جـــامعـــة عـبـد الحـمـيـد بـن بـــاديس
كـلـيـة الحـقـوق والـعـلـوم السياسية
قسم القانون الخاص

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص معمق

الموسومة بـــ:

ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

من إعداد الطالب:
مراح سعيد

تحت إشراف الأستاذة:
غالي كحلة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة مجبر فتيحة	**رئيسا**
الأستاذة غالي كحلة	**مشرفا مقررا**
الأستاذ بن عوالي علي	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2017/2016

الـــــشـــــكـــــــر

الشكر أولا لله عز وجل على انجاز هذا العمل المتواضع

اتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذة الفاضلة غالي كحلة التي لم تبخل علينا بإرشاداتها ونصائحها وتوجيهاتها

الإهــداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأرضهم عنا في الدنيا والاخرة

كذلك الى أخي عماري رحمه الله واسكنه فسيح جناته والى الاخوة احمد

بوعلام عمر اسامة والاخوات ناجية حكيمة

دون أن انسى سندي في الحياة الزوجة الكريمة منال وقرة عيني مريم

والى كل الأحباب والاصدقاء

مقدمة:

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات والذي أحل النكاح وحث عليه وحرم الزنى، فقد بعث النبي محمد صلى الله عليه وسلم لدعوة الناس إلى الإيمان وترك الأوثان، وترتيب علاقاتهم في كل الميادين وأمرهم بكل خير وفضيلة ونهاهم عن كل شر ورذيلة، حيث أنه من جملة التشريعات التي جاء بها تبين الأحكام المتعلقة بالنكاح بإعتبار أن النكاح كانت له في الجاهلية عدة صور مخالفة لتعاليم الإسلام، ومن هذه الأحكام المتعددة ولاية التزويج، التي فصل الإسلام القول فيها، لكن العلماء اختلفوا فيها بين مشترط الولي في صحة عقد النكاح فيرى عدم إنعقاده بعبارة النساء، ومن يري الولي شرطا فيرى أنه ينعقد بعبارة النساء.

إن البحث في موضوع الولاية في النكاح ذات أهمية كبيرة لكثرة الحكام عليه، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشا حادا وطويل بين مختلف المعنيين بها من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته، حيث أنه كانت ولا والت من المواضيع الهامة التي هي مصدر التفتح على الأحكام والقواعد التي يقوم عليها الزواج بإعتبارها أحد الركائز التي يرتكز عليها عقد الزواج، لذا بحثنا في هذا الموضوع نظرا للإشكاليات التي أفرزها تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر القانون09/05 المؤرخ في 4 مايو 2009 على الأمر 09/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الذي في أساسه هو نوع من الاستجابة لضغوطات المجتمع الدولي والوطني، والجمعيات النسوية المطالبة بتحرير المرأة ومنه نطرح الإشكالية الأتية:

ما هو موقف القانون المقارن (التشريعات العربية) من الولاية في عقد الزواج؟ وما مدى تبنيه لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية؟

وقد تفرغت عن الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية:

1- ما مدى تبني المذاهب الفقهية والتشريعات العربية المقارنة في تحديد المركز القانوني للولي في عقد الزواج من جهة، وقواعد وأحكام قانون الأسرة من جهة أخرى؟.

2- ما التكييف القانوني للولاية في عقد من منظور المشرع الجزائري والقانون المقارن؟

3- هل وفق المشرع الجزائري والتشريعات العربية في إعتبار الولي شرطا من شروط عقد الزواج؟

المنهج المتبع في البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج المقارن الذي يساعد في مقارنة الدراسة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هذا من جهة، والتشريع الجزائري وتشريعات البلدان العربية من جهة أخرى.

وقد توسمنا تقسيم هذا الموضوع إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، ففي المقدمة تعرضنا لأهمية الموضوع وأهدافه وأسبابه والمنهج المعتمد، أما الفصل الأول فخصصناه لأحكام الولاية في الفقه الإسلامي والقانون المقارن حيث بينا مفهوم الولاية، قم تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، وفي الأخير أحكام الولاية على القاصر.

وفي الفصل الثاني تطرقنا إلى أحكام ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، حيث أنه وضحنا أقسام الولاية، ثم مدى مشروعيتنا وحكمها، وأخيرا أثر تخلف الولي.

إن نشوء الاسرة في الإسلام لا يأتي إلا بعقد شرعي يتم بين طرفين رجل و امرأة، و هو ليس مجرد عقد بل ميثاق غليظ؛ يترتب عليه التزامات كلا الطرفين، تعتبر الأسرة الوسيلة الشرعية الوحيدة لإعمار الأرض عن طريق النسل بعد زواج صحيح قائم

كما انها منطلق بداية تطور مملكة بحد ذاتها، فالملك هو الأب و الملكة هي الأمن و يقع تحت امرتهما الأولاد، حيث يتولى الأبوين رعايتهم و تربيتهم لهذا شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق العاجزين عن التصرف، سواء بسبب نقص الاهلية أو فقدها، و رعاية لمصالح هؤلاء وشؤونهم حتى لا تضيع وتهدر، ذلك أن الاسلام وحدة متماسكة، فمن عجز عن مصلحته شرع له من يتولى أمره بداية من الله عز و جل و رسوله الكريم لقوله سبحانه و تعالى: **"إنما وليكم الله و رسوله و الذين آمنو"** فالآية إن دلت على شيء لا تدل إلا على أن الشريعة الإسلامية السباقة في توفير الحماية لمن لا يمكنه توفيرها لنفسه.

لهذا سنتناول في هذا الفصل أحكام الولاية من خلال ثلاثة مباحث ؛ نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الولاية في ثلاثة مطالب، في الأول نتناول تعريف الولاية و الثاني نذكر أنواعها وفي الأخير نشير إلى شروطها، أما المبحث الثاني سنتناول تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها في ثلاثة مطالب؛ و في الأول نتطرق إلى تمييزها عن الوصاية، أما في الثاني تمييزها عن القوامة، و في المطلب الثالث تمييز الولاية عن الكفالة، أما المبحث الثالث سنتناول أحكام الولاية على القاصر ، في ثلاثة مطالب ، نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم القاصر و في الثاني إلى ترتيب الأولياء و حكم تصرفاتهم أما المطلب الثالث نتناول نهاية الولاية.

المبحث الأول: مفهوم الولاية

المطلب الأول: تعريف الولاية

يختلف تعريف الولاية بحسب اختلاف المنظور الذي عرفت منه، فيختلف التعريف اللغوي عن التعريف الفقهي و القانوني وهذا ما سنتوصل إليه من خلال هذا المطلب مقسما على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الولاية من الكتب اللغوية

الولاية بكسر الواو هي المحبة والنصرة و القدرة أما الولاية بفتح الواو فهي تولي الأمر؛ فيقال ولي الرجل إذا أعانه ونصره و قام بأمره و هي من ولى الشيء وولي عليه[1]، و يقال أيضا ولى عليه ولاية إذا قام بأمره و شؤونه و منه قوله تعالى: " **وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَهِمِنْ وَلِيٍّ وَ لا نَصِيرٍ**"[2].

وهناك بعض اللغويين جمعوا بين فتح الواو و كسرها، فعرفوا الولاية على انها حضور، و هناك من عرفها بكسر الواو على أنها النصرة.

و هناك من اعتبر الولي الناطق الرسمي عن موليه، و كلا المعنيين مراعى في الولاية؛ لأن المولى عليه يحتاج إلى التدبير من الولي و هذا الأخير يحتاج إلى النصرة من المولى عليه و النسب ادعى إلى تحقيق ذلك[3].

أما عن الولي فهو ضد العدو و هو المالك، فيقال: ولي اليتيم أو القتيل بمعنى المالك أمرهما، و الولي هو الناصر و المعين و يسمى متولي العقد الولي.

---

[1] الرشيد ابن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، بدون مكان نشر 2008، ص.62.

[2] سورة البقرة، الآية 107.

[3] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2008،ص.364.

الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا

من التعريفات التي وردت في الولاية عند جمهور الفقهاء ما يأتي:

تنفيذ القول على الغير و الاشراف على شؤونه، و هي القدرة على انشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد[1].

و معنى هذا أن الولاية تعطى لصاحبها سلطة إنشاء العقود أو التصرفات سواء فيما يخص شؤونه هو أو شؤون غيره و هذه السلطة غير مستندة إلى موافقة أي شخص.

و ذكر بعض الفقهاء على أن الولاية هي: تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه، والمراد بالغير هنا القاصر والمجنون والبالغ.

وقد عرفها علماء الفقه الحنفي و على رأسهم الكساني بدائع الصنائع بأنها:" تنفيذ القول على الغير"، و زاد ابن نجيم و ابن العابدين على هذا التعريف "شاء أم أبى"[2].

أما عند المالكية فهي الآصرة الوجبة للإرث، فيرى ابن جزي أن الولاية خمسة أنواع:

أ- ولاية الإسلام ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها.

ب- ولاية الحلف.

ت- ولاية الهجرة التي كان يتوارث بها أو الاسلام ثم نسخ.

ث- ولاية القرابة.

ج- ولاية العتق و الميراث[3].

ومن الفقهاء المعاصرون الذين عرفوا الولاية نجد مصطفى الزرقا حيث عرفهابأنها:" قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"[1].

---

[1] العربي بلحاج، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الأحكام الزوجية وأثارها، دار هومة، بدون مكان وتاريخ نشر، ص,401.

[2] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر و التوزيع الكويت،1990،ص.59.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر، سوريا، 1985،ص.746.

و عرفها الامام أبو زهرة بأنها: "القدرة على إنشاء العقد نافذا"[2].

كما تطرق عبد الكريم زيدان إلى تعريفها بأنها:" قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أوماله أو على نفس الغير أو ماله"[3].

الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا

لم تعرف مختلف القوانين العربية المقارنة الولاية بل اكتفت ببيان أحكامها من خلال النصوص القانونية المدرجة، فمثلا: قانون الأسرة الجزائري يبين أن الولاية سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، هذا بقراءة المادة 81 منه، أما مدونة الأسرة المغربية وضعت الأطفال تحت مسؤولية أبويهم من تربية وتعليم.....إلخ حسب المادة54. إلا أنه هناك بعض التشريعات تطرقت إلى تعريف الولي، كقانون الاحوال الشخصية السوري بأنه:" العصبة بنفسه على ترتيب الإرث" وحسب المادة 21 منه ووفقه في ذلك القانون الكويتي في المادة 29 منه كما أنها أشارت أي التشريعات العربية إلى الولي في عقد الزواج، كما نلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني هو الآخر عرف الولاية بأنها:" حق منحه الشارع لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ القول على غيره رضي ذلك الغير أم لا"[4] حسب المادة 118 منه.

من خلال ما سبق من تعريف الولاية يظهر لنا أن هذا المبدأ يقوم على أساس المسؤولية التي تقع على عاتق الولي ولا سيما في أخطر عقد ألا و هو عقد الزواج ، باعتبار أن آثاره لا تلحق الزوجين فقط و إنما تصيب الأهل سواء كانت تكريما أو مهانة.

---

[1] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم دمشق،1998،ص.843.

[2] محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الولاية عن النفس الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي ،بدون مان النشر،1957،ص.107.

[3] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987،ص.339.

[4] باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية غزة، 2010،ص.05.

المطلب الثاني: أنواع الولاية

تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قسموا الولاية إلى نوعان: ولاية قاصر وولاية متعدية.

فالأولى هي قدرة العاقد على إنشاء العقد بنفسه و تنفيذ أحكامه، أما الثانية فهي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره وهذه الولاية تنقسم بدورها إلى ولاية عامة وولاية خاصة، فأما العامة كولاية السلطان و القاضي و الخاصة هي على ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس و المال معا[1].

وقد ذكر الإمام أبو الزهرة أن المولود تثبت عليه ثلاث ولايات، فالأولى هي ولاية التربية وهي الحضانة والثانية هي ولاية المحافظة على نفسه وصيانته، وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوزه سن الحضانة إلى بلوغه غير مفسد كما تثبت على المجنون و المعتوه وعلى البكر من النساء و الثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، أما الولاية الثالثة فهي الولاية المالية[2].

الفرع الأول: الولاية على النفس

ما لا شك فيه أن طبيعة ظروف القاصر تحتم رعايته رعاية كاملة بحسب نموه وتسلسل فترات حياته، لما به من عجز عن التوصل إلى المسار الصحيح لبناء حياته وقضاء حوائجه؛ لذلك هو بحاجة إلى من يتولى القيام عنه ألا وهو الولي عن طريق الولاية على النفس التي تشمل كل من الرضاعة والحضانة وحسن التنشئة و التعليم وصولا إلى التزويج[3].

أولا– تعريف الولاية على النفس

تعرف على أنها نفاذ الأقوال و التصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس الشخص أو بنفس المولى عليه، فإن كانت على نفس الصغير ومن في حكمه فإن ما يملكه الولي يتعلق بصيانة المولى عليه من رضاعة و حضانة وحفظه وعلاجه و تأديبه وتوجيهه إلى ما ينفعه وتعليمه وتزويجه[4].

---

[1] خالد وعدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت،1964،ص.63.

[2] محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي،1950 ،ص.458.

[3] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي و القانون، دراسة مقارنة، بدون اسم ناشر، القاهرة، 2001،ص.669.

[4] أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008،ص.468.

أما بالنسبة للرضاعة و الحضانة فقد تكفلت الشريعة الاسلامية بالاهتمام بالطفل منذ ولادته فشرعت للأم إرضاعه حولين كاملين لقوله تعالى:" **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِلِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** "[1]حيث أن الرضاع هو الطريق السليم لنمو الطفل و الحفاظ على صحته, اما الحضانة فهي رعاية الطفل و حسن تنشئته و تربيته على مبادئ الاسلام و التكفل بكل حوائجه المادية و المعنوية و كذا التأديب و التعليم و الصيانة ....الخ لان الطفل يولد صفحة بيضاء لا يميز بين ما يضره وما ينفعه لذلك وضعه الله بين ايادي والديه بحكم ان يتسم بالمرونة و القابلية للتشكل, قال تعالى: "وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ"[2]وهذا كله ما يلخص حسن التنشئة اما عن التعليم فولي الطفل يتولى تسجيله في المدرسة و يتكفل بمصاريف ذلك على اكمل وجه, اخر محطة يقف عندها قطار الولاية على النفس هي تزويج المولى عليه و الاشراف على عقد الزواج.

اتفق جمهور الفقهاء على هذا التعريف اما القوانين العربية المقارنة فاكتفت بتوضيح ان للولي على النفس سلطة تزويج نفسه و تزويج غيره و هذا موضوع دراستنا في الفصل الثاني من هذا البحث.

ثانيا–شروط الولاية على النفس[3]

اعطاء هذه الصلاحية للولي ليس بالأمر السهل لذلك اشترطت فيه عدة شروط منها:

ا– ان يكون بالغا عاقلا و هذا هو اساس التكليف فلا يستطيع الولي القيام بمهمته من حفظ و رعاية الا بالعقل و البلوغ.

ب–القدرة على تربية الولدو القيامبشؤونه و صيانته و تعليمه و لا بد من صلاحيته لذلك.

ج–الامانة على اخلاق الولد فالغير المؤتمن الفاسق الماجن الذي لا يبالي بما يفعل لا يكون اهلا للولاية.

د–اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه.

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] سورة لقمان، الآية 13.

[3] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006،ص.247.

الفرع الثاني: الولاية على المال

يعجز القصر على تمييز النفع من الضرر لانعدام أو نقص الأهلية، فإذا تصرفوا أضرو بمصالحهم و مصالح غيرهم فكان لازما أن يعين لهم من يرعى مصالهم ويصون حقوقهم عملا بقوله تعالى:" **فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالعَدْلِ**"[1]، فالولاية على المال تنهض لتحل مكان أهلية التعاقد بقصد ترشيد تصرف من انعدمت أو قصرت أهليته بالنيابة عنه نيابة أجازها الفقه و القانون فلا يتضرر بذلك المال و لا صاحبه.

اولا–تعريف الولاية على المال

كمعنى عام لها فهي قيام شخص بالتصرفات القانونية بدلا من شخص آخر او الى جانبه يطلق على هذا الشخص الولي كما يطلق عليه الوصي والمقدم.[2]

او هي القيام بالتصرفات المتعلقة بالمال كالبيع والاجارة والرهن وما الى ذلك, وفي قول آخر هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها و تنفيذها.[3]

أي أن هذا النوع من الولاية لا يتعلق بنفس الشخص بحد ذاته وإنما تمس المال اي ما يملكه المولى عليه من اموال وتعتبر هي الاخرى مسؤولية كبيرة يتحملها صاحبها, حتى وإن اختلفت عبارات الفقهاء ولكن اتفقت في المعنى حول أن الولاية على المال نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته لعجزة هو نفسه عن النظر فيها و هذا كله تحقيقا لمصلحته.

ثانيا– أنواع الولاية على المال

1–الولاية العامة والخاصة: الأولى هي سلطة الشارع الحكيم للسلطان أو من ينوب عنه، ما لم يكن ولي خاص كالأب أو وصيه، اما الثانية فهي ولاية شخصية تتسم بصفة القرابة من جهة الأب إما مباشرة أو عن طريق الإيصاء.

[1] سورة البقرة، الآية 282.

[2]. صورية غربي، حماية المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص.125.

[3] مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص.248.

2- الولاية الذاتية (الأصلية) و الولاية المكتسبة (النيابية): أما الأولى فهي تستمد قوتها و مشروعيتها ووجودها من الشرع مباشرة دون واسطة و سببها القرابة التي أمر الشرع بممارستها، و الثانية لا يمكن أن تكون إلا في حالة غياب الأصلية للقيام بالشؤون المالية للقاصر وهي تستمد قوتها منها[1].

ثالثا- شروط الولاية على المال: يشترط فيها

أ-أن يكون الولي كامل الأهلية، و الكمال هنا يتحقق معلوما بالبلوغ و العقل و الحرية فليس من الممكن لشخص فاقد الأهلية أو ناقصها أن يكون ولي على غيره في حين أن يكون غير قادر حتى على تولي أمواله.

ب- أن يكون رشيدا لا يخشى على أموال القاصر منه سواء سفيه محجور عليه فعلا أم سفيه مبذر غير محجور عليه فهو ليس أهلا لتولي أموال غيره.

ج- اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه.

المطلب الثالث: شروط الولاية

لإعطاء صلاحيات التصرف في أمور شخص سواء متعلقة بنفسه أو ماله لابد من تخصيص شروط تضبط ذلك، فليس من هب و دب تعطى له هذه الصلاحيات، إلا أنه هناك شروط اتفق عليها الفقهاء و شروط اختلفوا فيها وهي كالآتي:

أولا- الشروط المتفق عليها:يتفق فقهاء الشريعةالاسلامية على ثلاثة شروط يجب توفرها في الولي لقيامه بالولاية ألا وهي:

أ-أن يكون بالغا عاقلا حرا, فلا تثبت الولاية للصبي ولو كان مميزا ولا للمجنون و المعتوه ولا للعبد المملوك, لان الصبي والمجنون ناقصا اهلية فليس لهما سلامة التفكير م يليها امر نفسهما, فلا يصح ان يتوليا امر غيرهما.

ب-أن يكون الولي أمينا عادلا، و المقصود بالأمانة أن لا يكون الولي فاسقا يرتكب لأمور يخشى منها على القاصر و ماله، ذلك أن الولاية مقيدة بحسن النظر فاشتراط الامانة فيه حفظ للقاصر و ماله على حد سواء[2].

ج- أن يكون الولي مسلما إذا كان القاصر مسلما، فلا ولاية للمسلم على غير المسلم، ولا لغير المسلم على

[1] جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قسم العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2006، ص.15.

[2] جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.39.

المسلم، وذلك لقوله عز وجل: "**وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**"[1]، وقوله أيضا:" **وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** "[2].

ثانيا– الشروط المختلف فيها: تعددت الشروط المختلف فيها بتعداد المذاهب و الاتجاهات الفقهية ولعل أبرزها هو الذكورة والعدالة، بالإضافة إلى ذلك خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة في حالة توليه لعقد الزواج.

1–الذكورة: اختلف الفقهاء في هذا الشرط، فمنهم من ذهب إلى أن الذكورة شرط لأن الولاية يشترط فيها الكمال والمرأة قاصرة على حد قولهم حيث تثبت الولاية عليها وليس لها على غيرها حسب رأي جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة، فلا تصح عندهم ولاية المرأة لأنها لا عبارة لها و هذا خلاف الحنفية في الراجح عندهم إلى أن الذكورة ليست شرطا في الولاية وذلك بناء على أن الولاية تكون بعد العصبات لعتمة الأقارب من الذكور و الإناث[3].

2–العدالة: ليست العدالة شرط عند الحنفية، فالفاسق له الولاية على نفسه فتثبت له الولاية على غيره لأن أسباب الولاية هي الشفقة، وهي متوفرة في الفاسق إلا إذا كان متهتكا فلابد لصحة ولايته أن يتزوج من تحت ولايته كفئا بمهر المثل، ويشبه الفاسق في هذه الحالة بالأب المعروف بسوء الاختيار، فإن له الولاية على الصغير والصغيرة بشرط مراعاة المصلحة، و أما الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا العدالة مستندين لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا نكاح إلا بولي مرشد" تخريج الحديث فالفاسق لا ولاية له على غيره لأنه ليس برشيد، وقد رد الحنفية على هذا الحديث بأنه مضطرب اضطرابا شديدا، وزيادة كلمة "مرشد" التي استند إليها المخالفون غير ثابتة وعلى فرض ثبوتها فالمرشد ليس المراد به الرشيد، وإنما المراد به الذي يرشد غيره، والفاسق أهل لهذا لما له من العقل و الشفقة و الحرص على مصالح من تمتون إليه بصفة القربي من الصغار ومن في حكمهم[4]، وبهذا نجد ان نقطة اختلاف الفقهاء ليست في شروط الولي على القاصر و إنما اختلفوا في شروطه في النكاح.

أما قانونا فلم تتطرق معظم التشريعات العربية إلى شروط الولي بصفة مباشرة، بل اكتفت باشتراط الولي في عقد الزواج أو وجوب حضوره لإتمام عقد الزواج كالقانون العراقي و المصري، ولكن هذا لا يعني ان كل القوانين

---

[1] سورة الأنفال، الآية 73.

[2] سورة النساء، الآية 141.

[3] أنغام محمود شاكر، مفهوم الولاية في الزواج، مجلة الحلى للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، بدون مكان نشر، **المدنة الرابعة**، ص.206.

[4] عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، النزهة الجديدة، القاهرة، 2004، ص.304.

الوضعية لم تتطرق إلى شروط الولي بل توجد مجموعة من القوانين نصت عليها صراحة مثل القانون السوري حسب المادتين 21و 22، و القانون الأردني في المادة 10.

أما المشرع الجزائري فهو ضمن قائمة القوانين التي لم تذكر شروط الولي صراحة واكتفى بشروط الوصي المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة، و يبقى السؤال يطرح نفسه، لماذا المرع الجزائري لم يتطرق إلى شروط الولي؟ دون إجابة.

المبحث الثاني: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها

من خلال تعريف الولاية نجد انها تختلف عن الأنظمة التي تدخل ضمن النيابة الشرعية من وصاية وقوامة وكفالة ويكمن هذا الاختلاف من حيث الأسباب و الشروط و الآثار، ومن حيث أحقية كل من الوصي و القيم و الكفيل في ممارسة الولاية و هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث حسب ما يلي:

المطلب الأول تمييز الولاية عن الوصاية

أولا– تعريف الوصاية في اللغة: هي مصدر وصي تعني طلب شخص شيئا من غيره ليفعله حيال حياته، وإذا أوصيت إليه جعله وصيا.

أما في الاصطلاح:هي إقامة الإنسانغيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون ووصايا في شؤون أولاده الصغار و رعايتهم، وهي اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته[1].

و الوصي يأتي بعد الأب أو الجد، حيث أن الأب هو الذي يختاره و هنا يطلق عليه الوصي المختار أو من تنصبه المحكمة و يطلق عليه الوصي المنصب و في هذا الأخير الأم تكون لها الوصاية، أو الأولوية فيها. و يقع تحت حكم الوصاية ناقص الأهلية أو عديميها نتيجة الإصابة بعارض لها كالجنون، العته، السفه، الغفلة، هذا حسب رأي الجمهور، أما مختلف القوانين العربية فأخذت هي الأخرى بهذا الرأي حسب المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 175 من القانون السوري، إلا أنه في بعض القوانين العربية الوصي يأتي بعد الأب ثم الأم مثلا: كالقانون المغربي حسب المادة 236، 237 من المدونة المغربية.

[1] بلبم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص.15.

اتفق الفقهاء على أن الإيصاء إذا كان مطلقا أي غير مقيد بالنكاح كقول الموصي: "أنت وصي على ابنتي" أو كان في ماله كقوله: "أنت وصي في مالي" فهنا لا يستفيد من التصرف بالوصية و هو يملك ما لم يوصى له به[1].

ثانيا– صلاحيات الوصي: لقد منح للوصي نفس صلاحيات الولي وهي كالتالي:

أ–للوصي التصرف في أموال القاصر مع مراعاة مصالحه الخاصة.

ب– الوصي مسؤول اتجاه القانون العام.

ج–الوصي مسؤول على الأضرار الناجمة من سوء تصرفه في أموال القاصر[2].

ثالثا– الوصي من حيث التصرف و المهام و الإجراء:

1–من حيث التصرف: إن الوصي من حيث التصرفات مثله مثل الولي فلابد عليه أن يستأذن القاضي في بعض الأمور منها:

–بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

–بيع المنقولات ذات الاهمية الخاصة.

–ايجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد أكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

2–من حيث المهام: تنتهي مهمة الوصي في الحالات التالية:

–موت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو ممثله.

–بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكما بالحجز عليه.

–انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

–قبول عذره في التخلي عن مهمته.

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص.162.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر العاصمة، 2011، ص.238.

-عزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.

3-من حيث الإجراء: إن الوصي الذي انتهت مهامه له أن يقوم بالإجراءات التالية:

- يسلم الاموال التي في عهدته و يقدم عنها حساب بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر بعد رشده أو ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ مهمته.

-أن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

- في حالة وفاة الوصي أو فقده على ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

من خلال تعرضنا لأحكام الوصاية و كل ما يخصها تبين لنا أنه ليس للوصي الولاية على النفس و إنما له الولاية على المال فقط باتفاق جمهور الفقهاء إلا أنه ذهب مالك في رواية إلى أن يجوز توليه الولاية على النفس إذا ما اشترط له ذلك، حيث أنه تعرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها.

و قد تكون الوصاية مطلقة أي أن الوصي تصرف في كافة الأموال لما يخوله له الحق الإيحاء إذا كانت غير مقيدة بشيء مخصوص، أما إذا كانت مقيدة بنوع من التصرفات كأن يقول: "جعلتك وصيا على الأموال في بلد كذا" ونحو ذلك، حيث يرى أب حنيفة أن الوصاية لا تقبل التخصيص فإذا قال: " جعلتك وصيا في أمور التجارة" صار وصيا على كل الأموال لأن الموصي رضي بالتصرف في بعض المال فهو أولى بالتصرف بالباقي و يرى أبو يوسف أن الوصي المختار بتخصص بما يخص له لأن الموصي قد يكون له غرض خاص في التخصص[1].

[1] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الاولى، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، 2009، ص.185.

المطلب الثاني: تمييز الولاية عن القوامة

أولا– تعريف القوامة في اللغة:مأخوذ من قام على الشيء قياما أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومع ذلك القيم هو: الذي يقوم على شأن شيء و يليه و يصلحه و يتعهده و يحسن رعايته، و القيم و القوام بمعنى واحد و القوام أبلغ و هو قائم بالمصالح و التدابير والتأديب، و القيم و الناظر و المتولي في باب الوقف بمعنى واحد.

أما في الاصطلاح: هي ولاية يفوضها القاضي إلى شخص كبير راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه المالية، و القيم هو من يعينه القاضي لتنفيذ وصايا من لم يوصي معين لتنفيذ وصيته و القيام بأمر المحجوزين عليهم من أولاده و المجانين والسفهاء، وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل يريدون به الأمين الذي يتولى امورهم ويقوم بمصالحهم قيام الحفظ والصيانة[1].

و الصلة بينهما أن القوامة أخص من الولاية، كما أنها أعم من الوصاية حيث أن هذا النوع يتشابه بما يسمى بالإمامة التي هي تولي أمور من لا ولي له من طرف الإمام و حسب تطور الجمهوريات انتقلت إلى القضاة.

وكاختصار لكل هذا فإن القيم هو من تعينه المحكمة عند غياب الولي و الوصي بناء على طلب أحد الأقارب أو من النيابة العامة وتقع القوامة على القاصر سواء كان عديم الأهلية أو ناقصها و للقيم نفس صلاحيات الوصي المختار فله أن يتصرف كل تصرف فيه نفع محظ للقاصر و ايس له أي تصرف ضار ضرر محظ بالقاصر وهذا ما هو معمول به في بلادنا حسب المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري، أما التشريعات العربية المقارنة فقد دمجت مفهوم الوصي، و القوامة تخضع لنفس أحكام الوصاية ما عدا في الإجراءات ،فيما يخص بعض القوانين العربية تبنت نفس الأحكام تحت ألفاظ مختلفة منها القانون المغربي، القانون السوري.....الخ.

[1] بلبم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص.7.

المطلب الثالث: تمييز الولاية عن الكفالة

الكفالة المقصودة هنا هي التي تكون للكافل الذي كفل ولد أو بنت فقد والديه بأن قام بتربيته مدة خاصة ورعايته وتولي أمور تعليمه فيكون له الحق في النيابة عنه، و الكفيل يتمتع بكافة السلطات التي يتمتع بها الأبوين الأصليين، فبالتالي تكون له الولاية على النفس و المال على حد سواء، فقط يشترط فيه الإسلام و العقل وأن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته[1].

حيث تعرف الكفالة على أنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بالولد القاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وهذه الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.

تتفق الكفالة مع الولاية من حيث تعلقها بالقاصر، حيث يحتل الكافل بالنسبة للمكفول مرتبة أحد والديه غير أنها ليست تلقائية كالولاية؛ إذ تحتاج لتصريح رسمي أو حكم قضائي أمام موثق أو قاضي أو هيئات دبلوماسية.

يتمتع الكافل بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على نفس المكفول و كل أموره المالية من إرث ووصية وهبة، حيث يجوز له التبرع بماله للمكفول في حدود الثلث أما أكثر من ذلك فهو موقوف على إجازة الورثة.

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة حسب آخر تعديل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، بدون مكان نشر، 2007، ص.60.

المبحث الثالث: أحكام الولاية على القاصر

من خلال معرفتنا السابقة لمفهوم الولاية و أنواعها وتمييزها عن الألفاظ ذات الصلة و جميع الأمور المتعلقة بها وجدنا أن لها أحكام تضبطها و تنظمها وفقا لما يخدم القاصر، فالولاية على القاصر يمكن أن تثبت لشخص و على شخص معين، ويمكن أن تسقط على أشخاص آخرين، ولتحديد أحكام الولاية على القاصر علينا التطرق إلى مفهوم القاصر في المطلب الأول، أما المطلب الثاني نحاول التعرض إلى ترتيب الأولياء وحكم تصرفات الولي، ونهاية الولاية في المطلب الثالث على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم القاصر

الفرع الأول: تعريف القاصر

أولا– في اللغة: يقصد به النقص أو العجز أو الضعف، فيقال أصيب فلان بقصور أي أصيب بعجز ويقال اقتصر الشيء على جزء فقط أي أنه لم يشمل الأمر كله، و منه يقال فلان عقله قاصر فهذا يدل إما على صغر سن أو أنه مصاب بأحد عوارض الأهلية من جنون أو عته أو سفه أو غفلة كونها تمس الشخص في عقله أو في حسن تدبير شؤونه.

ثانيا–في الاصطلاح الفقهي: يقصد به كل إنسان لم يستكمل أهليته إما لصغر سنه أو لعارض من العوارض فيكون إما فاقد الأهلية و إما ناقصها، فالقاصر منذ ولادته، وقبل بلوغه سن التمييز يسمى صغيرا غير مميز أما بعد بلوغه فيسمى بالصغير المميز[1].

وقد اتجه الفقهاء إلى أن البلوغ يكون بالعلامات الطبيعية إن ظهرت، و يكون بالسن إن لم تظهر وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة و خالف أبو حنيفة فجعله للفتى ثماني عشرة سنة وللفتاة سبع عشر سنة وجعله مالك ثماني عشرة سنة للفتى و الفتاة[2].

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص.229.

[2] حسين طاهري، المرجع السابق، ص.180.

ثالثا–القاصر في الاصطلاح القانون:

يطلق القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية مصطلح القاصر على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد، سواء كان مميز أو غير مميز و هذا ما أكدته المادة 147 منه[1].

أما القانون المدني الجزائري فعرف القاصر على أنه كل من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة هذا بقراءة المادة 40 منه، نجد أن بعض القوانين العربية وافقت المشرع الجزائري على هذا المبدأ وقوانين حددت سن آخر ولكن في دراستنا هذه يتمحور تركيزنا على تحديد السن القانونية للزواج أو ما يعرف بأهلية الزواج حيث أنه لا يمكننا الحديث عن القاصر دون الحديث عن الأهلية باعتبارهما مفهومان مترابطان، فحسب المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري فإن سن الزواج يتحدد ب 19 سنة للرجل و المرأة على حد سواء ولكن يجوز للقاضي الإذن بالزواج ما دون ذلك، أما أنه القانون المغربي فحدده ب 18 سنة شمسية للبنت والولد حسب المادة 19 من مدونة الأسرة إلا أنه منع الزواج ما دون ذلك بمن يفوت البنت بأكثر من عشرين سنة، إلا في حالة تحقق القاضي من رضاها ومصلحتها، ووضع المشرع القطري سن الزواج بالنسبة للبنت 16 سنة والولد 18 سنة وأقل من ذلك موقوف على إجازة الولي حسب المادة 17 منه، أما الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فحددت السن القانونية للزواج ب20 سنة للرجل و17 سنة للمرأة، ونلاحظ أن المشرع الكويتي حدده ب15 للبنت و 17 للرجل.

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص.230

الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر

من خلال التعريف يتضح أنه يدخل تحت حكم القاصر من كان ناقص الأهلية أو فاقدها ونميز في هذا الصدد عدة أنواع ولكل نوع حكم تصرفاته:

أولا–الصغير الغير المميز و المجنون:

الصغير المميز هو الطفل الذي لم يبلغ سبع سنين ولا يفهم ما يترتب على العقود و التصرفات، ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير، و المجنون هو من فقد عقله واستوعب ذلك جميع أوقاته.

هذان فاقدا الأهلية وليس واحدا منهما أهلا لأي تصرف سواء كان نافعا أو ضارا أو دائر بين النفع و الضرر فكل عقد أو تصرف يباشره أحدهما يكون باطلا غير منعقد، وفيما يخص المجنون إذا كان الجنون غير مطبق حيث يذهب عقله أو تصرف أوقات ويعود أوقات ففي الحالة الأولى تكون تصرفاته باطلة وفي الحالة الثانية تكون صحيحة حسب أبي حنيفة[1].

ثانيا– المفلس:

المفلس من عليه ديون حالة زائدة على قدر ماله وحجر عليه الحاكم بطريقته أو بسؤال الدائنين فلا يصح تصرفه في المال المحجوز عليه[2].

ثالثا–الصغير المميز والمعتوه:

الصغير المميز من بلغ سبع سنين و يفهم ما يترتب عل العقود و التصرفات، و المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير لاضطراب عقله.

هذان أي الصغير المميز والمعتوه ناقصا أهلية لوجود التمييز لديهما فتصرفاتهما إذا كانت نافعة نفعا محضا كقبول هبة أو وصية فهي صحيحة ونافذة بدون توقفها على إجازة الولي، وإن كانت ضارة ضررا محضا كتبرعه بشيء من

[1] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.217.
[2] حسين طاهري، المرجع السابق، ص.187.

ماله بطلت ولا تصححها إجازة الولي، وإن كانت محتملة بين النفع والضرر كبيعه وشراءه واستئجاره وتأجيره صحت وكانت موقوفة على إجازة الولي[1].

رابعا– تصرف المريض فيما زاد عن الثلث:

المريض حال مرضه يكون إما عديم التمييز أو ثقيل التمييز أي أنه لا يستوعب ما يدور حوله بسهولة لذا أدخلناه تحت حكم القاصر، حيث أنه إذا تصرف في ثلث ماله جاز له ذلك وكان نافذ فما هو معروف أن البراء ابن معروف رضي الله عنه أوصى النبي صلى الله عليه و سلم بثلث ماله فقبله ورده على ورثته.

أما إذا زاد التصرف عن الثلث وكان للمريض ورثة توقف على إجازة الورثة فإن أجازوه صح وإلا فلا تصح الإجازة إلا بعد موت المريض[2].

خامسا– السفيه وذو الغفلة:

السفيه هو مبذر ماله في ما لا يرضاه لا العقل ولا الدين، وذو الغفلة هو السليم القلب الذي يغبن في بيعه ولا يهتدي إلى الرابح من التصرفات.

هذان عاقلان ليس فاقدا أهلية ولا ناقصاها وتصرفاتهما إذا كانت مما لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل كانت صحيحة نافذة وإن كانت غير كذلك فحكمهما حكم الصبي المميز والمعتوه.

رغم كل هذا يستطيع القاصر طلب الإذن من القاضي لتولي أموره بنفسه حيث أنه بعد أخذ الإذن يتسلم أمواله وإدارتها ولا يكون الإذن في كل المال وإنما في جانب منه فقط لأن الأمر فيه اختيار لمقدرة القاصر وله أي القاصر في هذه الحالة مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها إذا لزم الأمر، فهو يبيع ناتج إدارته لأعماله وشراء ما يلزم هذه الإدارة من أدوات، كما لا يمكنه التجارة إلا بإذن القاضي وكذلك يقع تحت نفس الحكم الإيجار لمدة تزيد عن سنة وليس له الوفاء بالديون التي تتعلق بأعمال إدارته ولا يجوز أن يستهلك شيئا من صافي دخله إلا بالقدر اللازم

[1] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.218.
[2] طاهري حسين، المرجع السابق، ص.188.

لنفقته، كما يحمل إذ القاضي في طياته جواز زواج القصر أي أنه يجوز للقاصر الزواج مجرد إجازة القاضي ومنحه الإذن[1].

وتجدر الملاحظة إلى انه لا يمكن للقاصر الانضمام لبعض الشركات كشركة الأشخاص أما شركة الأموال يستطيع ولكن في حالة حصوله على إذن من القاضي طبعا، وتدخل ضمن هذا الأخير أيضا عدة شركات منها شركة التوصية بالأسهم.....إلخ[2].

[1] أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،2009، ص.156.
[2] صورية الغربي، ص.208.

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء وحكم تصرفاتهم

الفرع الأول: ترتيب الأولياء

قد يثور الإشكال حول هوية الولي الأصلح للقاصر في حالة تعدد الأولياء حيث اختلف الفقهاء في تحديده مثل اختلافهم في شروطه إلا أنهم اتفقوا جميعا على أن الولاية على النفس والمال معا تثبت للأب واختلفوا في من يليه فقدم كل مذهب الولي الذي رآه أحق بالولاية على النحو التالي:

أولا– فيما يخص الولاية على النفس:

يرى أبي حنيفة أنها تكون للعصبة النسبية ثم السببية ثم الأقارب غير العصبات ثم السلطان أي أنه اشترط شرطين ألا وهما العصبة وتقديم الولي الأقرب على الأبعد والولاية عنده هي ولاية إجبار فقط.

أما المالكية فالولي المجبر عندهم هو الأب ثم وصيه وأما الذي ليس له سلطة الإجبار على من تحت ولايته فالولي المقدم من القرابة جهة البنوة، فالأبوة، فالأخوة، فالعمومة ثم مولى العتاقة ثم الكافل إن وجد ثم السلطان فإن انعدموا جميعا فلرجل من المسلمين[1].

وعند الشافعية فالولاية لجهة الأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة، فإنلم يوجد أحد من العصبة النسبية فالمتولي العتاقة ثم لعصبته بحق الولاء ثم للسلطان في محل ولايته.

وأما عند الحنابلة فالأولوية للعصبة النسبية ثم العصبة السببية ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه ثم رجل عدل[2].

وكخلاصة لذلك أن البنوة تقدم على الأبوة عند الحنفية والمالكية وتقدم الأبوة على البنوة عند الحنابلة وليس للأبناء ولاية عند الشافعية وفي حالة غياب الولي في الزواج صارت الولاية لمن يليه وأعتبر الغائب كالمعدوم.

[1] محفوظ بن صغير، المرجع **السابق، ص**.397.

[2] عبد الفتاح محمود سمير، التنظيم الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2005، **ص**.320.

ثانيا–فيما يخص الولاية في المال:

الولاية على مال القاصر تثبت عند الحنفية لثمانية أشخاص هم للأب ثم وصيه، فوصي وصيه ثم الجد فوصيه فوصي وصيه، ثم القاضي فوصيه، وليس لمن هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم من ولاية التصرف في مال القاصر لأن الأخ والعم قاصرا شفقة.

أما المالكية فذهبوا إلى تثبت للأب فوصيه، ثم وصي الوصي ثم للحاكم وجماعة المسلمين، وأما غير هؤلاء من أم وأخ وعم أو غيرهم من العصبات فلا ولاية لهم على مال القاصر[1].

وعند الشافعية تثبت للأب ثم الجد وإن علا وهما مقدمين على غيرهما، فإن لم يوجد لا الأب ولا الجد فتكون الولاية لمن يوصى إليه الموجود فيهما لأنه نائب عنهما فقدم على غيره، ثم تكون بعد ذلك لوصي الوصي فإن لم يوجد فللقاضي ووصيه لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة ولا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم.

أما عند الحنابلة فهي للأب ثم وصيه في المقام الأول أو من يقيمه مقامه، ولم يثبتوا الولاية للجد لأنها انقطعت من جهة الأب بفقده أو عدم صلاحيته، لأنه لا يدلي للقاصر بنفسه بل يدلي إليه بواسطة الأب فأعتبر كالأخ[2].

رغم اختلاف الفقهاء في ترتيب الأولياء على مال القاصر إلا أنهم أجمعو على ولاية الأب في المرتبة الأولى وعدم منح الأم الولاية على صغيرها وإن كانت أرحم وأشفق به على الأب وحتى وإن كانت لها خبرة أوسع لذلك فلا يحق لها تولي أموال القاصر المالية.

وهؤلاء الأشخاص الذين تكون لهم ولاية على أموال من ذكروا ليسوا في درجة واحدة في ثبوت الولاية لهم بل هم مرتبون بالترتيب السالف الذكر فلو وجد منهم أكثر من واحد كانت الولاية للسابق منهم في الترتيب دون من يليه، فإذا وجد الجد ووصى الأب فالولاية على المال لوصي الأب لا للجد لأن ولاية الأب تنتقل إلى وصيه باختيار الأب إليه وإقامته وصيا على أولاده الصغار ومن في حكمهم من أولاده الكبار فهو بمنزلته ودرجته وتعتبر ولاية وصي الأب امتداد لولاية الأب فلهذا يقدم على الجد[3].

---

[1] وائل فرس، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي، جامعة فلسطين، 2008، ص.93.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع **السابق**،ص.750

[3] **عبد الفتاح** محمود سمير، المرجع السابق، ص.323.

أما من الناحية القانونية فنجد أن معظم التشريعات الوضعية لم تفرق بين الولاية على النفس والولاية على المال فيما يخص ترتيب الأولياء فقانون الأسرة الجزائري مثلا في المادة 87 ذكر أن الأب ولي على أولاده القصر وعند غيابه تحل الأم محله إلا أنه استثنى من ذلك حالة الطلاق فالولاية تكون لمن أسندت له الحضانة، أما المشرع التونسي في الفصل رقم 155 من مجلة الأحوال الشخصية رتبهم على أن الولاية للاب ثم الأم ثم الوصي، وجاء في المادة 170 من القانون رقم 59 السوري أن الولاية تكون للأب ثم للجد العصبي هذا في الفقرة الأولى أما الفقرة الثانية فأكمل الترتيب على أنه لغيرهما من الأقارب على ترتيب الإرث، والقانون المصري في المادة 12 قدم الجد على الأم بعد الأب وبعدها الوصي، بخلاف القانون العراقي في المادة 102 الذي ذكر أن ولي الصغير هو أبوه ثم وصيه ثم جده الصحيح ثم وصيه ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته.

الفرع الثاني: حكم تصرفات الولي

يتوجب على الولي أن يباشر ولايته في الحدود التي رسمها له الشرع و القانون وقد منع عليه مباشرة عدة تصرفات وهي مفصلة على النحو التالي:

أولا– حدود سلطة الولي في التصرفات الخاصة بالعبادات:

هناك بعض التصرفات التي تدخل ضمن العبادات التي تقرب العبد إلى مولاه، ألا وهي زكاة المال وزكاة الفطر حيث أنهما يعتبران من العبادات الواجبة على أي إنسان، فسلطة الولي في زكاة المال عند الجمهور تجب في مال الصبي والمجنون أما الحنفية فخالفو ذلك وذهبوا إلى أنها لا تجب حيث قالو أنه يجب العشر في ذروعها وثمارها ولم يوجبوا في غيرها من الأموال[1].

أما زكاة الفطر فذهب كل من أبي حنيفة وأبي سفيان والمالكية والشافعية والحنابلة إلى وجوبها في أموال المجنون والصبي، أما محمد وزفر من الحنفية خالفوا هذا الرأي وقالواأنه لا يؤدي الولي زكاة الفطر في مال الصبي و المجنون إلا في مال نفسه[2].

[1] بلبم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص.26.
[2] باسم حمدي حرارة، المرجع نفسه، ص.34.

حيث أنه لا بد أن يكرس الولي الشرعي الدور المنوط به في الولاية الشرعية ويقوم بالحرص على مصالح القاصر وأن يتصرف في أمواله مع مراعاة ما هو أحسن له ويكون مسؤول على كل ما يصيب القاصر من هذا التصرف، وعليه فالولي ليس له الحرية الكاملة في تصرفاته في هذا الشأن حتى بخصوص ما هو شرع وواجب الله على عباده.

ثانيا– حدود سلطة الولي في التصرفات المالية للقاصر:

قد يمنع الولي من مباشرة بعض التصرفات دون الحصول على إذن مسبق من القاضي، من بينها التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، أو نقله أو تغييره أو إلغائه، وكذلك جميع التصرفات التي قد تنشئ أحد هذه الحقوق فإذا أتى أحد من هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون قد تجاوز حدود سلطته ويفقد من جراء ذلك صفة النيابة ولا تنصرف آثاره إلى القاصر[1].

ومن هذه التصرفات كذلك:

1- بيع العقار و قسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض، أو المساهمة في الشركة.

4- إيجار القاصر لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وعليه فالإذن بالتصرف في مال القصر يصدر من الجهة القضائية المقدم إليها الطلب مرفقا بالوثائق المتعلقة بالتصرف، وبموجب المواد 87، 88، 89 من قانون الأسرة الجزائري يؤذن في التصرف في أموال القاصر للولي وفي حالة سوء استعمال الإذن يكون المعني بالطلب مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام[2].

والأصل في تصرفات الولي أنها مقيدة بما فيه مصلحة للصغير أو المولى عليه وعلى ذلك لا يملك التصرفات الضارة ضررا محضا كهبة جزء من مال المولى عليه أو التصرف به فإذا صدرت كانت باطلة ويملك التصرفات النافعة نفعا

[1] أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الاحوال الشخصية، دار الحديثة للطباعة، القاهرة، 1992، ص.1542.

[2] عبد الفتاح تقية، المرجع **السابق**، ص. 231.

محضا كقبول الهبة والصدقة والوصية ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع و الشراء والإجارة والشراكة بشرط ألا تكون ضارة وإلا كانت باطلة[1].

يصنف أبي حنيفة الآباء على أربعة أصناف:

1- أب معروف بالتبذير و الإسراف وعدم الأمانة على مال القاصر هذا لا يستحق الولاية وإذا أعطيت له ثم ثبت ذلك عليه سلبت منه.

2- أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه أمين على مال القاصر غير مبذر فيه هذا يستحق الولاية ولكنه يراقب في التصرفات ويمنع منه كل ما يضر بالمولى عليه ويشترط في تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ان تكون المنفعة طاهرة.

3- أب مستور لم يعرف عنه فساد رأي و لا تبذير.

4- أب معروف بحسن الرأي و التدبير والتصرف، والذي قبله تثبت لهما الولاية كاملة ومطلق التصرف في أموال من تحت ولايته سواء صغار أو غير صغار[2].

[1] حسين طاهري، المرجع السابق، ص.182.
[2] حسين طاهري، نفس المرجع، ص .183

المطلب الثالث: نهاية الولاية

الفرع الأول: أسباب انتهاء الولاية

بما أننا وجدنا أن للولاية على النفس وولاية على المال، فلكل نوع أحكام نهاية وهذا ما سنتناوله كالآتي:

أولا–الولاية على النفس:

يقول فقهاء المالكية أنها تنتهي بزوال اسبابها وكما رأينا الصغر والجنون والعته والمرض، فإذا بلغ الصغير وعقل المجنون والمعتوه وبرئ المريض انتهت الولاية، أما الأنثى فلا يكفي البلوغ وإنما تنتهي الولاية عليها بدخول الزوج بها[1].

وعند الحنفية تنتهي الولاية على الولد ببلوغه بالعلامات الطبيعية او بالسن و هو خمس عشرة سنة، أما إذا بلغها و لم يكن عاقلا مأمونا على نفسه فلا تنتهي، و يبقى تحت ولاية من له الحق فيها إلى أن يصير مأمونا على نفسه، وكذا جمهور الفقهاء اتفقوا على نهايتها ببلوغ الفتى خمس عشرة سنة، مستدلين بما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن عشرة سنة فلم يجزني و عرضت عليه يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني"[2].

كما أنه تسلب الولاية عن الولي و يسقط ما يترتب عليه من حقوق أمر واجب الحكم به عند قيامها في عدة نقاط وهي :

1- أن يحكم على الولي بجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو يحكم عليه بجناية وقعت من أحد هؤلاء.

2- أن يحكم على الولي في جريمة وقعت على أحد ممن تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب وهتك العرض[3].

هذا بالنسبة للنوع الأول أما النوع الثاني وهو لا يتحتم الحكم فيه بسلب الولاية و سقوط كل ما يترتب عليها من حقوق، بل يجوز الحكم بإيقاف كل أو بعض الولاية وهذه في حالات:

[1] مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص.248.
[2] حسين طاهري،**المرجع السابق، ص**.180.
[3] طاهري حسين، المرجع السابق، ص.321.

1-أن يحكم عليه بجريمة الاغتصاب إلا أنها لا تشمل من تحت ولايته.

2- أن يحكم عليه بجريمة الاغتصاب إلا أنها لا تشمل من تحت ولايته.

3- أن يحكم على الولي أكثر من مرة في جريمة تعرض الأطفال للخطر أو الحبس بغير حق أو اعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية.

4- أن يعرض الولي للخطر صحة واحدة ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء معاملة أو سوء القدوة نتيجة الإشهار بفساد السيرة أو إدمان الشراب أو المخدرات بسبب عدم العناية أو التوجيه[1].

ثانيا- الولاية على المال: تنتهي الولاية في حالتين

1- بلوغ المولى عليه سن الرشد واستلامه أمواله و توليها بنفسه.

2- موت القاصر أو ترشيده[2].

وتنتهي أيضا بعجز الولي أو بموته أو بالحجر عليه أو بإسقاطها عنه، أما بالنسبة للعجز فلو صارت الحالة الصحية البدنية و العقلية للولي لا تسمح له بممارسة مهامه التي أقيم من أجلها (حفظ شخص ومال القصر) على أكمل وجه أجاز له القانون طلب إعفائه.

وتنتهي وظيفة الولي من خلال الحجر عليه لما له من خطورة بالغة وأثر في التصرف، ولما له من الأسباب المقتضية في مباشرة العقود وطرحها بحدة في النزاعات المتنوعة أمام الجهة القضائية المختصة[3].

وإسقاط الولاية يتم إما بحكم جزائي كتدبير من تدابير الأمن الشخصية و إما بحكم مدني يصدر عن القاضي بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك أو طلب النيابة العامة.[4]

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص.321.
[2] أحمد بخيت الغزالي، المرجع السابق، ص.471.
[3] عبد الفتاح تقية، ص.232.
[4] جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.85.

الفرع الثاني: إجراءات انتهاء الولاية

تنتهي الولاية على القاصر وفق إجراءات قانونية، ويكون ذلك من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من له مصلحة في ذلك ويكون عن طريق دعوى استعجالية من خلال تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر، حيث نصت المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة أو من قبل كل من يهمه الأمر بالدعوى الاستعجالية "، النص صريح جدا في هذا الخصوص والواضح أنه أعطى صلاحية إنهاء الولاية لثلاثة أشخاص فقط بموجب دعوى استعجالية[1].

لكن يتوجب على القاضي مراعاة مصلحة القاصر من خلال قيامه بالتحقيقات اللازمة حيث نصت المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي تلقائيا أو يطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

2- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح.

3- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

وتكون الإجراءات المتعلقة بإنهاء الولاية وفقا للقواعد العامة المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية دون غيرها ويشترط أن ترفع هذه الإجراءات في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية[2].

وحسب المادة 461 من نفس القانون المدني الجزائري يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للولاية كليا أو جزئيا يطلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية.

[1] سائح سنقوق، قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا شرحا تعليقا تطبيقا، دار الهدى، الجزائر العاصمة، بدون سنة نشر، ص.627.

[2] **حسب المادة** 458 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

-الإجراءات التي يقوم بها متولي الولاية:

بعد سقوط الولاية أو نهايتها وصدور حكم ثابت بنهايتها يتوجب على الولي المنتهية ولايته أن يقوم بمجموعة من الإجراءات و تتمثل فيما يلي:

1- تسليم حساب عن أموال القاصر إلى الجهة المعنية بحيث يكون مسؤولا عن أي ضرر لحق أموال القاصر بسبب تقصيره، وفي حالة وفاته يقع ذلك على ورثته.

2- تقديم كافة المستندات والوثائق المتعلقة بأموال القاصر إلى القاضي أو الولي الجديد أو القاصر نفسه إذا بلغ سن الرشد و ذلك طبعا في مدة لا تتجاوز شهرين لا أكثر من تاريخ انتهاء مهمته.

3- أن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء[1].

[1] حيث استخلصنا هذه الإجراءات من المادة 97 **من قانون الأسرة الجزائري** المتعلقة بآثار انتهاء الوصاية.

تمهيد:

إن من شروط صحة عقد النكاح ألا يكون كل من العاقدان أو أحدهما فضوليا، فلا ينعقد إلا إذا كان العاقدان لهما ولاية إنشاء، وهذه الولاية إما أن تثبت بالأصالة أو بإنابة الشرع وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي باسم الولاية، لذا لابدمن التطرق إلى أحكام هذه الولاية من أقسام ومشروعية، ومعرفة موقع ودور الولي في التزويج وأثر تخلفه من خلال ما هو مقرر في الفقه الإسلامي،وتنظيمه في مختلف القوانين العربية وذلك على النحو الآتي:

نتطرق في المبحث الأول إلى أقسام الولاية في مطلبين، ولاية الإجبار في الأول، وولاية الاختيار في المطلب الثاني، أما المبحث الثاني سنتناول فيه مشروعية ولاية التزويج وحكمها، في مطلبين، نتعرض في الأول منه إلى العلاقة بين الولاية والنكاح، وفي الثاني نتطرق إلى حكم الولاية، أما في المبحث الثالث نتعرض إلى أثر تخلف الولي في مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور الولي في عقد النكاح، وفي الثاني أثر تخلفه.

المبحث الأول: أقسام ولاية التزويج

كما ذكرنا سابقا أن الولاية في الزواج نوع من أنواع الولاية على النفس، والولاية في الزواج سلطة مخولة للولي في قبول أو رفض زواج المولى عليها أو تولي إبرام العقد عليه، وتنقسم الولاية في الزواج إلى ولاية إجبار وولاية اختيار وهو موضوع بحثنا في هذا البحث.

المطلب الأول: ولاية الإجبار

اتفق الفقهاء على أن الولاية نوعان من بينها الولاية الجبرية وهي التي تخول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه، ولذلك سماها بعض الفقهاء بالولاية لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون مشاركته المولى عليها[1].

يستند الولي لإنشاء عقد نكاح المولى عليه دون مشاركة أحد في ذلك، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل و البلوغ في أهلية الزواج.

الفرع الأول: من تثبت عليه ولاية الإجبار

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار تثبت على المجنون والمعتوه والصغير والفتاة البكر أو الصغير غير البالغة وأجمعوا على أن علة ثبوتها على المجنون والمعتوه ضعف العقل، وأن الصبي الغير المميز علتها الصغر، وأما بالنسبة للفتاة البكر أو الصغيرة الغير بالغة علتها جهلها لأمور الزواج، وأحوال الرجال، وقلة تجارتها، وسرعة تأثيرها وانخداعها[2].

وبالنسبة للمرأة استدل الفقهاء بقوله تعالى: **"وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ"**[3]، وقوله سبحانه: **"وَلَا تُنْكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُومِنُوا"**[4] ، و الخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء، وكان دليلا على أنه ليس أن تزوج نفسها ولا أن تزوج

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977،ص.275.
[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.124.
[3] سورة النور، الآية32.
[4] سورة البقرة، الآية 221.

غيرها، وإنما الذي يزوجها هو وليها وفي هذا الشأن يقول عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي"[1]، ومن هنا الولاية حق للمرأة ولا يعقد عليها إلا بالتفويض.

عند الحنفية تكون ولاية الإجبار على فاقد الأهلية ناقصالأهلية وهو المجنون والصبي الغير المميز، وعلة الولاية عند الشافعي ومالك وأحمد هي البكارة لأن البكر لا تعرف الرجال.

أما أبو حنيفة فيرى أن علة الولاية هي الصغر لأنه هو سبب العجز وما يسري على الصغير يسري على الصغيرة، ولأن ولاية الإجبار تستمر على البكر بعد البلوغ[2].

ذهب الشافعية إلى أن مناط ثبوت الولاية على الأنثى هي البكارة، لأن البكر صغيرة كانت أم كبيرة، جاهلة لأمور الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج فلا ولاية على الثيب الصغيرة كانت أم كبيرة، فالثيب الصغيرة لا تزوج حتى تبلغ، وذلك لأنها لا ولاية عليها لعدم البكارة، بل تنتظر حتى تبلغ فتكونالولاية عليها حينئذ مشتركة بينها وبين وليها، ومناط ثبوت الولاية عند الشافعي على الغلام هو الصغر وعلى المجنون والمجنونة الكبيرين هو المجنون[3].

وذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصم إلى أن مناط ثبوت الولاية هو الحاجة إلى الزواج مع العجز عن اختيار الزوج، وبناء على هذا لا تثبت الولاية على الصغيرة حتى تبلغ لعدم تحقق الحاجة إلى الزواج، وليس مثلها في هذا الصغير بل هو أولى منها بذلك.

وتثبت الولاية على المجنون والمجنونة و المعتوه و المعتوهة الكبيرين لتحقق الوصف الملائم لثبوت الولاية، وهو الحاجة إلى الزواج مع العجز عن اختيار الزوج الذي تحقق معه المصالح المقصودة من الزواج[4].

[1] أبو عيسى محمد الترمذي، السنن الكبرى (سنن الترمذي)، تخريجه الألباني، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، الحديث رقم 1102، ص.259.

[2] حسين طاهري، المرجع السابق، ص.37.

[3] جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص.251.

[4] عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.342.

الفرع الثاني: من ثبت له ولاية الإجبار

ذهب الشافعية والجعفرية إلى أنها تثبت للأب والجد فقط، فبالنسبة للأب استدل الفقهاء بتزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله وهي صغيرة، واعتبروا الجد مثل الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب، وهو يأخذ نفس الحكم في ثبوت الولاية، ويقتصر الثبوت لهذين دون غيرهما لتوفر شفقتهما التي لا تتوفر في غيرهما من العصبات، وأضافوا على ذلك ثبوت الولاية الجبرية للأب والجد على المجنون و المعتوه.

أما المالكية فيقيدون ولاية الإجبار للوصي بحالتهما إذا عين الأب الزوج أو فوض له الأمر بأن يزوجها من يشاء فإن الوصي في هذه الحالة لا يزوجها إلا بمهر المثل وبالزوج الكفء بخلاف الأب فإنه يملك الإجبار مطلقا.

والحنفية يثبتونها للعصبات واستدلوا بإجماع الصحابة لوجود الشفقة عندهم غير أنهم إذا كانوا مختلفين في قوة القرابة و الشفقة اختلف الحكم في تزويجهم، حيث يكون تارة لازما، وأخرى غير لازم، ففي تزويج الأب والجد والابن بالكفء والمهر المناسب يكون العقد لازما ولا تخيير فيه، وفي تزويج غيرهم جعل للمولى عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيرا أو الإفاقة إن كان مجنونا ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم[1].

واستدل الحنفية في ثبوت ولاية الإجبار للعصبة على ترتيب الإرث من القرآن والسنة والقياس :

1- أما من القرآن قوله تعالى :" **وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ**"[2]، فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها أن هذه الولاية نزلت في اليتيمة التي تكون في حجر وليها ويرغب في زواجها ولا يمكن أن يكون الولي هو الأب أو الجد ويرغب في زواج الصغيرة التي تكون في حجره فلابد أن يكون الولي هنا غير هؤلاء كابن العم وهذا يفيد أن العصبة غير الأب والجد ولهم ولاية التزويج فليس للدم إلا عدم إعطاء الصغيرة مهر المثل[3].

2- **أما في السنة**:فقد زوج الرسول صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهي أمامه وكانت صغيرة لسملة بن أبي سلمة وقال: أن لها الخيار إذا بلغت وقد زوجها بالعصوبة لا بالنبوة إذا لو كان تزويجه لها بالنبوة لما ثبت لها الخيار بالبلوغ فضلا أنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج أحد بالنبوة قط.

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.286،287.

[2] سورة النساء، الآية 127.

[3] حسين الطاهري، المرجع السابق، ص.38.

3- أما في القياس: تثبت للعصبات غير الأب ولاية الإجبار، ذلك أن الفقهاء متفقون على إثبات السلطان للعصبة على البالغة في الزواج وإن كانوا مختلفين في مدى هذا السلطان فالجمهور يجعل للولي الحاجب حق المشاركة في الاختيار وتولي الصيغة وأبو حنيفة يجعل له حق الاعتراف إن لم يكن الزوج كفء ويفسد الزواج لأجله[1].

4- وفي التشريعات العربية: اتفقت معظم القوانين العربية على عدم إجبار كل من البالغين والقصر سواء بنت أو ولد على الزواج، فإن المشرع الجزائري حسب المادة 13 من قانون الأسرة لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها غير أنه يجوز لأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن المشرع ركز على الولاية المنصبة على المرأة، بحيث جعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها وموافقتها للولي ممثل للمرأة الذي يقف بجانبها، وهو الذي يعبر عن إرادتها وشروط الزوجة في مجلس العقد في حدود سلطته.

أما بالنسبة لولاية التزويج الصغار فقد أخذ المشرع بعدم جواز العقد على الصغار لعدم فائدته، وهو ما يؤكده في المادة 07 من قانون الأسرة، حيث تشترط أهلية الزواج لدى الرجل و المرأة كما ذكرنا سابقا وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة متى تأكدت لأحد الطرفين القدرة على الزواج، في حين أنه سكت عن زواج المجنون والمعتوه، مما يقيد أنه يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

وبهذا فحسب المادة 11 من نفس القانون تعقد المرأة البالغة زواجها بنفسها أو بحضور وليها، ولا تجبر القاصر على الزواج ولا تزوج بدون إذنها حسب المادة 13 من نفس القانون[2].

والقانون المغربي هو الآخر لا يجبر القاصر على الزواج وإن لم يوافق الولي على توقيع الإذن تولى القاضي ذلك حسب المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 24 حيث جاء فيها: "الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها" كما أعت المادة 25 للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربه فبمقتضى المادة 24

[1] حسين طاهري، المرجع السابق، ص.39.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.125.

أصبحت الولاية اختيارية، إلا في حالة زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي وتتم موافقة النائب على الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع[1].

الفرع الثالث: حكم إجبار البكر البالغ على الزواج

أولا– تعريف البكر: هي التي لم توطأ ولم تزل بكارتها بعقد صحيح أو بعقد فاسد جرى مجرى الصحيح[2].

وهي عكس الثيب حيث أن هذه الأخيرة من النساء التي أزيلت بكارتها، وهذا هو الفرق بين الثيب والبكر[3].

ثانيا– حكم إجبار البالغ على الزواج في الفقه الإسلامي:

قال الحنفية لا يجوز بحال الولي أو غيره إجبارها على الزواج، وإنما يستحب ذلك وهذا الحكم ينطبق عندهم على الأب وغيره من الأولياء[4]، مستدلين في ذلك بالأدلة التالية:

من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها"[5]، وفي رواية مالك: "تستأذن وإذنها سمتها"، والأيم هي المرأة التي لا زوج لها سواء كانت بكرا أو ثيبا، لقوله تعالى: **"وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ"[6]**

وقال الكساني: "وإما الحتم والإيجاب والاستبداد، فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا رحمهم الله كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة، أو مجنونا أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا، لا تثبت هذه على البالغ العاقل، ولا على البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا[7].

ويؤكد الكساني أحقية رأيه المستند إلى قول أبي حنيفة، من خلال الإشارة إلى أن الولاية الحتم والإيجاب في حالة الصغر، إنما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة، اعجزها عن التصرف في وجه النظر والمصلحة بنفسها بالبلوغ والعقل زال العجز.

---

[1] سليمان أساكو، الولاية في الزواج في فقه الإسلامي المعاصر، موقع شهاب، المغرب، 2007.

[2] سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، الطبعة الأولى، دار الفكر، سوريا،1982 ،ص.41.

[3] أحسن زقور ،شبهات حول الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية ودفعها، منشورات دار الأديب، وهران، 2007، ص.122،126.

[4] نضال أبو سنينة، الولاية في نكاح في الشريعة الإسلامية، البعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.41.

[5] الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، الحديث رقم 1421، ص.675.

[6] سورة النور، الآية 32.

[7] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ص.337.

وما روى عن ابن عباس أن جارية بكرا أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي عارضة فخيرها صلى الله عليه وسلم.

ويظهر لنا أن خلاصة القول في رأي الحنفية، أنه ليس لأحد من الأولياء على البالغة العاقلة ولاية الإجبار ذلك لأنها ببلوغها صارت عاقلة، وإنما يستحب استئذانها كما تبين.

وذهب المالكية إلى أن للأب إجبار البكر البالغ على النكاح، وهناك رواية عن الإمام مالك رحمه الله استثنى فيها العانس وهي التي طال مكثها في بيت أبيها وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج والمشهور في المذهب أن للأب ولاية الإجبار على ابنته البكر البالغة ولو كانت عانسا.

والولي الذي بيده الجبر هو الأب عند المالكية، أما غير الأب فلا يزوج المرأة إلا بإذنها والولي المقصود هنا الأب دون سائر الأولياء الذين ليس لهم سلطة تزويج الصغيرة ولا الكبيرة.

أما الشافعية فيرون أن للأب ولاية الإجبار على ابنته البكر البالغة العاقلة، لكنهم اشترطوا لجواز هذا حصول منفعة المرأة في النكاح، وإذا تيقن الولي من وقوع الضرر عليها فلا يجوز له إجبارها، قال الشافعي: "يجوز أمر الأب على البكر في النكاح إذا كان النكاح حظا لها أو غير نقص عليها، ولا يجوز إذا كان نقصل لها وضرارا عليها".

والولي عند الشافعية الذي له الحق الجبر هو الأب والجد، جاء له تكملة المجموع: "وإن كانت البكر بالغا فللأب والجد إجبارها في النكاح، وإن أظهرت الكراهية، لأن الجد له تعصيب وولاية، فملك إجبار البكر على النكاح كالأب"، وجواز إجبار الأب والجد للبكر البالغة على النكاح، إنما بشرط ألا يكون بين الأب والجد عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة قائمة بينهما فليس له إجبارها على النكاح[1]، وإذا زوجها غير الأب والجد من الأولياء، فلا يصح النكاح حتى تستأذن، وهو إجماع لا خلاف فيه.

أما عند الحنابلة فقد أورد ابن قدامة المقدسي عن الإمام أحمد رحمها الله في مسألة إجبار الولي للبكر البالغة العاقلة أن أحدهما له إجبارها على النكاح وتزويجها من غير إذنها، وفي رواية أخرى ليس له ذلك[2].

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.211،212.

[2] الرجع نفسه.ص.214.

ومقصد الحنابلة بالولي هو الأب فقط، دون غيره من الأولياء الذي له ولاية الإجبار هو الأب قال البهوتي:" لا يجوز لسائر الأولياء بعد الاب تزويج الحرة الكبيرة البالغة، ثيبا كانت أو بكرا إلا بإذنها ولو زوجت بغير إذن وليها فهو نكاح فضولي"، وفيه خلاف عندهم والصحيح من مذهبهم هو البطلان[1].

رغم ما ذهب غليه الحنابلة في إحدى الروايتين عن الإمام احمد ، من جواز إجبار الأب ابنته البكر العاقلة على الزواج، إلا أنهم يستحبون استئذانها من قبل ابيها، قال ابن قدامة: "لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها فإن النبي صلى الله غليه وسلم قد أمر به ونهى عن النكاح من دونه، واقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجا من الخلاف"[2].

واستدل كل من المالكية ومن ذهب مذهبهم من الحنابلة والشافعية بما يلي:

مفهوم المخالفة: لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها"[3]، اي ان البكر ليس احق بنفسها من وليها، فلوليها ان يجبرها على النكاح مادامت بكرا، سواء كانت صبيةأم بالغة، اما الثيب فليس عليها اجبار سواء كانت ثيبا صبية ام بالغة.

الاستصحاب: اذ تستصحب ولاية الاب على الصغيرة بكر في النكاح اي ان تدخل بيت الزوجية و تزول بكارتها سواء كانت بالغا ام ليست بالغا و يستأنس منها الرشد، قياسا على وليته في تصرفاتها المالية اذ تستمر عليها اي ان تدخل بيت الزوجية و ايناس الرشد منها[4].

ثالثا حكم اجبار البالغ على الزواج في القانون:

يتضح لنا من خلال موقف المشرع الجزائري بالنسبة للمرأة الراشدة و البالغة لم يأخذ ب ولاية الاجبار لأنه اعتبر رضاها ركنا رسميا في عقد الزواج في المادة09 من المر و رتب على تخلفه البطلان حسب المادة 33.

[1] نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق،ص.214.
[2] نضال أبو سنينة، نفس المرجع، ص.215.
[3] الحسين مسلم بن حجاج، سبق إخرجه.
[4] أحسن زقور ،المرجع السابق، ص.131.130

و جاء في الفقرة الاولى من المادة11:"تعقد المرأة الراشد زواجها بحور و ليها و هو ابوها او احد اقاربها او اي شخص تختاره"، واضح من خلال هذا النص انه كرس المرأة الراشد البالغة الحق في الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد و اشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان ابوها او احد الاقارب او اي شخص تختاره.

و كذلك من خلال المادة 13:" لا تجبر القاصر على الزواج و لا تزوج بدون اذنها"، و من هنا نستنتج ان البكر البالغة الراشدة كذلك لا تجبر على الزواج بل لها حرية الاختيار.

اما القانون المغربي فنستنتج من خلال المادة21 من مدونة الاسرة المغربية انه لايجبر القاصر على الزواج و ان لم يوافق الولي على التوقيع الاذن يتولى القاضي ذلك، و بهذا فان البكر البالغ لاتجبر على الزواج و انما يترك لها حرية الاختيار، وكذلك من خلال نص المادة 25 للراشدة ان تعقد زواجها بنفسها، او ان تفوض ذلك لأبيها او لاحد اقاربها.

اما القانون الكويتي فنص عليها في المادة 30 التي يشترط فيها اجتماع راي الولي و المولى عليها حيث جاء في نص المادة:"الثيب او من بلغة الخامسة و العشرين من عمرها، الراي لها في زواجها و لكن لاتباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها".

المطلب الثاني: ولاية الاختيار

ولاية الاختيار هي التي لا تستطيع الولي ان يستبدبتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، و يتولى الولي عقد الزواج استحبابا عند الحنفية ووجوبا عند الجمهور[1].

الفرع الاول: من تثبت عليه ولاية الاختيار

اتفق الفقهاء انها لا تثبت على الرجل البالغ العاقل الرشيد، لأنه يثبت له حق تزويج نفسه بنفسه فاذا باشر العقد بنفسه يكون صحيحا و نافذا، سواء كانت الزوجة التي تزوجها كفا له ام لا، و حتى و ان تزوجها بأكثر من مهر مثلها، ولا يتوقف عقده على الولي، اما اذا فوض الرجل البالغ العاقل الرشيد اباه او جده في مباشرة عقد زواجه، فان ذلك يكون من باب الوكالة و ليس من باب الولاية، اما بالنسبة للصغير فعند الأحناف تثبت عليه ولاية الاجبار ولا تثبت عليه ولاية الاختيار كما سبق و اشرنا.

[1] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص66.

وبالنسبة للمرأة الصغيرة فان كانت بكرا فقد اتفق الفقهاء على انها تثبتعليها ولاية الاجبار و لا تثبت عليها ولاية الاختيار، و اذا كانت ثيبا فعند الحنفية تثبت عليها ولاية الاجبار لا ولاية الاختيار كما وضحنا فيما سبق.

اما بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة فان كانت ثيبا لاتثبت عليها ولاية الاجبار و هو مذهب الحنفية و غيرهم و انما من الممكن ان تثبت عليها ولاية الاختيار.

اما اذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة فان كانت ثيبا لاتثبت عليها ولاية الاجبار و هو مذهب الحنفية و غيرهم و انما من الممكن ان تثبت عليها ولاية الاختيار.

اما اذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا اختلف الفقهاء في شان ثبوت الولاية عليها، فالشافعية يرون ثبوت ولاية الاجبار عليها و لا تثبت عليها ولاية الاختيار، و الحنفية يرون عدم ثبوت ولاية الاجبار عليها، و انما من الممكن ثبوت ولاية الاختيار عليها، فهي ولاية ندب و استحباب، حيث يستحب لهذه المرأة ان تترك مباشرة عقد زواجها الى وليها، مراعاة للتقاليد و الاعراف بين الناس لان المرأة البالغة الرشيدة ان تزوج نفسها بنفسها طالما زوجت نفسها من كفء لها و بمهر المثل.

من خلال ما تقدم يبدو ان المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت ام ثيبا لا تثبت عليها ولاية الاجبار و انما تثبت عليها ولاية الاختيار ، فالمرأة في هذه الحالة ان رضيت ب الزواج و رضى به الولي و باشره فان الزواج يعتبر صحيحا نافذا، اما اذا لم ترضى المرأة بالزواج و رضى به وليها و قام بمباشرة العقد بنفسه فهذا يكون باطلا و بالتالي فان المعمول به في زواج المرأة البالغة العاقلة الرشيدة هو رضاها و موافقتها بالزواج دون غيرها و على هذا فلو زوجت نفسها فان ذلك يقتضي ان يكون زواجا صحيحا نافذا طالما راعت حق الاولياء في الزواج من كفء و بمهر المثل، وبالتالي لا تثبت عليها ولاية الاجبار و انما تثبت عليها ولاية الاختيار[1].

[1] جبار عبد الهادي، المرجع السابق، ص.257.258

الفرع الثاني: من تثبت له ولاية الاختيار

تثبت ولاية الاختيار للأولياء حسب الترتيب في كل مذهب كما قدمنا- في الفصل الأول- أي بمعنى تثبت هذه الولاية عند أغلب الفقهاء للأب و الجد وزاد البعض العصبات على طريقة المواريث، بمعنى جميع الأقارب الأقرب فالأقرب، فإذا لم يوجدوا فتنتقل إلى ذوي الأرحام، وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من ولي له[1].

أما قانونا فالولي في قانون الأسرة الجزائري هو ممثل المرأة كما سبق وذكرنا، والمعبر عن إرادتها وعن شروطها في مجلس العقد، ولقد اشترط القانون موافقة المرأة وعدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها كما ذكرنا سابقا، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها حسب المادة 13 من نفس القانون، وطبقا للمادتين 09 و 11 يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، على أن يكون بموافقة المولى عليها، وهذا الأمر منطقي لأن الأب يعرف مصلحة ابنته أكثر من أي شخص آخر وإذا امتنع الولي عن الموافقة أو كان اعتراضه غير عقلاني وبدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم بدفع الظلم، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بولاية الاختيارية وجعلها عنصرا جوهريا في عقد الزواج.

وكذلك من خلال مراجعتنا للمادتين 11 و13 يتبين لنا أنه لاأخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر يظهر جليا بشكل واضح، فلا يمكن للأب أو أي شخص آخر سواء من الأقارب أو الغير أن يزوجها أي شخص ليست راغبة فيه، أما فيما يخص المرأة الراشدة طبقا لنص المادة 07، فقد خولها القانون بإبرام عقد زواجها وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد كما سبق لنا الذكر، وبالإضافة إذا اشترط حضور الولي في عقد الزواج، أما المدونة المغربية فمن خلال المادتين 24 و25 يتضح لنا أن القانون المغربي أعطى حق الولاية للمرأة بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو غيره من أقربائها، ونصت المادة 24 على أنه: "الولاية حق المرأة الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها"، وكذلك القاصر لا تجبر على الزواج كما سبق الذكر في المادة 21 و المشرع الإماراتي في المادة 39 بقوله: "يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها ويوقعها المأذون على العقد ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما ويثبت نسب المولود"، جعل الولاية اختيارا بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة يعني لا تجبر على الزواج بشرط حضور وليها.

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.67.

المبحث الثاني: مشروعية ولاية التزويج وحكمها

سنتطرق في هذا المبحث إلى العلاقة بين الولاية والنكاح في المطلب الأول، ومشروعية ولاية التزويج وحكمها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: العلاقة بين الولاية و النكاح

اختلف العلماء في الولاية هل هي شرط من شروط صحة النكاح أم أنها ليست كذلك ومنشأ الخلاف بين العلماء في هذه المسألة أنه وردت أدلة من القرآن والسنة، فأخذ كل مذهب الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهادهم.

الفرع الأول: رأي الجمهور وأدلتهم

يرى جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنبلية أن الولاية شرط لصحة النكاح وقد استدلوا على رأيهم من الكتاب و السنة و المعقول:

أما من الكتاب فقوله تعالى: **"وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ"**[1] ، وقوله تعالى: **"وَلَا تُنْكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُومِنُوا"**[2].

فوجه الاستدلال بالآيتين –أي الخطاب فيهما– موجه إلى الأولياء فدل على أن الزواج إليهم لا إلى النساء فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء موليتاكم للمشركين.[3]

وقوله تعالى: **"وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ"**[4]، ووجه الاستدلال هنا أنه لا يجوز للأولياء منعهن من نكاح من يخترن من الأزواج، وقالوا: إنما يتحقق المنع في يد الممنوع، وذلك مفاده أن العقد النكاح بيد الولي لا بيد المرأة، ويؤيد هذا ما ورد في سبب نزول الآية.

روى البخاري في صحيحه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه، قال: زوجت أختا لي فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعدو أبدا، وكان

---

[1] سورة النور، الآية32.

[2] سورة البقرة، الآية 221.

[3] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.55،56.

[4] سورة البقرة، الآية 232.

رجلا لا بأس به وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم حاجته إليها، وحاجتها إليه، فقال: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه، قالوا: فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها في زوجها وعلى هذا يبعد أن يكون أن يكون في الآية للأزواج.

وقال القرطبي: " ففي الآية دليل على أنه لا يجوز إنكاح بغير ولي لأن أخت معقل كانت ثيبا، ولو كان الأمر إليها لزوجت نفسها، ولم تحتاج إلى وليها معقل، فالخطاب في الآية للأولياء، والأمر إليهم في التزويج مع رضاهن"، وقال الشافعي معلقا على هذه الآية بأنها: "أصح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضلة معنى"، وقالوا: "هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق الولاية لما نهوا عن العضل.

وأما السنة: فقد وردت عدة أدلة منها:

–الأول: ما ورد عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا نكاح إلا بولي"[1]

– الثاني: ما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطلباطل"[2] ، فمفهوم هذا الحديث يعني النكاح بإذن الولي[3].

– الثالث: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[4].

أما المعقول: فإن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر، والمرأة بما عندها من نقص عقل لا تحسن الاختيار، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة، فمنعت من مباشرة هذا العقد تحصيلا لهذه المقاصد على الوجه

[1] الحسين مسلم بن الحجاج، سبق تخريجه، ص.39.

[2] أو عيسى محمد الترميذي، سبق إخراجه.

[3] نضال أب سنينة، المرجع السابق، ص.56،57.

[4] أخرجه ابن ماجة الألباني، الحديث رقم 1882.

الأكمل، أضف إلى ذلك أن من طبيعة المرأة الحياء فمنعت من مباشرة العقد بنفسها لكي لا تنسب هذه المرأة إلى الوقاحة وقلة الأدب[1].

ووجه المعقول في مصلحة المرأة في الولاية أنه: بالولاية على الزوجة تحقق لها المصلحة في اختيار الزوج الصالح وذلك بما يبذله الولي من دواعي الاهتمام كي لا تقع المرأة في براثن التبغيض والعيش المنكود، فالولي الرجل أقدر على التحري والسؤال عن حقيقة الخاطب وطبعه ومزاجه وسلوكه وأخلاقه.

الفرع الثاني: رأي الحنفية وأدلته

ذهب الحنفية إلى القول بأن الولاية ليست شرط لصحة النكاح، وقد استدلوا على رأيهم من الكتاب و السنة والمعقول.

فأما الكتاب قوله تعالى: "**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه**"[2]، دلت الآية على أن الولي ليس شرط في عقد النكاح من وجهتين:

إحداهما: أن الله تعالى أضاف النكاح إليها، فيقتضي أن لا يكون منها.

والثانية: أن الله تعالى، جعل غاية نكاح المرأة الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها بنفسها.

واستدلوا أيضا بقوله تعالى: "**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**"[3]، والاستدلال من هذه الآية من وجهتين:

إحداهما: أنه النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارتهن، من غير شرط الولي.

والثانية: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن والنهي يقتضي تصور المنهى عنه.

إن الظاهر من هاتين الآيتين في أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولي ولا مباشرته إياه.

[1] نفس المرجع، ص.58.
[2] سورة البقرة، الآية 230.
[3] سورة البقرة، الآية 232.

وأما السنة:

ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"[1]،أو في بعض الروايات "الأيم" وهو اسم لامرأة لا زوج لها.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه جعل الحق إلى المرأة في نفسها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها، وهو عموما يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد، أما البكر فنظرا لعدم ألفها الرجال، وما يغلب عليها عادة في الحياء الذي يمنعها من التصريح بالرضى، فضلا عن مباشرتها العقد، اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها، وليس بمعنى هذا العقد ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذي ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة، وذلك لأنه مادامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فهي وإياها سواء فيما يختص بأمر النكاح.

ومن المعقول: فهو أنها لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا ولاية عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية النكاح إنما ثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا، متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالا ومالا، وكونها عاجزا عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل، فإذا زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف تزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها[2].

[1] الحسين مسلم ابن الحجاج، سبق إخراجه، ص.39.

[2] نضال أبو سنينة، المرجع السابق،ص.58،59.

الفرع الثالث: علاقة الولاية و النكاح في القانون

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر أنه يجب أن تتوفر في النكاح شروط وحددها ومن بينها الولي فحسب نص المادة الولي شرط أساسي في عقد الزواج، كما أكدت المادة 11 هذا، حيث هذه المادة أسند المشرع الجزائري مباشرة أمر الزواج إلى المرأة الراشدة، كما أنه وسع دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون لها وليا وهذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجوب الأب أو الأولياء ذوي القربى عموما، وبهذا يتضح لنا أن الولي في قانون الأسرة الجزائري هو شرط عقد الزواج.

أما المشرع الأردني نجد أنه جعل الولاية على بعض النساء ولم يشترطها على البعض الآخر، ففرق بين البكر التي يتراوح عمرها بين الخامسة عشر والثامنة عشر، وبين المرأة التي تتجاوز الثامنة عشر والثيب، فاشترط الولاية على الأولى ولم يشترط على الثانية، فبالنسبة للبكر بين الخامسة عشر والثامنة عشر من عمرها، فقد اشترط لصحة العقد على الولي أن يتولى العقد نيابة عنها، والولي هو الذي له الحق في تزويج المرأة حسب المادة 09 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب منصوص عليه في القول الراجح من مذهب أب حنيفة"، أما البكر التي بلغت 18 فأكثر من عمرها فالمشرع اشترط وليها ومنحها حق تزويج نفسها بنفسها، إن لم يوجد ولي لها حسب ما جاء في مادة 22 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

في حين منح المشرع الأردني الثيب حق تزويج نفسها بنفسها حسب ما جاء في مادة 13 التي نصت على أنه: "لا يشترط موافقة الولي في زواج الثيب العاقلة من العمر ثمانية عشر تماما".

ونجد أن المشرع الكويتي أكد أن الولاية لازمة في عقد نكاح، وهي شرط ضروري لصحة العقد، فنص في المادة 08 على أنه: "ينعقد الزواج من ولي المرأة وقبول من الزواج أو من يقوم مقامه".

ونص المشرع التونسي في الفصل الثالث على أنه لا ينعقد الزواج إلا برضى الزوجين حيث اشترط المشرع ضرورة رضى الزوجين، وأسقط دور الولي في تولي عقد زواج المرأة، وذلك بمنح هذه الأخيرة حق تزويج نفسها، فالنص على أن زواج المرأة التونسية لا ينعقد إلا برضاها سواء كانت رشيدة بالغة العشرين سنة من عمرها، أو كانتغير رشيدة محجوز عليها لصغر أو سفه أو ضعف العقل قد خالف التشريعات العربية الاخرى التي لا زالت تنص على إلزامية الولي بشكل أو بآخر لإتمام عقد زواج المرأة.

المطلب الثاني: مشروعية الولاية في النكاح وحكمها

الفرع الأول: مشروعية الولاية في النكاح

من المعروف أن في النكاح أغراضا شرعية لا تتحقق إلا إذا كان الزوج كفؤا، والكفء عزيز لا يحصل دائما فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية في الزواج على الأبناء، فجاء الكتاب والسنة والمعقول فنص على مشروعيتها، وأكد واقع ضروريتها[1].

أما من الكتاب فقوله تعالى: "**فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**"[2]، قالوا: وهذا خطاب الأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى: "**وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُومِنُوا**"[3]، وقالوا: وهو خطاب للأولياء أيضا.

وأما من السنة: فقوله صلى الله عليه وسلم، فيما روى من عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أن نكاح المرأة من دون إذن وليها فنكاحها باطل – الحديث السابق الذكر- ويقول الشافعي معلقا على هذا الحديث: " فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها، لأن النبي قال: فنكاحها باطل"، كما يفهم من هذا الحديث أنه إذا أذن لها الولي جاز عقدها لنفسها".

وأما من المعقول: فلا يمكن أن يترك الإسلام هذا العقد لأهميته الكبرى وأثاره الاجتماعية العظمى، لا يعقل أن يتركه دون رعاية واهتمام وتوثيق واستشارات حيث أن المرأة غالبا ما تحكمها العاطفة ويغلب عليها الضعف وهي قليلة الخبرة بالرجال، ويمكن أن تنخدع منهم، لأجل هذا كان لا بد من الولي ليكون سندا لها ومساعدا تستشيره برأيها، ويحقق لها المصالح ويدرأ عنها الفساد[4].

ولا يفوتنا أن نبين أن الولاية في النكاح كانت لئلا تنسب المرأة إلى الوقاحة ففي مشروعيتها رعاية لحقها وحفاظ على عفتها وطهارتها، وصيانة لأدبها وحيائها، فليس في ذلك تعدي على حقوقها، أو هضم حريتها ورأيها كما يتشدق البعض.

---

[1] سليمان أساكو، المرجع السابق.

[2] سورة البقرة، الآية 232.

[3] سورة البقرة، الآية 221.

[4] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.62.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الولاية في النكاح

الحكمة من مشروعية الولاية تنبع من الأهمية البالغة لعقد النكاح، حيث سماه الشارع الميثاق الغليظ الذي يؤدي الأغراض والأهداف ويحقق المقاصد والغايات التي وجد لأجلها من حفظ الدين والمال والنسل والعرف والعقل.

وشرع الله عز وجل النكاح حفاظا على النوع الانساني،وهو رابطة دوام كان تحصيلها في كل زمان غير مقدور ولا ميسور، والصغار لا رأي لهم ولا قدرة على التمييز بين الكفء وغيره، فجعل الله عز وجل لأوليائهم حق تزويجهم، إحرازا لمصلحتهم، وجعلها ملزمة إذا كان المزوج الأب أو الجد، لأن كثرة شفقتهم داعية للسعي وراء مصلحتهم، وجعلها قاصرة حت أثبت لهم الخيار عند البلوغ وقد عني الشارع الحكيم بأمر الصغار، فحث على إصلاحهم والقيام بشأنهم ونعم ما صنع، فهم بناء الأمة وقوامها في المستقبل القريب، فلم يتركهم هملا يتخبطون في دياجير العماية والجهل ويسيرون على غير هدى في جو تلبدت غيومه وزادت أعاصيره حتى لا يطغى عليهم جيش الرذيلة، فيعيثون في الأرض فسادا ويكنون على الأمة شرا وويلا، فلا عجب أن رأينا الشارع قد شرع الولاية وقرر أحكامها ووصى الأولياء بمن يلونهم إحساناايغذونهم بما يقوم أبدانهم، ويصلح أجسامهم، وينمي مداركهم، ويقوي عقولهم، وفقد أجاز لهم الشارع الحكيم النكاح تحصيلا للكفء، حتى إذا ظهر أنه لا يلائم ولا يوافق، جعل لهم منه مناصا ومخرجا، فسبحانك اللهم كم أنت بعبادك رؤوف رحيم[1].

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.64.63.

الفرع الثالث: الحكمة من وجود الولي في عقد الزواج

1- وجود الولي يوسع دائرة الشورى حتى تتوفق المرأة في اختيار الرجل المناسب ومشاورة المرأة لأوليائها لا ينافي مواطنتها فهي قبل أن تكون مواطنة في مجتمع كانت عضوا في أسرة.

2- رفع مكانة المرأة اجتماعيا حيث أنها تقرر ووليها يمثلها عند عقد زواجها وبذلك تشعر بعزتها ومكانتها وصيانتها[1].

3- حتى يطمئن الآباء على مصير بناتهم وأنهم وضعوا الأمانة عند مستحقيها وتطييبا لخواطر بناتهم.

4- حتى لا يتلاعب السفلة والسفقة ببنات الناس فمن المعلوم أن ارتفاع عدد الأمهات العازبات كان يمكن أن لا يكون لو أن الخطبة تمت من خلال الأولياء.

5- صيانة المرأة والشعور برعونتها وميلها إلى الرجال، وحياؤها يمنعها من ذلك.

6- الرجال أقدر على البحث عن أحوال الرجال من النساء، ولو تركت المرأة وحدها تقرر مصيرها بلا معونة من أهلها وأقاربها فقد لا توفق إلى اختيار الرجل المناسب.

7- ارتباط المرأة بالرجل الذي تختاره ليس شأنا خاصا بالمرأة دون سواها، فالزواج يربط بين الأسر، ويوجد شبكة من العلاقات، والآباء والإخوة يهمهم أن تكون الأسرة التي يرتبطون بها على مستوى من الفضل والخلق، وارتباط المرأة بالزوج الصالح يريح أسرتها، وتعثرها في حياتها الزوجية يقلقهم ويتعبهم، والأولياء يصيبهم العناء والبلاء إذا لم توفق المرأة في زواجها، وسيقعون في بلاء أعظم وأشد إذا وصل الشقاق بين المرأة وزوجها إلى الطلاق.

يقول الشيخ أبو زهرة: " أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة من العار أو الفخار".

8- اشتراط الولي فيه مزيد من الإعلان عن النكاح، والشريعة تدعو إلى إعلان النكاح وإشهاره من أجل ذلك شرع الولي والشهود والوليمة و التهنئة.

[1] شمس الدين، رسائل الاسلام ومجتمع القانون الأسرة والمقترحات البديلة ،الطبعة الأولى، دار الأمة، 2002، ص.91.

9- ومن فوائد اشتراط الولاية في الزواج الاطمئنان على أن المرأة تزوجت برضاها ولم يجبرها هذا الرجل على الزواج منه ولم تتعرض للإكراه أو التخويف أو التهديد.

10- حماية المرأة من تعسفات الزوج وظلمه، وشعور الزوج وعائلته أن لهذه المرأة أولياء يقفون إلى جانبها في حالة ظلمه لها[1].

[1] شمس الدين، المرجع السابق، ص.91،92.

المبحث الثالث: أثر تخلف الولي

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما يضم دور الولي في النكاح، والثاني أثر تخلف الولي في الفقه و القانون.

المطلب الأول: دور الولي في النكاح

لقد نصت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على دور الولي في إبرام عقد الزواج فالولي هو الذي يتولى زواج المرأة بتوفر رضا طرفي العقد، ويجب أن يرضى الولي بهذا الزواج ويقوم بنقل إدارة الزوجة خصوصا وأن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد وبالتالي فهو الذي يقوم بهذه المهمة وهذا تبين من خلال نص المادة.

وصلاحيات الولي تنحصر في أمرين اثنين: الكفاءة بالنسبة لجميع النساء، إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة.

وصداق المثل، حيث أنه إذا كان الصداق زهيد أو كانت المرأة دون سن الرشد القانوني، فإن الولي ليس من صلاحيته المعارضة في إبرام العقد ولأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها، كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد أو في التي يشترطها الزوج وتقبلها وبقا للمواد 09 و 10 و 19 من نفس القانون، إن ليس له سلطة قبول أو رفض الزوج.

وعلى هذا فإنه إذا تحققت الكفاءة وبذل الرجل صداق المثل، والمرأة الراشدة، فإن امتناع الولي يكون عضلا ويحق للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر بتزويجها، وإلا تولى هو مباشرة عقد زواجها وسيأتي تفصيل عضل الولي في فرع مخصص له[1].

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.413.

الفرع الأول: حقوق الولي

1- الحق في اختيار الزوج الكفء لمن هي تحت ولايته إذا كان في ذلك مصلحة الولي والمولى عليها، أما بالنسبة للمولى عليها الصغيرة مثلا، فلتحصيل الرجل الكفء لأن الظفر بالرجل الكفء لا يكون ميسورا دائما، لأن الكفء عادة عزيز، والزوج الكفء ضروري لتحقيق مقاصد النكاح، إذ بالكفء تصلح الحياة الزوجية غالبا لأنه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها، مما يؤدي إلى دوام واستمرار الحياة بين الزوجين.

وتحصيل الكفء يكون عن طريق الولي لصغر المولى عليها، وكذلك بالنسبة للبالغة عند من يقول لابد من إذن الولي لنكاحها، فإن الولي أقدر منها على معرفة الكفء ومعرفة الرجل المناسب لها.

2- أما ملاحظة مصلحة الولي نفسه في تقرير هذه الحقوق له، فتظهر في ان الزواج في الحقيقة لا يقتصر على ارتباط الزوجين، بل يتعداهما إلى ذويهما وعائلتيهما وأقاربهما عموما، فمن مصلحة الولي وهو قريب المرأة عادة أن يكون الزوج مرضيا وكفؤا، هذا يحمله على بذل الجهد الصادق لمعرفة الزوج الكفء لموليته، فكان من حقوقه اختيار الكفء لمن هي تحت وليته[1].

وبناء على ما تقدم فمن حق الوي بناء على ولايته، أن يختار الكفء لمن هي تحت ولايته، وأن يرفض نكاح امرأة البالغة العاقلة إن زوجت نفسها من غير كفء، عند من يقول بصحة نكاحها بنفسها، لأن مثل هذا النكاح يمس مصلحة الولي واعتباره، كما يمس مصلحة من هي تحت ولايته.

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.330،331.

الفرع الثاني: واجبات الولي

كما للولي حقوق فإن عليه واجبات يجب القيام بها اتجاه المولى عليه والتي فيها مصلحة للطرفين:

1- على الولي أن يزوج موليته بصاحب الخلق والدين، وليس بصاحب المال الكثير، أو الجاه أو السلطان كما يفعل كثير من الناس في أيامنا هذه، فقد حدد النبي صلى الله عليه وسلم مواصفات الرجل الذي نرضاه لبناتنا وأخواتنا، ولخصها في الدين والخلق وقد حذر النبي صلى الله عليه وسلم من عدم فعل ذلك، وأشار إلى عدم تزويج الولي موليته لصاحب الدين والخلق، ويكون سببا لانتشار الفتن الكبيرة والفساد العريض[1].

2- عرض الولي موليته على أهل الخير والصلاح، فهذا ما حث عليه الصحابة الكرام، وما رواه التابعين وأهل العلم، وإن كان هذا الكلام غريبا في أيامنا إلا أن بعض الآباء الذين فهموا الإسلام فهما دقيقا، لا يجدون حرجا في أن يتقدم الواحد منهم لخطبة الشاب صاحب الدين والخلق، وصاحب الخير والصلاح لموليته وقد حصل مثل ذلك، وهذا جائز وليس واجبا[2].

لأن الله عز وجل قد فصل لنا ما حرم علينا، ولو كان هذا حراما لجاء تحريمه في القرآن أو السنة، لكن السنة جاءت تحرض وتحث على عرض الإنسان موليته على أهل الخير والصلاح.

ويمكن أن يستدل على مشروعية هذا الفعل بما رواه الإمام البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أن عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوفي في المدينة، فقال عمر بن الخطاب: أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنظر في أمري، فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت أبو بكر، فلم يرجع إلي شيئا، وكنت أوجد عليه منب على عثمان، فلبث ليالي ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر فقال: لعلك وجدت حين عرضت علي حفصة لم أرجع إليك شيئا؟، قال عمر: قلت نعم، قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي، إلا أني كنت علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلتها.

---

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.331،332.

[2] نفس المرجع، ص.333،334.

3- اختيار الولي لموليته حسن الخلقة حيث أن الإسلام العظيم كما اهتم بالدين والخلق في الزوج، لم يغفل الجانب الحسي المادي الجمالي، فقد دعا الولي ان يختار لموليته رجلا حسن الخلقة، وذلك لأن المرأة تحب من الرجال ما يحب الرجال من النساء.

قال ابن الجوزي: " واستحب لمن أراد تزويج ابنته أن ينظر لها شابا مستحسن الصورة، لأن المرأة تحب ما يحب الرجال"، وجاء في كشاف القناع قوله: "وتنظر المرأة إلى الرجل إذا عزمت على نكاحه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها" ثم ذكر أنه يستحب للولي أن ينظر لها شابا حسن الصورة ولا يزوجها دميما، يعني إذا زوجها الدميم كرهت في ذلك مالا يكره وعصت الله فيه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يقصد هنا الشاب الجميل الوسيم، المقصود أن يكون مقبولا في شكله وليس منفرا، وكم من الذين لا يبدون بمظهر الوسامة، يحملون بين جنابتهم كل معاني الجمال الروحي والنفسي والخلقي الذي يضفي جمالا على الجانب الخلقي.

4- التقارب في السن بين الزوجين، فعلى الرغم من إباحة الإسلام للنكاح دون تقييد السن بين الزوجين، إلا أن التقارب في السن أمر مهم لاستمرار الحياة الزوجية، وصيانة كل من الزوجين للآخر، والأصل في الحكم مع تفاوت السن أنه صحيح من الناحية الفقهية، لكن لولي الأمر تقييد هذا المباح للمصلحة وذلك من باب السياسة الشرعية وجاء في كشاف القناع: "....ومن التغفيل أن يتزوج الشيخ الصبية"[1].

5- إسراع الولي في تزويج موليته إذا بلغت، وهذا هو الأصل وذلك صيانة لها عن الوقوع في الفساد، وعملا بالنصوص الواردة في شأن ذلك، والتي تحرض على تزويج البنت إذا بلغت، وقد أفرد ابن الجوزي بابا في كتابه أحكام النساء سماه: "في الأمر بتزويج البنت إذا بلغت".

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.335،336.

ويستدل على ذلك من الكتاب والسنة:

أما من الكتاب فقوله تعالى: **"وَأَنكِحُواْ الأيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَآءَ يُغْنِهُمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (32) وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيهُمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ"**[1].

ومن السنة: فعن أبي طالب رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاث يا علي لا تؤخرهن الصلاة إذا آنت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفء".

6- امتناع الولي عن عضل موليته: سنخصص له فرعا مستقلا لأهميته.

أحكام العضل:

أولا- تعريف العضل:

العضل في اللغة العربية: جاء في لسان العرب: أن عضل المرأة عن الزوج حبسها، وعضل الرجل أيمه يعضلها عضلا وعضلها: منعها الزوج ظلما[2].

قال ابن فارس: العين والضاد واللام أصل صحيح يدل على الشدة والالتواء في الأمر، ومن ذلك العضل ويقال عضلتها تعضيلا إذا منعتها من التزويج ظلما[3].

فالعضل في اللغة هو المنع والحبس، والعضل في الولاية: هو المنع عن التزويج عند توفر الكفء.

العضل في الاصطلاح: يطلق الفقهاء على العضل بأنه منع المرأة من الزواج بكفء ترضاه، إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منها سواء ذلك بمهر مثلها أو دونه في كل زمان ومكان.

قال ابن قدامة: "معنى العضل، منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه"، وبهذا التعريف قال بقية فقهاء مذاهب الفقهية.

[1] سورة النور، الآية 32.

[2] ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الصادر، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص.452.

[3] بن فارس، معجم لمقاييس في اللغة، المجلد الأول، دار الجيل، بدون مكان نشر، 1999، ص.784.

ثانيا– حكم العضل في الفقه الإسلامي:

الأصل أن عضل الولي من له ولاية تزويجها من كفئها حرام، لأنه ظلم وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزويج بمن ترضاه، ولذلك قال ابن العربي رحمه الله: "فنهى الله تعالى أولياء من منعها عن النكاح بمن ترضاه بصريح الآية".

فإن منع الولي موليته من النكاح بكفء رغبته ضرر بين وإضرار بحق المرأة المشروع من العفاف بالنكاح والضرر جاءت الشريعة بمنعه ورفعه، والعاضل تزول ولايته بامتناعه لرفع الضرر عن موليته.

وقال ابن تيمية رحمه الله: "فليس للولي أن يجبرها على النكاح بمن لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفئا باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها ويعضلها أصل الجاهلية، والظلمة.."[1].

ثالثا– حالات اعتبار العضل في النكاح:

أ– عضل الولي موليته من الزواج بالكفء:

يرى فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا دعيت المرأة إلى الزواج من كفء، ورضيت به أو خطبها كفء وامتنع الولي من تزويجها دون سبب مقبول، فإنه يكون عضلا وذلك لعموم الأدلة الشرعية والعقلية التي تحرم العضل السابق ذكرها، وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الأولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل إلى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه، لأن ما فعله ظلم يؤدي إلى تنازع الأولياء وهو مكلف بذلك[2].

ب– عضل الولي موليته بتزويجها كفء غير الكفء الذي ترضاه:

إذا دعيت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها من كفء غيره فقد اختلف الفقهاء على ثلاث أقوال:

[1] محمد المدخلي، أحكام العضل في فقه الأسرة والنظم المعاصرة، بحث، كلية الشريعة وأصول الدين، قسم الفقه السعودية، 2007، ص.11،15.
[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 274.

القول الأول: ذهب المالكية في قول عندهم وهو قول الشافعية في الأصح، ووجه عند الحنابلة: أن كفء الولي أولى، إذا كان الولي مجبرا، لأنه أكمل نظرا منها، فإن لم يكن الولي مجبرا فالمعتبر من عينته؛ لأن ذلك من حقوقها المشروعة[1].

القول الثاني: الحنفية في قول عندهم، ورجحه ابن العابدين الحنفي وهو مذهب الحنابلة وهو مقابل الأصح عند الشافعية: يلزم الولي إجابتها إلى كفئها إعفافا لها، فإن امتنع الولي عن تزويجها من الذي أرادته كان عضلا.

القول الثالث:ذهب البغوي إلى أنه لا يتحقق العضل حتى يمتنع الولي بين يدي القاضي وذلك أن يحضر الخاطب والمرأة والولي، ويأمره القاضي بالتزويج، فيقول لا أفعل أو يسكت، فحينئذ يزوجها القاضي وهذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي وأما إذا تعذر فيجب أن يجوز للإثبات كسائر الحقوق.

ج- امتناع الخاطب من خطبة الفتاة خوفا من وليها:

إذا امتنع الخاطب من خطبة المرأة لشدة الولي وخوفه منه، فإنه يعتبر عاضلا حينئذ وآثما، ويرفع أمره للحاكم ويزوجها إذا ثبت عضل وليها لها، ولعل السبب في ذلك ما ظهر في العصر الحاضر من مغلاة في المهور أو مواصلة تعليم الفتاة، أو أخذ أجرها الوظيفي أو ترفع الولي عن مصاهرة الخاطب بسبب تفكيره الجاهلي وتعصبه لجنسه ونسبه.

رابعا- العضل المباح للولي:

إذا كان الخاطب غير كفء شرعا فللولي رده ولا يعد بهذا عاضلا آثما،بل هو مصيب شرعا وعقلا حيث اتفق الفقهاء على إباحة هذه الصورة للعضل، فقد جاء في بداية المبتدي مع شرحه الهداية: "وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما".

ومقتضاه أن للولي أن يمنع موليته للزواج بغير كفء ونص كفء ونص في حاشية رد المحتار عند الحنفية: "لو امتنع من غير كفء....فليس بعاضل"[2].

[1] محمد المدخلي، نفس المرجع، ص.18.

[2] محمد المدخلي، نفس المرجع، ص.19،20.

كما جاء في شرح الصغير عند المالكية: "ثم إذا امتنع زوج الحاكم، ولا ينتقل الحق لمن بعد العاضل من الأولياء إلا أن يكون امتناعه لوجه صحيح فلا يزوج الحاكم، ولا يكون الولي عاضلا".

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "وإذا دعت إلى غير كفء لم يكن له تزويجها، والولي أن لا يرضى به، وإنما العضل أن تدعو إلى مثلها أو فوقها فيمتنع الولي".

وقال ابن قدامة الحنبلي: "فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك، ولا يكون عاضلا لها بهذا".

وعقلا: أن الولي إذا رفض الخاطب غير كفء فقد أدى عملا مشروعا يثاب عليه لمحافظته على موليته بما يصلح لها شرعا.

خامسا– أثر العضل على انتقال الولاية في النكاح:

لا تنتقل الولاية إلا عندما يتكرر العضل ثلاث مرات فحينئذ تنتقل الولاية للأبعد، أو السلطان على خلاف سيأتي بيانه، وانتقال الولاية للسلطان أو الولي الابعد عند ثبوت عضله أو منعه أمر مجمع عليه عند الفقهاء. لكن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية حال العضل إلى الولي الأبعد أم الأقرب أم السلطان، على ثلاثة أقوال:

أولا– المالكية والحنفية:

أن الولاية في عضل النكاح تنتقل إلى السلطان لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[1] حيث يثبت انتقال الولاية للسلطان حال عضل الولي لموليته في النكاح، ولأن الولي قد امتنع ظلما من حق توجه عليه فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه.

ثانيا– الحنابلة: أنه إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، بقول أحمد، لأنه تعذر تزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه، فإن تعضل الأولياء كلهم زوج الحاكم وردوا على الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"، أنه يحمل على ما إذا عضل الكل، لأنه قوله: "فإن اشتجروا..." ضمير جمع يتناول الكل.

[1] أبو عيسى محمد الترميذي، سبق اخراجه، ص.35.

ثالثا– سلامة من المالكية: إنما يزوجها الحاكم عند عدم الولي غير العاضل، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم، فينتقل الحق للأبعد أو أما الحاكم فلا يظهر كونه وكيلا له إلا إذا لم يظهر منه امتناع كما لو كان غائبا.

وهو قول الشافعية قيدوه بأن يكون العضل اكثر من ثلاث مرات فتنتقل الولاية للولي الأبعد[1].

وتنتقل إلى القاضي فيما إذا وجد أولياء في درجة واحدة وتنازعوا وخوفا أن يؤدي تنازعهم إلى فوات الخطاب بالكفء.

رابعا– الجعفرية: لا ولاية عندهم على الصغيرة إلا للأب والجد فقالوا: لو عضل واحد منهما وامتنع عن تزويجها فليس لأحد أن يزوجها حتى الحاكم[2].

– أما بالنسبة للقوانين العربية:

إن المشرع لم ينص على العضل صراحة بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02

وجاء في قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة أهمية دفع العضل على الفتاة الإمارتية وإمكانية تزويجها برضاها وكذلك نزع ولاية عاضلها عن الزواج إلى أقرب ولي لها ثم القاضي وفق المصالح المشروعة، وفي المادة 21 من قانون 28 لسنة 2005 فقرة 2: "إذا كان الخاطبان غير متناسبين في السن بأن كان سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر فلا يعقد الزواج إلا بموافقة الخاطبين وعلمهما وبعد إذن القاضي وللقاضي أن لا يأذن به ما لم تكن مصلحة في الزواج"[3].

أما بالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية الأردني فجاء في المادة 06: "للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشر من عمرها من الكفء في حالة عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بل سبب مشروع أما إذا عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاما"، وقد اشترطت هذه المادة في فقرتها الأولى تدخل القاضي في التزويج وتجاوز الولي شرطين:

[1] محمد المدخلي، المرجع السابق، ص.26,27.
[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.275 .
[3] محمد المدخلي، المرجع السابق، ص.40.

1- أن يكون الولي العاضل غر الأب أو الجد.

2- أن يكون العضل من غير سبب مشروع[1].

وأما في فقرتها الثانية بينت أنه لا ينظر في طلب البكر حالة كون العضل من الأب أو الجد إلا عند تحقيق شرطين اثنين:

1-أن تكون قد أتمت ثمانية عشر عاما.

2- أن يكون العضل بلا سبب مشروع[2].

سادسا- في حالة غياب الولي:

إذا غاب الولي القريب أي كان أسيرا أو في مكان غير معروف أو كان الوصول إليه صعبا وجاء الخاطب الكفء وهو لا ينتظر حضور الغائب أو معرفة رأيه، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه خوفا من فوات المصلحة، ولأن الولاية ثابتة للبعيد بأصل قرابته إلا أنها مؤخرة لكون القريب أوفر شفقة، فإذا تعذر قيام الولي القريب بالعقد كان الحق للبعيد في هذه الحالة.

وعلى ذلك ليس للغائب إذا حضر أن يعترض على هذا العقد، لأنه أعتبر في حال غيبته كالمعدوم وهذا قول كل من أبي حنيفة وصاحبيه.

وقال زفر لا تنتقل الولاية وينتظر حضور الغائب، لأن ولايته لا تزول بغيابه ولا يخفي ما في هذا القول من تفويت مصلحة[3].

أما بالنسبة لرأي القوانين العربية في موضوع غياب الولي نصت المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات المصلحة في الزواج انتقلت الولاية إلى من يليه".

والمشرع السوري قرر أن تنتقل الولاية إلى من يلي الغائب إذا رأى القاضي أن في انتظار فواته لمصلحة موليته في الزواج، أي تضرر المرأة أمام القاضي من غياب وليها فقرر القانون انتقال الولاية لمن يلي الولي الغائب.

[1] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.344،345.

[2] محمد المدخلي، المرجع السابق، ص.345.

[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.273.

المطلب الثاني: عواقب تخلف الولي في الفقه الإسلامي

سنتعرض إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج من وجهتين سيتم عرضهما كالآتي بيانه:

الفرع الأول: عواقب تخلف الوليفي الفقه الإسلامي

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين في حال تخلف الولي عدم صحة العقد وبالتالي فالزواج يعد باطلا مصادقا عليه لقول رسولالله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطلباطل"

أما فيما يخص الحنفية فإنهم أجازوا تولي المرأة عقد زواجها بنفسها بغير وليها، فالمرأة الحرة البالغة عندهم لها حق إبرام عقد زوجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا، فالزواج صحيح ونافد ولازم عندهم لكنهم اشترطوا شرطين أن يكون الزوج كفئا، وأن لا تزوج نفسها بأقل من مهر المثل، ولا عبرة لرضا وليها أو من عدمه وذهب فريق من الحنفية إلى أن الزواج صحيح لكنه يبقى متوقف على إجازة الولي.

أما عن محمد بن الحسن الشيباني فذهب إلى صحة هذا النكاح، لكنه أوقفه على إجازة الولي سواء كان الزوج كفئا أو غير كفء، فإن أجازه نفذ، وإلا أبطله، فمن خلال أقوال العلماء في المذهب الحنفي، يتضح لنا أن عندهم جواز نكاح بغير ولي.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فروى عنهم بعدم صحة النكاح من غير ولي[1].

أما عن الظاهرية فقول عندهم أن للمرأة الحق أن تزوج نفسها من دون وليها إن كانت ثيبا ويكون العقد صحيح، وليس لها ذلك إن كانت بكرا[2].

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.36.

[2] نضال أبو سنينة، المرجع السابق، ص.147،148.

الفرع الثاني: عواقب تخلف الولي في القانون

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، لقد نص المشرع على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة 32 حيث جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بالإضافة إلى ذلك المادة 33 والتي نصت على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، وإذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي في حال وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وقد نص المشرع في المادة 2/11: "دون إخلال بأحكام المادة07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم، وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

فقد ميز القانون بين حالتين:

الأولى: إذا تم الزواج بدون ولي وفي حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر فإن العقد يكون باطلا بطلان مطلقا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

الثانية: وإذا تم الدخول بدون ولي بالمرأة القاصر فإن عقد الزواج يثبت بمهر المثل، بمفهوم المخالفة فزواج المرأة الراشدة بدون ولي يكون العقد صحيحا[1].

وفي القانون المصري فإن زواج المرأة البالغة بكرا أو ثيبا بدون وليها نافذ بشرط أن يكون الزواج بكفء وبصداق المثل وإذا كان غير ذلك فللولي أحقية الاعتراض عليه وطلب فسخه أمام القضاء[2] وتزويج الولي المرأة البالغة العاقلة، شرط نفاذه، الإذن والرضا والبلوغ: قضاء الحكم المطعون فيه لفسخ عقد الزواج المطعون ضدها – البالغة خمسة عشر سنة وقت العقد عليها– استنادا إلى ما استخلصه من أقوال شاهديها من عدم حصول الرضا، لا مخالفة فيه للقواعد الشرعية[3].

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص.142.

[2] الطعن رقم 194، لسنة 64، قانون الأحوال الشخصية، جلسة 19.10.1998، مجلة القضاة لسنة31، ص.624.

[3] الطعن رقم 56، لسنة 60، قانون الأحوال الشخصية، جلسة 15.02.1994، مجموعة المكتب الفني السنة 45، ص.358.

خاتمة:

وختامالما سبق يتضح لنا أن الولاية في الزواج من مقاصد النكاح الإسلامي المثيل، وكذلك تعد من المسائل الهامة التي تمس أعظم رابطة وهي الزواج، بحيث أنها الميثاق الذي ينظم الرابطة على وجه المشروع في إطار حقوق وواجبات، ولا يخفى أن المرأة تحكمها العاطفة، فقد جعل الشارع الحكيم لها من يحيطها بكنف الرعاية والأمان والحفاظ على مصالحها ويبعد الفساد عنها، ولا يأتي ذلك إلا من خلال الولاية لأن الولي على دراية كافية للرجال وعقلياتهم ولذلك فلا خير من ولي ينوب ويبرم عنها هذا العقد.

ورغم اختلاف الفقهاء وتنوع مذاهبهم الفقهية فيما يخص الولي كشرط صحة في الزواج أو دون ذلك فإن بالرجوع لقول الرسول صلى الله عليه وسلم والذي سبق لنا ذكره الزواج بغير الولي مصيره البطلان.

وبالرجوع إلى ما ذهبت إليه القوانين العربية من اختلافات التي وقعت على الولاية إلا أن في تكييفها يعتبر الولي أساس قيام زواج صحيح حتى لا تجر عنه المشاكل والنزاعات والشقاق بين أفراد أسرة واحدة؛ لأن التخلي عن الولاية قد يساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة، كما يؤدي إلى هشاشة العلاقة الزوجية.

وفي الآخر ما يمكن قوله أن الولاية في الزواج ضرورة لا غنى عنها ولها أهمية بالغة في حماية مصالح المرأة لأنها طرف ضعيف لذا شرع الله عز وجل الولاية كحماية ورعاية لها.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة نوجزها كالآتي:

- إن الولاية تقوم على أساس المسؤولية التي تقع على عاتق الولي ولاسيما في أخطر عقد ألا وهو عقد الزواج باعتبار أن أثاره لا تلحق للزوجين فقط وإنما تصيب أهل.

- إن للولاية أهمية كبيرة في حياة المولى عليها فهي أساس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليها فمن خلالها تضمن الأسرة استقرارها ودوامها، ويقع على الولي العبء الأكبر ألا وهو المسؤول شرعا وقانونا في حفظ المولى عليها ورعايتها ومشاركتها في اختيار زوجها، فأمر هذه الولاية يعود إلى من هو أكمل نظرا وأكثر شفقة وأوسع خبرة ودراية لمصلحة المرأة.

- يشترط لمن يصلح للولاية أن يتحقق فيه كمال الأهلية بأن يكون عاقلا، بالغا، مسلما، كما يشترط اتحاد الدين بينه وبين من تثبت عليه الولاية.

- حددت اغلب التشريعات العربية في قوانين الأحوال الشخصية الأولياء وبينت الشروط الواجب توافرها فيهم وذلك مدى تأثير الولاية على عقد الزواج.

- على الولي اختيار الرجل الكفء ورفض نكاح تحت ولايته بغير كفء، مع مراعاته في ذلك مصلحته ومصلحة المولى عليه.

ويمكن إدراج التوصيات والاقتراحات التي يجب اتخاذها بعين الاعتبار والتي نوجزها فيما يلي:

- اعتماد الولي كركن في ولاية النكاح وليس شرطا.

- لا بد من مشاركة الولي من هي تحت ولايته في اختيار الزوج الكفء وعدم إجبارها على زواج.

- على المشرع الجزائري أن يحدد من له الحق في الولاية على المولى عليه بالترتيب مراعيا في ذلك الاختلافات الواردة عن المذاهب الفقهية، بالإضافة إلى تحديد الأكثر شفقة من بينهم.

- التطرق إلى شروط الولي في نص صريح.

العنوان	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
المقدمة	أ-ب
الفصل الأول: الولاية في الفقه الإسلامي و التشريعات العربية المقارنة	1
المبحث الأول: مفهوم الولاية	2
المطلب الأول: تعريف الولاية	2
الفرع الأول: تعريف الولاية من الكتب اللغوية	2
الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا	3
الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا	4
المطلب الثاني: أنواع الولاية	5
الفرع الأول: الولاية على النفس	5
الفرع الثاني: الولاية على المال	7
المطلب الثالث: شروط الولاية	8
المبحث الثاني: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها	10
المطلب الأول تمييز الولاية عن الوصاية	10
المطلب الثاني: تمييز الولاية عن القوامة	13
المطلب الثالث: تمييز الولاية عن الكفالة	14
المبحث الثالث: أحكام الولاية على القاصر	15
المطلب الأول: مفهوم القاصر	15
الفرع الأول: تعريف القاصر	15
الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر	17
المطلب الثاني: ترتيب الأولياء وحكم تصرفاتهم	20
الفرع الأول: ترتيب الأولياء	20
الفرع الثاني: حكم تصرفات الولي	22
المطلب الثالث: نهاية الولاية	25
الفرع الأول: أسباب انتهاء الولاية	25
الفرع الثاني: إجراءات انتهاء الولاية	27

الفصل الثاني: دور الولي في التزويج	29
المبحث الأول: أقسام ولاية التزويج	30
المطلب الأول: ولاية الإجبار	30
الفرع الأول: من تثبت عليه ولاية الإجبار	30
الفرع الثاني: من ثبت له ولاية الإجبار	32
الفرع الثالث: حكم إجبار البكر البالغ على الزواج	34
المطلب الثاني: ولاية الاختيار	37
الفرع الاول: من تثبت عليه ولاية الاختيار	37
الفرع الثاني: من تثبت له ولاية الاختيار	39
المبحث الثاني: مشروعية ولاية التزويج وحكمها	40
المطلب الأول: العلاقة بين الولاية و النكاح	40
الفرع الأول: رأي الجمهور وأدلتهم	40
الفرع الثاني: رأي الحنفية وأدلته	42
الفرع الثالث: علاقة الولاية و النكاح في القانون	44
المطلب الثاني: مشروعية الولاية في النكاح وحكمها	45
الفرع الأول: مشروعية الولاية في النكاح	45
الفرع الثاني: حكمة مشروعية الولاية في النكاح	46
الفرع الثالث: الحكمة من وجود الولي في عقد الزواج	47
المبحث الثالث: أثر تخلف الولي	49
المطلب الأول: دور الولي في النكاح	49
الفرع الأول: حقوق الولي	50
الفرع الثاني: واجبات الولي	51
المطلب الثاني: عواقب تخلف الولي في الفقه الإسلامي	59
الفرع الأول: عواقب تخلف الولي في الفقه الإسلامي	59
الفرع الثاني: عواقب تخلف الولي في القانون	60
الخاتمة	61
الفهرس	63
قائمة المراجع	65