جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

# القرابة في ولاية التزويج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطلبة:

- جرمون آسيا
- فرجوح وداد

تحت إشراف الأستاذ:

د. تريكي و آيت شاوش دليلة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: تريكي فريد.....رئيسا

الأستاذ: مقنانة مبروكة .....ممتحنا

الأستاذ: د. آيت شاوش دليلة.....مشرفا

السنة الجامعية 2014- 2015

# شكر وتقدير

نشكر الله عزّ وجلّ الذي أمدنا بالقوة والصبر طيلة إعدادنا لهذه المذكرة.
نتوجه بالشكر والتقدير إلى الأستاذة الفاضلة" آيت شاوش دليلة "، التي تفضلت بقبول الإشراف على مذكرتنا، ولم تبخل بوقتها وتوجيهاتها وبنصائحها وإرشاداتها.
فنسأل الله عزّ وجلّ أن يثبتها ويتقبل منها وأن يرفع درجتها في الدنيا والآخرة.
كما نتقدم بالشكر للسّادة الأفاضل أعضاء اللجنة الموقرين لما يسدونه من مقترحات قيّمة تهدف إلى تصويبها والارتقاءبها.
كما نتوجه بالشكر إلى كل من ساعدنا في انجاز هذا العمل، فنسأل الله عزّ وجلّ أن يزيد من فضله وأن يجزي الجميع بالأجر والثواب.

وداد
آسيا

# إهداء

إلى روح والدي العزيزين
إلى أسرتي التي أمدتني بالحب والعطاء
أخي وأخواتي
إلى عائلتي كبيرهم وصغيرهم
إلى كل أصدقائي وزملائي.
أهدي هذا العمل المتواضع الذي نأمل أن يكون
منفعة لغيرنا من الأجيال.

وداد

إلى والدتي الغالية، رمز التضحية و العطاء و الحنان
إلى أبي الذي وهب جهده من أجل عيشنا الكريم
إلى أسرتي التي ترعرعت فيها، أخي وأخواتي
إلى عائلتي الكبيرة والصغيرة
إلى كل أصدقائي وزملائي وأساتذتي
أهدي هذا العمل المتواضع الذي نأمل أن يكون
منفعة لغيرنا

آسيا

## قائمة المختصرات:

- ج: جزء
- د ب ن: دون بلد نشر
- د د ن: دون دار نشر
- د س ن: دون سنة نشر
- ص: صفحة
- ص.ص: صفحة متتالية
- ط: طبعة
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري
- ق أ ش: قانون الأحوال الشخصية

# مقدمة

شرع الله عز وجل الزواج وجعله عقدا مقدسا لاستمرار الحياة والتقريب بين الشعوب. غير أنّ الزواج لا يقوم إلاّ إذا وجدت فيه شروط تجعل منه عقدا صحيحا، ومن بين هذه الشروط ولاية التزويج.

تعتبر الولاية من أهمّ ما جاءت به الشّريعة الإسلامية في إطار الأسرة فهي سلطة يقرّرها الشّرع للشخص[1] وذلك للحفاظ على المرأة وصون كرامتها، إذ أنّ المرأة ليس لها خبرة بالرجال، كما أنّ عاطفتها قد توقعها في من هو غير كفء لها[2]. فهي تظل عديمة المعرفة بطبائع الرجال وأخلاقهم وأصولهم الاجتماعية لذلك أقرّ الإسلام ذلك لولي من أهل المرأة ممن تهمهم مصلحتها.

رغم وجود الولاية منذ القدم إلاّ أنّها كانت عبارة عن سلطة استبداد يستعملها الأولياء كيفما يشاءون وذلك لحياء المرأة في الاعتراض على قرار وليّها. ولكن مع التّطورات الحاصلة عبر الزمن أصبح للمرأة دور في المجتمع وأصبحت تستطيع أن تبدي رأيها في مسألة زواجها والاعتراض على سلطة الولي الجائرة.

ظهرت خلافات بين الفقهاء في عدّة مسائل تخصّ الولاية في الزواج خاصّة في مدى اعتبار الولي شرط في عقد الزواج أو غير ذلك، وحول مسألة جواز عقد المرأة زواجها بنفسها أو أنّ ذلك من حقّ وليّها فقط.

كما أثار موضوع الولاية جدلا يتعلّق بالقرابة ومن هم الأولى بهذه الولاية وتحديد الأولياء ودرجة قرباهم من المولى عليها.

فيعرف عنصر القرابة في الزواج بأنّه القرب في الرّحم والاتّصال بمولى عليها من أجل قيام ولايته عليها دون وجود عوارض في ذلك باستيفاء كل شروط القرابة في الولاية.

عرف موضوع الولي جدلا بين الفقهاء واختلافا بين التشريعات الوضعية خصوصا التشريع الجزائري الذي عرف هذا الخلاف بعد تعديله لقانون الأسرة، فهو بهذا التعديل لم يعط للولي أهمية

[1])-محمد رأفت عثمان، عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.174.

[2])-محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص.129.

خاصة في زواج المرأة الراشدة. كما أنّه جعل الولي شرطا بعدما كان يعتبره ركنا قبل التعديل وهو ما جاءت به المادة 9 مكرر من ق أج[3].

وقد جمع المشرع الجزائري بين متناقضين حين أعطى للمرأة الحرية في عقد زواجها ثم أضاف بحضور وليها وعليه فإنّ المتمعن في هذا يجد أنّ المشرع قد اعتبر الولي شرطا شكليا مما جعله مخالفا لكل المذاهب الفقهية. وهو ما دفعنا إلى الكتابة في هذا الموضوع لبيان هذه المسائل والتفصيل فيها سواء في التشريع الجزائري أو في الفقه و التشريعات الوضعية الأخرى.

وعلى هذا الأساس فإنّ الإشكالية التي نريد طرحها هي:

ما مدى مراعاة عنصر القرابة في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري في ظل تعديل 2005؟

وعليه ستتمحور دراستنا على عنصر القرابة في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي كفصل أول، ثمّ سنتطرق إلى عنصر القرابة في ولاية التّزويج حسب بعض التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري كفصل ثاني.

[3])-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

# الفصـل الأول

## القرابة في ولاية التزويج

## في الفقه الإسلامي

الولاية هي أن يقوم الشخص محل شخص آخر في شأن من الشؤون وهي تنقسم إلى ولاية على المال وولاية على النفس. فالأولى تكون على أموال شخص أصابه مانع من الموانع تسببت في عدم قيامه بالتصرف فيها، أمّا الثانية فهي الولاية التي تمس الشخص بحد ذاته وهي المتعلقة بمسألة الزواج.

تعتبر الولاية في الزواج شرط لصحته فبوجودها يصح العقد وينفذ وإذا فقدت الولاية يبطل العقد عند جمهور الفقهاء ويكون موقوفا عند الحنفية[1].

والولاية في الزواج قد أقرّها الشارع الحكيم لأقارب المرأة. لذلك خصصنا المبحث الأول لدراسة الولاية في الزواج بشكل عام بداية بتعريفها كسلطة شرعية تمكن الشخص من التصرف في شؤون نفسه وغيره[2]، ثمّ بيان أنواعها.

كما تطرقنا في المبحث الثاني إلى القرابة في ولاية التزويج عند فقهاء الشريعة وذلك لتبيان من هم الأولياء عندهم وكيفية ترتيبهم وما هي الاختلافات الموجودة بين هذه المذاهب إذ أنّ لكل منهم وجهة نظر مختلفة عن الآخر وأدلة داعمة لأرائهم.

[1])- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1984، ص.186.

[2])- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.127.

## المبحث الأول

## مفهوم الولاية في الزواج

يندرج في مفهوم الولاية على الزواج كل من تعريف الولاية على الزواج التّي تعتبر حقّ شرعي للولي على المولى عليه والأدلة التّي تتضمن اشتراط الولي في الزواج وكذلك الأنواع التّي تشملها الولاية في الزواج.

### المطلب الأول

### المقصود بالولاية في الزواج

الولاية في الزواج هي أن يقوم الولي مقام المولى عليه في عقد زواجه، وهي تنقسم إلى عدّة أنواع فقد تكون إما إجبارية أو اختيارية وهو ما سيكون محل دراستنا.

#### الفرع الأول

#### تعريف الولاية في الزواج

تعددت تعاريف الولاية في الزواج من فقيه إلى آخر كما أنّها حقّ يمنح لشخص على آخر لذلك سنسعى إلى إظهار هذه التعاريف، وعليه سنتناول ( أولا) التعريف اللّغوي (ثانيا) التعريف الاصطلاحي.

**أولا:التعريف اللّغوي**

الولاية بالفتح والكسر هو النّصرة، والولي فعيل بمعنى فاعل[1] وهو من توالت طاعته من غير أن يتخلّلها عصيان، أو بمعنى المفعول فهو من يتولى عليه إحسان الله وأفضاله. والولي هو العارف بالله وصفاته بحسب ما يمكّن المواظبة على الطاعات[2] والجمع أولياء[3].

والولي: وليّ اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، ووليّ المرأة: الذي يلي عقد النّكاح عليها ولا

[1])- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص. 258.

[2])- علي بن محمد بن علي، كتاب التعريفات، دار الريان للتراث، د.ب.ن، د.س.ن، ص.329.

[3])- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المرجع السابق، ص.258.

يدعها تستبد بعقد النّكاح دونه[1].

**ثانيا:التّعريف الاصطلاحي**

الولاية هي حقّ شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه[2]، وهذا الحقّ منحته الشّريعة لبعض النّاس دون غيرهم[3]. كما تعرّف على أنّها القدرة على إنشاء العقود والتّصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد[4]، فهي إذا سلطة يملك بها الإنسان القيام على شؤون غيره[5]. سواء شاء ذلك الغير أم أبى[6].

## الفرع الثاني

## أنواع الولاية في الزواج

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى نوعين بحيث نجد في هذا التقسيم كل من ولاية الإجبار وولاية الاختيار اللّتان تعتبران أساس دراستنا هذه، فالأولى تعتبر حق للولي في تزويج من له الولاية عليها بغير رضاها أما الثانية فهي تعتبر حق له أيضا ولكن يزوج من في ولايته برضاها وكذلك بإذنها[7].

**أولا: ولاية الإجبار**

تعتبر ولاية الإجبار ولاية كاملة لأنّ الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه[8] وهي

[1]- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، د.س.ن، ص.407.

[2]- سيد سابق، فقه السنة،ج2، الفتح للإعلام العربي، مصر، د.س.ن،ص.82.

[3]- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.123.

[4]- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية: الخطبة . الزواج . حقوق الزوجين . العدة - متعة المطلقة، ط9، دار محمود للنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص.252.

[5]- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2002، ص.25.

[6]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 1999، ص.50.

[7]- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.31.

[8]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1377هـ .1957م، ص.107.

الولاية التي يكون للولي فيها حقّ تزويج من له الولاية عليها بناء على اختياره ورغبته دون أن يكون للمولى عليها دخل في العقد[1]. وتثبت هذه الولاية عند المالكية والحنابلة للأب وكذلك لوصي الأب وإن نزل، أما الشافعية فتثبت عندهم للأب والجد، أما الحنفية فلم يفرّقوا بين الأب والجد وغيرهما من الأولياء[2].

لذلك يرى الفقهاء أنّ ولاية الإجبار تثبت بوجود هذه الأسباب:

**أ. الصغر:**

الصغير مميز أو غير مميز و كذلك الصغيرة البكر لا يستطيعان مباشرة عقد زواجهما. أمّا الثّيب الصغيرة فهناك من يرى أنّها تثبت عليها ولاية الإجبار لأنّ العبرة في ذلك هو الصغر وهناك من يرى أنّها لا تثبت عليها وسبب هذا هو البكارة[3]، إلاّ أنّ الفقهاء يرون أنّه يجوز فقط للولي تزويج كل من الصغير والصغيرة[4].

**ب . الجنون والعته:**

تثبت ولاية الإجبار على المجنون والمجنونة وكذلك تثبت على كل من المعتوه والمعتوهة سواء كان الجنون والعته أصليّا أو طارئا[5]، ويكون الجنون أو العته أصليّا بأن يصل كل من المجنون والمعتوه والمعتوه سنّ البلوغ وهذه العلّة مازالت قائمة فيه، أمّا الجنون أو العته الطارئ فيكون بعد البلوغ[6].

كما أنّ العلّة من منع المجنون والمعتوه عن تولي زواجهم هو ضعف العقل الذي سبّب لهم العجز وعدم الإدراك[7].

---

[1])- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.256.

[2])- مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشّريعة الإسلامية، منشورات جامعة سبها، ليبيا،2001، ص.306.307.

[3])- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.124.

[4])- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص.51.

[5])- جمال جبريل الضمراني،الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية ، مصر، 2007، ص.81.

[6])- المرجع نفسه، ص.81.

[7])- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.258.

**ثانيا: ولاية الاختيار**

يقصد بولاية الاختيار الولاية التّي يكون فيها للمرأة البالغة العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها وبناء على اختيارها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية فهم يجيزون زواج المرأة لنفسها، ويستحب أن تترك لوليّها عقد الزواج نيابة عنها[1]. إذ يستحسن أن تستشير وليهّا حتى لا توصف بأنّها خارجة عن التقاليد والأعراف[2]. وهذا ما يفهم أيضا من قول محمد بن الحسن عندما قال أنّ النكاح ينعقد بعبارة النساء وينفذ بإذن الولي لأنّ الولاية عندهم هي ولاية مشتركة بين الولي والمرأة[3].

## المطلب الثاني

## مدى اشتراط الولي ودليله

اختلف الفقهاء حول اشتراط الولي في الزواج فذهب فريق منهم إلى القول بعدم اشتراطه وذهب الآخرون إلى اعتبار وجود الولي شرط ضروري وأساس هذا الاختلاف يكمن فيما إذا كانت المرأة بالغة عاقلة أو أنّها صغيرة فكان لكل مذهب دليل على ذلك لدعم أرائهم.

### الفرع الأول

### اشـــــتراط الولي

ثار جدل بين الفقهاء حول مسألة اشتراط الولي في الزواج وذلك من حيث قدرة المرأة على تولّي زواجها بنفسها أو أنّ وليّها هو الذي يتولى ذلك كون المرأة بالغة أو قاصرة.

---

[1])-محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.256.

[2])-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة ـ الخطبة ـ الزواج ـ الطلاق ـ الميراث ـ الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.119.

[3])-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406هـ -1986م، ص.247.

**أولا: المرأة الراشدة**

هناك من يعتبر أنّ الولاية على المرأة البالغة العاقلة شرط لصحة العقد[1].حيث ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط الولي في تزويج البالغة العاقلة كما أنّهم لم يفرقوا بين البكر والثيب[2]، فالمرأة لا تملك حقّ تزويج نفسها ولا غيرها بل يتولى وليها عقد زواجها[3]، ويشترط أن يكون هذا الولي ذكرا. كما أنّه عند هؤلاء الفقهاء إذا زوّجت المرأة البالغة نفسها فإنّ زواجها لا ينعقد أصلا ولا تكون له أيّة آثار حتى وإن أجازه الولي[4].

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى القول أنّ للمرأة البالغة العاقلة الحقّ في تولي زواجها بنفسها سواء كانت بكرا أو ثيّبا وأنّه من المستحب فقط أن توّكل عقد زواجها لوليّها[5]. فالولي عندهم ليس شرط لعقد الزواج وإنّما نائب عن المرأة فقط[6]. وعند الحنفية أيضا إذا زوّجت المرأة نفسها أو وكّلت لغير الولي ذلك فإنّ زواجها يكون صحيحا خاصة إذا كان زواجها بكفء وبمهر المثل دون اعتراض من أحد، وإنّما الاعتراض يكون للولي العاصب فقط إذا خاف أن يمسّه العار من تصرفها[7].

**ثانيا:المرأة القاصر**

يشترط في زواج المرأة القاصر أن يتولى عقد زواجها وليّها كونها صغيرة لا تعرف مصلحتها كما أنّها لا تستطيع مباشرة العقد لنقص خبرتها في هذه المواضيع، ولأنّها ليست أهلا لمثل هذه التّصرفات[8]. بحيث يرى جمهور الفقهاء أنّ الولي الذي يجوز له تزويج الصغيرة هو الأب أمّا

[1])- إسماعيل أمين نواهضة،أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010، ص.104.

[2])- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص.129.

[3])- سيد سابق، المرجع السابق، ص.83.

[4])-رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.130.

[5])- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.106.

[6])- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.129.

[7])-رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.130.131.

[8])- المرجع نفسه، ص.121.

الشافعية فقد أضافوا الجد إلى جانب الأب، ومن جهة أخرى نجد أنّ الحنفية أعطوا هذا الحقّ لجميع الأولياء[1] دون تمييز بينهم سواء كان أبا أو أخا أو حتّى من ذوي الأرحام.

## الفرع الثاني

## الجدل الفقهي حول أدلّة الولي

نظرا للخلاف السائد بين الفقهاء حول اشتراط الولي في زواج المرأة سواء كانت بالغة أو قاصرة فكان لكلّ منهم حجة ودليل على ذلك وهو ما سيتم التّطرق إليه فيما يلي:

### أولا:أدلّة القائلين باشتراط الولي

اعتمد القائلون باشتراط الولي في زواج كل من المرأة البالغة العاقلة والصغيرة على القرآن الكريم والسّنة النّبوية لدعم أرائهم وذلك على النحو الآتي:

**أ. القرآن:**

قال الله تعالى:<< **وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**>>[2].

هذه الآية اشتملت الأمر بالتّزويج وقد ذهبت طائفة من العلماء إلى وجوبه على كل من قدر عليه[3].

واستدلّوا بهذه الآية على أساس أنّها أضافت عقد الزواج إلى الأولياء وليس إلى المرأة[4].

وقال تعالى:<< **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**>>[5].

معنى هذه الآية أن لا يزوجوا الرجال المشركين النّساء المؤمنات[6].

---

[1]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص.51.

[2]- سورة النور، الآية 32.

[3]- عماد الدّين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن، ج3، دار الجبل، لبنان، د.س.ن، ص.277.

[4]- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.255.

[5]- سورة البقرة، الآية 221.

[6]- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ج1، ص.245.

وقد استدلّ الفقهاء بذلك كون الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال وليس النّساء وكأنّه قال لا تنكحوا أيّها الأولياء مولياتكم للمشركين[1].

**ب . السّنّة النبوية:**

عن أبي موسى قال: قال الرّسول صلى الله عليه وسلم:<< **لا نكاح إلاّ بولي**>>[2].

عن عائشة قالت: قال الرّسول صلى الله عليه وسلم:

<< **أيّما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل . ثلاث مرات . فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**>>[3].

استدلّ بهذه الأحاديث من أجل إثبات أنّ النكاح بدون ولي يكون باطلا[4]، واستدلّ على أنّ النكاح بلا ولي هو نفي إمّا يتوجه إلى الذّات الشّرعية لأنّ الذات الموجودة (أي العقد بدون ولي) ليست شرعية، أو يتوجه إلى الصحة التّي هي أقرب المجازين إلى الذّات[5] فيكون النكاح بلا ولي باطل.

وعليه يفهم من الحديثين أنّ الولي شرط في زواج المرأة وأنّها لا تعقد زواجها إلا بوجود وليها وإلاّ اعتبر زواجها باطلا.

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:<< **لا تزوّج المرأة المرأة، ولا تزوّج المرأة نفسها، فإنّ الزّانية هي التّي تزوّج نفسها**>>[6].

---

[1])-محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.255.

[2])-محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي،رقم الحديث 1101، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية، د س ن، ص.259.

[3])-أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، رقم الحديث 2083، ج3، دار الرّسالة العالمية، سوريا، 2009، ص ص.425 .426.

[4])-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1977، ص.259.

[5])-محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، الأردن،2004، ص.1190.

[6])-مجد الدّين عبد السّلام بن تيمية، منتقى الأخبار في أحاديث الأحكام، ج2، رقم الحديث 40، المكتبة العصرية للطباعة والنّشر، لبنان،2000، ص. 114.

معناه أنّ مباشرة المرأة لعقد الزواج من شأن الزّانية فلا ينبغي أن تتحقق المباشرة في النكاح الشرعي[1].

هذا فيما يخص البالغة أما الصغيرة فدليل اشتراط الولي في زواجها من السّنّة النبوية هو:

عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ستّ سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين[2].

استدلّ بهذا الحديث على أساس تزويج أبا بكر لعائشة رضي الله عنهما وهي دون البلوغ، وقد أجمع على أنّه يجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة البكر ولو كانت لا يوطأ مثلها[3]. ويدلّ أيضا على أنّه يجوز للأب أن يزوّج ابنته بغير استئذانها[4].

## ثانيا: أدلّة القائلين بعدم اشتراط الولي

على غرار ما استدلّ به الفقهاء القائلين باشتراط الولي والمتمثلين في كل من المالكية والحنابلة والشافعية فإنّ المذهب الحنفي أيضا أقام دليل على عدم اشتراط الولي فاعتمد على القرآن والسنّة النّبوية في ذلك:

### أ. القرآن:

قال الله تعالى:<< **وإذا طلقتم النّساء فبلغن أجلهنّ فلا تعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ**>>[5].

نزلت هذه الآية في رجل يطلق امرأته طلقة أو طلقتين فتنقضي عدتها ثمّ يبدو له أن يتزوجها وأن يراجعها وتريد المرأة ذلك فيمنعها أولياؤها من ذلك فنهى الله أن يمنعوها[6].

---

[1])- السيوطي، الهندي، الدهلوي، البوصيري، الكنكوهي، النعماني، شروح سنن ابن ماجة، دار بيت الأفكار، الأردن،2007، ص.742.

[2])- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المجلد10، رقم الحديث 5134، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص. 6068ـ 6069.

[3])- محمد بن علي بن آدم بن موسى الأتيوبي الولّوي، شرح سنن النسائي المسمى ذخيرة العقبي في شرح المجتبي، ج27، دار آل بروم للنشر والتوزيع، السعودية، 1424هـ - 2003م، ص.193.

[4])- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.1191.

[5])- سورة البقرة، الآية 232.

[6])- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ج1، ص.267.

وقد استدلّ الحنفية بهذه الآية على أساس أنّها أسندت النكاح إلى المرأة ومقتضى هذا تحقق الزواج إذا باشرته بنفسها دون توقف على إذن الولي ولا مباشرته إياه[1]، واستدلوا أيضا بالآية من حيث أنّ الله تعالى نهى الأولياء عن منع النّساء من أن ينكحن أزواجهنّ إذا تراضت المرأة وزوجها[2].

**ب . السنة النبوية**

عن ابن عباس أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال:<< **الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها**>>[3].

استدلّ بهذا الحديث على أنّ الثيب لا تزوج حتى تستأمر وإن زوجها الأب من غير أن يستأمرها فكرهت ذلك فالنكاح مفسوخ، كما أنّه إذا زوج الأب البكر وهي بالغة بغير أمرها فلم ترض بتزويج الأب فالنكاح مفسوخ[4].

## المبحث الثاني

## ترتيب ولاية الأقارب في الفقه الإسلامي

تثبت الولاية عند جمهور الفقهاء للأقارب الذكور فقط دون النّساء واتّفقوا على أنّهم الأولى بتزويج المرأة لأنّها لا تزوّج نفسها، ولكنّهم اختلفوا فيما إذا اقتصرت الولاية فقط على الأقارب من جهة العصبات أم أنّها تتعدى إلى غير العصبات وهو ما ذهب إليه المذهب الحنفي الذي جعل الولاية للعصبات ولغير العصبات وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

[1])- عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، 2004، ص.331.

[2])- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.137.

[3])- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسابوري، صحيح مسلم، المجلد1، رقم الحديث1421،دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، 1427هـ .2006م، ص.641.

[4])-سنن الترميذي، ص.262.

## المطلب الأول

## موقف فقهاء المالكية والحنابلة

يتّفق فقهاء المذهبين في اقتصار الولاية في الزواج على الأقارب الذكور من العصبات، ولكن الخلاف بينهم يكمُن في ترتيب الأولياء فمنهم من يرتّبهم كالميراث ومنهم من يقدّم جهة على أخرى.

### الفرع الأول

### موقف المذهــب المالكـــي

يرى المالكية أنّه إذا اجتمع الأولياء يقدّم من وصفه أقرب لحسن النّظر في الولاية[1]، بحيث جعل الإمام مالك الولاية معتبرة بالتعصيب إلاّ الابن ، فمن كان أقرب عصبة[2] كان أحقّ بالولاية وعند المالكية الابن أولى وإن سفل. ثمّ يأتي بعده الأب ثمّ الأخ سواء شقيق أو لأب ثمّ أبناؤهم وإن سفلوا. وبعد هؤلاء يأتي الأجداد للأب وإن علوا ثمّ الأعمام وأبنائهم وإن سفلوا[3].

كما أنّ عند المالكية لا تثبت الولاية للأخ لأم ولا للجد من جهة الأم ولا لذوي الأرحام[4]، وعليه لا تكون لهم الولاية لأنّهم ليسوا من العصبات.

---

[1])- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج4، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994، ص.246.

[2])- العصبة: عصبة الرجل بنوه وقرابته لأبيه، والعصبة الذين يرثون الرجل عن كلالة من غير والد ولا ولد، أمّا في الفرائض فكل من لم تكن له فريضة مسماة فهو عصبة إن بقي شيء من الفرائض أخذ. وعصبة الرجل أولياؤه الذكور من ورثته سموا عصبة لأنّهم عصبوا بنسبه، والجمع العصبات. نقلا عن أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص.605.

[3])- ارجع إلى: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص.13. شهاب الدين بن ادريس القرافي، ص.246.

[4])- خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011، ص.334.

وبعد عصبة النّسب تنتقل الولاية عند المالكية إلى المولى الأعلى وفي حال فقدان هذا الأخير انتقلت الولاية إلى عصبته ثمّ معتق المعتق ثم إلى عصبته حسب ترتيب العصبات[1].

وعند غياب أو عضل[2] الأولياء فإنّ السلطان ولي من لا ولي له، غير أنّ الحاكم لا يزوج المرأة إلاّ بإذنها ورضاها وذلك بعد أن يثبت خلوّها من الموانع وأنّ لا ولي لها أو أنّ لها ولي منعها من الزواج[3].

كما أنّ لوصي الأب ولاية التزويج عند المالكية ولكن بشرط أن يعيّن له الأب الزوج وأن لا يقلّ مهرها عن مهر مثيلاتها[4]، إذ يعتبر الوصي خليفة الأب ووكيله فأشبه حاله لو كان الأب حيّا[5].

إذا اجتمع الأولياء في نكاح المرأة فإنّ بعضهم أولى من بعض، أي أنّ من تولى العقد من الأولياء سواء كان أبا أو ابنا أو غيرهما كان العقد صحيحا لأنّه عند مالك إذا اختلف الأولياء وهم في القعدد[6] فإن كان بعضهم أقعد من بعض فالأقعد هو الأولى بإنكاحها[7].

---

[1]- خليل بن إسحاق المالكي، المرجع السابق، ص.334.

[2]- عضل: عضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل الرجل أيمه يعضلها عضلا وعضّلها: منعها الزوج. كما أنّ الولي إذا منع حرمته من التزويج فقد منعها الحق الذي ابيح لها من النكاح إذا دعت إلى كفء لها. نقلا عن أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، المجلد11، ص.451.

[3]- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.30.

[4]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.202.

[5]- فريدة عبد العزيز الجندي، الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان،2005، ص.190.

[6]- القعدد معناه: يقال رجل قعدد أي قريب من الجد الأكبر وكذلك قعدد والقعدُدُ أملك القرابة في النسب. والقعدد: القربى، وفي الميراث القعدد: هو أقرب القرابة إلى الميت، وفلان أقعد من فلان أي أقرب منه إلى جدّه الأكبر. نقلا عن أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، المجلد3، ص.ص. 361 ـ 362.

[7]- سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد4، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س.ن، ص.11.

## الفرع الثاني

## موقف المذهب الحنبـــلي

ذهب الحنابلة مثلهم مثل المذاهب الأخرى إلى اعتبار الولاية في الزواج مقتصر على الأقارب العصبات فقط دون غيرهم وقد قدموا أدلة على ذلك وهو ما سنراه في هذا الفرع.

### أولا: تصنيف الأولياء

يرى فقهاء الحنابلة أنّ أحقّ النّاس بنكاح المرأة أبوها، لأنّه أكمل نظرا وأشدّ شفقة، ثمّ جدّها لأب وإن علا الأقرب فالأقرب لأنّ له إيلادا وتعصيبا فهو أشبه بالأب، ثمّ ابنها ثمّ بنوه وإن نزلوا[1]. بعدهم يأتي الأخ الشقيق لكونه أقرب العصبات بعد الأب والابن، ثمّ الأخ لأب، ثمّ أولاد الإخوة وإن سفلوا[2].

ويلي بعد هؤلاء عمّها لأبوين ثمّ لأب، ثمّ بنوهما كذلك، ثمّ أقرب نسب كالإرث[3]، لأنّ الولاية لدفع العار عن النّسب والنّسب في العصبات[4].

بعد العصبات يأتي المعتق ثمّ عصبته، ثمّ السلطان إذ أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ السّلطان له ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أولياؤها[5].

### ثانيا: أدلّة الحنابلة

استدلّ الحنابلة عند تقديمهم الأب في ترتيب الأولياء كون الولد موهوب لأبيه[6] أي أنّ الله قد امتنّ على الأب بهذا الولد فيعتبر الأب أحقّ النّاس فيه وفي مراعاة حقوقه.

---

[1])- عبد الرحمن بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد6، د.د.ن، د.ب.ن، 1399هـ، ص.265.266.

[2])- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.207.

[3])- عبد الرحمن بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المرجع السابق، ص.267.

[4])- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ -1994م، ص.10.

[5])- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.207.

[6])- نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1432هـ - 2011م، ص.93.

أمّا فيما يخصّ البنوة فقد أخذ الحنابلة بولايتهم على غرار المذاهب الأخرى عدا الشافعية واستدلوا بذلك بحديث أمّ سلمة لمّا انقضت عدّتها أرسل إليها الرّسول صلى الله عليه وسلم يخطبها، فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهدا، قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت لابنها: يا عمر قم فزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم، فزوّجه[1].

## المطلب الثاني

## موقف فقهاء الحنفية والشافعية

اختلف فقهاء المذهبين مع المذاهب الأخرى في بعض التفاصيل المتّعلقة بتصنيف وترتيب الأولياء من الأقارب فكان لكلّ منهم رأيه والدّليل الذي اعتمد عليه.

### الفرع الأول

### موقف المذهب الحنـــــفي

جعل الحنفية الولاية في الزواج للعاصب بالنّفس[2] مثل سائر المذاهب الفقهية التّي جعلت الولاية للأقارب العصبات فقط.

غير أنّ أبي حنيفة خالفهم في حالة عدم وجود الأقارب العصبات فهو يرى أنّ الولاية تكون للأقارب غير العصبات ثمّ للقاضي[3]. وهذا ما ستتمحور عليه دراستنا في هذا الفرع.

#### أولا:رأي الحنفية

توسّع الحنفية فيمن تثبت لهم الولاية في الزواج، فقالوا أنّها تثبت للعصبات وكذلك لغير العصبات[4].

---

[1])- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، رقم الحديث 3254، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية، د.س.ن، ص.504.

[2])- أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص.166.

[3])- المرجع نفسه، ص.167.

[4])- أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ .1997م، ص.146.

**أ. الأقارب من جهة العصبات:**

اتّفق أئمة الحنفية على ثبوت الولاية للأقارب من العصبات[1]؛ وهم كلّ قريب ذكر يتصل بالمولى عليه اتّصالا لا ينفرد بالتوسّط بينهما أنثى[2]. ولكنّهم اختلفوا بعض الاختلاف في ترتيبهم[3].

فالتّرتيب بين العصبات في ولاية النّكاح عند الحنفية هو التّرتيب في الميراث، والقريب يحجب البعيد[4]. حيث قال العيني في البناية:

" **الولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الإرث**"[5].

فعند الحنفية يقدّم الابن أوّلا وأبنائه وإن سفلوا، ثمّ الأب فأبوه وإن علا[6]. كما قد خالف محمد بن الحسن ـ رحمه الله ـ إمامه أبا حنيفة في تقديم الابن على الأب فقدّم الأب على الابن[7]، لأنّه عند أبي حنيفة إذا اجتمع الأب والابن فإنّه يقدّم الابن أوّلا لأنّه الأولى[8].

وبعد كل من جهة البنوة والأبوة يأتي الأخ الشقيق وبعده الأخ لأب ثمّ أبنائهما[9]، ففي هذه المسألة يوجد خلاف في هذا المذهب حيث نجد أنّ أبو حنيفة جعل الجد أولى من الأخ سواء الشّقيق أو لأب[10].

---

[1])- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.269.

[2])- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.112.

[3])- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.269.

[4])- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص.85.

[5])- أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1980، ص.579.

[6])- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.73.

[7])- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج3، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، ص.277.

[8])- المرجع نفسه، ص.277.

[9])- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003، ص.192.

[10])- أبو محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.597.

أمّا أبو يوسف ومحمد بن الحسن فقد قالا أنّ الجد والأخ يستويان لأنّ من أصلهما أنّ الأخ يزاحم الجد في العصوبة حتى يشتركا في الميراث فكذلك في الولاية، أمّا عند أبي حنيفة الجد مقدّم في العصوبة وكذلك في الولاية لأنّ شفقة الجدّ فوق شفقة الأخ[1].

إذ قال السرخسي في المبسوط :

**<< ... فإن كانت صغيرة فأولى الأولياء عليها أبوها ثمّ الجد بعد الأب قائم مقام الأب>>**

وبعد كل هؤلاء تأتي جهة العمومة وهي بدورها تشمل كل من أعمام المولى عليه وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وأبنائهم سواء كانوا أعمام لأبوين أو لأب[2]، ثم الأقرب فالأقرب من العصبات[3].

**ب . الأقارب من غير العصبات:**

أمّا غير العصبات من الأقارب فلهم ولاية النكاح مع الترجيح بينهم بدرجة القرابة ثمّ بقوة القرابة سواء كانوا أصول أو فروع[4]، هذا عند أبي حنيفة في حالة عدم وجود العصبات استحسانا ووجه قوله: أنّ الولاية نظرية، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابة على الشفقة[5].

والأقارب من غير جهة العصبات هم مولى العتاقة ثمّ عصبته[6]، فقد يكون المعتق من الأقارب كما يمكن أن لا يكون من الأقارب، ثمّ ذوي الأرحام[7] الأقرب فالأقرب[8].

---

[1])- برهان الدّين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري، المحيط البرهاني، المجلد4، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، لبنان، 1424هـ . 2004م، ص.56.

[2])- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد2: أحكام عقد الزواج، د.د.ن، مصر، 2001، ص.40.

[3])- أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، المرجع السابق، ص. 248.

[4])- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.41.

[5])- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص. 88.

[6])- برهان الدّين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري، المرجع السابق، ص.55.

[7])- ذوي الأرحام: ذوو الرحم هم الأقارب، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب، ويطلق في الفرائض على الأقارب من جهة النساء. ويقال: ذو رحم محرم ومحرّم، وهو من لا يحل نكاحه. نقلا عن أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، المجلد12، ص.233.

[8])- برهان الدّين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري، المرجع السابق، ص.55.

وعلى هذا الأساس تثبت الولاية لغير العصبات حسب ترتيبهم في الإرث[1]، فتقدّم الأمّ على أم الأب وأم الأمّ لأنّها أقرب درجة منهما، وتقدّم كذلك أم الأب لأنّها أقوى قرابة لإدلائها بالعاصب[2].

ثمّ البنت فبنت الابن، ثمّ بنت البنت ثم بنت ابن الابن، ثمّ لبنت بنت البنت وهكذا[3]. ثمّ تنتقل إلى الجدّ غير الصحيح، تيله الأخت الشقيقة ثمّ الأخت لأب، ثمّ الإخوة والأخوات لأم ثمّ أولاد هؤلاء على التّرتيب السّابق[4]، ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب[5].

ومجمل القول أنّ جمهور الحنفية يقدّمون قرابة التّعصيب على قرابة الرّحم بالإجماع[6].

وإذا لم يوجد ولي من الأقارب انتقلت الولاية إلى السّلطان[7]، وهذا عملا بقول الرّسول صلى الله عليه وسلم:

<< **السّلطان ولي من لا ولي له**>>[8].

## ثانيا . أدلّة الحنفية

استدلّ أبو حنيفة في إثبات ولاية النّكاح لغير العصبات بما يلي:

1. قول الله تعالى:<< **وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض**>>[9].

هذه الآية جاءت عامة وشاملة لجميع القرابات كما نص عليه ابن عباس ومجاهد وعكرمة

---

[1])- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.271.

[2])- عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.346.

[3])- محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص.195.

[4]). بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1: الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، د.س.ن، ص.147.

[5])- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي، المرجع السابق، ص. 286.

[6])- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي،المرجع السابق، ص.241.

[7])- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.42.

[8])- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، رقم الحديث1880، ج 1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.605.

[9])- سورة الأنفال، الآية 75.

والحسن وقتادة وغير واحد على أنّها ناسخة للإرث بالحلف والإخاء اللذين كانوا يتوارثون بهما أوّلا، وعلى هذا فتشمل ذوي الأرحام بالاسم الخاص[1].

وقد استدلّ الحنفية بهذه الآية على أساس أنّ الولاية شرّعت للنّظر في مصالح المولى عليها وأنّ إسناد النّظر في مصلحة المولى عليها لذوي الأرحام أولى من جعل ذلك للقاضي كما أنّ ذوي الأرحام تتوفر فيهم الشّفقة[2]، لذلك جعل الحنفية الولاية لذوي الأرحام مثلهم مثل العصبات عند عدم عدم وجود هؤلاء.

2 ـ حديث ابن مسعود في إجازته تزويج امرأته ابنتها، وقال السّرخسي معلقا على هذا الاستدلال أنّ ابنتها لم تكن من عبد الله فإنّما جوّز نكاحها بولاية الأمومة[3].

3 ـ أنّ استحقاق الولاية باعتبار الشّفقة الموجودة بالقرابة وهذه الشّفقة توجد في قرابة الأمّ كما توجد في قرابة الأب فتثبت لهم ولاية التزويج أيضا، إلاّ أنّ قرابة الأب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفي ثبوتها لذوي الأرحام عند عدم العصبات[4].

4 ـ أثبت أبو حنيفة الولاية لذوي الأرحام استحسانا[5]، باعتبار أنّ الولاية نظرية؛ والنّظر يتحقق بالتّفويض إلى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشّفقة وهذه الأخيرة موجودة في الأمّ وقرابتها كما في قرابة الأب[6].

---

[1])- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ج2، ص.316.

[2])- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.265.

[3])- شمس الدّين السرخسي، كتاب المبسوط، ج5، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص.10.

[4])- محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص.83.

[5])- محمود محمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدّين العيني الحنفي، البناية في شرح الهداية، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ . 2000م، ص.92.

[6])- المرجع نفسه، ص.102.

## الفرع الثاني

## موقف المذهب الشـــــافعي

يرى الشّافعية أنّ الولي في النكاح هو الأقرب من العصبات[1]، وهذا ما ذهبت إليه المذاهب الأخرى. غير أنّه يختلف معهم في بعض المسائل بحيث أنّ الشّافعية جعلوا النكاح للعصبات دون الابن[2]، لأنّ الابن لا يستطيع أن يكون وليّا بالعصبة.

### أولا: رأي الشافعية

ذهب الشافعية إلى القول بأنّ الأولياء في الزواج هم العصبات بالإرث وهذا على غرار ما ذهبت إليه المذاهب الأخرى دون الابن.

حيث أنّ الشافعية يقدّمون الأب على غيره ثمّ تكون الولاية للجدّ أب الأب مهما علا[3] لأنّه أحقّ العصبات بالولاية بعد الأب[4]، و يأتي بعد الجدّ الإخوة فأبنائهم، ثم الأعمام فأبنائهم[5].

ولا تثبت الولاية للأبناء، فلا يزوّج ابن أمه و إن علت ببنوة محضى[6]، إلاّ إذا وجدت فيه صفة أخرى غير البنوّة[7]، كأن يكون قاضيا وليس لها عصبة مناسبة فيجوز لابنها أن يزوجها بولاية الحكم[8]. أو أن يكون ابن ابن عم[9]، أي أن يكون عصبة لها وهو ما قاله الشافعي:

---

[1])- أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1424هـ . 2003م، ص.120.

[2])- زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللّباب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.200.

[3])- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.153.

[4])- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج9، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.91.

[5])- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.153.

[6])- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.206.

[7])- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.267.

[8])- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص.92.

[9])- زكريا بن محمد الأنصاري، المرجع السابق، ص.200.

<< ولا يزوّج المرأة ابنها إلاّ أن يكون عصبة لها>>[1]، ولا يكون وليّا للمرأة عند الشافعية أخوها لأمّها ولا عصبة أمّها[2].

بعد العصبات تأتي القرابة السببية المتمثلة في كل من المعتق ثمّ عصبته، وإذا لم يوجد ولي يتولى نكاح المرأة فإنّ السلطان ولي من لا ولي له[3]. وهذا ما ذهبت إليه سائر المذاهب الفقهية.

**ثانيا: أدلّة الشافعية**

1ـ استدل الشافعية على أحقّية تقديم الأب على غيره من الأولياء لأنّ المرأة بضعه وهي منه بمثابة نفسه[4].

2ـ وقد قيل في قوله تعالى:

<< **يا أيّها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين**>>[5].

معنى هذه الآية أنّ الله تعالى يأمر عباده المؤمنين أن يكونوا قوامين بالقسط أي بالعدل وأن يكونوا متساعدين وأن يشهدوا الحقّ ولو عاد ضررا عليهم أو على الوالدين والأقارب[6].

أمّا الشافعية فقد استدلوا من هذه الآية أنّ المقصود بالأنفس هنا هم الأولاد، ولأنّ الأب أكثر العصبات شفقة وحبا[7] فإنّه يقدم على سائر الأولياء.

---

[1])- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ص.94.

[2])- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، دار حسان للنّشر والتوزيع، إيران، 1378هـ، ص.135.

[3])- زكريا بن محمد الأنصاري، المرجع السابق، ص.ص.200 ـ 201.

[4])- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير،المرجع السابق، ص.91.

[5])- سورة النساء، الآية 135.

[6])- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ين كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ج2، ص.535.

[7])- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، المرجع السابق،ص.91.

# الفصل الثاني

## القرابة في ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري

عرفت الولاية في الزواج اختلافا بين المذاهب الفقهية وهو ما جعل التّشريعات العربية تتأثر بهذه الاختلافات.

فقد أخذ كل تشريع بمذهب معين في مسألة الولاية في الزواج ومدى تعلّقها بالأقارب إذ نجد البعض منها تأثّر بالمذهب المالكي الذي يأخذ بالعصبة النّسبية والبعض الآخر بالمذهب الحنفي الذي جعل الولاية للأقارب العصبات وغير العصبات، وهناك من تأثّر بالمذاهب الفقهية الأخرى.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا الفصل إلى معالجة موضوع القرابة في ولاية التّزويج في بعض التّشريعات العربية وكذلك في قانون الأسرة الجزائري الذي عرف بعض التّعديلات في أحكامه.

## المبحث الأول

## القرابة في ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية

نظرا لتعدد الدول العربية فقد تنوعت تشريعات وقوانين كل واحدة منها لذلك خصصنا دراستنا في هذا المبحث لاستعراض هذه التّشريعات فيما يخص القرابة في ولاية التّزويج وعليه اعتمدنا على التقسيم الآتي:

. المطلب الأول: سنتحدث فيه عن تشريعات بعض دول المغرب العربي.

. المطلب الثاني: سنرى فيه تشريعات بعض دول المشرق العربي.

### المطلب الأول

### القرابة في ولاية التزويج في تشريعات بعض دول المغرب العربي

سنتعرض في هذا المطلب لدراسة بعض النصوص القانونية التي جاءت في قوانين الأحوال الشخصية لبعض دول المغرب العربي فيما يخص الولاية في الزواج ومدى مراعاتها لعنصر القرابة فيها، بحيث سنبدأ بالمدونة المغربية في الفرع الأول ثمّ تليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية لننتهي بالقانون الليبي للأحوال الشخصية.

#### الفرع الأول

#### القرابة في ولاية التزويج في التشريـــع المغربـــي

فرّق المشرع المغربي في الولاية في الزواج بين المرأة الراشدة والقاصر حيث جعل زواج هذه الأخيرة متوقف على موافقة النائب الشرعي، أما الولاية في زواج الراشدة اعتبره حق لها وحدها.

**أولا: المرأة الراشدة**

رجوعا إلى المشرع المغربي نجد أنّه نص في المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية[1] على الولاية بنصه على:<< **الولاية حق للمرأة، تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها>>.**

وعليه يستنتج من المادّة السالفة أنّ المشرع المغربي جعل الولاية في يد المرأة تقوم بها حسب اختيارها فقد أعطى لها مطلق الحرية في ذلك ودون أن يتدخل أحد فيها.

كما نص في المادة 25 من نفس القانون[2] والتي جاءت كالآتي:**<< للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها>>.** من خلال هذه المادة يفهم أنّ المدونة المغربية أعطت للمرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها دون أن يكون لوليها دور فيه، إلا إذا أرادت أن تفوض لوليها أو أحد أقاربها تولي عقد زواجها.

بالتالي نستنتج من المواد السالفة الذكر أنّ المشرع المغربي لم يراع الولي من الأساس وبالتالي لا مجال للحديث عن عنصر القرابة في ولاية التزويج وذلك عندما أعطى للمرأة مطلق الحرية في عقد زواجها ولم يعر أهمية لأبيها أو أحد أقاربها في تولي زواجها بل هي التي تفوض لأحد منهم ذلك وبإرادتها.

**ثانيا: المرأة القاصر**

عملا بنص المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية[3] التي تنص:**<< زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.**

**تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.**

[1])- ظهير شريف رقم01- 04- 22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03 فيفري 2004 بتنفيذ القانون رقم 03- 70 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد5184 الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.
http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/Ã%C2%99

[2])- المرجع نفسه.

[3])- المرجع نفسه.

**إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بتّ قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع>>.**

يستنبط من نص المادة أنّ زواج القاصر متوقف على إرادة النائب الشرعي الذي قد يكون أبوها أو أحد أقاربها.

وفي حالة اعتراض النائب الشرعي على ذلك الزواج فإنّ القاضي هو الذي ينظر في ذلك أي أنّ القاضي هو الذي يتولى زواجها.

وعليه نستنتج أنّ المشرع المغربي لم ينص على ولي القاصر وبالتالي فإنّه لم يأخذ بالقرابة في زواجها وذلك عندما نص على أنّ زواج القاصر يتوقف على موافقة النائب الشرعي.

## الفرع الثاني

## القرابة في ولاية التزويج في التشريع التونسي والتشريع اللّيبي

خلال هذه المرحلة سنتطرق إلى دراسة موقف المشرع التونسي والليبي من شرط الولي ثمّ نبحث عن مدى مراعاته لعنصر القرابة في ولاية التزويج.

### أولا: التشريع التونسي

أشار المشرع التونسي في الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية[1] إلى الولي في زواج القاصر بنصه على مايلي:

**<< الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه.**

**والحاكم ولي من لا ولي له>>.**

[1]- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد66 الصادر في 17 أوت 1956.

http://www.ejustice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_statut_personel_ar_01_12_2009.pdf

من خلال النص السالف يستنبط:

1- أنّ المشرع التونسي جعل الولي في زواج القاصر هو العاصب بالنّسب، وهو ما ذهب إليه معظم الفقهاء الذين جعلوا الولاية في يد الأقارب العصبات وهم مرتبون فيما بينهم الترتيب المقرر في الإرث كالآتي الأبناء وإن نزلوا، الآباء وإن علو، إخوة وأبنائهم والأعمام وأبنائهم[1].

2- أنّ زواج القاصر ذكرا كان أو أنثى فإنّ وليه يكون أبوه وذلك وجوبا أو من ينوب عنه.

يلاحظ أنّ المشرع التونسي أعطى الولاية للحاكم في حالة غياب أو عدم وجود الولي العاصب لأنّ الحاكم يعتبر ولي من لا ولي له.

يفهم أنّ المشرع التونسي قد راعى في ولاية التزويج عنصر القرابة وذلك في الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية عندما جعل زواج القاصر متوقف على موافقة الولي والأم وهو كالآتي: **<< زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم>>**[2].

أمّا فيما يخصّ المرأة البالغة فقد نصّ المشرع التّونسي في الفصل 9 على:**<< للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا>>**[3].

وعليه نستنتج أنّ المرأة الراشدة في التشريع التونسي تتولى زواجها لوحدها دون وليها كما تستطيع أن توكل من شاءت، لذا نفهم أنّ المشرع التونسي لم يراع القرابة في ولاية التزويج بالنسبة للمرأة الراشدة.

## ثانيا: التشريع اللّيبي

أخذ القانون اللّيبي بالمذهب المالكي في الولاية في الزواج، حيث نجده قد نصّ في المادة 7 فقرة أ من قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنّ:

[1])- عبد العظيم شرف الدّين، المرجع السابق، ص.345.

[2])- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

[3])- المرجع نفسه.

**<< الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث>>[1].**

ترتيب العصبة عند المشرع اللّيبي يكون حسب ترتيب الإرث وهو كالآتي:

يقدم الأب أولا وإذا كان للمرأة أولاد يقدمون على الأب ثمّ الجد من قبل الأب وإن علا[2]، بعدها يأتي الإخوة الأشقاء والإخوة لأب ويليهم أبناؤهم على الترتيب[3]، بعد كل هؤلاء يأتي الأعمام فأبنائهم[4].

إذا استوى الأولياء في القربى فإن المشرع اللّيبي يرى أنّه من تولى فيهم الزواج كان صحيحا وهو ما جاء في المادة 7 فقرة ج.

ويشترط أن يجتمع رأي الولي والمولى عليها لصحة الزواج أمّا في حالة اختلاف الأولياء في تزويج المولى عليها بمن ترضاه فللمولى عليها أن ترفع أمرها إلى المحكمة لتأذن لها بالزواج وهو ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية اللّيبي.

أما في حالة عدم وجود الأولياء فإنّ الولاية تنتقل إلى القاضي[5]، وهو ما جاء في المادة 7 فقرة هـ من قانون الأحوال الشخصية اللّيبي والتي تنص:

**<< إن المحكمة ولي من لا ولي له>>[6].**

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية اللّيبي. http://kambota.forumarabia.net/t1843-topic

[2]- مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص.308.

[3]- المرجع نفسه، ص.308.

[4]. أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، د.د.ن، الكويت، د.س.ن، ص.335.

[5]- مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص.308.

[6]- قانون الأحوال الشخصية اللّيبي، المرجع السابق.

## المطلب الثاني

## القرابة في ولاية التزويج في تشريعات بعض الدول المشرق العربي

تناولت القوانين العربية مسألة الولاية في الزواج فكان لكل تشريع رأيه والمذهب الفقهي الذي اعتمد عليه في ذلك لذا سنسعى في هذا المطلب إلى دراسة بعض هذه التشريعات وبيان الفرق الموجود بينها وذلك باستقراء بعض نصوصها القانونية التي تتناول هذا الموضوع.

### الفرع الأول

### القرابة في ولاية التزويج في قانون الأحوال الشخصية المصري، السوري والأردني

سنقوم في هذا الفرع بدراسة موضوع القرابة في ولاية التزويج حسب بعض التشريعات العربية بدأ بقانون الأحوال الشخصية المصري ثم السوري وبعدها التشريع الأردني.

#### أولا: قانون الأحوال الشخصية المصري

لم ينص المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية على عنصر الولي في التّزويج ولكنّه نصّ في المادة 3 منه على ما يلي:**<< تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنها نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة>>**[1].

وبالتالي نستنتج من هذه المادة أن المشرع المصري أحالنا إلى القول الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في مسألة الولاية الذي ذهب إلى القول أن للمرأة الراشدة الحق في تولي زواجها

[1]) - قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000. http://www.egylovers.net/vb/showthread.php?t=48707

بنفسها[1]، أمّا القاصر فيشترط الولاية والذي يثبتها للعصبات بالنفس و عند غيابهم تثبت للأقارب غير العصبات، و التي تكون بحسب درجة القرابة ثم بقوة القرابة.

وتحديد الأقارب من الأولياء كالأتي:

**أ . الأقارب من جهة العصبات:** و هم أربع جهات:

_ جهة البنوة، و أولاها الابن فابنه و إن نزل.

_ جهة الأبوة، وأولاها الأب ثم الجد لأب وان علا[2].

_ جهة الأخوة و تشمل الأخ الشقيق، والأخ لأب وأبنائهم وأبناء أبنائهم على هذا الترتيب[3].

_ جهة العمومة، وتشمل العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب كذلك[4].

**ب ـ الأقارب من غير جهة العصبات:**

في حالة عدم وجود ولي من العصبات النسبية تنتقل الولاية للأقارب من غير العصبات[5].

ويطلق عليهم ذوو الأرحام وهم: أقارب المولى عليها عن طريق الإناث[6]، و ترتيبهم في الولاية يكون بحسب درجة القرابة ثم بقوة القرابة وهم على النحو الآتي: تكون الولاية للأم، ثم لأم الأب، بعدهالأم الأم ، ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت، و بعدها تأتي بنت ابن الابن[7] يليهم الجد أبو

---

[1]) - عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.330.

[2]) - أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص.167.

[3]) - محمد عزمي البكري، الرجع السابق، ص.266.

[4]) - أحمد فراج حسن، المرجع السابق، ص.167.

[5]) - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.268.

[6]) - جمال الدين الضمراني، المرجع السابق، ص.130.

[7]) - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص. 268-269.

الأم ( الجد غير الصحيح ) فالأخت الشقيقة، الأخت لأب، الإخوة لأم، أولاد الإخوة على الترتيب السابق، ثم العمات من أي جهة ويليهم الأعمام لأم، ثم الأخوال فالخالات فأولادهم[1].

**ثانيا: التشريع السوري**

يعتبر الولي في الزواج وفقا لما ذهب إليه المشرع السوري هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث على غرار ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية الأخرى وكذا بعض المذاهب الفقهية، ولكن يستثنى من الأقارب العصبات الغير محرم وهذا ما نجده في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية السوري[2] التي تنص:<< **الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما**>>.

باستقراء مضمون هذه المادة نستنتج أنّ الولي هو العصبة بنفسه وهذه الأخيرة تنقسم إلى: جهة البنوة، جهة الأبوة، جهة الأخوة، جهة العمومة غير أنّ هذه الجهة الأخيرة تشمل فقط الأعمام لأنّ هؤلاء فقط هم المحارم، أمّا أبناء الأعمام فإنّهم يخرجون من دائرة الأولياء لأنّهم ليسوا من المحارم وهو ما اشترطه المشرع السوري في المادة السالفة الذكر، ويرجع أيضا سبب منع أبناء الأعمام من الولاية هو عدم التحكم في زواج ابنة عمهم[3].

أمّا في حالة عدم وجود الأولياء من الأقارب المحرمين أو أنّهم وجدوا ولكن لم يستوفوا الشروط فإنّ الولاية في هذه الحالة ستكون للقاضي لأنه يعتبر ولي من لا ولي له وهو ما جاء في المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية السوري[4] التي تنص على: **<<القاضي ولي من لا ولي له>>.**

---

[1]) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.115.

[2])- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 09 سبتمبر 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975. http://www.justice-lawhome.com/vb/activity.php

[3])- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.201.

[4])- قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

### ثالثا: التشريع الأردني

رجوعا إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني نجد أنّه قد أخذ بالمذهب الحنفي وذلك فيما يخص تحديد وترتيب الأولياء في الزواج[1]، حيث أنّه جعل الولي في الزواج هو العصبة على ترتيب الإرث حسب ما نص عليه المذهب الحنفي[2] وهو ما جاءت به المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص:

**<< الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة>>**[3].

بالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد أنّه يرى أنّ الولاية تثبت للعصبة النسبية ثمّ للأقارب غير العصبات[4].

العصبة النّسبية يكون ترتيبهم في الولاية كترتيبهم في الإرث[5]، فتقدّم جهة على جهة أخرى بحيث يقدّم الأبناء وإن نزلوا لأنهم أولى بالميراث وأقوى تعصيبا[6] ثمّ الأب وإن علا ثمّ يأتي بعدهم الإخوة فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ثمّ أبناء كل منهما وإن نزلوا[7]، ثمّ يليهم الأعمام وأبنائهم وإن نزلوا[8]. وإذا افتقدت العصبات انتقلت الولاية إلى الأقارب غير العصبات[9]، وهؤلاء ممثلون في الأم ثمّ أم الأم وبعدها البنت ثمّ بنت الابن ثمّ بنت البنت وإن نزلن وبعدهنّ يأتي الجد لأم ثمّ

---

[1]- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.114.

[2]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص.58.

[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010.
http://www.lob.gov.jo/AR/Pages/AdvancedSearch.aspx

[4]- عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص.345.

[5]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة(2)، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1410هـ - 1990م، ص.60.

[6]- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة(3)، دار الفكر، الأردن، 1431هـ - 2010م، ص.53.

[7]- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.60.

[8]- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.114.

[9]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص.59.

الأخوات الشقيقات ثمّ لأب[1]، ثمّ يأتي من كان من فروع الجدين أي العمات ثمّ الأخوال والخالات[2].

والخالات[2].

وعند اجتماع كل الأقارب قدم أقربهم درجة ثمّ الأقرب فالأقرب حسب درجة قرابتهم في الإرث حسب ما جاء في الفقه الحنفي كون المشرع الأردني قد أخذ بالمذهب الحنفي في الولاية في الزواج كما سبق الإشارة إليه.

وإذا فقد هؤلاء أو لم يوجد للمولى عليه ولي مستوف شروط الولاية لا من عصبته ولا من سائر أقاربه الآخرين انتقلت الولاية إلى القاضي[3].

## الفرع الثاني

## القرابة في ولاية التزويج في قانون الأحوال الشخصية الكويتي والإماراتي

ذهبت كل التشريعات إلى جعل الولاية في يد الأقارب العصبات إلا أنّ هناك بعض الاختلافات بينهم وهو ما سنراه في هذا الفرع.

### أولا: التشريع الكويتي

جعل القانون الكويتي في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الولاية في الزواج للعصبة بالنفس وهو كالآتي:

**<< أ ـ الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي.**

**ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكرا كان أو أنثى.**

[1]- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص.53 ـ 54.

[2]- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.61.

[3]- المرجع نفسه، ص.61.

**ب ـ يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها>>**[1].

مما سبق يفهم أنّ المشرع الكويتي اعتبر الولي في زواج المرأة التي تكون بين سن البلوغ و25 سنة هم أقاربهم من العصبات بالنفس وهو ما يفهم من نص المادة السالفة الذكر وهذا الحكم نفسه يسري على المجنون والمعتوه فأولياء هؤلاء أيضا هم أقاربهم العصبات.

عليه يتبين أنّ المشرع الكويتي أخذ بالقرابة في التزويج وهو ما ظهر في المادة السالفة الذكر حين نص أنّ الولي هو العصبة بنفسه. وهذه الأخيرة تتكون من الأبناء والآباء وإن علوا وكذلك الإخوة والأعمام.

كما أنّ الولي في التشريع الكويتي لا يتصرف بمحض إرادته إذ عليه أن يأخذ برأي المولى عليها عند القيام بولايته أي أن الولي يأخذ برأي البكر وهو ما يفهم من نص المادة السالفة الذكر، كما أنّنا نفهم من المادة السالفة أنّه في حالة عدم وجود العصبات فإنّ الولاية تكون للقاضي وهو ما نصت عليه جميع التشريعات العربية وكذلك المذاهب الفقهية لأنّ القاضي هو ولي من لا ولي له، وهذا ما قاله الرسول صلى الله عيله وسلم:

**<< السلطان ولي من لا ولي له>>**[2].

أما فيما يخص الولاية على الثّيب فقد تناولها المشرع الكويتي في المادة 30 من ق أش[3] والتي تنص على أنّ:**<< الثّيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها>>.**

---

[1])-قانون 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي الجريدة الرسمية عدد1570 بتاريخ 24 شوال 1404 الموافق لـ 23 جويلية 1984، وعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 الجريدة الرسمية عدد 276، والقانون رقم 29 لسنة 2004 الجريدة الرسمية عدد 664، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 الجريدة الرسمية عدد 852.
http://www.e.gov.kw/Documents/Arabic/Forms/MOJ/Ã%C2%99

[2])ـ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، رقم الحديث 5135، ص.6069.

[3])-قانون 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

يفهم من نص المادة أنّ المرأة الثيب رأيها هو الذي يعمل به في زواجها أي أنّها تناقش مسألة زواجها مع الولي كما أنّها لا تباشر العقد بنفسها بل وليها هو الذي يتولى ذلك عنها، وإنّما لها فقط أن تقرر إذا كانت موافقة على الزواج أو لا فهي لا تجبر بل لها مطلق الحرية ووليها لا يملك إجبارها على شيء مادام أنها قررت ذلك بنفسها.

## ثانيا: التشريع الإماراتي

أشار المشرع الإماراتي إلى الولي في نص المادة 32 من ق أ ش الإماراتي[1] وقد جاء في مضمونها:

**<< الولي في الزواج هو الأب ثمّ العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنا ثمّ أخا ثمّ عمّا>>.**

يفهم من المادة أنّ المشرع الإماراتي أخذ بالقرابة في الولاية في الزواج وذلك ما يظهر في المادة عندما نصت على أنّ الولي هو الأب ثمّ العاصب بنفسه، فقد جعلوا الأب في المرتبة الأولى ثمّ يأتي بعده الابن ثمّ الأخ ثمّ العم.

وبالتالي يستنتج أنّ المشرع الإماراتي جعل الأب في المقدمة عكس بعض التشريعات التي لم تعط للأب أي قيمة كالتشريع الجزائري خاصة في زواج المرأة الراشدة.

وإذا إستوى الأولياء في القرابة فقد نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 32منه[2] على:<< **فإذا إستوى الأولياء في القرب فأيّهما تولى الزواج بشروطه جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة>>**. بالتالي يستنتج هنا أنّه في حالة تعدد الأولياء وتساويهم في درجة قرابتهم فإنّ من باشر الزواج بكل شروطه اعتبر صحيحا كأن يكون للمولى عليها مثلا أخ شقيق وأخ لأب فإذا تولاه أحدهما جاز العقد واعتبر زواجا صحيحا.

[1])- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.
http://www.gcc-legal.org/BrowseLawOption.aspx?country=2&LawID=3128

[2])- المرجع نفسه.

أمّا في حالة انعدام الأولياء فإنّ المشرع الإماراتي جعل الولاية في يد القاضي وهو ما تناولته المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية[1] وهو كالآتي:

<< **القاضي ولي من لا ولي له>>**. أي أنّ القاضي هو الّذي يتولى زواج المرأة في حالة انعدام أوليائها أو في حالة اليتم تولى القاضي زواجها كونها بدون ولي ينظر في شؤونها ويسهر على مراعاة مصالحها فيقوم القاضي بهذا الدور ويفصل في شؤونها ويعقد زواجها.

## المبحث الثاني

## القرابة في ولاية التزويج حسب قانون الأسرة الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من شروط عقد الزواج بعد تعديل قانون 84 ـ 11 وهو ما نص عليه في المادة 9 مكرر[2] منه، بعدما كان يعتبره ركن من أركان عقد الزواج قبل التعديل[3]، كما أننا نجده قد حافظ على بعض النقاط من المادة11 ق أ ج قبل التعديل وغيّر بعض النقاط الأخرى.

كما أنّه بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 نجد أنّ المشرع لم يتبع نهجا معيّنا في من هم أحقّ بالولاية ولا درجة قرابتهم وهذا على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج إن كانت قاصر أو بالغة[4]. وعليه فإنّنا سنتطرق إلى دراسة عنصر القرابة في زواج المرأة الراشدة كمطلب أول ثمّ سنتناول نفس العنصر بالنسبة للمرأة القاصر في مطلب ثان وذلك قبل وبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري.

---

[1])- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

[2])- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، لمعدل ومتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية رقم 15 الصادر في 27 فبراير 2005.

[3])- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2009-2010، ص.36.

[4])- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص.147.

## المطلب الأول

## القرابة في ولاية التزويج بالنسبة للمرأة الراشدة

لم يراع المشرع الجزائري مسلكا يبيّن فيه أصناف الأولياء وتحديد مراتبهم في تولي زواج المولى عليها فقد أعطى للمرأة الراشدة نوع من الحرية في اختيار وليها وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع لتبيان الجديد الذي جاء به المشرع فيما يخص زواجها ومعرفة مدى مراعاة المشرع لعنصر القرابة في زواجها.

### الفرع الأول

### تصنيف الأولياء

المعروف عند الفقهاء أن للعصبات بالنسب ولاية النكاح إجماعا[1] فتثبت لهم الأقرب فالأقرب كترتيبهم في الإرث[2].

ولكن بالمقارنة مع التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة (1/11)[3] من قانون الأسرة التي تنص:<< **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره>>**. نجد أنه ذكر ثلاثة أصناف من الأولياء دون أن يحددهم وهم كالآتي:

**أولا: الأبوة**

تعتبر الأبوة القرابة الأولى التي تعطي لصاحبها حق قيام ولايته على موليته.

من خلال قانون الأسرة الجزائري نجد أنه حصر الأبوة في الأب فقط مع استبعاد الجد من ذلك عكس ما كان عليه قبل التعديل[4] حيث تنص المادة 11 قبل تعديل قانون الأسرة على:**<< يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له>>**[5].

---

[1])- عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص.71.

[2])- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.60.

[3])- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[4])- عيسى حداد، المرجع السابق، ص.147.

[5])-قانون رقم 11.84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

**ثانيا: الأقارب**

رجوعا إلى المادة (1/11) بعد التعديل يلاحظ أنّ المشرع نص فقط على القرابة دون تحديدهم، ما يفهم أنّ المرأة الراشدة لها الحرية في اختيار أحد أقاربها ليكون وليا لها دون أن تراعي درجة قرابتهم[1]. وهذا عكس ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي إذ صنفوا الأقارب حسب درجة كل واحد في الإرث.

**ثالثا: الولي المختار**

المشرع الجزائري خوّل للمرأة الراشدة أن تختار أي شخص من غير عائلتها أو أقاربها ليتولى زواجها فقد يكون الولي المختار شخصا أجنبيا عنها فتقوم باختياره وليّا لها[2]. وهذا ما يفهم من نص المادة (1/11) بحيث مكّن المشرع المرأة من الخروج عن المألوف في اختيار وليها.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يتفق مع بعض التشريعات العربية ولا مع الفقه الإسلامي فيما يخص إعطاء المرأة الراشدة الحريّة في اختيار وليها. ولكن يستثنى منهم التشريع التونسي و المغربي اللذان يتفقان مع المشرع الجزائري في هذه المسألة.

## الفرع الثاني

## ترتـــــيـــــب الأولياء

على غرار الفقه الإسلامي أعطى المشرع الجزائري نوعا من الأهمية لترتيب الأولياء[3]، وذلك في قانون 84-11 أي قبل التعديل حيث جاء في المادة (11)[4] أنّه:<< **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له>>.**

---

[1])- عيسى حداد، المرجع السابق، ص.148.

[2])- المرجع نفسه، ص.148.

[3])- زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2012-2013، ص.46.

[4])- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

وعليه نجد أنّ المشرع الجزائري قبل التعديل أخذ بالمذهب المالكي إذ كان يوافقه موافقة تامة[1].

أمّا بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 بالأمر 05-02 فقد أصبح ترتيب الأولياء ليس مهما وليس للمرأة الراشدة المقبلة على الزواج أن تحترمه، إذ لها أن تختار أي شخص تريده أن يكون وليّا لها ويحضر مجلس عقدها[2]، وذلك ما نصت عليه المادة(1/11)[3] من ق أ ج بعد التعديل.

فمن خلال هذه المادة يفهم أنّ للمرأة الراشدة كامل الحرية في اختيار وليها سواء كان من أحد الأقارب مهما كانت درجة قرابته أو تختار شخص آخر ولو كان أجنبيا عنها[4].

مما سبق يتبيّن أنّ شرط الولي ليس له تأثير في زواج المرأة الراشدة، وقد يفهم أنّ المشرع الجزائري تأثر بالمذهب الحنفي الذي أجاز أن تعقد المرأة زواجها بنفسها عكس المذاهب الأخرى[5].

وعليه فإنّ المشرع الجزائري لم يراع القرابة في زواج المرأة الراشدة، كما أنّه لم يعط لأبيها أولوية في تزويج ابنته.

## المطلب الثاني

## القرابة في ولاية التزويج بالنسبة للمرأة القاصر

نصّ المشرع الجزائري في المادة 2/11 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل على أنّه:<< **يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له>>**[6].

**له>>**[6].

---

[1]- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، د.د.ن، الجزائر، 2000، ص.151.

[2]- زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، المرجع السابق، ص.46.

[3]- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

[4]- زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، المرجع السابق، ص.46.

[5]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. ص.43- 44.

[6]- أمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

وعليه يتضح أنّ المشرع حدّد الأولياء ورتّبهم عكس ما ورد في الفقرة الأولى فهو ميز بين المرأة الراشدة والقاصر[1].

## الفرع الأول

## تصنيـــــف الأولياء

حدّد المشرع الجزائري الأولياء في الفقرة الثانية من المادة 11 السالفة الذكر وهم الأب فأحد الأقارب الأولين وبعدهم يأتي القاضي في حالة عدم وجود الولي مثل ما هو منصوص عليه في التشريعات العربية قيد الدراسة والفقه الإسلامي.

### أولا: الأبوة

جعل المشرع الأبوة القرابة الأساسية التي تجعل صاحبها أهلا للقيام بولايته على المولى عليها لأنّ الأب يمتاز بالشفقة على الأولاد[2].

### ثانيا: الأقارب الأولين

يشمل هذا العنصر كل من الجد والإخوة ثمّ الأعمام وتكون الولاية للقرابة القوية على القرابة الضعيفة فيقدم الأب وبعده يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ثمّ العم الشقيق على العم لأب[3]. وهؤلاء لا تكون لهم الولاية إلاّ إذا لم يوجد الأب فتنتقل إليهم الولاية بعده لأنّ شفقة الأب هي الأولى على شفقة الأخ والعم لأنّ هذين الأخيرين يمكن أن يتصرفا في مسألة زواج القاصر دون أن يراعيا مصلحتها لذا يأتيان بعد الأب والجد في الولاية على القاصر.

### ثالثا: القاضي

عند عدم ثبوت وجود الأب أو الجد أو أحد الأقارب الأولين فإنّ ولي القاصرة بشأن تزويجها

---

[1])- كاملي مراد،المرجع السابق، ص.36.

[2])- عيسى حداد، المرجع السابق، ص.148.

[3])- المرجع نفسه، ص.149.

هو القاضي باعتباره ولي من لا ولي له[1]. والملاحظ أنّ المشرع الجزائري يتفق مع التشريعات الأخرى وكذلك الفقه الإسلامي في مسألة تولي القاضي الزواج في حالة عدم وجود الأولياء أو رفضهم تزويجها فيمكن اللّجوء إلى القاضي للنظر في تلك المسألة ويقوم بعقد زواج تلك المرأة القاصر.

## الفرع الثاني

## ترتـــــيب الأولياء

يميز المشرع الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصر من حيث ترتيب أوليائهما فبالنسبة لهذه الأخيرة قد رتب المشرع أولياؤها[2] وحافظ عليهم كما كانوا قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، وهو ما نصت عليه المادة (2/11)[3] وهم مرتبون في هذه المادة بحسب درجة قرابتهم. إذ أنّ المشرع قد احترم القرابة في الولاية بالنسبة للقاصر ولم يعط لها الحرية في اختيار وليها فهي مقيدة نوعا ما بما نص عليه المشرع خاصة وأنّه قد استعمل أداة العطف لترتيب أوليائها عكس المرأة الراشدة التي لها مطلق الحرية وخصوصا أنّ المشرع قد استعمل أداة التخيير لتحديد أولياء هذه الأخيرة مما أعطاها نوع من التحرر في اختيار وليها[4].

وهذا عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل قانون الأسرة الذي لم يفرق بين القاصر والراشدة فيما يخص الأولياء إذ جاءت المادة 11 عامة وتشمل زواج كل من المرأة الراشدة والقاصر.

الملاحظ في مسألة ترتيب الأولياء نجد أنّ المشرع حافظ على ترتيب أولياء القاصر وتركه على حالته قبل التعديل عكس ما فعله مع المرأة الراشدة.

خلاصة القول أنّ المشرع الجزائري لم يتبع نهجا معينا يبيّن فيه أولياء المرأة سواء الراشدة أو القاصر، كما أنه لم يعط للقرابة في ولاية التزويج أهمية كبيرة خصوصا في مسألة زواج المرأة

[1])- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.41.

[2])- كاملي مراد، المرجع السابق، ص.36.

[3])- أمر رقم 02.05 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 11.84 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

[4])- عيسى حداد، المرجع السابق، ص.140.

الراشدة وذلك عندما أعطى لها الحق في تولي زواجها بنفسها وأن تختار من تشاء ليكون وليا لها رغم وجود الأب.

# خاتمة

في الختام يتضح لنا أن عنصر القرابة شرط أساسي ومهم في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية.

فقهاء الإسلام يعتبرون الشخص الأقرب إلى المرأة هو الأجدر بالولاية عليها، فالقرابة هي صلة بين شخصين وهي من أقوى الصيلات الإنسانية، ولقد اتفق العلماء على اعتبارها من أسباب الولاية وهي تثبت لكل قريب عصبة وهذا عند جمهور الفقهاء ولقد خالفهم المذهب الحنفي في الأقارب من ذوي الأرحام فأقرّها لهم بعد العصبات.

وهذا الاختلاف يشمل كذلك بعض التشريعات العربية التي تأخذ بالآراء الفقهية التي تتناسب مع زمانها وظروفها الاجتماعية والمعيشية فمنهم من أخذ برأي المذهب الحنفي في اعتبار الولاية لذوي الأرحام كقانون الأحوال الشخصية المصري الذي استمد أحكام الولاية من هذا المذهب وكذلك القانون الأردني الذي يعتبر الولي هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من هذا المذهب.

ومن التشريعات العربية من أخذت برأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولاية للعصبات بالنفس حسب ترتيبهم في الإرث، ومثالها قانون الأحوال الشخصية الكويتي، اللّيبي، التونسي وكذلك قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والسوري والفرق الموجود هنا أنّ التشريع السوري يشترط أن يكون الأقارب من المحارم.

أمّا التشريع المغربي، فقد جعل ولاية المرأة الراشدة حق لها و يمكن بمحض إرادتها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، ولكن القاصر زواجها متوقف على موافقة النائب الشرعي.

أما التشريع الجزائري، فقد أهمل ذكر مراتب الأولياء وتحديد الأقرب والأسبق الذين يخوّل لهم حق نكاح المرأة الراشدة خاصة بعد التعديل، حيث اكتفى بذكر الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره دون تحديدهم أو ذكر إذا كان الشخص الذي تختاره المرأة من الأقارب أو شخص أجنبي. ولكنه حدّد الأولياء بالنسبة للمرأة القاصر حيث يتولى زواجها الأب فأحد أقاربها الأولين و القاضي في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب.

وهناك بعض الاقتراحات نأمل أن يأخذها المشرع الجزائري بعين الإعتبار وهي كالأتي:

ـ على المشرع الجزائري أن يتبع النهج الذي اتبعته التشريعات العربية والفقه الإسلامي وذلك بتحديد مراتب الأولياء وتصنيفهم خاصة للمرأة الراشدة.

ـ أن يقلل من الحرية المعطاة للمرأة الراشدة حيث يجعل في يد الولي حق الاعتراض على العقد إذا كان الزواج بغير كفء.

ـ على المشرع أن يذكر السن الأدنى للزواج بالنسبة للقاصر.

ـ على المشرع أن يعيد النظر في المادة 11 سواء بتعديلها إلى ما هو أفضل أو أن يرجعها إلى حالتها قبل التعديل.

ـ كان على المشرع أن يأخذ بالرأي الفقهي القائل بضرورة اجتماع رضا المرأة ووليها في أمر نكاحها باعتباره أمرا مشتركا بينهما والآثار التي تنجر عن هذا الزواج تمس الأسرة سلبا كانت أو ايجابا.

ـ إبقاء الولي كركن من أركان عقد الزواج كما كان قبل التعديل نضرا لأهميته الكبرى.

# قائمة المراجع

**أوّلا: القرآن الكريم**

**ثانيا: الكتب**

**1 -** إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ( الزواج - والفرقة وحقوق الأقارب )، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

**2 -** أبو الحسن بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان،1418هـ -1997م.

**3 -** أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، دار حسان للنشر والتوزيع، إيران، 1378هـ.

**4 -** ــــــــــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

**5 -** أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسابوري، صحيح مسلم، المجلد الأول، دار طيبة للنشر و التوزيع، السعودية، 1427هـ - 2006م.

**6 -** أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، د.د.ن، الكويت، د.س.ن.

**7 -** أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة العاشرة، دار الكتب العلمية، لبنان، 1408هـ - 1988م.

**8 -** أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، دار الرّسالة العلمية، سوريا، 2009.

**9 -** أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية، د.س.ن.

**10 -** أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.

**11 -** أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1980.

**12 -** ـــــــــــــــــــــــــــــ، ـــــــــــــــــــــــــــــ، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ -2000م.

**13 -** أبو يحيى زكريا محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1424هـ - 2003م.

**14 -** أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المجلد العاشر، كتاب: فضائل القرآن . النكاح . الطلاق، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007.

**15 -** أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.

**16 -** ـــــــــــــــــــــــــــــ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.

**17 -** إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010.

**18 -** السيوطي، الهندي، الدهلوي، البوصيري، الكنكوهي، النعماني، شروح سنن ابن ماجه، دار بيت الأفكار، الأردن، 2007.

**19 -** بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن.

**20 -** برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري، المحيط البرهاني المجلد الرابع، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية، لبنان، 1424هـ - 2004م.

**21 -** بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة . الخطبة . الزواج . الطلاق . الميراث . الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

**22 -** جمال جبريل الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

**23 -** حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: أحكام عقد الزواج، د.د.ن، مصر،2001.

**24 -** خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر بن الحاجب، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011.

**25 -** رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

**26 -** زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

**27 -** سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد الرابع، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية ، د.س.ن.

**28 -** سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الفتح للإعلام العربي، مصر، د.س.ن.

**29 -** شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الجزء الرابع، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994.

**30 -** شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، الجزء الخامس، دار المعرفة، لبنان، 1989.

**31 ـ** عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان،2003.

**32 ـ** عبد الرحمن بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد السادس، د.د.ن، د.ب.ن، 1399هـ.

**33 ـ** عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ( الزواج )، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، 2003.

**34 ـ** عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

**35 ـ** عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، د.د.ن، الجزائر، 2000.

**36 ـ** عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1410هـ ـ 1990م.

**37 ـ** علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، لبنان، 1406هـ ـ 1986م.

**38 ـ** عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الثانية، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

**39 ـ** عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن، دار الجبل، لبنان، د.س.ن.

**40 ـ** عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2002.

**41 ـ** عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.

**42 ـ** فريدة عبد العزيز الجندي، الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.

**43 ـ** كمال الدين محمد بن عبد الواحد السّواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن.

**44 ـ** مجد الدين عبد السلام بن تيمية، منتقى الأخبار في أحاديث الأحكام، رقم الحديث 40، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، لبنان، 2000.

**45 ـ** محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1377هـ ـ 1957م.

**46 ـ** محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع، السعودية، 2003.

**47 ـ** محمد بن علي بن آدم بن موسى الأثيوبي الولّوي، شرح سنن النسائي المسمى ذخيرة العقبي في شرح المجتبي، دار آل بروم للنشر والتوزيع، السعودية، 1424هـ ـ 2003م.

**48 ـ** محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004.

**49 ـ** محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية، د.س.ن.

**50 ـ** محمد رأفة عثمان، عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.

**51 ـ** محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية: الخطبة . الزواج حقوق الزوجين . العدة . متعة المطلقة، الطبعة التاسعة، دار محمود للنشر والتوزيع، لبنان، 1999.

**52 ـ** محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998.

**53 ـ** محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1977.

**54 ـ** محمود محمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية في شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ ـ 2000م.

**55 ـ** محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، الأردن، 1431هـ ـ 2010م.

**56 ـ** مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2001.

**57 ـ** موفق الدين عبد الله بن قدامى المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ ـ 1994م.

**58 ـ** نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432هـ ـ 2011م.

**59 ـ** وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1984.

**ثالثا: المذكرات**

**1** ـ زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2012 ـ 2013.

**2 ـ** كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2009 ـ 2010.

**رابعا: النصوص القانونية:**

**1 ـ** قانون رقم 84 –11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بقانون رقم 05 – 02 المؤرخ في27 فبراير 2005، جريدة رسمية رقم 15 الصادرة في27 فبراير 2005.

**2 ـ** قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010.

http://www.justice-lawhome.com/vb/activity.php

**3 ـ** قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 09 سبتمبر 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

http://www.justice-lawhome.com/vb/activity.php

**4 ـ** قانون 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي الجريدة الرسمية عدد 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 الموافق ل23 جويلية 1984، وعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 الجريدة الرسمية عدد 276، والقانون رقم 29 لسنة 2004 الجريدة الرسمية عدد 664، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 الجريدة الرسمية عدد 852.

http://www.e.gov.kw/Documents/Arabic/Forms/MOJ/Ã%C2%99

**5 ـ** قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005

http://www.gcc-legal.org/BrowseLawOption.aspx?country=2&LawID=3128

**6 ـ** أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

http://www.ejustice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_statut_personel_ar_01_12_2009.pdf

**7 ـ** ظهير شريف رقم 01-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل03 فيفري بتنفيذ القانون رقم 03 – 70 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد 5184 الصادر بتاريخ 05 فيفري 2004.

http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/Ã%C2%99

**8 ـ** قانون الأحوال الشخصية اللّيبي. http://kambota.forumarabia.net/t1843-topic

**9 ـ** قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000. http://www.egylovers.net/vb/showthread.php?t=48707

**خامسا: المعاجم**

**1 ـ** أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، د.س.ن.

**2 ـ** أحمد بن محمد بن علي القيومي المقري، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.

**3 ـ** علي بن محمد بن علي، كتاب التعريفات، دار الريان للتراث، د.ب.ن، د.س.ن.

# الفهرس

**مقدمة**---------- **1**

**الفصل الأول:** القرابة في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي ---------- 3

**المبحث الأول:** مفهوم ولاية التزويج ---------- 4

**المطلب الأول:** المقصود بالولاية في الزواج---------- 4

**الفرع الأول:** تعريف الولاية في الزواج---------- 4

**أولا:** التعريف اللغوي ---------- 4

**ثانيا:** التعريف الاصطلاحي---------- 5

**الفرع الثاني:** أنواع الولاية في الزواج ---------- 5

**أولا:** ولاية الإجبار ---------- 5

**ثانيا:** ولاية الاختيار ---------- 7

**المطلب الثاني:** اشتراط الولي ودليله ---------- 7

**الفرع الأول:** اشتراط الولي ---------- 7

**أولا:** المرأة الراشدة ---------- 8

**ثانيا:** المرأة القاصر ---------- 8

**الفرع الثاني:** أدلة اشتراط الولي وعدم اشتراطه ---------- 9

**أولا:** أدلة القائلين باشتراط الولي ---------- 9

**ثانيا:** أدلة القائلين بعدم اشتراط الولي ---------- 11

**المبحث الثاني:** القرابة في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي ---------- 12

**المطلب الأول:** موقف فقهاء المالكية والحنابلة ---------- 13

**الفرع الأول:** المذهب المالكي---------- 13

**الفرع الثاني:** المذهب الحنبلي ---------- 15
**أولا:** تصنيف الأولياء ---------- 15
**ثانيا:** أدلة الحنابلة ---------- 15
**المطلب الثاني:** موقف فقهاء الحنفية والشافعية ---------- 16
**الفرع الأول:** المذهب الحنفي ---------- 16
**أولا:** رأي الحنفية ---------- 16
**ثانيا:** أدلة الحنفية ---------- 19
**الفرع الثاني:** المذهب الشافعي ---------- 21
**أولا:** رأي الشافعية ---------- 21
**ثانيا:** أدلة الشافعية---------- 22
**الفصل الثاني:** القرابة في ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري 23
**المبحث الأول:** القرابة في ولاية التزويج في تشريعات بعض الدول العربية ---------- 24
**المطلب الأول:** القرابة في ولاية التزويج في تشريعات بعض دول المغرب العربي ------ 24
**الفرع الأول:** القرابة في ولاية التزويج في التشريع المغربي ---------- 24
**أولا:** المرأة الراشدة ---------- 25
**ثانيا:** المرأة القاصر ---------- 25
**الفرع الأول:** القرابة في ولاية التزويج في التشريع التونسي والتشريع اللّيبي ---------- 26
**أولا:** التشريع التونسي ---------- 26
**ثانيا:** التشريع اللّيبي ---------- 27
**المطلب الثاني:** القرابة في ولاية التزويج في تشريعات بعض دول المشرق العربي ------ 29
**الفرع الأول:** القرابة في ولاية التزويج في قانون الأحوال الشخصية المصري، السوري،
والأردني ---------- 29
**أولا:** قانون الأحوال الشخصية المصري ---------- 29

**ثانيا:** التشريع السوري ---------- 31
**ثالثا:** التشريع الأردني ---------- 32
**الفرع الثاني:** القرابة في ولاية التزويج في قانون الأحوال الشخصية الكويتي والإماراتي --- 33
**أولا:** التشريع الكويتي---------- 33
**ثانيا:** التشريع الإماراتي ---------- 35
**المبحث الثاني:** القرابة في ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري ---------- 36
**المطلب الأول:** القرابة في ولاية التزويج بالنسبة للمرأة الراشدة---------- 37
**الفرع الأول:** تصنيف الأولياء---------- 37
**أولا:** الأبوة---------- 37
**ثانيا:** الأقارب---------- 38
**ثالثا:** الولي المختار ---------- 38
**الفرع الثاني:** ترتيب الأولياء ---------- 38
**المطلب الثاني:** القرابة في ولاية التزويج بالنسبة للقاصر ---------- 39
**الفرع الأول:** تصنيف الأولياء---------- 40
**أولا:** الأبوة---------- 40
**ثانيا:** الأقارب الأولين ---------- 40
**ثالثا:** القاضي---------- 40
**الفرع الثاني:** ترتيب الأولياء ---------- 41
**خاتمة** ---------- 43
**قائمة المراجع**---------- 45
**فهرس** ---------- **52**

**ملخص**

تناولت المذكرة موضوع " القرابة في ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية " حيث مهدنا الدراسة بتعريف الولاية لغة واصطلاحا، وأنواع الولاية استنادا إلى الآراء الفقهية، ثمّ انتقلنا للحديث عن مدى اشتراط الولي في الزواج، ثم تطرقنا إلى بيان القرابة في ولاية التزويج في الفقه الإسلامي ودراسة الفرق الموجود بين هذه المذاهب الفقهية.

كما عالجنا دراسة القرابة في الولاية في الزواج حسب بعض التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري، حيث بينّا في التشريعات العربية من هم الأولياء عندهم ومدى مراعاتهم لعنصر القرابة في ولاية التزويج، ووضحنا الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري حيث بينّا الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري فيما يخص زواج المرأة الراشدة.

Résumé

Notre mémoire traite la tutelle dans le mariage selon le code de la famille algérien, une étude comparative entre la jurisprudence islamique et les législations arabes.

Nous avons entamé notre étude par définir la tutelle au sens littéraire et idiomatique. Et les types de la tutelle selon les points de vue de la jurisprudence, puis nous nous sommes intéressés à l'obligation du tuteur dans le mariage, et le lien de parenté du tuteur selon la jurisprudence islamique et l'étude comparative entre les écoles de jurisprudence en islam. Aussi, nous avons étudie le lien de parenté de la tutelle dans le mariage selon certaines législations arabes et le code de la famille Algérien.

Cependant, nous avons clarifié la notion du tuteur selon les législations arabes, et la prise en comte du lien de parenté dans la tutelle dans le mariage. Et nous avons clarifié la tutelle dans le mariage selon le code de la famille Algérien, et nous avons mis en valeur les nouveaux textes du projet du mariage de la femme majeure.