

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة 20 أوث 1955

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



ولاية القاضي في التزويج بين الشريعة والقانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

من تقديم الطالبة:

أ: امحمد بوصيدة

فاطمة الزهراء بوركاب

لجنة المناقشة:

رئيسا

كريمة سليني

مشرفا ومقررا

امحمد بوصيدة

مناقشا

سميحة بشينة

دورة جوان 2016

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والحمد للمولى القدير الذي جعلني أخط بقلمه

هذا عبارات الشكر والحمد

فأنا أشكر أستاذي الفاضل "محمد بوصيدة" والذي تكرم

بالإشراف على هذه المذكرة، ولم يبخل علي بتوجيهاته القيمة

ونصائحه ومناقشته الثمينة.

إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكبدوا عناء تفحص هذه

الدراسة وعلى ما يبذونه من ملاحظات خلال المناقشة قصد

إثراء هذا العمل.

إلى أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وكل من أفادني

برأي أو موقف من قريب أو من بعيد.

جزاكم الله خيرا.

الإهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي
الطموح والمثابرة أبي العزيز.

إلى منبع الحنان والحب المكنون أمي الغالية.

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي إخواني
وأخواتي.

إلى من ضاقت السطور من ذكرهم فوسعهم قلبي صديقاتي.

إلى كل أفراد الأسرة من قريب أو من بعيد.

وفي الأخير إلى كل محبي العلم والمعرفة.

فاطمة الزهراء

الفصل الأول

مفاهيم عامة حول انتقال الولاية

للقاضي في التزويج

شرح الزواج لرفع مرتبة الإنسان وتكريمه، فأساسه يقوم على دعم الحياة الزوجية ويقوي بيانها رغبة في التنازل والابتعاد عن الفواحش فنجد الشريعة الإسلامية قد اعتنت بحفظ الأعراض والأنساب ولذلك يسرت الزواج ووضعت له بعض القيود والشروط من أهمها الولاية في التزويج والأصل فيها أن تكون للأب بالدرجة الأولى.

ولا تظهر مشكلة الولاية في التزويج غالبا إلا بعد وفاة الأب وهذا راجع لتشعب وتنوع الولاية في التزويج ما بين الولاية العامة والولاية الخاصة والذان يتسببان بدورهما في وجود خلافات بين الأولياء في تقرير مصير الفتاة وعدم الاتفاق على ما يحقق لها من مصلحة، وزيادة على هذا وجود تضارب بين الآراء الفقهية والقانونية حول من يقوم بتولي صيغة العقد فجاءت الشريعة الإسلامية بمذاهبها المعتمدة معالجة هذا النزاع، وقد سار على ذلك بعض القوانين الوضعية المقارنة وقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في فبراير 2005 والذي عالج موضوع الولاية في التزويج في الفصل الأول بعنوان الخطبة والزواج في القسم الثاني من الزواج وهذا في نصوص متعددة منه لأن أحكامه مستنبطة من قواعد الشرع، وهذا ما يتم تبيانه في (مبحث أول).

ومن ثم الولاية في التزويج وجدت من أجل توفير حماية كاملة سواء بالنسبة للمرأة الراشدة أو القاصرة، ولا يقصد بها بمفهوم الحجر، لأن الحكمة من وجودها يتم من خلالها الحفاظ على حقوقهم ولا يكون هناك ما يعرف بالفساد الأخلاقي أو الاجتماعي، وحتى يقوم إنشاء عقد زواج المرأة لا بد أن يكون لها ولي، وهذا من أجل إتمام عقد النكاح ويصبح نافذ بقوة الشرع والقانون، فهناك من ذهب على إسناد حق ولاية التزويج إلى الولي الخاص والممثل غالبا في الأب أو من يليه في الدرجة، وهناك من راعى أحكام الشريعة ومستجدات العصر وقام بانتسابها للقاضي أو ما يعرف بالسلطان والذي حصل فيه نقاشا وجدلا على

انتساب هذه الولاية للقاضي سواء بين أهل العلم بأرائهم الفقهية أو من خلال النصوص والأحكام القانونية.

ولكي يحسم هذا الخلاف القائم بين الآراء الفقهية والأحكام القانونية أقرت الشريعة الإسلامية على أن للقاضي له حق ممارسة صيغة الزواج ولكن حصرتها في حالات معتبرة وهذا من خلال الأسانيد الشرعية الممثلة في الكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة وقد أيدها في ذلك قانون الأسرة وبعض القوانين المقارنة لأحوال الشخصية، وهذا ما نعمل عليه في (مبحث ثان).

المبحث الأول

مفهوم ولاية التزويج وطبيعتها

إن أول ما يتبادر إلى الذهن فيما يخص موضوع ولاية التزويج هو المقصود بها، ونظرا للاختلافات التي وردت حول تأويلها وكل حسب وجهة نظره ووفق ما استقر عليه كل واحد ارتأيت الحديث عن مفهوم الولاية في التزويج (مطلب أول)، وبعد ذلك أتطرق إلى طبيعتها (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم ولاية التزويج

نعرض في المرحلة الأولى من هذا المطلب إلى مختلف التعاريف التي قيلت في ولاية التزويج فيشمل التعريف اللغوي للولاية في التزويج (فرع أول)، ثم التعريف الفقهي للولاية في التزويج (فرع ثان)، وبعد ذلك تعريف الفقه الحديث للولاية في التزويج (فرع ثالث)، وأخيرا نتطرق إلى موقف القوانين من تعريف الولاية في التزويج (فرع رابع).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للولاية في التزويج

الولاية من الزاوية اللغوية مصدر فعل ولي سواء بفتح الواو أو بكسرها، ولها عدة معان منها: النصر، السلطان.

فالولاية بالفتح تعني النصر، يقال: ولي، يلي، وليا، ولاية غيره، دنا منه وقرب، أي جلس مما يقاربه، وعليه نصره فلان¹. وهذا لقوله جل وتبارك: " وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ "².

والولاية بالكسر بمعنى السلطان، قيل: ولي، يلي، ولاية، وال، مولى عليه، أي ملك أمره وقام به، وعليه سلطان عليه³.

والولي في أسماء الله الحسنى هو: الصديق، الناصر، التابع، المحب، أي ضد العدو⁴ لقوله عزوجل: " اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا "⁵.

أو هو الذي يلي عقد نكاح موليته عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح من دونه⁶.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 1057.

² سورة البقرة، الآية 107.

³ المعجم العربي الأساسي، جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، (د.س. ط)، ص 1333.

⁴ الفيومي أحمد بن محمد علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط 2، دار المعارف، (د.ب.ن)، (د.س. ط)، ص 423.

⁵ سورة البقرة، الآية 257.

⁶ ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط 1، دار الأبحاث، الجزائر، 2008، ص 389، 392.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي الإسلامي لولاية التزويج

عمد الفقهاء إلى تعريف الولاية في ال تزويج كل حسب وجهة نظره وموقفه من ولاية الاختيار و ولاية الإيجاب، وقبل التفصيل في ذلك لا بد من تقديم تعريف للولاية في التزويج بوجه عام حيث تنقسم بدورها إلى ثلاثة أقسام الولاية على النفس، والولاية على المال والولاية على النفس والمال¹، ثم انتقالا بعد ذلك إلى تعريف الولاية في التزويج بوجه خاص والمتمثلة في ولاية الإيجاب وولاية الاختيار(ثانيا).

أولا: التعريف العام للولاية في التزويج

كما سبق القول الولاية في التزويج بوجه عام تنقسم إلى ثلاثة أقسام، غير أن موضوع بحثنا يتمحور حول الولاية على النفس. وتتمثل هذه الأخيرة في أمرين وهما: ولاية الحفظ والتربية، و ولاية النكاح². ومن ثم تنقسم ولاية النكاح إلى قسمين وهي: الولاية من حيث ذاتها(1)، والولاية من حيث ثبوتها(2).

¹ المقصود بالولاية على المال هي: القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال. أما المقصود بالولاية على النفس والمال: هي قدرة الشخص من إدارة شؤون الغير سواء في الشؤون النفسية أو المالية كالأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيها. انظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون(الزواج و الطلاق)، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت، (د.س.ط)، ص 135.

² تعرف ولاية الحفظ والتربية على أنها: الوظيفة التي يقوم بها الحاضن للصغير على أن يقوم هذا الأخير برعايته وحسن تنشئته وكذا المحافظة مع الصون بعد البلوغ وتولي عقد الزواج لمن كان منهم قاصرا. انظر: لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 617، 618.

1-الولاية من حيث ذاتها: تتفرع إلى ولاية عامة و ولاية خاصة

-**الولاية العامة:** وهي الولاية المخولة للقاضي أو السلطان من تولي عقد زواج من رفعت أمرها له.

-**الولاية الخاصة:** وهي القدرة التي تجعل لصاحبها إنشاء عقد الزواج من في ولايته كولاية الأب أو الجد...الخ. ولا بد من الإشارة إلى أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة لأن الأخيرة لا تخول له هذه الصفة إلا عند انعدام الأولياء أو امتناع الولي¹.

2-الولاية من حيث ثبوتها: تتفرع أيضا إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية.

-**الولاية القاصرة:** وهي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص به من أجل تنفيذ أحكامه².

-**الولاية المتعدية:** وهي السلطة المسوغة للشخص من أجل إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع³.

ثانيا: تعريف ولاية التزويج بوجه خاص

مال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التوسع في تعريف ولاية التزويج والمتمثلة في ولاية الإجماع والاختيار (1)، بينما ضيقت تعريفات أخرى في تعريف ولاية التزويج وحصرتها في ولاية الإجماع فقط (2).

¹ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 157، انظر: نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، (د.س.ط)، ص 39.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 128.

³ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثارها، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 153.

1: التعريف الموسع للولاية في التزويج

اعتبرت ولاية التزويج وفق هذا التعريف على أساس الولاية المطلقة فهي تكون مجتمعة في ولاية اختيار (ولاية الشركة) هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولاية إجبار وهو ما توقف عليه جمهور الفقهاء-المالكية والحنابلة والشافعية-، حيث أن المقصود بولاية الشركة هي: "التي ينفرد الولي بتولي صيغة العقد ولكن بعد التحقق من تطابق إرادتهما (إرادة الولي وإرادة المولى عليها في الاختيار)"¹.

أما المقصود بولاية الإجبار هي: "الولاية التي تثبت الحق للولي جبرا على المولى عليه من تزويجه فلا اعتبار لإذن وليته"².

وهذان التعريفان يمكن أن يتعرضا لبعض الانتقادات فنجد بذلك:

- أن الولي تثبت له الولاية دون الإجبار مما يدفعنا للقول أنه لا يحق للولي أن يقوم بتزويج من هي في ولايته بدون إذنها ورضاها هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس لها أن تتزوج إلا بتولي الولي صيغة العقد.

- أن تثبت للولي ولاية التزويج وإجبار معا كما هو الحال بالنسبة لفاقد وعديم الأهلية ذكورا كانوا أو إناث³.

2: التعريف الضيق للولاية في التزويج

ذهب أصحاب هذا التعريف وهو المشهور عند الحنفية إلى أن المقصود بالولاية في التزويج هي: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"⁴. غير أن هذا التعريف قد اعترض عليه من عدة أوجه:

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 154.

² عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج 1، ط 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002، ص 26.

³ عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 27، 28.

⁴ عوض بن رجاء العوفي، ص 26.

- أن هذا التعريف جاء ليعبر عن آثار الولاية في التزويج لا على تعريفها هذا من خلال قوله "تنفيذ".

- ما يعاب على هذا التعريف أنه غير جامع للأقوال والأفعال معا فتناول الأقوال فقط من خلال قوله "القول" بمعنى تنفيذ قول الولي على موليته فالقول هنا لا يؤدي معنى التصرف الفعلي.

- هذا التعريف لا يتناول ولاية الشخص على نفسه وماله مع أن الشخص يكون وليا على نفسه وماله قبل أن يكون وليا على غيره وهذا من خلال قوله "على غيره".

- جاء هذا التعريف غير جامع لاقتصاره على نوع واحد من الولاية ألا وهي ولاية الإيجاب وهذا من خلال قوله "شاء أم أبي" ¹.

ومن خلال التعريف الفقهي للولاية في التزويج نجد عدم استقرار الفقهاء على تعريف جامع. فمنهم من جعل الولاية إجبارية هذا ما سار عليه المذهب الحنفي، في حين ذهب جمهور الفقهاء على اعتبار ولاية التزويج مجتمعة في ولاية الاختيار (ولاية الشركة) وأخرى ولاية إجبار وهذا ما يدفعنا إلى تعريفها من ناحية الفقه الحديث.

الفرع الثالث

تعريف الفقه الحديث لولاية التزويج

اختلفت التعاريف في الفقه الحديث المعاصر للولاية في ال تزويج على عدة اعتبارات فهناك من عرفها على أنها: الحق، أو السلطة، أو القدرة.

فتأتي ب المعنى الأول على أنها: "الحق الذي يكتسب به الشخص تنفيذ القول على الغير بسبب عجز ذلك الغير أو قصور أهليته على التصرف بنفسه" ².

¹ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 220، 221.

² عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 72.

ومن ثم نجد كل من تعريف الولاية في ال تزويج باعتبارها السلطة والقدرة فهي تحمل نفس المعنى وعليه هي: "السلطة الشرعية أو القدرة المسوغة لشخص للقيام مقام المولى عليه من أجل إنشاء عقد زواجه، سواء كانت عامة والمخولة للقاضي أو الخاصة والمخولة للأب أو الوصي بالنسبة للصغير، أو القيم بالنسبة للمجنون حتى يكون تصرفه محل التنفيذ"¹.
وخلافا لهذا الأخير عرف ت على أنها: "السلطة القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج موليته ويتولى هو العقد عنها"².

وبعد تقديم تعريف الولاية في التزويج من قبل الفقه الحديث نجدهم مالوا إلى ما هو مشهور عند الحنفية وقيدوها في ولاية الإيجاب فقط، ولكن يمكن أن ينتقدوا من قبل بعض الشراح وهذا من خلال جعل الولاية في التزويج عندهم على أنها: "الولاية التي تعطي للولي حق تزويج المولى عليه برضاه واختياره"³ هذا من جهة، أما الوجهة الثانية فعرفوها على أنها الولاية: "التي ينفرد الولي بتولي صيغة العقد ولكن بعد التحقق من تطابق إرادتهما"⁴.

ومن ثم وبعد تقديم التعاريف المختلفة للولاية في التزويج سواء من الزاوية اللغوية، أو عند فقهاء الشريعة، أو الفقه الحديث، نجدها قد تشعبت على عدة اعتبارات فالتعريف اللغوي مشتمل على السلطان والنصرة، أما عند فقهاء الشريعة فالولاية عندهم مجتمعة في ولاية الاختيار وولاية الإيجاب، ومن وجهة نظر الفقه الحديث نجدها على ثلاث اعتبارات والتي تتمثل في القدرة والحق والسلطة المؤيدة مع التعريف اللغوي.

¹ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، المرجع السابق، ص39، انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثارها، المرجع السابق، ص 153، انظر: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، ص 54، انظر: نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 71.
² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الأسرة)، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 237.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 256.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 154.

وحتى يكون هناك تعريف جامع للولاية في ال تزويج بقطع النظر على كل تعريف على حدة فيمكنني أن أضع تعريفاً للولاية في التزويج على أنها: "المركز الشرعي المخول للولي بأن يكون مؤهلاً على تولى صيغة عقد زواج من هي في ولايته وهذا بعد حصول تطابق إرادته مع إرادة موليته على الزواج".

الفرع الرابع

موقف القوانين من تعريف الولاية في التزويج

وبعد تقديم تعريف الولاية في ال تزويج من زاوية الفقه الإسلامي والفقه الحديث المعاصر نجد أن بعض القوانين قامت بتقديم تعريف للولاية في ال تزويج، في حين أغفلت بعض القوانين ذلك وتاركة هذا إلى الفقه الإسلامي.

فبرجوعنا إلى الأمر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري وبدليل المادة 11 فقرة 1 و2 التي تنص: "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". فمن خلال التمعن في نص المادة نجد المشرع الجزائري لم يقدم تعريفاً واضحاً وشاملاً للولاية وإنما قام بتبيان أحكامها فقط ترك هذا إلى الفقه الإسلامي من خلال نص المادة 222 من نفس القانون¹، التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

في حين نجد بعض تشريعات الأحوال الشخصية المقارنة قد وضعت تعريفاً للولاية في التزويج وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 إذ نصت المادة 21 منه على أن: "الولي في الزواج هو العاصب بالنفس على ترتيب الإرث..."، كذلك نجد المشرع الكويتي قد عرف الولاية في التزويج حسب نص المادة 29 منه التي تنص على: "الولي.... هو العاصب بالنفس حسب الترتيب في الإرث فإن لم توجد

¹ تنص المادة 222 على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

العصبة فالولاية للقاضي" ¹، وأضف إلى ذلك القانون التونسي في الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية على أن الولي: "هو العاصب بالنسب".

وباستقراءنا لنصوص المواد نجد فقهاء القانون قد اقتصروا ولاية التزويج في نوع من النيابة وهي: "التي تحقق لشخص ما والممثل في العاصب أو القاضي، في أن يقوم مقام شخص آخر (المولى عليه) في التصرف في جميع الشؤون المتعلقة به من عقود وأفعال". ومن خلال تمعننا في التعريف أعلاه نجده قد قصر الولاية في التزويج على منح الولي في استعمال سلطته لأنها حق ملتصق به والذي يكون مستمدا من الشرع عن طريق الولاية الذاتية والممثلة في القاضي أو العاصب ². وحسب وجهة نظري أجد بأن القوانين التي سطرت تعريفا للولاية في التزويج قد جسدتها في ولاية الإيجاب فقط فهم ومالت إلى ما هو مشهور عند الحنفية وبعض شراح الفقه الحديث.

المطلب الثاني

طبيعة الولاية في التزويج

لقد تباينت الآراء الفقهية للشريعة الإسلامية حول تولي صيغة العقد في أنها حق من الحقوق مضاف إلى الولي، أو أنها حقوق من حقوق المرأة، أم لها وجهة نظر أخرى. لذلك ذهب الآراء الفقهية على أن الرجل عند بلوغه ورشده له صلاحية إبرام عقد زواجه بنفسه دون أن يكون هناك اعتراض من قبل الغير ³، وإنما الاختلاف الفقهي قائم حول زواج المرأة في تولي عقد زواجها وهذا حسب ما استقرت عليه وجهة نظر كل مذهب.

¹ أنغام محمود شاكر؛ سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مفهوم الولاية في الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 2، السنة الرابعة، ص 243.

² أنغام محمود شاكر؛ سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع نفسه، ص 243.

³ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 135.

بحيث نجد الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو ثور من مجتهدى الشافعية¹، ذهبوا إلى اعتبار المرأة سواء كانت بكرا أم ثيبا راشدة كانت أم قاصرة ليس لها الحق في أن تتفرد بأمر زواجها فلوليها سلطان معها فهما مشتركان في الزواج وهذا من حيث الرضا والاختيار ولكن يتولى هو الصيغة، والأساس في ذلك أن المرأة ليست لها صلاحية إبرام عقد زواجها والعبرة ترجع إلى أنه لو قامت بتفويض رجل من الغير فالزواج لا يصح لأنها لا تستطيع تزويج نفسها فلا تملك تفويض أمرها لغيرها². وخالف هذا الرأي الحنفية وكذلك أبو يوسف في رواية عنه في أن المرأة البالغة لها كامل الحق في أن تكون ولاية على عقد زواجها ولكن من باب اللياقة أن توكل وليها في مباشرة عقد قرانها حتى لا تنسب إلى الخروج عن العادات الحسنة ومجافاة الآداب الإسلامية السليمة³.

في حين ذهب محمد من مجتهدى الحنفية إلى أن المرأة سواء كانت بكرا أم ثيبا لها كامل الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولكن يبقى هذا الحق موقوفا على إجازة الولي له⁴. وأمام هذه الآراء فقانون الأسرة قبل التعديل في المادة 11⁵ نص صراحة على أن متى تحقق رضا الولي والمرأة فللولي كامل الحق في ممارسة عقد زواج موليته نيابة عنها وهذا دون تفريق بين أن تكون المرأة راشدة أم قاصرة والأساس في ذلك أن العرف والحياء

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 139.

² محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2 دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 258، انظر: الجيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص 25 [http:// sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.html](http://sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.html)

³ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 136، 138.

⁴ سهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص 66.

⁵ تنص المادة 11 قبل التعديل أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

يمنعها من حضور مجلس العقد وتتفرد بإنشاء عقد زواجها بنفسها ف جاء قانون الأسرة قبل التعديل مؤكدا ما جاء به جمهور الفقهاء¹.

بينما بعد التعديل لسنة 2005 جاءت المادة 11 تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، أو أحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". فقد فرق المشرع بين النساء في تولي صيغة العقد فذهب إلى أن المرأة متى بلغت وهي راشدة لها الحق في أن تتفرد بأمر زواجها، وأكد نص المادة أعلاه الفقرة 2 من المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "...أو الولي في حالة وجوبه..." فنجد بأنه لاحق للولي في تولي عقد زواج المولى عليها إذا كانت المرأة راشدة لأن المشرع ينص صراحة في حالة وجوب الولي فقط²، ويشترط في حقها حضور الولي وخاصة أن الحضور جاء في صيغة اختيارية وهذا ما جاء واضحا في الفقرة 1 من المادة 11 أعلاه³. إذا المادة 33 من نفس القانون جاءت مقيدة في المرأة القاصرة فقط على أن للولي الحق في أن ينفرد بتولي صيغة عقد زواج القاصر وهذا بنص المادة 11 من خلال استعمال المشرع لفظ "يتولى زواج القاصر وليها"⁴.

وبعد تقديم وجهة نظر كل من الآراء الفقهية والأحكام القانونية أرى بأن المواد قبل التعديل كانت خير علاج قانوني لمشكلة تكليف ولاية التزويج وأكثر تماشيا على ما هو مطلوب شرعا وواقعا. أما عن إعادة صيغة المادة 11 ما هو إلا تأكيد على إضعاف حق الولي في أن يتولى عقد قران موليته، فكان على المشرع بموجب هذا التعديل أن يستدرك ما فاتته حتى لا يكون هناك حلقة مفرغة بين القواعد الشرعية والأحكام القانونية، ولكن قد يأتي

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 120، 121.

² الجيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 26.

³ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية المقارنة، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 65، 66.

⁴ المرجع نفسه، ص 65، 66.

التعديل بنتيجة ضعيفة وهذا ما جاء به قانون الأسرة عموما وما جاء بشأن نص المادة 11 خصوصا.

المبحث الثاني

مفهوم انتقال ولاية التزويج للقاضي

وأصلها الشرعي والقانوني

إن الولاية في التزويج للمرأة يمكن أن تكون لولي قريب كان أو بعيد، في حين يمكن انتقال هذه الولاية للقاضي لأسباب عدة، منها ما يعود لإرادة الولي نفسه ومنها ما تكون خارجة عن إرادته لذلك قد وجد اختلاف في هذا الانتقال. ويتطلب الأمر الوقوف على مفهوم انتقال ولاية التزويج للقاضي (مطلب أول)، ثم توضيح الأصل الشرعي والقانوني لانتقال ولاية التزويج للقاضي (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم انتقال ولاية التزويج للقاضي

لكي يكون هناك للقاضي الحق في التزويج لابد من وجود مراتب أولى منه في الدرجة، ما يعنى أن الولاية قابلة للانتقال، ومن ثم كان من الضروري الوقوف على معنى انتقال ولاية التزويج للقاضي (فرع أول)، ثم المراد بالقاضي (فرع ثان).

الفرع الأول

معنى انتقال ولاية التزويج للقاضي

لا خلاف بين أهل العلم على أن ولاية التزويج حق موكول للعصبات حسب ترتيبهم في الإرث وهم جهات أربعة: جهة البنوة، وجهة الأبوة، جهة الأخوة وأخيرا جهة العمومة¹.

¹ والخلاف القائم بين الفقهاء هو ما بين جهة البنوة وجهة الأبوة فذهب كل من المالكية والحنفية إلى أن ولاية التزويج تكون لجهة البنوة في درجة أولى ويليه جهة الأبوة والحجة في ذلك أن ولايته تكون أقوى على أساس الاستحقاق في الميراث،

غير أنه لا بد من المفاضلة بين الأولياء في انتقال ولاية التزويج حسب جهة القرابة ودرجتها¹، وبانعدام الأقارب حسب الجهات المذكورة آنفا تنتقل هذه الولاية بحكم الشرع إلى السلطان.

فهذا الترتيب كان معمولاً به في قانون الأسرة قبل التعديل في نص المادة 11 التي تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، لأن معنى الأقربين هنا لا تخرج من دائرة العصبات والممثلة في الجهات الأربعة أعلاه². وفي الأخير وبانعدام هؤلاء لسبب من الأسباب فلولاية تكون من حق القاضي. وهذا ما تبناه أيضاً المشرع السوري في نص المادة 21 في أن ولاية التزويج تكون من حق العصبات حسب استحقاقهم للميراث وتنتقل ولاية التزويج بعد العصبات للقاضي³، وكذلك القانون الكويتي الذي جاء بنفس الترتيب الذي جاءت به الشريعة وهذا من خلال نص المادة 29 التي تنص على أن: "الولي في زواج البكر التي بين تمام البلوغ والخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس حسب ترتيب الإرث فإن لم توجد العصبه فالولاية للقاضي".

بينما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 نجد بأن المشرع قد خرج عن القواعد الفقهية التي تكون فيها انتقال ولاية التزويج إجبارية وهذا ما كان معمولاً به قبل التعديل سواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة، فأصبح انتقال ولاية التزويج بالنسبة للمرأة البالغة اختيارياً وكأن المرأة بمجرد بلوغها تتسلخ من انتقال الولاية الإجبارية وهذا ومن خلال اعتماده على صيغة التخيير بعبارة "أو" وكذلك صيغة "أو أي شخص تختاره" فمن الممكن

والحنابلة عندهم تقدم جهة الأبوة على جهة البنوة أما الشافعية فلا ولاية للابن فهي ثابتة للأب وقد أضاف المالكية أن تكون ولاية التزويج للكافل في حين ذهب الحنفية على أن الولاية تنتقل إلى غير العصبات. انظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 208. انظر: عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 64. انظر: محمد سمارة، المرجع السابق، ص 91.

¹ فإذا كان للمولى عليه أكثر من عاصب كانت المفاضلة بينهم في الجهة فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة وجهة الأخوة على جهة العمومة، وإن اتحدت الجهة يفضل أقرب الأولياء درجة، وإن اتحدت الدرجة يقدم الأقوى قرابة وهي التي تكون من جهة الأبوين، أما إذا اتحدت الجهة والدرجة والقوة كانت الولاية لكل منهم لأن الولاية لا تقبل التجزئة. انظر: محمد عزما البكرمي، موسوعة الفقه والقضاء الأحوال الشخصية، دار المحمود، (د. س. ن)، ص 305.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

³ محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، منشورات جامعة دمشق، (د. د. ن)، ص 196، 197.

أن يكون هذا الشخص المختار من قبل الراشدة من الأقارب أو من الغير، الأمر الذي يعد غريبا في مجتمعنا من حيث العرف الجاري¹. وهذا ما تم النص عليه في المادة 11 قائلة: "بأن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد الأقارب الأولين أو أي شخص تختاره".

أما بالنسبة للمرأة القاصرة فاننتقال الولاية في التزويج تبقى على سبيل الإيجار كما كان العمل به سابقا لذلك قد خول للأب صلاحية ممارسة ولايته على موليته، لأنها تعتبر القرابة القريبة الأولى بالنسبة للمولى عليها، أما في حالة عدم وجوده تنتقل للأقارب الأولين ومن ثم جاء وجعل القاضي ولي من لا ولي له في مرتبة أخيرة². وهذا ما دلت عليه المادة 11 فقرة 2 التي جاءت قائلة: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

والناظر فيما تم تقديمه يجد بأن المراد بانتقال ولاية التزويج هي عدم الخروج عن الانتقال الذي جاءت بها الشريعة الإسلامية وعليه متى تحقق وجود الأب فالولاية من صلاحيته³، لأن الحجة في ذلك تقوم على أمرين:

-الشفقة الدافعة إلى الحرص على المولى عليها، وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة من الأولياء جميعا، بل هم يختلفون فيها.

-حسن الرأي وتخيير أوجه النفع، وهو ما يختلف فيه الأولياء أيضا⁴.

¹ مسعود هاللي، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، بحث دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2013، 2014، ص 294.

² غنية غوناي؛ فوزية بوجاجة، الأحكام القانونية لانعقاد الزواج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر حقوق، جامعة جيلاني بونعامة بخميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014، 2015، ص 58، 59.

³ المقصود بالأب: هو الرجل الذي تولد منه مولود منتسب إليه شرعا (الأب الشرعي)، انظر: شهيد عبد الزهرة الخطيب، آراء الفقهاء في ولاية الأب على البكر الرشيدة، مجلة أهل البيت، العدد 14، (د.س.ن)، ص 100.

⁴ محمد عزما البكرمي، المرجع السابق، ص 311.

الفرع الثاني

المراد بالقاضي في ولاية التزويج

تنتقل الولاية للقاضي في التزويج حسب ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية المقارنة وقانون الأسرة الجزائري، ولكن لم يحدد المراد بالقاضي سواء لدى فقهاء المذاهب أو شراح القانون، وهو ما نحاول تحديده في هذا الفرع، فن تعرض في البداية إلى معنى القاضي في الشريعة (أولاً)، ثم لمعنى القاضي في القانون (ثانياً).

أولاً: المراد بالقاضي في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة في تحديد المراد بالقاضي بسبب ورود روايات ورد بها ذكر السلطان وروايات أخرى ذكر فيها القاضي إلى أقوال عدة. فقد يكون المراد من له الأمر مثل السلطان أو الحاكم، أما القاضي فليس له ولاية إلا بتفويض من الحاكم أو نيابة عنه ويدخل في ذلك الأمير والوالي خاصة في حالة عدم وجود قاض، أو يكون الأمر للقاضي دون حاجة إلى تفويض لورود ذلك في الحديث صراحة فتكون له ولاية التزويج مثل السلطان.

فذهب فريق من شراح الحديث والفقهاء إلى أن المراد بالسلطان هو إمام المسلمين العام الذي له الأمر والولاية على الكافة، إذ هو الأمين على رعاية مصالحهم بمقتضى شريعة ربهم¹. وسواء كان السلطان جائراً أو عادلاً كما ذهب إليه البعض في شرحه للحديث الذي ورد عن ابن عباس بلفظ: "لا نكاح إلا بولي مرشد أو سلطان". وذلك لعموم الأحاديث القاضية بالأمر لطاعة السلطان جائراً كان أو عادلاً وقيل بل المراد به العادل المتولي لمصالح العباد لا سلاطين الجور فإنهم ليسوا بأهل لذلك².

¹ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 171.

² الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، دار الجيل، بيروت، (د.س. ط)، ص 989.

في حين ذهب الفريق الثاني لاعتبار أن السلطان في ولاية ال تزويج هو من له حكم (ولاية حكم) ¹، والمراد به إما الحاكم أو القاضي الذي فوض الأمر إليه (ولاية التزويج) ²، وهو الذي يلي عقد قران المرأة عند انعدام أوليائها ³، أو حصل عضل من قبلهم، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له". ويدخل فيها كذلك والي البلد وهو الذي يكون في موضع تزويج المرأة التي احتاط لها في المهر وكان كفاء لها بشرط أن لا يكون بأس لها، وهذا ما روى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة: "أن النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم و كانت عنده" ⁴.

ثانياً: المراد بالقاضي في القانون

باستقراءنا للمادة 11 فقرة 2 نجد أن ولاية التزويج تنتقل للقاضي باعتباره ولي من لا ولي له، إلا أن القانون رغم إحالة هذه الولاية للقاضي لم يقم بتقديم تعريف للقاضي المكلف بأن يكون ولياً للمرأة، وعليه ذهب بعض شراح القانون على أن القاضي الذي خول له صلاحية تولي زواج من هي في ولايته هو "رئيس المحكمة المكلف والمعين لرئاستها" ⁵، ولكن يمكن أن يعترض على هذا التعريف أنه مستنبط من الاجتهادات القضائية الصادرة عن قسم شؤون الأسرة.

¹ القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك، ج 5، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004، ص 12.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 1، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 199، 208.

³ وفي حالة وجود الولي مع الحاكم أو القاضي المفوض وقام بتزويجها فقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: ليس لهما تزويجها إلا بعد مسألتهما ألها ولي أم لا فإن ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم أنه لا ولي لها يزوجها وإن كان لها ولي لم يزوجها حتى يدعو وليها فإن أبى من نكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن استصوب ما قال ردها إلى رأيها، وإن رأى غير ذلك أمره بنكاحها، فإن أبى زوجها. انظر: المنتقى، المرجع السابق، ص 14.

⁴ أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي ، المغني، ج 7، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 135.

⁵ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 127.

وأمام هذا التعريف ذهب آخرون من شراح القانون على أن المراد به هو: "قاضي الموضوع والأساس في ذلك أن تقدير مصلحة المرأة التي تريد الزواج بالأصلح لها هي مسألة موضوعية ليست من اختصاص رئيس المحكمة"¹.

المطلب الثاني

الأصل الشرعي والقانوني لانتقال

ولاية التزويج للقاضي

إن الولاية في التزويج يمكن انتقالها في حالات معينة والتي يأتي شرحها لاحقاً لذلك قد سطرت لها أحكام شرعية وأخرى قانونية ، ومن أجل ضبط هذه الولاية عند انتقالها لا بد من أن تكون لها أصل شرعي لانتقال ولاية التزويج للقاضي (فرع أول)، وأصل قانوني لانتقال ولاية التزويج للقاضي (فرع ثان).

الفرع الأول

الأصل الشرعي لانتقال ولاية التزويج للقاضي

لقد أفاضت الشريعة الإسلامية في التكلم حول انتقال ولاية التزويج للقاضي مستدلين على هذا من القرآن الكريم (أولاً)، والسنة النبوية الشريفة (ثانياً).

أولاً: من القرآن الكريم

وردت أدلة في القرآن الكريم تشير إلى ولاية التزويج ولكن لم تذكر صراحة انتقال الولاية للقاضي. من ذلك:

¹ زويبير بولعود، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001، 2004، ص 20.

الدليل الأول: قال الله تعالى: " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " ¹.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن العضل معناه المنع فيكون الله سبحانه وتعالى ، قد نهى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه ².

الدليل الثاني قال الله تعالى: " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوَالِدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا " ³.

وجه الدلالة أن الله عزوجل يأمر الأولياء من عدم عضل اليتامى فأمرهم بتزويجهم.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

الدليل الأول: جاء في حديث أن عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن أبي حازم عن سهل بن سعد قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلي الله عليه وسلم فقالت: إني وهبت من نفسي فقامت طويلا فقال رجل: زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة قال: "هل عندك من شيء تصدقها" قال: ما عندي إلا إزاري فقال: "إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئا" فقال: ما أجد شيئا فقال: "التمس ولو خاتما من حديد" فلم يجد فقال أمعك من القرآن شيء قال: نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال "قد زوجناكها بما معك من القرآن" ⁴.

¹ سورة البقرة، الآية 232.

² إبراهيم محمد المنصور الشحات، أحكام الزواج في الشريعة، ص 99 pdf createt with pdf actory pro trial version
www.pdfactory.com

³ سورة النساء، الآية 127.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب السلطان ولي.

وجه الدلالة منه نجد أن هذه المرأة ليس لها ولي فقام الرسول صلى الله عليه وسلم بتزويجها بصفته سلطاناً¹.

الدليل الثاني: ما روى عن عائشة قالت: أن رسول الله قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"². رواه أحمد وكثيرون عن عائشة. فوجه الدلالة من الحديث أن السلطان يلي الأموال ويحفظ الضوال فكانت له ولاية النكاح كالأب³.

الدليل الثالث: قال عمر رضي الله عنه: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان"⁴.

وجه الدلالة أن المرأة لا تزوج إلا بوجود ولي لها وتكون على وجه الترتيب.

الدليل الرابع: ما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة اعتذرت بأعذار من جملتها أن أوليائها غيب قال صلى الله عليه وسلم: "ليس في أولئك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله"⁵.

فوجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة كونه سلطاناً عليها كون أوليائها غيب⁶.

¹ أحمد الصويعى شليبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 1، 2007، ص 19.

² أخرجه أبو داود في سننه، ج 3، كتاب النكاح، باب في الولي.

³ المغني، المرجع السابق، ص 351.

⁴ أخرجه مالك في الموطأ، ج 3، كتاب النكاح.

⁵ أخرجه النيسابوري في المستدرک على الصحيحين، ج 4، كتاب معرفة الصحابة.

⁶ إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص 114.

الدلي الخامس: ما جاء عن الإمام الشافعي رحمه الله أنه قال: "فإن كان بها أولاهم مفقودا، أو غائبا غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان"¹.

فوجه الدلالة من قول الإمام الشافعي أن ولاية التزويج في حالة غياب الأولياء الأقارب فلولاية تنتقل للسلطان بحكم الشرع.

الدليل السادس: عن طلق بن غنام قال: "خرج حفص بن غياث القاضي يريد الصلاة، وأنا وراءه في الزقاق فقامت امرأة حسناء، فقالت: أصلح الله القاضي، زوجني فإن إخوتي يضرون بي، فالتفت إلي فقال: يا طلق، اذهب، فزوجها إن كان الذي يخطبها كفوًا".
وجه الدلالة من الحديث أن المرأة التي امتنع أولياؤها من تزويجها لا بد من رفع أمرها للقاضي حتى يرفع الظلم عنها².

الفرع الثاني

الأصل القانوني لانتقال ولاية التزويج للقاضي

المشرع الجزائري قبل التعديل قد تناول انتقال ولاية التزويج للقاضي والذي استنبطت أحكامه من قواعد الفقه الإسلامي، وخاصة أنه كان ينص على حالة وقوع المنع من قبل الأولياء لأن المرأة لها حق اللجوء إلى القضاء هذا بموجب المادة 11.

أما عن التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري في مجمله بالأمر 02/05 والمادة 11 في خصوصه فنجد المشرع في فقرته الأولى من نفس المادة قد نص على انتقال

¹ أبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الفرائض-النكاح-الصدوق، مجلد 9، دار المناهج، (د. م. ن)، (د. س. ط)، ص 276.

² محمد جمعة بدوي، المسائل الفقهية المستخرجة من سير أعلام النبلاء جمعا وترتيباً ودراسة، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2014، ص 100.

ولاية التزويج باختيار المرأة الراشدة¹، والذي لم يفهم من أين أخذ المشرع هذه الصيغة وخاصة أن الشريعة الإسلامية لم تنص على هذا الانتقال الاختياري.

أما عن الفقرة الثانية لا بد أنه قد أخذ تأصيله القانوني باستناده على قواعد الفقه وبعض القوانين المقارنة للأحوال الشخصية كما هو الحال في قانون الأحوال الشخصية التونسي الذي أسند ولاية التزويج للولي بالنسبة للقاصر إلا أنه وفي حالة ما حصل منع من قبل وليها في زواجها لزم رفع أمرها للقاضي من أجل رفع الظلم وهذا ما تم النص عليه في الفصل 6 الذي ينص على أنه: "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم .

وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي". كما أن مدونة الأسرة المغربية بدورها قد تعرضت لانتقال ولاية التزويج للقاضي من خلال المادة 3 / 21 التي تنص على أنه: "إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع". وكذلك نجد المشرع الكويتي قد حسم أمر انتقال ولاية التزويج للقاضي وهذا بنص المادة 31 بقولها: " إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع أمرها للقاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج.."².

ومن ثم ما هو الدافع الذي جعل المشرع الجزائري يعمد إلى إعادة صياغة المواد 11 وإلغاء المادة 12 التي كانت توفر حماية ومصلحة للمرأة في حالة تعسف الولي في تجاوز حدود سلطته.

وكخلاصة لما سبق دراسته في هذا الفصل نجد بأنه رغم استقرار فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح الفقه المعاصر على وجود ولاية التزويج للقاضي إلا أنهم لم يعملوا على وضع تعريف واضح يشمل كل من الولاية الخاصة والتي تكون ثابتة في حق الأب غالباً، وما بين الولاية العامة والثابتة في حق القاضي وحده.

¹ مسعود هاللي، المرجع السابق، ص 294.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 69.

ورغم هذا قد حدث اختلاف ما بين أهل العلم في المذاهب المعتمدة وما بين القوانين التي عالجت موضوع الولاية في التزويج للقاضي منها قانون الأسرة الجزائري، حول ما يعرف بتكليف الولاية في التزويج، حيث ذهب فريق من الفقهاء وهم الجمهور على اعتبار ولاية التزويج ما هي إلا حق مشترك ما بين الولي والمولى عليها وهذا ما كان جاري العمل به في قانون الأسرة قبل تعديله في المادة 11، بينما في التعديل لسنة 2005 حسب المادة 11 نجد أن المرأة قد أصبح لها كامل الحق في أن تنفرد بإنشاء عقد قرانها وما على الولي إلا الحضور وأضف إلى ذلك أن الولي أصبح على سبيل الاختيار من قبل المرأة. في حين نجد الفريق الثاني من الحنفية وأبو يوسف ومحمد الذين عملوا على تكليف ولاية التزويج في أنها حق للمرأة فقط ولكنه من باب الاحترام والتقدير لا بد من أن توكل الأمر لوليها.

ومن ثم يمكن للولاية الخاصة التي كانت منسوبة للأب أو الأقارب الذين يلونه في الدرجة كما سبق القول أن تنتقل إلى الولاية العامة وهي من حق السلطان أو ما يعرف بالقاضي في زمننا هذا، ولكن يبقى هذا الحق المنسوب للقاضي ما هو إلا استثناء عن قاعدة شرعية كانت أم قانونية، لأن هذا ما كان ساري العمل به في قانون الأسرة قبل تعديله وما تبنته بعض القوانين المقارنة كالقانون الكويتي والسوري، بينما عند التعديل نجد بأن المشرع الجزائري قد خرج عن الانتقال الذي جاءت به الشريعة والجدير بالملاحظة أن جل قواعده مستلهمة منها ورغم هذا خالف الشريعة السمحة وخاصة بالنسبة للمرأة البالغة والذي أصبح الانتقال في حقها اختياريا بينما إذا كانت المرأة قاصرة فيبقى الانتقال في حقها إجباريا.

ولكن رغم توكيل القاضي حق ولاية التزويج إلا أنه حصل اختلاف ما بين أهل العلم فيمن يتولى عقد قران موليته فذهب فريق إلى جعل الولاية للسلطان، والأساس في ذلك أنه أمين على رعاية مصالحهم في حين يرى فريق آخر على أنها تكون للقاضي باعتباره لديه ولاية حكم ويدخل فيها أيضا والي البلد، أما عن القانون فيبقى فيه نوع من الغموض لأنه رغم توكيل هذا الحق للقاضي إلا أن شراح القانون لم يتوقفوا على تعريف للقاضي ولكن هناك من استنبطوا من خلال الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال أن القاضي المكلف

في ولاية التزويج هو رئيس المحكمة، بينما ذهب شراح آخرون إلى جعل ولاية التزويج لقاضي الموضوع لأنه يكون محل اختصاص.

وبالرغم من وجود تباين بين الشريعة الإسلامية والقوانين حول انتقال الولاية والمراد بالقاضي إلا أن الشرع قد سلط الضوء على ورود ولاية القاضي في التزويج وهذا من خلال ورود مجموعة من الأدلة سواء المذكورة في التنزيل العزيز أو التي جاءت في السنة الشريفة، وهذا ما تبنته بعض القوانين المقارنة كالمدونة المغربية للأسرة والقانون التونسي والقانون الكويتي وسار على هذا القانون الجزائري قبل تعديله بينما في التعديل لقانون الأسرة نجده قد حاول التوفيق بين الشريعة من جهة، وبين القوانين المقارنة من جهة ثانية.

الفصل الثاني

حالات انتقال ولاية التزويج للقاضي

إن عقد النكاح من أعظم العقود وهو الموصوف في الذكر الحكيم بالميثاق الغليظ وهو يعد من أخطر العقود لما يترتب من آثار إيجابية كانت أو سلبية، لذلك استحق أن يحتاط له الشرع والقانون وأن يوفر له أسبابا من الحماية والرعاية ولاسيما من جانب المرأة، ومن ذلك أن يكون لها ولي خاص يتولى عنها إبرام العقد.

إلا أن هذا الحق الموكول للولي قد يجعله يتجاوز حدود سلطته على المولى عليها فهنا يعتبر متعسفا في حقها، وهذا من خلال منع المرأة من النكاح بمن هو كفاء لها فيعد ذلك ظلما وعدوانا وهذا ما يعرف بعضل الولي، حيث يسر لها الشرع والقانون سبلا عديدة تمكنها من التخلص من ظلمه وخاصة أنه لا يكون للولي أي وجه من وجوه المصلحة لهذه المرأة وهنا نكون أمام حالة من حالات انتقال الولاية بسبب العضل (مبحث أول).

وهناك حالات يتعذر فيها على الولي الأقرب ممارسة حقه في الولاية على من تكون تحت ولايته كما في حالة غيابه لسفر أو أسر أو نحوهما ولا يستطيع حضور زواج موليته. وكما في حالة عدم وجود ولي من الرجال بالنسبة للبنات مجهولي النسب أو من يطلق عليهن بنات الزنا أو الطفولة المسعفة. وحتى لا يكون هناك تفويت فرصة للمولى عليها من الزواج قد كرست لها الشريعة الإسلامية والقانون آليات للحماية من أجل تحقيق غايتها ألا وهي الزواج، حيث تنتقل الولاية في مثل هذه الحالات لانعدام الأولياء للولي الأبعد أو للقاضي (مبحث ثان).

المبحث الأول

انتقال ولاية التزويج للقاضي

في حالة العضل

إن من آليات حماية المرأة الاجتماعية وحفظ حقها في اختيار الزوج المناسب لها حتى تكون سعيدة في حياتها لا بد من اللجوء إلى القضاء، من أجل رفع الظلم الواقع عليها من قبل الأولياء المعارضين على قرانها بمن يحقق لها أسرة كاملة مكتملة، وهذا ما يطلق عليه مصطلح العضل والذي يسمح بانتقال الولاية إلى القاضي أو غيره. وهو ما يدعو إلى الوقوف على معنى العضل وشروط توافره (مطلب أول)، وبعد ذلك يتوجب استطلاع رأي الفقه والقانون في انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة العضل (مطلب ثان).

المطلب الأول

مدلول العضل وشروط توافره

نعمل في بداية الأمر من خلال هذا المطلب على بحث مدلول العضل (فرع أول)، ثم ننتقل بعد ذلك إلى الشروط الواجب توافرها لتحقيق العضل (فرع ثان) .

الفرع الأول

مدلول العضل

نعرض في البداية للمدلول اللغوي للعضل (أولاً)، ثم نتعرض للمدلول الاصطلاحي الفقهي للعضل (ثانياً).

أولاً: المدلول اللغوي للعضل

للعضل من الزاوية اللغوية عدة معان: فيأتي بمعنى الضيق، المنع، الشدة.

فبمعنى الضيق يقال عضل عليه عضلا¹، أي حال بينه وبين مراده، وعليه ضاقت الأرض بأهلها لكثرتهم².

أما المعنى الثاني، قيل أعضلني فلان، أي أعياني أمره³، ومنه عضل الرجل حرمة من الزواج، وعضل المرأة عن الزوج وهذا ما جاء في التنزيل العزيز: " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ"⁴، وعليه فهو من باب قتل وضرب⁵.

ويقال في المعنى الثالث داء عضال أي شديد أمره ومعجز ومنه لا طب له⁶.

ثانياً: المدلول الفقهي الاصطلاحي للعضل

عرف مصطلح العضل على أنه: " منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئتها إذا طلب ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه"⁷.

والناظر في هذا التعريف يجهده قد قيد مصطلح العضل في المرأة البالغة العاقلة التي تكون محل الزواج دون سواه⁸، لذلك قد انتقد هذا التعريف من قبل بعض الشراح وعرفوا العضل على أنه: "امتناع الولي من تزويج موليته من كفئتها⁸ بغير حق شرعي"⁹.

¹ الزبيدي محمد تقي الحسيني، تاج العروس، جزء 7، ط 1، دار الأبحاث، الجزائر، 2011، ص 335.

² مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 637.

³ الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 241.

⁴ سورة البقرة، الآية 232.

⁵ الموسوعة الفقهية، ط 1، دار الصفاة، الكويت، 1994، ص 143.

⁶ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 637.

⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 215.

⁸ نايف محمد الجنيدي، المرجع السابق، ص 73.

⁹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 170.

والعبرة في ذلك أن هذا التعريف يتسم بالدقة في التعبير لأنه شامل لكل امرأة مقبلة على الزواج صغيرة كانت أم بالغة ولأن منع وليها عن زواجها في كلا الحالتين يجعله متعسفا في استعمال حقه وظالما لها و مرتكبا للحرام، وهذا ما نهى الله عز وجل عنه بقوله: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ" ¹ هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن الولي يجهل ما يخلفه فعله هذا من فساد أخلاقي واجتماعي لمن هي في ولايته والتي يدفع بها إلى ضعف الإيمان وتكون محل الرذيلة وفقدان الكرامة.

الفرع الثاني

الشروط التي تتحقق بها حالة العضل

حتى يتحقق العضل من قبل الأولياء لا بد من توافر جملة من الشروط فهناك شروط متعلقة بالمهر (أولا)، في حين هناك شروط متعلقة بالمرأة والكفاءة في الزوج (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بالمهر في حالة العضل

لقد تباينت آراء الفقهاء حول حصول المنع من قبل الأولياء بشأن المهر والذي لم يبينه المشرع الجزائري قبل التعديل ولم يستدركه عند تعديله لقانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، لذلك ذهب فريق من الفقهاء وهو المشهور عند الحنفية على أنه إذا حصل وأرادت المرأة أن تتزوج من كفاء لها، ولكن بأقل من مهر مثيلاتها فللولي الحق في الاعتراض على زواج موليته لأنه يخلق نوعا من العار داخل الأسرة ويكون فيه ضرر على نساءهن ².

في حين يرى الفريق الثاني وهو ما تبناه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلى عدم منع من هي في ولايتهم من الزواج في حالة عقد قرانها بأقل من مهر مثيلاتها أو لكونه من غير نقد بلدها مستدلين لرأيهم هذا ب:

¹ سورة البقرة، الآية 232.

² محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، عمان، 2007، ص 56.

- أن المهر حق خالص لها وعوض يختص بها فلا يمكن لهم الاعتراض على ذلك¹.

- ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أراد أن يزوجه: " التمس ولو خاتما من حديد"².

- كذلك ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال لامرأة زوجت نفسها بنعلين: " أرضيت بنعلين من نفسك" قالت: " نعم، فأجازه النبي"³.

وبعد تبيان قول كل فريق أرجح حسب وجهة نظري القول الثاني لورود مجموعة من الأدلة الواضحة بشأن المهر أما عن القول الأول يمكن أن يعترض عليه بدليل ما جاء عن عمر أنه قال: " لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاهم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم" ويعني هذا لا غلاء في المهور⁴.

ثانياً-الشروط المتعلقة بالمرأة والكفاءة في الزوج في حالة العضل

- أن يعمل الولي على منع موليته بعد طلاقها من زوجها من الرجوع إليه⁵ وفي هذا قول الله تعالى: " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ"⁶.

¹ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 80.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب السلطان ولي من لا ولي له.

³ أخرجه الترمذي في سننه، ج 2، أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء.

⁴ أخرجه الترمذي في سننه.

⁵ فوزية بوضرة، الولاية في الزواج حدودها وضوابطها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، قسم الحقوق، 2013، ص 71.

⁶ سورة البقرة، الآية 232.

- عضل الولي موليته الصغيرة من الزواج بكفئها لأن البالغة العاقلة تستطيع أن تزوج نفسها لأنها صارت أهلا لممارسة حقوقها الشخصية ببلوغها عاقلة هذا عند الحنفية¹. أما تحقق العضل عند جمهور الفقهاء فهو يشمل المرأة الراشدة².

- أن تكون المرأة يتيمة وتقدم إلى خطبتها كفاء لها واعترض الولي على ذلك لأنه يريد الاستيلاء على حقوق لها ويخشى إن هو زوجها أن تمنع عليه هذه الحقوق حيث قال الله عز وجل: " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ " ³.

- حصول المنع من قبل الولي لشدته وهذا من خلال التصرفات الصادرة منه مما يؤدي إلى صرف الخطاب عن خطبة موليته⁴.

- عضل الولي موليته بتزويجها الكفاء الذي اختارته على أن يزوجه من الخاطب الكفاء الغير راضية به فهنا تضارب بين أقوال الفقهاء حول مدى اعتباره شرطا من شروط تحقق العضل ومدى عدم اعتباره شرطا من شروط تحقق العضل وهذا ما يتم تبيانه:

فذهب كل من المالكية والحنابلة والشافعية أنه إذا كان الولي مجبرا فيعتد بالكفاء المختار من طرف وليها ولا يعد عاضلا لأنه أكثر خبرة بأحوال الرجال أما إذا كان الولي غير مجبر فالعبرة أن تأخذ الزوج الكفاء المختار من طرفها وإلا اعتبر عاضلا⁵.

¹ المقصود بالكفاءة في الزواج : "المساواة بين الزوجين في أمور مادية واجتماعية بحيث تتحقق السعادة الزوجية بين الزوجين حتى لا يكون هناك عار عليها وعلى أوليا ءها. انظر: محمد الشماح، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط 1، دار القلم، دمشق، 1995، ص 49.

² سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010، 2011، ص 162.

³ سورة النساء، الآية 127.

⁴ نايف محمد الجنيدي، المرجع السابق، ص 71، 74.

⁵ إذا كان الولي هو وصي الأب وكان مجبرا لا يكون عاضلا بمجرد رد الخاطب الكفاء الذي رضيت به المرأة، إلا إذا تحقق الإضرار بها، وقيل أن الوصي المجبر يعد عاضلا بمجرد رد أول كفاء لها . انظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 216.

أما ما ذهب إليه الحنفية فهو إيجابتها لكفئها إعافا لها وفي حال ما امتنع يعتبر
عاضلا.

بينما جاء قانون الأسرة قبل التعديل بموجب الأمر 11/84 في مادته 12 التي تنص
على أنه: " 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 .
غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ". فنرى بأن
نص المادة واضح تمام الوضوح فلقد اشترط المشرع شرطين وهما¹:

- أن تكون المرأة بالغة راشدة أو قاصرة وهذا من خلال نصه "أن يمنع من في
ولايته".

- أن يكون الخاطب أو الزوج المراد الاقتران به أصلح لها والمقصود بها كفاءة الزوج
لها ومنعها الولي من الزواج به.

والجدير بالملاحظة أن المشرع بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر
02/05 نجده تخطى عن ذكر الشروط التي يتحقق بها العضل وكأن المشرع قد عدل عما
يعرف بعضل الأولياء وهذا ما دلت عليه المادة 11 فقرة 1 و2 التي تنص على أنه: "تعد
المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.دون
الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأح
الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 121.

المطلب الثاني

مدى انتقال ولاية التزويج للقاضي

في حالة العضل

قد يحصل على أرض الواقع أن تتعرض المرأة للاعتراض من قبل أوليائها فتلجأ للقاضي أو إلى أقرب الأولياء لها وهذا من أجل تزويجها مع العلم أن لها وليا خاصا بها، لذلك جاءت الشريعة الإسلامية بإجراءاتها ووفرت لها حماية، ولكن لا بد على المرأة المعضولة من قبل وليها أن تكون لها أدلة مثبتة لوقوع العضل من قبل الأولياء، لأن إثباته يقع على عاتقها دون سواها ويكون هذا أمام القاضي الذي يقوم بمسائلة الولي فيأمره بتزويجها فإن امتنع وهذا بسكوته فهنا يعتبر عاضلا ويثبت عليه المنع.

ويثبت أيضا عن طريق البينة عند تعزز الولي، كما يثبت أيضا وقوع المنع من قبل الأولياء عن طريق شهادة الشهود لأنه لا يتم قبول قول المرأة على أن وليها قد منعها من تزويجها وإنما عليها أن تثبت ما تدعيه¹.

وبعد توضيح طرق إثبات العضل لا بد من الإشارة إلى مدى انتقال هذه الولاية للقاضي والتي اختلفت فيها آراء الفقهاء بين المؤيدين بانتقالها للسلطان وهو القاضي في وقتنا هذا (فرع أول)، وبين المعارضين على انتقالها للسلطان (فرع ثان).

¹ سعيد قاضي، المرجع السابق، ص 164.

الفرع الأول

الرأي المؤيد لانتقال ولاية التزويج للقاضي

لقد ذهب كل من الإمام أبي حنيفة والمالكية والشافعية إلى أنه في حالة وقوع العضل من قبل الولي الأقرب على موليته فهي منقولة إلى السلطان¹، غير أنهم اختلفوا في سبب انتقال هذه الولاية:

فيرى المالكية أن سبب انتقال ولاية التزويج للسلطان راجع إلى عدم وجود الولي العاضل على أساس أن هذه الولاية لا يمكن ظهورها إلا إذا لم يظهر منه امتناع.

أما الحنفية فالسبب في رفع الظلم من قبل الأولياء على من تكون في ولايته راجع إلى أن العضل ثابت في حق المرأة الراشدة ويكون أيضا في الصغيرة والمجنونة. أما الشافعية فسبب ذلك راجع إلى أن العضل لا يكون فيه تكرار². وهذا ما جاء في رواية عن أحمد أن ولاية التزويج تنتقل للسلطان لكون الولي مجبرا وأن رفع الظلم حق موكل للقاضي فقط³.

ولقد استدلت أصحاب هذا الرأي على موقفهم بمجموعة من الأدلة الآتي ذكرها:

1- قول الله تعالى: " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ " ⁴.

2- ما روى عن عائشة قالت: أن رسول الله قال: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ⁵.

¹ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 143.

² الموسوعة الفقهية، ج 30، المرجع السابق، ص 145. انظر: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 143.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 216.

⁴ سورة البقرة، الآية 232.

⁵ أخرجه أبو داود في سننه، ج 3، كتاب النكاح، باب في الولي.

3- عن طلق بن غنام قال: "خرج حفص بن غياث القاضي يريد الصلاة ، وأنا وراءه في الزقاق فقامت امرأة حسناء، فقالت: أصلح الله القاضي، زوجني فإن إخوتي يضررون بي،فالتفت إلي فقال: يا طلق، اذهب، فزوجها إن كان الذي يخطبها كفوًا"¹.

فالآيات الكريمة والأحاديث المذكورة أعلاه دالة على أن ولاية التزويج تنتقل للسلطان على أساس أنه ظلم من قبل الأولياء على من في ولايتهم وعضلهم بتزويجهم من الزوج الكفاء لها وولاية رفع المظالم هو حق موكول للسلطان آنذاك حتى لا يقع ضرر ووفقا للقاعدة العظيمة التي تقول "لا ضرر ولا إضرار"².

وهذا ما تبناه المشرع قبل التعديل وفق المادتين 11 و 12 فنجده رغم تكرير دور الولي في زواج المولى عليها وهو تولي صيغة عقد زواجها إلا أن هذا الدور جاء على سبيل التقييد وليس على سبيل الإطلاق فلا يستطيع أن يمنع من في ولايته من الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا راشدة أم غير راشدة ، فلذا أثبتت البنت بأن الزوج أصلح لها ولا مبرر للمنع من قبل الولي فيصبح هنا الولي متعسفا في حقها من الزواج وهذا بدليل المادة 12 وبالتالي يحق لهذه الأخيرة أن تلجأ مباشرة إلى القاضي دون أن تصبح الولاية للذي يليه فجاءت مكرسة للحكم الشرعي القائل "السلطان ولي من لا ولي له" وهذا يظهر من خلال الماد 11 التي لها ارتباط وثيق بالعضل³. وقد أكد ذلك قرار المحكمة العليا رقم 90468 الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 1989/10/30 : "أنه من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغب فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فلقاضي أن يأذن به"⁴. وهذا ما سار عليه القانون الكويتي والذي تم معالجة مسألة العضل في المادة 31 القائلة بأنه : "إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع أمرها للقاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج" فجاء نص المادة يشمل العضل بكل وضوح فهو شامل لكل امرأة بكرا أم ثيبا، راشدة أم غير راشدة وكما عرف العضل على أنه ظلم وولاية رفع المظالم حق

¹ محمد جمعة بدوي ، المرجع السابق، ص 100.

² عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 141.

³ زويبير بولعود، المرجع سابق، ص 20.

⁴ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص

موكول للقاضي، وهذا ما جرى عليه القضاء الكويتي أمام دائرة الأحوال الشخصية على أن :
"المدعية بكرة وتقدم إلى خطبتها شاب مكتمل المواصفات من تدين أي غير فاسق وخالي من
العيوب الفاحشة وأثبت ذلك بالأوراق الرسمية وبالبيينة الشرعية ولكن امتنع الولي من تزويجها
فرفعت أمرها بذلك للقاضي فأمر الأب بتزويجها ورغم ذلك لم يتم بتنفيذ الأمر فقررت
المحكمة حضوريا على ولي المدعية أنه عاضلا لها فزوجها القاضي بدلا عنه ¹.

والجدير بالملاحظة على تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 الذي
جاء يتناول موضوع الولاية في نص المادة 09 مكرر ² واعتبر مركزها في المرتبة الثالثة من
سلم شروط عقد الزواج ³ وكذلك نص الماد 11 فقرة 1 والتي جاءت قائلة بأنه: "تعقد المرأة
الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

ف نجد المشرع الجزائري قد ابتعد كل البعد عن المبدأ الشرعي ولم يفرق بين أن تكون
المرأة بكرة أم ثيبا وهذا باستعماله صيغة "المرأة الراشدة"، وزيادة على ذلك قد جعل كل
الأشخاص أولياء للمرأة وهذا بقوله: "أو أي شخص تختاره" فقد استبدل المشرع معيار القرابة
بمعيار الاختيار من طرف المرأة الراشدة ⁴ وهذا اللفظ 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، مما يفهم من صياغة هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أسقط أو بالأحرى تم العدول
عن عضل الأولياء للمرأة الراشدة بكرة أم ثيبا سواء كان الخاطب كفوًا أو غير كفاء وكذلك
مهرها من مثلتها أو عكس ذلك ⁵. مما يدعونا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا

¹ محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، ط 1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص 80، 81.

² تنص المادة 9 مكرر على أنه: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان،
انعدام الموانع الشرعية للزواج".

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص
41.

⁴ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
2010، ص 87.

⁵ محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة
دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008،
2009، ص 369.

بدليل المادة 222 من نفس القانون والتي جاءت قائلة بأنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

أما عن الفقرة 2 من نفس المادة أعلاه تنص على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". فنرى أن المشرع قد نسب للقاصر¹ الحق في حالة منع وليها الأقرب من الاقتران بكفئتها وكان الخاطب قدم لها مهر مثيلاتها فلها أن ترفع أمرها للقاضي عند تعسف الولي في تجاوز سلطته والذي جاء مؤكدا للمبدأ الشرعي القائل السلطان ولي من لا ولي له. وقد أشارت المحكمة العليا في قرار لها قبل تعديل قانون الأسرة على أنه "إذا امتنع الأب عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع فإن قضاة الموضوع بقضائهم طبقوا صحيح القانون"². فهنا يصبح قوة العقد الذي تولاه القاضي بنفس قوة عقد الولي الخاص لها سواء كان الأب أو الأخ.

الفرع الثاني

الرأي المعارض لانتقال ولاية التزويج للقاضي

إن الفقهاء المعارضين لانتقال ولاية التزويج للسلطان هو ما ذهب إليه الإمام الشافعي وأيده الإمام أحمد بن حنبل على أن ولاية التزويج في حالة وقوع المنع من قبل الولي الأقرب فهي حق مخول للولي الذي يليه، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كأن يكون المولى عليه مجنوناً وأثبت الطب أن في الزواج علاجه أو أثبت مصلحة له في زواجه، ووجد الكفاء هذا المشهور عند الحنابلة، أما المشهور عند الشافعية هو تكرر

¹ يقصد بالقاصر هي تلك التي لم تبلغ سن أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 7 وهي 19 سنة ميلادية فإنها لا تتزوج إلا بواسطة الأب أو أحد الأقارب والقاضي ولي في حالة انعدام هـ ذه الأخيرة انظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 48.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 246.

العضل من قبل الولي والمحددة بثلاث مرات مما ينجر عنه ظلم من قبل المولى عليه ويعتبر الولي فاسقا في حق موليته¹.

فقد استدل المعارضون بالأدلة التالية:

1 ما روى عن عائشة قالت: أن رسول الله قال: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"².

2- قال عمر رضي الله عنه: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"³.

3- قال رسول الله صلي الله عليه وسلم: "النكاح إلى العصابات"⁴.

فالأحاديث جاءت دالة في مجملها من أن المولى عليها لديها أولياء في حالة عضل الولي الأقرب، وهذا دال من أن السلطان ولي من لا ولي له وهذه لديها أولياء، أما عن كلمة اشتجروا جاءت مجتمعة في منع الأولياء كلهم أقارب كانوا أم أبعاد فإذا حصل المنع من قبلهم فهي منقولة للسلطان⁵.

وهذا ما سار عليه القانون التونسي على أنه بمجرد عدم موافقة الولي فلولاية تنتقل للأب لأن لديها صلاحية تولي عقد زواج موليتها بدليل الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم و إن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، لزم رفع أمرها للقاضي" هذا من جهة، ومن جهة ثانية نجدها قد تنتقل للقاضي هذا ما تبناه الفصل 6 أعلاه والفصل 8

¹ الموسوعة الفقهية، ج 30، المرجع السابق، ص 145. انظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 164.

² أخرجه أبو داود في سننه، ج 3، كتاب النكاح، باب في الولي.

³ أخرجه مالك في الموطأ، ج 3، كتاب النكاح.

⁴ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 270.

⁵ الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 145.

من نفس المجلة على أن: "الحاكم ولي من لا ولي له" فنجد المشرع التونسي قد جمع بين الفقهاء القائلين بانتقالها للقاضي، وبين الفقهاء القائلين بانتقالها للولي الأقرب¹.

بعد توضيح رأي الفقهاء المعارضين والمؤيدين وموقف القوانين من انتقال ولاية التزويج للسلطان توضح لي أن أرجح القائلين بانتقالها للسلطان وهذا واضح من الحديث القائل بأن "السلطان ولي من لا ولي له" والسبب في ترجيح هذا الرأي أرى بأن الولي شرع بأن يكون سندا لها وحمايتها في تحقيق زواجها، فمتى تحقق الإضرار بمن هي في ولايته بكرة أم ثيبا راشدة أم غير راشدة فلها أن ترفع أمرها للسلطان فهنا تعتبر المرأة في حكم من لا ولي لها لأن ولاية رفع المظالم مخول له.

أما عن القائلين بأن الولاية تنتقل للولي الأقرب يمكن أن ينشب بين الأقارب نوع من الكراهية والعداوة مما ينجر عنه قطع صلة الرحم وهذا راجع لإمكانية وجود تناقض حول وجهة النظر الخاصة بالزوج الكفء فهذا يدعونا لاختصار الطريق فلا بد من شخص ثالث ليفصل في ذلك ألا وهو السلطان حتى لا يخلف ذلك ضررا بفوات الخاطب الكفء.

وكخلاصة لما تقدم فإن قانون الأسرة قبل التعديل كان أكثر توازنا مع موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه المعتمدة وأكثر تماشيا مع طبيعة المجتمع الجزائري وأعرافه وتقاليد.

المبحث الثاني

انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة

انعدام الأولياء

هناك حالات يمكن أن يكون الولي الخاص للمولى عليها غير موجود وأن حق الولاية مخول له فقط، وإن موليته تقدم إلى خطبتها من هي راغبة فيه ولكن من أجل إتمام إجراءات عقد الزواج لا بد أن يكون لها ولي سواء من قريب أو من بعيد، لذلك نكون أمام حالة من

¹ ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، منوبة، 2011، ص 60، 61.

حالات انتقال ولاية التزويج للقاضي وهي غياب الولي أو فقده (مطلب أول) كما نكون أمام حالة انتقال الولاية في التزويج للقاضي عند عدم وجود ولي من الرجال (مطلب ثان).

المطلب الأول

انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة

غياب وفقد الولي

قد يحصل وأن يكون ولي المرأة غائبا أو مفقودا لأسباب راجعة لإرادته أو أسباب خارجة عن إرادته، فتكون موليته مقبلة على الزواج فيكون وليها غير موجود، وهنا تنتقل الولاية لغيره. ولكن لا بد من التعرف على المقصود بالغيبية وأنواعها التي تسمح بانتقال الولاية (فرع أول)، وبعد ذلك التعرف على أثر غيبة الولي على انتقال الولاية في ال تزويج (فرع ثان).

الفرع الأول

المقصود بالغيبية وأنواعها

قد يحصل ويتعدد الأولياء ويكون الولي القريب غائبا الأمر الذي يدعو لتحديد المقصود بالغيبية (أولا)، مروراً بعد ذلك إلى أنواعها (ثانياً).

أولاً: المقصود بالغيبية

نعمل في البداية على بسط التعريف اللغوي لغيبية الولي (1)، ثم التعريف الاصطلاحي لغيبية الولي (2).

1: التعريف اللغوي لغيبية الولي

الغيبية هي مصدر للفعل غاب، فيقال غاب عنك، أي غاب عن العيون سواء كان محصلاً في القلوب أو غير محصل، ونقول، غاب، غيبة، غيبوية، غيبوبة، غيوباً، غياباً،

وجمع الغيب غياب و غيوباً وقد تكون مصدراً للفعل توارى فيقال: يتوارى، توارياً، متوارياً¹، ومنه غابت الشمس والقمر، وهو التواري في المغيب².

2: التعريف الاصطلاحي لغيبة الولي

يقصد بغيبة الولي هو ابتعاده وتواريه إما بالسفر إلى مكان بعيد لا يمكن بلوغه إلا بكلفة ومشقة، أو إلى مكان قريب يشك أنه فيه ولا يعلم مكانه بالتحديد فهو كالبعيد لتعذر الوصول إليه³.

ثانياً: أنواع غيبة الولي

تتنوع غيبة الولي في تولى عقد زواج من في ولايته حسب المدة الزمنية المستغرقة فهي تكون ما بين الغيبة القريبة (1)، وأخرى غيبة منقطعة (2).

1: غيبة الولي الأقرب غيبة قريبة

تفاوتت أقوال الفقهاء في حد الغيبة القريبة على ثلاثة أقوال: قول المالكية، قول الشافعية، قول الحنفية والحنابلة.

- قول المالكية: اعتبروا حد الغيبة القريبة عندهم في أن الولي كان في مكان وقد

غاب إلى مكان آخر واستغرق في ذهابه إليه عشرة أيام هذا على قول

الدردير: "غيبته غيبة قريبة كعشر من الأيام ذهاباً"⁴.

¹ المعجم العربي الأساسي، المرجع السابق، ص 1303.

² الزبيدي محمد تقي الحسني، المرجع السابق، ص 844؛ 845. انظر: الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المرجع السابق، ص 47.

³ فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، مجلد 6، العدد 12، 2012، ص 4.

⁴ فراس سعدون فاضل، المرجع نفسه، ص 10.

- **قول الشافعية:** فح الغيبة على رأي هذا المذهب مرحلتان فأكثر وهما محددتان بمسيرة يوم وليلة¹.

- **قول الحنفية والحنابلة:** ولهما بذلك رأي موحد فالغيبة القريبة عندهم يعدها بمسافة القصر والتي تحتل أن يحدها بما تقصر فيه الصلاة وما علق عليه رخصة السفر².

في حين جاء في قول محمد رحمه الله وهذا فيما ورد عن بعض المشايخ أن حد الغيبة القريبة قدرها ثلاثة أيام ولياليها³.

أما الغيبة التي يكون سببها الأسر أو الفقد فهي تعتد بالمكان والبلد الموجود فيه فإذا كان في بلد أو مكان يمكن مراجعته فهي غيبة قريبة، وعكس ذلك تعتبر غيبة منقطعة⁴.

2: غيبة الولي الأقرب غيبة منقطعة

إن حد الغيبة المنقطعة عند الفقهاء لم تتوقف على رأي موحد فنجد في المذهب الواحد عدة آراء كما هو مبين:

- **رأي الحنفية:** فهي تكون على عدة مواصفات وحدها كما يلي:
- أن تكون الغيبة في الموضع التي لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة.
- أن الولي ينتقل من مكان إلى آخر ولم يبق على أثره.
- أن يكون في مكان لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق مراحل منقطعة.
- أن يكون في مكان بعيد لو انتظر مجيئه وإعطاء رأيه يفوت الكفاء عن موليته⁵.

¹ مصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، (أحكام الأسرة وملحقاتها الأحوال الشخصية الوقف والوصية والفرائض)، مجلد 2، ط 3، دار الشامية، 1998، ص 64.

² بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 2، ط 1، دار المصطفى، دمشق، 2008، ص 1053.

³ محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، كتاب المناسك-كتاب النكاح-كتاب الطلاق، ج 3، ط 1، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 2003، ص 157.

⁴ فراس سعدون فاضل، المرجع السابق، ص 11. انظر: محمد سمارة، المرجع السابق، ص 92.

⁵ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 92، 93.

- **رأي الحنابلة:** تكون حد الغيبة المنقطعة على عدة مواصفات أيضا:
- هي المسافة التي لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق كلفة ومشقة.
- تعدد بالمدة الزمنية التي لا يصل فيها الكتاب أو التي يصل فيها ولا تكون هناك إجابة عنه.
- وقيل كذلك ما تستضر به المرأة¹. واتحد مع هذا الرأي قول الحنفية.
- **رأي المالكية:** تعتبر الغيبة المنقطعة في ظل هذا المذهب على نوعين: على أساس الولي المجرر والولي الغير مجبر².

وتتحدد الغيبة المنقطعة عندهم على أساس خروجهم إلى المغازي ويتم الإقامة في ذلك البلد³.

بعد توضيح لأنواع الغيبة يتبني لنا من أن الحد فيها إما أن يكون حدًا زمنيًا وإما أن يكون حدًا مكانيًا من أجل الاتصال بالولي، إلا أنه لا يمكن أن تكون هناك غيبة في وقتنا الحاضر وهذا راجع لوسائل الاتصال الحديثة ووسائل الإعلام المختلفة.

حيث أن وجهة نظري مالت لولي الأحناف والحنابلة، سواء كانت الغيبة منقطعة أو قريبة على أساس أنهم راعوا في ذلك مصلحة المولى عليها لا مصلحة الولي وهذا من خلال انتظاره وإعطاء رأيه بذلك ففيه تفويت الفرصة عليها وفيه نوع من الإضرار بها لأن الخاطب الكفاء لا يمكنه الانتظار أكثر من سنة.

¹ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 156، 157.

² الولي المجرر هو الذي تثبت له ولاية الإجماع على من في ولايته كالأب و الجد أو وصي الأب، أما المقصود بالولي الغير مجبر هو الذي يقوم بتزويج من له عليها الولاية إلا بإذنها ورضاها كالأخ أو السلطان؛ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة كتاب الأحوال الشخصية، مجلد 4، ط 1، دار الوعي، الجزائر، 2008، ص 119، 120.

³ فراس سعدون فاضل، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثاني

أثر غيبة الولي على انتقال الولاية

في التزويج

إن غياب الولي له أثر كبير في زواج موليته والذي يتسبب في تقويت مصلحة المولى عليها ويضعها في حرج انتظار حضور وليها ، ولذلك فإن هذه الولاية تنتقل بحكم الشرع، ونجد فقهاء الشريعة قد انقسموا إلى قولين، القائلين بانتقال ولاية التزويج للقاضي (أولاً)، والقائلين بانتقالها إلى الولي الأبعد (ثانياً).

أولاً: القائلين بانتقال ولاية التزويج للقاضي

إن المشهور عند الشافعية أن ولاية التزويج في حالة الغيبة القريبة كانت أو المنقطعة تنتقل إلى السلطان، ولكن هذا الانتقال يختلف بحسب الغيبة فلذا كانت الغيبة القريبة يتم انتقالها إلا عن طريق حصول على إذن من الولي الغائب فيصدر بذلك توكيل من الولي إلى السلطان على أن يزوج موليته أو يراجع فيحضر ، أما في حالة تعذر الوصول إلى الولي فهي تنتقل إلى السلطان دون الحصول على إذن منه، وفي كلتا الحالتين لا بد أن يكون السلطان من بلدها¹. وأضاف الشافعية إلى ذلك الغيبة التي يكون سببها الفقد أو الأسر ولا تعرف حياته من مماته فهنا الولاية تنتقل إلى سلطان بلدها².

أما المشهور في المذهب المالكي أنه يفرق في انتقال ولاية التزويج على أساس الولي المجبر وغير المجبر.

فإذا كان الولي مجبراً: وكانت غيبته قريبة فلا تنتقل الولاية لا إلى الأبعد ولا إلى السلطان فيزوجها وليها عند حضوره ما لم يخش عليها الفساد وإلا تم انتقالها إلى السلطان. أما إذا كانت الغيبة بعيدة وكانت وليته بالغاً فلا تزوج إلا بحضوره هذا إن كان يرجى

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 217. انظر: مصطفى البغا، المرجع السابق، ص 64.

² محمد سمارة، المرجع السابق، ص 92.

قدومه، أما إذا كان لا يرجى قدومه فتنقل إلى السلطان، في حين إن كانت موليته غير بالغة ولا خوف عليها من الفساد لا يزوجها فإن خيف عليها الفساد زوجها ولو جبرا عنها.

أما إذا كان الولي غير مجبر : وكانت الغيبة قريبة وادعت المولى عليها إلى الزواج وأثبت الكفاءة في الزوج والغيبة والمسافة فإذا يزوجها السلطان دون الولي الأبعد لأنه وكيل عنها، ونفس الأمر إذا كانت الغيبة منقطعة هذا إذا لم يكن وكيلاً عن الولي فإن كان غير ذلك فالولاية في الزواج ثابتة للوكيل المفوض من قبل الولي لأنه مقدم على غيره¹.

حيث استدلت أصحاب هذا القول على موقفهم هذا بقول الشافعي رحمة الله عليه: "إن كان بها أولاهم مفقوداً، أو غائبا غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان"². ووجه الدلالة من قوله هذا أن لو كانت المولى عليها تقدم لها خاطب ووليها غائب غيبة بعيدة أو قريبة فالسلطان يقوم مقام الولي حتى مع وجود ولي أقرب كالجد أو الأخ لأن حكمة ذلك كي لا تنشأ عداوة وحقد وكره بين الأقارب.

كذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة اعتذرت بأعدار من جملتها أن أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم: "ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله"³.

فوجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بولاية نفسه عليها كونه السلطان على أساس أن أوليائها كانوا غائبين⁴.

ثاني: القائلين بانتقال ولاية التزويج للولي الأبعد

اتفق أصحاب هذا القول (الحنابلة و الحنفية) على أن الولاية في التزويج يتم انتقالها في حالة الغيبة سواء أكانت قريبة أو بعيدة، تنتقل إلى الولي الأبعد كالأخ الجد والعم، ولا

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 218، 219.

² أبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص 176.

³ أخرجه النيسابوري في المستدرک على الصحيحين، ج 4، كتاب معرفة الصحابة.

⁴ إسماعيل أبا بكر البامرني، المرجع السابق، ص 114.

تنتقل إلى السلطان على أساس الولاية لا تزال قائمة في حق الولي الأقرب¹. أما الغيبة التي يكون سببها فقد أو الأسر فالمشهور عند المالكية والحنابلة أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى السلطان²، أما إذا صدر في حق الولي الغائب حكم بسبب فقد الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد هذا على مذهب الإمام الشافعي³.

إلا أنه لا يجوز للولي الذي كان غائباً عند رجوعه الاعتراض عن زواج موليته حيث جاء في رواية عن بعض الأصحاب أن الغائب عند عودته لا يحق له الاعتراض على زواجها فلا يزول العقد ولا يبطل بل الذي يبطل الولاية فتصبح من حقه لأن ولاية التزويج صارت حقاً لمن يليه سواء الأقارب الأولين أو السلطان واعتبر كالمعدوم وهذا راجع لغيبته⁴. والأدلة المقدمة على هذا القول في حديث أن رسول الله قال: "النكاح إلى العصابات" فوجه الدلالة من ذلك أن ولاية التزويج قاصرة في العصابات لأنه بهذا الزواج إما أن يلحقهم شيء من العار أو الفخر⁵.

والدليل الثاني قول عمر رضي الله عنه: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان"⁶. ووجه الدلالة منه أن المرأة لا بد من أن تكون هناك ولاية من أقرب الناس لها وفي حالة انعدامهم تنتقل إلى السلطان.

ومنه وبعد تقديم وجهة نظر كل فريق حول انتقال ولاية التزويج، نجد من قال بأن ولاية التزويج عند غياب الولي الأقرب تنتقل إلى السلطان هذا المشهور عند الشافعية والمالكية، في حين ذهب كل من الإمام الحنفي والحنبلي في أن انتقالها من حق الولي الذي يليه، فأرى من وجهة نظري أن الفريق الذي أحسن في انتقال هذه الولاية هو الرأي الثاني لأن الولاية عندهم تنتقل إلى الذي يليه، لأنه مهما تحقق للولي في تزويج موليته فلا تنتقل

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 163.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 218، 219.

³ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 92.

⁴ عبد الله بن مسعود المحبوبي، فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية، ج 2، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

2005، ص 372. انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 149.

⁵ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 270.

⁶ أخرجه مالك في الموطأ، ج 3، كتاب النكاح.

إلى للسلطان لأنه أكثر حرصا على المولى عليها من الفساد وأكثر شفقة من السلطان وأكثر دراية بمصلحتها وأرى انتقال هذه الولاية للسلطان إلا في حالة واحدة وهي حالة الخوف من وقوع الفتنة بين الأقارب أو الكره أو البغض أو كانت المولى عليها في مكان بعيد ويخشى وقوع الفساد عليها.

وأمام هذه الآراء الفقهية المتضاربة نجد المشرع الجزائري في تعديله لسنة 2005 لم يتم بتسليط الضوء على غيبة الولي وأثرها على انتقال ولاية التزويج للقاضي ولم يتم أيضا بتبيان حد مسافة الغيبة وهذا بحكم المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون القائلة بأنه: " كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

والجدير بالملاحظة نجد بعض القوانين المقارنة لأحوال الشخصية العربية من بينها القانون العماني الذي عالج موضوع انتقال ولاية التزويج في حالة الغيبة بانتقالها للسلطان وهذا راجع لتعذر أخذ رأي الولي الأبعد وهذا بدليل المادة 12 منه التي تنص على أنه: "إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تقويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال، أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي"¹.

فالمشرع العماني حسب وجهة نظري نجده حاول الجمع بين القولين فلا هو مؤكد للمبدأ الشرعي "النكاح إلى العصبات" ولا هو مؤكد للدليل الشرعي أيضا القائل: "السلطان ولي من لا ولي له".

ولكن في مقابل هذا جاء قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على حسم أمر الغيبة وجعل الولاية فيها من حق الولي الأبعد ولكن قبل نقل هذه الولاية لآب من أن تتقدم المولى عليها إلى القاضي من أجل الحصول على استدعاء بالإذن حتى يتأكد القاضي من وجود الغيبة من أجل نقل الولاية للأبعد كي يتمكن هذا الأخير من إجراء عقد زواجها وهذا بعد التحقق من وجود غيبة قريبة كانت أو بعيدة² وهذا ما دلت عليه المادة 34

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 94.

² عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 72.

التي تنص على أنه: "إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكن من الاتصال به، انتقلت الولاية إلى من يليه بإذن من القاضي..."¹.

المطلب الثاني

انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة

عدم وجود ولي من الرجال

قد يحصل وأن يتقدم للمرأة خاطب تتوافر فيه كل الشروط المناسبة سواء من حيث الكفاءة أو تقديم لها مهر مثيلاتها، لكن عقد النكاح لا بد من توافر شروط لانعقاده، ومن بين هذه الشروط وجود ولي من جهة المرأة حتى يمكن إنشاء عقد زواج تتوافر فيه شروط شكلية وأخرى موضوعية، ولكن يمكن أن يتعذر وجود ولي من الرجال فتنتقل الولاية إما إلى للقاضي أو إلى الغير وهذا راجع لعدة أسباب إما أن تنتقل في حالة بنت الزنا (فرع أول)، أو تنتقل في حالة ما يعرف بالطفولة المسعفة (فرع ثان).

الفرع الأول

انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة ابنة الزنا

يندرج تحت هذا الفرع المقصود بالزنا (أولاً) هذا من جهة، ومن جهة أخرى أحكام انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة بنت الزنا (ثانياً).

¹ عبد الله عبد الرحمن السعيد، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005، ط 1، الآفاق المشرقة، 2012، ص 59.

أولاً: المقصود بالزنا

للزنا معنيان: له معنى من الزاوية اللغوية (1)، مروراً بعد ذلك لمعنى بنت الزنا من الزاوية الاصطلاحية (2).

1: المعنى اللغوي للزنا

تأتي بمعنى زنا، يزني، زان فهي جمع زناة¹، فيقال زنا بالمرأة، أي أتى المرأة من غير عقد شرعي².

2: المعنى الاصطلاحي لبنت زنا

هي البنت التي تولد من نكاح غير شرعي ولا نسب لها من أبيها بل من أمها³، وهذا ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁴.

ثانياً: أحكام انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة بنت الزنا

لقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لما يعرف بولاية تزويج بنت الزنا إلا أنه وجد فيه نوع من الاختلاف حول من تنتقل إليه ولاية التزويج، فقد ذهب الإمام مالك على أن ولاية تزويج في مثل هذه الحالة تكون على مراتب، فأولى المراتب تكون للكافل⁵، وحتى يستحق الكافل ولاية تزويج بنت الزنا لابد من توافر جملة من الشروط والمتمثلة في:

¹ الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المرجع السابق، ص 257.

² مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 403.

³ سيف ميل الدين، ولاية نكاح بنت الزنا عند الإمام مالك والإمام الشافعي، بحث مقدم لموافاة الشروط لنيل الدرجة الجامعية الأولى، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية، جاكارتا، 2007، ص 36.

⁴ أخرجه أبو داود في سننه، ج 3، كتاب النكاح باب في الولي.

⁵ يقصد بالكافل: هو الرجل القائم بأمور مكفولته بعد موت أبيها أو غياب أهلها حتى بلغت عنده وهو أجنبي عنها. انظر: عوض بن رجا العوفي، المرجع السابق، ص 175.

- أن تكون الكفالة محددة بمدة زمنية فهنا من قال بأن تكون حدها ب 10 أعوام في حين قيل بأن تكون بنت الزنا تكون مكفولة عنده بمدة زمنية قدرها 4 أعوام، أما القول الأخير ذهب إلى المعتبر فيها يعود حين تتحقق الشفقة والحنان عليها¹.

- أن تكون المكفولة دنيئة لا شريفة غير أن هذا الشرط يمكن أن يعترض عليه على أساس ولاية الكافل محققة في المرأة شريفة كانت أو دنيئة².

فقد ذهب المالكية في حالة انعدام الولي والمتمثل في الكافل فالولاية منقولة لعامة المسلمين فكل مسلم تتوافر فيه شروط ممارسة الولاية له الحق في تزويج بنت الزنا كما خول له الحق في الشريفة³، وهذا بدليل ما جاء في القرآن الكريم أن الله عز وجل قال: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"⁴.

أما عدم أخذ المالكية في انتقال ولاية التزويج إلى الحاكم أو السلطان في حالة انعدام الكافل وهو النظر إلى مصلحة هذا النوع من النساء وهذا ما جاء في رواية عن الإجازة: "على أن الدنيئة يتعذر رفع أمرها للحاكم، فلو كلفت ذلك لأضر بها وتعذر نكاحها"⁵.

وحسب تقديري يمكن أن يتعرض للنقد بالحديث القائل بأن "السلطان ولي من لا ولي له" فهنا تعتبر الدنيئة ليس لها أولياء لأن نسبها لا يثبت لوليها بل هو ثابت لأمها فهي تعتبر مجهولة النسب إلا في حالة إثبات نسبها بأن لها أولياء كالأخ، كما يمكن أن يتعرض للنقد في حالة رفع أمرها للسلطان من أجل تزويجها لأن هذه الولاية لا تتحقق إلا عن طريق

¹ عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه، ص 176.

² المراد بالمرأة الشريفة: هي ذات القدر والموضع، وكل من يرغب فيها لحسب أو نسب أو مال أو جمال؛ أما المقصود بالدنيئة: هي المرأة التي لا قدر لها ولا خطب ممن لا يرغب فيها لحسب ولا نسب ولا مال ولا جمال وهي مقيدة في أن تكون سوداء أو التي أسلمت أو أعتقت، غير أن هذا التعريف تعرض للانتقاد لأن وصف الدناءة لا يعم كل امرأة سوداء أو من أسلمن أو من أعتقن لأنه يمكن أن تكون المرأة من ذوات الأقدار التي يرغب فيها؛ وعليه فالمقصود بالدنيئة هي المرأة التي تكون خالية من النسب والمتمثلة في بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجوازي . انظر: سيف ميل الدين، المرجع السابق، ص 32. انظر: عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 241.

³ سيف ميل الدين، المرجع السابق، ص 32

⁴ سورة التوبة، الآية 71.

⁵ المنتقى، ج 3، المرجع السابق، ص 270.

طلب إذن من الدنيئة للسلطان فهنا السلطان يكون باعتباره مأذونا بالتزويج من قبل بنت الزنا.

أما المشهور عند الشافعية فقد أسند ولاية النكاح للحاكم باعتباره ولي من لا ولي له نظرا لعدم وجود ولي لهذه البنت التي جاءت عن طريق نكاح غير مشروع، فهي تكون في حكم البنت التي لا ولي لها بسبب الفقد أو الغيبة¹، وهذا مؤكد لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"².

هذا وبرجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 نجده قد تناول ما يعرف بالنسب وهذا من خلال الماد 40 التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"³، والمادة 41 التي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، أما نص المادة 43 جاءت قائلة بأنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، هذا ما يدعو إلى اللجوء إلى المفهوم المغاير لنصوص المواد فنجد بأن المشرع في حالة عدم وجود ولي للبنت سببها راجع للزنا وأرادت التزوج وهي مجهولة النسب وخاصة أن النسب يثبت بحكم المادة 40 المذكورة أعلاه، فمن يكون له الحق في أن يكون وليا لها فنجد المشرع قد تطرق لهذه المسألة و لكن بنوع من التضييق من خلال نص الماد 11 فقرة 2 فقد قصرها فقط إذا كانت البنت قاصرة فلها حق اللجوء إلى القضاء من أجل استيفاء حقها حتى لا يفسخ زواجها قبل الدخول ولا صداق فيه بدليل نص الماد 33 فقرة 2 أدناه

¹ سيف ميل الدين، المرجع السابق، ص 36.

² أخرجه أبو داود في سننه.

³ تنص المادة 32 على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. أما المادة 33 فقرة 2: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. أما المادة 34 جاءت قائلة بأنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

فهنا نجد وليها ممثلاً في القاضي فالمشرع سار على ما هو مشهور عند الشافعية تحقيقاً للمبدأ القائل: "السلطان ولي من لا ولي له"¹.

أما إذا كانت بنت الزنا امرأة بالغة راشدة فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 11 فقرة 1 على أن يكون وليها إما شخص من الغير كأن يكون أحد جيرانها أو صديق لها أو القاضي وهذا من خلال اعتماده على معيار الاختيار على أساس أنها تميز بين الخطأ والصواب فهنا نجد حسب وجهة نظري المشرع الجزائري أراد التوفيق بين المذهبين فلا هو مؤكد للمبدأ الشرعي "السلطان ولي من لا ولي له" ولا هو مؤكد لمعيار الولي من عامة المسلمين فهو أراد إرضاء ما يعرف بحقوق الإنسان هذا من جهة ومن جهة ثانية إرضاء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "اتفاقية سيداو"، لكن بعد إرضاء هذا يكون قد خرج عن الشريعة الإسلامية وحكم مذهبها المعتبرة فكان على المشرع أن يضيف مادة تخص ولاية تزويج مثل هؤلاء حتى توفر لهم حماية مصالحهم ولا يهدر حقوقهم وخاصة أن الأم ليست لها الحق أن تكون ولية على بنتها لأن هذا الحق غير مخول لها لعدم توافر شروط ممارسة الولاية ألا وهو الذكورة.

وقد جاء المشرع التونسي وحسم أمر مجهولي النسب ولكن جاءت محصورة في البنت القاصر فقط وهذا عندما خول أمر ولاية التزويج للأم بدليل الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية التي جاءت قائلة بأن: "زواج القاصر يتوقف على موافقة الأب والأم"، ولكنه قد فتح مجال اللجوء إلى القضاء لمجهولي النسب سواء كانت قاصرة أم راشدة وهذا ما تم النص عليه في الفصل 8 من نفس المجلة². فنرى بأن القانون التونسي جاءت نصوصه واضحة متكاملة مع بعضها البعض فنجد مال للمذهب الشافعي على أن ولاية تزويج مجهولي النسب في مثل هذه الحالة مخولة للحاكم.

¹ أخرجه أبو داود في سننه.

² جاء الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه: "الولي هو العاصب بالنسب و يجب أن يكون ذكراً عاقلاً رشيداً والقاصر ذكراً كان أو أنثى وليه وجوباً أو من ينيبه والحاكم ولي من لا ولي له".

الفرع الثاني

انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة

الطفولة المسعفة

الإسلام قد جاء من أجل حفظ النفس وحمايتها والأساس في ذلك راجع إلى بناء مجتمع قائم على الأخوة والمحبة والشعور بروح التعاون، وهذا من أجل الوصول إلى الكمال الذي يرومه وبناء المجتمع الذي يبتغيه لأن من مظاهر التعاون والمحبة هي العناية بالأطفال المسعفين لذلك تتمحور الدراسة حول المراد بالطفولة المسعفة (أولاً)، وأحكام ولاية تزويج الطفل المسعف (ثانياً).

أولاً: المراد بالطفولة المسعفة

إن المراد بالطفل المسعف هو إما الطفل المنبوذ أو الطفل الضائع أو الطفل الدعي أو الطفل المهمل، والطفل اللقيط. والذي يعمل شخص ما على قضاء حوائج هذا الطفل غير البالغ سواء أكانت هذه الحوائج مادية أو معنوية¹.

لذلك جاءت دراستنا موقوفة على هذا النوع من الطفولة والتي يطلق عليها بالأطفال اللقطاء أو ما يعرف بالمنبوذين، وعليه يمكن أن نبحت عن التعريف اللغوي لللقيط (1)، وفي التعريف الاصطلاحي لللقيط (2).

1: التعريف اللغوي لللقيط

اللقيط على وزن فعيل بمعنى مفعول، فيقال لاقط ولقاط ولقاظة ولقيط فهي جمع لقائط، ومنه فهو ملقوط، وعليه أخذت الشيء من حيث لا يحس².

¹ بلقاسم شتوان، كفالة الطفل فقها وقانونا، مجلة المعيار (دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والإنسانية)، ج

2، العدد 31، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية، الجزائر، 2013، ص 462، 463، 464.

² الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المرجع السابق، ص 557. انظر: مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص

834، 835.

2: التعريف الاصطلاحي الفقهي

لمصطلح اللقيط عند فقهاء الشريعة عدة تعريفات حيث ذهب المالكية إلى تعريف اللقيط على أنه: "صغير آدمي لم يعلم أبوه أو رقه".

أما عند الحنفية فيعرف على أنه: "اسم لمولود حي طرحه أهله خوفا من العيلة وتهمة الزنا".

أما عن الشافعية فاللقيط عندهم هو: "صغير منبوذ في شارع أو مسجد لا كافل له معلوم".

وعرف من قبل الحنابلة على أنه: "طفل لا يعرف نسبه ولا رقه، نبذ أو ضل إلى سن التمييز"¹.

أما عند شراح الفقه المعاصر فقد ذهبوا إلى تعريف اللقيط من خلال الجمع بين تعريفات الفقهاء فبذلك المراد باللقيط عندهم هو: "مولود حديث العهد بالولادة نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو خوفا من الفقر أو لأي سبب غير ذلك"².

ثانيا: أحكام ولاية تزويج الطفل المسعف

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالطفلة المنبوذة فيما يخص ولاية تزويجها إلا أن هذا الاعتناء فيه نوع من الاختلاف بين الفقهاء، فبذلك قد صرح كل من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن ولاية تزويج اللقيطة من حق السلطان لأن الأصل فيها أن السلطان ولي من لا ولي له فبذلك لا ولاية للمنتقط لا على نفسها أو مالها³، ودعم هذا الحق بما يأتي:

¹ منير عبد الغني أبو الهيجاء، أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، قسم القضاء الشرعي، 2006، ص 5، 6، 7، 8.

² عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 18، انظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، 1950، ص 401.

³ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 188، انظر: محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية تربوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 803.

- أن أساس إثبات ولاية التزويج للسلطان فيها نوع من الشفقة وضمان مصلحة المولى عليها باعتباره ناظرا وقائما على مصلحة المسلمين بولايته العامة.
- أن ولاية التزويج لا تثبت للوصي حتى ولو فوض له الأمر فهي بذلك لا تثبت للملتقط وهو ما عليه القول عند الشافعية.
- أن السلطان تثبت له هذه الولاية في مرسوم تعيينه بدليل: "السلطان ولي من لا ولي له" ¹.

في حين ذهب المالكية إلى خلاف هذا الرأي والذي يرى بأن ولاية تزويج اللقيطة من حق الكافل والعبرة في ذلك هي:

- أن ولاية التزويج تكون مسوغة للكافل ولكن بالشروط المذكورة سابقا في ولاية تزويج بنت الزنا ².

- أن ولاية التزويج تثبت للكافل على أساس أن اللقيطة لها نفس حكم اليتيمة فيكون الكافل مقدم على السلطان في استحقاق الولاية ³، والأصل فيها قول الله تعالى: "ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما ينلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء التي لا تؤتوهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكوهن والمستضعفين من الولدان وأن تقوموا لليتامى بالقسط وما تفعلوا من خير فإن الله كان به عليما" ⁴.

وأمام هذين الرأيين المتضاربين نجد المشرع الجزائري لم يتطرق لموضوع ولاية تزويج اللقيطة بالرغم من أنه قد تم النص على أحكام الكفالة في نصوص متعددة منها المادة 118 والمادة 121 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك قد راعى في أن ولاية التزويج يمكن أن تنتقل للقاضي بحكم المادة 11 إلا أنه لم يشتمل النص على أحكام التزويج في مثل هذه الحالة فيكون المشرع بتعديله هذا قد ترك الأمر إلى أحكام الفقه الإسلامي بدليل المادة 222

¹ سعيد زباني، أحكام اللقيط دراسة تأصلية تطبيقية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، قسم الشريعة، 2005، 2006، ص 236.

² عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 175، 176.

³ سعيد زباني، أحكام اللقيط دراسة تأصلية تطبيقية، المرجع السابق، ص 236.

⁴ سورة النساء، الآية 127.

من نفس القانون التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وخلاصة لما تم دراسته في هذا الفصل نجد بأن الحالات التي يكون فيها القاضي ولياً متمثلة في حالتين هي حالة العزل وحالة انعدام الأولياء، ففي الحالة الأولى تم التعرض للتعريف اللغوي للعزل حيث يحمل ثلاث معان الضيق أو المنع أو الشدة في حين نجد التعريف الاصطلاحي هو منع المرأة البالغة من الزواج بمن هو أصلح لها والذي انتقد من قبل بعض الشراح الذين يرون أن العزل هو منع موليته من الزواج لأن هذا التعريف يشمل كل من البالغة والصغير. وحتى يتحقق مصطلح العزل لابد من أن يكون مقيداً بجملة من الشروط، فهناك شروط متعلقة بالمهر وشروط متعلقة بالمرأة وكفاءة الزوج فالشروط المتعلقة بالمهر نجدها قد حصل فيها نوع من الاختلاف بين الفقهاء فمنهم من يرى أنه في حالة زوجت المرأة بأقل من مهر مثيلاتها فيتحقق العزل وهو المشهور عند الحنفية أما بقية الفقهاء وهم الجمهور فلا يرون ذلك. في حين نجد الشروط المتعلقة بالمرأة وكفاءة الزوج والتي بها يتحقق المنع أيضاً فهي متنوعة فتذكر هنا على سبيل المثال وهي أن يعمل الولي على منع موليته بعد طلاقها من زوجها من الرجوع إليه، أو حصول المنع من قبل الولي لشدته. ومن ثم فإن انتقال هذه الولاية للقاضي هو مذهب الحنيفة والشافعية والمالكية وسارت على هذا الانتقال بعض القوانين المقارنة كالقانون الكويتي في المادة 31 وقانون الأسرة قبل التعديل أما عن التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة فقد تم العدول عن مصطلح العزل خاصة بالنسبة للمرأة الراشدة، أما عن الفقهاء القائلين بأن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد هم الحنابلة وفي رواية عن الشافعية والذي تبناه القانون التونسي في الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية.

أما عن الحالة الأخيرة والمتمثلة في حالة انعدام الأولياء والتي يندرج ضمنها الانتقال في حالة الغيبة والانتقال في حالة انعدام ولي من الرجال، وتتمثل الغيبة في الغيبة القريبة أو البعيدة والذي قد يوجد لهما أثر على زواج المولى عليها ف ذهب فريق إلى جعلها للسلطان وهم الشافعية والمالكية، في حين يرى الفريق الثاني أنها تنتقل للولي الأبعد في المشهور عن

الحنفية والحنابلة وقد تبنى هذا الرأي كل من القانون العماني والقانون الإماراتي أما عن قانون الأسرة قبل وبعد التعديل فيبقى الأمر غامضاً بالنسبة لهذه الحالة.

أما ابنة الزنا والطفل المسعف فلم يتطرق لها المشرع عندنا بالمرّة في حين أشار إليها المشرع التونسي الذي خول ولاية التزويج للأم فيما يخص القاصر فقط، ولكن نجد فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا لولاية تزويج هؤلاء حيث ذهب المالكية إلى جعل ولاية تزويج كل من ابنة الزنا والطفل المسعف للكافل وتم تقييد هذه الولاية بشروط مذكورة سابقاً، بينما يرى الإمام الشافعي سواء كان الأمر يتعلق ببنت الزنا أو الطفل المسعف فالأمر مخول للسلطان، وهذا ما تبناه كل من الإمام الحنفي والحنبلي في المسألة الأخيرة.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة حول ولاية القاضي في التزويج بين الشريعة والقانون لا بد من تتويجها بالنتائج والتوصيات الآتية:

- 1- أن ولاية التزويج للقاضي جاءت مكرسة بحكم الشرع والقانون.
- 2- عدم استقرار الفقهاء وشرح الفقه الحديث على مفهوم لولاية التزويج للقاضي.
- 3- ولاية التزويج هي حق مشترك بين الولي والمولى عليها غير أنه يبقى حسب تقديري حق المولى عليها هو الغالب بشرط أن يكون الخاطب أصلح لها والعبرة في ذلك ترجع لعدة أسباب:
- لأن المرأة هي التي ستقيم علاقة مع الخاطب الذي تقدم إليها حتى يكون هناك ارتباط مدى الحياة وفيه مدعاة لدوام العشرة والألفة بينهما فيحقق بذلك مقاصد الشريعة الإسلامية في النكاح.
- أن عقد النكاح من أقدس العقود وفي مقابل ذلك هو أخطر العقود لتعلقه بالأبضاع نظرا لأن المرأة لو زوجت من قبل وليها وهي غير راضية يمكن أن يؤدي في نهاية المطاف إلى فشل العلاقة الزوجية وما ينجر عنها من آثار وخيمة.
- قد يقع بين الولي والمولى عليها سوء علاقة في حالة وجود تعارض بين حقيهما في الولاية.
- 4- أن ولاية القاضي في التزويج لها أصل شرعي وآخر قانوني.
- 5- أن ولاية القاضي في التزويج جاءت مقيدة في حالات لورود أدلة شرعية ومنها القانونية والممثلة في حالة العضل، وفي حالة غيبة الولي الأقرب وأخيرا في حالة انعدام ولي من الرجال والمشملة على بنات الزنا والطفولة المسعفة.
- 6- أطلب من المشرع إعادة النص على حالة عضل الأولياء لمن هي في ولايتهم.

- 7- أن ولاية التزويج تسقط عن الولي الأصلي والم تمثّل غالبا في الأب في حالة عضل موليته بالزواج من كفئها فتنقل بذلك الولاية للقاضي دون الأقارب الأولين لأنه ظلم وحرام وولاية رفع الظلم للقاضي.
- 8- وجود غموض في النصوص القانونية وعلى سبيل الذكر المادة 11 والذي تم توظيف أداة الاختيار في تحديد من يتولى عقد الزواج، وعليه وحسب تقديري إعادة صيغة المادة 11 عموما والفقرة 1 خصوصا وبالأخص ضبط مصطلح أو أي شخص تختاره بشروط حتى لا يكون هذا الاختيار مطلقا في مجمله ولا يعتبر خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تنص المادة صراحة أن المرأة تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها، وفي حالة عدم حضوره يعقد الزواج أمام القاضي.
- 9- لا بد من النص في المادة 11 على المعايير التي يمكن بها القاضي تقييم ما إذا كان الخاطب كفؤا لها أم لا وكذلك توضيح إجراءات التقاضي اللازمة في حالة وقوع العضل هذا من جهة وطرق إثبات العضل من جهة ثانية.
- 10- على المشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة لا بد عليه أن يستدرك ما فاته بأن يعمل على وضع قيود خاصة بانتقال ولاية التزويج في حالة الغيبة.
- 11- أن ولاية التزويج حسب تقديري لا تنتقل إلى القاضي في حالة غيبة الولي الأقرب وإنما تنتقل إلى الولي الذي يليه في المرتبة نظرا لتطور التكنولوجيا ووسائل الإعلام المختلفة هذا من جهة، وخشية وقوع الفتنة بين الأقارب من جهة ثانية.
- 12- لا بد على المشرع الجزائري أن يعمل على إضافة مادة تنص صراحة على من يقوم بتولي عقد زواج مجهولي النسب كبنات الزنا والطفولة المسعفة ويقوم بإضافتها حسب تقديري في الفصل الأول من الخطبة والزواج في القسم الثاني من الزواج تحت عنوان أركان الزواج.

13- أن ولاية تزويج كل من بنت الزنا والطفل المسعف حسب تقديري تكون من حق القاضي لأنه أدرى بمصلحتهما ويكون أكثر شفقة عليهما.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

1. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الفرائض-النكاح-الصدّاق، مجلد 9، دار المناهج، (د. د. ن)، (د. س. ط).
2. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، ج 7، دار الحديث، القاهرة، 2004.
3. إبراهيم محمد المنصور الشحات، أحكام الزواج في الشريعة، pdf createt with www.pdfactory.com pdfactory pro trial version
4. أحمد نصر الجندي الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 2001.
5. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
6. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
7. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحداث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
8. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية المقارنة، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
9. إسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2009.
10. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت، (د. س. ط).
11. بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 2، ط 1، دار المصطفى، دمشق، 2008.

12. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
13. الجيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان [http:// sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post 31.html](http://sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.html)
14. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
15. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1985.
16. حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي على ضوء الشريعة الإسلامية، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011.
17. حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، دار الإسلامية، (د. ب. ن.)، 1999.
18. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط 3، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
19. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014.
20. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
21. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، (د. ب. ن.)، 1950.
22. محمد بن اسماعيل اليميني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، دار الجيل، بيروت، (د. س. ط.).
23. محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، منشورات جامعة دمشق، (د. د. ن.)، 2008.
24. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 1998.
25. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية (الخطبة والزواج)، ج 1، دار الشهاب، الجزائر، (د. س. ط.).

26. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
27. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2008.
28. محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، ط 1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.
29. محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط 1، دار القلم، دمشق، 1995.
30. محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، كتاب المناسك-كتاب النكاح-كتاب الطلاق، ج 3، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003.
31. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، عمان، 2007.
32. مصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مجلد 2، ط 3، دار القلم، دمشق، 1998.
33. نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2010.
34. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
35. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، (د. س. ط.).
36. ساسي بن حملة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، منوبة، 2011.
37. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990.
38. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996.

39. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.
40. عبد الله بن مسعود المحبوبي، فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية، ج 2، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2005.
41. عبد الله عبد الرحمن السعيد، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005، ط 1، الآفاق المشرقة، 2012.
42. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
43. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج 1؛ ج 2، ط 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002.
44. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الأسرة)، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
45. عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2009.
46. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي (كتاب الأحوال الشخصية)، مجلد 4، ط 1، دار الوعي، الجزائر، 2009.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1. زويير بولعواد، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001، 2004.
2. محمد جمعة بدوي، المسائل الفقهية المستخرجة من سير أعلام النبلاء جمعا وترتيا ودراسة، أطروحة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014.
3. منير عبد الغني أبو الهيجاء، أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، 2006.

4. محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، 2009.
5. سهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح دراسة فقهية مقارنة، رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.
6. سيف ميل الدين، ولاية نكاح بنت الزنا عند الإمام مالك والإمام الشافعي، بحث مقدم لموافاة الشروط لنيل الدرجة الجامعية الأولى، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جاكرتا، 2007.
7. سعيد زياني، أحكام اللقيط دراسة تأصلية تطبيقية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2005، 2006.
8. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، 2010، 2011.
9. فوزية بوضرة، الولاية في الزواج حدودها وضوابطها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013.
10. غنية غوناي؛ فوزية بوجاجة، الأحكام القانونية لانعقاد الزواج، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق، جامعة جيلاني بونعامة بخميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014، 2015.

ثالثا: المقالات

1. أحمد الصويعي شليبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 1، 2007.
2. أنغام محمود شاكر ؛ سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مفهوم الولاية في الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، (د.س.ن).
3. بلقاسم شتون، مجلة المعيار (دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والإنسانية)، ج 2، العدد 31، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية، الجزائر، 2013.
4. محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية تربوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.
5. فراس سعدون فاضل ، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة مجلة كلية العلوم الإسلامية، مجلد6، العدد 12، 2012.
6. شهيد عبد الزهرة الخطيب، آراء الفقهاء في ولاية الأب علي البكر الرشيدة، مجلة أهل البيت، العدد الرابع عشر، (د. س. ن).

رابعا: المعاجم والموسوعات

1. جمال الدين أبو فضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار الأبحاث، الجزائر، 2008.
2. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 8، ط 3، دار الفكر، دمشق، 2010.
3. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2008.
4. محمد عزماء البكري، موسوعة الفقه والقضاء (الأحوال الشخصية) ، دار محمود، (د. د. ن)، (د. س. ط).
5. محمد تقي الحسني الزبيدي، تاج العروس، جزء 7، ط 1، دار الأبحاث ، الجزائر، 2011.

6. الموسوعة الفقهية، ط 1، دار الصفوة، الكويت، 1994.
7. المعجم العربي الأساسي، جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، (د. س. ط.).
8. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط 2، دار المعارف، (د. ب. ن)، (د. س. ط.).
9. ضيف شوقي، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

خامسا: النصوص القانونية

1. المدونة المغربية للأحوال الشخصية.
2. قانون الأسرة رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3. القانون الإماراتي.
4. القانون الكويتي.
5. القانون السوري.
6. القانون التونسي.

الفهرس

أ ب ج د	مقدمة
1	الفصل الأول: مفاهيم عامة حول انتقال الولاية للقاضي في التزويج
2	المبحث الأول: مفهوم ولاية التزويج وطبيعتها
2	المطلب الأول: مفهوم ولاية التزويج
3	الفرع الأول: التعريف اللغوي لولاية التزويج
4	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لولاية التزويج
4	أولاً: التعريف العام للولاية في التزويج
5	1: الولاية من حيث ذاتها
5	2: الولاية من حيث ثبوته
5	ثانياً: التعريف الخاص للولاية في التزويج
6	1: التعريف الموسع للولاية في التزويج
6	2: التعريف الضيق للولاية في التزويج
7	الفرع الثالث: تعريف فقه الحديث لولاية التزويج
9	الفرع الرابع: موقف القوانين من تعريف الولاية في التزويج
10	المطلب الثاني: طبيعة الولاية في التزويج
13	المبحث الثاني: مفهوم انتقال ولاية التزويج للقاضي وأصلها الشرعي والقانوني
13	المطلب الأول: مفهوم انتقال ولاية التزويج للقاضي
13	الفرع الأول: معنى انتقال ولاية التزويج
16	الفرع الثاني: المراد بالقاضي في ولاية التزويج
16	أولاً: المراد بالقاضي في الشريعة الإسلامية
17	ثانياً: المراد بالقاضي في القوانين
18	المطلب الثاني: الأصل الشرعي والقانوني لانتقال ولاية التزويج للقاضي
18	الفرع الأول: الأصل الشرعي لانتقال ولاية التزويج للقاضي
21	الفرع الثاني: الأصل القانوني لانتقال ولاية التزويج للقاضي

25 الفصل الثاني: حالات انتقال ولاية التزويج للقاضي
26 المبحث الأول: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة العضل
26 المطلب الأول: مدلول العضل وشروط توافره
26 الفرع الأول: مدلول العضل
27 أولاً: المدلول اللغوي للعضل
27 ثانياً: المدلول الاصطلاحي للعضل
28 الفرع الثاني: الشروط التي تتحقق بها حالة العضل
28 أولاً: الشروط المتعلقة بالمهر في حالة العضل
29 ثانياً- الشروط المتعلقة بالمرأة والكفاءة في الزوج في حالة العضل
32 المطلب الثاني: مدى انتقال ولاية التزويج في حالة العضل
33 الفرع الأول: الرأي المؤيد لانتقال ولاية التزويج للقاضي
36 الفرع الثاني: الرأي المعارض لانتقال ولاية التزويج للقاضي
38 المبحث الثاني: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة انعدام الأولياء
39 المطلب الأول: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة غياب وفقد الولي
39 الفرع الأول: المقصود بالغيبية وأنواعها
39 أولاً: المقصود بالغيبية
40 1: التعريف اللغوي لغيبية الولي
40 2: التعريف الاصطلاحي لغيبية الولي
40 ثانياً: أنواع غيبية الولي
40 1: غيبية الولي الأقرب غيبية قريبة
41 2: غيبية الولي الأقرب غيبية منقطعة
43 الفرع الثاني: أثر غيبية الولي على انتقال الولاية في التزويج
43 القول الأول: القائلين بانتقال ولاية التزويج للقاضي
44 القول الثاني: القائلين بانتقال ولاية التزويج للولي الأبعد
47 المطلب الثاني: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة عدم وجود ولي من الرجال
47 الفرع الأول: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة ابنة الزنا

48أولاً: المقصود بالزنا.....
481: المعنى اللغوي للزنا.....
482: المعنى الاصطلاحي للزنا.....
48ثانياً: أحكام انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة بنت الزنا.....
52الفرع الثاني: انتقال ولاية التزويج للقاضي في حالة الطفولة المسعفة.....
52أولاً: المراد بالطفولة المسعفة.....
521: التعريف اللغوي للقيط.....
532: التعريف الاصطلاحي الفقهي للقيط.....
53ثانياً: أحكام ولاية تزويج الطفل المسعف.....
59- 57 خاتمة
66-60قائمة المراجع.....
69-67الفهرس.....