المستوى: السنة الثانية ليسانس حقوق	محاضرات عن بعد للموسم الجامعي:2022-2023
المقياس: قانون الأسرة (الزواج والطلاق)	الأستاذ: مدّار توفيق

المحاضرة الخامسة

شروط عقد الزواج

تعريف الشرط:الشرط لغة هو أمارة الشيء.

اصطلاحا: هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم بذاته، والمقصود بالوجود وجود الحُكم.

أولا :الولي

إن من شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد ،نافذا بأن تكون له قدرة على تنفيذ أحكامه، لأنه صاحب الشأن فيه إذ يعقد لنفسه، وهو كامل الأهلية، أو يكون نائبا في إنشائه وهو الولي أو يكون وكيلا.

والمشرع الجزائري لم يعرف الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل شرعيتها وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

01/ تعريف الولي. أ. لغة : الولي اسم من أسماء الله تعالى،ومعناه الناصر، لقوله الله عز وجل : **وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ** "[1] ، أي ناصرهم وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل.

والولاية بالكسر هي السلطان.

ب. اصطلاحا. يعرف : "الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام .

والولاية في الزواج تعني حق الولي في أن يتولى عقد زواج البنت التي تحت ولايته.

02/ الحكمة من الولي :

أ/ المرأة من طبيعتها الحياء، وهذا يمنعها من مباشرة العقد بنفسها، فيباشره الولي.

ب- الرجال أقدر من المرأة على البحث عن أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته، فإذا ترك الأمر للمرأة، فربما لا تحسن الاختيار .

ج/ المرأة عاطفية، وقد تخدع بالمظاهر الكاذبة.

03/ شروط الولي: أ/ البلوغ ب / العقل: والمقصود به أن يكون ممن يفهم الكلام، ويحسن الجواب.

ج / أن يكون ذكرا: لأن المرأة كما لا يصح أن تعقد لنفسها لا يجوز لها أن تعقد الزواج لغيرها. وقد وردت في ذلك عدة أحاديث. منها ما رواه أبو هريرة قال: قال رسول الله : لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها.

د / **الحرية**: بمعنى أن يكون الولي غير رقيق. ولم تشترطه المدونة، نظرا إلى أن نظام الرق لم يبق به عمل.

---

(1)آل عمران (68)

المستوى: السنة الثانية ليسانس حقوق	محاضرات عن بعد للموسم الجامعي:2022-2023
المقياس: قانون الأسرة (الزواج والطلاق)	الأستاذ: مدّار توفيق

هـ - الإسلام: وهذا الشرط يجب توفره عندما تكون الزوجة مسلمة. أما إذا كانت كتابية إذ يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية فيجوز أن يعقد لها الزواج أبوها أو غيره من الأولياء، ولو كان كتابيا أيضا.

و / أن يكون حلالا: أي غير محرم بحج أو عمرة.

ز/ العدالة

ح / الرشد.

04/ أقسام الولاية في الزواج:

أولا: ولاية الإجبار: يقصد بالإجبار أن يزوج الولي البنت التي تحت ولايته بغير إذنها. ولا يقصد به أن يزوجها رغما عنها أو بدون رضاها. و الفقهاء أجمعوا على أنه يجوز للأب أن يزوج ابنته التي لم تبلغ. ولاشك في أن البنت الصغيرة لا يمكن استئذانها،لأنها لا تعرف ما هو الإذن . أما البنت البالغ:

أ/ فإن كانت بكرا، فإن الإمام الليث، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق، يرون أنه يجوز للأب أن يزوجها بغير رضاها. ويرى الأوزاعي، والثوري، والحنفية، أن البكر البالغة، لا يصح تزويجها إلا برضاها .

ب/ وإن كانت غير بكر، فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها عند هؤلاء الفقهاء جميعا. وتفصيل مذهب مالك في الإجبار هو الآتي:

1/ إذا كانت البنت ثيبا بالغة، سواء ثيبت (أي فقدت بكارتها) بزواج صحيح أو فاسد فلا جبر عليها لأحد، ولا بد من الإعراب عن رضاها بالزواج، بالتعبير بما يفيد هذا الرضى، سواء زوجها أبوها أو غيره من الأولياء .

2/ إن كانت يتيمة ولها ولي، فلا يزوجها وليها إلا بعد أن تبلغ، وبعد أن يثبت أنها يتيمة، لا أب لها ولا وصي، أو أن أباها مفقود أو أسير، أو في مكان بعيد جدا، وأنها خالية من الزوج، وليست معتدة، ولا مريضة مرضا تخوفا، وليست مُحرمة بحج أو عمرة، وأن الزوج كفؤ لها، وأنها ليست محرمة عليه، وأنها رضيت به صراحة، وأن الصداق الذي عرض عليها صداق أمثالها على الأقل، وأنها رضيت بهذا الصداق.

3/ إذا كان لها أب. فإن له أن يجبرها على الزواج في الصور التالية:

1- إذا كانت صغيرة لم تبلغ، سواء كانت بكرا أو ثيبا. وهذا بنص الفقرة 2 من المادة 11 والتي جاء فيها:"دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصّر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين...".

2- إذا كانت بكرا، ولو كانت كبيرة تعدت البلوغ. ما لم تكن قد رشدها أبوها، أو تزوجت وبقيت مع زوجها سنة، ثم انفصلت عنه بموت، أو طلاق، وهي ما تزال بكرا.فإذا كانت البنت قد فقدت بكارتها من غير زواج أو إذا كانت مجنونة. بكرا كانت أو ثيبا، وسواء ثيبت بنكاح، أو بزنا . وذلك لما ورد في الحديث الذي سبق ذكره: (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذا صماتها). والمراد بالبكر في هذا الحديث، البالغة. لأن الصغيرة لا معنى لاستئذانها، لأنها لا تدري ما هو الإذن. ويعتبر صمت البكر عند الإذن بمثابة القبول، ودليلا على الرضا. لأنها لو لم ترض لعبرت عن ذلك بما يفيد الرفض. مما يعني أنه أصبح لا

المستوى: السنة الثانية ليسانس حقوق	محاضرات عن بعد للموسم الجامعي:2022-2023
المقياس: قانون الأسرة (الزواج والطلاق)	الأستاذ: مدّار توفيق

يجوز للولي ولو كان أبا أن يجبر وليته على الزواج في جميع الحالات. كما أن القانون لم يعد يعطي للقاضي ولا الولي الحق في أن يجبر المرأة على الزواج حتى إذا خيف عليها الفساد إذا لم تتزوج.

ثانيا - ولاية الإختيار (الإستحباب) : وهي الولاية التي تثبت على المرأة البالغة، العاقلة الثيب لما حيث ذهب إليه الجمهور، في حين الحنفية ذهبت إلى أن المرأة البالغة الراشدة العاقلة لا ولاية عليها وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعباراتها ويستحب أن يتولى وليها ذلك فقط وأن يكون راضيا بذلك واستبدلت الولاية بشرطين وهما **الكفاءة ومهر المثل** وأعطى للولي حق المطالبة بفسخ العقد إذا تزوجت الفتاة بمن هو غير كفء لها وإذا كان العقد بأقل من مهر المثل جاز له المطالبة برفع المهر إلى غاية مهر المثل وإلا طالب بفسخ العقد.

05/ الولي ووظيفته في عقد الزواج :

وفقا لما هو محدد في قانون الأسرة بعد أن حددت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة اعتبر بأن ولي الزوجة هو شرط من شروط عقد الزواج جاءت للمواد 11 و 13 لتحدد من هو الولي ووظيفته وحدود وظيفته، و بالتالي سأتطرق إلى هذه النقاط كما يلي:

أولا: ولي المرأة في الزواج تنص المادة 11 من قانون الأسرة على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ..." من خلال هذه المادة تستنتج أنه المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها و بالتالي فهو قد أخذ بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في جعلهم الولاية ابتداء للأب ولو كان لها ابن وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنفية في تقديمهم الفروع على الأصول، وبما أن المادة 11 لما سبقت الأصول على الفروع ابتداء من الأب ثم الأقربون قد كان قصد المشرع الجزائري الأخذ بما ذهبت إليه الشافعية والحنابلة في تقديمهم الأب ثم الأقربون وإن علوا ثم يأتي بذلك الابن وابن الابن وإن نزلوا ولقد استدل الذين سبقوا الأصول في الولاية على الفروع بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة أنكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل " والإبن حسبهم لا ينطبق عليه اسم مولى وهذا بعكس ما ذهب إليه البعض إلى القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي وإن لم يكن للمرأة ولي على الإطلاق تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له كما جاء في الفقرة 2 من المادة 11حيث جاء فيها:"...والقاضي ولي من لا ولي له".

ثانيا: دور الولي في الزواج لقد نصت المادتين 11 على دور الولي في إبرام عقد الزواج فالولي هو الذي يتولى زواج المرأة وهذا يعني بتوافر رضا طرفي عقد الزواج ويقوم بنقل إرادة الزوجة خصوصا وإن حياء للمرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد وبالتالي فهو الذي يقوم بهذه المهمة وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 11، وهو ما عبر عنه الأستاذ الغوثي بن ملحة بقوله" تدخل الولي تفسره الآداب التي تمنع الفتاة أو المرأة من منافستها مباشرة الرجل الذي يتقدم للزواج بما في شروط مستقبلهم الذي يجمعهم وهذا ما يعني أنه إضافة إلى رضاه فهو بنقل إرادة موليته سواء كانت بكرا أم ثيب بالغة أم قاصرة.

المستوى: السنة الثانية ليسانس حقوق	محاضرات عن بعد للموسم الجامعي:2022-2023
المقياس: قانون الأسرة (الزواج والطلاق)	الأستاذ: مدّار توفيق

06/ حدود دور الولي في إبرام عقد الزواج: لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 13 والمادة من قانون الأسرة على الحدود الموضوعة للصلاحيات الممنوحة للولي في تزويجه للتي هي تحت ولايته و إلى من تؤول الولاية في حالة ثبوت تعسف الولي وقبل التطرق إلى موقف قانون الأسرة من هذه المسألة أرى أنه من الأفضل التطرق أولا لما ذهب إليه الفقهاء المسلمين فيها وهي كالتالي : لقد اتفق الفقهاء على أن مسألة عضل الولي أي أن يمنع ويظلم موليته إذا أراد أن يتزوجها كفؤا بمهر المثل فإن منعها في هذه الحالة يعتبر عضلا وبالتالي يرفع عنها هذا الظلم عن طريق رفع الولاية على الولي وتتنقل مباشرة إلى القاضي ولا تتنقل إلى الولي الآخر الذي يليه ويمكن من خلال إطلاعنا على قانون الأسرة و ما ذهب إليه القضاء فإن حدود دور الولي في تزويج موليته نقسمه إلى نقطتين أساسيتين وهما:

أ- **حدود سلطة الولي في منع موليته من الزواج ممن رغبت** فيه: وفقا لما ورد في نص المادة 13 من قانون الأسرة بأنه: لا يجوز للولي ، أبا كان أو غيره ،أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أو يزوجها بدون موافقتها " فكما سبق ذكره فإن اشتراط الولي في عقد الزواج هو مصلحة المولى عليها وبالتالي أعطى له دورا في زواج المولى عليها إلا أن هذا في الدور فقد وضع المشرع الجزائري له قيدا بأن لا يستطيع الولي أي كان أن يمنع موليته من الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا .

ب- حدود دور الولي بعدم إجبار موليته ناقش فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة وذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن للولي على المولى عليها البكر البالغة ولاية إجبار أما الثيب فعليها ولاية اختيار واستحباب أما الحنفية فتجعل ولاية الاستحباب والاختيار على البالغة سواء كانت بكرا أم ثيبا لأن ولاية الإجبار مناطها نقص العقل أما الشرع الجزائري فلقد تناول المسألة في المادة 13 من قانون الأسرة وخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و أخذ بالمذهب الحنفي بحيث نص على عدم جوازية إجبار الولي لموليته على الزواج ولا تزويجها بدون موافقتها دون أن يميز بين البكر والثيب، وعليه فسلطة الولي محدودة و يجب أن يأخذ برأي موليته. إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من قانون الأسرة تحدثت عن البنت القاصر في هذا الموضوع.

07 /أثر تخلف ركن الولي في قانون الأسرة.

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في نص المادتين 32 و 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

أ- في حالة ما إذا تخلف ركن الولي و تم اكتشافه قبل الدخول فإن نص المادة 32 و 33 قد حددت بأنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

ب- في حالة ما إذا تخلف ركن الولي ولم يتم اكتشافه أو لم يثار هذا الخلاف إلا بعد الدخول فهنا وفقا لنص المادة 33 الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب أثار العقد الصحيح.

ج- في حالة ما إذا تخلف ركن الولي مع أحد الأركان الثلاثة الرضا، الصداق، الشاهدين، فالعقد يكون في هذه الحالة باطل سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعد الدخول ولا يمكن إثباته.

المستوى: السنة الثانية ليسانس حقوق	**محاضرات عن بعد للموسم الجامعي:2022-2023**
المقياس: قانون الأسرة (الزواج والطلاق)	**الأستاذ: مدّار توفيق**