المحاضرة الثالثة:الولاية في عقد الزواج

أولا- الطبيعة الفقهية للولي في عقد الزواج.

ليتسنى لنا معرفة حقيقة الولاية في عقد الزواج وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما كتبه فقهاؤها في الولاية في عقد الزواج تحديدا ويكون ذلك بمعرفة معنى الولاية وأنواعها وحكمها في عقد الزواج.

1. **تعريف الولاية** .

لغة تعني المحبة والنصرة ، ومنه قوله تعالى :﴿ **وَمَن يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ** ﴾.وتعني أيضا السلطة والقدرة.

وفي **اصطلاح الفقهاء**: القدرة على مباشرة التصرف من غير إجازة أحد، ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى: ﴿**فليملل وليه بالعدل**﴾.وهي في **عقد الزواج** :تعني سلطة شرعية لشخص له القدرة على تنفيذ القول على المرأة ومباشرة العقد بما يحقق مصلحتها ، والولي هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه .

2. **أنواع الولاية في عقد زواج:**

الولاية في عقد زواج نوعان ولاية اختيار وولاية إجبار .

أ. **ولاية الاختيار:** تعني حق الولي في تزويج المولى عنه بناء على اختياره ورضاه ،وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت له فتثبت عند الحنفية للبالغة ثيبا كانت أم بكرا وهي عند ا.لشافعية تثبت للثيب البالغة بينما جعلها المالكية والحنابلة للثيب البالغة و للبكر المرشدة.

ب. **ولاية إجبار**: تعني حق تزويج من له عليه ولاية من غير إذنه ولا رضاه لكونه عديم الرضا بسبب عدم توفر شرط الأهلية فيه.ويضيف الجمهور البكر، إذ لوليها حق الإجبار، وإن قصروها على درجة واحدة من الأولياء، فالولي المجبر عند المالكية والحنابلة لا يكون إلا الأب أو وصيه فلا يجبر غيرهما وهو عند الشافعية تثبت للأب وللجد إذا لم يوجد الأب،مع ملاحظة أن الإجبار غير الإكراه لأن الإجبار وإن كان حكمه ثابت في الفقه الإسلامي إلا أن ذلك يعود على ما اعتقد إلى ظروف اجتماعية و عادات سادت في زمن ما وهي لا تعني الإكراه فلا خلاف بين الفقهاء على أن الإكراه على العقد يعيبه ويجعله قابل للإبطال؛ويؤيد ذلك في عقد الزواج ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم- أن جارية أتت رسول الله – صلى الله عليه وسلم- فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي.صلى الله عليه وسلم.

3. **حكمها في عقد الزواج .**

لقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن من لم يتوفر فيه شرط الأهلية فالولاية على عقد زواجه واجبة ولا تصح بغير ولي لكن اختلفوا في حكم الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الكاملة الأهلية ، فبينما يذهب الحنفية إلى أنه يصح عقد الزواج بعبارة المرأة فإذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي و كان كفؤا ،ولم يقل مهرها عن مهر المثل، كان العقد صحيحا، فإذا تزوجت بغير كفؤ فلوليها حق الاعتراض على الزواج ويفسخه القاضي فإذا سكت حتى حملت حملا ظاهرا سقط حقه في الاعتراض كي لا يضيع الولد بالتفريق بين أبويه والمفتى به ،ويرأى الجمهور أنه يبطل الزواج من غير ولي فلا يكون للمرأة أن تزوج نفسها ومن باب أولى أن تزوج غيرها.

وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولي فقد استدل كلا الفريقين بأدلة محتملة كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد .

ثانيا-موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج.

نميز في موقف المشرع الجزائري بين موقفه قبل التعديل وبعده

1. الولي في عقد الزواج ضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84:

لقد جاء قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ :09 جوان 1984م والذي يحمل رقم : 84 - 11 لينظم العلاقات الأسرية بما فيها الزواج، وقد نص في المادة التاسعة منه على أركان الزواج وعد الولي من الأركان متأسيا في ذلك بما يذهب إليه المالكية من عد الولي ركن في عقد الزواج، بحيث لا يصح الزواج بلفظ المرأة وإن تم بغير ولي ،كان باطلا. وجاءت المواد - 11-12-13 لتفصل في حكم الولي بالنسبة لعقد الزواج فحددت المادة 11 الأولياء الذين يتولون إبرام العقد عن المرأة وهم الأب ثم أحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ، وجاءت المادة 12 لتبين حدود تلك الولاية بحيث تمنع العضل بحيث نصت في فقرتها الأولى : لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من القانون ". وعادت وردت للولي الحق بالمنع بنص الفقرة الثانية من المادة نفسها :" غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا رأى في المنع مصلحة للبنت.و جاءت المادة 13 لتمنع ولاية الإجبار بنصها على أنه :" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."هذه النصوص وإن جاءت مفصلة لأحكام الولي في عقد الزواج إلا أنها انتقدت بالغموض ،فمثلا في تقدير الأصلح الذي يأذن وفقه القاضي بالزواج عند امتناع الأب، والمصلحة التي يعطى فيها حق الإجبار بالمنع .فلفظ"الأصلح" و" المصلحة " غير دقيقين يختلفان تبعا للاختلاف وجهات النظر بين الناس فما يراه زيد أصلح ومصلحة لا يراه عمرو كذلك.

2. الولي في عقد الزواج ضمن الأمر رقم 02/05 المعدل المتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84:

نص في المادة 9مكرر من الأمر المعدل والمتمم رقم 02/05 الصادر في 2005/02/27 على أنه من شروط الزواج الولي و نصت المادة 11 منه على أنه :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ...". النص بهذه الصيغة يعني أن ولي المرأة الذي يحضر عقد زواجها هو أي شخص تختار و قد زعمت اللجنة أن هذا من صميم الفقه المالكي الذي فيه أنه يصح عقد زواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب نقلا عما أورده الجزيري في الفقه على المذاهب الأربعة .

ثالثا -الولاية في عقد الزواج في التشريعات العربية المختلفة:

اتفقت كل التشريعات العربية على أن القاصر الذي لم يبلغ سن الأهلية القانونية لا يباشر العقد بنفسه بل يقوم به عنه وليه بشروط تختلف من بلد إلى آخر وتباينت مواقف تلك التشريعات في مركز الولي في عقد الزواج بالنسبة للبكر كاملة الاهلية القانونية.

ويلاحظ أيضا أن تلك التشريعات تأثرت بالمذاهب المنتشرة في البلاد، حيث نجد الاشارة إلى الكفاءة عند تخلف شرط الولي وتوقف نفاذه على الزواج بكفء بشروطه الفقهية وبصحة الزواج بلفظ المرأة ،وعموما نجده في تشريعات

المشرق العربي.أما في المغرب العربي فإنه تباينت الاحكام المنظمة للولاية في عقد الزواج بحيث نجد لكل دولة صبغتها الخاصة بها، وتفصيل ذلك كما يلي:

1. **مباشرة المرأة لعقد الزواج:**

أ. **الجمهورية الجزائرية :**

المادة 11 منه على أنه :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ...".

الأمر المعدل والمتمم رقم 02/05 الصادر في 2005/02/27

ب. **الجمهورية التونسية** .

الفصل 9 :"للزوج أو الزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وان يوكل من شاءا لولى حق التوكيل أيضا الأمر عدد 2 لسنة 1956 المنشور بتاريخ 13 / 08 /1956

ج. **المملكة المغربية:**

المادة:24:"الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة (18 سنة ، المادة 19 من المدونة)حسب اختيارها ومصلحتها". المادة 25:"للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"

مدونة الأسرة الجديدة رقم 03-70 محينة بتاريخ 25 يناير 2016

د. **العراق:**

المادة 4: ينعقد الزواج بإيجاب - يفيده لغة أو عرفا - من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه.

قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959

2. **مباشرة العقد من الولي :**

وفي هذه النماذج من القوانين العربية وجدن المشرع إما ينص صراحة على ضرورة وجود الولي في العقد أو ضمنا من خلال تنظيمه للكفاءة و العضل.

أ- **صراحة في النص :**

- ✓ **سلطنة عمان:**

المادة 16:"أركان عقد الزواج : أ -الايجاب والقبول . ب- **الولي** . ج- الصداق . د– البينة".

قانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 32، عام 1997م

- ✓ **الجمهورية الجزائرية (القانون القديم)**

المادة رقم 11 ":يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولى من ل ولى له"

من قانون رقم 11 لسنة 1984 المنشور بتاريخ 09 / 06 / 1984

ب- **النص على الولي في عقد ضمنا:**

يفهم من خلال النص على حضور الولي أو أحكام العضل (العضل هو:منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه.) و يفهم منها أنه لو لم يكن الولي له سلطة في إبرام العقد لما كان هناك حكم للعضل.

- ✓ **الكويت:**

المادة رقم29:

أ-الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هي العصبة بالنفس حسب ترتيب الارث وان لم توجد العصبة فالولية للقاضي.... المادة رقم 30:الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زوجاها ولكن ل تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها.

قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية

- ✓ **الجمهورية الليبية:**

المادة الثامنة :

أ) لايجوز للولى أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرداتهما .

ب) كما لايجوز للولى أن يعضل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجاً لها .

ج) إذا تنازع أولياء أمور الخاطبين على الزواج فلا يتم العقد إلا بعد صدور قرار من المحكمة المختصة .

المادة التاسعة :

يشترط لصحة الزواج اجتماع رأى الولى والمولى عليه ، فإذا منع الولى صاحب الحق المولى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجاً ، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك .

قانون رقم (10) لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم.

- ✓ **الأردن:**

المادة (17): إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويتٌ لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي

.قانون رقم 36 لعام 2010 قانون الاحوال الشخصية 1959

- ✓ **السوري :**

نصت المادة 20 على أن (الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب إلى القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة) .

المادة 26 : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرآة

المادة 27 :إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فان كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح .

قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية (1953/59)