وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية و الانسانية

قسم العلوم الإنسانية

شعبة العلوم الإسلامية

بـعنـوان:

حالات الولي في احكام الأسرة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدَّمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي في العلوم الإسلامية

تخصص شريعة و قانون

من إعداد الطالبة :

حداد هدى

إشراف الأستاذ :

محمد المهدي بكراوي

أمام اللجنة المكونة من السادة :

الاسم واللقب	الدرجة	الجامعة	الصفة
د. الحاج محمد قاسم	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	رئيسا
محمد المهدي بكراوي	أستاذ مساعد أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
عبد الحاكم حمادي	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مناقشا

السنة الجامعية : 2017م / 2018م – 1438هـ / 1439هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

الاهداء

إلى كل من نطق بكلمة التوحيد لسانه وصدقها قلبه إلى كل من صلى على خير البرية محمد عليه الصلاة والسلام.

أهدي هذا العمل إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقه ، إلى من أحمل اسمه بكل فخر أهدي هذا العمل إلى أبي

إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بصلواتهما وإلى أغلى إنسانة في هذا الوجود أمي الحبيبة.

إلى دفئ البيت وسعادته إلى إخوتي صالح ومريم وسارة والي غصن جديد في العائلة ريتاج ،و الأخت التي لم تلدها أمي نسيمه ،إلى كل الأهل والأقارب

إلى من أنار لي الطريق في سبيل تحصيل ولو بقدر بسيط من المعرفة ، أساتذتي الكرام.وطلبة تخصص شريعة وقانون .

شكر و التقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمدا كثير الحمد لله شكرا جزيلا ، الحمد لك خلقتنا وبين مخلوقاتك زرعتنا،الحمد لك بالعقل والنطق ميزتنا الحمد لعدد خلقك ورضا نفسك وزينة عرشك ومداد كلماته أعنتنا وبالعلم زودتنا.

يقول الحبيب صلى الله عليه وسلم:

(من لم يشكر الناس لم يشكر الله)

فالحمد لله حمد الشاكرين موصولا بالثناء عليه وتوفيقه لنا في إنجاز هذه المذكرة ،فالحمد له أولا والشكر له ثانيا ،والفضل له ثالثا .ونتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف ، الذي كان عونا لي طيلة بحتي هذا

المقدمة

الحمد لله بارئ النَسم، ومحيي الرِمَمِ بالموت والفناء ،أحمده حمداً مستزيدة، لنعمه مستريحة لعطائه ،وتثنيتي بالصلاة على رسوله، وصفيه وخليله ونبيه، السراج المنير والبشير النذير الذي رفع الله قدره فكان قاب قوسين أو أدنى. أما بعد:

إن الشريعة الإسلامية من أسمى الشرائع على الإطلاق، ويتجلى ذلك في مدى اهتمامها بكل ما فيه مصلحة وخير للإنسان سواء في علاقاته الاجتماعية ، أو معاملاته المالية ، أو عاداته أو أحواله الشخصية.

فبينت النصوص القرآنية والسنة النبوية ما ينظم هذه العلاقات ويقيمها على أساس الاحترام المتبادل بين الجميع ورعاية مصالح الناس كافة ،وردع المفاسد عنهم قدر المستطاع ،خاصة العلاقات التي تكون بين أفراد الأسرة الواحدة وذلك باعتبارها النواة الأولى التي تكون المجتمع الإسلامي فركزت الشريعة الاسلامية على العلاقة بين الزوجين، و الزواج بصفة عامة ،فرتبت لعقده وفسخه أحكاما معلومة، و لأهميته حرص على هذه النواة ، وبنائها على أسس تقوم على المودة ، الرحمة ، التعاون ، العدل ،والحق ،قال تعالى : **{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}** [1]

وللزواج شروط و أحكام بينها فقهائنا[2] رحمة الله عليه منها الولي البالغ العاقل الذي يعرف الكفء من الناس ومصالح النكاح وإلا كان النكاح باطلا بغير ولي لقوله صلى الله عليه وسلم : **< لا نكاح إلا بولي>**[3]

[1].سورة الروم اية 21.

[2].أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (ت: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني،المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي،ط/ دار الفكر – بيروت،ج2،ص:79

[3].انظر، رواه داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق،سنن أبي داود،دار الرسالة العالمية

وحيث أن الولي من يتولى العقد نيابة عن الزوجة ،لكونه أباها ،أو وصيا عليها هو اساس في شكون الاسرة .

ولقد جاء هذا البحث ليقف على حقيقة غيبة والأحكام المترتبة عليها والمعالجات الشرعية التي تمضي بعقد النكاح من غير توقف في حالة غيبة الولي وفق الشريعة الاسلامية و وفق قانون الاسرة الجزائري تحت عنوان حالات الولي في أحكام الأسرة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري.

ودون خلاف بين الفقهاء يكون للرجل الراشد حق تزويج نفسه و متفق مع قانون الأسرة الجزائري في ذلك ،لكن ما أشداني إلى هذا الموضوع هو الخلاف الذي ثار بين الفقهاء المسلمين فيما يخص ولي التزويج على المرأة بين اشتراط الولي من عدمه ، وأحكام قانون الاسرة الجزائرية الذي كان يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج استنادا إلى نص المادة[4] 0 من القانون84 -11 و الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري في ظل تعديل القانون رقم84 -11 بموجب الأمر رقم 05-02 بالتفصيل في بحثنا هذا.

فالموضوع الذي نحن بصدد دراسته يتناول حالات الولي في احكام الاسرة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

- **أهمية الموضوع** : لموضوع الولي الشرعي أهمية كبرى تتجلى في:

- ابراز أهمية الولي الشرعي في شؤون الاسرة .
- دور الولي الشرعي في القانون الاسرة الجزائرية .
- دوره الولي الشرعي في الخطبة والزواج .
- الولي هو اساس من اسس الزواج.

[4]., تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتي من بينهم الوالي

من خلال ما سبق فإن هذا البحث يحاول القي الضوء على جانب مهم من جوانب الاهلية وترتيبها وفقا لقانون الاسرة والشريعة الاسلامية .

- **أهداف الموضوع :**

تكمن اهداف الموضوع كما يلي

- محاولة إبراز آراء الفقهاء في موضوع حالات الولي الشرعي .
- توضيح موقف القانون الجزائري من حالات الولي الشرعي .
- توضيح المفاهيم والمصطلحات اللغوية والفقهية التي تحتاج إلى توضيح.
- وضع مقارنة فيما نصت عليه الشريعة الاسلامية و ما نص عليه القانون الوضعي الجزائري.

- **اشكالية الموضوع**

و بذلك يتبادر في أذهاننا طرح الإشكالية الرئيسية التالية :

ما هو أثار تخلف الولي في عقد الزواج ؟

هذه الاشكالية الرئيسية تنبثق منها عدة تساؤلات فرعية والتي تتمثل فيما يلي:

1-هل الولي الشرعي ركن في الزواج؟

2-ما هو دور الولي الشرعي في الزواج والخطبة؟

➢ الدراسات السابقة :

لم أعثر على أي دراسة بنفس العنوان وإنما تحصلت على بعض الدراسات التي عالجت أفكارا أو فروعا جزئية فيه لم يتم التركيز عليها كموضوع مستقل أهمها:

1/مذكرة الولي في الزواج مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية من إعداد الطالب صادق سالم.

ولقد قسم الباحث بحثه الى فصلين، حيث انه عالج في الفصل الاول الولاية في حكمها وانواعها، اما الفصل الثاني فقد تناول من خلاله اسباب الولاية في الزواج وشروطها

2/مذكرة عقد الزواج وفقا للإحكام الجديدة لقانون الاسرة الجديد مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون الخاص .

ولقد قسم الباحث بحثه الى فصلين ايضا،حيث عالج في الفصل الأول ركن الرضا في عقد الزواج ، أما الفصل الثاني فقد عالج من خلاله شروط عقد الزواج.

➢ **منهج الدراسة**

وقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفي و التحليلي القائم على بيان أراء العلماء و الفقهاء وأدلتهم في المسائل التي يعالجها البحث إذ نقوم بوصف كل حالة و تحليلها تحليلا منطقيا بما يناسب الدراسات العلمية ،وعلى المنهج المقارن و الذي يقوم على عرض رأي كل فريق ومقارنته،كما سيرد في دراستنا هذه حالات الولي في أحكام الاسرة دارسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة .

- **اسباب اختيار الموضوع:**

1. رغبتي في معرفة هل قانون الاسرة الجزائري يصدر قوانينه وفق ما جاءت به الشريعة الاسلامية ام لا باعتبار الجزائر دولة مسلمة
2. اختلاف اراء الفقهاء باختلاف مذاهبهم في هذا الموضوع اذ يرى بعضهم ان الولي شرط لتمام الزواج بينما يرى اخرون انه ليس كذلك
3. أهمية الولي في الزواج و الاثار التي تترتب عند غيابه.

- **صعوبات البحث:**

1. كثرة المراجع في الموضوع واختلاطها.
2. اراء المختلفة من الناحية القانونية في الموضوع .
3. تناول الموضوع من الناحية القانونية بكثرة وتغيرات فيه .
4. اختلاف الاراء الفقهاء فيه وتعدد بينتاهم .

ولقد اعتمدنا في بحثنا هذا على الخطة التالية:

- مقدمة
- **الفصل الاول : الولي الشرعي**
  - ✓ المبحث الأول : مفهوم الولي
    - مطلب الأول : تعريف الولي
    - مطلب الثاني: حكم الولي ودليل مشروعيته
  - ✓ المبحث الثاني: مفهوم الولاية وأقسامها
    - المطلب الأول: تعريف الولاية
    - المطلب الثاني :اقسام الولاية
  - ✓ المبحث الثالث: شروط الولي وترتيبه في الولاية

- المطلب الاول: شروط الولي
- المطلب الثاني: ترتيب الاولياء

➢ **الفصل الثاني: الولي الشرعي في عقد الزواج**

✓ المبحث الاول: الخطبة وحكمها

- المطلب الاول: تعريف الخطبة
- المطلب الثاني: حكم الخطبة

✓ المبحث الثاني: مشروعية الخطبة وطبيعتها القانونية

- المطلب الاول: مشروعية الخطبة
- المطلب الثاني :الطبيعة القانونية

✓ المبحث الثالث:دور الولي و أثر تخلفه في عقد الزواج

- المطلب الاول:تعريف الزواج
- المطلب الثاني:دور الولي وحدوده في عقد الزواج
- المطلب الثالث: اثر تخلف الولي في عقد الزواج

➢ خاتمة

الفصل الأول

النكاح مما أحكمه الله شرعا وتنظيما وجعله صلة بين بني آدم وسببا للقربى بينهم ورتب لعقده وفسخه أحكاما معلومة ،ولأهميته فقد اعتنى الشارع به اعتناء بالغا فجعل له شروطا من أهمها أن يكون بولي بالغ عاقل يعرف الكفء من الناس ومن خلال هدا المبحث نتطرق الى الولي الشرعي.

➢ المبحث الاول :مفهوم الولي

• المطلب الاول :تعريف الولي

ان الحديث عن الولي الشرعي يقتضي تعريفة من الناحية اللغوية ثم الاصطلاحية على النحو التالي :

✓ الفرع الاول :لغة

كلمة الولي مشتقة ما أوَّلُه الوَاو : وَلِيَ الوالي يَلي وِلاَيَةً ،ووَلَى الشَّيْءَ يَلِيْه :بمَعْنى وَلِيَه.

والوِلاَيَةُ :مَصْدَرُ المَوْلى من فَوْقُ،

والوَلِيُّ : وَلِيُّ اليَتِيْمِ ونَحْوِه. والأَوْلِيَةُ :جَمْعُ الوَلِيِّ ؛بمَنْزِلَةِ الأَوْلِيَاءِ.

والوَلاَيَا :المَوَالي ،وكذلك المَوَالِيْنَ.[1]

الوَلِيُّ لَهُ مَعانٍ كَثِيرة منها :

المحِبُّ ،وَهُوَ ضِدُّ العَدُوِّ ،اسْمٌ مِن وَالاهُ إِذا أَحَبَّ ،و مِنْهَا :الصَّدِيقُ ومِنْهَا:النَّصِيرُ مِن وَالاهَ إِذا نَصَرَهُ.

والوَلِيُّ :المطَرُ الذي يَلي الموسمي ،وُلِيَتِ الأَرْضُ وَلْياً فهي مَوْلِيَّةٌ ،ووَلِيَ الشَّيءَ ،و وَلِي ،عَلَيْهِ وِلايَةً ووَلايَةً ،بِالْكَسْرِ وَالْفَتْح ،أَو هِيَ ،أَي بالفَتْح ،للمَصْدَرُ ،و بالكَسْر ،الاسْمُ مِثْلُ الإمارَةِ والنِّقابَةِ.[2]

[1]. إسماعيل بن عباد بن العباس أبو القاسم الطالقاني، المشهور بالصاحب بن عباد، المحيط في اللغة،ص141

[2]. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ،أبو الفيض ،الملقّب بمرتضى ،الزَّبيدي ،تاج العروس من جواهر القاموس ،دار الهداية جزء 40 ،ص 255،.

✓ الفرع الثاني :اصطلاحا

أما تعريف الولي اصطلاحا فله تعريفات عديدة :

- أولا : عند الفقهاء

لقد تعددت التعاريف عند الفقهاء و هي كالأتي:

1. عند المالكية:

عرف فقهاء المالكية الولي بأنه هو :"من يتولى العقد نيابة عن الزوجة ،لكونه أباها ،أو وصيا عليها ،أو كافلاً لها ،أو قريباً عاصباً ،أو رجلاً من عامة المسلمين ،أو حاكما"[1]

2. عند الشافعية:

عرف فقهاء الشافعية الولي بأنه: "ولي المرأة في الزواج هو العصبة ؛لأن الولاية في الزواج تثبت لدفع العار عن النسب ،والنسب إلى العصيات" [2]

3. عند الحنابلة :

الولي هو الأب ،فأحق الناس بتزويج المرأة الحرة ،أبوها ؛وذلك لأنه أشفق عصباتها[3]

وخلاصة القول أن الولي من له على المرأة ملك ،أو أبوة ،أو تعصيب ،أو إيصاء ،أو كفالة ،أو سلطنة ،أو ذو إسلام.

✓ الفرع الثالث: تعريف الولي قانونيا

---

[1].االغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،دار النشر بيروت ،جزء 2،ص.556

[2]. شمس الدين ،محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الكتب العلمية ،الأولى ،1415 هـ -1994 م ،جزء 3 ،ص 15.

3. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن ،مكتبة القاهرة الطبعة،عدد الأجزاء10 :تاريخ النشر1388 :هـ 1968م،جزء6ص465.

يعرف الولي بأنه الشخص الذي يملك السلطة القانونية من أجل حماية نفس الغير وتسيير أموره؛أي يملك الولي سلطة قانونية و ولائية على النفس والمال معا.

يعرف المشرع الجزائري الولي مشيرا اليه في المادة 87 من خلال انه اعطي الولاية كأصل عام على القصر للأب وفي حالة وفاته أو غيابه تنتقل الولاية إلى الأم.

خلاصة القول من ما سبق نجد ان الولي في القانون يراد بيه الاب كأصل عام فان غاب أو هلك حلت محله الام أو أي ولي آخر يعينه القاضي[1].

- **المطلب الثاني : حكم الولي ودليل مشروعيته:**

اختلف العلماء في حكم الولي حيث كان اختلافهم في أن الولي شرط من شروط صحة النكاح أو ليس بشرط ،وسبب هذا الاختلاف أنه لم تأت آية أو سنة ظاهرة في اشتراط الولي في النكاح ،فذهب الإمام مالك إلى أن الولي شرط من شروط الصحة ،و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي و الزهري انه ليس بشرط ، وفرق داود بين البكر و الثيب ولكل فريق وجهة نظره والأدلة التي اعتمد عليها ومن هنا نتطرق الي الادلة.

- ✓ **فرع الأول:القائلين بوجود الولي في الزواج(شرط صحة)**

لقد ذهب جمهور الفقهاء الى القول بضرورة اشتراط الوالي في الزواج حتى يصح العقد والمعنى أن وجود الولي شرط لانعقاد العقد ،حيث ذهب الامام مالك بأنه لا يكون نكاح إلا بولي وان الولاية شرط صحة لا شرط تمام وذلك رواية اشهب عنه و به قال الشافعي[2]

فعند هؤلاء لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل لغير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح ولو كانت بالغة عاقلة راشدة ،وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وابن

[1] محمد الأنصاري الرصاع أبو عبد الله،شرح حدود ابن عرفة،دار الغرب الإسلامي،1993،الطبعة 1،ص241

[2] الامام ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد،ط 1 دار القلم بيروت،1988

مسعود وأبي هريرة وعائشة رض الله عنها وإليه ذهب سعيد بن المسير وعمر ابن عبد العزيز والثوري و ابو عبيدة رحمهم الله[1].

- **أولا**: أدلتهم من الكتاب قال تعال: {**وإذا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُن فَلا تَعْضُلُوهُن أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهن إِذَا تراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يؤمنوا بالله و اليوم الاخر ذلك ازكى لكم و اطهر و الله يعلم و أَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ**}[2]

فهذه الآية في نضر الجمهور تبين مدى سلطة الولي على المولى عليها في تزويجه حتى ولو كانت ثيبا ،لأن المولى عليها في هذه لحالة كانت ثيبا ،حتى ولو لم يكن الولي أبا ،لأن الولي في هذه الآية كان أخا ،لأنه لم تثبت له هذه الولاية لما استدعاه الرسول صلى الله عليه وسلم وقال:" ان كنت مؤمنا فلا تمنع أختك على أبي البذاح ،فقال أمنت بالله وزوجتها منه"[3]

وفي هذا الخصوص ننقل تعليق الامام الشافعي_ رحمه الله_فدل كتاب الله عز و جل وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام على أن حقا على الأولياء ان يزوجوا الحرائر البالغات إن أردن النكاح ودعون إلى الرضا، فقال تعالى{**اِذا طَلَقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُن فَلا تَعْضُلُوه هُن أَنْ ينَكِحْنَ أَزْواجَهُن**}[4]

قال وهذه أبين أنه في كتاب الله تعالى دلالة على أن ليس للمرأة حق أن تزوج نفسها بغير إذن ولي[5]

وقوله تعالى: {**فَلَما قضى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرا زَوجْنَاكَهَا**}[1]

---

[1].ا :د،وهبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي وأدلته ،دار الفكر،ص154 ،جزء 7

[2]. سورة البقرة ،الآية232

3. القرطبي،تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن الكريم ،دار الكتب المصرية –القاهرة ص666 .

[4]. سورة البقرة الآية 232 .

[5].االأكحل بن حواء،نظرية الولاية في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين العربية ،الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، ص22 .

وسبب نزول هذه الآية زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من ام المؤمنين السيدة زينب بنت جحش حيث تولى الله سبحانه وتعالى أمر زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من السيدة زينب ومما جعلها تتباهى وتقول لأمهات المؤمنين ،ما من واحدة منكن إلا زوجها أبوها أو أخوها ،أما أنا فزوجني ربي من فوق سبع سموات.

وقال تعالى على لسان النبي صالح مخاطبا النبي موسى عليهما السلام:{**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ** }[2]،جاءت هذه الآية بلفظ النكاح ،وهو القيام بفعل التزويج بيد شخص على شخص وهو الولي ومولية، أي ان صالح مدين أراد تزويج احدى ابنتيه لنبي الله موسى عليه السلام ،فأقره موسى عليه السلام على تصرفه وقبل زواجه بابنته، وقد كان هذا ساريا في شريعة بني اسرائيل ،وهو شريعة لنا بناء على القول بأن شرع من قبلنا شرع لنا.

ومنه فقد استدل العلماء في هذه الآية ،على أن النكاح للولي لا حظ للمرأة فيه، لأن صالح مدين تولاه بنفسه[3]

ونستنتج من خلال أدلتهم من الكتاب حيت استدلوا من هذه اللآيات التي تنهي أولياء المرأة على أن يمنعوها حق الزواج وفيه دلالة على صحة قول من قال(لا نكاح إلا بولي)لأنه لا يحق للمرأة أن تتزوج دون رضا وليها.

- **ثانيا** :من السنة

بالإضافة إلى الآيات الكريمة استدل جمهور الفقهاء على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، من السنة النبوية الشريفة بمجموعة من الأحاديث نذكر منها : <أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل ومن خلا بها فالمهر لها>[1]

---

[1] . سورة الأحزاب، الآية37 .

[2]. سورة القصص ،الآية27 .

[3].انظر أبي بكر محمد ،أحكام القرآن، ،دار الجبل ،بيروت،لبنان، 1987 ،جزء 3،ص1476 .

ففي الحديث اشارة واضحة وتأكيد على ضرورة اشتراط الولاية في الزواج وقد ورد في الحديث ما رواه أبو موسى رضي الله عنه ،عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"لا نكاح إلا بولي "[2]

ووجه الاستدلال بهذا الحديث عن اشتراط الولي في النكاح واضح ، فالحديث صريح في نفي الصحة عن النكاح الخالي من الولي لأن الأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال ود روى هذا الحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم ، و به قال به جمهور التابعين.

كذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها ان أوليائها غيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"ليس من أوليائك من لا يرضى ،قم يا عمر، فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم"[3]

فهذا الحديث يبين لنا مدى ضرورة الولي في الزواج، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل لها انكحي أنت نفسك.

عن أبي هريرة رضي الله عنه ،أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :"لا تزوج المرأة ،ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[4]

من هذا الحديث يتضح لنا كذلك اشتراط الولي في النكاح، إذن المرأة الحرة الشريفة لا تزوج نفسها بل إن الولي هو المشرف الراعي على زواجها

- **ثالثا** :من القائلين الصحابة رضوان الله عنهم

---

[1]. رواه داود و الترميذي وابن ماجه ، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق،سنن أبي داود،دار الرسالة العالمية،جزء 3 ،ص425

[2].رواه داود و الترمذي وابن ماجة،نفس المرجع السابق،ص427

[3].االسرخسي المبسوط،بابا النكاح بغير ولي ،دار النشر ط،دار النشر ط ، جزء5 ،ص12 .

[4]. أخرجه الترمذي، ابن ماجة ، سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط، سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009،جزء 3،ص80.

هناك بعض الادلة التي برزت عن الصحابة رضوان الله عليهم الذي يبين فيها بوجود الولي شرط تام وكانت ادلتهم كالآتي :

ما روي عن عكرمة بن خالد قال :"جمعت الطريق ركبا، فجعلت امرأة منهن وهي ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فانكحها، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها " ،ووجه الدلالة في ما ذكر من قضاء جلي لا يحتاج إلى بيان، إذ لو كان النكاح دون ولي جائز لما عاقب عليه عمر وعلي رضي الله عنهما[1]

كما قال الشعبي: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح من علي، كان يضرب فيه.

وأن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول : "اعقدوا فإن النساء لا يعقدن"[2]

من هده الادلة التي استدلوا بها لإثبات عن الصحابة رضوان الله عنهم، ونبني عليه لأنها وقعت اقتداء بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم ولا يرقى إليها الشك، لأنها وقعت في زمن يحرم الممنوع بالتنبيه، ويقر المشروع بالاستدلال.

✓ الفرع الثاني : القائلين بعدم بوجود الولي في الزواج(شرط تمام):

والقائلون بعدم اشتراط وجود الولي في الزواج يعنون بذلك بحسب بعض المحققين عدم اشتراطه عند العقد وعدم اعتباره من أركانه ولكنه شرط لتمام العقد ،والمقصود بذلك أنه لا يتم البناء بالمرأة إلا بإعلامه ورضاه ،ولا يعنون عدم اشتراطه مطلقا[1]

[1]. الأكحل بن حواء،نظرية الولاية في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين العربية ،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر،ص26.

[2]. الأكحل بن حواء،مرجع سابق،ص25

ومن أصحاب هدا القول أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية:

(ينفذ نكاح حرة مكلفة بالغة عاقلة بلا رضى ولي ،فالمرأة البالغة العاقلة ان تتولى عقد الزواج وزواج غيرها، لكن إذا تولت عقد زواجه وكان لها ولي عاصب، أشترط لصحة زواجها أن يكون الزوج كفأ وأن لا يقل المهر عن مهر المثل، فإذا تزوجت بغير كفأ فلوليها حق الاعتراض على الزواج، ورفع دعوى فسخ لدى القاضي، إلا أنه إذا سكت وولدت وحملت حملا اضاره ،سقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق حفاظا على مصلحة الأولاد، ولكي لا يضيع بالتفريق بين أبويه فإن بقائهما مجتمعين على تربيته أحفظ له[2].

- **اولا** :ادلتهم من القرآن

قوله تعالى {**وَ اِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهن فَلَا تَعضُلُوهن أَن ينَكِحْنَ أَزْوَاجَهن إِذ اَرضَوْا بيَنْهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يوُعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يؤُمِنُ بِاللَّه وَالْيوَمِ الْآخِرِ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَ اللّهَ يعَلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**}[3]

حيث استدلوا بهذه الآية الكريمة أنه سبحانه وتعالى أضاف النكاح إليها وفق ذلك في الآية دلالة اخرى على أن لها الولاية الكاملة وليس للأولياء هنا عليه سلطان ان اختارت من الأكفاء ، والنهي عن شيء يثبت أنه غير حق ولا يرضاه الشارع، والنهي عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم ولا يسوغ لهم[4]وأنه لا سلطة لهم عليهن

- **ثانيا**: ادلتهم من السنة

وكانت ادلتهم كالأتي:

---

[1]. ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،الجزء الثاني،دار شريفة،(ب.ت.ن)،ص155

[2]. د وهبة الزحيلي،مرجع سابق،ص194

[3]. سورة البقرة الآية232

[4]. محمد أبو زهرة،أبو حنيفة،حياته،عصره،أ ا رئه،فقهه،ط3 ،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر، 1947 ،ص396

إن المرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت :"إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ،فجعل صلى الله عليه وسلم الأمر إليها فقالت:قد أجزت ما صنع ولكن أردت أن يعلم النساء أنه ليس للآباء من الأمر شيء"[1]

حيث كان الاستدلال من هذا الحديث هو أن إقرار الزواج المكره بيد الفتاة، بناءا على أن الولي تصرف بغير رضاها وهو دليل على أن أمرها أحق بنفسها من أبيها.

- **ثالثا** : من القائلين الصحابة رضوان الله عنهم

ما روى مالك في الموطأ عن عائشة أنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمان بن المنذر بن الزبير ،وعبد الرحمان غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمان قال:ومثلي يقتات في بناته ،فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير ،فقال:"أن ذلك بيد عبد الرحمان ،فقال عبد الرحمان ما كنت لأرد أم قضيته، فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا"[2]

فاستدلوا من هدا ان التصرف بكامل حقها وهي من أهله، لكونها عاقلة و واعية

وبعد كل هده الادلة التي تم عرضها من كتاب الله عز وجل وسنة الرسول صلي الله عليه وسلم ومن اراء الصحابة إلا وهناك الرأي التوافقي الذي هو التالي :

هناك من الفقهاء من اخذ موقفا وسطا بين الرأيين وهذا الرأي لا يقول بالجواز المطلق ولا الوجوب المطلق.

حيث أن داود فرق بين حالة كون المرأة بكرا وكونها ثيبا، فاشترط الولي في زواج البكر ولم يشترطه في زواج الثيب.

[1]. أخرجه البخاري، ابن ماجة،سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط،نفس المرجع السابق ،جزء 3 ص 73.

[2]. محمد سماره،دراسات في الفقه المقارن ، دار الثقافة،الدار العلمية الدولية ،طبعة 1،عمان الأردن، 2002 ،ص 217.

وكذلك قال أبور:"لا يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها....."[1]

وهكذا جمع هذا الفريق بين الرأيين السابقين لصحة دلالتهما ولصراحة كل منهما، حيت جمع بين أدلة كل من الطرفين السابقين صحيحة لا غبار عليها، رغم ما اعترى بعضها من ردود مما جعل الأخذر أخد بها امرا حتميا، فاشترط الولي في الزواج أمر صريح لا مجال لإنكاره أبدا، وتزويج المرأة نفسها توحي الأدلة بجوازه ولا يوجد دليل قطعي الثبوت والدلالة في منعها من ذلك ،وتزويج المرأة نفسها لم يثبت عدم صحته إن وجد على هذه الحالة [2]

- **المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري**

المشرع الجزائري أخد موقف مشترك بين الرأي الذي يشترط الولي في عقد الزواج والرأي الذي لا يشترطه وحاول التوفيق بين جميع الآراء الفقهية السابقة ، إلا أن موقفه متغير وغير ثابت ،فتارة اعتبره شرطا من شروط عقد الزواج وهذا حسب ما جاء في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على انه :يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:(أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج).

وفي مادة اخرى يبدو انه استغنى عنه في المادة التي تنص أن المرأة الراشدة تستطيع تزوج نفسها بغير ولي أي تختار أي شخص تختاره كما في المادة 11 من نفس القانون ونصها المذكور كالتالي :(تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقربائها أوي أي شخص اخر تختاره) .

[1]. محمد علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، دار القلم المجلد3 ،بيروت،لبنان،ص119 .

[2]. محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف ،فقه الأحوال الشخصية ، مؤسسة الوراق ، د ط،عمان الأردن، 2000 ،ص 128.

قد صرحت هده المادة للمرأة البالغة الراشدة الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها ولكن بحضور وليها وهو الأب أو أحد أقاربه او أي شخص أخر تختاره، وهذا ما عملت به المحكمة العليا التي اخرجت قرار الذي نصه كالتالي :(حيث أنه فيما يخص الولي فللأخ أن يكون وليا على أخته في عقد الزواج كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه إذا كان هذا الخير غير موجود لسبب أو لآخر، وعليه فإن الإجراء الذي قام بيه أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة ،خاصة وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد[1]

وأيضا اقرت وجاء قرارها علي النحو التالي :

(من المقر شرع و قانون للنكاح أربعة أركان وهي: رضا الزوجين، صداق، وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقر أيضا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل العقد[2])

نستنتج من نص المواد المطروحة وبهذا أصبح الولي شرط لصحة الزواج و ليس ركنا لانعقاده، وهذا ما يفهم من فحوى المادة2 / 33 .

➢ المبحث الثاني : مفهوم الولاية، وأقسامها

أهمية الولاية جعلها الفقهاء موضوع دراسة حيث اجتهد في إعطاء تعريفا لها وقبل ذلك سنتطرق إلى :

[1]. العربي شحط عبد القادر،قدور إبراهيم عمار المهاجي ،قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، دار الأديب للنشر والتوزيع ، د ط،الج ا زئر،ص20 .

[2]. العربي شحط عبد القادر،قدور إبراهيم عمار المهاجي ،مرجع سابق،ص21 .

تعريفها اللغوي:

- **المطلب الأول: تعريف الولاية**

✓ **الفرع الأول: لغة**

الولاية بالفتح والكسر هو النصرة والولي فعيل بمعنى فاعل[1] وكذلك

الولي : مأخوذ من الولاية، والولاية : مصدر (وُلِيَ)،وهي بمعنى القرب ،تقول: وَلِيَ كذا أي: قرب منه.

وعلى هذا فإن الولاية تدور على أمرين : المحبة، والنصرة، وقد أثبت الله جل وعلا في كتابه ولايته لبعض خلقه، فقال سبحانه وتعالى: **{اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا}** [2] ،فأثبت سبحانه وتعالى ولايته للمؤمنين، كما أن الله سبحانه وتعالى نفى أن يكون له وليٌّ، لكن الولي المنفي غير الولي المثبت، فالولي المنفي مقيد؛ حيث قال سبحانه وتعالى: **{وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ مِنَ الذُّلِّ}**[3]

أي : لم يكن له وليٌّ يستنصر ويعتز ويتقوى به فولاية الله عز وجل ،حيث هي ولاية رحمة ومنة وفضيلة

إذاً : الولاية المثبتة لله عز وجل هي غير الولاية المنفية.

كما ان الولاية معنيين علي اختلاف مواردها هما

المحبة، والنصرة، ويقابل الولاية العداوة، وهي دائرة على البغضاء والكره،

والولاية مبنية على المحبة والنصرة، والله سبحانه وتعالى قد بين أوصاف أوليائه.

✓ **الفرع الثاني : إصطلاحا**

[1]. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987 ، ص258 .

[2].اية 257 سورة البقرة

[3].اية 111 سورة الاسراء

الولاية هي حقّ شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه[1]، وهذا الحقّ منحته الشريعة لبعض النّاس دون غيرهم [2].كما تعرف على أنّها القدرة على إنشاء العقود وال تّصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد[3]، فهي إذا سلطة يملك بها الإنسان القيام على شؤون . غيره [4] ،سواء شاء ذلك الغير أم أبى[5]

كما عرف الفقهاء الولاية بتعاريف عدة ومن أهم هذه التعاريف هي :

عرف الحنفية الولاية بأنها :تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[6]

1/إلا أن تعريف الحنفية:

للولاية اقتصر على أحد نوعي الولاية وهي ولاية الإجبار، والتي تكون على الصغيرة والمجنونة ،ولم يشمل الولاية على الكبيرة البالغة العاقلة؛ وذلك لأن الولاية عليها عندهم ولاية ندب واستحباب لا ولاية إيجاب

2/والولاية عند المالكية :

أن يتولى رجل غير قريب من عامة المسلمين تزويج المرأة عند عدم وجود قريب[7]

---

[1]. فقه السنة ،جزء 2،الفتح للإعلام العربي ،دار النشر مصر،ص82 .

[2]. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002،ص123.

[3]. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية :الخطبة الزواج حقوق الزوجين العدة متعة المطلقة، طبعة 9 دار محمود للنشر والتوزيع، لبنان، 1999 ، ص252.

[4]. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2002 ، ص25 .

[5].إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،1999ص50

6. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار،دار الفكر-بيروت،مكتبة شاملة جزء 3ص

[7].الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،دارابن حزم امطبوعة قديمة ،جزء2ص565

وبذلك فإنه يجوز أن يتولى عقد المرأة أي رجل من عامة المسلمين إذا لم يوجد أحد من أوليائها وذلك برضاها وإذنها[1]

3/الولاية عند الشافعية :

مع أن فقهاء الشافعية لم يخصصوا تعريفاً للولاية في الزواج إلا أنهم عبروا عن الولاية في الزواج بلفظ ولايكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف ولاللأخوال ولاية بحال أبدا إلا أن يكونوا عصبة وإذا لم يكن للمرأة عصبة ولها موال فمواليها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب الناس بمعتقها وليها كما يكون أقرب الناس به ولي ولد المعتق لها وقال اجتماع الولاة من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب. ويبدو من هذا النص أن الولاية في الزواج في المذهب الشافعي تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب إلى العصبات وإن لم يكن للمرأة عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب بالتعصب فيكون كالنسب في التزويج وإن لم يكن فوليها السلطان. [2]

4/والولاية عند الحنابلة:

وهو الأب فله تزويج أولاده الصغار ذكورهم و إناثهم وبناتهم وبناته الإبكار بغير إذنهم

وهو الأب فله تزويج أولاده الصغار ذكورهم وإناثهم وبناتهم وبناته الإبكار بغير إذنهم.[3]

✓ الفرع الثالث:قانونيا

---

[1].االدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،مرجع سابق ص544

[2]. بحث حول مفهوم الولاية ،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي واحوال شخصية ،جامعة باتنة سنة 2015/2014،ليلة علاوي

3.انظر،عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي،العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرةالطبعة :**بدون** طبعة،مكتبة شاملة ،364،365

الأهلية في المجال القانوني تعني المجال ذاته فهي صلاحية يعترف بها القانون لشخص قد يقصد بيها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعندئذ تواجه م يسمى بأهلية الوجوب أي وجوب اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وأما القدرة علي انشاء الحقوق والتزامات عن طريق التصرف مباشر التصرفات القانونية المختلفة فيتعلق بأهلية الاداء [1]

- **المطلب الثاني : أقسام الولاية**

لولاية أقسام حيت قسمها فقهاء المذاهب الاربعة إلي أنوع مختلفة علي حسب كل مذهب والتي سوف نتطرق اليها وهيا

✓ **الفرع الأول : الولاية عند الحنفية نوعان**

- **أولا:** ولاية ندب واستحباب

وهي الولاية على العاقلة البالغة بكراً كانت أو ثيباً، فيستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها ، كي لا تنسب إلى الوقاحة وليس جبرا[2] .

- **ثانيا:** ولاية حتم وإجبار

وهي الولاية على الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً، وعلى المجنون الكبير أو المجنونة الكبيرة ،وعلى المرقوقة[1]

[1].انظر،بحث حول الاهلية في القانون الجزائري،موقع محرك البحث اجد من مراجع ،احكام الاتبات في القانون الجزائري

[2].انظر، ،دار الكتب العلمية الطبعة :الثانية ،1406 هـ - 1986 م،مكتبة شاملة جزء 2 ص 361.وايضا،ابن عابدين :حاشية رد المحتار على الدر المختار،ج 2 ص 55،نفس المرجع السابق

حيت هده الولاية لا تكون إلا علي العاقلة والبالغة

وأيضا ولاية الإجبار عند الحنفية منوطة بالبكارة ،فتزوج بلا إذن ولو بالغة ،لا إن كانت ثيباً ،فالثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها[2]

✓ الفرع الثاني : الولاية عند المالكية نوعان

- **أولا** : ولي مجبر

فللأب جبر ابنته البكر مادامت بكراً ، ولو عانساً بلغت من العمر ستين سنة أو أكثر وقيل العانس التي ارتفعت سنها وعرفت مصالح أمورها ،كالثيب في منع العقد عليها إلا بإذنها[3]

حيت جاء في حديث ابن عباس ،أن النبي صلي الله عليه وسلم قال :"الثيب أحق بنفسها من وليها ،والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها"[4]

المعني الذي جاء بيه الحديث هو ان حكم البكر يختلف عن حكم الثيب ، فالثيب لابد من إذنها لأنها أحق به ،بخلاف البكر فإن للأب استئذانها ويكفي سكوتها

- **ثانيا** : ولي غير مجبر

فالثيب البالغ لا يعقد عليها وليها نكاحاً إلا بإذنها ،حيث لا يكون عليها مجبر في زوجها بل بإذنها

---

[1]. علاء الدين ،أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،**نفس المرجع** ،ايضا، ابن عابدين ،محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ،رد المحتار على الدر المختار،جزء 3 ص 55

[2]. ابن عابدين ،محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي،نفس المرجع السابق

[3]. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي ،الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،مكتبة الكترونية ،جزء 2 ص 353،ايضا،الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،مرجع سابق،جزء 2،ص 560.

4. مسند أحمد ط الرسالة مسند عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ،جزء3 ص384

✓ الفرع الثالث : الولاية عند الشافعية

- **أولا** : ولاية إجبار

فللأب تزويج البكر الصغيرة ،أو الكبيرة بدون رضاها ويستحب له استئذان البالغة ،ويكفي سكوتها[1]

لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام :"الأيم أحق بنفسها من وليها ،والبكر تستأذن في نفسها ،وإذنها صماتها"[2]

ويلزم الأب أو الجد تزويج المجنونة البالغة والمجنون البالغ الذي أطبق جنونه وظهرت حاجته للنكاح[3]

- **ثانيا** : ولاية اختيار

وتثبت للثيب فلا يجوز للأب والجد أن يزوجا الثيب إلا بإذنها[4]

✓ الفرع الرابع : الولاية عند الحنابلة

- **اولا** : ولي مجبر

وهو الأب فله تزويج أولاده الصغار ذكورهم و إناثهم وبناتهم وبناته الإبكار بغير إذنهم.

1.انظر، المؤلف :شمس الدين ،محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلميةالطبعة :الأولى، 1415هـ - 1994م،جزء3ص157.

2.انظر،صحيح مسلم،مرجع سابق .

3.انظر، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلميةالطبعة :الأولى، 1415هـ - 1994م،جزء 3ص159.

4.انظر، أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمانالطبعة :الثالثة، 1412هـ / 1991م،جزء 7،ص54

وللسيد إجبار إمائه الأبكار والثيب إلا مكاتبته و يملك السيد إجبار عبده الصغير ولو مجنونا[1]

- **ثانيا** : ولي غير مجبر

وليس للسيد إجبار عبده الكبير العاقل ،وليس لسائر الأولياء إجبار في تزويج الحرة الكبيرة إلا بإذنهما ،وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات[2]لحديث الرسول عليه الصلاة و السلام :"الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها ،وإذنها صماتها"[3]

خلاصة القول اتفق الفقهاء علي أن الولاية تنقسم الي قسمين وهما ولاية إجبار و ولاية اختيار ومن هذه التقسيمات سوف نتطرق الي كل من تعريفهما :

1 ولاية اختيار : هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه ،بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي ،ويشتركا في الاختيار و يتولى هو الصيغة[4]. وتعرف أيضا بأنها هي التي تخول للولي حق تزويج المولى عليه مع اشتراكها معه في الرأي و الاختيار ،وهذه الولاية بطبيعتها لا تتأتى إلا من البالغ ،لان غير البالغ العاقل ليس أهلا للرأي و الاختيار[5]

---

[1]. عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرةالطبعة :بدون طبعةتاريخ النشر1424 :هـ 2003 م،ص365/

2. عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة،مرجع سابق

3. موطأ مالك الأعظمي ،تأليف الموطأ وتاريخه ،جزء1،ص270.

4. عيسى حداد،(عقد الزواج،) دراسة مقارنة، منشورات جامعة برج باجي مختار، عنابة، 2006 ، ص120،انظر ايضا،أنظر :احمد خليفة العقيلي، الزواج الطلاق في الشريعة الإسلامية، د .ط، الدا ا رلجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلام لبيا 1990،ص125.

5. احمد ف رراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،.طبعة 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997،ص175.

2 ولاية اجبار : هي التي يكون فيها للولي الحق في أن يزوج غيره بمن يختار رضي الغير أو أبى [1]،فهي ولاية للأب أو الجد أو المقربين على الفتاة البكر و الصغير و المجنون ،و فيما يستبد الولي بإنشاء العقد عن ا لم ولى عليه ،و لا يشاركه أحد لعدم توافر في المولى عليه شرط العقد و البلوغ في الزواج[2]

➢ المبحث الثالث :شرط الولي وترتيبه في الولاية

من الشروط التي يجب توفيرها في الولي حيت يشترط في الولي عدة شروط ما هو متفق عليها بين الفقهاء ،وأخرى مختلف في اشتراطها ،وهي على النحو التالي:

• المطلب الاول : شروط الولي

هناك شروط للولي ولكن هناك اختلاف فيها حيث نوضح هدا الاختلاف ونتطرق اليه

✓ الفرع الاول : الشروط المتفق عليها بين الفقهاء

1/الاسلام

1. غسان عشا ، الزواج و الطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام : الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين،طبعة 1،الساقي لبنان 1997 ، ص2 .

2. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ض وء قانون الأسرة الجديد، جزء 1،طبعة 1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012ص303.

لابد من اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا يصح أن يزوج الكافر المسلمة ولا المسلم الكافرة، أي إذا كان الولي مسلماً والمولى عليه كافراً فإنه لا يلي نكاحه، وذلك لعدم ولايته عليه وذلك لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، فالكافر ليس بناصر للمسلم وذلك لاختلاف الدين[1]

حيت جاء في قول الرسول صلي الله عليه وسلم :" لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"[2]

والإجماع منعقد على أن الكافر لا يكون ولياً لابنته المسلمة، ويستثنى من ذلك السلطان المسلم فإن له ولاية على الجميع، ويزوج نساء أهل الذمة، إذا لم يكن لهن ولي؛ وذلك لأن ولايته هنا عامة على أهل دار الإسلام فتثبت له الولاية عليهم كالمسلمين[3].

2/الحرية

ويشترط في الولي الحرية؛ لأن العبد لا ولاية له على نفسه، وذلك لاشتغاله بخدمة الولي ،فكيف تكون له ولاية على غيره [4]

3/البلوغ

1. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي،دار الكتب العلميةالطبعة :الثانية، 1406هـ - 1986،جزء 2ص358.
2. صحيح البخاري ،مسند احمد ط الرسالة ،باب اسامة بن زيد حديت الرسول صلي الله عليه وسلم ،جزء36ص138.
3. عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي ، اللباب في شرح الكتاب،جزء3،ص11
4. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، لعناية شرح الهداية، دار الفكرالطبعة :بدون طبعة وبدون تاريخ،جزء3ص284-285

ويشترط في الولي أيضاً البلوغ، فلا تثبت الولاية للصغير؛ وذلك لقصوره، ولعجزه عن تحصيل الكفء، فهو ليس من أهل الولاية؛ لعدم ولايته على نفسه، فمن باب أولى أن لا تكون له ولاية على غيره[1]

4/العقل

فلا ولاية للمجنون على غيره؛ لأنه ليس من أهل الولاية ، حتى وإن كان الجنون متقطع ،وذلك لأن الولاية تثبت عند عجز المولى عليه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر؛ لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق الغير، وغير المكلف مولى عليه لقصوره، وبالتالي لا يلي نفسه، فكيف يلي غيره.

وأيضاً الجنون المطبق فإنه يمنع الولاية، وينقلها للأبعد؛ وذلك لعدم تمييزه[2]

✓ **الفرع الثاني :الشروط المختلف فيها بين الفقهاء**

1/الذكورة

وهي شرط عند الجمهور ، إلا الحنفية ، فعندهم روايتان منهما أنه تجوز مباشرة البالغة العاقلة نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً؛ وذلك لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال واختيار الأزواج[3]

وقول الجمهور باشتراط الذكورة في الولاية؛ لأنه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة وقاصرة ،فلا تصح ولايتها ، ولا تملك تزويج نفسها ولا غيرها من باب أولى [1]

1. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير،جزء3ص284-285

2. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرةالطبعة :بدون طبعة،جزء5ص465

3. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين ، الهداية في شرح بداية المبتدي، طلال يوسفالناشر :دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان،جزء3،ص255

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلي الله عليه وسلم :"لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها....."[2]

2/العدالة

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم اشتراط العدالة، في ثبوت الولاية، فللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين ،وقال الدسوقي :إن العدالة شرط كمال وليس صحه، فلو كان فاسقاً لا تنتقل الولاية للأبعد، إذ الفسق لا يسلبها على الراجح، ولو كان مع الفاسق عدل في درجته فالعدل أولى بالتقديم من الفاسق[3]

وذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط العدالة، في أحد قوليهما ،فلا يكون الولي فاسقاً؛ لأنها ولاية، فلم تثبت مع الفسق كولاية المال[4]

ولا يشترط في الولي العدالة ظاهراً وباطناً، بل يكفي مستور الحال صاحب العدالة الظاهرة؛ لأن في اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً حرج ومشقة[5]

ويستثنى من ذلك السلطان والسيد، فإن السلطان يزوج من لا ولي لها ولا تشترط عدالته للحاجة، والسيد يزوج أمته ولو كان فاسقاً؛ لأنه يزوج بالملك على الأصح لا بالولاية[6]

1.الغرياني :مدونة الفقه المالكي وأدلته،جزء2ص257

2.انظر،أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين،سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها،الطبعة الأولى،جزء 2 ص 406 .

3. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكرالطبعة :بدون طبعة وبدون تاريخ،جزء2ص364.

4.أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر) طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي،جزء4ص122

5. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع،جزء2ص410.

6. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتب البحوث والدراسات – دار الفكرالناشر :دار الفكر – بيروت،جزء2ص91

- **المطلب الثاني :ترتيب الاولياء**

حيت كان هناك اختلاف عند الفقهاء في ترتيب الاولياء في الزواج والتي سوف نتطرق لها الاتي.

✓ **الفرع الاول :ترتيب الأولياء عند فقهاء**

1/ترتيب الأولياء عند الحنفية

الترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث، والأبعد محجوب بالأقرب، فتقدم عصبة النسب وأولاهم[1]

1/الابن وابنه وإن نزل، ولا يتصور ذلك إلا في المعتوهة.

2/ الأب ثم الجد" أبوه."

3/الأخ الشقيق، ثم لأب.

4/ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

5/العم الشقيق، ثم العم لأب

6/ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب.

7/أعمام الأب، ثم أبناؤهم.

8/عم الجد الشقيق، ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه وإن نزلوا.

9/المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن نزلوا.

[1]. ابن عابدين :حاشية رد المحتار على الدر المختار،جزء3ص76

10/عصبته من النسب على الترتيب.

11/ذو الأرحام.

12/السلطان أو نائبه أو القاضي[1]

2/ترتيب الأولياء عند المالكية

حيت كان الترتيب علي النحو التالي

1/الابن ، وابن الابن وإن سفل.

2/الأب ، ثم أخ الأب، ثم ابنه وإن سفل.

3/جد لأب.

4/عم لأب، ثم ابنه.

5/جد أب، فعمه" أي عم الأب "ثم ابنه.

6/مولى أعلى" وهو من أعتق المرأة "ثم عصبته، ثم مولاه" وهو من أعتق معتقها وإن علا"،ثم مولى أبيها ثم مولى جدها.

7/الكافل غير العاصب" وهو القائم بأمورها وتربيتها حتى بلغت عنده "وذلك إن كانت دنيئة لا شريفة وإلا فوليها الحاكم، وشرط ولاية الكافل هو الزمن الذي تحصل فيه الشفقةوالحنان عليها، ولابد من ظهور الشفقة عليها منه بالفعل وإلا زوجها الحاكم.

8/الحاكم" وهو السلطان أو القاضي.

[1]. أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر) طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي،جزء4ص122

9/ولاية عامة المسلمين :أي إن لم يوجد أحد ممن ذكر تولى عقد نكاحها أي فرد من المسلمين بإذنها، ومن ذلك الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم ، فهم من أهل الولاية العامة[1]

والأولى فيمن سبق تقديم الشقيق من كل صنف على الذي للأب، وإذا كان الأولياء في التعدد سواء في الرتبة كان أولاهم بذلك أفضلهم ، فإن استووا في الدرجة والفضل كإخوة كلهم علماء ، نظر الحاكم في ذلك فما رآه سداداً أو نظراً أنفذه وعقده ، أورده إلى من يعقده منهم،وقيل أقرع بينهم[2]

3/ترتيب الأولياء عند الشافعي

وهي على النحو التالي :

1/الأب، ثم الجد" أبو الأب"، ثم أبوه، وإن علا.

2/الأخ لأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

3/العم من الأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

4/سائر العصبات من القرابة، كما في ترتيب الميراث، إلا في الجد فإنه يقدم على الأخ هنا بخلاف الإرث ، والابن فإنه يقدم في الميراث ولا ولاية له هنا.

ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب، وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب، وعم لأبوين على عم لأب ...في الجديد لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وفي القديم هما وليان أي يستويان.

[1]. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِك، دار المعارفالطبعة :بدون طبعة وبدون تاريخ جزء2ص360

[2]. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،نفس المرجع السابق،ص361-362

5/إن عدمت العصبات ولم يوجد من الأولياء رجل زوج المعتق ثم عصبته على الترتيب كالميراث، سواء أكان المعتق رجلاً أم امرأة.

6/إن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان المرأة التي في محل ولايته[1]

4/ترتيب الأولياء عند الحنابلة

فهو على النحو التالي :

1/الأب :فإن أولى الناس بتزويج المرأة الحرة أبوها؛ لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها بلا خلاف.[2]

2/ثم أبوه وإن علا.

3/ثم ابنها، ثم ابنه وإن نزل، فمتى عدم الأب وأباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزل.

4/الأخ لأبوين ثم الأخ للأب، كالميراث.

5/ثم أولادهم وإن نزلوا.

6/ثم العمومة لأبوين ثم العمومة لأب ثم أولادهم وإن نزلوا.

7/المولى المنعم أي المعتق؛ لأنه يرثها ويعقل عنها عند عدم عصبتها من النسب، ثم أقرب عصبته فأقربهم ، ثم مولى المولى ، ثم عصباته من بعده، كترتيب الميراث، وإن اجتمع ابن المعتق وأبوه

[1]. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلميةالطبعة :الأولى، 1415هـ - 1994م،جزء3ص151-152

2. بو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي،المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرةالطبعة :بدون طبعة،جزء6ص456-462.

فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب ، وقدم أبو النسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته، وهذا معدوم في أب المعتق فرجع فيه إلى الأصل.

8/ ثم السلطان :فلا خلاف بين أهل العم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، لقوله عليه الصلاة والسلام ...) :فالسلطان ولي من لا ولي له) والسلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك.

9/ فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان زوجها رجل عدل من المسلمين.[1]

✓ الفرع الثاني : ترتيب الأولياء وفقا لقانون الأسرة

أولى المشرع نوعا من الأهمية لترتيب الأولياء، في ظل قانون 84_11 حيث نص في المادة 11 منه على أنه ":يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له[2]

بتفحّ أحكام هذه المادة الأخيرة نستنبط أن المشرع تأثر بالمذهب الحنفي في مسألة ترتيب الأولياء، وذلك حسب درجة الميراث ؛ إذ استهلها بقرابة الأبوة، فالبنوة ثم الإخوة و العمومة[3]

رغم إعطاء الأهمية لترتيب الأولياء في المادة11) [4] إلا أنه اقترحت عدة صياغات لتغييرها منها :"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فجدها .والقاضي ولي من لا ولي له".[5]

---

[1]. بو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي،المغني لابن قدامة،نفس المرجع السابق،جزء6ص456-462

[2]. الامررقم05-02 المؤرخ في 27فيفري2005 المعدل والمتمم للقانون رقم84-11 المتضمن قانون الاسرة، ج.ر، عدد 31، الصادر بتاريخ 12 جوان1984.

[3]. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية1999، ص166.

[4]. المادة 11 من قانون رقم 84-11 مرجع سابق

[5]. هجرس بولبداوي،مرجع سابق ،ص125

حسب ما يبدو، فإن هذا الاقتراح قد رعى مصلحة المرأة المولى عليها، بتولية الأب ثم الجد، التي لا للرأفة يخلو منها الاثنان .لكنه أغفل باقي الأقارب وانتقل مباشرة إلى القاضي وهو أمر لا يعقل بوجودهم .

الفصل الثاني

عقد الزواج من أهم العقود وأكثرها أثرا، فيه تصان الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى في المجتمع المسلم، والتي تحفظ بها الأنساب وتربى في ظلها الأجيال قبل يتم عقد الزواج هناك اصول وقواعد اخرى قانونية او عرف متداول بين الناس وهي الخطبة لهدا نتطرق اليها في المبحث التالي

➢ المبحث الاول :الخطبة وحكمها

الخطبة هي الخطوة الأولى و التمهيدية للزواج ولخطبة تعريف في اللغة والاصطلاح الذي سنتطرق اليه كالتالي

• المطلب الاول: تعريف الخطبة

✓ الفرع الاول: لغة

هي من الفعل الثلاثي خطب، وخَطَبَ المرأة يخطبها خطْباً وخِطْبَةً بكسر حرف الخاء: أي طلبها للزواج[1]، قال الله عز وجل"وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"[2]

الخِطبة في اللغة بكسر الخاء طلب الرجل المرأة للتزوج منها وخَطَبَ المرأة خَطْباً وخِطْبَةً[3] وخَطّبَى دعاها إلى التزوُّج[4]

وخَطَبَ المرأة يَخْطُبُهَا خَطْباً وخِطْبَةً بالكسر، واخْتَطَبَ القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم، والخُطْبة بالضم هو اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب، وخَطَبَ الخَاطب على المنبر، وخَطَبَ على القوم خُطْبةً، فجعلها مصدرا[1]

---

[1]. مجد الدين الفيروز أبادي ، القاموس المحيط، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، 1994م، ص836.

[2]. الآية:235 من سورة البقرة.

[3]. مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ت 817 هـ، القاموس المحيط.طبعة ، 8 لبنان، مؤسسة الرسالة، 1408 هـ / 1984م ،ص80.

[4]. ، بطرس البستاني ت 1883 م، محيط المحيط. لا .ط؛ بيروت :مكتبة لبنان، 1987 م، باب خطب، ص240

✓ الفرع الثاني :اصطلاحا

اما الخطبة في الاصطلاح عرفها الفقهاء علي النحو التالي

1/عند الحنفية:

الخِطبة بكسر الخاء هي طلب التزوّج[2]

2/ المالكية:

الخِطبة بكسر الخاء هي :عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المجاورة؛ وقال ابن رشد[3] هي فعل الخطب في الكلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول[4]

3/ الشافعية:

قالوا"الخِطبة بكسر الخاء هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة[5]

---

[1].نظر، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ت 711 هـ، لسان العرب .تحقيق :عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب لله، وهاشم محمد الشاذلي.جزء15طبعة1، القاهرة، دار المعارف، ص1194 .

[2]. محمد أمين ابن عابدين ت 1252 هـ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار .تحقيق :عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، جزء، 4 طبعة 1 ،بيروت دار الكتب العلمية، 1415 هـ 1994 /م، ص6

[3]. وهو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد الفيلسوف من أهل قرطبة ولد سنة 520 هـ، لقب بابن رشد الحفيد تمى أ ز له عن جده، وصنف نحو خمسين كتاب منها :التحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، ومنهاج الأدلة في الأصول، وتهافت التهافت توفي سنة 595 ينظر خير الدين الزركلي ت 1976 م، الأعلام .طبعة 5،بيروت ،دار العلم للملايين، 2002 م،جزء5،ص318.

[4]. محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي بالمعروف الحطاب الرعيني ت 954 هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خلى ضبطه : زكريا عمرت جزء5 لاط؛ لا.م، دار عالم الكتب، د .ت، ص25

[5]. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ت 977 هـ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين . اعتنى به :محمد خليل عيتاني جزء 3، طبعة 1بيروت ،دار المعرفة، 1418 هـ 1997 /م،ص170.

4/ الحنابلة:

الخِطبة بكسر الخاء طلب المرأة للزواج[1]

كما عرفها بعض المعاصرين كالاتي:

هي تقدم الرجل أو وكيله إلى المرأة أو وليها طالبا الزواج منها[2]

والخلاصة :إن ا الخطبة اصطلاح هي التماس التزويج و المحاولة عليه ، أو هي طلب الرجل التزويج بالمرأة. أو هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة. سواء أكان له ألتماس الت زوج بها نفسه أم بمن ينوب عنه أم من وليها ، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدل على الزواج و هفا الاتفاق لا يرقى إلى مرتبة الالزام[3].

✓ الفرع الثالث :قانونيا

الخطبة تحدت عنها القانون وكان التعريف كالأتي:

عرف قانون الأسرة الجزائري الخطبة من خلال المادة 5 في الفقرة 4 منه على أنها وعد بالزواج[4]

[1]. بدر الدين محمد بن علي البعلي ت 778 هـ، فقه الدليل شرح التسهيل .شرحه :عبد الله صالح الفوزان جزء4 طبعة 2ص294.

[2].ا الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته،جزء2طبعة1، بيروت :مؤسسة الريان، 1423 هـ 2002 /م، ص494

[3]. دكتوربلقاسم شنوا،مقياس فقه الأسرة،مطبعة جامعية موجهة لطالبة lmd،قسم الشريعة والقانون،جامعة الاميرعبد القادر ،سنة 2014/2013.

[4]. مولود ديدان، قانون الأسرة، د ط، دار بلقيس ، دار البيضاء، الجزائر، ص04.

- **المطلب الثاني :حكم الخطبة**

إتفق الفقهاء على مشروعية الخِطبة لِمَا مَرّ من الأدلة، واختلفوا في حكمها؛ فقد ذهب فريق إلى أنها مستحبة، وقالوا هي سنة[1] وذهب فريق ثاني إلى القول بالإباحة[2]

وذهب فريق ثالث إلى أن الخِطبة تأخذ حكم الزواج؛ فإن كان الزواج واجبًا كانت الخطبة واجبة، وهكذا،" ولها حكم النكاح من وجوب وندب وكراهة؛ لأن الوسائل لها حكم المقصد، فإن استحب استحب وإن كره كرهت[3]

يرى أكثر العلماء أن الخطبة ليست فرضا و لا واجبا بال هي مساتحبة قبال انعقاد العقد، كما أن وجودها أحارى لي دوام العشرة بين الزوجين لتمكنهما من معرفة بعضاهما، ولأن الأمزجة و الطباع مختلفة باين الناس و لأن عقاد الازواج ميثاق غلايظ و عهاد قوي و مؤبد، قال مالك: هي مساتحبة وهي من الأمر القد يم، وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء[4]

كما قال ابن رشد رحمه الله تعالى و أما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهاور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة[5]

حيت نبين في ما كان اختلافهم

---

[1]. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي 684 هـ، الذخيرة .تحقيق محمد بوخبزة جزء 4طبعة1 بيروت، دار الغرب الإسلامي،ص181.

[2]. شمس الدين بن عبد الله الزركشي ت 772 هـ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي .تحقيق ،عبد الله بن عبد الرحمان بن عبد الله ،جزء5،طبعة1 الرياض، مكتبة العبيكان،1413 هـ1993 /م ص143

[3]. محمد بن أحمد الشربيني تاريخ 977 هـ ، البجيرمي على الخطيب.الجزء 4،طبعة 1، بيروت، دار الكتب العلمية،1417هـ /1997م ،ص151.

[4]. الكاندهلوي ، أوجز المسالك إلى موطأ مالك ، ماجاء ي الخطبة ط دار الكتب العلمية لبنان ،. 324 ابن جزي ، القوانين الفقهياة ط دار القلام ص130.

[5]. نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة1 ، دار الثقافة، عمان،الأردنص39.

✓ الفرع الاول: القائلون بأنها مستحبة

ذهب المالكية الى القول بأنها مستحبة و الرملي من الشافعية قال هي : سنة مطلقا و إستدلوا بما يلي" : بفعل النبي صلى الله عليه و سلم الذي خطب عائشة الى أبي بكر .

✓ الفرع الثاني : القائلون بالإباحة

و هو قول الشافعية كما قال النووي" لا ذكر للإستحباب في كتب الأصحاب و إنما ذكروا الجواز و إستدلوا بما يلي: بفعل الصحابة رضي الله عنهم بعد الرسول و قد أمر النبي صلى الله عليه و سلم أن نتبع سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعده فقال " : فعليكم بسنتي و سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي ، عضوا عليها بالنواجد.

✓ الفرع الثالث : القائلون الخطبة تأخذ حكم الزواج

فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة و إن كان الزواج سنة مستحبة فالخطبة كذالك و من الذين ذهبوا الى هذا القول : البجيرمي و الجمل في حاشيته و استدلوا بما يلي "إن الخطبة و سيلة من وسائل الزواج ، و الوسائل تأخذ حكم المقاصد[1]

➢ المبحث الثاني :مشروعية الخطبة وطبعيتها القانونية

بعد التعرف علي حكمها الذي كان فيه اختلاف نتطرق الي مشروعيتها من الكتاب والسنة والاجماع كما لها طبيعة قانونية تستمد من القانون .

[1]. نايف محمود الرجوب،نفس المرجع .

- **المطلب الاول :مشروعية الخطبة**

الخِطبة عامة مشروعة في الفقه وقد ثبت مشروعية الخِطبة بالكتاب والسنة.

✓ **الفرع الاول :من القرآن**

ظهرت مشروعية الخطبة في الكتاب فظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عز وجل{**وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سر اإلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَه وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّه يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوه وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّه غَفُور حَلِيم**}[1]

تشير الآية الكريمة هنا إلى أمر هام وهو أنّ الإنسان، قد يسعى إلى تحقيق شيء تحدثه به نفسه كالزواج من معينة كأن تكون امرأة في حالة عدة وفاة، ويتمنى لو تكون من نصيبه فالمشرع هنا لا يحظر عليه ذلك، لكن في حدود اللياقة والآداب الإسلامية، والخلق الرفيع، وعليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره، فهنا يحظر عليه الشرع خطبتها في هذه الحالة إلا أنه جاء الخطاب بأن لا حرج، ولا إثم عليكم أيها الناس، فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة، من خطبة النساء، وذلك لحاجتكم إليهن، فلم تصرحوا لهن بالنكاح والحاجة إليهن، إذا أكننتم في أنفسكم، فأسررتم حاجتكم إليهن وخطبتكم[2]

[1]. سورة البقرة الآية235 .

[2]. نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة1 ، دار الثقافة، عمان، الأردن،2008 ص54

✓ الفرع الثاني :من السنة

دلت السنة النبوية في حديث أبي حُمَيد رضي لله عنه قال :قال رسول لله صلي الله عليه وسلم إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ امرأةً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِخِطْبَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَعْلَمُ"[1].

حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ الله رضي لله عنهما قَالَ :قَالَ رَسُولُ الله صلي الله عليه وسلم "إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمرأةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ" قال فخطبتُ جارية فَكُنت أَتَخَبَّأ لها، حَتى أَ ريْتُ مِنهَا ما دَعَانِي إِلى نِكَاحِهَا فَتَزَوجتُها[2]

فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم مارسوا الخطبة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقرهم ولم ينكر عليهم، مثال ذالك: حديث جابر بن عبدالله قال" فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها" [3]

فدلت كل هذه الأحاديث على مشروعية الخطبة.

✓ الفرع الثالث :الاجماع

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح، لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة.

---

[1]. **وأخرجه الطحاوي،** أبو عبد الله أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 ،جزء 33 ص 16

[2]. أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني ت 275 هـ، سنن أبي داود .تحقيق :شعيب الارنؤوط ومحمد كامل قرة بللي جزء 6 طبعة 1، سوريا، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ 2009 كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها برقم 2082 ، ص42 وقال المحققان، حديث حسن.

[3]. الدكتور نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ، ص 69 _63 .

- **المطلب الثاني :الطبيعة القانونية**

لقد ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة و ذلك سواء في إطار الفقه الإسلامي أو القوانين فالمشرع الجزائري قد نص كذلك في المادة 5 من قانون الأسرة على أن العدول هو حق لكلا الطرفين و عليه فطبقاً لهذه المادة فإن المشرع الجزائري قد حذا حذو فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، غير أن الغريب في الأمر أنه قد جاء بنص يتنافى و الأعراف الجزائرية إذ كان ينص في المادة 6 قبل تعديلها من ذات القانون على أن" اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواج" ،و من هنا نرى أن المشرع قد تأثر خاصة بالتشريعين السوري و المصري ،و مع العلم بأن الفاتحة وفقاً للأعراف الجزائرية[1].

خلاصة :بعد ان تطرقنا الي تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها وطبيعة القنونية نجد ان الولي مستني من الخطبة لاهي ركن ولا شرط أي حضوره واموافقته غير ضرورية غير ان العرف في المجتمع الجزائري حضوره ضروري وتكون الخطبة بي موافقة الولي والاهل وتكون في بيت الاهل ومن الولي او الاخ الاكبر هدا شئ ضروري لاصول والعرف الجزائري [2]

➢ المبحث الثالث : دور الولي و أثر تخلفه في عقد الزواج

نتناول في هذا المبحث علي دور الولي في الزواج وأتر تخلفه في مطلبين ولكان قبل هدا نتطرق الي مطلب نتعرف فيه الي تعريف الزواج

- **مطلب الاول :تعريف الزواج**

لزواج تعريف في اللغة والاصطلاح ومن الجهة القانونية منه نتعرف الي الزواج في اللغة

[1]. تشوار جيلالي،مقياس قانون الاسرةالجزائري،مطبوعة موجهة لطالبة جامعة تلمسان سنة 2015/2014م.

[2].محادث شفوية شيخ جامع العتيق ، ضاية بن ضحوة ،ولاية غرداية .

✓ الفرع الاول :لغة

الزواج مصدر زوج، والزواج : الصنف والنوع من كل شيء، وكل شيئين مقترنين[1]

وزوج المرأة :بعلها، وزوج الرجل امرأته، وزواج الشيء بالشيء، وزوجه إليه :قرنه[2]

ويطلق الزوج على البعل وعلى المرأة أيضاً[3] وامرأة مزواج "بكسر الميم :أي كثيرة التزوج[4]و الزوج للاثنين هما زوجان وهما زوج، وزوجناهم :أي :قرناهم، والأزواج :القرناء[5]

وصارت كلمة الزواج تستعمل في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين الأسرة، وذاع استعمال الزواج في هذا المعنى حتى صار لا يفهم منه إلا هذا المعنى عند إطلاقه[6]

ويسمى عقد التزويج :النكاح نكحت المرأة نكاحاً :تزوجت، وأنكحه المرأة :زوجه إياها، وأنكحها :زوجها[7]

✓ الفرع الثاني :اصطلاحا

1/عرف الفقهاء القدامى والمحدثون الزواج بتعريفات كثيرة، وقد اختلفت عباراتهم فيها تبعاً لاختلاف مذاهبهم، ومن هذه التعريفات.

أ-عرف الحنفية الزواج بأنه :عقد يفيد ملك المتعة[8]

---

[1]. ابن منظور حزء6 ،ص108

[2]. نفس المرجع ،ص109

[3]. الرازي :مختار الصحاح ص278

[4]. الفيروزآبادي :القاموس المحيط،جزء1ص192.

[5]. الزبيدي :تاج العروس ،جزء6ص 2322

[6]. الشرنباصي :أحكام عقد الزاج في الفقه الإسلامي 18

[7]. ابن منظور :لسان العرب جزء14ص279.

[8]. ابن عابدين :حاشية رد المحتار على الدر المختار نفس المرجع السابق ،جزء 3ص3

وعرفه ابن الهمام بأنه :عقد وضعلتملك المتعة بالأنثى قصد[1]

أفاد تعريف الحنفية للزواج :بأن عقد الزواج يتم بين الرجل والمرأة، بقصد استمتاع الرجل بزوجته، فيختص بها وحده دون سواه

ب-وعرفه الصاوي من المالكية بأنه: عقد لحل تمتعٍ بأنثى غير محرمٍ، ومجوسية وأمة كتابيه، بصيغة لقادرٍ محتاجٍ أو راجٍ نسلاًبين هذا التعريف صفة عقد الزواج وهو حل التمتع بالأنثى، أي الزوجة، سواء أكان هذا التمتع وطئاً أو تقبيلاً.....

وأيضاً ذكر في التعريف شرط المرأة التي يجوز الزواج بها، وهو خلوها من الموانع الشرعية، وذلك بألا تكون محرمة عليه ، سواء أكان ذلك بنسب أو رضاع... ، وأيضاً المجوسية والأمة الكتابيه فإنه لا يجوز العقد عليها وأيضاً ذكر في التعريف ركن من أركان الزواج وهو الصيغة

ج-وعرفه بعض الشافعية بقولهم: الزواج هو :عقد يتضمن إباحة وطء بلف إنكاحٍ أو تزويجٍ أو ترجمته[2]

أفاد هذا التعريف أن عقد الزواج يترتب عليه إباحة الوطء والاستمتاع، وذكر في التعريف ركن من أركان الزواج وهو الصيغة، والتي هي بلفظ الإنكاح أو التزويج أو ترجمته

د-وعرف الحنابلة الزواج بأنه: عقد التزويج[3] ،وعرف صاحب كتاب كشاف القناع

وقال ايضا : أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاحٍ أو تزويجٍ أو ترجمته[4]

2/ عرف الفقهاء المحدثين الزواج بقولهم

[1]. ابن الهمام :شرح فتح القديرجزء3 ،ص186

[2]. الشربيني الخطيب :مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،جزء3ص123.

[3]. ابن قدامة :المغني جزء6،ص445

[4]. البهوتي :كشاف القناع عن متن الامتناع جزء5ص3.

الزواج هو :عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد[1]

الواضح من التعريف أنه بمجرد تمام العقد بين الرجل والمرأة فإنه يحل للزوج الاستمتاع بزوجته على الوجه المشروع، بعد أن كان محرماً قبل عقد الزواج

وأفاد التعريف أن الزوج وحده من يملك حق الاستمتاع بزوجته دون غيره[2]

وعرفه" شعبان "بأنه :عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع[3]

خلاصة : بعد عرض تعريفات الفقهاء القدامى والمحدثين للزواج أرى ترجيح تعريف الزواج عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً.

✓ الفرع الثالث:قانونيا

من خلال هذا الفرع أتطرق إلى التعريف الاصطلاحي القانوني عَرَّف قانون الأسرة الجزائري الجديد بمقتضى الأمر 05 /02 ، الزواج في المادة الرابعة منه (4) بأّنه : "عقد رضائي يتّم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه ، تكوين أسرة أساسها، المّودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أنَّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، للدلالة على أّنه يقوم على الرضا باعتباره العنصر الأساس في العقد[4] أي يقوم على تبادل إردتي

[1]. بدران :الفقه المقارن للأحوال الشخصية 9

[2]. بدران :الفقه المقارن للأحوال الشخصية نفس المرجع

[3]. زكي الدين شعبان :الأحكام الشرعية الأحوال الشخصية ص57

[4]. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل د ا رسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،طبعة 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008 م، ص24 .

الرجل والمرأة وتلاقي الرغبتين، عن طريق إقتران الإيجاب والقبول[1] الصيغة – وفق ماتشير إليه المادتين التاسعة (9) والعاشرة (10)المعدلتين من قانون الأسرة الجديد، ولأنّ الرضا أمر خفي لايمكن الإطلاع عليه فتنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره[2]

بالنظر إلى المادة التاسعة (9)مكرار لمعدلة بالأمر05 /02 التي تنصّ ":يجب أن تتوفرّ في عقد الزواج الشروط الآتية:أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."

- **المطلب الثاني : دور الولي و حدوده في عقد الزواج**

فكما قام المشرع بإسناد له دور فيما يخص عقد الزواج من جهة، و من جهة أخرى وضع حدود لممارسته هذا الدور ، فسنتطرق إلى دور الولي في عقد الزواج في فرع أول ، و حدود فرع ثاني

✓ **الفرع الأول : دور الولي في عقد الزواج قبل و بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري**

قام المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 84- 11 بمنح الولي دور مهم ، فرع أول، لكن بعد تعديله نلاحظ أنه قام بتهميشه و إهماله فرع ثاني

1/ دور الولي في عقد الزواج وفقا للقانون رقم 84-11

نصت المادتين 11 و 2/1 من القانون84 -11 على دور الولي في عقد الزواج ، بحيث نجد المادة 11 تنص على انه " يتولى زواج الم أ رة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له [1]"

[1]. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرةالجزائري ،لا.طبعة ، دارهومة، بوزريعة، الجزائر، 2013 م، ص88.

[2]. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 طبعة1،دار الوعي، رويبة،الجزائر ، 2103 م، ص34 .

أسند للولي دور مهما الذي يتمثل أولا في تزويج إبنته وعقد زواجها[2] وهذا لا بد من توافر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج وفقا لنص المادة. 09 قانون إجاراءت جزائري يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا و لا يحق إجبار للقضاة المرأة غير الراضية به على إتمام إجاراءت الزواج [3]

وبالرغم من ذلك فان رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لابد من تدعيمه برضا الولي وموافقته بهذا الزواج ويقوم بنقل إداة الزوجة[4]

وخصوصا أن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد[5]، الذي يحضره عادة بعض أقرباء ، وأصدقاء الخطيبين ، و غيرهم ممن لا تعرفهم ، و تخجل التحدث عن الزواج أمامهم[6]

ولنا فى تطبيقات القضاء ما يدل على ذلك ، فبإمكان الأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج كما هو الشأن في قضية الحال نيابة عن أبيه و إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لأخر ، وعليه إجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء.

2 / إهمال دور الولي في ظل تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 05-02

بعد ما قام المشرع الجزائري بمنح للولي دور تزويج موليته و حق الاعتراض على زواجها في حالة وجود مصلحة للبنت البكر ، فبموجب الأمر رقم05 -02 قام الم الج بتبني تعديلات على

---

[1]. 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالامر02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 .

[2]. عبد السلام ا زيدي، عليلي يوبي

[3]. باديس دياببي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين ميلة، الج ا زئر، 2012 ، ص18 .

[4].انظر، زبير بولعواد ، أركان و شروط عقد الزواج و اثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، مجلس قضاء المدية، الج ا زئر، 2004 ، ص19

[5].انظر، ركن الولاية في عقد الزواج و اثر تخلفه، نقلا عن الموقع :
http://www.tomohna.com/vb/showthread.php?t=24838

[6].انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الج ا زئري في ثوبه الجديد :شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، طبيعة 1، دار هومة، ص 121.

القانون رقم84-11 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري .و من بينها ، التعديل الذي ط أ ر على المادة 11 التي كانت تفوض ولاية عقد الزواج للولي[1] أما في ظل التعديل أصبحت تنص ف 1 . منها على أنه : تعقد المرأة راشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره

فالنص و إن جعل عقد زواج المرأة لها ، فانه اوجب حضور الولي و إن كان بالخيار بين الأب و غيره[2]

مكرر اعتبرت الولي شرط في عقد الزواج[3] ، يفيد حضوره إذا لم يكن له دور ولا أ ري في هذا الزواج و ليس له أي تأثير في إبرامه و في حالة الوفاة أو الغياب تنتقل الولاية إلى الأقارب فلم يتقيد بالترتيب.

✓ الفرع الثاني: حدود دور الولي في إبرام عقد الزواج

كما أعطى المشرع الولي سلطة في عقد الزواج ، قام وكذلك بوضع حدود لهذه السلطة التي تتمثل في حدود سلطة الولي في منع موليته على الزواج(أولا) ، و حدود سلطته بعدم إجبار موليته على الزواج (ثانيا)

1/حدود سلطة الولي في منع موليته على الزواج

تعرض قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005 لموضوع منع الولي أو كما يسمى بالعضل في الشريعة الإسلامية ، وذلك من خلال م 12 من القان ون رقم84-11[1]

[1]. راجع المادة 11 نفس المرجع السابق 11 -84

[2]. الامر 05-02

[3]. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج و الطلاق ، مرجع سابق ، ص42

ومن خلال شرح هذه المادة و تحليلها نجد أن المشرع عالج فيها جوهر موضوع العضل وضوابطه الشرعية ، بحيث نصت صراحة على عدم جواز لولي منع موليته من الزواج وذلك بشروط والتي تتمثل في :رغبتها في الزواج من الخاطب و بشرط أن يكون ذلك الخاطب كفئا لها.

وما 2/12 نص المشرع على انه في حالة وقوع المنع ، فللقاضي أن يأذن لها بالزواج مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون

وفي قضية :(ر ب) ضد (ر ز) و(ص م)ملف رقم 90468 قرار بتاريخ 1993/30/30 امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر أذن القاضي بالزواج .تطبيق صحيح للقانون.

ومتى تبين –في قضية الحال –أن الأب إمتنع عن تزويج إبنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع ، فان القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون .ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2]

أما بعد التعديل الذي جاء به المشرع الج ا زئري بموجب الأمر رقم05 –02 فأنه كفى لنفسه عناءتعديل المادة 12 ، واختصر الطريق واكتفى بالإلغاء و بالتالي لم يبقى في قانون الإجرءات الجزائري اليوم أية مادة تعالج مشكلة عضل الولي[3]

2/حدود سلطة الولي بعدم إجبار موليته على الزواج

ناقش فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسالة و ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للولي ولاية الإجبار على القصر و البكر البالغة و هذا ما ذهب إليه المذهب المالكي ، أما قانون الأسرة

---

[1]. المادة 12 من القانون رقم 84 -11 تنص : على أنه يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه.وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة من هذا القانون.

[2]. المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001ص47

[3]. سعيد قاضي،مرجع سابق،.ص147.

الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب الحنفي ، بحيث أقر في المادة 13 على انه: **"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها** " و بالتالي لا يجوز لأي شخص أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها[1].

لم يحدد الم الج في هذا الصدد إذا كانت الم أ رة بك ا ر أم ثيبا، قاصرة كانت أم بالغة، يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحق للقضاة إجبار الم أ رة غير ال ا رضية به على إتمام إجراءات الزواج[2].

فإذا أجبر الولي الفتاة على الزواج و ابرم عقد زواجها في بلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنات على الزواج فان مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية لأنه يكون مخالف لنص م 97 من قانون جزائري مادة 2 التي تشترط لصحة الزواج بين الجزائريين المنعقد خارج الوطن ألا يخالف الطرف الج ا زئري الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لإمكانية عقد الزواج[3].

• المطلب الثالث : أثر تخلف الولي في عقد الزواج

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي والقانون سنتعرف على اثر تخلف الولي في عقد الزواج ، باستعراض موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تخلف الولي في عقد الزواج(فرع أول)، وموقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع التاني)

✓ الفرع الاول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تخلف الولي في عقد الزواج

يعتبر الإسلام دين الدولة وركيزته ، فالمشرع اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية من مصادر القانون، وخاصة فيما يخص قانون إجراءات جزائرية فهو يستمد معظم قوانينه من أحكام الشريعة،

[1]. حمزة جبايلي ،مرجع سابق ،.ص20
[2]. باديس ديابي، مرجع سابق،ص84
[3]. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الج ا زئري، مرجع سابق، ص123 .

فلهذا يجب احترامها عدم مخالفتها أثناء التشريع فعن ابن عباس قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **نكاح إلا بولي**"[1] حيت جمهور فقهاء المسلمين على تخلف ركن الولي عدم صحة العقد.

و بالتالي يكون باطل بحيث استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أيما المرأة لم ينكحها وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل،فنكاحها باطل**"فحديث الرس ول ص جد واضح فرتب عن تخلف الولي في عقد زواج المرأة بطلانه،بحيث أكده ثلاث مرات ، و في قوله أيضا: "**تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرآة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها**[2] ."

أما عند الأحناف ، إذا زوجت ا لم أ رة البالغة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح نافذ و لازم[3].

✓ الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من تخلف الولي في عقد الزواج

تطرق المشرع الج ا زئري إلى الولي في م 09 قبل التعديل و نص على أنه ركن من أركان عقد الزواج ، و إلا أنه تم تعديل المادة 9 بموجب الأمر رقم 05-02 التي أصبحت تنص على أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج ، أضيفت المادة 09 مكرر التي تنص على أن الولي شرط في عقد الزواج،على هذا السؤال من خلال تقسيم هذا الفرع إلى أثر تخلف ركن الولي قبل التعديل(أولا)، وبعد التعديل(ثاني).

1/أثر تخلف ركن الولي قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

نستنتج من خلال المادتين 32 و 33 من القانون رقم 84-11 أثر تخلف الولي في عقد الزواج،من خلال استقراء المادة 32 نجد أن المشرع قد أقر بفسخ العقد إذا ما تخلف ركن من أركانه

[1]. رواه ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، ح .ر 1880 ، . ص605
[2]. رواه ابن ماجة في سننه، ح .ر 1882 ، ص606
[3]. محمد خليل إبراهيم عبد الله،مرجع سابق ص40 .

، أما بالجوع إلى المادة 33 نجد أنها أتت بنوع من التفصيل و يمكن استنتاج منها ثلاث حالات وهي:

حالة تخلف الولي قبل الدخول :يفسخ العقد و لا صداق فيه.

حالة تخلف الولي بعد الدخول :إذا تخلف الولي بعد الدخول هناك إمكانية تصحيحه بصداق المثل وذلك طبقا م2/33

حالة ما إذا إجتمع تخلف ركن الولي مع ركن أخر أو أكثر فالمادة 2/33 تنص على إبطال عقد الزواج سواء كان ذلك قبل أو بعد الدخول ، و لا يمكن إثباته [1]

حيث عرفت المحكمة تطبقا لهذه الحالة كما يلي:

فمن المقرر إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه.

أما ما كان من الثابت في قضية الحال أن الشاهد الأول صرح انه لا يوجد ولي ولا صداق ، وأن الشاهد الثاني صرح انه استدعى لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة ، فان قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم تأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما[2]

2/أثر تخلف الولي بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري

[1]. زوبير بولعواد ، مرجع سابق ، ص22 .
[2]. جمال سياس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،جزء 2 طبعة 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013، ص.602

قام المشرع بتعديل المادة 33 بالأمر رقم فأصبحت تنص على ان 05-02 فأصبحت تنص على أن "يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا .إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبلا لدخول و لا صداق فيه ، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل"[1]

من خلال تحليل هذه المادة نستنتج حالتين:

1- مادة 1/33يفهم منها أن المشرع الجزائري حصر بطلان عقد الزواج في اختلال ركن الرضا الذي يعتبر الركن الوحيد لعقد ال زواج وفقا لنص المادة 9 من الأمر05_02

2-مادة مادة 2/33 تقضي بأنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

نستنتج أنه بعدما عدل المشرع الجزائري جعل الولي شرطا في المادة 9 مكرر وكفى بنصه في المادة 11 "**بحضور وليها**" ، فلا معني للحضور إذا لم يكن له أي تأثير و أن غيابه من مجلس العقد لا يجعل العقد باطلا ، ولا فاسدا ، ولا موقوفا على موافقته ، رغم أن مادة 18 تنص على انه" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف عمومي مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9و**11** مكرر من هذا القانون.

[1].انظر،نص المرسوم 05_02 مرجع سابق

الخاتمة

يستمد قانون الأسرة الجزائري معظم قواعده من أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة ما يتعلق بالزواج باعتباره عقد شرعي ديني قبل أن يكون عقد مدني فتقوم أحكام الشريعة بتحديد ضوابط الزواج من أركان وشروط .ومن خلال ما سبق دراسته فإن خلاصة ما يمكن أن نقوله بشأن الولي المتعلق بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون.

أولا :بالنسبة لولاية الزواج تبعا لما جاء به الفقه الإسلامي مدعما بالنصوص القرآنية والأحاديث النبوية ، نجد أن فقهاء المذاهب الأربعة كانت لهم أراء مختلفة و متضاربة فيما بينهم في شأن الولي في عقد الزواج باعتبار الولي شرط صحة العقد أو ركن ، ويبدو ذلك جليا في مدى ترجيح رأي المرأة المراد تزويجها لدى البعض منهم ،أو ترجيح رأي وليها عند البعض الأخر.

ثانيا :موقف المشرع الجزائري فيما يخص الولي في عقد الزواج،حيث اعتبره ركن من أركان عقد الزواج،ومن نفس القانون على عدم جواز إجبار الفتاة على الزواج وبالتالي كل هذه المواد متفقة مع الشرع إذ لا يجوز تزويج المرأة من غير أذنها و لا يعني اشتراط إذنها أن الولي غير لازم في نكاحها ، فالصواب القول بموجب اتفاق إرادتها مع إرادة وليها في الزواج.

وأخير ما نصت عليه المادة 2/33 المعدلة فإذا جئنا إلى تطبيقها تطبيقا حرفيا وذلك باستعمال" الولي في حالة وجوبه " ولا يكون الولي واجبا عند عقد الزواج إلا ما تضمنته المادة2/11 يشبه إلى حد كبير إلغاء الولي ، حتى و إن لم ينص عليه المشرع صراحة ، وهذا خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالمشرع الجزائري فتح ثغرات قانونية وهذا ا رجعا إلى سعيه لمسايرة التطور الاجتماعي ، والثقافي من جهة ، و من جهة أخرى التمسك بحق نص الشرع و الدين ، فهذه الثغرات قد تفتح بابا لنتائج سيئة قد تعكس سلبيا على المرأة نفسها ، وعلى أسرتها و حتى على المجتمع.

وفي الأخير نصل إلى القول أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل قانون الاسرة .لإدراك بعض المسائل ، لكن نرى أنه قد أصاب في بعض المسائل ، إلا أنه قد أخفقا في البعض وفي مسائلة الولي فمعظم النصوص المتعلقة بموضوع الولي وفقا الشريعة الإسلامية ، التي تعتبر المصدر الأساسي لقانون الأسرة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

I. من الكتاب .

II. من السنة .

III. المعاجم:

1. إسماعيل بن عباد،المحيط في اللغة ،مكتبة الشاملة
2. بطرس البستاني ت،محيط المحيط ،بدون طبعة ،بيروت لبنان نباب خطب.
3. منظور، لسان العرب، قدَّم له الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف، يوسف خياط، ج1، دار لسان العرب، بيروت، (لبنان).
4. مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، (لبنان)، 1994م.
5. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ،دار القلم، بيروت، (لبنان).
6. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.

أ) الكتب:

1. أحمد فراج حسين ،احكام الزواج في الشريعة الاسلامية ،طبعة1،دار المطبوعات الجامعة الاسكندرية 1997.
2. أحمد بن محمد ،المصباح المنير ،مكتبة لبنان 1987.
3. أبي بكر محمد،احكام القرآن ،دار الجبل بيروت لبنان 1987 جزء 2.
4. أبو البركات احمد ،الشرح الصغير علي اقرب المسالك،الي مذهب الامام مالك ،بدون طبعة وتاريخ ،مكتبة شاملة .
5. ابن عابدين، رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار، ط1، ج2 دار الكتب العلمية، بيروت، (لبنان)، 1994م.
6. إبن راشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،جزء 2،دار شريفة القاهرة
7. إبرهيم عبد الرحمان ،الوسيط في شرح القانون في الاحوال الشخصية ندار التقافة ،لنشر توزيع عمان الاردان 1999.

8. ابو زكريا محي الدين ،روضة الطالبين وعمدة المفتين ، المكتب الاسلامي بيروت ،الطبعة 3 1991 ،جزء 7.

9. ابو زكريا محي الدين ،المجموع شرح المذاهب ،دار الفكر طبعة كاملة ، جزء 4

10. القرطبي تفسير القرطبي، الجامع احكام القرآن الكريم ندار الكتب المصرية ،القاهرة بدون طبعة مكتبة شاملة .

11. الاكحل بن حواء ،نظرية الولاية في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين العربية ،الشركة الوطنية لنشر والتوزيع ،الجزائر .

12. العربي شحط عبد القادر ،قانون الاسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي لمحكمة العليا،دار الاديب لنشر والتوزيع ،الجزائر .

13. الدكتور الصادق عبد الرحمان الغريابي ،مدونة الفقه مالك و أدلته ،دار ابن حازم ،مطبوعة قديمة جزء 2 .

14. الراشد بن شويخ ، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل دارسة مقارنة بعض التشريعات العربية ،طبعة 1،دار الخلونية، القبة الجزائر 2008م.

15. العربي بلحاج،احكام الزوجية وآثارها في قانون الاسرة ،لا طبعة ،دار هومة بوزريعة الجزائر 2013 م.

16. بلحاج العربي،احكام في ضوء قانون الاسرة الجديد ،جزء1 طبعة 1،دار التقافة،لنشر والتوزيع الاردن 2012.

17. دليلة معزوز ،إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلات الإثبات في الزواج العرفي ،كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر 2004.

18. دكتورة وهيبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي وأدلته ،دار الفكر الجزء 7.

19. رمضان علي السيد الشرنباصي احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان.

20. سيد ،فقه السنة ،الفتح لإعلام العرابي ،دار النشر، مصر .

21. محمد الانصاري الصاع ابو عبد الله ،شرح الحدود ابن عرفة ،دار المغرب الاسلامي 1993،الطبعة 1

22. محمد ابو زهرة ،آراءه الفقهية ،طبعة 3 دار الفكر العربي القاهرة مصر1947.

23. محمد سمارة ،دراسات في الفقه المقارن ،دار العلمية الدولية طبعة 1،الاردان 2002.

24. محمد علي الشوكاني ،نيل الأوطار، دار القلم ،المجلد 3،بيروت لبنان .

25. محمود محمد ،فقه الاحوال الشخصية ،مؤسسة الورق عمان الاردان 2000.

26. محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية الخطبة الزواج حقوق الزوجين العدة متعة المطلقة،طبعة 9.

27. موطأ مالك ،تأليف الموطأ وتاريخه ،جزء 1.

28. محمد بن محمد ،اكمل الدين ابو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ،لعناية شرح الهداية ،دار الفكر ،بدون طبعة وبدون تاريخ ،جزء 3.

29. محمد بن احمد بن عرفة ،شرح الكبير ،دار الفكر ،بدون طبعة جزء 2 مكتبة الشاملة .

30. محمد بن مكرم،لسان العرب ،تحقيق عبد الله علي الكبير،جزء 15،القاهرة ،دار المعارف.

31. محمد بن احمد بن راشد الاندلسي ،اختلاف مذاهب العلماء ومنهاج الادلة في الاصول ،طبعة 5،بيروت دار القلم الملاين 2002 م جزء 5.

32. عوض بن رجاء العوفي الولاية في النكاح مكتبة فهد الملك فهد الوطنية السعودية 2002.

33. عبد الرحمان بن إبرهيم ،العدة شرح العمدة ،دار الحديث القاهرة، طبعة 1

34. عيسي حداد ،عقد الزواج ،دراسة مقارنة ،منشورات جامعة برج باجي مختار عنابة .

35. علي ابي بكر بن عبد الجليل ،الهدية في شرح بداية المبدي التاشر طلال يوسف ،دار أحياء التراث العربي ،بيروت ،جزء 3 .

36. غسان عشا،الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الاسلام الأحكام الفقهية الكتاب المسلمين المعاصرين ،طبعة1،الساقي لبنان .

ب)الأبحاث الجامعية:

1. حول الأهلية في القانون الجزائري ،موقع محرك البحت ،أخد من مراجع أحكام الإتبات في القانون الجزائري .
2. مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء مجلس المدية الجزائر 2004.
3. مذكرة الولي في الزواج مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية من إعداد الطالب صادق سالم
4. مذكرة عقد الزواج وفقا للإحكام الجديدة لقانون الاسرة الجديد مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون الخاص .

ت)مراسيم قانونية :

1. الأمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المتضمن 1984 قانون الاسرة جزائري عدد 31 الصادر بتاريخ 14 جوان 1984.
2. مادة 11من امر 05-02
3. الامر 84-11 المؤرخ 9 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل بالامر02-05 المؤرخ 27 فيفري 2005.

الفهرس

السورة	نص السورة	الآية	الصفحة
الورم	{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}	21	ت
سورة البقرة	{وإذا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُن فَلا تَعْضُلُوهُن أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهن إِذَا تراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يؤمنوا بالله و اليوم الاخر ذلك ازكى لكم و اطهر و الله يعلم و أَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ}	232	18
سورة البقرة	{اِذا طَلَقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُن فَلا تَعْضُلُوه هُن أَنْ ينَكِحْنَ أَزْواجَهُن}	232	18
سورة الاحزاب	{فَلَما قضى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرا زَوجْنَاكَهَا}	37	19
القصص	{إِنّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْن }	27	19

البقرة	{وَ اِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهن فَلَا تَعضُلُوهن أَن ينَكِحْنَ أَزْوَاجَهن إِذ اَرضَوْا بيَنْهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يوُعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يؤُمِنُ بِاللَّه وَالْيوَمِ الْآخِرِ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَ اللّهَ يعَلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}	232	22
البقرة	{اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا}	257	26
الاسراء	{وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ مِنَ الذُّلِّ}	111	26
البقرة	{وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سر اإلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَه وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّه يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوه وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّه غَفُور حَلِيم}	235	49

نص الحديث	الصفحة
" لا نكاح إلا بولي "	ت
"لا تزوج المرأة المرأة....."	20
" إن أبي زوجني ابن....."	23
" لا يجوز لها أن تزوج نفسها..."	36
" إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ امرأَةً....."	50
" فخطبت جارية فكنت...."	50

الفهرس:

مقدمة	ت-د
الفصل الاول:.الولي الشرعي	15
المبحث الأول: مفهوم الولي	15
المطلب الأول: تعريف الولي	15
الفرع الأول: لغة	15
الفرع الثاني:اصطلاحا	16
اولا :عند الفقهاء	16
1-عند المالكية	16
2-عند الشافعية	16
3-عند الحنابلة	16
الفرع الثالث :قانونيا	17
مطلب الثاني:حكم الولي ودليل مشروعيته	17
فرع الاول :القائلين بوجود الولي في الزواج (شرط الصحة)	17
أولا :ادلتهم من الكتاب	18
ثانيا:ادلتهم من السنة	20
ثالثا:القائلين من الصحابة رضون الله عليهم	21
الفرع الثاني:القائلين بعدم وجود الولي في الزواج (شرط تام)	22
أولا:ادلتهم من القرآن	22
ثاني: من السنة	23
ثالثا: من الصحابة رضون الله عليهم	23
المطلب الثالث:موقف المشرع الجزائري	24
المبحث الثاني:مفهوم الولاية وأقسامها	26
المطلب الأول:تعريف الولاية	26

الفرع الأول :لغة	26
الفرع الثاني :اصطلاحا	27
1- عند الحنفية	27
2-عند المالكية	28
3-عند الشافعية	29
4-الحنابلة	28
الفرع الثالث:قانونيا	29
المطلب الثاني :اقسام الولاية	29
الفرع الاول الولاية عند الحنفية	29
اولا:ولاية ندب و استحباب	29
ثانيا :حتم وإجبار	30
الفرع الثاني:الولاية عند المالكية	30
أولا:ولي مجبر	30
ثانيا:ولي غير مجبر	31
الفرع الثالث:الولاية عند الشافعية	31
أولا:ولاية إجبار	31
ثانيا:ولاية اختيار	31
الفرع الرابع:الولاية عند الحنابلة	32
أولا:ولي مجبر	32
ثانيا:غيرمجبر	32
خلاصة :تعريفات ولاية اختيار،ولاية إجبار	33
المبحث الثالث:شروط الولي وترتيبه في الولاية	33

المطلب الأول: شروط الولي	33
الفرع الأول:الشروط المتفق عليها الفقهاء	34
1-الاسلام	34
2-الحرية	34
3-البلوغ	35
4-العقل	35
الفرع الثاني:الشروط المختلف فيها بين الفقهاء	35
1-الذكورية	35
2-العدالة	36
المطلب الثاني:ترتيب الاولياء	37
الفرع الاول:ترتيب الاولياء عند الفقهاء	37
1- ترتيب الاولياء عند الحنفية	38
2- ترتيب الاولياء عند المالكية	38
3- ترتيب الاولياء عند الشافعية	39
4- ترتيب الاولياء عند الحنابلة	40
الفرع الثاني ترتيب الاولياء وفقا قانون الاسرة	41
الفصل الثاني:الولي الشرعي في عقد الزواج	45
المبحث الاول:الخطبة وحكمها	45
المطلب الاول:تعريف الخطبة	45
الفرع الاول :لغة	46
الفرع الثاني:اصطلاحا	46
1-عند الحنفية	46

2-عند الماكية	46
3-عند الشافعية	46
4-عند الحنابلة	47
الفرع الثالث:قانونيا	47
المطلب الثاني:حكم الخطبة	47
الفرع الاول:القائلين بأنها مستحبة	48
الفرع الثاني:القائلين بأنها اباحة	48
الفرع الثالث:الخطبة تأخذ حكم الزواج	48
المبحث الثاني:مشروعية الخطبة وطبيعيتها القانونية	48
المطلب الاول:مشروعية الخطبة	49
الفرع الاول:من القرآن	49
الفرع الثاني:من السنة	50
الفرع الثالث:الاجماع	50
المطلب الثاني :الطبيعة القانونية	51
المبحث الثالث:دور الولي و أثر تخلفه في عقد الزواج	51
المطلب الاول:تعريف الزواج	51
الفرع الاول:لغة	52
الفرع الثاني:اصطلاحا	52
الفقهاء	52
أ-الحنفية	52
ب-المالكية	53
ج-الحنابلة	53

2-الفقهاء المحدثين	54
الفرع الثالث:قانونيا	54
المطلب الثاني:دور الولي وحدوده في عقد الزواج	55
الفرع الاول :دور الولي في عقد الزواج قبل وبعد تعديل قانون الاسرة الجزائري	55
الفرع الثاني:حدود دور الولي في ابرام عقد الزواج	57
1-حدود سلطة الولي في منع موليته علي الزواج	58
2_حدود سلطة الولي بعدم اجبار موليته علي الزواج	59
المطلب الثلث:اثر تخلف الولي في عقد الزواج	59
الفرع الاول:موقف فقهاء الشريعة الاسلامية من تخلف الولي في عقد الزواج	60
الفرع الثاني:موقف المشرع الجزائري	60
1- اثر تخلف ركن الولي بعد تعديل قانون الاسرة الجزائري	61
2-اثر تخلف ركن الولي قبل تعديل قانون الاسرة الجزائري	62
خاتمة	65- 63
المراجع	71-64
الفهرس	80-72