جـــــــــامعة أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

ولاية القاضـــي في التزويج في القانون الأسرة الجزائـــري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص :

من تقديم الطالب:

- عبدلي ميعاد الدين
- دوادي الياس

تحت إشراف:

أ/د علي بودفع

لجنة المناقشة :

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
مجدوب كوثر	أستاذ محاضر	رئيسا
بودفع علي	استاذ تعليم عالي	مشرفا و مقررا
خريسي سارة	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان 2023

شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله.

اللهم وفقنا لما فيه الخير و عمل صالح تحبه و ترضاه، فالحمد لله الذي وفقنا في انجاز هذا العمل المتواضع و الذي يعتبر ثمرة مجهود سنوات الماضية واسئل الله المزيد من النجاح و التألق في تخصصي " لقوله تعالى (وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)".

يقول النبي ﷺ من " لا يشكر الناس لا يشكر الله" .

اتشرف بتقديم بالشكر الخاص و العرفان للأستاذ الوطر السيد علي بودفع الذي رحب بالعمل معه بسيماه المتواضعة و لقينا بالتحفيزات على بذل مجهود على امل ان يكون العمل على احسن وجه , و الى كل من ساعدني من قريب او بعيد ولو بكلمة كدعم معنوي لي .

فالشكر كل الشكر لكم جميعا و اطيب تمنياتي لكم .

إهـــــــــــداء

اتوجه بإهدائي هذا الى والداي قرة عيني حفظهم الله و راعهم لطالما اهتموا بمشواري الدراسي طيلة حياتي و الى باقي افراد عائلتي الى اخي و اخواتي سندي في دنياي و الى استاذي الفاضل السيد بودفع علي يما كان له الفضل في هذا العمل المتواضع و سهره عليه بنصائحه و تسهيلاته التي ساهمت بشكل مباشر في اتمامه، وفي الاخير الى اساتذتي اعضاء لجنة المناقشة الاعزاء المقبلون على مناقشة هذه المذكرة جزاكم الله كل خير.

ميعاد

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما و أرضاهم عنا في الدنيا والآخرة

و كذلك إلى إخوتي

وإلى كل من ساعدني في مسيرتي الدراسية ولو بكلمة طيبة

إلياس

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد :

الزواج، عند المسلمين، آية من آيات الله و يتجلى ذلك في قوله تعالى: [وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً] (سورة الروم: الآية21).

وايضا في قوله [هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ۖ فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ ۖ فَلَمَّا أَثْقَلَت دَّعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ] (سورة الاعراف : الآية 189).

كلمة الزواج في اللغة العربية تعني الاقتران فيقال زوج بشيء اي قرن به واصبح شيئا واحدا.

ويقصد به اصطلاحا هي العلاقة الشرعية التي تربط الرجل و المرأة بهدف تكوين اسرة.

فالزواج في الإسلام هو أساس الأسرة التي بالتالي هي أساس المجتمع، وله حكمة وآداب نجدها في القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة، وذلك دليل على أهمية الزواج في الإسلام وارتباطه بقواعد وسنن معينة يجب أن يتبعها المسلم كي يعيش حياة هانئة وبذلك تتحقق مقاصد الشريعة من عقد الزواج.

جاء الاسلام بشريعة تضمن فيها الحقوق ومن بينها حقوق المرأة في الزواج، قبل ذلك كان الاب يتولى امور الزواج عن ابنته فهو الذي يختار لابنته زوجا ولا يسع للبنت ان ترفض او تختار غيره سواء كانت كبيرة أو صغيرة بكرا أو ثيبا لا رادة لها فسلطته كانت

مطلقة ، حتى ظهر اسلام وكفل لها حقوقها فتشارك الرجل في مقاومات الحياة وبهذا فقد كان له دور كبير في تغير حياة المرأة ونظر اليها على ان لها مكانة ضمنها لها الاسلام في المجتمع خاصة في الزواج بحيث اصبح وليها يأخذ اذنها فيه.

اهمية الدراسة :

تأتي أهمية هذا الموضوع من عدة أمور، منها:

1- أن هذا الموضوع يتعلق مباشرة بالحياة الاجتماعية للفرد، وهذا الامر يستدعي جانت كبير من الاهتمام

2- استجلاء آراء الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بالولي وفي حالة غيابه وعضله وترتيب الأولياء.

3- أن الولاية في النكاح يترتب عليها في بعض الأحيان فساد النكاح أو بطلانه.

اسباب اختيار الموضوع :

1- تطلع اكثر في موضوع مركز الولي لما اثار جدلا واسع بين الفقهاء.

2- شعري باهمية الموضوع خاصة و انه يحاكي الواقع .

3- الموضوع يتسم بالحداثة و قلة الباحثين فيه.

صعوبات التي تلقيناها اثناء الدراسة:

1- ضيق الوقت.

2- قلة المراجع و مصادر التي استطعنا الحصول عليها.

3- صعوبة التنقل للبحث اكثر حول المراجع.

الدراسات السابقة : بعد البحث و الاستقراء و الاطلاع المتكرر حول موضوعنا في مختلف مراجع لم نجد بحث بعنوان بحثنا حسب قدرتنا وان كانت بعض من الدراسات التي تتناول بعض الجوانب التي تخص بعضا من بحثا كدور القاضي في تزويج فلم نجد من قد تحدث حول هذا الموضوع بشكل مفصل.

الدراسة الاولى: شرط الولي في عقد الزواج المراة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، سمير شيهاني، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ميلود، معمري، تيزي وزو، 2014.

تناول فيها شرط الولي في القانون الجزائري مقارنا ببعض القوانين العربية والاجنبية وتطرق الى دور الولي في الزواج من الناحية الفقهية .

الدراسة الثانية : ولاية التزويج في الفقه الاسلامي و القانون المقارن – مذكرة مراح سعيد – جامعة عبد الحميد بن بديس – كلية الحقوق و العلوم السياسية – تخصص قانون خاص

يتحدث في الفصل الاول على الولاية في الفقه اسلامي و التشريعات العربية المقارنة ,اما عن الفصل ثاني ففي دور الولي في التزويج.

الدراسة الثالثة : مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري – دراسة مقارنة – مذكرة ديري دليلة ؛ شنة سعاد – جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية– كلية حقوق و العلوم السياسية – تخصص قانون خاص

الفصل الاول ذكر في الفصل الاول الولاية في عقد الزواج وفقا للفقه الاسلامي ؛ فالفصل الثاني عن الولي في عقد الزواج وفقا للقانون الاسرة الجزائري.

الدراسة الرابعة : احكام و ظوابط الولاية في الزواج بين الفقه و القانون – مقال د. عبد القادر رحال – جامعة الجزائر 1

يتحدث المقال عن تعريف الولاية وانواعها و اقسامها وعن ولاية تزويج المراة في القانون اسرة الجزائري والزواج بالإكراه وحدود سلطة الولاية على المرأة وما رأي الفقهاء في اثر زواج بالإكراه و عضل الولي.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة دراستنا فيما للقاضي أن يكون وليا في عقد الزواج وهل القانون اقر بولايته ومتى امكنه ذلك؟

المنهج المتبع في الدراسة :

لأهمية الموضوع قررنا استخدام مناهج التالية ، المنهج التحليلي من بين مناهج التي تبنيناها خاصة لما يتطلب هذا الموضوع مت تحاليل لنصوص القرآنية وكذا النصوص القانونية والتي تعلقت بالولاية بشكل عام حتى يتسنى لنا فهم دقيق لما تحمل هذه النصوص من معاني، كذلك منهج التطبيقي والذي يستدعي احكام صادرة من المحاكم لتشهد حول الموضوع ، واما ثالثا فالمنهج الوصفي الذي استغنى به في حل الاشكالية التي دارت حولها الاطروحة و توصل الى مفهوم الولاية بشكل عام و دور القاضي في عقد الزواج في القانون الجزائري.

خطة البحث:

المبحث الاول : ماهية الولاية في عقد الزواج

المطلب الاول : تعريف الولاية و الصيغة القانونية القانونية لها

المطلب الثاني : انواع الولاية و شروطها

المبحث الثاني : ولاية القاضي في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الاول : العمل الولائي لقاضي شؤون الاسرة

المطلب الثاني : القاضي في مجال الاحوال الشخصية.

المبحث الأول:

ماهية الولاية في عقد الزواج

اختلف في امر الولاية العديد من الفقهاء التشريع الاسلامي تبعا لما ورد في النصوص التي تحدثت عنها، بعض منهم اعتبرها ركنا واخرين قالوا شرطا و كل منهم استدل بحججه ونتيجة لتأثر الجماعة الاسلامية بثقافات دخيلة على المجتمع زاد امر جدال الولاية فددوا بضرورة التعديل في التشريع الذي يحكم النظام الاسري بحجة التعايش مع ما هو جديد و نبد وراء الظهور ما هو قديم الذي قيد من حرية المرأة وبمصدقه على بعض الاتفاقيات الرضا وسيد او وبالضغوطات دفع المشرع الجزائري لتعديل في قانون الاسرة الجزائري و خاصة دور الولي في عقد الزواج.

الولي كان ركنا في عقد الزواج في قانون 1984 حيث لا يصح الزواج بدونه لا يمكنه ممارسة ولاية الاجبار على المرأة وهو ما ورد في الفقه الاسلامي أما في تعديل 2005 والذي جاء فيه الولي كشرط من شروط الزواج و ينتج عن عدمه بطلان العقد ، وبهذا فقد الغى المشرع ولاية الجبار مع سماح لولاية الاختيار فقط .

و سبب وراء هذا الاتفاقيتين سابقا الذكر 1996 والتي نددتا على ضرورة عدم ممارسة هذه الولاية لأنها تظهر تعسف في حق المرأة وهو ما ادى بالمشرع الى ايجاد راي فقهي بجواز تزويج المرأة الراشدة لنفسها واخد بالإحناق في مادة 11.

المطلب الأول:

تعريف الولاية و صيغة القانونية لها

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة وإصطلاحا

أولا / تعريف الولاية لغة :

من ولي الشيء و وولى عليه ولاية وولاية ، وقيل الولاية الخطة كالإمارة والولاية، ولقد اوليته الأمر ووليته إياه، وتولى شيء لزمه . قال سيبويه : " الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الامارة والنقابة ، لانه اسم لما توليته وقمت به " [1] .

الولاية ماخوذة من الفعل "ولي" بفتح واو وكسر اللام ، وهي بكسر الواو: الولاية فتأتي إما بمعنى النصرة والمحبة ، و الولي هو الناصر والمحب و المعين أو بمعنى القائم بأمر الشخص و المتولي لشؤونه، و كلا المعنيين مراعى في الولاية؛ لانها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة كما تحتاج الى نصرة المولى عليه والنسب أدعى الى تحقيق هذا[2].

و قوله تعالى " إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَّنَصَرُوا أُولَٰئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۚ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا"[3] .

ومن الناحية القانونية جاء في الكتاب الثاني لقانون رقم84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم حيث ورد في نص مادة 81 من الفصل الاول للكتاب " من كان فاقد الأهلية أو نقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو

---

[1] انظر : عبد القادر رحال ، احكام و ظوابط الولاية في الزواج بين الفقه و القانون ، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود و التصرفات في القانون الخاص ، جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، الجزائر ، 2021 ، ص04.

[2] محفوظ بن صغير ، " ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة العدد الثامن ، مجلد الثالث ، 02 مارس 2018 ، ص33.

[3] سورة الانفال ، الآية 72.

سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، فالولاية جاء ذكرها أيضا في القانون حيث اعطى المشرع سلطة تخول فيها الولي بالقيام بتصرفات قانونية لشخص اخر[1].

ثانيا / تعريف الولاية اصطلاحا

ورد في تعريف الولاية بعض التعريفات التي اثارها الفقهاء و جاء اصطلاحا ما يلي :

" سلطة شرعية تخول لصاحبها انشاء العقود و التصرفات و جعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه او كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة[2].

وجاء ايضا " هي حق منحته الشريعة لبعض الناس ، يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره ، سوى رضي به ذلك الغير ام لم يرضى ، وسببه احد الامرين ، اما عجز الذي ينفذ عليه القول او صور اهليته عن ترف في ذال الشيئي الممنوح له "[3].

و قيل بانها "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"[4].

الفرع الثاني: الصيغة القانونية للولاية

اختلف الفقهاء في طبيعه الولي في عقد الزواج فاعتبره المالكية والشافعية والحنابلة شرط صحة وقد استدل جمهور الفقهاء على ان الولاية شرط من الشروط الضرورية في الزواج اعتمادا على الأدلة التالية : من القرآن : قوله تعالى " وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ

---

[1] مادة 81 قانون اسرة الجزائري.

[2] محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص33

[3] صادق سالم ، الولي في الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، بسكرة ، الجزائر ، ص5.

[4] عبد القادر رحال ، المرجع السابق ، ص4.

وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُم"[1], و قوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ" [2].

فنلاحظ من تفسير هذه الايات ان الزواج حق شرعه الله و امر به فمن خالف ذالك فاثمه عليه و ان في زواج خير و في ذالك خطاب مباشر للاولياء بالنهي عن منع المراة عن الزواج بالكفئ الذي ترغب به.

و لو قال عبارة النساء لا تنفع في عقد الزواج لقال : فلا تعضولهن ان تنكحوهن ازواجهن[3]. ووجه الدلالة في الاية أن الله تعالى يخاطب اولياء النساء فينهاهم عن منعهن من الزواج بمن يرضينه لانفسهن زوجا, فلو لم يكن لهؤلاء الاولياء حق المنع لما كان خاطبهم بمثل هذا الوجه لانه كان يكفي ان يقول النساء اذا منعتن من الزواج فزوجوا انفسكن وقد فسرها الشافعي انه اصلح اية في الدلالة على ضرورة الولي.

والخطاب في هذه الاية موجه الى الاولياء فكان دليلا على ان المرأة لا يحق لها تزويج نفسها ولا ان يتزوج غيرها وانما الذي يزوجها هو وليها.

و قوله تعالى " وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ"[4].

من السنه: فقد روي ان ابي هريره رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال:" لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"

وربما هذا الحديث اقوى ما استدل به جمهور الفقهاء على ضرورة الولي, وهذا لوضوح الحديث وعبارته الصريحة.

---

[1] سورة النور، الاية 32.

[2] سورة البقرة ، الاية 231.

[3] عبد الرحمن الجزيري ، "الفقه على المذاهب الاربعة" ، منشرات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2003، ص49.

[4] سورة البقرة ، الاية 221.

وقوله ايضا عليه الصلاه والسلام:" لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل" [1]

ودليلهم من هذا الحديث واضح حيث يفهم من عبارته الصريحة نفي صحة الزواج وبطلانه بدون ولي

وفيما رواه الزهري عن عائشة رضي الله عنها وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال:" ايما امرأة نكحت نفسها بغير وليها باطل, فنكاحها باطل, فنكاحها باطل"[2].

وعلى خلاف جمهور الفقهاء الذين يرون أن الولي في الزواج اعتبر ابو حنيفة النكاح صحيحا اذ تم بدون ولي وبالتالي هو ليس شرطا من شروط الصحة, فاعتبر علماء الحنفية

الولاية في الزواج بالنسبه للمرأة او غيرها ليست شرطا من شروط الصحة وليس ركرا في عقد الزواج لذلك يسميها علماء الحنفية ولاية الاستحباب اي ان المرأة العاقلة البالغة تستطيع ان تزوج نفسها سواء كانت ثيبا او بكرا وذلك متى كان المهر مهر المثل والزوج كفئا لها وفي حالة تخلف هذين الشرطين اعطى لوليها حق الاعتراض والمطالبة بفسخ النكاح وقد اعتمدوا على الادلة التالية :

من الكتاب: قوله تعالى:" فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"[3].

ووجه الاستدلال في هذه الاية انه ان طلق الزوج زوجته فيمكن ان يراجعها بعد ان تتزوج برجل غيره ولكن هنا زواجها من الزوج الثاني يكون بدون اشتراط الولي.

من السنة : حديث ابن عباس رضي الله عنه– من ان جارية بكرا اتت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت اباها زوجها وهي كارهها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم– من هذا الحديث يثبت بان شرط الولي ليس اساسي في عقد الزواج.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص13.

[2] الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، "صحيح سنن أبي داود" ، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع،
الكويت،2002، ص320.

[3] سورة البقرة ، الاية 229.

وقوله تعالى في الاية الثانية:" فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ "[1].

ووجه الاستدلال في هذه الاية على عدم اشتراط الولي في النكاح انها تضمنت النهي عن التريث عليهن فيما قد يفعلنه في انفسهن دون اوليائهن بما هو متعارف ولكن يكون ذلك الفعل الا عقد النكاح

لأيم هنا نعني بها الإمرة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا. و الاستدلال في هذا الحديث واضح في عدم اشتراط الولي في الزواج و أن للمرأة الحق في تزويج نفسها من غير وليها.

اهلية الزواج, الصداق, الولي ,الشاهدان, انعدام الموانع الشرعية للزواج.

غير أن المشرع الجزائري بين الطبيعة القانونية للولي من خلال المادة 9 مكرر من ق أ الجديد حيث نصت على " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتي: أهلية الزواج، الصداق ،الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"[2].

أيضا ما جاء بنص المادة 11 المعدلة من ذات القانون جاء فيها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال

بأحكام المادة (7) من هذا القانون "[3]، و من خلال هذا يتبين لنا و لأول وهلة أن المرأة هي التي تباشر عقد زواجها أما وليها فيشاركها بحضوره لعقد الزواج، و من ثمة إذا تخلف هذا الولي فلن يؤثر بأي شيء على عقد زواج ابنته لان حضوره لعقد الزواج اختياري لا إجباري باعتبار أن المرأة راشدة تعرف ما ينفعها و ما يضرها، كذلك جاء في نص المادتين المعدلتين 33,32 التي نصها على التوالي بان وجود اي مانع من موانع الزواج او شرط يتنافى باي شكل من الاشكال التي يتطلبها العقد ,يبطل الزواج و اما المادة 33 من

---

[1] سورة البقرة ، الاية 234.

[2] انظر: قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، ، ج ر ، العدد 15، ص20.

[3] قانون رقم 84-11 المرجع السابق ، ص20.

نفس القانون تكلمت عن بطلان الزواج حين اختلال و عدم وجود ركن الرضا او حتى الزواج بدون شاهين او صداق و ولي اذا وجب فكل اركان زواج واجبة و يثبت بعد دخول بصداق المثل [1].

المشرع رتب الفسخ في حالة ما إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه أي أثناء ولايته على القصر، أما في ولايته على المرأة الراشدة فوجوده كعدم وجوده في عقد الزواج و بما انه رتب الفسخ بأنه اعتبر الولي شرط صحة لكن عكس الرضا الذي نص عليه صراحة بأنه يبطل عقد الزواج احتل ركن الرضا.

المطلب الثاني

انواع الولاية وشروطها

الفرع الاول: انواع الولاية

يقوم الإنسان بعدة تصرفات إما تكون متعلقة بشخص المولى عليه فتشمل القيام بشؤونه مثل تعليمه وتزويجه، وتسمى الولاية على النفس، وإما أن تكون متعلقة بمال المولى عليه فتشمل إيجاره ، والبيع والشراء بأمواله لمصلحته ، وتسمى هذه الولاية على المال ، فهذه أنواع الولاية باختصار ، والذي يهمنا هنا هو الولاية على النفس وهي ولاية منذ ولاده الطفل حتى انتهاء حضانته وانضم إلى من له الولاية على نفسه ، وذلك ليقوم على إتمام تربيته التي تبدأ بالحضانة ليعمل على حفظه وحمايته حتى تنتهي مده هذه الولايه كما يمكن أن يتولى عقد زواجه .

والولاية على النفس قد تكون قاصرة وقد تكون متعدية فالولاية القاصرة يكون لصاحبها حق تزويج نفسه وغيره.

[1] المرجع السابق ، ص21.

اولا/ الولاية الشرعية:

مصدرها الشرع ابتداء كولاية الأب على ابنه والجد على حفيده وفي هذه الحالة يمكن تسميتها بالولاية الشخصية لأنها مستمدة من الغير انما هي ثابتة له شرعا بمقتضى صفة القرابة باعتباره من العصبة فهي ملازمة للولي فلا يصح منه التنازل عنها أو اسقاطها، وكان حق الغير قد تعلق بها إلا أن يوجد سبب لإسقاطها فهذا يقرره الشرع والقانون مثلا كان مجنون وذلك لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم:" انت ومالك لأبيك."[1]

ثانيا/ الولاية المتعدية:

هي سلطه ثابتة يتم بمقتضاها تنفيذ اقوال وتصرفات الولي على المولى عليه جبرا، وهدف الولاية، هو تمكين في تعليم المولى عليه والقيام بشؤونه والتصرف في أمواله على أساس من المصلحة واللإعتبار.ولها ثلاثة اقسام كالتالي:

1 /الولاية على النفس: وهي للأب عند عدمه ولا يملكها غيرهما من الأقرباء فهي تشتمل كل ما يحتاج إليه القاصر من عناية و رعاية و من ذلك:

- التأديب و لتهذيب و تعويده على الأخلاق الحسنة وأبعاده عن رفاق السوء ومواطن الفساد.
- رعاية صحته و نموه الجسمي و حمايته من الأمراض وعلاجه منها.
- تعليمه و تثقيفه في المدارس التي تتولى ذلك أحسن وجه .
- توجيهه إلى حرفة يكسب بها معيشة حتى لا يكون عالة على المجتمع.
- الإشراف على زواجه واختيار من يتزوج بها. فهذه الولاية تكون للأب ثم للجد العصبي ثم لأقاربه من العصب

2 /الولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر بحفظ ماله و تنميته و انتقاء حقوقه والإنفاق عليه بما تقتضيه مصلحته و حاجاته .

[1]–عيسى حداد،عقد الزواج ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعية، باجي مختار ، عنابة ، 2006 ، ص 114 – 115 .

فعقد الزواج من عقود الولاية على النفس و عليه يقتصر موضوع البحث على الولاية المتعدية بالولاية على النفس التي تخول لصاحبها سلطة إبرام عقد الزواج والولاية على النفس يتولاها الأقربون من العصبات كقرابة الأب إن وجدت أو الأم أو الأقارب ذوي الأرحام.

و قد نصت الشريعة الإسلامية على شرط الولاية وفقا لمصادر الاستدلال التالية :

في القران الكريم قوله تعالى: " فانكحوهن بإذن أهلهن[1] و جاء في الحديث الشريف: "لا نكاح إلا بولي[2].

3/ تنوع الولاية على النفس و إلى ولاية على المال: فالولاية على المال هي القدرة على مباشرة التصرفات المالية، التصرف نافذا.

الولاية على النفس تتمثل في أمرين:

1/ في التربية و الحفظ أي شؤون الرضاعة و الحضانة و الضم و ما يتعلق بها .

2/ في التزويج الولي هو أبو الزوجة أو الوصي أو الأقرب من عصبها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا نكاح إلا بولي " و قول عمر رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السطان"[3] و رأي الجمهور أن النكاح لا يصح إلا بولي، و لا تملك المرأة تزويج نفسها و لا غيرها، و لا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت و لو كانت بالغة عاقلة رشيدة لم يصح النكاح، و هو رأي كثير من الصحابة رضي الله عنهم ، و من أدلتهم: حديث الرسول صلى الله عليه وسلم السابق الذكر " لا نكاح إلا بولي".

---

[1] سورة النساء ، الآية 25. .

[2] عيسى حداد، مرجع سابق، ص 115.

[3] أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 2004 ، ص 15.

ثالثا/ ولايه الغير:

مصدرها الغير كولاية الوصي والوكيل والقاضي، حيث ان الولي يستمد سلطته على المولى عليه من الموصى كوصية الأب أو الجد مثلا وقد تكون الولاية عامة كولاية القاضي والسلطان عملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم:" السلطان ولي من لا ولي له". وسلطة الولي على المولى عليه ليست بدرجة واجبة، وقد تكون ولاية الشخص على غيره قوية وقد تكون ضعيفة، فهي قوية، إذا كانت تخول لمن يمارسها إجبار المولى عليه على التزويج والختان حتى في غير الحالات المادية ما دام الولي يعتقد أن ما يقدم عليه يعود بالمصلحة والنفع على المولى عليه، لكن ما يهمنا في هذا الموضوع هو الولاية في عقد الزواج على أساس أن الولاية في العقد لها أهمية وهذا ما يمكن إبرازه مع تبيان ما يترتب عليها من نتائج عند سقوطها أو تخلفها أي إبرام عقد الزواج بدون حضور الولي[1].

الفرع الثاني/ شروط الولي:

المشرع أحجم عن وضع نص لتحديد الشروط الواجب توافرها في من يكون وليا في عقد النكاح وعند سكوت المشرع علينا بالرجوع إلى القواعد العامة لضبط شروط الولي لأنه ليس كل ولي صالح لإبرام عقد الزواج، بل لابد من توافر شروط خاصة في الولي الذي يتولى عقد الزواج وقد بين الفقهاء هذه الشروط المطلوب توافرها في الآتي :

أولا/ الأهلية:

تعتبر من الشروط المتفق عليها وتعتبر الأهلية من الشريعة الاسلامية هي صلاحية الشخص للإلزام، والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن يلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره، أما الأهلية في القانون فهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات غير أن الأولى منها تلقي الحقوق تثبت للشخص منذ ولادته أداء الواجب تتدرج

[1]–عيسى حداد، مرجع سابق، ص 118 – 119.

بتدرج السن وتتأثر بالعوارض التي قد تعترض الشخص في حياته وإذا لم تتأثر بعوارض يكون لصاحبها الحق في القيام بشؤونه وشؤون غير ، إما ناقص الأهلية مثل السفيه والمميز الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد في المادة 40 من ق م التي تنص على ان:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد[19] سنة كاملة" أما عديم الأهلية كما لو كان صغير السن ولم يبلغ من العمر 16 سنة وفقا لما جاء في المادة 42" لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغره في السن اوعته او جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة"[1].

ثانيا / إتحاد الدين: كذلك يعتبر من الشروط المتفق عليه.

يشترط في الولي أن يكون مسلما فلا ولاية لغير مسلم وذلك لقوله تعالى:" لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[2]. لأن الزواج في نظر الشريعة الإسلامية عقد دين يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية لا تتوقف أثارها على أطراف العقد بل تتعداها إلى المجتمع وهذا كله خاص بزواج المسلمة من المسلم لأن ولاية الكافر لا تصح وهذا بنص الآية الكريمة:" والذين كفروا بعضهم أولياء بعض"[3].وقوله تعالى:" لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين[4].

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء وأهمية هذا الشرط تستمد من كون الولاية رعاية مصالح المولى عليها المبنية على الرحمة والمودة وهي صفات لا يمكن تصورها بين عدوين في العقيدة[5].

---

[1] مرجع السابق ، ص 143 .

– [2]سورة النساء ، الآية 41.

[3]–سورة الأنفال ، الآية 73 .

[4]– سورة آل عمران ، الآية 28.

[5]– عيسى حداد ، مرجع سابق ، ص 144 ، 145.

وقد منع جلَ شأنه التقارب بين الكافر والمؤمن في قوله تعالى:" ولا تمسكوا بعصم الكوافر"[1] ، وهذا ما سلكه المشرع الجزائري عندما منع الزواج بين المسلمة وغير المسلم لكي لا يعلو الزوج على زوجته ويتسلط عليها لهذا نص المشرع في المادة 30 ف1 ق أ :" يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة ، و المطلقة ثلاثا ، كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع زواج المسلمة الغير المسلم" كما نصت المادة 32 من ق أ الأسرة على أن:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيا العقد" في هذه الحالة يفسخ العقد إن إرتد الزوج، وذلك لمنع حصول ولاية الرجل على المراة كولاية السلطان على الرعية،لأن مركز الرجل أقوى من مركز المرأة فيعلو بكفره على إسلامها وفي ذلك إهانة لها ولعقيدتها وحتى تنطبق الآية" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض[2]

لذا منع المشرع الجزائري زواج المسلمة بكافر سواء كان كافرا قبل العقد أو بعده وهذا تطبيقا لأحكام الشريعة الاسلامية التي تشترط أن يكون الولي في عقد الزواج مسلما وطبقا للحديث:" الإسلام يعلو ولا يعلى عليه". ويستثني من ذلك الإمام أو نائبه لأن له الولاية العامة على جميع المسلمين [3].

ثالثا/ العدالة:

فهي تعتبر من الشروط المختلف فيها من قبل الفقهاء في هذه الحالة المشرع الجزائري قد فرض هذا شرط وأن لم يكن واضحا في صلب النصوص القانونية فالمشرع لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الولي ولأن المادة 222 تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند إنعدام النص كان هذا شرط محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من أشترطها ومنهم من أسقطها ولكل فريق حجته فالإمام أحمد والشافعي يران ضرورة العدالة في الولي

---

[1]– سورة الممتحنة، الآية 10 .

[2]–– سورة الأنفال، الآية 73.

[3]– عيسى حداد ، مرجع سابق ، ص 145 .

مستدلين بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" لا تنكح الأيم الأيم حتى تستأنس ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها قال : أن تسكت" [1]. لان الولي لا يكون موصوفا بالرشد إلا إذا كان عادلا أمينا في ذاته، ثم أساس هذه الولاية هو مراعاة مصلحة المولى عليها وغير عادل قد لا يراعى ذلك وبالتالي يحرم من هذه الولاية والإمام مالك وأتباعه لا يعتدون بشرط العدالة في الولاية ويرون أن الفاسق يتمتع بالولاية الكاملة على نفسه حيث يزوج نفسه ويتصرف في أمواله ولا مانع من أن يتولى أمر غيره لأن مناط هذه الولاية هو النفقة بأولاده ولا يحول دون رعاية مصلحة قريبته وإن كان أصحاب هذا الرأي في الأخير قيدوا تنفيذ زواجه لإبنته أو من في ولايته شروط هي :

- أن يكون الزوج كفئا لها
- ان يكون لها مهر المثل[2].

رابعا/ الذكورة:

تعتبر الذكورة شرط عند جمهور الفقهاء إلا الحنفية ،فعندهم روايتان منهما ، أنه يجوز مباشرة البالغة العاقلة زواجها وزواج غيرها مطلقا ، وذلك لأنها تصرفت في خالص حقها لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في اها التصرف في المال وإختيار الأزواج .

وقول الجمهور باشتراط الذكورة في الولاية لأنه يشترط فيها الكمال والمرأة ناقصة وقاصرة فلا تصح ولايتها ولا تملك تزويج نفسها ولا غيرها من باب أولى[3].

---

[1]- أبي عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، ط 3 ، دار عباد الرحمان ، مصر ، 2008 ، الحديث رقم 5136 ، د ص.

[2]– عيسى حداد ، مرجع سابق ، ص 146

[3]–– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة ، قدمت هذه الرسالة أستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير ، تخصص الفقه المقارن ، كلية الشريعة والقانون ، غزة ، 2006 ، ص 47 .

المبحث الثاني:

ولاية القاضي في قانون الاسرة

المطلب الاول :

العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة

الفرع الأول: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها

من خلال تعريف الولاية نجد أنها تختلف عن الأنظمة التي تدخل ضمن النيابة الشرعية من وصاية وقوامة وكفالة

ويكمن هذا الاختلاف من حيث الأسباب و الشروط و الآثار، ومن حيث أحقية كل من الوصي و القيم والكفيل في ممارسة الولاية و هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع حسب ما يلي:

أولا/ تمييز الولاية عن الوصاية:

تعتبر الوصاية نظام لرعاية أموال القاصر فهي شبيهة بالولاية فكلاهما يهدفان إلى حماية أموال القاصر إلا أنهما يختلفان من حيث الأساس، فتعتبر الولاية أساسها القرابة والشفقة فلا تكون إلا للأب والأم والجد الصحيح، وإذا لم يوجد استحال تطبيق نظام الولاية.

واستلزم الأمر الأخذ بنظام الوصاية أي تعين شخص تتوافر فيه شروط معينة، والتي تهدف بدورها إلى حماية ورعاية ثروة القاصر واستثمارها في الأوجه التي تعود علية بالمنفعة[1].

نظم المشرع الجزائري أحكام الوصاية في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة

[1]–نواري منصف، الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015 ، ص

الشرعية وذلك في المواد 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري[1] وذلك مباشرة بعد تنظيمه لأحكام الولاية. بعد استقراء النصوص القانونية الخاصة بنظام الوصاية التي أقرها المشرع الجزائري، يمكن استخلاص بعض نقاط الاختلاف بينهما والتي تتمثل فيما يلي:

الولاية أعّم من الوصاية، وذلك لأن الولاية تكون على النفس والمال، في حين تكون الوصاية على المال غالبا.ً

الولاية أقوى من الوصاية ، وذلك لأن الولاية مستمدةٌ من الشارع ، وتثبت للعصبات الأقرب فالأقرب [2]، وليس لهذا الشخص حق التنازل عنها ومثال ذلك ولاية الأب فولايتها ثابتة بسبب الولاية أما الوصاية فلا تملك هذه القوة إذ أن الوص ّي يستمّد وصايتها من إذن الأب أو الجّد أو القاضي [3].

لا يستطيع أحد أن يعزل الولي بلا سبب شرعي، أما الوصي فيجوز للموصى أو القاضي عزلها متى شاء .

كما يجوز تعدد الأوصياء من نفس الدرجة والتصرف، أما الأولياء فإن الأقرب يحجب الأبعد من التّدخل في الولاية، وله الحق وحده في التصرف بالولاية [4].

الولاية ذات طابع شخصي وإجباري وتمارس مجانا عت لحماية القاصر، أما الوصاية ليست إلزامية والوصي مطلق الحرية في القبول والرفض .

بالرغم من الاختلاف الموجود بين هذين النظامين إلا أنهما يشتركان في أنهما ُشرعا لحماية أموال القاصر ورعايتها أساسا من التلف والضياع والهلاك .

---

[1]– المواد من 92 إلى 98 من القانون 84–11، مؤرخ في 09 جوان سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ج.ج ، عدد 24 ، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005 .

[2]– نضال محمد أبو سنينة الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2011 ، ص 41

[3]– نضال محمد أبو سنية ،المرجع السابق ، ص 41.

[4]– فراس وائل طلب أبو شرخ ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي ، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير ، كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي ، جامعة الخليل ، فلسطين ، 2008/2007 ، ص 81.

ثانيا /تمييز الولاية عن الكفالة :

أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة كحل بديل لتحريمه نظام التبني الذي كان معمولاً به في الجاهلية، بحيث تناولها في المواد 116 إلى 125 من ق أ ج[1]، ومن خلال دراستنا لهذه المواد توصلنا إلى أهم الفروقات الموجودة بينهما والتي تتمثل فيما يلي: -إن الكافل قد يكون قريب أو بعيد عن المكفول، في حين أن الولاية تكون للأب أو الأم على الأولاد وذلك لوجود صلة الدم.

إضافة إلى أن الكفالة تثبت بعقد شرعي أمام الجهة الرسميّة، بخلاف الولاية التي تثبت بقوة القانون. رغم الاختلاف الموجود بين الولاية والكفالة إلا أنهما يتفقان من حيث تعلقهما بالقاصر[2].

ثالثا / تمييز الوصاية عن القوامة:

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

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

---

[1]- قانون رقم ، 84-11 ، مرجع سابق .

[2]- ديلمي باديس أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محمد الحاج، البويرة ، 2015 ، ص 17 .

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

وكاختصار لكل هذا فإن القيم هو من تعينه المحكمة عند غياب الولي و الوصي بناء على طلب أحد الأقارب أو من النيابة العامة وتقع القوامة على القاصر سواء كان عديم الأهلية أو ناقصها و للقيم نفس صلاحيات الوصي المختار فله أن يتصرف كل تصرف فيه نفع محظ للقاصر و ليس له أي تصرف ضار ضرر محظ بالقاصر وهذا ما هو معمول به في بلادنا حسب المادة 90 من ق أ ج، أما التشريعات العربية المقارنة فقد دمجت مفهوم الوصي، و القوامة تخضع لنفس أحكام الوصاية ما عدا في الإجراءات ،فيما يخص بعض القوانين العربية

تبنت نفس الأحكام تحت ألفاظ مختلفة منها القانون المغربي، القانون السوري.....الخ.

رابعا / تمييز الولاية عن الحضانة :

يحتاج الطفل إلى الاهتمام والرعاية والقيام بشؤونه وهو ما اصطلح عليه في الشريعة الإسلامية والقانون بمصطلح « الحضانة »، بحيث اعتبرها من الحقوق العظيمة للطفل، فهي تعتبر من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الرابطة الزوجية.

وقد نظمها المشرع الجزائري في مجموعة من مواده وذلك من المادة 62 إلى المادة72 من ق أ ج [1] حيث خصص بموجبها مجموعة من الحقوق.

[1]– قانون رقم 84–11 ، مرجع سابق.

ومن خلال دراستنا هذه يمكن استخلاص بعض نقاط التشابه بينهما، بحيث نجد أن كلا من النظامين يشتركان في الهدف الذي أسس من أجله ألا وهو تحقيق مصلحة القاصر ُ وحمايته.

إلا أنه بالرغم من وجود هذا التشابه بينهما، فإن هذا لا يمنع من وجود اختلافات كثيرة ومتعددة وتتمثل فيما يلي:

– من حيث موضوعها: إن الحضانة تحمل معنى جسد ّي، عاطفي محض، بينما الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع.

– من حيث أصحابها: إن الحضانة تسند للنساء أي للأم في المرتبة الأولى، بينما الولاية على النفس من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث[1] .

–من حيث شرط وحدة الدين: لا يشترط في الحاضنة أن تكون متّحدة في الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة، بينما يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه .

– من حيث سن الطفل: ميّز المشرع الجزائري في سن انتهاء الحضانة بين الذكر والأنثى وذلك ببلوغ الذكر 10 سنوات [2] والأنثى بزواجها، أما الولاية فتنتهي ببلوغ س ّن الرشد.5

الفرع الثاني :العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة.

أولا/ ولاية قاصرة:

يقصد بها ولاية الشخص على نفسه و ماله، و تثبت هذه الولاية إذا كان كامل الأهلية بالحرية و البلوغ و العقل، كما يشترط أن لا يكون محجور عليه في الولاية على المال [3] .

---

[1]– حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2004–2005 ، ص 91 إلى 93 .

[2]– أنظر المادة 65 من القانون رقم 84–11 ، مرجع سابق

[3]– محمد علي سويلم ، شرح قانون محكمة الأسرة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص 189 .

وسميت هذه الولاية بالقاصرة أو الذاتية لأنها تتعلق بشؤون صاحبها و لا تتعداه إلى غيره وأصل هذه الولاية ما قرره الشرع من إلزام الملتزم بما التزم به في أمر نفسه قال سبحانه وتعالى في سورة المائدة :«يأيها الذ ين آمنوا أوفوا بالعقود» [1] وفي سورة الإسراء « وأوفوا بالعهد إ ن العهد كان مسؤولا» [2]، إ ن ولاية الإنسان على نفسه ولاية ذاتية تكون إذا كملت لديه أهلية الأداء إذ بها تكتمل ولايته التامة في شؤون ماله أو غير ماله في بيع عقوده وتصرفاته تكون نافذة في حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد منها بقدر ما يدفع الضرر، إذن سبب الولاية الذاتية أو القاصرة هو البلوغ و الرشد معا فإذا تحققا معا كانت له الولاية التامة على جميع شؤونه و أمواله دون التدخل من أحد غيره .

أما بالنسبة للولاية المتعدية سبق وأن تطرقنا لها في المبحث الأول،إلا أنه ولإثراء هذا الموضوع إرتأيت أن أضمنه الأنواع الأخرى لها وهي كالتالي:

أ/الولاية الأصلية: هي التي تثبت تلقائيا على الصغير بسبب الأبوة كولاية الأب على ابنه القاصر

وولاية الجد والد الأب هذه الولاية لم تثبت لأب أو الجد إلا بسبب عارض هو ولاية المولى عليه لهما، وهذه الولاية ولاية أصلية، فإذا باشر الأب أو الجد –وفي القانون الجزائري الأم– أمورا فإن ما يباشرها بأهليتها و ولايتها بانتسابه عن غيرهما فهذه الولاية تقوم بمجرد الولادة.

ب/ ولاية نيابية:

وهي التي يستمدها شخص من شخص آخر أي عن طريق النيابة عن ولاية الوو القي م والوكيل، و ولاية الوصي قد تصدر من صاحب الولاية الأصلية– الأب– أو من القاضي و لذلك تختلف ولايته تبعا لاختلاف ولاية من استمد منه الولاية. و قد تكون الولاية اتفاقية كما الحال في الوكالة، إذ يستمد الوكيل وكالته من موكله.

---

[1]– سورة المائدة ، الآية 1 .

[2]–– سورة الإسراء ، الآية 34 .

و قد يبدو لنا أن من البديهي أن تنسب الولاية إلى الأب دون أن تخطر ببالنا لماذا؟ هذا السؤال أجاب عليه الأئمة الأربعة الذين اتفقوا على أن الولاية تثبت للأب:

–لشفقته على ابنه و إصابة رأيه بالنسبة لمصالح هذا الابن، ولذا هو مدفوع بعوامل العطف و الرحمة إلى إحسان التصرف في مال ولده القاصر الصغير جزء من أبيه وفي محافظة الأب على مال صغيره محافظة على مال نفسه.

ج – الولاية الخاصة:

باعتبار أ ن الصغير عاجز عن التصرف بنفسه كان القصد من الولاية عليه حماية مصالحه، و مراعاة لأمر الصغير جعل المشرع الولاية إلى أشخاص يكونون مدفوعين بعوامل العطف و الرحمة والشفقة إلى إحسان التصرف في شؤون القاصر كالأب، الأم والوصي... وغيرهم، إذا عهد إليهم بالولاية كانوا أصحاب ولاية خاصتها فيتقدم الأب على غيره من الأوصياء، و بعده تكون الولاية لمن يختاره وصيا على أولاده.

د– الولاية العامة:

تثبت للقاضي، فالقاضي ولي لمن لا والي له، وليس لصاحب الولاية العامة التصرف في شؤون القاصر مع وجود صاحب الولاية الخاصة. مادام هذا الأخير أهلا للتصرف، إلا إذا كان عاضلا في الزواج مثلا، فمن واجب القاضي رفع الظلم فيجوز له أن يزوج الصغيرة رفعا للظلم عنها.

ثانيا: دور القاضي في تعيين المقدم والوصي إجراء الترخيص والترشيد.

1/إجراءات تعيين المقدم والوصي.

سنتناول بالدراسة في هذا الصدد كل من : تعريف المقدم ،شروطه، إجراءاته و دور القاضي في تعيينه و التزامات المقدم.

أولا: تعيين المقدم

نصت عليه المادة 99و المادة 100من ق أ و المواد من 469إلى 471 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]

1-تعريف المقدم:

عرفته المادة 99من قانون الأسرة بنصها على أنه هذا من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، فالمادة 469من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحالت في تعيين المقدم إلى أحكام قانون الأسرة، فالقاضي من يختار من بين أقارب القاصر، و في حالة تضرر ذلك لعدم توفر أحد الشروط يعين شخصا آخر يختاره و يفهم من هذا أنه يمكن أن يكون هذا الشخص من الغير، و تعيينه يكون بموجب أمرولائي بعد التأكد من إرضائه، أي يمكن له أن يرفض و هنا يبحث أو يعين القاضي شخصا آخر.

2/شروط المقدم

تضمنها المادة 469 ف 2 و هي:

-الأهلية للقيام بشؤون القاصر.

-القدرة على حماية مصالحه

3-التزامات المقدم:

ذكرتها المادة : 472 [2]على المقدم أن يقدم دوريا و طبقا لما يحدده القاضي عرضا عن إدارة أموال القاصر و عن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة.

في حالة التقصير في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الإجراءات التحفظية المؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي طبقا لنص المادة47.

---

[1]- قانون رقم 84-11 ، مرجع سابق .

[2]- قانون رقم 84-11 ، المرجع السابق .

ثانيا: إجراءات تعيين الوصي و إنهاء مهامه:

يعرف الوصي بأنه نائب قانوني للقاصر يختاره الأب أو يعينه القاضي [1] ،و إلى جانب هذا التعريف سأتناول تحت هذا العنوان: – صور الوصاية – شروط الوصي وواجباته – تعيين الوصي – سلطة القاضي في تثبيت الوصاية و المنازعات المثارة بشأنها كالتالي [2]:

أ / صور الوصاية:

يستمد الوصي سلطاته إما بالاختيار و يسمى الوصي المختار – و إما بالتعيين و يسمى الوصي المعين، و قد يكون الوصي عاما أو خاصا، أو وصي خصومة من حيث مدى السلطات التي تعطى له، و قد يكون مؤقت أو دائما، و دلك من حيث الامتداد الزمني لسلطاته ، كما يكون الوصي واحدا أو أكثر

ب/ شروط الوصي:

تضمنت هذه الشروط المادة 93 [3] من ق أ ج بنصها على الشروط التالية:

–أن يكون الوصي مسلما.

–أن يكون الوصي عاقلا و بالغا.

–أن يكون الوصي أمينا حسن التصرف.

فالمحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب و الماسة بالشرف أو النزاهة و من حكم عليه بجريمة كانت تقتضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو كان في ولايته لا يكون أهلا لأن يكون وصيا، بالإضافة إلى من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش – و هذا يتحقق منه القاضي من خلال السلطات المخولة له في التحقيق كسماع شهود و المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم له برد اعتباره–، و من سبق أن

---

[1]– ماجدة مصطفى شبانة ، النيابة القانونية ، دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال مع التركيز على تطبيقات الشهر العقاري في ضوء أحدث أحداث النقض ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2004 ، ص 103–104 .

[2]– المرجع نفسه ، ص 103 .

[3]– قانون رقم 84–11 ، مرجع سابق .

سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر، بالإضافة إلى من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين [1].

3/دور القاضي في الإجراءات:

لم يبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطريقة التي يعين بها الوصي هل بموجب أمر أم بموجب حكم، وبطلب من؟ وإنما اكتفى بالنص على تثبيت الوصاية أورفضها بعد وفاة الأب طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 472 [2] أما الفقرة الثالثة فتنص على أنه يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا، وعليه يراقب القاضي مدة توافر هذه الشروط، حتى يقبل أو يرفض الوصاية، وبما أن تعيين الوصي لا يتضمن منازعة مثل تعيين المقدم فإنه يتم طبقا لعمل ولائي وليس قضائي.

و إن عدم نص المشرع على هذا يعد سهوا منه فقط، خاصةعندما نص في الفقرة الثانية من المادة 472على أنه في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدما طبقا لنص المادة 471،والذي سيكون بموجب أمر ولائي، كما تظهر سلطة القاضي في تعيين الوصي كذلك من خلال نص المادة(92) من ق أ ج حيث له في

حالة تعدد الأوصياء أن تختار الأصلح منهم مع مراعاة الشروط المذكورة.

4 /حالة تقصير الوصي في أداء مهامه:

يتصرف القاضي بموجب أوامر ولائية في حالة تقصير الوصي في أداء مهامه

حيث يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي، كأن يعين القاضي متصرفا خاصا قياسيا على ما هو وارد في نص المادة 90 من ق أ.

---

[1]– ماجدة مصطفى شبانة ، مرجع سابق ، ص 116–118 .

[2]– قانون رقم 84–11 ، مرجع سابق .

5/ سلطة القاضي في إنهاء مهمة الوصي:

للقاضي إنهاء مهمة الوصي وذلك بعزله طبقا لنص المادة 5-96من ق أ ، إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، ولم يبين المشرع كذاك في هذه الحالة الطريقة التي يتم بها عزل الوصي. هل بموجب أمر ولائي؟.

إ ن دور القاضي في هذه الإجراءات لم يتناولها بالذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية فحسب وإن ما هناك بعض القواعد الإجرائية واردة ضمن قانون الأسرة والتي يرجع القاضي إليها عند الحاجة، والتي تعد مكملة للقواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليست مجرد تكرار لها.

•دور القاضي وسلطته في إجراء الترخيص والترشيد.

1 /سلطة القاضي في منح الترخيص و ترشيد القاصر:

نصت عليه المادة 479 ويقصد به الترخيص المتعلق ببعض تصرفات الولي ويكون هذا الترخيص من طرف قاضي شؤون الأسرة بناء على أمر على عريضة، ومن بين التصرفات التي تخضع إلى ترخيص ما نصت عليه المادة 88من ق أ التي أوجبت استئذان الولي للقاضي، فإن ارتأى القاضي أن يمنح الإذن فيكون ذلك بأمر على عريضة وذلك بخصوص التصرفات التالية:

أ – بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

ب – بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

ج – استثمار أموال القاصر بأي إقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة.

د – انجاز عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

2 / انتهاء الولاية و الوصاية و التقديم:

بما أ ن الوصي يحل محل الولي، و المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام طبقا للمادة 100 فسنتناول طرق انتهائهم في عنوان واحد و الملاحظ أن المادة 91من

قانون الأسرة ذكر طرق انتهاء الولاية، و المادة 96تناولت طرق انتهاء الوصاية إلا أن كلتا المادتين تناولتا أحكام لم ترد في الأخرى كانتهاء الولي ببلوغ القاصر سن الرشد وكمال أهليته فهذه الحالة ذكرتها المادة 96 و لم نذكرها المادة 91وعليه تنتهي الولاية والوصاية والتقديم وفق الحالات التالية:

1-الأسباب التي تتعلق بالقاصر:

-بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه فالولاية على المال تبقى ما بقى سببها و هو الصغير، فإذا أزال السبب انتهت الولاية أو الوصاية (.)1

-موت القاصر.

2 -أسباب تتعلق بالولي:

-عجز الولي.

-موت الولي.

-إسقاط الولاية عنه.

3 -أسباب تتعلق بالوصي:

-انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

قبول عذره في التخلي عن مهمته.

عزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر، وهذا ما نصت عليه المادة 473من ق إ م إ، أما المقدم فتنتهي مهمته بمثل حالات الوصي باعتباره يقوم مقام الوصي و يخضع لنفس أحكامه طبقا لنص المادة 100 من ق أ.

المطلب الثاني :

القاضي في مجال الاحوال الشخصية

اعتبر المشرع في المادة 09 مكرر الولي شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا، لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا، وهو بذلك قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج لقوله – صلى الله عليه وسلم– "لا نكاح إلا بولي"،

الفرع الأول : القاضي ولي من لا ولي له.

تعد الولاية من المسائل الهامة في الزواج والتي كانت و لا تزال موضع خلاف في التشريعات رغم ان الفقه قد فصل في ذلك ، فبين مؤيد ومعارض وصل النقاش إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري حيث أثيرت مسألة الولي وتدخله في انشاء عقد زواج من تحت ولايته، وعدلت المادة 11 من قانون الأسرة، وثار نقاش حول مضمونها، وأثير سؤال حول هل ألغت المادة الولي أو لم تلغه، وإذا لم تلغه فقد أثير خلاف كبير جدا حول أحكام الولي الواردة في هذه المادة، وطف رأيين رئيسيين رأي يقول أنه ينبغي التمسك بحرفية النص، ورأي آخر يقول بضرورة اللجوء إلى البحث عن فحوى للنص على اعتبار غموض النص، وأستمر الخلاف في نقاط عديدة حتى بين الذين لجأوا إلى تفسير النص و البحث عن فحواه.

اولا : دور القاضي في الزواج

فبقراءة نص المادة " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة (7) من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"[1].

تتحدث نص مادة عن الولاية في الزواج " و هي من انواع الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاذ الاقوال و تصرفات في الامور التي تتعلق بنفس المولى عليه فهي سلطة

[1] الأمر رقم 22/12 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن ق.م المعدل والمتمم

يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الامور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه وبذلك تكون ولاية التزويج من الامور الداخلة في ولاية على النفس وجزءا منها"[1].

ومن اركان عقد الزواج نذكر منها رضا الزوجين و ولي الزوجة و الشاهدان و صداق , و تأثرا بالمذهب المالكي جاء الولي كركن في الزواج و هو ما ورد عن النبي صلى عليه و سلم " لا تزوج المراة المراة و لا تزوج المراة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها " وقوله ايضا " ايما امراة لم ينكحها وليها و نكاحها باطل , فنكاحها باطل , فنكاحها باطل " هو ايضا ما اشار اليه المشرع في نص هذه المادة بان يتولى زواج المراة سواء ابوها او احد اقاربها .... و يترتب على وجود الولي صحة العقد ان اختل الفسخ قبل دخول و الثبوت بعد الدخول

و وجود الولي يطمان المراة خاصة و ان تسجيل العقد يكون في مجلس فيه الرجاء و ان حياء مراة يحول بينها و بين جلوس معهم و التصريح برغبتها في الزواج

اما عن حدود سلطته فلا يجوز له العضل اذا رغبت فيه و كان الاصلح لها و هنا ياتي دور القاضي في اعطاء الاذن بالزواج مع مراعاة المادة 9 ق م ج و الحد من تعسف الولي

نرى من خلال ما تطرقنا اليه في حكمة من اشتراط الولي الا و هي حماية مصلحة المولى عليه و كما اعطى المشرع هذا الدور للولي فانه من جهة اخرى قيد من تصرفاته التي تعود بالضرر على المولى عليه و ان لا يمنعها من الزواج اذا وافقت على ذالك و هو ما تكرس في الحكم في قضية "رب" ضد "رز" وص م ملف رقم 90468 بتاريخ 1993/03/30 : " اين امتنع الاب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر, اذن القاضي بالزواج – تطبيق صحيح للقانون –"

و كراي شخصي فان الشريعة الاسلامية اهتمت بالمرأة بحيث نظمت زواجها بشكل يحميها و قد اختلف في اموراالولاية نظرا لضغوطات و كامة اسلامية يجب عليا الحرص

---

[1] عمارة مسعودة، قراءة قانوني في إشكالية الولي في نص المادة 11 من ق أ ج ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، المجلد 9، جامعة البلدية 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019، ص 40.

على تطبيق الصحيح خاصة في هذه المسائل التي تمس بالمراة المسلمة و مدى ضرورة معرفة المراة لما تقوم به الشريعة بالحفاظ على مكانتها و شرفها و منه فضروري اعادة ولي كركن من اركان الزواج.

و في الختام نرى بان مركز الولي في القانون و الشريعة ضروري باعطاه دور هام في حماية المراة من جهة و عدم منعها و عضلها عن الزواج من جهة اخرى , و في ضل تعديلا لهذا القانون من المستحسن صياغة صحيحة للنصوص حتى تشتمل على تفسير منطقي و بتالي التطبيق الصحيح.

ثانيا : احالة الشريعة الاسلامية على القاضي من القانون

اعطى المشرع الجزائري للقاضي شؤون الاسرة الاجتهاد في مسائل التي لم يتطرق اليها ق أ ج و ذالك بسماح للقاضي برجوع لاحكام الشريعة الاسلامية و هو ما نصت عليه المادة 222 ق أ ج على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية[1]"

على الرغم من أن غزارة التشريع المكتوب، وسرعة سنه– والذي يعتبر المصدر الرسمي للقانون– لم تعد تترك مجالا كبيرا للجوء إلى الشريعة الإسلامية؛ بحيث أصبحت من الأمور التي يقل وقوعها عمليا.

على رغم من التكوين القاعدي الذي تلقاه القاضي في كلية الحقوق و كذا تخصصه بعدها في المدرسة العليا للقضاء و مع مكتسباته القبلية خارج نطاق تكوينه في شتى العلوم القانونية , فان المشرع الجزائري لم يدرك بان احالته للقاضي على احكام الشريعة فيما لا نص له في ق ا ج فان دراسة القران الكريم و ايضا العلوم المتعلقة بالشريعة الاسلامية تتطلب تكوين كما هو شان العلوم القانونية و هذا تكليف قد يخرج عن استطاعته .

دريدي دليلة، شنة سعاد، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقرانة، مذكرة [1]ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون خاص، 2014، ص 58.

إذا كان الواقع العملي يثبت أن اجتهاد قاضي شؤون الأسرة في تفسيره للنص القانوني وفهمه له عملا على حسن تطبيقه قد أدى إلى تضارب بعض الأحكام القضائية باعتبار أن التباين متحتم ولوكان النص مكتوبا؛ إذ من طبيعي أن القضاة يختلفون في فهم النص الواحد و تفسيره.

وفي الامور الغير منصوص عليها في قانون الاسرة الجزائري؛فمن الطبيعي ان يتسع نطاق القاضي في تفسيرها على حسب الاعتبارات الاتية :

أ – إنقطاع الصلة بمصادر المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية:

ما يعيق حسن تطبيق المادة 222 من ق ا ج هو علاقة القاضي بمصادر الشريعة و التي تعتبر هامة و قيمة في مسار مهنته ؛ فيحدث ان القضاة يهملون هذه المصادر لدرجة عدم المطالعة عليها اطلاقا و هو ما اكده رجال القانون بانفسهم و هنا يطرح التساول عند العرض عليه مسائل لم يرد ذكرها في القانون و عليه لابد من رجوع الى الاحكام الشريعة فهنا تكمن الصعوبة التي تواجهه في البحث في كتب الفقه

ب – الإفتقار إلى منهجية التعامل مع المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية:

حتى و لو فرضنا بان القاضي قد اجتاز عقبة نفاد هذه المعرفة و كذالك الحاجز النفسي في تعامله معها نظرا لخصوصيتها فان القاضي لا يزال يفتقر تكوينه لما يؤهله لتعامل منهجيا مع المعرفة المتعلقة بالشريعة الاسلامية و يتجلى ذالك فيما يلي :

1 – بمجرد وصول القاضي الى حل لمسالة معروضة امامه قد يكتفي بالاستناد بالقول المهجورللفصل فيها رغم احتمالية تضارب الاحكام داخل مذهب واحد و التي تحتاج الى خبرة واسعة في مجال التعارض و الترجيح و مدارك في فقه و القانون .

2 – قد يكون قاضي من انصار مذهب ما فكل ما تطرح امامه مسالة ما فيبحث حول حل لها بالاستناد لذالك المذهب.

فمن رايي الشخصي ففكرة القضاء المختص في مسائل التي تتعلق بالاحالة للاحكام الشريعة و اعتماده على مذهب واحد يستند به و هو المعمول به في الجزائر مذهبالامام مالك علاج

فعال لحل اصل مشكلة الاحالة خاصة و ان القاضي يفتقر تكوينه لمعرفة الاحكام الشريعة الاسلامية

و كخاتمة لدرستنا ان دور قاضي شؤؤن الاسرة امتدى من تطبيق لما نص عليه القانون الى دعوته للاجتهاد و البحث في الشريعة و التفقه اكثر و صلة الوثيقة ما بين الشريعة و القانون فللقاضي دور كبير في الاحوال الشخصية لحماية الحقوق.

الفرع الثاني : حالات قاضي التي يكونةفيها وليا في عقد الزواج

فكما ذكرنا سالفا يمكن للقاضي ان يكون وليا في عقد الزواج و في هذا الفرع سنتطرق الى الاجابة عن سؤال الثاني للمشكلة و هي الحالات التي يكون فيها القاضي وليا في الزواج طبقا لما نصت عليه النصوص القانونية.

اولا : المراة اليتيمة

لكلمة اليتيم العديد من المعانى التي تختلف من موضع لاخر ؛ فنعرف اليتيم تعريفا لغويا و من ثم اصطلاحا

اليتيم لغة : نقول يتم الصبي بالكسر يتم يتما في الناس من قبل الاب، وفي الحيوانات من قبل الام. كما أن اليتيم من الجواهر الذي له أخ له ومنه " درة يتيمة" أي لا أخت لها، وعند أهل اللغة اليتيم يأتي معنى الحقر و الدفع، فاذا مات ابو الصبي فهو يتيم .

اليتيم اصطلاحا : لقد اتفق الفقهاء املسلمون مع علماء اللغة العربية، على أن اليتيم هو من فقد أباه ولم يبلغ مبلغ الرجال، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيما، ولو مات الأب بعد بلوغ الصبي لم يكن يتيما، وكذا لو ماتت الأم قبل بلوغه لم يكن يتيما، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا يتم بعد الحلم" وقال تعالى: " وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ".

و منه فان المراة التي تكون يتيمة الاب و تعسف احد اقربائها في زواجها على الرغم من ان المتقدم ذو خلق و دين و قد رضيت به المراة فياذن القاضي بالزواج

و في حالة ليس لها اقارب او كانوا في حالة غياب و في زواج مصلحة للبنت يكون هنا القاضي اما تطبيق مادة 11 ق أ ج " القاضي ولي من لا ولي له " و يعتبر زواجها صحيحا.

ثانيا : المراة الاجنبية المسلمة القانطة في بلاد القاضي

كقاعدة العادة و من شروط الولاية نجد بان لا تجوز ولاية الكافر على المسلم استنادا لقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين } و جاءت هذه الاية بصيغة الامر و منه فالكافر لا يستحق الولاية على المسلم بوجه[1].

ولقوله تعالى : { ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم }

قال الشوكاني : "أولو الأمر هم الأئمة والسلاطين والقضاة وكل من كانت له ولاية شرعية". فدلت الآية على أن مستحقي الطاعة أولو الأمر من المؤمنين، فأما من لم يكن منهم، فلا ولاية له عليهم ولا طاعة.

و ايضا في قول الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض)

جاءت هذه الايات لي تبين ان الولاية الكافر لا تجوز على المسلم و ان المسلمين اولياء بعض

فالمراة المسلمة اذا كانت امام من هو مقبل عليها لزواج فلا يجوز لوليها و هو ابيها و او حتى اقرباءها الولاية عنها في الزواج حتى يتحقق شرط الاسلام في الولي , فان لم تجد من اهلها من هو مسلم فالقاضي يكون وليها في زواج تطبيقا لنص المادة 11 المذكورة سابقا .

ثالثا: عضل الولي

1 – تعريف العضل :

[1] سورة النساء الآية 6. و 144.

تعريف العضل لغة : .

و العضل في اللغة يراد به : الحبس و المنع.

و العضل في الولاية هو المنع عن التزويج عند وجود من هو كفئ

تعريف العضل اصطلاحا : و هو منع المراة عن الزواج مع من ترضاه بكفئ اذا طلبت ذالك و مع وجود الرغبة فيما بينهم

2 – حكم العضل في الفقه الاسلامي :

بما ان المقصود من العضل هو منع الولي تزويج بنته من كفئها فان هذا الامر حرام لما يعود على المراة من ضرر و منعها من حقها في الزواج بمن ترضاه و هو امر شرعه الله لقوله " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"

و بهذا فان الولي العاضل تسقط ولايته حين الامتناع عن التزويج .

3-حالات العضل عن الزواج :

– عضل الولي موليته من الزواج بالكفئ :

يرى فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية انه اذا دعيت المرات إلى الزواج من كفءو رضيت به او خطبها كفء و امتنع الولي من تزويجها دون سبب مقبول ؛ فانه يكون ذالك عضلا وذلك لعموم الأدلة الشرعية والعقلية التي تحرم العضل السابق ذكرها , وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الاولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل الى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه لان ما فعله ظلم يؤدي الى تنازع الاولياء و هو مكلف بذلك.

– امتناع الخاطب عن خطبة الفتاة خوفا من وليها :

فتخويف الولي للخاطب او خوف الخاطب من شدته يعتبر عضلا و هذا لا يجوز لما فيه من سوء النية من جانب الولي و بتالي يمكن للخاطب او حتى البنت اللجوء الى القاضي و الادلاء برغبتهم في الزواج و ان عضل الولي قد حال بينهم فهنا القاضي يأذن لهم بالزواج

4- اثر العضل في انتقال الولاية في النكاح:

يكون العضل على ثلاث مرات فبعد ذالك تنتقل الولاية للولي الابعد او السلطان نتيجة لامتناع العمدي عن التزويج لمرات عديدة التي تثبت فيها عضل الولي ؛ بانتقال الولاية فقد اختلف الفقهاء فيمن تنتقل اليه فمثلا ذهب الحنابلة انها تنتقل للولي الابعد ؛ فان امتنع الاولياء كلهم بدورهم و عضلوا فالسلطان يقوم مقامهم ؛ اما عن المالكية فيزوجها الحاكم عند عدم وجود ولي غير عاضل , و اما عن وجوده فينتقل الحق للابعد لان عضل الاقرب و اصراره عن امتناع صار بمنزلة العدم[1].

و تنتقل للقاضي اذا كانوا اولاء على درجة واحدة و قد اختلفوا فيمن يتولاها خوفا من اضرار بالمصلحة و فوات الخاطب الكفئ.

رابعا : البكر او القاصر

1- تعريف القاصر :

"القاصر هو الشخص الذي لم تظهر عليه علامات البلوغ ، و لم يدرك ظعقله حالة الرشد ، يقصد بالرشد القدرة على استغلال الاموال ، و حسن التصرف فيها ".000000

2- تعريف القانوني للقاصر :

لم يذكر المشرع في القانون تعريف للقاصر و انما اكتفى بذكر الاهلية اي كل شخص ناص للاهلية يعتبر قاصرا لعدم اكتمال رشده جاء في نص مادة 40 القانون المدني الجزائري.

3- تكليف القاضي بولاية زواج القاصر:

باعتبار أن عقد الزواج من أصعب العقود في حياة الانسان، لا يمكن للقاصر أن يبرمه بمفرده، بل لا بد من شخص يتولى أمره في ذلك ويحمي مصالحه ويرشده، غير أنه في بعض الحالات يكون القاصر بمفرده بدون ولي، لذا نص المشرع على توفير الحماية له من

[1] المرجع السابق، الآية 51.

خلال إسناد الولاية عليه للقضاء باعتباره ممثلا للدولة من جهة، ومن جهة أخرى هو ضامن الحقوق والحريات.

الاصل في ولاية القاضي أن مصدرها الفقه الاسلامي الذي جعل لهذه الولاية دورا في أحكام الصغار، وهو ذات المنهج الذي سار عليه المشرع، حيث منح الولاية بموجب المادة 7 والمادة 2/11 دورا للقاضي في عقد زواج القاصر لما يكتسي دوره من أهمية في حمايته، ومجرد العلم بأن هذا القاصر وليه القاضي لن يتجرأ أي كان على محاولة المساس بحقوقه، والتلاعب بإرادته، فإن إسناد ولاية زواج القاصر للقاضي يشعره بالحماية والامان.

خاتمة:

قد توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أن المذاهب الثلاث من مالكية وشفافية وحنابلة اتفقوا على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، وأن كل نكاح بدون ولي أو من ينوبه فهو باطل ، فإنه وفق الشريعة الإسلامية لا يحق للمرأة أن تباشر زواجها بكرا كانت اوثيبا، عاقلة أو مجنونة أما المذهب الرابع وهو المذهب الحنفي فقد خالف ذلك وأكد على ولاية الصغيرة والمجنونة الكبيرة ،أما البالغة العاقلة سواءً كانت بكرا أو ثيبا ،فهي المسؤولة الوحيدة عن اختيار شريك حياتها،أما إن كان الزوج غير كفء فلوليها الحق بفسخ النكاح ، وبالرجوع إلى ماذهبت إليه القوانين العربية من اختلافات التي وقعت على الولاية إلا أن في تكييفها يعتبر الولي أساس قيام زواج صحيح، حتى لا تجر عنه المشاكل والنزاعات والشقاق بين أفراد أسرة واحدة،لأن التخلي عن الولاية قد يؤدي إلى نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة، كما يؤدي إلى هشاشة العلاقة الزوجية،

والمرأة مهما وصلت إلى أعلى المراتب فهي بحاجة إلى من يختار لها الرجل المناسب ليكون زوجا لها يحرص على رعاية مصالحها وبحاجة إلى من يعينها على إتخاذ القرار الصائب في هذا الشأن،لأنه قد يغير مجرى حياتها للأسوء ، وتبين من خلال البحث أن المشرع الجزائري حذا ذو الفقه الحنفي حيث جعل الولاية على الصغيرة (القاصرة) فقط، أما الراشدة فلها الحق أن تزوج نفسه،لها حق تفويض وليها أو أحد اقربها أو أي شخص تختاره.

ومن هذا نستنتج أنه يمكن للزوجة ان تختار القاضي وليا لها .ولقد أشرنا اليه في المادة 11 ، كون القاضي الولي الأصلح للزوجة لأن له مكانة في المجتمع ، ويهابه الجميع .وكذا يخشى الزوج أن يقصر بحقوق زوجته لأن وليها القاضي ومع ها الحق في أتخاد القاضي كولي إلا أنه نادرا مانجد من تتخده وليا لها ، وفي الأخير مايمكن قوله أن الولاية في الزواج ضرورة لا غنى عنها ولها اهمية بالغة في حماية مصالح المرأة لأنها طرف ضعيف ، لذا شرع الله عزوجل الولاية كحماية ورعاية لها .

خاتمة

ومن اهم النتائج الحاصلة التي توصلنا إليها في هذه الدراسة نوجزها كالآتي: _للولاية أهمية كبيرة في حياة المولى عليها ،فهي أساس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليها ،فمن خلالها تضمن الاسرة إستقرارها ودوامها. _للقاضي دور كبير في تعيين الولي ومن ينوبه وإنهاء مهاه كل منهم. _الولي ملزم باختيار الزوج الكفء للمولى عليها.

قائمة المصادر و المراجع :

اولا : القران الكريم

ثانيا : السنة

ثالثا : الكتب

1-عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، منشرات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة ، الحزء الرابع ، طبعة 2، دار الكتب لالعلمية ، بيروت ، لبنان، 2003.

2- الشيخ محمد ناصر الدين الالباني ، صحيح سنن ابن داود، ج6، ط1،مؤسسة غراس للنشر و التوزيع ، 2002.

3- احمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 2004.

4-ابي عبد الله بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، ط3، دارعباد الرحمن، مصر، 2008.

5-نظال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية ، دار الثقافة لنشر و التوزيع ، عمان ، 2011.

6- محمد علي سويلم ، شرح قانون محكمة الاسرة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، دون سنة.

7- ماجدة مصطفى شبانة ، النيابة القانونية ، دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2004.

رابع : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ: رسائل دكتورة

حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربة للاسرة ، رسالة دكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

ب: رسائل الماجستر

1-بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي و الاثار المترتبة عليها و على تطبيقاته في المحاكم الشرعية في قطاع غزة ، رسالة ماجستر ، تخصص فقه مقارن ، كلية الشريعة و القانون ، غزة ، 2006.

2- فراس ؤائل طلب ابو شرخ ، الولاية على المال في الفقه الاسلامي ، مذكرة ماجستر ، كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي ، جامعة الخليل ، فلسطين ، 2008.

ج-مذكرا الماستر

1-صادق سالم ، الولي في الزواج ، مذكرة ماستر ، جامعة محمد خيبر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، بسكة ، الجزائر، 2015.

2-نواري منص، الوصاية على القاصر في القانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماستر، تخصص احوال شخصية ، كلية الحوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيبر ، بسكرة ، 2015.

3-ديلمي بديس ، احكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون اسرة ، كلية الخقوق و العلوم السياسية ، جامعة اكلي محمد الحاج، البويرة ، 2015.

4-دريدي دليلة ، شنة سعاد ، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الاسلامي و ق ا ج – دراسة مقارنة، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، الجزائر، 2014.

5-مراح سعيد، ولاية التزويج في الفقه الاسلامي و القانون المقارن ، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم حقوق خاص، مستغانم، الجزائر ، 2017.

خامسا: مقالات

1- عبد القادر رحال ، احكام و ظوابط الولاية في الزواج بين الفقه و القانون ، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود و تصرفات في قانون الخاص ، امعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة ، الجزائر ، 2021.

2-محفوظ بن صغير ، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي و القانون الاسرة الجزائري ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة ، العدد الثامن ، المجلد الثالث ، 2018/03/02.

3-عيسى حداد، عقد الزواج- دراسة مقارنة ،منشورات جامعية ، باجي مختار ، عنابة ، 2006.

4-عمار مسعودة ، قراءة قانونية في اشكالية الولي في نص مادة 11 ق ا ج، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، ع1، م 9، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2019.

سادسا: نصوص القانونية

1-قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 و الموافق ل 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بموجب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

قائمة المختصرات

ق.م.....القانون المدني .

ف.1.....فقرة واحد .

ص.....صفحة .

ط.....طبعة .

م.....المجلد.

ع.....العدد.

د.س.....دون سنة .

ج.ر.ج.ج.....الجريدة الرسمية جمهورية الجزائرية.

ق.ا.ج.....قانون الاسرة الجزائري.

م.ج.....المشرع الجزائري .

الفهرس

مقدمة
المبحث الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج
المطلب الأول:تعريف الولاية و الصيغة القانونية لها
الفرع الأول: تعريف الولاية لغة وإصطلاحا
الفرع الثاني: الصيغة القانونية للولاية
المطلب الثاني: انواع الولاية وشروطها
الفرع الاول: انواع الولاية
الفرع الثاني/ شروط الولي :
المبحث الثاني:ولاية القاضي في قانون الاسرة
المطلب الاول :العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة
الفرع الأول: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها
الفرع الثاني :العمل الولائي لقاضي شؤون الأسرة.
المطلب الثاني :القاضي في مجال الاحوال الشخصية
الفرع الأول : القاضي ولي من لا ولي له.
الفرع الثاني : حالات قاضي التي يكون فيها وليا في عقد الزواج
الخاتمة
قائمة المصادر والمراجع
المختصرات