محاضرات في مقياس أحكام الزواج

لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة

المحاضرة الرابعة

إعداد: الأستاذ محفوظ بن صغير

السنة الجامعية : 2021-2022

فيما يلي تفصيل القول في شروط صحة الزواج وفق ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما استقرت عليه التطبيقات القضائية، وهي الصداق والولي والشهود، وتفصيل ذلك يكون من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الثاني: الصداق وأثر تخلفه في عقد الزواج**

لقد اعتبر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات العربية أن الصداق ليس ركنا ولا شرطا في عقد الزواج، وإنما هو أثر من آثاره بعد تمامه، باستثناء المذهب المالكي الذي اعتبره شرط صحة.

 في حين ذهب المشرع الجزائري إلى اعتباره في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة شرطا من شروط عقد الزواج، وقد تناولت موضوع الصداق المواد: 9 مكرر و14 و15و16و17 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وعلى هذا يكون تناول موضوع الصداق وأثر تخلفه وفق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، متبوعا بتحليل ومناقشة ما نص عليه المشرع الجزائري وما استقر عليه الاجتهاد القضائي في كل مسألة من مسائله، وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول: مفهوم الصداق ومشروعيته وحكمته**

لبيان مفهوم الصداق في عقد الزواج لا بد أولا من تعريفه لغة واصطلاحا على النحو الآتي:

**أولا: تعريف الصداق لغة واصطلاحا**

**أ-** **في اللغة**: يعرف الصداق لغة بأنه:" دفع مال المُشهِر بالرغبة في الزواج، أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق"([[1]](#footnote-1)).

**ب-** **في الاصطلاح**: تعددت التعاريف الفقهية للصداق، وكلها تدور حول معنى واحد، وهذه بعضها:

حيث عرّفه الحنفية بأنه**:"**اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع"، واعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة، ومن ثم عرفه بعضهم بأنه: "اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء"([[2]](#footnote-2)).

وعرّفه المالكية بأنه:"ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"([[3]](#footnote-3)). أو هو"المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها"([[4]](#footnote-4)).

وعند الشافعية هو:" ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا". سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر([[5]](#footnote-5)).كما عرفوه بأنه:"العوض المستحق في عقد النكاح"([[6]](#footnote-6)). قال البلقيني:"الأحسن أن يقال: هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع. فقولنا: لما وجب يشمل المال وغيره من تعلم صنعة ونحوها، وقولنا بسبب عقد أو وطء واضح، وقولنا: أو تفويت بضع، يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون، والوطء بالشبهة([[7]](#footnote-7)).

وعرفه الحنابلة بأنه:"العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه- أي النكاح- كوطء شبهة"([[8]](#footnote-8)).

وعرفه من المعاصرين بدران أبو العينين بدران بأنه: "اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا"([[9]](#footnote-9)). وعرّفه عبد العزيز سعد بأنه:" المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها"([[10]](#footnote-10)).

**تعريف المشرع الجزائري**

عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه:" هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

**ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للصداق**

**أ- التكييف الفقهي**

 ذهب الجمهور من الحنفية([[11]](#footnote-11))والشافعية([[12]](#footnote-12)) والحنابلة([[13]](#footnote-13)) إلى عدم اعتبار الصداق ركنا ولا شرطا في صحة الزواج ولا نفاذه ولا لزومه. وإنما هو واجب على أنه حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه وأثر من آثاره التي تثبت بعده. ومن هنا يجب المهر بالزواج، وإن لم يسمّ وينص عليه في العقد أصلا، فمن تزوج امرأة دون أن يسمي لها مهرا عند العقد، أو سمي في العقد ما لا يصلح مهرا، أو حصل اتفاق بين الزوجين أن يتزوجا بغير مهر([[14]](#footnote-14))، أو اشترط الزوجان عدم المهر، فإن العقد في كل تلك الصور صحيح والشرط باطل، ويجب للزوجة في كل هذه الصور مهر المثل؛ لأن عقد الزواج لا يخلو من الصداق سواء ذكر في العقد أم لم يٌذكر([[15]](#footnote-15)).

 ويستدلون لرأيهم هذا بأن خلوّ العقد من تسمية المهر لا يؤثر فيه لا من حيث الصحة والنفاذ، ولا من حيث اللزوم، وذلك في قوله تعالى:لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً([[16]](#footnote-16))، فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصداق ولا تسميته في العقد، قال الماوردي:"الصداق في عقد النكاح واجب فإن تزوجها على غير صداق سميّاه في العقد صح العقد، وإن كرهنا ترك التسمية فيه"([[17]](#footnote-17)). وقال ابن قدامة:"ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق؛ لأن النبي كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلي ذلك من صداق"([[18]](#footnote-18)).

 غير أن بعضا من فقهاء المذهب المالكي كيّفه على أنه ركن من أركان عقد الزواج، وذلك بعدم صحة العقد الذي يتم فيه اشتراط إسقاط المهر، فعقد الزواج هو عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض، حيث يجعله الدسوقي ركنا رابعا، فقد جاء في حاشيته على الشرح الكبير:"أركانه أربعة: الأول: ولي، والثاني: صداق، والثالث: محل زوج وزوجة، والرابع صيغة"([[19]](#footnote-19)). ولم يعتبره الدردير ركنا بل جعله شرطا، فقال:"وشروط صحة النكاح أن يكون بصداق ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو تقرير صداق المثل بالدخول"([[20]](#footnote-20)). وهو ما مال إليه الحطاب بقوله:"وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدّا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد"([[21]](#footnote-21)). وقال ابن جزي في حكم الصداق:"وهو شرط بإجماع، ولا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا اشتراط سقوطه"([[22]](#footnote-22)). وإذا وقع العقد على شرط إسقاطه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل([[23]](#footnote-23)). وهو مذهب الظاهرية أيضا([[24]](#footnote-24)).

 **ب- التكييف القانوني**

 وكما سبق ذكره أيضا فإن المشرع الجزائري كيّف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي ونص صراحة في المادة التاسعة من القانون 84-11 على أن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج، وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 :" ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق"([[25]](#footnote-25)). وعن طريق تعديل المادة التاسعة بموجب الأمر 05-02 لم يَعْدل المشرع عما هو مقرر عند بعض فقهاء المالكية فجعل الصداق شرطا لصحة عقد الزواج بموجب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وذلك على غرار ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية([[26]](#footnote-26)).

و هذا ما أكّدته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة من نفس القانون بقولها:"في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"([[27]](#footnote-27))، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 33 على أنه:"اذا تم الزواج  بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

**ثالثا: دليل مشروعية الصداق وحكمته**

ثبتت مشروعية الصداق بالكتاب والسنة والإجماع:

**أولا: الكتاب**

 قوله تعالى:وَآَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً([[28]](#footnote-28))؛ أي عطية من الله تعالى مبتدأة أو هدية. والمخاطب بها الأزواج عند الأكثرين، وقيل الأولياء لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ويسمونه نحلة، وهو دليل على أن المهر رمز لإكرام المرأة والرغبة في الاقتران. وقوله تعالى:وَآَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ([[29]](#footnote-29))، أجورهن أي مهورهن، وقوله تعالى:وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً([[30]](#footnote-30)).

 **ثانيا: السنّة النبوية**

 فقد وردت في شأن الصداق أحاديث كثيرة منها: قوله :"إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا"([[31]](#footnote-31))، وقوله أيضا:"التمس ولو خاتما من حديد"([[32]](#footnote-32)).كما ثبت عنه أنه لم يخل زواجا من مهر([[33]](#footnote-33)).

**ثالثا: الإجماع؛** فقد أجمع المسلمون على مشروعية المهر في النكاح([[34]](#footnote-34)).

والحكمة من وجوب المهر هي إظهار خطر هذا العقد ومكانته وإعزاز المرأة وإكرامها وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، ودوام الزواج، وفيه تمكين المرأة من التهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة([[35]](#footnote-35)).

 كما أنه شُرع لإظهار شرف محل عقد النكاح، ولم يشرع عوضا أو بدلا كالثمن للمبيع أو كالأجرة للمأجور، لأنه لو كان كذلك لوجب تقديم تسميته، ولما صح عقد النكاح بدون هذه التسمية([[36]](#footnote-36)).

**الفرع الثاني: أحوال الصداق في عقد الزواج**

ويتضمن هذا الفرع الحديث عن أحوال الصداق بذكر مقداره وأنواعه وحالاته على النحو الآتي:

**أولا: مقدار الصداق**

**أ-الجانب الفقهي**

ليس للمهر حدّ أقصى بالاتفاق؛ لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحدّ أعلى لقوله تعالى:وَآَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا([[37]](#footnote-37))، كما اتفق الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالاة في المهور([[38]](#footnote-38))، واختلفت آراؤهم في تقدير الحدّ الأدنى للصداق على النحو الآتي:

ذهب الحنفية([[39]](#footnote-39)) إلى أن أقلّ المهر عشرة دراهم لقوله :"لا مهر أقل من عشرة دراهم"([[40]](#footnote-40))، وقياسا على نصاب السرقة وهو ما تقطع به يد السارق، أما حديث "التمس ولو خاتما من حديد"، فحملوه على المهر المعجل([[41]](#footnote-41)).

 وعند المالكية([[42]](#footnote-42)) أقلّه ربع دينار أو ما يساويها، مما يُقوّم بها من عروض أو من كل طاهر لا نجس، متموّلا شرعا من عرض أو حيوان أو عقار منتفع به شرعا مقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدرا وصنفا وأجلا([[43]](#footnote-43))، ودليلهم أن المهر وجب في الزواج إظهارا لكرامة المرأة ومكانتها، فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عندهم([[44]](#footnote-44)).

وقال الشافعية([[45]](#footnote-45)) والحنابلة([[46]](#footnote-46)) لا حدّ لأقل المهر، ولا تتقدر صحة الصداق بشيء، فصح كون المهر مالا قليلا أو كثيرا، قال الماوردي:"فهو يعتبر بما تراضى عليه الزوجان من قليل وكثير"([[47]](#footnote-47)). وجاء في التهذيب:"وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد"([[48]](#footnote-48)).

 وضابطه كل ما صح كونه مبيعا -أي له قيمة- صح كونه صداقا، ما لم ينته في القلة إلى حدّ لا يتمول، فإن عقد بما لا يتمول فسدت التسمية ووجب مهر المثل، ودليلهم أن المهر حق المرأة شرعه الله إظهارا لمكانتها، فيكون تقديره برضا الطرفين؛ ولأن المهر بدل الاستمتاع بالمرأة فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها([[49]](#footnote-49))، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك([[50]](#footnote-50)).

**ب- الجانب القانوني**

أما المشرع الجزائري فلم يجعل للصداق حدّا أدنى ولا أعلى، آخذا في ذلك بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وفقا للمادة 14 من قانون الأسرة التي جاءت مطلقة في هذا الشأن، يفهم ذلك من عبارة"ما يدفع نحلة للزوجة من نقود ونحوها". وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج، بما يتناسب و جميع طبقات المجتمع غنيها و فقيرها، أي أنه لا يُعجز الفقراء، ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق.

**ثانيا: أنواع الصداق**

**أ- الجانب الفقهي**

يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين: مسمى وغير مسمى.

1**- المهر المسمى:** هو ما سمّي في العقد أو بعده بالتراضي بين الزوجين، بأن اتفق عليه صراحة في العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم([[51]](#footnote-51))، وذلك لعموم قوله تعالى:وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ([[52]](#footnote-52)). ونص المالكية على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد يعدّ من المهر، ولو لم يشترط، وكذا ما أهدي إلى وليها، قبل العقد فلو طلقت قبل الدخول كان للزوج أن يرجع بنصف ما أهداه، أما ما أهدي للولي بعد العقد فيختص به، وليس للزوجة ولا للزوج أخذه منه([[53]](#footnote-53)).

ويستحب تسمية المهر في النكاح، فإن لم يسمّ صح العقد([[54]](#footnote-54)). قال الشافعي:"ذكر الله الصداق والأجر في كتابه وهو المهر، قال تعالى:لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً([[55]](#footnote-55))، فدلّ على أن عقدة النكاح بالكلام، وأن ترك الصداق لا يفسدها، فلو عقد بمجهول أو بحرام ثبت النكاح ولها مهر مثلها"([[56]](#footnote-56)). واستدل الكاساني لذلك بالآية نفسها فقال:"ولا خلاف في أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه (عدم تسميته) لقوله تعالى:"لا جناح" رفع -سبحانه- الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح فدلّ على جواز النكاح بلا تسمية"([[57]](#footnote-57)).

 قال الباجي:"وعندي أن وجه التعلق من الآية أنه بمعنى نفي الجناح عمن طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة، وهذا يقتضي رفع المأثم بعقده، وإذا ارتفع المأثم دل على إباحته"([[58]](#footnote-58)).

وقال مالك عند عدم تسمية المهر:"النكاح جائز ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق فلا متعة لها ولا صداق ولها الميراث"([[59]](#footnote-59)).

 وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"([[60]](#footnote-60))، وما يُفهم أيضا من عبارة "يحدّد" من نص المادة 15 بعد تعديلها أنه يجوز تسمية المهر بعد إبرام العقد.

2- **المهر غير المسمى:** فقد عرفه الحنفية بأنه:"مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والسن والعقل والدين"([[61]](#footnote-61))، وتعتبر المماثلة باتفاق المذاهب في التدين والمال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد والحسب([[62]](#footnote-62))، وهو ما يعدّ من مفاخر الآباء من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها من كل ما يختلف لأجله الصداق. وتلاحظ هذه الأوصاف في النكاح الصحيح يوم العقد، وفي النكاح الفاسد يوم الوطء، لأنه الوقت الذي يتقرر به صداق المثل كوطء الشبهة فإنه يجب صداق المثل فيه بحسب الأوصاف يوم الوطء([[63]](#footnote-63)).

قال مالك:"لا ينظر في هذا إلى نساء قومها ولكن ينظر في هذا إلى نساء في قدرها وجمالها وموضعها وغناها، قال ابن القاسم: والأختان تفترقان ها هنا في الصداق"([[64]](#footnote-64)).

**ب- الجانب القانوني**

يطبق صداق المثل متى لم يتفق في العقد على تحديد الصداق طبقا للمادة 15 من قانون الأسرة، أو عند إبرام العقد بدون صداق، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة:"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، حيث قرنت استحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها بدون صداق.

**ثالثا: حالات الصداق**

**أولا: الجانب الفقهي**

اتفق الفقهاء على أن للصداق ثلاث حالات: إما أن يكون معجّلا كليا أو مؤجّلا كليا، أو معجلا في جزء ومؤجلا في الجزء الآخر([[65]](#footnote-65)).

 فذهب الحنفية([[66]](#footnote-66)) إلى أنه يصحّ كون المهر معجّلا أو مؤجّلا كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين -الطلاق أو الوفاة- عملا بالعرف، ولكن بشرط أن لا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة في القدر أو الصفة. وإذا اتفقا صراحة على تقسيط المهر عمل به؛ لأن الاتفاق من قبيل الصريح، والعرف من قبيل الدلالة، والصريح أقوى في الدلالة، وإذا لم يتفقا على تعجيل المهر أو تأجيله عملا بعرف البلد -لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا- وإذالم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل استحق المهر حالا؛ لأن حكم المسكوت عنه يأخذ حكم المعجل، ولأن الأصل -أي المهر- يجب بتمام العقد؛ لكونه أثرا من آثاره، فإذا لم يؤجل صراحة أو عرفا عمل بالأصل؛ لأنه عقد معاوضة، فيقتضي المساواة بين الجانبين([[67]](#footnote-67)).

وفصّل المالكية في حكم التأجيل فقالوا([[68]](#footnote-68)): إن كان المهر معيّنا حاضرا في البلد وجب تسليمه للمرأة أولوليّها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريبا كاليومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط، ويكون تعجيله من حقها، وإن كان المهر المعيّن غائبا عن بلد العقد صح النكاح، وإن أجل قبضه بأجل قريب، بحيث لا يتغير فيه غالبا وإلا فسد النكاح.

وإن كان المهر غير معين فيجوز تأجيله كله أو بعضه، ويجوز التأجيل إلى الدخول إن علم وقته، والتأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنيا؛ بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، وإن كان فقيرا لم يصح العقد، ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو تأجيل للميسرة، وعليه يشترط لجواز التأجيل أن يكون الأجل معلوما وغير بعيد([[69]](#footnote-69)).

وأجاز الشافعية والحنابلة تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة([[70]](#footnote-70))، فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أُجلّ لأجل مجهول لم يصح، وإن أُجلّ ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحلّه الفرقة أو الموت، قال ابن قدامة:"المهر صحيح ووقت حلوله هو وقت الفرقة، لأن الإمام أحمد -رحمه الله- قال: إذا تزوج على مهر عاجل وآجل لا يحل الأجل إلا بموت أحد الزوجين أو بالفرقة في حال حياتهما"([[71]](#footnote-71)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

نصت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"([[72]](#footnote-72)).

يتضح من خلال نص هذه المادة أن تحديد الصداق في العقد قد يكون مؤجلا أو معجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل. وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه([[73]](#footnote-73)). وعليه يمكن عرض أوضاع الصداق من حيث التعجيل والتأجيل في ثلاث حالات هي:

**الحالة الأولى:** الصداق المعجّل كليا

ويقصد بهذه الحالة أن يدفع الصداق كاملا قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة، وهو ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة "سواء كان معجلا ".

**الحالة الثانية:** الصداق المؤجّل كليا

وهو أن يتفق طرفا العقد على أن يؤجّل الصداق -بعد تسميته وتحديد قيمته أو نوعه أثناء إبرام العقد- إلى ما بعد الدخول أو إلى تاريخ لاحق، وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقا لنص المادة 15 "أو مؤجلا ".

**الحالة الثالثة:** الصداق المؤجّل في جزء منه والمعجّل في الجزء الآخر.

وهو أن يتفق طرفا العقد على دفع جزء من الصداق قبل الدخول، وتأجيل الباقي منه إلى تاريخ محدد بعد الدخول، يقول الأستاذ عبد العزيز سعد:" وإذا لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل ، فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة([[74]](#footnote-74)). وهذا ينطبق على حالة الاتفاق بين الزوجين على أن مؤخر الصداق يكون عند وقوع الطلاق.

ذلك أن الصداق يجب كاملا بالدخول إذا لم يتفق الطرفان على التاريخ،كما يجب بالوفاة وهذا باتفاق الفقهاء([[75]](#footnote-75))؛ لأنه دين في ذمة الزوج، والدَّين المعجل يصير حالا بالموت، ويجب أداؤه من التركة قبل الوصية والميراث([[76]](#footnote-76)). ولا يقاس الموت على الطلاق؛ لأن الموت يتم به النكاح كالدخول فيكمل به الصداق، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق قبل الدخول، وكمل الصداق المسمّى بالموت ولم يكمل بالطلاق([[77]](#footnote-77)).

**الفرع الثالث: استحقاق الصداق**

تناول الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة مسألة استحقاق الزوجة للصداق، وفيما يلي عرض لموقف الفقه الإسلامي من استحقاق الزوجة للصداق ثم تنظيمه في قانون الأسرة.

**أولا: الجانب الفقهي**

اتفق الفقهاء على بعض مؤكدات المهر، واختلفوا في البعض الآخر، فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين:

**أولا**: الدخول الحقيقي بالزوجة؛ لأن الزوج بدخوله بزوجته يستوفي حقه منها، فيتقرر حقها كاملا في المهر، سواء كان مسمى وقت العقد أو قدّر بعده بالتراضي بينهما، أو بقضاء القاضي. أما إذا لم يكن مسمّى، فيجب لها مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفرقة بينهما باتفاق جميع الفقهاء([[78]](#footnote-78)). ويترتب على استقرار المهر بالدخول: أنه لا يسقط شيء منه بعدئذ إلا بالأداء لصاحبه، أو الإبراء من صاحب الحق([[79]](#footnote-79)).

**ثانيا:** موت أحد الزوجين قبل الدخول في نكاح صحيح، باتفاق المذاهب الأربعة، وإن قصره المالكية على المهر المسمّى، حيث لا يوجبون لها شيئا عند عدم التسمية؛ أي في نكاح التفويض، قياسا للموت على الطلاق، والطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل تسمية المهر، لا شيء فيه، فمثله الموت([[80]](#footnote-80)).

واختلفوا في تأكّده بالخلوة([[81]](#footnote-81)) بعد العقد الصحيح، فذهب المالكية والشافعية([[82]](#footnote-82)) إلى أنها لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر، فإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول وجب بها نصف المهر المسمى، فإن لم يسمّ لها مهرا وجبت لها المتعة، غير أن المالكية قالوا: لو أقامت معه في بيت الزوجية سنة، وكان بالغا، وهي تطيق المخالطة، ولم يفعل شيئا وجب لها كل المهر لو انفسخ العقد بعد ذلك([[83]](#footnote-83)). وذهب الحنفية([[84]](#footnote-84)) والحنابلة([[85]](#footnote-85)) إلى أنّ الخلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله([[86]](#footnote-86))، وتسمى عندهم بالدخول الحكمي، غير أن الحنفية يشترطون في الخلوة أن تكون صحيحة([[87]](#footnote-87))، فإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو مُحْرما بحج فرض أو نفل أوبعمرة، أو كانت حائضا، فليست الخلوة صحيحة([[88]](#footnote-88))، وأما الحنابلة فلا يشترطون ذلك، بدليل أنهم قالوا: لو لمسها بشهوة ولو بحضرة الناس تأكّد لها كل المهر ولا يسقط، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في إحدى الروايتين([[89]](#footnote-89)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، والمادة 16 من قانون الأسرة، ويمكن تقسيمها إلى حالات ثلاثة:

**أولا: حالة استحقاق كامل الصداق**

وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة.

- **الدخول**: تستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة، وذلك بعد إبرام عقد الزواج صحيحا وتمام الدخول بالزوجة، و قد أخذ المشرع الجزائري في هذه الحالة بما ذهب إليه عامة الفقهاء.

**- الوفاة:** وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة أعطى المشرع الجزائري للزوجة كامل الصداق بالوفاة؛ أي وفاة أحد الزوجين، والمشرع لم يفرق بين الوفاة الطبيعية والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. حيث لم ينص المشرع الجزائري في حالة ما إذا كانت وفاتها غير طبيعية كالانتحار أو القتل على حكم استحقاقها للمهر([[90]](#footnote-90)).

**ثانيا: استحقاق نصف الصداق**

نصّ المشرّع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة ، وهو حالة الطلاق قبل الدخول. ومؤدّى ذلك أنه يوجد عقد زواج صحيح شرعا؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زواج صحيح. وقد كُرّست هذه الحالة في التطبيقات القضائية، وكمثال على ذلك جاء الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 16/10/1993:"من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق.."([[91]](#footnote-91)). وكذا القرار المؤرخ في 24/9/1994 والذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه.."([[92]](#footnote-92)). وعليه فإن هذا القرار قد جاء موافقا لما عليه المذهب المالكي من استحقاق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق المسمى([[93]](#footnote-93)).

**ثالثا: استحقاق الزوجة لصداق المثل**

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 15 من قانون الأسرة حالة استحقاق صداق المثل، وتكون عند عدم تحديد الصداق أو تسميته بعد الدخول، فهنا تستحق الزوجة صداق المثل، وجاء في نص الفقرة الثانية من المادة 33 أنه يثبت صداق المثل بعد الدخول إذا تم الزواج دون صداق.

غير أن المشرع لم يبيّن ماهية صداق المثل، وكيفية تحديده، وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صداق المثل - والذي سبق بيانه-.

ولقد جسد الاجتهاد القضائي ذلك في قراره المؤرخ في 17/11/1998 إذ جاء فيه" أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج؛ لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل"([[94]](#footnote-94)).

وما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض إطلاقا إلى أحكام الخلوة وهو ما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. إلا أنه يُفهم من ذلك أن المشرع قد اعتمد المذهب المالكي في عدم جعل الخلوة سببا لاستحقاق الصداق([[95]](#footnote-95)).

وهذا ما كرّسه الاجتهاد القضائي في قراره المؤرخ في 19/11/1984 والذي جاء فيه:"من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها، أما إذا لم يقع الدخول بها فلا تستحق إلا نصفه، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض لإثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج.

 ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه وبنفي نسب الولد، فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. أما من حيث قضائه بكامل الصداق للزوجة المطلقة قبل الدخول بها فإنه يعدّ خروجا عن هذه المبادئ مما يؤدي إلى نقضه وإبطاله في هذه الجزئية فقط"([[96]](#footnote-96)).

كما أن القانون لم يتطرق لحالات سقوط حق المرأة في الصداق، ومن هذه الحالات ما يأتي ذكره بإيجاز([[97]](#footnote-97)):

**الحالة الأولى**: أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب من جهة الزوجة، كأن ترتد عن الإسلام.

**الحالة الثانية**: أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علّة في الزوجة، فإنه يسقط جميع المهر؛ لأنها كالفرقة من جهتها، فكأنها هي الفاسخة للعقد.

**الحالة الثالثة**: أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة لعيب أو علّة في الزوج.

**الحالة الرابعة:** أن تقع الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة من جهة الزوجة بسبب عدم كفاءة الزوج.

**الحالة الخامسة:** أن تقع الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون.

**الفرع الرابع: الاختلاف في الصداق**

الاختلاف في المهر له أحوال تناولها الفقه الإسلامي، فقد يكون الاختلاف في أصل التسمية، وقد يكون في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته، كما قد يكون الاختلاف في قبضه -على ما سيأتي بيانه-

أمّا المشرّع الجزائري فقد نص في المادة 17 من قانون الأسرة على الاختلاف بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر، وفرق في الحكم فيه بما إذا حصل قبل الدخول أم بعده.

 و يمكن التعرض لمسألة الاختلاف في الصداق من خلال ما يأتي:

**أولا: الجانب الفقهي**

إذا اختلف الزوجان في الصداق وتنازعا، فلا يخلو إما أن يكون الاختلاف في تسمية المهر، أو في قدره، أو في صفته.

**1- الاختلاف في أصل التسمية**

**وصورته:** أن يختلف الزوجان في تسمية المهر وقت العقد، فيدّعي أحدهما تسمية المهر وقت العقد، فالواجب المهر المسمى، ويدّعي الآخر عدم تسمية المهر وقت العقد، فالواجب مهر المثل.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

**المذهب الأول**: ذهب الحنفية([[98]](#footnote-98)) إلى القول بأنه يجب مهر المثل؛ لأنه هو الأصل عند اختلاف الزوجين، وعند تعذر القضاء بالمسمّى يصار إليه.

**المذهب الثاني:** ذهب المالكية إلى أنّه على المدّعي البينة فإن أقامها قضي له، وإن لم يقمها كان القول لمن يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه([[99]](#footnote-99)).

**المذهب الثالث**: ذهب الشافعية([[100]](#footnote-100)) في الصحيح إلى القول بأنهما يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل.كما ذهبوا -في قول- إلى أنه يصدّق الزوج بيمينه لموافقته الأصل ويجب مهر المثل.

**المذهب الرابع:** ذهب الحنابلة([[101]](#footnote-101)) إلى القول بأنه إذا كان الاختلاف في أصل التسمية بعد الدخول، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه وجب ذلك من غير يمين؛ لأنها لو صدّقته في ذلك لوجب لها مهر المثل، فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادّعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادّعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك، ويجب لها مهر المثل.

أما إن كان الاختلاف بعد الدخول فقد ذهب الحنابلة إلى أن لها مهر المثل ما لم يطلقها، فإن طلقها فقد اختلفوا -الحنابلة - في ذلك إلى قولين: أحدهما، القول قول من يدّعي مهر المثل منهما بيمينه، والثاني: القول قول الزوج ولها المتعة.

2- **الاختلاف في مقدار الصداق**

**وصورته:** أن يتفق الزوجان على أصل التسمية ويختلفان في مقدار المهر المسمى، بأن تدّعي الزوجة مهرا ويدّعي الزوج مهرا أقلّ منه. وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على النحو الآتي:

**المذهب الأول**: ذهب الحنفية والحنابلة -في رواية-إلى أن القول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت الزوجة مهر مثلها أو أقل منه فالقول قولها، وإن ادعى مهر المثل أو أكثر منه فالقول قوله، وذلك قياسا على المنكر في سائر الدعاوى، أما إذا أقاما البينة قدمت بينة الزوجة([[102]](#footnote-102)).

**المذهب الثاني**: ذهب الحنابلة –في رواية- وأبو يوسف من الحنفية إلى أن القول قول الزوج بكل حال، إلا أن يدعي مستنكَرا، بأن يدعي مهرا لا يتزوج بمثله عادة([[103]](#footnote-103)).

**المذهب الثالث**: ذهب المالكيةإلى القول بأنه إذا كان الاختلاف قبل الدخول يؤديان اليمين ويقضى لمن قوله أشبه بالمتعارف و المعتاد بين أهل بلديهما ومن لم يحلف قضي ضده، أما بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه([[104]](#footnote-104)).

**المذهب الرابع:** ذهب الشافعية إلى القول بأنهما يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل، لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفا قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن، أما إذا كان مدعي الزيادة الزوج فلا تحالف لأنه معترف بما يدعيه ويبقى الزائد في يده([[105]](#footnote-105)).

3**- الاختلاف في قبض الصداق**

**وصورته:** أن يدّعي الزوج أنه سلّم زوجته المهر أو قدرا منه وتنكر الزوجة أنه سلّمها شيئا منه، أو أن يدّعي الزوج أنه سلّم زوجته قدرا من المهر، وتدعي أنه سلّمها أقلّ منه.

فإذا كان الخلاف بين الزوجين قبل الدخول، فقد اتفق الفقهاء على أن القول قول الزوجة مع يمينها، وعلى الزوج أن يقيم البينة على صحة دعواه.

أما إذا كان الخلاف بين الزوجين بعد الدخول، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

**المذهب الأول**: ذهب الشافعي وأحمد وسفيان الثوري([[106]](#footnote-106)) وأبو ثور([[107]](#footnote-107)) إلى أنّ القول قول الزوجة([[108]](#footnote-108)).

**المذهب الثاني**: وذهب الإمام مالك في المشهور([[109]](#footnote-109)) إلى أنه إذا كان الاختلاف في أصل القبض فادّعى أنه سلّمها معجّل الصداق، وأنكرت ذلك، فلا يُسمع قولها والقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن العادة جرت بدفع معجّل الصداق قبل الدخول إن جرى عرف أهل البلد على أن الزوج لا يدخل بالزوجة حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف فالقول قول الزوجة مع يمينها، فإن أقام الزوج بينة حكم بها، وإن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين، وهو مذهب الحنفية أيضا([[110]](#footnote-110)).

وإن كان الاختلاف في مقدار المقبوض بأن ادّعى مقدار معينا، وادّعت أقلّ منه فعلى الزوج إقامة البينة، وإلا فالقول قولها بيمينها؛ لأن الظاهر يشهد لها، حيث ثبت حقها في المهر بمقتضى العقد([[111]](#footnote-111)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

تناول المشرع الجزائري الاختلاف في الصداق في نص المادة 17 من قانون الأسرة:"في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". حيث قسمت هذه المادة الاختلاف حول الصداق إلى ما قبل الدخول وبعده، دون أن تحدد ما هي الخلافات المتعلقة بالصداق التي تطبق عليها قاعدة الإثبات المنصوص عليها في نص المادة نفسها، وبالتالي تطبق هذه القاعدة المذكورة على جميع حالات النزاع سواء كان متعلقة بتسمية الصداق أو مقداره أو صنفه أو نوعه أو في قبضه، ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

1**- حالة الاختلاف في الصداق قبل الدخول**

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 17 على أنه" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين …"([[112]](#footnote-112)).

 وما يمكن استخلاصه من هذه المادة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين، ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه، فالقول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين. وهذا ما جسدته التطبيقات القضائية، والتي منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/ 06/ 1991 والذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين.." ([[113]](#footnote-113)).

2**- حالة الاختلاف في الصداق بعد الدخول**

لقد نص المشرع الجزائري أيضا على هذه الحالة في نص المادة 17 من قانون الأسرة" ... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

 وهذا يعني أنه إذا كان نزاع حول الصداق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين، ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو ورثته مع اليمين، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 والذي قضى "… وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"([[114]](#footnote-114)).

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه خالف في نص المادة 17 من قانون الأسرة الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النزاع المتعلقة بالصداق في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية -كما سبق ذكره- خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بها([[115]](#footnote-115)).

**الفرع الخامس: أثر تخلف الصداق في عقد الزواج**

إن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف الصداق أدى إلى اختلافهم في الآثار المترتبة عن تخلفه، في حين ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة إلى ترتيب آثار أخرى غير التي ذهب إليها جمهور الفقهاء، وعليه يمكن التطرق لأثر تخلف شرط الصداق من خلال ما يأتي:

**أولا: الجانب الفقهي**

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الصّداق هو حكم من أحكام الزواج، وبالتالي إذا لم يسمّ أثناء إبرام العقد، أو اتفق على إسقاط التسمية يكون العقد صحيحا وتستحق الزوجة مهر المثل، غير أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط المهر؛ لأنه لم يخل نكاحا عنه، ولأنه أدفع للخصومة، ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي كما قال الشربيني([[116]](#footnote-116))، وجاء في منتهى الإرادات:"وكان له أن يتزوج بلا مهر"([[117]](#footnote-117))؛ يعني بذلك أن خلوّ الزواج من المهر من خصوصيات النبي .

 بينما ذهب الحنفية إلى صحة النكاح بمهر المثل إن خلا من المهر، (أي اتفق على إسقاطه)؛ لأن وجوبه ليس لصحة النكاح؛ وإنما إظهارا لشرف المحلّ([[118]](#footnote-118)).

أما المالكية الذين يعتبرون -كما سبق ذكره- الصداق ركنا من أركان عقد الزواج ( أو شرطَ صحةٍ في رأي بعض علمائهم)، وبالتالي فتخلفه بعدم تسميته أو بالاتفاق على إسقاطه يجعل العقد غير صحيح([[119]](#footnote-119))، غير أنه في رواية عن الإمام مالك أنه قال فيمن نكح بغير صداق:"إن دخل بها ثبت النكاح و لها صداق مثلها، و إن لم يدخل بها فرق بينهما، فهذا رأيي و الذي استحسنت"([[120]](#footnote-120)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في نص المادة 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

**أ-** في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق. وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09/03/1987 والذي جاء فيه:"أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق"([[121]](#footnote-121)).

كما جاء في القرار المؤرخ في 24/9/1986 أنه:"من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار فيه"([[122]](#footnote-122)).

**ب-** في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح. وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17/11/1998 والذي جاء فيه:" إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العرفي، ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج([[123]](#footnote-123)).

وعليه فإن المشرع الجزائري قد رتب على تخلف الصداق فسخ العقد إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول فإنه يثبت بمهر المثل، وكون الصداق في قانون الأسرة الجزائري شرط صحة فإن تخلفه في العقد يجعله قابلا للإبطال([[124]](#footnote-124)). وهو بذلك قد أخذ بالرأي المستحسن عند الإمام مالك والذي يفرّق في حكم تخلف الصداق في النكاح قبل الدخول وبعده([[125]](#footnote-125)).

وما يلاحظ أيضا أن المشرع لم يتحدث عن المتعة كبدل عن الصداق في بعض الأحوال، كما في حال عدم تسمية المهر في العقد ولا بعده، وحصلت الفرقة بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، فلا يجب للمرأة شيء من المهر؛ وإنما تجب لها المتعة([[126]](#footnote-126))، ودليل وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى: : لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ([[127]](#footnote-127)).

**المطلب الثالث: الولاية في عقد الزواج**

إن من شروط صحة عقد النكاح ألا يكون كل من العاقدين أو أحدهما فضوليا، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان العاقدان لهما ولاية إنشاء، وهذه الولاية إما أن تثبت بالأصالة أو بإنابة الشرع وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي باسم الولاية.

وللولاية في النكاح أهمية كبيرة؛ لكثرة الأحكام المترتبة عليها، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشا حادّا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته.

لذا لا بدّ من تعريف الولاية وبيان أقسامها، وشروطها، ومعرفة موقع ودور الولي في التزويج من خلال ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وتنظيمه في قانون الأسرة الجزائري، وكذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي. وذلك بالتركيز على أهم المسائل التي تمثل محورا للنقاش والجدل الفقهي والقانوني وحتى القضائي، تبعا لما نص عليه المشرع الجزائري، ويكون ذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أقسامها وشروطها**

**أولا: تعريف الولاية لغة واصطلاحا**

**أ- في اللغة**: الولاية مأخوذة من الفعل "وَلِي" بفتح الواو وكسر اللام، وهي بكسر الواو: الوِلاية؛ فتأتي إما بمعنى النصرة والمحبة، والولي هو الناصر والمحب والمعين، أو بمعنى القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه، وكلا المعنيين مراعى في الولاية؛ لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب أدعى إلى تحقيق هذا([[128]](#footnote-128)). ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى:فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ([[129]](#footnote-129)). وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

**ب-** **في الاصطلاح**: من التعريفات التي وردت في الولاية في الاصطلاح الفقهي ما يأتي:

 الولاية هي:"تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"([[130]](#footnote-130))، أو هي "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"([[131]](#footnote-131)).

 والولي في عقد الزواج هو:"من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"([[132]](#footnote-132)).

وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تتمثل في قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له الشارع([[133]](#footnote-133)).

**ج- في الاصطلاح القانوني:**لم يختلف تعريفها قانونا عن تعريفها اصطلاحا؛ فهي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا. وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية([[134]](#footnote-134)).

 والذي يهم في هذا المقام هو الولاية على النفس التي هي باب من أبواب الأحوال الشخصية.

**ثانيا: حكمة مشروعية الولاية**

 تبدو حكمة مشروعية الولاية في الزواج من خلال ما يأتي بإيجاز:

 1- تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم، كالصغار والمجانين بالمحافظة على حوائجهم وقضائها، فقد تحتاج المجنونة إلى الزواج لإعفافها أو لطلب شفائها، ولكنها لا تقوى القيام بهذا الأمر على وجه الصحة والرشاد، فكان للولي معها دور.

 2- أن في مشروعية الولاية حماية للمرأة، فالولي حين يقوم على تولي مصالح موليته كتزويجها يحتاط لنفسه ولها، ولا يقدم على تزويجها إلا ممن يتحقق فيه شرط الكفاءة والكفاية صيانة لنفسه من لحوق العار به وبالأسرة كلها.

 3- تولي الولي لأمور موليته خاصة عقد زواجها يحميها ويصونها عما يُشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها للرجال إذا ما انفردت بمباشرة عقد زواجها، والأمر مأمون مع الولاية.

**ثالثا: أقسام الولاية**

قد تكون الولاية قاصرة وهي: ولاية الشخص على نفسه ما دام أهلا للتعاقد فهي لا تنفك عن الأهلية مطلقا، كإجراء عقد الزواج([[135]](#footnote-135)).

وقد تكون الولاية متعدية وهي: ولاية الشخص على الغير، فتكون ولاية على المال أو على النفس أو عليهما معا. وهي إما أن تكون مستمدة من الشارع ابتداء كولاية الأب والجد الصحيح فلا يملك أحدهما التنازل عنها([[136]](#footnote-136))، وإما أن تكون مستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي والوكيل.

وتنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.وهذا هو المقصود بالبحث والمناقشة من خلال عرض أهم الاجتهادات الفقهية التي عالجت موضوع اشتراط الولي في عقد الزواج، وبيان مدى تماشي قانون الأسرة الجزائري وفق ما يقره الاجتهاد القضائي الشرعي في هذا الموضوع، وإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في الاستناد إلى آراء واجتهادات فقهية قوية بما يحقق عدم الخروج عن القواعد الكلية المرعية في الشريعة الإسلامية، وبما يساير مقتضيات العصر. وبما أن موضوع الولاية متشعب، فإن الحديث يقتصر على أهم المسائل المتعلقة بولاية التزويج، والمنصوص عليها في قانون الأسرة فحسب.

**رابعا: شروط ولاية التزويج**

لم يحدد المشرع الجزائري الواجب توافرها في الولي، ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدّده فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وهذه الشروط على الجملة كالآتي:

- أن يكون الولي بالغا([[137]](#footnote-137))، عاقلا، ذكرا([[138]](#footnote-138)) أي كامل الأهلية فلا تثبت هذه الولاية لمجنون أو معتوه أو صبي ولو مميزا، إذ لا ولاية لهم على أنفسهم.

- اتحاد الدين بين الولي ومن في ولايته، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى:لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ([[139]](#footnote-139))، وكذا فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ([[140]](#footnote-140))، غير أن هذا لا يشترط في الولاية العامة فإن الحاكم تثبت ولايته على رعاياه من غير المسلمين أيضا([[141]](#footnote-141)).

- العدالة: اشترطها المالكية -في رواية-([[142]](#footnote-142))،والشافعية -في رواية-([[143]](#footnote-143)) كما روي عن أحمد بن حنبل([[144]](#footnote-144)) اشتراطها أيضا مستدلين بحديث "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"([[145]](#footnote-145)), وقالوا: إن الفاسق ليس بمرشد([[146]](#footnote-146))، ولكن الحنفية([[147]](#footnote-147)) ومن وافقهم لا يشترطون في الولي العدالة؛ لأن أساسها الشفقة والحرص على تحقيق المصلحة، وهو المقصود من لفظ مرشد في الحديث المذكور، وهذا لا يتوقف على العدالة، وأما إذا كان مستهترا ماجنا فإنه لِيَصح عقده يشترط أن يكون الزواج بالكفء وبمهر المثل([[148]](#footnote-148)).

**الفرع الثاني: ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**

إن الطريق السليم والسبيل الأرشد لتقرير لزوم هذه الولاية أو عدم لزومها إنما هو التماس ذلك في مصادر الشرع وأصوله، والتمسك بحجيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع، واعتبار الولي عنصرا أساسيا من العناصر التي تتكون منها الحقيقة الشرعية للزواج، يضفي على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري.

 ولاشك أن المعنى المقصود من اعتبار الولي في التزويج إنما هو معنى ثابتا بما يحققه من جلب المصالح ودرء المفاسد عن الأسرة والمجتمع.

ولعلّ مسألة الولاية في التزويج من أهم المسائل التي تتجاذبها التيارات الفكرية والإيديولوجيات المختلفة في الحجج والبراهين تبعا لاختلافها في المصادر والمؤثرات, فكان قانون الأسرة في هذه المسألة وسطا بين طرفي نقيض بناء على عوامل خارجة عن الأطر الشرعية التي تحكم هذه المسألة التي تتفرع عنها قضيتين أساسيتين ينبغي معالجتهما بكل جزئياتهما الهامة من منظور الاجتهاد الفقهي الشرعي، ومن ثم التحقيق في وجهة نظر المشرع الجزائري وذلك على النحو الآتي:

**القضية الأولى: زواج المرأة الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**

تنص المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"([[149]](#footnote-149)).

يستشف من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكرا أو ثيبا كما فرق الفقهاء في حكم كل منهما، وأطلق دلالة "تعقد المرأة الراشدة زواجها"؛ بمعنى هل مراده بذلك أن للمرأة البالغة الراشدة كامل الحرية في الاختيار والرضا بموافقة الولي، أم أنه أجاز لها مباشرة عقد زواجها بنفسها وأهمل بذلك أي دور للولي سوى الحضور ؟.

 كما يُفهم من خلال تأويل معنى الحضور بالنسبة للولي أنه يحتمل أن يكون حضوره مطلوبا على سبيل الإلزام لمباشرته العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكليا.

كما أنّ نص هذه الفقرة "بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" قد ساوت بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها، وذلك بحرف "أو" التي تفيد التخيير في هذا السياق، وكذا لفظ "تختاره"، كما أنه لم يبين فيما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب، أو حتى في حالة وجودهم، وسواء امتنعوا عن تزويجها أم لا؟.

 ومما يُفهم أيضا من نص هذه الفقرة أنه لا سبيل للولي في عضل موليته إذا أرادت كفؤا وأراد هو غيره.

وعليه فإن هذه الفقرة تطرح عدة إشكاليات ومسائل تخص دور الولي في عقد الزواج يجيب عليها الاجتهاد الفقهي من خلال عرضها ومناقشتها والاحتكام إلى الراجح فيها، وذلك من خلال المسائل الآتية:

**المسألة الأولى: إجبار البكر البالغة**

اختلف الفقهاء في جواز تزويج الولي المجبر للبالغة البكر على مذهبين:

**المذهب الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من المالكية([[150]](#footnote-150)) والشافعية([[151]](#footnote-151)) والحنابلة([[152]](#footnote-152))إلى أنه يجوز للولي تزويج البكر البالغة وإجبارها على الزواج، فيزوجها بغير إذنها على أن يكون الزوج كفؤا، والمهر مهر المثل. جاء في بداية المجتهد:"فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى: للأب فقط أن يجبرها على النكاح"([[153]](#footnote-153)). وجاء في مغني المحتاج:"وللأب الولي ولاية الإجبار، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة كانت أوكبيرة، عاقلة أو مجنونة-إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة- بغير إذنها"([[154]](#footnote-154)). وجاء في شرح منتهى الإرادات:" ويجبر أب بكرا ولو بالغة مكلفة"([[155]](#footnote-155)).

واستدل أصحاب هذا الرأي على جواز تزويج الولي المجبر البكر البالغة بالأدلة الآتية:

**أ**- **من السنة**: ما روي عن النبي :"الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"([[156]](#footnote-156)).

 فدلّ قوله "الأيّم أحق بنفسها من وليها" على أن البكر ليست كذلك، فيكون وليها أحق منها بها، فيكون الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة الذي يعتبر دليلا عند هؤلاء([[157]](#footnote-157)). قال البهوتي:"فقسم النساء قسمين: وأثبت الحق لأحدهما، فدلّ على نفيه عن الآخر، وهي البكر؛ فيكون وليها أحق منها بها"([[158]](#footnote-158)).

ونوقش استدلالهم بأن قوله "الأيّم" هي امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، ومن ثم صراحة الدليل في إثبات الأحقية للبكر في نفسها، كما يثبتها للثيب، ثم تخصيصها بالاستئذان([[159]](#footnote-159)).

**ب**- **القياس:** جعل الشافعي العلّة في إجبار الصغيرة البكر هي البكارة، ثم قاس عليها الكبيرة البكر، والمالكية يجعلون العلّة في الإجبار هي أحد الوصفين الصغر والبكارة.

**ج- دليل المصلحة:** كما أن العلم بمصالح النكاح لا يتحقق في البكر وإن كانت عاقلة بالغة؛ لأن العلم بها يقف على التجربة والممارسة التي تتحقق بالثيوبة.

ونوقش هذا الوجه من الاستدلال بأن الجهل بأمر النكاح وعاقبته علة غير حقيقية، بل علّة منتفية؛ لأن البالغة العاقلة البكر قلّما تجهل معنى عقد النكاح وحكمه([[160]](#footnote-160)).

**المذهب الثاني:** ذهب الأحناف([[161]](#footnote-161)) وأحمد([[162]](#footnote-162)) -في رواية- والظاهرية([[163]](#footnote-163)) إلى وجوب استئذان البكر البالغة وإلى عدم جواز إجبارها، واستدلوا على ذلك بما يلي:

**أ- السنة**: ما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- أن جارية بكرا أتت رسول الله فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فرد النبي نكاحها([[164]](#footnote-164)). فدل ذلك على اعتبار إذن البكر البالغة العاقلة التي يراد تزويجها([[165]](#footnote-165)). ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث مختلف في وصله وإرساله فلا يصح الاستدلال به، ويحتمل كون المرأة التي خيرها النبي أن الزوج لم يكن كفؤا لها، يفهم ذلك من قولها "ليرفع بي خسيسته" في الحديث الذي روته عائشة-رضي الله عنها-([[166]](#footnote-166)).

**ب- القياس:** قياس انتفاء ولاية الولي بالتصرف في مال موليته البكر البالغة العاقلة إلا بإذنها على ضرورة إذنها لعقد زواجها.([[167]](#footnote-167))

**ج- المعقول**: أن مشروعية استئذان البكر العاقلة يحقق مقصود مشروعية الزواج بانتظام المصالح بين الزوجين، فإذا قام سبب انتفاء المقصود الشرعي من الزواج قبل الشروع فيه بعدم رضا المرأة وجب عدم إجبارها على الزواج، لأنه حينئذ يصبح عقدا بلا فائدة ظاهرا([[168]](#footnote-168)).

**الترجيح**

أرى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وهو ثبوت الاستئذان للبكر البالغة عند تزويجها، فالحياة الزوجية لا يمكن استمرارها إلا بوجود المودة والرحمة بين الزوجين التي لا تتحقق إلا بالرضا، والذي يعني كامل إرادتها في الاختيار حتى يتحقق الغرض المقصود من الزواج.

وأما المشرع الجزائري فلم يعتبر البكر والبلوغ أسباب كافية لجواز أن تعقد المرأة لنفسها، أو يعقد لها أبوها، لأن العبرة عنده ببلوغ الزوجة السن القانونية المحددة لأهلية الزواج وهي 19 سنة.

**المسألة الثانية: انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها**

**أولا: الجانب الفقهي**

اتفق الفقهاء على أن المرأة الحرة البالغة العاقلة إذا عقد وليها الشرعي نكاحها برضاها وبإذنها كان هذا العقد صحيحا ونافذا.

ووقع الخلاف بين الفقهاء في حكم مباشرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بالإرادة المنفردة على أقوال نوردها فيما يأتي:

**القول الأول**: ذهب جمهور الفقهاءمن المالكية والشافعية والحنابلة -في رواية- و الإمام أبي يوسف- في رواية-([[169]](#footnote-169)) إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج. جاء في بداية المجتهد:"أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا يُنكِح المرأة إلا وليها"([[170]](#footnote-170))، وجاء في المهذب:"لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح"([[171]](#footnote-171))، وفي المغني:"النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في الزواج، فإن فعلت، لم يصح النكاح"([[172]](#footnote-172)).

واستدل على ذلك بجملة من الأدلة منها:

 **أ-** **الكتاب:**

 1- قوله تعالى: وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ([[173]](#footnote-173)).

 ووجه الاستدلال في هذه الآية أنه لا يجوز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، لإضافة الأمر- الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرجه عنه- في قوله تعالى:وأنكحوا للأولياء الرجال دون النساء([[174]](#footnote-174)).

 قال القرطبي([[175]](#footnote-175)):"والخطاب للأولياء، وقيل للأزواج، والصحيح الأول، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي وهو قول أكثر العلماء"([[176]](#footnote-176)). وقال في موضع آخر:"فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن"([[177]](#footnote-177)).

ونوقش هذا الدليل بأن توجه الخطاب للأولياء بالتزويج لا يدل حتما ووجوبا على أن الولي شرط جواز الزواج وصحته، وإنما خرج الخطاب بالأمر بالإنكاح للأولياء مخرج العادة والعرف على الندب والاستحباب؛ لأن النساء لا يتولين عقد الزواج بأنفسهن عادة؛ لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال ومن نسبتهن للوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون العقد عليهن بعد تحصيل رضاهن([[178]](#footnote-178)).

وأجيب عن ذلك بأن الخطاب لا يتوجه حقيقة إلا لمن يؤدي الفعل على الوجه الصحيح، ومن ثم فالخطاب يتوجه للأولياء؛ لأن أمر التزويج لو كان للنساء حقا لتوجه الخُطّاب إليهن مباشرة من غير واسطة، أما كون الأمر خرج مخرج العرف والعادة فإنه لا يخرجه عن الوجوب؛ لأن ما كان ممنوعا إذا جاز وجب، والواجب لا يترك إلا بالواجب([[179]](#footnote-179)).

 2- وقوله تعالى:وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ([[180]](#footnote-180)).

 ووجه الدلالة من هذه الآية اعتبار الولي شرط في الزواج، وأنه هو الذي يتولى ويباشر عقد زواج موليته دونها، وإلا لما عاتب الله مانعه، أو لما كان لمنع الولي لعقدها أثر في صحته، ولثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها ومباشرته دون الحاجة إلى وليها. فالخطاب في قوله تعالى:فلا تعضلوهن للأولياء، والأمر إليهم بالتزويج مع رضاهن([[181]](#footnote-181)).

 ورُدّ عليهم بأن مقصود الآية الحقيقي هو نهي الأولياء عن منع النساء عن مباشرة العقد مما يدل على أن المرأة تملك الزواج والانفراد بإجراء عقد زواجها([[182]](#footnote-182)).

 3- وقوله تعالى:وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا([[183]](#footnote-183)). حيث تدل الآية على أن الولي شرط في الزواج لصحته، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير الولي للنهي الصريح الوارد في حق الأولياء بعدم تزويج المسلمات بالمشركين، ولولا ثبوت هذا الحق لهم لما نهاهم الله عز وجل عن ذلك([[184]](#footnote-184)).

 قال الشوكاني:"وأجمع القراء على ضمّ التاء من ( تُنكحوا )"([[185]](#footnote-185))، وهذا القول من الله تعالى دلالة على أن أولياء المرأة أحق بتزويجها من المرأة([[186]](#footnote-186)).

 ونوقش استدلالهم بالآية على أنها خطاب للأولياء بتزويج نسائهن من المؤمنين لا المشركين، بأنه استدلال في غير موضعه؛ لأنها لو كانت خطابا لهم لبين الله صفاتهم ومراتبهم، وإنما مقصود الآية الحقيقي هو اشتراط الكفاءة في الدين بين الزوجين، فإيمان الرجل شرط في حق المرأة المؤمنة، بل ويحرم تزويج المؤمنة بغير المؤمن، ومن ثم لا يعد الولي شرطا لصحة زواج المرأة، ولا مانع من جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بدونه.

وأجيب عن هذا بأن هذا المعنى مجازي لا يصار إليه إلا بدليل فكان الخطاب في هذه الآية للأولياء([[187]](#footnote-187)).

 وبالجمع بين الرأيين في توجيه الآية فإن النهي نهي لجميع المسلمين عن تزويج بناتهم للمشركين نظرا لشركهم، وهو نهي للنساء أيضا أن يزوجن أنفسهن للمشركين، إذ النهي موجه لجميع المسلمين([[188]](#footnote-188)).

 4- وقوله تعالى أيضا:قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ([[189]](#footnote-189)).

 ووجه الدلالة في الآية أن تولي عقد الزواج ومباشرته يكون للولي ولا حق فيه للمرأة بالانفراد والانعقاد؛ لأن شعيبا-عليه السلام- هو الذي تولى تزويج ابنته([[190]](#footnote-190)).

 ونوقشت هذه الآية بأنها خالية من استدلالهم، فليس بها ما يدل على مباشرة الولي لعقد الزواج دون صحة انفراد المرأة به، حيث إن مراد الآية ومقصودها جواز عقد الزواج بغير مهر أو تسمية له([[191]](#footnote-191)).

**ب- السنة**

 1- ما روي عن النبي أنه قال:"لا نكاح إلا بولي"([[192]](#footnote-192)).

 ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن([[193]](#footnote-193)).

 وعورض استدلالهم بهذا الحديث من وجهين:

**الأول:** أن استدلالهم به في غير موضعه لعدم تعرضه لموضوع الخلاف؛ لأن انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها ليس زواجا بغير ولي لصيرورتها ولية نفسها عند إجراء العقد كما هو الحال في الرجل الذي يلي عقد زواجه([[194]](#footnote-194)).

**الثاني:** أن هذا الحديث لم يصح عن النبي ولهذا لم يخرج في الصحيحين.

ويمكن ردّ هذا الوجه: بأن عدم تخريج الحديث في الصحيحين لا يوجب نفي الصحة عنه.

2- ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- أنها قالت: قال رسول الله :"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"([[195]](#footnote-195)).

 ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه يعتبر الولي في الزواج شرطا لصحة العقد؛ لما للولي من حق مع المرأة في نفسها، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها، ويتأكد ذلك بتكرار حكم العقد عند انفرادها به([[196]](#footnote-196)). قال ابن قدامة:"فمفهومه -أي الحديث- صحته بإذنه-أي الولي-"([[197]](#footnote-197)).

ونوقش استدلالهم بأن الحديث لا يصح الاحتجاج به؛ لأن الزهري -راوي الحديث- حين سئل عنه لم يعرفه وأنكره مما يدل على ضعف ثبوته وسقوطه من الاعتبار([[198]](#footnote-198)). كما أن عائشة-رضي الله عنها- عملت بخلاف ما روت بتزويجها حفصة بنت أخيها عبد الرحمن، وهو غائب من المنذر بن الزبير، وعمل الراوي بخلاف روايته يسقطها؛ لأنه يدل على نسخ الحديث([[199]](#footnote-199)).

وأجيب على هذا النقاش بأن الحديث صحيح ثابت فقد رواه الجماعة عن الزهري، ولم يذكروا نسيانه، كما أن النسيان لم يُعصم منه إنسان([[200]](#footnote-200)). وأن قولهم بأن عمل الراوي بخلاف ما روى يسقط روايته مردود بأن الله -عز وجل- ورسوله أمرنا بوجوب اتباع وقبول ما صح عندنا عن رسول الله وبسقوط اتباع قول من دونه .

ومع افتراض صحة قولهم بمخالفة عائشة-رضي الله عنها- ما روت من أنه لا يجوز انفراد المرأة بعقد زواجها فإنها قد رجعت عن عملها؛ لما روي أنها أنكحت رجلا من بني أخيها جارية من بني أخيها، فضربت بينهم سترا، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فزوج، ثم قالت: ليس إلى النساء النكاح([[201]](#footnote-201)).

 3- ما روي عن النبي أنه قال:"لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"([[202]](#footnote-202)). ووجه الدلالة في نهي النبي عن انفراد المرأة بتزويج نفسها، ومن ثم عدم جوازه، بل ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة لعدم صحة عبارتها في الزواج إيجابا وقبولا، ولأن من لا يملك تصرفه بنفسه لا يملكه لغيره من باب أولى([[203]](#footnote-203)).

ونوقش هذا الدليل بأن النهي الوارد في الحديث غايته الكراهة والتنفير لا تحريم مباشرة المرأة العقد لنفسها، وذلك لما يتطلبه الانعقاد من اجتماع الناس للأمر بإعلانه وإشهاره وكراهة حضور المرأة لمجلس الرجال.

وأجيب عنه بأن النهي ظاهر في عدم صحة انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها، وليس المراد منه الكراهة والتنفير([[204]](#footnote-204)).

**ج- المعقول**

إن المرأة بطبيعتها شديدة العاطفة وسرعان ما تتأثر بزخرف القول ومظاهر الأمور مما قد يوقعها في زواج لا تتحقق فيه الغاية من الزواج، بينما الرجال أقدر على تفهم ذلك والتعرف على أحوال من يتقدم للزواج من أُسرهم([[205]](#footnote-205)). قال ابن قدامة:"ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح؛ لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليّها"([[206]](#footnote-206)).

كما أن أنوثة المرأة وما يفترض أن تكون عليه من حياء يقتضي ابتعادها عن مثل هذه المجامع للرجال، أو مشاركة الرجل إجراء عقد الزواج حتى لا تنسب إلى الوقاحة، ناهيك عما يلحق أسرتها من آثار سلبية نتيجة لزواج قد يكون فاشلا بسبب عدم الكفاءة ونحوه.

وفي المقابل تكون هذه المساوئ محاسن إذا ما تولىّ الرجال عقد الزواج لقربهم من الزوج من حيث الطبيعة، فيستطيعون الوقوف على حاله دون الاغترار الذي قد تتعرض له المرأة إذا ما انفردت بعقد زواجها، ولأجل هذا الاختلاف الطبيعي بين الرجل والمرأة وتداركا لتحصيل مقاصد الزواج على الوجه الأكمل، والبعد عن شروره ومفاسده لم يجز تفويض العقد إليها([[207]](#footnote-207)).

ويُجاب عن هذا بأن هذا النوع من النقصان للأنوثة لا يمنع العلم بمصالح الزواج ومقاصده، فلا يسلب أهلية الزواج كما أنه لا يسلب أهلية سائر التصرفات المالية، والتي للمرأة الانفراد بها مع ما قد يحف بها من بعض الخيانات الخفية والتي لا تدرك إلا بالتأمل والنظر، بل ويؤخذ منها الإقرار بالحدود والقصاص، مما يدل على أن ما لها من العقل كاف للانفراد بعقد زواجها ومباشرته.

ويؤكّد ذلك اعتبار عقلها في اختيار الأزواج، فلو طلبت من الولي أن يزوجها من كفء يُفرض عليه التزويج، فإن امتنع عن ذلك يصبح عاضلا، وينوب عنه القاضي في العقد والتزويج([[208]](#footnote-208)).

ويمكن ردّ هذا بأن الآثار السلبية للتصرفات المالية التي تقوم بها المرأة بمفردها يعود ضررها عليها فحسب، بخلاف ما قد ينجم من آثار وخيمة عن عقد زواج فاشل تباشره المرأة بنفسها فإنها تعود على الأسرة بأكملها.

**القول الثاني:** ذهب الحنفية([[209]](#footnote-209)) إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أو ثيبا بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها. إلا أن لزومه بانتفاء حق الأولياء في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي مقيد بشرطين:كفاءة الزوج ومهر المثل([[210]](#footnote-210)).

 واستدل الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بأدلة متعددة منها:

**أ- الكتاب**

1-قوله تعالى:وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ([[211]](#footnote-211)).

 ووجه الدلالة من هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين:

**الأول**: أن الله تعالى أضاف ونسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى أن ينكحن وهذا صريح في أن الزواج صادر منها.

**الثاني:** أن الله تعالى نهى الأولياء عن منع المرأة من مباشرتها العقد إذا تراضى الزوجان([[212]](#footnote-212)).

ونوقش استدلالهم بأنه في غير موضعه، فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الولي لأن سبب نزول هذه الآية([[213]](#footnote-213)) ما روي عن معقل بن يسار قال: كانت لي أخت تُخطب إلي فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقا لارجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما خُطبت إلي أتاني يخطبها فقلت: لا والله لا أنكحها أبدا، قال: ففي نزلت هذه الآية "وإذا طلقتم النساء"، قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه([[214]](#footnote-214)).

ومن هنا فإن الولي شرط في الزواج ولو لم يملك منعها منه لما نهاه الله-عز وجل- عنه، ولما بادر معقل بالتكفير عن يمينه وتزويج أخته، فلو كان لا سبيل للأولياء لأَبَان الله عز وجل ذلك، بل على الخلاف من هذا كرر الله تعالى كون الأمر في مباشرة عقد الزواج للأولياء في عدة آيات ولم يأت ما يدل على أن للمرأة الانفراد بعقد زواجها، فلو كان يثبت لها في هذا إرادة لأمرها النبي بالتزويج ولأَبَان لمعقل دوره وأنه لا ولاية له عليها ولم يبح له التكفير عن يمينه([[215]](#footnote-215)).

2- قوله تعالى:فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ([[216]](#footnote-216)).

ووجه الدلالة من الآية جواز فعل المرأة في نفسها وانتفاء شرط الولي لصحة العقد، ومن ثم جواز انفرادها بعقدها على نفسها بنفسها([[217]](#footnote-217)). ونوقش الاستدلال بالآية من وجهين:

**الأول**: أن سياق الآية يقتضي خلاف ما استدلوا به من أن المراد منها انفراد المرأة بتزويج نفسها، لأن سياق الآية قبل قوله تعالىفيما فعلن في أنفسهن في عدة الوفاة، والتي تكون المرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج؛ لأنها مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة([[218]](#footnote-218)) بقوله تعالى: فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف.

**الثاني**: أن مراد الآية ثبوت إرادة المرأة فيما هو جائز شرعا في الزواج، كاختيار الأزواج وتقدير الصداق والعقد عليها بإذنها دون الانفراد بمباشرة عقدها، لأنه للأولياء([[219]](#footnote-219)).

وأجيب عن هذا الوجه: بأن هذا غلط من وجهين([[220]](#footnote-220)):

**أحدهما:** عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

**ثانيهما:** أن اختيار الأزواج لا يحصل للمرأة به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يترتب عليه أحكام النكاح.

3- قال تعالى: وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِين ([[221]](#footnote-221)). ووجه الاستدلال أن الآية تدل بصريح النص على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بلفظ الهبة([[222]](#footnote-222)). ونوقش هذا الاستدلال بأن الزواج بلفظ الهبة خصوصية للنبي ولا يجوز انعقاد الزواج به لغيره.([[223]](#footnote-223))

 4- قوله تعالى:فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ([[224]](#footnote-224)).

 فقد دلّت الآية على ثبوت إرادة المرأة في إجراء عقد الزواج وذلك من جهتين([[225]](#footnote-225)):

 **الأولى:** أن الله تعالى أضاف عقد الزواج للمرأة في قوله تعالىحتى تنكح زوجا غيره.

**الثانية:** أنه تعالى نسب التراجع في الزواج إلى الزوجين من غير ذكر الولي في قوله تعالى"فلا جناح عليهما أن يتراجعا"، ومن ثم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها.

ونوقش الاستدلال بأن إضافة النكاح للمرأة إضافة الإسناد المجازي، لا النص في جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه([[226]](#footnote-226)). قال بن العربي:"أن النكاح ها هنا هو الوطء فلا يصح الاستدلال به"([[227]](#footnote-227)).

 **ب- السنة**

 1- ما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال:قال رسول الله :"الأيِّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صُماتها"([[228]](#footnote-228)). ووجه الدلالة في الحديث من وجهين([[229]](#footnote-229)):

**الأول:** أن النبي شارك بين المرأة والولي ثم قدمها عليه بقوله "أحق بنفسها"، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا باشرته وانفردت به دون غيرها.

**الثاني:** يدل الحديث بروايته صراحة على توقف العقد على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وليس من المعقول ولا المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص في صحة تصرف ثم يُحكم عليه بالفساد إذا ما باشره بنفسه، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها.

ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث يدل على اعتبار الولي فأثبت لكل من المرأة والولي أحقيته في عقد الزواج، فللولي حق الولاية وللمرأة حق نفسها في أن الولي لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، أما كون حقها آكد من حقه يرجع لتوقف حقه على رضاها، لا أنها تباشر العقد بنفسها لنفسها([[230]](#footnote-230)).

2- ما روي عن النبي أنه قال:"ليس للولي مع الثيب أمر"([[231]](#footnote-231)).

ووجه الاستدلال بالحديث أن فيه رفعا ومنعا لولاية الولي عن المرأة، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها لصحة عبارتها ولعدم اعتبار الولي شرطا في صحة العقد([[232]](#footnote-232)).

 ونوقش استدلالهم بأنه في غير محله؛ لأن مراد الحديث ليس انفراد المرأة بعقد زواجها، وكذلك عدم إجبارها عليه، بل المراد إذنها بالزواج مع ترك تولي العقد للولي([[233]](#footnote-233)).

 3- ما روي عن أم سلمة-رضي الله عنها- أنها لما بعث النبي يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال رسول الله :"ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني" فقالت لابنها: قم يا عمر فزوج رسول الله فزوجه([[234]](#footnote-234)).

 ووجه الاستدلال من هذا الحديث تزوج أم سلمة-رضي الله عنها- النبي بغير ولي، لقولها: "ليس أحد من أوليائي شاهد"، يدل على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بغير ولي أو وكيل([[235]](#footnote-235)).

ونوقش استدلالهم هذا من جهتين:

**الأولى:** أن الحديث من خصوصيات النبي فقد كان من خصائصه الزواج بغير ولي، لأنه لا يفتقر في نكاحه لولي لأنه ولي أم سلمة وغيرها من المؤمنين([[236]](#footnote-236)) بقوله تعالى:النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ([[237]](#footnote-237)).

وأجيب عن هذا بأن النبي أولى بالمؤمنين فيما يلزمهم من اتباعه وطاعته فيما يأمرهم به وينهاهم عنه، فأما أن يتصرف عليهم في أنفسهم وأموالهم فهذا لا يلزم([[238]](#footnote-238)).

**الثانية:** أن شرط الولي في عقد الزواج شرط لرعاية مصلحة المرأة؛ لأنها قد تنخدع لطبيعة أنوثتها من نقصان عقل وسرعة عاطفة، الأمر الذي ينتفي في حق النبي بقوله:"ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني"، ومن ثم فهو خير زوج، فلا يصح لأحد أن ينظر بعد نظره أو يقاس عليه في هذه المسألة غيره من الرجال([[239]](#footnote-239)).

**ج- القياس**

ويستدل به من وجهين:

**الأول:** لما كان للمرأة البالغة الرشيدة أن تستقل بالبيع بغير إذن وليها، كبيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها صح منها الانفراد بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها لأنه عقد على بعض منافعها فصار أولى([[240]](#footnote-240)). ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن عقد الزواج يختلف عن التصرفات المالية من بيوع ونحوها في أمور([[241]](#footnote-241)):

**أ-** أن خطر الزواج أشد وأعظم أمرا من المال؛ لذا وجب أن يتم بمشاركة الولي المرأة في اختيار الزوج وتوليه العقد، والمسبوق بإذن ورضا موليته.

**ب-** أنوثة المرأة في طبيعتها نحو الرجال أو الزواج يستتر معها العقل بخلاف الحال مع المال، فهي لا تتصرف فيه إلا بعد كثير من التفكير والتدبر.

**ج-** أنّ الضرر الناشئ عن الزواج والذي يلحق غالبا الجانب المعنوي بغير كفء لا يقتصر على المرأة بل يتعداها إلى أوليائها، لأن مشروعية الزواج في الأصل هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض([[242]](#footnote-242)). أما ضرر خسارة المال أو فقده تلزمها بمفردها، ومن ثم فهو قياس فاسد الاعتبار إذ هو قياس مع نص([[243]](#footnote-243)).

**الثاني**: قياس إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بثبوت إرادتها في إقرارها بالنكاح لصحته.

ويمكن ردّ هذا بأن إمضاء المرأة لعقد زواجها بإقرارها بعد تولي الولي ومباشرته له خلاف انفراد المرأة بعقدها وانعقاده بعبارتها من الأصل، لأن رضاها لما قام به الولي لا يشترط أن يكون في مجمع من الناس، في حين أن هذا الجمع يعدّ شرطا لإجراء العقد، لذلك فهو قياس مع الفارق، فلا يثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها دون ولي أو وكيل.

 **د- المعقول**

إن انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لنفسها من التصرف في خالص حقها لكمال أهليتها بكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال وكذلك اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه صحيح، أما مطالبة الولي بتولي عقد الزواج فهو من باب صيانة المرأة عن النسبة إلى الوقاحة([[244]](#footnote-244)).

ونوقش استدلالهم هذا بأن مباشرة المرأة لعقد زواجها بإرادة منفردة لا يعد تصرفا في خالص حقها لما للولي من حق الاعتراض والفسخ عند زواجها بغير كفء، ولأن مشروعية الزواج في الأصل إنما هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض والتي لا يصونها إلا ولي خاص يُؤمن على العرض من تلويثه وهذا لا يتحقق-غالبا- مع انفراد المرأة بتزويج نفسها فوجب ردّه مقدما([[245]](#footnote-245)).

**القول الثالث:** رأى الإمام مالك([[246]](#footnote-246))-في رواية- التفرقة بين المرأة الشريفة و المرأة الوضيعة، فالشريفة لا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها ، ولا ينعقد زواجها بعبارتها مطلقا بخلاف الوضيعة فيجوز لها أن تستخلف رجلا من الناس ليزوجها و من ثم يجوز لها الانفراد بعقد زواجها لجواز توكيلها غيرها ليعقد لها لأن من ملك التوكيل ملك المباشرة للشيء.

ويناقش هذا القول بأنه قول مردود لغياب الدليل من الكتاب أو السنة أو غيرهما؛ لأن التشريع لم يفرق بين شريف و وضيع، فالجميع أمام الله في الأعمال سواء([[247]](#footnote-247)) مصداقا لقوله تعالى:يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ([[248]](#footnote-248)).

**القول الرابع:** ذهب الإمام محمد بن الحسن -في رواية- و أبو يوسف -في رواية- و الحنابلة - في رواية- و أبو ثور والأوزاعي([[249]](#footnote-249)) و ابن سيرين([[250]](#footnote-250)) إلى جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، إلا أنه يكون موقوفا على إجازة الولي إن رضي نفذ, و إن لم يرض لم ينفذ([[251]](#footnote-251)).

جاء في بدائع الصنائع:" فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ بإذن الولي و إجازته، و ينعقد بعبارة الولي و ينفذ بإذنها و إجازتها"([[252]](#footnote-252)).

و استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة و المعقول :

 **أ- من السنة**

ما روي عن النبي أنه قال :"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل"([[253]](#footnote-253)). فالحديث يدل بمفهومه([[254]](#footnote-254)) على صحة انفراد المرأة العاقلة البالغة الرشيدة بتزويج نفسها بعد تحقق إذن وليها بغض النظر عما إذا كان الإذن سابقا أو لاحقا للعقد، ومن ثم فإرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها إرادة ناقصة أو مشتركة لتوقفها على إذن الولي ورضاه لعقدها. ونوقش هذا الدليل من وجهين:

**الأول**: أن المراد بالإذن غير المرأة من الرجال ممن يتولون إجراء العقد، فإذن الولي لا يصلح إلا لمن ينوب عنه، والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها، حيث أن الولي لو أذن لها في تزويج نفسها صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها وهذا لا يصح([[255]](#footnote-255)). ويؤكد ذلك قوله :" لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها "([[256]](#footnote-256)) بغير تفريق بين أن يكون تزويج المرأة لغيرها أو لنفسها بإذن الولي أو بغير إذنه([[257]](#footnote-257)).

**الثاني**: أن الاستدلال في الحديث بالمفهوم، والمفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراط الولي لصحة العقد([[258]](#footnote-258)) في قوله : " لا نكاح إلا بولي"([[259]](#footnote-259)).

وأجيب عن هذا النقاش بما يلي([[260]](#footnote-260)):

**أولا:** أن قوله "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" يمكن حمله على قيام المرأة بإنشاء عقد النكاح لنفسها أو لغيرها من النساء بغير إذن الولي.

**ثانيا**: إن اشتراط الولي لصحة العقد شرط متحقق مع إذن الولي بتولي المرأة إجراء عقد الزواج بعبارتها لنفسها أو لغيرها من النساء؛ لأن العقد موقوف لحين إذنه، كما أن شرط الولي والمنطوق به في حديث "لا نكاح إلا بولي" يحتمل وجهين من الدلالة هما:

**أ-** أن المراد منه لا نكاح إلا بعبارة الولي وتوليه العقد.

 **ب-**  أن المراد لا نكاح إلا بإذنه.

 **ب- المعقول**: ويستدل به من وجوه ثلاثة:

**الأول:** يُعدّ الزواج حقا مشتركا بين المرأة وأوليائها بدليل ثبوت حقهم في الاعتراض والفسخ عند زواجها من غير كفء، ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه؟ والتصرف في حق الإنسان يقف جوازه على جواز أداء صاحب الحق له، لذا فصحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها يكون موقوفا على إذن الولي وإجازته([[261]](#footnote-261)).

**الثاني**: أن قصور عقل المرأة والذي لا يؤمن معه انخداعها، ومن ثم وقوعها في ضرر تنقلب معه مقاصد الزواج ومصالحه إلى مفاسد، يكون مأمونا إذا تحقق إذن الولي بانفراد المرأة بعقد زواجها([[262]](#footnote-262)).

**الثالث**: أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة من أهل التصرف فيجوز انفرادها بإجراء عقود البيع والإجارة وغيرها، وإنما منعت من الانفراد بعقد الزواج بنفسها لنفسها لحقّ الولي، فإذا ما انفردت بإجرائه وبإذن الولي زال المانع ونفذ العقد لتحقق الشرط المذكور([[263]](#footnote-263)) في قوله :"لا نكاح إلا بولي"([[264]](#footnote-264)).

 ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن السبب في عدم ثبوت إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها ليس مقصورا على نقصان عقل المرأة وطبيعتها أو عدم تحقق الكفاءة في الزوج الأمور التي تقلب مصالح الزواج إلى مفاسد يمكن منعها بإذن الولي وإجازته للعقد، بل هناك سبب آخر هو الحياء المفترض بالمرأة في مثل هذه الأمر الذي يغيب مع شرط الإعلان والإشهار الذي يتطلب حضور المرأة محافل الرجال مما يعقبه نسبتها إلى الوقاحة.

**القول الخامس:** ذهب محمد بن الحسن الشيباني([[265]](#footnote-265))-في رواية ثالثة- إلى التفريق في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها تبعا لوجود الولي وانعدامه، فلا يجوز انفرادها بتزويج نفسها إذا كان لها ولي إلا بإذنه، ومنه تثبت إرادتها في مباشرة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها إذا لم يكن لها ولي.

والسبب في وقوف العقد الذي انفردت المرأة بمباشرته على إذن الولي وإجازته يرجع لحقّ الولي في إجراء العقد لا لحقّ نفسها، أما نفاذ عقدها إذا زوجت نفسها مع انعدام الولي سببه أنها تصرفت في خالص حقها([[266]](#footnote-266)).

ونوقش هذا بأن الحق في الزواج للمرأة على الولي لا للولي عليها، بدليل أنها إذا غاب الولي غيبة منقطعة تُزوج عليه، بينما إذا كان حاضرا وأرادت الزواج من كفء يجبر على تزويجها، فإن أبى وامتنع تزوجت بدونه، على الخلاف من ذلك أنها إذا أبت الزواج وأراد الولي، فإنها لا تجبر مما يدل على ثبوت الحق لها عليه.

أما حق الولي فأثره يبدو في المنع من لزوم العقد إذا تزوجت من غير كفء لا في نفاذ العقد وجوازه([[267]](#footnote-267)).

**القول السادس**: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف -في رواية ثالثة- إلى جواز انفراد المرأة بإجراء عقد زواجها إذا تزوجت من كفء وعدم انعقاده بعبارتها عند الزواج من غير كفء([[268]](#footnote-268))، ويستدل لهذا القول بالمعقول وهو: لما كان كل ولي لا يحسن المرافعة إلى القاضي لدفع ضرر العار لانفراد موليته بإجراء عقدها وتزويج نفسها بعبارتها من غير كفء، ولا كل قاض يعدل في حكمه بدفع الأشياء بعد الوقوع وجب الاحتياط عن هذه المفاسد لفساد الزمان بعدم جواز عقدها عند الزواج من غير كفء([[269]](#footnote-269)).

**القول السابع:** ذهب الظاهرية إلى التفريق بين البكر والثيب في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، فالبكر لا يجوز انفرادها بتزويج نفسها، وإنما يتولى عقدها بإذنها وليها، أما الثيب فيجوز عقدها بعبارة منفردة. مستدلين على ذلك بقوله :"الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماتها"([[270]](#footnote-270))، ووجه الدلالة في الحديث أنه دلّ صراحة على جواز انفراد الثيب بمباشرة إجراء عقد زواجها بدون ولي لكونها أحق بنفسها منه، هذا بخلاف البكر فالولي يتولى مباشرة عقدها بعد تحصيل إذنها، ومنه لا يجوز للبكر أن تنفرد بعقد زواجها بغير ولي([[271]](#footnote-271)). و اعترض على هذا الدليل من وجهين:

**الأول**: أن المراد بالحديث - خلاف المستدل به- أن النبي أثبت للثيب حقا في عقدها بقوله" أحق بنفسها" هو أن لا يعقد عليها الولي بغير صريح إذنها ورضاها مع بقاء حقه في تولي إجراء العقد ومباشرته-لا كما قالوا- أن الثيب أحق بنفسها في الانفراد بمباشرة عقدها بعبارتها وبغير ولي([[272]](#footnote-272)).

**الثاني**: أن الأدلة لم تُشر إلى هذا التفريق في انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل تبعا لحالتها من الثيوبة والبكارة.

**الترجيح**

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشاتهم في حكم انفراد المرأة البالغة العاقلة بمباشرة عقد زواجها، تبين لي - والله أعلم- أن الراجح هو قول الجمهور، وهو القول الذي يرى أن الولي شرط في صحة عقد النكاح، ولا يجوز للمرأة أن تستقل بعقد زواجها بنفسها من غير رضا وليها، لقوة أدلتهم التي قام عليها موقفهم، وهذا هو رأي كبار الصحابة والتابعين. ولعدم سلامة أدلة المذاهب في هذه المسألة حيث لم تخل من قول، وضعف ما تمسك به الحنفية وذلك في أمور:

- حقيقة النكاح، فالحنفية يرون أن الأصل في النكاح أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فقولهم هذا يعدّ حجة عليهم في هذه المسألة، لأن الإسناد إلى المرأة حينئذ يكون الوطء لا العقد، وعلى فرض التسليم أن المراد بالإسناد العقد فالمقصود منه رضا المرأة ومباشرة الولي للعقد.

- وما استدل به الحنفية من إسناد النكاح إلى المرأة كما في قوله تعالى:حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ([[273]](#footnote-273)) فإنه يراد به الإنكاح بعقد الولي.

- وقياس النكاح على التصرفات المالية، قياس غير صحيح؛ لأنه قياس مع وجود نص، ومعلوم أنه لا اجتهاد مع النص. حيث أن دلائل القرآن والسنة أبين دلالة لاشتراط الولي، فهي أدلة واضحة مثل قوله تعالى:وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا([[274]](#footnote-274)).

- هذا بالإضافة إلى أن التاريخ الإسلامي بأجياله المتتابعة والمتلاحقة لم يألف مباشرة المرأة لعقد زواجها، إذ أن حضورها محافل الرجال يتنافى وطبيعتها، وهي صيانة كفلها الإسلام للمرأة لم تكن لها في أي ديانة أخرى([[275]](#footnote-275)).

وهذه النظرة من الجمهور ليست نابعة من نظرهم إلى نقص أهلية المرأة، وإنما نظروا إلى ولاية النكاح بأنها تهم المرأة وأولياءها وهم يشتركون في تحمل نتائج هذا العقد فيما إذا لم يحقق أهدافه، ولذلك أعطي الأولياء حق إنشاء هذا العقد، وأعطيت المرأة حق الرضا والإذن الكامل.

هذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل، فأدلة الجمهور من الكتاب والسنة ناهضة على دعواهم في حين أن أدلة المخالفين لم تستطع أن تصمد أمام المناقشة والرد من جهة، ومن جهة العقد فإن عقد النكاح لا ينكر خطره أحد فلا يمكن قياسه على الأموال، كما أن الأولياء يشاطرون المرأة في مشاكلها وأضرارها حيث يعود عليهم العقد إما بالاستقرار وإما بالألم([[276]](#footnote-276)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

يتخذ المشرع الجزائري موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة (التي بلغت السن القانونية لأهلية الزواج) بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، ويتبين ذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور"-الولي- لا تدل على الفعل([[277]](#footnote-277))، والدليل على ذلك ما يلي:

 **أولا**: نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن :"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، (دون اعتبار شرط رضا الولي)، فإذا كان عقد بين رجل وامرأة فأي دور للولي؟.

**ثانيا**: نص المادة العاشرة:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر"، فإذا كان الرضا - المعبر عنه بالإيجاب والقبول- ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في نص المادة العاشرة هما الزوجين، فأي دور للولي طبقا للمادة 11 التي عبرت عن دوره بالحضور؟.

**ثالثا**: فرّق المشرع في التعبير عن الولاية على الراشدة بالحضور، وفي الولاية على القاصرة بالتولي، مما يفهم منه أنه قصد إلغاء أي دور أو تأثير لسلطة الولي في إنشاء عقد الزواج.

**رابعا:**كما يفهم من إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى:"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"([[278]](#footnote-278))، أنه لم يُبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

**خامسا**: وممّا يُستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في التزويج أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد زواجها؛ فمن زوجها وليّها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها إذا كانت بالغة راشدة، وتعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي، ومن ثم جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، مادام يُفهم من المادة 33 من قانون الأسرة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"([[279]](#footnote-279)). أنه عند غياب الولي أو تغييبه عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقا للمادة 11 عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.

هذا و على اعتبار أن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فإنه يعترض عليه من أوجه:

- **الوجه الأول**: بالرغم من تعدد الروايات في المذهب الحنفي([[280]](#footnote-280)) في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، إلا أن المشرع الجزائري لم يتقيد بواحدة منها جملة وتفصيلا.

- **الوجه الثاني**: أن الحنفية بقولهم بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل، وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري.

- **الوجه الثالث**: أن بعض الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها، ومنهم محمد بن الحسن لا يكون لها ذلك إلا عند انعدام الولي، فإن كان لها ولي فلا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها إلا بإذنه.

- **الوجه الرابع**: في رواية لأبي وحنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز للمرأة الانفراد بعقد زواجها إذا كان من غير كفء.

- **الوجه الخامس**: أن انفراد المرأة بتولي عقد زواجها موقوف على إجازة وليها، وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن -في رواية- وأبو يوسف -في رواية-.

ومنه يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعتمد رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، ولا أخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج.

 ومن وجهة نظر أخرى فإن هذه المسألة تلعب فيها الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دورا فعّالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا، وذلك بتأكيد دور الولي-سواء كان أبا أم قريبا مفوضا- في عقد زواج موليته.

**المسألة الثالثة: تزويج الأبعد مع وجود الأقرب**

جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة "بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

 والحقيقة أن هذا النص يحتاج إلى مناقشة وتعقيب، يستدعي التطرق إلى بيان معنى القرابة ومعرفة موقع الشخص المختار من قبل المرأة لتولي تزويجها، ذلك أن أسباب الولاية شرعا لا تخرج عن القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة([[281]](#footnote-281)) أو الوصية([[282]](#footnote-282))، وعند انعدام هذه الأسباب فهل تنتقل الولاية إلى أي شخص تختاره المرأة ؟ للإجابة على ذلك لا بد من بيان مراتب الأولياء، وحالات تزويج الأبعد سواء في حضرة الأقرب أم في غيبته، وذلك من خلال ما يأتي بإيجاز:

**أولا: الجانب الفقهي**

**الفرع الأول: أسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد**

إن الداعي للوقوف عند هذه المسألة هو ما جاءت به المادة 11 من قانون الأسرة، وبالتحديد عبارة:"أو أي شخص تختاره"، والتي تستدعي معرفة أسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد.

فقد توجد حالات تكون فيها الولاية للأبعد([[283]](#footnote-283)) مع وجود الأقرب لأسباب تدعو إلى ذلك، وهي كالآتي:

**السبب الأول: فقد بعض شروط الولاية في الولي الأقرب**

 والمقصود بذلك أن تتحقق هذه الشروط في الولي ثم تزول كلها أو بعضها عنه، وهذه الحالات تختلف عن حالة عدم توفر شروط الولاية في الشخص ابتداءً، ومن ثم عدم ثبوت الولاية له أصلا، أما في حالة فقد شروط الولاية كلها أو بعضها فيترتب عليه فقد الولاية، وبالتالي انتقالها إلى الولي الأبعد الذي يليه. جاء في مغني المحتاج:"ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات المانعة للولاية، فالولاية للأبعد لخروج الأقرب عن أن يكون وليا، فأشبه المعدوم"([[284]](#footnote-284)).

وزوال شروط الولاية قد يكون بسبب فقد العقل([[285]](#footnote-285)) أو الفسق([[286]](#footnote-286))، أو اختلاف الدين، أو ارتداد الولي المسلم، أو عدم الرشد([[287]](#footnote-287)) أو إحرام الولي([[288]](#footnote-288)).

**السبب الثاني: غيبة الولي الأقرب**

ذهب الحنفية إلى أنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة بأن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرّة واحدة، فللأبعد أن يزوج المولى عليها؛ لأن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق المولى عليها، ولأنه أقدر على تحصيل مصالحها في النكاح من الأقرب الغائب، فكان أولى بثبوت الولاية له دون السلطان([[289]](#footnote-289)).

وعند المالكية تفصيل بحسب غيبة الولي المجبر وغيبة الولي غير المجبر ، فإن كانت غيبة الولي المجبر وهو الأب أو وصيه قريبة فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود، وإن كانت بعيدة- أي الغيبة- ولم يُرج قدومه، فللقاضي دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إن كانت بالغة، فإن لم تكن بالغة لا يزوجها ما لم يخف عليها الفساد، فإن خيف فسادها زوجها ولو جبرا على المعتمد، سواء كانت بالغة أم غير بالغة حتى ولو كانت غيبة الولي قريبة.

وإن كان الغائب هو الولي غير المجبر كالأخ والجد، وكانت الغيبة قريبة ودعت إلى الزواج بكفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة زوجها الحاكم دون الولي الأبعد؛ لأن الحاكم ولي الغائب. ولكن لو زوجها الأبعد فعلا صح تزويجه، هذا إذا لم يكن للغائب وكيل، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج؛ لأنه مقدّم على غيره إذ هو بمثابة الأصيل([[290]](#footnote-290)). وأما الشافعية فقالوا: أنه إذا غاب الولي الأقرب ولا وكيل له حاضر في البلد، كان للسلطان أو نائبه تزويج مولية الولي الغائب، ولا تنتقل إلى الولي الأبعد، ويعللون قولهم هذا بأن الغائب لا يزال متمتعا بصفة الولي، وولاية التزويج حق له، فإذا تعذر استيفاؤه من قبله قام السلطان أو نائبه القاضي مقامه وناب عنه، وهذا على القول الأظهر في مذهب الشافعية([[291]](#footnote-291)).

وعند الحنابلة إذا غاب الولي غيبة منقطعة ولم يوكل وكيلا عنه ليزوج موليته انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد دون السلطان، لقوله :"السلطان ولي من لا ولي له"([[292]](#footnote-292))، وهذه لها ولي، والغيبة المنقطعة عندهم هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، وتكون فوق مسافة قصر الصلاة، كذلك تكون غيبة منقطعة إذا لم يعرف مكانه أو تعذرت مراجعته([[293]](#footnote-293)).

والراجح في ذلك أن يقال: أن هذه الغيبة تتحقق حيث يكون الولي الأقرب في مكان لا يمكن الاتصال به، أو مراجعته واستطلاع رأيه، إما لتعذر السفر إليه؛ لبعد المسافة أو لخفاء مكانه وعدم معرفته مع خشية فوات الخاطب الكفء إذا انتظر قدوم الولي الغائب.

**السبب الثالث: عضل الولي**

إذا كان الولي شرطا في عقد زواج البالغة عند جمهور الفقهاء، والصغيرة عند الحنفية-كما سبق بيانه- فهل يكون للولي عضل موليته أم لا؟ ومنه ثبوت إرادة المرأة في عقد زواجها مع عضله أم لا؟ الأمر الذي يتم تناوله على النحو الآتي:

**أولا: تعريف العضل لغة واصطلاحا**

**أ- في اللغة** :الحبس و المنع يقال: عضل المرأة عن الزواج، بمعنى حبسها و عضل الرجل موليته يعضلها؛ أي يمنعها من الزواج ظلما([[294]](#footnote-294)) ومنه قوله تعالى: فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ([[295]](#footnote-295)).

**ب- في الاصطلاح**:"منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، و رغب كل واحد منهما في صاحبه الآخر"([[296]](#footnote-296)). والعاضل هو الراد الأكفاء مرة بعد مرة، وقيل الراد أول كفء([[297]](#footnote-297)).

**ثانيا: حكم عضل المرأة البالغة**

اتفق الفقهاء([[298]](#footnote-298)) على أن الولي ليس له عضل موليته غير المجبرة إذا دعت إلى زواجها من كفء وبمهر مثلها، بل يجب عليه تزويجها منه، ومنه ثبوت إرادة المرأة مع عضل الولي، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ([[299]](#footnote-299)).

وبما روي عن معقل بن يسار قال: زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك و أفرشتك و أكرمتك فطلقتها, حتى جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا و كان رجلا لا بأس به و كانت المرأة تريد أن ترجع إليه, فأنزل الله تعالى قوله فلا تعضلوهن فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال فزوجها إياه"([[300]](#footnote-300)).

 ووجه الدلالة في الآية و الحديث أنهما ينهيان جميع الأولياء عن الظلم بحبس و منع مواليهن عن زواجهن أو بالرجعة لأزواجهن إذا تراضى الزوجان بالرجوع، ومن ثم ليس للولي منع موليته عن الزواج([[301]](#footnote-301)) وثبوت إرادة المرأة فيه مع العضل([[302]](#footnote-302)).

**ثالثا: عضل الولي الأقرب موليته واختيارها لنفسها**

اتفق الفقهاء([[303]](#footnote-303)) على أنه إذا ما عضل الولي الأقرب موليته تنتقل الولاية إلى غيره، فيكون للمرأة اختيار نفسها عند منع الولي تزويجها، وذلك برفع أمرها إلى القاضي إذا طلبت التزويج بمهر مثلها.

جاء في بداية المجتهد:"واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل موليته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان"([[304]](#footnote-304)).

وبالرغم من هذا الاتفاق إلا أنهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه ولاية التزويج على قولين:

**القول الأول**: يرى الجمهور([[305]](#footnote-305)) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة-في رواية- أن المرأة التي منعها وليها من الزواج بالكفء الذي ارتضته تنتقل الولاية عليها من الولي العاضل إلى القاضي الذي لا يزوج إلا بعد أن يأمره بالرجوع عن العضل، فإن أجابه فذاك، وإن أصر على عضله زوجها ([[306]](#footnote-306)).

 واستدلوا على ذلك بما يأتي:

**أولا: السنة**

**أ-** ما روي عن النبي قوله:" فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"([[307]](#footnote-307)). ووجه الدلالة من الحديث أنه إذا وقع التنازع بين الأولياء والمولىّ عليهن فإن الأمر في هذه الحالة يرجع إلى القاضي للنظر في الخلاف، ولما كان عضل الولي لموليته مما يوقع النزاع، فالأمر يرفع للقاضي الذي يتولى عقد زواجها.

ونوقش هذا الاستدلال بالآتي([[308]](#footnote-308)):

**أولا**: أن الحديث ليس بحجة في رأيهم؛ لأن الحديث فيه "فالسلطان ولي من لا ولي له" والمرأة لها ولي وهو الولي الأبعد فوجب تقديمه على القاضي.

**ثانيا:** أنه يمكن حمل الحديث إذا ما كان العضل من جميع الأولياء؛ لأن ضمير الجمع في"اشتجروا" يتناول كل الأولياء، وليس الولي الأقرب على وجه الخصوص.

**ب-** ما روي عن معقل بن يسار قال:"زوجت أختا لي..."([[309]](#footnote-309)). فهذا الحديث يدل على أن السلطان يزوج بعد أن يأمر وليها بالرجوع عن العضل، فإن امتنع زوّج عنه([[310]](#footnote-310)).

**ثانيا: المعقول**

يستدل به من وجهين:

**الوجه الأول**: أن تزويج المرأة ممن رغبت فيه ورضيت به حق على الولي، فإن امتنع عن أدائه قام القاضي مقامه، كما لو كان عليه ديْن وامتنع عن قضائه، فإنه ينتقل إلى الحاكم الذي يقوم بدفعه من مال المدين المُمتنع عن الدفع([[311]](#footnote-311)).

**الوجه الثاني**: أن العضل ظلم منهي عنه لقوله تعالى:فلا تعضلوهن والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع الولي عن تزويج موليته أضر بها وظلمها، والقاضي نُصِّب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه([[312]](#footnote-312)).

ونوقش الوجه الأول من المعقول بأن الولاية تختلف عن الدَّين من حيث أنها حق للولي والدَّين حق عليه، كما أن الدّين لا ينتقل عنه بخلاف الولاية فإنها تنتقل عنه إذا ما أصابه عارض من عوارض الأهلية، وكذلك فإن الدّين ليس من شروط بقائه على المدين بقاء صفة العدالة فيه، ولكن الولاية من شروطها أن تبقى صفة العدالة في الولي، وقد زالت صفة العدالة بعضله.

واعترض على هذا بأن ولاية الأقرب لو زالت لما صح منه عقده على موليته إذا رضي بعد ذلك بتزويجها([[313]](#footnote-313)).

وأجيب عن ذلك بأن فسق الولي نتيجة لامتناعه من تزويج موليته والعقد عليها، فإذا رضي بالتزويج فقد ترك المعصية ورجع إلى الحق، ومن ثم زال فسقه فصح تزويجه([[314]](#footnote-314)).

**القول الثاني:** يرى المالكية([[315]](#footnote-315))-في رواية ثانية- والحنابلة([[316]](#footnote-316))-في رواية أخرى- أن الولاية عند عضل الولي الأقرب لموليته تنتقل للولي الأبعد ولا يزوج الحاكم إلا إذا عضل الأولياء كلهم.

جاء في حاشية الدسوقي:"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"([[317]](#footnote-317)).

واستدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول من وجهين ([[318]](#footnote-318)):

**الوجه الأول**: أنه لما تعذر التزويج من جهة الولي الأقرب ملكه الأبعد كما لو جُنّ الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد لانعدام ولاية الأقرب.

**الوجه الثاني**: أن الولي الأقرب يصير فاسقا بعضله لموليته، الأمر الذي تنتقل الولاية معه كما لو شرب خمرا.

**الترجيح:** الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، والذي يرى انتقال الولاية إلى القاضي عند عضل الولي الأقرب لموليته؛ لأن انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الأبعد داعٍ إلى وقوع النزاع والخلاف بين الأولياء إذا ما عارض الولي الأبعد الولي الأقرب بالموافقة في مقابل رفض الولي الأقرب للخاطب الكفء.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 11 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 من إسناد العقد إلى المرأة وإلغاء سلطة الولي في الإجبار والمنع بالنسبة للمرأة البالغة، استلزم إلغاء المادة 12 من القانون 84-11 لعدم جدوى العضل من الولي.

**الفرع الثاني: انتقال الولاية لأي شخص من المسلمين**

اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد عند توفر شروط الولاية في الأقرب، كما اتفقوا على عدم جواز انتقالها إلى الأبعد دون عذر، فيكون ترتيب الأولياء وفق مذهب الحنفية بتقديم العصبة النسبية ثم العصبة السببية ثم الأقارب غير العصبات ثم السلطان([[319]](#footnote-319)).

 وأما ترتيبهم عند 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 عدموا جميعا فلرجل من المسلمين بعد إذن المرأة([[320]](#footnote-320)).

 وعند الشافعية أحق الأولياء في ولاية الزواج جهة الأبوة ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، فإن لم يوجد أحد من العصبة النسبية فلمولى العتاقة، ثم لعصبته بحق الولاء، ثم للسلطان في محل ولايته([[321]](#footnote-321)).

وأما عند الحنابلة فالأولى للعصبة النسبية ثم للعصبة السببية ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه، ثم الشخص الذي يكون له السلطان في المكان الذي توجد فيه المرأة، فإن تعذر هذا أيضا زوجها رجل عدل بإذنها([[322]](#footnote-322)).

وفي هذه الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية، ما يصلح أن يكون ضابطا لانتقال الولاية من الأقرب إلى أي شخص تختاره المرأة، وتفصيل ذلك عند المالكية أنه إن لم يوجد للمرأة أحد من العصبة ولا مولى عتاقة ولا كافل ولا حاكم شرعي تولى عقد نكاحها أي رجل من عامة المسلمين بإذنها، حيث علم خلوها من موانع النكاح، ويدخل في هذه الولاية الخال والجد من جهة الأم، والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة بإذنها ورضاها.

جاء في الذخيرة:"إذا عدم الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان، ويستحب للمرأة إذا لم يكن لها ولي أن توكل عدلا"([[323]](#footnote-323)).

وعند الشافعية كما قال الماوردي:" إذا عدمت المرأة وليا مناسبا لها، وكانت في بلد لا حاكم فيه وأرادت نكاح زوج ففيه وجهان. أحدهما: ليس لها أن تنكح حتى تجد وليا بحكم أو بنسب، كما لو عدمت الشهود لم يجز أن تتزوج حتى تجد الشهود. الوجه الثاني: يحوز للضرورة أن تتزوج؛ لأن الولي يراد لنفي العار عنه بتزويج غير الكفء، فإذا عدم زال معناه وخالف الشهود المعقود بهم الاستيثاق لحفظ الأنساب. فعلى هذا إذا جوز لها التزويج ففيه وجهان. أحدهما: أنها تتولاه بنفسها؛ لأن فقد الولي قد أسقط حكمه، والوجه الثاني: أنها تولي أمرها رجلا يكون بدلا من وليها حتى لا يخلو العقد من عدده"([[324]](#footnote-324)). وجاء في مغني المحتاج:" لو عدم الولي والحاكم فولت مع خاطبها أمرها رجلا مجتهدا ليزوجها صح؛ لأنه محكّم، والمحكّم كالحاكم، وكذا لو ولّت معه عدلاً صحّ على المختار، وإن لم يكن مجتهدا لشدة الحاجة إلى ذلك"([[325]](#footnote-325)).

وأما الحنابلة فيرون انتقال الولاية لأي شخص تختاره المرأة في حال انعدام أسباب الولاية من القرابة والإمامة وغيرهما، فإن عدموا جميعا فإن الولاية تنتقل للسلطان في المكان الذي توجد فيه المرأة التي يراد تزويجها، كوالي البلد أو كبيره، أو أمير القافلة ونحو هؤلاء ممن له سلطة في مكانه، فإن تعذر هذا أيضا ولم يوجد زوجها رجل عدل بإذنها لأن اشتراط الولاية في هذه الحالة يمنع النكاح بالكلية، فلم يجز لما فيه من ضرر يلحق بالمرأة([[326]](#footnote-326)).

وأما الظاهرية فقد ذهبوا إلى أنه إذا لم يكن للمرأة ولي من نسب أو سبب ولم يكن إمام أو حاكم أو كانوا موجودين وحصل عذر في عدم إمكان ممارسة ولايتهم، وأرادت المرأة أن تزوج نفسها، فإنها توكل رجلا بالغا عاقلا يزوجها إذا كانت بالغة عاقلة، وأما إذا كانت صغيرة فوليها رجل صالح من المسلمين([[327]](#footnote-327)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

يتضح من نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" أن المشرع الجزائري قد خالف مذهب الجمهور في انتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب أو حال غيبته، وذلك باعتبار أن للولي دورا في إنشاء العقد، فقد اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد إلا في حالة عدم توافر شروط الولاية في الأقرب وهي فقد بعض شروط الولاية أو كلها، أو غيبة الأقرب المنقطعة أو عضله لموليته البالغة الراشدة. واختلفوا في الجملة في انتقال الولاية إلى السلطان ( القاضي)، أو إلى الولي الأبعد حال عدم وجود الولي الأقرب كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد.

ومن هنا يمكن القول أن المشرع قد انفرد بهذا الرأي عندما اعتبر صحة اختيار المرأة لأي شخص أو الإذن له بتزويجها حال وجود الولي الأقرب أو الأبعد، كما هو على إطلاقه في قانون الأسرة. وهذا الذي ليس عليه جمهور الفقهاء الذين حرصوا على اختيارها العدل والأصلح أو كبير القوم -وليس أي شخص- حال انعدام الولي الأقرب والأبعد ومن له صلة قرابة بالمرأة من ذوي الأرحام، وحال انعدام الكافل والقاضي كما سبق بيان ذلك عند أئمة المذاهب.

وبذلك فإن المشرع قد خالف ما عليه جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها ومراتب الأولياء في انتقالها، وضوابطها عند انتقالها لشخص من المسلمين.

وهذا يتناسب مع إلغاء أي تأثير للولي في العقد، فيكون حضوره وعدمه سواء، ومن ثم صحة انفرادها بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فيستوي الأمر حينئذ في اختيارها للولي أيّا كانت صفته([[328]](#footnote-328)).

ومما سبق بيانه وتفصيله في مسألة حضور الولي عقد موليته البالغة الراشدة، وانتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد القريب والأجنبي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، يمكن على غرار ذلك القول:

- أنه إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي:"يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعا، فعدل من المسلمين ".

- أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي:"تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل".

**القضية الثانية: تزويج القاصرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**

نصت الفقرة الثانية من المادة 11:"دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**"**([[329]](#footnote-329))**.**

يُفهم من نص هذه الفقرة أنه ليس للقاصر أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بل يتولى ذلك وليها وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."([[330]](#footnote-330)), على خلاف المرأة الراشدة التي يمكنها اختيار من يتولى عقد زواجها ممن تأذن له به. كما يفهم من نص المادة 13:"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"([[331]](#footnote-331)). أنه ليس للولي أبا كان أو غيره إجبار القاصر على الزواج، ولا يكون ذلك إلا بموافقتها ورضاها([[332]](#footnote-332)).

 إلا أنه في حال رغبتها في الزواج فهل للولي أن يمنعها وبخاصة إذا لم يكن أصلح لها ؟.

حيث أنّ المشرّع لم يبيّن المقصود بالقاصر صراحة (عديم الأهلية أو ناقصها)، فهل يشمل بذلك القاصر -الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة-؟. وإذا كان الأمر كذلك فهل يملك الولي سلطة الإجبار في تزويج القصّر طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه:"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"([[333]](#footnote-333)). وبمفهوم المخالفة فهل يجوز للولي عضل موليته القاصر إذا أرادت كفؤا وأراد هو غيره أم لا؟.

 ويتفرع من نص الفقرة الثانية من المادة 11، وكذا نص المادة 13 من قانون الأسرة عدة إشكالات وتساؤلات يعالجها الاجتهاد الفقهي من خلال هذه المسائل، وذلك على النحو الآتي:

**المسألة الأولى: ولاية الإجبار في التزويج**

**أولا: ولاية الإجبار**

وهي الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها، بمعنى أنّ من تثبت له هذه الولاية يملك الاستبداد بتزويج من في ولايته والجبر على ذلك ويكون العقد نافذا([[334]](#footnote-334)). ومن ثم فهي الولاية التي لا يكون للمُولَى عليه إرادة في إجراء عقد الزواج، فالرضا والكراهة من المعقود له أو عليه سواء في لزوم العقد ونفاذه مع ثبوت الولاية الكاملة عليه من قبل الولي في تزويجه لانعدام أثر حق الرفض، والاعتراض من المُولى عليه([[335]](#footnote-335)).

**ثانيا: من تثبت عليها ولاية الإجبار**

إذا كان للمرأة ولي فهل يحق للأب إجبار ابنته على الزواج([[336]](#footnote-336))، أم لا بد من استئذانها ومعرفة رضاها؟.

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي المُجبر المولى عليها، ومن ثم ثبوت ولاية الإجبار تبعا لاختلافهم في مناط ثبوتها على قولين:

**أولا:** ذهب الحنفية([[337]](#footnote-337)) إلى أن مناط الإجبار هو الصغر والجنون، ومن ثم فعلّة الإجبار هي العجز لغياب العقل أو نقصانه. قال الكاساني:"والأصل أن هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ"([[338]](#footnote-338)).

**ثانيا**: مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية([[339]](#footnote-339)) والحنابلة وفيه تدور علة الإجبار وتثبت مع البكارة في الأنثى والصغر في الغلام، والجنون في الأنثى والذكر وجودا وعدما([[340]](#footnote-340)).

وأما علّة المنع -وليس الإجبار- وفق موقف المشرع الجزائري فهو الصغر دون بلوغ تسع عشرة سنة بالنسبة للمرأة. وأما الإجبار فليس للولي ذلك سواء كانت المرأة صغيرة أم راشدة.

 **المسألة الثانية: حكم انفراد القاصرة بعقد زواجها**

**أولا: الجانب الفقهي**

جاء الرأي الفقهي في انفراد الصغيرة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل على مذهبين:

**المذهب الأول**: ذهب جمهور الفقهاء([[341]](#footnote-341)) من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه لا يصح مباشرة المرأة ناقصة أو عديمة الأهلية كالصغيرة والمجنونة عقد زواجها بإرادة منفردة لصحة شرط الولي في زواجها، وثبوت الإجبار في حقها. قال الرافعي:"اتفق العلماء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح أن تباشر عقد الزواج؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن"([[342]](#footnote-342)).

**المذهب الثاني**: للحنفية([[343]](#footnote-343)) وفيه تفصيل؛ وهو أن الصغيرة غير المميزة لا تزوج نفسها لصحة شرط الولي في زواجها، وأما الصغيرة المميزة أو العاقلة إذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل كان عقدها صحيحا موقوفا على إذن الأب أو الجد؛ لأنهما يملكان العقد، والقاضي إذا لم يكن لها ولي، وينفذ بإجازتها بعد البلوغ.

 جاء في رد المحتار:"صغيرة زوجت نفسها ولا ولي ولا حاكم ثمة توقف، ونفذ بإجازتها بعد بلوغها لأن له مجيزا وهو السلطان"([[344]](#footnote-344)). وجاء في موضع آخر:"صبية زوجت نفسها من كفء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها، فالعقد يتوقف على أجازة القاضي، فإن كان في موضع لم يكن فيه قاض، إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإلا فلا ينعقد. وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ"([[345]](#footnote-345)).

**الترجيح:** أرى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم صحة انفراد الصغيرة بعقد زواجها بغير ولي لعدم الفائدة المرجوة من ناقصة أو عديمة الأهلية، وإلا ما كان العقد موقوفا وكان لازما، سواء كانت مميزة أم غير مميزة.

**ثانيا: الجانب القانوني**

يذهب المشرع الجزائري إلى عدم تزويج الصغيرة إلا لضرورة أو مصلحة يقدرها القاضي، مع ثبوت الولاية للأب في هذه الحالة بإعطائه الإذن بالنسبة للقاصر التي لا تتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة من قانون الأسرة، ومن ثم لا يصح انفراد القاصرة بمباشرة عقد زواجها بنفسها شرعا وقانونا طبقا للفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 05-02 "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب..".

**المسألة الثالثة: حكم عضل القاصر وانتقال الولاية**

**أولا: الجانب الفقهي**

اختلف الفقهاء في حكم المجبرة إذا أرادت كفؤا وأراد وليها المُجبر كفؤا غيره على قولين:

**القول الأول**: للحنفية([[346]](#footnote-346)) والشافعية -على الأصح-([[347]](#footnote-347)) وفيه يزوج الولي المُجبر موليته المُجبَرة ممن أراد هو من الأكفاء، ولا عبرة بإرادتها لأنه أكمل نظر منها وأكثر تدبير لأمورها وشؤونها. وشرط الحنفية هذا الحكم بكون الكفء المتعلق بإرادة الولي به حاضرا فيزوجه موليته المجبرة.

**القول الثاني**: للحنفية([[348]](#footnote-348)) والشافعية([[349]](#footnote-349)) -في رواية مرجوحة- وفيه يُلزم الولي المجبر إذا أرادت موليته المجبرة الزواج من كفء إجابتها لما أرادت إعفافا لها وإلا كان الولي عاضلا. وقيد الحنفية هذا الحكم بعضل الولي المجبر إذا كان الكفء الذي يرغب فيه دون موليته المجبرة غائبا.

**الترجيح**

أقول بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وهو إلزام الولي المجبر بتزويج موليته ممن رضيت ورغبت من الأكفاء إذا تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل فيمن أرادت المرأة ولا يلحق بالأولياء ضرر؛ ولأن القصد من الزواج السكن والمودة والرحمة، ولا سبيل إلى ذلك إلا بتحقيق رضا الزوجة.

**ثانيا: الجانب القانوني**

يفهم من إلغاء المشرع للفقرة الثانية من المادة 12:" غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"([[350]](#footnote-350)). أنه يجوز للولي عضل موليته البكر (القاصرة)، غير أنه ما دام لا يُسمح بالزواج بالنسبة للقاصر حتى بلوغ السن القانونية المقررة في المادة 7 في فقرتها الأولى:"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"([[351]](#footnote-351))، استلزم إلغاء المادة 12 من القانون 84-11، لأنه لا معنى لعضل المرأة غير المسموح لها بالزواج أساسا. أما في حال ترخيص القاضي للقاصر بالزواج لضرورة أو مصلحة فإن القانون لم يبين دور الولي صراحة في توليه لعقد موليته القاصر أو منعها. إذ ليس للولي منعها إذا تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، وهو مذهب الحنفية -في رواية- والشافعية-في رواية- كما سبق بيان ذلك. وجاء في بداية المجتهد:" للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر"([[352]](#footnote-352)).

كما أن ترخيص القاضي بالزواج للقاصرة عند المصلحة أو الضرورة يعتبر شأنا تنظيميا فحسب، إذ لا ولاية للقاضي على الصغيرة وفقا لمذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، ومنه جواز تزويج الأب لابنته الصغيرة شرعا([[353]](#footnote-353)).

**الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج**

**أولا: الجانب الفقهي**

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد، وبالتالي يكون العقد باطلا، مستدلين بأدلة كثيرة من ذلك قوله :" أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا"([[354]](#footnote-354)).

 أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي، ويذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا على إجازة الولي([[355]](#footnote-355)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

اختلف المقصود بالولي عما كان عليه الأمر قبل التعديل، إذ أصبح مفهومه كل شخص تأذن له المرأة بتزويجها أو حضور عقد زواجها، سواء بصفته وليا قريبا أم بعيدا، إلا أن المشرع جعل حضوره شرطا لتمام العقد -على الأصح - فلقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الفقرة الثانية من المادة 33 والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

**أ-** في حالة ما إذا تخلف شرط الولي و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

**ب-** إذا تخلف شرط الولي ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح. وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج([[356]](#footnote-356))، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروف([[357]](#footnote-357))، حيث خصها بالزوج دون الزوجة في المادة 20 من القانون 84-11، والملغاة بالأمر رقم 05-02، والتي كان نصها:"يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، فأصبح الزوج مجبرا على حضور عقد الزواج بنفسه([[358]](#footnote-358)).

 لكن بالرجوع إلى نص المادة العاشرة من قانون الأسرة والتي جاء فيها أن الرضا يكون بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر دون أن تقيد ذلك بذات الطرفين، ومنه يمكن أن يكون التعبير عن الرضا شخصيا أو أن يكون بواسطة الوكيل ولا مانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحا([[359]](#footnote-359)).

1. **- المعجم الوسيط: ص 510.** [↑](#footnote-ref-1)
2. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/100-101.** [↑](#footnote-ref-2)
3. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/409.** [↑](#footnote-ref-3)
4. **- عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، 1/305.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/291.** [↑](#footnote-ref-5)
6. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/393.** [↑](#footnote-ref-6)
7. **- الرافعي: الشرح الكبير، 8/231-232.** [↑](#footnote-ref-7)
8. **- البهوتي: كشاف القناع، 5/128.** [↑](#footnote-ref-8)
9. **- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، 1/181.** [↑](#footnote-ref-9)
10. **- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 46.** [↑](#footnote-ref-10)
11. **- قال الحنفية أن المهر هو شرط جواز نكاح المسلم. الكاساني: بدائع الصنائع، 2/274.** [↑](#footnote-ref-11)
12. **- تقي الدين الحصني الشافعي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق وتعليق كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001، ص 490.** [↑](#footnote-ref-12)
13. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات،5/233.** [↑](#footnote-ref-13)
14. **- لا يملك الزوج ولا الزوجة ولا أولياؤها إخلاء الزواج من المهر، فلو اتفقوا على عقد زواج بغير مهر فلا قيمة لاتفاقهم، وكان المهر لازما، ويكون الواجب حينئذ مهر المثل، فلا يجوز أن يصطلح الناس على أن تكون عقود الزواج بغير مهر يدفعه الرجل للمرأة. انظر، عبد الرحمن العدوي: الوسيط في الفقه الإسلامي-أحكام الأسرة- المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1996، ص 62.** [↑](#footnote-ref-14)
15. **- انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، 1/183. رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،(دط،دت)، ص 163. غير أن الاتفاق على إسقاط المهر، أو الزواج بغير مهر يجعل العقد باطلا عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد، والحنفية يجعلون العقد صحيحا والشرط باطلا؛ لأن العقد لا يبطل بالشرط الفاسد، وفي هذه الصورة يتقرر مهر المثل بعد الدخول أو الموت عند أبي حنيفة. وفي الموت للشافعي قولان: أحدهما؛ يجب، والثاني لا يجب، وهو قول مالك في صورة نفي المهر. العيني: البناية شرح الهداية، 4/659.** [↑](#footnote-ref-15)
16. **- البقرة: الآية 236.** [↑](#footnote-ref-16)
17. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/393.** [↑](#footnote-ref-17)
18. **- ابن قدامة: المغني، 10/98.** [↑](#footnote-ref-18)
19. **- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/220.**  [↑](#footnote-ref-19)
20. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.**  [↑](#footnote-ref-20)
21. **- الحطاب: مواهب الجليل ، 3/419.**  [↑](#footnote-ref-21)
22. **- ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص 200.**  [↑](#footnote-ref-22)
23. **- الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة،(دط،دت)، 2/441.**  [↑](#footnote-ref-23)
24. **- ابن حزم: المحلى، 9/466.**  [↑](#footnote-ref-24)
25. **- ملف رقم 188707: المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 50.** [↑](#footnote-ref-25)
26. **- مثل ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 53 :" يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أو نفي أصلا".** [↑](#footnote-ref-26)
27. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".** [↑](#footnote-ref-27)
28. **- النساء: الآية 4.**  [↑](#footnote-ref-28)
29. **- النساء: الآية 25.**  [↑](#footnote-ref-29)
30. **- النساء: الآية 24.** [↑](#footnote-ref-30)
31. **- الإمام أحمد: (مسند عائشة) حديث رقم 24999. المسند: دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995، ص 519.البيهقي: كتاب الصداق، باب يستحب القصد في الصداق، حديث رقم 14356. السنن الكبرى، 7/384-385.** [↑](#footnote-ref-31)
32. **- الإمام مالك: كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء،حديث رقم 1498. الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1997، 2/28. البخاري: كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، حديث رقم 5087. الجامع الصحيح، 3/359.** [↑](#footnote-ref-32)
33. **- انظر، ابن قدامة: المغني، 10/98.** [↑](#footnote-ref-33)
34. **- ابن قدامة: المغني، 10/97.** [↑](#footnote-ref-34)
35. **- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته،7/253.** [↑](#footnote-ref-35)
36. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 228.** [↑](#footnote-ref-36)
37. **- النساء: الآية 20.** [↑](#footnote-ref-37)
38. **- لا ضرورة من باب السياسة الشرعية لتحديد المهور،كونها من الأمور المباحة التي لم يرد نص في أدناها ولا أعلاها. وقد فصل القول في هذه المسألة الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم,7/75 وما بعدها.**  [↑](#footnote-ref-38)
39. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/275-276. العيني: البناية في شرح الهداية، 4/647. ابن الهمام:شرح فتح القدير، 3/305.** [↑](#footnote-ref-39)
40. **- البيهقي: كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، حديث رقم 14384. السنن الكبرى، 7/392.الدارقطني: كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 3601. سنن الدارقطني، 4/358.** [↑](#footnote-ref-40)
41. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/276.**  [↑](#footnote-ref-41)
42. **- انظر،ابن رشد: بداية المجتهد،2/18. ابن جزي:قوانين الأحكام الشرعية، ص 201.** [↑](#footnote-ref-42)
43. **- الدردير: حاشية الشرح الصغير على بلغة السالك،1/409-410. قال الباجي:"إذا وقع الفساد في النكاح لفساد المهر لا خلاف في منعه ابتداء، فإن وقع ففيه روايتان، إحداهما أنه يفسخ قبل البناء وبعده، والأخرى يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويجب صداق المثل، خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أن النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل". المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، 1999، 5/57.** [↑](#footnote-ref-43)
44. **- إن قلّ المهر عن ربع دينار يفسخ قبل الدخول إن أبى الزوج تكملة المهر إلى ربع دينار، وإن دخل بها أكمل لها ربع دينار عند الإمام مالك. المدونة،2/152.** [↑](#footnote-ref-44)
45. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/292.**  [↑](#footnote-ref-45)
46. **- ابن قدامة: المغني، 10/99.** [↑](#footnote-ref-46)
47. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/400.** [↑](#footnote-ref-47)
48. **- مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، ص 168.** [↑](#footnote-ref-48)
49. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/292.** [↑](#footnote-ref-49)
50. **- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/18.** [↑](#footnote-ref-50)
51. **- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 370. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/ 265-266.** [↑](#footnote-ref-51)
52. **- البقرة: الآية 237.** [↑](#footnote-ref-52)
53. **- انظر، الدردير:حاشية الشرح الصغير،1/419.** [↑](#footnote-ref-53)
54. **- انظر، أبي بكر بن محمد الحصني الدمشقي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار،ص 489. مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب،ص 167.**  [↑](#footnote-ref-54)
55. **- البقرة: الآية 236.** [↑](#footnote-ref-55)
56. **- المزني: مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه، محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1،1998، ص 239.** [↑](#footnote-ref-56)
57. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/274. ابن الهمام:شرح فتح القدير، 3/304.** [↑](#footnote-ref-57)
58. **- الباجي: المنتقى ، 5/36.** [↑](#footnote-ref-58)
59. **- الإمام مالك: المدونة، 2/163.** [↑](#footnote-ref-59)
60. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 17/2/2005، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".** [↑](#footnote-ref-60)
61. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع ،2/286. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 370.** [↑](#footnote-ref-61)
62. **- قال الباجي:"أما ما يعتبر في مهر المثل فإنه أربع صفات: الدين والجمال والمال والحسب، ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها في هذه الصفات ردت إليها في مهر المثل، وإن لم تكن من أقاربها". المنتقى، 5/39.** [↑](#footnote-ref-62)
63. **- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/268.** [↑](#footnote-ref-63)
64. **- الإمام مالك: المدونة، 2/162.** [↑](#footnote-ref-64)
65. **- معرفة مقدار المعجل والمؤجل من المهر مهمة من ناحيتين:الأولى: معرفة ما تستحقه المرأة من معجل مهرها، وبالتالي لها أن تمتنع عن تسليم نفسها إلى زوجها ما لم تستلم معجل مهرها. الثانية: معرفة وقت استحقاق المؤجل بالتصريح بوقته أو بالرجوع إلى العرف في تعيين وقته حتى يمكن المطالبة بالمؤجل حين حلول وقته. عبد الكريم زيدان: المفصل، 7/85.** [↑](#footnote-ref-65)
66. **-العيني: البناية في شرح الهداية،4/701-702. الجزيري:الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990،4/138-139.** [↑](#footnote-ref-66)
67. **- السيد سابق: فقه السنة، 2/105. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/138. عبد الكريم زيدان: المفصل،7/84.** [↑](#footnote-ref-67)
68. **- الصاوي: بلغة السالك،دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، 2/280.** [↑](#footnote-ref-68)
69. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/139-140.** [↑](#footnote-ref-69)
70. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/304. ابن قدامة: المغني،10/115.** [↑](#footnote-ref-70)
71. **- ابن قدامة: المغني، 10/115.** [↑](#footnote-ref-71)
72. **- عدلت بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".** [↑](#footnote-ref-72)
73. **- وهو بذلك يعدل عن أخذه بمذهب المالكية الذين يرون كراهية تأجيل الصداق عندما حذف عبارة (يجب) واستبدلها بعبارة (يحدد) عند تعديله للمادة 15 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.** [↑](#footnote-ref-73)
74. **- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 47-48.** [↑](#footnote-ref-74)
75. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22.** [↑](#footnote-ref-75)
76. **- انظر، عبد الرحمن العدوي: أحكام الأسرة، ص 70-71.** [↑](#footnote-ref-76)
77. **- ابن قدامة: المغني، 10/149-159.** [↑](#footnote-ref-77)
78. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد،2/22. ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص 201-202. الشربيني: مغني المحتاج، 3/297. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/101. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 391.** [↑](#footnote-ref-78)
79. **- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/289.** [↑](#footnote-ref-79)
80. **- ابن رشد: بداية المجتهد،2/22.الشربيني: مغني المحتاج،3/297. انظر،الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/101.شلبي:أحكام الأسرة في الإسلام، ص 392. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/290.** [↑](#footnote-ref-80)
81. **- المراد بالخلوة الصحيحة: اجتماع الزوجين وحدهما بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول الغير عليهما، أو اطلاعه على سرهما، ويشترط في اعتبار الخلوة مؤكدة للمهر كله للزوجة ألا يكون هناك مانع يمنع الزوج من التمتع الكامل بها. انظر، محمود محمد الطنطاوي: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط2، 1972، ص 207-208.** [↑](#footnote-ref-81)
82. **- ابن رشد: بداية المجتهد،2/22. الشربيني: مغني المحتاج،3/297.** [↑](#footnote-ref-82)
83. **- ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، 201.الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/102.شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص394.**  [↑](#footnote-ref-83)
84. **- العيني: البناية في شرح الهداية،4/668.** [↑](#footnote-ref-84)
85. **- ابن قدامة: المغني،10/153.** [↑](#footnote-ref-85)
86. **- وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18/6/1991:"من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد". ملف رقم 74475: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 61.** [↑](#footnote-ref-86)
87. **- أما الخلوة الفاسدة فلا تعتبر كالدخول باتفاق الفقهاء، وأوجب فقهاء الحنفية العدة في الطلاق بعد الخلوة الفاسدة في العقد الصحيح احتياطا، وفي العقد الفاسد لا تجب العدة إلا بالدخول. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية،1/192.** [↑](#footnote-ref-87)
88. **- العيني: البناية في شرح الهداية،4/670.** [↑](#footnote-ref-88)
89. **- ابن قدامة: المغني،10/157. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 395.** [↑](#footnote-ref-89)
90. **- وقد اختلفت الآراء الفقهية فيماإذا قتلت الزوجة نفسها عمدا قبل الدخول بها، فيرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر؛ لأنه حق للورثة  فلا يسقط بفعلها  ويرى زفر - من الحنفية- أنه ليس لها شيء على أساس أنّ القتل جناية، و بهذه الجناية تكون قد فوّتت على الزوج حقه في الدخول بها. أما إذا قتلت زوجها عمدا فيرى المالكية والشافعية أن حقها يسقط و تحرم في هذا الصدد من الميراث. بينما يرى الحنفية والحنابلة أنه لا يسقط حقها في المهر بل يتأكد؛ لأنها قد ارتكبت جناية أو جريمة، وهذه الجريمة ليست عقوبتها إسقاط المهر و إنما لها عقوبة القصاص. انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 393-394.**  [↑](#footnote-ref-90)
91. **- ملف رقم 26801:المجلة القضائية،عدد خاص،2001، ص 266.** [↑](#footnote-ref-91)
92. **- ملف رقم 143725:المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 269.** [↑](#footnote-ref-92)
93. **- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/600.** [↑](#footnote-ref-93)
94. **- ملف رقم 210422: المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص 53.** [↑](#footnote-ref-94)
95. **- الأخذ بمذهب الحنفية بجعل الخلوة مقام الدخول، ومن ثم فإن استحقاق الزوجة جميع الصداق قبل الدخول قد يفتح بابا للاستغلال من طرف المرأة، فقد لا يكتمل الزواج بالدخول، ويحصل الطلاق الذي يكون الأصل فيه أن المرأة تأخذ نصف ما فرض لها. إلا أن الإشكال يكمن في حال الطلاق قبل الدخول وحصول الخلوة بين الزوجين بعد العقد وقبل الدخول على سبيل الزيارة والتنزه، فهل يكون لها كامل المهر أم نصفه؟.** [↑](#footnote-ref-95)
96. **- ملف رقم 34046: المجلة القضائية، العدد الأول، 1990. انظر،نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 34.** [↑](#footnote-ref-96)
97. **- انظر، الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 3/102.**  [↑](#footnote-ref-97)
98. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/723. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/151. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 423.** [↑](#footnote-ref-98)
99. **- انظر، الإمام مالك: المدونة، 2/165-166. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/602.** [↑](#footnote-ref-99)
100. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/319. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/308.** [↑](#footnote-ref-100)
101. **- انظر، ابن قدامة: المغني، 10/137. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/268. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/308.** [↑](#footnote-ref-101)
102. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/724. ابن قدامة: المغني، 10/132.** [↑](#footnote-ref-102)
103. **- انظر، ابن قدامة: المغني، 10/132.** [↑](#footnote-ref-103)
104. **- انظر، ابن رشد:بداية المجتهد،2/30. ابن جزي:قوانين الأحكام الشرعية، ص203. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/153.**  [↑](#footnote-ref-104)
105. **- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح، الشيخ زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، ط1،1995، 2/472-473. ابن قدامة: المغني، 10/132. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/309.** [↑](#footnote-ref-105)
106. **- هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي من تابعي التابعين، ولد سنة 97ه وتوفي سنة 161ه، كان بارعا في الفقه والحديث، مشهورا بالزهد والورع وقول الحق، من كتبه الجامع الكبير. أبي نعيم: حلية الأولياء، 6/356.** [↑](#footnote-ref-106)
107. **- هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أخذ الفقه عن الإمام الشافعي، توفي سنة 240ه. الشيرازي: طبقات الفقهاء، تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان، (دط، دت)، ص 101.** [↑](#footnote-ref-107)
108. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/31. الشيرازي: المهذب، 2/473. ابن قدامة:المغني، 10/134، 135.** [↑](#footnote-ref-108)
109. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/31.**  [↑](#footnote-ref-109)
110. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 427. جميل فخري: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 204.** [↑](#footnote-ref-110)
111. **- انظر، جميل فخري: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 204.** [↑](#footnote-ref-111)
112. **- الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.** [↑](#footnote-ref-112)
113. **- ملف رقم 73515:المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 69.** [↑](#footnote-ref-113)
114. **- ملف رقم 73515:المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 69.** [↑](#footnote-ref-114)
115. **- إلا أن المشرع الجزائري قد اتفق مع ما ذهب إليه المذهب المالكي في التفريق في النزاع بين الزوجين قبل الدخول وبعده.**  [↑](#footnote-ref-115)
116. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/291-292.** [↑](#footnote-ref-116)
117. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/235.** [↑](#footnote-ref-117)
118. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/647.** [↑](#footnote-ref-118)
119. **- كما هو الحال في نكاح الشغار المنهي عنه شرعا. قال ابن جزي:"فإن وقع فسخ النكاح قبل الدخول وبعده على المشهور، ويدفع لمن دخل بها صداق المثل، وتقع به الحرمة..".قوانين الأحكام الشرعية، ص 203.**  [↑](#footnote-ref-119)
120. **- الإمام مالك: المدونة الكبرى، 2/164.** [↑](#footnote-ref-120)
121. **-** **ملف رقم 45301: المجلة القضائية،العدد الثالث، 1992. انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 35.**  [↑](#footnote-ref-121)
122. **-** **ملف رقم 143725: المجلة القضائية،عدد خاص، 2001، ص 269.**  [↑](#footnote-ref-122)
123. **-** **ملف رقم 210422: المجلة القضائية، عدد خاص،2000،ص 53.** [↑](#footnote-ref-123)
124. **- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/117.** [↑](#footnote-ref-124)
125. **- الإمام مالك: المدونة الكبرى، 2/164.** [↑](#footnote-ref-125)
126. **- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 409.** [↑](#footnote-ref-126)
127. **- البقرة: الآية 236.** [↑](#footnote-ref-127)
128. **- ابن منظور: لسان العرب، 15/407.** [↑](#footnote-ref-128)
129. **- البقرة: الآية 282.** [↑](#footnote-ref-129)
130. **- ابن عابدين: رد المحتار ، 3/55. وفي الحقيقة لا يوجد هناك وجه لأن يقال في التعريف شاء أو أبى، وذلك لأن المولى عليه إما أن يكون عديم الأهلية كالمجنون أو ناقصها كالصبي المميز، ففي الحالة الأولى ليس له مشيئة أو إباء في نظر الشرع لإلغاء تصرفاته القولية شرعا. وأما في الحالة الثانية فلا تعتبر مشيئته ولا إباؤه من حيث النفاذ. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 120.** [↑](#footnote-ref-130)
131. **- محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967، ص 170.** [↑](#footnote-ref-131)
132. **- أبي عبد الله الرصاع: شرح حدود بن عرفة، ص 241. ويلاحظ من خلال هذا التعريف ترتيب الأولياء عند عدم وجود الأقرب.** [↑](#footnote-ref-132)
133. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 153.** [↑](#footnote-ref-133)
134. **- انظر، عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي، ص601.** [↑](#footnote-ref-134)
135. **- تثبت الولاية القاصرة في عقد الزواج في حق الرجل البالغ العاقل الراشد فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، وعلى ما اتفق عليه من مهر، كما تثبت وفق مذهب الأحناف للمرأة العاقلة البالغة الرشيدة، كما سيأتي تفصيل ذلك لاحقا.** [↑](#footnote-ref-135)
136. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/55.** [↑](#footnote-ref-136)
137. **- يرى الإمام أحمد -في رواية- أن البلوغ لا يعد شرطا لثبوت الولاية مخالفا بذلك جمهور الفقهاء. ابن قدامة: المغني،9/367-368.** [↑](#footnote-ref-137)
138. **- ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الذكورة في ثبوت الولاية في التزويج، ومرجع هذا صحة انفراد المرأة بعقد زواجها إذا كانت بالغة عاقلة. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/196.** [↑](#footnote-ref-138)
139. **- آل عمران: الآية 28.** [↑](#footnote-ref-139)
140. **- الأنفال: الآية 73.** [↑](#footnote-ref-140)
141. **- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/196.** [↑](#footnote-ref-141)
142. **- انظر،ابن رشد:بداية المجتهد،2/12.** [↑](#footnote-ref-142)
143. **- انظر،الشربيني:مغني المحتاج، 3/209.** [↑](#footnote-ref-143)
144. **- ابن قدامة: المغني 9/368.** [↑](#footnote-ref-144)
145. **- البيهقي كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم:13650، السنن الكبرى، 7/182.ابن حجر: فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض،ط1، 2005، 11/456.** [↑](#footnote-ref-145)
146. **- اختلف الفقهاء في اشتراط الرشد في الولي فذهب الحنابلة إلى اعتبار الرشد شرطا في الولي لضرورة كمال النظر والتدبر منه في أمر الزواج لموليه، وهو الأمر المنعدم لدى السفيه الذي لا يلي عقد نفسه، فكان غيره أولى بعدم ولايته لقصوره.انظر،البهوتي:شرح منتهى الإرادات،5/135. وذهب الحنفية والمالكية في رواية على المشهور، والشافعية في أحد القولين إلى أن الرشد لا يشترط لثبوت الولاية. انظر،الكاساني:بدائع الصنائع، 6/239. ابن رشد: بداية المجتهد،2/12. الشربيني: مغني المحتاج،3/209.** [↑](#footnote-ref-146)
147. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 6/239.** [↑](#footnote-ref-147)
148. **- والراجح في اشتراط العدالة ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن فسق الإنسان في نفسه لا ينعكس بالضرورة على الموجودين من حوله، بل قد يكون داعيا لتوخي الحذر والمراقبة في اختيار الكفء.** [↑](#footnote-ref-148)
149. **- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". فقد حاول المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل أن يرضي بعض الأطراف ممن كانت لهم دعوات بإلغاء الولي، وفي المقابل حاول أن يرضي الطرف المصر على إبقاء شرط الولي، فاختار أن يجمع بين المتناقضين، فجاء موقفه متذبذبا، فلا هو ألغى الولي صراحة ولا أبقى عليه صراحة، فهذه المادة وإن كانت تنسجم مع التشريعات الفرنسية، فإنها لا تنسجم مع تقاليد وموروثات الأمة الجزائرية.انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 41-42.** [↑](#footnote-ref-149)
150. **- ابن رشد: بداية المجتهد،2/8-9.** [↑](#footnote-ref-150)
151. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/200.** [↑](#footnote-ref-151)
152. **- ابن قدامة: المغني،9/345.** [↑](#footnote-ref-152)
153. **- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/5.** [↑](#footnote-ref-153)
154. **- الشربيني: مغني المحتاج،3/200.** [↑](#footnote-ref-154)
155. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/124.** [↑](#footnote-ref-155)
156. **- مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،حديث رقم 1421. صحيح مسلم، 1/641. الترمذي: كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1108. سنن الترمذي، 3/408.** [↑](#footnote-ref-156)
157. **- الشافعي: الأم، 6/47.** [↑](#footnote-ref-157)
158. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/ 124.** [↑](#footnote-ref-158)
159. **- الشوكاني: فتح القدير،3/254.** [↑](#footnote-ref-159)
160. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير،3/252.** [↑](#footnote-ref-160)
161. **- السرخسي: المبسوط، 5/2. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/252.** [↑](#footnote-ref-161)
162. **- الاستئذان عند الحنابلة مستحب غير واجب. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/124.** [↑](#footnote-ref-162)
163. **- ابن حزم:المحلى،9/459.** [↑](#footnote-ref-163)
164. **- ابن ماجه: كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1783. سنن ابن ماجه، 2/423-424.النسائي: كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، حديث رقم 5366. السنن الكبرى، 5/176-177.** [↑](#footnote-ref-164)
165. **-الشوكاني: نيل الأوطار، 12/87.** [↑](#footnote-ref-165)
166. **-النسائي: كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبو ها وهي كارهة، حديث رقم 5369، السنن الكبرى، 5/177.ابن ماجه: كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1874. سنن ابن ماجه، 5/424.** [↑](#footnote-ref-166)
167. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير،3/255.** [↑](#footnote-ref-167)
168. **-ابن الهمام: المصدر نفسه،3/255.** [↑](#footnote-ref-168)
169. **- ابن قدامة: المغني،9/399.** [↑](#footnote-ref-169)
170. **- ابن رشد: بداية المجتهد،2/8.** [↑](#footnote-ref-170)
171. **- الشيرازي: المهذب،2/426.** [↑](#footnote-ref-171)
172. **- ابن قدامة: المغني، 9/345.** [↑](#footnote-ref-172)
173. **- النور: الآية 32.** [↑](#footnote-ref-173)
174. **- ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر،بيروت، لبنان، (دط،دت)، 3/1376.** [↑](#footnote-ref-174)
175. **- هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي، من كبار المفسرين، توفي سنة 671ه. ابن فرحون: الديباج، ص 406.** [↑](#footnote-ref-175)
176. **- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،15/229.** [↑](#footnote-ref-176)
177. **- القرطبي: المصدر نفسه، 3/463.** [↑](#footnote-ref-177)
178. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/248.** [↑](#footnote-ref-178)
179. **- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2005، ص 244.** [↑](#footnote-ref-179)
180. **- البقرة: الآية 232.** [↑](#footnote-ref-180)
181. **- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/104.** [↑](#footnote-ref-181)
182. **- انظر، ابن الهمام، فتح القدير،3/249.** [↑](#footnote-ref-182)
183. **- البقرة: الآية 221.** [↑](#footnote-ref-183)
184. **- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/158.** [↑](#footnote-ref-184)
185. **- الشوكاني: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، 1/224.** [↑](#footnote-ref-185)
186. **- الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، 2/379.** [↑](#footnote-ref-186)
187. **- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 245.** [↑](#footnote-ref-187)
188. **- انظر، محمد الزفزاف: الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1966، ص 112.** [↑](#footnote-ref-188)
189. **- القصص: الآية 27.**  [↑](#footnote-ref-189)
190. **- ابن العربي: أحكام القرآن، 3/1467.** [↑](#footnote-ref-190)
191. **- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 3/349.**  [↑](#footnote-ref-191)
192. **- البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13603. السنن الكبرى، 7/170.ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880. سنن ابن ماجه، 2/428.الترمذي: كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1101. سنن الترمذي 3/399.ابن حبان:كتاب النكاح، باب نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، حديث رقم 4075. صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، 9/386. الدارقطني: كتاب النكاح من السنن، حديث رقم 3514. سنن الدارقطني، 4/310.** [↑](#footnote-ref-192)
193. **- الصنعاني: سبل السلام، دار المنار، القاهرة، مصر، 2002،3/157.** [↑](#footnote-ref-193)
194. **- انظر، الجصاص: المصدر نفسه،1/402.** [↑](#footnote-ref-194)
195. **- أبو داود: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083. سنن أبي داود، 2/391-392. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1879. سنن ابن ماجه، 2/427.الترمذي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102. سنن الترمذي، 3/399-400.البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13599. السنن الكبرى، 7/169.الدارقطني: كتاب النكاح، حديث رقم 3520. سنن الدارقطني، 4/314.** [↑](#footnote-ref-195)
196. **- انظر،الشوكاني: نيل الأوطار،12/75.** [↑](#footnote-ref-196)
197. **- ابن قدامة: المغني، 9/346.** [↑](#footnote-ref-197)
198. **- انظر،الصنعاني: سبل السلام،3/158.** [↑](#footnote-ref-198)
199. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/249.** [↑](#footnote-ref-199)
200. **- انظر، ابن قدامة: المغني،9/345-346.** [↑](#footnote-ref-200)
201. **- ابن حزم: المحلى،9/454.** [↑](#footnote-ref-201)
202. **- ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي،حديث رقم1882. سنن ابن ماجه، 2/429.البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13634. السنن الكبرى، 7/178.الدراقطني: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 3535. سنن الدارقطني، 4/325.** [↑](#footnote-ref-202)
203. **- انظر، الصنعاني: سبل السلام،3/160.** [↑](#footnote-ref-203)
204. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج،3/198.** [↑](#footnote-ref-204)
205. **- انظر، محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 175.** [↑](#footnote-ref-205)
206. **- ابن قدامة: المغني، 9/346.** [↑](#footnote-ref-206)
207. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج،3/198.** [↑](#footnote-ref-207)
208. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،2/252.** [↑](#footnote-ref-208)
209. **- الكاساني: المصدر نفسه،2/247.** [↑](#footnote-ref-209)
210. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/284. واستثنى الحنفية من هذا الحكم ما إذا ولدت المرأة من الزوج فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عمن يربيه. انظر، العيني:البناية في شرح العناية،4/620.** [↑](#footnote-ref-210)
211. **- البقرة: الآية 232.** [↑](#footnote-ref-211)
212. **- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 1/402.** [↑](#footnote-ref-212)
213. **- انظر، أبو الحسين النيسابوري: أسباب النزول، دار التقوى، القاهرة، ص 48-49.** [↑](#footnote-ref-213)
214. **- البخاري: كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5130.الجامع الصحيح، 3/370.** [↑](#footnote-ref-214)
215. **- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/201. الصنعاني: سبل السلام،3/161.** [↑](#footnote-ref-215)
216. **- البقرة: الآية 234.** [↑](#footnote-ref-216)
217. **- الجصاص: أحكام القرآن ،1/400.**  [↑](#footnote-ref-217)
218. **- الرافعي: الشرح الكبير،7/527.**  [↑](#footnote-ref-218)
219. **- ابن العربي: أحكام القرآن،1/212.** [↑](#footnote-ref-219)
220. **- الجصاص: أحكام القرآن ،1/400.** [↑](#footnote-ref-220)
221. **- الأحزاب: الآية 50.** [↑](#footnote-ref-221)
222. **- الكاساني: بدائع الصنائع،2/248.** [↑](#footnote-ref-222)
223. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/190.** [↑](#footnote-ref-223)
224. **- البقرة: الآية 230.**  [↑](#footnote-ref-224)
225. **- الجصاص: أحكام القرآن ،1/400.** [↑](#footnote-ref-225)
226. **- الرافعي: الشرح الكبير، 7/526.**  [↑](#footnote-ref-226)
227. **- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/198.** [↑](#footnote-ref-227)
228. **- سبق تخريجه، ص 331.**  [↑](#footnote-ref-228)
229. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/248.** [↑](#footnote-ref-229)
230. **- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 3/159.** [↑](#footnote-ref-230)
231. **- النسائي: كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها،حديث رقم 5370. السنن الكبرى، 5/178.البيهقي: كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الثيب، حديث رقم 13680. السنن الكبرى، 7/191-192.** [↑](#footnote-ref-231)
232. **- الجصاص: أحكام القرآن، 1/401.**  [↑](#footnote-ref-232)
233. **- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 3/160.** [↑](#footnote-ref-233)
234. **- النسائي: كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، حديث رقم 5375. السنن الكبرى، 5/179-180. البيهقي: كتاب النكاح، باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة، حديث رقم 13752. السنن الكبرى، 7/212.** [↑](#footnote-ref-234)
235. **- الجصاص: أحكام القرآن، 1/402.** [↑](#footnote-ref-235)
236. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج ، 3/204.** [↑](#footnote-ref-236)
237. **- الأحزاب: الآية 6.** [↑](#footnote-ref-237)
238. **- الجصاص: أحكام القرآن، 1/402.**  [↑](#footnote-ref-238)
239. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/204.** [↑](#footnote-ref-239)
240. **- ابن قدامة: المغني، 9/345.** [↑](#footnote-ref-240)
241. **- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/11.** [↑](#footnote-ref-241)
242. **- انظر، الرافعي: الشرح الكبير،7/527.**  [↑](#footnote-ref-242)
243. **- انظر، الصنعاني: سبل السلام ،3/157.** [↑](#footnote-ref-243)
244. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/249.** [↑](#footnote-ref-244)
245. **- الرافعي: الشرح الكبير، 7/527.** [↑](#footnote-ref-245)
246. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/9.**  [↑](#footnote-ref-246)
247. **- انظر، ابن حزم: المحلى، 9/456. النووي: المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، السعودية، (دط،دت)، 17/244.** [↑](#footnote-ref-247)
248. **- الحجرات: الآية 13.**  [↑](#footnote-ref-248)
249. **- هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو من قبيلة الأوزاع، ولد سنة 88ه وتوفي سنة 157ه، أجمع العلماء على جلالته وإمامته وعلو مرتبته وكمال فضله، إمام مجتهد، له كتاب السنن في الفقه والمسائل. الذهبي: سير أعلام النبلاء، 7/107.** [↑](#footnote-ref-249)
250. **- هو أبو بكر محمد بن سيرين البصري، التابعي الكبير والإمام القدير في التفسير والحديث والفقه وتعبير الرؤى، ولد في خلافة عثمان-رضي الله عنه- وتوفي سنة 110هـ. الذهبي: سير أعلام النبلاء، تهذيب أحمد فايز الحمصي، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1، 1991، 1/170.** [↑](#footnote-ref-250)
251. **- انظر، ابن حزم: المحلى،9/455.** [↑](#footnote-ref-251)
252. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،2/247.**  [↑](#footnote-ref-252)
253. **- سبق تخريجه، ص 337.** [↑](#footnote-ref-253)
254. **- انظر، الصنعاني: سبل السلام،3/158.** [↑](#footnote-ref-254)
255. **- انظر،الشوكاني: نيل الأوطار، 12/92.** [↑](#footnote-ref-255)
256. **- سبق تخريجه، ص 338.** [↑](#footnote-ref-256)
257. **- انظر، النووي: المجموع شرح المهذب، 17/240-241. قال القرافي:"ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا رشيدة أو سفيهة أذن الولي أم لا". الذخيرة، 4/201.** [↑](#footnote-ref-257)
258. **- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 7/527. الصنعاني:سبل السلام، 3/158.** [↑](#footnote-ref-258)
259. **- سبق تخريجه، ص 336.** [↑](#footnote-ref-259)
260. **- انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل 6/455.** [↑](#footnote-ref-260)
261. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/247.**  [↑](#footnote-ref-261)
262. **- انظر، ابن قدامة: المغني، 9/346.**  [↑](#footnote-ref-262)
263. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع ، 2/242.** [↑](#footnote-ref-263)
264. **- سبق تخريجه، ص 336.**  [↑](#footnote-ref-264)
265. **- هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الفقيه الحنفي، نشأ بالكوفة، وطلب الحديث، ولقي جماعة من أعلام الأئمة، تفقه على أبي حنيفة وإبي يوسف. وصنف كتبا كثيرة منها: الجامع الكبير والجامع الصغير. الذهبي: سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسلة، بيروت، 1413ه، 9/134.** [↑](#footnote-ref-265)
266. **- انظر، السرخسي: المبسوط، 5/12. الكاساني: بدائع الصنائع ، 2/247.** [↑](#footnote-ref-266)
267. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع ، 2/249.** [↑](#footnote-ref-267)
268. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/283-284.** [↑](#footnote-ref-268)
269. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/620.**  [↑](#footnote-ref-269)
270. **- مسلم: كتاب النكاح، باب اسئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،صحيح مسلم،1/461. النسائي: كتاب النكاح، باب استئمار البكر في نفسها، حديث رقم 5355. السنن الكبرى، 5/172-173.** [↑](#footnote-ref-270)
271. **- انظر، ابن حزم: المحلى، 9/460-461.** [↑](#footnote-ref-271)
272. **- انظر، الرافعي: الشرح الكبير،7/527.**  [↑](#footnote-ref-272)
273. **- البقرة: الآية 230.** [↑](#footnote-ref-273)
274. **- البقرة: الآية 221.** [↑](#footnote-ref-274)
275. **- وقد ذهب إلى ترجيح رأي الجمهور كثير من الباحثين المعاصرين.انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص146-147.ناصر أحمد إبراهيم النشوي:موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005،ص 512-516.و عبد العظيم محمد الأجطل:المقاصد الشرعية في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مع القانون الوضعي في باب النكاح-أطروحة دكتوراه،كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006، ص 369. وأحمد بن سعيد بن محمد قليصي:ولاية المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير،كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2003، ص 105.** [↑](#footnote-ref-275)
276. **- انظر، محي الدين علي القرداعي: مبدأ الرضا في العقود، 1/312-313.** [↑](#footnote-ref-276)
277. **- الدليل على تذبذب المشرّع في هذه المادة أن القارئ لها قراءة بسيطة يتبين له أن المشرع قد أخذ بالرأي القائل بأنه يجوز للمرأة أن تنفرد بعقد زواجها بشرط إذن الولي -وهو رأي لبعض الفقهاء- فيكون إذن الولي هو المعبر عنه في المادة 11 بـ (حضور وليها)، فحضوره معناه؛ إذنه وموافقته، وإلا لما كان لهذا الحضور أي معنى. غير أنه بتحليل نص المادة كاملا واستقراء آراء الفقهاء في هذه المسألة يتضح أن مراد المشرع بحضور الولي مجرد إجراء شكلي؛ لأن للمرأة أن تختار أي شخصا بديلا عن وليها الأصيل.** [↑](#footnote-ref-277)
278. **- ألغيت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.** [↑](#footnote-ref-278)
279. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".**  [↑](#footnote-ref-279)
280. **- ذكر ابن الهمام في عدم اشتراط الولي في المرأة البكر البالغة العاقلة سبع روايات للحنفية. انظر،شرح فتح القدير، 3/246.ولم يأخذ المشرع الجزائري بواحدة منها، بل عمد إلى التلفيق بين أضعف الروايات عند الحنفية، مع عدم مراعاة ترتيب الأولياء من جهة القرابة، فسوّى بين الولي القريب والبعيد والأجنبي، بصرف النظر عن وجود الولي من عدمه، وهذا مخالف لما عليه الجمهور. والتلفيق هو: أن يأتي المقلد في مسألة ذات فرعين مترابطين فأكثر بكيفية لا يقول بها مجتهد ممن قلدهم في تلك المسألة. انظر، جابر عبد الهادي الشافعي: التلفيق بين الرفض والقبول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 21.** [↑](#footnote-ref-280)
281. **- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 1/312.** [↑](#footnote-ref-281)
282. **- يقول بها المالكية والحنابلة -في رواية- وسيأتي الحديث عنها عند ذكر اختلاف الفقهاء في تزويج الصغار بين الولي والوصي.** [↑](#footnote-ref-282)
283. **- المراد بالأبعد المؤخر في الرتبة، والمراد بالأقرب المتقدم فيها ولو كانت جهتهما متحدة.** [↑](#footnote-ref-283)
284. **- الشربيني: مغني المحتاج،3/208.** [↑](#footnote-ref-284)
285. **- ذهب الحنفية -في رواية- والحنابلة إلى أن الجنون غير المطبق لا يؤثر في الولاية. انظر، السرخسي: المبسوط،4/228.البهوتي:شرح منتهى الإرادات،5/133. أما الشافعية فتزول الولاية عندهم بالجنون غير المطبق، ولكن إذا كان زمن الجنون المتقطع قصيرا جدا لم تنتقل الولاية إلى الأبعد، حيث قالوا:"أو قصر زمن الجنون كيوم في سنة لم تنتقل الولاية بل ينتظر إفاقته كالإغماء". الشربيني:مغني المحتاج،3/208.** [↑](#footnote-ref-285)
286. **- لا تزول الولاية بالفسق عند الحنفية بخلاف الشافعية فإنها تزول.**  [↑](#footnote-ref-286)
287. **- قال ابن قدامة:"والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له".المغني، 9/367. وقال الشربيني:"لا ولاية لرقيق وصبي ومجنون أو مختل النظر بهرم أو خبل". مغني المحتاج، 3/207-208.** [↑](#footnote-ref-287)
288. **- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/558.** [↑](#footnote-ref-288)
289. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/277-279. العيني: البناية في شرح الهداية، 4/612-613.** [↑](#footnote-ref-289)
290. **- ابن رشد بداية المجتهد ،2/14-15. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/566.** [↑](#footnote-ref-290)
291. **- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 7/561.** [↑](#footnote-ref-291)
292. **- سبق تخريجه، ص 337.** [↑](#footnote-ref-292)
293. **- ابن قدامة: المغني،7/385.** [↑](#footnote-ref-293)
294. **- المعجم الوسيط، ص 607.** [↑](#footnote-ref-294)
295. **- البقرة ، الآية:232 .** [↑](#footnote-ref-295)
296. **- ابن قدامة: المغني، 9/383.** [↑](#footnote-ref-296)
297. **- الرصاع:شرح حدود ابن عرفة، ص 246.** [↑](#footnote-ref-297)
298. **- الكاساني: بدائع الصنائع،2/248.المواق:التاج والإكليل لمختصر خليل (بهامش مواهب الجليل)،3/439.الشربيني: مغني المحتاج،3/207. ابن قدامة: المغني،9/384.** [↑](#footnote-ref-298)
299. **- البقرة: الآية:232 .** [↑](#footnote-ref-299)
300. **- سبق تخريجه، ص 340.** [↑](#footnote-ref-300)
301. **- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/283.** [↑](#footnote-ref-301)
302. **- الولاية حق شرعي للولي كما هي حق للمولى عليه، لذلك يجب على الولي أن يستعملها على النحو المشروع، ولا يسيء استعمالها بحيث يضر بمصالح المولى عليه، فلا يمنعه من الزواج دون مبرر مشروع ودون وجه حق، وخاصة إذا كانت المولى عليها امرأة مطلقة، فلا يجوز له عضلها دون سبب مشروع. انظر: الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، ط1، 1989، ص 93.** [↑](#footnote-ref-302)
303. **- ابن قدامة: المغني، 9/384.** [↑](#footnote-ref-303)
304. **- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/15.** [↑](#footnote-ref-304)
305. **- الكاساني: بدائع الصنائع،2/248. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/232. الشربيني:مغني المحتاج،3/206. ابن قدامة:المغني، 9/384.** [↑](#footnote-ref-305)
306. **- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار،12/92.** [↑](#footnote-ref-306)
307. **- سبق تخريجه، ص 337.** [↑](#footnote-ref-307)
308. **- انظر، ابن قدامة: المغني،9/383.** [↑](#footnote-ref-308)
309. **- سبق تخريجه، 340.** [↑](#footnote-ref-309)
310. **- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار،12/92.** [↑](#footnote-ref-310)
311. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج،3/212.وابن قدامة: المغني، 9/383.** [↑](#footnote-ref-311)
312. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،2/248.** [↑](#footnote-ref-312)
313. **- انظر، ابن قدامة: المغني،9/383.** [↑](#footnote-ref-313)
314. **- ابن قدامة: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.** [↑](#footnote-ref-314)
315. **- الدسوقي: حاشية الدسوقي ، 2/232.** [↑](#footnote-ref-315)
316. **- انظر، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.** [↑](#footnote-ref-316)
317. **- الدسوقي: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.** [↑](#footnote-ref-317)
318. **- ابن قدامة: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.** [↑](#footnote-ref-318)
319. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع،2/250-251.** [↑](#footnote-ref-319)
320. **- القرافي: الذخيرة، 4/246.** [↑](#footnote-ref-320)
321. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/203 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-321)
322. **- راجع تفيصلا أكثر في ترتيب الأولياء عند الحنابلة .ابن قدامة: المغني، 9/ 355 وما بعدها. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/131 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-322)
323. **- القرافي: الذخيرة، 4/248.** [↑](#footnote-ref-323)
324. **- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/50.** [↑](#footnote-ref-324)
325. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/198.** [↑](#footnote-ref-325)
326. **- ابن قدامة: المغني،9/362-363.البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/133. وعبد الرحمن النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المطابع الأهلية للأوفست، القاهرة، ط1، 1978، 6/269.** [↑](#footnote-ref-326)
327. **- ولكن كيف يمارس رجل صالح من المسلمين هذه الولاية على الصغيرة دون إذن من أحد ؟ ويبدو في هذه الحالة إعطاء الولاية على الصغيرة لذوي الأرحام باعتبارهم من عامة المسلمين، ويزيدون عليهم بصلة القرابة، وتكون الولاية لهم الأقرب فالأقرب من الصغيرة. انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل ، 6/371.** [↑](#footnote-ref-327)
328. **- قد يتناسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري في حال العقد الجديد على المطلقة الراشدة- التي انقضت عدتها -وأرادت الرجوع إلى زوحها.** [↑](#footnote-ref-328)
329. **- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضـي ولي من لا ولي له".** [↑](#footnote-ref-329)
330. **- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".** [↑](#footnote-ref-330)
331. **- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"لا يجوز للولي أبا كان أو غبره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"** [↑](#footnote-ref-331)
332. **-سيأتي الحديث عن تزويج القاصر في مطلب شرط الأهلية.** [↑](#footnote-ref-332)
333. **-الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم.** [↑](#footnote-ref-333)
334. **- انظر، محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 178.** [↑](#footnote-ref-334)
335. **- هذه الولاية يسميها الحنفية "ولاية الحتم والإيجاب" أو الاستبداد. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره،ص 154.** [↑](#footnote-ref-335)
336. **- ولاية الإجبار لا تكون إلا للأب وكذا الجد وإن علا عند فقد الأب دون غيرهما من الأولياء، فإن الفقهاء قد استدلوا عليها بأن الحديث الذي دلّ على ولاية الإجبار، جعل الأب هو الذي يملكها، والجد أب إذ الأب يطلق على الأصل من الذكور، سواء كان أبا مباشرا أم جدا وإن علا، ولأن مناط ثبوت الولاية للأب هو الإيلاد، والإيلاد متحقق في الجد كما هو في الأب، ولذلك قالوا: يملك الجد ما يملك الأب من ولاية الإجبار بمقتضى حديث"والبكر يزوجها أبوها"، ومن حيث نص على أن التزويج للأب فلا يكون لغير الأب والجد تلك الولاية. انظر، محمد الزفزاف:محاضرات في الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، ص 131.**  [↑](#footnote-ref-336)
337. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/252. وانظر، محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 179 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-337)
338. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/241.** [↑](#footnote-ref-338)
339. **- العلة في ثبوتها على المرأة عند الشافعية هي البكارة فقط، أما المالكية فالعلة عندهم الصغر أو البكارة، ولذا فإنهم وافقوا الحنفية في ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة مطلقا حتى لو كانت أنثى ثيبا خلافا للشافعية، ووافقوا الشافعية في ثبوتها على البكر حتى لو كانت بالغة عاقلة خلافا للحنفية. انظر، سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 180.** [↑](#footnote-ref-339)
340. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/6.** [↑](#footnote-ref-340)
341. **- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/10-11.** [↑](#footnote-ref-341)
342. **- الرافعي: الشرح الكبير،7/525.** [↑](#footnote-ref-342)
343. **- يراجع ابن عابدين: رد المحتار، دار الفكر ، بيروت، لبنان، 1995، 3/61-88.** [↑](#footnote-ref-343)
344. **- ابن عابدين: المصدر نفسه، 3/80.** [↑](#footnote-ref-344)
345. **- ابن عابدين: المصدر نفسه، 5/ 228.** [↑](#footnote-ref-345)
346. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/83.** [↑](#footnote-ref-346)
347. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/207.** [↑](#footnote-ref-347)
348. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/82.** [↑](#footnote-ref-348)
349. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/207.** [↑](#footnote-ref-349)
350. **- ملغاة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.** [↑](#footnote-ref-350)
351. **- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة".** [↑](#footnote-ref-351)
352. **- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/15.** [↑](#footnote-ref-352)
353. **- وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن الأهلية.** [↑](#footnote-ref-353)
354. **- سبق تخريجه، ص 337.** [↑](#footnote-ref-354)
355. **- وقد سبق الحديث عن آراء الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشاتهم في اشتراط الولي في النكاح.** [↑](#footnote-ref-355)
356. **- إن إلغاء الوكالة يتماشى والتعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة بالنسبة للمرأة البالغة ما دامت قادرة على أن تتزوج مع من تختاره، وبحضور الولي الذي تختاره، غير أنه بالنسبة للزوج فإن إلغاء الوكالة قد يؤدي إلى القول أن في ذلك خرق لأحكام الوكالة.** [↑](#footnote-ref-356)
357. **- اتفق الفقهاء على مشروعية و جواز الوكالة في الزواج ، واختلفوا في إطلاقها وتقييدها. انظر، ابن قدامة: المغني، 9/363.** [↑](#footnote-ref-357)
358. **- وقد ألغى المشرع الجزائري الوكالة في عقد الزواج، وأجاز للمرأة أن تختار أي شخص وليا لها في تزويجها، وهذا الأخير ينطبق عليه وصف الوكيل لا الولي لعدم اكتسابه لأسباب الولاية المعروفة شرعا وقانونا.** [↑](#footnote-ref-358)
359. **- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 80.**  [↑](#footnote-ref-359)