].

و في نفس السياق من المادة : " يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

فقد سمح المشرع للمرأة أن تباشر زواجها مادامت قد بلغت 19 سنة من عمرها، فهي التي تتولاه و ليس من دور للولي إلا للحضور، و من هذا الحضور للولي تبقى أهمية رمزية أو سطحية، عند ما قرر المشرع تولي هذا العقد من طرق أي شخص تختاره، وهذا

[1] الدكتور الصحراوي خلواتي، نفس المرجع، ص 32.
[2] قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
[3] قانون رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

يتنافى مع مفهوم الولاية التي تعني النصرة و المودة و هذا لا يتحقق إلا من قريب جدا كالأب أو الأخ.

و يتحقق معنى الولاية إلا القاصر الذي لم يصل بعد سن 19 سنة الذي جعل عقده موقوف على أقرب شخص و هو للأب أو من يقارب منه، و عند انعدامه يتولى القاضي العقد إذ هو ولي من لا ولي له.

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد استجاب للرأي القائل بأن الولاية شرط من شروط إبرام عقد الزواج و منه حاول إخضاع عقد الزواج للأحكام و القواعد العامة التي تحكم العقود الرضائية، ورأى بذلك أن مذهب الأحناف هو المذهب المناسب للواقع الجزائري الحالي وعلى هذا الأساسي جاء التعديل لجعل الولي شرطا في عقد الزواج بنص المادة 09 بموجب الأمر 02/05 يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية.

-أهلية الزواج – الصداق – الولي – الشاهدات – انعدام الموانع الشرعية للزواج فعقد الزواج عندهم (الأحناف) عقد شرعي، يتركب من أمور ثلاث ، اثنان حسيبان، و هما: الإيجاب و القبول، فملك المعقود عليه من عند كما في البيع و الشراء، أو منفعة كما في النكاح يترتب على هذه لأمور الثلاثة، و هو الذي يسعى عقدا، أما غيرهما مما يتوقف عليه صحته في نظم المشرع، فهي خارجة على ماهية و يقل لها شروط لا أركان[1].

و هكذا أصبح الولي بمقتضى التعديل الجديد شرطا لصحة الزواج و ليس ركنا لانعقاده، و هذا ما يفهم من فحوى المادة 33 ق إ ج و هو أيضا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها و الذي نصه كالأتي:

"من المقرر شرعا و قانونا أن للنكاح أربعة أركان و هي:

[1] د. عبد الرحمان الحريري، كتاب الفقه عن المذاهب الأربعة، دار الفكر و دار الكتب العلمية، الجزء 4، بيروت، ص 795.

رضا الزوجين، صداق و شاهدين و بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، و المقرر أيضا أنه اختلال ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل العقد"[1].

[1] غ، أ ، ش ، م ، ع ، ملف رقم 51107 بتاريخ 1989.

**الفصل الثاني:** الأحكام الخاصة بالولي في عقد الزواج.

بعد أن تأكد لنا ضرورة اشتراط الولاية في عقد الزواج على ضوء الأدلة التي أشرنا إليها في الفصل السابق من الكتاب و السنة و الآثار، بجدر بنا أن نتعرض في هذا الفصل إلى حدود سلطة الولي في التزويج إذا كانت مطلقة أو محدودة الممارسة من طرف من يتمتع بها و بعدها حقوق و واجبات الولي في عقد الزواج و سنتطرق إلى الأثر المترتب على تخلف ركن الولي في عقد الزواج لنتعرض فيما بعد إلى الوكالة في عقد الزواج.

**المبحث الأول:** حدود سلطة الولي في عقد الزواج.

كما ذكرنا سابقا أن الولاية هي سلطة منحها القانون لشخص على المولى عليها في التزويج فهل هذه السلطة مطلقة أم مقيدة؟ بمعنى هل يتمتع الولي بهذه السلطة فيمكنه ان يمارسها كما شاء؟ أي بمعنى يمكنه الامتناع عن زواج الملي عليها إذا رغبت فيه و كان أصلح و مناسب لها تمكنه أيضا من إجبار المولى عليها على الزواج، إذا لم ترغب أصلا أم هناك قيود تمنع الولي من ممارسة هذه السلطة على إطلاقها و إخراج الفتاة من استبداد و ليها و قهره لها و تزويجها ممن لا ترغب فيه؟.و بناءا على ذلك نتعرض في المطلب الأول: حدود سلطة الولي في منع المولى عليها من الزواج و حدود سلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج كمطلب ثان.

**المطلب الأول:** حدود سلطة الولي في منع المولى عليها من الزواج.

إن الشريعة الإسلامية و حسب ما ذكر سالفا تعطي للولي حق تزويج موليته لتحقق مصلحتها و ذلك لما يتمتع به عادة من خبرة و دراية تمكن من تقرير الأصلح للفتاة لذا فإن إرادته تقوم مقام إرادتها.

لكن هذه السلطة ليست مطلقة فإذا امتنع عن تزويج ابنته البكر و الثيب بدون مبرر مقبول و كان المتقدم للزواج منها ذا دين و كفؤ لها[1] (لقد اختلف الفقهاء في موضوع الكفاءة فهي عند المالكية اثنان الدين و الحال، بمعنى سلامة الخاطب من العيوب المرتبة للخيار لا الحال بمعنى الحسب و النسب، أما عند الجمهور فمن ستة (6) : الدين، الإسلام، الحرية، النسب، المال، و الحرفة)[2].و يستطيع تقديم مهر مثلها من السناء فغن الولي بما لما لموليته و يسمى في مثل هذه الحالة عضل الولي.

و اتفق المذاهب في هذه الحالة على انه إذا أرادت الفتاة أن تتزوج من ترغب فيه و وجدت أنه مناسب لها و فيه مصلحة لها و امتنع الولي بدون عذر ففي هذه الحالة لا يبقى

---

[1] زيان حفيظة المرجع السابق ص 22.
[2] عبد القادر حزر الله، المرجع السابق ص 68.

الولي مستبدا بولايته و غنما وضع الفقهاء ////////// لهذا و هو أن تلجأ الفتاة إلى القاضي، فهو الذي يوليها و يزوجها إذا رأى زواجها فيه مصلحة لها و امتناع وليها هو امتناع بدون عذر.

أما بالنسبة لفكرة الفتاة البكر مدى =إجبارها على الزواج حتى و إن لم ترغب فيه فالإمام مالك يقول" ان للأب سلطة إجبارية مطلقة على البكر فيزوجها حتى و غن لن ترغب فيه" و جاءت في قوله" و للأب جبر ابنته البكر ممن شاء و لا كلام لها و لا لغيرها"[1].

و في ذلك قال أيضا الشافعي:[2] و للأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها بمهر مثلها و يستحب استئذانها، أم بالنسبة للمذهب الحنبلي فقد خلفهم في مسألة جبر البكر على الزواج، إذا لم ترغب فيه و قال أن ولاية الإجبار لا تكون على البكر البالغة و ليس للولي أن يجبر موليته البكر إذا لم ترغب فيه و عليها ولاية اختيار فإذا لم ترغب لا تجبر على الزواج عكس المذاهب السابقة.

و لا يعد الولي عاضلا في حالة امتناعه بسبب عذر مقبول كان يكون الزوج المتقدم غير كفئ أو يكون مهرها أقل من مهر مثيلاتها و نفس الحكم رأى لا يكون عاضلا في حالة الرد المتكرر للأزواج إن كانت من المجبرات لان أدرى بحالها منها[3].

و خلاصة القول أن الإسلام لما أعطى للولي حق تزويج موليته فغنه قد واجب عليه بعض الواجبات تجاهها و من أهمها: تزويجها لكفئ إن رضيت به، سواء طلبته للتزويج به أو لم تطلبه و إنما خطبتها فرضية به.

---

[1] د. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول 1986 المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ص 82.
[2] الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي و لد عام 150 توفى 204هـ من بين المؤلفاته "الرسالة" الأمم"
[3] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ص 63.

**موقف المشرع الجزائري.**

أمام الوظيفة التي كان يقرها المشرع الجزائري قبل تعديل 05 – 02 لم يجعلها مطلقة فقد حاول تحديدها من خلال نص المادة 12 و 13 من قانون 84 – 11 إلا انه و تماشيا مع نص المادة 11 من القانون المعدل بموجب الأمر 05 – 02 أصبح موقفه على النحو التالي:

أصبح موقف المشرع الجزائري و بالرجوع إلى المادة 12 الملغاة من قانون 84 – 11 نجذها تنص لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان و كان أصلح لها و بذلك جاء هذا النص واضحا بما فيه الكفاءة حول الفصل و لكن في هذا النص لم يفرق بين الولي الذي يكون غالبا هو الأب و بين غيره و إنما جعل الحكم عام لغض النظر عن صلة القرابة التي تصله بها و كذلك لم يفرق بين ما إذا كانت المولى عليها بكر أو ثيبا أو أنها راشدة أو قاصرة لان النص جاء عاما.

كما ورد في قرار المحكمة العليا أنه:" من المقرر شرعا و قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و للقاضي أن يأذن به مراعاة أركانه.[1]

و رجوعا غلى المادة 02/12 الملغاة من قانون الأسرة التي نصت إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون فنجد ان المشرع قد تراجع نسبيا عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1/12 الملغاة و الذي أعطى للأب فرصة أن يمنع من في ولايته من الزواج و بذلك يحرم المرأة من حق الطعن في قرار وليها إذا كان هذا القرار مستوفيا للشروط التالية:

1. أن تكون بكرا فغن كانت ثيبا جاز لها أن تطعن في ضد قرار الولي.
2. أن تنعدم صلاحية الزواج المرغوب فيه من وجهة نظر الولي.

[1] نعار الزهرة، نعار نوال، بوري فتيحة، نفس المرجع السابق ص 44.

3. أن يصدر هذا القرار من الأب ضد رغبت ابنته البكر فلو كان الولي أخا او عما فإنها تستطيع الطعن فيه[1].

مع العلم أن هذه الشروط لم يذكرها المشرع صراحة و لكن من خلال فهم القصد من وراء هذا النص يمكن استخلاص هذه الشروط ليكون للمنع معنى وجبة لان الأب غالبا مات يبحث عن مصلحة ابنته خاصة إذا كانت بكرا.

و مع التعديل الذي جرى على قانون الأسرة، بموجب قانون رقم 05 – 09 المؤرخ في 04 ماي 2005 فنجد أن المشرع قد ألغى المادة 120 كاملة و ذلك أعطى للمرأة الراشدة بان تعقد زواجها بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره ؟؟؟.

المطلب الثاني: حدود سلطة الولي في إجبار الولي عليها على الزواج.

لقد ناقش فقهاء المسلمين هذا الموضوع كثير و لهم فيه آراء مختلفة و اجتهادات متباينة و لكنهم لم يختلفوا في الفتى متى أكمل سن البلوغ عاقلا يستطيع ان يزوج نفسه ولم يعد يحتاج إلى موافقة وليه و لا إلى أذن القاضي و لم يعد لأبيه و لا لغيره سلطة إجباره على الزواج دون رضاه كما أنهم لم يختلفوا في الفتاة البالغة العاقلة لا يجوز إجبارها على الزواج بشخص تعرفه و لا ترغب في الزواج به من جديد إذا كانت ثيبا و سبق لها الزواج من غيره و ذلك تماشيا مع قوله صلى الله عليه و سلم "ليس للولي من الثيب أمر" و قوله الأيم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن و إذنها صماتها، و مع ذلك فقد اختلفوا بشان البكر التي لم يسبق لها الزواج بأحد فبينما يرى الشافعية و المالكية أن للأب أن يجبر أبنته على الزواج و يرى الحنفية أن ليس للأب أن يجبرها على الزواج و أن أجبرها فالعقد باطل[2].

[1] فضيل سعد، المرجع السابق ص 77.
[2] عبد العزيز سعد، نفس المرجع ص 122.

نجد أن المادة 13 التي تنص على انه "لا يجوز للولي أبا ملن أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها و يذلك فقد حسم المشرع الجزائري في هذه المادة من قانون 84 – 11 حول السلطة الولي في إجبار موليته.

و في هذه المادة نلاحظ بعض النقاط من أبرزها انه سواء كان الولي أيا كان آو غيره من الأقارب فلا يمكنه بموجب هذا النص أن يجبر من في وليته بان تتزوج من رجل لا ترضاه، أما عن المولى عليها فلم يميز لنا المشرع إذا كانت بكرا سواء سبق لها الزواج و كانت ثيبا و سواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذنها أو إعفاء من القضاء لسبب من الأسباب أم لا و إذا أجبر الولي الفتاة على الزواج و أبر عقد زواجها ببلد أجنبي تقبل قوانينه إجبارية البنات على الزواج فغن مثل هذا العقد يكون باطلا و لا قيمة له لدى مصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية[1].

**موقف المشرع الجزائري.**

فبعد تعديل قانون الأسرة و كانت المادة 130 من بين المواد التي لحقها التعديل بموجب رقم 05 – 09 المؤرخ في 4 ماي 2005 فقد اقتصر منع إجبار الولي وليته القاصر بعد ما كانت في المادة قبل التعديل كلمة " من في ولايته" و السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري عند تعديله للمادة 11 من هذا القانون أعطى للمرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها بموجب التعديل 05-09 و بذلك أخرج المرأة الراشد من مادة الإجبار لأنه من البديهي أن الولي إذا لم يعقد زواجها في باب أولى لا يستطيع إجبارها[2].

و عليه فغن خلاصة ما يمكن قوله بشان الولاية المتعلقة بزواج المرأة في الشريعة و في القانون هو آن النصوص القرآنية لم يرقبها ما يدل صراحة على إجبار الفتاة على الزواج سواء كانت ثيبا سبق لها الزواج أو كانت بكرا، و لكن الفقهاء المسلمين كانت لهم أراء مختلفة منهم من قال أوجدها أو غيرها منهم من قال بان السلطة الإجبارية للأب وحده

---

[1] عبد القادر حرز الله، نفس المرجع السابق ص 69.
[2] قانون رقم 05 – 09 المتضمن قانون الأسرة.

و بشان البكر دون الثيب و منهم من قال انه ليس للولي أبا كان او غير أية سلطة في إجبار البنت على الزواج للمصلحة التي يراها لكن قانون الأسرة عندما أخذ برأي جماعة من هؤلاء الفقهاء و هم الحنفية و ذلك في نص المادة 130 و أسند لولاية إلى الأب و بعده إلى الأقرب فالأقرب من أهلها و هم الأبناء و الأجداد و الإخوة و الأعمام[1].

**المبحث الثاني:** حقوق و واجبات الولي في عقد الزواج.

إن تولى تزويج المرأة وليها، ليس فيه هضم لحقوقها أو حط من قدرتها و مكانتها، كما أن حق المرأة في اختيار شريك حياتها و رفيق دربها ليس فيه تحريض الفتياة على الخروج على رأي أوليائهن أو الاستبداد برأيهن.

و بالتالي حتى يتمكن الولي من ممارسة دوره في عقد الزواج يترتب على هذه الوظيفة الالتزام ببعض الواجبات مقابل التمتع ببعض الحقوق سوف نتطرق إليها من خلال هذا المبحث.

**المطلب الأول:** حقوق الولي في عقد الزواج.

إن ما ذهبت إليه المذاهب من إعطاء الحق المطلق للفتاة في تزويج نفسها من غير إذن وليها و ما يؤدي إليه من نتائج يتحمل آثاره أفراد أسرتها خاصة وليها انطلاقا من مفهوم الزواج في الإسلام فالزواج كما ذكرنا سابقا له مقاصد سامية، فهو يعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج، قد تتعطل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح، فاستنادا لقوله عليه الصلاة و السلام:" لا نكاح إلا بشاهدين عدل و ولي مرشد" و قوله عليه الصلاة و السلام: "أيما أمرة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل بطال".

و هذه أدلة على انه من بين حقوق الولي في عقد الزواج أن يكون له رأي في هذا الزواج و في هذا الزوج.

---

[1] عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ص 124.

لذلك فغن تطبيق هذه النصوص القانونية الحالية التي تخول الفتاة تزويج نفسها من غير إذن وليها، و ما يؤدي ذلك من مآسي و فواجع اجتماعية مدعية ان القانون يخولها ذلك بنص صريح و قاطع، و هذا ما يتخذه أصحاب الأهواء من فتيان و فتيات،[1] للوصل إلى زواج لا يكون لأوليائهم فيه حق أو دور، فغالبا ما يؤدي ذلك إلى الفرقة و إثارة الأحقاد بين الأسرة و هذا التعديل من الناحية القانونية لا يتقى حق الأولياء في المتابعة و الاقتناع، لذا كان قول محمد بن حسن الشيباني في وجوب اجتماع رأي الفتاة و أوليائها على الرضا بالزواج.

و من لابد في عقد الزواج من رضا المرأة و وليها بكرا كانت أم ثيبا لأي الزواج يربط بين أسرتين برباط الألفة و المحبة، و يضيف إلى الأسرة عضوا جديدا يخلط بها، و يطلع على أسرارها، فلا يصح في عقد كهذا أن بهمل في رأي الولي و يتعارض فيه عن رأي المرأة ، بذلك تتضح العلاقات الأسرية.

و بالتالي حق المرأة في هذا الاشتراك أقوى من حق الولي لأن الأمر لها و ليس للولي أن يجبرها بمن لا ترضى عنه، و إن امتنع الولي من تزويجها، أو الإذن لها بغير حق، فلها بعض استرضائه، أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزوجها أو يأذن لها بالزواج[2].

**المطلب الثاني:** واجبات الولي في عقد الزواج.

إن التشريع الإسلامي أعطى للولي هذا الحق فإنه قد اوجب عليه بعض الواجبات اتجاه موليته و من أهم هذه الواجبات:

1. يجب عليه إجابتها الكفء إذا رضيت به سواء طلبته للتزويج به أو لم تطلبه و غنما خطبها فرضيت به.

---

[1] الأكحل بن حواء، نفس المرجع السابق. ص 89.

[2] عقاب العربي، ملاح قادة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديل ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الإدارية جامعة سعيدة، دفعة 2005 – 2006، ص 124.

فإن امتنع من تزويجها للكفء الذي رضيت به كان عاضلا لها بمجرد الامتناع فإن رفعت الأمر للحاكم فغنه يسأله وجه امتناعه فإن أبدى وجها و رآه الحاكم صوابا بادره إليه و لا يكون عاضلا، و غن لم يبد وجها صحيحا أمره بتزويجها فغن امتنع زوجها الحاكم و لا ينتقل الحق للأبعد و قال البعض المالكية ينتقل الحق للأبعد.

فهذا لغير المجبرة و أما هي فإن وليها، أبا آو صبيا، لا يجب عليه إجابتها لكفأها، لان له أن يجبرها و لو لغير كفء إلا لما ففيه ضرر، و لا يكون عاضلا بالرد المتكرر للأزواج لأنه أدرى بحالها منها.

2. يجب على الولي أن يعبن للمرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا الرجل قبل العقد إذا و كلته أن يزوجها ممن أحب و ذلك لاختلاف أغراض النساء في الرجال فإن عقد لها بدون أن يعين لها و زوجها ممن أحب فإنها لها رد النكاح أو إجازته[1].

3. وجب على الآباء التشاور مع الأمهات في تزويج بناتهم هذا من جهة قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "شاوروا النساء في بناتهن" و بين الآباء و المولي عليهن من جهة ثانية فقد كان النص صلى عليه صلى و سلم، عندما يريد تزويج أحدى بناته يقترب منها و يهمس في أذنها بما يريد لها حتى إذا كان اعتراض ابنته مباشره أو بطريقة غير مباشرة و لنا في رسول الله نسوة حسنة إن كنا نؤمن بالله و بالشريعة التي تكلفت ببيان أحكام الأسرة في الزواج[2].

**المبحث الثالث:** أثر تخلف الولي في عقد الزواج.

لما اختلفت المذاهب الفقهية في معالجتها لمسألة اشتراط الولاية في عقد الزواج، فإنه سيترتب على ذلك حتما اختلافها أيضا في تناولها لموضوع الأثر المترتب على تخلف ركن

[1] عبد القادر بن حرز الله، نفس المرجع ص 62.
[2] فرجنة سومية، ملاتي عونية، طويل رشيدة ، نفس المرجع السابق ص 104.

الولي في عقد الزواج فعقد الزواج الصحيح هو العقد الذي قد استوفي كل أركانه و شروط انعقاده و توفرت في المتعاقدين أهلية عقد الزواج[1].

فقد اعتبر الولي ركنا في العقد من جهة و اعتبر شرط صحة من جهة أخرى و على هذا الأساس رتب الأثر عن تخلفه في عقد الزواج لهذا سنتطرق لدراسة الأثر المترتب على تخلف ركن الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

**المطلب الأول:** أثر تخلف الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية.

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين على تخلف ركن الولي عدم صحة العقد و بالتالي يكون باطل مستدلين في ذاك بالحديث النبوي الشريف:" أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل باطل باطل "[2].أما الحنفية ترى بأنه إذا زوجت الحرة البالغة نفسها بدون وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح و نافد و لازم متى كان القرين كفء و بمهر المثل و لا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي، يذهب نفر من الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا و لا يكون نافذا إلا إذا أجازه الولي[3].

**المطلب الثاني:** أثر تخاف الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة.

إن قانون رقم 84 – 11 و قبل التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 05 – 02 نص في المادة التاسعة و تحت عنوان أركان الزواج بالقول يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بلى الزوجة و شاهدين و صداق[4] و بموجب التعديل الجديد نجده في المادة 09 المعدلة و تحت نفس العنوان أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين و في المادة 9 مكرر نصت على انه يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق الولي، شاهدان، انعدام الموانئ الشرعية[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، نفس المرجع ص 184.
[2] رواه أحمد و أبو داود و ابن ماجة و الترميدي.
[3] بولعواد زوبير نفس المرجع ص 21.
[4] قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.
[5] قانون رقم 05- 02 المتضمن قانون الأسرة.

بمعنى أن التعديلات الجديدة فصلت بين أركان الزواج و شروط الزواج شرط من شروط الصحة و أضافت شرط و ركن يتمثل في انعدام الموانع الشرعية للزواج و عدل مسألة الولاية فقد نصت المادة 11 من القانون الاجتماعي المعدل رقم 05 – 02 على أن تعقد المرأة الراشد زوجها بحضور وليها و هو أبوها أو احد أقاربها أو شخص آخر تختاره، و تضيف نفس المادة في الفقرة 02 دون الإخلال بأحكام المادة 07 [1] من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب و احد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له.

مع أن القانون لا يجيز في جميع الأحوال إبرام عقد الزواج دون حضور ولي المرأة و خلافها لما كان عليه الأمر قبل التعديل جاء به قانون رقم 05 – 02 فإن يجوز للمرأة أن تختار أي شخص من غير أهلها كولي لها و منه لإبرام عقد الزواج.

و الولاية في عقد الزواج وجوبيه مصدقا لقوله صلى الله عليه و سلم :" لا نكاح إلا بولي" فالزواج من العقود الهامة و الخطيرة في أن واحد لذا و نجد ديننا الحنيف حرص أن يتم هذا العقد على أمس صحيحة و من بينها حضور ولى و هو ما ملكه المشرع الجزائري منذ الاستقلال و حتى أن التعديل أبقى على شرط الولي و أن أعطى للمرأة الراشدة حتى اختيار رأي شخص كولي لها دون أن يبين ما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو احد الأقارب أو حتى في حالة عدم وجودهم هو ما يستدعي التعرض له من قبل الفقهاء و شرح القانون[2].

فقد نصت المادتين 32 – 33 من قانون رقم 84 – 11 على أثر تخلف الولي في عقد الزواج فتبين أننا في ثلاث حالات فالحالة الأولى إذا تخلف ركن الولي و ثم أكشافه قبل الدخول فإنه يفسخ العقد و لا تستحق الزوجة الصداق أما في الحالة الثانية إذا تخلف ركن الولي و لم يتم اكتشافه أو لم يثار هذا الخلف إلا بعد الدخول فهنا وفقا لنص المادة 33 الزواج يثبت بصداق المثل و يرتب أثار العقد الصحيح و في الحالة الأخيرة إذا تخلف ركن

---

[1] المادة 07 من الأمر 05 – 02 تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 16 و 19 سنة و للقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة و ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين في الزواج.

[2] د، يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ط 3، 2008 الجزائر ص 22 – 23.

الولي مع أحد الأركان الثلاثة فالعقد يكون في هذه الحالة باطلا سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده و لا يمكن إثبات[1]ه.

و بالرجوع إلى التعديل الذي مس المادتين 32 – 33 فنجد خاصة في المادة 33 انه فرق بين الركن و الشرط و قرر البطلان في الركن الرضا فقه و رتب الفسخ على تخلف الولي باعتباره شرط الصحة.

**المبحث الرابع:** الوكالة في عقد الزواج.

إن عقد الزواج من العقود التي تصح النيابة أو الوكالة في مباشرتها مما يصح لكل من يملك تولي عقد الزواج أن يوكل غيره في توليه، فالولي الذي يكون له حق تولي الزواج سواء المجبر آو غير المجبر له الحق في توكيل غيره في القيان بمهامه من توكيل منه.

فقد اعتبر الفقه الوكالة نوعا من الولاية، من جهة أن الوكيل ينفذ تصرفه على الموكل، فقد بحث الفقه عن أصل الوكالة من حيث أنها جائزة في عقد الزواج بالنسبة للرجل و المرأة على السواء، أم أنها غير جائزة، هذا ما سنتطرق إليه من خلال آخر مبحث في الفصل الثاني مع التعرض لموقف المشرع الجزائري حول الوكالة في عقد الزواج؟.

المطلب الأول: مفهوم الوكالة في عقد الزواج.

الوكالة في اللغة تطلق على أحد معين الحفظ أولا الاعتماد و التفويض في الأمر و في اصطلاح الفقهاء: إقامة الشخص غير مقام نفسه في تصرف يملكه شرعا مما يقبل الإنابة.

فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه أم لعدم أهليته للتصرف أو عدم ولايته عليه لا يصح له أن ينسب غيره فيه، لان فاقد الشيء لا يعطيه[2].

و عقد الزواج في ذاته من التصرفات التي تقبل الإنابة، فإذا كان الشخص يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل ليقوم بدله في إنشاء هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، و

---

[1] بولعواد زبير نفس المرجع السابق ص 22.
[2] د: عبد الفتاح تقية، نفس المرجع ص 151.

لكنهم اختلفوا فيمن يملكه، أهو كامل الأهلية من الرجال و النساء أم يقتصر ذلك على الرجال فقط؟

لقد ذهب جمهور المالكية و الشافعية إلى ما لي:

1. **المذهب المالكي:** رأوا بجواز توكيل الولي مثله، بمعنى يمكن ألا يكون شخص آخر يتولى عقد الزواج على موليته، و ذلك حتى توفرت فيه الشروط اللازمة في الولي، كما للولي أن يعين الوكيل الزوج الذي يريد أن تتزوج به موليته و على الوكيل أن يحترم حدود وكالته.

و لم يأخذ هذا المذهب بالوكالة المطلقة نظرا لعدم تعين محل العقد لتجنب الوقوع الغرر و الجهالة.

و بهذا يرى المالكية أنه لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايته.

كما أبا موافقتها دائما لكية الزوج أن يوكل من قام به مانع من الولاية غير مانع الإحرام بحج أو عمرة و العثة (ضعف العقل)، فيجوز له أن يؤكل نصرانيا أو عبدا أو امرأة أو صبيا مميزا على عقد تكلمه.

2. **المذهب الشافعي:** رأوا أن للولي أن يوكل عن غيره سواء كان وليا مجبرا أو غير مجبر، الولي المجبر فإنه يوكل عن الغير بتزويج من له عليها ولاية بدون إذنها و رضاها سواء عين له الزوج الذي يريده في توكيل أم لم يعينه، كما أن شفقة الولي تدعوه إلى ان يوكل عنه إلا من يثق بحسن نظره، و على الوكيل في هذه الحالة أن يزوجها من الكفء بمهر المثل، فلو زوجها من غير الكفء أو بدون مهر فإنه لا يصح.

أما الولي غير المجبر فله أن يوكل غيره بتزويج من له عليها الولاية و لها تأذن في التوكيل إن لم يعين الولي و ذلك بشروط:

1. أن تستأذن الولي في ذلك قبل التوكيل فلا يمكن تزويجها دون إذنها.
2. إذا عينت له زوجا كان تقول له: رضيت أن تزوجني من فلان:"فإن يجب أن يعينه في التوكيل[1].
3. **المذهب الحنبلي:** رأوا بأنه يصح للولي المجبر و غيره أن يوكل عنه تزويج من له عليها الولاية بدون إذن منها، لأن الولي له حق مباشرة العقد، فله أن يوكل عنه غيره في هذا الحق و ينبث لوكيل الولي من إجبار و غيره، إلا أنه إذا كانت المرأة غير مجبرة بان كانت ثيبا بالغة سن التاسعة، فللأب و وصيه، أما إذا كانت ثيبا أو بكرا بالغة عاقلة بالنسبة لغير الأب و الوصي و الحاكم فإنه ليس للولي نفسه أن يزوجها بغير إذنها فإن أذنت لو ليتها بتوكيل الغير عن أو إذنه هو في تزويجها فوكل عنها[2].
4. **المذهب الحنفي:** ذهبوا إلى انه يصح التوكيل فيه للرجل و المرأة على السواء مادام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه فيجوز للرجل أن يوكل غيره رجلا كان أم امرأة في تزويج نفسه أو من في ولايته، و كذلك يجوز للمرأة أن توكل غيرها رجلا أم امرأة في تزويجها أو تزويج من في ولايتها.

لأن الأصل المقرر أو الوكالة أن كل شخص ملك تصرفا بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره، فلا يشترط في الوكيل إلا أن يكون أهلا للتصرف سواء كان ذكرا أو أنثى، كما لا يشترط في الموكل إلا أن يكون مالكا لهذا التصريف.

و لا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوبا بل يجوز مشافهته أو كتابته، و لا تتوقف صحته في الزواج على الشهادة عليه، و إن كان الإشهاد عليه متحسن حتى لا يكون عرضة للإنكار أو يحصل نزاع صدقة العاقد.

و التوكيل بالزواج قد يكون مقيدا كان يقول الرجل لأخر " وكلتك فيجيز ////////////////////" لامرأة يعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمهر معين، أو تقول المرأة لرجل :" وكلتك في تزويجي من فلان أو بمهر معين" أو ما ////////// ذلك، و

---

[1] الدكتور عبد الرحمن الجزيري ، نفس المرجع السابق ص 40.
[2] الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، طبعة جديدة دار الفكر العربي، مصر، ص 159.

قد يكون مطلقا كان يقول:" وكلتك في أن تزوجني" دون أن يعين امرأة أو مهرا أو تقول لرجل "وكلتك في أن تزوجني دون أن تؤيد على ذلك شيئا".

**عقد الزواج:**

و منها تنوعت الوكالة إلى نوعين مقيدة و مطلقة.

**فالوكالة المقيدة إما أن تكون من جانب الرجل أو من جانب المرأة.**

فإن كانت من جانب الرجل و لم يخالف الوكيل مقتضى الوكالة فزوجه بامرأة التي عينها و بالمهر الذي حدده نفد العقد و لزم الموكل لأنه ملك الوكيل تصرفا معينا فأتى به حسبما رسمه له.

و إن خالف فزوجه بامرأة غير التي عينها أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حدده نوقف العقد، عل إجازة الموكل، إن أجازه نفد و إن لم يجزه بطل، لا لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضوليا و عقد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن، و في حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف و لو تعهد الوكيل بدفع الزيادة لأن الموكل قد لا يرضى بهذا التعهد لما فيه من المنة و الإنسان الحر لا يرضى بمنه غيره عليه و بخاصة في مهر زوجته.

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه فإنه لا يتوقف العقد على إجازته لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل، لان من يرضى التزويج بالكثير يرضى به القليل[1].

و إن كانت الوكالة من جانب المرأة بأن و كلت غيرها في تزويجها بشخص معين أو بمهر معين فزوجها بمن عينته و بما حددته من المهر، فإن كان الزوج كفئا و المهر مهر المثل نفد العقد و لزم سواء كان لها ولي عاصب أولا و إن كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل فإن لم يكن لها ولي عاصب نفد الزواج و لزم دون توقف على شيء لأن الكفاءة و المهر المماثل حقها و حددها و قد أسقطتهما و لوكيل لم يخالف مارسته له.

[1] محمد أحمد سلاج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية، ال إسكندرية 1999 بدون طبعة ص 153.

و إن كان لها ولي غاصب لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج لانها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفء على الرأي المفتي في مذهب الحنفية و لذا كانت لا تملكه لا يملكه الوكيل و في حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبا و لا يلزم وليها طلب تكميل المهر فإن لم يفصل الزوج كان له الحق في طلب فسخه.

و إن خالف مقتض الوكالة بأن زوجها من غيره من عينته أو بأقل مهر الذي حددته توقف العقد على إجازتها حتى و لو كان الزوج كفئا لأنه خرج من مقتض الوكالة، إذا المرأة أحيانا ترغب في الزواج بمن هو أعلى منها و لا ترضى بزواج من يساويها.

فإن ردته بطل و إن أجازته لزم في حقها و حق الولي، إن كان الزوج كفئا و المهر مهر المثل و إن كان الزوج غير كفء بطل رغم إجازتها، لأنها لا تملك ذلك كما قلنا، و إن كان كفئا و المهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي، فله حق الاعتراض.

**أما الوكالة المطلقة:** و هي التي لم تقيد بزوج و لا بمهر معين.

فإن كان الموكل الرجل: ذهب الحنفية إلى أن العقد لا يلزم إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب مكافئة له بمهر المثل أو يزيد قليلا مما يتساهل فيه الناس، فإن كان يعبر ذلك توقف على إجازتها.

و إن كان التوكيل من جانب المرأة فقد يكون الموكل وليها و قد تكون هي نفسها إذا كانت بالغة عاقلة، ففي صورة توكيل الولي يملك الوكيل ما يملكه الولي من التزويج، لان الوكيل يستمد سلطانه من الموكل فإن ملك التزويج بغير الكفء و بأقل مهر نفذ تزويج الوكيل بهذا.

و إن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكفء و بمهر المثل تقيد الوكيل بذلك و قد سبق مفصلا في الولاية و في صورة توكيلها فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل

بالكفء بالاتفاق، فإن زوجها بغير الكفء كان الزواج صحيح لأنها لو فعلت ذلك بنفسها كان زواجها غير صحيح على الرأي المفتي به[1].

و إن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكفء كان الزواج على إجازتها بالاتفاق هل للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به؟.

جواز ذلك و عدمه يتوقف على صيغة التوكيل فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له وكلتك في زواجي و لك أن توكل من تشاء أو قال فوضت أمر زواجي إلى رأيك ففي هذه الحالة يملك الوكيل غيره و يكون الوكيل الثاني و كبلا عن الموكل الأصلي فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينعزل يعزله لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره، لان ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره حتى رضي الموكل رأيه هو دون سواه فإن فعل و تولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفا على إجازة الموكل الأصلي لأن متوليه في هذه الحالة فضولي[2].

**المطلب الثاني:** حكم الوكالة في عقد الزواج.

إن الوكيل في عقد الزواج مقيد و مجبر، فلا يرجع إليه كمية من حقوق العقد، فلا يطالب بالمهر إن كان وكيلا للزواج، و لا يتسلم المهر إن كان وكيل الزوجة، صريحة من جانب الوكيل، و أيضا لا يقبل الوكيل المهر إلا إذا كان مأذونا بذلك صراحة آو دلالة، و يكون قبضه في هذه الحالة بتوكيل آخر غير توكيل البكر الراشد أباها أو جدها، فغنه يكون مأذونا من الزوجة يقبض المهر دلالة، فلو قبضة أحدهما و سكتت عن المطالبة به وقت العقد، فغن السكوت يعتبر إذنا منها لأبيها أو جدها بالقبض فيصبح قبضه و تبرأ ذمة

[1] http :www.3bly.com/fkhislamami/a7kam4.phpwilaya.

[2] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة بدون طبعة، الإسكندرية، 2004، ص 183.

الزوج، و ليس لها أن تطالب بعد ذلك لأن العادة يقبض الآباء مهور بناتهن الأبكار يقومون بتجهيزهن[1].

**الوكالة في الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري.**

إن قانون الأسرة الجزائري قبل التعديلات الجديدة نص في المادة 20 "يصح ان ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"[2].

و يصدر القانون رقم 05 – 02 تم إلغاء المادة المذكورة أي المادة 20 و هذا معناه أن لا وكالة في الزواج، إذا أصبح الزوج مجبر على حضور عقد الزواج بنفسه.

إن إلغاء الوكالة في عقد الزواج يستدعي الرجوع إلى الأسباب التي دعت المشرع إلى ذلك، غير أن يمكن لنا القول أن ذلك يتماشى و التعديلات التي أدخلت على قانون الأسر بالنسبة للمرأة البالغة ما دامت قادرة على أن تتزوج مع من تختاره و بحضور الولي الذي تختاره.

أما بالنسبة للزوج فإن إلغاء الوكالة في عقد الزواج قد يؤدي إلى القول أن في ذلك خرق لأحكام الوكالة.[3]

---

[1] أ. عبد الفتاح تقية، نفس المرجع السابق ص 153.
[2] قانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
[3] ذ، يوسف دلاندة، نفس المرجع السابق ص 17,

**خاتمـــة:**

يتضح من خلال دراستنا لهذا الموضوع اتفاق المذاهب الثلاث من مالكية و شافعية و حنابلة، على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، فكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب منابه يقع باطلا، فليس للمرأة أن تباشر عقد زواجها بأي حال من الأحوال سواء كانت كبيرة آو صغيرة عاقلة أو مجنونة، و خالف الحنفية في ذلك، فقالوا أن الولي ضروري للصغيرة و الكبيرة و المجنونة، أما البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها بمن تشاء تم إن كان كذا فذاك، و إلا فلوليها الاعتراض و فسخ النكاح و أمام المدلول الفقهي نجد أن المشرع الجزائري مؤخرا حذا حذو الفقه الحنفي حيث جعل الولاية على الصغيرة (القاصرة) فقط أما الراشدة فهي من تزوج نفسها و لها تفويض وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر و قد علمنا أن هناك أسباب و عوامل دفعت بالمشرع إلى تعديل قانون الأسرة و جعله متماشيا مع عصر العولمة[1]؟.

ألا أن هذا التعديل أثار نقاشا كبيرا من طرف مجموعة الأساتذة من محامين و قضاء و رجال الدين و خصوا بالنقاش التعديل الحاصل بنص المادة 11 و التي مفادها: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها آو احد أقاربها أو أي شخص تختاره"...

و بالتالي صياغة هذه المادة بهذا الشكل أثار أكثر من إشكال:

1. إذا كان المشرع يقر بحق المرأة البالغة و العاقلة في إبرام عقد زواجها و أن تستقل به دونما مشاركة من أحد، حماية لرضاها فلماذا تشترط حضور الولي؟ و لماذا سماه وليا أصلا، ما دام حضوره يكفي؟.

لأنه سبق و أن أشرنا على أن الولي، هو من يملك حق تزويج غيره، و مباشرة العقود و التصرفات عنه و ترتيب أثارها عليه، دون التوقف على إجازة أحد سواء بالنسبة لنفسيه أو بالنسبة لغيره، و على هذا الأساس، نلاحظ أن المشرع أثبت الصفة لهذا الشخص على

[1] زهدور كوثر نفس لمرجع السابق ص 24.

انه ولي و عطل وظيفته ! و من تم كان أجدر على المشرع إذا ما كان يريد حماية رضي المرأة البالغة العاقلة، و التحقيق من وجوده في مجلس العقد، أمام الموظف المؤهل قانونا، إذ ينص على انه: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

2. إذا كان المشرع يقر بأن المرأة البالغة العالقة لا جبر عليها و لكن للولي حق حضور مجلس العقد، بل هو شرط في حقها فالولي و المرأة أن يرضى به صراحة أو ضمنا، و إذا ما كان المشرع يقر بولاية الثيب أو الاستحباب أو الاشتراك، و هي الولاية على المرأة البالغة بكرا كانت ثيبا، فلهذا المرأة أن تتولى تزويج نفسها بمحض اختيارها و إرادتها لكن يستحب لها أن توكل أمر العقد إلى وليها، فترى انه كان ينبغي على المشرع أن يحافظ على صياغة المادة 11 كما وردت فالمشرع التمهيدي حينما نص على أن: الولاية حق المرآة الراشدة تمارسه بنفسها، أو تفوضها لأبيها آو أحد أقاربها". و من ثم، تستغرب صياغة هذه المادة بهذا الشكل و تستغرب أكثر، صدروها بهذا الشكل وخمس أيام قبل صدور الأمر 02/05 في 27 فبراير 2005. أقر مجلس الوزراء في بيان له صادر في 22 فبراير 2005 على:"الإبقاء على الولي لزواج المرأة غير راشدة كانت أم راشدة مع التدقيق بأنها تبرم عقد زواجها بحضور وليها".

3. رأينا أن أسباب الولاية المتعددة: إما أن تكون الإمامة، أو الملك، أو القرابة النسبية، أو القرابة الحكمية، و هذه الأخيرة نوعان :

- إما قرابة سببية: كعلاقة السيد و من أعتق.
- أو علاقة اتفاقية: محلها "عقد" بين شخص ليس له أقارب مع شخص آخر، على ينصره، أو يغرم عنه إذا جنى، و يرثه إذا مات و يسمى هذا الشخص مولى المولاة و يتبن بمقتضى هذا الاتفاق ولاية التزويج.

على هذا نتساءل على العبارة التي أوردها المشرع في نص المادة 11 حينما قال "وليها هو..... او أن شخص تختاره...." فهل هذا الشخص التي تختاره المرأة البالغة هو مولى المولاة؟

و عليه فإذا كان هذا الأخير مولى الولاة، و تثبت له بمقتضى هذه الولاية التي كان سببها العقد أو الاتفاق، ولاية تزويج المرأة الراشدة و عليه إذا كان الولي الذي هو الأب أو احد الأقارب ليس له تزويج هذه الراشدة، فكيف لشخص أجنبي حق تزويجها؟؟ !

و من ثم نتساءل عن مبرر وجوده؟ هذا من جهة، و من جهة أخرى نلاحظ أن هذه الولاية، أي ولاية مولى المولاة، تشبه إلى حد كبير التزويج بطريق الوكالة الخاصة، و هذا الأمر كما رأيناه ألغاه المشرع بمقتضى التعديل الجديد، من تم نتساءل عن طبيعة حضور هذا الشخص، و بأي صفة يحضر مجلس العقد، لان كما ذكرنا ولاية الموالاة لا تثبت له، إلا في حالة وجود امرأة بالغة ليس لها أقارب، فكيف يتم ورود في نص المادة 11 من قانون الأسرة[1] بلفظ التغيير في حال وجود الأب أو احد الأقارب؟.

و بالتالي يبقى السؤال مطروح، و هو أي شخص هذا الذي تختاره المرأة الراشدة لكي يكون وليها؟.

لكن رغم ذلك فإن الشاذ يقاس عليه، فلا أظن أن أغلبية الجزائريات من لهن ذرة شرف و كرامة أن تسمح لشخص آخر غير أبيها أو احد أقاربها بتولي زواجها، فالأب هو شرف المرأة و عزتها فمن فقدت شرفها فقدت حياتها.

و قبل الختام نشير إلى نقطة غفل عنها رأي الجمعية النسوية الجزائرية و هي ما رأيهم في اعتراض الأب عند تزويج ابنه ممن يرغب رغم أن الرجل يمكن أن بزوج نفسه دون حضور الولي فلس له ولي يتولى زواجه مثل المرأة و لا يقع زواجه في حالة اعتراض أبيه و هذا ما تراه واقع في مجتمعنا الجزائري فإذا أب الزوج عن الزواج لا يقع

[1] قانون رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

هذا الزواج احتراما للسلطة الأبوية و خوفا من ارتكاب معصية عقوق الوالدين، فما رأي الجمعية النسوية في هذه النقطة؟ و هل المرأة الجزائرية في الواقع تستطيع أو تحارب نفاق الرجل و خداعه و حيله لوحدها و دون مساعدة وليها...؟؟!.